

المحاضرة الثانية:

ماهية قواعد الإسناد

تثير العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي امكانية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي على هذا العلاقة، ولا يكون هذا التطبيق بصفة مباشرة بل يتم بعد اعمال قاعدة التنازع الوطنية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، ولقد سن المشرع الجزائري العديد من قواعد الإسناد وذلك ضمن الفصل الثاني من باب الأول من الكتاب الأول المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان.

أولاً: تعرف قواعد الإسناد.

تعرف قواعد الإسناد بأنها تلك القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فهدفها هو اختيار القانون الأكثر ملاءمة وتحقيقاً للعدالة من وجهة نظر المشرع الوطني، من بين القوانين المتنازحة لحكم العلاقة القانونية، وبالتالي فقواعد الإسناد تقوم بالدور الأساسي لحل مشكلة تنازع القوانين، وعرفها الدكتور أحمد إبراهيم بأنها القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي.

ويعرف الدكتور جابر جاد عبد الرحمن قواعد الإسناد بأنها القواعد الوطنية التي يضعها المشرع الوطني وتشير الى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية، يتضح من هذا التعريف بأن لكل دولة قواعد اسناد خاصة بها قد تكون متضمنة في القانون المدني أو غيرها من القوانين وقد تكون بشكل قانون مستقل كما قد يتم تنظيمها عن طريق اتفاقيات دولية.

إذاً تعرف قواعد الإسناد بشكل عام بأنها: القاعدة التي يتم الاعتماد عليها من طرف القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، مثال، جزائري تزوج بتونسية حدث بينهم خلاف عرض على القاضي الجزائري هذا الأخير وقع في حيرة من أمره حول أي القانون سيطبق القانون الجزائري أم القانون التونسي، وبالتالي سيذهب إلى قواعد الإسناد التي تحدد له القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، على هذا الأساس تعتبر قاعدة الإسناد المؤشر أو بوصلة التي توجه القاضي، كما أنها الوسيلة التقليدية التي يستخدمها القانون الدولي الخاص للوصول إلى القانون الواجب التطبيق.

وقواعد الإسناد متنوعة بتنوع العلاقات القانونية، فبعضها خاص بالأهلية والحالة وبعضها بالزواج وطلاق، وهناك وما هو خاص بالميراث والوصية ومنها ما هو متعلق بالأموال المادية والمعنوية.

ثانيا: خصائص قاعدة الإسناد.

بعد التطرق الى تعريف قاعدة الإسناد، نلاحظ أن هذه الأخيرة لديها مجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من القواعد القانونية وتمثل هذه الخصائص في ما يلي:

✓ قاعدة وطنية:

قواعد الإسناد في معظم الأحوال هي قواعد وطنية - لكن هناك بعض الحالات أين تكون فيها قواعد الإسناد دولية وهذا راجع الى مساهمة المصادر الدولية في صياغتها-، لذلك، نلاحظ اختلاف هذه القواعد من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة الواحدة باختلاف مفهوم العدالة والاختلاف في المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي تسعى كل دولة لحمايتها من خلال هذه القواعد، وبما أن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية لا بد أن تتماشى مع المبادئ الدستورية للدولة التي وضعتها.

لكن هناك بعض الحالات أين عرفت الدول تعارض بين قواعد الإسناد والدستور، وكانت ألمانيا مثال عن ذلك فقد عرفت هذا النوع من التعارض بعد صدور القانون الألماني لسنة 1949 في مبدأ حق المساواة بين الرجل والمرأة والذي تعارض مع قواعد الإسناد الموجودة في القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1896 بخصوص قاعدة الإسناد في المادة 13 والتي تنص على: **تطبيق قانون جنسية الزوج دون الزوجة**، وهذا أدى إلى الطعن في عدم دستورية المادة سنة 1971 بالمحكمة الدستورية العليا والتي لم تحكم بعدم دستورية قاعدة بل قررت ضرورة احترام قواعد الاسناد والقوانين التي تشير إليها، لكن بعد أن وجهت انتقادات كثير في حالات تعارض مختلفة مما دفع المشرع الألماني إلى اصدار قانون دولي خاص جديد سنة 1986.

✓ قواعد غير مباشرة:

عندما نسمع مصطلح قاعدة قانونية يعني أن هذه الأخيرة قد وضعت لحل المشكلة، لكن هذا يختلف مع قاعدة الإسناد التي تم تشبيهها بمكتب الاستعلامات الموجود في محطة سكة الحديد التي تقتصر مهمته على التوجيه والارشاد فقط، إذن فهي قواعد غير مباشرة كونها لا تعطي الحل النهائي للنزاع المشتمل على عنصر الأجنبي، وبالتالي وظيفتها أنها تدل القاضي على القانون الواجب التطبيقي لحكم العلاقة المطروحة عليه، فعلى سبيل المثال، قاعدة الإسناد الخاصة بشروط الزواج الموضوعية لا تتكفل ببيان الشروط إنما تبين لنا فقط القانون الذي سيتكفل بتوضيحها مثل المادة 11 من القانون المدني والتي تنص على: **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين.**

✓ مزوجة الجانب:

المقصود بخاصية ازدواجية في قواعد الإسناد هو أن قاعدة الإسناد قد تشير إلى القانون الوطني كما قد تشير إلى القانون الأجنبي، بمعنى، نفس القاعدة قد تعطي للقاضي في كل مرة حل مختلف، في قضايا الميراث التي تخضع لقانون جنسية المورث مثلا فإذا كانت جنسية المورث جزائرية في النزاع سيطبق القانون الجزائري، ولو كانت جنسيته فرنسية يطبق القاضي القانون الفرنسي وهكذا.

وتطرح هذه الخاصية إشكالية مهمة فاذا أسندت قاعدة الإسناد القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي فهي تحمل القاضي عبئ البحث في المواد القانون الأجنبي وتطبيقه، مثال: رجل مغربي باع لشخص فرنسي عقار في ألمانيا حدث بينهم خلاف وكلاهما متواجد في المغرب، هنا القاضي تأكد بأن العلاقة تدخل في سياق القانون الدولي الخاص وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقارات وجدها تشير الى: **ضرورة تطبيق قانون دولة مكان تواجد العقار** أي القانون الألماني هنا القاضي يجب عليه أن يجتهد ويطبق القانون، يعد هذا الأمر من ناحية النظرية سهل لكن من ناحية التطبيقية أمر صعب فهل هذا القاضي لديه خلفية حول القانون الألماني أم لا.

وهذا ما يطرح سؤال مهم من الذي تقع على عاتقه مسؤوليه إثبات القانون الأجنبي للقاضي المطروح عليه النزاع؟.

الجواب على هذا التساؤل: تقع مسؤولية إثبات القانون الأجنبي للقاضي على الأطراف لأنه يصعب على القاضي العلم بالقانون الأجنبي، ويكون هذا من خلال تقديم مستند صادر عن شخصية متخصصة محيطية علماً بإحكام القانون الأجنبي وتكون محررة بلغة بلد القاضي.

كما أن القاضي غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي إلا اذا طلب الخصوم ذلك، وهو ما حدث في قضية الزوجان بيسال من اسبانيا فبعد حصولهما على حصل على حكم من القضاء الإسباني بالتفريق الجسماني انتقالاً للعيش في فرنسا ثم رفع قضية طلاق في المحكمة الفرنسية والتي حكمت بالطلاق، لكن الزوجة رأت في حكم الطلاق مضرّة لمصلحتها فطعنّت في الحكم في محكمة النقض الفرنسية التي رفضت بدورها الطعن على أساس أن الزوجة لم تطالب بتطبيق القانون الإسباني الذي يمنع الطلاق فالقاضي الفرنسي هنا غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي دون إذن الخصوم.

وإذا تعثر اثبات القانون الأجنبي مقابل تمسك الخصوم بقاعدة الإسناد، هنا أمام القاضي إما:

1. أن يمتنع القاضي عن الفصل في القضية وهو ما قد يعرضه للمسائلة بتهمة انكار العدالة، وقد نص قانون العقوبات على هذا في المادة 136: يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3.000 دينار وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة.

2. قد يطبق القاضي القانون الأجنبي طواعية واختياراً دون أن يتم اثباته من قبل الخصوم ولا يعاب على الحكم الصادر عن القاضي وهو الاستثناء، وفي هذه الحالة يرى المشروع الجزائري أنه اذا لم يثبت القانون الأجنبي فعلى القاضي تطبيق قانونه عملاً بأحكام المادة 23 الفقرة الرابعة التي تنص على: " نطبق القانون الجزائري اذا تعذر اثبات القانون الاجنبي الواجب التطبيق".

✓ قواعد محايدة:

يقصد بها أن قاعدة الإسناد تحدد فقط القانون الواجب التطبيقي بغض النظر عن مضمون القانون، بمعنى أنها تكنفي بتحقيق العدالة الشكلية من خلال إسناد العلاقة محل نزاع إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها بغض النظر عن نتائج المادة المترتبة عن تطبيق هذا القانون.

✓ قاعدة ملزمة:

قواعد الإسناد هي قواعد ملزمة على القاضي الذي يعرض عليه النزاع أن يتقيد بالنتائج التي تعطيها له، لأنها ذات مصدر وطني يضعها المشرع الوطني فهي تعبر عن سيادة الدولة والخروج عليها وهو الخروج عن سيادة الدولة.

ثالثاً: عناصر قاعدة الإسناد:

لقاعدة الإسناد ثلاث عناصر أساسية تتمثل فيما يلي:

1. الفكرة المسندة:

مجموعة من الحالات القانونية التي تتركز حول محور واحد من المسائل القانونية، بعبارة أخرى هي المسألة أو الواقعة القانونية محل النزاع والتي يكتفيها القاضي على أنّها من مواضيع الأحوال الشخصية، الأحوال العينية، الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو غيرها من مواضيع تنازع القوانين بهدف حلها، وتنظم الفكرة المسندة مسألة قانونية واحدة كإخضاع العقار لقانون موقعه، وأكثر من مسألة قانونية لها قاعدة إسناد واحدة مثل إخضاع الحالة والأهلية لقانون الجنسية.

2. ضابط الإسناد:

هو المرشد الذي يدل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، فهو نقطة ارتكاز تسهل الطريق على القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهناك من يعرفه بأنه المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للربط بين الفكرة المسندة والقانون الواجب التطبيق، وهناك عدة أنواع لضابط الإسناد:

• **الإسناد البسيط:** عندما تكون قواعد الإسناد تشير لضابط إسناد واحد يحكم العلاقة، مثل يطبق في النزاعات الميراث جنسية المورث هنا الجنسية هي ضابط الإسناد.

• **الإسناد المركب:** قد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، وقد تتضمن قاعدة الإسناد عدة ضوابط تشير إلى اختصاص عدة قوانين، والإسناد المركب أشكال:

الإسناد المركب

الإسناد الاختياري: الاختياري أو التخييري، بمعنى اشتمال القاعدة على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، بحيث تطبق بالخيار بينهما على العلاقة ولهذا الإسناد صورتان: **ضوابط الإسناد على قدم المساواة ويتم الاختيار بينها** مثال مادة 19 من القانون المدني الجزائري ويقر نص المادة بأن التصرف القانوني صحيح وفقاً لجميع الضوابط، **ضوابط الإسناد توضع على سبيل التدرج** ويتم العمل بضابط الإسناد الرئيسي، فإذا تعذر اللجوء إليه يتم اللجوء إلى ضابط الاحتياطي الوارد في قاعدة النزاع، مثل المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

الإسناد الموزع: اشتمال قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، مثال: المادة 13 مكرر 1: **يسري على صحة الكفالة قانون جنسية الكفيل والمكفول وقت اجرائها.**

3. القانون المسند إليه:

القانون المسند إليه هو الركن الثالث في قاعدة الإسناد هو القانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد عن طريق ضابط الإسناد بأنه القانون الواجب التطبيقي على علاقة ذات العنصر الأجنبي، وكما أشرنا سابقاً أنّ قواعد الإسناد تختلف من دولة إلى أخرى لأنها قواعد وطنية من حيث المصدر، فاختلاف مضمونها وارد، فأحكام الميراث مثلاً ليست من الأحوال لشخصية في كل دول العالم، وهذا سيؤدي إلى اختلاف في قواعد الإسناد الأمر الذي سيؤدي إلى الاختلاف في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للقضية الواحدة.

المراجع المعتمد عليها:

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، 2001.
- الطيب زيوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، مطبعة الفسييلة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- نرجس صفو، القانون الدولي الخاص، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثالثة ليسانس، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2021/2022.
- قانون العقوبات الجزائري.
- القانون المدني الجزائري.