جـــامعة غـرداية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الإرث في الزواج المختلط

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون خاص

إعداد الطلبة:
- يوسفي محمد أمين
- بن ســـاحة محمد

تحت إشراف الأستاذة:
خالدي صفاء هاجر

لجنة المناقشة:

لقب و اسم الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
نسيل عمر	أستاذ محاضر -أ-	جامعة غرداية	رئيس اللجنة
خالدي صفاءهاجر	أستاذ محاضر-ب-	جامعة غرداية	مشرف
حيفري نسيمةأمال	أستاذ محاضر-أ-	جامعة غرداية	مناقش

نوقشت بتاريخ: 19/ 06/ 2020 م

السنة الجامعية:

1442 – 2022 هـ / 2022 – 2023

الشكر و التقدير

بسم الله خير الأسماء، رب العرش و السماء، به نبدأ و نستعين، الحمد له خالق الأكوان و منزل القرآن أمدنا لعونه و الذي وفقنا لإتمام هذا العمل.

فيا رب لك الحمد، و مصداقا لهذا الحديث: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله" نجد لزاما علينا و نحن نضع اللمسات الأخيرة هنا بعون من الله و وفاء برد الجميل إلى أهله و لو بكلمة صغيرة، أن ننسب الفضل لذويه ، لذا نتقدم بجزيل الشكر و الاحترام إلى:

- كل عين ساهرة على توجيهنا و تسيير أمورنا
- الأستاذة المشرفة: **خالدي صفاء هاجر** لها منا الشكر العظيم و وافر الامتنان و الثناء إذ كان لإشرافها الأثر البالغ في تسديد الخطوات، فجزاها الله ألف خير، و أنعم عليها بفضله لسبق فضلها علينا.
- و لكل الأسرة الجامعية لكلية الحقوق و العلوم السياسية
- و لا ننسى في هذا المقام كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من الأهل و الأقارب و الأصدقاء.

و نسأل الله التوفيق و المراد للجميع

و خير ما نختم به شكرنا و تقديرنا، لقوله تعالى:

"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا"

إهـــــــداء

إلى من قال فيهم عز وجل:

" وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاَهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً (23) (الإسراء:23)"

أهدي نهدي عصارة فكرنا، و ثمرة جهدنا طيلة مشوارنا الدراسي من الابتدائي إلى الجامعة إلى رمز العطاء و الحنان إلى الرجل العصامي إلى قدوتي الحسنة إلى من غرس فيا أواصل أجمل المبادئ و القيم، إلى الذي دعمني طيلة مشواري دون ملل أو كلل و طالما حلم بنيلي لهذه الدرجة إليك أبي الحنون الغالي "**سليمان**" ، "**معمر**" أطال الله عمركم و منحكم الصحة و العافية و دمتم تيجان نفتخر و نعتز بهم فوق رؤوسنا.

إلى نبع الحنان المتفجر، إلى المرأة الصامدة ورائي، إلى من منحت قلبي عطفا، إلى صاحبة القلب الواسع و الحس المرهف، إلى نور حياتي و دربي، إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها الطاهرتين إليك أمي الحنونة العالية " **طرباقو صليحة**" ، " **يعقوب أم الخير** " أطال الله عمركم و شفاكم و جزاكم عنا كل خير.

إلى قرة عيني و سندي في الحياة إخوتنا إلى من ساندني في إنجاز هذه المذكرة، كما لا أنسى أن أذكر كل من يذكرهم قلبي و لكن نسيهم قلمي.

قائمة المختصرات

ج ر ----------الجريدة الرسمية

ج ---------- الجـــــــــزء

د ط ---------- دون طبـــــــعة

د م ج --------- ديوان المطبوعات الجامعية

ص ---------- الصفـــــحـــــة

ص ص ------- من الصفحة إلى الصفحة

ط ---------- الطـــبـــعـــــة

غ أ ش ------- غرفة الأحوال الشخصية

ق أ ج ––––––– القانون الأسرة الجزائري

ق أ ش-------- القانون الأحوال الشخصية

ق ح م ج ––––– القانون الحالة المدنية الجزائري

ق م ج -------- القانون المدني الجزائري

ق و ت ------ قانون الواجب التطبيق

م ق --------- المجلـــة القضائيـة

OP : Ouvrage
P : Page
N° : Numéro

مـقـدمـــة

مـقـدمـــة

إن العلاقات ذات العنصر الأجنبي ليست مقتصرة على مجال دون آخر، فنجدها في الميدان السياسي والاقتصادي والاجتماعي، ولعلى أبرز العلاقات ذات الطابع الاجتماعي هي علاقة الزواج الذي إذا تباينت جنسيات أطرافه سمي بالزواج المختلط، وهو يعتبر أهم مجال وأخصبه ضمن مسائل تنازع القوانين، وذلك نظرا إلى كونه يحكم علاقة جدية تؤثر على مراكز الأطراف وجنسياتهم ومكتسباتهم، إضافة إلى أن آثاره قد تمتد إلى دولة أخرى أو أكثر.

ومسائل الزواج المختلط تعتبر معقدة بشكل ما لأن الزواج في حد ذاته غالبا ما يكون مستمد من مرجعية دينية وعقائدية، لهذا قد يصعب حسم قانون مختص، ومن ثم تطبيقه دون أن تطرأ أية مشكلة أخرى، وكذلك لأن الزواج في حد ذاته كتعريف يختلف من قانون لآخر، فما يعتبر زواج في قانون معين قد لا يعترف به في آخر، وقد نجده في تلك القوانين التي اتفقت عليه تختلف من حيث الشروط المستلزمة لانعقاده، فما يعتبر شرطا في قانون ما قد يعتبره آخر خروجا عن القانون، ويلحق بذلك الآثار المترتبة عن هذا الزواج، والتي يكون لها تأثير كبير على طرفي هذه العلاقة وما ينتج عنها من أولاد.

وكل تلك المسائل تعقد مادة الزواج المختلط وتثري موضوع تنازع القوانين فيه، ويقع على عاتق المشرع إيجاد المخرج ووضع الحلول كلما ثارت هذه المشكلة.

وتختلف الدول كذلك في تحديد المسائل التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية باعتبار أن الزواج جزء منها، فهناك قوانين تدخل الميراث والوصية والنظم المالية للزواج في مجال الأحوال الشخصية وهناك أخرى تدخلها ضمن طائفة الأحوال العينية، وأيضا هناك من الدول التي اختارت التقنين الكلي بأن أفردت لقواعد القانون الدولي الخاص قانون مستقل، وأخرى فضلت التقنين الجزئي بأن تجعل تلك القواعد ضمن قانون آخر.

و عليه أن موضوع الزواج المختلط هو مجال واسع وجد خصب في مسائل تنازع القوانين، كما أن الانفتاح المتزايد بين الشعوب عزز من فرص حدوث الزواج المختلط وينتج عن ذلك تعقيدات كثيرة سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، وما ينتج عنه أساسا مرتبط بفكرة النظام العام، ويتأثر بالعوامل المحيطة التي تختلف من مجتمع لآخر.

مـقـدمـــة

إن موضوع الزواج المختلط من الموضوعات الفقهية المعاصرة، والتي لا تخفى أهميتها البالغة، وقد كثرت تساؤلات الناس في وقتنا الحاضر عن انتشار هذه الظاهرة، وما يتعلق بها من أحكام، وخاصة الميراث.

تشير الدراسات السابقة إلى أن الزواج المختلط يتزايد بشكل ملحوظ في العالم، وهذا يعود بشكل رئيسي إلى تحسن وسائل الاتصال والتنقل وتغيرات الهجرة. ويوضح العديد من الدراسات أن الزواج المختلط يواجه تحديات كبيرة فيما يتعلق بأحكام الإرث، حيث يختلف التشريع الخاص بالإرث بين الدول والمجتمعات المختلفة، ويعتمد في العديد من الأحيان على الموروثات الثقافية والدينية. ويتضمن الزواج المختلط أيضاً تحديات أخرى مثل الفروق الثقافية واللغوية والدينية والتي يمكن أن تؤدي إلى صعوبات في فهم وتطبيق قوانين الإرث. وتشير بعض الدراسات إلى أن الأسر المختلطة تواجه صعوبات خاصة في تحديد حصص الإرث مما يتطلب توفير إطار قانوني واضح يمكن الاستناد إليه. وبالتالي، يستدعي هذا الموضوع تحليلاً مفصلاً لأحكام الإرث في الزواج المختلط ودراسة التحديات التي يواجهها الأزواج والعائلات المختلطة في هذا الصدد.

وقد تم اختيار هذا الموضوع بدافع ذاتي وميول الشخصي لدراسة هذا الموضوع، والوقوف على أهم المسائل والإشكالات التي يقوم عليها الزواج المختلط والإرث الناتج عنه وكذلك التعرف على الحلول التي وضعها المشرع لإشكالية تنازع القوانين في الزواج المختلط وضوابط الإسناد التي اختارها لها .

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث عدم وجود كتب متخصصة بتنازع القوانين في مشكلات الزواج أساسا، وإن وجدت فهي تعالج موضوع القانون الدولي الخاص كأصل عام.

ونحاول نحن من خلال الإلمام بموضوع أحكام الإرث الناتج عن الزواج المختلط ومن خلال بحثنا، نطرح الإشكال الآتي : ما هي أحكام الإرث في الزواج المختلط؟ و عليه ما المقصود بتنازع القوانين ؟ وما المقصود بالزواج المختلط والإرث الناتج عنه ؟ وماهو القانون الواجب التطبيق عليهما ؟

وقد عمدنا في دراستنا لهذا الموضوع اللجوء إلى المنهج الوصفي (الفصل الأول) باعتباره المنهج الأكثر ملائمة للبحث وخصوصا في الجوانب النظرية منه، وكذلك قد تمت الاستعانة بالمنهج التحليلي المقارن أيضا (الفصل الثاني) وذلك لتطلب الدراسة لذلك.

وبناءا على ما تقدم فإن دراستنا لموضوع أحكام الإرث في الزواج المختلط قد تمت وفق تقسيم الدراسة الى فصلين اثنين ارتأينا أن نتناول في الفصل الأول المقصود بتنازع القوانين (المقصود بقواعد الإسناد من تعريف وخصائص وتفسيرات) وحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من خلال مبحثين، وتناولنا في الفصل الثاني المقصود بالزواج المختلط والإرث الناتج عنه والقانون الواجب التطبيق عليهما من خلال مبحثين أيضا.

الفصل الأول:

المقصود بتنازع القوانين

تـمـهيـد:

قد يتجاوز القانون مساحته في النفوذ و الاختصاص حدود الدولة الإقليمية ، يمتد إلى مساحة قانون آخر و ذلك في نزاعات تتميز بحركة الأشخاص و الأموال بين منطقتي نفوذ قانونيتين أو أكثر فيحتفظ كل منهما بصلة العلاقة القانونية الناتجة عن تلك الحركة، و هو ما يفضي إلى تداخل اختصاص و نفوذ هذه القوانين، و يترتب عن ذلك المصطلح الفقهي للقانون الدولي الخاص " بتنازع القوانين" و هو من أهم موضوعاته [1].

و اهتمت الدول في العصر الحديث بنظرية تنازع القوانين و أدخلتها في تشريعاتها و هذا بسبب تزايد نطاق العلاقات الخاصة الدولية، و هذا بهدف حفظ مصالح الأطراف و الدولة معا و تدخل نظرية تنازع القوانين ضمن المنهج التنازعي الذي يقوم بدوره على قاعدة الإسناد لتحديد القانون المختص، كما من الضروري خروج المشرع من مبدأ إقليمية القوانين و فتح المجال لمبدأ امتداد القوانين[2].

يقصد بتنازع القوانين تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية خاصة تشتمل على عنصر أجنبي.

يتضح لنا من هذا التعريف أنه حتى نكون أمام تنازع دولي للقوانين لابد من توافر شروط هي:

أولا / وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي :

يقصد بها وجود رابطة بين شخصين أو أكثر محكومة بقاعدة قانونية متصلة بقانون دولتين كحد أدنى، و يتحدد العنصر الأجنبي إما عن طريق عنصر الأشخاص و هؤلاء تتغير

---

1 نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، سلسلة مباحث في القانون، ط 1، دار بلقيس للنشر، أكتوبر 2013، ص 22 .

2 بابا عمي الحاج أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، سنة 3 قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2021/2020 ، ص 19.

صفتهم حسب طبيعة العلاقة و عنصر الموضوع و هو محل العلاقة التي ينصب عليها التصرف أو تقع عليه الواقعة القانونية، عنصر السبب و يقصد به المصدر المنشأ للعلاقة القانونية.

ثانيا / أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي:

لا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرع المحلي مبدأ احتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلي، و في كل الأحوال على المشرع الوطني أن يبدي درجة من المرونة في التعامل مع القانون الأجنبي، و ذلك بالسماح للقاضي بتنفيذ القانون الأجنبي نظرا للحاجة إلى التعاون الدولي، فلا يمكن تطور أو ازدهار دولة منعزلة عن باقي الدول[1].

ثالثا / تزاحم قانونين أو أكثر متعارضين لحكم هذه العلاقة:

يجب أن يكون القانونان المتزاحمان مختلفان في الحكم، فمتى كانت قوانين الدول التي تتصل بها عناصر العلاقة القانونية متشابهة و موحدة فإن الحكم سيكون واحد فلا جدوة ولا مصلحة من قيام التنازع.

يجب أن يكون اختلاف القوانين عنصر أساسيا لقيام التنازع، فإن هذا الاختلاف لا ينبغي أن يبلغ حد التعارض في المبادئ التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة و إلا نتج عن ذلك سوء فهم بين كل دولة لمفاهيم القانونية للدول الأخرى.

كما و يجب أن يكون التنازع بين قوانين خاصة لأن التنازع ينحصر في فروع القانون الخاص أما العلاقات الدولية في نطاق القانون العام فلا يتصور فيها أن يطبق عليها القاضي غير قانونه، لذلك فهي تخرج عن نطاق تنازع القوانين [2].

---

1 نسرين شريقي و سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 22-23 .

2 بابا عمي الحاج أحمد، محاضرات جامعية، مرجع سابق ص 28.

المبحث الأول: المقصود بقواعد الإسناد.

تسمى هذه القاعدة بـ "قاعدة الإسناد" أو "قاعدة تحديد القانون المعمول به"، وتهدف إلى توجيه القاضي لتحديد القانون الذي يجب تطبيقه على المسألة القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي. وتعتمد القاعدة على عدة عوامل مثل الجنسية، ومكان إبرام العقد، ومكان وقوع الحادثة، وغيرها من العوامل المتعلقة بالعنصر الأجنبي.

يستخدم هذا النوع من القوانين في العديد من الدول، ويهدف إلى توفير الأمان القانوني للأفراد في حالات التنازع القانوني التي تحتوي على عنصر أجنبي.

المطلب الأول: تعريف قواعد الإسناد و خصائصها.

قواعد الإسناد تشير إلى المبادئ القانونية التي تحدد القانون الذي يجب تطبيقه في حالات تواجد عنصر أجنبي في قضية قانونية. تختلف هذه القواعد من دولة إلى أخرى . تهدف هذه القواعد إلى تحقيق العدالة في التعامل مع الأفراد الأجانب في قضاياهم القانونية، وضمان حقوقهم وواجباتهم تحت النظام القانوني المعمول به وتشمل هذه القواعد جميع القضايا القانونية التي تتطلب تحديد القانون المعمول به في حال وجود عنصر أجنبي.

الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد.

قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

و لقد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني، و تتناول بيان العناصر المكونة لقاعدة الإسناد و كذا الخصائص المميزة لها [1] .

1 نسرين شريقي و سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص 31 .

الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد.

تتركب قواعد الإسناد من ثلاثة عناصر: الفئة المسندة – ضابط الإسناد – القانون المسند إليه

أولا / الفئة المسندة:

نظرا لاتساع مجال المسائل القانونية و عدم إمكانية حصرها و إفراد كلا منها بقاعدة إسناد خاصة بها فقد عمد المشرع إلى جمع بعض المسائل القانونية المتقاربة أو المتشابهة ضمن فئة أو مجموعة أحوال يختص كل منها بضابط إسناد معين يسند المسألة للقانون المختص بفض النزاع و لعل أصوب وجهات النظر هي التي تقضي بأن موضوع قاعدة الإسناد هو مسألة قانونية يثيرها مركز واقعي، و من أمثلتها في مجال الأحوال الشخصية: الأهلية، الحالة المدنية الزواج، النفقات، المواريث و غيرها، و كذا التصرفات القانونية بما فيها شكل العقود و موضوعها و غير ذلك [1].

ثانيا / ضابط الإسناد.

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد. فبذلك ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة و القانون المسند إليه.

فقاعدة الإسناد التي تنص على خضوع الشروط الموضوعية لزواج لقانون الجنسية (المادة 11 من القانون المدني الجزائري) قد جعلت من الجنسية ضابطا للإسناد.

يعد ضابط الإسناد وسيلة لربط موضوع قاعدة الإسناد بالقانون الواجب تطبيقه، والذي يشمل القانون الذي يتعلق بالموضوع المسند إليه. ومن أمثلة ذلك، الجنسية والإقامة في الأحوال

---

1 اعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة و النشر، 2002، ص 67 .

الشخصية، وموقع الممتلكات والتزامات العقود في الأحوال العينية، ومكان وقوع الفعل الذي يعد ضابط الإسناد وسيلة لربط موضوع قاعدة الإسناد بالقانون الواجب تطبيقه، والذي يشمل القانون الذي يتعلق بالموضوع المسند إليه. ومن أمثلة ذلك، الجنسية والإقامة في الأحوال الشخصية وموقع الممتلكات والتزامات العقود في الأحوال العينية، ومكان وقوع الفعل الذي ينشئ التزاماً في الالتزامات غير التعاقدية[1].

وعلى سبيل المثال، في قضية الوصية، يستخدم ضابط الإسناد "الجنسية" كوسيلة لتحديد القانون المناسب لتطبيق شروط الوصية بشكل موضوعي، والذي يعتمد على القانون المتعلق بجنسية الموصي في وقت وفاته. وبالتالي، يُعَدُّ ضابط الإسناد في هذه الحالة هو الذي يحدد القانون المناسب لتطبيق شروط الوصية (الشروط الموضوعية) بناءً على القانون المتعلق بجنسية الموصي في وقت وفاته.

ثالثا / القانون المسند إليه:

هو القانون الذي يتم تحديده بواسطة قاعدة الإسناد لحكم العلاقة القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا. ويمكن أن يكون القانون المسند إليه قانون جنسية الشخص" المادة 10 ق.م.ج" فيما يخص الأهلية والحالة المدنية، أو قانون مكان وجود المال " المادة 2/17 " فيما يخص المسائل المتعلقة بالمال، أو قانون الإرادة أو قوانين أخرى مذكورة في النص'المادة" 18 ق.م.ج" فيما يخص الالتزامات التعاقدية، وهكذا.

وفي حالة تطبيق قانون أجنبي، يمكن أن يثير ذلك تنازعًا بين القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي وقواعد الإسناد فيه، وعليه يتعين اتخاذ قرار بشأن القانون الواجب التطبيق في المفصل المعني بالنزاع[2]، ويجب ملاحظة أن هناك مسألة أخرى تتعلق بكيفية تطبيق القانون الأجنبي وعلى من يقع عبئ إثباته، والتي ليست مناسبة للنظر فيها في هذا المقام.

1 عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط11،ج2، سنة1986، ص 169.

2 محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة لمنشر والتوزيع. عمان، الأردن.ج2 ، .ص61.

والقانون المسند إليه حكم المال هو قانون مكان وجود المال (المادة 2/17). والقانون المسند إليه حكم الالتزامات التعاقدية، هو قانون الإرادة، أو القوانين الأخرى المذكورة في النص (المادة" 18 ق م ج")وهكذا.

و يجدر بنا في هذا المقام أن نشير إلى أن القانون المسند إليه (القانون الواجب التطبيق) عندما يكون قانونا أجنبيا فإنه يثير مسألتين، الأولى: مسألة ما إذا كان يجب الرجوع إلى القواعد الموضوعية فيه، ونطبق أحكامها للفصل في النزاع، أم يتعين الرجوع إلى قواعد إسناد فيه وتطبيق القانون الذي ترشحه للفصل في النزاع، وهذا ما يعرف بتنازع قواعد الإسناد والمسألة الثانية، هي: مسألة كيفية تطبيق القانون الأجنبي، وعلى من يقع عبء إثباته وليس هذا هو الموضع المناسب لاستعراضهما [1].

الفرع الثالث: خصائص قواعد الإسناد.

إن من الخصائص العامة لقواعد الإسناد باعتبارها قواعد قانونية وضعية أنها قواعد وطنية سنتها السلطة المختصة في الدولة (المشرع الوطني)، و تتعلق بحل التنازع في المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي، و هي تتميز عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى كونها:

أولا / خاصية الإرشاد:

تتميز قاعدة الإسناد بخاصية التوجيه والإرشاد إلى القانون المناسب لحل المسألة القانونية المعروضة أمام القاضي، حيث تقوم بتحديد القانون الذي ينبغي الاستناد إليه لحل النزاع المعروض. على سبيل المثال، فإن قاعدة التنازع تحدد أن الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وبالتالي، يقتصر دورها على تحديد القانون الذي ينظم الوصية فقط[2].

1 عبد القادر شرفي،محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، سنة 3 قانون خاص كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021/2020 ، ص 18 .

2 عبده جميل غضوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص، ط 1، مجد، لبنان، 2008. ص23.

وعندما يكون الموصي جزائريًا أو فرنسيًا أو مغربيًا، يتم الرجوع إلى أحكام الوصية المنصوص عليها في قانون المعني لحل النزاع، وذلك بمعرفة ما إذا كان هذا القانون يسمح بالتصرف بطريقة الإيصاء أم لا، وتحديد الحد الأقصى الذي يمكن إيصاله والحد الأدنى الذي يجب الإبقاء عليه للورثة، إذا كان التصرف بطريقة الوصية مسموحًا[1].

ثانيا / خاصية الازدواج:

تتمثل دور قاعدة الإسناد في إرشاد القاضي إلى القانون الذي يجب تطبيقه على مفصل معين في النزاع المعروض عليه، وذلك من بين العديد من القوانين المتنازع عليها. ولا يهتم القاضي بمعرفة ما إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو القانون الوطني للبلد أو قانون أجنبي.

وتتميز هذه القاعدة بأنها قاعدة مزدوجة، حيث تظهر الحالات التي يجب تطبيق القانون الوطني والحالات التي يجب تطبيق القانون الأجنبي. ومع ذلك، يرفض بعض الفقهاء الأوروبيين هذه الخاصية عند قاعدة الإسناد ويفضلون أن تكون القاعدة مفردة تظهر حالات تطبيق القانون الوطني دون حالات تطبيق القانون الأجنبي. ويعزو هؤلاء الفقهاء ذلك إلى عدم جواز دولة ما أن تحدد اختصاص قانون دولة أخرى[2].

ويجب أن نلاحظ هنا أن الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ليسا مرتبطين بشكل ثابت. وبمعنى آخر، إذا كانت المحكمة الوطنية هي التي تتولى النظر في النزاع، فقد لا يكون من الضروري تطبيق القانون الوطني على المفصل المعني، فقد يجب تطبيق القانون الأجنبي في بعض الحالات.

---

1 عبده جميل غضوب، مرجع سابق، ص23.

2 محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 64.

ثالثا / خاصية الحياد:

تتمثل الخاصية الأخيرة لقاعدة الإسناد في إرشاد القاضي للقانون المختص بحكم العلاقة القانونية التي يتعلق بها النزاع المنظور أمامه، دون التفرقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، أو بين القوانين الأجنبية المختلفة. وتمتاز هذه الخاصية بأنها تحافظ على حيادية قاعدة الإسناد، وتؤكد على أن القاضي يجب أن يلتزم بالقانون المختص بالنزاع المطروح أمامه، بغض النظر عن مصدر هذا القانون. ولذلك، فإن قاعدة الإسناد تسمى بـ"القاعدة الحيادية" في بعض الأحيان، وذلك لأنها تنص على القانون المختص بحل النزاع، دون التمييز بين القوانين المختلفة[1].

المطلب الثاني: تفسير قواعد الإسناد.

لكي يتمكن القّاضي من تطبيق قاعدة الإسناد لا بد له بداية أن يكشف عن مضمونه.

و تفسير قاعدة الإسناد يثير لدى فقه القانون الدولي الخاص عدة مشاكل أهمها مشكلة التكييف و مشكلة الإحالة، فلما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه و هو ما يسمى بالتكييف.

و بعد أن يحدد القاضي الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق عليها لأن المشرع كما سبق أنه قد ربط كل فئة مسندة بضابط إسناد يشير إلى القانون المختص بحكمها.

لكن معرفة القانون المختص بحكم العلاقة أو المسألة لا ينهي كل إشكال في طريق الحل بل يبقى تساؤل آخر هو هل أن للقاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره حلا لا يتجزأ مما يفرض عليه استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعة التي يتضمنها و يطبقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه و هو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي يتضمنها[2].

1 عبد القادر شرفي،مرجع سابق ، ص 15 .

2 اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الأول: التكييف.

مرحلة التكييف هي أول ما يعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة مشتملة على عنصر أجنبيّ، إذ يجب عليه قبل كل شيء أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه حكمها؛ أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد، و لقد عرف الفقهاء التكييف بأنه "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين".

و ما تجدر الإشارة إليه أن أهمية مشكلة التكييف لا تبدو في القانون الدولي فحسب بل هي مشكلة ملحة تفرض نفسها على القاضي أو على الباحث في مختلف فروع القانون الداخلي فمثلا: في القانون المدني نجد القاضي يواجه أحيانا هده المشكلة عندما يريد إعطاء الوصف القانوني الصحيح لرابطة تعاقدية معينة لم يحسن أطرافها تحديد وصفها، و في القانون الجنائي نجد القاضي يواجه مشكلة تحديد وصف الفعل الذي أرتكبه الشخص و عليه فالتكييف هو عملية ذهنية لازمة لي أي بحث قانوني [1].

لكن ما ينبغي ذكره هو أن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس مشكل التنازع في التكييف، ذلك أن مسألة القانونية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول، فينبغي قبل إجراء التكييف تحديد القانون الذي يجري وفق هذا التكييف، و لو أن قوانين كل الدول تعطي للمسألة القانونية نفس التكييف ما كانت هناك صعوبة تذكر، لا كن يحدث و أن قوانين الدول تعطي بالنسبة لكثير من المسائل تكييفات مختلفة و يعود سبب ذلك لاختلاف المفاهيم القانونية من دولة إلى أخرى [2].

ظهرت مشكلة التكييف على يد الفقيه الألماني Kahn سنة 1897 ، غير أنّ التكييف كنظرية تمت بلورته من طرف الفقيه الفرنسيBartin ، وذلك بمناسبة تحليله لبعض أحكام

1 علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، ط 4، د م ج. 2006 ، ص 41 .

2 LOUSSOUARN ET BORREL: droit international privé, 3ed paris dalloz 1988 P 279

القضاء الفرنسي، بحيث استنتج أنّ القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما كما انه أخضع التكييف للقانون الفرنسي، ويظهر ذلك في قضيتين أساسيتين هما " ميراث المالطي "و "وصية الهولندي "واللتان تتلخص وقائعهما على التوالي فيما يلي:

قضية ميراث المالطي

تزوّج مالطيان في جزيرة مالطا، موطنهم الأوّل، ثمّ هاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، أين تملك الزوج بعض العقارات . وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في الميراث وفقا لما هو معترف به في القانون المالطي بما يعرف باسم" ربع الزوج الفقير"، فرفض باقي الورثة ذلك فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أين كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية أي القانون المالطي .لكن القضاء الفرنسي رفض طلبات الزوجة باعتبار أنّ فكرة الميراث في القانون الفرنسي من الأحوال العينية تخضع لقانون موقع العقار، فيطبق القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق[1].

قضية وصية الهولندي

تتمثل وقائع هذه القضية في أنّ شخصا هولنديًا حرر وصية في فرنسا وفقًا للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخطّ يده . فثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أنّ القانون الهولندي في المادة 995 من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا خارج هولندا . وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية، لأنّ الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إرادة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي[2].

---

1 أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008 ، ص 377.

2 هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،حفيظة السيد الحداد، **القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين،الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية)**، الكتاب الأول(تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص 49-50

ومع ذلك، قضت المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بنزاعات الوصية بأن القانون المطبق يتم تحديده بناءً على موضوع النزاع. فعلى سبيل المثال، في حالتي النزاع المذكورتين، تم تطبيق القانون الفرنسي لأن الموضوع المتنازع عليه هو شكل الوصية، والذي يسمح به القانون الفرنسي.

ونلاحظ أن تحديد القانون المطبق يختلف من قضية إلى أخرى، ويتم تحديده بواسطة المحكمة المختصة في النظر في النزاع. ومن هذا المنطلق، ظهرت نظرية التكييف.

أولا/ إخضاع التكييف لقانون القاضي:

رأى Bartin صاحب نظرية التكييف، وجوب خضوع التكييف لقانون القاضي الذي رفع إليه النزاع، حيث يحدد طبيعة هذا الأخير حسب قانونه، ويرجع ذلك إلى سببين أساسيين :

أن قواعد التنازع قواعد وطنية، فكل قاضي يطبق قواعد وطنه، وبما أنّ التكييف من قواعد التنازع فيجب أن يخضع لقانون دولة القاضي.

إنّ التكييف سابق على الإسناد إلى القانون الأجنبي، بالتالي لا يمكن خضوع التكييف للقانون الأجنبي لأننا لا نعرفه بعد، فالأفضل إذن إخضاعه لقانون القاضي.

وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي والكثير من التشريعات، سيما المشرّع الجزائري الذي نصّ في المادة 9 من القانون المدني على أن " :يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه[1]."

غير أنّه استثناءً على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي فإنّ تكييف المال من حيث كونه عقارا أو منقولاً، يخضع لقانون موقع المال، كما أنّ تكييف الفعل الضار على أنّه مشروع أو لا يخضع لقانون مكان وقوعه، وهو نفسه القانون الواجب التطبيق على النزاع.

---

1 هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص 55-56.أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 377-380.

وقد أخذ المشرَع الجزائري بالاستثناء المتعلق بتكييف المال من حيث كونه عقار أو منقول وأخضعه حسب م" 1/17 ق.م.ج " لقانون موقعه .أما تكييف الفعل الضار من حيث كونه مشروعا أم لا، فقد أخضعه حسب م" 2/20 ق.م.ج " إلى كل من القانون الجزائري وقانون مكان وقوع الفعل الضار[1].

وتشير القواعد الدولية الخاصة إلى أنه عندما يكون هناك تعارض بين قوانين مختلفة تطبق على حالة معينة، يتم تحديد القانون المعمول به عن طريق قاعدة الإسناد. وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد في القانون الدولي الخاص، حيث تحدد القانون الذي يتم تطبيقه على النزاع ذات الصلة بالقانون المدني، سواء كان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً.

إن قاعدة الإسناد لا تفضل أي قانون على آخر، وأنها تستند إلى مبدأ الحيادية في تحديد القانون المعمول به في النزاع. ويتم تحديد القانون المعمول به عن طريق تحديد النظام القضائي المختص بالنزاع، سواء كان هذا النظام وطنياً أو دولياً.

بالإضافة إلى ذلك، فإن قاعدة الإسناد تمثل أحد المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص، وتهدف إلى تحقيق العدالة والتساوي في معاملة الأطراف في النزاعات القانونية ذات الصلة بالقانون المدني[2].

ثانيا / خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وإخضاع التكييف له، لأنه من غير المنطقي أن يكون هناك قانون يتم تطبيقه على حل النزاع في حين يتم تطبيق قانون آخر على التكييف. ومع ذلك، يواجه هذا الموقف مشكلة في أنه من المستحيل الاستناد إلى القانون الواجب التطبيق إلا بعد إجراء التكييف، الذي يحدد مدى تطابق القانون المطبق مع المبادئ الأساسية للنظام القانوني.

---

1 بشور فتيحة، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة– كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق، السنة 2017/2016.

2 عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين**، ط6، 2017، ص. 72–74.

لذلك، يصبح من الصعب عمليًا تحديد القانون الواجب التطبيق إلا إذا كانت المسألة تتعلق بالمال أو بفعل محدد[1].

ثالثا / التكييف في القانون الدولي الخاص الجزائري:

جاء في المادة 09 من القانون المدني الجزائري " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أخضع التكييف لقانون القاضي متبنيا بذلك رأي

الأستاذ "بارتن " في التكييف.

حيث يلاحظ أن هذه المادة اقتصرت التكييف وفقا لقانون القاضي على التكييف الذي غرضه معرفة القانون الواجب تطبيقه ، فهي بذلك قد استبعدت التكييفات اللاحقة لأنه لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي وتدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، فبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتمييز الذي قال به "بارتن" بين التكييف السابق أو الأولي والتكييف اللاحق فالأول دون الثاني هو الذي يخضع حسب "بارتن" لقانون القاضي [2].

ويلاحظ أيضا أن هذه المادة لم تتعرض إلى الاستثناء الذي أورده " بارتن " بشأن الأموال بإخضاع تكييفها لقانون موقعها، مما يجعلنا نقول بأن الفقه الحديث لا يميل إلى الأخذ به حتى في الغرض الذي يترتب عنه اختلاف القانون الواجب التطبيق فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث في ذلك.

ولا يوجد في صياغة المادة ما يمنع من التوسيع في مفهوم الفئات المسندة لتشمل الأنظمة القانونية الأجنبية غير المعروفة.

---

1 بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 16.

2 أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 94 .

لكن يعاب على هذا النص عدم تركه للقانون الأجنبي مجالا لتحليل نظام قانوني أجنبي غريب عن القانون الجزائري للكشف عن ملامحه الأساسية للاهتداء إلى حقيقة طبيعته التي تسمح للقاضي بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه، ومن شأن هذا العيب أن يؤدي في كثير من الأحيان إلى تشويه الأنظمة القانونية الأجنبية وإعطائها طبيعة مخالفة لتلك التي أرادها المشرع الذي نص عليها في قانونه، وهذا ما دفع بالفقه الحديث المؤيد لنظرية "بارتن " إلى القول بضرورة الاستعانة في التكييف بالقانون الأجنبي .

الفرع الثاني: الإحالة.

الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي بمثابة القانون الواجب التطبيق، وقد ظهرت نظرية الإحالة بمناسبة قضية Forgo حيث طرح سؤال مهم، ألا وهو :إذا حدّد القاضي قانونًا أجنبيًا باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهل نطبق منه قواعده الموضوعية فقط، أو نطبق أيضًا قواعد التنازع فيه؟ مما قد يقودنا إلى الإحالة[1].

الإحالة إذن تقتضي أنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي ليس متعلق بقواعده الموضوعية فحسب، إنّما يشمل أيضًا قواعد الإسناد التي ينص عليها، أي أنّ أوّل ما يطلع عليه القاضي الذي عرض عليه النزاع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هو قواعد التنازع، ليتأكد إن كان هذا القانون يقبل الاختصاص أو يرفضه، فإذا رفضه فإننا نكون أمام إحالة والتي لها صورتان:

الإحالة من الدرجة الأولى :وصورتها عندما ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه النزاع ، حل هذا النزاع ، وتحيله إلى قانون القاضي، كما حدث في قضية Forgo.

الإحالة من الدرجة الثانية :وصورتها أن ترفض قواعد التنازع في القانون الأجنبي حل النزاع لكنها لا تحليه إلى قانون القاضي ولكن إلى قانون أجنبي آخر.

1 أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 434.

حجج مناصري الإحالة

ينطلق مناصري الإحالة من القول بأنّ القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، لا يطبق منه القواعد الموضوعية فحسب، بل حتى قواعد الإسناد فيه، لتكشف عما إذا كان القانون الأجنبي نفسه يسند حل النزاع إلى قواعده الموضوعية أم إلى قواعد قانون أجنبي آخر[1].

ولقد استند هذا الجانب من الفقه إلى الحجج التالية أنّ القانون الأجنبي كلٌ لا يتجزأّ ، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه فيطبق كلّه، وعدم الأخذ بهذا الرأي سيؤدي تطبيق القانون الأجنبي، بينما لا يمنحه مشرّعه هذا الاختصاص، وفي هذا تحدّ الإرادة المشـــرّع الأجنبـــــي.

يترتب على الأخذ بالإحالة أن يكون الحكم الذي سيصدره القاضي المعروض عليه النزاع مماثلا للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي وعرض عليه النزاع ، لأنّ كلاهما سيعمل بقواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي الأجنبي، مما يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه وسميت هذه الحجة بحجة تعميم الحلول.

إنّ الإحالة عادة ما تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، فيسهل عليه حل النزاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره[2].

حجج معارضي الإحالة

الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن إسناد حل النزاع إلى قانون أجنبي يخص لقواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد.

---

1 أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 105

1 أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 442-444. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 102-104.

وقد استندوا في وجهتهم هذه إلى ما يلي:

إن القانون الأجنبي كلّ لا يتجزأ فالقانون الوطني للقاضي كذلك، فلماذا نطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لقانون القاضي، كما أنّ لقواعد الإسناد دور محدد تتوقف عنده وهو اختيار أكثر القوانين ملائمة للحكم في المسألة المعروضة على القاضي الوطني.

الإحالة سيجعل كل من القانون الوطني ولقانون الأجنبي محيلا لحل لنزاع إلى الآخر مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة[1].

بأنّ الإحالة ستؤدي إلى تنسيق في الحلول يفترض أنّ تأخذ كل الدول الإحالة، بينما هناك تشريعات ترفض الإحالة(قانون الإيطالي.)

القول بأنّ الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أنّ الحكم سينفّذ في الدولة التي طبق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، وهذا ليس صحيح دائما إذ قد ينفّذ في دولة أخرى، وفي هذه الحالة يجب ألاّ يكون الحكم المراد تنفيذه مخالف لقواعد الإسناد في دولة القاضي، مما يعني أنّه إذا كانت الدولة التي سيطبق فيها الحكم لا تأخذ بالإحالة فستعتبر أن القاضي المصدر للحكم قد خالف قواعد التنازع مما يجعل الحكم معيب بالتالي غير قابل للتنفيذ[2].

وردا على الحجة التي ساقها أنصار الإحالة والتي مفادها أنه ينبغي أخذ القانون الأجنبي في جملته مما يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها.

---

1 بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 22.

2 أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص 444-448. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 104-106.

يقول معارضو الإحالة ينبغي اعتبار قانون القاضي هو كذلك كلّ لا يتجزأ مما يتعين الرجوع كذلك إلى قواعد إسناده من جديد بعد الإحالة من القانون الأجنبي إليه و هكذا يبقى كلا القانونين يحيلان على بعضهما البعض مما يوقعنا في حلقة مفرغة لا نهاية لها وحتى يتجنب الوقوع في ذلك ينبغي عدم الأخذ بالإحالة إطلاقا وتطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي دون قواعد إسناده [1].

موقف القانون الجزائري من الإحالة :

لم يكن يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين غير أنه بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/02/20 بدأ موضوع الإحالة يظهر بشكل جلي في نص المواد : 23 ، 23 مكرر 23 مكرر 1 ، 23 مكرر2.

" المادة 23 مكرر" : يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

" المادة 23 مكرر 1" : إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

" المادة 23 مكرر2" : تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين.

---

1 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية** ، تنازع القوانين، ج1، 2004،ص 110.

فمن خلال استقراء الفقرة الأولى من المادة "23 مكرر 1" نجد أن المشرع الجزائري قد كرس نفس الموقف الرافض للإحالة الذي ذهب إليه كل من القانونين المصري والتونسي ، حيث لم يتطرق صراحة إلى هذا الحكم قبل تعديل القانون المدني ، لكن الإشكال يثور عند قراءة الفقرة الثانية التي تعقد الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي ، فالملاحظ أن هذه المادة في مجملها كرست الإحالة من الدرجة الأولى وهو نفس الحكم الذي أقره قانون دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 1985" في المادة 26 " [1].

وفي هذا المنحى نلاحظ أيضا أن قانون رقم 05–10 قد تبنى موقفا متناقضا من فكرة الإحالة الدولية إذ أن الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 عبرت صراحة عن رفض الإحالة أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد أوردت تحفظا على الحكم السابق ، حيث أقرت اختصاص القانون الجزائري استثناءا إذا ما أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص ، وهو ما يعتبر من قبيل الإحالة من الدرجة الأولى ، كما أقرت المادة 23 فقرة 2 بالنسبة لحالة التعدد الإقليمي وجوب تطبيق التشريع المطبق في عاصمة البلد.

1 زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص110.

المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

قد يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي، يتعارض مضمونه مع المفاهيم الأساسية والقيم السائدة والمبادئ القانونية المستقر عليها في دولة القاضي، وهنا على القاضي الوطني استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وقد يكون استبعاده لسبب آخر هو ما يعرف بالغش نحو القانون.

وقد نص المشرع الجزائري على الحالتين في المادة 24 المعدلة سنة 2005 ، والتي إضافة استبعاد القانون الأجنبي بسبب الغش ، وقد جاءت كما يلي: " 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 . يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"

وعليه، فإنه لا يقع على عاتق القاضي إثبات القانون الأجنبي وتفسيره، على النحو الذي أسلفنا، بل لابد أن يتأكد من أمرين:

- أن هذا القانون الأجنبي الذي سيطبقه لا يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.
- أن يتأكد أن تطبيقه لهذا القانون لم يثبت له بواسطة الغش نحو القانون.

وعليه سنتعرض فيما يلي إلى مسألة استبعاد القانون الأجنبي في حالتين :لمخالفته للنظام العام، أو للغش نحو القانون، في ضوء أحكام المادة 24 من القانون المدني.

---

1 عمراني أحمد، محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة3، الشريعة و القانون، المحاضرة07، جامعة وهران، السنة الجامعية 2020/2019، ص 3

المطلب الأول: حالة استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام.

يجمع الفقه الحديث على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع.

وفكرة النظام العام والآداب العامة – وهي فكرة ذات مفهـــوم متغير باختـــلاف المكـــان و الزمان – فما قد يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى وما يصطدم مع النظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا للنظام العام في وقت آخر. وهكـذا فالنظام العـام علـى هـذا النحو فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغمـــوض و بالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق.

ومع ذلك، حاول الفقه تحديد المقصود بالنظام العام، فقد عرفه البعض بأنه :كل ما هو متعلق بصميم المصالح العليا للبلاد والأسس الجوهرية لنظام الحكم ،والضمانات الدستورية المقررة للمواطنين ومستوى الوجدان والضمير الحي والمشاعر الروحية والدينية والإيمانية الحلال والحرام ،الخطأ والصواب وغير ذلك[1].

وفي تعريف آخر هو " مجموع المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها".[2]

1 ممدوح عبد الكريم، **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005 ، ص 194 .

2 حسن كره، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية،1974 ، ص ص 47 ،48 .

أما التشريع المقارن، فقد تبني مفاهيم متعددة للمقصود بالنظام العام، منهم من حصرها في الأحوال الشخصية(القانون المدني المصري)، ومنهم من اعتبر من النظام العام كل ما يخالف الشريعة الإسلامية(القانون المدني اليمني.) واعتبره المشرع التونسي بأنه كل ما يعارض الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي[1].

أما التشريع الجزائري فلم يحدد مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص واكتفى بالنص عليه في المادة24 – كما ذكرنا.

كما أنه لم يحدد فكرة النظام العام في القانون الداخلي، ومن ذلك على سبيل المثال، نص المادة 93 من القانون المدني، حيث نص على أنه" إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". وأيضا المادة 97 نصت على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

وفي غياب هذا التحديد، يكون للقاضي الجزائري، سلطة تقديرية واسعة، في ما إذا كان مضمون القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في الجزائر.

وتتمثل سلطة القاضي في تحديده طبقا للمفاهيم السائدة في دولته ، من جانبين:

– من حيث مضمون القانون الأجنبي.

– ومن حيث الآثار التي تترتب على تطبيق هذا القانون على النزاع المعروض عليه ؛ أي أن القانون الأجنبي قد لا يتعارض مع النظام العام في ظاهره ،غير أن الأثر الذي يترتب عن تطبيقه هو الذي يتعارض مع النظام العام.

---

1 أحمد مسلم، **القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ،ص20 .

نشير إلى أن هذا الموقف الأخير تبنته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بإثبات "نسب طبيعي " Filiation naturelle ، حيث جاء في قرارها لسنة 1993 " إذا كان القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي لا يتعارض مبدئيا مع المفهوم الفرنسي للنظام العام إلا أنه يتعارض مع هذا النظام إذا كان يحرم طفلا فرنسيا، أو مقيما بصفة دائمة في فرنسا من حقه في إثبات نسبه، مما يتعين معه استبعاد هذا القانون الأجنبي " .

يترتب على هذا الاستبعاد أثران : أثر سلبي يترتب عليه استبعاد جزئي أو كلي للقانون الأجنبي ، وأثر ايجابي يترتب عليه ثبوت الاختصاص للقانون الوطني.

الفرع الأول: الأثر السلبي .

الأثر السلبي للنظام العام يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أي امتناع القاضي عن تطبيقه، وبهذا جاء نص المادة 24 التي نصت على أنه :" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر " .

غير أن السؤال الذي يطرح بهذا الخصوص، هل هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي، يكون كليا أم يستبعد الجزء المتعارض منه مع النظام العام في النظام القانوني لبلد القاضي المعروض عليه النزاع [1]؟

بهذا الخصوص يرى الاجتهاد الفقهي الغالب هو أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنها استبعاد القانون الأجنبي كليا، وإنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع .

---

1 صدر القرار بتاريخ 10 – فبراير 1993، Revue Critique, droit international Privé,n° 04,1993,p311

وبهذا الرأي (أي الاستبعاد الجزئي) أخذت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 17نوفمبر 1964 ، تتعلق بالميراث وقد جاء فيه" إن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب ،من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم" .

أما القضاء الجزائري فقد أخذ تارة بالاستبعاد الكلي و تارة أخرى بالاستبعاد الجزئي ، وهذا من خلال قرارين للمحكمة العليا:

القرار الأول : القرار الذي تبني الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للـنظام العـــام

فقد جاء في إحدى حيثيات قرار للمحكمة العليا أن :" الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي ، يخالف النظام العام في الجزائر ، لأنه لا يتماشي وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا طبقا لأحكامه السمحة" .

ففي هذا القرار استبعد القضاء تطبيق القانون الفرنسي برمته، لأنه يتعارض مع مسألة جوهرية تمس بالنظام العام، حيث أنه في قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، لا ينسب الولد إلى أبيه إلا إذا كان في إطار زواج صحيحا، وإلا فينسب لأمه [2].

1 édition,1993,p280 Yvon Loussouarne,pierre bourel,**droit international privé,Dolloz** 4eme

2 صدر القرار بتاريخ 23 – أفريل 1991 (ذكره عكاشة محمد عبد العال، **تنازع القوانين**، ط1).

القرار الثاني : الذي تبنـــي الاستبـعاد الجزئي للقانون الأجنبـــي المخالـف للـنظام العـــام

(وهو يتعلق بتنفيذ حكم أجنبي في الجزائر يتعلق بحضانة طفل ناتج عن زواج مختلط).

فقد جاء في إحدى حيثيات قرار للمحكمة العليا أنه: " في حال وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد (أي حضانة الأولاد)، في دولة أجنبية غير مسلمة ، فإنه من يوجد بها (أي في دولة مسلمة) يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين ، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه" .

في هذه القضية صدر حكم بالطلاق في دولة أجنبية، وفي هذا الشق يعتبر صحيح، وله أثر في الجزائر، غير أنه لا يطبق في الجانب المتمثل في منح الحضانة للأم بفرنسا .

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي.

يتمثل الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي وتطبيق القانون الوطني بدلاً منه(أي قانون دولة القاضي) . فهذا التطبيق للقانون الوطني هو ما يعرف بالأثر الايجابي للدفع بالنظام العام[1].

وهو ما نصت عليه المادة 24 في فقرتها الثانية، بقولها "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة " .

1 قرار صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 2 جانفي 1989 ، قضية ف.م ضد ص.ع .المجلة القضائية1990 ، العدد الرابع، ص 74 إلى 76.

المطلب الثاني: حالة استبعاد القانون الأجنبي للغش نحو القانون.

إن كل قاعدة إسناد تعتمد على ضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق، كالجنسية أو الموطن، أو موقع المال المنقول وموقع العقار وغيرها، وقد يكون للفرد دور في تغييرها (أي ضابط الإسناد)، كأن يغير جنسيته ، ليطبق عليه قانون البلد الذي اكتسب جنسيته بدلا من جنسيته الأصلية ، بهدف التهرب من تطبيق قانونه عليه ، ليستفيد من تطبيق قانون آخر، هذا ما يعرف بالغش نحو القانون ، أو نظرية الغش نحو القانون، فمثلا قد يكون قانون جنسية الزوج لا يسمح بالطلاق، فيعمد إلى تغيير جنسيته، إلى جنسية دولة تسمح له بالطلاق.

وعليه سنتعرض لنشأة نظرية الغش نحو القانون، وشروط تحقق الغش نحو القانون ونطاقه، وأخيرا أثر الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول: نشأة نظرية الغش نحو القانون و شروط تحققه و نطاقه.

أولا / نشأة نظرية الغش نحو القانون:

أثيرت مسألة الغش نحو القانون لأول مرة أمام القضاء الفرنسي ، في قضية" الأميرة دوبوفرمون. (*Princesse de Bauffremont*) ".

تتلخص وقائعها في أن أميرة بلجيكيـــة الأصل تزوجـــت بالأمير الفـرنسي" دوبوفرمون " و استقرت معه في فرنسا و اكتسبت الجنسية الفرنسية، و على إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطيع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فتجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، وتمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول، و تزوجت بأمير روماني و استقرت معه في فرنسا [1].

---

1 أحمد عمراني، **محاضرات القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص 5 .

بعد ذلك رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية . و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18 مارس 1878 ببطلان الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، و هو ما يشكل غشا نحو القانون [1].

أما القانون الجزائري فقد تبنى هذه النظرية بموجب نص المادة 1 / 24 من القانون المدني ":لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي.....أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...."

ثانيا / شروط الدفع بالغش نحو القانون:

حتى يمكن الدفع بالغش نحو القانون يجب توافر شرطين :الأول مادي و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، والثاني معنوي و هو توفر نية الغش.

الشرط الأول:

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الغاش بإجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، وهو أمر لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها [2].

---

1 أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 188 .

2 نادية فضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 129.

ومن الضوابط التي يمكن للأفراد تغييرها بشكل خاص الجنسية، لاسيما وأنه ضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية في الكثير من الدول ومنها الجزائر.

ويجدر الذكر أن التغيير الإرادي لضابط الإسناد، ليس مطلقا، حيث أن هناك من الضوابط ما لا يمكن تغييره بإرادة الإنسان مثل ضابط موقع العقار[1].

أي أن تكون هناك سوء نية من طرف الغاش للهروب أصلا من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة محل النزاع. أي لا يكفي أن يقوم الشخص بالتغيير الإداري في ضابط الإسناد لقيام الغش نحو القانون، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع المعروض على القاضي.

ولما كان الهدف من التغيير من الأمور الباطنية، فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه، لأن حسب رأيهم ، فإن البحث في النية يفسح المجال أمام القضاء للتدخل في خبايا النفس الإنسانية ، مما يترتب عليه الاستبداد و الخطأ في إصدار الأحكام، الأمر الذي دفع البعض إلى محاولة إنكار نظرية الغش في مجال التنازع، على أساس أن القاضي لا يمكنه العلم بنوايا الأفراد[2].

إلا أن هذا الرأي رُد عليه في أن نصوص القانون زاخرة بالأمثلة التي يتعين فيها على القاضي تقصي النية كالتعسف في استعمال الحق من القانون المدني، و التعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري و العمد و غير العمد في القانون الجنائي، و القاضي يمكنه استخلاص نية الغش من ملابسات القضية.

---

1 أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 188 .

2 نادية فضيل، مرجع سابق، ص 129.

ثالثا / نطاق الدفع بالغش نحو القانون:

استقر الفقه والقضاء ولمدة طويلة ، على حصر نطاق تطبيق الدفع بالغش نحو القانون عندما يتعلق الأمر بالتهرب من قانون القاضي ،وقد استند الفقه في ذلك إلى أن وظيفة القاضي هي كفالة تطبيق قانونه الوطني ومنع الأفراد من مخالفته بالتهرب من أحكامه ، وبالتالي فلا يدخل في نطاق وظيفته السهر على التهرب من تطبيق القانون الأجنبي.

غير أن الفقه الحديث يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي أم قانون أجنبي ،مستندا في ذلك إلى أن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام وهو مطاردة الغش بكل صوره سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر، وهذا هو الاتجاه الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخر [1].

أما موقف المشرع الجزائري ، فقد تبنى هذا الموقف الأخير ، ويستفاد هذا من نص المادة 24من القانون المدني ، التي اعتبرت الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون بدون أن تحدد ما إذا كان وطنيا أو أجنبيا ، وبالتالي يفهم من هذا أن المشرع الجزائري أخذ بما استقر عليه الفقه الحديث ، أي تطبيق نظرية الغش نحو القانون سواء كان الهدف من ذلك هو التهرب من قانون القاضي (أي القانون الجزائري) أو قانونا أجنبيا ، وهذا عملاً بقاعدة "المطلق على إطلاقه إلى أن يقيد[2]".

---

1 أحمد عمراني، **محاضرات القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص 6 .

2 عكاشة محمد عبد العال، **تنازع القوانين**، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 ، ص 462.

الفرع الثاني: أثر الدفع بالغش نجو القانون.

يثور التساؤل في هذا المجال حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة فقط التي سعى الشخص لتحقيقها ،أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد أن نفرق بين وضعين:

الأول : يتحقق الغش عن طريق التغيير في مجرد واقعة ، كأن يتم تغيير موقع المال المنقول من دولة لأخرى بقصد التهرب من أحكام قانون دولة الموقع الأول ، وفي هذا المجال فإعمال نظرية الغش ينحصر في منع النتيجة التي أراد الأطراف بلوغها وتطبيق أحكام القانون المختص أصلا.

الثاني : قد يتخذ التغيير بقصد الغش شكل عمل قانوني كالتجنس بجنسية دولة معينة.

فإذا ما غير الشخص جنسيته لإثبات الاختصاص لقانون معين فهل ينحصر أثر الغش حول استبعاد تطبيق هذا القانون وتطبيق القانون المختص أصلا مكانه؟ أم يمتد ليشمل إلغاء الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى جانب من الفقه أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا، فهو في المثال السابق يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ويطبق القانون المختص مكانه ويلغي الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص[1].

1 عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق ، ص 462.

غير أن هذا الرأي كان محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها تغيير القانون المختص واثبات الاختصاص لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة ، وأن الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه للحصول على الجنسية الجديدة ، وبالتالي فإن الجزاء المعقول في هذه الحالة هو عدم الاعتداد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النـــــزاع فقط.

وبهذا الخصوص يجب التذكير بأن جنسية الشخص ، ليست مجالا لتنازع القوانين أمام القضاء الأجنبي ، لكونها متصلة اتصالا وثيقا بسيادة الدولة، وتستقل كل دولة بتنظيم قواعدها بقانون جنسيتها ، فهي مسألة داخلية محضة بعيدة عن مسائل تنازع القوانين.

ملخص الفصل الأول :

قاعدة الإسناد هي التي تصطفي أكثر القوانين المناسبة و الملائمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها.

وعليه تعد أساس المنهج التنازعي و لقاعدة الإسناد ثلاث خصائص هي:

قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشـرة، قاعدة مـزدوجة، قاعـدة محايـدة، كما لها عناصر هي:الـفئة المسندة، و ضابط الإسناد، و القانون المسند إليه.

و لتطبيق قاعدة الإسناد يجب المرور أولا بمرحلة التكييف و الإحالة ثانيا ، وبالنسبة لمدى إلزاميتـها فهناك مــن الدول من تـقر بإلزامية قاعـدة الإسناد و هناك مــن تعارضها و لا تعطي لقاعدة الإسناد صفة الإلزامية.

الفصل الثاني:

المقصود بالزواج المختلط

و الإرث الناتج عنه و القانون

الواجب التطبيق عليهما

تـمـهـيـد

يشير الزواج المختلط إلى الزواج بين شخصين من جنسيـات مختلفة، أو بـين شخصين ينتمـون إلـى ثقافـات مختلفـة، أو بـين شخصـين يتبعـون ديانـات مختلفـة.

يعتبر الزواج المختلط والإرث الناتج عنه، من الموضوعات التي تثير العديد من الأسئلة والتساؤلات. يمكن القول إن هذا الموضوع يتطرق إلى تداعيات العولمة والتغيرات الثقافية والاجتماعية التي يشهدها العالم في الوقت الحاضر.

في السنوات الأخيرة، شهد العالم زيادة كبيرة في عدد الزيجات المختلطة، وهذا جزئياً يعود إلى التحولات الاجتماعية والثقافية والتكنولوجية التي شهدها العالم خلال العقود الماضية، مما أدى إلى تبادل الثقافات والتقارب الاجتماعي بين الثقافات والجنسيات المختلفة.

من المهم الإشارة إلى أن الزواج المختلط يمكن أن يؤدي إلى تحديات فيما يتعلق بتوزيع الميراث، حيث أن الأصول المالية والعقارية قد تكون موزعة على عائلات مختلفة وفي دول مختلفة، مما يزيد من التعقيد في التعامل مع تلك الأصول بعد وفاة أحد الأطراف.

و من المهم ملاحظة أن القوانين التي تنظم الزواج المختلط والإرث الناتج عنها تختلف من دولة لأخرى، ولذلك فإنه من المهم البحث عن القوانين الواجب تطبيقها في الـدول المعنية بهذا الشأن.

و بشكل عام، يجب على الأزواج البحث عن القوانين المعمول بها في الدولة التي يتزوجان فيها، والتأكد من أنهما يتمتعان بحقوقهما ويتم تطبيق القوانين بشكل صحيح. وينصح بالتشاور مع محامي مختص في هذا المجال، والحصول على المشورة القانونية اللازمة.

المبحث الأول:
المقصود بالزواج المختلط و القانون الواجب التطبيق عليه

يقتضي ضرورة البحث التطرق أولا إلى معنى الزواج المختلط من الجانب الاجتماعي بصورة عامة، والجانب القانوني بصورة خاصة حتى نتمكن من تحديد الضابط الذي يبنى على أساسه معنى الاختلاط [1]، وبعدها سنتطرق إلى القانون الذي يسري على انعقاد الزواج المختلط وعليه سنخصص هذا المبحث لدراسة مفهوم الزواج المختلط ثم نتناول القانون الواجب التطبيق عليه.

المطلب الأول: المقصود بالزواج المختلط.

الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط.

وردت تعاريف مختلفة للزواج المختلط من طرف رجال القانون ومختصين في علم الاجتماع، فعرفه أحدهم بأنه: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة".

وهناك من عرفه أيضا أنه: "أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية يسمى بالزواج المختلط".

ويعرفه آخر: "أنه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية" ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانيا مسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم [2].

---

1 زلاسي بشرى، الزواج المختلط، **إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره**، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 2001-2000 ص6

2 بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، الجزء الأول، ط6، د م ج ، الجزائر، 2010، ص284 .

إذا ما تمعنا قليلا في التعريفين الآخرين للزواج المختلط نلاحظ من الناحية القانونية أنها يشتركان في نظرتهما للزواج المختلط على أنه يقوم على الاختلاف في الجنسية فقط ولكن السؤال المطروح في هذا الصدد هل زواج الجزائري المسلم بجزائرية مسيحية، لا يعتبر زواجا مختلط لإتحاد جنسية الزوجية [1]؟

و منه نستنتج أن التعريف الأول للزواج المختلط هو التعريف الملائم والأنسب وذلك كونه يحتوي على جميع أنواع مظاهر الاختلاف في الزواج المختلط كالاختلاف في الثقافة بين الزوجين، الاختلاف في الديانة، والاختلاف ف الجنسية فلم يحصر الاختلاف من جانب الجنسية فقط كما جاء في التعريفين الأخريين للزواج المختلط .

الفرع الثاني: حالات اختلاف الزواج المختلط.

برجوعنا قليلا إلى الناحية التاريخية نجد بأن ضابط الدين قد قام خلال فترة طويلة مقام ضابط الجنسية.

أولا / ضابط الدين:

لقد كان ضابط الدين في الشريعة الإسلامية هو الضابط الذي يحدد به انتماء الشخص بحيث كان في المجتمع الإسلامي القديم إلى جانب المسلمين طوائف مسيحية ويهودية[2]، وكان هناك مبدأ أساسي سائد في الدولة الإسلامية هو التفريق بين المسلمين والغير المسلمين، ولكن يبقى المجال مفتوح لمن يرغب بالانتماء إلى الأمة الإسلامية وذلك باعتناقه للإسلام، وبالتالي يكسب الجنسية بمعنى أن الديانة هي التي تحدد الصفة الوطنية للشخص، فلا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق في قضايا غير المسلمين هو تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذا في مجال المعاملات المالية، أما ما يتعلق بأحوالهم الشخصية فينفردون بقانون الشخص المستمد من ديانتهم.

1 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص274.

2 زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 110.

ثانيا / ضابط الجنسية:

مع ظهور التطور الفقهي القانوني وخاصة في مجال القانون الدولي الخاص عملت التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية ضابطا إسناديا في مسألة تنازع القوانين في حالة الزواج المختلط وذلك باعتبار الجنسية الوسيلة الوحيدة التي تربط بين الفرد والدولة.

وباعتبار القانون الجزائري من القوانين الحديثة فهو لم يعمل بضابط الجنسية إلا بعد استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي، بحيث كانت من قبل تعتمد على ضابط الدين ولكن نتيجة تأثرها بالتشريعات الفرنسية دفع بها إلى جعل الجنسية الضابط السياسي لتطبيق القانون الوطني في عقد الزواج المختلط خاصة إذا كان أحد أطرافه جزائريا وتم انعقاده في الخارج [1].

تعرف الجنسية لدى بعض الفقهاء بأنها المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة للتفريق بين الوطني والأجنبي، فهي تعتبر بهذا التعريف رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها الفرد وتصبغ عليها صفة الوطني فمن ينسب لدولة من الدول يسمى وطني ومن لا ينتسب إليها يسمى أجنبي.

إلا أن هذا التعريف للجنسية لم تستقر عليها التشريعات العالمية، فقد اختلف فيه الفقهاء فمنهم من يرى أنها رابطة سياسية قانونية، فهي رابطة سياسية لأنها تربط الفرد بوحدة سياسية هي الدولة، ولأنها أساسها سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب، وهي رابطة قانونية من ناحية أخرى لأنه يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد والدولة[2].

---

1 مزروق تاسعديث، **الزواج المختلط في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر 2015-2016 ، ص 8.

2 بن عبيدة عبد الحفيظ، **الجنسية و مركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2007، ص ص 29 / 30.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط.

نتناول في هذا المطلب القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج وإلى القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لهذا العقد، في الأخير سنتطرق إلى دور النظام العام في تطبيق القانون أثناء الزواج.

الفرع الأول:القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج.

الخطبة إجراء تمهيدي، فهي أول خطوة يقوم بـها المخطوبين[1]، وتتمثل في إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة فكون الخطبة عبارة عـن شروع أو عقد بالــزواج[2]، كما نص على ذلك المشرع الجزائري فـإنها يترتب عـليهـا أي حكـم مـن أحكام الزواج ولا يرتقي إلى مرتبته فــلا تعد عقدا ملزما كما هو الشأن بالنسبة لعقد الزواج[3].

فقد حدد المشرع الجزائري تعريف الخطبة فـي المادة" 5 من ق أ ج" علـــى أن: "الخطبــة وعد بالزواج".

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

إذا ترتب عن العدول عن الخطـبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جـــاز الحكـــم بالتعويض.

لا يسترد الخاطب مــن الخطـــوبة شيئا ممـا أهـداها إن كـان العدول منه وعليــه أن يـرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمتــه، وإن كــان العدول من الخطوبة، فعليها أن ترد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" [4].

1معزوز دليلة، **إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ،2003-2004 ص 12 .

2 الجندي أحمد نصر، **شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009 ص19-20.

3 زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة**، ج 6، ط1 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1993 ص74 .

4 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 **يتضمن قانون الأسرة**، معدل ومتتم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ، ج ر رقم 15.

لم يحدد المشرع الجزائري قاعدة تنازع القوانين المتعلقة بالخطبة إذا كان أحد الخاطبين لا يحمل جنسية الآخر، فتطرح مسألة أي قانون يطبق هل هو قانون المخطوبة أم قانون الخاطب؟

وفقا لما جاء في المادة 5 من ق أ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة، ويبدوا ذلك من خلال الحل الناتج عن العدول عن الخطبة.

لذلك فإن تمت الخطبة بالجزائر، فإن الأحكام الواردة في المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري هي التي تطبق حتى إذا كان الخاطب أو المخطوبة أجنبيان، حيث إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

يتم تحديد التعويض وفقا للقانون الجزائري وهو قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الضار[1] مثل ما هو منصوص عليه في المادة" 20 من ق م ج" التي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه[2].

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها تخضع كل هذه التصرفات للقانون الجزائري حتى إذا كان الخاطب والمخطوبة غير جزائري[3].

---

1 عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، ج 1، ط 3، دار هومة، الجزائر،2011، ص ص211-212.

2 الأمر رقم 75-58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني**، ج ر عدد 78،الصادرة في 1975/09/30، معدل و متمم.

3 عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 212.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية.

سنتطرق في هذا الفرع إلى معنى الشروط الموضوعية والقانون الواجب التطبيق عليها.

أولا / تعريف الشروط الموضوعية:

تعرف الشروط الموضوعية بأنها الشروط الأساسية لقيام الرابطة الزوجية وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب عن هذه العلاقة البطلان، كما يقصد بها أيضا تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها وينعدم في حالة انعدامها، إذن فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج[1].

لقد جاءت هذه الشروط في المادتين" 9 و9 مكرر من ق أ ج "وهي رضا الزوجيين الشاهدان، الصداق، أهلية الزواج، انعدام الموانع الشرعية للزواج بالإضافة إلى المواد25، 26 27 من نفس القانون، يجب أن تتوفر هذه الشروط لكي يرتب العقد جميع آثاره القانونية[2] .

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:

1- اختصاص القانون الوطني:

نظم المشرع الجزائري ضابط الإسناد الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، وذلك في المادة "11 من ق م ج" التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وبذلك يكون المشرع قد أخضعها لقانون جنسية الزوجين، فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة يطبق على زواجهما قانون جنسيتهما الوطني[3].

---

1 درية أمين، **تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، دفاتر السياسية والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2011 ، ص239.

2 درية أمين، **قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009، ص15.

3 شريقي نسرين، بوعلي سعيد، مرجع سابق، ص59.

تأكد هذا الاتجاه في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تنص على أنه:"الزواج الذي يعقد فـي بلد أجنبـي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شـريطـة ألا يـخالف الجـزائـري الشـروط الأساسية التـي يتطلبها القانون الوطني لإمكان الزواج" [1].

ولكـن مـا يعـاب على المشرع الجزائـري فـي هذه المادة هو عدم نصه على القانون الذي سيطبق على الأجنبي الذي يريد الزواج سواء داخـل الجزائر أو خارجها، بالتالي فقد منح المشرع الجزائري لهذه المادة طابع أحادي، عندما اكتفـى بتبيـان القانـون الـذي سيطبـق على الطرف الجـزائـري الـذي يبـرم الـزواج في بلـد أجنبـي، كما أن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة زواج الجزائريات مع أجانب في دولة أجنبية[2].

2- نطاق إعمال القانون الوطني:

بـالرجوع إلـى المـادة "11 مـن ق م ج" التـي تـنص علـى أنـه: "يسـري علـى الشـروط الموضـوعية الخـاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، إذ نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري وضع قاعدة تنازع مزدوجة حيث أخضع الجزائريين لقانون جنسيتهم فيما يتعلق بتطبيق الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج والأجانب يخضعون بدورهم لقانون جنسيتهم[3].

---

1 أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 **يتعلق بالحالة المدنية**، ج ر العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.

2 بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، **بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية**، المنعقدة يومي (23 و24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص97.

3 زلاسي بشرى، مرجع سابق، ص70.

لكن هناك استثناء هام خرج عن القاعدة التي حددتها المادة" 11 ق م ج" وهو في حالة إذا تزوج جزائري بفرنسية مثلا، وثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الجزائري في هذه الحالة تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الجزائري وحده، وذلك طبقا لما ورد في نص المادة" 13 من ق م ج" التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج."

فطبقا لهذا النص فقد أقر المشرع الجزائري اختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج، فالقانون الجزائري هو الذي يختص بحكم الشروط الموضوعية للزواج متى وجد طرف جزائري في عقد الزواج[1].

وتقرير هذا الحكم الاستثنائي في القانون الجزائري وغيره من القوانين، لمواجهة حالات خاصة يكون فيها الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري وباطلا طبقا للقانون الأجنبي أو العكس[2]، مثال الحالة الأولى زواج الجزائري المسلم من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي إلى طائفتها (القانون اليوناني، القانون الإسرائيلي) مثل عن الحالة الثانية عدم صحة زواج جزائرية مسلمة من غير مسلم[3].

ومع ذلك تستثني المادة 13 ق م ج السالفة الذكر المسألة المتعلقة بأهلية الزواج التي تبقى من اختصاص القانون الوطني[4].

---

1 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، ط2 ،ج 1، مطبعة الكاهنة الجزائر، 2008، ص152.

2 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا**، ط1، مطبعة الفسيلة، 2010 ، ص19 .

3 زروتي الطيب، القانون **الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، المرجع السابق، ص152 .

4 إسعاد موحند، **القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع**، ج 01، د م ج ، الجزائر،1989، ص295.

ويسري هذا الاستثناء متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام عقد الزواج ولو غير الزوج أو الزوجية جنسيتهما فيما بعد، وفي المقابل لا يسري هذا الاستثناء إذا كان الزوجان أجنبيين عند إبرام الزواج ثم تجنس أحدهما أو هما معا بالجنسية الجزائري.

وما تجدر إليه الإشارة أن إسناد الشروط الموضوعية لعقد للزواج للقانون الوطني وحده طبقا للمادة 13 ق م ج على أساس أنه اختصاص تحكمي وحيد الطرف، هدفه توسيع دائرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص أو توسيع دائرة تطبيق القانون الوطني في حالة استثنائية، وإن كان هذا الموقف ليس خاصا بالقانون الجزائري وحده بل أخذت به تشريعات أخرى كثيرة ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع إملائه ما دامت قواعد التنازع تهدف إلى حماية المصالح الوطنية بالدرجة الأولى وذات طابع وطني، فلا يهم ما يقضي به القانون الأجنبي بل المهم هو أن يكون هذا الزواج طبقا للقانون الجزائري صحيحا أو باطلا بحسب الحالات[1] وطبقا لنص المادة 13 ق م ج السالف الذكر.

3- كيفية تطبيق القانون الوطني من طرف القاضي:

يجب التنويه إلى مسألة مهمة وهي إعمال القانون الوطني بالنسبة للمتعاقدين يكون وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع[2] ، وهذا أمر سهل في حالة ما إذا كان الزوجين يحملان نفس الجنسية فلا توجد أي صعوبة إذ نطبق في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة، لكن العراقيل تظهر عندما تختلف جنسيتهما ونجد القانون الوطني لكل منهما ينص على شروط غير الشروط التي ينص عليها الآخر، فالسؤال المطروح في هذه الحالة كيف سيطبق القاضي قانون جنسيتهما؟

---

1 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص152.

2 بومراو سفيان، مرجع سابق، ص99.

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين، اتجاه ينادي بالتطبيق الجامع (أ)، واتجاه ينادي بالتطبيق الموزع (ب)، ثم نحاول معرفة موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة (ج).

أ) التطبيق الجامع :

ينادي أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكلا القانونين معا، بمعنى أنه يستوجب على كل زوج أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني، وإضافة على ذلك الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون الوطني لزوجه في ذات الوقت[1].

والحجة التي يستند إليها هذا الاتجاه أن المقصود من قاعدة الإسناد هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها، ولتجنب قيامها صحيحة في نظر دولة أحد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون دولة الزوج الآخر[2]، وكذلك لكي لا يكون لأحد القوانين امتياز على القانون الآخر.

ولقد لاقى هذا الاتجاه انتقادا كبيرا، ذلك أن من شأنه إهدار القواعد الأكثر تساهلا و إعمال القوانين الأكثر تشددا، وبالتالي تقل فرص انعقاد الزواج المختلط، ونظرا لكون القول بالتطبيق الجامع لكل الشروط الموضوعية لصحة الزواج غير منطقي، أخذت معظم التشريعات بتطبيقه في بعض منها فقط، وهي الشروط التي تتمتع بالصفة المزدوجة والتي تخص العلاقة الزوجية في حد ذاتها[3]، ومن أمثلة هذه الشروط موانع الزواج كالقرابة والموانع الصحية والتي منها الأمراض الجسمانية والأمراض العقلية، ومسألة الارتباط بزواج سابق وكذلك مسألة اختلاف الدين، ويخرج منها العوائق الإقليمية والعنصرية.

---

1 عيشوش أحمد عبد الحميد، **القانون الدولي الخاص**، جامعة بنها، مصر، ص 314.

2 صالح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، ط 1 ،التركي للطباعة، طنطا، ص232 .

3 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، ج 1، مطبعة العسيلة، الدويرة،2008، ص 162.

ب) التطبيق الموزع :

يرى الفقه الراجح وجوب التطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين[1]، بأن يستوفي الزوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط ، وأن تستوفي الزوجة فقط الشروط المنصوص عليها في قانونها الوطني، فمثالا إذا كان هناك زوج مغربي و زوجة تونسية أرادا الزواج في الجزائر يستوجب على الزوج أن يستوفي الشروط الموضوعية المنصوص عليها في القانون المغربي، وأن تستوفي الزوجة الشروط المنصوص عليها في القانون التونسي فقط، فهو عكس التطبيق الجامع للقانونين.

وحجة أنصار هذا الاتجاه على عكس حجة غيرهم، فهم يرون أن قانون كل دولة موضوع لحماية مواطنيها فلا مجال لتطبيقه على غيرهم، وهو ما يعطي فرص أكثر لانعقاد الزواج المختلط أي من خلال التطبيق الموزع للقانونين على الشروط الموضوعية للزواج، واستثناء من الأصل توجد بعض الشروط نظرا لأهميتها وتعلقها بالرابطة الزوجية، مثل موانع الزواج فإنها تخضع للتطبيق الجامع للقانونين [2]، أما الشروط التي لها الصفة الفردية والتي تتعلق بأحد الزوجين فقط فهي تخضع للتطبيق الموزع[3] مثل، الرضا والسن فيكفي أن يكون الرضا قد صدر صحيحا وفقا لقانون الطرف ويكفي أن يكون كل طرف قد بلغ السن وفقا لقانونه الوطني.

1 الصانوري مهند احمد، **القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين**، ط 1، دار وائل للنشر، 2011ص146.

2 أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 233 – 234.

3 مسعودي يوسف، **الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة**، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام ،عمان ،2015، ص52.

ج) موقف المشرع الجزائري:

نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالتطبيق الموزع في تطبيقه للشروط الموضوعية في عقد الزواج، وهذا ما أكده في نص المادة" 11 ق م ج " التي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" .

وهذا ما يظهر من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة، فاستعمال المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الذي ينادي بالتطبيق الموزع فلو أراد أن يأخذ بالتطبيق الجامع لاستعمال "لكلا من الزوجين" ولكن يستثنى نص هذه المادة كل ما يتعلق بالموانع التي تطبق بشأنها التطبيق الجامع[1].

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

أولا / تعريف الشروط الشكلية:

تعرف الشروط الشكلية بأنها الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة وإظهارها في صورة مادية محسوسة فهي تتعلق بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج حتى يصبح معلوم به لدى الغير[2] ، فهي مجموعة من المسائل المتعلقة بإجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية[3].

تجدر الإشارة إلى أن الزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد يتم دون شكليات ويكون صحيحا متى توفرت أركانه الشرعية، غير أنه يستوجب الإعلان والإشهار[4].

---

1 درية أمين، **تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقانون المقارن**، المرجع السابق، ص240.

2 هشام خالد، **القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص48.

3 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص264.

4 بزاف إبراهيم، **القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر01 ، 2012 / 2013 ، ص68.

أما عقد الزواج في القانون الجزائري فهو عقد مدني، يعتبر من العقود الشكلية حتى وإنه أضفى عليه الطابع الديني مثلا الزواج العرفي (أو غير مسجل) يعتبر زواجا صحيحا متى توفرت أركانه، وشروطه إلا أنه لا يرتب آثاره القانونية إلا من يوم التسجيل[1].

ثانيا / القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:

إن المشرع الجزائري أخضع الشروط الشكلية لضوابط إسناد وهي ضابط محل إبرام عقد الزواج وكذلك أخضعها لضابط الجنسية المشتركة.

1- ضوابط الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية:

فقد أخضع المشرع الجزائري الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية.

فقد أسند الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة 19 ق م ج المعدلة والمتممة، باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت تطبيق أربع قوانين على الشكل التالي:

- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد.
- إخضاع الشروط الشكلية للقانون الوطني المشترك للزوجين، وهو قانون جنسيتهما إن اتحدت الجنسية.
- إخضاع الشروط الشكلية للزواج لقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.
- إخضاع الشروط الشكلية لقانون الموطن المشترك.

وقد وقع جدال فقهي حول هذه المادة، بحيث يرى البعض بأنها لا تدخل ضمن مجال الزواج إنما جاءت ضمن القواعد المنظمة للعقود، بينما يرى جانب آخر أن المادة" 19 ق م ج"

---

1 سعد عبد العزيز، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط 2، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، 1986ص157.

2 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص153.

تنطبق على الزواج باعتباره عقدا مثل سائر العقود، ولهذا في حالة عدم وجود نص خاص يرجع إلى تطبيق القاعدة العامة، أي تطبيق المادة" 19 ق م ج "وحسب رأي الفقهاء أن المادة "19 ق م ج" تتعلق بالعقود باستثناء عقد الزواج، ومع هذا الجدل، وبوجود نصوص خاصة في قانون الحالة المدنية الجزائري واستنادا على وجه الخصوص لنصوص المواد 95 ،96، 97

يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بضابط محل الإبرام (المادة 95 والمادة 97 فـ1 من قانون الحالة المدنية) وبضابط الجنسية المشتركة سواء الجنسية المشتركة بين الزوجين في المادة" 96 من ق ح م"، أو الجنسية المشتركة بين أحد الزوجين والقنصل في المادة" 97 فـ2 ق ح م" [1].

أ) ضابط محل إبرام عقد الزواج:

جسد المشرع الجزائري قاعدة محل الإبرام وذلك في المواد 97،95،71 من قانون الحالة المدنية، فنصت المادة" 95 ق ح م "المتعلقة بإبرام الزواج في شكله المحلي على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب، يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا لمكان الإبرام وذلك وفقا لنص المادة" 97 ق ح م "التي تنص على أنه: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

كما يعتبر عقد الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحا، إذا أبرم وفقا للشروط المتبعة والمطبقة في بلد العقد على عدم مخالفة الزوج الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لانعقاد الزواج[2].

الملاحظ أن المشرع الجزائري لا يتناول في هذا النص زواج جزائرية بأجنبي، ما يدفعنا إلى القول أن هذا الزواج لا يجوز عقده في الشكل المحلي، ويرجع السبب في ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج لعقد زواجهن فيه تحايلا على القانون الجزائري

---

1 رحاوي أمينة، **الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص ص 27-28.

2 سعد عبد العزيز، **نظام الحالة المدنية في الجزائر**،ط3، دار هومة للطباعة، الجزائر، ص 259.

الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، غير أن هذا التخوف ليس في محله، ذلك أن في احترام الشروط الموضوعية للزواج من طرف الجزائرية يعتبر الضمان الكافي لعدم استطاعة عقد الزواج مع غير مسلم[1].

أما فيما يخص زواج الأجانب في الجزائر، فلهم حرية لاختيار بحيث يحق للأجانب أن يبرموا عقود زواجهم في الجزائر وفقا للشكل الجزائري أي الشكل المحلي، وعقده وفق قانون جنسيتهم المشتركة[2].

في حالة إذا تم الزواج بين مختلفي الجنسية، فإن الشكل المحلي يصبح إلزاميا بالنسبة لهم، ومتى تم زواج الأجانب في الجزائر وفق الشكل المحلي، فإنه على الزوجين احترام الشروط الشكلية التي يستلزمها القانون الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة" 71 ق ح م" :"يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج".

وهذا أيضا ما نصت عليها المادة" 19 من ق م ج "التي تخضع أشكال العقود بين الأحياء إلى الإشكال الواجبة لإتباع في البلد الذي أبرمت فيه.

ب) ضابط الجنسية المشتركة:

قد يخضع الزواج من حيث الشكل القانوني للجنسية المشتركة في حال اتحاد الزوجين في الجنسية، سواء تعلق الأمر بالدول التي اعتبرت خضوع الشكل لقانون محل إبرامه اختيارية أو الدول التي اعتبرت خضوع الزواج للشكل القانوني المحلي إلزامية وذلك لأن أغلبية الدول تسمح لرعاياهم بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها[3] وأجازت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للقناصل عقد الزواج إذا كان الزوجان المستقبليان من دولة

1أ عراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 243.

2 هشام خالد، مرجع سابق، ص47.

3 رحاوي أمينة، مرجع سابق، ص 32-31.

القنصل، كما نصت عليه القوانين الداخلية لاسيما المادة" 96 ق ح م" التي تنص على: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية"[1].

ونصت المادة "97 ق ح م ج" على الزواج المختلط "على أن يجري مثلا ذلك بالنسبة للزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية، غير أنه إذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف، فإن هذا الزواج لا يتم مراسيمه إلا في البلد الذي سيحدد بمرسوم".

ومن خلال تحليل هذه المواد" 97 ق ح م ج "نجد أنها من جهة عالجت الحالة التي يكون فيها الزوج جزائريا والزوجة أجنبية، ومن جهة أخرى وحتى في مثل هذه الحالة التي تكون فيها الزوجة أجنبية، فإنها فرقت بين وضعيتين:

الوضعية الأولى: إذا كانت الـــزوجة الأجنبية تحمل جنسية البلد المضيف فهنا لا إشكال ففي هذا الوضع ما على الممثل الدبلوماسي أو القنصلي إلا إبرام هذا النوع من الزواج باعتبار الزوجة حاملة الجنسية البلد المضيف[2].

الوضعية الثانية: إذا لم تكن الزوجة الأجنبية لا تحمل جنسية بلد إبرام العقد أو البلد المضيف فإن هذا الزواج لا يتم إلا في البلد الذي سيحدد بموجب مرسوم، ومع الأسف فقد مضى زمن طويل دون صدور هذا المرسوم وهذا يدل على انعدام التنسيق بين المصالح المعنية في كل من وزارة الخارجية ووزارة العدل ورئاسة الحكومة[3].

---

1 الأمر 74-75 المؤرخ في يوليو 1974، **يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية بين "الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الجمهورية الفرنسية"**، موقع بباريس24-05-1974، ج ر عدد 62 ، الصادرة في 2 أوت 1974.

2 رحاوي أمينة، المرجع السابق، ص ص 32-33.

3 سعد عبد العزيز، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط4 ، دار هومة، الجزائر، 2013 ، ص169.

المبحث الثاني: المقصود بالإرث الناتج عن الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه.

نظرا لتحسن مركز الأجنبي، و الاعتراف له بالعديد من الحقوق كالوطني، ومن بينها الحق في الزواج، ظهر ما يسمى بالزواج المختلط، ويقصد بهذا الأخير من وجهة نظر القانون الزواج الذي ينعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة، أو هو عبارة عن ارتباط قانوني بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، أما بالنسبة للقانون الجزائري، كل زواج يقع إبرامه بين طرف جزائري وطرف أجنبي فيعتبر زواجا مختلطا [1].

إذا كان الزواج المختلط مظهرا تتلاقح فيه الأفكار والقناعات ووسيلة لانفتاح الأسرة الجزائرية على أنساق مجتمعية متباينة، فإنه في نفس الوقت يطرح العديد من المشاكل نتيجة التنافر والتباعد القائم بين حضارتين مختلفتين من أهمها:

إشكالية الميراث الناتج عن الزواج المختلط، ذلك أن هذا الأخير يطرح مشاكل وصعوبات جمة نتيجة الاختلاف الشديد بين التشريع الجزائري المبني على مبادئ الشريعة الإسلامية والتشريعات الغربية العلمانية التي لا تقيم للدين أي اعتبار.

المطلب الأول: المقصود بالإرث الناتج عن الزواج المختلط.

يعد الميراث الناتج عن الزواج المختلط الذي تختلف فيه ديانة أو جنسية الزوجين عن بعضهما البعض، من أهم وسائل الخلاف بين التشريعات، إذ تختلف نظرتها إلى الميراث من بلد إلى آخر، وذلك ناتج عن اختلاف المرجعيات التي أسست عليها هذه التشريعات، فمنها من يعتبر الدين مرجعا أساسا فيها، وهو ما عليه المجتمعات الإسلامية ومنها ما هو قائم على أسس علمانية التي لا تعترف بالمعتقدات ولا بالقيم الدينية، ولذلك بنت أحكامه على نظريات مادية صرفة، وهذا الاختلاف الذي أدى طرح مشاكل وصعوبات بشأن تكييف الميراث، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

---

1 فؤاد عبد المنعم رياض، **الجنسية في التشريعات العربية المقارنة**، ج 1، المطبعة العالمية، مصر، 1975، ص67.

عرف الميراث في الاصطلاح الشرعي بأنه: "اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء أكان المتروك مالا، أم عقارا، أم حقا من الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية، ونصيب كل وارث واحدا أو متعددا وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها"[1] .

الفرع الأول: معنى اختلاف ديانة وجنسية الزوجين في الميراث.

إن بيان معنى اختلاف ديانة وجنسية الزوجين في الميراث، تقتضي تعريف الجنسية، ثم تعريف الدين، للوصول للمعنى الإجمالي لاختلاف الدين والجنسية في الميراث.

أولا / الـديــن :

أشهر تعريف للدين في الفكر وأكثره تداولا ما ينسب إلى التهانوي قوله: إنه وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم إياه إلى الصالح في الحال والفالح في المآل، وهذا شمل العقائد والأعمال ويطلق على ملة كل نبي، وقد يخص بالإسلام كما في قوله تعالى: ﴿ إن الدين عند الله الإسلام ﴾ ، ويضاف إلى الله عزوجل لصدوره عنه والى النبي لظهوره عنه والى الأمة لتدينهم به وانقيادهم له[2].

ثانيا / الجنـسية:

عرفها غالبية الفقهاء بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة، فكونها رابطة سياسية تعني بأن الجنسية تعبر عن ولاء الفرد للدولة التي يحمل جنسيتها وما يترتب عن هذا الولاء من واجبات وحقوق متبادلة بينهما، كواجب أداء الخدمة العسكرية استعدادا للدفاع عنها، وواجب الدولة من جهتها بسط حمايتها الدبلوماسية عليه في الخارج، وكونها أربطة قانونية تعني بأن القانون هو الذي سيتأثر بوضع الأحكام المنظمة لها من حيث ثبوتها، أو من حيث فقدها[3].

---

1 بلحاج العربي، **أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد**، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص22.

2 التهانوي محمد علي، **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، ج 1، ط 1، مكتبة لبنان، لبنان،1996 ص814.

3 أعارب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية)**، ج 2، ط 7، دار هومه، الجزائر، 2014، ص ص 83-84.

الجنسية من منظور الإسلام : نظام قانوني مصدره الشرع الحنيف الذي قام بتشريع القوانين التي تنظم علاقة الفرد المسلم بالدولة الإسلامية، وبين ما يترتب على هذه العلاقة من حقوق والتزامات، تبدأ من لحظة دخوله في الإسلام، فالجنسية الإسلامية تقوم بناء على أساس الدار (دار الإسلام)، ومدى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقها فيها، أي أن أهل دار الإسلام سواء أكانوا مسلمين أم ذميين، يحملون الجنسية الإسلامية لأنهم يقيمون في هذه الدولة ويلتزمون بأداء ما عليهم من واجبات، ويكتسبون مقابلها حقوقهم الكاملة، أما من يسكن دار الحرب حيث لا التزام فيها لأحكام الشريعة الإسلامية ولا تطبيق فيها لمعالم الإسلام ، فهؤلاء لهم جنسية تختلف عن الجنسية الإسلامية (جنسية دار الحرب)، وأساس الجنسية في دار الإسلام هي اعتناق الإسلام وتطبيق أحكامه، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم، ومن التزم أحكام الإسلام بإقامته بدار الإسلام، ويقصد به الذمي، فهو يعتبر حاملا للجنسية الإسلامية[1] .

ومن هنا يقصد باختلاف الدين في الميراث هو كل حالة لا يكون فيها دين المورث ودين الوارث واحد، سواء تعلق الأمر بميراث بين مسلم وغير مسلم، أو بميراث بين أتباع بقية الديانات، أو مع من لا دين لهم، فقد كان ولا زال مانع اختلاف الدين دون سواه من بقية موانع الإرث مثير لجدل فقهي كبير.

أما اختلاف الجنسية في الميراث، فهي كل حالة لا يكون فيها جنسية المورث وجنسية الوارث واحدة، ويعبر عنها في الفقه الإسلامي باختلاف الدار، أي أن يكون الوارث من دار الإسلام ، والمورث من دار الحرب، أو العكس، واختلف الفقه في كونه مانع من موانع الميراث من عدمه.

1-رنا صبحي سعيد عثمان، **أحكام الجنسية والمواطنة من منظور إسلامي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 87.

الفرع الثاني: اثر اختلاف ديانة و جنسية الزوجين في الميراث:

أولا / اختلاف الدين :

إن اختلاف ديانة الزوجين في الميراث يقصد بها أن يكون دين الميت مخالفا لدين من قام به سبب الإرث من قرابة أو زوجية، وذلك بأن يكون الميت مسلما، وقد توفي عن زوجة كتابية أو قريب غير مسلم، فكلاهما لا يرث من تركة المسلم لاختلاف الدين، إذا كان هذا الاختلاف موجودا وقت الموت، فإذا كانت المخالفة قد زالت قبله فإن المانع يرتفع، وذلك بأن تسلم الزوجة أو القريب قبل موت قريبه، فحينئذ يجري التوارث بينهما، واتفق الفقهاء على أن اختلاف الدين مانع من موانع الإرث لكنهم اختلفوا في ثلاث مسائل[1] وهي:

1) إرث الكافر من المسلم:

اتفق جمهور الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين على أن غير المسلم لا يرث من المسلم، فلو كان الزوج مسلما وزوجته غير مسلمة، ومات الزوج فإن الزوجة لا ترثه.

وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على منع ميراث الكافر من المسلم، إلا أنهم اختلفوا في مسألة إسلام الكافر قبل قسمة التركة، فذهب جمهور الفقهاء الحنفية، المالكية،الشافعية إلى أن العبرة بالمنع من الميراث لاختلاف الدين عند الوفاة، ولا عبرة لوقت قسمة التركة. وخالفهم الحنابلة في ذلك، فإذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث المسلم لأن المال لا يتقرر في ملك الورثة قبل القسمة، ولا عبرة لمخالفته عند الوفاة، وترغيبا وتأليفا له على اسلامه[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري، فلا نجد نص صريح في قانون الأسرة الجزائري يتضمن حكم هذه المسألة، إلا أن هذا لا يعني بأنه لا يعتد باختلاف الدين كمانع من موانع الإرث، فقد أحال بموجب نص المادة" 222 من ق أ ج" إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص.

---

1 الهلالي المسعود، **أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري**، ط 1، دار جسور، الجزائر،2008، ص79 .

2 محمودي سليم، **اختلاف الدين وأثره في الميراث**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: فقه مقارن، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ص 46 .

2) إرث المسلم من الكافر :

اتفق جمهور الفقهاء على أن المسلم لا يرث من الكافر شيئا بسبب القرابة أو الزوجية وهذا ما عليه الخلفاء الأربعة والأئمة الأربعة –رضي الله عنهم– فجاء في المغني: "ويروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري، وعامة الفقهاء وعليه العمل[1] .

وما نرجحه هو قول العلماء، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم).

أما عن موقف المشرع الجزائري، لم ينص المشرع الجزائري على اختلاف كمانع من موانع الإرث أساسا، وأحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى القضاء الجزائري، نجده متأثرا برأي جمهور الفقهاء.

3) إرث الكفار فيما بينهم :

اختلف الفقهاء في حكم الإسلام بالنسبة لتوريث غير المسلمين بعضهم من بعض، على ثلاثة أقول:

أ) القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية، إلى أن غير المسلمين يرث بعضهم بعضا، ولو كانوا أتباع ملل مختلفة، فالزوج المسيحي يرث زوجته اليهودية أو النصرانية أو الوثنية أو غيرهم من سائر الملل، كما ترث الزوجة زوجها اليهودي أو الصابئ أو الوثني أو غيرها من الملل.ولأنهم وإن كانوا فيما بينهم أهل ملل فيما يعتقدون ولكن عند مقابلتهم بالمسلمين أهل ملة واحدة ، لأن المسلمين يقرون برسالة محمد صلى الله عليه و سلم وبالقرآن وهم ينكرون ذلك أجمعهم، فكانوا في حق المسلمين أهل ملة واحدة، و إن اختلفت مللهم.

1 ابن قدامه، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، تحقيق: عبد الله بن الحسن التركي، المغني، ج 9، ط 3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص 154 .

ب) القول الثاني: ذهب المالكية في قول، والحنابلة في أصح الأقوال، إلى أن الكفر ملل متعددة، فالنصرانية ملة واليهودية ملة، و الوثنية ملة، وكذلك سائر الملل، فلا يرث الزوج النصراني زوجته اليهودية أو الوثنية، بل يرث اليهودي اليهودي، والمجوسي يري المجوسي وهكذا[1].

ج) القول الثالث: ذهب المالكية في قول إلى أن غير المسلمين ثلاث ملل، اليهودية ملة والنصرانية ملة، وسائر العقائد الأخرى ملة، فاليهودي لا يرث إلا اليهودي، والنصراني لا يرث إلا النصراني، وسائر الملل الأخرى يتوارثون فيما بينهم[2]، لأن اليهود والنصارى من أهل الكتاب، أما غيرهم فلا كتاب لهم، فلذلك اعتبروا أهل ملة واحدة، ولما كان اليهود والنصارى قد اختلفوا في اعتقادهم في عيسى عليه السلام، والإنجيل فإنهم يكونوا بذلك أهل ملتين[3] .

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فلم يتضمن نصا في قانون الأسرة ينظم هذه المسألة، وأحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

---

1 أحمد فراج حسين، **نظام الإرث في التشريع الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1997، ص 82 .

2 أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، حاشية العدوي، ج 2، دار الفكر،لبنان، 1994، ص 465 .

3 أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا / اختلاف الجنسية :

يقصد باختلاف الجنسية في الميراث، أن تكون جنسية المورث تختلف عن جنسية الوارث، كأن يكون الوارث فرنسي، والمورث جزائريا أو العكس، ويعبر عن اختلاف الجنسية في الفقه الإسلامي باختلاف الدار، وعليه فلا خلاف بين الفقهاء على أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين المسلمين، لأن ديار الإسلام واحدة، لا تتباين فيما بينها، مهما تباعدت حدودها وتعددت حكوماتها، وعليه فالمسلم الجزائري يرث زوجته المسلمة التركية أو المغربية، والعكس كذلك، والمسلم الأفغاني يرث أخوه المسلم الهندي، لأن وحدة الإسلام غلبت اختلاف الجنسية أو الرعوية بالنسبة للتوارث[1] .

أما اختلاف الدارين بين غير المسلمين، فقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين :

1-القول الأول: اختلاف الدارين بين غير المسلمين مانع من موانع الإرث بينهم، و ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة، ذلك أن الميراث يبنى على العصمة والوالية، ولا عصمة ولا والية بينهما، لذلك ينتفي الميراث بينهما، فالمسيحي الإيطالي إذا كان له قريب في دولة معادية لإيطاليا لا يرثه لانعدام التناصر والتعاون بين الدولتين[2].

2-القول الثاني: اختلاف الدارين بين غير المسلمين لا يعتبر مانع من موانع الإرث فيما بينهم، ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة، واستدلوا عليه بأن المنع من الميراث عقوبة، ولا عقوبة إلا بنص، ولم يرد نص على أن اختلاف الدارين مانع من موانع الإرث، ولأن مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى "، أن أهل الملة الواحدة يتوارثون، ومقتضاه توريث بعضهم من بعض ولو تباينت ديارهم[3]، وهو الرأي الراجح.

---

1 بدران أبو العينين بدران، **أحكام التركات والمواريث في الشريعة والقانون**، دار الكتب، مصر، 1982، ص101.

2 بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 108 .

3 أحمد فراج حسين، **نظام الإرث في التشريع الإسلامي**، مرجع سابق، ص 99.

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم ينص على مانع اختلاف الدار كمانع من موانع الإرث، وأحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، عليه فلا أثر لاختلاف الدار (الجنسية) في الميراث، وهذا ما أكده القضاء الجزائري، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى: حيث أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات الدين الإسلامي. وحيث لا شك أن المطعون ضده مسلم حيث أنه مغربي باعتراف الطاعن ويجوز له حينئذ أخذ حقه بوجه الإرث من مخلفات المرحومة (م .ح) [1] .

1 المجلس الأعلى، غ أ ش، القرار رقم 33509 الصادر بتاريخ 1989/07/09، م ق، العدد الثالث، 1989، ص6

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإرث الناتج عن الزواج المختلط.

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإرث الناتج عن الزواج المختلط، تثير صعوبات جمة نتيجة الاختلاف الشديد بين التشريع الجزائري المبني على مبادئ الشريعة الإسلامية، والتشريعات الغربية اللائكية، التي لا تقيم للدين أي اعتبار، ونظرا لكون الإرث يقع بين الحدود الفاصلة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، وهو ما أدى إلى تضارب الآراء في تحديد القانون الذي يحكمه.

الفرع الأول: تكييف الإرث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية.

إن التكييف هو أول ما يعرض له القاضي عندما يتعرض لمسألة تحتوي على عنصر أجنبي[1]، ويقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص: « تحديد طبيعة العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي بردها إلى فكرة مسندة معينة التي تشكل بدورها عنصر من عناصر قاعدة الإسناد، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة محل الاهتمام وفقا لقاعدة الإسناد هذه«[2]، فتحديد الوصف القانوني لمسألة من المسائل القانونية المشمولة بعنصر أجنبي (بغية إدراجها ضمن الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد المتعلقة بمسألة الميراث الناتج عن الزواج المختلط) باعتباره أهم خطوة يعبرها القاضي وصولا إلى إسناد المسألة للنظام القانوني المختص، تكمن صعوبته في اختلاف الأوصاف والتكييفات للأحوال والتصرفات من نظام قانوني إلى آخر، ومن دولة إلى أخرى[3].

ويعد الميراث إحدى المسائل المثيرة للجدل تقليديا; لأنه يقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية والحالة العينية، فباعتباره يؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص بسبب الموت، فإنه يندرج ضمن لأحوال الشخصية، وبما أنه من جهة أخرى هذا الانتقال

---

1 اللافي محمد مبروك ، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي**، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 51 .

2 رجا دواس أمين ، **تنازع القوانين في فلسطين**، ط 1، دار الشروق، 2001، ص 55 .

3علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، ط 4، د م ج، الجزائر،1993، ص41.

ينصب على الأموال، فإنه يندرج تبعا لهذا السبب ضمن الأحوال العينية[1] .

أولا / الإرث ضمن فكرة الأحوال الشخصية:

اتجهت بعض التشريعات إلى إدراج الإرث ضمن طائفة الأحوال الشخصية، فهو يتصل أساسا بواقعة حياة الشخص، وبواقعة وفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أنه يؤسس انطلاقا من عناصر مأخوذة من حالة الشخص، روابط النسب والقرابة، واعتبارات المحافظة على أحوال المتوفى ضمن نطاق العائلة وفي إطار درجة القرابة، فكلما ازدادت درجة النسب والقربى، كلما ازدادت الحصة الإرثية لذلك[2]. وأخذ بهذا الاتجاه التشريع المصري والليبي والألماني واليوناني والبولوني والايطالي و الاسباني والبرتغالي[3]، ولقد اعتبرت اتفاقية لاهاي عام 1928 جميع المواريث من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة[4] .

ثانيا / الإرث ضمن فكرة الأحوال العينية :

وعلى خلاف الاتجاه السابق، هناك من يرى بإدخال الإرث ضمن طائفة الأحوال العينية إذ أن انتقال الأموال بسبب الوفاة، يعد أسلوبا عاديا كغيره من أساليب انتقال الأموال مادام موضوع الانتقال يبقى واحد، ألا وهو الأموال، ولا تختلف عن الوسائل الأخرى إلا في سبب هذا الانتقال، المتمثل في الوفاة[5]. وأخذ بهذا الاتجاه كل من فرنسا، وانجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية[6] .

---

1 إسعاد موحند، مرجع سابق، ص 315.

2 عبده جميل غصوب، **القانون الدولي الخاص**، ط 1، مجد، لبنان، 2008، ص 293 .

3 Pier Mayer ,Droit International privé , 5 édition ; Montchrestien, 1994 , P 167.

4 اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 150 .

5 موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 315 .

6 زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية**، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 180.

ثالثا / موقف المشرع الجزائري :

تـأثر المشـرع الجزائـري بالاتجـاه الأول، حيـث أدرج الميـراث ضـمن طائفـة الأحـوال الشخصية، حيث وردت أحكامه في قانون الأسرة الجزائري، وخصص الكتاب الثالث منه لأحكام الإرث، نظرا لارتباط الميراث بنظام الأسرة والروابط العائلية، وبهذا يكون قد سلك مسلك أغلبية الدول العربية، كمصر والأردن، العراق، ليبيا، كما يتماشى هذا التكييف مع ما جاءت به اتفاقية لاهاي عام 1928، التي اعتبرت المواريث من مواد الأحوال الشخصية، على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة[1] .

والجدير بالذكر، أن مسألة التكييف خاضعة لقانون القاضي، و ذلك وفقا لنص المادة" 09 من ق م ج"، حيث نصت: « يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه»[2].

الفرع الثاني: التضارب الفقهي والقانوني حول القانون الذي يحكم الإرث .

يعد نظام الميراث في علاقات الزواج المختلط التي تختلف فيه ديانة أو جنسية الزوجين عن بعضهما، من أهم مسائل الخلاف بين نظام الميراث في الشريعة الإسلامية ونظيره في القوانين الغربية[3]، ونظرا لكون الإرث من المسائل التي تقع بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، فقد كان محل خلاف فقهي وتعدد في الاتجاهات التشريعية بشأن تحديد القانون الذي يخضع له، وفيما يلي مختلف هذه الاتجاهات:

أولا / الاتجاه الأول: يميل إلى أن قانون موقع المال هو الذي ينبغي اعتماده في تطبيق حق الميراث الناتج عن الزواج المختلط، و يستند هذا الاتجاه إلى أن الميراث من مسائل الأحوال العينية التي تخضع لقانون موقع المال، منقولا كان أم عقارا، كبعض دول أمريكا الالتينية[4]

1 اللافي محمد مبروك، مرجع سابق، ص 150 .

2 الأمر 75-85 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني**، ج ر العدد 78، ص 990 .

3 زروتي الطيب، **أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنستهما في الزواج المختلط تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ديوان النشر الجامعي، 1993، ص93 .

4 أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص**، ج 1، مرجع سابق، ص 269 .

فلو أن شخص برازيلي الجنسية له عقارات ببوليفيا، توفي هذا الشخص ببنما، وعرض النزاع على القاصي المختص، فإنه يطبق على العقار القانون البوليفي باعتباره قانون الموقع، استنادا إلى قواعد القانون الدولي الخاص البنمي.

ثانيا / الاتجاه الثاني: يميل إلى أن قانون موطن المتوفى هو الذي ينبغي تطبيقه في حق الميراث الناتج عن الزواج المختلط، ويستند هذا الاتجاه إلى أن الإرث نتيجة لواقعة قانونية هي الوفاة، فقد أخضعته لقانون موطن المتوفى باعتباره قانون محل الوفاة، ومن التشريعات التي سارت في هذا الاتجاه التشريع النرويجي والدانمركي والأرجنتيني[1].

فلو أن شخص فرنسي متوطن بالنرويج وتوفي وترك أموالا عقارية بالدانمرك، فلو عرض النزاع على القاضي المختص فإنه سيطبق القانون النرويجي على الميراث، سواء كان عقارا أو منقولا، بغض النظر عن موقع المال .

ثالثا / الاتجاه الثالث: يميل إلى أن قانون جنسية الموروث هو الذي ينبغي تطبيقه في حق الإرث الناتج عن الزواج المختلط، ويستند هذا الاتجاه إلى أن الميراث يعتبر نتيجة نابعة من علاقة أسرية، إذ: « المصلحة العائلية وتنظيم الأسرة و كذلك التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أيلولة التركة، فالأمر يتعلق بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال»[2]. ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع الايطالي و الألماني والسويسري، والتشريع المصري، والتشريع المغربي[3] .

رابعا / الاتجاه الرابع: يميل إلى التمييز بين أن يكون حق الميراث متعلقا بتركة عقارية أو بتركة منقولة، فيذهب إلى أن التركات العقارية يلزم توريثها طبقا لقانون موقع العقار أما التركات المنقولة فيلزم توريثه طبقا لقانون آخر موطن للهالك، أو قانون جنسية المتوفى

---

1 هشام علي صادق، **دروس في القانون الدولي الخاص**، الدار الجامعية، لبنان، 1986، ص 243 .

2 سلامة أحمد عبد الكريم، **الأصول في التنازع الدولي للقانون**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 930 .

3 علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص 80 .

ويرجع سبب هذه التفرقة بين الإرث في المنقول والإرث في العقار إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي، و هي أن العقار ذو قيمة، فهو الذي يمثل الثروة وحده، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، وبذلك فإنها تتبع الشخص حيث وجد[1].

ومن التشريعات التي سارت في هذا المنحى القانون المدني الفرنسي، والقانون البلجيكي والقانون الأمريكي.

ولقد انتقد بعض الفقه هذه التفرقة، لكونها تؤدي من الناحية العملية إلى ترتيب أوضاع شاذة، حيث يتم تقسيم التركة الواحدة بين عدة قوانين، فنجد المنزل مثلا خاضعا لقانون، بينما أثاثه خاضع لقانون آخر، كما حدث في إيصاء حفيدة "جورج ساند"، بمنزل "توهان" بفرنسا للأكاديمية الفرنسية، حيث أوصت بالمنزل وأثاثه لهذه الأكاديمية، لكنها توفيت في ايطاليا فيخضع الأثاث لقانون آخر موطن لها، وهو القانون الايطالي، في حين يخضع المنزل (العقار) للقانون الفرنسي[2] .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإرث في الزواج المختلط.

باعتبار أن الإرث في الجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفى إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي تولى ببيان أحكامه، فقد سار المشرع الجزائري على نهج الاتجاه القائل بتطبيق قانون جنسية المتوفى، و هو الاتجاه الذي سلكته الدولة العربية، فنص في المادة" 16 من ق م ج" : « يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته»[3] .

والملاحظ أن المشرع الجزائري، لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار، والميراث

1- سامي بديع منصور، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، ط 1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر،1984 ص 579 .

2- علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص 19 .

3- القانون 10/05 المؤرخ في 26 يونيو 2005، **المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري**، ج ر العدد 44، 2005 .

في المنقول، والذي سبق وقلنا بأن هذه التفرقة منتقدة لكونها تؤدي إلى ترتيب أوضاع شاذة وبهذا النص وحد المشرع القانون الذي يسري على الميراث، وتجنب ازدواجية الإسناد[1].

وعليه فلو توفي شخص مغربي الجنسية، تاركا أموالا بالجزائر، وعرض النزاع على القاضي الجزائري باعتباره مختصا فإنه سيطبق على النزاع القانون المغربي باعتباره القانون المختص وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص الجزائري .

مع الإشارة إلى أن الوقت الذي يبدأ فيه سريان معيار الجنسية هو وقت الوفاة بالذات، لا قبله، بحسب عبارة المشرع في نهاية الفقرة الأولى من المادة 16 من القانون المدني الجزائري (وقت موته)، إلا أن الإشكالية التي تثار بصدد القانون الذي يحكم الميراث، تدور حول مدى اختصاص هذا القانون، خاصة وأن الأمر يتعلق هنا بمزيج من المسائل المرتبطة بالشخص ارتباطا وثيقا، ومسائل أخرى ذات صلة بالأموال محل الإرث، ومن هنا يدخل في نطاق قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة باعتباره القانون الذي يحكم الميراث: أركان الإرث، أسباب الإرث كالقرابة والزوجية[2]، وقت استحقاق الإرث، أي هل يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أم أنه يمكن أن يستحق أيضا باعتباره ميتا بحكم القانون[3].

ومنه فالسؤال المطروح هل على القاضي أن يتعلم قوانين دول أخرى بخصوص الميراث ؟

بإيجاز، نعم يجب على القاضي الجزائري، في بعض الحالات، تعلم قوانين الدول الأخرى المتعلقة بالميراث إذا كانت ضرورية لاتخاذ قرار قانوني صحيح ومنصف. يمكن للقاضي الاستفادة من مصادر مختلفة مثل البحث القانوني والدورات التدريبية والمؤتمرات القانونية والتعاون الدولي لتعلم تلك القوانين. هذا يسمح للقاضي بفهم وتطبيق القوانين المعمول بها في الدول الأخرى فيما يتعلق بالميراث.

---

1 أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1**، مرجع سابق، ص 270 .

2 نصت المادة 126 ق أ ج على أنه: « أسباب الإرث: القرابة والزوجية ». انظر: القانون 11/84 المؤرخ في 12 يونيو 1984 **المتضمن قانون الأسرة الجزائري**، ج ر العدد 24، 1984، ص 917 .

3 نصت المادة 127 ق أ ج على أنه: « يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القانون ». انظر: القانون 11/84 المتضمن **قانون الأسرة الجزائري**، المذكور سابقا، ص 917 .

وإذا كانا يتوارثان فكيف يكون التوارث بينهما؟[1] .

ويرجع للقانون الوطني للمورث لمعرفة وجود أو انتفاء أي مانع من موانع الميراث[2] ، كما أنه يتكفل بتحديد طبيعة خلافة الوارث للمورث، فهل تعتبر إجبارية أم اختيارية ، يمكن قبولها أو التنازل عنها ، و إذا كان كذلك ، فما هي شروط القبول و آثاره و المدة التي يجوز فيها هذا القبول ...الخ[3] .

هذا ويخرج من نطاق القانون الوطني للميراث (أي قانون جنسية المتوفى وقت وفاته) منازعات الإرث من حيث الاختصاص وإجراءات التقاضي، فتخضع هذه الأخيرة لقانون القاضي المطروحة بين يديه الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات لاتصالها بالنظام العام[4]. كما تخضع حالة الشيوع المترتبة على انتقال الميراث إلى الورثة لقانون موقع المال، فيطبق هذا القانون فيما يتعلق بحق كل شريك في التصرف وكيفية إدارة الأموال الشائعة وتنظيمها وانقضائها سواء بالتقاضي أو بالتراضي، وذلك كله بصرف النظر عن جنسية المورث[5] .

وهناك بعض المسائل الأخرى محل خالف فقهي، هل تدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث – قانون جنسية المتوفى وقت وفاته– أم يحكمها قانون آخر ؟ من بينها مسألة التركة الشاغرة، لما يكون الهالك لا وارث له، فما مصير تركته ؟ هل تؤول إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيتها أم تؤول إلى الدولة التي توجد بها أموال التركة ؟

---

1 نصت المادة 129: « إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موته في حادث واحد أم لا ». انظر القانون 11/84 **المتضمن قانون الأسرة**،المذكور سابقا، ص 917 .

2 نصت المادة 138 ق أ ج : « يمنع من الإرث: اللعان والردة ». ونصت المادة 139 منه على مانع القتل انظر القانون 11/84 **المتضمن قانون الأسرة**، المذكور سابقا، ص918. إضافة إلى موانع أخرى لم يتضمنها قانون الأسرة الجزائري، وأحالها إلى إحكام الشريعة الإسلامية مثل اختلاف الدين واختلاف الدارين وهي من أهم الموانع في الميراث الناتج عن الزواج المختلط.

3 هشام علي صادق، **دروس في القانون الدولي الخاص**، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 315.

4 نصت المادة 21 مكرر من ق م ج : « يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات». انظر القانون 10/05 **المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري**، المذكور سابقا، ص 20 .

5 هشام علي صادق، **دروس في القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص 315 .

بالرجوع للشريعة الإسلامية، نجدها تعتبر التركة الشاغرة مالا ضائعا، ومادامت الجزائر تستمد تشريعها (في قانون الأسرة) من الشريعة الإسلامية فإن التركة الموجودة فوق الإقليم الجزائري، تؤول للدولة الجزائرية وفقا لقانون جنسية المتوفى.

إضافة إلى مسألة أخرى تتعلق بحقوق دائني التركة، فغالبية الفقه يرى بعدم إخضاعها لقانون الإرث، على أساس أن هذه المسألة مرتبطة بنظام الأموال وسلامة المعاملات، ومن ثم وجب تطبيق قانون المال عليها[1]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيطبق عليها قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فجاء في سورة النساء : « مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا »[2]، معنى لا يترتب للورثة حقا على تركة مورثهم إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا .

وباعتبار أن أحكام الإرث مستمدة في القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية فإن القانون الأجنبي المختص، قد تستبعد باسم النظام العام كلما كان تطبيقه يترتب عليه مساس بالشعور العام عند عدم التقيد بأحكامها، وهذا ما نصت عليه المادة" 24من ق م ج"[3].

وعليه فإن القانون الأجنبي الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا يجب أن يستبعد، كذلك يجب أن يستبعد القانون الأجنبي المختص لما يكون المورث مسلما، إذ أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن هنا فقد يؤدي هذا الاستبعاد إلى جعل إسلام المورث ضابطا للإسناد مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة" 16 ق م ج"، التي تقضي بإخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفى[4] .

---

1 أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج 1، مرجع سابق، ص 272 .

2 سورة النساء، الآية: 11 .

3 نصت المادة 24/1 من القانون المدني الجزائري: « 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. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة». انظر القانون 10/05 **المعدل والمتمم للقانون المدني**، المذكور سابقا، ص 20 .

4 أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ج 1، المرجع السابق، ص 274 .

ملخص الفصل الثاني :

اختلاف الفقهاء والتشريعات في تكييف الميراث الناتج عن الزواج المختلط كونه مرتبط بحياة ووفاة الشخص واعتباره من روابط القرابة وكونه متصل بنظام الأسرة، اعتبرته بعض التشريعات من الأحوال الشخصية أما كونه أسلوب من أساليب انتقال الأموال، اعتبرته بعض التشريعات من الأحوال العينية.

ونظرا لاختلاف الفقهاء والتشريعات في تكييف الميراث، أدى ذلك لاختلاف الدول بشأن القانون الواجب التطبيق فبعض الدول تطبق عليه قانونين مفرقة بين العقار والمنقول، ودول أخرى تخضعه لقانون واحد، سواء كان قانون موقع المال أو قانون موطن المتوفى أو قانون جنسية المتوفى وقت موته وهذا الأخير هو موقف المشرع الجزائري.

خروج بعض المسائل من نطاق القانون الذي يحكم الإرث وخضوعها لقانون موقع المال مثل مسألة شهر الإرث وتنظيم حالة الشيوع بين الورثة.

استبعاد القانون الواجب التطبيق على الإرث الناتج عن الزواج المختلط باسم النظام العام، إذا ما تعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية لدولة القاضي ما أدى ببعض الدول الإسلامية إلى أن تعتبر إسلام المورث ضابط للإسناد وهذا بصفة غير مباشرة.

خـــــاتـــمـــــــة

باعتبار الزواج رابطة أسرية وقانونية ومن أهم العقود التي تضمن سير المجتمعات وديمومتها وتختلف باختلاف العادات والأعراف فإن الدولة تتدخل بتشريعاتها لتنظيم هذا الزواج وحماية أطرافه مما يسبب اختلاف في التشريعات و تنازعا في القوانين إذا تضمن العقد طرفا أجنبيا، لهذا اتخذت الدول حلا مسبقا تمثل في تحديد فئات ضمتها في فكرة مسندة و أخضعتها لقانون معين من خلال ضابط الإسناد، وقد اختلفت التشريعات في تحديد ضوابط الإسناد التي تحكم الزواج و الإرث الناتج عنه ، وعملية تطبيق القانون المختص في كل الأحوال قد تصطدم بعقبات تحول دون إعماله في مسائل الزواج المختلط، وذلك في حالة ما إذا كانت أحكام هذا القانون تتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام الزواج في دولة القاضي، فللقاضي المعروض أمامه النزاع في هذه الحالة أن يستبعد هذا القانون ويستبدله بالقانون الجزائري، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني، وأيضا في حالة ما إذا تبين للقاضي أن ثبوت الاختصاص التشريعي لهذا القانون جاء نتيجة تحايل من الأفراد على قاعدة الإسناد بتغيير ضوابط الإسناد قصد التهرب من أحكام القانون المختص، فله أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون المفتعل عن طريق الغش نحو القانون، وإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلا وتطبيقه.

ومن خلال دراستنا توصلنا إلى النتائج التالية:

إجماع الفقهاء على أنه لا إرث للكافر من المسلم، وعليه لا يمكن للزوجة الكتابية أن ترث زوجها المسلم أو ابنها المسلم إلا أنهم اختلفوا في مسألة إسلام الكافر قبل قسمة التركة فذهب جمهور الفقهاء إلى أن العبرة بالمبلغ من الميراث لاختلاف الدين وقت الوفاة لا وقت القسمة بخلاف ما ذهب إليه الحنابلة وحسبهم إذا أسلمت الزوجة قبل قسمة تركة زوجها المسلم ورثت منها ترغيبا وتأليفا لهاعلى إسلامها.

حيث نصت المادة 16 من القانون المدني الجزائري «: يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته .»

اختلاف الدارين أو ما يعبر عنه باختلاف الجنسية حاليا لا يؤثر في حكم الإرث سواء كان في ميراث الألمانية أو العكس، وكذلك الزوج الفـــرنسي المسيحي يرث زوجته الألمانية المسيحية والعكس.

ولكن عموماً، في الزواج المختلط، يمكن للأطراف الاتفاق على القانون الذي ينظم زواجهم والإرث. إذا لم يتم الاتفاق على القانون، فقد يتم تطبيق القانون المعمول به في بلد الإقامة أو الجنسية، أو قد يتم تطبيق القانون الذي يتوافق مع أعراف ودين الطرفين.

وفي العديد من الحالات، تحتفظ الدول بالحق في تطبيق القانون الوطني على مواطنيها فيما يتعلق بالزواج والإرث، وهذا يتم بموجب النصوص القانونية المعمول بها في كل دولة.

خلو قانون الأسرة الجزائري من نص صريح ينظم مانع اختلاف الدين ومانع اختلاف الجنسية في الإرث، فالمشرع الجزائري أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن الآراء متضاربة في هذا الصدد فكان عليه أن يضع نصا صريحا يبين موقفه من هذين المانعين.

استبعاد القانون الواجب التطبيق على الإرث الناتج عن الزواج المختلط باسم النظام العام، إذا ما تعارض مع المبادئ والأسس الجوهرية لدولة القاضي ما أدى ببعض الدول الإسلامية إلى أن تعتبر إسلام المورث ضابط للإسناد وهذا بصفة غير مباشرة.

التوصيات :

من خلال النتائج التي توصلنا إليها، نقترح التوصيات التالية:

- وضع معيار يضبط ما يعتبر من الشروط الموضوعية و ما يعتبر من الشروط الشكلية.

إعادة تنظيم أحكام قانون الأسرة الجزائري، وذلك بإضافة مادة تنظم مانع اختلاف الدين.

- إضافة ضابط إسلام المورث والوارث لتحديد القانون المختص بحكم الإرث الناتج عن الزواج المختلط.
- تخصيص قانون يجمع جميع مسائل التنازع الدولي في مختلف الفروع عامة، وخاصة ما تعلق منها بالميراث.
- وضع قوانين أكثر تفصيلا في مسائل الإرث الناتج عن الزواج المختلط.
- تحديد ما يدخل و ما يخرج من تطبيق نص المادة" 16 ق م ج" في مسائل الإرث.

قائمة المصادر و المراجع

أ – قائمة المصادر:

– القــرآن الكريــم:

– القرآن الكريم.

– المعاهدات الدولية:

– الأمر 74–75 المؤرخ في يوليو 1974، يتضمن المصادقة على اتفاقية القنصلية بين "الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والحكومة الجمهورية الفرنسية"، موقع بباريس24–05–1974، ج ر عدد 62 ، الصادرة في 2 أوت 1974.

– القــوانين:

– أمر رقم 70–20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج ر العدد 21 الصادرة في 27 فبراير 1970.

– الأمر رقم 75–58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78،الصادرة في 1975/09/30، معدل و متمم.

– قانون رقم 84–11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتتم بالأمر 05–02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ، ج ر رقم 15.

– القانون رقم 05–10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني. ج ر 2005/44

– المجلس الأعلى، غ أ ش، القرار رقم 33509 الصادر بتاريخ 1989/07/09، م ق، العدد الثالث، 1989.

ب – قائمة المراجع:

– الــكـــــتـــــب:

1– أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008 .

2-أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، د ط، دار المطبوعات الجامعية مصر،1997.

3- أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة و النشر، 2002

4- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية) الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار هومه، الجزائر، 2014.

5- إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989.

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

7-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

8- بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث في الشريعة والقانون، د ط، دار الكتب مصر، 1982.

9-التهانوي محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، الجزء الأول، الطبعة الأولى مكتبة لبنان، لبنان،1996.

10- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.

11- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، حاشية العدوي، الجزء الثاني، د ط، دار الفكر،لبنان، 1994.

12- دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسية والقانون، العدد الرابع، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2011.

13- رجا دواس أمين ، تنازع القوانين في فلسطين، الطبعة الأولى، دار الشروق، 2001.

14- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، د ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

15- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية، الجزء 1 تنازع القوانين، الطبعة 2004 .

16- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، مطبعة العسيلة، الدويرة،2008.

17- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط2 ،الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2008.

18- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، علما و عملا، ط1، مطبعة الفسيلة 2010.

19- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة، الجزء السادس ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1993.

20- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر،1984.

21- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، 1986.

22- سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر،ط3، دار هومة للطباعة، الجزائر. (بدون سنة نشر).

23- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4 ، دار هومة، الجزائر 2013.

24- سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقانون، د ط، دار النهضة العربية مصر، 2008.

25- شريقي نسرين و سعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، سلسلة مباحث في القانون، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، أكتوبر 2013.

26- الصانوري مهند احمد، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2011.

27- صالح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، التركي للطباعة، طنطا، الطبعة الأولى.

28- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

29- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

30- عيشوش أحمد عبد الحميد، القانون الدولي الخاص، جامعة بنها، مصر.

31- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004.

32- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول ط3 دار هومة، الجزائر،2011.

33- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ط11،ج2، سنة1986.

34- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية و مركز الأجانب في الفقه و التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007 .

35- غصوب عبده جميل ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد، لبنان، 2008.

36- فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، الجزء الأول، د ط المطبعة العالمية، مصر، 1975.

37 فضيل نادية ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001 .

38- ابن قدامه، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، تحقيق: عبد الله بن الحسن التركي، المغني، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، السعودية، 1997.

39- كره حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1974 .

40- اللافي محمد مبروك ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، د ط منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.

41- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام ،عمان ،2015.

42- مسلم أحمد، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية بيروت، لبنان.

43- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005 .

44- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة لمنشر والتوزيع. عمان، الأردن.ج2 .

45- الهلالي المسعود، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى دار جسور، الجزائر، 2008.

46- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، د ط، الدار الجامعية، لبنان 1986.

47- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال،حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين،الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية)، الكتاب الأول(تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

48- هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، توزيع منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2006.

رسائل التخرج :

- بزاف إبراهيم، القواعد الخاصة بعقود الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 01، 2012-2013.

- بومراو سفيان، "تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة"، مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني، بعنوان تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، المنعقدة يومي (23 و24) أفريل 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية عبد الرحمن ميرة، بجاية.

- دريـة أمين، قواعد التنازع المتعلق بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009.

- رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

- رنا صبحي سعيد عثمان، أحكام الجنسية والمواطنة من منظور إسلامي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.

- زلاسي بشرى، الزواج المختلط، إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، ،2001-2000.

- محمودي سليم، اختلاف الدين وأثره في الميراث، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: فقه مقارن، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر.(بدون سنة نشر).

- مزروق تاسعديث، الزواج المختلط في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر 2015-2016 .

– معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ،2003–2004.

– المحاضرات الجامعية:

– بشور فتيحة، محاضرات لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة– كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق، السنة 2017/2016.

– بابا عمي الحاج أحمد، محاضرات جامعية، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، سنة 3 قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة غرداية، 2021/2020.

– عمراني أحمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، السنة3، الشريعة و القانونالمحاضرة07 جامعة وهران، السنة الجامعية 2020/2019.

– عبد القادر شرفي،محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، سنة 3 قانون خاص كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021/2020.

– المراجع باللغة الأجنبية:

- LOUSSOUARN ET BORREL: droit international privé, 3ed paris Dalloz 1988.

– Yvon LOUSSOUARN, pierre BORREL,droit international privé,Dalloz 4eme édition,1993.

فهرس المحتويات

الفهرس	ص
الشكر و التقدير:	
مقدمة :.....	**1**
الفصل الأول: **المقصود بتنازع القوانين**	**5**
المبحث الأول: المقصود بقواعد الإسناد:.....	**8**
المطلب الأول: تعريف و خصائص قواعد الإسناد:.....	**8**
الفرع الأول: تعريف قواعد الإسناد:.....	**8**
الفرع الثاني: عناصر قواعد الإسناد:.....	**9**
الفرع الثالث: خصائص قواعد الإسناد:.....	**11**
المطلب الثاني: تفسير قواعد الإسناد:.....	**13**
الفرع الأول: التكييف:.....	**14**
الفرع الثاني: الإحالة:.....	**19**
المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:.....	**24**
المطلب الأول: حالة استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام:....	**25**
الفرع الأول: الأثر السلبي :	**27**
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي:.....	**29**
المطلب الثاني:. حالة استبعاد القانون الأجنبي للغش نحو القانون.....	**30**
الفرع الأول: نشأة نظرية الغش نحو القانون و شروط تحققه و نطاقه:.....	**30**
الفرع الثاني: أثر الدفع بالغش نجو القانون:.....	**34**
الفصل الثاني: المقصود بالزواج المختلط **و الإرث الناتج عنه و القانون الواجب التطبيق عليهما**	**37**

المبحث الأول:المقصود بالزواج المختلط و القانون الواجب التطبيق عليه:.....	**39**
المطلب الأول: المقصود بالزواج المختلط:.....	**39**
الفرع الأول: تعريف الزواج المختلط:.....	**39**
الفرع الثاني: حالات اختلاف الزواج المختلط:	**40**
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط:.....	**42**
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مقدمات الزواج:.....	**42**
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:.....	**44**
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:.....	**50**
المبحث الثاني:المقصود بالإرث الناتج عن الزواج المختلط والقانون الواجب التطبيق عليه:	**55**
المطلب الأول: المقصود بالإرث الناتج عن الزواج المختلط:.....	**55**
الفرع الأول: معنى اختلاف ديانة وجنسية الزوجين في الميراث:.....	**56**
الفرع الثاني: اثر اختلاف ديانة و جنسية الزوجين في الميراث:.....	**58**
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الإرث الناتج عن الزواج المختلط:	**63**
الفرع الأول: تكييف الإرث بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية:.....	**63**
لفرع الثاني: التضارب الفقهي والقانوني حول القانون الذي يحكم الإرث:.....	**65**
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الإرث في الزواج المختلط.....	**67**
خـــــاتـــمـــة:.....	**72**
قائمة المراجع :.....	**75**
فهرس المحتويات:.....	**82**

مـلـــخـــص

الـمـلـخــص:

نشير الدراسات إلى أن الميراث الناتج عن الزواج المختلط، حيث يختلف دين أو جنسية الزوجين عن بعضهما البعض، يمثل أحد أهم وسائل الخلاف بين التشريعات في العالم. فتختلف نظرة هذه التشريعات إلى الميراث من بلد إلى آخر، وذلك ناتج عن اختلاف المرجعيات التي أسست عليها هذه التشريعات. ففي البعض منها يعتبر الدين مرجعًا أساسيًا، حيث تنظر إليه القوانين بمنظور ديني وفقًا للمعتقدات الدينية المتعلقة بالميراث، بينما يستند البعض الآخر إلى أسس علمانية، حيث تحتاج إلى قوانين تقوم على أسس علمية وقانونية، تقوم على المعايير المعمـــــول بهـــــا فـــــي البلـــــد الـــــذي يصـــــدر فيـــــه القـــــانون. يؤدي هذا الاختلاف إلى طرح مشاكل وصعوبات في تكييف الميراث، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، مما يستدعي الحاجة إلى إيجاد حلول وسط مناسبة وعادلة لتلك المشاكل. ولذلك، فإنه يتعين على الدول والمجتمعات إجراء دراسات دقيقة ومفصلة لهذه المشاكل، وتبني تشريعات مناسبة تتعامل بشكل عادل مع قضايا الميراث في الزواج المختلط.

الكلمات المفتاحية:

الزواج المختلط – الميراث – تكييف – تشريعات – القوانين – الواجب التطبيق.

Studies show that inheritance resulting from mixed marriages, where the religion or nationality of the spouses differs, is one of the most contentious issues between legal systems around the world. The perspectives of these legal systems on inheritance vary from one country to another, due to differences in the underlying principles upon which these legal systems are based. Some legal systems consider religion as the primary reference point, where the laws are viewed from a religious perspective in accordance with the religious beliefs related to inheritance. While others are based on secular principles, requiring laws that are based on scientific and legal principles, in accordance with the standards commonly used in the country where the law is issued.

This difference leads to problems and difficulties in adapting inheritance laws and determining the applicable law, necessitating the need to find appropriate and fair middle solutions for these problems. Therefore, countries and communities must conduct detailed and comprehensive studies on these issues and adopt appropriate laws that deal fairly with inheritance issues in mixed marriages.

Keys words:

Mixed marriages – inheritance – adapting – legal systems - laws - the applicable law.