الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية

(دراسة مقارنه)

obeikandl.com

obeikandl.com

المقدمة

ان الانفتاح على العالم بين الشعوب، وما يترتب على هذا الأمر من تكوين خليط بشري متعدد الجنسيات أو القوميات أو الأديان ، قد ولد بعض الإشكاليات التي تترتب على هذا الأمر، ومن بين تلك ألإشكاليات إمكانية انتقال الملكية العقارية بالوصية بين الموصي والموصى له مع اختلاف الجنسية بينهما ،لاسيما ونحن في ظل تشدد قانوني لمعظم الدول يدفعها حماية الملكية العقارية على أرضها خصوصاً من تملك الأجانب لتلك الملكية، لما يشكله هذا الموضوع من خطر على أمنها واستقرارها أو السيطرة على الملكية الثابتة ووضعها بيد من هم لا ينتمون لها برابطة الولاء السياسي (الجنسية) .

ورغم إن معظم الدول قد وضعت تنظيماً قانونيا في حالة تنازع القوانين الدولية، إلاانها أيضا لم تغفل تنظيم الوصية من حيث إمكانية انتقاله إلى الموصى له الأجنبي، أو المختلف الجنسية عن الموصي كما هو الحال في التشريع العراقي .

ولا شك في ان مسألة الوصية العقارية ايضاً قد تقود الى مسألة اخرى، هي حكم الأشخاص الذين قد تعددت جنسياتهم او قد تنعدم، فكيف يشملهم هذا التنظيم القانوني او كيف يحميهم ؟ كما قد تظهر مسألة التركة الشاغرة او المتوفى الذي لا وارث له، مع بقاء تركته لاسيما العقارية منها في بلد الموقع،هل يجوز الايصاء بكل التركة عند انعدام الوارث على وفق قانونه الشخصي (الجنسية أو الموطن).

ثم ان معظم الدول لاسيما التي تتجه نحو حماية الموارد الزراعية، تحاول تقليص تملك الأراضي الزراعية واقتصاره بمواطنيها، وتمنع ذلك على الأجانب ولو عن طريق الوصية .

هذا ما يقودنا للتساؤل الى أي مدى يتم تطبيق قانون الموصي وقت موته ، وهل يشمل الجوانب الإجرائية او قانون موقع العقار ؟

وعليهسنقيم هذهالدراسة على اربعة مباحث:الأول، نخصصهلماهية الوصية في الاطار الدولي،والثاني،للأسس القانونية التي تحكم الوصية في الاطار الدولي ،والثالث، للموقف التشريعي الدولي والوطني من الوصية الواردة على العقار، والرابع،لأحكام وقواعد تطبيق قانون الموصى على التركة العقارية.
وقسمنا كل مبحث الى مطالب سنتطرق لذكرها في حينها، كما وضعنا خاتمة تضم أهم النتائج ووضع التوصيات المناسبة إليها .

obeikandl.com

المبحث الاول
ماهية الوصية في الاطار الدولي

للوقوف على ماهية الوصية في الاطار الدولي، لابد من بيان تعريف الوصية في الاطار الدولي اولا ، ومن ثم بيان موقف الفقه الاسلامي منها ثانياً. عليه فأننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين:الاول ، التعريف بالوصية في الاطار الدولي ،والثاني لموقف الفقه الاسلامي من الوصية بين مختلف الاديان.

المطلب الاول
التعريف بالوصية في الاطار الدولي

الوصية في اللغة مصدر من الفعل(وصّى)بتشديد الصاد، وهذا المصدر بهذه الصياغة يدل على ما يرغب في فعله خير وصلاح، اذ اصدرت التوصية من الله سبحانه[1] كقوله تعالى (أم كنتم شهداء إذ اوصاكم الله بهذا)[2].

واللغة لم تفرق بين الوصية والايصاء من حيث عدم تفريقها بين الفعل المتعدي باللازم وبين الفعل المتعدي ب(الى)، فأن كلاً منها يطلق على الوصية للدلالة على التمليك المضاف الى ما بعد الموت،ولفظة الأيصاءتدل على جعل الغير وصياً على ما يلي أمره بعد وفاته[3].

فالتوصية والايصاء في اللغة، هي ان يطلب الانسان من غيره فعلاً ليقوم به في غيبته او بعد وفاته، اوبمعنى العهد ،يقال الرجل وصاه او عهد اليه[4].والأيصاءايضاً بمعنى قضاء الدين وتنفيذ الوصايا والنظر في امر الاطفال [5] .كما ان الوصية مشتقة من الفعل(اوصى)،يقال اوصيت الشيءأوصيته اذا وصلتهويقال ارض واصيه اي متصلة النبات[6].

أما شرعاً فأن مفهوم الوصية عند الفقهاء المسلمين لا يخرج عن ثلاث مفاهيم سنوردها دون الدخول في تفاصيلها .فقد يراد منها صفة التصرف الشرعي من حيث المطلوب الفصل او الترك او من التخريج وهو الحكم التكليفي، وقد يراد منها صفة التصرف الشرعي التي يتصف بها نتيجة موافقته للطلب او عدم موافقته وهو الحكم الوصفي،وقد يطلق عليها ويراد

منها الاثر المترتب على التصرف باعتبار ما ثبت لهُ من صفات كثبوت الملكية مثلاً وعدم ثبوتها[7].

ومع ذلك عرف الفقهاء المسلمون الوصية بتعاريف مختلفة في الصياغة ولكن متشابه في المعنى ،فمنهم من عرفها بأنها " تمليك مضاف ما بعد الموت بطريق التبرع سواء اكان الموصى به عيناً أم منفعة"[8]. ومنهم من عرفها بأنها " تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت "[9].

اما قانوناً فان التشريعات العربية المقارنة، لم تخرج في تعريفها للوصية عن الاطار الذي رسمه الفقهاء المسلمون.فعرف القانون المصري[10]الوصية أنها" تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت"، وهو موافق لتعريف المشرع العراقي[11]، والذي عرف الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض"، رغم ما وجه لهذا التوصيف من انتقاد من قبل البعض [12].

ولا اشكال لو اتحدت جنسية المورث مع الوارث وكان الموصى به في بلدهما، فسنكون امام وصية اطرافها متحدة الجنسية ولا يوجد ثمةإشكال، لكن لو اختلفت جنسية الموصي عن الموصى له، فسنكون هنا امام حالة اطلقت عليها تسمية الوصية في الاطار الدولي او المختلف الجنسيات،والتي يمكن ان نعرفها بأنها(الايصاء الذي تكون فيه جنسية الموصي وقت موتهمختلفة عن جنسية الموصى له، سواء اكانالاخير شخصا واحدا ام اكثر ،وسواء اكان شخصاً طبيعيا ام معنوياً ،وسواء اكانت الوصية بملكية الرقبة ام حق المنفعة).

وإشكاليات اختلاف الجنسية بين الموصي والموصى له، إما إن تحصل ابتداءً اثناء انشاء الوصية،حيث يكون الموصي من جنسية الدولة(أ) والموصى له من جنسية الدولة(ب)، ويستمر ذلك حتى وفاة الموصي وان اكتسب جنسية الدولة(ج).وقد يحصل هذا الاختلاف لحظة وفاة الموصي،اذ يكون كل من الموصي والموصى له متحدي الجنسية ثم يحصل الاختلاف عند

وفاة الموصي،وقد يحصل العكس بان يكون كلاهما مختلفا الجنسية، وقد يحصل اتحاد الجنسية بان يكتسب الموصي جنسية الموصى له اوالعكس، فهنا نكون امام وصية مختلفة الجنسية والعكس من ذلك .

وللوقوف على حقيقة الوصية في اطار القانون الدولي،لابد من بيان المقصود من الوطنيوالأجنبي واوجه الفروق بينهما.

في الحقيقةان مدلول الجنسية بوصفها رابطة قانونية وسياسة تعبر عن انتماء الفرد الى دولة ما، هي فكرة حديثة نسبياً ،فقد بدأت في الظهور في القرن الثامن عشر حيث استخدام مصطلح (الجنسية)بمعناه السياسي والقانوني[13]، بينما رأى اخر ان هذا الاصطلاح لم يدخل اللغة القانونية إلا في القرن التاسع عشر[14].

ولما كان مفهوم الجنسية هو نظام قانوني يتم بمقتضاه تحديد عنصر الشعب الذي يقوم عليه كيان الدولة واستمرارها، يحدد هذا النظام الشروط اللازمة للحصول على هذه الصفة (الجنسية) وزوالها [15]،فأن هنالك اختلاف كبير وواضح لدى الفقهاء في تحديدهم لماهية الجنسية ،ومرجع هذا الاختلاف يكمن في ان مفهوم الجنسية تقع عند ملتقى فروع القانون العام والخاص والدولي والداخلي ،ومن ثم تبدو الجنسية كفكرة مركبة وليست بسيطة[16].

ومهما يكن من الامر فأن التعريفات المختلفة التي وضعها الفقه لمصطلح الجنسية، تكاد تنصب في اتجاهين اساسيين:الاول،يركز على الجنسية بوصفها رابطة بين الفرد والدولة دون تحديد طبيعة هذه الرابطة .وترد أيضا ،على وصف الجنسية بأنها رابطة ذات طبيعة قانونية او سياسية او تجمع بين الوصف القانوني أو السياسي معاً[17].اما الثاني،فينظر الى الجنسية على اعتبار انها صفة تلحق بالفرد [18].

والتعريف الراجح في نظرنا ان الجنسية "رابطة سياسية وقانونية على اساسها يتم تمييز الوطني عن الاجنبي وتحديد من يتمتع بكافة الحقوق على

ارض البلد من عدمه[19].فالوطني تسمية تطلق على اولئك الاشخاص الذين يحملون جنسية دولة ما ونقيض ذلك يسمى اجنبياً ، ثم ان معظم التشريعات الوضعية لاتضع تعريفاً او توضيحاً لمدلول الاجنبي بل تكتفي بتحديد من هو الوطني وما سواه يعد أجنبياً.فالأجنبي لفظة مشتقة من جانب او تجنب وهيمرادفلكلمة(ETRANJA)بالإنكليزية ،ويقابلهاباللاتينية(EXTRANEURN)ومعناه وطني (NATIONIL) ، وهو الذي لا ينقاد والبعيد منك ،والغرابة والغريب هما لفظان مضادان لابن البلد أولابن المحلة[20].والأجنبي لفظه وفكرة قديمة جداً حيث كانت معاملة الاجانب لدى الجماعات القديمة تتسم بالقسوة. فقد كانَ الاجنبي محروماً من القدرة على التمتع بالحقوق فلم يكن له ان يتزوج من الاخرين أويتعاقد معهم، بل كان محروماً حتى من حق اللجوء الى القضاء للدفاع عن نفسه أو طلب التعويض عما يصيبه من اضرار[21].

فالرومان كانوا يطلقون على الاجنبي لفظة عدو (TOSTIS)، وكذلك الحال بالنسبة لليونان القدماء حيث فرق ايزوقراط بين الاجنبي واليوناني مستعملاً الاخير لفظ بربري[22]،في الجاهلية كانوا يقصدون بالأجنبي الشخص الغريب عن القبيلة، كما ان الشريعة الموسوية حرمت على الاجنبي ان يطالب باسترداد ماله المفقود رغم العثور عليه لدى العبرية، كما منع من التوارث مع العبرية ومنع الزواج من العبرية، وكذلك فعل قانون(مانو)الهندي الذي لايمنح فيه الاجنبي الحماية، أما الصينيون القدماء فيعتبرون الصيني هو انساناً اما البربري (الاجنبي)فهو حيوان يؤكل لحمه[23].اما في فرنسا قديما فقد الغي اي ملك عن طريق الميراث أو الوصية أو نقله عن طريقهما الى الغير وكان محرماً على الاجنبي (غير الفرنسي) إلا اذا كان له ولداً فرنسياً ،فهنا لا تنتقل تركته الى الدولة بل لهذا الوارث،اما بعد الثورة الفرنسية عام 1791 فقد صدر قانون يسمح للأجانب تلقي الارث ونقله[24] .

وخلاصة القول ان الاجنبي في السابق لا يتمتع بأي حق في غير دولته التي نشأ فيها، لاسيما حقه في الارث من اموال موروثه وحق في الوصية مع اختلاف الجنسية بينهما.

المطلب الثاني
موقف الفقه الاسلامي من الوصية بين مختلفي الاديان

ان اصطلاح الجنسية هو حديث فلم يكن معروفا في قواميس اللغة قبل اكثر من قرنين.حيث ان الشريعة الاسلامية كانت تعرف بديلاً عن هذا المصطلح،وهو ما يطلق عليه اختلاف الداريين وان المراد بالدار هنا، هو الوطن من امارة أو سلطة أو مملكة أو جمهورية، يعد المواطن رعية لها وهي تختلف اما باختلاف المنعة والقوة أو باختلاف الحاكم الأعلى، أو بانقطاع العصمة بينهما وبخلافه كانت الدار واحدة [25].

وبناء على ماتقدم فان ديار المسلمين في حكم دار واحدة لان العصمة لم تنقطع بالولاية والنصرة القائمة بينها، وان اختلفت منعتها وقوتها وتعدد نظمها وحكوماتها لان حكم الإسلام يجمعها ويوحد بين إحساساتها ومشاعرها، بل يذهب البعض الى القول بأنه لو حدثت بين المسلمين جفوةوانقطاع صلة حتى او بغت احدى الطائفتين على الاخرى، فأنه لا يحكم باختلاف الدارين ولا يقر البغاة على بغيهم لان ذلك أمر طارئ لايلبث ان يزول،لان حكم الاسلام عم يردالمسلمين الى حظيرة الإسلام فالكل سواء في الالتفاف حول راية الاسلام والدفاع عن حوزته،بل حتى وان كانت هنالك ديار اسلامية تحت احتلال دولة اجنبية فأن الديار واحدة لاتختلف لان المستعمر باغٍ لايقر على استعماره[26]. وعليه فان اختلاف الدارين المانع من الإرث لا يتحقق في حالة السلم العامة لوجود السلام العام ولو لم يكن هنالك معاهدات.

فبالنسبة لوصية غير المسلم للمسلم، فقد ذهب فقهاء الشريعة الى جواز وصية غير المسلم الذمي للمسلم ، وذلك لان الذميين مثل المسلمين في المعاملات بمقتضى عقد الذمة الذي اعطي لهم لقول الرسول (ص) :" لهم مالنا وعليهم ما علينا "، ولان التبرع من الجانبين جائزٌ حال الحياة اتفاقاً فكذا يجوز التبرع المضاف إلى ما بعد الموت " الوصية ".ولأن الوصية من الذمي للمسلم عطيةٌ من مالكٍ ملكاً تاماً، لمتملكٍ صالح تملكه لأنه لم يوجد ثمة مانع فتكون جائزة لصدورها من اهلها في محلها ، وكذلك قالوا بجواز الوصية للمسلم ان كانت من المستأمن او الحربي .اذ ان الإسلام ليس شرطا في الموصي، وعليه تصح الوصية من غير المسلم ذميا او مستأمنا او حربيا ،وذلك لصدروها من عاقلٍ بالغٍ حر غير محجور عليه في تصرفاته . وحيث ان غير المسلم كالمسلم في الوصية، لذا تطبق احكام الشريعة الاسلامية على تلك الوصية،ومنها ضرورة توافر الشروط المطلوبة في الموصي والموصى له والموصى به،وهذا يعني انه لا يجوز لغير المسلم ان يوصي للمسلم مثلا بالخمراو الخنزير، وان كان ذلك جائز في دينه ، اذ الخمر والخنزير محرمان في الشريعة على المسلم ،وليسا من الاموال المتقوّمة ، ولا وصية في معصية .

اما بالنسبة لوصية المسلم لغير المسلم فالأمر مختلف،فغير المسلم الموصى له اما ان يكون ذمياً او مستأمناً او حربياً.فبالنسبة لوصية المسلم للذمي[27]،فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية [28]الى القول بجواز وصية المسلم للذمي،أما الأماميةفمنهم من أجازها اتفاقا مع الجمهور،ومنهم من قيد الجواز بضرورة أن تكون الوصية للأرحام دون الأجانب[29]- [30].اما وصية المسلم للمستأمن[31]،فهنالك اتجاهين بجواز الوصية له،الاول:وهو رأي الجمهور من المالكية والحنابلة والظاهرية وبعض الامامية، ويذهب هذا الرأي الى القول بجواز وصحة وصية المسلم للمستأمن [32]- [33]، الثاني:يذهب الى عدم صحة الوصية للمستأمن ، وهو رأي الحنفية [34].اما وصية المسلم للحربي [35]- فقد

أُختلف بصدد جواب الوصية للحربي ، على اتجاهين: الاول :يرى جواز الوصية للحربي إلا اذا كان يتقوى بهذه الوصية على قتال المسلمين كالسلاح و نحوه، او كان الضرر يلحق بالإسلام والمسلمين بسبب الوصية ، والى هذا الرأي ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية ورأيٌ للمالكية[36]، الثاني :يرى عدم جواز الوصية للحربي مطلقا ،وهو رأي الحنفية[37]وأكثر الامامية[38]،فقد أستدل الأمامية على الجواز بأصالة الصحة ،وبالرواية،ومنها ما ورد في رجلٍ أوصى بماله في سبيل الله تعالى ،إذ قال(ع) "أعط لمن أوصي له وإن كان يهودياً أو نصرانياً ،إن الله تعالى يقول :فمن بدله بعدما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه"[39].

المبحث الثاني
الاسس القانونية التي تحكم الوصية في الاطارالدولي

لاشك في ان الوصية سواء تعلقت بعقار ام منقول أو سواء انصبت على ملكية الاراضي ام المنفعة لابد من احكام تنظمها .غير التساؤل حول النظام القانوني الذي يحكم كل حالة ،أو بعبارة ادق القانون الواجب التطبيق لتحديد هذهالحالة ، كما أن هنالك بعض الاشكاليات المتعلقة بالجنسية لاسيما تعدد الجنسيات لبعض الاشخاص أو انعدامها .

عليه سنتناول هذا الموضوع في مطلبين:الاول نخصصه للقواعد العامة التي تحكم الوصية في الاطار الدولي ،والثاني للإشكاليات التي يثيرها مفهوم الجنسية وكيفية معالجتها .

المطلب الاول
القواعد العامة التي تحكم الوصية في الاطار الدولي

تلتقي الوصية مع الميراث بأنها خلافة في التركة إلا ان هذه الخلافة تكون اجبارية في الميراث واختيارية في الوصية ،ومن ثم فأن كل من الوصية والميراث يتعلقان بالتركة.وتلتقي الوصية مع التصرفات الارادية بأنها تصرف

ارادي صادر من ارادة منفردة للموصي والقبول للموصى له .ومن ثم فهي تلتقي قانون الارادة وان كان الخلاف بين الوصية وبقية التصرفات الارادية ،يكمن في ان الوصية تنفذ بعد وفاة الموصي في حيث باقي التصرفات الارادية (بيع، ايجار، رهن) تنفذ في حياة المتصرف، وعليه فان اساس تحديد النظام القانوني الذي يحكم الوصية معلق مسبقاً على ما ذكرناه اعلاه وكما يلي: ألأولى ،بعض التشريعات تخضع الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقواعد الاسناد الخاصة بالتصرفات القانونية بصفة عامة، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل الى قانون جنسية الموصي فهو الذي يحكم الوصية[40]. لكن التساؤل الذي يثارهنا هل أن قانون جنسية الموصي الذي يحكم الوصية هو وقت انشاء الوصية او وقت موت الموصي ؟

ولاشك في ان الاتجاه السائد من التشريعات يذهب الى تحديده بقانون جنسية الموصي وقت موته الذي يحكم الوصية. وهذا هو اتجاه القانوني المدني المصري [41] والقانون المدني العراقي [42] ، مع ملاحظة ان الاخير وان وضع قاعدة عامة بخصوص هذا الاتجاه، إلا انه اسس بعض المسائل فيخضوعهوالتي سنتطرق اليه لاحقا .

ثانياً : بعض التشريعات فرقت فيما اذا كان الموصى به عقار أم منقولاً ، فإذا ما كان الموصىبه عقار فأنه يخضع لقانون الموصي أما اذا كان منقولاً فيخضع لقانون موطن الموصى وقت موته، وهذا هو اتجاه القانون الفرنسي والانكليزي والكندي والاسترالي [43] .

ثالثا: بعض التشريعات اخضعت الوصية الى قانون الارادة على اعتبار انها تصرف ارادي ،ومن ثم تخضع لقانون الارادة دون قانون الجنسية أو الموقع او الموصي. وهو ما اشارت اليه المادة (2/90)من القانون الدولي الخاص لسويسرا لعام 1987[44].

وإذا كانت الاتجاهات التشريعية اعلاه منقسمة على ثلاث اتجاهات، إلا ان هنالك قواعد موضوعية و اخرى شكلية تحكم الوصية

اضافة الى ان هنالك بعض المنقولات التي تحتاج في اكتساب ملكيتها والتصرفات الواردة عليها الى شكلية معينة، قد تخرج من اطار هذه الاتجاهات الثلاثة التي ستبحث في مثل هذا الاحكام لاحقاً عن التصرف بها.

المطلب الثاني
الإشكاليات التي يثيرها مفهوم الجنسية وكيفية معالجتها

لاشك في ان مفهوم الجنسية قد يقودنا الى ظهور اشخاص لهم أكثر من جنسية واحدة، وهنا نكون أمام تعدد أو ازدواج للجنسية ،وقد نكون امام اشخاص ليس لديهم أية جنسية وهو ما يسمى بانعدام الجنسية ،وقد نكون امام شخص طبيعي ام معنوي،فكيف تصاغ مسألةالميراث في مثل هذه الحالة. عليه سنتناول هذا المطلب في فرعيين، الأول تعدد الجنسيات أو ازدواجها، والثاني انعدام الجنسية.

الفرع الاول
تعدد الجنسيات أو ازدواجها

يقصد بازدواج الجنسية، هو تمتع شخص بجنسية دولتين لتوفر اسباب التمتع بأكثر من جنسية لديه وفقاً لأحكام قانون دولتين، أما تعدد الجنسية فيقصد بها تمتع شخص بجنسية ثلاثة دول فأكثر[45].وهذا الشخص اما ان يكون شخصاً طبيعياً ام معنوياً،وهو ما سنتناوله بالبحث تباعاً في جانبين:

اولاً- الشخص الطبيعي

وتثير الصعوبة هنا في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية ومنها الميراث. ومهما يكن من أمر فأن الفقه والقضاء وكذلك التشريعات المقارنة، قد وضعت عدة حلول لهذه المسألة وكالآتي :

1- اذا كانت جنسية القاضي الذي ينظر في النزاع من بين الجنسيات المتزاحمة، أي اذا كانت احدى الجنسيات التي يتمتع بها الشخص تابعة

لدولة المحكمة التي تنظر النزاع ،تطبق المحكمة هنا قانونها الوطني على مسائل احواله الشخصية لتعلق الجنسية بالسيادة، فلا يقبل المشرع الوطني غير قانونه الوطني ولا يأتمر القاضي إلا بأمر مشرعه الوطني [46] .

2- اذا كانت جنسية القاضي الذي ينظر النزاع ليس من بين الجنسيات المتزاحمة ،فهنا ظهرت عدة اتجاهات لتحديد القانون الواجب التطبيق [47] :

أ- ذهب اتجاه الى ضرورة حل النزاع بالطرق الدبلوماسية .

ب. ذهب اتجاه الى وجوب تطبيق قانون الجنسية السابقة .

ج- ذهب اتجاه الى وجوب تطبيق قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة متعدد أو مزدوج الجنسية.

د- الاتجاه الراجح يذهب الى اعتماد الجنسية الفعلية او الحقيقة لمزدوج أو متعدد الجنسيات، ويتم تعين هذه الجنسية من خلال الظروف وواقع الحال . ووسيلة الكشف عن هذه الجنسية هي مسالة تتعلق بالواقع يترك أمر تقديرها للقاضي [48].

وقد أخذت به القوانين المدنية والمصرية والعراقية والأردنية، فيما يتعلق بالنزاع المطروح ان كان من بينه قانون دولة القاضي فيطبق هذا القانون، اذ اشار الشطر الأخير من المادة (33) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي بالقول((...على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية العراقية وجنسية دولة اجنبية فان القانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه)) [49] . أما في الحالة الثانية التي لا يكون فيها جنسية القاضي من بين الجنسيات المتعددة فقد اخذت هذه القوانين بالاتجاه الذي يذهب الى تطبيق الجنسية الواقعية، اذ اشار الشطر الاول من المادة أعلاه الى القول بأن ((تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية أو الذين ثبتت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد ....)) [50].

وعليه فان القاضي الاردني او المصري او العراقي الذي ينظر في النزاع يقوم بتحديد الجنسية الفعلية لمزدوج او متعدد الجنسية ويعين القانون الواجب

التطبيق ما لم تكن جنسية دولته هي من بين هذه الجنسيات [51] .

ورغم رجحان اتجاه الجنسية الفعلية إلا ان هنالك من يذهب الى أن هذا الرأي محل شك ويثير انتقاداتعديدة من قبل بعض فقهاء القانون الدولي الخاص [52] .

ثانياً :الشخص المعنوي

للشخص المعنوي وجود اعتباري لا يدرك ولا يحس ولا يمكن إدراكه بالحس، وإنما يتمتع بالشخصية القانونية لتمكينه من تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات [53].

وإذا كان من خصائص الشخص المعنوي أن تكون له جنسية مستقلة عن جنسية أشخاصه [54]، إلا إن التساؤل الذي يثار هنا حول اسس او المعايير منح الجنسية الى الشخص المعنوي ؟

في الحقيقة فأن المعايير تختلف من اتجاه الى اخر وكما يلي :

1- معيار مركز الاستغلال :وبموجب هذا المعيار يذهب جانب من الفقه الى القول بأن الشخص المعنوي يجب ان يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطه الرئيسي[55] . والجدير بالذكر أن المشرع العراقي في المادة (49) مدني، أراد توسيع ولايته وحكم تصرفات الشركات التي تزاول نشاطها الرئيس الفعلي بالعراق تخضع للقانون العراقي، حتى ولو كان مركز ادارتها الرئيس خارج العراق.

2- معيار تأسيس:وبموجب هذا المعيار فأن للشخص المعنوي جنسية الدولة التي تمت فيها إجراءات التأسيس،وقد أخذ بهذا الاتجاه الدول الانكلوسكسونية[56]، وقد اخذ بهذا المعيار قانون التجارة المصري الجديد لعام 2005 في المادة(40) منه، التي اعتبرت ان جميع الشركات المساهمة التي تؤسس في القطر المصري يجب ان تكون مصرية . أما في العراق كان يعمل بهذا المعيار في قانون التجارة الملغي، أما ما يتعلق الجمعية والمؤسسة يخضعها المشرع العراقي لمحل التكوين أو التأسيس.

30- معيار الادارة الرئيسي : وبموجب هذا المعيار فقد استقر القضاء الفرنسي الحديث على الاخذ بمعيار الادارة الرئيسي كأساس لتحديد جنسية الشخص المعنوي وهو المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشخص المعنوي، وهو عادة يكون المكان الذي تتجمع فيه مركز الادارة والجمعية العمومية وتوجد فيه مكاتب الادارة[57]،وقد وحد قانون التجارة المصري الجديد بين معيار التأسيس ومركز الادارة،لأنه اوجب أن تكون الشركة المساهمة المصرية في مصر متمتعة بالجنسية المصرية وان يكون مركزها في مصر أو تأسيسها في مصر [58] . وبهذا المعيار أخذ المشرع العراقي في المادة (48) مدني.

4- معيار الرقابة :وبموجب هذا المعيار فأن الشخص المعنوي يكون اجنبيا متى ما كان خاضعا لرقابة الاعداء وإشرافهم، وهو مايبرر في النهاية اخضاع اموالها الى نظام الحراسة المعمول به في مواجهة رعايا الاعداء، غير انه ظهر لاحقا اتجاه يرى تقييد معيار الرقابة واتجاه أخر يرى اطلاق معيار الرقابة [59] عموماً اذا كان ما تقدم يمثل اسس أو معيار منح الجنسية للشخص المعنوي،فأنه ثمة اشكاليات يقع فيها هذا الشخص كما عليه الحال بالنسبة للشخص الطبيعي، وهذه الاشكاليات تتمثل بتعدد جنسيات الشخص المعنوي او ازدواجها اولا وانعدام الجنسية للشخص المعنوي ثانياً ،فما هو الحكم في مثل هاتين الحالتين ؟

فيما يتعلق بازدواج جنسية الشخص المعنوي وتعددها ،يقصد بازدواج الجنسية أو تعددها نفس المعنى الذي تكلمنا عنه في الشخص الطبيعي ،فلو ان شركة ما تعددت جنسياتها وأريد الحاقها بنظام قانوني معين استنادا إلى قواعد الاسناد وضابط الجنسية فما هو هذا القانون؟

هنالك من يذهب[60] الى وجوب اختيار نفس الحكم بالنسبة للشخص الطبيعي ووجوب التميز بين حالتين :

1- اذا كانت جنسية القاضي الذي ينظر النزاع من بين الجنسيات المتزاحمة

فيطبق القاضي قانونه الوطني .

2- اما اذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة، فأن الرأي لم يستقر نهائيا على معيار التزاحم بين الجنسيات المتنازعة،وأن ذهب الفقه في الرأي الراجح الى وجوب تفضيل جنسية الدولة التي يكون الشخص المعنوي اكثر ارتباطاً بها من الناحية الاقتصادية وهي مسألة يترك تقديرها الى القاضي [61].

أما ما يتعلقبانعدام جنسية الشخص المعنوي، سنرجئ الحديث عنه للفرع الثاني القادم.

الفرع الثاني
انعدام الجنسية

ويسمى أيضا بالتنازع السلبي تمييزاً له عن التنازع الايجابي (تعدد أو ازدواج الجنسية) .ويقصد بعديم الجنسية ذلك الشخص الذي يجد نفسه منذ الولادة او بعدها مجرداً من جنسية أي دولة [62] .

وهذا الشخص اما ان يكون شخصاً طبيعياً ام معنوياً،وهو ما سنتناوله بالبحث تباعاً في جانبين:

اولاً :الشخص الطبيعي

والمسالة التي تثار هنا حول النظام القانوني الذي يحكم هؤلاء لاسيما الميراث، فأي قانون يطبق بخصوصهم ؟ للإجابة نقول انه لا يوجد اتفاق في الآراء بشأن هذه المسألة، ولكن ظهرت عدة اتجاهات فقهية وقانونية بهذا الخصوص :

1. ذهب اتجاه الى تطبيق قانون القاضي .

2. وذهب اتجاه الى تطبيق قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعاً بجنسيتها، وهو ما اخذ به الفقه والتشريع الالماني اذ اشارت المادة (29) من ق.م .الألماني (...أو إذا لم يعرف له جنسية فيتم تطبيق قانون محل الإقامة).

3. ذهب رأي وهو الراجح الى تطبيق قانون موطن عديم الجنسية، وهو ما

أخذ به القضاء الفرنسي فان لم يكن له موطن فيقضي بتطبيق قانون محل إقامته، وهو ما أشار إليه القانون الألماني في المادة (29) عند عدم وجود جنسية سابقه للشخص، وكذلك ما أشارت اليه المادة (9)من مقدمة القانون المدني البرازيلي والمادة(1/10) من القانون البولوني الصادر عام 1926 ،كما طبقته المحاكم البلجيكية في حين أن المادة(14) من القانون الايطالي الصادر عام 1912[63] تفضل قانون محل الاقامة على القانون الموطن بالنسبة لهؤلاء الأشخاص ، أما القانون الاردني والعراقي والمصري فقد تركا أمر تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية لتقدير القاضي دون ان يقيده بقيد يحدد اجتهاده، اذ اشارت المادة(33) من القانون المدني ألعراقي الى انه (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية .....) [64] ولكن الغالب ان القاضي وفق القانون العراقي والأردني والمصري يميل الى اعتماد قانون محل الإقامة أو الموطن [65] .

ثانياً- الشخص المعنوي

وانعدام الجنسية كما هو الحال عليه بالنسبة للشخص الطبيعي، يعنيعدم تمتع الشخص المعنوي بجنسية دولة ما اما لعدم انطباق احد معايير منح الجنسية عليه، او لان الجنسية اسقطت عنه لعقوبة او غير ذلك، وأن عدم تمتع عديم الجنسية بجنسية دولة معينة سيحرمه من مزايا التمتع بالحماية الدبلوماسية فيما لو اصابه ضرر في الدولة التي يمارس نشاطه في اقليمها ، في حين يبقى لأصحاب راس المال من الاشخاص الطبيعيين والشركاء المساهمين في الشركة المساهمةمثلا حق التمتع بالحماية الدبلوماسية للدولة التي ينتمي اليها هؤلاء بجنسيتهم، فهذه الاخيرة تستطيع ان تتدخل لحماية رعاياها المساهمين عن الاضرار المباشرة التي لحقت بصفتهم هذه، بل انه يجوز للدولة التي ينتمي اليها المساهمون بجنسيتهم ان تتدخل لحماية هؤلاء عن الاضرار التي لحقت بهم بطريقة غير مباشرة، نتيجة للضرر الذي اصاب الشخص المعنوي عديم الجنسية ذاته[66].و

نرى انه لا مانع من تطبيق ذات المعايير المفترضة بالنسبة للشخص الطبيعي عديم الجنسية على الشخص المعنوي وإحلالمعيار مركز الادارة الرئيسي محل الموطن أو محل الاقامة بغية تحديد القانون الواجب تطبيقه.

المبحث الثالث

الموقف التشريعي الدولي و الوطني من الوصية الواردة على العقار

يعرف العقار بأنه كل شيءله مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقلهاوتحويله دون تلف، فيشمل الارض والبناء والسدود والجسور والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية [67].وعليه فان صفة الثبات والاستقرار بالأرضهي اساس تحديد العقار،فإذا فقدت الاشياء صفة الثبات والاستقرار في الارض، فأنها طبقا لذلك تفقد صفتها العقارية،فإنقاص البناء والأحجار المقطعة من الارض والمعادة والمستخرجة منها والنباتات المجنية تعتبر من المنقولات من وقت انفصالها عن الارض [68]. ويتصل بفكرة العقار بطبيعة ما يعرف لدى فقهاء القانون بالعقار بالتخصيص، والذي هو منقول بطبيعته لحقت به صفة العقارية ضمانا لاستمرار استغلال العقار بطبيعته الذي رصد هذا المنقول لخدمته،كالآلاتوالحيوانات التي يرصدها صاحبها لخدمته[69].

وعموماً فأن الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية يبن الموصي والموصىله،تثير تساؤلاً حول صحتها في التشريعات الوضعية، سواء انصبت على ملكية الرقبة ام حق المنفعة ام انصبت على املاك صرفة خاصة ام اراضي زراعية، الامر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين:الاول،الموقف التشريعي من الوصية الواردة على الاملاك العقارية الصرفة،والثاني،الموقفالتشريعي من الوصية الواردة على الاراضي الزراعية.

المطلب الاول
الموقف التشريعي من الوصية الواردة على الاملاك العقارية الصرفة

يقصد بالأملاك الصرفة، ما يكون ملكية رقبته ومنفعته لشخص او اشخاص معينين(طبيعيين ام معنويين)سواء اكانت الملكية عامة او خاصة، وان كانت الدراسة ستنصب على الملكية الصرفة الخاصة، كون الاخيرة هي محل الوصية،كون الملكية العامة لا يمكن تصورها محلاً للوصية من الناحية القانونية.

عليه سينقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع : الأول،موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية،والثاني، موقف التشريعات العربية،والثالث،موقف التشريع العراقي .

الفرع الاول
موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية

يذهب البعض الى القول بان القانون الدولي لايتضمن احكاما عامة او جامدة في تنظيم حق الملكية بالنسبةللأجانب، باعتبار ان مرد هذا الحق اساساً هو التنظيم الداخلي لكل دولة، ولكن الراجح ان الدولة تستطيع ان تضع قيوداً على ممتلكات الاجانب فيها مما يتواءم مع مصالحها الوطنية[70].

وان المطلع على المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية، يجد انها لم تتطرق بشكل مباشرلمسألة التملك مع اختلاف الجنسية عن طريق الوصية. إلا انه من خلال الاطلاع على مضمون هذه النصوص، نجد انهاتجيزالايصاءمع اختلاف الجنسية سواء اكان الموصى به عقاراً ام منقولاً.

فالإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام 1948، قد اكد على إن[71] " لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان دونما تمييز من اي نوع ولاسيما التمييز بسبب الاصل الوطني أو الاقليمي او الدولي للبلد او الاقليم الذي ينتمي اليه الشخص "، وأشار هذا

الاعلان الى انه[72]" لكل فرد حق التملك بمفرده او بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد احد من ملكه تعسفاً ". كما ان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966 ، وان لم توجد فيه اشارة صريحة بخصوص حق التملك الايصائي، إلا انه الزم الدول الاطراف في هذا العهد بضرورة [73]" احترام الحقوق المعترف فيها وبكفالة هذه الحقوق لجميع الافراد الموجودين في اقليمها والداخلين في ولايتها دون اي تمييز بسبب الدين أو الاصل القومي"، كما ان الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان الصادرة عام 1953 ، لم تتضمن سوى الحق في احترام الملكية، بينما اشار الميثاق الافريقي لحقوق الانسان الى إن[74]" الافراد متساوون في الحقوق والواجبات وانه لا يجوز للدولة ان تمارس التمييز بين الافرادلأي سبب من الاسباب" دون الاشارة الصريحة الى ضمانات حق التملك للإفراد ، اما الميثاق العربي لحقوق الانسان الذي اقرته جامعة الدول العربية عام 1997 ، فقد الزم الدول الاطراف في هذا الميثاق بأن[75] " تكفل لكل انسان موجود على ارضها وخاضع لسلطتها حق التمتع بكافة الحقوق والحريات فيه دون اي تمييز بسبب الدين او الاصل الوطني ".وأشار هذا الميثاق الى إن[76]"حق الملكية الخاصة مكفول لكل مواطن ويحظر في جميع الاحوال تجريد المواطن من امواله كلها او بعضها بصورة تعسفية او غير قانونية ". كما ان الاتفاقية الوحدة الاقتصادية بين الدول العربية قد اشارت في الفقرة(هـ) منها ، الى ان يتمتع العربي بحق التملك و الايصاء و والارث .

وعليه يتضح مما تقدم، أنه بالرغم من ان المواثيق المذكورة لم تشير الى حق الايصاء بعقار او منقول مع اختلاف الجنسية، إلا ان هذا يحمل في طياته خطابا عاماً يشمل جميع ارجاء الانسانية، وان هذه المواثيق اعطت الحق للدول في فرض قيود على الحقوق والحريات المكفولة بقدر ما يعد ضرورياً لحماية الامن والاقتصاد الوطنيين او النظام العام او الصحة العامة او الاخلاق او حقوق وحريات الاخرين، كما في مادة (4) من الميثاق العربي .

الفرع الثاني
موقف التشريعات العربية

قبل استعراض موقف كل تشريع يلاحظ ان الاتجاه فيها ينقسم الى قسمين :الاول لا يجيز، والأخر يجيز بشروط، وهذا الاخير فيه اتجاهان احدها يشير ان تكون الوصية صراحة، ومنهم من يشير الى ان الميراث او الارشاد دون الوصية، مما يدفعنا الى التساؤل عما اذا كان مفهوم الارث عند هذه التشريعات كما هو عليه الحال بالنسبة للتشريعات الغربية ، يشمل ايضاً مفهوم الوصية على اعتبار انها مضافة الى ما بعد الموت و تتعلق بالتركة ام انه لا يشمله ؟

الذي نراه بهذا الخصوص ان مفهوم الارث لا يشمل مفهوم الوصية، لأن التشريعات العربية تقتبس غالبية احكامها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية من الشريعة الاسلامية، وهذه الاخيرة تفرق بين الوصية والميراث،ومن ثمنجد بان كل كتب الفقه الاسلامي تنظماحكام الوصايا بكتاب مستقل عن كتاب الميراث، وان التقى الميراث بالوصية في حالة ما إذا كان الموصى له شريك على الشيوع، وبجزء شائع من التركة كالثلث اوالربع،وفي هذه الحالة يكون الموصى له خلفاً عاماً كالوارث،إلا اننا نرى انه في حالة عدم التنصيص على الوصية اوالتطرق الى الميراث فقط ، فأن هذا يعني الارث فقط دون الوصية، وأن كانت بجزء شائع من التركة،لكن مع ذلك فان هذه المسألة تحتاج شيء من التوضيح سنتطرق اليه لاحقاً .

وإذا كان القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004، قد اشار الى سريان احكام الشريعة الاسلامية على الوصية [77]،إلا انه في التشريع التنظيمي اشار الى عدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية سواء كانالموصى له شخصاطبيعيا ام معنوياً ام كانت الوصية بملكية الرقبة ام المنفعة، حيث اشار القانون المرقم (5) لسنة 1963، بشأن عدم جواز اكتساب الاجانب لملكية الاموال الثابتة في قطر الى انه[78]، "لا يجوز لغير

القطريين سواء كانوا اشخاص طبيعيين ام اعتباريين ان يكتسبوا في قطر بعد نشر هذا القانون ملكية اي اموال ثابتة، ويشمل ذلك ملكية اراضي سواء كانت صحراوية ....وكذلك اية مبان من اي نوع كانت او غيرها ويسري هذا الحظر على الملكية التامة كما يسري على ملكية الرقبة وحق الانتفاع"،وأشار هذا القانون الى بطلان اي تصرف يؤدي الى نقل الملكية بالوصية بطلاناً مطلقاً"[79]. علماً إن دولة قطر كانت تميز بين الاجانب من غير دول الخليج وبين الاجانب من رعايا دول تعاون الخليج العربي بحيث كان يشملها القانون رقم 2 لسنة 1987، بشأن تملك العقار لمواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، والذي اشار الى انه [80]، "يسمح لمواطني دول مجلس التعاون (الخليجي) من الاشخاص الطبيعية تملك عقار واحد ارضاً كان او من في المناطق السكنية المنضمة في دولة قطر بإحدى طرق التصرف بين الافراد او بالإيصاء، بشرط ان لا تتعدى مساحة الارض (3000)م^2،وان يكون التملك وفقاً للمادة (2) من هذا القانون لأغراض سكن المالك او اسرته، وليس له حق تملك العقار لغرض اخر"،ويلاحظ انه مثل هذا الجواز هو مقتصر على مجلس التعاون ورعايا دول الخليج العربي وفي عقار مسكون او عرصه معدة للسكن لا تتجاوز المساحة 3000م^2 .الا ان م (1) و(2) اعلاه الغيتا حالياً وأصبح الحضر قائم على الاجانب سواء من رعايا دول المجلس التعاون الخليجي ام غيره وسواء اكانوا اشخاص طبيعيين ام اعتباريين وسواء تعلقت بالرقبة ام المنفعة وسواء اكانت الاراضي سكنية ام فضاء ام حدودية.

اما في السعودية فقد حمل نظام تملك غير السعوديين للعقار رقم 22/م/في 7/12 /1390هـ صياغة مُحكمة تدل على التشدد في انتقال الملكية العقارية للأجانب (غير السعوديين)، حيث اشار الى انه[81] " لا يجوز لغير السعوديين بأي طريق غير الارث اكتساب حق الملكية او حق الارتفاق او الانتفاع على عقار داخل حدود حرمي مكة المكرمة والمدينة المنورة، ويستثنى من ذلك اكتساب حق الملكية اذا اقترن بوقف المملوك تبعاً للقواعد

الشرعية على جهة معينة سعودية، بشرط ان ينهى في الوقف على ان يكون للمجلس الاعلى للأوقاف حق النظر على الموقوف "، كما اشار هذا القانون الى انه[82] " لا يجوز لغير السعودي بأي طريق غير الميراث اكتساب حق الملكية أو اي حق عيني اصلي اخر على عقار واقع داخل المملكة العربية السعودية في غير الحالات المنصوص عليها في هذا النظام " .

وهذا يعني ان الوصية بالعقار بشكل عام غير جائزة مع اختلاف الجنسية لان الجواز يشمل (الميراث)، واسلفنا ان مدلول الميراث في التشريعات العربية، لا يشمل الوصية حتى لو كانت الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص[83]، كذلك الجواز منصب ايضاً على الوقف ،ومن ثم يمكن القول ان الوصية اذا انصبت على المنفعة المؤبدةلورثة الموصي،فأنها تدخل مدخل الوقف الذري او منفعة مؤبدة للفقراء فانه يدخل مدخل الوقف الخيري ،ومن ثم يمكن القول بجواز مثل هذه الوصية وان كان الموصي له اجنبي (غير سعودي)، شرط ان ينص في الوقف على ان يكون للمجلس الاعلى للأوقاف حق النظر على الموقوف وفي غير هذه الاحوال، لا يجوز الوصية بعقار لأجنبيلأنه حتى في الاستثناء الوارد في م (2) من هذا النظام[84]لا يشمل الوصية.

اما في سوريا فانه بالرغم من عدم تطرق قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم 59 لسنة 1953 الى مسألة الوصية مع اختلاف الجنسية، إلا القانون المدني السوري قد اجازت للأجنبي الحق بالاستفادة من الوصية بشرط المقابلة بالمثل[85] ،وإذا كان النص في القانون المدني جاء مطلقاً شاملاً للعقار والمنقول إلا ان الامر ليس كذلك، حيث ان الاموال العقارية تنظمها قوانين خاصة تقييد الاطلاق الوارد في القانون المدني،لأن حق الاجنبي في تملك العقارات في سورية خضع لتطور تشريعي مهم، وبموجب التشريعات النافذة فقد قسم المشرع السوري العقارات من حيث تملك الاجانب لها الى ثلاث فئات : فئة العقارات داخل الاماكن المبنية في مراكز المحافظات وغير الداخلة في

مناطق الحدود وفئة العقارات الكائنة خارج الاماكن المبنية في مراكز المحافظات وغير الداخلة في مناطق الحدود وفئة العقارات الداخلة في مناطق الحدود .

ففي الفئة الاولى يحق للأجانب اكتساب حق الملكية او اي حق عيني اخر على هذه العقارات، سواء كان سبب هذا الاكتساب عقداً أو غيره من المعاملات الجارية بين الاحياء ام كان تصفية وقف او ميراث او وصية، وذلك بشرط الحصول على ترخيص مسبق من وزارة الداخلية مضافة الى شرط المعاملة بالمثل اذا كان سبب الاكتساب الميراث او الوصية .

وفي الفئة الثانية لا يحق للأجانب اكتساب حق الملكية او اي حق عيني اخر على هذه العقارات سواء كان هذا العقار ملكاً او اميرياً، وسواء آل اليهم عن طريق المعاملات بين الاحياء او الميراث او الوصية او تصفية الوقف، وفي حال انتقال هذه العقارات لأجنبي لأي سبب من اسباب كسب الملكية، يسقط حقه المترتب على هذه العقارات وينتقل الى ادارة املاك الدولة لقاء دفع مبلغ قيمته وفقاً لقانون الاستملاك .

وفي الفئة الثالثة لا يحق للأجانب اكتساب اي حق عيني على هذه العقارات اذا كانت موجودة خارج الاماكن المبنية في المحافظات ، ولكن يجوز له بالمقابل انشاء او نقل او تعديل اي من الحقوق العينية على العقارات الكائنة ضمن الاماكن المبنية في مراكز المحافظات داخل مناطق الحدود، وذلك بعد الحصول على رخصة تصدر عن وزير الداخلية بناءً على اقتراح وزير الاصلاح الزراعي بعد موافقة وزير الدفاع ، ويستثنى من شرط الترخيص اكتساب الحقوق العينية على هذه العقارات اذا كان اكتسابها قد تم بطريق الارث .

وينبغي الاشارة الى ان ما تقدم من احكام تسري على الاجانب غير العرب، ذلك ان القانون السوري يعامل العرب معاملة خاصة في بعض الأحيان، كما ان قانون الجنسية السوري رقم 267 لسنة 1969 قد عرف الاجنبي [86]

" بأنه كل من لا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية السورية او جنسية اي بلد عربي اخر"، وعليه فان ابناء البلاد العربية قد خصهم المشرع السوري بامتيازات مهمة لا يتمتع بها الاجانب من غير العرب، وهي اكتساب حق الملكية وغيره من الحقوق العينية على العقارات الكائنة خارج مناطق الحدود في الاراضي السورية، سواء كانت هذه العقارات من الفئة الاولى او الثانية، اي سواء كانت داخلة ضمن مناطق الاماكن المبنية في مراكز المحافظات او خارج هذه المناطق،وذلك بشرط توفر المعاملة بالمثل والحصول على رخصة من وزير الداخلية،مع ملاحظة ان كلمة"الاكتساب "جاءت مطلقة فتشمل الوصية ايضاً،وللعربي اكتساب حق الملكية او غيره من الحقوق العينية على العقارات الواقعة ضمن مناطق الاصطياف او ضمن المناطق الواقعة داخل حدود بلديات مراكز المحافظات خارج مناطق الحدود، وذلك من دون التقييد بشرطي المعاملة بالمثل او الترخيص ولو كان اكتساب هذه الحقوق بسبب الارث او الوصية، شانهم شان المواطن السوري،وكذلك يعفى العربي من شرط المقابلةبالمثل فيما يتصل بتملك العقارات الكائنة في مناطق الاصطياف او في حدود بلديات مراكز المحافظات، اذا كانت هذه البلديات او تملك المناطق تقع في مناطق الحدود .

وعليه فان الوصية بالمنفعة او ملكية الرقبة للعرب في العقارات اعلاه جائزة بدون شرط المقابلة بالمثل بخلاف الاجنبي، فان الوصية له مقتصرة على عقارات معينة بشرط المقابلة بالمثل، مع ملاحظة ان القانون رقم 41 المتعلق بالتصرف بالأراضي الحدودية لعام 2004، قد اشار الى عدم جواز انشاء او نقل او تعديل اكتساب اي حق عيني عقاري على ارض كائنة في منطقة حدودية او اشغالها عن طريق الاستئجار او الاستثمار، او بأي طريقة كانت لمدة تزيد عن ثلاث سنوات لأسم او لمنفعة شخص طبيعي او اعتباري إلا بترخيص مسبق[87] .

اما في الاردن، بالرغم من ان القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 ،قد اخضع الوصية بالأموال غير المنقولة[88] اذا كانت موجودة خارج الاردن الى قانون موقعها ، إلا انه لم يشر صراحة على جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية ، إلا انه بالرجوع الى المادة (3) من قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين رقم(8) لسنة 1941 ، نجد انها نصت على ان[89] "المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الورثة تقرر في جميع الاحوال حقوق وراثة الاموال غير المنقولة والواقعة شرق الاردن بمقتضى احكام قوانين شرق الاردن المطبقة على المسلمين فيما يخص بمثل هذه الوراثة "، كما ان هذا القانون اشار الى ان [90]" للمحاكم البدائية صلاحية النظر في الامور المتعلقة بتصديق الوصايا او بوراثة الاموال في شرق الاردن او بما ينشأ من خلاف حول الوصية مع مراعاة ان تنفرد هذه بالصلاحية في جميع هذه الحالات اذا كان المتوفى اجنبياً ".

وأشار الى ان المحاكم البدائية تقرر صحة الوصية التي تركها المتوفى من حيث شكلها وأهليته لعملها حسب قانون بلاده، على انه اذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني بمقتضى هذا القانون، فأنها تعتبر صحيحة في جميع الاحوال[91].

وإذا كان يفهم من هذا القانون جواز الوصية بالعقار من اختلاف الجنسية ، إلا انه سكت عن حدود تملك الاجنبي للعقار بالوصية ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني إلاان قانون المقاطعة الاقتصادية رقم 11 لسنة 1995 ،قد حظر التعامل مع العدو وليسمحلأي شخص اجنبي طبيعي كان ام معنوي لا يحمل جنسية احدى الدول العربية ، ان يشتري او يستأجر او يتملك بشكل مباشر او غير مباشر ، اية اموال غير منقولة في المملكة الا بتوافر بعض الشروط ، منها عدم حظر التشريعات او ممارسات الدولة التي يحمل طالب التملك جنسيتها تملك الاردنيين للأموال الغير منقولة فيها وان يحصل على موافقة مجلس الوزراء ، كما ان محكمة العدل العليا الاردنية قد

اصدرت قرارها المؤرخ في 1993/8/1، الذي حددت بمقتضاه ما يمكن ان يمتلكه الاجنبي من العقارات في الاردن بأي وسيلة كانت بحاجة سكنه وممارسة اعماله الى دار واحد للسكن ومحل واحد لإعماله ان كان له عمل في الاردن [92] .

اما في لبنان فنص قانون الملكية العقارية على إنه[93] " لا يكون للأجنبي حق الارث او بالوصية في الشركة العقارية إلا اذا كانت قوانين بلاده تبادل اللبنانيين هذا الحق وتخضع شركة الاجنبي العقارية بالإرث او بالوصية لأحكام قوانين بلاده "،وهذا يعني جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية شرط المعاملة بالمثل .

اما المشرع الليبي فيبدو انه اجاز الوصية بالعقار للوارث فقط ،حيث ان القانون الخاص بتملك غير الليبيين للعقار رقم 1960، قد اشار الى حظر اكتساب غيرالليبيين،سواء كانوا اشخاص طبيعيين ام اعتباريين ملكية العقارات بالمملكة الليبية المتحدة إلابإذن خاص(94) . وقد استثنى هذا القانون لغير الليبيين اكتساب ملكية العقارات اذا الحق اليه بطريقة الارث او الوصية لوارث [95].

اما في مصر فلو رجعنا الى م (17) من القانون المدني، لوجدنا انها احالت مسألة الوصية الى قانون جنسية المتوفى وقت موته، ولو راجعنا قانون الوصية المرقم 71 لسنة 1946 لوجدنا انه اشار الى انه [96]" تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدين والدارين مالم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى ".وهذا يعني ان المشرع المصري اخذ بجواز الوصية مع اختلاف الدارين (الجنسية) شرط المقابلة بالمثل[97].وان هذا النص قد يبدو عائقا يرد على المنقول والعقار على ملكية ارضه والمنفعة وعلى الاشخاص الطبيعيين والمعنويين، إلا انه يتغير فيما يخص العقار بالقوانين والتشريعات الاخرى.فبالنسبة للأراضي المتاخمة للحدود فقد اشار الامر العسكري رقم

62 لسنة 1940 بشأن تملك العقارات في اقسام الحدود على انه[98] " يحظر على كل شخص طبيعي او معنوي اجنبي الجنسية ان يتملك بأي طريقة عدا الميراث عقار كائن بأحد الاقسام التي يقوم على ادارتها مصلحة الحدود ،ويرى الحظر على الوقف على اجنبي وتقرير حقوق عينية له".وهذا يعني عدم جواز الوصية بالعقار في المناطق الحدودية مع اختلاف الجنسية، اما بالنسبة للأراضي الصحراوية فان القانون المرقم 81 لسنة 1976 قد حظر على [99] "غير المصريين سواء كانوا اشخاص طبيعيين او اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية او الاراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية اياً كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث ". وهذا يعني عدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية ،إلا انه هذه النظرة تغيرت بصدور القانون المرقم 230 لسنة 1996 الخاص بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية و الاراضي الفضاء، الذياجاز الوصية بالعقار باعتبارها طريقة من طرق اكتساب الملكية فأشار الى انه[100]" مع عدم الاخلال بإحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم 230 لسنة 1989 ، يكون تملك غير المصريين سواء كانوا اشخاص طبيعيين او اعتباريين للعقارات المبنية او اراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية اياً كان سبب اكتساب الملكية وفقاً لإحكام هذا القانون " . غير ان هذا القانون اشترط ان يكون التملك العقاري على الاكثر في جميع انحاء جمهورية مصر بقصد السكن الخاصبالأجنبيوأسرته، والتي حددها بالأزواج و الابناء القصر مع جواز تملك الاجنبي لعقارات اخرى لازمة لمزاولة نشاطه الخاص او المرخص له من قبل السلطات المختصة، وان لا يزيد مساحة كل عقار عن 4000م^{2}ووجوب بناء هذا العقار خلال خمس سنوات التالية لشهر المتصرف (التسجيل)وعدم جواز تصرف الاجنبي في العقار قبل مضي خمس سنوات من تاريخ اكتساب ملكية العقار، وذلك بأي وجه من اوجه التصرفات الناقلة[101] .

اما في الكويت فقد اشار قانون الاحوال الشخصية الى انه[102]" تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ومع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد اسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي ".وواضح ان المشرع الكويتياجاز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية شرط المقابلة بالمثل .غير إن هذا القانون هو قانون عام يقيد القوانين العقارية الخاصة، حيث بموجب المرسوم بالقانون رقم 74 لسنة 1979والخاص بتنظيم تملك غير الكويتي للعقار فان [103] " حق تملك العقارات في الكويت مقصور على الكويتيين فقط، ويشمل ذلك حق الملكية التامة وملكية الرقبة او حق الانتفاع " وهذا يعني عدم جواز التملك العقاري عن طريق الوصية مع اختلاف الجنسية، هذا المرسوم اشار الى انه[104] " اذا تصرف المالك في العقار الذي تملكه لم يجز له تملك غيره بغير طريق الميراث قبل مضي خمسة سنوات من تاريخ التصرف في العقار الاول. وأشار هذا المرسوم الى" بطلان كل تصرف مخالف لإحكام هذا القانون "[105]. وعليه فيمكن القول بعدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية في القانون الكويتي .

الفرع الثالث
موقف التشريع العراقي

ظل العراق طوال قرون عدةاحدىالولايات التابعة للدولة العثمانية وكان خاضعا لتنظيمها القانوني ،اذ طبقت الدولة العثمانية احكام الشريعة الاسلامية وظل الحال عليه الى ان جاء الاحتلال البريطاني وادخل قوانينه على العراق،وبعد اعلان الدولة العراقية وصدور قانون الجنسية رقم 42 في عام 1924 حلت عبارة (الجنسية) محل عبارة(اختلاف الدارين) الواردة في التشريعات العثمانية ،وفي عام 1931 صدر قانون الاحوال الشخصية للأجانب[106]، الذي اوجب على المحاكم العراقية عند النظر في دعاوى المواد

الشخصية المتعلقة بالأجانب، ان تطبق ذلك القانون وفق احكام حقوق الدول الخاصة باعتبارها القانون الشخصي (الجنسية)[107].

وأشار الى وجوب تطبيق القوانين العراقية على صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى متوفى اجنبي وفي كيفية انتقالها[108].وإذا كان هذا القانون لم يشر صراحة الى جواز الوصية مع اختلاف الجنسية، إلا انه يمكن القول بجواز الوصية مطلقاً مع اختلاف الجنسية في ظل ذلك القانون، وهذا ما يستشف من نصوص هذا القانون المتعلقة بالوصية، حيث اشار الى انه اذا وجدت وصية للمتوفى الاجنبي فتقدم الى المحكمة وعلى المحكمة ان تؤشر عليها وتختمها بختمها ويوقع الحاكم عليها[109].وأشار هذا القانون الى قرارات المحاكم الاجنبية التي يكون قانون دولتها القانون الشخصي للمتوفى اذا كانت متعلقة بحقوق الارث او الوصية، فتعتبر لدى المحاكم العراقية كحجج قطعية للاستدلال بمضامينها[110].واستمر الحال بجواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية حتى بعد صدور القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل، والذي نظم احكام الوصية في اطار القانون الدولي الخاص[111]، حيث اشارهذا القانون الى ان قضاياالميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة ما بعد الموت يسري عليها قانون الموصي وقت موته[112].كما وأشار الى تطبيق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى المتوفى اجنبي وفي كيفية انتقالها [113].وأشار هذا القانون الى ان المسائل الخاصة بالملكية والحيازةوالحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يخص العقار[114].غير ان الامر تغير بصدور قانون الاحوال الشخصية[115]الذي اشار الى سريانه على العراقيين المسلمين او المسلمين غير العراقيين الذين تطبق احكام القانون المدني على احوالهم الشخصية، وقد اشار هذا القانون الى انه[116] "تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين ويصح به مع اختلاف

الجنسية شرط المقابلة بالمثل "،وأوضح بوجوب الغاء جميع النصوص التشريعية التي تتعارض واحكام هذا القانون .

والمفهوم المخالف لنص المادة(71)من هذا القانون،يقودنا الى القول بعدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية. وعليه فلو اتحد الموصى له والموصي بالدين واختلفا بالجنسية فلا تجوز الوصية العقارية بينهما ،وعليه فلو ان مسلم مصري اوصى بعقار له في العراق لمسلم عراقي فلا تصح الوصية حسب النص المتقدم .

و نتسأل عن مغزى هذا النص الذي لم نجد له نظير في التشريعات العربية ،وإذا كانت الحكمة هي الحفاظ على اراضي البلاد وعدم الانتقال الى الاجانب، اذن ما الحكمة في عدم جوازها من غير العراقي الى العراقي هل في ذلك ضررا[117].

ويلاحظ ان النص المتقدم جاء مطلقاً فيشمل ملكية الرقبة والمنفعة ويشمل الاشخاص الطبيعيين او المعنويين[118] . حتى قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، اشار في م(255) منه الى وجوب مراعاة"احكام القوانين العراقية الخاصة بالأجنبي في تسجيل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية العائدة له اضافة الى الاحكام الواردة في هذا القانون "[119].علماً ان هذا القانون اشار الى انه[120]"لا يجوز تسجيل الوقف او الوصية على العقار المسجل باسم اجنبي اذا كان الموقوف عليه او الموصى له جهة اجنبية خارج العراق "،مع ملاحظة ان قانون التسجيل العقاري قد حدد مفهوم الاجنبي،بأنه كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية ولم يكن من رعايا الدول او الامارات العربية واوجب عند توفر الشروط الاتية[121]لتسجيل العقار باسم الاجنبي وهي :

أ- ان يقع ضمن حدود البلدية وان يبعد العقار عن خط الحدود بما لا يقل عن 30 كم^2 .

ب- توفر مبدأ المقابلة بالمثل .

ت- عدم وجود مانع اداري وعسكري بتأييد كل من المحافظ والسلطة العسكرية المختصة .

ث- موافقة وزير الداخلية .

وقصر هذا القانون تسجيل الملكية العقارية للأجنبي فقط على حق الملكية والحقوق العينية الاصلية الاخرى عدا حق التصرف في الاراضي الاميرية بما لا يتجاوز دار واحدة للسكن ومحلاً للعمل واعتبر الحصة الشائعة ملكية تامة لهذا الغرض[122].

علماً ان تعليمات التسجيل العقاري المرقمة 3 لسنة 1987، قد اشارت الى انه يراعى بخصوص معاملات نقل الملكية باسم الاجنبي فيما يتعلق بتملكه لوحدة عقارية في العراق احكام قانون تملك الاجنبي للعقار رقم 38 لسنة 1961 المعدل، بشرط توفر مبدأ المقابلة بالمثل مع الاقامة في العراق لمدة سبع سنوات، وعند عدم توفر شرط الاقامة يقضى بتصفية هذه الملكية بيعاً استناداً لإحكام المواد 11 و 12 و 13 من هذا القانون[123].

ويلاحظ ان قانون التسجيل العقاري قد ميز بين العربي والأجنبي، اذبين ان رعايا الدول والإمارات العربية الاخرى، يخضع في تسجيل الحقوق العقارية الاصلية الى موافقات الجهات التي يعينها القانون مع مراعاة القيود والإجراءات المقررة قانوناً [124].ومع ان هذاالقانون لم يقيد حق ملكية العربي إلا ان تعليمات التسجيل العقاري رقم 3 لسنة 1987، قد حددت ضوابط للتملك ميزت فيها بين المواطن العربي الغير مقيم في العراق، حيث اوجبت فيما يخص تملكه للعقار في العراق الاحكام الواردة في القانون رقم 5 لسنة 1955، اضافةً الى وجود توفر مبدأ المعاملة بالمثل واستحصال موافقة وزارة الداخلية ومصادقة وزارة العدل، اما المواطن العربي المقيم في العراق اقامة دائمة(خمس سنوات)، فيراعى في تملكه العقار في العراق احكام القانون رقم 72 لسنة 1978، الذي لا يشترط توافر مبدأ المقابلة بالمثل او وجوب استحصال موافقة وزارة الداخلية ومصادقة وزارة العدل عليها [125].

وأمام ملاحظاتنا بخصوص المادة (71) من قانون الاحوال الشخصية النافذ، نرى ضرورة تعديل هذه المادة وجعلها بالصياغة الآتية " تصح الوصية بالعقار والمنقول مع اختلاف الدين وتصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الجنسية، اما العقار فلا تصح الوصية بها مع اختلاف الجنسية إلا اذا كان الموصى له عراقي الجنسية وقت انشاء الوصية ووقت وفاة الموصي " .ونرى ان هذه الصياغة اقرب الى العدل والمنطق ولا تتعارض ومصلحة البلاد .

المطلب الثاني
الموقف التشريعي من الوصية الواردة على الاراضي الزراعية

لا شك في ان اهمية الاراضي الزراعية بالنسبة للدول لما تمتلكه من ثروة زراعية واقتصادية تؤثر سلباً وإيجابا على الاقتصاد الوطني، الامر الذي دفع بالتشريعات الى التشديد في انتقالها الى الاجانب. وبالنظر لتباين التشريعات في التنظيم ولتسليط الضوء عليها، سنقسم هذا المطلب على فرعيين الأول ، موقف التشريعات العربية والثاني، موقف التشريع العراقي .

الفرع الاول
موقف التشريعات العربية

ان معظم التشريعات الخاصة بالدول العربية تتشدد بانتقال ملكية الاراضي الزراعية على اختلاف انواعها وأصنافها، ومهما كان نوع الانتقال بيع او وصية او ميراث، اذ لاحظنا في المطلب السابق كيف ان العديد من الدول لم تجز الوصية للعقار السكني او الارض الفضاء مع اختلاف الجنسية، وهذا الامر يقودنا ان القول انه وفقاً لقوانينها يمنع الوصية بالأراضي الزراعية مع اختلاف الجنسية من باب اولى .

فالمرسوم السعودي المرقم 22 /م/ في 1390/7/12 جاء مطلقاً بمنع تملك غير السعوديين لأي عقار واقع داخل المملكة العربية السعودية، باستثناء الميراث والوقف على النحو الذي فصلناه سابقاً ،وهذا المنع يسري على جميع

اصناف الاراضي ومنها الزراعية، وينصب على جميع انوع الملكية سواء ملكية الرقبة او المنفعة[126].

كذلك فعل المشرع القطري في القانون رقم 5 لسنة 1963 الخاص بعدم جواز اكتساب الاجانب لملكية الاموال الثابتة، حيث منع هذا القانون الأجنبي من امتلاك الاراضي الزراعية في قطر بأي طريقة، منها الوصية سواء كانوا اشخاص طبيعيين او معنويين ام تعلقت الوصية بالمنفعة ام بالرقبة ،وهو بالطبع يشتمل على جميع اصناف الاراضي ومنها الزراعية [127].

و بذات الاتجاه الذي اورده المشرع الليبي في القانون الصادر عام1990[128]،والمشرع الكويتي في القانون المرقم 74 لسنة 1979[129]، والمشرع السوري[130]الذي منعغير السورين من اكتساب ملكية الاراضي الزراعية عن طريق الوصية او غيرها.وهو الحال بالنسبة للمشرع اللبناني والاردني،ذلك انه وفق الاطار العام الوارد في قانون الاحوال الشخصية يمكن القول بجواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية لكن بالرجوع الى القوانين العقارية الخاصة نجد ان الحظر هو الوارد.

اما في مصر فقد صدر القانون رقم 37 لسنة 1951، الذي قضى حظر على الاجانب تملك الاراضي الزراعية والقابلة للزراعة سواء اكانوا اشخاص طبيعيين ام معنويين، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة او حق الانتفاع، غير ان هذا القانون استثنى بعض الحالاتالتي يجوز لغير المصريين اكتساب ملكية الاراضي الزراعية[131]، ومنها ما اشارت اليها الفقرة(أ) من انه اذا الت اليه(اي الاجنبي)بطرق الارث او الوصية من اجنبي، فهذا يعني جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية على وفق ذلك القانون .إلا ان الامر تغير بعد صدور القانون رقم 15 لسنة 1963، الذي حظر على الاجانب(غير المصرين)تملك الاراضي الزراعية وما في حكمها في مصر،ويشمل هذا الحظر الاشخاص الطبيعيين و الاعتباريين وسواء اكانت الملكية تامة ام حق منفعة، والغى الاستثناءات التي اصدرها القانون

السابق ومنها الوصية بالعقار، فأصبحت محظورة في ظله الوصية بالعقار لأجنبي، ولم يعتبر هذا القانون ارضاً زراعية لتطبيق احكام الاراضي الداخلة في نظام المدن والبلاد التي يسري عليها احكام القانون رقم 52 لسنة 1940 الخاص بتقسيم الاراضي المتعددة للبناء، اذ كانت غير خاضعة لضريبة الاطيان، وأشار هذا القانون الى انه[132] " تؤول الى الدولة ملكية الاراضي الزراعية وما في حكمها من الاراضي الزراعية والقابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانبوقت العمل بهذا القانون"، والى كيفية تقدير التعويض عن هذه الاراضي وكيفية اداء هذا التعويض[133]، اذ اشار القانون الى انه من آلت اليه الملكية بغير التعاقد كالميراث او الوصية واستولت الحكومة على هذه الاراضي مقابل التعويض المقرر في القانون، ويجب على الاجنبي الذي آلت اليه الملكية على النحو المتقدم ان يتقدم بإقرار عن ذلك خلال شهرين من تأريخ عمله بقيام سبب الملكية[134].

الفرع الثاني
موقف التشريع العراقي

ان الاراضي الزراعية هي التي تكون ملكية رقبتها للدولة وهي ما تعرف بالتشريع العراقي بالأراضي الاميرية التي تعود رقبتها الى الدولة(وزارة المالية)، اما حق التصرف فيها [135]والانتفاعبها، إما ان يبقى بيد الحكومة وتسمى في هذه الحالة(اميرية صرفة)[136] ، او تفوضه الحكومة الى الاشخاص او تمنحه باللزمة[137] .

وبخصوص الاراضي الزراعية فقد كانت مسألة انتقالها بالوصية مع اختلاف الجنسية ممنوعاً، فلو رجعنا الى فترة العهد العثماني ولغاية صدور القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951، كانت الاراضي الاميرية خاضعة لحكم م (110) من قانون الاراضي العثماني لسنة 1274هـ ، الذي كان لا يجيز انتقال الاراضي العثمانية الى غير العثماني بوصية او ميراث او غيرها، اذ نصت هذه المسألة على انه " لا تنتقل اراضي العثماني الى ورثته

الاجانب وليس للأجانب حق الطابو في اراضي العثماني "[138].وظل قانون الاراضي العثماني باقياً حتى صدور القانون المدني العراقي ونفاذه عام 1953الذي الغاه، وإذا كان هذا الاخير لم يشر صراحة الى جواز او عدم جواز الوصية بالأراضي الاميرية مع اختلاف الجنسية، إلا انه كان يستفاد المنع قياساً على منع انتقال حق التصرف بين العراقي والأجنبي، اذ اشار هذا القانون الى انه " لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي "[139].وجاءت م (71) من قانون الاحوال الشخصية لتأكد هذا المنع على اعتبار عدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية، وصدر قانون التسجيل العقاري عام 1970، الذي اكد على وجوب ان يراعى احكام القوانين العقارية الخاصة بالأجنبي في تسجيل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية العائدة له، اضافة الى الاحكام الواردة في هذا القانون.

وإذا كان هذا القانون [140]،قد منع تسجيل الوصية الواردة على حق التصرف في الاراضي الاميرية او الموقوفة وقفاً غير صحيح، وكذلك عدم جواز تسجيلها على المنشآت والمغروسات المحدثة عليها بعد نشر قانون حق التصرف وان اجاز تسجيل الوصية بالتمليك اوالوصية بالعين الواردة على المغروسات اوالمنشآت المحدثة على الاراضي الاميرية او الموقوفة وقفا غير صحيحا قبل نشر قانون التصرف[141]،فهذا النص جاء قطعياً سواء اكانت الوصية بين عراقيين او مختلف الجنسية،ومن ثم القول بعدم جواز الوصية في الاراضي الاميرية (الزراعية) تبين متحدي الجنسية او مختلفيها ولا يجوز تسجيل مثل هذه الوصية بدوائر التسجيل العقاري، وهذا المنع برأينا يعني بطلان مثل هذه الوصية وعدم جواز ترتيب اي اثر لها، سواء تعلقت بالرقبة ام المنفعة ،علماً ان قانون التسجيل العقاري قد اخضع تسجيل الاراضي الزراعية المملوكة باسم الكويتيين الى موافقة الجهات الرسمية التي يعينها القانون " [142].

ويذهب رأي انه لا يستقيم القول بان إخضاع وصية الاجنبي بالعقار في العراق ينطبق علىالاراضي الاميرية، إذ كيف يمكن القول بإخضاع الوصية للقانون العراقي في فرض عدم امكان الوصية اصلا .وان الاستثناء المقرر بنص الفقرة(2) من المادة (23) مدني عراقي، لا يتناول الاراضي الاميرية ولايتعلق بهذه الأراضي، فهو موجهأو في الاقل يفترض ان يوجه لوصية الاجنبي بعقار، مما يجوز له تملكه والايصاء به، أي وصية الاجنبي بعقار من الاملاك الصرفة أو الملك التام بحسب تعبير القانون المدني العراقي ، وذلك على فرض اجازة القانون العراقي تملك هذا النوع من العقارات للأجنبي في حدود معينة[143].

المبحث الرابع
احكام تطبيق قانون جنسية الموصي على التركة العقارية

من أجل الوقوف على الاحكام والقواعد التي تطبق على التركة العقارية، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في الاول الجوانب التطبيقية والاستثنائية لقانون جنسية الموصي، ونتطرق في الثاني الى حكم الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص .

المطلب الاول
الجوانب التطبيقية والاستثنائية لقانون جنسية الموصي

أسلفنا ان معظم الدول اخذت فيما يخص قضايا الوصايا في حالة تنازع الجنسيات وفق مبدأ سريان قانون جنسية الموصي وقت موته عليها[144].ولكن الذي يتبادر الى الذهن سؤال مفاده ما الجوانب التي تطبق وفق قانون جنسية الموصي وقت موته وما الجوانب الاستثنائية من ذلك. لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين الاول نتناول الجوانب التطبيقية لقانون جنسية الموصي، والثاني، نتناول الجوانب الاستثنائية لقانون جنسية الموصي.

الفرع الاول
الجوانب التطبيقية لقانون جنسية الموصي

لا شك من وجود شروط موضوعية للوصية وشروط شكلية، وان الخلاف لا يزال قائم فيماهية الشروط الموضوعية التي يطبقعليها قانون جنسية الموصي، وهل يكون هذا القانون وقت الوفاة او وقت انشاء الوصية ؟...

هنالك خلاف فقهي سواء بين فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر ام في العراق، حول المسائل التي يسري عليها قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، والأحوال التي يسري عليها قانون جنسية الموصي وقت الانشاء، وان ارتأينا ان نتناول هذه الآراءبإيجازمفيد .

بصورة عامةان موقف التشريعات المقارنة ليس واحداً فيما يخص الشروط الموضوعية التي تتعلق بالموصي والموصى له والموصى به، فبعضها يوليه الاختصاص كاملاً في حين يذهب البعض الاخر منها يقصره على مسائل معينة، ويخرج مسائل اخرى ويحيلها الى قانون جنسية الموصي وقت انشاء الوصية .

لذا سنتناولها في محورين: الاول نتناول فيه مجال تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، والثاني نتناول فيه مجال تطبيق قانون جنسية الموصي وقت انشاء الوصية .

اولا : مجال تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة

اشارت القوانين المقارنة [145] الى ان قضايا الوصايا تطبق عليها قانون جنسية الموصي وقت الموت . ولكن السؤال الذي يطرح هنا الى اي مدى يمكن تطبيق هذا القانون ؟ وما الامور التي تخرج من تطبيقه ؟

جوابا لما تقدم نقول انه في مصر أختلف الفقهاء في ذلك، فمنهم[146] من ذهبالى القول بإخراج الاهلية و عيوب الرضا والمحل والسبب في الوصية من مجال تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة وإخضاعها لقانون الموصي وقت الايصاء، وحجة اصحاب هذا الاتجاه ان القواعد الموضوعية في مختلف

القوانين تستلزم لصحة الوصية ان يكون الموصي اهلاً للتعاقد وقت عمل الوصية باعتبارها عملاً ارادياً يلزم لصحته كمال الاهلية وقت صدور الارادة، وانه لابد من تجاوب قاعدة الاسناد مع هذه القواعد الموضوعية ليتبين القانون الواجب التطبيق على اهلية الموصي وقت عمل الوصية، وهو يعينه القانون الواجب التطبيق عن الاهلية اللازمة لمباشرة التصرفات الارادية على العموم[147].

وهذا الاتجاه معمول به ايضاً في ايطاليا، اذ يسند القانون الايطالي الخلافة بسبب الموت وهي تشمل انتقال الاموال بالوصية لقانون جنسية المتوفى وقت موته، ومأخوذ به في تشريعات بعض الدول مثل الارجنتين م(3611)، وكذلك م (19)من القانون المدني البرتغالي[148].ومن الحجج التي استند عليها هذا الاتجاه ايضاً ان نص م (1/17) من القانون المدني المصري جاء بصيغة غير مقيدة وغير مانعة من ضبط حدود تطبيق حكم النص[149] .

فيما ذهب اتجاه اخر من الفقهاء المصريين[150] الى اخضاع جميع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، ويشمل ذلك الشروط الخاصة بأهليةالايصاء، وحجة اصحاب هذا الاتجاه ان نصم(1/17)من القانون المدني المصري، قد جاء عاماً ومن ثم يجب تطبيقه على كافة الشروط الموضوعية، وان المشرع لواراد استثناء بعض الشروط الموضوعية من الخضوع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة لنص على ذلك صراحة، كما أنه لا يترتب على الوصية اي حقوق او التزامات إلا لحظة وفاة الموصي ،ومن ثم لا بد من اخضاعها للقانون الذي تنشأ عنه هذه الالتزامات (قانون جنسية الموصي وقت موته)[151] .

وإخضاع الوصية من حيث الموضوع للقانون الذي يحكم الميراث هو المعول عليه في فرنسا أيضاً . إذ يؤكد الفقه خضوع الوصية في المسائل المتصلة بفكرة الميراث للقانون الذي يحكم الميراث ، ومؤدى ذلك ان تخضع الوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت الوفاة ، فيما يجري اخضاع

الوصية بالعقار لقانون الموقع [152].ولا نشك في ان اخضاع الوصية في موضوعها للقانون نفسه الذي يحكم الميراث في القانون الفرنسي، انما يقوم على الاعتبارات نفسها التي دعت إلى الأخذ بهذا القانون كقانون واجب التطبيق في مسائل الميراث، وذلك بحسبان الصلة الوثيقة بين الميراث والوصية باعتبارهما يؤديان إلى انتقال الملكية بسبب الموت . وإذا كان الفقه الفرنسي يتفق في شأن المسائل المتصلة بفكرة الميراث في الوصية فيخضعها لقانون الميراث نفسه، فان الرأي الراجح في هذا الفقه يذهب إلى القول بغير ذلك في مسائل الوصية المتصلة بها من حيث كونها تصرفا اراديا ، ولاسيما فيما يتعلق بالأهلية العامة للموصي، إذ يرى اخضاعها للقانون الشخصي للموصي، وهو بحسب القانون الفرنسي قانون الجنسية [153] .

والمشرع العراقي ، وان أخضع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته ، الحاقا لها بالميراث في ذلك، إلا انه أورد على قاعدة خضوع الوصية لقانون الموصي وقت موته استثناء بقاعدة مفردة الجانب تقضي بتطبيق القانون العراقي على وصية الأجنبي بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق ، وكيفية انتقالها [154] . ومقتضى هذا الاستثناء ان تنازع القوانين بشأن الوصية لن يثار لدى القاضي العراقي فيما إذا تعلق الأمر بوصية الأجنبي العقارية في العراق ، إذ لا يكون أمامه إلا ان يرجع إلى أحكام قانونه الوطني ويقضي بما جاء فيها .

اما فقهاء القانون العراقي[155] فهم يتفقون مع الاتجاه الاول، ويرون ضرورة التمييز بين الاهلية العامة للموصي والاهلية الخاصة للايصاءوضرورة اخضاع الاخيرة لقانون جنسية الموصى وقت انشاء الوصية .

وعموما فان قانون جنسية الموصي وقت الوفاة الذي يسري على كافة الشروط الموضوعة لصحة الوصية، كشروط الرضا ومشروعية المحل والسبب والقدر الجاز الايصاء به وحكم الوصية للوارث وجواز رجوع الموصي عن الوصية وأثارهوالأشخاص الجائز الايصاء لهم، كما يحكم القيود التي ترد

على حرية الموصي في الايصاء وموانع الوصية وحالات الرد وبطلان الوصية....الخ بل ان البعض[156] ذهب الى ان هذا القانون ينطبق على المسائل المتعلقة بالميراث والمحكومة بالمادة (23)مدني عراقي كالحق في المتصرف بطريق الوصية سواء من حيث القدر الجائز الايصاء به اومن حيث الاشخاصالذين يجوز الايصاء لهم، فجميع ذلك يخضع لقانون الموصي وقت وفاته لا وقت تنظيم الوصية،وعليه لو تجاوزت الوصية عند ابرامها القدر المسموح به (الثلث)، ولكنها لن تخرج عند وقت وفاة الموصي لما طرأ على ثروته من زيادة من بعد تنظيم الوصية،فأنها تعتبر في هذه الحالة صحيحة[157].وتتجه بعض التشريعات الى منع الموصي من الايصاءلأشخاص معينة كالطبيب المعالج في مرض الموت او رجل الدين او الوريث، فهنا يخضع ذلك لقانون جنسية الموصى وقت موته .

وظهر اتجاه فقهي ثالث يرى ضرورة التفرقة بين الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت، فبالنسبة للوصية يجب اخضاع جميع شروطها الموضوعية بما في ذلك اهلية الايصاء وعيوب الرضا الى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، لان الوصية تصرف ارادي لا يترتب عليه حقوق او التزامات إلا لحظة الوفاة وهو ما يستلزم اخضاعها للقانون الذي تنشأ هذه الحقوق والالتزامات في ظله اي قانون جنسية الموصي وقت الوفاة [158].

اما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت، يجب اخضاع اهلية التصرف وعيوب الرضا منها لقانون من صدر منه التصرف وقت التصرف، اما سائر الشروط الموضوعية الاخرى فهي تخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة،ذلك ان هذه التصرفات تنشأ وتترتب عليها اثار قانونية بمجرد ابرامها فيما بين المتصرف والمتصرف اليه،ومن ثم يتعين خضوع الاهلية وعيوب الرضا فيها لقانون المتصرف وقت التصرف، وعند تحقق وفاة من صدر منه التصرف فانه يمكن اعتبار هذه التصرفات من الوصايا المنتشرة، لذلك يتعين اخضاع سائر الشروط الموضوعية الاخرى فيها

بخلاف الاهلية وعيوب الرضا الى قانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة وليس وقت التصرف[159].

واذا كانت القاعدة العامة في التشريعات المقارنة لاسيما العربية منها الاخذ بقانون جنسية الموصي وقت موته، إلا ان السؤال الذي يتبادر هنا ما هو الحكم لو كان هذا القانون هو واجب التطبيق لكن مخالف للنظام العام او الآداب العامة، او القانون في بلد القاضي كان يستبعد احد الورثة او يمنعه من الميراث لأسباب غير مقبولة كاختلاف الجنسية او اللون او العرق او انه يجيز الوصية للحيوانات او الجهات المحرمة شرعاً او يجيز الوصية للقاتل او يحرم الايصاءللوارث بكل التركة، فهل يتم تطبيق هذا القانون ؟

اشار القانون المدني العراقي الى هذه المسألة و قضى بعدم تطبيق اي قانون يخالف النظام العام او الآداب في العراق، اذ نص على انه "لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق"[160].وكذلك فعلت القوانين المقارنة وقد اعتبر القانون العراقي مسائل الاحوال الشخصية و منها الوصية من قبيل النظام العام، اذ اوضح بأنه " ويعتبر من قبيل النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية "[161] .

ومن الفقهاء المصريينمن يرى انه في حالة اختلاف القدر الجائز الايصاء به في القانون الاجنبي عما حدده القانون المصري يجب التفرقة بين فرضيتين: الاولى، اذا تعلق النزاع بوصية بين غير المسلمين فان الاختلاف في القدر الجائز الايصاء به لا يعتبر منافياً مع النظام العام المصري.

الثانية، اذا تعلق النزاع بوصية بين المسلمين، فهناك رأيين الاول يرى ان هذا الاختلاف بين القانون الاجنبي و الشريعة الاسلامية لا يتعارض مع النظام العام، و الثاني يرى انه يتعارض مع النظام العام.
وكل له حججه و اسانيده التي لا نريد الخوض فيها[162].

ثانيا :ـ مجال تطبيق قانون جنسية الموصي وقت انشاء الوصية

اذا كانت الوصية تقترب من الميراث لأنهما خلافة بسبب الموت، إلا انه يبقى فارقاً هاماً بينهما حيث ان الوصية دون الميراث، هي تصرف قانوني بإرادة منفردة و لكنه تصرف غير لازم اي لا يرتب اثاره إلا بعد وفاة الموصي، وذهب غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص الى القول بأن المسائل الاخرى المرتبطة بالوصية بوصفها مجرد تصرف قانوني لا تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة ،وأوضحنا فيما سبق ان هنالك خلاف في هذه المسألة بين من يخضع كل الشروط الموضوعية بما فيها اهلية الموصي و عيوب الارادة فيه الى قانون جنسية الموصي وقت الموت و بين من يفرق بين الشروط الموضوعية و اهلية الموصي في الايصاء و مسألة عيوب الارادة فيه، فيخضع الاخيرة الى قانون جنسية الموصي وقت انشاء الوصية .

و اذا كان البعض، كما أوضحنا يرى اخضاع هاتين المسألتين لقانون جنسية الموصي وقت موته على اساس انهما من ضمن الشروط الموضوعية للوصية إلا ان هنالك من يرفض هذا الاتجاه، ويرى ان المسألتين السابقتين وان كانتا تعدان من المسائل الموضوعية للوصية، إلا انهما لا ترتبطان بالميراث قدر ارتباطهما بالوصية بوصفهما تصرف قانوني، لان اهلية الموصي للايصاء تخضع لكل من قانون جنسية الموصي وقت الايصاء و قانون جنسيته وقت الوفاة، و اساس الاعتداد بقانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية في شأن اهلية الايصاء، هو ان الوصية تصرف قانوني اي عمل ارادي يلزم لصحتها كمال الاهلية وقت صدور الارادة ،ومع ذلك فأن الوصية و برغم من كونها تصرفاً قانونياً ،ألا انها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها مابقي الموصي حياً، و بهذه المثابة فان شروطها الموضوعية لا تتحد نهائياً إلا عند وفاة الموصي، ومن هنا يتعين ان يعتد ايضاً بقانون جنسية الموصي وقت الوفاة عند تقدير مدى اهلية الموصي للايصاء، وكذلك عيوب الارادة (الاكراه، الغلط، التغرير، الاستغلال)، فأنها تخضع لقانون جنسية الموصي

وقت ابرام الوصية، ذلك ان عيوب الارادة يجب النظر اليها عند عمل الوصية، لأنه الوقت التي قد تصدر فيه الارادة معيبة [163].

الفرع الثاني
المسائل الاستثنائية من تطبيق قانون جنسية الموصي

اذا كانت القاعدة العامة كما اشرنا تقضي بتطبيق قانون جنسية الموصي، إلا ان هنالك حالات معينة يستثنى منها هذا القانون في صحة الوصية ويطبق قانون اخر، وهذه الحالات يمكن اجمالها في اربعة اشياء نتناولها في اربعة جوانب:الاول، نخصصه لشكل الوصية، والثاني نخصصه لقانون موضع العقار، والثالث نتناول فيه قانون الدولة التي فيها اجراءات التعامل وتحرير التركة، والرابع، نتناول فيه ان وجود معاهدة تقضي بتطبيق قانون اخر غير قانون جنسية الموصي .

اولا: شكل الوصية

يقصد بشكل الوصية، المظهر الخارجي للتعبير عن ارادة الموصي في انشاء وصيته.ومسألة الشكلية هي مسألة تختلف فيها التشريعان بين من يوجب ان تكون الشكلية كتابية، أي محرر على يد موثق مختص، واكتفى بعضها بالكتابة العادية والتوقيع [164]، بينما تفرض بعض التشريعات جزاءً معيناً على عدم احترام الشكل المطلوب في اعداد الوصية.وأمام ما تقدم يثار التساؤلعن القانون الذي يخضع له شكل الوصية ،فهل هو قانون جنسية الموصي ام غيره ؟

في الحقيقة ان موقف التشريعات وان كان ينصب نحو تطبيق اكثر من قانون و يخير الاطراف اتباع أحدهما، إلا ان عدد هذه القوانين يختلف من تشريع الى أخر، فبعض التشريعات اتاحت امكانية ابرام الوصية وفقا لأحد قوانين ثلاثة[165]، والبعض جعلها خمسة[166]وبعضها جعلها سبعة [167]، وبعضها جعلها تسعة[168]، غير ان الغالب على تشريعات الدول العربية تحديدها باثنين فقط [169].

ولا شك في ان القانون المدني المصري حسم هذا الامر وأشار الى انه[170]" يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقتالايصاء او قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ". وهكذا يتضح ان القانون المصري اخضع الوصية من حيث الشكل الى قانونين للأطراف الخيار في ايهما ،أما قانون محل ابرام الوصية او التصرف المضاف الى ما بعد الموت او قانون جنسية الموصي او المتصرف وقت انشاء الايصاء.

ويعلل الفقهاء المصريين اقرار خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الالتزام الى اعتبارات التيسير على المتصرف (الموصي)، اذ يكون من السهل عليه معرفة الشكل الذي يقرره قانون الدولة التي يريد ابرام التصرف فيها[171]، كما ان خضوع شكل الوصية لقانون محل الابرام يعد من القواعد التقليدية التي استقر عليها العمل منذ المدرسة الايطالية القديمة .اما الاعتداد بقانون الجنسية وقت الايصاء بالنسبة لشكل الوصية اوالتصرفات المضافة الى ما بعد الموت، فيبرره انه الوقت الذي تم فيه التعبير عن ارادة الموصي [172].وان اعتداد المشرع المصري بقانون جنسية الموصي لتقرير شكل الوصية هو وقتالايصاء لا وقت الموت، باعتبار ان الوصية تصرف قانوني يتم بالإرادة، فلحظة ظهور الارادة هي التي يعتد بها وهي وقت الايصاء، اما وقت الموت فلا يترتب عليه إلا نفاذ الوصية وأعمال تلك الارادة[173].

وإذا كان القانون المصري يخلو من اشكال في تعيين القانون الذي يحكم شكلية الوصية، إلا ان هذه الاشكالية تظهر في القانون العراقي، اذ ان المادة(23) لم تشر الى القانون الذي يحكم شكل الوصية مما دفع الفقهاء الى الانقسام باتجاهين:

الاتجاه الاول:[174]ذهب الى عدم جواز اعمال المادة (23)التي تحكم قضايا الوصايا بقانون جنسية الموصي وقت موته، اذ كيف يتيسر للموصي

اتباع الشكل المقرر في قانون جنسيته وقت موته، في حين ان الوقت المعول عليه لتحقيق الشكل هو اللحظة التي رسم فيها الشكل، لذا ولخلو القانون من نص خاص بالوصية فيصارالى تطبيق القواعد العامة بالشكل الواردة في المادة(262) والتي تقضي فيه الى قانون بلد تحريره .

الاتجاه الثاني:[175] ذهب الى ان شكل الوصية يخضع الى احكام م (26) مدني ايلقانون الدولة التي تمت فيها الوصية او القانون الموصي وقت الوفاة بموجب المادة (1/23) مدني، ويرى ان القانون العراقي لم يأخذ بقانون الموصي وقت كتابة الوصية، بل ان العبرة دائما بقانون الموصي وقت وفاته مطلقاً .

ونرى ان المادة (26) من القانون المدني العراقي لا يمكن تطبيقها على الوصية لأنها تشمل التصرفات العقدية، والوصية هي تصرف صادر من ارادة منفردة لكن قد يشمل التصرفات التي تعتبر من قبيل الوصية (الهبة في مرض الموت) فيمكن شمولها ،اما بتطبيق المادة (23) مدني فلا يمكن تعويله لان الموصي قد توفي،ومن ثم كيف سيطبق الشكل الوارد في قانون جنسيته وقت موته،وعليه نرى ضرورة تعديل نص المادة (23) مدني وإضافة فقرة (3) تنص على انه " يسري على شكل الوصية قانون الدولة التي تم انشاؤها فيها او قانون الموصي وقت الايصاء ".

وعليه نرى ان اخضاع شكل الوصية لقانون بلد ابرامها حكم تسوغه اعتبارات العدل والتسامح والرعاية ، والتي تقضي بمنح الموصي الفرصة لإتمام وصيته في الشكل المقرر في قانون محل الابرام ، إذ قد تطرأ على الموصي أثناء وجوده في غير دولته أو موطنه ، ظروف معينة كالمرض ونحوه تدفعه إلى التعجيل بإتمام وصيته ، فان ألزم باتباع ما هو مقرر في قانون جنسيته أو موطنه ، حال ذلك دون اتمامها لما قد يعترضه من ظروف عدم توافر الوقت اللازم، أو تعذر اتباع الشكل المقرر في قانون جنسيته أو موطنه

في بلد وجوده، كما لو كان الشكل المطلوب في هذين القانونين شكلا رسميا يتعذر استيفاؤه في بلد الابرام .

ثانيا: قانون موقع العقار الموصى به

تخضع الوصية الواردة على العقار سواء من حيث ملكيته او حق المنفعة عليه الى قانون دولة موقع العقار من حيث كيفية الانتقالوموانعه وشروطه،والى ذلك اشار القانون المدني العراقي بالقول ان"المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها ، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار"[176].وأشار الى انه "تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى متوفى اجنبي وفي كيفية انتقالها "[177].

وعليه يتعين الرجوع الى قانون الموقع بالنسبة لشهر التصرفات التي من شانها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او نقله او تغييره او زواله، كما يطبق قانون موقع العقار في شأن كل ما يتعلق بحقوق الدائنين وتأثيرهابأحكام الوصية وتنظيم حالة الشيوع التي قد تنشأ بين الموصى له والورثة[178]. كما ان تقسيم الشيء الى عقار او منقول يخضع بالطبع الى قانون مكانه بسبب تسهيل اجراءات التنفيذ. وعليه فلو ان عراقياً اوصى بعقار له في سوريا الى مصري، فان القانون الذي ينطبق ليس القانون العراقي او المصري بل قانون موقع العقار الموصى به وهو القانون السوري . ولو رجعنا لقانون الاحوال الشخصية للأجانب العراقي النافذ، لوجدنا انه اشار الى ان تدار التركة العائدة للمتوفى الاجنبي تحت مراقبة محكمة البداءة المختصة اللواء او القضاء الذي توفي فيه الاجنبي او وجد مال له فيه ولرئيس محكمة التمييز ان ينقل القضية الى اي محكمة بداءة اخرى اذا ارتأى ذلك مناسباً تسهيلاً لإدارة التركة[179]. كما اوجب هذا القانون على المحكمة عند وفاة اجنبي ان تقوم بالإجراءات اللازمة لصيانة اموال المتوفى، وعليها ان تباشر في

ادارة تركته وتعيين وصي اذا ارتأت ان ذلك في مصلحة التركة[180]، وأشار ايضاً الى انه اذا وجدت وصية للمتوفى الاجنبي فتقدم الى المحكمة وعلى المحكمة ان تؤشر عليها وتختمها بختمها ويوقع الحاكم عليها[181].

ثالثا: قانون الدولة التي فيها اجراءات التقاضي

ان جميع المسائل المتعلقة بالإجراءات والتقاضي في دعوى الوصية كتحرير التركة وتعيينمديرها والحجز والحراسة القضائية وتبليغ الاوراق القضائية، تخضع لقانون التقاضي المعروض عليه النزاع وهو بالطبع قانون الدولة التي اقيمت فيها دعوى الوصية، وذلك لاتصال هذه الاجراءات وتلك القواعد بالنظام العام [182]، والى ذلك اشار القانون المدني العراقي بالقول" ان قواعد الاختصاصات وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الإجراءات "[183]. وقد سبق وان طرقنا لأحكام المواد (7و8 و9) من قانون الاحوال الشخصية للأجانب، التي اعطت الحق للمحاكم العراقية في ادارة تركة المتوفى الاجنبي والقيام بالإجراءات اللازمة لصيانة امواله والمباشرة في ادارة تركته و تعيين وصي وفي كل ذلك تطبق احكام القوانين العراقية النافذة .

رابعا: وجود اتفاقية او معاهدة دولية تقضي تطبيق قانون اخر

ان المشرع العراقي اجاز تطبيق قانون اخر غير قانون جنسية الموصي وقت موته ،والى ذلك اشارت المادة (29) من القانون المدني العراقي بالقول " لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق " كأن تقضي المعاهدة او النص القانوني على تطبيق قانون اخر غير قانون جنسية الموصي وقت موته او قانون موقع العقار بالنسبة للموصي به ، وقد اشارت المادة (16) من قانون الاحوال الشخصية للأجانب العراقي النافذ، الى ذلك بالقول " اذا عقدت معاهدة او اتفاقية بين دولة العراق واي مملكة اجنبية يسوغ بموجبها القنصل ان يدير تركة

المتوفيين من تبعة دولته فيسوغ اصدار انظمة تبين كيفية ادارة تلك التركات تنفيذاً لتلك المعاهدة او الاتفاقية " .

وعليه فان الاصل هو تطبيق المعاهدة او القوانين الخاصة ،وإذا لم توجد الاحكام المتقدمة بشأن الوصية سواء اكان ما يتعلق منها بقانون جنسية الموصي وقت موته او قانون موقع العقار او قانون دولة القاضي الذي ينظر الدعوى .

المطلب الثاني
حكم الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص

من أجل بيان الاحكام الخاصة بالوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين:الاول، نخصصه للموقف الفقهي والشرعي،والثاني، نتناول فيه مدى صحة الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص.

الفرع الاول
الموقف الفقهي والشرعي

إذا ما كان هنالك اوجه شبه واختلاف بين الوصية والميراث، إلا انهيتبادر الى الذهن مسألة الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث ألخاص، فهل ان الموصي له يكون وارثا ،ومن ثم تسري عليه احكام الميراث ام انه يبقى موصي له وتسري عليها احكام الوصية رغم انه استحق كل التركة ...؟

قبل الاجابة عن هذا التساؤل لا بد من بيان مدى جواز الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص[184]شرعاً او قانوناً ...؟

انقسم الفقهاء المسلمون في مسالة جواز الوصية بكل التركة او بما زاد عن ثلثها عند عدم وجود وارث خاص للمتوفى على اتجاهين: الاول، يرى بطلان هذه الوصية لتعلق ما زاد من الثلث ببيت المال،وهذا الاخير لا يوجد من

يملك حق الاجازة عليه.وهو رأي الظاهرية والمالكيةورأيللشافعية[185]، حيث ذهب ان حزم الظاهري الى القول بعدم جواز الوصية بأكثر من الثلث سواء اكان للمتوفى وارثاً ام لم يكن له لقول الرسول(ﷺ)لسعد بن ابي وقاص "الثلث والثلث كثير".اما الشافعية والمالكية[186]، فقالوا بان الوصية بما زاد عن الثلث باطلة لان جوازها يتوقف على اجازة الورثة والوارث هنا هو بيت المال، والحق فيه لكافة المسلمين فلا يوجد مجيز وهو ما قطع به جمهور الشافعية وقال به اهل الحجاز.

الثاني: يرى جواز الوصية بما زاد عن الثلث وان كانت بكل التركة اذا لم يكن للمتوفى وارث وليس عليه دين، ولكن تسدد الوصية بعد التجهيز والدين ولا يحتاج الى اجازة، وهذا هو رأي الاماميةوالحنفية والحنابلة ويحكى انه رأي للشافعية[187] .

وقد سارت بعض التشريعات العربية في الاخذ برأي الاتجاه الثاني،اذ ذهب قانون الاحوال الشخصية الكويتي والسوري وقانون الوصية المصري، وكذلك ذهب قانون المدني المصري الى جواز الوصية بكل التركة عند عدم وجود وارث خاص للمتوفى، بالقول اذا لم يوجد ورثة فيعطى من التركة بالترتيب الاتي :

"اولاً :....ثانياً: ما اوصى به فيما زاد على الحد الذي ينفذ فيه الوصية"[188].

وهذا يعني ان الموصى له يستحق كل التركة ويحجب بيت المال، وقد اكد قانون الاحوال الشخصية العراقي على ذلك حيث اشار في المادة (87) منه الى ان " المستحقون للتركة هم الاصناف التالية :

1. الوارثون بالقرابة والنكاح الصحيح .
2. المقربة بالنسب .
3. الموصى له بجميع المال .
4. بيت المال" .

الفرع الثاني
مدى صحة الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص

وإذا ما توصلنا الى ان هنالك اساساً شرعياً وقانونياً من جواز الوصية بكل التركة عند عدم وجود الوارث الخاص[189]، فهل ان الموصى له بجميع التركة كلها يحجب بيت المال ...؟ وعلى فرض انه يحجب بيت المال فهل يحجبه بصفته وارث او بصفته المألوفة وهي الموصى له؟ وهل يطبق عليه احكام قانون جنسية الموصي وقت موته ام قانون جنسية المورث وقت موته ؟...

في الحقيقة ان التشريعات التي اجازت الوصية بكل التركة لم تورد عبارة وارث على الموصي له، بل انها وضعته في مرتبة ثالثة يسبقه فيها الوارث الخاص والمقر له بالنسب ويليها بيت المال.وإذا ما اردنا ان نقول بأنه اصبح وارث للمتوفى، ويبقى علينا ان نبحث عن اسباب الميراث وهي لا تتعدى القرابة او الزوجية الصحيحة وعند انعدامهما تقوم الولاية العامه، فهل ان مثل هذا السبب الاخير يتحقق في الموصي له للقول بأنه وارث؟

جوابا نقول انهلانعدامهذين السببين(القرابة اوالزوجية الصحيحة)تبقى صفته كموصي له ويخضع لإحكامقانون جنسية الموصي وقت موته، وتطبق بشأنه كافة الشروط الموضوعية الخاصة بالوصية.

وعليهفلو اوصى الموصي لشخص بجميع امواله بنيةالغش لحرمان الدولة عن ارثه، فنرى انه لا يمكن الدفع بالغش نحو القانون طالما ان القانون يجيز له ذلك، كما انه لا يمكن للدولة الدفع بعدم نفاذ التصرف في هذه الحالة، لان هذا الحق مقتصر على الدائنين وهو ما لايمكن تصورهفي هذه الوصية طالما ان حقهم سابق عليها ويتقدم عليها، وان كنا نرى ان من حق الادعاء العام في العراق الطعن لمصلحة القانون فيما يخص هذه المسألة، شرط اثبات غش الموصي وتواطأ الموصي له وان لا يكون هنالك غرض حقيقي من الوصية، سوى حرمان الدولة من ميراث الموصي، لكن نرى وجوب قصر هذه

المسألة علىالموصى له الاجنبي فيما يتعلق بالتركة العائدة فيالعراق،لاسيما العقارية منها ،كأن يعمد شخص مصري بالإيصاء بجميع امواله الى مصري بغية حرمان الدولة العراقية من ارثه لعدم وجود الوارث الخاص له،ونقترحضرورة النص على تشريع مثل هذه الحالة في قانون الاحوال الشخصية او قانون الادعاء العام حسب الاحوال .

obeikandl.com

الخـاتمــة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، نود ايراد اهم النتائج والمقترحات التي توصل اليها وحسب الآتي:

اولا: النتائج: ويمكن ادراجها بما يلي :

1. المعاهدات والاتفاقيات الدولية لا يوجد فيها ما يمنع جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية رغم انها تعطي الحق لكل دولة في تنظيم هذه الامور بتشريعات تتناسب وسياستها .
2. التشريعات الغربية تدرج مفهوم الوصية مع الميراث، حيث يوجد تداخل بين المفهومين في مفهوم واحد .
3. التشريعات العربيةمنقسمة بخصوص جواز الوصية بالعقار على عدة اتجاهات:الاول، يحظر الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية بين الموصي والموصى له مطلقا ،والثاني، يحظرها على الأجنبي غير العربي ويجيزها للعربي، والثالث، يجيزها شرط المقابلة بالمثل .
4. التشريعات العربية تكاد تكون متفقة على عدم جواز الوصية مع اختلاف الجنسية في الاراضي الزراعية والاراضي الحدودية .
5. ان التشريع العراقي لا يجيز الوصية مع اختلاف الجنسية في العقار حتى ولو كان الموصى له عراقي الجنسية .
6. ان التشريع العراقي لا يجيز الوصية بالأراضي الزراعية " الاميرية " مع اختلاف الجنسية .
7. معظم التشريعات المقارنة، تعتمد قانون جنسية الموصيوقت موته لحكم التصرفات العقارية الصادرة عن طريق الوصية او ما في حكمها .
8. ان قانون جنسية الموصي وقت موته يحكم الشروط الموضوعية على الرأي الغالب، عدا ما يتعلق منها بأهلية الايصاء وعيوب الارادة التي يعملها قانون جنسية الموصي وقت موته .

9. ان قانون موقع العقار هو الذي يحكم شكل الوصية، وكذلك قانون جنسية الموصي في بعض الاحيان وحسب ما اوضحنا .

10. لم يتطرق المشرع العراقي الى القانون الذي يحكم شكل الوصية، ما ادى الى انقسام الفقهاء بهذا القانون بين من يرى تطبيق احكام المادة(26)من القانون المدني، الذي يحكم الشكل وبين من يرى تطبيق قانون جنسية الموصى وقت موته .

11. يستثنى من تطبيق قانون جنسية الموصي حالات استثنائية، هي قانون موقع العقار الموصي له وقانون دولة القاضي الذي ينظر الدعوى فيما يخص بإجراءات التقاضي .

12. ان الوصية وكل التركة مع جوازها لدى العديد من التشريعات المقارنة لاسيما العربية منها لا يعني ان الموصى له اصبح وارثاً للموصي، بل يعني اجنبي عنه .

ثانيا : المقترحات

1. تعديل نص المادة (71) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، وذلك بجعل الوصية للعراقي من الاجنبي جائزة وان كانت متعلقة بالعقار .

2. اعادة صياغة نص المادة (88) من قانون الاحوال الشخصية الخاصة فيما يتعلقبمستحقي التركة وحسب ما اوضحناه سابقاً .

3. النص صراحة في المادة (23) من القانون المدني العراقي، على استثناء الاهلية وعيوب الارادة من تطبيق احكام قانون جنسية المتوفى وقت موته .

obeikandi.com

الهوامش

1- د.عامر عبد اللطيف محمد عامر:احكام الوصايا والوقف، ط1، مكتبة هبه- القاهرة، 2006، ص13 .الانعام/144.-2

3- نقلا عن:د.احمد الكبيسي ،الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء المقارن، ج2، الوصايا والمواريث، مطبعة الارشاد – بغداد، بدون سنة طبع، ص11.

4- الأنصاري جمال الدين ابن منظور:لسان العرب، ج 15، منشورات دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان ، بدون سنة طبع، ص321.

حاشية الباجوري:شرح ابن القاسم، ج2، ص89.-5

6- المرتضى، الإمام المهدي لدين الله احمد بن يحيى :البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج5 ،ط1 ،مطبعة السنة المحمدية- مصر ،ص302.

7- في تفاصيل هذه المفاهيم ينظر: د.محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث في الشريعة والقانون، ط 2 ،الازهر، 1963، ص 108 وما بعدها.

8- الزيلعيفخر الدين عثمان بن علي :تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الاميرية، ببولاق المحمية ، 1313هـ، ص 81.

9- د.عوض السيد شيبه الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط4، دار النهضة العربية- القاهرة، 1997، ص482 .

10- المادة (1) من قانون الوصية المصري .

11- المادة (64) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

12- د.مصطفى الزلمي:احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، ط10، شركة الخنساء – بغداد، بدون سنة طبع، ص123.

13- ينظر: د .حفيظة السيد الحداد ،الموجز في الجنسية و مركز الأجانب، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية ،2005،ص11. كذلك : د.عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص،ج 1، ط11، 1986 ص 126 .

14 - ينظر:د.جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص،ط1،شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة ، بغداد ، 1949 ،ص59.

15- ينظر:د حسن الهداوي،الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط3 ، مطبعة الرشاد ، بغداد 1972 ، ص6 .

16- ينظر:د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ،مرجع سابق، ص 15. وفي تحديد المعنى الاجتماعي والقانوني للجنسية بشكل موسع :د. جابر جاد عبد الرحمن،مرجع سابق ص51 - 53.

17- لتفاصيل اكثر ينظر : د .حفيظة السيد الحداد ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ،مرجع سابق،ص 16- 20 .

18- المرجع السابق ، ص21- 23 :كذلك :د . جابر جاد عبد الرحمن ، مرجع سابق ص 51- 53.

19- ينظر د. حسن الهداوي ،مرجع سابق ،ص6 .

20- نصت م (1)من القانون اللبناني رقم (10) لسنة 1962 ((يعد اجنبيا بالمعنى المقصود بهذا القانون كل شخص حقيقي من غير التابعية اللبناني))، ونصت المادة (2) من قانون الأجانب البحريني (اجنبي تعني أي شخص غير بحريني الجنسية بمفهوم قانون الجنسية البحريني لعام 1963، كما هو معدل بقانون الجنسية البحرينية لعام 1963)) ونصت المادة (2) من القانون الخاص بوضعية الأجانب الجزائري رقم 66- 211 لعام 1963 (يعتبر أجنبياً كل فرد لا تكون له الجنسية الجزائرية أو أي جنسية اخرى)، ونص الفصل الاول من القانون التونسي رقم 7 لعام 1968((يعتبر اجانب في نظر القانون جميع الاشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية سواء كانت لهم جنسية

اجنبية اولم تكن لهم جنسية)) ونصت المادة (1) من القانون الاتحادي في الإمارات العربية لعام 1973 (الأجنبي كل من لا يتمتع بجنسية دولة الامارات العربية المتحدة) وهي نفس اتجاه م (2) من القانون الأردني رقم 24 لعام 1973 والخاص بالإقامة وشؤون الأجانب.

21- ينظر كورنوجيرا ، معجم المصطلحات القانونية ، نقلا عن : د. سعيد يوسف البستاني ، المركز القانوني للأجانب و العرب في الدول العربية ،ط1 منشورات الحلبي الحقوقية ،2004 ،ص17.

22- د .حفيظة السيد الحداد ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، مرجع سابق، ص 361 .

23- د.صالح عبد الزهرة الحسون ، حقوق الأجانب في القانون العراقي،ط1 ، دار الافاق الجديدة ، 1981، ص 10- 11، كذلك : تادرس ميخائيل تادرس ،القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، ط1 ،مطبعة رمسيس بالإسكندرية ، 1954 ،ص50 - 51 .

24- ينظر: د. علي الترينى ،القانون الدولي الخاص المصري ، ط 1 ،القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص525. تادرس ميخائيل تادرس ، مرجع سابق ، ص 20- 22.

25- .ينظر د. محمد عبد الرحيم الكشكي ، مرجع سابق ، ص 67- 68.

26- المرجع السابق ، ص68- 69.

27- الذمي هو اليهودي او النصراني ، الذي له عقد الذمة مع الدولة الاسلامية . والذمي هنا هو غير المسلم من اليهود والنصارى الذي اقام بين المسلمين راضيا بحكمهم يدفع الجزية لهم ، ويصافي من يصافيهم ،ويعادي من يعاديهم ، فانه وان كانت الوصية صلة ، فهو من اهل الصلة لان له مالنا وعليه ما علينا .

28- ينظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج7 ، ص 135.الاصبحي،مالك بن أنس:المدونة الكبرى ،ج6،دار صادر- بيروت، ص19 ،الشربيني محمد بن احمد:مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،ج3، ،دار إحياء التراث العربي ،1958، ص43، ابن قدامة ،عبد الله بن محمد :المغني ،ج6،ط1،دار الفكر- بيروت ، 1405هـ ،ص 104.احمد المرتضى،البحر الزخار،ج 6 ،القاهرة،بدون سنة طبع،ص 309،عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، ج 3 ، مطبعة الاستقامة بدون سنة طبع، ص 320 .

29- من القائلين بالجواز مطلقاً :المحقق الحلي ،شرائع الإسلام ،ج2، ط2،مطبعة أمير- قم ، 1409هـ ، ص467- 169،العلامة الحلي ،الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر:مختلف الشيعة ، ج6،ط1، مؤسسة النشر الاسلامي- قم،1410هـ، ، ص344،الأنصاري، الوصايا والمواريث،ص 113، محمد سعيد الحكيم ،الأحكام الفقهية ،ص 296 .أما القائلون بالجواز لذوي الارحام دون الأجانب :منهم الشيخ المفيد ،محمد بن محمد النعمان:المقنعة،ط4،مؤسسة النشر الاسلامي- قم ،1417هـ ، ،ص671 .

30 - ولقد استدل هؤلاء الفقهاء بالأدلة الآتية :

أ- قوله تعالى:﴿ لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾المتحنة /الآية 8. فان الآية الكريمة لم تنه المسلمين عن بر الذميين ، والوصية لهم بر فكانت غير منهيٍ عنها .

ب- ما روي ان صفية بنت حيي" ام المؤمنين "اوصت لنسيبها وهو يهودي ولم ينكر عليها ذلك احدٌ من المسلمي.

ج- وإضافةً إلى ذلك ،فقد أستدل الأمامية على الجواز ،بأصالة الصحة ،وبالرواية،ومنها ما ورد في رجلٍ أوصى بماله في سبيل الله تعالى ،إذ قال (ع) إعطِ لمن أوصي له وإن كان يهودياً أو نصرانياً ،إن الله تعالى يقول :فمن

بدله بعدما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه ". ينظر: العاملي، الشهيد الثاني زين الدين الجبعي:الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5، مطبعة أمير - قم ، 1410هـ ، ص 51. ابن قدامه، عبد الله بن محمد :المغني ،ج6، ط1، دار الفكر- بيروت ، 1405هـ ، ص 130.

31- المستأمن : هو كل من اقام في دار الإسلام اقامة مؤقتة ولم يكن مسلماوهو الذي ورد في قوله تعالى (وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَه)، التوبة/6.

32- الخرشي، مرجع سابق، ج8 ، ص170.ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج6، ص104.المحقق الحلي ، شرائع الإسلام ،ج2، ص477 ، محسن الحكيم ،منهاج الصالحين ،ج1، ص156.الجزيري، مرجع سابق، ج3 ، ص320 .

33- سورةالممتحنة/ الآية 8 . واستدلوا على ذلك بعدة ادلة منها :

أ- قولة تعالى في الآية المتقدمة : ﴿ لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ولأنه تصح هبته ، فصحت الوصية له كالذمي .

ب-لا فرق بين الذمي والمستأمن اذ كلاهما في عهد المسلمين سوى ان الذمي امانه على وجه التأبيد ، في حين ان المستأمن امانه الى اجل ، وهذا لا اثر له في جواز الوصية لكونها تمليكا مبتدأ وهو جائز كسائر عقود التمليكات من البيع والاجارة .

ت-روي ان النبي (ص) اعطى عمر حله من حرير فقال :يا رسول الله كسوتنيها ، وقد قلت في حلة عطار وما قلت ، فقال : اني لم اعطكها لتلبسها فكساها عمر اخا مشركا له بمكة.

ومما تقدم فان الآية الكريمة المذكورة تجيز بر من لم يقاتل ،ذميا كان او مستأمنا . وأما الحديث فيمكن الاستفادة منه انه اذا كانت العطية جائزة لمن في دار الحرب ، فهي جائزة لمن هو مستأمن من باب اولى .

والمستأمن مصيره انه يعود الى داره "دار الحرب" فلا يجوز ان نعطيه شيئا من اموالنا نساعده على مقاتلتنا ثانية.

34- الكمال ابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ،ج8، المطبعة الاميرية الكبرى، 1315 هـ ، ص429 .

والكاساني، مرجع سابق ، ج7 ، ص341 .

35- الحربي عند فقهاء الامامية هو غير المسلم الذي لا يدفع الجزية وان لم يحارب، وعند سائر المذاهب من شهر السلاح من غير المسلمين وقطع السبيل. محمد جواد مغنية:الفقه على المذهب الخمسة، مطبعة مؤسسة الصادق للطباعة و النشر- طهران ، 1998، ص465 .او هو من كان من رعايا دولة معادية للإسلام وليس بينهما تعاون ولا تناصر، والعصمة بينهما متقطعة ا ،ينظر:محمد عبد الرحيم الكشكي، مرجع سابق، ص178.

36- ينظر:الشربيني ،مغني المحتاج، مرجع سابق،ج3،ص43. وابن قدامة، مرجع سابق ج6،ص104. والخرشي ، مرجع سابق ، ج8 ، ص162- 170. والجزيري، مرجع سابق ،ج4 ،ص325. وقد استدلوا بما يأتي :

أ- استدلوا بحديث النبي (ﷺ)السابق الوارد في حلّة الحرير .

ب- استدلوا بما رواه البخاري عن اسماء بنت ابي بكر قالت : " اتتني امي وهي راغبة عن الإسلام فسألت رسول الله (ص) فقلت يا رسول الله اتتني امي : فأصلها . قال : نعم " ومعنى قوله راغبة ،انها راغبة في شيء تأخذه من اسماء وهي على شركها ، وقيل انها راغبة في دينها ، او في القرب من مجاورتها والتودد منها .وقد دل الحديث على شرعية البر بالمخالف في الدين ولو حربيا ، لان ام اسماء كانت حربيةً ، والوصية من البر فكانت مشروعةً وجائزة.

ت- قاسوا الوصية على الهبة، فكما ان هبته جائزة صحت الوصية له كالذمي

37- الكمال ابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج8، المطبعة الاميرية الكبرى، 1315 هـ ، ص168، وص429 . .والعاملي، الشهيد الثاني زين

الدين الجبعي:الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية،ج5،مطبعة أمير – قم ،1410هـ ،ص 51 . ابن قدامه،عبد الله بن محمد :المغني ،ج6،ط1،دار الفكر- بيروت ، 1405هـ ، ص 130

38- الطوسي،ابو جعفر محمد بن الحسن:الخلاف،ج4،ط1،مؤسسة النشر الاسلامي قم ،1417هـ،ص153،والعلاّمة الحلي،مختلف الشيعة ،ج6،مرجع سابق،ص345،والحلي،المحقق جعفر ابن الحسن، المختصر النافع،مطبعة وزارة الاوقاف- مصر،1377هـ، ص189،وكذلك: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،ج2،ط2،مطبعة أمير- قم،1409هـ،ص477،وص606،والأنصاري، الوصايا والمواريث،ص113.وهنالك من فقهاء الامامية من يذهب الى جواز وصحة الوصية للحربي،ومن الفقهاء القدامى القائلين بهذا الرأي :الشهيد الثاني،ينظر:مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام،ج2،مؤسسة المعرف الاسلامية،قم،1411هـ،ص500،ومن الفقهاء المعاصرين القائلين بهذا الرأي ينظر:السيد الخوئي:ابو القاسم:منهاج الصالحين،ج2،ط29،مطبعة الديواني- بغداد،بدون سنة طبع،ج2،ص219.والسيد علي الحسيني السيستاني:منهاج الصالحين،ج،ط2،دار المؤرخ العربي- بيروت،1416هـ ،ص374.

39- ولقد احتجوا بالاتي :أ- قوله تعالى(إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ.....) . فقد دلت الآية على عدم جواز البر بمن يقاتلنا في الدين وهم الحربيون ، واذا كانت الوصية فيها نوع من البر بهم لم تصح لهم .ب- ان في جواز الوصية من المسلم للحربي اعانة له والحاق الضرر بالمسلمين، وهو غير جائز .ان الله تعالى اباح اموال المشركين للمسلمين دون العكس،وفي جواز الوصية لمن هو حربي مخالفة لهذا فلا يجوز.

40- مثل م(30) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 .

41- المادة (1/17) من هذا القانون والتي نصت على انه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث او الموصي او من صدر منه التصرف وقت موته ".

42- المادة (1/23) من هذا القانون .

43- نقلا عن: د. جمال محمود كردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2006 ،ص409.ويلاحظ إن القانون المدني العراقي اخذ أيضا بهذا الاتجاه ينظر المادة (25) منه.

44- المرجع السابق،ص 409.

45- د. حفيظة السيد الحداد :مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب،دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية، 2007،ص64

46- د.غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ،ص144.

47- في تفاصيل هذه الاتجاهات والانتقادات الموجه لها ينظر د. حفيظة السيد الحداد ،المدخل،مرجع سابق ص68 وما بعدها .

48- د.غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني ، الكتاب الثاني ، في الجنسية دراسة مقارنه ، مطبعة الروزان ، 1994 ، ص206 .

49- ينظر في نفس المضمون المادة(23) مدني عراقي المادة (78) مدني مصري .

50- ينظر في نفس المضمون المادة(26)مدني أردني المادة (78) مدني مصري .

51- ينظر: د. غالب علي الداودي النظرية العامة ،أحكام الجنسية العراقية ،ط 3 ،بغداد، 1985 ص 592 كذلك نفس المؤلف القانون الدولي الخاص الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، مطابع مديرية دار الكتاب والنشر في جامعة الموصل ، 1982 ،ص 106.

52- ينظر: د.شمس الدين الوكيل ،الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، ط1 ،منشورات الحلبي ، 1983، ص 319.

53- د.غالب علي الداودي ود.حسن محمد الهداوي:القانون الدولي الخاص،ج1 ،المكتبة القانونية- بغداد ، 2009،ص132.

54- هنالك خلاف في هذه المسالة سابقا ،حيث رأى البعض من الفقهاء ضرورة تمتعه بالجنسية بينما رأى اخرون وعلى راسهم (نيبوابيه)و(سافاتيه)و(امينجون) انكار مثل هذا الحق.للتفاصيل ،ينظر:المرجع السابق،ص132- 134.

55- المرجع السابق،ص137.

56- المرجع السابق،ص136- 137.

57- المرجع السابق ،ص137

58- ويتجه الرأي الراجح لدى الفقهاء في مصر الى انه لا يقصد بالتأسيس في مصر بمجرد تلاق ارادة المؤسسين على انشاء الشركة في مصر بل المقصود هو استكمال كافة الاجراءات الشكلية والموضوعية لتحقيق الوجود القانوني للشخص المعنوي ،ينظر: د. حفيظة السيد الحداد :مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب،مرجع سابق ، - ص 317.

59- د. حفيظة السيد الحداد :مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب،مرجع سابق،ص370- 371.ويرى الباحث ان ارتباط جنسية الشخص المعنوي او تبعته السياسية بمدى اندماجه في الاقتصاد الوطني .

60- د. حفيظة السيد الحداد :مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب،مرجع سابق،ص 346.

61- المرجع السابق،ص247

62- وأسباب الانعدام هذه اما مصاحبة الولادة فمن يولد من اب لا جنسية له او اسقطت عنه الجنسية فان ابنة يكون عديم الجنسية وأما لاحقة للولادة مثل تجريد الشخص من جنسيته وإسقاطها او فقدانه لها....الخ . ينظر

د.حفيظة السيد الحداد ، مدخل الى الجنسية ومركز ألأجانب مرجع سابق ، ص73.

63- .د.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الاردني، الكتاب الثاني- الجنسية ،مرجع سابق ، ص210.

64- في تفاصيل ذلك ينظر: د.جابر جاد عبد الرحمن ، مرجع سابق ص248.

65- يقابلها : المادة (33) مدني عراقي ،و المادة (77) ق مدني مصري .

66- المرجع السابق، ص349.

67- ينظر: المادة(1/62) من القانون المدني العراقي.

68- د.غني حسون طه ومحمد طه البشير:الحقوق العينية، ج1، ط3، المكتبة القانونية – بغداد ، 2009 ، ص14- 15.

69- المرجع السابق، ص15.

70- ينظر د.عبد المنعم زمزم ، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري ط2 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2005، ص154.وكذلك د.شمس الدين الوكيل ،مرجع سابق ،ص413

71- المادة (2) من هذا الاعلان .

72 - المادة (17) من هذا الاعلان .

73- المادة (2) من هذا العهد .

74- ينظر المادتان (2- 3) من هذا الميثاق .

75- المادة (2) من هذا الميثاق .

76- المادة (25) من هذا الميثاق .

77- المادة (1113) من هذا القانون .

78- المادة الاولى من هذا القانون .

79- المادة (4) من هذا القانون.

80- ينظر المادة الاولى من هذا القانون .

obeikandl.com

81- المادة (1/اولا) من هذا القانون.

82- المادة (1/ثانياً) من هذا القانون .

83- فلو اوصى شخصبكل تركته عند عدم وجود وارث خاص له فانه لا يعني ان الموصى له اصبح وارثا بل سيبقى موصى له ولا يستفاد من هذا الاستثناء برأينا .

84- اشارت المادة (2) من هذا النظام الى حالات استثنائية يجوز فيها لغير السعوديين بتملك العقار ومن بين هذه الحالات الممثليات الدبلوماسية على اساس المعاملة بالمثل وتملك العقار للسكن والاستئجار بشرط صدور موافقة ملكية على ذلك بناءً على اقتراح وزير الداخلية.

85- المادة (876) من هذا القانون. ذهب القضاء السوري في قرار له الى ان " الاجنبي لا يمنح الحق بالاستفادة من الوصية إلا اذا كانت بلاده تمنح مثل ذلك الحق للسوري كما هي احكام م (876) من القانون المدني .قرار رقم 328 في 1959/7/4 القاعدة 1402 ،نقلاً عن :اديب استنابولي ،المرشد في قانون الاحوال الشخصية " الوصايا والمواريث " ج2- ط4- المكتبة القانونية –دمشق ، 1997، ص974.

86- المادة (1/ج) من هذا القانون .

87- المادة (1) من هذا القانون .

88- المادة (2/18) من هذا القانون .

89- المادة (9) من هذا القانون .

90- المادة (3) من هذا القانون .

91- المادة (4/ 3) من هذا القانون .

92- د.غالب علي الداوودي ،القانون الدولي الاردني، الكتاب الاول ، مرجع سابق ص185.

93- المادة (231) من هذا القانون .

94- المادة (1) من هذا القانون .

95- المادة (2) من هذا القانون.

96- المادة (9) من هذا القانون .

97- د. هشام علي صادق ، تاريخ القوانين، ط1 ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، 1961.كذلك: د .محمد كمال فهمي ،اصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، 1982،ص 571 .

98- المادة (1) من هذا الامر .

99- المادة (1) من هذا القانون .

100- المادة (1) من هذا القانون .

101- ينظر: المادتان (4,5) من هذا القانون،كما ان المادة (6) من هذا القانون اشارت الى انه يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ويجوز لكل ذي شان وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

102- المادة (221) من هذا القانون .

103- المادة (1) من هذا المرسوم .

104- المادة (5) من هذا المرسوم .

105- المادة (9) من هذا المرسوم .

106- المرقم 78 لسنة 1931 المعدل المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 922 في 9 / 6/1931 وينبغي الاشارة الى ان هذا القانون يسرى على الاجانب غير المسلمين فيما يتعلق دعاوى المواد الشخصية ويسرى على المسلمين الاجانب عندما يكون قانونهم الشخصي مدنيا اما بالنسبة للمواطنين المسلمين على اختلاف المذاهب تطبق بحقهم الاحكام الشرعية على المذهب السني او الامامي والتي كما رأينا سابقاً تجيز الوصية مع اختلاف الملة (الدين او الجنسية) وفق شروط ذكرناها سابقاً .

107- ينظر:المادة (2) من هذا القانون.

108- ينظر:المادة (4) من هذا القانون.

109- ينظر:المادة (8) من هذا القانون .

110- ينظر:المادة (17) من هذا القانون.

111- علما ان المادة (1381) من هذا القانون قد الغت المواد (1 ، 4 المعدلة 5,6)

12[1]- ينظر:المادة (1/3) من هذا القانون.

113- ينظر: م (2/3) من هذا القانون.

114- ينظر:المادة (24) من هذا القانون.

115- رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

16[1]- المادة (71) من هذا القانون

117- في تفاصل هذه الملاحظات ينظر حيدر حسين كاظم :اثبات الوصية بالعقار وتسجيلها في التشريع العراقي ،بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، العدد (4)، كانون الاول 2006، ص 125.

118- كما يمكن القول بجواز الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية في حالة ان تكون الوصية للموصى به بكل التركة وليس له وارث خاص فهنا سيدخل في حكم الورثة التي اشارت اليهم م (3/88)،ومن ثم يستحق التركة على اساس الوصية بل على اساس الميراث وتطبق عليه احكام الارث مع اختلاف الجنسية الذي اجازته م (23) مدني شرط المقابلة بالمثل .

119- ينظر م (255) من هذا القانون . مع ملاحظة ان الموصي والموصى له لو كانا متحدا الجنسية كان يكون الموصى مسلم او عربي والموصى له مسلم او عربي والموصى به عقار في العراق صحت الوصية لاتحاد الدين والجنسية .

120- ينظر :المادة (157) من هذا القانون .

121- ينظر :المادة (1/154) من هذا القانون.

122- ينظر :المادة (155) من هذا القانون .

123- ينظر :المادة (5) من هذا القانون .

124- ينظر :المادة (159) من هذا القانون .

125- ينظر:المادة (1,2/12) من هذه التعليمات مع ملاحظة ان قانون تملك الكويتيين اموالا غير منقولة رقم (9) لسنة 1952 قد استثنى الكويتيين من القيود القانونية المفروضة على تملك الاجانب للأموال الغير منقولة بما في ذلك البساتين في العراق عدا الاراضي الزراعية إلا ان قانون التسجيل العقاري النافذ قد اخضع تسجيل الاراضي الزراعية المملوكة باسم الكويتي الى موافقة الجهات الرسمية التي يعينها القانون وهي مجلس الوزراء مع ملاحظة ان رعايا دولة الكويت يعاملون معاملة العراقي دون حاجة لأخذ موافقات بشأن تسجيل الملكية العقارية عدا الاراضي الزراعية ،ينظر م (160) من قانون التسجيل العقاري و المادة (3/12) و المادة (1/13) من تعليمات التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 1987.

126- ينظر:المادة (1/اولا) من هذا المرسوم .

127- ينظر :المادة(1) من هذا القانون .

128- ينظر:المادة (1) من هذا القانون .

129ينظر :المادة (1) من هذا القانون. -

130- ينظر:المادة (2) من هذا القانون .

131- ينظر :المادة (2) من هذا القانون .

132- ينظر : المادة (2) من هذا القانون .

133- ينظر: المادتان (4- 5) من هذا القانون .

134- في تفاصيل ذلك ينظر: عز الدين عبد الله ،الجنسية ومركز الأجانب ج 1، المكتبة القانونية ص 158، ص 706.كذلك:د.شمس الدين الوكيل،مرجع سابق،ص158. د.عبد المنعم زمزم،مرجع سابق،ص178.

135- يعرف حق التصرف بانه حق يخول صاحبة التصرف بالأراضي الأميريةالمفوضة بالطابو اوالأراضي الأميريةالممنوحة باللزمة اوالموقوفة وقفا غير صحيح من حيث الانتفاع بها او استغلالها بالوجوه المقررة قانونا كافة وإجراء

جميع التصرفات القوليه والفعلية الجائزة ، وحق التصرف هذا اما ان يكون بالأرض او الأشجار اوبهما معاً . ينظر :مصطفى مجيد ، أحكام وانتقال حق التصرف، مطبعة سليمان الاعظمي ، بغداد ، 1971، ص127 .

136- مصطفى مجيد :شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، ج1 ،مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1973 ،ص 123.

137- وقد عرف قانون التسجيل العقاري النافذ في م (7) منه الاراضي الاميرية بأنها " التي تعود رقبتها للدولة وتكون على ثلاثة انواع :أ- الاراضي الاميرية الصرفة وهي التي تعود رقبتها وجميع حقوقها الى الدولة.ب- الاراضي الاميرية المفوضة في الطابو:هي التي تفوض حق التصرف فيها الى اشخاص وفق احكام القوانين وتعتبر الاراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم والأعشار او كليهما بحكم الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو.ج- الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمه:هي الاراضي التي منح حق التصرف فيها للأشخاص حسب احكام قانوني التسوية و اللزمة ".علما ان هذا الأنواع قد تم توحيدها بمسمى الأراضي الأميريةالمملوكة للدولة حسب المادة الاولى من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم 53 لسنة 1976.

138 - ينظر: د. جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق ص 339.

139- ينظر: م 1199 من هذا القانون .

140- ينظر: م (255) من هذا القانون.

141- مع ملاحظة إن م (2/250) قد اجازت تسجيل الوصية بالتمليك بالعين الواردة على المؤسسات او المنشآت المحدثة على الاراضي الاميرية او الموقوفةوقفاً صحيحاً قبل النشر ويتصل حق التصرف في الاراضي للموصى له تبعاً للمنشآت او المؤسسات إلا ان هذا برأينا يشمل العراقيين فقط ولا يشمل مختلفي الجنسية طبقاً للقوانين النافذ المشار اليها سابقاً .

142- ينظر : المادة (2/16) من هذا القانون مع ملاحظة الفقرة (13) من تعليمات التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 1978 ، قد اشارت الى ان تملك رعايا الاخطار العربية للأراضي الزراعية يخضع للضوابط الاتية :

أ- يجوز رعايا دولة الكويت تملك البستان دون اي موافقات اما الارض الزراعية فلا يجوز لهم تملكها الا بموافقة مجلس الوزراء .

ب- لا يجوز لرعايا الدول العربية الاخرى تملك الاراضي الزراعية والبساتين الا في الحالات التي يجيزها قانون الاصلاح الزراعي والقرار 178 لسنة 1984 بالنسبة للتأجير والاستصلاح الزراعي .

143- منصور يحيى عبد الله محمد ،تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية(دراسة مقارنة) ،رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة الموصل ، 2002 ،ص54 .

144- ينظر:المادة (17) مدني مصري و المادة (23) مدني عراقي و المادة (17) مدني اردني .

145- المادة (23) مدني عراقي ، و المادة (17) مدني مصري ، و المادة (1/18) مدني اردني .

146- ينظر: د. عز الدين عبد الله مرجع سابق ص363، محمد كمال فهمي ، مرجع سابق، ص571.

147- د.عوض الله شيب الحمد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة ألعربية - القاهرة ، 1997 ،ص485.

148- المرجع السابق 485- 486.

149- ينظر: د.جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006 ،ص 403- 404.

150- د.هشام صادق ، مرجع سابق ص637- 638. د.جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ص 403- 405.

151- وهناك حجج اخرى يشير اليها د.عوض الله شبيب الحمد ، مرجع سابق، ص486.

152- ينظر: مدني

- Pierre Mayer: Droit International Prive, Edition, Montchrestien,Paris, 1977, p. 567-568. : .

- Yvon Lossouarn et Pierre Bourel: Droit international Privé, 6 edtion, Dalloz, Paris, 1999., p. 512. ReneSavatier: Cours de Droit. Int. Privé, 2eme edition, L.G.D.J. Paris, 1953, p. 331, 333. Henri Batifol et Paul lagarde: Droit int. Privé, Tom II, Septime, Edition, L.G.D.J. Paris, 1983., p. 414.

153- ينظر:

-PualLerebours-Pigeonniere et Yvon Loussouarn: Driot. Int. Privé, geedition, Dalloz, Paris, 1970., p. 671. و: ReneSavatier, Ibid, p. 330. و: Batifol et lagarde, Pierre Mayer, Ibid, p. 568. و:

154- تنظر الفقرة (2) من المادة (23) من القانون Ibid, p. 414 - 415 المدني العراقي المعدل .

155- ينظر :حسن محمد الهداوي ،القانون الدولي الخاص ،ج2،تنازع القوانين ،المكتبة القانونية 2009 ص 126.

156- ينظر: د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي القانون الدولي الخاص ،ج2، تنازع القوانين ، مكتبة الشهري – بغداد ، ط1 بدون سنة ص125 .

157- اختلف الفقهاء المسلمون في وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها فذهب الجمهور الى انه يعقد بوقت وفاة الموصي وذهب الظاهرية الى الاعتداد بوقت انشاء الوصية وذهب المالكية الى الاعتداد بيوم التنفيذ ، للتفاصيل ينظر: د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ص 188 .

158- د. هشام صادق ، مرجع سابق ص 638.

[159]- د. جمال محمود الكردي ، مرجع سابق، ص414- 415

160- ينظر :المادة (32) من القانونالمدني عراقي .

161- ينظر : المادة (3/162) مدني اردني. و لا يوجد ما يقابله في القانون المصري .

162- في تفاصيل هذه الآراء والأسانيد ينظر: د.صلاح الدين جمال الدين،تنازع القوانين ،ط1 ،بدون اسم مطبعة ،2009، ص 444- د. احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ص362 ، د.هشام صادق ، مرجع سابق ص 278- 2/1/1 د. عوض الله الشيب حمد السيد ، مرجع سابق ص 278- 2/1/1.

163- ينظر: د. جمال محمود الكروي، مرجع سابق، ص414 – 416.

[164]ينظر:المادة (987) مدني رقم 1738 مدني اسباني .

165- ينظر:المادة (6) و المادة (4/22) من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 .

166- ينظر :المادة (1/26) من القانون المدني الالماني لعام 1986 .

167- ينظر :القوانين الانكلوسكسونيه وهو ما ايدته بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي المبرمة في 1961/10/5حيث اتاحت هي الاخرى سبعة قوانين ونصوصها نافذة في عدة دول سويسرا وفرنسا وبلجيكا .

168- ينظر :المادة (2/36)من القانون الدولي الخاص المجري .

169- ينظر :المادة (2/17) مصري و المادة (20/18) سعودي و المادة (1/17) ليبي .

170- المادة (2/17) من هذا القانون .

171- د.جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص412، د. عوض الله شبيب الحمد السيد ، مرجع سابق ص483.

172- د. جمال محمود الكردي، المرجع سابق، ص 412.

173- د. احمد عبد الكريم سلامه ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية ، النهظة العربية – القاهرة - بدون سنة طبع ، ص317- 318 .

174- منهم :د. حسن الهداوي ،الاحكام العامة،مرجع سابق،ص294.

175- منهم :د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مرجع سابق ص287.

176- المادة (24) من القانون المدني العراقي .

177- المادة (2/23) من القانون المدني العراقي .

178- اشارت سجلات عربي عدة سجل من قانون الموصي .

179- ينظر :المادة (7) من هذا القانون .

180- ينظر :المادة (9) من هذا القانون .

181- ينظر : المادة (8) من هذا القانون .

182- د. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص الاردني الكتاب الثاني (الجنسية) مرجع سابق ص 185.

183- المادة (28) من هذا القانون .وتقابلها المادة (23) مدني اردني والمادة (22) مدني مصري.

184- بدءٍ لا بد ان من بيان إن المقصود من الوارث الخاص بأنه كل من يرث من التركة استنادا للقرابة او بالزوجية ألصحيحة فيشمل الازواج وأصحاب الفرض وذوي الارحام عند الجمهور والطبقات الثلاثة و الازواج عند الامامية. إما الوارث العام فيقصد به " بيت المال وعل اساس ان الدولة وارث من لا وارث له "

185- يقصد بالوارث الخاص هم الوارثون بالزوجية الصحيحة والقرابة اسمى الوارث العام وهو الدولة (بيت المال) .

186- ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد الأندلسي الظاهري:المحلى،ج 9،دار الفكر العربي- بيروت ، بدون سنة طبع ، ص317.

187- الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار احياء الكتب العربية بدون تاريخ ص458. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت ط سنة 1996 ص37.

188- ينظر: المادة (3/ ثانيا) من قوانين المواريث المصري - ويقابله بنفس الصياغة والمعنى المادة (291) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي و م (291) من قانون الاحوال الشخصية السوري في حين نصت المادة (238) من هذا القانون في فقرتها (3) على ان " تنفذ الوصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على اجازة احد ".

189- يمكن القول بجواز الوصية بكل التركة حتى مع وجود الوارث الخاص ما اجازها هذا الوارث .

obeikandl.com

المصـــادر

اولا: المؤلفات والكتب

1- ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد الأندلسي الظاهري:المحلى، ج 9، دار الفكر العربي- بيروت، بدون سنة طبع .

2- ابن قدامة ، عبد الله بن محمد :المغني ، ج6 ، ط1، دار الفكر- بيروت ، 1405هـ .

3- الأنصاري، جمال الدين ابن منظور:لسان العرب، ج 15، منشورات دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان ، بدون سنة طبع .

4- د. احمد عبد الكريم سلامه ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية ، النهضة العربية – القاهرة - بدون سنة طبع.

5- د.احمد الكبيسي ،الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء المقارن، ج2، الوصايا والمواريث، مطبعة الارشاد – بغداد، بدون سنة طبع.

6- اديب استنابولي ،المرشد في قانون الاحوال الشخصية " الوصايا والمواريث " ج2- ط4- المكتبة القانونية –دمشق ، 1997.

7- تادرس ميخائيل تادرس ،القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، ط1 ،مطبعة رمسيس بالإسكندرية ، 1954

8- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، ط 1، شركة النشر و الطباعة العراقية المحدودة ، بغداد ، 1949.

9- الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة ج3، مطبعة الاستقامة بدون سنة طبع .

10- د. جمال محمود كردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006 .

11- الحلي، المحقق جعفر ابن الحسن، المختصر النافع، مطبعة وزارة الأوقاف - مصر، 1377هـ .

12- د. حسن محمد الهداوي و د.غالب علي الداوودي القانون الدولي الخاص ،ج2، تنازع القوانين ، مكتبة الشهري – بغداد ، ط1 بدون سنة .
13- حسن محمد الهداوي ،القانون الدولي الخاص ،ج2،تنازع القوانين ،المكتبة القانونية 2009.
14 - د .حفيظة السيد الحداد ، الموجز في الجنسية مركز الأجانب ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005.
15- د .حفيظة السيد الحداد ، مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب،دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية ، 2007.
16- الحلي، العلامة الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر:مختلف الشيعة ، ج6،ط1، مؤسسة النشر الاسلامي- قم،1410 هـ .
17- الحلي،المحقق،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج2،ط2،مطبعة أمير- قم ،1409هـ.
18- الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار احياء الكتب العربية بدون تاريخ نشر.
19- الخوئي،السيد ابو القاسم :منهاج الصالحين،ج2،ط29،مطبعة الديواني- بغداد ،بدون سنة طبع .
20- الزيلعي،فخر الدين عثمان بن علي :تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،ط1، المطبعة الاميرية، ببولاق المحمية ،1313هـ، ص 81.
21- د.سعيد يوسف البستاني ، المركز القانوني للأجانب و العرب في الدول العربية ، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية ،2004 .
22- د.صالح عبد الزهرة الحسون ، حقوق الأجانب في القانون العراقي ،ط1 ، دار الافاق الجديدة ، 1981.
23- د.صلاح لدين جمال الدين،تنازع القوانين،ط1 ،بدون اسم مطبعة ،2009.

24- السيستاني ،علي الحسيني : منهاج الصالحين ، ج،ط2 ،دار المؤرخ العربي- بيروت،1416هـ .
25- الشربيني الخطيب، محمد بن احمد :مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،ج3،دار إحياء التراث العربي ،1958 .
26- د.شمس الدين الوكيل ،الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، ط1،منشورات الحلبي ،1983.
27- الطوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن:الخلاف،ج4،ط1،مؤسسة النشر الاسلامي قم،1417هـ .
28- د.عامر عبد اللطيف محمد عامر:احكام الوصايا والوقف،ط1،مكتبة هبه- القاهرة،2006
29- العاملي،الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، ج2،مؤسسة المعرف الاسلامية،قم ،1411هـ .
30- د. علي الترينى ،القانون الدولي الخاص المصري ، ط 1،القاهرة ، بدون سنة طبع
31- د. علي الترينى ، القانون الدولي الخاص الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي ، مطابع مديرية دار الكتاب والنشر في جامعة الموصل ،1982
32- د. علي الترينى ، القانون الدولي الخاص الأردني ، الكتاب الثاني ، في الجنسية دراسة مقارنه ، مطبعة الروزان ، 1994 .
33 - د.عبد المنعم زمزم ، مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري ط2 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2005.
34- د.عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ،ج 1 ، الجنسية ومركز الأجانب ،ط11، المكتبة القانونية 1986.
35- د.عوض الله شيب الحمد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ،ط2،دار النهضة العربية، القاهرة ،1997.

36- د. غالب علي الداودي النظرية العامة، وأحكام الجنسية العراقية، ط 3 ،بغداد، 1985 .

37- الكاساني ، بدافع الضائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت ط سنة 1996.

38- الكمال ابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، المطبعة الاميرية الكبرى، 1315هـ .

39- د.محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث في الشريعة والقانون، ط 2 ،الازهر، 1963.

40- د .محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، 1982.

41- المرتضى، الإمام المهدي لدين الله احمد بن يحي:البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ،ج6 ،ط 1 ،مطبعة السنة المحمدية- مصر .

42- د.مصطفى الزلمي:احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن و القانون ، ط10 ،شركة الخنساء – بغداد ،بدون سنة طبع.

43- مصطفى مجيد شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، ج1 ،مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1973.

44- المفيد ، محمد بن محمد النعمان:المقنعة ،ط4، مؤسسة النشر الاسلامي- قم، 1417هـ .

45- د. هشام علي صادق ، تاريخ القوانين ، ط1 ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، 1961 .

ثانياً :متفرقة

1- حيدر حسين كاظم: اثبات الوصية بالعقار وتسجيلها في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ،العدد الرابع ، كانون الاول 2006 .

2- منصور يحيى عبد الله محمد ، تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة الموصل ، 2002 .

ثالثا : التشريعات:

1- القوانين والأنظمة والتعليمات العراقية

أ- قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931 المعدل والنافذ .

ب- قانون حق التصرف في الأموال غير المنقولة لسنة 1943 .

ج- القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

د- قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

هـ- قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 والمعدل .

و- تعليمات التسجيل العقاري رقم 13 لسنة 1987 .

2- القوانين والأنظمة والتعليمات العربية

أ - قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1943 .

قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946

ب- القانون المصري رقم 37 لسنة 1951 .

ج- قانون الاحوال الشخصية السوريةلسنة 1952 .

ح- المرسوم التشريعي السوري رقم 89 / لعام 1952 المعدل بشأن تملك غير السورين للأموال غير المنقولة .

خ- القانون اللبناني رقم (10) لسنة 1962 .

د- قانون الجنسية البحريني لعام 1963 .

ذ- القانون القطري رقم (5) لسنة 1963 .

ر- قانون وضعية الأجانب الجزائري رقم 66- 211 لعام 1966 .

ز- القانون رقم 7 لعام 1968 التونسي .

س- قانون الاقامة وشؤون الأجانب الاردني رقم 24 لسنة 1973 .

ش- **القانونالمدني** المصري رقم 131 لسنة 1948.

ص- القانون المدني الاردني النافذ رقم 43 لسنة 1976 .
ض- نظام تملك غير السعوديين للعقار المؤرخ في 12/ 7/1390هـ
ق - قانون تنظيم تملك غير المصريين للعقارات والأراضي القضاء رقم 81 لسنة 1976
ن- قانون الملكية العقارية اللبناني رقم القرار 3339 في 1930.
ل- قانون المقاطعة وحظر التعامل مع العدو رقم 11 لسنة 1995 الاردني .
ه - القانون المصري رقم 26 لسنة 1988 .
و- القانون المصري رقم 230 لسنة 1996 .

3- المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية

أ- الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 .
ب- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 .
ج- الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان لعام 1953 .
د- الميثاق العربي لحقوق الانسان لعام 1997 .
س- الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لسنة 1981.

رابعاً: المراجع الفرنسية

1. Henri Batifole et Paul Lagarde: Droit Int. Privé, Tom II, Septum, Edition, L.G.D.J. Paris, 1983.
2. 2- Pierre Mayer: Droit International Prive, Edition, Montchrestien,Paris, 1977
3- PaulLe rebours- Pigeonnier et Yvon Poussoir: Droit. Int. Privé, géEdition, Dalloz, Paris, 1970.
4- RenéSavater: Cours de Droit. Int. Privé, 2eme edition, L.G.D.J. Paris, 1953.
5- Yvon Lossouarn et Pierre Borel: Droit international Privé, 6 Edition, Dalloz, Paris, 1999.

obeikandi.com