جامعة الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

**السداسي الثالث : ماستر قانون الأسرة**
**المقياس : تنازع القوانين بشأن الميراث وعقود التبرع**
**الرقابة الوحيدة لمحاضرات المقياس**
**الساعة 12،45 يوم 15 جانفي 2018**

## السؤال

بناء على دراستك مقياس تنازع القوانين عن الميراث وعقود التبرع في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، اشرح ما يلي :
أولا : لأي قانون أخضع القانون المدني الجزائري، الوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت.
ثانيا : مدى حرية القاضي في تطبيق قواعد الاسناد، موضحا موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن.

# الإجابة النموذجية

أولا :

الوصية شرعا " تبرع الموصي إراديا بجزء من تركته ينفذ بعد وفاته، إن قبله الموصى له " (1 ن)

ألحقتها بعض التشريعات كالفرنسي والإنجليزي وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية بالميراث وأدرجتهما في الأحوال العينية، مخضعة الوصية بعقار لقانون موقع والوصية بمنقول لقانون موطن الموصي عند وفاته (1 ن)

أما القوانين العربية فقد أدرجتها في نطاق الأحوال الشخصية، كالقانون المدني الجزائري الذي أدرجها في هذا النطاق وأخضع بالفقرة الأولى من المادة 16 شروطها الموضوعية والشروط الموضوعية للتصرفات التي تنفذ بعد الوفاة، كتصرف المريض مرض الموت المبين بنص الفقرة الأولى من المادة 776 " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف " (2 ن)

وكتصرف لصالح أحد الورثة مع الاحتفاظ بحق الانتفاع المبين بنص المادة 727 " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك " (1،5 ن)

لقانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت وفاته طبقا للمادة 16 الذي يحدد الجزء الذي يجوز أن يوصى به ولمن تجوز الوصية وكيفية سريانها وأثارها (1 ن)

أما الأهلية باعتبارها شرطا موضوعيا فإن رأيي هو أنه يجب أن تتوفر للموصي أهلية التبرع طبقا لقانون جنسيته عند صدور الوصية منه وليس وقت وفاته، ذلك أن المادة 16 أعلاه والمادة 17 من القانون المدني المصري اللتان تخضعان الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، مستمدتان من المادة 29 من القانون المدني البولوني لعام 1926 التي أخضعت الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي عند صدور الوصية منه وليس آن وفاته، وهو الرأي السائد بفرنسا، كما أن مشروع القانون المدني المصري نص على خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت صدورها منه إلا أنه عدل دون الاشارة لسبب العدول عن وجهة نظر المصدر التاريخي (1 ن)

في حين أن أهلية الموصى له فهي تخضع لقانون جنسيته وقت قبوله أو رفضه الوصية (1 ن)

أما الشروط الشكلية، فإن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للقانون الذي يحكمها، مما يقتضي الرجوع للقاعدة العامة لشكل التصرفات القانونية وهي Locus regit actum الواردة بالمادة 19 حيث خضع شكل التصرف القانوني لقانون المكان الذي تم فيه مجيزة اخضاعها أيضا لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية (1 ن)

أما تحديد الشرط الشكلي والشرط الموضوعي بالنسبة للوصية والتصرفات التي تنفذ بعد الموت فهو مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة بالمادة التاسعة من القانون المدني الجزائري (1 ن)

مثلا بعض الدول كهولندا تحرم على الهولنديين ولو في الخارج عمل الوصية في غير الشكل الرسمي على أن ذلك شرط موضوعيا متعلقا بأهلية الموصي، في حين أغلب الدول خاصة الإسلامية تعتبر هذا شرطا شكليا، فيمكن أن تتم الوصية بأي شكل، كالكتابة رسمية أم عرفية، العبارة أو الإشارة المفهومة إن كان الموصي غير قادر على التعبير والكتابة (0،5 ن)

يخضع شكل الوصية بفرنسا اختياريا لقاعة Locus regit actum، مما جعل القضاء الفرنسي يجيز اخضاعه لقانون جنسية الموصي وقت صدورها منه (0،5 ن)

أما اتفاقية لاهاي عام 1961 فإنها قد أضافت إمكان خضوع شكل الوصية لقانون موطن الموصي أو لقانون محل اقامته العادي وقت صدورها منه، وإن كانت واقعة على عقار جاز أن تخضع لقانون موقع (0،5 ن)

مما بيناه يكون للأجنبي في الجزائر تحرير وصيته بالشكل المعمول به فيها وهو الشكل العرفي، أو بالشكل الوارد بقانون جنسيته، كأن يكون الرسمي، فيحررها إن تعلقت بعقار لدى الموثق طبقا لقانونه أو طبقا لقانون التوثيق الجزائري (0،5 ن)

أما الجزائري في الخارج فإن له تحرير وصيته طبقا للشكل الذي يوجبه قانون الدولة التي تمت فيها الوصية أو بالشكل العرفي المعمول به في الجزائر إن لم تتجاوز مئة ألف دينارا(100000،00 دج) وإلا وجبت الرسمي طبقا للمادة 333 من القانون المدني الجزائري، وأن يودعوا وصاياهم أمانة القنصلي الجزائرية (0،5 ن)

ثانيا :

قال البعض بترك القاضي المعروض عليه النزاع حرا في أن يطبق أو لا يطبق قاعدة الإسناد في قانونه، دون أي تأثير لتمسك أو عدم تمسك الخصوم بهذا التطبيق، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي، رغم الاعتراض بأنه قد يعرض على القاضي نزاع متعلق بمسائل منظمة بقواعد آمره تتعلق بالنظام العام ومع ذلك لا يلزم القاضي بتطبيقها، مما قد يترتب عنه اختلاف الأحكام القضائية في النزاع الواحد فالقاضي الذي يقرر حق المرأة في الميراث لا يطبق قاعدة الإسناد في قانونه إن أشارت لاختصاص قانون أجنبي يحرم المرأة من الميراث، في حين إن كان القاضي منكرا لهذا الحق طبق هذه القاعدة (1 ن)

أما القانون الجزائري، فإن قواعده للتنازع المكاني(المواد من 09 إلى 24)، لم تتضمن أي نص صريح بشان إلزامية أو عدم إلزامية قواعد الإسناد (1 ن)

لذلك قال البعض بإلزاميتها للقاضي لأنه يفهم من صياغتها أنها قواعد آمرة سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو بالأحوال العينية، فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع ذو عنصر أجنبي وجب عليه الرجوع من تلقاء نفسه لقواعد الإسناد ولو لم يتمسك بها الخصوم، لأنها تعد من النظام العام (1 ن)

في حين رأى بعض أخر عدم إلزامية القاضي من تلقاء نفسه إلا إذا تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية كالميراث وعقود التبرع، بحجة أن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمنت الوجه السادس لتأسيس الطعن بالنقض بأنه مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وهي فقرة تقابل سابقتها قبل تعديل 2008 وهي الفقرة الخامسة من المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية(مخالفة أو خطا في تطبيق القانون الداخلي أو القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية)، تعني أنه إذا عرض على القاضي نزاع ذو عنصر أجنبي بشان مسالة أحوال شخصية وفصل فيه بمخالفة قواعد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، سواء كان القانون الوطني أو الأجنبي تعرض للطعن بالنقض، وهو ما أكدته المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية بأنه يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة وجوه للنقض خاصة أنه رغم أنه انعدام أثره المنقض بصفة عامة غير أنه إن تعلق بالأحوال الشخصية وجب تطبيق قانون القاضي (1 ن)

بحسب ما ذكر يمكن القول استنتاج أن المشرع قد أخذ بإلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد (3 ن)