

مقدمة:

إن المجتمع ليس بمعزل عن بقية المجتمعات، وكذلك الأفراد في تعاملاتهم داخل إقليم الدولة أو خارجه، مع نظرائهم من أفراد الدولة أو مع أشخاص ينتمون إلى دولة أخرى، لذلك كان من الضروري البحث عن قانون يحكم هذه العلاقات لتحقيق قدر أكبر من العدالة.

ونظرا لاختلاف القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل كل مجتمع عن الآخر، كان من الضروري البحث عن قانون يراعي هذا الاختلاف، ويحكم العلاقات الخاصة بين الأشخاص مختلفي الجنسية.

ولأن القانون العام الدولي ينظم علاقات الدول فيما بينها، والقانون العام الداخلي فينظم علاقات الدولة باعتبارها صاحبة السيادة مع مواطنيها، والقانون الخاص فينظم العلاقات الخاصة للأشخاص داخل المجتمع. غير أن العلاقات القانونية محل الدراسة ليس مجالها علاقات الدول، ولا هي قاصرة على العلاقات داخل الدول الواحدة، بل قد تكون بين شخصين من دولتين مختلفتين، أو يكون محلها أو سببها يقع في دولة أخرى، مما يعني أن القوانين السابقة جميعها وبشتى أنواعها لا يمكنها أن تنظم هذه العلاقات، وهذا الذي يدفع بالبحث عن القانون المناسب لتنظيمها، وهو قانون يتعدى الحدود الإقليمية للدولة دون أن يرقى إلى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي، وهو ما يسمى القانون الدولي الخاص.

وسوف نعالج الموضوع الأهم في القانون الدولي الخاص، وهو تنازع القوانين، الذي عرف اهتماما في القانون المقارن، وإذ يعتبر المجال الخصب لينمي الطالب قدراته على توظيف كثير مما حصله من مفاهيم وأسس وأحكام في سنواته الدراسية السابقة، خاصة في مجال القانون الخاص، بدراسة قواعد قانونية وطنية متميزة في صياغتها ومضمونها تخرج به عن نطاق القانون الوطني إلى النطاق الدولي ثم تعيده، حيث يجد تحقيق السياسة التشريعية الوطنية.

وسوف تقتصر دراستنا على أهم المواضيع؛ وهي تلك التي تتضمن المبادئ العامة لتنازع القوانين، الإسناد، والتكييف، والإحالة، وتطبيق القانون الأجنبي، وحالات استبعاده، فلا نستطيع حل أي نزاع يخص العلاقات ذات العنصر الأجنبي إلا بفهم هذه المواضيع وتطبيق هذه المبادئ، وتبقى الحلول الوضعية لتنازع القوانين، والدراسة التفصيلية لقواعد الإسناد المختلفة سوف نخصص لها جزءا آخر بإذن الله، وقبل ذلك كله نرجع على بعض المفاهيم العامة لتنازع القوانين في مبحث تمهيدي.

مبحث تمهيدي:

مفاهيم عامة في تنازع القوانين

نتناول مفهوم تنازع القوانين، بالتطرق إلى تعريفه وتمييزه عن ما يشابهه من أنواع التنازع الأخرى (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى تحديد شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين

نعرف بداية تنازع القوانين (الفرع الأول)، ثم نحاول تمييزه عن ما يشابهه من أنواع التنازع الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التنازع

إن تنازع القوانين "معنى يقوم في ذهن المشرع الوطني مفاده جريان الموازنة ما بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة"⁽¹⁾.

ويسمى البعض تنازع القوانين "تنازع الاختصاص التشريعي"، ويسميه آخرون "تنازع القوانين من حيث المكان"، ولكن يعاب على هاتين التسميتين اشتغالهما على مصطلح "تنازع"، التي تفيد معنى المناضلة، لذلك استعمل الفقهاء الهولنديين في القرن السابع عشر مصطلح "تسابق القوانين"، واستعمل الفقهاء الانجليز مصطلح "اختيار القوانين"، لكن لم يكتب لهما المصطلحين النجاح، وبقي مصطلح التنازع شائع الاستعمال.

ونظرا إلى وجود تنازع داخلي في الدولة الواحدة بين القوانين القديمة والقوانين الحديثة، الذي هو "تنازع القوانين من حيث الزمان" فقد عملت التشريعات على تمييز تنازع القوانين عنه فاعتمدت "تنازع القوانين من حيث المكان"، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، حيث جعله

1- قد يتبادر إلى الذهن عند سماع مصطلح "تنازع القوانين" وجود صراع أو نضال بين القوانين في ميدان معين، بوصفها تقيض عن سيادات دول مختلفة ويدعي كل قانون امتداد سلطانه بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لكن الحقيقة خلاف ذلك، لأن الفقيه الهولندي «Huber» عندما ابتكر تسمية "تنازع القوانين"، لم يكن يقصد أبدا أن هناك تنازعا حقيقيا بين أكثر من قانون يدعي كل واحد منهم أنه صاحب سند شرعي في حكم المنازعة فالأمر لا يعدو أن يكون اختيار من بين هذه القوانين القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحكم هذه العلاقة، فسلطان القانون الوطني محدود بحدود سيادة الدولة بحسب الأصل ولا يمكن أن ينفذ سلطان القانون الأجنبي إلى داخل حدود المجال الإقليمي الوطني إلا بإذن ورضا المشرع الوطني.

عنوانا للفصل الثاني من الباب الأول "آثار القوانين وتطبيقها" من الكتاب الأول "أحكام عامة" من القانون المدني.

الفرع الثاني: تمييز تنازع القوانين عن أنواع التنازع الأخرى

هناك العديد من أنواع التنازع، فقد يكون التنازع بين قوانين داخلية صادرة عن نفس المشرع، والتي قد تكون تابعة للقانون العام، وقد يكون التنازع بين قوانين دول مختلفة، هذه الأنواع قد تختلط بتنازع القوانين محل الدراسة ينبغي أن نميزها عنه.

1. تنازع القوانين العامة:

قد يقع التنازع بين قواعد القانون العام، وهي التي تحكم العلاقات التي تكون فيها الدولة طرفا بوصفها صاحبة سيادة، كالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي، فحينئذ لا يمكن تطبيق قانون غير القانون الوطني لتعلق هذا التنازع بسيادة الدولة والمصلحة العامة للمجتمع، فمثل هذا النوع من التنازع يختلف تماما عن تنازع القوانين محل الدراسة لكون هذا الأخير يتعلق بقواعد تتبع القانون الخاص، أي تتعلق بحقوق ومصالح خاصة، يفسح معها المجال لإمكانية تطبيق القانون الوطني أو قانون أجنبي.

2. تنازع القوانين من حيث الزمان:

قد تصدر في الدولة نفسها قوانين جديدة تحل محل قوانين قديمة، فينتج عن ذلك تنازع زمني بين القوانين القديمة والقوانين الجديدة بشأن حكم العلاقات التي نشأت قبل صدور القوانين الجديدة، فيثار التساؤل حول إمكانية رجعية القوانين الجديدة، وإمكانية امتداد تطبيق القوانين القديمة، فهذا التنازع لا يخرج عن نطاق القوانين الوطنية، ولا شأن له بالتنازع محل الدراسة الذي يحصل بين قوانين دول مختلفة.

3. التنازع الداخلي للقوانين:

قد يظهر التنازع الداخلي بأشكال مختلفة، كأن تكون الدولة مركبة، لكل ولاية قوانينها الخاصة (التعدد الإقليمي)، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، أو أن يكون المجتمع في الدولة الواحدة ذو طوائف مختلفة، لكل طائفة قانونها الخاص بها (التعدد الشخصي)، كما هو الحال في لبنان، أو التنازع الناتج عن ضم الإقليم أو جزء منه مع بقاء قوانين هذا الإقليم المضموم سارية المفعول، كما وقع عند ضم فرنسا سنة 1918 لإقليم

الألراس واللورين إليها مع إبقاء القوانين الألمانية سارية فيه. فكل هذه الأنواع من التنازع تعتبر داخلية تختلف عن تنازع القوانين الذي يخرج بالتنازع من نطاق إقليم الدولة الواحدة.

4. تنازع الاختصاص القضائي الدولي:

يثور تنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأن قضية مشوبة بعنصر أجنبي، لكنه يخص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه القضية من بين المحاكم المتنازعة على هذا الاختصاص، وليس بتحديد القانون المختص.

ويعتبر كل من التنازع القانوني والتنازع القضائي مسألتان مستقلتان عن بعضهما، وهما غير متلازمان، فانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة لا يستلزم بالضرورة انعقاد الاختصاص لقانون دولتها، والعكس صحيح، فانعقاد الاختصاص التشريعي لقانون دولة ما لا يستتبع بالضرورة انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها.

المطلب الثاني: شروط قيام التنازع

لا بد لوجود تنازع القوانين بالمعنى الصحيح من توافر شرطين، أن يكون محل التنازع علاقة ذات عنصر أجنبي (الفرع الأول)، أن يكون التنازع بين قوانين صادرة عن دول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العلاقة خاصة ذات عنصر أجنبي

يقصد بالعلاقة القانونية، كل علاقة بين شخصين أو أكثر متى كانت هذه العلاقة محكومة بقاعدة قانونية، ولكي تكون هذه العلاقة محلا للتنازع بين القوانين، يتعين أن تتضمن عنصرا أجنبيا(1)، وأن تكون علاقة خاصة(2).

1. العنصر الأجنبي:

تقوم العلاقة القانونية على ثلاثة عناصر، أولها هو السبب المنشئ، ومنه تنشأ العلاقة القانونية، الذي قد يكون واقعة كواقعة الميلاد مثلا، أو تصرفا قانونيا كعقد من العقود مثلا، وثانيها هو الأشخاص وهم أطراف العلاقة، كالزوج والزوجة في علاقة الزواج مثلا، وثالثها هو الموضوع، أي محل العلاقة القانونية، إذ قد تنصب على حقوق واردة على منقول أو عقار.

وقد تعتري الصفة الأجنبية أحد هذه العناصر أو بعضها أو كلها، فقد يكون السبب أجنبيا، كحدوث الواقعة أو إبرام التصرف في بلد أجنبي، وقد يكون أحد الأطراف أو كلاهما أجنبيا، وقد يكون المحل، سواء عقارا أو منقولا موجودا في الخارج.

2. العلاقة خاصة:

أثارت مسألة اقتصار تنازع القوانين على العلاقات الخاصة أم تعديه إلى العلاقات التي تحكمها قواعد القانون العام خلافا في الفقه بين اتجاه يمثل الفقه التقليدي ويرى بأن التنازع يقتصر على قواعد القانون الخاص (1.1)، واتجاه حديث يرى بإمكانية امتداد التنازع ليشمل قواعد القانون العام (2.1).

1.1. التنازع يقتصر على قواعد القانون الخاص (الفقه التقليدي):

يؤكد الفقه التقليدي على أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية، ولما كانت قواعد تنازع القوانين تتعلق بمسائل القانون الخاص، لكونها ترمي إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد، فإنه من الواضح أن يقتصر القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي المختص على قواعده القانونية الخاصة.

أما بالنسبة للمراكز الخاضعة للقانون العام فهي تطبق تطبيقا إقليميا وهي خارج نطاق تنازع القوانين، لأن قواعد القانون العام تفيض من سيادة الدولة وتتعلق بمصلحة الجماعة، وعليه فإذا ما تبين للقاضي أثناء نظره في نزاع بخصوصها بأن القانون الوطني غير مختص يقضي وجوبا بعدم الاختصاص ولو احتوت على عنصر أجنبي، وعليه فلا يمكن للقاضي أن يقرر تطبيق قانون دولة أجنبية في قواعده القانونية المنتمية للقانون العام، لأن ذلك يخرج عن نطاق اختصاصه، وما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة الوطنية.

2.1. التنازع يشمل قواعد القانون العام بصفة تبعية (الفقه الحديث):

يرى الفقه الحديث بأن إطلاق القول بخروج مسائل القانون العام من مجال تنازع القوانين هو أمر غير دقيق، ذلك أنه يجب التفرقة بين حالتين في هذا الشأن:

الحالة الأولى: النزاع يتعلق أساسا بمسألة من مسائل القانون العام.

في هذه الحالة إذا ما تبين للقاضي عدم اختصاص قانونه يقضي وجوباً بعدم الاختصاص ولا يمكنه تطبيق قواعد القانون الأجنبي في قانونه العام، مثال ذلك إذا تعلق الأمر بجريمة لا تدخل في نطاق تطبيق قانونه، فإن القاضي لا يبحث عن قانون العقوبات الذي تخضع له هذه الجريمة ثم يطبقه، بل يكتفي بالحكم بعدم الاختصاص.

غير أنه يوجد رأي في الفقه الحديث يجوز تطبيق قواعد القانون العام في القانون الأجنبي ولو بصفة أصلية، استناداً إلى فكرة الإسناد الإجمالي التي تقتضي تطبيق القانون الذي اختارته قاعدة الإسناد بجميع قواعده، طالما كان ذلك لازماً لتنظيم العلاقة محل النزاع.

الحالة الثانية: النزاع يتعلق بمسألة من مسائل القانون الخاص.

على القاضي إعمال قاعدة الإسناد الوطنية لأجل تحديد القانون المختص، فإذا ما كان قانوناً أجنبياً فعلى القاضي تطبيقه ولو تطلب الأمر إعمال بعض قواعده القانونية العامة، فقد يرجع القاضي بصفة عرضية أولية إلى هذه القواعد في بعض المسائل الأولية التي قد تتعلق بالقانون الدستوري أو الجزائي أو القانون الإداري أو القانون الضريبي في القانون الأجنبي، ومثال ذلك اللجوء إلى أحكام الدستور الأجنبي عند الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي المختص، والقواعد العامة الأجنبية التي تحدد سلطات الموثق واختصاصاته عند إثارة عيب في إجراءات شهر زواج أبرم أمامه لأجل بطلانه، وكذلك قد يلجأ إليها في التكييفات السابقة للاستئناس بحكمها في المسألة التبعية المثارة في العلاقة القانونية.

وعليه فلا يجوز للقاضي الوطني عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالقانون العام إلا أن يطبق قانون دولته، لكن إذا عرض عليه نزاع يتعلق بقانون خاص ذلك لا يمنع من أن يقوم باستشارة القانون العام الأجنبي وتطبيقه بصفة تبعية وعرضية لأجل معرفة ما إذا كان من الممكن تطبيق القانون الجزائري أم لا، أي أنه لا يجوز مطلقاً تطبيق القانون العام الأجنبي بصورة رئيسية على موضوع النزاع، لارتباطه بفكرة السيادة، فلا يمكنه منافسة القانون العام الوطني أو أن يحل محله.

الفرع الثاني: أن يكون التنازع بين قوانين صادرة عن دول.

استقر الفقه التقليدي على أن التنازع لا يكون إلا بين قوانين دول، ومن ثم لا يعد قانوناً أجنبياً من شأنه أن يتنازع في حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، قوانين الدويلات الداخلية في الاتحاد الفيدرالي كقوانين الولايات المتحدة الأمريكية أو ولايات سويسرا، وكذلك

النظم الطائفية كالقوانين الطائفية في لبنان ومصر مثلاً، وقوانين الإقليم المضموم سارية المفعول بعد ضمه، وقوانين الدولة تحت وطأة الاستعمار.

ولأن التنازع لا يكون إلا بين قوانين دول، هذا ينتج عنه بالضرورة أن القانون الأجنبي واجب التطبيق يجب أن يكون صادراً عن دولة بالمعنى الفني المعروف في القانون الدولي العام، وقد ثار النقاش حول تأثير الاعتراف بالدولة (1)، أو بالحكومة على تطبيق قانون هذه الدولة (2).

1. الاعتراف بالدولة الأجنبية:

أثير التساؤل حول ما إذا كان الاعتراف بالدولة يعتبر أمراً أساسياً لتطبيق قانونها عندما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية بأنه الواجب التطبيق، أي هل يؤثر الاعتراف بالدولة الأجنبية على قبول تطبيق قانونها ؟

يرى الفقه التقليدي بأن التنازع لا يثور إلا بين قوانين صادرة عن وحدات سياسية لكل منها وصف الدولة بالمعنى المتعارف عليه في القانون الدولي العام، وتبعاً لذلك فإنه ما دامت الدولة غير معترف بها من قبل الدولة الأخرى، فلا تعد سلطة قانونية وسياسية قبل الدولة التي لم تعترف بها وبالتالي فإن الأوامر التي تصدر عنها لا تكون لها قيمة قانونية.

وبمعنى آخر، أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدي إلى إنكار كل وجود قانوني لهذه الدولة في مواجهة الدولة غير المعترفة، وبالتالي فإن قانونها يعتبر لا وجود له بالنسبة لقاضي الدولة غير المعترفة، الذي يتقيد بموقف دولته التي لا تعترف بوجود الدولة وبالتالي فإن التنازع مع قانون هذه الدولة لا يعتبر تنازعا دولياً بين القوانين، فما يصدر عنها ليس له قيمة القانون الذي من شأنه أن يتنازع مع قانون دولة القاضي.

أما الفقه الحديث والراجح فيرى بأن لا تأثير للاعتراف بالدولة الأجنبية على قبول تطبيق قانونها ويستند في ذلك على سببين لصحة هذا الرأي وهما:

السبب الأول: الطبيعة القانونية للاعتراف كعمل قانوني، كونه ليس له سوى أثر كاشف عن الشخصية الدولية، فطالما أن هناك ممارسة فعلية للسلطة من جانب الدولة الأجنبية على الأشخاص المتواجدين على إقليمها تعتبر دولة ذات سيادة، كما أن العبرة تكون بالقانون النافذ والمعمول به فعلاً داخل الدولة والذي يكون أكثر صلة بالنزاع ولو كانت تلك

الدولة غير معترف بها ، كما أن تطبيق القاضي لقانون دولة ليس من شأن ذلك بالضرورة اعتراف دولته الوطنية بحكومة هذه الدولة.

السبب الثاني: طبيعة دور القاضي في مجال فض تنازع القوانين، والذي ينحصر في أعمال قاعدة الإسناد، واختيار القانون الملأئم لحل النزاع، والذي قد يكون قانون دولة لا تعترف بها دولة القاضي، الأمر الذي يوجب على القاضي أعماله دون النظر إلى الاعتبارات السياسية، ذلك أن من شأن عدم تطبيق قانون الدولة غير المعترف بها إهدار الغاية التي تقوم عليه قاعدة الإسناد الوطنية، أي تحديد القانون الأصلح لحكم النزاع، ويمس باستقرار المعاملات الخاصة الدولية.

ولذلك نجد أن جانبا من الفقه الحديث يتجه نحو جواز تطبيق نظم قانونية لا تستند إلى سلطة دولة ذات سيادة إقليمية، كالنظم الدينية والقبلية السائدة في دول إفريقيا وآسيا مثلا والنظم القانونية الشخصية للاجئين غير المنتمين إلى دولة محددة، أو القواعد عبردولية أو ما يعرف بـ "*lex mecatoria*" وهي قواعد السلوك العامة المجردة والتي يشعر مجتمع الأعمال عبردولية بإلزامها بالاستقلال عن الأنظمة القانونية وعن نظام القانون الدولي العام، وللقضاء الفرنسي الحديث تطبيقات في هذا الشأن، كالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1981/12/09 ما يعرف بقضية "*Fougerolle*"، وقرارها الصادر في 1992/10/22 في قضية "*Valanciana*".

2. الاعتراف بحكومة الدولة الأجنبية:

كان موقف القضاء التقليدي يرفض تطبيق قانون أية دولة أجنبية لم يعترف بحكومتها، وكان أبرز مثال على ذلك هو قانون الاتحاد السوفيتي بعد قيام الثورة البلشفية عام 1917، حيث رفض القضاء التقليدي في كل من فرنسا وانجلترا وبلجيكا ومصر تطبيقه وطبقوا بدلا منه القانون الروسي القديم، لكن هذا الموقف يترتب عنه تطبيق قوانين توقف العمل بها ويتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد، والتي تستوجب أن يكون القانون الذي تشير باختصاصه هو القانون السائد بالفعل في الدولة الأجنبية، ولقد حكم القضاء الفرنسي في قضية شهيرة وهي قضية "حرير أوديسا" برفض تطبيق القانون السوفيتي رغم اختصاصه بحجة أنه صادر عن سلطة لم تعترف بها الحكومة الفرنسية.

غير أن القضاء في دول أخرى كالألمانيا والنمسا وأمريكا اتخذ موقفا آخر وهو أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يحول دون تطبيق قانون الدولة طالما أن هذه الدولة معترف بها، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في أحد قراراتها بتاريخ 1973/05/03، حيث قضت بأن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسوغ للقاضي الفرنسي تجاهل قواعد القانون الخاص الصادر عن تلك الحكومة قبل الاعتراف بها لتسري على الإقليم الذي تمارس عليه فعلا سلطتها.

ويعتبر هذا الاتجاه هو الراجح والذي أيده الفقه الحديث في كل من فرنسا ومصر، ذلك أن عدم الاعتراف بالحكومة في دولة ما مسألة سياسية لا أثر لها على العلاقات الخاصة بالأفراد، ومثال ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية سالف الذكر الذي اعتبرت فيه أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يمنع القاضي من تطبيق القانون الصادر عن هذه الحكومة قبل الاعتراف بها باعتباره القانون المطبق فعليا على هذا الإقليم.

وعليه فعدم الاعتراف بالحكومة لا يحول دون تطبيق قانون الدولة طالما أن حكومة هذه الدولة تمارس سلطة التشريع بشكل مستقر وثابت دون منازعة، وطالما أنه لم يصدر عن سلطة مغتصبة لم تتوفر لها بعد، السيطرة على زمام الأمور نهائيا.

الفصل الأول:

الآليات القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق

تتم عملية تحديد القانون الملائم لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي عن طريق إعمال قواعد الإسناد (المبحث الأول)، وهذا لا يتم إلا بعد تكييف المسائل القانونية التي أثارها هذه النزاعات (المبحث الثاني)، غير أن القاضي وهو يسند المسألة إلى القانون الذي يحكمها يواجه مسألة تطبيق قواعد الإسناد في القانون المسند إليه، وهنا تطرح مشكلة الإحالة (المبحث الثالث)، وقد تطرح على القاضي مسألة أولية يتعين عليه أن يبت فيها ليستطيع حل النزاع (المبحث الرابع).

المبحث الأول: الإسناد

يعتمد المنهج التنازعي على قواعد الإسناد، التي لا يتم الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي إلا عن طريق إعمالها، فهي التي تحدد القانون المختص لحكم هذه النزاعات، ولقد سن المشرع العديد من قواعد الإسناد وذلك ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول بعنوان تنازع القوانين من حيث المكان، وهذا يستدعي بالضرورة تحديد مفهوم قاعدة الإسناد (مطلب أول)، ثم تحديد طبيعتها القانونية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد

تكمن أهمية تعريف قاعدة الإسناد في كونه يميزها عن قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، كما يميزها كمنهج مستقل لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بطريقة فنية معينة، لذلك سوف نتناول تعريفها في (الفرع الأول)، ولبيان قيامها بوظيفتها المميزة المتمثلة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحل هذه النزاعات تتضح ضرورة دراسة خصائصها الذاتية التي تميزها عن باقي القواعد القانونية (الفرع الثاني)، وأركانها التي تقوم عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد

قاعدة الإسناد هي: "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها".

يعد هذا التعريف تعريفا شاملا لقاعدة الإسناد، إذ أنه يبرز خصائص قاعدة الإسناد ومصدرها من جهة، ويحدد وظيفتها من جهة أخرى، فهو يوضح بأنها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لها خصائص القواعد القانونية الأخرى، وأنها ذات طابع وضعي، أي أنها من وضع المشرع الوطني، سواء أنشأها ابتداء أو أنه قد أقرها وتبناها بحسب نوع مصدرها، الذي قد يكون العرف أو القضاء أو أن يكون معاهدة دولية.

وهذا التعريف يبرز أيضا بأن قواعد الإسناد ذات طابع نوعي، في كونها تقتصر على حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي دون بقية النزاعات الداخلية الصرفة، وأنها ذات طابع فني، فهي لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع، إنما هي أداة اختيار وإرشاد إلى القانون الملائم لحكم هذا النزاع.

الفرع الثاني: خصائص قاعدة الإسناد

تتميز قاعدة الإسناد بعدة خصائص جوهرية، منها ما يعبر عن توافر صفات القاعدة القانونية فيها وهي كونها قاعدة وطنية (1)، ومنها ما يميزها عن بقية القواعد القانونية وهي صفات فنية، في كونها قاعدة ذات طابع إرشادي (2)، ومزدوجة (3)، ومحيدة (4).

1. قاعدة الإسناد قاعدة وطنية:

لما كانت كل دولة تستقل بتصريف الشؤون المتعلقة بسيادتها دون أن تخضع لهيئة عالمية عليا في هذا النطاق، لذلك بقيت مسألة هذا التنازع مسألة داخلية، حيث تضع لها كل دولة من القواعد ما يتناسب مع حاجاتها، وهي قواعد الإسناد، فقواعد الإسناد ليست قواعد عالمية ملزمة، موحدة في جميع الدول، بل هي قواعد وطنية، ولذلك ليس من الغريب أن تختلف هذه القواعد من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة الواحدة، تبعا لاختلاف مفهوم العدالة بينها،

ولاختلاف المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تسعى كل دولة إلى حمايتها.

كما تستدعي الصفة الوطنية لقواعد الإسناد بالضرورة أيضا، أن تتماشى هذه القواعد مع المبادئ الدستورية الموجودة في الدولة التي وضعتها.

وعليه فقواعد الإسناد هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، أي الوصول إلى أكثر الحلول مناسبة، من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

2. قاعدة الإسناد ذات صياغة مزدوجة:

تتميز قواعد الإسناد بأنها قواعد مزدوجة الجانب، أي أنها تبين متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي، ومثال ذلك المادة 10 من ق م التي تنص "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."

وقد انتقدت الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد لعدة أسباب أهمها:

- أن سلطان قانون الدولة أمر يتعلق بسيادتها، فإذا كانت الدولة تستطيع تحديد اختصاص قانونها فليس لها أن تفرض على دولة أخرى اختصاص قانونها بحكم مسائل لا ترى هذه الدولة اختصاص قانونها بها.

- أنه عندما تقرر قاعدة الإسناد اختصاص قانون أجنبي تحمل القاضي عبء البحث عن مضمون هذا القانون، ومن الأسر على القاضي أن يقتصر على تطبيق قانونه الوطني دون هذا العناء لو كانت قواعد الإسناد فردية وليست مزدوجة.

- أن القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد قد يرفض الاختصاص في حكم المسألة، وهو ما يشير صعوبة في إيجاد حل لها، وهذا يسمى بمشكل الإحالة، فلو أن قاعدة الإسناد اقتصر على بيان مجال تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي لما ثارت هذه المشكلة.

وتمثل الأسباب سالفه الذكر حجج جانب من الفقه للقول بوجود أن تكون قاعدة الإسناد مفردة، بمعنى أنها تبين أحوال تطبيق القانون الوطني، ولكنها لا تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبي، فيقتصر دورها فقط على تحديد مجال تطبيق القانون الوطني.

لكن رغم ذلك فالذي استقرت عليه التشريعات المختلفة والفقه الغالب هو ضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مزدوجة، لأن ذلك ينسجم مع طبيعة المسائل ذات العنصر الأجنبي، كما يتيح إمكانية تطبيق قانون أجنبي، إلا أن ثمة مجالا يتعين عليها فيه أن تتبع نمط الصياغة الفردية، ويكون استثنائيا لأجل تأمين المجتمع.

وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد في ق م سوف يتبين لنا أن أغلبها مصاغة في شكل مزدوج، ما عدا المادتين 09 الخاصة بالتكييف والمادة 13 منه الخاصة بزواج الجزائريين وانحلاله، ولقد كانت المادة 10 قبل تعديل 2005 مفردة، حيث كانت تقتصر على تنظيم الحالة المدنية للجزائريين وأهليتهم.

3 قاعدة الإسناد ذات طابع إرشادي:

تتميز قاعدة الإسناد بالطابع الإرشادي؛ أي أنها تكتفي بالإشارة أو الإرشاد إلى القانون المختار الذي يعطي الحل الموضوعي للنزاع، فهي بذاتها لا تقدم هذا الحل، أي لا تنطبق على النزاع مباشرة، وهذا ما دعا جانبا من الفقه الفرنسي، كالفقيه "Arminjon" بتشبيهها بمكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية الذي تقتصر مهمته على الإرشاد إلى رصيف القطار الذي يرغب السائل في استقلاله.

وتطبيقا لذلك فعندما يتعلق نزاع أمام القاضي الوطني بتركة فرنسي مثلا، فإنه يتعين الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث في المادة 1/16 من ق م، والتي تقضي بخضوع الميراث إلى قانون جنسية المورث وقت وفاته، ومن ثم وجوب تطبيق القانون الفرنسي، وهكذا نلاحظ أن مجرد الرجوع إلى قاعدة الإسناد لا يحل النزاع، لأن الفصل في النزاع يكون بتطبيق قواعد القانون الفرنسي المتعلقة بالتركات، وهي التي تعطي حلا موضوعيا وفاصلا لهذا النزاع.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن الطابع الإرشادي لقاعدة الإسناد هو الذي يميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، كقواعد الجنسية أو القواعد المتعلقة بمركز

الأجانب، وكذلك سائر القواعد القانونية الأخرى، كقواعد ق م أو التجاري مثلا، والتي تحوي مضمونا موضوعيا محددًا.

4. قاعدة الإسناد ذات طابع حيادي:

لا تختار قاعدة الإسناد قانون دولة معينة بالذات، بالنظر إلى مضمون أحكامه وقواعده، لتبين النظام القانوني للعلاقة محل النزاع، بل تكتفي بالتمييز، بطريقة مجردة، بين القوانين التي تتصل بالعلاقة وتبدي قابليتها لحكمها، واختيار أنسبها وأجدرها.

فدور قاعدة الإسناد إذن يقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ ليس لها مضمون موضوعي يلتزم القاضي بالبحث عنه والوقوف عليه، فهي لا تعطي حلا للنزاع المطروح، بل تكتفي بالإشارة إلى أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، أي عن النتيجة المادية المتحققة عن تطبيق هذا القانون، ويستوي أن يكون هذا القانون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا.

الفرع الثالث: أركان قاعدة الإسناد

نظرا للطبيعة الفنية لقاعدة الإسناد ووظيفتها المميزة، فهي تتفرد بأركان ذاتية لازمة لتمييزها عن غيرها وتساعد في أداء وظيفتها هذه، وهي الفئة المسندة (أولا)، وضابط الإسناد (ثانيا)، والقانون المسند إليه (ثالثا)، فلا تتم عملية الإسناد إلا عن طريق إعمال هذه الأركان الثلاثة.

أولا: الفئة المسندة:

إن المراكز والعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي كثيرة بحيث لا يمكن لأي مشرع حصرها، لذلك يتم جمع المراكز المتقاربة أو المتشابهة في أوصافها ضمن فكرة أو فئة قانونية واحدة ويرصد لها قاعدة إسناد خاصة بها.

فالفئة المسندة إذن هي تجمع لمراكز وعلاقات قانونية من صنف واحد أو من نوع

واحد، فهي تأخذ فئة من العلاقات الإنسانية يعبر عنها بعبارات قانونية، كحالة الأشخاص، شكل التصرفات، الإجراءات.

وقد تقتصر الفئة المسندة على موضوع واحد مثل ما نصت عليه المادة 19 من ق م ، وهو "شكل التصرفات" ، ومثل ما نصت عليه المادة 20 وهو "الالتزامات غير التعاقدية".

وقد تحوي الفئة المسندة على أكثر من موضوع كفئة "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم" في المادة 10 سالف الذكر ، و المادة 17 أيضا جمعت بين عدة أوضاع في فئة مسندة واحدة ، وهي "الحيازة والملكية والحقوق العينية" ، والمادة 2/16 جمعت بين موضوعي الية والوقف.

وقد تقتصر على جزء من نظام قانوني ، أي أن تخصص لموضوع واحد عدة قواعد إسناد وبالتالي عدة فئات مسندة ، كموضوع الزواج مثلا ، فهو مقسم إلى عدة فئات مسندة ، كفئة "الشروط الموضوعية للزواج" في المادة 11 من ق م ، وفئة "الآثار الشخصية والمالية للزواج" وفئة "انحلال الزواج والانفصال الجسماني" في المادة 12 ، ولكل منها حكم خاص بها رغم انتمائها لنظام قانوني واحد.

ثانيا : ضابط الإسناد

نتناول تعريفه (1) ، ثم أساليب الإسناد(2).

1. تعريف ضابط الإسناد :

يقصد بضابط الإسناد المعيار الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على الفئة المسندة ، أو هو أداة الوصل بين الفئة المسندة والقانون الواجب التطبيق ، فهو إذن نقطة أو عامل الإسناد الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق ، وهو المعيار الذي يظهر به المشرع تفضيله لقانون معين وإعراضه عن باقي القوانين التي تعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، وإن صح القول فهو الهوية التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق.

فبالنسبة للقانون المدني مثلا في المادة 1/10 منه والتي تنص "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..." ، نجد أن ضابط الإسناد هنا هو "الجنسية" ، فهي أداة الوصل بين الفكرة المسندة "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم" والقانون الواجب التطبيق "قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

2. أساليب الإسناد :

كثيرا ما تستلهم التشريعات في وضعها لقواعد الإسناد مصالح مختلفة، ولأجل أن تتمكن من إدراك وتحقيق تلك المصالح والوصول إلى ما تبتغيه من تصور للحل العادل وتوفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية، تعتمد جل التشريعات أسلوبين للإسناد، أسلوب الإسناد البسيط(1.2)، وأسلوب الإسناد المركب(2.2).

1.2. الإسناد البسيط:

يلاحظ أنه في أغلب الأحيان تكون قواعد الإسناد متضمنة لضابط إسناد واحد يشير إلى قانون واحد ليحكم كل جوانب المسألة، وهذا ما يسمى بالإسناد البسيط والذي يقصد منه المشرع تحقيق هدف معين، هذا الهدف كان قائما في ذهن المشرع وقت وضع قاعدة الإسناد، كما يلاحظ أن قاعدة الإسناد هذه لها طابع تركيزي، أي أن غايتها تركيز العلاقة موضوعيا، وقد اعتمدت المادة 10 من ق م ضابط إسناد واحد، إذ تنص "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."، ففي هذه المادة أسند المشرع مسائل الحالة والأهلية لقانون جنسية الشخص لغرض حماية الشخص نفسه، فإذا ما غير جنسيته يعتبر قد ارتضى لنفسه أن يكون في ظل حماية قانون جديد يتلاءم مع حالته المدنية وأهليته تبعا لوضعه الجديد، فتطبق عليه أحكام هذا القانون.

2.2. الإسناد المركب:

قد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، وقد تتضمن عدة ضوابط تشير إلى اختصاص عدة قوانين، وهذا ما يسمى بالإسناد المركب، والذي يمكن أن يتخذ عدة صور وهي:

. الإسناد الموزع:

يتمثل الإسناد الموزع في حالة ما إذا اشتملت قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانونا على حده، مثل ما نصت عليه المادة 11 من القانون م في أن تخضع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين، و نصت المادة 13 مكررا 1 بأنه "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية الكفيل والمكفول وقت إجرائها...".

. الإسناد الجامع:

يتمثل الإسناد الجامع في حالة ما إذا اشتملت قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد أو أكثر يشير باختصاص أكثر من قانون يتم تطبيقهم جميعاً في آن واحد على العلاقة نفسها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 2/11 من ق م في أن تخضع الشروط الموضوعية للزواج (السلبية)، أي ما يتعلق بموانع الزواج كقربة التحريم، واختلاف الدين بالنسبة للمرأة، والغرض من ذلك التأكد من عدم وجود أي مانع من الزواج لدى أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر، بحيث لو وجد مانع في أحد قانوني الطرفين بطل الزواج، حتى ولو لم يكن موجوداً في قانون الطرف الآخر.

- الإسناد التخييري:

تكون قاعدة الإسناد، في الإسناد التخييري، مشتملة على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث تطبق بالخيار بينها على العلاقة، وله صورتان:

فقد توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة، ويتم الاختيار بينها، ومثال ذلك المادة 19 من ق م التي تقضي بخضوع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون محل إبرامها، ويجوز أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانون جنسيتها المشتركة، أو لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، فهذا النص يقرر أن التصرف صحيح من حيث الشكل متى أبرم في الشكل الذي يتطلبه أحد القوانين سالفة الذكر.

وقد توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، بحيث يعمل أولاً بضابط الإسناد الرئيسي، فيطبق القانون الذي أشار بتطبيقه، فإن تعذر يتم اللجوء إلى الضابط الاحتياطي الوارد في قاعدة التنازع، ويهدف المشرع من ذلك الاحتياط لاحتمال عدم توافر ضابط الإسناد الأول، فيكون هناك ضابط ثاني، ومن ناحية أخرى الرغبة في التسهيل والتيسير على الأفراد للاختيار وفقاً لظروف وملابسات كل حالة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 18 من ق م على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وحالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة...".

ثالثاً: القانون المسند إليه

يعتبر القانون المسند إليه الركن الثالث لقاعدة الإسناد، وهو القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد عن طريق ضابط الإسناد بأنه القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات

العنصر الأجنبي محل النزاع، فهو إذن القانون الذي يثبت له الاختصاص بعد الإسناد، أي القانون الذي تربط إليه الفئة المسندة بضابط الإسناد، وقد يكون القانون الوطني، وقد يكون قانونا أجنبيا وذلك تبعا للصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد، فمثلا في المادة 1/12 من ق م، نجد أن القانون المسند إليه لفئة "الأثار الشخصية والمالية للزواج" هو "قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج".

الفرع الثالث: القوة الملزمة لقاعدة الإسناد

عرفت طبيعة قواعد الإسناد اختلافا فقهيًا حول ما إذا كانت تعتبر قواعد اختيارية لا يجوز للقاضي تطبيقها إلا إذا تمسك بها الخصوم، أم هي قواعد ملزمة يذعن لها الخصوم، كما يطبقها القاضي تلقائيا، وبعدما نتناول هذا الاختلاف (أولا)، نرى موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: القوة الملزمة محل خلاف فقهي

هناك اتجاهان فقهيان متباينان، اتجاه يرى بأن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد الإسناد تلقائيا إلا إذا تمسك الخصوم بتطبيقها (1)، واتجاه يرى بأنه ملزم بتطبيقها تلقائيا كلما عرض عليه نزاع ذو عنصر أجنبي ولو لم يتمسك بها الخصوم (2).

1. قواعد الإسناد غير ملزمة:

يرى اتجاه في الفقه بأن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد الإسناد، وينقسم هذا الرأي إلى اتجاهين، الأول يمنع على القاضي أعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ما لم يتمسك بها الخصوم، والثاني يجيز له دون إلزامه بذلك.

1.1. الاتجاه الأول: يمنع على القاضي أعمال قواعد الإسناد تلقائيا

يسود هذا الاتجاه في النظام القانوني الانجلوسكسوني، وهو يمنع على القاضي أعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ما لم يتمسك بها الخصوم ويشبوا اختلاف أحكام القانون الوطني عن أحكام القانون الأجنبي المتمسكين بتطبيقه، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على حجتين:

- أن إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد تلقائيا معناه إلزامه بإعمال نصوص القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة، وهذا القانون الذي قد تستحيل معرفة مضمونه، وأن إعفاءه من إعمال قاعدة الإسناد تلقائيا يؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، و يتمشى مع معاملة القانون الأجنبي كواقعة يقع عبء إثباتها على الخصوم.

- أن هناك افتراض قانوني مفاده وجود تطابق بين القواعد الموضوعية في كل من القانونين الوطني والأجنبي، وقد اعتبرته المحاكم الانجليزية قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من الخصوم بإثباتهم اختلاف مضمون كل من القانونين.

وقد تعرض هذا الرأي إلى عدة انتقادات، أهمها:

- أن الافتراض القانوني، هو افتراض مصطنع لا وجود له في الواقع، وذلك نظرا لتباين واختلاف قوانين الدول.

- أنه أخلط بين مسألتين متميزتين عن بعضهما، وهما التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه، والتزامه بإثبات القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه بشكل تلقائي، وهذه مسألة مستقلة لها أحكامها الخاصة والتي يجب ألا تؤثر في المسألة الأولى.

2.1. الاتجاه الثاني: يجوز للقاضي إعمال قواعد الإسناد تلقائيا لكنه غير ملزم بذلك

يتزعم هذا الاتجاه الفقه الفرنسي التقليدي، وهو يرى بأنه يجوز للقاضي إعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه لكنه غير ملزم بذلك، فهذا الاتجاه ينفي عن قاعدة الإسناد صفة الإلزام مادامت لا تقدم حلا للنزاع بتأكيد الحق المتنازع عليه أو إنكاره، ولا تتعلق بالنظام العام غالبا، وإنما تشكل رخصة للقاضي لاستعمالها، فله السلطة التقديرية لإعمالها، ويدعم هذا الاتجاه موقفه بعدة حجج وهي:

- أن قاعدة الإسناد لا تتعلق بالنظام العام عندما تشير إلى قانون أجنبي، وهذا الذي قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية "Bisbal" الشهيرة بالحكم الصادر في 1959/05/12.

- أنه لا حاجة لإعمال قاعدة الإسناد إذا كان قانون القاضي يقدم حلا أفضل للمنازعة من القانون الأجنبي، خصوصا وأن القاضي يعلم قانونه أكثر من القانون الأجنبي، وحيث أن تطبيق القانون الأجنبي كثيرا ما يبدو صعبا لجهل القاضي به.

- توقي النتائج السيئة، خاصة عند عدم استطاعة القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ومن ثم التأخر في الفصل في النزاع أو تعذره، وهذا لا يتأتى إلا عند عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد تلقائياً.

تعرض هذا الاتجاه إلى انتقاد الفقه الفرنسي، نظراً للصعوبات العملية المترتبة عن الأخذ به والمتمثلة في ما يلي:

- أنه يتضمن خلطاً غير جائز بين صفة الإلزام في القاعدة القانونية التي هي ملازمة لها، وبين تعلقها بالنظام العام.

- أنه يشجع على الالتجاء إلى تطبيق قانون القاضي على العلاقات الدولية الخاصة، بالرغم من أنه قد لا يكون هو الملائم لحكمها.

- أنه يفتح المجال لتحكم القاضي، وإطلاق سلطته التقديرية دون رقابة.

- أنه يفتح المجال أمام الغش نحو القانون، حيث يختار المتخاصمون قاضياً يميل إلى تطبيق القانون الذي يحقق مصالحهم، أو يتواطأ على عدم التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد، كما حدث في قضية "Bisbal".

ونتيجة لهذه الانتقادات نادى جانب من الفقه الفرنسي إلى ضرورة اعتماد مبدأ إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد تلقائياً في جميع الحالات وأياً كان مصدرها، وهو نفس الحل الذي تبنته محكمة النقض في قراراتها الصادرين في 18، 11 أكتوبر 1988⁽¹⁾.

2. قواعد الإسناد ملزمة :

يرى اتجاه في الفقه بأن القاضي ملزم في جميع الأحوال بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه طالما توافر الشرط الأساسي لإعمالها، وهو وجود نزاع يخص علاقة ذات عنصر أجنبي، ولو لم يتمسك الخصوم بهذا الإعمال.

1- لكن رغم هذا التطور الذي عرفته محكمة النقض الفرنسية في كونها أصبحت تلزم القاضي بأن يطبق قواعد الإسناد تلقائياً، والذي لقي ترحيباً كبيراً لدى الفقه الفرنسي، إلا أنها لم تستمر في هذا النهج، بل استقرت على مبدأ التمييز بين الحقوق غير قابلة للتصرف التي تكون فيها قاعدة الإسناد ملزمة، وبين الحقوق القابلة للتصرف وفيها تكون قاعدة الإسناد غير ملزمة، وذلك منذ قرارها الصادر في 26/05/1999، وقد استمرت محكمة النقض على هذا الموقف في العديد من القرارات الحديثة، كقرارها الصادر في 11/02/2009 مثلاً.

فقاعدة الإسناد كباقي قواعد القانون الأخرى، ملزمة بغض النظر عن مصدرها وغايتها وطريقة صياغتها، ومهما كان الهدف منها سياسيا(تعبّر عن ممارسة أحد مظاهر السيادة)، أم لها هدف محدد عمد المشرع لتحقيقه(اختيار القانون المناسب لحكم علاقة قانونية معينة)، فغرضها تحقيق الاستقرار القانوني للروابط الخاصة الدولية، عن طريق التوفيق بين مقتضيات المصلحة الوطنية والاعتبارات الدولية.

ويستند الاتجاه القائل بالزامية تطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا على عدة حجج أهمها:

. أن قاعدة الإسناد قاعدة قانونية وطنية، وصفة الإلزام من خصائص القواعد القانونية فلماذا ننكرها على قاعدة الإسناد مع أنها جزء من تلك القواعد.

. أن الأعمال التلقائي لقاعدة الإسناد المزدوجة يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني أو إلى تطبيق القانون الأجنبي حسب الأحوال، وهذا هو الذي ينسجم مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية.

. أنه لا ينبغي الخلط بين مسألة تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام، ومسألة إلزامية هذه القاعدة، لأن القاعدة القانونية ولو كانت قاعدة مكملة فهي ملزمة، كما أن مجرد سكوت الخصوم عن التمسك بها لا يعني تنازلهم عن تطبيقها.

ويعد الاتجاه القائل بالزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد طالما احتوى النزاع على عنصر أجنبي، رأي راجح، ينتصر له وينادي بتدعيمه أغلب الفقه الحديث، وقد كرسه التشريعات الحديثة، كما تبنى هذا الموقف مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في عام 1989، حيث أوصى بأن تتبع الدول، في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة للإجراءات المطبقة فيها ما يلي:

. أن تطلب الدول من السلطات القضائية بإعمال قواعد الإسناد تلقائيا

. أن تطبق تلقائيا القانون الأجنبي الذي تعينه هذه القواعد.

ثانيا: قاعدة الإسناد ملزمة في القانون الجزائري.

لقد جمع المشرع النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في المواد 9 إلى 24 من ق م، وعند تصفح هذه النصوص لا نجد منها نصا صريحا يقرر التزام القاضي بالتطبيق التلقائي لقاعدة

الإسناد من عدمه، لكن عند النظر في صياغة هذه النصوص نجد أنها قد استعملت عبارات "يكون"، "يسرى"، "يطبق"، "تخضع"...الخ، وهذه عبارات توحي بأن قواعد الإسناد قواعد أمرة يطبقها القاضي تلقائياً دون حاجة إلى تمسك الأطراف بها، لكن يبقى هذا غير كافٍ للقطع بأن المشرع قد أخذ بالزامية قاعدة الإسناد للقاضي.

قد نصت المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنه "يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه"، فإذا كان النزاع يخص علاقة ذات عنصر أجنبي فينبغي تطبيق قواعد الإسناد، فهي القواعد المناسبة لمثل هذا النوع من العلاقات وهذا ما أراده المشرع من خلال تخصيص المواد من 9 إلى 24 من ق م لتتازع القوانين من حيث المكان، وعليه فالقاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد كلما عرض عليه نزاع يخص علاقة ذات عنصر أجنبي.

و عند الرجوع إلى موقف الفقه، فيبدو أنه قد استقر في أغلبه على أن القاضي الجزائري ملزم بأن يطبق تلقائياً قاعدة الإسناد الوطنية كلما عرض عليه نزاع يحتوي عنصراً أجنبياً، ولو لم يتمسك بها الخصوم، ذلك أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وما دامت قاعدة الإسناد قد أشارت بتطبيق قانون أجنبي معين فعلى القاضي الانصياع إلى أوامر مشرعه"، وقد روعي في وضع قواعد التنازع اعتبارات خاصة تتعلق بسياسة التشريع الذي يهتم المصلحة العامة ويتصل بالنظام العام وهو ما يؤكد ضرورة تطبيقها تلقائياً

ولأن هذا الرأي قد تبنته تشريعات الكثير من الدول صراحة، ويرى به الفقه الغالب ويدعمه، وقد أقره القضاء في العديد من الدول، فإعمالاً للمادة 23 مكرر 2 من ق م التي تعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدراً لقواعد تنازع القوانين، فإن القاضي ملزم بالإعمال التلقائي لقاعدة الإسناد كلما كان أمام نزاع ذو عنصر أجنبي، وسواء تعلق النزاع بمسائل الأحوال الشخصية أو الأسرة أو غيرها، وسواء تمسك الأطراف بهذا الإعمال أم لم يتمسكوا به.

المبحث الثاني: التكييف

لا يستطيع القاضي أن يقوم بإسناد المسألة المعروضة عليه إلى القانون المختص إلا بمعرفة الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه المسألة، ومن ثم تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة، ويتم ذلك عن طريق تكييف المسألة المثارة، هذه العملية التي تعد تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما يستدعي دراسة مفهومه (المطلب الأول)، كما أن القاضي في قيامه بعملية التكييف سوف يعتمد حتماً على قواعد قانون معين (المطلب الثاني)، الذي عرف اختلافاً حوله.

المطلب الأول: مفهوم التكييف

يعرف التكييف في تنازع القوانين بأنه "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"، لذا فهو يكتسي أهمية معتبرة في تعيين القانون المختص في حكم النزاع ذو العنصر الأجنبي (فرع أول)، كما أن ظهوره وتكريسه لأداء هذا الدور قد ارتبط بالقضاء الفرنسي (فرع ثاني).

الفرع الأول: أهمية التكييف

تكمن أهمية التكييف في القانون الوطني، في أن القاضي يقوم بإدراج واقعة ما إلى نص قانوني وضع لشببياتها من الوقائع، ولا يتم ذلك إلا عن طريق تحديد طبيعة الواقعة المتنازع فيها وردها إلى النص القانوني المناسب لحكمها، كأن تكون العلاقة عقد فيكيّفها بأنها عقد بيع فينزل عليها حكم البيع.

أما فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، فقد لجأت التشريعات إلى توزيعها على تقسيمات وفئات يطلق عليها "الفئات المسندة"، وخص كل فئة منها بقاعدة إسناد تطبق عليها، فإذا ما عرض على القاضي نزاع يخص علاقة ذات عنصر أجنبي، يتعين عليه أن يكيف المسألة التي يثيرها هذا النزاع، بأن يحدد طبيعتها القانونية ليتمكن من وضعها في الفئة المسندة التي تناسبها تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين، فلا يمكن أن يطبق قاعدة الإسناد لتحديد القانون المختص بحكم هذا النزاع إلا بالقيام بعملية التكييف، لأنه الوسيلة الأساسية في اختيار قاعدة الإسناد، وكل اختلاف فيه يجر إلى اختيار قاعدة إسناد دون أخرى، ومن ثم تطبيق قانون دون آخر.

وما يبرز أهميته التكييف في إطار تنازع القوانين هو اختلاف قوانين الدول في تكييف المسائل القانونية التي يثيرها النزاع المطروح على القاضي، فمثلا تدخل قوانين الدول الإسلامية الميراث ضمن الأحوال الشخصية، ويخضع بالتالي إلى قانون الجنسية، بينما تدخله قوانين الدول الغربية في الأحوال العينية، ويخضع لقانون موقعه إذا كان عقارا ولقانون آخر موطن للهالك إذا كان منقولا.

هذا الاختلاف في التكييف يجعل من تحديد القانون الذي يتم التكييف طبقا لأحكامه أهمية بالغة في عملية الإسناد ومعرفة القانون المختص، إذ يسوف يختلف القانون المختص باختلاف القانون الذي اتخذ مرجعا في التكييف، وهذا ما يطلق عليه "تتازع التكييفات".

الفرع الثاني: النشأة القضائية للتكييف

ارتبط ظهور التكييف بالقضاء الفرنسي، ومن أبرز القضايا التي أكدت نشأته هما قضية "ميراث المالطي" حكم استئناف الجزائر في 1889/12/24، وقضية "وصية الهولندي"، حكم محكمة أورليان في 1857/08/04.

1. قضية "ميراث المالطي":

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين مالطيين تزوجا في مالطا واتخذاها موطنهما الأول، ثم هاجرا إلى الجزائر (المحتلة حينئذ)، حيث تملك الزوج عقارات، ثم توفي فيها دون أن يوصي بشيء، ادعت الزوجة أن لها نصيبا من عقارات زوجها الكاتنة بالجزائر، طبقا للقانون المالطي الذي يعطي لمن بقي من الزوجين حيا حقا يسمى "نصيب الزوج المحتاج"، وهو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان حينذاك لا يعطي للزوجة إلا الحق في في قسمة الأموال المشتركة وحققها في استرداد أموالها الخاصة، فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي أو القانون الفرنسي.

فالمسألة كانت تتمثل في تحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به، وهو "نصيب الزوج المحتاج"، هل هو حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة زوجها ويعد منفعة زوجية فضلا عن الميراث، وعلى ذلك يدخل في النظام المالي بين الزوجين، والذي يحكمه القانون المالطي بوصفه قانون موطن الزوجية الأول، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هو حق في الإرث بوصفها زوجة للمورث، فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار، حسب

قاعدة الإسناد الفرنسية، ومن ثم لا تحصل الزوجة على الحق الذي طالبت به، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث.

2 قضية "وصية الهولندي":

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديا أجرى وصية في فرنسا في الشكل العرفي، طبقا لأحكام المادة 999 من ق م الفرنسي التي تجيز للفرنسيين ولو بالخارج أن يبرموا وصاياهم عرفيا بخط يدهم، وبمفهوم المخالفة للأجانب في فرنسا، وبذلك خالف نص في القانون الهولندي يمنع ذلك ولو في الخارج ويستلزم الشكل الرسمي، فلما توفى نازع ورثته أمام القضاء الفرنسي في صحة الوصية بالبطلان، تأسيسا على المادة 992 من ق م الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل الرسمي، وهي مسألة مكتملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي.

ولما عرض النزاع على القاضي الفرنسي وجد نفسه أمام مشكلة تتعلق بالتكييف، تتعلق بتحديد طبيعة موضوع النزاع وهو حضر الوصايا في الشكل العرفي، هل هو مسألة تتعلق بقاعدة من قواعد الشكل، تتعلق بإظهار الإرادة ولا شأن لها بمضمونها، ومن ثم يحكمها القانون الفرنسي بوصفه قانون محل الإبرام، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هي مسألة تتعلق بأهلية الموصي غايتها حماية الموصي، فيحكمها القانون الهولندي بوصفه قانون جنسية الموصي، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد حل القاضي الفرنسي هذا الإشكال بأن كیفه تبعاً للقانون الفرنسي على أنه يتعلق بالشكل، وقضى بصحة الوصية طبقاً للقانون الفرنسي، كما أنه استخلص منها أن الاختلاف في التكييف يستتبع باللزوم اختلاف القانون الواجب التطبيق، ومن ثم اختلاف الحل النهائي للنزاع.

المطلب الثاني: المرجع في التكييف هو قانون القاضي

إن القاضي في قيامه عملية التكييف سوف يعتمد حتما على قواعد قانون معين، وهذا ما يجعل تحديد هذا القانون له تأثيره الأكيد على تحديد القانون المختص، ومن ثم الحل الموضوعي للنزاع، خاصة وأنه ليس هناك أساس موحد بين الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة، بل اختلاف في المفاهيم القانونية بين القوانين.

ونظرا لاتصال النزاع بأكثر من قانون يتنازع حكمه، فإنه من المتصور أن يدعي كل قانون أحقيته في تكييف المسألة التي يثيرها هذا النزاع، ولذلك تعددت الاتجاهات المختلفة في

تحديد القانون الذي يكون مرجعا في التكييف⁽¹⁾، لكن القانون المقارن اعتمد الاتجاه القائل بإعمال قانون القاضي، تطبيقا لنظرية بارتان(الفرع الأول)، والتي اعتمدها المشرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نظرية تطبيق قانون القاضي

يعتبر الفقيه الفرنسي "Bartin" هو من بلور هذه النظرية وأوضح معالمها، فقد ذهب إلى القول بأن التكييف باعتباره عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فمن الطبيعي أن يتم بالرجوع إلى قانون القاضي، فالمحاكم عادة في سبيل تحديد طبيعة الواقعة أو التصرف القانوني محل النزاع، تلجأ إلى القانون الوطني، وهي تفعل ذلك لا تبرر عادة مسلكها، فهي تقوم بالتكييف وفقا لقانونها بطريقة ضمنية وغير محسوسة.

ومن أبرز القضايا التي أكدت للفقيه "Bartin" ما قال به، هما قضية "ميراث المالطي" وقضية "وصية الهولندي" سالفتي الذكر، ففي قضية "ميراث المالطي" سجل "Bartin" أن المشكلة الحقيقية كانت تتمثل في تحديد طبيعة "نصيب الزوج المحتاج"، هل هو حق يفرضه النظام المالي بين الزوجين، والذي يحكمه القانون المالطي بوصفه قانون موطن الزوجية الأول، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هو حق في الإرث بوصفها زوجة للمورث، فيحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع العقار، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد حل القاضي الفرنسي هذا المشكل بأن ألحقه بطائفة الإرث.

أما في قضية "وصية الهولندي"، سجل "Bartin" أن المشكلة الحقيقية كانت تتمثل في تحديد طبيعة حضر الإيصاء في الشكل العري، هل هي مسألة تتعلق بقاعدة من قواعد الشكل، تتعلق بإظهار الإرادة ولا شأن لها بمضمونها، ومن ثم يحكمها القانون الفرنسي بوصفه قانون محل الإبرام، حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم هي مسألة تتعلق بأهلية الموصي غايتها حماية الموصي، فيحكمها القانون الهولندي بوصفه قانون جنسية الموصي،

¹ - هناك من الفقه من يرى بأن التكييف يخضع للقانون الذي يحكم النزاع، أي أنه يجب إجراء التكييف وفقا للقانون الذي يحكم المسألة المتنازع فيها، لكن أهم نقد وجه لهذا الاتجاه هو أنه يصادر على المطلوب، فالتكييف عملية سابقة على تحديد القانون المختص. وهناك من يرى بأن التكييف يخضع للقانون المقارن، فلا ينبغي أن يكون القاضي أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن ليستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبغة بصبغة عالمية، فقواعد الإسناد وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة. وهذا الرأي قد تعرض أيضا إلى انتقادات أهمها أنه من الصعب على القاضي الذي يقوم بالتكييف أن يحيط علما بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني للمسألة محل التكييف.

حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد حل القاضي الفرنسي هذا الإشكال بأن كيفه تبعاً للقانون الفرنسي على أنه يتعلق بالشكل، وقضى بصحة الوصية طبقاً للقانون الفرنسي، كما أنه استخلص منها أن الاختلاف في التكييف يستتبع بالضرورة اختلاف القانون الواجب التطبيق، ومن ثم اختلاف الحل النهائي للنزاع.

1. أساس نظرية "Bartin" :

أسس الفقيه "Bartin" نظريته على فكرة السيادة، ذلك أن تنازع القوانين عنده هو تنازع بين السيادات، وقد خالفه الفقه الغالب الذي أيد نظريته في هذا الأساس، إذ يرفض تصوير تنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات، واعتمدوا أسساً أخرى وهي:

- أن التكييف لا يعدو أن يكون في حقيقته إلا تفسيراً لقاعدة الإسناد الوطنية، وبهذا يبدو طبيعياً أن يخضع لقانون القاضي.

- أن القاضي حينما يقوم بتكييف المسألة المطروحة أمامه فهو يتأثر حتماً، وبحكم تكوينه الثقافي والقانوني، بالمبادئ الواردة في قانونه الوطني، فهذه المبادئ تعد جزءاً لا يتجزأ من ذكائه المهني.

- أن التكييف عملية أولية سابقة على أعمال قاعدة الإسناد، فلو أثرت مسألة معينة، هل تدخل في فكرة الشكل أم في فكرة الأهلية، فلا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق إلا عن طريق التكييف، ومن ثم لا يتصور أن يتم التكييف إلا وفقاً لقانون واحد، هو قانون القاضي.

2. نطاق النظرية:

تحفظ الفقيه "Bartin" حول تحديد المقصود بالتكييف (1.2)، كما أنه أورد عدة استثناءات (2.2).

1.2. الاختصار على التكييف الأولي:

يفرق الفقيه "Bartin" بين التكييف الأولي وهو التكييف اللازم لأعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق، أي التكييف اللازم لإدراج المسألة ضمن الفئة المسندة المناسبة لها، ويكون وفقاً لقانون القاضي، وبين التكييف الثانوي أو اللاحق بعد

عملية الإسناد وتحديد القانون المختص، وهو يكون وفقا للقانون الواجب التطبيق، وقد برر هذه التفرقة أيضا بفكرة السيادة والتي رفضها الفقه الحديث الذي يرى في التكييف تفسيراً لقاعدة الإسناد، الأمر الذي يستوجب معه أن يتوقف عند حد تحديد القانون الواجب التطبيق.

2.2 الاستثناءات الواردة على النظرية:

هناك عدة استثناءات على نظرية "Bartin" وهي:

- وصف المال:

وصف المال ما إذا كان عقارا أو منقولا، يخضع إلى قانون موقعه، و ليس إلى قانون القاضي الوطني، مبررا ذلك بفكرة استقرار المعاملات.

- وصف الفعل:

وصف الفعل ما إذا كان جريمة جنائية أو مدنية يتم وفقا لقانون المكان الذي حدث فيه، وهذا تحقيقا للعدالة، بعدم تركه لمحض صدف اختيار محكمة ما.

- تعلق التكييف بنظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي:

إذا تعلق التكييف بنظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي فإنه يخضع للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام.

- حالة وجود معاهدة :

عند وجود اتفاقية بين دولة القاضي ودولة أجنبية، تنص على أن تكييف بعض المسائل يخضع لقانون غير قانون القاضي.

3 تأكيد الفقه للنظرية:

رغم أن الفقه الغالب قد أيد نظرية "Bartin" إلا أن خالفه في الأساس الذي اعتمدته هذه النظرية، وهو تصوير تنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات، واعتمد أسسا أخرى كما رأينا سابقا.

- وقد انتقد أيضا بخصوص إخضاع وصف المال، ما إذا كان عقارا أو منقولا، إلى قانون موقعه، على أساس أنه قد لا يثار وصف المال إلا في مرحلة لاحقة على الإسناد، إذ أن تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بالأموال، التي تقضي بخضوعها إلى قانون موقعها، تستلزم تكييف الحق محل النزاع ما إذا كان حقا عينيا أم لا وليس ما إذا كان عقارا أم منقولا هذا الذي يأتي بعد الإسناد، أي أنه تكييف لاحق، وعليه فلا يعد هذا استثناء حقيقيا.

- وانتقد أيضا في استثنائه لوصف الفعل، هل هو جريمة جنائية أو مدنية بأن أخضعه لقانون المكان الذي حدث فيه، بأن تكييف الفعل بأنه جريمة جنائية وفق قانون أجنبي معناه إفساح المجال لتطبيق قانون عقوبات أجنبي، وهذا يمس بالسيادة، كما أنه يمكن أن يقع الفعل في بلد ويتحقق الضرر في بلد آخر.

- وانتقدت النظرية أيضا في الاستثناء الخاص بتكييف نظام أجنبي غير معروف في قانون القاضي، بأنه لا محل له، إذ يستطيع القاضي تكييف هذه الأنظمة غير المعروفة في قانونه، بأن يلحقها بنظام قانوني مشابه، وهذا يؤكد ما يجري في القضاء الفرنسي، كما رأينا سابقا، الذي لم يجد صعوبات.

لكن هذه الانتقادات لم تتل من هذه النظرية، بل دعمها الفقه الغالب، واعتمدتها مختلف التشريعات ومنها المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: المشرع يعتمد نظرية "Bartin":

اعتمد المشرع الجزائري نظرية "Bartin" في نص المادة 09 من ق م: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق".

يتبين من هذا النص أن المرجع في التكييف الأولي، وهو تكييف العلاقات (المسائل)، لأجل تحديد نوعها، أي تحديد الفئة المناسبة لها، لمعرفة القانون الواجب التطبيق، هو قانون القاضي، وذلك دون بقية التكييفات الثانوية التي تأتي بعد هذه المرحلة.

لكن النص سالف الذكر لم يورد استثناءات النظرية والتي نجده في نصوص أخرى، كالاستثناء الخاص بالأموال في المادة 1/17 من ق م "يخضع تكييف سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، والاستثناء الخاص بالمعاهدات الدولية، في المادة 21

من نفس القانون، أما ما يتعلق بتكييف الفعل الضار في المادة 2/20، فلا يعتبر استثناء من المادة 9 من ق م، بل نجد فيه أن القاضي يقوم بالتكييف طبقا للقانونين معا.

غير أن الانتقادات الموجهة لاستثناءات نظرية "Bartin" سوف تنطبق حتما على ما ورد في نصي المادتين 1/17 و 2/20، أما بخصوص المعاهدات النافذة في الجزائر، فهي تسمو على القانون، فإذا ما نظمت معاهدة بهذا الشكل تكييف بعض المسائل، فيعتبر القاضي قد اعتمد قانونه في التكييف حسب القاعدة، وليس الاستثناء.

أما الاستثناء المتعلق بالأنظمة القانونية غير المعروفة في القانون الوطني، فبالرغم من عدم النص عليه صراحة إلا أنه يفرض نفسه عمليا، فقد يتعرض القاضي الوطني لمسألة مجهولة يتعذر عليه تكييفها ولا يجد لها تقاربا مع الأنظمة القانونية الوطنية، فهنا يستطيع اللجوء إلى المفاهيم القانونية الموجودة في القانون الأجنبي المرشح للتطبيق على النزاع، أو إلى المفاهيم الموجودة في القانون المقارن فيستعين بها لتقريب المسألة من أحد الأنظمة القانونية الوطنية، ومن ثمة تكييفها، أي إعطاءها الوصف القانوني لمعرفة الفئة القانونية المناسبة، وهذا ما يسمى بتوسيع مدارك الفئة المسندة، ومثال هذه الحالة: مسألة (ربع الزوج الفقير) أو ما تسمى ميراث المالطي.

وفي الأخير يتأكد لنا أن التكييف في تنازع القوانين كالتكييف في القانون الداخلي، يعد عملية قانونية أو مسألة قانون، وهو في تنازع القوانين يعتبر تفسيرا لقاعدة الإسناد، والمتمثل في بيان موضوع الفئة المسندة، فهو عملية ضرورية لإدخال المسألة المعروضة على القاضي في فئة من الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد الوطنية، ويتوقف عليه حسن اختيار وتطبيق القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة أمام القاضي.

المبحث الثالث: الإحالة

بعدما تتم عملية الإسناد ويتحدد القانون المسند إليه، يجد القاضي نفسه أمام نوعين من قواعد هذا القانون، قواعده الموضوعية، وقواعد الإسناد (ما المقصود بالقانون الأجنبي)، فهل يفصل في النزاع بتطبيق القواعد الموضوعية، أم أنه يستشير قواعد الإسناد لتشير بدورها باختصاص القانون الذي تراه ملائماً لحكم النزاع، فإذا ما أخذ القاضي بالحل الأول فقد رفض الإحالة، أما إذا أخذ بالحل الثاني فقد قبل مبدئياً بفكرة الإحالة، ولأجل أن نوضح ذلك نتناول مفهوم الإحالة (المطلب الأول)، ثم تباين المواقف حول الأخذ بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

نتناول تعريفها (الفرع الأول)، ثم نشأتها (الفرع الثاني)، ثم أساسها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الإحالة

الإحالة هي القول بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً. فبإعمال نظرية الإحالة يفسر القاضي الوطني نطاق القانون الأجنبي الذي يأمر قانونه بتطبيقه، بأن الأولوية لتطبيق قواعد تنازع القوانين الموجودة في ذلك القانون الأجنبي، أي قواعد الإسناد فيه، قبل تطبيق قواعده الموضوعية.

وتثور مشكلة الإحالة إذا توافرت عدة مفترضات أساسية وهي، أن يختص قانون أجنبي بموجب قواعد الإسناد، وأن تستشار قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي، وأن تختلف ضوابط الإسناد بالنسبة لقاعدتي الإسناد في القانونين، أو يختلف مفهوم الضابط فيهما، وأن ترفض قاعدة الإسناد للقانون الأجنبي الاختصاص لقانونها.

ومثال ذلك إذا أردنا تطبيق نص المادة 1/10 من القانون المدني، على مسألة تخص أهلية شخص انجليزي، فنجد أن قاعدة الإسناد فيها تشير باختصاص القانون الإنجليزي لحكم أهلية هذا الشخص الانجليزي على أساس أنه قانون جنسيته، وعندما نطبق قاعدة الإسناد في هذا القانون سوف تحيلنا إلى قانون موطن هذا الشخص، فإذا كان هذا الأخير متوطناً بانجلترا قضت باختصاص القانون الانجليزي.

أما إذا لم يكن كذلك رفضت اختصاصه وأحالت إلى قانون موطن الشخص، الذي قد يكون القانون الجزائري فنكون أمام إحالة من الدرجة I (أو الرجوع)، أو قد يكون قانونا أجنبيا آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة II، وقد تستشار قواعد إسناد هذا الأخير فترفض الاختصاص له وتحيل على قانون آخر، وهذه الإحالة من الدرجة III وهكذا.

الفرع الثاني: الإحالة ذات نشأة قضائية

تعتبر الإحالة نظرية حديثة نسبيا، وقد ارتبط ظهورها بشكل أساسي بالقضاء، حيث طبقتها القضاء الانجليزي والقضاء الألماني في منتصف القرن 19، إلا أنها ظهرت بشكل واضح في قضية مشهورة عرضت على القضاء الفرنسي تعرف بقضية *"Forgo"*.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن *"Forgo"* ولد سفاحي بافاري انتقل إلى فرنسا في سن الخامسة وتوفي فيها في سن الثامنة والستين، ولم يترك أبناء أو إخوة أو أخوات، تاركا وراءه تركة منقولة هامة، ولم يكتسب *"Forgo"* طيلة حياته في فرنسا الموطن القانوني فيها، لأن اكتساب هذا الموطن كان يتوقف على صدور مرسوم لم يطالب به *"Forgo"*، فطالب كل من حواشي أمه بتركته استنادا إلى القانون البافاري من جهة، و الدولة الفرنسية من جهة أخرى والتي اعتبرت التركة شاغرة، لأن القانون الفرنسي لا يجيز توريث غير الأخوة والأخوات للابن غير الشرعي.

حكمت محكمة استئناف "بورديو" في 1876/05/24 لصالح الورثة عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقرر تطبيق قانون موطن المتوفى في ميراث المنقولات، وهو القانون البافاري، قانون الموطن الأصلي، لأن *"Forgo"* لم يكن له موطن قانوني في فرنسا.

طلعت إدارة الدومين العام في فرنسا أمام محكمة النقض، فقضت في 1878/07/24 بنقض حكم محكمة الاستئناف بحجة أنه كان يتعين على هذه الأخيرة أن تطبق قاعدة الإسناد في القانون البافاري، لا أن تطبق قواعده المادية التي تعطي الحل المباشر للنزاع، فقاعدة الإسناد في القانون البافاري تقرر اختصاص قانون الموطن الفعلي للمورث، وهو القانون الفرنسي، الذي لا يجيز توريث حواشي *"Forgo"* ويعتبر تركته شاغرة، وبهذا أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الإحالة، وإن كانت لم تستعمل هذا الاصطلاح في قرارها.

ومنذ قضية "Forgo" استطرد القضاء الفرنسي في الأخذ بها، وكانت بذلك نقطة البداية التي أثارت جدلا فقهيًا صاحبًا حول هذه المشكلة مازال مستمرا بين مؤيد لها ومعارض، وكان لذلك أثره في أعمالها قضائيا والأخذ بها تشريعيا.

الفرع الثالث: أساس الإحالة

ظهرت في الفقه عدة نظريات حاولت إيجاد أساس قانوني للإحالة، وأن تبرر الأخذ بها، أهمها: نظرية التفويض (أولا)، ونظرية تناسق النظم القانونية (ثانيا)، ونظرية الطابع الوظيفي للإحالة (ثالثا).

أولا: نظرية التفويض

بمقتضى هذه النظرية يتم قبول الإحالة عن طريق تفويض المشرع الوطني للمشرع الأجنبي في قواعد إسناده لتحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، فإذا ما تماثلت مع قواعد الإسناد الوطنية فلا إشكال يطرح، أما إذا اختلفتا تحل قواعد الإسناد الأجنبية محل قواعد الإسناد الوطنية في لتحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، ويجب على القاضي احترام النتيجة سواء اختص قانونه أم اختص قانون آخر.

ينتقد الفقه نظرية التفويض لكونها ضعيفة الأساس، لأن قاعدة الإسناد ليست قاعدة تفويض للاختصاص التشريعي، وهذه ليست وظيفتها، بل هي قاعدة لاختيار القانون المناسب لحكم المسألة، وفكرة التفويض خيال ومجاز، حيث لم يثبت أن دولة فوضت غيرها في فض تنازع القوانين بشأن مسألة معينة، وهي تعترض مع فكرة السيادة، وإعمالها يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة.

ثانيا: نظرية تناسق النظم القانونية

قال بهذه النظرية الفقيه الفرنسي "Batiffol" وأساسها أن المشرع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد فهو يشرع لحكم علاقة تتصل بأكثر من قانون، ولذلك يتصور التنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، ولذلك فالعمل بالإحالة لا يعد تنازلا من قواعد الإسناد الوطنية لصالح قواعد الإسناد الأجنبية، لكن لتحقيق التناسق والتعاون بينهما. ويؤدي إعمال الإحالة بهذا الشكل إلى حل مشكلة التنازع بين السيادات الكامنة في ظاهرة تنازع القوانين، ويؤدي إلى توسيع نطاق القانون الوطني ليشمل النزاعات التي تمس المصالح المباشرة لدولة القاضي.

لم تسلم نظرية تناسق النظم القانونية من بعض المآخذ ، كصعوبة تحقيق التناسق بين القوانين، خاصة في ظل التباين بين ضوابط الإسناد من دولة لأخرى ، كما قد تمس مصالح الأفراد.

ثالثاً: نظرية الطابع الوظيفي للإحالة

بمقتضى هذه النظرية لا يجب أن يقرر قبول أو رفض الإحالة بناءً على أفكار عامة نظرية، أي على حل عام مجرد ومسبق ينطبق على كافة الحالات، إنما استناداً إلى الوظيفة التي يمكن للإحالة أن تقوم بها، من خلال ربطها بالغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، "فالإحالة تعتبر أداة فنية ذات طابع وظيفي، فهي وسيلة من وسائل السياسة التشريعية، يلجأ إليها المشرع أو القاضي إذا وجد من المناسب استخدامها في نطاق معين، لتحقيق أهداف متنوعة". وقد أخذت بهذه النظرية بعض التشريعات الحديثة، كالقانون التشيكي لعام 1963 في المادة 35 ، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في المادة 04 منه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الإحالة بين القبول والرفض.

أثارت مسألة أعمال الإحالة خلافاً حاداً في الفقه وتباينت مواقف القضاء والتشريعات في مختلف الدول، ونستطيع حصر هذا الخلاف في اتجاهين اثنين، الأول لا يعتد بالإحالة ويرفضها (الفرع الأول)، أما الثاني فيرى بإعمالها (الفرع الثاني)، والذي سايره المشرع في قبوله للإحالة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاتجاه الرافض للإحالة

يرى هذا الاتجاه بأنه إذا عيّنت قاعدة الإسناد القانون المختص، فيجب تطبيق قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد، وحججهم في ذلك:

- أن قواعد الإسناد من القانون العام، فهي إقليمية التطبيق فلا يطبقها إلا القاضي الوطني، وهي تفصل بين السیادات التشريعية للدول ذات الصلة بالنزاع.

1- تنص المادة 35 من القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963 على أن الإحالة يمكن قبولها إذا كان القبول يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية، وكما نصت المادة 04 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 على أنه إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الوطنية.

. إن إعمال الإحالة قد يقودنا إلى حلقة مفرغة، ذلك أن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد ترفض الاختصاص لقانونها وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي يجب استشارة قواعد الإسناد فيه التي قد ترفض الاختصاص أيضا وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي قد يكون القانون الوطني والذي يحيل بدوره إلى القانون الأجنبي، ولا مجال للخروج من هذه المتاهة إلا بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي مباشرة، أي رفض الأخذ بالإحالة.

. أن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى أن يطبق على طرفي النزاع نظاما قانونيا ليسو خاضعين له أصلا وغير مقرر في بلادهم، كأن تحيل قواعد الإسناد في القانون الانجليزي الفصل في نزاع يخص أهلية انجليزي متوطن في الجزائر على القانون الجزائري.

. أن مشكلة تنازع القوانين تحل عند إعمال قاعدة الإسناد الوطنية واختيار القانون واجب التطبيق، لكن إعمال قاعدة الإسناد في هذا القانون تعني الفصل من جديد في تنازع قوانين.

الفرع الثاني: الاتجاه المناصر للإحالة

يرى هذا الاتجاه بأنه لما تشير قواعد الإسناد في قانونه باختصاص قانون أجنبي، يجب على القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في هذا القانون، لمعرفة هل تؤكد له الاختصاص، أم أن قانونا آخر هو الأجدر بالتطبيق، وحججهم في ذلك:

. أن قاعدة الإسناد تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي، فهذا الأخير يعتبر كلا لا يتجزأ، ويعامل على هذا الأساس، وعليه يجب إعطاؤه الاختصاص بصفته نظاما قانونيا متكاملا في قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، فلا مبرر لتجزئته والتمييز بين قواعده، كما أن تطبيق قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد رغم رفض هذه الأخيرة الاختصاص يعتبر إهدارا لإرادة المشرع الأجنبي.

. يقود إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو عرض عليه النزاع، وبالتالي يتحقق اتساق في حلول تنازع القوانين بين الدول ذات الصلة بالنزاع، مما يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية.

. أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من شأنه أن يوسع من دائرة تطبيق القانون الوطني، كما أنه يساهم في تسهيل عمل القاضي خاصة إذا ما اختص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، إذ سيعفى من مشقة البحث في القوانين الداخلية في هذه الدولة.

. أن قبول الإحالة يؤدي إلى استقلال حل النزاع عن اختيار المحكمة، إذ يصبح ليس من المؤكد تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في قانونها، مما يسد الطريق أمام الخصوم للغش نحو القانون.

وفي الأخير نلاحظ أنه رغم وجاهة أسانيد وحجج رافضي الإحالة، إلا أن الغلبة كانت لمناصري الإحالة، فهذا الاتجاه قد غرض الطرف عن البحث عن مبررات الإحالة وأصبح يولي الاهتمام بالبحث عن الأساس القانون للإحالة، والذي اختلف فيه كما عرضنا ذلك سابقا.

الفرع الثالث: الإحالة في القانون الجزائري

أفصح المشرع عن موقفه من الإحالة بموجب المادة 23 مكرر1 من ق م التي تنص "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي".

فالملاحظ أن هناك تناقضا ظاهرا بين فقرتي هذا النص، الأولى تأمر القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه دون النظر في قواعد إسناده، في حين تأمر الفقرة الثانية القاضي أن يستشير قواعد الإسناد تلك، لتحيل إلى القانون الجزائري فيطبقه، فالإسناد فيها إجمالي.

وهذا الوضع كما يرى بعض الفقه يجعل القاضي في حيرة من أمره، فإما أن يأخذ بالإحالة فيكون قد خالف قاعدة آمرة وهي الفقرة الأولى من هذه المادة، وإما ألا يأخذ بالإحالة فيكون قد خالف قاعدة آمرة وهي الفقرة الثانية التي تأمره بالأخذ بها، وفي كلتا الحالتين يعتبر موقفه من الإحالة تجاوزا للسلطة، يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره، ويقترحون تعديل المادة بما يتماشى و المنطق القانوني والحكمة من وضع قاعدة الإسناد، وذلك بحذف الفقرة الأولى والإبقاء على الثانية، وتبني الإحالة من الدرجة الأولى.

أما آخرون فيرون أنه بالرجوع للفقرة الأولى من المادة يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ في جميع المواد، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون المسند إليه دون المرور على قواعد الإسناد فيه، وهو إسناد موضوعي، لا إسناد إجمالي، إلا أنه رغم ذلك فقد قبل الإحالة إلى القانون الجزائري، دون أن يقيدها.

إلا أن هناك من يرى بأن التطبيق الصحيح للنص السابق هو أن القاضي الجزائري يجب عليه أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص طبقا للقواعد الإسناد الوطنية، وهنا يقتضي التمييز بين فرضين؛ الأول هو عند قبول القانون المسند إليه الاختصاص وهنا يطبق القاضي قواعده الموضوعية كمرحلة ثانية، أما الفرض الثاني فهو عند رفض هذا القانون الاختصاص، فهنا الأمر لا يخرج عن أحد احتمالين، إما أن تحيل قواعد الإسناد إلى قانون القاضي، فيطبق القاضي قواعده الموضوعية، وإما أن تحيل إلى قانون أجنبي آخر، فيطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص.

ونرى بأن الفهم الصحيح للنص هو أن المشرع يؤكد على أن المقصود من القانون الأجنبي المختص هو قواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه، أي أنه يرفض فكرة "الإسناد الإجمالي للقانون الأجنبي".

غير أنه لا مانع من أن ينظر القاضي في قواعد الإسناد للقانون الأجنبي فإذا أشارت إلى تطبيق القانون الجزائري، فيتعين عليه حينئذ أن يطبقها، وبهذا يكون قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

وتجدر الإشارة بأن اعتماد المشرع للإحالة من شأنه أن يوسع من مجال تطبيق القانون الوطني، وأن يخفف على القاضي عبء البحث في القوانين الأجنبية خاصة تلك النظم التي تأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيًا، بالإضافة إلى أن القانون المسند إليه يرفض الاختصاص ويحيل حل النزاع إلى القانون الوطني، وهذا الموقف يتماشى وكون الإحالة وسيلة للتسويق بين الأنظمة القانونية المتضمنة لضوابط إسناد مختلفة.

لكن نرى بأنه رغم اقتصار المشرع على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى (الرجوع)، وما يحمله ذلك من مزايا، وتجنب الانتقادات الموجهة للإحالة عموما، إلا أنه يعاب عليه قبوله الإحالة على القانون الجزائري دون قيد أو شرط، كما أنه لم يعط القاضي أي سلطة في تقدير ما إذا كانت الإحالة ستؤدي إلى حل معقول وعادل ولا تتعارض مع غاية قاعدة الإسناد

ووظيفتها، أي أن يأخذ بالإحالة كأداة فنية ذات طابع وظيفي، ووسيلة من الوسائل التشريعية يلجأ إليها القاضي في نطاق معين لتحقيق أهداف معينة، وبالنظر إلى المصلحة الوطنية⁽¹⁾.

كما أن إطلاق الأخذ بحالة الرجوع قد يفسر على أنه انصياع لإرادة المشرع الأجنبي، كما أنه لم يستثنى بعض المسائل كالموارث والنظام المالي للزوجين وقانون الإرادة، والتي من شأن الإحالة أن تمس بتوقعات الأشخاص، كما أن معظم التشريعات التي أخذت بالإحالة استثنى من هذه الأخيرة⁽²⁾.

المبحث الرابع: فكرة المسائل الأولية

قد يحدث أن تثار بمناسبة حل بعض النزاعات ذات العنصر الأجنبي مسألة أولية يقتضي البت فيها أولاً للفصل في النزاع الأصلي، ففي مثل هذه الحالة إذا كان القانون الوطني هو المختص فيبدو الأمر طبيعياً أن تحل مشكلة المسألة الأولية في إطاره، لأن كلتا المسألتين الأولية والأصلية تخضعان لسلطان قانون واحد.

أما إذا انعقد الاختصاص لقانون أجنبي، فيبدو أن في الأمر صعوبة، حيث يثور التساؤل حول كيفية تحديد القانون الذي تخضع له المسألة الأولية، فهل يتم إعمال قواعد الإسناد الوطنية، أم يتم إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع الأصلي، هذا الحل الأخير نادى به نظرية تدعى نظرية المسائل الأولية.

وترمي هذه النظرية في جوهرها إلى التضييق من نطاق التطبيق المكاني لقاعدة الإسناد الوطنية، فحاولت التمييز بين نوعين من المسائل، المسائل الأصلية والمسائل الأولية، عن طريق إخضاع الأولى لقواعد الإسناد الوطنية، والثانية لقواعد إسناد القانون الأجنبي المختص، وسوف نتناول المفاهيم العامة لفكرة المسائل الأولية (المطلب الأول)، ثم القانون الواجب التطبيق عليها (المطلب الثاني).

1- مثل ما فعل القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963 في المادة 35، والقانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 في المادة 04، كما رأينا سابقاً.

2- كما يستثنى أيضاً من إعمال الإحالة شكل التصرفات وقانون الإرادة في العقود.

المطلب الأول: مفهوم فكرة المسائل الأولية

إن فكرة المسائل الأولية لم تقتصر على القانون الداخلي فقط ، إنما دعت ضرورة الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي أن تطرح هذه الفكرة في إطار تنازع القوانين، وهذا يقتضي تحديد مفهوم هذه الفكرة ودراستها بصفة شاملة، ولأجل ذلك نتناول مضمون فكرة المسائل الأولية (الفرع الأول)، ثم إن هناك العديد من الآليات الفنية التي قد تتشابه مع المسائل الأولية يقتضي تمييزها عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية

إن لكل قاعدة قانونية ركنين، ركن الفرض وركن الحكم⁽¹⁾، وقد يحدث في بعض الحالات أن تستخدم القاعدة القانونية في ركن الفرض مفهوما قانونيا يتوقف تحديده على إعمال قاعدة قانونية أخرى، قد تنتمي إلى ذات الفرع من فروع القانون الذي تنتمي إليه القاعدة الأولى وقد تنتمي إلى فرع آخر، كالقاعدة القانونية التي تعطي للابن الشرعي الحق في ميراث أبيه، تفترض مسبقا تحديد ما هو المقصود بالبنوة الشرعية، فإذا ما عرضت مسألة استحقاق هذا الابن الشرعي للميراث (مسألة أصلية)، فقد تثار مسألة إثبات بنوته الشرعية لأبيه، وهذه الأخيرة يتوقف الفصل في مسألة الميراث على البت فيها أولا، وهي ما يطلق عليها تسمية المسألة الأولية "Question préalable"، فهي إذن المسألة التي يتوقف على الفصل فيها الفصل في المسألة الأساسية "Question principale" المطروحة أمام القاضي.

ذلك شأن القانون الداخلي، أما في إطار تنازع القوانين فإن المسألة الأولية ورغم كونها أيضا تعد مسألة يتوجب الفصل فيها أولا للفصل في المسألة الأساسية المثارة أمام القاضي، إلا أن الأمر هنا يتعلق بالحالة التي يحدد فيها القاضي القانون واجب التطبيق بحكم مسألة ما وذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، ثم تثار أمامه مسألة أولية، يتوقف الفصل في المسألة الأصلية على الفصل فيها، فهل يطبق عليها القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد بالنسبة للمسألة الأساسية أم لا.

1- ركن الفرض هو وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع الواقعية، يحتوي على شروط انطباق القاعدة القانونية، فهو الذي يحدد النطاق أو الإطار لعمل هذه القاعدة، أما ركن الحكم فهو الأثر القانوني أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي، والقاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين هذين الركنين، بحيث إذا توافرت شروط الفرض وجب إعمال الحكم.

وبمعنى أدق قد يتطلب تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص وجود علاقة قانونية والتي بدونها لا يمكن تطبيق تلك الأحكام، وهذا بسبب الارتباط القائم بين قواعد النظام القانوني الواحد، وهو الركن القاعدي المفجر لمشكلة المسائل الأولية.

وقد نشأت مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين نشأة فقهية، إلا أن هناك اختلاف فقهي حول أول من ساهم في ظهورها، وهذا راجع بالأساس إلى وجود صور متعددة لهذه المشكلة، كظهورها في إطار تنازع جهات القضاء، والتي ساهم في بروزها الفقيه الإيطالي "Anzilotti"، فذهب اتجاه فقهي بأن هذا الفقيه هو أول من ساهم في اكتشافها، وظهورها في إطار مادة الجنسية، والتي ساهم في بروزها الفقيه "Zitelmann"، فذهب اتجاه فقهي آخر بأن هذا الفقيه هو أول من لفت الانتباه إليها.

والظاهر أن مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين يرجع الفضل في ظهورها إلى الفقيهين الألمانين "Melechior" سنة 1932 و "Wengler" سنة 1934، فقد أبرزوا في مؤلفاتهما الجوانب الفنية المميزة لها، وعبرا عن وجود هذه المشكلة وأهميتها وكيفية حلها.

الفرع الثاني: شروط قيام مشكلة المسائل الأولية

إن قيام مشكلة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، متوقف على توافر ثلاثة شروط وهي: أن تكون المسألة الأصلية خاضعة لقانون أجنبي (أولا)، وأن تكون المسألة الأولية مستقلة ذاتيا (ثانيا)، وأن تكون النتائج التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية مختلفة عن النتائج التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية (ثالثا).

أولا: خضوع المسألة الأصلية لقانون أجنبي

لا تتور مشكلة حل المسائل الأولية في تنازع القوانين إلا بتوافر شرط أساسي هو أن تكون المسألة الأصلية خاضعة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية لقانون أجنبي، ذلك أن خضوعها لقانون القاضي يحل المشكلة، إذ سوف تخضع حتما لقواعد الإسناد الوطنية.

أما عندما تكون المسألة الأصلية خاضعة لقانون أجنبي، ونظرا لوجود ارتباط بين قواعد هذا القانون، يتطلب تطبيق قواعده الموضوعية وجود علاقة قانونية، بدونها لا يكون محلا لتطبيق هذه القواعد، وهذا الارتباط هو سبب نشوء مشكلة المسائل الأولية.

ثانيا: استقلال ذاتية المسألة الأولية

يقتضي هذا الشرط أن تكون المسألة الأولية مستقلة الإسناد، أي أن تكون قادرة بذاتها على أن تكون مسألة أصلية في حالة ما إذا طرحت كنزاع قضائي بشكل مستقل، فهي في حقيقتها مسألة أصلية مستقلة، لكن آلية التقاضي هي التي جعلت منها مسألة أولية في خصوص المسألة الأصلية، حيث يتوقف على الفصل فيها الفصل في هذه الأخيرة التي سبق عرضها على القضاء، فأصبحت مسألة أولية بالمقارنة بالمسألة الأصلية.

ثالثا: اختلاف قاعدتي الإسناد الوطنية والأجنبية

يعتبر هذا الشرط حجر الزاوية في قيام مشكلة المسائل الأولية، وبدون وجوده تنعدم أهمية مشكلة المسائل الأولية، فهذه المشكلة لا تقوم إلا إذا كان تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية يؤدي إلى نتائج تختلف عن النتائج التي يربتها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، لأنه إذا كانت النتائج واحدة، فسيكون تطبيق أي منهما سواء، وبالأولى تطبق قاعدة الإسناد الوطنية لأنها الأصل، وهنا ينتفي التنازع، ونكون بصدد ما يعرف بالتنازع الكاذب، ولا تثور مشكلة المسائل الأولية.

الفرع الثالث: المسألة الأولية والآليات الفنية المشابهة

رأينا سابقا بأن المسائل الأولية موجودة في القانون الداخلي، وتعرضنا فقط إلى المسائل الموضوعية دون التعرض للمسائل الأولية الإجرائية والتي قد تلتبس مع المسائل الأولية في تنازع القوانين مما يقتضي التمييز بينهما (أولا)، كما أن النظرية العامة لتنازع القوانين تستخدم العديد من الآليات الفنية بغية تحديد القانون المختص، هذه الآليات قد تختلط بالمسائل الأولية، كالتكييف (ثانيا)، والإحالة (ثالثا)، والمسائل المركبة (رابعا).

أولا: المسألة الأولية بين تنازع القوانين والإجراءات

تتشابه المسألة الأولية في تنازع القوانين والمسألة الأولية الإجرائية، من حيث مضمونهما، وهو أن الفصل في الدعوى الأصلية متوقف على الفصل فيهما.

إلا أن الاختلاف بينهما يتمثل في أن المسائل الإجرائية تشير مشكلة الاختصاص القضائي للمحاكم في حكمها، حيث يستوجب على القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى أن يتم الفصل في المسألة الأولية، فتعتبر المسألة أولية حينما يتعين عرضها على محكمة مختصة لتفصل فيها بحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، أي يجب الفصل في موضوعها

بحكم موضوعي، بينما لا تثير المسألة الأولية في نطاق تنازع القوانين مشكلة الاختصاص القضائي، حيث ينظر ذات القاضي في المسألة الأولية ولو كان غير مختص.

ثانيا: المسألة الأولية والتكييف

يتشابه التكييف مع المسائل الأولية في أن كليهما يعتبر تفسيراً لفكرة قانونية، فالتكييف هو تفسير لفكرة أساسية وهي الفكرة المسندة، والمسائل الأولية هي تفسير لفكرة فرعية، إلا أن نقطة الالتقاء هذه لا تخفي الاختلاف الجوهرى الموجود بينهما الذي يبرز من عدة نواحي هي:

. أنهما يختلفان في محل التفسير، إذ يعتبر التكييف في إطار تنازع القوانين "تحديد لطبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"، فهو تفسير لقاعدة الإسناد، بينما المسألة الأولية، وإن عدت فرضاً على أنها تفسير، فهي لا تتعلق بقاعدة الإسناد الوطنية، وإنما تتعلق بالقاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي المختص.

. أنهما يختلفان من حيث وقت بروزهما، فالتكييف عملية أولية تثور في بدء مرحلة الإسناد، من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، بينما لا تثور مشكلة المسألة الأولية إلا بعد الانتهاء من عملية التكييف والإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق.

. أنهما يختلفان في الغاية، فغاية التكييف هي تحديد من بين قواعد الإسناد الوطنية، قاعدة الإسناد الملائمة للمسألة المثارة لتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، بينما غاية إثارة مشكلة المسألة الأولية هي تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها بذاتها، فيما إذا يتم ذلك طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية، أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص.

وعليه فالمسألة الأولية في إطار تنازع القوانين مشكلة مختلفة عن مشكلة التكييف من عدة نواحي، تستوجب عدم الخلط بينهما.

ثالثا: المسألة الأولية والإحالة

وجه الشبه بين الإحالة والمسألة الأولية هو أن في كليهما يكون هناك تدخل من قبل قواعد الإسناد الأجنبية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾، إلا أنه مع هذا التشابه هناك اختلاف جوهري بينهما من عدة نواحي هي:

. أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد تثور في الإحالة بخصوص المسألة الأصلية محل النزاع ذاتها، على خلاف الشأن في المسألة الأولية التي تثور بشأنها هي دون المسألة الأصلية.

. أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد تثور في الإحالة بناء على إشارة قاعدة الإسناد الوطنية، على خلاف أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد في المسائل الأولية تثيرها القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي.

. أن مشكلة الإحالة تثور عند تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة على القاضي، على خلاف مشكلة المسائل الأولية التي تثور في وقت لاحق على هذا التعيين بل عند تطبيق هذا القانون الذي تم تعيينه بواسطة قاعدة الإسناد.

. أنه في الإحالة تثور مشكلة تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية بخصوص مسألة قانونية خضعت فعلا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه هذه القواعد، على خلاف ما نجده في المسائل الأولية من أن تحديد قواعد الإسناد واجبة التطبيق عليها يثور في وقت لم نعرف بعد لأي قانون تخضع تلك المسائل.

. أن هناك نوع من تنازع النظم تسببه الإحالة، أي تعدد نظم قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة، على خلاف ما هو كائن بالنسبة للمسائل الأولية فإن القصد هو تحاشي هذا التنازع، بجعل القاضي يفصل في المسائل الأولية كما لو كان هو قاضي الدولة الأجنبية التي اختص قانونها بحكم المسألة الأصلية.

وعليه فالمسألة الأولية في إطار تنازع القوانين مشكلة مختلفة عن مشكلة الإحالة من عدة نواحي، تستوجب عدم الخلط بينهما.

رابعا: المسائل الأولية والمسائل المركبة

1- ينحصر مضمون الإحالة في التساؤل الآتي أنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، ماذا يطبق القاضي الوطني من قواعد هذا القانون، قواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد فيه؟

المسائل المركبة "*Question complexes*" هي مسائل تدخل في نظام قانوني واحد، لكن يمكن تجزئتها، والبت في إحداها غير لازم لباقي المسائل، بل يمكن إخضاع كل مسألة لقانون مختلف⁽¹⁾.

فالمسائل الأولية تتشابه مع المسائل المركبة في تعدد المسائل المطروحة على القاضي الوطني للفصل فيها، بتعيين القانون الواجب عليها بواسطة تطبيق قواعد الإسناد، إلا أن هناك اختلافا بينهما، يتجلى في ما يأتي:

- أن الفصل في المسألة الأولية لازم للفصل في مسألة أصلية معروضة مسبقا على القاضي، بينما المسائل المركبة والتي هي مسائل يمكن تجزئتها، لا يكون الفصل في إحداها لازم للفصل في باقي المسائل.

- أن ظهور المسألة الأولية مستقلة عن المسألة الأصلية يستتبع تعدد الأنظمة القانونية لإسنادها، بينما تجزئة المسائل المركبة ليس مبررا لإفلاتها من تحديد القانون الواجب التطبيق على كل جزء منها، طبقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي⁽²⁾.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد المطبقة على المسائل الأولية

إذا كان تنازع القوانين يتم حله عن طريق أعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فحل مشكلة المسألة الأولية يثير نقاشا فقهيًا حول تحديد قواعد الإسناد الواجب إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، أهى قواعد الإسناد في دولة القاضي، أم هي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهذا ما حاولت أن تجيب عليه عدة نظريات منها التي انطلقت من مبدأ عام وهو إما خضوع هذه المسائل لقواعد الإسناد الوطنية، وإما خضوعها لقواعد الإسناد الأجنبية، وهذه النظريات التقليدية (الفرع الأول)، وقد ظهرت نظريات حديثة تعتمد المنهج العملي التجريبي (الفرع الثاني).

1- ففي العقد مثلا نجد أن الأهلية تخضع للقانون الشخصي، وصحة التراضي تخضع إلى قانون الإرادة، وشكل العقد إلى قانون محل إبرامه، وهكذا....

2- فالعقد مثلا سوف ينظر إليه القاضي كمجموع، ويتم إسناد كل جزء منه (أهلية، تراضي، محل، سبب...) إلى القانون الواجب التطبيق عليه، بمقتضى نظام تنازع واحد، وهو قواعد الإسناد الوطنية.

الفرع الأول: النظريات التقليدية تعتمد مبدأ عاما

واجهت النظريات التقليدية فكرة المسائل الأولية بحل قطعي ومسبق، هو حتمية الرجوع إلى نظام قانوني بعينه، فهو بالنسبة لرأي جانب من الفقه النظام القانوني للقاضي (أولا)، وهو بالنسبة لرأي جانب آخر من الفقه النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص (ثانيا).

أولا: تطبيق قواعد الإسناد الوطنية

ذهب جانب من الفقه إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية يجب أن يتم وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، بأن تعامل في ذلك كأنها مسألة مستقلة عن المسألة الأصلية، ويدعم هذا الاتجاه لتدعيم رأيه بعدة حجج هي:

1. احترام قاعدة الإسناد الوطنية:

إن قاعدة الإسناد وضعت خصيصا لفض تنازع القوانين، عن طريق اختيار القانون الأنسب للمسائل ذات العنصر الأجنبي التي تعرض على القضاء الوطني، واختصاصها هذا شامل لكافة هذه المسائل (ومن بينها المسائل الأولية)، وهو الذي يحقق العدالة والأمن القانوني للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولذا فإن انتزاع الاختصاص في حكم المسائل الأولية عنها يتعارض مع هذه الغاية.

ومن ناحية أخرى فإن القانون الأجنبي قد منح له الاختصاص للفصل في المسألة الأصلية وفي هذا الإطار فقط، ولا اختصاص له في المسألة الأولية، التي يجب أن تحكمها قواعد الإسناد الوطنية صاحبة الاختصاص الأصيل، وإلا عد ذلك اعتداء على هذه القواعد.

2. وحدة الحلول على المستوى الداخلي:

إن تحقيق وحدة الحلول وتناسقها على المستوى الداخلي يقتضي أن تختص قاعدة الإسناد الوطنية بحكم المسائل الأولية، ذلك أنه من غير المعقول أن تخضع ذات المسألة إلى قواعد الإسناد الوطنية إذا عرضت كمسألة أصلية، في حين تخضع لقواعد إسناد أجنبية إذا عرضت كمسألة أولية، لا لشيء إلا لأن المسألة الأصلية أسبق من المسألة الأولية في عرضها على القضاء، فالزواج الصحيح وفقا للقانون الفرنسي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية سيظل صحيحا، مهما تكن المسائل الأصلية التي تتطلب وجود هذا الزواج كمسألة أولية.

3 رفض الإحالة:

إن رفض الإحالة يقتضي أن يطبق القاضي القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد الإسناد فيه، وهذا يؤدي إلى أن قواعد الإسناد الوطنية هي التي تختص وحدها بالمسائل التي تثير تنازعا في القوانين لا فرق بين أن تكون أصلية أو أولية.

وعليه لا يتصور أن نظاما قانونيا يرفض الإحالة سوف يوافق على أعمال قواعد إسناد أجنبية غير تلك الصادرة عن مشرعه الوطني.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات عديدة، رغم أن له أنصارا في الفقه وقد اعتمده القضاء الفرنسي، وتتمثل هذه الانتقادات فيما يأتي:

. فبالنسبة للحجة الخاصة بوجوب احترام قاعدة الإسناد الوطنية، فصحيح أن احترام قاعدة الإسناد الوطنية يقتضي إعمالها على كل ما يعرض على القاضي من مسائل ذات عنصر أجنبي، لكن القول بأن المسائل الأولية تدخل في هذا المجال قول في غير محله، لأن أساس مشكلة المسألة الأولية هو ظاهرة الارتباط القائم بين القواعد القانونية المختلفة المتصلة بذات النظام القانوني، وهو هنا القانون المختص بحكم المسألة الأصلية.

وعليه فإن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولية لا محل له، لأن النظام القانوني للقاضي قد أنهى مهمته بتعيين القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فإذا ما أخضعت المسألة الأولية لهذا الأخير فإن ذلك يعد في حد ذاته نوعا من الاحترام لقواعد الإسناد الوطنية التي لم يعد لها أي اختصاص في هذه المرحلة.

. وبالنسبة للحجة الخاصة بوحدة الحلول على المستوى الداخلي، فإنه بالرغم من أهميتها لكون كل دولة تسعى إلى هذا الهدف، إلا أن المساس به سواء بنصوص تشريعية أو بمقتضى أحكام قضائية جعل منه مبدأ نسبيا يجوز التغاضي عنه.

. أما بالنسبة إلى الاستناد إلى رفض الإحالة لرفض تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية على المسائل الأولية، فإن الفارق الواضح بين المسألة الأولية والإحالة يجعل من الحل الذي يتخذه المشرع في أي منهما لا يؤثر على الأخرى.

ثانيا: تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية

على خلاف الاتجاه السابق، ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن النظام القانوني الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية هو القانون الأجنبي المختص للفصل في المسألة الأصلية، كمبدأ عام(1)، ولتأكيد هذا الرأي أورد عليه أنصاره عدة استثناءات تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي(2).

1. المبدأ العام:

إن المبدأ العام هو أن تتولى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص للفصل في المسألة الأصلية، تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، فقواعد الإسناد في قانون القاضي قد انتهى دورها بمجرد تحديد القانون المختص في حكم المسألة الأصلية، وبهذا نكون قد وضعنا كلا المسألتين الأصلية والأولية في كنف هذا القانون، ويدعم هذا الاتجاه رأيه بالحجج الآتية:

1.1. احترام القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية:

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، فيجب على القاضي أن يحترم هذا القانون في وحدته الموجودة بين قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه التي يجب تطبيقها على المسائل الأولية إذا ما أثبتت بسبب ولأجل تطبيق قواعده الموضوعية، فقواعد الإسناد هذه تحدد إطار عمل القواعد الموضوعية.

وبهذه الطريقة يكون القاضي الوطني قد قام بحل المسألة الأولية المثارة بذات الطريقة والكيفية التي يتبعها القاضي الأجنبي، كما لو كانت هذه المسألة قد عرضت على هذا الأخير كمسألة أصلية، والقول بغير ذلك يعتبر تشويها للقانون الأجنبي المختص وتغييرا لطبيعته، لقطع الوحدة بين قواعده القانونية.

2.1. انقطاع الصلة بين المسألة الأولية وقانون القاضي:

إن انقطاع الصلة بين المسألة الأولية وقانون القاضي تؤكد أمور عدة ، منها أن المسألة الأولية تتعلق بأوضاع تكونت في ظل قانون أجنبي، كالزواج أو النسب مثلا، وفي ذلك الحين لم يكن في تصور الأطراف تحديد المحكمة التي سوف تفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنها.

كما أن المسألة الأولية لم توجد إلا بمناسبة وجود المسألة الأصلية، فهي تتعلق بها وجودا وعدما، ولذا يتعين أن تتبعها في القانون الواجب التطبيق، ولأن قانون القاضي لا يهمه

إلا المسألة الأصلية، فإنه من اللازم ألا يتعدى هذا الاهتمام إلى المسألة الأولية وهي غير ذات صلة به.

3.1 تحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين:

إن تطبيق قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص على المسألة الأولية ليس هدفاً في حد ذاته، إنما هو وسيلة لتحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين، وهذا التناسق يتحقق إذا ما طبق القاضي الوطني قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص، كما لو كان هو قاضي دولة هذا القانون، فيعطي الحل ذاته الذي سيأخذ به هذا الأخير، وبهذا الشكل لن يختلف حل النزاع باختلاف المحكمة المختصة بالفصل فيه⁽¹⁾.

2. الاستثناءات:

لأجل أن يكون هذا الرأي أكثر قبولا أورد عليه أنصاره عدة استثناءات، حيث تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي، وهذه الاستثناءات هي:

1.2 خضوع المسألة الأولية لقانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية:

إذا كانت المسألة الأولية سوف تخضع للقواعد الموضوعية في قانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية في قضية أخرى، فإنها لن تخضع لغير قانون القاضي ولو بوصفها مسألة أولية، ومثال ذلك حالة بطلان زواج طبقا للقواعد الموضوعية الوطنية المختصة بموجب قواعد الإسناد الوطنية، فلا يجوز النظر في صحته كمسألة أولية طبقا لقواعد الإسناد للقانون المختص لحكم مسألة نسب الابن مثلاً.

2.2 الأثر القانوني الصحيح يستتبع أثرا آخر صحيحا:

في الحالة التي يوجد فيها أثر قانون معين وفقا لأحكام قانون القاضي ويستتبع بالضرورة أثرا آخر يعتد به هذا القانون، يتعين عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي

1 - ولتبرير هذه الحجة أعطى أنصار هذا الرأي المثال الآتي، أن هناك محكمتين في دولتين مختلفتين اختصنا في الفصل في نزاع يخص حق ولد بالتبني في ميراث، وأن قاعدتي الإسناد في قانون كل منهما لهما نفس الضابط لفئة الميراث، وعليه سوف يختص القانون الأجنبي نفسه بإعمال أي منهما، ومن ثم تطبيق القواعد الموضوعية ذاتها. فإذا أثبتت مسألة أولية بخصوص صحة التبني، وطبق كل قاض في المحكمتين قواعد إسناد هذا القانون الأجنبي، فسوف يكون الحل نفسه، بينما لو طبق كل من القاضيين قواعد الإسناد في قانونه الوطني فسوف تتعارض الحلول، إذ قد يقر أحد القانونين بصحة التبني، بينما يقرر الآخر عدم صحته ومن ثم عدم أحقية الابن في الميراث.

المختص إذا اتضح بأن القانون الذي ستختاره سوف يحكم بعدم صحة الأثر الثاني، مثال ذلك أن وجود زواج صحيح حسب القانون المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، يستتبع صحة نسب الأبناء من هذا الزواج، وعليه إذا عرضت مسألة صحة النسب هذه، وأثيرت مسألة صحة الزواج كمسألة أولية، فينبغي استبعاد قواعد الإسناد في القانون المختص بحكم النسب إذا أشارت إلى قانون يقضي ببطلان الزواج.

3.2. الأثر القانوني اللازم لوجود أثر آخر:

وهي الحالة التي يوجد فيها أثر قانوني معين، بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية ويكون ذلك الأثر شرطاً ضرورياً لأثر آخر عندما يكون من اللازم الاعتراف به في ذلك القانون.

ومثال ذلك أنه في دعوى انحلال زواج قضى القانون الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية بعدم الانحلال السليم لهذا الزواج، وعليه فلا يمكن للزوجة إبرام زواج جديد.

ورفعت الزوجة دعوى لأجل صحة الزواج الثاني، فأثيرت مسألة أولية وهي أهليتها للزواج فطبقت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتنظيم انحلال الزواج، فأشارت إلى قانون آخر يرى بأن الزواج قد انحل بشكل سليم، وأن لها أهلية الزواج من جديد.

إن هذا الحل الأخير لا يعتد به لأنه يرى بتحقق شرط قضي من قبل بعدم توافره، لذلك وجب لاستبعاد هذه النتيجة أن تطبق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولية.

4.2. المسألة الأولية الأكثر ارتباطاً بقانون القاضي:

إذا كان غياب الصلة بين المسألة الأولية والنظام القانوني الوطني هو الذي يبرر الاختصاص المبدئي لقاعدة الإسناد الأجنبية، فإن هذا الاختصاص ينبغي أن يتوقف ويترك مكاناً لقاعدة الإسناد الوطنية في كل مرة توجد فيها تلك الصلات وتندرج فيها المسألة الأولية في النظام القانوني الوطني، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الوطنية.

مثال ذلك أن يتعلق الأمر بتبني طفل تم في فرنسا فالقضاء الفرنسي يجعله ينتج كل آثاره حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق عليه ينتمي إلى نظام قانوني يختص بحكم الموارث ولا يقبل صلاحية هذا التبني، فالأمر يتعلق بمسألة فرنسية ولا يهم بعد ذلك أن يكون أحد أثر هذه المسألة خاضعاً لقانون لا يعترف بهذه المسألة الأولية.

وقد تبني هذا الرأي جانب من الفقه، وأخذ به القضاء في بعض الدول⁽¹⁾، ذاك نظرا لبعض ما فيه من إيجابيات منها:

- إن اعتماد هذا الرأي على ضرورة احترام القانون الأجنبي المختص يعد أمرا إيجابيا، لأن هذا الاحترام يقتضي الحفاظ على الوحدة القائمة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد لهذا القانون، وذلك يكون عن طريق تطبيق قواعد الإسناد هذه على المسألة الأولية، وبذلك يتحقق ضمان الرابطة المنطقية بين هذين النوعين من القواعد⁽²⁾.

فإذا طبقنا على المسألة الأولية قواعد الإسناد الوطنية سوف ينشأ خليط غير متجانس بين القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص والقواعد الموضوعية للقانون الآخر الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية لحكم المسألة الأولية، ويؤدي هذا الخلط إلى نتائج غريبة، مثل الاعتراف لشخص بالحق في التركة في حين أن لا يحق له ذلك طبقا للقانون الأجنبي الذي يحكم التركة، وهذه النتيجة الشاذة ترجع إلى تشويه هذا القانون.

- أن احترام وحدة وتناسق القانون الأجنبي المختص لا يمس بالاحترام الواجب لقاعدة الإسناد الوطنية، لأن هذه الأخيرة قد أنهت مهمتها باختيار القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فكل ما يثار بعد ذلك يعد خارجا عن نطاق اختصاص قانون القاضي.

- أن اعتماد وحدة الحلول على المستوى الدولي رغم إيجابياته، كأن تلقى المسألة الواحدة المعاملة نفسها أيما كان القاضي الذي سيعرض أمامه النزاع، إلا أن هذا الهدف صعب المنال خاصة أمام اختلاف الدول في وضع ضوابط الإسناد وفي حالة تشابهها فهناك اختلاف في فهمها، ناهيك أن السعي وراء هذا الهدف من شأنه أن يمس بوحدة الأحكام على

1- كالقضاء الألماني، حيث صدر حكم عن محكمة استئناف "Hamm" في 1973/08/10 ويتعلق بشخص عراقي طلق من زوجته الألمانية بحكم من القضاء الألماني، ولما أراد الزواج من جديد بألمانية أخرى، تعين عليه طلب إعفائه من تقديم شهادة الصلاحية للزواج، لكونه من دولة لا تشترط مثل هذه الشهادة، فرفض طلبه، بحجة أن القانون العراقي لا يعترف بحكم الطلاق، وعليه فالزواج السابق ما زال قائما، فطعن أمام المحكمة التي أيدت قرار رئيسها، بحجة أن المبادئ التي تحكم قبول أو رفض هذا الإعفاء تحسم في ضوء الهدف من هذا الإجراء وهو ألا يقف دون إتمام الزواج مانع من موانع الزوجية في القانون الشخصي للزوج المحتمل، ومادام القانون العراقي لا يعترف بحكم الطلاق من الزوجة السابقة، فإن ذلك يؤدي إلى استحالة زواج جديد، وهو ما يحقق وحدة الأحكام على المستوى الدولي، عن طريق التأكد من أن الزواج الذي سوف يبرم في ألمانيا سيكون معترفا به في كل دولة، وهو ما كان متخلفا في هذه القضية.

2- وقد رد الأستاذ "Mayer" على الحجة المتمثلة في خشية تحريف القانون الأجنبي المطبق على المسألة الأصلية، إن حكمت قاعدة الإسناد الوطنية المسألة الأولية الجواب عليه بأنه دائما إذا طبقنا القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فإن قاعدة الإسناد الوطنية لا تسأله إلا حول مضمون قاعدته لا حول موقف اختصاص ومحاكمة، ولا يمكننا إثارة مسألة التماسك بين القواعد المطبقة على المسألة الأصلية والقواعد المطبقة على المسألة الأولية، لأنهما لا ينتميان إلى نفس القانون،

مستوى القانون الداخلي، ولعل هذا ما دفع بأنصار هذا الرأي بضرورة وضع استثناءات على نظريتهم من أجل تحقيق وحدة الأحكام على المستوى الداخلي.

لكن ورغم ما سبق فقد تعرض هذا الرأي لانتقادات عديدة، أهمها أن الأخذ بهذا الرأي تعترضه عدة صعوبات، وتوصف نظريته في الفقه بأوصاف غير مشجعة على تبنيها منها أنها نظرية معقدة، وغير سهلة التطبيق، وغير حقيقية وغير مألوفة، وأن مساوئها مؤكدة، كما أن أنصار هذا الرأي قد وضعوا العديد من الاستثناءات على نظريتهم، وذلك ما أدى إلى الاضطراب والتردد القانوني بشأنهم.

فالملاحظ إذن على النظريتين السابقتين أنهما تعرضتا إلى انتقادات أدت إلى إعراض الفقه عنهما ودفعته إلى التوجه نحو نظريات أخرى لا تعتمد مبدأ عاما لتحديد قواعد الإسناد المختصة بحكم المسائل الأولية، إنما تعتمد منهجا عمليا تجريبيا، يراعي ظروف وملابسات كل نزاع على حدة، والتي سوف نتناولها في المطلب الموالي.

الفرع الثاني: اعتماد المنهج العملي التجريبي

ظهرت في مقابل النظريات السابق بيانها نظريات أخرى حديثة، تنطلق من نقطة أساسية هي أن إيجاد حل لمشكلة المسائل الأولية يجب أن يتم وفقا لظروف كل حالة على حدة، ودون التقيد المسبق بمبدأ معين، كتطبيق قواعد الإسناد الوطنية أو تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وفي إطار هذا المنهج العملي التجريبي هناك رأيان، أحدهما يسعى إلى تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص من خلال تسكين المسألة الأولية في النظام القانوني الذي يوجد فيه مركز الثقل لهذه المسألة (أولا)، والثاني يسعى إلى تحقيق العدالة المادية من خلال تتبع النتائج المادية الملموسة الخاصة بكل حالة، ويكون الحل المختار هو الحل الذي يحقق أفضل النتائج (ثانيا).

أولا: تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص

يرى هذا الاتجاه بأن إيجاد حل للمسألة الأولية يتوقف على التعرف على مركز الثقل للمسألة الأولية ومدى ارتباطها بنظام قانوني بشكل أو ثقل من نظام قانوني آخر.

فإذا كانت المسألة تتركز في النظام القانوني الوطني، ولا تتصل بروابط وثيقة إلا بهذا النظام، فإن مركز الثقل للمسألة الأولية يتحدد في هذا النظام، فيتعين إعمال قواعد الإسناد

الوطنية لحكمها، ونفس الحكم إذا كانت تتصل بكل من النظامين القانونيين الوطني والأجنبي في ذات الوقت وبنفس القوة، إذ يتعين ترجيح أعمال قواعد الإسناد الوطنية لحكمها، أما إذا كانت المسألة الأولية لا تتصل بتاتا بالنظام القانوني الوطني، فيتعين أعمال قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص، والملاحظ أنه في كل الحالات تتحقق وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه، وطبقه القضاء في بعض الدول أبرزها القضاء الألماني⁽¹⁾، وهذا راجع إلى أن هذا الرأي قد اعتمد وسيلة إيجابية في حل مشكلة المسائل الأولية، فهو قد أبرز ضرورة عدم الاعتماد على مبدأ مسبق لحل مشكلة المسائل الأولية، وإنما يتم ذلك في ضوء ظروف كل حالة على حدة، واعتمد فكرة مدى اتصال المسألة الأولية بالنظام القانوني للقاضي أو اتصالها بالنظام القانوني للقانون الأجنبي المختص، وهذا أمر إيجابي.

لكن يؤخذ على فكرة الارتباط هذه أنها قد تثير صعوبة في تحديد مفهومها خاصة عند ارتباط المسألة الأولية بعدة أنظمة قانونية، بالإضافة إلى أن تطبيق هذه الفكرة قد يؤدي إلى نتائج مادية تتعارض مع مصالح الأطراف المعنية⁽²⁾، وهذا ما جعل الفقه يتجه نحو رأي آخر يعتمد أساسا آخر وهو فكرة العدالة المادية.

1- للقضاء الألماني العديد من التطبيقات لهذا الرأي سوف نرى نموذجين هما: - حكم المحكمة الفيدرالية الألمانية الصادر في 1972/04/09 الذي قررت فيه منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج لإسباني سبق له الزواج والطلاق في ألمانيا، وذلك استنادا لفكرة الارتباط الوثيق بين هذا الشخص والنظام القانوني الألماني، فقضت بأن المسألة الأولية (وجود الزواج السابق) لا يمكن حسمها إلا بمقتضى القانون الواجب التطبيق المعين من طرف قواعد إسناد القانون الأجنبي المختص بالمسألة الأصلية (أهلية الزواج) وهو القانون الإسباني.

- الحكم الصادر عن محكمة استئناف "Hamm" في 1972/10/05 الذي أسست فيه حكمها الرفض لطلب الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج من ألمانية، المقدم من شخص إيطالي ما زال زواجه قائما وفقا لأحكام قانونه الشخصي، بسبب عدم اعترافه بالحكم الألماني بالطلاق من الزوجة الألمانية السابقة، بأنه يتعلق بمسألة تتصل بالعديد من الروابط بنظام قانون آخر غير النظام القانوني الألماني.

2- حكم للمحكمة الفيدرالية الألمانية صادر في 1972/04/09 يؤكد هذا المعنى، حيث قررت فيه منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج لإسباني سبق له الزواج والطلاق في ألمانيا، استنادا لفكرة الارتباط الوثيق بين هذا الشخص والنظام القانوني الألماني، وإذا قارنا ذلك بحكم آخر لمحكمة استئناف "Hamm" بألمانيا في 1972/10/5 بنفس الوقائع غير أن الشخص إيطالي، الذي حكم فيه برفض منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج، استنادا لنفس الفكرة وهي الارتباط لكن بتفسير مغاير، بأنه قائم بين هذا الشخص والنظام القانوني الأجنبي، فهذا الاختلاف في الحلول رغم تماثل الوقائع يؤدي إلى نتائج شاذة، فالأول يستطيع الزواج ثانية والثاني لا يستطيع، وهذا ما يثبت صعوبة وضع معيار منضبط لتحديد ما المقصود بالرباط الوثيق صلة في بعض الحالات.

ثانيا: تحقيق العدالة المادية للقانون الدولي الخاص

طبقا لهذه النظرية يتم إسناد المسائل الأولية إلى قواعد الإسناد الوطنية أو إلى قواعد الإسناد الأجنبية على ضوء النتائج المادية الملموسة التي يحققها أعمال قاعدة الإسناد الوطنية والتي يحققها أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم المسألة الأصلية، فيتم إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني الذي يترتب على أعماله تحقيق النتيجة الأفضل.

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه، وقد طبقه القضاء في بعض الدول أبرزها القضاء الألماني⁽¹⁾، وهذا راجع إلى أن هذا الرأي قد اعتمد النتائج الملموسة التي تترتب على تطبيق نظام قانوني معين على المسائل الأولية، أو لكون هذا القانون هو الأفضل

1- يعتبر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في 1982/11/30 من أبرز الأحكام التي أخذت بفكرة العدالة المادية، حيث قضى بصحة زواج قد أبرم في شكل تم طبقا للقانون الانجليزي، لكنه غير معترف به في القانون الألماني، وذلك كمسألة أولية في شأن طلب أرملة ألمانية لزواج انجليزي الحصول على تأمين خاص بنظام العاملين لزوجها، وذلك لاعتبارات العدالة المادية وحماية الأسرة اقتصاديا، وتقرير حق الأرملة في الحصول على الضمان الاجتماعي يقتضي الاعتراف بالزواج حتى ولو كان لم يتم وفقا لقواعد القانون الألماني طالما كان معترفا به في قانون أجنبي.

الفصل الثاني:

تطبيق القانون الأجنبي

بعد أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص القانون الأجنبي، ينتقل القاضي الوطني إلى مرحلة تطبيق قواعد هذا القانون، وعندها يقتضي بيان وضعية القانون الأجنبي أمامه بالمقارنة مع وضعية قانونه الوطني (المبحث الأول)، ثم بيان وضعيته أمام المحكمة العليا من حيث الرقابة على تطبيقه وهذا ما نتناوله في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

وضعية القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

إن تحديد وضعية القانون الأجنبي تعد من أهم مسائل تنازع القوانين التي لم يستقر فيها الفقه والقضاء على رأي محدد، حيث تعرف خلافا حادا، من حيث طبيعته (المطلب الأول)، وإثبات مضمونه (المطلب الثاني)، وتفسيره (المطلب الثالث).

المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي

تثير مسألة تطبيق القانون الأجنبي تساؤلا جوهريا أمام القاضي، فهل يجب عليه أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أم يتعين أن يطلب منه الخصوم ذلك، والإجابة عن هذا التساؤل تستلزم البحث في ما إذا كان يطبق باعتباره قانونا أو باعتباره واقعة، لذلك سوف نتطرق إلى الاختلاف الفقهي حول طبيعة القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختلاف الفقه حول طبيعة القانون الأجنبي

أثارت مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي خلافا حادا في الفقه، لذلك برزت عدة نظريات فقهية تقترح أساسا لتطبيق القانون الأجنبي، ويتمثل هذا الخلاف في اتجاهين اثنين، الأول لا يعترف للقانون الأجنبي بالصفة القانونية، و يرى بأنه واقعة (أولا)، أما الثاني فيرى بأنه يحتفظ بصفته القانونية (ثانيا).

أولا: القانون الأجنبي واقعة

يذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأن القانون الأجنبي ليس أكثر من وقائع يجب على الأطراف التمسك بها لتطبيقها، وقد برزت نظريتان تتبنى هذا الرأي، وهما فكرة احترام الحقوق المكتسبة(1)، ونظرية العنصر الواقعي(2).

1. فكرة احترام الحقوق المكتسبة:

سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي، وهي تقوم على مبدأ أساسي وهو أن أي قانون إقليمي النطاق، لا تمتد سلطته خارج حدود الدولة التي أصدرته وداخل تلك الحدود يسري على كل الأشخاص والأشياء والوقائع، وإذا ما نظم حق أو مركز قانوني معين طبقا للقانون الإقليمي، فيجب أن يلقي اعترافا من جانب النظم القانونية للدول الأخرى.

ووفقا لهذه النظرية لا بد لنفاذ الحق من الوجهة القانونية في ظل قانون أجنبي أن تتوافر عدة شروط وهي: أن يكون الحق قد تم اكتسابه فعلا، ووفقا للأصول المبينة في قانون البلد الأصلي للحق، وأن يكون القانون الذي اكتسب الحق بمقتضاه مختصا دوليا.

وعلى هذا الأساس يكون دور القاضي الوطني ليس البحث عن القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع، بل يقتصر على التحقق من اكتساب حق معين وفقا لقانون أجنبي بصفة صحيحة.

فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي امتثالا لأمر واضعه وإنما يأخذه في الاعتبار فقط كي يتحقق من قيمة الحق أو المركز القانوني الذي اكتسب وفقا له، أي يستشير ليتأكد من صحة هذا الاكتساب، وحتى في هذه الحالة لا يقر له الصفة القانونية بل باعتباره عنصرا واقعيا، وكأن الاعتراف بهذا القانون هو اعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية.

ورغم أن هذه النظرية قد ساهمت بنصيب في تبرير تطبيق القانون الأجنبي إلا أنها انتقدت من عدة جوانب منها:

. أنها تقوم على أساس مبدأ الإقليمية بمفهوم ضيق، فأنصارها يرون بأن القانون الإقليمي الذي تطبقه محاكم الدولة ليس إلا مجموعة القواعد الموضوعية التي تحكم التصرفات والأفعال التي تحدث داخل نطاقها، في حين أن القانون الإقليمي لا يشمل هذه القواعد وحدها بل يضم أيضا قواعد التكييف وقواعد الإسناد، فإذا كانت المحكمة

الانجليزية تقضي في صحة عقد أبرمه أجنبيان في باريس وفقا لقواعد القانون الفرنسي مثلا فإنها تطبق قاعدة فرضها القانون الانجليزي، فهي جزء من القانون الإقليمي في انجلترا موضع التنفيذ.

. أنها غير شاملة، إذ تقتصر على تفسير تطبيق القانون الأجنبي على مجال الحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيقه يكون غالبا في مرحلة نشوء الحق، فقد يكون القانون الأجنبي مصدرا لنشوء أوضاع جديدة غير موجودة سابقا، وأن المنازعة في هذه الأوضاع تعني البحث ما إذا كانت الشروط المطلوبة لنشأتها قد توافرت فيها أم لا في هذا القانون.

. أنها تقوم على منطق نظري مثالي وليس على منطق عملي، لأنه سواء استشار القاضي الوطني القانون الأجنبي أو اعترف بحق مكتسب وفقا له يعد اعترافا حقيقيا بهذا القانون وتطبيقا له، فالاعتراف بالحق أو المركز القانوني المكتسب في ظل قانون أجنبي ما يعني في واقع الأمر اعترافا بهذا القانون.

2. نظرية العنصر الواقعي:

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي التقليدي إلى إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي واعتبروه مجرد عنصر من عناصر الواقع، تأثرا بموقف القضاء الفرنسي، الذي عرف ترددا في اتخاذ موقف ثابت من تحديد طبيعة القانون الأجنبي، ويبرر الفقه الفرنسي ذلك بأنه ما دام القانون الأجنبي واقعة فمن الطبيعي عدم التزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، فللقاعدة القانونية عنصران، العنصر العقلي أو مضمون القاعدة وكونها عامة و مجردة، وعنصر الأمر والإلزام الذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة، وإذا كانت القاعدة القانونية الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في بلدها ، فإنها تفقد عنصر الأمر في حالة تطبيقها أمام القضاء الوطني، لأن عنصر الإلزام يتحدد بالإقليم الذي يزاوّل فيه المشرع سيادته، فلا يتبقى لها سوى مضمونها أو العنصر العقلي، ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية، ويشبه الفقيه *"Batiffolle"* تطبيق القاضي للقانون الأجنبي بتطبيق لوائح الشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنها غير صادرة عن المشرع الوطني، وينقصها عنصر الأمر، وبالتالي في لا تكتسب صفة القانون.

وقد تعرض هذا الاتجاه لنقد الفقه من عدة أوجه:

- أنها تقوم على أساس خاطئ، حين قررت بأن القاعدة القانونية الأجنبية تفقد صفتها كقانون وتتحول إلى مجرد واقعة، فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها، سواء طبقت داخل حدود الدولة الصادرة فيها أو طبقت في بلد أجنبي، وإن تم التسليم جدلاً بأنها تفقد عنصر الأمر عندما تطبق خارج إقليم الدولة، فلماذا لا نسلم بأنها تسترد هذه القوة بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وحين استمدت فكرة الصفة الواقعية للقانون الأجنبي من التقسيم الإجرائي لعناصر الدعوى إلى وقائع وقانون، لما استخلص أنصارها الصفة الواقعية للقانون الأجنبي من أن القضاء لا يعامله كالقانون الوطني تماماً، لأن ما يقابل القانون هو الواقع، وأن ما لا يدخل في إحداها يدخل بالضرورة في الآخر، غير أن هذا التقسيم صالح في إطار النزاعات الداخلية دون النزاعات الدولية الخاصة.

- أن الأخذ بها يؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الدولية الخاصة وبإهدار قاعدة التنازع، حيث لن يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي تلقائياً إلا نادراً.

ولعل هذا ما دعا جانبا من الفقه الفرنسي إلى التأكيد أن موقف قضاء من القانون الأجنبي لا يرجع إلى كونه يعتبره مجرد واقعة، بل راجع إلى الصعوبات العملية الناتجة عن تطبيق القانون الأجنبي خصوصاً من ناحية صعوبة إثباته، وبسط الرقابة على تفسيره من قبل محكمة النقض.

و لعل ما يؤكد هذا الرأي هو أن محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت على موقفها السابق من القانون الأجنبي وأصبحت تقضي بإلزام قاضي الموضوع بتطبيقه تلقائياً والبحث عن مضمونه، بل أصبحت لا تبرر رفضها فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي بكونه واقعة، وتشير صراحة إلى بصفته القانونية، ويبدو أنها قد استقرت على مبدأ التفرقة بين حالتين، المسائل التي تتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف وفيها تعامل القانون الأجنبي معاملة القانون، وقاضي الموضوع ملزم بتطبيقه تلقائياً، وفي المسائل التي تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها فلا تعامل القانون الأجنبي معاملة القانون، وقاضي الموضوع ليس ملزماً بتطبيقه تلقائياً.

ثانياً: القانون الأجنبي قانون

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى القول بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته قانوناً ويطبق بهذه الصفة، وقد برزت عدة نظريات تتبنى هذا الرأي، لكنها تختلف فيما بينها في أساس تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي وهي: نظرية المجاملة الدولية⁽¹⁾، ونظرية

تجنيس القانون الأجنبي(2)، و نظرية التفويض(3)، وهناك اتجاه فقهي يرى بوجوب الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته إجرائيا(4).

1. نظرية المجاملة الدولية:

نشأت هذا النظرية في ظل الفقه الهولندي في القرن 17 ولاقت رواجا كبيرا في إنجلترا في القرن 18 ثم انتقلت منها إلى أمريكا ثم إلى كندا. فقهاء المدرسة الهولندية وإن أطلقوا قاعدة إقليمية القوانين، إلا أنهم أجازوا للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها على أساس المجاملة وبطريق التبادل مراعاة لصالح الأفراد، ولذلك تعرف المدرسة بمدرسة المجاملة.

والمجاملة الدولية لا تعني بحال أن الأمر يتوقف على الهوى المطلق لدولة القاضي، في تطبيق القانون الأجنبي من عدمه، إذ يقرر كل من الفقيه "*Ulrice-Huber*" والفقيه "*Poul-Voet*" وابنه "*Jean-Voet*" بأنه لا يوجد التزام دولي بتطبيق القانون الأجنبي ومع ذلك فإن المصلحة أو المنفعة المتبادلة، أو مصلحة التجارة بين الشعوب واحترام الحقوق المكتسبة تقف وراء ذلك، كما أن هناك اتفاقا ضمينا بين الدول على هذا التطبيق.

لكن فكرة المجاملة الدولية كما ذكرها هؤلاء الفقهاء يكتنفها الغموض، ولذلك ذهب بعض فقهاء القارة الأوروبية إلى حمل فكرة المجاملة على معنى كون تطبيق القانون الأجنبي منوطا بمطلق تقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة، فهو قد يقبل تطبيقه وقد يرفض ذلك.

وقد أثارت فكرة المجاملة الدولية كثيرا من اللبس والإبهام، في كونها فكرة تحكمية من شأنها أن تجعل تطبيق القانون الأجنبي منوطا بمزاج القاضي وهواه وميوله، وهذا يؤدي إلى عدم الثقة في التعامل مع الأجانب، فهي تنفي كل ضمان وأمان بحيث لا يعرف متى يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي.

كما أن أساس المجاملة يقترب إلى الأخلاق أكثر منه إلى القانون الملزم، مدام لا يوجد التزام في القانون الدولي يملي على الدولة أن تسمح للقانون الأجنبي بالامتداد داخل إقليمها، وقد ترتب على سوء فهم هذه النظرية أن هجرها الفقه وأخذ يبحث عن أساس آخر لتطبيق القانون الأجنبي.

2. فكرة تجنيس القانون الأجنبي (مذهب الاستقبال):

يرى أغلب الفقه الإيطالي باحتفاظ القانون الأجنبي بطابعه القانوني خارج إقليم دولته ويرفضون اعتباره مجرد واقعة، ويرى هذا الفقه إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم، ويؤسسون هذا الرأي على فكرة الاستقبال أو الاندماج.

ومقتضى نظرية الاستقبال أنه لما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي فإن القاضي الإيطالي لا يمكنه أن يطبق هذا القانون بصفته الأجنبية تلك، وهذا القانون لا تكون له قيمة إلا إذا اندمج في النظام القانوني الوطني، وبعد ذلك يصبح في ذات المرتبة للقانون الوطني ويفقد طبيعته تلك.

وتسند وظيفة الإدماج هذه إلى قاعدة الإسناد، ذلك أن هذه الأخيرة تتضمن عنصر الأمر ولكنها خالية من المضمون أو الحكم على عكس القاعدة القانونية الأجنبية التي تتضمن المضمون وتخلو من عنصر الأمر، فإذا ما أشارت إلى القانون الأجنبي فإنها تستمد منه مضمونها وهو يستمد منها عنصر الإلزام، وبهذا تندمج القاعدة القانونية الأجنبية في قاعدة الإسناد الوطنية ولا يطبق القاضي إلا هذه القاعدة دون غيرها.

ولقد انقسم مناصرو هذه النظرية إلى رأيين حول تحديد نوع الاندماج ومداه:

الرأي الأول وهو الاندماج المادي، ويتبناه الفقه التقليدي، فلقد نادى به الفقيه *"anzillotti"* ومقتضاه أن القانون الأجنبي المختص يندمج في القانون الوطني بمضمونه في النظام القانوني الإيطالي فيصبح جزءاً منه، مما يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية جديدة مستقلة عن النظام القانوني الأجنبي الذي استمدت منه، وعليه فالقاضي الإيطالي سوف يطبقها باعتبارها من القانون الإيطالي وليس القانون الأجنبي.

والرأي الثاني وهو الاندماج الشكلي، ويتبناه الفقه المعاصر، فلقد نادى به الفقيه *"Roberto ago"*، ومقتضاه أن الاندماج يكون شكلياً في النظام القانوني الوطني مع احتفاظه بمضمون أحكامه وقيمه الأجنبية، فيطبق القاضي الإيطالي القاعدة القانونية الأجنبية باعتبارها قد اندمجت شكلياً في قاعدة الإسناد الوطنية.

ورغم محاولة أنصار هذه النظرية لتبرير تطبيق القانون الأجنبي إلا أنها انتقدت بنوعيتها من غالبية الفقه لعدة أسباب وهي:

- أنها تقوم على الخيال والمجاز، لأنها تقوم على تصور إمكان احتواء قانون القاضي لقوانين كافة دول العالم، وهذا غير معقول.

- أنها تتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، لأن القول بقيامها بإدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني يخرجها عن وظيفة اختيار القانون المناسب.

- أن إدماج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني يشكل خطرا على كلا القانونين، فهو يمس بخصوصية النظام القانوني الوطني، ويمس بذاتيته القانون الأجنبي وتشويبه، لأن تفسيره وإثباته وافتراض العلم به سيخضع إلى أحكام القانون الوطني، وهذا فيه تجاهل لبيئته ويتعارض مع غايته التشريعية.

3. فكرة التفويض:

يرى جانب من الفقه الفرنسي والألماني بأن أساس تطبيق القانون الأجنبي والتي تعني أن المشرع الوطني عن طريق قاعدة الإسناد يفوض مشرع الدولة الأجنبية في وضع الحكم المناسب للنزاع المطروح، وهكذا يستمد القانون الأجنبي قوته الملزمة من تفويض المشرع الوطني لمشرع هذا القانون لحكم النزاع، وذلك عن طريق قاعدة الإسناد.

إن هذه النظرية تحتفظ للقانون الأجنبي باستقلاليتها كقانون أجنبي بكمال صفته وهيئته بالصورة التي تكون له في دولته، وعليه فإن القاضي يلتزم بتطبيقه بتلك الصفة، ورغم ذلك فقد تعرضت إلى انتقادات فقهية عديدة أهمها:

- أن القول بأن القاضي الوطني ياتمر بغير أوامر مشرعه قول مردود وغير منطقي، لأن المهمة الأساسية للقاضي هي تطبيق قانونه الصادر عن الإرادة التشريعية لدولته، وهذا الأمر يتعلق بالسيادة.

- أن نظرية التفويض تقتضي أن يكون المفوض معروف سلفا، وهو غير وارد هنا إذ أن القانون الأجنبي قبل عملية الإسناد غير معروف، ناهيك عن أنه يتغير على حسب نوع النزاع، فيمكن القول إن سلمنا بأن هناك تفويض فيكون إذن صادر عن على غير إرادة المفوض، وهذا ما يخالف مبادئ نظرية التفويض.

4. فكرة وجوب الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته الإجرائية:

يرى اتجاه حديث في الفقه بأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية لكنه في الوقت نفسه يحتفظ بصفته الأجنبية، فهو قانون لكنه أجنبي وهو بهذه الصفة ليس بالضرورة أن يعامل إجرائيا معاملة القانون الوطني، إذ تختلف معاملته الإجرائية عن المعاملة التي يلقيها القانون الوطني.

الفرع الثاني: موقف المشرع من طبيعة القانون الأجنبي

أشارت المادة 6/358 من قانون الإجراءات م ! إلى أن "... مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة..."، وجه للطعن يجوز للمحكمة العليا ولو تلقائيا أن تنقض الحكم أو القرار المخالف له، وهذا يتبين منه بأن المشرع يميز بين قواعد القانون الأجنبي على حسب طبيعة الحقوق محل النزاع، فإذا كانت الحقوق تتعلق بقانون الأسرة خضع قاضي الموضوع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا، أما في بقية الحقوق التي لا تتعلق بقانون الأسرة فلا يخضع القاضي لرقابتها.

فانطلاقا من هذا النص يرى الفقه الغالب بأن المشرع أخذ بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي، إذ اعتبره قانونا في مسائل قانون الأسرة، لأنه يعتبر مخالفة القاضي الوطني في تطبيقه له كوجه من أوجه الطعن، يخضع فيه لرقابة للمحكمة العليا، أما فيما عداه من الحقوق الأخرى التي لا تتعلق بقانون الأسرة فهو مجرد واقعة. لأن القاضي لا يخضع في تطبيقه إلى هذه الرقابة.

المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي

يشير إثبات القانون الأجنبي مسألتين هما من يتحمل عبء هذا الإثبات (الفرع الأول)، وما هو القانون الذي يتوجب تطبيقه عندما يتعذر هذا الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي

إثبات القانون الأجنبي هو إقامة الدليل على محتواه، وقد اختلف الفقه حول من يتحمل عبأه أهو الخصوم (أولا)، أم القاضي (ثانيا).

أولا: عبء الإثبات يتحمله الخصوم

يرى الفقه الفرنسي التقليدي بتحميل عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم⁽¹⁾، لكنه في الوقت نفسه يسمح للقاضي بذلك البحث تلقائياً، في حالة عدم توصل الخصوم إلى إثباته بأنفسهم، ولهذا الاتجاه عدة حجج هي:

. أن اختصاص قانون القاضي لحكم جميع النزاعات هو الأصل، لذلك فالقاضي غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي.

. أن القانون الأجنبي يعد مسألة واقع لذا فهو يدخل في مجال سلطة الخصوم، الذين يتحملون إثبات مضمونه.

. تخفيف العبء على القاضي الوطني بوضع عبء الإثبات على عاتق الخصوم، فلا نلزمه بإثبات كافة قوانين الدول.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات عديدة وهي:

. إن القانون الأجنبي ليس مجرد واقعة خالية من عنصر الأمر، لأنه يسترد ه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

. أن تقدم الوسائل يسر للقاضي العلم بمضمون القوانين الأجنبية دون التقيد بما يقدمه الخصوم.

ثانياً: عبء الإثبات يتحمله القاضي

يرى الفقه الحديث بأن القاضي هو الملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، فيقوم بذلك تلقائياً وبكل الوسائل، وهو التزام تمليه عليه قاعدة الإسناد الوطنية، وتقرره القواعد العامة في المرافعات، وهو التزام ببذل عناية يستطيع دفعه إذا أثبت بأنه بذل الجهد الكافي في الإثبات، كما يجوز له الاستعانة بالخصوم، ويمثل هذا الرأي الاتجاه الراجح الذي يميل إلى الأخذ به الفقه الغالب وتبناه القضاء والتشريعات في العديد من الدول.

1- وقد تبنته العديد من التشريعات، وفي القضاء المصري تحمل محكمة النقض عبء الإثبات على عاتق الطرف الذي يتمسك به، مستندة في ذلك إلى أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة، ونظراً للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، أما القضاء الفرنسي فقد كان يحمل الخصوم عبء الإثبات، لكنه منذ قرارها الصادر في 2003/11/13 أصبحت محكمة النقض تحمل القاضي عبء الإثبات (كمبدأ عام).

وقد تبني المشرع هذا الرأي، فبالرغم من عدم وجود نص قانوني إلا أن الفقه اعتمد على المبادئ الإجرائية العامة لاستخلاص هذا الموقف.

الفرع الثاني: القانون المطبق عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، يثار التساؤل عن الحل في هذه الحالة، وهو ما كان محلا لاختلاف في الفقه والقضاء بين عدة حلول:

حيث يرى بعض الفقه بوجوب رفض الدعوى، بينما يرى آخرون بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة، ويرى آخرون بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي، ويرى آخرون بتطبيق القانون الأقرب إلى النزاع، غير أن كل هذه الآراء تعرضت للنقد.

بينما يرى الفقه الغالب بوجوب تطبيق قانون القاضي، ولكن أنصار هذا الرأي رغم اتفاقهم على تطبيق قانون القاضي، إلا أنهم اختلفوا في تبرير ذلك، فهناك من برره بأن أحكامه تماثل أحكام القانون الأجنبي المختص، وهناك من برره بأن له اختصاص عام على جميع علاقات القانون الخاص، وهناك من برره بأن لقانون القاضي اختصاصا احتياطيا عاما لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي، ويعد هذا التبرير الأخير هو الصحيح والراجح فقها.

وقد تبني المشرع هذا الرأي الراجح في المادة 23 مكرر من ق م حيث تنص " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي

بعدما يتم إثبات مضمون القانون الأجنبي تأتي مرحلة تطبيق قواعده، وهنا قد يبدو للقاضي غموضا فيها يعيقه عن تطبيقها فيلجأ إلى تفسيرها لإعطائها المعنى الصحيح، وهنا نتساءل عن القانون الواجب إتباعه في هذا التفسير (الفرع الأول)، وعن كيفيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب الإتباع في التفسير

يوجد خلاف في الفقه في تفسير القانون الأجنبي، بين اتجاه يرى بأنه يجب أن تتبع المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في قانون القاضي (أولا)، واتجاه آخر يرى بأنه يجب أن يعتمد المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في دولة القانون الأجنبي (ثانيا).

أولا: تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون القاضي

يرى جانب من الفقه أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني، فهو يبحث في الحالتين عن نية المشرع، وغايته من سن هذه القواعد، متحرّيا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، وإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره إلى الآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلا أنه مع ذلك غير ملزم بها، إلا فيما يتعلق بالأحكام القضائية إذا كانت تعد مصدرا رسميا للقانون الأجنبي محل التفسير.

يؤخذ على هذا الرأي بأن قاعدة الإسناد تشير بتطبيق القانون الأجنبي السائد فعلا في دولته لا مجرد النصوص المطلقة التي يحتويها، وأن القول بغير هذا يؤدي إلى فصل هذا القانون عن بيئة التي نشأ فيها، و يؤدي إلى تحريفه ومسخه و إعطاءه معنا لم يقصده أصلا مشرع الدولة التي أصدرته.

ثانيا: تفسير القانون الأجنبي وفقا لقانون دولته

يرى الفقه الغالب بأنه مادام أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية وبطابعه الأجنبي، فيجب على القاضي إذن أن يطبقه بالصورة والكيفية التي يطبق بها أمام محاكم دولة هذا القانون، وأن يتقيد بحلولها القضائية، وأن يعتمد في تفسيره له المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة هناك، وإلا سوف ينحرف عن هدف قاعدة الإسناد ويشوه القانون الأجنبي.

ولقد تبنت هذا الرأي العديد من التشريعات، وقد تبناه القضاء في كل من فرنسا وألمانيا وسويسرا وبلجيكا ومصر وإنجلترا.

الفرع الثاني: كيفية تفسير القانون الأجنبي

للقاضي سلطة تقديرية في تفسير القانون الأجنبي، وتتجسد في تقدير التفسير الذي يقدمه له الخصوم أو الخبير، ففي هذه الحالة له أن يقبل هذا التفسير، إذا رأى أنه ملائم للقواعد الأجنبية محل التفسير، كما له أن يرفضه، إذا رأى فيه أنه يستند إلى قضاء أو فقه مهجور، أو كان تفسيرا واسعا لا تحتمله قواعد القانون الأجنبي، كما تظهر سلطته أيضا في عدم تقيدده باتفاق الخصوم على تفسير معين، ولقد منحت محكمة النقض الفرنسية (في قرارات عديدة) لقاضي الموضوع سلطة واسعة لتفسير القانون الأجنبي.

المبحث الثاني:

وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا

يوجد خلاف حول فرض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، بين من يرفضه ومن يقبله (المطلب الأول)، وسوف نرى موقف المشرع من ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاختلاف في فرض الرقابة

هناك اختلاف فقهي حول قبول هذه الرقابة بين اتجاهين، الأول يرفض الرقابة (الفرع الأول))، والثاني يرى بوجوبها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض الرقابة

يدعم الفقه الغالب والقضاء في فرنسا رفض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، ويبررون ذلك بعدة حجج أهمها:

- أن محكمة النقض مهمتها الحفاظ على وحدة القانون الفرنسي، وليست الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي.

- أن محكمة النقض ليست محكمة وقائع، لتراقب تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يعدو أن يكون واقعة.

- أن قبول هذه الرقابة فيه إرهاق لمحكمة النقض وتكليفها بأعباء كبيرة تفوق إمكانياتها.

- أن الرقابة قد تؤدي إلى اختلاف التفسير عما هو معطى له في بلده، وهذا يمس من هيبة ومركز القضاء الوطني.

تعرض هذا الموقف إلى انتقادات وهي كالآتي:

- إن تحقيق مهمة محكمة النقض وهي توحيد الحلول القضائية في الدولة، يقتضي منها أن تفرض رقابتها على تفسير القواعد القانونية وطنية كانت أم أجنبية.

- إن البحث عن التفسير المعطى للقانون الأجنبي في الخارج لا يضيف على مهمة المحكمة صفة الواقع.

- أن تطور الدراسات المقارنة أدى إلى تيسير مهمة القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي و تفسيره.

- إن الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي لا يؤدي إلى المساس بهيبة محكمة النقض، بل إن عدم الرقابة سوف يؤدي إلى الانحراف عن مضمون القانون الأجنبي وتشويهه، وهذا الذي يمس بهيبة محكمة النقض.

- الاتجاه المتزايد في القوانين المقارنة نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه تلقائياً.

ولقد كانت لهذه الانتقادات تأثيرها على موقف القضاء الفرنسي، حيث أوجد حالات استثنائية تستطيع من خلالها محكمة النقض أن تراقب تطبيق القانون الأجنبي، فهي وإن كانت ترفض الرقابة كمبدأ عام إلا أنها تستثني بعض الأحوال ذات الصلة بالقانون الفرنسي، وهي الرقابة على التسبيب، قبول الطعن المتعلق بمخالفة قاعدة الإسناد الوطنية، الرقابة على تشويه القانون الأجنبي، أي خروج قاضي الموضوع عن المعنى الواضح المحدد لنصوص القانون الأجنبي محل التطبيق، كما في قرارها الصادر في 21 نوفمبر 1961 في قضية "Montefiore".

الفرع الثاني: فرض الرقابة

يرى اتجاه فقهي آخر بضرورة الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، وهو ما ينسجم مع طبيعته القانونية، وحججهم:

- أن وظيفة محكمة النقض وهي توحيد تطبيق القانون الوطني تقتضي فرض الرقابة على تطبيق القانون الوطني والأجنبي.

- إن الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي يجب أن تتبع الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد لاكتمال حلقة المتابعة.

- أن القانون الأجنبي يعد قانوناً رغم عبوره حدود دولته، فيتعين عدم جواز تجريده من سلامة التطبيق.

تعرض هذا الرأي بدوره إلى انتقادات ، والتي نستطيع أن نردها كما يلي:

- أن امتداد توحيد القضاء إلى القانون الأجنبي أمر مرغوب فيه ، لكنه ينطوي على معنى التبعية للقضاء الأجنبي.

- أن الرقابة على تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية التي تعترضها صعوبات عملية.

- أن خطأ محكمة النقض يرتب أثراً أدبياً أشد جسامته من الأثر الذي يرتبه حكم خطأ محكمة الموضوع.

ورغم هذه الانتقادات فقد اعتمد هذا الرأي جانب من الفقه ، كما اعتمدته تشريعات عدة دول ، وأخذ به القضاء في العديد من الدول كإنجلترا وإيطاليا و مصر والإمارات العربية المتحدة.

المطلب الثاني: الرقابة في القانون الجزائري

تتولى المحكمة العليا مهمة الرقابة على تطبيق القانون من طرف قضاة الموضوع ، وهي التي قد تحددت صلاحيتها ب"توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد والسير على احترام القانون"، وذلك بموجب المادة 152 من دستور 1996 ، فهل تمتد رقابتها إلى تطبيق القانون الأجنبي ، وقد أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى اقتصار الرقابة على مسائل قانون الأسرة (الفرع الأول)، ثم أن هناك نصوصاً أخرى تبيح للمحكمة العليا الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي حتى في غير مسائل الأسرة في حالتين استثنائيتين(الفرع الثاني)، و من خلال الرقابة على احترام مبادئ إجرائية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: اقتصار الرقابة على مسائل الأسرة

لقد جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية من مخالفة القانون الأجنبي في مسائل الأسرة وجهاً من أوجه الطعن تراقب المحكمة العليا من خلاله تطبيق القانون الأجنبي في المادة 6/358 "لا يبنّي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... ، مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة..." ، ويجوز للمحكمة العليا أن تثيرها ، سواء بناءً على طلب

الخصوم أو من تلقاء نفسه، طبقا للمادة 360 من نفس القانون، فهذه المادة جعلت مخالفة تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة دون غيره وجها للطعن، يجوز بناءا عليه للمحكمة العليا ولو تلقائيا أن تنقض الحكم أو القرار، أي أن المشرع أقر للمحكمة العليا أن تبسط رقابتها على تطبيق قانون أجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

وعليه فقد تبنى المشرع التفريق بين مسائل الأسرة (الأحوال الشخصية سابقا) التي تخضع للرقابة، وغيرها من المسائل الأخرى في القانون الأجنبي التي لا تخضع للرقابة.

الفرع الثاني: الاستثناءات

يرد على مبدأ رفض الرقابة استثناءين تستطيع فيهما المحكمة العليا أن تراقب تطبيق القانون الأجنبي: تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم (أولا)، ورقابة المحكمة العليا بوصفها محكمة موضوع بعد النقض والإحالة (ثانيا).

أولا: الرقابة على تحريف القانون الأجنبي

تشير المادة 358 سالفه الذكر في فقرتها 12 إلى أن "تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار" يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض، يجوز للخصوم أن يطلبوا نقض الحكم على أساسه، كما يجوز للمحكمة العليا أن تثيره تلقائيا، وهذا من شأنه أن يفتح الباب أمام إمكانية رقابة المحكمة العليا على تحريف مضمون القانون الأجنبي، وإن كان منحصرًا في حالة النصوص المكتوبة للقانون الأجنبي.

ولعملية الرقابة على تشويه المستند التشريعي الأجنبي دور في توسيع مجال الرقابة على قضاة الموضوع في تطبيقهم وتفسيرهم للقانون الأجنبي في مجال الخارج عن مسائل الأسرة.

ثانيا: الرقابة بعد النقض

تنص المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "...إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية يجوز لهذه الأخيرة، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني البت في موضوع النزاع.

يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض..."، ففي هاتين الحالتين تفصل المحكمة العليا في الموضوع، إذ تنظر

في النزاع من جديد بكافة عناصره القانونية والواقعية، وتطبق عليها القواعد التي تطبق على محكمة الموضوع، وعندئذ تستطيع تفسير القانون الأجنبي، إذا ما كان الطعن بخصوص نزاع ذو عنصر أجنبي، فتستطيع بذلك تفسير وتطبيق القانون الأجنبي بشكل غير مباشر عن طريق أن ينقض الحكم بأي سبب آخر دون الخطأ في تفسير القانون الأجنبي.

الفرع الثالث: الرقابة على احترام المبادئ الإجرائية

لقد منح المشرع للمحكمة العليا أن تراقب تطبيق قضاة الموضوع للقانون الأجنبي حتى في غير مجال مسائل الأسرة في حالة المساس بالمبادئ الإجرائية؛ كاحترام مبدأ الوجاهية في الدعوى، ومراقبة تسبیب الأحكام.

. فمبدأ الوجاهية يعتبر من المبادئ الأساسية الواجب احترامها أمام أي جهة قضائية⁽¹⁾، فهو جزء لا يتجزأ من ضمانات ومكونات الحق في محاكمة عادلة، ومضمونه أن كل طرف من أطراف الدعوى له الحق في عرض ونقاش كل واقعة أو أي وسيلة قانونية قدمها خصمه، وأن يكون قد تمكن فعلاً من ذلك، وهذا ما نصت عليه المادتان 3/03 و 1/26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

. أما تسبیب الأحكام⁽²⁾ فالأهمية التي تكسيها عملية تسبیب الأحكام يترجمها النص عليها في دستور 1996 في المادة 144 منه "تعلل الأحكام القضائية، ويُنطق بها في جلسات علانية"، وهو ما تؤكد المادة 6 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا، وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم⁽³⁾، والمادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، كما أشارت المادة 10/358 من نفس القانون إلى أن "...قصور

1- يطبق هذا المبدأ أيضا عندما يثير القاضي تلقائياً تطبيق القانون الأجنبي، لما يتبين له اشتغال النزاع على عنصر أجنبي لم يثره الخصوم إنما ورد عرضاً في ملف الدعوى، أو يطبقه تلقائياً عندما يكون عالماً بمضمونه، ويتجسد خصوصاً في حالة ما إذا تصدى بنفسه لتفسير القانون الأجنبي، أو إذا اعتمد في تفسيره على علمه الشخصي لتفسيرات يكرسها القضاء في الدولة الأجنبية، فيجب عليه في هذه الحالات تنبيه الخصوم لإبداء آراءهم بشأن ذلك وتقديم دفاعهم بناء على هذه الوقائع.

2- تسبیب الأحكام يعني بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه، وهذا ما يساعد الخصوم من معرفة صحة إدعاءاتهم، ومن ثم تقدير فرصتهم في كسب خصومة الطعن، كما يمكن المحكمة التي تنظر في الطعن من مراقبة حكم القاضي، على أساس تقدير سلامة الأسانيد التي بنى القاضي عليها اقتناعه.

3- تنص المادة 6 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 "...، تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبیب أحكام القضاء...". ج ر 1989، 53، ص 1435؛ المرسوم الرئاسي 279/05، المؤرخ في 2005/12/14، ج ر، 55، 2005، ص 8.

4- تنص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. على أنه "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة.

التسبيب... "يمثل وجها من أوجه الطعن، يجوز للخصوم إبداءه أمام المحكمة العليا، التي لها أن تشير تلقائيا لنقض الحكم المشوب به.

وتتجلى أهمية الرقابة على التسبيب في الوقوف على قيام قاضي الموضوع بالتزاماته بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، والأثر المترتب في حالة الإخفاق في التوصل إليه.

الفصل الثالث:

حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

عندما تقضي قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، فيمكن استبعاد هذا القانون من قبل القاضي الوطني عندما يخالف النظام العام، وعند اختصاصه نتيجة الغش نحو القانون، وهذا بموجب نص المادة 24 من القانون المدني، التي تنص "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...".

المبحث الأول: النظام العام

يتوقف تطبيق القانون الأجنبي على عدم تعارضه مع النظام العام، ويقتضي عدم المساس بالنظام العام عدم تعارض مضمون القانون الأجنبي المختص مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي⁽¹⁾، ولذا سنتناول مفهوم فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي (المطلب الأول)، ثم آثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

ويجب أيضا أن يستعرض بإيجاز، وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم. ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة...".

1- إلى جانب فكرة النظام العام هناك ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق المباشر أو قواعد الأمن والبوليس والتي نصت عليها المادة 5 من القانون المدني، والتي تتعلق بجوهر النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الوطني، فكل المسائل التي تنظمها تخرج من مجال تنازع القوانين، كما هو الشأن بالنسبة لعلاقة العمل، إذ يطبق عليها القانون الجزائري مباشرة ولو احتوت على عنصرا أجنبيا، وللمحكمة العليا قضاء في هذا الشأن،.

نتناول ضمن مفهوم النظام العام مسألة كونه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم الشروط الواجب توافرها لأعماله (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي

بدت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالية القديم، حيث طبقت للتأكيد على التطبيق الإقليمي لما سميت آنذاك بالأحوال البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم، ثم استعملها كذلك الفقيه الإيطالي "Manchini" كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، وتبريرا لتطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا، كما أنه يعتبر أو من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي.

لكن لم تبرز فكرة النظام العام بمفهومها الحالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني "Savigny"، فبعد أن عرض نظريته في الاشتراك القانوني التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، أشار إلى استثناء هام خول بموجبه للقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تبين له انقطاع "الوحدة القانونية" بين قانونه والقانون الأجنبي المختص.

وقد أخذ الفقه الحديث عنه ذلك دون أن يشترط مسبقا وجود "اشتراك قانوني"، وذلك لأن "Savigny" وجه نظريته في التنازع إلى الدول الأوروبية قبل أن تنتشر وتأخذ بها أغلب دول العالم.

ورغم أن الفقه الحديث مجمع على أهمية دور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع⁽¹⁾، إلا أنه ظل مختلفا حول تحديد مضمونها، ذلك لأنها فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، كما تختلف باختلاف الدول، وهكذا فالنظام العام فكرة تستعص على التجميد أو التثبيت المكاني والزمني، ورغم ذلك فهناك محاولات فقهية لإيجاد تعريف له، فقد عرف بأنه "دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد

1- للإشارة أنه ليس من الضروري أن تتطابق فكرة النظام العام في إطار القانون الداخلي وفي إطار القانون الدولي الخاص، حيث تستخدم في الأول للحد من سلطان الإرادة بينما يستعان بها في الثاني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ويترتب على ذلك عدم تطابق نطاقها في كل من الحالتين..

الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي".

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام

للدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب توافر شرطان وهما: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع (أولا)، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني (ثانيا).

أولا: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع

يتوقف أعمال الدفع بالنظام العام على تطبيق قاعدة الإسناد وأن تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي، وهذا ما يوجب أسبقية تطبيق قاعدة الإسناد على أعمال الدفع بالنظام العام مما يعني استقلالهما عن بعضهما البعض.

أما إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا في حكم النزاع، أو أمكن استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت له الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، فلا مجال لأعمال الدفع بالنظام العام.

ثانيا: مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام الوطني

لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ملائما لحكم النزاع المعروض، بل لابد أيضا أن يكون متماشيا مع المبادئ والقيم الأساسية لمجتمع دولة القاضي غير متعارض معها، ويؤكد الفقه أن العبرة في تقدير تحقق التعارض هي بوقت نظر القاضي في الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع.

ولتقدير هذا التعارض يتمتع القاضي بسلطة واسعة في ذلك حسب المفاهيم السائدة في دولته، بشرط ألا يكون هناك إفراط أو تفريط، حفاظا على التوازن بين ضمان سريان المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جانب وحماية النظام العام الوطني من جانب آخر، بالإضافة إلى أنه لا يقتصر في تقديره للتعارض على مضمون القانون الأجنبي، وإنما على الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذا القانون على النزاع، إذ قد يكون ظاهر تلك الأحكام غير مخالفة في حد ذاتها، غير أن عن تطبيقها الفعلي يقود إلى المخالفة، مثال ذلك

ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكم لها بتاريخ 1955/10/21 في أنه ولئن كان حكم القانون الانجليزي الذي يجيز للفتاة البريطانية التي تعيش مع رجل إيطالي منفصل بدنيا عن زوجته أن تتسمى باسمه، في ذاته لا يخالف مقتضيات النظام العام الايطالي إلا أن تطبيقه الفعلي يرتب نتائج مخالفة، حيث يستتبع إمكان معاشرة شخص متزوج لغير زوجته هو ما لا يمكن قبوله.

المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

إذا تعارضت قواعد القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، ترتب على ذلك آثاران، أولهما استبعاد القانون الأجنبي جزئياً أو كلياً وهو الأثر السلبي (الفرع الأول)، والآخر هو ثبوت الاختصاص للقانون الوطني وهو الأثر الإيجابي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، غير أن خلافاً فقهيًا ثار حول هذا الاستبعاد أيكون كلياً أم جزئياً، لكن الفقه الغالب يرى بأن الأثر السلبي للنظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام⁽¹⁾، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع، ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام لا تنزع عنه صفة القانون الملأئم وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، كما أن عدم التوسع في أعمال الدفع بالنظام العام يكفل احترام قاعدة الإسناد الوطنية.

ويستند هذا الاتجاه إلى حجج عدة، منها أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد، ووفقاً للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، لأن الدفع بالنظام العام إنما يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمراً مقبولاً.

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناءاً يتمثل في حالة ما إذا كان هناك ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، ارتباط السبب بالنتيجة، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود

1- على خلاف ذلك يرى جانب من الفقه " ضرورة أن يكون كلياً، لأن الاستبعاد الجزئي من شأنه أن يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي بشكل يعارض إرادة مشرعه، وأن يخالف قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيقه كوحدة.

القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل استبعاده استقلالا واستبقاء باقي القواعد، ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا.

وقد تبني القضاء الفرنسي هذا الرأي وذلك في العديد من القرارات لمحكمة النقض منها القرار الصادر في 1964/11/17 الذي قضى بأن 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.

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام

يقتضي الأثر الإيجابي للنظام العام إحلال القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لحكم النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمينا عندما يمنع القانون الوطني نشؤ علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها.

ورغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألماني يرى أن الأثر الإيجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، ويستند في ذلك إلى قرار صادر عن محكمة النقض الألمانية استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه.

إلا أن هذا لرأي محل نقد لكون القاعدة القانونية الأجنبية المطبقة في هذه الحالة لا علاقة لها بالنزاع، كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل، فيبقى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أسلم الحلول وأفضلها، بل ويتفق مع ما يرى به الفقه الغالب وما تتبناه العديد من التشريعات، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بنص المادة 2/24 من القانون المدني.

الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام

يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين الحالة التي نكون فيها بصدد إنشاء الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملا بوجهيه السلبي والإيجابي، هذا هو الأثر الكامل، و بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخالف للنظام العام، وتنتج آثارها في دولة القاضي، حيث يعترف ببعضها وهنا يكون للنظام العام أثرا مخففا.

و تستند فكرة الأثر المخفف للنظام العام إلى أن هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام، سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، وهناك حالات أخرى يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي، ولهذه الحالات عدة تطبيقات في القضاء الفرنسي، منها أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم الاعتراف بحق الملكية الذي اكتسب في الخارج عن طريق نزع الملكية دون تعويض، وبالمقابل فإنها اعترفت بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة، وتعدد الزوجات الذي نشأ في الخارج رغم أن القانون الفرنسي لا يقر ذلك، لكن إذا أريد الاعتراف ببعض آثاره كحق الزوجة في طلب النفقة أو الإرث فإن هذا الأثر ليس فيه ما يمس النظام العام في فرنسا.

غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي بآثار هذا الزواج، وذلك متى كان للنزاع علاقة بالقانون أو الإقليم الفرنسي، و من ذلك على سبيل المثال ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 الذي اعتبر فيه أن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، ما دام أن الزوجة الأولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا.

المبحث الثاني

الغش نحو القانون

نجد من الضوابط التي تعتمدها قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ضوابط يستطيع الأفراد تغييرها، كالجنسية وموقع المنقول مثلا، وهو ما يكون له أثر في تغيير القانون الواجب التطبيق، لكن قد يتم هذا التغيير بنية التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانون آخر، فهنا يتدخل القانون ليحرم الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش، إعمالا لنظرية تسمى نظرية الغش نحو القانون، وقد تبنى المشرع هذه النظرية في المادة 24 من القانون المدني سالف الذكر، وعليه

سوف نتناول مفهوم الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (المطلب الأول)، ثم آثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

عرف الغش نحو القانون على أنه "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي".

وتعتبر النظرية ذات نشأة قضائية، حيث ساهم القضاء في وجوده وتحديد شروطها ومداها.

الفرع الأول: نظرية الغش ذات نشأة قضائية

يعود أصل نظرية الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلى القضاء الفرنسي الذي طبقها لأول مرة بتاريخ 18/03/1878 في قضية تسمى بقضية الأميرة "La princesse de Bauffremont".

و تتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بأمير فرنسي واستقرت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، وتمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول، وتزوجت بأمير روماني يدعى "Bibesco" واستقرت معه في فرنسا، وحصل بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطالان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحاً، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18/03/1878 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، وهو ما يشكل غشاً نحو القانون.

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل بلجيكا و إنجلترا، واتجهت بعض الدول إلى سن نصوص صريحة لها مثل المجر وإسبانيا واليابون ويوغسلافيا

سابقا، أما في القانون الجزائري فقد نصت المادة 24 من القانون المدني صراحة على الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد إعمال القانون الأجنبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان، الأول هو أن يتم إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهو الركن المادي(أولا)، والثاني توفر نية الغش وهو الركن المعنوي(ثانيا).

أولا: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يتمثل هذا الركن المادي في أن يقوم الغاش بإجراء تغيير إرادي في العنصر الواقعي لضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها، كالجنسية، أو الموطن بالنسبة لمسائل الحالة الشخصية.

و يشترط أن يكون التغيير في ضابط الإسناد فعليا و ليس سوريا، كما يشترط أن يكون مشروعا فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به، و يبطل دون حاجة لأعمال نظرية الغش نحو القانون، كما أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها.

ثانيا- نية الغش

تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون، فلكي يتم هذا الأخير يجب، بالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، أن يهدف الشخص من وراءه إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا، ويتعين على القاضي تقصي هذه النية وإثباتها، وهي ليست سهلة دائما، لكن يمكن له استخلاصها من ظروف الدعوى وملابساتها، كالتزام الزمني بين تغيير ضابط الإسناد و بين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، وكأن

1- لم تكن المادة 24 من القانون المدني الجزائري تنص على حالة الغش نحو القانون، إذ كانت تكتفي بالنظام العام فقط، لكنها جاءت بموجب تعديل 20 جوان 2005.

يكون القانون الذي سعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد جذبهم لأغراض اقتصادية.

الفرع الثالث: نطاق الدفع بالغش نحو القانون.

كان القضاء الفرنسي في البداية يقصر نطاق أعمال نظرية الغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الأشخاص من أحكام القانون الفرنسي، وقد استند الفقه في ذلك إلى أن التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي⁽¹⁾، ويبرر بالتالي أعمال النظرية، أما الدفاع عن القانون الأجنبي فلا يدخل في نطاق وظيفته، كما أن هذا يتماشى مع تصور القانون الأجنبي مجرد واقع.

غير أن الفقه الحديث يرى بأن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام و هو مطاردة الغش بكل صوره، سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر، وهذا الاتجاه هو الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخرا.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فالظاهر أنه أخذ بالاتجاه الحديث من خلال نص المادة 24 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ويطبق محله القانون المغشوش عليه الذي هو مختص أصلا طبقا لقاعدة الإسناد، سواء كان القانون الجزائري أو كان قانونا أجنبيا.

المطلب الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون

يقتصر الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي على حرمان المتحايل من الاستفادة من نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقا لنفس القانون الداخلي، أما في نطاق تنازع القوانين فيحرم المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش.

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة التي سعى الشخص لتحقيقها فقط (الفرع الأول)، أم يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا (الفرع الثاني).

1- ويشترط بعض الفقه للتمسك بالغش نحو القانون، أن تكون القاعدة القانونية المتحايل على اختصاصها من النصوص الآمرة أو الناهية، لأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها أو استبعاد تطبيقها، عكس القواعد المكملة التي يتمتعون بحرية الاتفاق على مخالفتها واستبعاد تطبيقها، لكن أغلبية الفقه ترى بأن التحايل يشمل كل القواعد، فالعبرة بانحراف الأفراد عن الهدف الذي تواخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية، سواء كانت أمرة أم مكملية..

الفرع الأول: شمول الأثر للنتيجة والوسيلة معا

يرى جانب من الفقه أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشتمل النتيجة والوسيلة معا، أي يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش عن طريق تغيير الجنسية مثلا و يطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد، من حيث الاعتراف ببعض الآثار، وهي غير المهمة في نظر الغاش، ولا يعترف ببعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش.

غير أن هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا وإثباته لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، وأن الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه، والمعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتراد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط.

الفرع الثاني عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة

يرى جانب آخر من الفقه وهو الراجح بأن أثر الغش يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة لكونها تمت بطريقة مشروعة، ولأن العبرة في التصرف بقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، أما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه، ولأدل على ذلك هو اكتفاء محكمة النقض الفرنسية في قضية "دي بوفرمون" بعدم الاعتراد بتطبيقها تجاه القانون الفرنسي دون أن تقضي ببطالان تجنسها بالجنسية الألمانية.

كما أنه ما دام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذن لتتبع بقية الآثار بإبطالها.

وتجدر الإشارة أخيرا بأن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد اختصاصه عن طريق الغش، حينما قام بتغيير ضابط الإسناد، بل هو أثر حلولي أو استبدالي، أي أن يحل القانون المختص أصلا، سواء كان القانون الوطني أم قانونا أجنبيا، مكان القانون الأجنبي المختص بطريق الغش، وهذا ما قرره المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك سابقا.

1	مقدمة:
2	مبحث تمهيدى:
2	مفاهيم عامة في تنازع القوانين
2	المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين
2	الفرع الأول: تعريف التنازع
3	الفرع الثانى: تمييز تنازع القوانين عن أنواع التنازع الأخرى
4	المطلب الثانى: شروط قيام التنازع
4	الفرع الأول: العلاقة خاصة ذات عنصر أجنبى
6	الفرع الثانى: أن يكون التنازع بين قوانين صادرة عن دول
7	1. الاعتراف بالدولة الأجنبية:
8	2. الاعتراف بحكومة الدولة الأجنبية:
10	الفصل الأول: الآليات القانونية لتمديد القانون الواجب التطبيق
10	المبحث الأول: الإسناد
10	المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد
11	الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد
11	الفرع الثانى: خصائص قاعدة الإسناد
14	الفرع الثالث: أركان قاعدة الإسناد
18	الفرع الثالث: القوة الملزمة لقاعدة الإسناد
23	المبحث الثانى: التكيف
23	المطلب الأول: مفهوم التكيف
23	الفرع الأول: أهمية التكيف
24	الفرع الثانى: النشأة القضائية للتكيف
25	المطلب الثانى: المرجع فى التكيف هو قانون القاضى
26	الفرع الأول: نظرية تطبيق قانون القاضى
29	الفرع الثانى: المشرع يعتمد نظرية "Bartin":
31	المبحث الثالث: الإحالة
31	المطلب الأول: مفهوم الإحالة
31	الفرع الأول: تعريف الإحالة
32	الفرع الثانى: الإحالة ذات نشأة قضائية

33	الفرع الثالث: أساس الإحالة
34	المطلب الثاني: الإحالة بين القبول والرفض
34	الفرع الأول: الاتجاه الرافض للإحالة
35	الفرع الثاني: الاتجاه المناصر للإحالة
36	الفرع الثالث: الإحالة في القانون الجزائري
38	المبحث الرابع: فكرة المسائل الأولية
39	المطلب الأول: مفهوم فكرة المسائل الأولية
39	الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية
40	الفرع الثاني: شروط قيام مشكلة المسائل الأولية
41	الفرع الثالث: المسألة الأولية والآليات الفنية المشابهة
44	المطلب الثاني: قواعد الإسناد المطبقة على المسائل الأولية
45	الفرع الأول: النظريات التقليدية تعتمد مبدأ عاما
51	الفرع الثاني: اعتماد المنهج العملي التجريبي
54	الفصل الثاني: تطبيق القانون الأجنبي
54	المبحث الأول: وضعية القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع
54	المطلب الأول: طبيعة القانون الأجنبي
54	الفرع الأول: اختلاف الفقه حول طبيعة القانون الأجنبي
61	الفرع الثاني: موقف المشرع من طبيعة القانون الأجنبي
61	المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي
61	الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي
63	الفرع الثاني: القانون المطبق عند استحالة إثبات القانون الأجنبي
63	المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي
63	الفرع الأول: القانون الواجب الإتباع في التفسير
64	الفرع الثاني: كيفية تفسير القانون الأجنبي
65	المبحث الثاني: وضعية القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا
65	المطلب الأول: الاختلاف في فرض الرقابة
65	الفرع الأول: رفض الرقابة
66	الفرع الثاني: فرض الرقابة
67	المطلب الثاني: الرقابة في القانون الجزائري
67	الفرع الأول: اقتصار الرقابة على مسائل الأسرة
68	الفرع الثاني: الاستثناءات

69	الفرع الثالث: الرقابة على احترام المبادئ الإجرائية.....
70	الفصل الثالث: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
70	المبحث الأول: النظام العام
70	المطلب الأول: مفهوم النظام العام.....
71	الفرع الأول: النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي
72	الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.....
73	المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام
73	الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام.....
74	الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام.....
74	الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام.....
75	المبحث الثاني: الغش نحو القانون
76	المطلب الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.....
76	الفرع الأول: نظرية الغش ذات نشأة قضائية.....
77	الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....
78	الفرع الثالث: نطاق الدفع بالغش نحو القانون.....
78	المطلب الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون.....
79	الفرع الأول: شمول الأثر للنتيجة والوسيلة معا
79	الفرع الثاني: عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة.....