حلّ النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين

عيد عبد الحفيظ[1]

[1] أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، بجاية 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني:hafid_aid@yahoo.fr

الملخص:

ينتمي المنهج التنازعي الذي يقوم على قاعد الإسناد إلى نظرية تنازع القوانين التي أثارت مسألة البحث عن القانون المختص منذ زمن بعيد بشأن علاقات مرتبطة بأكثر من قانون واحد والتي عرفت تطورات مختلفة إلى أن استقرت معظم الحلول في التشريعات الحالية .

يتم التوصل إلى القانون الواجب وفقا لمنهجية قاعدة الإسناد عن طريق إتباع مجموعة من المراحل المترابطة تؤدي في النهاية إلى الكشف عن القانون المختص و يفترض فيه أنه القانون الملائم لحكم العلاقة؛ وإن كان لهذا الأسلوب الفني بعد التعقيدات تظهر في مختلف مراحل البحث عن القانون المختص.

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين، قاعدة الإسناد، الغش نحو القانون، النظام العام

تاريخ إرسال المقال:2019/10/13، **تاريخ قبول المقال:** 2019/11/14، **تاريخ نشر المقال:** 2019/12/31.

لتهميش المقال:عيد عبد الحفيظ، "حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص ص.346-373.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: عيد عبد الحفيظ ، hafid_aid@yahoo.fr

The International Private Disputes Resolving in Accordance with the Conflict of Laws Approach

Summary:

The conflict-based approach is based on a conflict-of-laws theory that has long raised the question of seeking the relevant law on relationships with more than one law that have known different developments until most solutions have settled in current legislation.

Due process law is reached in accordance with the methodology of the base of reference by following a set of interrelated stages that ultimately lead to the disclosure of the relevant law and is assumed to be the appropriate law to govern the relationship; however, this technique after complexity appears in various stages of the search for the relevant law.

Keywords:

Conflict of laws, rule of attribution, fraud towards law, public order.

Le règlement des différends privés internationaux conformément à l'approche fondée sur la théorie de conflit de lois

Résumé :

L’approche conflictuelle basée sur les règles de rattachement appartient à la théorie des conflits des lois, qui pose, depuis longtemps, la question de la loi applicable sur les relations suscitant l’application de plusieurs lois. C’est aux règles de rattachement qu’on fait, le plus souvent, recours afin de déterminer la loi applicable malgré plusieurs écueils.

Mots clés :

Conflit de lois, règle d'attribution, fraude au droit, ordre public.

مقدمة

أهم ما يترتب من اختلاف العلاقات الخاصة الداخلية عن العلاقات الخاصة الدولية هو اختلاف طرق حل النزاعات التي تترتب عنها، فتخضع الأولى – العلاقات الداخلية – على نحو مطلق للقانون الوطني الذي يتضمن حكم مباشر يفصل في أصل النزاع؛ وهذا على خلاف العلاقات الخاصة الدولية ذات الصلة بأكثر من قانون واحد والتي تتزاحم القوانين فيما بينها لحكم العلاقة، ومن هنا يتعين البحث عن القانون الأكثر ملاءمة ليطبق على النزاع المترتب من هذه العلاقات.

تندرج عملية البحث عن القانون المختص ضمن صميم نظرية تنازع القوانين التي تعتبر من أهم وأقدم مواضيع القانون الدولي الخاص الذي يهتم بالبحث عن مختلف الحلول المقررة للعلاقات الخاصة الدولية؛ حيث ظهرت معالم تنازع القوانين في فترة سابقة على ظهور الدولة وذلك عندما اضطلع فقه تنازع القوانين بوضع حلول فقهية للمعاملات التي كانت تتم بين مقاطعات مستقلة عرفيا، وذلك على خلاف سائر مواضيع القانون الدولي الخاص التي يرتبط ظهورها بعد ظهور الدولة بمفهومها الحديث.

وجدت نظرية تنازع القوانين اهتماما كبيرا من قبل تشريعات الدول التي تولّت هي الأخرى البحث عن الحلول الممكنة لظاهرة تنازع القوانين نتيجة تزايد نطاق هذه العلاقات والتي لا تقل أهميتها عن العلاقات الخاصة الداخلية، وذلك عن طريق وضع تشريعات داخلية أو في إطار اتفاقيات دولية تقدر الحل الملائم الذي يراعي مصالح الأطراف من جهة، والمصالح العامة للدولة في آن واحد.

تندرج نظرية تنازع القوانين ضمن المنهج التنازعي الذي يقوم بدوره على قاعدة الإسناد لتحديد القانون المختص، وهذا بجانب المنهج المباشر الذي يتكفل هو الآخر بالتنظيم المباشر للعلاقة دون اتباع آليات تنازع القوانين، بالرغم من ذلك، يبقى المنهج التنازعي من أهم المناهج التي لها دور مهم في حل النزاعات الخاصة وفقا لآلية قواعد الإسناد.

بالنظر إلى أهمية المنهج التنازعي في حل النزاعات الخاصة ذات البعد الدولي التي زاد نطاقها في وقتنا الحالي، يتعين علينا في هذه الدراسة البحث عن الأسلوب الذي من خلاله نتوصل إلى تحديد القانون المختص وهذا وفقا للإشكالية التالية: **كيف يتم تسوية النزاعات الخاصة الدولية وفقا لأسلوب منهج تنازع القوانين؟**

المبحث الأول: قيام منهج تنازع القوانين على قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق

يتم حل النزاعات الخاصة الدولية وفقا لمنهج تنازع القوانين اعتمادا على قاعدة الإسناد التي تتولى تحديد القانون المختص بكيفية غير مألوفة في حل النزاعات الخاصة الداخلية نتيجة ارتباط العلاقة بأكثر من قانون، لذا يتعين البحث عن القانون الأنسب والذي تكشف عنه قاعدة الإسناد ذات الطبيعة الخاصة (المطلب الأول)، التي جاء بها فقه تنازع القوانين عبر مختلف مراحل تطوراته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية قواعد الإسناد

تختلف قواعد الإسناد عن بقية القواعد القانونية التي تسعى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الداخلية، أو مع تلك التي تهتم بتنظيم العلاقات ذات البعد الدولي ويظهر ذلك من خلال تحديد المقصود بهذه القواعد (الفرع الأول)، و تبيين أن لهذه القواعد مجموعة من الخصائص تنفرّد بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقصود بقواعد الإسناد

ليس هناك تعريف واحد لقاعدة الإسناد، وإنما وردت بشأنها مجموعة من التعارف تبيّن في بعض الحالات دور هذه قواعد في مجال العلاقات الخاصة الدولية المتمثل في البحث عن القانون المختص، كما تبيّن في حالات أخرى خصائص هذه القواعد ذات الطبيعة الخاصة التي تُميّزهاعن بقية القواعد القانونية الأخرى خاصة تلك التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية . وفي هذا الإطار هناك من يعرّفها بأنها هي: "القاعدة التي بمؤداها يجب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهي قاعدة قانونية من طبيعةخاصة تميزّها عن غيرها من القواعد الوطنية"، أو أنها هي:"تلك القاعدة التي تحدِّد، بالنظر إلى صياغتها المزدوجة، حالات تطبيق القانون الأجنبي أو التي يناط بها فضّ تداخل مجالات انطباق القوانين الموضوعية"[1]، كما تعرف كذلك بأنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية ذات الطابع الدولي [2].

[1]- نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1995، ص97.

[2]- HENRY Laurence-Caroline, L'essentiel du droit international privé, Gualino, Paris, 2005, p 28.

أو أنها قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها"[1].أو هي:" قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية "[2]، أو هي :" قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا والسياسية "[3].

فقاعدة الإسناد وفقا لما سبق،هي قاعدة قانونية ذات طابع فني تسعى إلى اصطفاء أكثر القوانين ملاءمة لحكم النزاع كلما كانت العلاقة مرتبطة بأكثر من قانون واحد، فليست – وفقا لما سبق – حكم القانون في حدّ ذاتها، وإنما تبحث عن القانون واجب التطبيق كلما كانت العلاقة مرتبطة بالعلاقات الخاصة ذات البعد الدولي؛ فلا يتم الفصل في موضوع النزاع بمجرد إعمال هذه القواعد الفارغة المضمون، فالحل الموضوعي يكمن في ذلك القانون الذي تُعيِنه هذه القواعد لتتولى القواعد الموضوعية فيه للفصل في النزاع.

فهذه القواعد – حسب التعريف السابق– هي قواعد يطغى عليها طابع فني أو شكلي وليس موضوعي تخص نوع معين من العلاقات وفي مجال محدد، وهي العلاقات الخاصة الدولية التي لها علاقة أكثر من قانون واحد. يتمثل الطابع الفني في أن حل النزاعات الخاصة الدولية يتطلب المرور بمرحلتين أساسيتين، الأولى تتمثل في إعمال قاعدة الإسناد ذاتها لتُوَجهنا بدورها إلى القانون الواجب التطبيق، وتأتي بعد ذلك المرحلة الثانية التي تتمثل في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق؛ هذا على خلاف الأسلوب المتبع بشأن العلاقات الخاصة الداخلية حيث يتم تحديد حكم العلاقات في مرحلة واحدة وهي مرحلة تطبيق القاعدة الموضوعية في القانون الوطني مباشرة على العلاقة[4].

يُميِز الطابع الفني لقاعدة الإسناد،هذه الأخيرة عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص التي تضطلع هي الأخرى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، فيكفي تطبيق هذه القواعدالأخيرة على نحو مباشر لتحقيق الغاية التي يريدها المشرع بلوغها من هذا القانون، دون أن يتعدى هذا التنظيم ليشمل القانون الأجنبي، فقد يبين مثلا المشرع في قانون الجنسية من يحمل الجنسية الجزائرية دون أن يبيّن من يحمل جنسية لدولة أجنبية، كما يبين

---

[1]- محمد أحمد عبد الله ، الشماسنة، مواءمة قواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، الجامعة الأردنية ، الأردن، 2005،ص 28.

[2]- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 113.

[3] – كريم مزعل شبي الساعدي، " مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها " ، مجلة جامعة الكربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر ، 2005، ص2

[4]– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 20.

كذلك في قانون الاختصاص القضائي الدولي حالات اختصاص القضاء الوطني دون يتعدى هذا ليبيّن حالات اختصاص المحاكم الأجنبية .

فلو تدخل المشرع الوطني لتنظيم هذه الحالات وفقا للقانون الأجنبي يكون قد انتهك السيادة التشريعية لتلك الدول، فلا يمكن مثلا أن يبين المشرع الجزائري من يحمل الجنسية الفرنسية أو يبين متى يكون قضاء هذه الدولة مختصا، كونها تندرج ضمن مهام السلطة الداخلية للدول . لكن الأمر يختلف في مجال تنازع القوانين، حيث تقل فيها الاعتبارات السيادية ويظهر في تراجع التطبيق المطلق للقوانين والذي هو من بين العوامل التي أدت إلى ظهور نظرية تنازع القوانين منذ زمن بعيد والتي تجسدت في قواعد التنازع المزدوجة الجانب التي تسوي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق.

تؤدي التسوية بين القوانين – الوطنية والأجنبية– من حيث التطبيق إلى القول أن عملية البحث عن القانون المختص تقوم على اعتبارات العدالة والتي هي من أهم العناصر التي أبرزتها أحد التعاريف السابقة، ويظهر في الطابع المجرد لهذه القواعد التي لا تنحاز مسبقا لأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بما فيها القانون الوطني.

القول بأن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية أو هي قواعد وضعية– حسب التعريف السابق–، لا يوحي بأن السلطة التشريعية في الدول هي التي تحتكر وضع مثل هذه القواعد، وإنما تشاركها مصادر أخرى كما هو الشأن بالنسبة لبقية القواعد القانونية الأخرى، فقد يكون مصدرها هو العرف أو القضاء بالنسبة لبعض الدول التي تعتمد على هذه المصادر كما هو الشأن بالنسبة لفرنسا وبريطانيا؛ وأكثر من ذلك، قد تجد هذه قواعد– قواعد الإسناد– مصدرها في الاتفاقيات الدولية التي زاد نطاقها نتيجة تزايد نطاق العلاقات الخاصة الدولية التي تؤدي إلى قيام التنازع، فتتجه إرادة الدول مجتمعة في إطار الاتفاقيات الدولية إلى تبني حلول جماعية لتوحيد قواعد الإسناد فيما بينها كما ستلي الإشارة[1].

كما يتبين من التعارف السابقة أن قواعد الإسناد تخص العلاقات الخاصة الدولية التي تتنازع بشأنها القوانين، فهذا ما يعني أن هذه القواعد بذاتها – قواعد الإسناد – تنتمي هي الأخرى إلى القانون الخاص، وذلك بالنظر إلى أن هذه العلاقات تخضع في الأصل إلى أحد فروع القانون الخاص لو لم يتسلل إليها العنصر الأجنبي الذي يمكن أن ينقل الاختصاص من هذه القوانين الداخلية إلى ما يقابلها في القوانين الأجنبية ؛ هذا مع الإشارة إلى أنه ظهر اتجاه فقهي يدرج هذه القواعد ضمن القانون العام بحجة أن الأمر يتعلق بتوزيع الاختصاص التشريعي بين الدول والذي لم يجد تأييدا في الفقه[2].

---

[1]– يرى الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أن نعت قاعدة الإسناد بأنها وضعية، يقتصر على معنى الاعتراف بها وتبنيها من قبل النظم القانونية الوطنية للدول.

– أحمد عبد الكريم الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص26–27.

[2] – كريم مزعل شبي الساعدي،المرجع السابق، ص 2– 3.

هذا هو الاتجاه غالب حاليا في الفقه الذي يؤكد على هذا الطابع لقواعد الإسناد بعد.

يتبين من خلال كل التعاريف السابقة التي تخص قاعدة الإسناد، هو أن هذه القواعد لها ميزة خاصة غير مألوفة في بقية القواعد القانونية الأخرى على نحو عام، والقواعد التي تسعى إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو خاص، مهمتها أساسية هي تحديد القانون المختص عندما تتزاحم على حكم العلاقة القانونية، وتستمد وجودها من مصادر مختلفة قد تكون داخلية أو دولية، وتراعى فيها مجموعة من الاعتبارات التي تجمع بين المصالح الفردية للأشخاص وبين مختلف المصالح العامة للدولة الجديرة بالحماية.

الفرع الثاني: خصائص قاعدة الإسناد

لهذه القواعد مجموعة من الخصائص تلحق بقواعد الإسناد، فجانب الخصائص العامة التي تشترك فيها مع سائر بقية القواعد القانونية (أولا)، وهناك خصائص ذاتية تنفرد بها عن سائر القواعد القانونية الأخرى (ثانيا).

أولا: الخصائص العامة لقاعدة الإسناد

ويمكن حصرها في العناصر التالية:

1- قاعدة الإسناد قاعدة قانونية: فقاعدة الإسناد وفقا لما سبق،هي قاعدة قانونية لها كل الأوصاف القاعدة القانونية الأخرى، فلا فرق بين القواعد التي تتولى تنظيم العلاقات الخاصة الداخلية وبين تلك تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، فاختلاف طبيعة العلاقة لا يؤثر في طبيعة هذه القواعد – قواعد الإسناد – بالرغم من طابعها الفني المجرد، فلها كل خصائص القاعدة القانونية تفرض احترامها وتطبيقها كلما دخلت العلاقة في مجال إعمالها.

ذهب القضاء الفرنسي في تطوراته الأخيرة إلى التأكيد على إلزامية قاعدة الإسناد من حيث تطبيقها من قبل القاضي الوطني مباشرة حتى لو لم يتمسك الأطراف بها لأسباب متعددة، وهذا بعدما أن كانت له مواقف غير مستقرة تفيد في مجموعها أن هذه القواعد ليست في نفس الدرجة الإلزامية مع بقية القواعد القانونية الأخرى بما أن القاضي لا يطبقها من تلقاء ذاته.

يظهر تذبذب القضاء الفرنسي في مختلف الأحكام الصادرة منه التي جعلت قاعدة الإسناد في بداية الأمر غير ملزمة مستندا في ذلك إلى حجج متعددة، فقد اعتبر في بداية الأمر أن إلزامية قاعدة الإسناد تكون فقط إذا ما كانت تعطي الاختصاص للقانون الفرنسي، وفي حكم لاحق اعتبر إلزامية هذه القواعد إذا كان مصدرها معاهدة دولية، كما غير موقفه في حكم صادر سنة 1983 حيث اعتبر إلزامية قاعدة الإسناد مرتبط بمدى تعلق مسألة التي ينظمها القانون الأجنبي تدخل ضمن فكرة النظام العام في فرنسا.

بقي القضاء الفرنسي ينكر الصفة الإلزامية لهذه القواعد لمدة كبيرة من الزمن إلى أن صدر حكم من محكمة التمييز سنة 1988 وفيه عدلت عن موقفها التقليدي وصرحت على نحو صريح بأن الصفة الإلزامية لصيقة بقاعدة الإسناد، من ثمة يتعين على القاضي أن يعملها من تلقاء ذاته ومن دون تعليق هذا الوصف على مبررات أخرى[1].

بما أن قاعدة الإسناد في الأساس هي قاعدة قانونية كسائر القواعد الأخرى التي تهتم بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية كما تسعى القواعد الموضوعية بتنظيم العلاقات الداخلية، يجعل هذه القواعد في نفس المرتبة القانونية مع سائر القواعد القانونية الأخرى ويترتب عنها كل خصائص هذه القواعد بما فيها خاصية الإلزامية حتى تؤدي وظيفتها على المستوى الدولي المتمثل في اصطفاء أحسن القوانين ملاءمة لحكم النزاع.

2-قاعدة الإسناد تخص العلاقات الخاصة الدولية: وضعت قواعد الإسناد خصيصا لتبيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تخص المصالح الفردية للأشخاص، أما العلاقات التي تدخل في نطاق تطبيق القانون العام، فلا يثير التنازع بشأنها وتخضع للقانون الذي تنتمي إليه بصفته من القوانين الإقليمية يطبق على نحو مباشر دون مراعاة طبيعة العلاقة إن كانت وطنية محضة أو تسلل إليها العنصر الأجنبي، فتطبق على كل من يوجد داخل الإقليم الوطني التي تنتمي إليها لتحقيق المصلحة الوطنية وحماية المجتمع الوطني، لذا كان المتعين خضوع كل فعل يدخل في نطاق إحدى مسائل القانون العام للقانون الوطني للدولة ولا يجوز أن يتم حكمه بواسطة قانون دولة أجنبية حتى لا يؤد هذا إلى الاعتداء على سيادتها[2].

كلما تبين للقاضي أن هذه القوانين لا تريد الانطباق،فلا يمكن له البحث فيما يماثل هذه القوانين في التشريعات الأجنبية، فما يقوم به هو أن يصدر حكم بعدم الاختصاص، هذا على خلاف العلاقات الخاصة التي تدخل في نطاق القانون الخاص حيث يتولى القاضي الوطني البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا لم يتقرر الاختصاص للقانون الوطني [3].

بما أن العلاقات التي تنتمي إلى القانون الخاص هي كثيرة ومتنوعة لا يمكن حصرها كما هو الشأن بالنسبة للعلاقات الخاصة الداخلية، يؤدي هذا من الناحية الفنية إلى استحالة تخصيص لكل علاقة قاعدة إسناد تبيّن القانون الواجب التطبيق بشأنها، لذلك يتم جمع التصرفات المتشابهة في فكرة واحدة وتخصيص لها قاعدة إسناد أو أكثر، ويمكن أن تحتوي كل قاعدة ضابط إسناد أو أكثر لتركيز العلاقة في أحد الأنظمة القانونية. فلا يمكن مثلا حصر العلاقات التي تخص العقود الدولية لتعدد أنواعها وأصنافها والتي تثير تنازع القوانين

[1]- وردت هذه التطورات في مرجع:عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 300 وما يليها.

[2] - أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، النسر الذهبي، القاهرة، 2003، ص 12.

[3]- نفس المرجع ،ص 11.

وتخصيص لكل عقد على حدة قاعدة إسناد تخصّه، فما قام به المشرع هو تجميع كل المعاملات المالية غير العقارية أو العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية في فكرة مسندة واحدة تعرف بالالتزامات التعاقدية [1].

ثانيا: الخصائص الذاتية لقاعدة الإسناد

وهي مجموعة من الخصائص التي تنفرد بها ولا توجد في بقية القواعد القانونية الأخرى والتي تتمثل في ما يلي:

1- قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية: فهي وفقا لهذه الخاصية لا تحتو على الحل الموضوعي للنزاع، فيقتصر دورها في إرشاد القاضي إلى القانون المختص بكيفية فنية دون أن تتولى بنفسها إعطاء الحل الموضوعي للنزاع[2]، فهي تربط وبشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة لحكم النزاع، فتقرر أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة[3] .

2- قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب: تقوم اعتبارات العدالة والملاءمة في تحديد القانون المختص على مبدأ التساوي بين القوانين من حيث التطبيق، فقد يتم وضع ضوابط الإسناد مسبقا كمعايير تركز النزاع بكيفية مجرّدة دون أن تنحاز إلى أي قانون مسبقا، وفيها يتساوى – حسب الأصل – القانون الوطني والقانون الأجنبي من حيث التطبيق . وهذه الحالة تظهر في الخاصية المزدوجة لقواعد الإسناد التي كرسها الفقيه الألماني سافيني وتظهر في الطريقة التي اتبعها لتحديد القانون الواجب التطبيق .

وفي هذا النوع من الإسناد، يكون القانون الوطني في نفس المرتبة من مع القوانين الأجنبية من حيث التطبيق، فلم يعد هذا الأخير يحتكر الاختصاص على أساس أنه الأنسب، أو أن اعتبارات السيادة تلزم القاضي بتطبيقه وتجاهل القوانين الأخرى ؛ فالتطور الحاصل في العلاقات الدولية الحالية ترتب عنه الخروج عن المفاهيم الضيقة للسيادة الوطنية في مجال تنازع القوانين وتظهر في إمكانية تطبيق قانون لدولة أجنبية أمام

---

[1]- عند الرجوع إلى قواعد الإسناد في التشريع الجزائري نتوصل إلى تحديد الأفكار المسندة التالية: 1- الفكرة المسندة المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتنقسم إلى الحالة الفردية للشخص (المادة 10 من القانون المدني) والحالة العائلية للشخص (محصورة بين المادة 11 إلى غاية المادة 16). – الفكرة المسندة التي تخصّ الأموال سواء كانت عقارية أو منقولة (المادة 17 مكرر) ، 3- الفكرة المسندة التي تخصّ الالتزامات التعاقدية (المادة 18) ، 4-الالتزامات غير التعاقدية (المادة20) 5- الفكرة المسندة التي تخصّ شكل التصرفات القانونية (المادة 19).

– أمر رقم 75- 58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 ، المؤرّخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[2] - MONEGER Françoise, Droit international privé, 5eédition, Litec, Paris, 2009, p9.

[3]- عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص:القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 38.

القاضي الوطني؛ ذلك مراعاة لمصالح الأطراف التي يمكن أن تكون في تطبيق القانون الأجنبي وليس في القانون الوطني.

معظم قواعد الإسناد في القانون الوطني هي قواعد مزدوجة الجانب، تسوي بين القانونين من حيث التطبيق على نحو صريح، كما هو الشأن في القاعدة التي تخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص[1]، كما تظهر هذه الازدواجية بكيفية غير مباشرة تستخلص من مفهوم المخالفة للنص، وهذا ما يظهر مثلا في المادة 2/3 من القانون المدني الفرنسي التي أخضعت أهلية وحالة الفرنسيين للقانون الفرنسي حتى لو كانوا في الخارج، يعني بمفهوم المخالفة لهذه المادة أن الأجانب يخضعون لقانونهم حتى لو كانوا مقيمين في فرنسا[2].

بجانب هذه القواعد التي تسوي بين القانونين، هناك قواعد قانونية أخرى تبين حالات تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي والتي تعرف بالقواعد الأحادية الجانب، تخص بعض العلاقات التي يرى فيها المشرع أن القانون الوطني هو الأنسب للتطبيق . فمن خلال هذه القواعد يوسع المشرع الوطني من نطاق تطبيق قانونه وفي حالات محددة، وهي كحالات نعتبرها كاستثناء من عملية الإسناد حتى لا تفقد قواعد الإسناد أهميتها في مجال تنازع القوانين المتمثل في البحث عن القانون الملائم.

3- قاعدة الإسناد فارغة المضمون: هذه الخاصية مترتبة من الخاصية التي تجعل قاعدة الإسناد لها طابع إرشادي، فمضمونها يكمن في القانون الذي تعينه لتتولى أحكامه – القانون الواجب التطبيق– الموضوعية الفصل في أصل النزاع.

المطلب الثاني: تطور قواعد الإسناد

أي دراسة لقواعد الإسناد لمعرفة تطورها عبر عصور مختلفة يستدعي الأمر الرجوع إلى فقه تنازع القوانين الذي أثار مسألة التنازع منذ زمن بعيد والذي عرف تطورات مختلفة (الفرع الأول)، إلى أن تم تكريس معظم الحلول التي جاء بها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

---

[1] – وهذا ما تنص عليه المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

[2] – تنص المادة 2/3 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

« les lois concernant l'état et la capacité des personne régissent les français, même résidant en pays étrangers ».

- Code civile français, 105èdition, DALLOZ, 2006.

الفرع الأول: دور فقه القانون الدولي الخاص في ظهور قواعد الإسناد

أثار فقه القانون الدولي الخاص منذ زمن بعيد مشكلة تنازع القوانين في صورته الأولى عندما كان التنازع قائما بين مقاطعات تنتمي إلى أعراف محلية مختلفة تثير التنازع فيما بينها، ومنذ ذلك الحين، اضطلع هذا الفقه مع نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر في شمال إيطاليا إلى وضع حلول فقهية تخص التصرفات ذات العلاقة بأكثر من قانون واحد، وانتقل بعد ذلك إلى بقية الدول الأوروبية ودول أمريكا اللاتينية .

تولى الفقه الإيطالي القديم وضع قواعد فقهية تبين القانون الواجب التطبيق على مختلف العلاقات التي تربط أشخاص ينتمون إلى مقاطعات مستقلة عرفيا تربطهم علاقات مختلفة، أبرزها تخصّ المعاملات التجارية التي كانت تجمع مدن شمال إيطاليا المستقلة عن السلطات الإقطاعية وعن هيمنة الإمبراطور الجرماني، فأصبح لكل مدينة قوانينها الخاصة مستمدة من الأعراف والتقاليد السائدة فيها[1].في هذا الصدد، اتبع هذا الفقه طريقة خاصة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق تقوم على اعتبارات عملية للوصول إلى حلول أكثر تحقيقا للعدالة وتتفق مع حاجات المعاملات الخارجية والمجسدة في الفقه التحليلي الذي لم يلتزم بتقسيم الأحوال إلى عينية أو شخصية، وإنما يضعون الحلول لمختلف حالات التنازع لكل حالة على حدة، وهذا ما أضفى عليه طابع عالمي.

أول الحلول الفقهية التي جسدها هذا الفقه والتي كرست بعضها في قواعد الإسناد الحالية، هو التمييز بين إجراءات التقاضي وموضوع الدعوى[2]، فأخضع الأولى لقانون القاضي والثانية لقانون آخر وذلك حسب طبيعة الموضوع، وأخضع العقود لقانون مكان الإبرام، وأخضعوا الجنح لقانون مكان حدوثها وهي أساس ظهور قاعدة إخضاع الفعل الضار لقانون وقوعه وهذا بجانب بقية الحلول الأخرى التي جاءوا بها بمناسبة معالجتهم لظاهرة تنازع القوانين[3].

انتقل فقه الأحوال الإيطالي القديم إلى فرنسا خلال القرن السادس عشر لوجود صلات علمية بين فقهاء الإيطاليين والفرنسيين، إلا أن الفقه التحليلي الإيطالي لم يجد منفذا ليتأصل فيها بسبب هيمنة الإقطاعية فيها منذ القرن العاشر[4]؛ والتي أثرت على نحو مباشر في الطريقة المتبعة لمعالجة تنازع القوانين، وهذا ما جسده الفقيه دارجنتريه (D'Argentré) ذو النزعة الإقطاعية الذي نادى بالتطبيق الإقليمي للقوانين تحت تأثير الظروف السياسية السائدة آنذاك، فلم يعد تحديد القانون المختص يقوم على اعتبارات علمية وحاجة المعاملات كما كان الوضع لدى الفقه الإيطالي القديم.

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص 194.

[2] – عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني،: في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1976، ص 22.

[3] – إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: تنازع القوانين،ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.

[4]– عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق، ص 28.

الطريقة التي اتبعها دارجنتريه لتحديد القانون المختص، هي تقسيم الأحوال إلى عينية موضوعها الأموال وأحوال شخصية موضوعها الأشخاص، فجعل الأولى هي الأصل تخضع للقانون الإقليمي كلما كان التصرف يتعلق بالأموال متواجدة داخل هذا الإقليم وذلك بغض النظر عن موطن أطراف العلاقة؛ على خلاف ذلك، إذا كان التصرف يتعلق بحالة الشخص وأهليته يكون القانون قابلا للامتداد ويطبق عليه قانون موطنه[1] .

بالنسبة للتصرفات التي لها علاقة بالأحوال العينية والأحوال الشخصية في آن واحد والتي تعرف بالأحوال المختلطة، أخضعها دارجنتريه لحكم الأحوال العينية ومن ثمة تخضع للقانون الإقليمي.

وجد الفقه السابق انتشارا كبيرا في بقية الدول الأوروبية والأمريكية وساد فيها لفترة معتبرة من الزمن لوجود ظروف سياسية تقوم على النزعة الاستقلالية ترفض تواجد الأجنبي، أدت إلى تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا حسب الأصل[2]، وتقليص من نطاق التطبيق الشخصي للقوانين و التعصب للإقليمية وتطبيقها على نحو مطلق مع إعطاء إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة.

مع أواخر النصف الأول من القرن التاسع عشر ظهر في الفقه الأوروبي توجه جديد يرفض تطبيق الإقليمي للقوانين وذلك بعدما زالت كل مبررات التعصب للإقليمية، ومن هنا، ظهر اتجاه في إيطاليا يتزعمه الفقيه مانشيني Mancini الذي جسد مبدأ شخصية القوانين بحجة أن القوانين توضع للأشخاص وليس للإقليم واعتبرها كأصل حتى تتبع القوانين الوطنية رعاياها أينما وجدوا . هذا مع الإشارة إلى أن هذا الفقيه أعطى مجال للتطبيق الإقليمي للقوانين في بعض الجوانب خروجا عن الأصل الذي أخذ به.

إذا كانت الاتجاهات الفقهية السابقة تقوم على مبدأ عام محدد مسبقا تخضع له العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي ويؤثر على نحو مباشر في تحديد القانون المختص، فإن الأمر لم يعد ذلك في إطار الفقه الألماني الذي أعاد إحياء الطريقة السائدة لدى فقه الأحوال التي تقوم على تحليل العلاقة القانونية لمعرفة أكثر القوانين اتصالا بها، فقد جسد الفقيه سافيني SAVIGNY فكرا جديدا مستمدا من النزعة العالمية تقوم على فكرة الاشتراك القانوني التي تستبعد التعصب للقانون الوطني، نظرا لتأثير القانون الروماني والديانة المسيحية على التشريعات الأوروبية التي وحدت فكرة العدالة التي تقوم عليها لحل تنازع القوانين هي نفسها لدى الدول.

---

[1]– وجد هذا الفقه منفذا لتواجد في الكثير من الدول التي سادت فيها النزعة الاستقلالية والرافضة لأي تواجد أجنبي، فاستقر هذا الفقه لاحقا في هولندا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 21.

[2] – نفس المرجع، ص 21–22.

في هذا الإطار اتبع سافيني طريقة خاصة لحل مشكلة تنازع القوانين تنطلق من تحليل طبيعة العلاقة القانونية التي تستخلص من أثارها لتحديد الدولة التي يوجد فيها مركز أو محور هذه العلاقة، ويكون قانونها الأنسب لحكم العلاقة[1].

هكذا يكون الفقيه سافيني قد كرس فقها جديدا في تنازع القوانين يقوم على أساس فكرة العدالة وذلك عن طريق البحث عن القانون الأنسب لحكم النزاع كونه لم يتقيد بمبدأ مسبق يقسم الأحوال إلى إقليمية (فقه دارجنتيره)، وشخصية (فقه مانشيني)، ولم يرجع تطبيق القانون الأجنبي إلى فكرة المجاملة الدولية (الفقه الهولندي)، وإنما إلى التزام دولي يقع على عاتق كل دولة بتطبيق القوانين الأجنبية مراعاة للعلاقات الخاصة الدولية[2].

أثر فقه سافيني بشكل كبير على الفقه اللاحق الذي ينتمي إلى مدارس مختلفة في ما يخص كيفية التوصل إلى القانون الواجب التطبيق والذي يكون عن طريق تركيز العلاقة القانونية لتركيزها في أحد الأنظمة القانونية دون أن يتقيد بمبدأ مسبق، كمبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين كما سبقت الإشارة .

يعتبر المنهج السافيني هو المنهج المتبع في معظم التشريعات المعاصرة، التي تجري على تقسيم العلاقات إلى فئات أو أفكار مسندة تمهيدا لإخضاع كل منها إلى أكثر القوانين ملاءمة لها بموجب قاعدة الإسناد [3].

---

[1]– استنادا إلى الطريقة التي اتبعها الفقيه سافيني ، يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي يكون موضوعها الأشياء هو قانون الموقع وهذا دون التفرقة بين العقار والمنقول ، تخضع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان تنفيذها والالتزامات الناشئة من الفعل الضار تخضع لقانون مكان منشأ الفعل.

– بدرالدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية ، (د.دن)،(د.ب.ن)، 2004، ص 53.

[2] – لهذه النظرية تأثير بالغ على طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق و هي المتبعة من قبل التشريعات الحالية في صياغة قواعد الإسناد للوصول إلى الحلول العادلة لقيامه على معايير منضبطة تكفل ربط كل علاقة بالنظام القانوني الذي يتبين أنها أكثر إتصالا به.

–فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 23–24.

[3] – خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015ص 44.

الفرع الثاني: استقرار قواعد الإسناد في القوانين الوضعية

زادت حركة تقنين قواعد التنازع بصفة عامة في الربع الأخير من القرن العشرين وقامت بتكريس مختلف الحلول الفقهية والقضائية التي تخص العلاقات الخاصة الدولية سواء كان ذلك في القوانين الوطنية أو في إطار الاتفاقيات الدولية [1] .

تولت معظم الدول تقنين الحلول الفقهية والقضائية التي برزت في مجال تنازع القوانين، فهناك من الدول من أصدرت تقنينا مستقلا يشمل العلاقات الخاصة الدولية على نحو عام بما فيها قواعد الإسناد، وهذا المسلك نجده في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987، والقانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979 وكذا في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي ينظم مختلف جوانب العلاقات الخاصة .

بالإضافة إلى هذا النوع من التقنين الشامل المستقل، هناك تقنين مستقل لكنه جزئي ينظم جانب من جوانب العلاقات الخاصة الدولية وهذا ما نجده في فرنسا التي أصدرت تشريعين في سنة 1972 و1975 المتعلقين بالتبني والطلاق والتفريق الجسماني ؛ نفس الاتجاه نجده في القانون النرويجي لعام 1980 المتعلق بالتبني [2].

هناك دول أخرى أدرجت قواعد الإسناد ضمن أحكام القانون المدني باعتبار المسألة تتعلق بتنظيم العلاقات الخاصة على نحو عام، سواء كانت علاقات وطنية أو أنها تتضمن على عنصر أجنبي، وهذا الاتجاه أخذت به معظم الدول العربية بما فيها الجزائر التي أدرجت قواعد الإسناد في الفصل الثاني من الباب الأول تحت عنوان تنازع القوانين من حيث المكان ويتكون من أربعة وعشرين مادة محصورة بين المواد 9 إلى غاية المادة 24 من نفس القانون [3].

كما ظهرت مجهودات على المستوى الدولي تسعى إلى تنظيم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي عن طريق توحيد قواعد الإسناد للتقليل من ظاهرة اختلاف الحلول المعتمدة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق. فظهرت في هذا الإطار هيئات علمية عالمية تتكفل بإعداد اتفاقيات دولية بعد أن تتولى تهيئة الظروف من الناحية القانونية الناتجة عن دراسات عميقة مسبقة تخص موضوع ذات أهمية خاصة يتطلب الأمر توحيد القواعد القانونية بما فيها تلك التي تتعلق بمسائل تنازع القوانين.

---

[1] – لمصطلح التقنين – حسب البعض – في مجال القانون الدولي الخاص معنيين، الأول تقليدي ويقصد به تحويل ما هو غير مكتوب إلى قانون مكتوب، والثاني مستجد يقوم على تحويل ما هو مكتوب إلى قانون مكتوب بصورة أفضل.
– محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2007،ص 17.

[2] – نفس المرجع، ص 20.

[3] – أمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

هناك الكثير من الاتفاقيات الدولية التي تم إبرامها لغرض توحيد قواعد الإسناد بين الدول المتعاقدة تخص مواضيع ذات أهمية خاصة بالنسبة للدول المتعاقدة والتي لا يمكن حصر نطاقها في هذه الدراسة، لذا نشير إلى أن أبرزها يظهر في مجال المبادلات التجارية التي زاد نطاقها بشكل كبير تحت تأثير عوامل مختلفة أبرزها تطور وسائل النقل . من أهم هذه المعاهدات التي لها صدى واسع على المستوى العالمي في هذا المجال هي معاهدة روما لسنة 1980 والتي تم تعديلها في 2008 والتي كرست مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون المختص في المادة الثالثة منها[1].

المبحث الثاني: إعمال قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق

يتم التوصل إلى القانون الواجب التطبيق بعد إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي ويترتب عنها اتباع مراحل متتالية يقتضيها المنهج التنازعي (المطب الأول)، وفي الأخير يتبين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعمال قواعد الإسناد

هناك مجموعة من المسائل الأولية يتعين على القاضي الوطني اتباعها عندما يعرض عليه النزاع يخص العلاقات الخاصة الدولية للوصول إلى القانون المختص، تجسيدا للطابع الفني لمثل هذه القواعد الفارغة المضمون. وتكون البداية بتكييف طبيعة النزاع لتحديد طبيعته لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة (الفرع الأول)، ليتم بعد ذلك إسناد العلاقة للقانون المختص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكييف طبيعة النزاع

يتعين على القاضي الذي عرض عليه النزاع يخص العلاقات الخاصة الدولية إجراء عملية التكييف ليتمكن من تحديد طبيعته لإدراجه ضمن أحد الأفكار المسندة ليتمكن بعد ذلك معرفة القانون المختص، وذلك راجع إلى تشعب العلاقات التي يجريها الأفراد والتي لا يقل نطاقها عن العلاقات الخاصة الداخلية ؛ هذا ما يجعل عمليا استحالة تخصيص قاعدة إسناد لكل تصرف تبين القانون الواجب التطبيق بشأنه، وإنما تصاغ هذه القواعد بشكل عام تندرج ضمنها الكثير من التصرفات التي تتشابه من حيث المضمون والأهداف وتصنف ضمن فكرة مسندة واحدة ليتولى ضابط الإسناد لاحقا تركيز هذه العلاقة في قانون دولة معينة.

---

[1]– تنص المادة الثالثة من اتفاقية روما على ما يلي:

– Convention RomeI du 17 juin sur la loi applicable aux obligations contractuelle.
http://www.legilux.publc.lu/leg/textescoordonnes/codes/cooperation_judiciaire/obligations_romeI.pdf

تسبق عملية تكييف طبيعة النزاع عملية إعمال قاعدة الإسناد لارتباط هذه الأخيرة بالأوصاف القانونية التي تلحق بالعلاقة القانونية مسبقا حتى يتم تحديد قاعدة إسناد في ما بعد تندرج العلاقة القانونية في نطاقها؛ هذه الأسبقية هي من ضروريات إعمال هذه القواعد لأن التكييف في الأساس ما هو إلا عبارة عن تفسير لقواعد الإسناد المرتبط بعملية التكييف[1].

لا تقتصر ضرورة إجراء التكييف على العلاقات الخاصة الدولية، وإنما تخصُّ كذلك فروع القانون الداخلي بمختلف أنواعه، فبمقتضاه يتم تحديد القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق التي تعطي حلا للنزاع مباشرة، فمن خلاله مثلا، يتم تحديد طبيعة العقد إذا ما كان عقدا مدنيا أو تجاريا أو هو من العقود الإدارية، ويستمر حصر طبيعة التصرف إلى أن يتم تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق بذاتها. هذا على خلاف التكييف في مجال القانون الدولي الخاص، حيث أن المشكل لا يكمن في التكييف في حدِّ ذاته، وإنما يكمن في البحث عن القانون الذي يتم به هذا التكييف والذي يؤثر على نحو مباشر على الحلول الموضوعية المقررة لذات النزاع لاختلاف الوصف الذي يلحق به نتيجة اختلاف المفاهيم القانونية الداخلية لكل دولة.

ظهرت مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص حديثا مقارنة مع بقية المواضيع التي أثارها فقه تنازع القوانين منذ ظهور فقه الأحوال، وإن كانت هذه العملية صاحبت بعض الأعمال القانونية الفقهية سابقا بطريقة غير مقصودة، فقد سبق مثلا للفقيه ديمولان خلال القرن السادس عشر(1525) إثر استشارة قانونية عرضت عليه، أن كيف النظام المالي للزوجين بأنه عقد ومن ثمة أخضعه لقانون موطن الزوجية الأول[2]، بعد ذلك الفقيه الألماني KAHN سنة 1891 الذي عالج هذه الحالة بتسمية لا تكشف عن حقيقة المشكلة وأطلق عليها اسم التنازع المستتر أو التنازع غير الظاهر[3].

ليس بعيدا عن هذه المرحلة،ظهر الفقيه الفرنسي بارتان BARTIN– الذي يرجع له الفضل في بناء نظرية كاملة في التكييف معتمدا على الممارسات القضائية في فرنسا الذي كان يخضع التكييف لقانون القاضي ومن خلاله يتم التعرف على قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق.

[1] – على هذا الأساس يعرف التكييف بأنه: " عملية تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في نطاق إحدى الفكر المسندة التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد"، أو أنها:" عملية تحديد الوصف القانوني أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية".
– صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 54–55.

[2]- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, SOMMIERES Pascal de Varicelles, Droit international privé, 8édition, DALLOZ, Paris, 2004, p91.

[3] – جمال مرسي بدر، "التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان"، بحث أعده للمؤتمر الخامس للمحامين العرب، بيروت، 1959، ص7.

في هذا الإطار، أخضع بارتان التكييف الأولي الضروري لإعمال قاعدة الإسناد إلى قانون القاضي مستندا في ذلك إلى مجموعة من المبررات التي تبيّن صحة هذا الاتجاه، من بينها أن قاعدة الإسناد تنتمي إلى القانون الوطني ومن ثمة يتم تفسيرها وفقا لهذا القانون، إضافة إلى ذلك، نجد أن هذا الموقف تبرره حجة منطقية تتمثل في أنه لا يمكن إخضاع التكييف لقانون آخر قبل أن يتم معرفة هذا القانون[1].

تتم عملية التكييف في كل الحالات وفقا لقانون القاضي وحتى لو لم يكن هذا الأخير ليس هو الواجب التطبيق، وأكثر من ذلك، حتى لو لم يكن من القوانين المرشحة أصلا لحكم النزاع[2].

أورد الفقيه بارتان بعد القيود تحدُّ من الأصل السابق الذكر، وتتمثل في كل من التحفظ والاستثناء؛ فبالنسبة للقيد الأول – التحفظ–، يكون لاحقا على إعمال التكييف الأولي الضروري الذي يخصّ المسائل القانونية التي يصادفها القاضي عند تطبيق القانون المختص ويتطلب الأمر معرفة وصفها، وأخضعها للقانون المختص باعتبارها – هذه المسائل – جزءا لا يتجزأ من الحكم الموضوعي الذي يتضمنه القانون الواجب التطبيق[3].

بالنسبة للاستثناء الذي جاء به كذلك بارتان BARTIN يخص تكييف الالتزامات التعاقدية والأموال إذا ما كانت عقارا أو منقولا. ففي هاتين الحالتين يتم الخروج عن الأصل وإخضاع التكييف الأولي لقانون آخر؛ في ما يخص الحالة الأولى – الالتزامات التعاقدية– يتم تكييفها وفقا لقانون الإرادة تماشيا مع المبدأ السائد منذ زمن بعيد الذي يخضع العقد الدولي لقانون الإرادة. بالنسبة للاستثناء الثاني يخص تكييف الأموال إذا ما كانت عقارا أو منقولا لقانون مكان تواجد هذه الأموال حفاظا على سلامة واستقرار المعاملات المالية[4].

من جانب آخر، هناك بعض الفقه رفض إخضاع التكييف الأولي لقانون القاضي وذلك بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تتجاوز في الأصل نطاق القانون الداخلي، ومن ثمة يتعين الخروج من المفاهيم الوطنية الضيقة والولوج في المفاهيم خارج الإطار التشريعي للدولة ؛ في هذا الإطار هناك من أراد إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق مستندين في ذلك إلى حجج متعددة أبرزها، تلك التي تقضي بضرورة إعطاء الاختصاص للقانون الواجب التطبيق الذي عينته قاعدة الإسناد في القانون الوطني بتكييف هذا النزاع[5].

---

[1]- DERRUPPE jean, Droit International privé,9e édition, DALLOZ, 1990,p63.

[2] – صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 56.

[3]– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 66.

– المثال على هذه الحالة أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية بصفته قانون الإرادة، خلال تطبيق هذا القانون يعين على القاضي تحديد طبيعة العقد إذا ما كان مثلا هو إيجار أو بيع أو عقد شركة .

[4] – إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ص94–95.

[5] – فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 68–69.

من جهة أخرى، هناك نظريات فقهية تخضع التكييف للقانون المقارن ومن بين أنصارها الفقيه الألماني Rabel الذي تبنى نزعة عالمية في معالجة مواضيع تنازع القوانين بحجة أن تنازع القوانين يتصف بالدولية ومن ثمة يتعين استخلاص مفاهيمه من الدراسة المطلقة لقوانين وفقه وقضاء الدول المتمدنة [1]؛ ومن هنا يتعين على القاضي عند إجراء التكييف استخدام المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم عالمية تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص[2].

إذا كان هناك ما يبرر صحة هاذين الاتجاهين من الناحية النظرية كونهما يتماشيان مع الطبيعة الدولية للعلاقة التي تقتضي الخروج في الكثير من الحالات من تطبيق القوانين الوطنية، لكن هذا التوجه لا يمكن تجسيده في واقع الأمر لاعتبارات عملية وذلك لأمرين؛ الأول، هو أنه لا يمكن إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق وفي الوقت الذي لم يتبين هذا القانون، وهذا بالنسبة للاتجاه الأول، والأمر الثاني، هو أن القاضي الوطني ليس بإمكانه الإلمام بكل قوانين دول العالم ليستخلص منها مختلف المفاهيم التي تساعده على إجراء التكييف وهذا بالنسبة للاتجاه الثاني، لكن هذا لا يمنع القاضي من إمكانية الأخذ بالقوانين الأجنبية على سبيل الاستئناس عندما يتم إجراء التكييف وفقا للقانون الوطني.

وجدت نظرية بارتان التي تخضع التكييف الأولي لقانون القاضي صدًى واسعا في التشريعات الوضعية وبمختلف توجهاتها، بما فيها التشريع الجزائري الذي ساير هو الآخر ما ورد في القوانين الوضعية وهذا ما يظهر على نحو صريح في نص المادة التاسعة من القانون المدني والتي نصّت على أن: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

يخضع التكييف الأولي الضروري لإعمال قاعدة الإسناد للقانون الجزائري وبمختلف أنواعه، فهو الذي يبيّن وصف العلاقة حتى يتم إدراجها ضمن أحد الأفكار المسندة لتتولى قواعد الإسناد لاحقا تركيزها في أحد الأنظمة القانونية. هذا مع الإشارة إلى أن النص السابق الذكر أشار إلى التكييف الأولي دون التكييفات اللاحقة التي تصاحب القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي وذلك وفقا لما ورد في النص السابق وهو كالآتي:"...لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" .

[1]– غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان ، ص115

[2] - DERRUPPE Jean,op.cit, p 64.

الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري عند تعديل قواعد الإسناد في 2005، هو إدخال استثناء بارتان الذي يقضي بتكييف المال إذا كان عقار أو منقول إلى قانون مكان تواجد المال ؛ وهذا في نص المادة 1/17 من نفس القانون والتي نصّت على أن: " يخضع تكييف المال سواء عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها". بهذا الاستثناء يكون المشرع الجزائري خالف التشريعات الأخرى التي لم تنصص عن هذا الاستثناء كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري الذي أشار إليه في المذكرة الإيضاحية والذي لم يظهر لاحقا في القانون المدني[1].

الفرع الثاني: إسناد العلاقة القانونية للقانون المختص

وهي المرحلة الثانية التي تأتي مباشرة بعد عملية التكييف الأولي الذي يكشف عن القانون المختص وذلك من خلال ضوابط الإسناد التي تركز العلاقة القانونية في أحد القوانين الوطنية. فيعني هذا أن عملية الإسناد لاحقة على عملية التكييف الأولي من خلالها يتم وضع المسألة محل النزاع في حكم القواعد الموضوعية لأحد القوانين الوطنية التي تكشف عنها ضوابط الإسناد.

إذا كان التكييف الأولي يخضع كما سبقت الإشارة إلى قانون القاضي والذي هو في الأصل عبارة عن تفسير لقاعدة إسناد، فإن تحديد مفهوم ضابط الإسناد يكون كذلك وفقا لهذا القانون باعتباره شق من قاعدة الإسناد، أو هو ركن من الأركان الداخلية لهذه القواعد ؛ فإذا تبنت هذه القواعد مثلا ضابط الجنسية، يتعين في هذه الحالة الرجوع إلى القانون الوطني – قانون القاضي– للبحث عن مفهوم الجنسية [2].

يستمد ضابط الإسناد من أكثر عناصر العلاقة القانونية أهمية المجسدة في ثلاثة طوائف أساسية والتي تعرف بالأفكار المسندة المتمثلة في ثلاثة عناصر مجسدة في كل من عنصر الأشخاص وعنصر السبب وأخيرا عنصر الموضوع؛ فيقدر المشرع أهمية هذه العناصر ليستخلص منها ضوابط إسناد تعكس هذه الأهمية، كونها تشكل مركز الثقل فيها.في هذا السياق قد أخذ من عنصر أطراف العلاقة القانونية ضابط إسناد والذي يمكن أن يكون قانون الجنسية أو الموطن، ومن عنصر السبب ضابط الإرادة في الالتزامات التعاقدية، وكذلك من عنصر موضوع العلاقة ضابط مكان تواجد المال.

تؤثر طبيعة العلاقات القانونية في عملية الإسناد للقانون الواجب التطبيق والذي يظهر في تنوع ضوابط الإسناد ذاتها و تؤثر بدورها في اختلاف أساليب الإسناد، والتي تكمن في كل من أسلوب الإسناد البسيط وأسلوب الإسناد المركب.

---

[1]– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

[2]– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص 41.

بالنسبة لأسلوب الإسناد البسيط، يظهر في بعض القواعد التي تحتوي على ضابط إسناد واحد ويؤدي إلى تطبيق قانون واحد يحكم النزاع، ويكون في الحالات التي يريد فيها المشرع تكريس نظام اجتماعي ديني تظهر فيه قوامة الرجل على الأسرة، فيخضع النزاع إلى قانون جنسية الزوج [1]، فهذا الإسناد أخذ به المشرع الجزائري في موضوع الطلاق وأثاره في نص المادة 12 من القانون المدني التي ورد فيها ضابط إسناد واحد وهو قانون جنسية الزوج[2].

على خلاف الإسناد المركب الذي تتعد فيه القوانين الواجبة التطبيق بشأن مسألة واحدة ويكون في القواعد التي تحتوي على أكثر من ضابط إسناد واحد، و حتى في حالات احتوائها على ضابط إسناد واحد، تكون هناك إمكانية تطبيق أكثر من قانون في الوقت ذاته، ويكون في حالة الإسناد الموزع أو الإسناد الجامع.

1- الإسناد الموزع: يكون عن طريق تطبيق قانونين في آن واحد وعلى نفس النزاع ويكون على طرفين مختلفين؛ فإخضاع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية الزوجين، يؤدي هذا إلى تطبيق قانون جنسية الزوجة عليها، وقانون جنسية الزوج على هذا الطرف الأخير [3].

2- الإسناد الجامع: يجب أن تتوفر في هذا النوع من الإسناد كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسية الزوجين لصحة الزواج في آن واحد، بمعنى أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية في قانونه وكذا في قانون جنسية الزوجة، كما يجب كذلك أن تتوفر في الزوجة كل الشروط التي يتطلبها قانون جنسيتها وكذلك في قانون جنسية الزوج[4].

3- الإسناد التخييري: في هذه الحالة تتعدد ضوابط الإسناد وتكون على قدم المساواة من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث تعطى للأطراف إمكانية اختيار أحد القوانين لتكون واجبة التطبيق على شكل تصرفاتهم حتى لو كانت باطلة وفقا لبقية القوانين الأخرى. وهذا النوع من الإسناد مجسد في نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي تنص : " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 46.

[2] - تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري على أن: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني ،القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[3] - وهذه الحالة تنص عليها المادة 11 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن: يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

[4] - تطبيق أسلوب الإسناد الجامع على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج يؤدي في الكثير من الحالات إلى صعوبة إبرام عقود الزواج لاستحالة توافقهما على هذه الشروط من الناحية العملية ، لذا فمن الأحسن أن يتم تفضيل الإسناد الموزع كأصل واقتصار تطبيق الإسناد الجامع على موانع الزواج لخطورتها.

- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 69.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية ".

يحتوي هذا النص على أربعة ضوابط إسناد مما يعني وجود أربعة قوانين يمكن للأطراف اختيار أي منهما دون إتباع التدرّج الوارد في النص وذلك حفاظا على سلامة صحة التصرفات من حيث الشكل.

4- الإسناد الذي يكون على سبيل التدرج: في هذه الحالة تتعدد ضوابط الإسناد ويتم إعمالها وفقا للتدرج الوارد في النص إذا ما تحققت شروط إعمالها، وهذه الحالة نجدها في قاعدة الإسناد التي تخص العقود الدولية والتي تخضع حسب الأصل لقانون الإرادة، وفي حالة عدم وجود الاختيار يتم إعمال الضوابط الاحتياطية على سبيل التدرج الوارد في النص.

يمكن إضافة الاستثناء الذي يخص قانون الإرادة، والذي يتم إعماله إذا ما كان العقد الدولي ورادا على العقار، فيتم تعطيل الأصل وهو قانون الإرادة وتطبيق قانون مكان تواجد العقار على العقد[1].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

يكمُن الحل الموضوعي للنزاع الذي يشتمل على العنصر الأجنبي في ذلك القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد في قانون القاضي والذي يمكن أن يكون هو قانون المحكمة أو قانون أجنبي. في حالة تطبيق هذا القانون الأخير يجد القاضي نفسه يطبق تشريع لا ينتم إليه مما يثير مجموعة المسائل تخص تطبيق هذا القانون (الفرع الأول). هناك حالات لا يتم تطبيق القوانين الأجنبية لاعتبارات كثيرة سواء تلك التي تخص مصالح القانون الوطني أو تخص مصالح الأطراف على نحو خاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول:تطبيق القانون المختص

هناك مسألة أولية تثار عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي والمتمثلة فيما إذا كان يتم تطبيق القواعد الموضوعية دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين في القانون الذي عينته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، أو أنه يتم تطبيق قواعد الإسناد بداية قبل تطبيق القواعد الموضوعية؟.

[1] – في هذا الخصوص تنص المادة 18 من القانون المدني على ما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ".

وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار ، قانون موقعه".

يترتب عن التساؤل السابق نتيجة في غاية الأهمية،تتمثل في وجود الإحالة من عدمها، فتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة في هذا القانون يؤدي إلى استبعاد ما يعرف بالإحالة وإن كان هذا يمكن أن يشكل اعتداء واضحا على هذا القانون إذا ما كانت قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص[1].

في حالة استشارة قواعد الإسناد فيه قبل تطبيق القواعد الموضوعية، يمكن أن ترفض الاختصاص وتحيلنا من جديد إلى القانون الوطني أو إلى قانون أجنبي آخر.

اتخذت التشريعات الوطنية مواقف متباينة بشأن هذه الإحالة، فهناك من رفض الأخذ بها على نحو مطلق كما هو الشأن بالنسبة لمعظم للتشريعات العربية [2]، وهناك دول أخذت بها وبنوعيها – الإحالة من الدرجة الأولى والثانية– كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي واللبناني والإنجليزي والقانون النمساوي والألماني[3]، بالمقابل هناك بعض الدول أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى التي تعيد الاختصاص من جديد للقانون الوطني دون الإحالة التي ترجع الاختصاص للقانون الأجنبي[4].

في كل الأحوال يكون الإسناد للقانون الداخلي للدولة، دون أن يشمل القواعد ذات الطابع العالمي تخصّ التجارة الدولية والتي تعرف بالقواعد الموضوعية أو المادية؛ باعتبار منهج تنازع القوانين يقوم على فضّ التنازع القائم بين قوانين دول مستبعدا في ذلك أي إمكانية تطبيق مثل هذه القواعد ذات المصادر المتعددة أبرزها العرف الدولي.

إذا ما تبين في الأخير أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي وقبل الاختصاص، يتم في هذه الحالة تطبيق أحكامه الداخلية للفصل في موضوع النزاع، ويطبق القاضي قانونا صادرا من دولة لا ينتم إليها ؛ ومن هنا يطرح تساؤل في غاية الأهمية يتمثل فيما إذا كان هذا القانون هو في نفس المرتبة مع القانون الوطني أو غير ذلك. في هذا الإطار ظهر اتجاهان أساسيان، الأول يعتبر أن هذا القانون ما هو إلا واقعة من الوقائع، والثاني يعتبره بمثابة قانون ولو كان بدرجة أقل من حالة تطبيق القانون الوطني.

---

[1] – تترتب الإحالة إذا ما كانت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ترفض الاختصاص وترجع هذا الاختصاص إما لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر.

[2] – وهذا ما أخذ به مثلا المشرع المصري في نص المادة 27 من القانون المدني والتي تنص: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

[3] – عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية ،ص 179 وما يليها.

[4] – هذا ما أخذ به مشرع الإمارات العربية المتحدة في نص المادة 26 من قانون المعاملات العربية، وكذا المشرع الجزائري في نص المادة 23مكرر 1 التي تكاد تتطابق مع نص المادة السابقة في قانون الإمارات.

– في كل الحالات يجب استبعاد الإحالة في العقود الدولية لتعارضها مع الإرادة، فهذا أخذت به محكمة النقض الفرنسية وذلك في أحد أحكامها الصادرة في سنة 1997 وجاء على النحو التالي:

« La mise en œuvre de la loi d'autonomie est exclusive de tout renvoi ».
LEQUETTE Yves, « Renoi », Encyclopédie de droit international, DALLOZ ?2003, p7.

1 –القانون الأجنبي كواقعة: لا يمكن اعتبار القانون الأجنبي – حسب هذا الاتجاه – في نفس المرتبة مع القانون الوطني، فهو صادر من سلطة لا ينتم إليها القاضي الوطني ليلتزم بأحكامه وكما لا يعبر عن السيادة الوطنية،ولهذا لا يمكن اعتباره كقانون وإنما هو بمثابة واقعة من الوقائع.

يترتب على اعتبار القانون الأجنبي كواقعة مجموعة من النتائج، أبرزها أن القانون الأجنبي غير ملزم للقاضي الوطني من حيث التطبيق، إلا إذا طلب الأطراف ذلك صراحة؛إذا ما تمسك به الأطراف يكون غير ملزم بإثبات مضمونه، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض إذا ما أخطأ في تطبيق أحكامه.

يترتب عن الاتجاه السابق إلحاق أضرار بالمصالح الخاصة للأفراد على المستوى الدولي نتيجة لإهدار الحكمة من وضع قواعد الإسناد التي تراعي مثل هذه المصالح المرتبطة بأكثر من قانون واحد، فالأطراف ليس بإمكانهم إثبات القانون الأجنبي ولا تفسير مضمونه، ولا تضمن لهم محكمة النقض سلامة تطبيق هذا القانون .

2– القانون الأجنبي كقانون: تماشيا مع حقيقة وضع قواعد الإسناد التي تصطفي حسب الأصل القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، يتعين اعتبار القانون الأجنبي بمثابة قانون أمام قاضي دولة أجنبية، فتطبيقه يكون إلزامي نتيجة إلزامية تطبيق قاعدة التنازع حتى لو لم يتمسك بها الأطراف، وتكمن العلة في ذلك في أن هذه القواعد هي من وضع المشرع الوطني ولا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى، ومن ثمة لا تفقد طابعها الإلزامي حتى لو تم تطبيقها خارج نطاق الإقليم التي صدرت فيه.

إذا كانت القواعد القانونية – غير قواعد الإسناد – تهدف إلى تنظيم العلاقات الداخلية لغرض استقرار المعاملات بين الأفراد، فإن قواعد الإسناد تسعى هي الأخرى إلى تحقيق نفس النتيجة على المستوى الدولي، ومن ثمة يتم إعمالها على نحو إلزامي، كما يجب أيضا على القاضي إثبات هذا القانون بوسائل مختلفة حتى لو استعان بالخصوم. في كل الأحوال يخضع – القاضي – لرقابة محكمة النقض.

أخذت معظم القوانين المقارنة بهذا الاتجاه المؤكد للصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد وما يترتب عنها من اعتبار القانون الأجنبي كقانون كما هو الشأن بالنسبة للقانون التركي والإسباني، و ما أخذ به كذلك مجمع القانون الدولي في دورته العاشرة المنعقدة سنة 1979، كما غير القضاء الفرنسي من موقفه في الأحكام اللاحقة حيث اعتبر قاعدة التنازع ملزمة للقاضي [1].

لم يبين المشرع الجزائري موقفه بخصوص مركز القانون الأجنبي في قواعد الإسنادعلى نحو صريح، لكن بالرجوع إلى ما يتضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 358 التي تبين حالات الطعن بالنقض، يمكن استخلاص موقفه ولو بصفة ضمنية، وذلك عندما سوى بين الحالة الخامسة التي تتعلق بمخالفة القانون الوطني والحالة السادسة التي تخص مخالفة القانون الأجنبي يتعلق بقانون الأسرة ؛ يعني هذا بمفهوم

[1] – احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص 83وما يليها.

المخالفة أن القانون الأجنبي هو بمثابة قانون لأن الوقائع لا تخضع لرقابة محكمة النقض[1]، وما عدا هذه الحالة، يعتبر القانون الأجنبي في المواضيع أخرى كواقعة.

يجب التسليم في ظل التطورات الحالية للعلاقات الخاصة الدولية أن تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد في قانون القاضي أنه بمثابة قانون تترتب عنه كل النتائج المتعلقة بهذه الصفة، هذا مع أخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي تترتب من تطبيقه كونه ينتمي إلى دولة غير دولة القاضي حتى لا تتضرر مصالح الأطراف .

الفرع الثاني: حالات تعطيل إعمال قواعد الإسناد

هناك حالات لا يتم فيها تطبيق القانون الأجنبي المختص من قبل القاضي الوطني، وذلك إذا ما كان يخالف مختلف الأسس الجوهرية في قانونه أو تقرر له الاختصاص عن طريق الغش (أولا). أكثر من هذا، قد يتجاهل القاضي أصلا إعمال قاعدة الإسناد إذا ما كانت العلاقة القانونية تدخل في نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري (ثانيا).

أولا: استبعاد القانون الأجنبي وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون

يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي المختص إذا ما كانت أحكامه تتناقض مع القواعد الآمرة في قانونه وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام. فالسماح بتطبيق القوانين الأجنبية يجب أن يكون في الحدود التي لا تمس بمختلف الأسس الجوهرية التي يقوم عليها، فلا يجب أن يصل الاختلاف السائد بين التشريعات والذي هو أساس تنازع القوانين إلى حد التناقض، ولو حدث ذلك – وجود تناقض– فيتعين في هذه الحالة استبعاد هذا القانون حتى لا يكون هناك اعتداء على أحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي.

فالنظام العام وفقا لهذه الحالة، هو صمام الأمان من خلاله يتم حماية المصالح العامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الفرد ؛ وتختلف الوسائل لحمايته حسب اختلاف طبيعة العلاقة[2]، فإذا ما كانت وطنية فالوسيلة تكون عن طريق إبطال التصرفات التي تتم وفقا

---

[1] – قانون رقم 08– 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جر عدد 21، المؤرخة 23 افريل 2008.

[2] – اختلاف وسائل حماية النظام العام لا يعن وجود نظام عام والآخر دولي، فما يسمى بالنظام العام الدولي هو في حقيقة الأمر نظام عام داخلي.

– عمارة مسعودة ،" إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015، ص401–402.

لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1]؛ و في مجال العلاقات الخاصة الدولية يكون عن طريق استبعاد القانون المختص الذي تتناقض أحكامه مع القانون الوطني [2].

تظهر أهمية فكرة النظام العام على المستوى الدولي في أن معرفة القانون المختص يكون في مرحلة لاحقة على إعمال قواعد الإسناد التي تبين القانون المختص بكيفية مجردة، فأصبح من الضروري أخذ احتياطات مسبقة بشأن هذه القوانين الغريبة عن المحيط الداخلي لدولة القاضي،هذا ما أثاره فقه تنازع القوانين منذ زمن بعيد وإن كان بمفاهيم مختلفة إلى أن أكد على دورها الفقيه الألماني سافيني[3]، وبعد ذلك استقرّت في مختلف التشريعات الوطنية وأصبحت كشقّ سلبي لقاعدة الإسناد الذي يُعلق تطبيق القوانين الأجنبية على شرط عدم المساس بالأسس الجوهرية، وهذا بجانب الشقّ الإيجابي الذي يبين القانون الواجب التطبيق[4].

كلما تم استبعاد القانون الأجنبي الذي تتعارض أحكامه مع القانون الوطني، يتم تطبيق القانون الوطني في محله[5]، ويقتصر الاستبعاد على الأحكام التي تتناقض مع القانون الوطني دون أن يتعدى لبقية القواعد الأخرى في هذا القانون.

هناك حالة أخرى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي ليس لكونه متناقضا مع القانون الوطني، وإنما لثبوت اختصاصه عن طريق الغش نتيجة ما يجريه الأطراف من تغيير في ظروف الإسناد الإرادي فتؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي تهربا من حكم القواعد الآمرة في القانون المختص لو لم يتم هذا التحايل [6].

يمكن أن يكون الغش نحو القانون نتيجة ما يقوم به أحد الأطراف بمفرده لتغيير ظروف الإسناد لتحقيق مصلحة خاصة به تلحق ضررا بالطرف الآخر، أو أن تتجه إرادتهما معا للتحايل على القانون المختص إذا ما جمعتهم مصلحة مشتركة. والمثال على الحالة الأولى نجدها في تلك القضية التي أثارت مشكلة الغش نحو القانون لدى القضاء الفرنسي في قضية مشهورة تعرف بقضية " Affaire de Baufferment" وفيها قامت زوجة الأمير الفرنسي بالتجنس بجنسية ألمانية لغرض تطبيق هذا القانون باعتبار القانون الفرنسي آنذاك يمنع

---

[1] – تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

[2]– تنص المادة 1/24 من القانون المدني:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر....".

[3]– فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المجع السابق، ص 218

[4] – نفس المرجع، ص 219.

[5] – تنص على هذه الحالة المادة 2/24 وذلك على نحو التالي : " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

[6] – في هذا الخصوص راجع:

« VIANGALI François, « La question de la fraude a la loi dans le droit international privé des contrat », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 25éme année – 84 numéro, 2000, p1142.

الطلاق، وبالفعل تحصلت على الطلاق وتزوجت بأمير روماني . بعد أن طعن الزوج قضائيا أما الجهات القضائية الفرنسية صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يكشف بوجود غشّ نحو القانون الفرنسي ومن ثمة إبطال الزواج الثاني[1].

بالنسبة للحالة التي تتجه إرادة الطرفين معا للتحايل على القانون المختص، يكون مثلا في تحويل العقد الداخلي لعقد دولي، كما لو سافر جزائريان إلى فرنسا لإبرام العقد الذي ينفذ في الجزائر، لغرض تطبيق القانون الفرنسي أمام القضاء الجزائري. فيتم في هذه الحالة استبعاد هذا الاختيار وتطبيق القانون الوطني محله، لأن إعمال سلطان الإرادة يجب أن لا يكون صوريا وإنما يجب أن جديا وأمينا[2].

كلما تبيّن أن السبب الرئيسي من تغيير بعض ظروف الإسناد كان لسبب الهروب من القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، يتعين في هذه الحالة التصدي لمثل هذه النية ذات النوايا غير البريئة عن طريق استبعاد القانون الذي ثبت له الاختصاص عن طريق الغشّ وتطبيق القانون الذي تمّ التحايل على أحكامه سواء كان قانون القاضي أو قانون دولة أخرى[3].

ثانيا: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

هناك مجموعة من القواعد القانونية في المحيط الداخلي لكل دولة بلغت درجة من الإلزامية لارتباطها بمجموعة من المصالح العامة أو الخاصة تفرض أحكامها متجاهلة طبيعة العلاقة إذا ما كانت وطنية محضة أو تحتوي على عنصر أجنبي وتفرض أحكامها بمجرد دخول العلاقة في نطاق سريانها[4].

---

[1] – ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص، درا الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ص249.

[2] – فضيل نادية ، الغش نحو القانون، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامع الجزائر، 1984، ص114.

[3] – في هذا الخصوص تنص المادة /124 من القانون المدني:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذ كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، **أو ثبت له** الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

[4] – ابرز التسميات التي أطلقت على هذه القواعد هي: قواعد البوليس والأمنRègle de police et de sûreté ، قواعد الفورية التطبيقRègle d'application immédiate ، القواعد الدولية الآمرةLes règles Internationalement impératives ، قواعد النظام العام Lois d'ordre public. للمزيد من التفاصيل بشأن مضمون هذه التسميات راجع:

– عيد عبد الحفيظ ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،ص 289 وما يليها .

أُطلقت على القواعد مجموعة من التعارف ومن بينها نجد : " هي قواعد داخلية يبلغ طابعها الآمر حدا يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في إطار سريانها المكاني ولو كانت العلاقة المطروحة تتسم بطابعها الدولي، وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق في شأنها بمقتضى منهج تنازع القوانين والذي اقتصر إعماله على كافة جوانب العلاقة عدا ما كان داخلا في مجال تطبيق قواعد الإسناد"[1]. كما عرفها الفقيه الفرنسي Francescakis بأنها:

« Lois dans l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du paye » [2].

تسعى القواعد ذات التطبيق الضروري إلى حماية مصالح جديرة بالحماية سواء كانت تتعلق بالجانب الاقتصادي أو السياسي والاجتماعي والتي تظهر في القواعد التي تحمي الطرف الضعيف كما هو الشأن بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلك أو تلك التي يبرمها العامل .

كلما تبين للقاضي الوطني أن هناك قواعد تندرج ضمن الوصف السابق الذكر، يقوم بإعمالها مباشرة على النزاع المعروض دون أن يهتم بالعنصر الأجنبي الذي يثير التنازع، فتفقد قاعدة التنازع أهميتها ليتم تطبيق القانون الذي تنتمي إليه هذه القواعد سواء كان هو قانون القاضي أو قانون أجنبي.

يتولى القاضي الوطني تطبيق كل القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانونه سواء كان قانون المختص هو قانون القاضي أو قانون دولة أجنبية؛ فإذا كنا أمام الحالة الأولى – تطبيق قانون القاضي– فيتم تطبيق هذا القانون بكل قواعده سواء كانت من النظام العام، أما إذا كان القانون المختص هو قانون الأجنبي يجب البحث في هذه الحالة عن هذه القواعد في قانون القاضي وإعطاء لها الأولوية في التطبيق حتى لو كان هناك ما يقابلها في القانون الأجنبي [3] .

---

[1] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،2001 ص 286.

[2] - MONAGER Françoise 69.

– هذا مع الإشارة أن المشرع الجزائري استعمل تسمية قواعد الشرطة والأمن في نص المادة الخامسة من القانون المدني تأثرا بنص المادة 1/3 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص :

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».
- Code civile français, op.cit

[3] –في هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اتفاقية روما على ما يلي:

« Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte a l'application des lois de police du juge saisie ».

إذا لم تكن هناك مثل هذه القواعد في قانون القاضي تريد الانطباق، يتم في هذه الحالة تطبيق هذه القواعد في القانون الأجنبي سواء كان مختصا بمقتضى قاعدة إسناد أو أن له علاقة بالنزاع كل هذا لغرض كفالة احترام مضمونها لتجسيد أهدافها من قاضي أجنبي لمحاربة أي غشّ يصدر من الأطراف غرضه استبعاد الأحكام الآمرة التي تحمي مصالح مختلفة ؛ وهذا يجب ألا يمس النظام العام في دولة القاضي [1].

خاتمة

اختلاف العلاقات الخاصة الداخلية عن العلاقات الخاصة الدولية ترتب عنه اختلاف أساليب فضّ النزاعات التي تترتب عنهما، فمن غير المنطقي أن تخضع العلاقة المرتبطة بأكثر من قانون واحد لأحكام القانون الوطني الذي شرع لحكم الروابط الداخلية؛ هذا ما دفع بفقه قانون الدولي الخاص منذ زمن بعيد إلى اقتراح حلول فقهية من خلالها يتم التوصل إلى أفضل القوانين ملاءمة لحكم مختلف النزاعات التي تترتب من هذه العلاقات والتي تبنتها التشريعات المختلفة.

والآلية الحالية التي يتم من خلالها فضّ النزاعات الخاصة الدولية قاعدة الإسناد التي تكشف عن القانون المختص بكيفية فنية يطغى عليها الطابع التجريدي تكشف عن القانون المختص بعد اتباع مجموعة من الخطوات المتتالية تؤدي في الأخير إلى تركيز النزاع في أحد الأنظمة القانونية لتتولى القواعد الموضوعية الفصل في موضوع النزاع.

تندرج قاعدة الإسناد ضمن المنهج التنازعي الذي ساد وسيطر لفترة معتبرة من الزمن الذي تكفل بتقديم الحلول لمثل هذه العلاقات، وفي إطاره تتساوى القوانين ذات الصلة بالعلاقة من حيث التطبيق تجسيدا لاعتبارات العدالة التي تجعل من القانون الواجب التطبيق أكثر ملائمة لحكم النزاع حتى لا تضرر مصالح الأفراد.

لا يمكن القول في كل الأحوال أن المنهج التنازعي هو الأنسب في حل النزاعات الخاصة الدولية، وإنما تكتنفه في واقع الحال مجموعة من الانتقادات نتيجة للغموض والصعوبات التي تترتب بداية من إعمال قاعدة الإسناد ذاتها إلى غاية تطبيق القانون المختص . كما لا يصلح هذا المنهج – المنهج التنازعي– في مسايرة العقود الدولية العابرة للقارات التي تخضع لقواعد موحدة عالميا تطبق على النزاع مباشرة دون المرور على آليات قاعدة التنازع، ويكون هذا في إطار منهج منافس للمنهج التنازعي يعرف بالمنهج المباشر.

بالرغم من الانتقادات الموجهة لقاعدة الإسناد التي تبين في مجملها تعقيدا أو قصورا في حل مختلف النزاعات الخاصة ذات الطابع الدولي، إلا أن فعالية قاعدة الإسناد لا يمكن نكرانها وتجاهلها في مثل هذه العلاقات، فهي توزع الاختصاص التشريعي برؤية وطنية مع أخذ بعين الاعتبار البعد الدولي للعلاقة .

[1] – عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 331 وما يليها