قاعدة التنازع [الإسناد]

تمهيد :

حل مشكلة تنازع القوانين " يتم عادة بواسطة أعمال قواعد معينة تسمى ' قواعد تنازع القوانين " أو " قواعد الإسناد".

تعريف قاعدة التنازع (الإسناد) : قواعد الإسناد (التنازع) هي : " القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي". " فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية" وقواعد التنازع (الإسناد) هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا. فقواعد التنازع تهدف إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع الوطني لحكم العلاقات الخاصة الدولية.

المبحث الأول : طبيعة قاعدة التنازع (الإسناد) وخصائصها

تتجلى طبيعة قاعدة التنازع تارة في كونها عامة و تورا آخر كونها خاصة، و تتميز بتعدد العناصر التي تدخل في تكوينها.

المطلب الأول : طبيعة قاعدة التنازع (الإسناد) :

اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة قواعد التنازع.

الفرع الأول : قواعد التنازع جزء من القانون العام :

اعتبرت كذلك، لأن مهمة هذه القواعد هو توزيع الاختصاصات التشريعية بين الدول، و فض التنازع القائم بين قوانينها الداخلية باعتباره تنازعا بين السیادات.

الفرع الثاني : قواعد التنازع جزء من القانون الخاص :

هذه القواعد تحكم علاقات خاصة و غن تضمنت عنصرا أجنبيا، فالعلاقات التي تعمل بشأنها لا تكون الدولة موضوعا لها أو طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة،

المطلب الثاني : خصائص قاعدة التنازع :

لقاعدة التنازع خصائص عدة، تتمثل في :

الفرع الأول : قاعدة غير مباشرة :

لا تطبق على النزاع مباشرة، و إنما تحدد فقط القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصرا اجتبيا.

الفرع الثاني : قاعدة التنازع مزدوجة :

تتميز هذه القواعد من حيث آثارها بأنها مزدوجة ذات اتجاهين، أي أنها قد تشير باختصاص القانون الوطني و قد باختصاص تطبيق القانون الأجنبي.

الفرع الثالث : قاعدة حيادية قاعدة التنازع :

الطبيعة الحيادية، لقاعدة التنازل تنأتى من أن القاضي يمكنه أن يطبّق القاعدة دون أن يقيّم عن طريق المقارنة النتائج الملموسة المترتبة عن تطبيق أي من القاعدتين المحتملتين كمبدأ قاعدة التنازع عند الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق فهي لا تختاره انحيازا له على حساب قانون آخر، و إنما لأنه أكثر ملائمة لحكم العلاقة محل المنازعة من وجهة نظر المشرع ، و الحيادية تشكل مظهرا لخاصية اعتبار قاعدة الإسناد غير مباشرة ، و في بعض الأحيان تختلط و تندمج فيها. و يتجلى ذلك أن المشرع أوجد حلولاً تطبيقية لبعض المنازعات ، بحيث أهدر معها خاصية الحيادية، و بهذا المعنى ، فإنه بمجرد ما تجاوزت قاعدة الإسناد خاصية اعتبارها غير مباشرة ، فقدت في ذات الوقت حياديتها، و هو ما يدل بدرجة كبيرة على أن خاصيتنا الحيادية و غير مباشرة متلازمتين و مندمجتين في بعضهما البعض بشكل كلي، من المستعصى في الغالب الفصل فيما بينهما. غير أن هذه الحيادية ليست مطلقة بحيث يمكن المساس بها، و من مظاهر إهدار خاصية الحيادية :

1- قواعد الأمن و البوليس (قواعد ذات التطبيق المباشر)

2 - إعمال قانون الإرادة (القانون المختار من قبل الأطراف)

المبحث الثاني : العناصر المكونة لقاعدة التنازع (الإسناد) :

تتكون قاعدة الإسناد (التنازع) من ثلاث عناصر، هي :

المطلب لأول : الفكرة المسندة :

المراكز القانونية متعددة و متنوعة، و لذلك تكفل المشرع بتصنيف هذه المراكز و تلك العلاقات إلى فئات مختلفة تسمى كل فئة بـ " الفكرة المسندة " ، و تتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز و العلاقات المتقاربة أو المتشابهة، فالمشرع الجزائري بمقتضى المادة 17 من القانون المدني دمج المراكز القانونية بكسب الملكية، و الحيازة ، و تقرير الحقوق العينية في فكرة مسندة واحدة هي فكرة " مركز الأموال " .

فعلا القاضي متى طرح عليه نزاع يتعلق بمركز معين يتضمن عنصرا أجنبيا فعلى القاضي أن يقوم بوصف هذا المركز و تحديد طبيعته تمهيدا لإدراجه في الفكرة المسندة الملائمة التي

تتضمنه، و إذا ما تم ذلك سهل عليه بعد ذلك الكشف عن القانون الواجب التطبيق على هذه المراكز عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن المسألة المتنازع عليها.

المطلب الثاني : ضابط الإسناد :

هو المعيار المختار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع.

و يستنبط ضابط الإسناد من أحد عناصر المركز القانوني أو العلاقة القانونية محل الإسناد و لاتي تتكون من ثلاث عناصر هي : الأشخاص، الموضوع (المحل)، السبب (الواقعة المنشئة).
فبالنسبة لعلاقات الأحوال الشخصية، تم تبني الجنسية أو الموطن كضابط إسناد(عنصر الأشخاص). و بالنسبة للملكية و الحقوق العينية الأخرى المترتبة على الأموال، اعتمد موقع المال كضابط إسناد (عنصر محل أو موضوع العلاقة). و بالنسبة للعقود اعتمدت إرادة المتعاقدين كضابط إسناد ، و العلاقات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية اعتمد كضابط إسناد مكان وقوع الفعل الضار.

و في الغالب يعتمد على ضابط إسناد واحد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، كما أنه قد يعتمد على أكثر من ضابط للإسناد ليحكم ذات العلاقة القانونية ، مثال ذلك المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

و يعد ضابط الإسناد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

القانون المسند إليه :

هو القانون الذي يتحدد نتيجة لتبني ضابط إسناد، فقد يكون القانون الوطني، كما قد يكون القانون الأجنبي.

المبحث الثالث : مدى إلزامية قاعدة التنازع (الإسناد) :

س : هل قاعدة الإسناد ملزمة (أمرة) بشأن الأطراف و القاضي في ذات الوقت ؟

قاعدة التنازع، هي جزء من القاعدة القانونية التي تتضمنها، و يبدو أنها ملزمة باعتبارها كذلك، غير أن الإجابة لم تكن بديهية و لا سهلة أو متفق عليها.

المطلب الأول : موقف القضاء من إلزامية قاعدة الإسناد :

اختلفت الإجابة عن هذا التساؤل مع تطور الاجتهاد القضائي (الفرنسي على وجه التحديد).

اولا : البداية :

قضية " Bisbal " : عدم إلزامية قاعدة الإسناد.

نقض 12 ماي 1959

كرّس قضاء النقض الفرنسي بمناسبة نظره فيما أصبح يعرف بقضية " Bisbal " بتاريخ 12 ماي 1959، نقض رقم 236، ص 199، أن قاعدة الإسناد التي تعين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا تلزم القاضي الفرنسي، الذي يمكنه تطبيق القانون الفرنسي لكونه مخول بحكم كل علاقات القانون الخاص، و ذلك حتى في قضية الحال (Bisbal) التي تتعلق بنزاعات تتعلق بالنظام العام (المر يتعلق بطلاق زوجين إسبانيين الذي يمنع نظامهما الزوجي الطلاق).

ثانيا : التطور: التراجع عن اجتهاد بيسبال : الثورة (تغيير الاجتهاد)

قضيتا ريبوح وشول R ebouh et Schule : قاعدة التنازع (الإسناد) ملزمة.

نقض 11 و18 أكتوبر 1988

مع قضية ريبوح وشول R ebouh et Schule (نقض 11 و18 أكتوبر 1988)، تم التأكيد على الطبيعة الإلزامية لقاعدة تنازع القوانين، التي تفرض على القاضي الفرنسي " البحث عن المتابعة التي عليه إعطاؤها للدعوى تطبيقا للقانون الأجنبي " المعين من قبل قاعدة التنازع. و استنبط من المبدأ العام المكرس بالمادة 12 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الجديد أن قاعدة التنازع آمرة فوجب على القاضي في جميع الحالات تطبيق القانون المعين بمقتضى قاعدة التنازع.

ثالثا : تراجع التراجع : التراجع عن تغيير الاجتهاد : revirement du revirement

قرار كوفيكو Arrêt Covico : عدم إلزامية قاعدة التنازع بشرطين (في حالتين)

نقض 4 ديسمبر 1990.

كرّس قرار محكمة النقض بشأن قضية كوفيكو Covico عدم إلزامية قاعدة التنازع إلا في حالتين؛ بمعنى تصبح ملزمة :

- عندما تكون قاعدة التنازع مقررة بمقتضى اتفاقية دولية.

- عندما تتعلق المسألة بما لا يملك الأطراف بشأنها حرية التصرف في حقوقهم.
التقيد الأخير هذا اعتبر طبيعياً بالنظر إلى المكنة الممنوحة للأطراف بمقتضى المادة 12 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الجديد في تقييد القاضي بشأن القانون الواجب التطبيق، غير أن مثل هذا التقييد لا يمكن إعماله إلا في نطاق المواد التي للأطراف الحرية في ممارسة حقوقهم.

رابعا: قرار هانوفر انتارناسيونال : Hanover International Civ. 6 mai. 1997 ,

نقض 6 ماي 1997

كرس قرار هانوفر Hanover عدم الزامية قاعدة التنازع حتى بالنسبة لقاعدة التنازع

المقررة بمقتضى اتفاقية

وفقا لهذا القرار ، قاعدة التنازع غير ملزمة و لو كانت مقرر بمقتضى اتفاقية دولية، و ابقى فقط على إلزاميتها بشأن ما للأطراف مطلق حرية التصرف فيها.

المطلب الثاني : موقف التشريعات من الزامية قاعدة الإسناد :

تفاوتت واختلف موقف التشريعات من مسالة إلزامية قاعدة التنازع.

اولا : موقف تشريعات الدول غير الجزائر :

جل التشريعات لم تنص صراحة على إلزامية قاعدة التنازع من عدمها. غير ان المشرع التونسي يكاد ينفرد بموقف صريح بمقتضى الفصل من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1997 الذي اتعبرها تتعلق بالنظام العام، و بدهاة فهي ملزمة للقاضي التونسي الذي يتعين عليه الأخذ بها تتضمنه

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من إلزامية قاعدة الإسناد:

مثل غالبية التشريعات، خلا التشريع الجزائري من النص على مدى إلزاميتها، غير أنه يمكن أن تستنبط إجابة ضمنية عن ذلك من خلال تحليل بعض النصوص.

رغم خلو أحكام التنازع في المنظومة القانونية الجزائرية من التعرض لمسالة إلزامية قاعدة التنازع من عدمها، غير أنه بالرجوع إلى أحكام 358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد يمكن التوصل بعد التحليل إلى النتيجة التالية:

وفقا للمادة 358 الحالة رقم 6 ، يتعين على القاضي الوطني إعمال القانون الأجنبي في مادة شؤون الأسرة، و لا يتأتى له ذلك إلا بإعمال قاعدة التنازع الوطنية التي أشارت إلى تطبيق ذلك القانون، بمعنى أنها هي الأخرى ملزمة.

ووفقا لذات المادة الحالة 7 ، تعتبر قاعدة التنازع المقررة في الاتفاقية ملزمة تحت طائلة تعرض الحكم الذي يخالفها للنقض.

يترتب عن ما تقدم، أن قاعدة التنازع في القانون الجزائري غير ملزمة إلا في حالتين :

1 - إذا كانت مقررة بمقتضى الاتفاقية،

2 - إذا كانت قاعدة التنازع متعلقة بمنازعة في مادة شؤون الأسرة.