تنازع القوانين حول تحقق واقعة الوفاة
دراسة مقارنة

أ/ حكيم زواي - جامعة تبسة -
باحث دكتوراه بجامعة عنابة

الملخص

إن الموت كواقعة منهية للشخصية القانونية لم تنل النصيب الوافر كموضوع من مواضيع تنازع القوانين من منطلق أن أغلب التشريعات لم تفرد لها فئة مستقلة، بل نجدها تُكييفها كشرط لثبوت الميراث أو نفاذ الوصية، بل تعتبرها في مواضع أخرى سبب من أسباب انتهاء علاقة الزواج المفضية لجملة من الآثار تشابه الطلاق من زاوية الحضانة، كما ألحقتها بالأحوال العينية إذا شكلت داعيا لانتهاء العقد أو ثبوت التعويض عن الأضرار غير المشروعة، مما يجعل البحث في جميع تصنيفاتها والقانون المطبق عليها أمر لا محالة منه في ظل أنها قد تشكل بذاتها فئة مستقلة لابد من وضع حلول خاصة بها.

Résumé :

Le décès en tant que réalité mettant fin à la personne juridique, n’a pas eu une part suffisante pour être considérée comme l’un de sujets entrant dans les conflits des bis sur le plan de la plus grasse partie des législations.

De plus le décès n’appartient pas à une catégorie indépendante , mais plutôt dans de tels cas, ou procède à une sorte d’adaptation , ce qui constitue une des conditions de la constance des héritages , ou l’expiration du testament ;dans d’autres , le décès est considéré comme une des raisons de l’expiration de la relation matrimoniale qui même à une somme des effets ressemblant au divorce du point de vue de la garde ceci fait partie des cas en matière puisqu’il constitue un motif de la fin de l’acte ou une confirmation de la compensation pour les préjudices illégaux, ce qui rend nécessaire.

la recherche dans tous ses classements ainsi que la loi applicable, sachent qu’il pourront constituer par lui mémé une catégorie qui exige des solution appropriées.

مقدمـــة:

إن كانت الإرادة التشريعية المقارنة قد اعترفت بثبوت الشخصية القانونية للإنسان منذ الأزل، فبالمقابل قد نفت صفة الدوام، لاتصاف الشخصية القانونية بالمحدودية الزمنية للوضعيات القانونية العادية أو الطارئة المختلفة التي تطالها، والتي تفضي وفقا للمجرى العادي إلى الانقضاء أو تعجل به، وتشكل في مجموعها جملة حالات تتنوع بخلاف البداية التي قد تقتصر إلى حدث أو اثنان لنشوء الكيان القانوني، غير أن هذا التعدد جعل من خطر الانتهاء منتظر في أي وقت ومن جهة أخرى صعوبة بيانها وفقا لضابط مشترك، لاسيما في ظل اعتراف بعض التشريعات بحالات غير مألوفة لدى الآخر مما قد يؤدي غلى تنازع حول اعتبار الحالة من عدمها في ظل أن الميراث في بعض الدول، خاصة إذا كان مصدر أجنبية المنازعة في هذا الصدد جنسية المتوفي أو مكان حدوث الواقعة **فيا ترى ما هو القانون الواجب التطبيق لهذه الفئة من تنازع القوانين؟**

إن التصدي لهذا الموضوع يعني الخوض في دارسة ضوابط الإسناد الخاصة بهذه الفئة في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة دون تناسي قانون الصحة وقانوني الحالة المدنية والأسرة عبر خطة ترسم معالمها جملة التساؤلات الفرعية: في أية فئة يمكن تكييف الموت كواقعة؟ ما هو ضابط الإسناد؟ هل يأخذ المشرع الجزائري بالوفاة الحكمية بخصوص منازعة بين غير الوطنين؟ هل يمكن استبعاد القانون الأجنبي في حال تناقض مع النظام العام ؟...؟

وبالتالي فإن الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية تبين توخي تحقيق أهداف جمة من بينها كشف أحكام واقعة كانت السبب في ظهور فكرة تنازع القوانين مع رصد مواقف التشريع الجزائري بالدرجة الأولى والتشريعات المقارنة من باب أن الجهود الدولية حثيثة لتوحيد قواعد تنازع القوانين، كما أن الموت تتصل بجانب الاعتقاد مما يجعل البحث فيها ضرورة من منطلق انعكاس هذا المتغير ضوابط الإسناد، كما لا يفوتني التنويه لهدف عملي يتجلى بيان مواقف الهيئات القضائية.

وبالتوازي مع طبيعة الإشكالية والأهداف المتوخاة فإن الاعتماد على منهج واحد في التطرق يستحيل إذا ما علمنا أن تناول التشريع الجزائري أو غيره على حدى يحتاج للوصف والتحليل تارة وهو ما اعتمدته على سبيل المثال في المطلب الأول من المبحث الأول، وتارة أخرى المنهج المقارن عند

الخوض فيه بالموازنة مع تشريعات مقارنة وهو ما يتجلى إشارة في آخر المطلب الأول والمطلب الثاني من المبحث الأول إلى غيره من المواضع.

وبالأخذ في الحسبان تقنيات كل منهج والتدرج المنطقي عند دراسات موضوعات القانون الدولي الخاص بصفة عامة وقواعد تنازع القوانين بصفة خاصة التي تستهل دوما بتحديد الفئة التي ينتمي إليها هذا النوع من التنازع (المبحث الأول) ثم بيان القانون الواجب التطبيق عليها (المبحث الثاني) غير أن في الأخير نحصره في معرفة مجال تطبيق القانون الوطني درء للتكرار من جهة، ومن جهة أخرى لأن ما تخرج عن حالات تطبيق القانون الوطني يكون بالضرورة مدرجا ضمن مجال تطبيق القانون الأجنبي، وعليه يظهر أن التسلسل المنطقي هو معيار تقسيمنا وهو ما يتجسد بوضوح في تفاصيل الموضوع.

المبحث الأول: تكييف واقعة الموت

ذهب البعض من الفقه إلى تعريف مسألة التكييف بالقول: « **وهو ما ينطبق تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيداً لإسناده لقانون معين**»(1)، ومعلوم أنه لا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع وإرجاعه(2) ولعل أهم القضايا التي أثارت مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص كلها لها علاقة بموضوع دراستنا كقضية وصية الهولندي أو ميراث المالطي. (3)

ومن ثم فأهمية التكييف تظهر للعيان حينما أقدم المشرع الجزائري على تعديل قواعد الإسناد سنة 2005(4)، بتخصيصه لمادتين لبيان أحكام التكييف عوض مادة واحدة المتمثلة في المادة 9 من القانون المدني التي نصت على المبدأ العام المتمثل في خضوع التكييف لقانون القاضي بينما المادة 17 ف1 المعدلة أوردت استثناء عن الحكم العام السابق متمثلا بتكييف المال، غير أن هذا لا يعني أن المشرع قد ذكر فئة واحدة تتعلق بموضوعنا (المطلب الأول)، شأنه شأن التشريعات المقارنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكييف الموت في قواعد الإسناد الجزائرية

ذهب الأستاذ "**الطيب زروتي**" إلى أن الموت يخضع للقانون الشخصي بمعنى أنه مدرج في الأحوال الشخصية التي يغلب فيها استخدام ضابط الجنسية لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ومرد قول الأستاذ هو منطوق المادة 15 ق.م التي جاء فيها: « **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر**

وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته...» وفي هذا الصدد يقول: « **ويؤثر الغياب والفقد في حالة الشخص ولذلك ألحقا بالأحوال الشخصية ويطبق عليهما القانون الشخصي فيما يخص القواعد الموضوعية الخاصة بالفقد والغيبة المنقطعة وقد أكدت المادة 31 مدني هذا المعنى وتولت المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة بيان الأحكام الموضوعية للغياب والفقد...».**[5]

ولئن كان هذا التصريح يصدق على الوفاة الحكمية فإن الوفاة الطبيعية لم يتطرق إليها أستاذنا، مما قد يجعل نفس الحكم ينطبق عليها، وقد يُعزز هذا الرأي حكم الفصل الثالث من قانون الحالة المدنية في مواده من 78 إلى 94 المتعلق بعقود الوفيات[6] مما قد يجعل من فئة موضوعنا تنتمي بداهة إلى الحالة المدنية التي بدورها مدرجة في الأحوال الشخصية.

وهو ما دأبت المحكمة العليا على الاحتكام إليه في بيانها للفئة وضابط الإسناد المتعلق بالنزاع ذو العنصر الأجنبي كما هو الحال في قرار لغرفة الأحوال الشخصية جاء فيه: «**من المقرر قانونا يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.**

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائري مسلم يكون قد أخطا في تطبيق القانون و خرق أحكام الشريعة الإسلامية...» [7]

إلا أن الحسم بهذه الطريقة يصطدم مع حقيقة مفادها أن الموت قد يكون هو موضوع النزاع من حيث تحققه من عدمه، غير أنه في الغالب الأعم قد يكون شرطا مؤثرا في النزاع لاسيما في ثبوت النسب بعد الوفاة والوصية أو الميراث. [8]

فبخصوص النسب جاءت المادة 13 مكرر ف2 المتممة بالقانون 05–10 بإمكانية إدراج الوفاة ضمن فئة النسب حال وفاة الأب الذي وقع بينه وبين زوجه نزاع تعلق بثبوت النسب من عدمه، ومع ذلك فالفئة واحدة والضابط مشابه للمادة 16 من القانون المدني ومحدد وقت وفاة الأب.

وفيما يتعلق بالميراث نقول لقد خاض في تكييفه الفقه مخاضا عسيرا جعلهم يتفرقون إلى آراء مختلفة حوله بين من صنفه ضمن الأحوال الشخصية مستندا على اتصالها بواقعة الموت المرتبطة بشخصية الإنسان من

جهة ومن جهة أخرى فإن الميراث له علاقة بالروابط الأسرية وعلاقتها بالجانب الديني[9]، وبين من وضعه في زمرة الأحوال العينية محتجا أن انتقال الأموال بالوفاة أسلوب عادي كغيره من أساليب انتقال الأموال مادام محل الانتقال هو المال.

غير أن الفقه الجزائري ذهب إلى جعل الميراث والوصية ضمن إحدى فئات الأحوال الشخصية المتمثلة في العلاقة المالية ذات الطابع الشخصي[10]، وأساس حكمهم هذا هو نص المشرع في المادة 16 ق.م التي جاء فيها: « **يسري على الميراث وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.**

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها».

وما ينبغي إثارته أن الوفاة الطبيعية هي واقعة مادية وليست سبب قانوني خلاف الوصية والهبة، مما يجعل تكييفهما لا يندرج ضمن نفس الإطار، مما يؤثر على ضابط الإسناد بدوره، حيث أن معظم التشريعات ترصد لها ضابط مكان حدوث الواقعة بالنسبة للمتصفة بالمادية، بينما الثانية فيختلف الضابط بحسب اقترانه بشخص الإنسان، وعليه يرى الكثير أن من الخطأ إدراج تحقق الوفاة ضمن الأحوال الشخصية، لسبب جوهري هو حالة الأشخاص تتصل بواقعة حياة الشخص على خلاف الروابط الأخرى المتعلقة بانتهاء الحياة... [11]

كما أن القول بأن الوصية مندرجة ضمن الأحوال الشخصية أمر غير مستساغ إذا ما علمنا أن الوصية عقد تبرعي حالها حال الهبة، مما يعني أنها تدرج ضمن التصرفات المالية الإرادية ولا يعني بذلك ورودها في قانون الأسرة أنها ضمن فئة الأحوال الشخصية لاسيما وأن الموهوب له قد لا تكون له أية صلة قرابة بالواهب أو الموصي مع شيوع ذلك في الكثير من الأحيان.

وخروجا عن فئة الأحوال الشخصية يمكن أن تكون الوفاة سببا لانتقال الالتزامات التعاقدية بكون الورثة خلف عام مما جعل الفقه يدمجه في فئة انتقال الالتزام التعاقدي وانقضاؤه ألحقت بفئة تكوين العقد من حيث الضابط المتمثل في قانون تكوين العقد. [12]

ونبقى في مجال الخلافة ولكن بخصوص الخلف العام المضرور من الفعل الضار، حيث المعلوم أن المطالبة مدرجة ضمن الفئة التي نصت عليها المادة 20 ق. م، إلا تقرير التعويض يستدعي من رافعي الدعوى ضرورة إثبات الصلة بين المتوفي والأقارب المستحقين للتعويض من جهة، ومن جهة أخرى استلزام إثبات

مسألة قبلية متجسدة في واقعة الوفاة، مما يجعلنا أمام تضاد في التصنيف، بين تصنيف طلب التعويض المنضوي في فئة الأفعال الضارة وشرط استحقاقه الذي يدرج ضمن الأحوال الشخصية أي كونه وارث.

وفي نفس السياق تعد الجثة من قبيل الأشياء التي قد ينجر عنها ضرر مما قد يرتب مسؤولية عن الأشياء من جهة مما يجعلنا نقول بتصنيفها في زمرة الأفعال الضارة المتعلقة بحراسة الشيء.

وقد تكون الجثة محلا للتصرفات بعد الوفاة لاسيما التبرعية مما يجعلها قد تنضوي في بعض الأحيان ضمن فئة الأحوال العينية إذا كانت تصرفات تعاقدية غير نافذة بعد الوفاة أو الأحوال الشخصية إذا كانت نافذة بعد الوفاة طبقا للمادتين 18 و16 على التوالي.

ومنه يتطلب الأمر تدخل المشرع ولو كان بتقرير قاعدة الأصل يتبع الفرع بمعنى أن الوفاة إذا كان شرط في فئة معينة تبعتها في التكييف والضابط أو الاستقلال واقعة الوفاة كفئة مغايرة وتقرير جميع الأوصاف الممكن إطلاقها عليها.

ومن ذلك نرى بأن المشرع الجزائري لم يول لتكييف الوفاة الأهمية المطلقة، مما يستوجب تتبع خطى التشريعات المقارنة عسى أن نجد ضالة الاغتناء فيها.

المطلب الثاني تكييف واقعة الوفاة في القوانين المقارنة

سبق التنويه إلى أن التشريعات المقارنة اختلفت وتباينت آرائها حول هاته المسألة سواء أكانت هي موضوع التنازع أو هي جزئية منه، ولعل تناولها بالفحص والتنقيب يستوجب التطرق لوضع التشريعات العربية بخصوصها (الفرع الأول) ثم الغربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكييف واقعة الموت في القوانين العربية

إن كان التشابه هو السمة الغالبة في جميع الأوضاع القانونية العربية، إلا انه بصدد هذه الحالة نجد أن المشرع اليمني رغم تنظيمه لتسجيل الوفاة وما يتصل بها ضمن المواد من 35 إلى 41 ضمن قانون الأحوال المدنية والسجل المدني اليمني لكنه وضع ضابط واحد متعلق بالموت هو تطبيق القاضي اليمني لقانونه دون النظر إلى جنسية الهالك(13).

بينما القانون اللبناني سواء قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية أو غيره فإن الأستاذ "**عبده جميل غصوب**" يرى بأن لم يميز بين الوفاة الحكمية

أو الطبيعية في الخضوع للقانون الشخصي، بينما يرى بأن الوصية وجميع شروطها مصدرها الإرادة وليست القرابة والنسب كالإرث وبذلك فهي تشكل عملا قانونيا، وبذلك لا يمكن إدراج الإرث والوصية في فئة الأحوال الشخصية[14]، كما لا يمكن –على حد قوله– إدراجهما بين الأحوال العينية، بل إنهما يدخلان في فئة مستقلة فالإرث والوصية هما نتيجة لانتهاء الحالة الشخصية، بينما الأحوال الشخصية هي نتيجة لوجود الشخص وارتباط العلاقات التي تدخل في نطاقهما به مباشرة. لأن وضع المسألتين في الأحوال الشخصية يترتب عيه أن بعض التشريعات تورث الشخص ولم تجمع بينه وبين المتوفي رابطة النسب.

أما بخصوص إدراجهما في الأحوال العينية وخضوعهما لموقع المال فإنه مدعاة في نظره لمخاطر عملية تؤدي إلى تعدد القوانين المطبقة بتعدد مكان تواجد المال... [15]

أما على صعيد التشريع المغربي فيصرح "**موسى عبود**" فقد صرح بأنه في مدونة الأحوال الشخصية تضمن كتابين بشأن الوصية والإرث ومن جهة أخرى ربط الإرث والوصية بالقانون الشخصي للمتوفي فقد نص الفصل 18 من ظهير الوصية المدنية للأجانب على ذلك[16]، وهو ذات الحكم المقرر في المادة 18 ف1 قانون الأردني... [17]

وما ينبغي الإشادة به أن الدكتور "**محمد عبد العال**" أورد حالة لم يول لها غيره بال تخرج من نطاق قواعد تنازع القوانين تحت عنوان متعلقا بحرمة الجسد واستند بداية على ارتباطها بحقوق الشخصية حينما قال: « **تقرر التشريعات حرمة وحماية الحياة وكذلك بعد الممات...صعوبة المسألة تتأتى من أن البحث في هذه المسألة متشعب وتختلط فيها فكرة الحياة الخاصة بفكرة الحريات العامة فنواجه من ثم بأمور من القانون العام وأخرى من القانون الخاص. إننا أمام مسائل ترتبط في جانب كبير منها بما يسمى بحقوق شخصية**»[18] ثم حاول التفصيل في القانون الذي تكون له ولاية النظر بقوله « **ومن هذا المنظور يمكن إقامة التفرقة بين وضعين: الأول، إذا تعلق الأمر بمسألة مرتبطة بالحياة الخاصة للفرد فإنه يتعين تطبيق قانون جنسية الشخص ....الثاني: إذا تعلق الأمر بحق من حقوق الإنسان ...التي تدعو الدساتير الحديثة لصيانتها والحفاظ عليها فإنه يتعين تطبيق قانون دولة القاضي بوصفه من قوانين الأمن والبوليس المدني التي تطبق مباشرة...**» [19]

وعليه فالدكتور محمد عبد العال يؤكد على إمكانية تكييف واقعة الوفاة ضمن الأحوال التي تخرج عن نطاق القانون الدولي الخاص بحيث تصنف ضمن الأحوال المادية التي تطبق فيها قانون القاضي مباشرة لتعلق بما يسمى بقواعد البوليس أو الضبط.

الفرع الثاني: تكييف واقعة الموت في القوانين الغربية

درج القانون التركي على تكييف الغيبة والفقد ضمن الأحوال الشخصية وهو ما أورده في المادة 70، كما أن القانون الدولي الخاص المجري في مادته 16 ف1 والألماني لسنة 1986 في مادته 9 قد ساروا في نفس الاتجاه[20].

أما بخصوص القانون الفرنسي والتشريعات الدائرة في فلكه من ذلك بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية[19] ، فإنهم يجعلون من الموت عبارة عن وسيلة من وسائل نقل الأموال ومادامت منصبة على المال فإنها تدرج ضمن الأحوال العينية لا الأحوال الشخصية، وعليه فضابط الإسناد له علاقة وطيدة بالمال، لذا نجد بأن هناك تمييز بين المنقول والعقار بخصوصه، فمؤشر الإسناد في الثاني هو مكان تواجده أما الأول فهو موطن الهالك الأخير. [21]

وهذا الاتجاه منتقد كما يصرح بذلك الأستاذ "**الطيب زروتي**" إذ يؤدي إلى تطبيق عدة قوانين على تركة واحدة استدل الفقهاء بقضية **حفيدة جورج صائد** التي أوصت بمنزلها في فرنسا وما يوجد فيه من أثاث إلى الأكاديمية الفرنسية، ولكنها توفيت في إيطاليا مما أدى إلى خضوع الوصية لقانونين الفرنسي بخصوص العقار (منزل) والقانون الإيطالي (المنقولات). [22]

المبحث الثاني: حالات تطبيق القانون الوطني على واقعة الوفاة

سبقت الإفادة أن القانون الدولي الخاص جاء لإعطاء الحلول لتزاحم قانون أكثر من دولة في التطبيق بمعنى إمكانية تطبيق قانون غير قانون القاضي أو ما يعبر عنه بالقانون الوطني، غير أن بيان مجال تطبيق كل قانون على حدة يجعل من التكرار ممكنا مما يدعو إلى تلافيها بالاقتصار على حالات القانون الوطني مما يفيد مخالفة حصر مجال تطبيق القانون الأجنبي.

وعلي نركز على حالات تطبيق القانون الوطني من منطلق التطبيق الأصيل له (المطلب الأول) أو على زاوية الاحتياط الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات التطبيق الأصيل للقانون الوطني على فئات الموت

يكون القانون الوطني محلا للتطبيق بصفة أصيلة متى تعلق بالتكييف (المطلب الأول) أو تعلقت الفئة بقواعد الأمن والبوليس الإجراءات الوقتية (المطلب الثاني) أو أشارت قاعدة الإسناد لاختصاصه (المطلب الثالث)

الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني على مسالة التكييف: أسلفنا القول أن المشرع الجزائر تبنى نظرية "**بارتن**" بخصوص التكييف ومنه فإن حكم المادة 9 يسري، بخضوع مسألة التكييف لقانون القاضي، غير أن ما يدق هل أن حكم المادة 17 ف1 الخاص بتكييف المال منقول أو عقار يطبق على مجال دراستنا؟

قد يظهر للعيان أن المادة 17 ف1 تتعلق بالتصرفات الإرادية وذلك يفهم من سياق الفقرات التالية له، غير هذا الافتراض لا يتسم بالسلامة لاسيما وأن واضعي تعديل 2005 يصرون على أن ما ورد في الفقرة محل النقاش من قبيل الاستثناء الوارد على المبدأ العام المذكور في المادة. لاسيما وأن إجراءات انتقال العقار للخلف تختلف عن المنقول، مع أن شراح قواعد الإسناد الجزائرية يصرون على أن المشرع في تعديل 2005 قد وضع ضابط موحد للميراث بالنظر إلى أن الذمة المالية واحدة غير أن ذلك يجعلنا نقف أمام صعوبة تطبيق أحكام الهيئات القضائية الجزائرية بشأن ميراث أموال موجودة في خارج الجزائر.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني لتعلق الفئة بقواعد البوليس أو الإجراءات الوقتية: لم يتناول المشرع سلامة الجثة في قواعد الإسناد، غير أن صلتها الوثيقة بالدستور الذي يحضر أي تعامل فيما يتعلق بالجثة دون رضا صاحبها وكذا قانون الصحة الذي يؤكد على هذا المنع في المادة 165 منه بل الأكثر من هذا وذاك قد ترتقي إلى الوصف الإجرامي مما يتيح لنا القول بأن قواعد لائحية يخضع لها جميع سكان القطر الجزائري مما لا يدع شك في التطبيق المباشر موافقة في ذلك لمنطوق المادة 5 من القانون المدني التالي : تخضع للمادة 5 ق.م المتعلقة بسريان قوانين البوليس مباشرة، بينما الوصية بزرع الأعضاء ونقلها فقد نص عليها قانون الصحة وقد أحال على التنظيم بخصوص تحديد لحظة الوفاة[23] الأمر الذي لا يدع شكا في خضوعه للمادة 16 من القانون المدني.

ولا يقف التأزم عند هذا الحد بل يتعدى الميراث للوصية وعلى وجه الخصوص مسألة شكل الوصية حيث كانت المادة 16 من القانون المدني قبل تعديل 2005[24] قد خصت شكل الوصية بضابط إسناد خاص وهو قانون

جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون الدولة التي تمت فيه الوصية وبعد التعديل أصبح شكلها بذلك منضويا تحت منطوق المادة 19 من القانون المدني التي جاء فيها: «**تخضع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.**

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية»[25] وبذلك نكون أمام مشكلة عويصة هي إمكانية تطبيق قانون على الشكل يغاير تطبيق القانون على الشروط الموضوعية للوصية، وعليه يكون المشرع قد خالف مبدأ التوحيد الذي ذكره الشراح.

وقد نجد حلا لهذه المشكلة من خلال اعتبار الشكل في المادة 19 من القانون المدني المقصود من الخضوع لها التصرفات التعاقدية غير النافذة بعد الموت.

وما يجب التنبيه له أن مجال تطبيق القانون الوطني يتأثر بدوره بقاعدة خضوع النزاع لقانون القاضي فيما يتعلق بالإجراءات لاسيما الوقتية مما قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني.

وقبل هذا فإن المشرع الجزائري قد خصص لما له علاقة بموضوعنا المادة 16 التي تفضي إلى تطبيق القانون الوطني متى كان الهالك حاملا للجنسية الجزائرية في حالة تعددها يطبق حكم المادة 22 ف2 من القانون المدني القاضية: «...**غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد الجنسية الجزائرية**...»

المطلب الثاني: التطبيق الاحتياطي القانون الوطني على واقعة الوفاة

قد لا تشير قاعدة الإسناد المتعلقة بفئة الموت كواقعة مستقلة أو كشرط مدرج مباشرة وإنما قد تحيل إليه قواعد إسناد دولة أخرى تم عقد الاختصاص لها من فبل قواعد الإسناد الوطنية (الفرع الأول) أو متى خالف القانون الأجنبي النظام العام والآداب العامة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني بموجب الإحالة:

لا تثار الإحالة في حالة التنازع الإيجابي وإنما في حال التنازع السلبي حيث تكون قاعدة الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع، تسند الاختصاص إلى قانون أجنبي غير قانونه، فمثلا لو تعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فوفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية، فان القانون الانجليزي هو المختص، على أساس أن المشرع الجزائري يطبق قانون الجنسية على أهلية الأشخاص وحالتهم، وذلك طبقا لنص المادة 10 من

القانون المدني الجزائري، ووفقا لقواعد الإسناد في القانون الانجليزي، فإن القانون الجزائري هو مختص، كون أن المشرع الانجليزي يطبق قانون الموطن على أهلية الأشخاص وحالتهم. وبالتالي فإن كلا من القانونين يرفض الاختصاص. (26)

وقد أخذ المشرع الجزائر بالإحالة من الدرجة الأولى في المادة 23 مكرر ف2 من القانون المدني التي جاء فيها: «...**غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي...**» كما يمكن الإشارة إلى أن صعوبة إثبات القانون الأجنبي تؤدي لا محالة إلى تطبيق القانون الوطني وهو ما صرحت به المادة 23 مكرر.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني بموجب الدفع بالنظام العام

بداية فإن النظام العام من صنيع فقه نظرية الأحوال الإيطالي في القرن الثالث عشر ميلادي إذ ميز الفقيه "**بارتول**" بين الأحوال المفيدة أو الملائمة والأحوال البغيضة أو المستهجنة ورأى أن الأحوال الأولى هي التي يمكن أن يمتد تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه فتتبع الشخص أينمل ذهب وتسري عليه أينما كان ،أما عن الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه وتبقى حبيسة حدود هذا الإقليم أما الفقيه "مانشيني" فقد وضع نظريته الشهيرة التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين باعتبار أن القانون قد وضع ليحكم سلوك الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود الإقليم، لكنه أورد على هذه النظرية عدة استثناءات تمثلت في تطبيق قانون الإرادة على العقود، وتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، وكذلك قواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية وقد قرر "**مانشيني**" أن هذه القوانين تطبق إقليميا لتعلقها بالنظام العام.(27)

المقصود بالقانون الأجنبي بالمفهوم الواسع من وجهة النظام العام، ليس فقط النصوص التشريعية بما فيها الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها، ولكن حتى الأحكام و القرارات الأجنبية، حيث يعتبر شرط مطابقتها للنظام العام من أجل الاعتراف بها وتنفيذها، لأنها اتخذت تطبيقا لقانون أجنبي.(28)

وقد تتجلى فكرة النظام بحدة في موضوع دارستنا فقد يورث القانون الأجنبي ما لا يورث أو قد يمنع أحد الورثة بسبب جنسه من الميراث كما أن قد يجيز القتل الرحيم أو يبيح نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بعوض...وعليه فإن إعمال نص المادة.

ومن التطبيقات القضائية قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1964/11/17 حيث جاء فيه: «**إن ما تنص عليه أحكام الشريعة**

الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب ،من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم» [29]

الخاتمة

وإجمال لما قيل فإن المشرع الجزائري صنف ضمنيا واقعة الوفاة في فئات متباينة، فمرة نجدها مدمجة في الميراث وأخرى في الحضانة دون إهمال فئة المفقود التي جعلها مستقلة بذاتها كحالة من حالة الأشخاص، ويلاحظ عليه أنه خرج –فيما يتعلق بمحل دارستنا– عن منهج الحياد المعروف على أحكام تنازع القوانين، وبالضبط فيما يخص قواعد الإسناد والتي جاء لأجلها تعديل 2005، حيث غلّب عنصر الجنسية، بل زاد خروجه عن المألوف بالانحياز لذوي الجنسية الجزائرية مهما كان مركزهم سواء زوج أو زوجة أو موصي أو موصى إليه... غير أن هذا التعصب للقانون الوطني ومن وراءه الشريعة الإسلامية ظهر بجلاء فيما يتعلق بعدم إمكانية تطبيق التوارث بين المتبنى والمتبني الهالك مع أنه نص على ضابط خاص بالتبني بمناسبة تنظيمه للنسب.

أضف إلى ذلك أنه لم يول واقعة الوفاة الطبيعية أهمية كبيرة كواقعة مستقلة بذاتها مما يجعل الفراغ حاصل حول لحظة الوفاة من جهة وضابط الإسناد وقبله الفئة التي تندرج ضمنها، بل الأكثر من هذا وذاك نجد الفقه الجزائري بدوره لم يتطرق إليها خلاف لحال الاجتهاد في لبنان وبقية الدول الأخرى وكل يمكن إجمال النتائج والاقتراحات فيما يلي :

- ضرورة ضبط فئة منازعة تحقق الوفاة بصفة مستقلة عن التصرفات والوسائل القانونية الأخرى التي تكون فيها شرطا لوجودها
- ضرورة توحيد ضابط الإسناد بخصوص الشروط الموضوعية للوصية والميراث مع ضابط الشكل، لأن اشترط شكل في الخارج قد يناقض ما هو معلوم به في القانون الوطني
- استثناء المبدأ العام للتكييف والوارد في المادة 17 ف1 ق.م لابد من حصره
- إدراج الوصية بالأعضاء البشرية ضمن منطوق المادة 16 ق.م
- لابد من تحديد لحظة الوفاة في قانون الصحة الجزائري

- تطبيق القانون الجزائري في حالة وجود أحد أطراف المنازعة تحت طائلة التعدد في الجنسيات وحاملا الجنسية الجزائرية فيه مناقضة لفكرة الجنسية الحقيقية الواردة في المادة 23 ف1

وفي الأخير لابد من القول أن المشرع الجزائري حاول جمع فئة تحقق الوفاة مع الفئات المشابهة أو التي قد تندرج تحتها كشرط أو وسيلة مع أن الواقعة بحد ذاتها تشكل فئة مستقلة قد تحتاج إلى ضابط مستقل.

الهوامش:

1- محمد عبد العال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 ، ص 79.

2- عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 7، 2008، ص 221.

3- انظر: د بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر نظرية التكييف، دار هومه، 2008، ص76 و77.

4- الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 2005/07/20، المتضمن تعديل القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/07/26، ص17

5- أ.د زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، 2008، ص151

6- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 1970/02/19، المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1970/04/27، ص274

7- قرر المحكمة العليا، غ.أ.س، رقم 63219، بتاريخ 1990/10/17، مجلة قضائية، 1991، العدد 2، ص89.

8- أ محمد الصالح بن عومر ، الميراث في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، مركز الصيرة، العدد11، الجزائر، 2008، ص89 و90.

9- انظر : نورية شبورو، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص26.

10- انظر: د موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز انجق، جيوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 317. سعادي محمد، القانون الدولي الخاص، دار الخلدونية، 2009، ص 125

11- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, 10 éd, 2013, p680.

12- د كمال كيحل، مجال تطبيق قانون العقد، مجلة فكر وإبداع، دون بيانات أخرى، ص540.

13- د سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم القانونية، بيروت، ط 1، 1994، ص575 و576. أ.د سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، 2002، ص 237.

14- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2008، ص255.

15- المرجع نفسه، ص285

16- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص؟، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط1، 1994، ص264.

17- أمين رجا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق، عمان، 2001 ص115.

18- د محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي، بيروت، ط1، 2004، ص774 و775.

19- المرجع نفسه، ص775.

20- المرجع نفسه، ص 770.

21- Pr DERRUPPE Jean, Droit international privé, Dalloz, 9 éd, 1990, p111

22- بيار ماير فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة، د علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2008، ص 729 وما بعدها.

23- أ.د زروتي الطيب، المرجع السابق، ص196.

24- أ.د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام، د.ت، ص252

25- من المعلوم أن شخصية الإنسان الطبيعي تعتريها بعض الوقائع الطبيعية والقانونية التي تجعلها تنتهي منها الوفاة الطبيعية التي قررتها المادة 25 ق.م بقولها « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته» ومنها ما هو حكمي استنادا إلى نص المادة 109 وما بعدها من قانون الأسرة، كما نجد في إطار الموت الحكمي ما يسمى بالموت الدماغي الذي أحالت في تحديده 164 ف1 من قانون الصحة . [القانون رقم 85-05، المؤرخ في 1985/02/16، المتضمن حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد08، الصادرة بتاريخ 1985/02/17، ص176] على التنظيم لتحيدها وبالفعل صدر قرار لوزير الصحة أخذ فيه بالموت الدماغي. [انظر:القرار الوزاري، رقم 89-39، بتاريخ 1989/03/26. انظر أيضا الدكتور صادق الجندي، الموت الدماغي، مركز الدراسات البحوث، الرياض، 2001، ص11 وما بعدها]

26- د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول ،الطبعة الثامنة 2006، ص96.

27- هشام علي صادق، في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003 ،ص 302 .

28- Paul LAGARDE : Ordre public , droit international privé .Dalloz n°17,19.

29- Yvon Loussouarne,Piere Bourel, droit international prive, Dalloz 4eme édition,1993,p280