

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل - كلية القانون

طبيعة قواعد الإسناد دراسة مقارنة

رسالة تقدم بها
ميثم فليح حسن

إلى مجلس كلية القانون بجامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الخاص

بإشراف
أستاذ القانون المدني المساعد
الدكتور حسن حنتوش رشيد

1430 هـ
2009 م

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and
Scientific Research
Babil University – College of Law

The Nature of Attachment Rules

A comparative study

A thesis
Submitted to the Council of the
College of Law in Babil University

By
Maithem Fuliah Hassen

In partial fulfillment of the requirements of the
L.L.M. degree in private law

Under the supervision of
Proof Assistante
D.C.L. Hassen Hantosh Rasheed

الإهداء

إلى ذكرى عباس رحمه الله

ثم

إلى أبي وأمي إحسانا وبرا

والى زوجتي مودة و شكرا

أهدي هذا النزر اليسير



شكر وتقدير

لا شك أن الشكر أمر واجب لأولي الفضل، ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله، وإذا كان في مقدمة أولي الفضل عليّ في عملي هذا هو أستاذي الفاضل الدكتور حسن حنتوش رشيد، أستاذ القانون المدني المساعد في كلية القانون بجامعة بابل وعميد كلية القانون بجامعة أهل البيت، لذا فإنني أتقدم إليه بوافر شكري وعظيم امتناني لتفضل سيادته بالإشراف على هذه الرسالة، ولما مَنّني به من غزير علمه وحسن توجيهه ما أعانني على إنجازها، فأمدّ الله في عمره وأحسن عاقبته وجزاه عني وعن طلبته خير الجزاء. وكذلك أتقدم بالشكر إلى كل من عميد كلية القانون بجامعة بابل الأستاذ المساعد الدكتور منصور حاتم محسن، ومعاون العميد للشؤون العلمية ورئيس قسم القانون الخاص، وإلى العديد من التدريسيين في هذه الكلية، وذلك لما لقيت منهم من الرعاية والدعم والتوجيه، وأشكر جميع من مد يد العون لي من الأساتذة والتدريسيين في كليات القانون الأخرى، وأسأل المولى القدير أن يعينهم على الخير والعطاء. كما لا يفوتني أن أتوجه بالامتنان إلى جميع الأخوان والأصدقاء الذين أزروني على إنجاز هذا العمل، وكذلك من أعانني على طباعته وتنقيحه. وأشكر أيضاً جميع الموظفين والعاملين في المكتبات القانونية الحكومية وغير الحكومية من الذين سهلوا لي مهمة اقتناء الكتب والمراجع التي اعتمدتها في هذه الرسالة.

إقرار المشرف

اشهد بأن الرسالة الموسومة بـ(طبيعة قواعد الإسناد - دراسة مقارنة)، والمقدمة من قبل الطالب (ميثم فليح حسن) قد تمت تحت إشرافي في كلية القانون بجامعة بابل، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع:

الاسم : أ.م.د. حسن حنتوش رشيد

التاريخ: / / 2009

استناداً للتوصية المقدمة أشرح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. هادي حسين عبد علي

معاون العميد للدراسات العليا والشؤون
العلمية.

التاريخ: / / 2009

أقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة أننا قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة "طبيعة قواعد الإنسان - دراسة مقارنة" وقد ناقشنا الطالب ميثم فليح حسن في محتوياتها وكل ما له علاقة بنا نرى إنها

رئيس اللجنة:

التوقيع:

الاسم: أ.د. عباس زبون العبودي

المرتبة العلمية: أستاذ

عضو:

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. ميري كاظم عبيد

المرتبة العلمية: أستاذ مساعد

عضو:

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. هادي حسين عبد علي

المرتبة العلمية: أستاذ مساعد

عضو (المشرف):

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. حسن حنتوش رشيد

المرتبة العلمية: أستاذ مساعد

صدق من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل

التوقيع

الأستاذ المساعد

الدكتور منصور حاتم محسن

عميد الكلية

المبحث التمهيدي

مفهوم قواعد الإسناد ونشأتها

من المعلوم أن علم القانون ليس علماً مغلقاً أو جامداً ينشأ من ذاته أو من الفراغ، وإنما هو ظاهرة اجتماعية نابعة من المجتمع وملازمة له وجوداً وعدماً. ولما كانت قواعد الإسناد إحدى أنواع القواعد القانونية التي يضمها النظام القانوني للدولة، فإن هذه القواعد لا تخرج فيما بيّناه عن عموم القواعد القانونية الأخرى، وذلك أنها لم تنشأ بعيدة عن الوسط الذي تخاطبه أو بمعزل عن معطياته ومكوناته من أشخاص وأشياء ووقائع، كما إنها لم تأت من العدم ومن غير أصولٍ نبعت منها وساهمت في ميلادها.

فقواعد الإسناد قد ظهرت ونشأت في ظل ظروف معينة شهدتها مجتمعات القرون الوسطى في أوروبا، وتحت ضغط تزايد العلاقات القانونية التي كانت تتم عبر حدود المدن والوحدات السياسية القائمة آنذاك وتفاقم مشكلة تنازع القوانين، وعليه فإن هذا النوع من القواعد لم يكن ليوجد بلا أصل أدى إلى ميلاده، بل كانت هناك جملة من الأسباب التي تولدت عنها قواعد الإسناد، زيادة على عدد من المصادر التي نبعت منها هذه القواعد وشكّلت الوعاء الذي احتواها.

وبناءً على ذلك فإن دراسة قواعد الإسناد واستجلاء طبيعتها ربما لا تأتي على وجهها الأكمل ما لم يتم الوقوف على طبيعة ظروف المجتمعات التي ولدت فيها والأصول التي استقيت منها، كما ان ثمرة البحث في قواعد الإسناد لا تنضج إلا بتعريف هذه القواعد وتمييزها عن جملة القواعد القانونية في النظام القانوني للدولة. وهذا ما سوف نتولى عرضه في المطالب الثلاثة التالية.

المطلب الأول

تحديد مفهوم قواعد الإسناد

إن مشكلة تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص تثير بطبيعتها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذات العنصر الأجنبي كمسألة أولية تسبق بيان الحل الذي يعرضه ذلك القانون. وهذا الأمر يتطلب قيام المشرع بصياغة قواعد قانونية تبين حكم هذه المسألة وتعمل على حل مشكلة التنازع. وبالفعل فإن هناك قواعد تعارفت عليها مختلف الأنظمة القانونية وظيفتها تقديم الحلول الملائمة لمشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الذي يحكم العلاقات موضوع القانون الدولي الخاص، وما هذه القواعد سوى قواعد الإسناد.

وتسمية قواعد الإسناد بهذا الاصطلاح ليست التسمية الوحيدة التي تطلق على هذا النوع من أنواع القواعد القانونية، بل إن هناك تسميات واصطلاحات متعددة أطلقها عليها فقه القانون الدولي الخاص، وعلاوة على ذلك فإن هذا الفقه قد عرّف قواعد الإسناد بتعريفات مختلفة، ولم يتفق بشأنها على تعريف واحد يوضح فيه طبيعتها ووظيفتها في إطار تنازع القوانين.

عليه، ولغرض تحديد مفهوم قواعد الإسناد، يتعين علينا بيان الاصطلاحات التي أطلقت على هذه القواعد وإظهار مدى دقتها، زيادة على عرض التعريفات المختلفة لها وبيان مضامينها، وهذا ما نسلكه تبعاً في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

اصطلاح قواعد الإسناد

لو استعرضنا كتابات الفقهاء في القانون الدولي الخاص، وتحديدًا في مادة تنازع القوانين، لتبين لنا ان الفقه لم يورد تسمية محددة لقواعد الإسناد، بل نجده يشير إلى هذه القواعد باصطلاحات متعددة ومختلفة. فمرة يطلق على القواعد المذكورة اصطلاح قواعد القانون الدولي الخاص، وأخرى ينعتها بقواعد توزيع الاختصاص التشريعي، كما يسميها أحياناً قواعد تنازع القوانين⁽¹⁾. وهذه الاصطلاحات المتعددة لقواعد الإسناد هي اصطلاحات متباينة في مفهومها وفي دلالتها على هذا النوع من القواعد بالتحديد من بين القواعد القانونية عموماً أو من بين القواعد التي يضمها القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص، بل ان بعضها ربما لا يتفق مع وظيفة قواعد الإسناد في هذا الفرع من فروع القانون. فاصطلاح قواعد القانون الدولي الخاص هو اصطلاح ذات مفهوم أوسع من أن يدل على قواعد الإسناد بالتحديد من بين قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى⁽²⁾. ذلك أن النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص، بوصفه فرع من فروع الدراسات القانونية، وبعد أن كان يقتصر على موضوع قواعد الإسناد بما تقدمه من حلول في نطاق نظرية تنازع القوانين، وذلك منذ القرن الثالث عشر، فان هذا النطاق لم يَبْقَ على سالف عهده، بل أصبح يضم إلى جانب تنازع القوانين موضوعات أخرى هي الاختصاص القضائي الدولي والجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب⁽³⁾، وإن كان موضوع التنازع لا يزال إلى اليوم الموضوع الأساسي لهذا الفرع القانوني وان البحث في الموضوعات الأخرى يُعد بمثابة مقدمات لتنازع القوانين. وبناءً على ذلك فان إطلاق تسمية قواعد القانون الدولي الخاص على قواعد الإسناد يوحي بأن فرع القانون الدولي الخاص لا يتضمن سوى هذا النوع من القواعد القانونية، وهو ما لا يتفق مع تعدد الموضوعات وضرورة وجود قواعد قانونية تحكم كل موضوع منها ضمن الفرع المذكور من فروع القانون.

-
- (1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. الجزء الأول (الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق). ط9. دار النهضة العربية. القاهرة. 1972. فقرة 1. ص6.
 - (2) من الفقهاء الذين أشاروا إلى قواعد الإسناد باصطلاح قواعد القانون الدولي الخاص د. علي الزيني. القانون الدولي الخاص المصري والمقارن. الجزء الأول. ط1. المطبعة الرحمانية بمصر. 1930. فقرة 7. ص8.
 - (3) وهذه الموضوعات هي ما يُدرس في مادة القانون الدولي الخاص في بلاد القانون المكتوب كالعراق ومصر وفرنسا. انظر في ذلك د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. ط2. دار الحرية. بغداد. 1977. ص8.

أما بشأن اصطلاح قواعد توزيع الاختصاص التشريعي، فإن هذا الاصطلاح لا يمكنه التعبير بشكل دقيق عن طبيعة قواعد الإسناد وما تتميز به عن باقي القواعد القانونية⁽¹⁾، وذلك من جهتين، الأولى أن الاصطلاح المذكور لا يتفق مع وظيفة قواعد الإسناد في ميدان تنازع القوانين، فهو يوحي بأن هذه القواعد بتحديد القانون الواجب التطبيق فإنها تمنح دولة ذلك القانون اختصاصاً تشريعياً بحكم النزاع، في حين أن أية دولة لا يمكنها، واقعاً، أن تشرّع لدولة أخرى أو أن تفرض قوانينها على إقليم دولة أجنبية⁽²⁾، وأن وظيفة قواعد الإسناد لا تتعدى اختيار القانون المناسب لحكم النزاع من بين القوانين المتزاحمة، وذلك وفقاً لوجهة نظر المشرع الوطني، وفي حدود الاختصاص المكاني لقانونه. ومن جهة ثانية فإن عبارة توزيع الاختصاص التشريعي هي عبارة مُجانبة للدقة، وذلك لأن الاختصاص عادة ما يتعلق بالمحاكم التي تنظر في النزاع، أما القانون فلا يقال أنه مختص بالنزاع، وإنما هو يُطبق عليه من قبل المحكمة المختصة⁽³⁾. كما أن عبارة الاختصاص التشريعي قد تشبه مع موضوع الاختصاص القضائي في القانون الدولي الخاص، وتؤدي بالتالي إلى الإشكال بين الموضوعين.

وفيما يتعلق باصطلاح قواعد تنازع القوانين، والذي كثيراً ما يتردد على لسان فقهاء القانون الدولي الخاص⁽⁴⁾، فإن هذا الاصطلاح كان في جذّاته دالاً بوضوح على قواعد الإسناد، وذلك حين كانت هذه القواعد هي الوسيلة الفنية المعتادة لحل مشكلة التنازع، إذ كانت مرتبطة بشكل وثيق بعلم تنازع القوانين. ففي ذلك الحين كان اصطلاح قواعد تنازع القوانين مرادفاً لاصطلاح قواعد الإسناد، وكان الفقه يستعمل أيّ من هذين الاصطلاحين للإشارة إلى الاصطلاح الآخر⁽⁵⁾. غير أن قواعد الإسناد، بعد التطور الذي حصل في ميدان القانون الدولي الخاص، لم تعد الوسيلة الوحيدة لحل التنازع، بل ظهرت إلى جانبها قواعد أخرى شاركتها ذلك الحل، ومن هذه القواعد ما تقمّ حلّواً مباشرة لنزاعات جانب من العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهي تعرف بالقواعد الموضوعية للتجارة الدولية⁽⁶⁾، ومنها ما تفرض تطبيقها على جميع العلاقات الداخلة في نطاق أعمالها بغض النظر عن اشتغالها على العنصر

(1) هذه التسمية لقواعد الإسناد أطلقها عليها الأستاذ الفرنسي أنطوان بيليه، إذ يرى هذا الفقيه أن تطبيق القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد، بحسب تعبيرنا، لا يأتي عن طريق اختيار ذلك القانون، وإنما عن طريق عقد الاختصاص التشريعي للمشرع الذي سن القانون الواجب التطبيق A.Pillet, Principes de droit international prive, Grenoble, Paris, 1903, p.50.

(2) انظر في ذلك د. أحمد عبد الحميد عشوش و د. عمر أبو بكر باخشب. الوسيط في القانون الدولي العام، دراسة مقارنة (مع الاهتمام بموقف المملكة العربية السعودية). مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 1990. ص14 وما بعدها.

(3) د. جابر جاد عبد الرحمن. القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني (تنازع القوانين. تنازع الهيئات. تنازع الاختصاص). ط2. مطبعة التقيض. بغداد. 1948. فقرة 284. ص427.

(4) من الفقهاء الذين عبروا عن قواعد الإسناد بهذا الاصطلاح د. حامد زكي. أصول القانون الدولي الخاص المصري. ط3. مكتبة عبد الله وهبه بمصر. من دون طبع. فقرة 67 وما بعدها. ص55 وما بعدها، وكذلك د. جابر جاد عبد الرحمن. المصدر السابق. فقرة 284 وما بعدها. ص426 وما بعدها.

(5) انظر في وسائل فض تنازع القوانين د. هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته. مباحثه. مصادره. طبيعته)، دراسة مقارنة. ط1. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2003. ص180 وما بعدها.

(6) بعض الفقهاء والباحثين يطلق على القواعد المذكورة تسمية القواعد المادية للقانون الدولي الخاص. انظر في ماهية هذه القواعد أحمد مهدي صالح. القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بغداد. 2004. ص1 وما بعدها.

الأجنبي، وتعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري⁽¹⁾، وإنَّ دراسة هذين النوعين من القواعد القانونية أصبحت تشكل مناهج مستقلة في نطاق موضوع تنازع القوانين إلى جانب منهج قواعد الإسناد، والذي أضحي معروفاً لدى الفقه بمنهج التنازع التقليدي. ولهذا فإن اصطلاح قواعد تنازع القوانين قد أخذ مفهوماً أوسع من مفهوم قواعد الإسناد، وهو ما يجعل دلالاته على هذه القواعد محل نظر⁽²⁾. وزيادة على ذلك فإن اصطلاح تنازع القوانين بحدّ ذاته كان ولا يزال عرضة للنقد من قبل فقه القانون الدولي الخاص، فهذا الاصطلاح يوحي بوجود تضارب أو صراع بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة مثار النزاع، في حين إن الأمر لا يعدوا أن يكون عملية مفاضلة بين تلك القوانين، واختيار للقانون الأكثر ملاءمة من بينها لحكم النزاع⁽³⁾.

ومما تقدم يظهر ان اصطلاح قواعد الإسناد يَفضل الاصطلاحات الأخرى التي أطلقت على هذا النوع من القواعد القانونية، وذلك لكونه الأقرب إلى طبيعتها والأكثر تعبيراً عن وظيفتها في ميدان تنازع القوانين. وهذا الأمر هو الذي دفعنا إلى إطلاق هذه التسمية على القواعد محل البحث، وقد جارينا بذلك ما جرى العمل عليه لدى فقه القانون الدولي الخاص على نحو متواتر.

الفرع الثاني

تعريف قواعد الإسناد

نقول، ونحن في مجال التمهيد للبحث في طبيعة قواعد الإسناد، انه لا بد لنا في هذا المجال من إيراد تعريف محدد لهذه القواعد، فتعريف قواعد الإسناد يساعدنا على تمييزها عن القواعد القانونية الأخرى في فروع القانون المختلفة، كما يميز هذه القواعد عن سائر ما سواها من قواعد القانون الدولي الخاص، ويكون ذلك من خلال إبراز مضمونها ووظيفتها داخل هذا الفرع من فروع القانون، زيادة على إظهار خصوصيتها كمنهج لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية إلى جانب المناهج الأخرى التي ظهرت في ميدان هذه العلاقات.

ولكن قبل أن نتطرق لتعريف قواعد الإسناد بمعناها الإصطلاحي فإن من الأولى بيان المعنى اللغوي للإسناد بشكل عام، وذلك بغية التعرف على مدى ملاءمة هذا اللفظ من الناحية اللغوية مع طبيعة القواعد محل البحث. وفي هذا الشأن فقد جاء في كتب اللغة ان السند: ما قَبَّلَكَ من الجبل وعلا عن السَّفْح، ويُقال فلانٌ سَدُّهُ أي مُعْتَمَد⁽⁴⁾. وورد كذلك ان الإسناد في الحديث: رفعُهُ إلى قائلِهِ، ويُقال سَدَّ في

(1) راجع في هذه القواعد ما يأتي بحثه ص 160 وما بعدها.

(2) هناك من الفقهاء مَنْ يُعبر عن قواعد الإسناد بكلا الاصطلاحين، فيشير إليها مرةً بهذا الاصطلاح وينعتها أخرى باصطلاح قواعد تنازع القوانين، ومن هؤلاء د. حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي. جامعة الكويت. 1974. ص 55 وما بعدها.

(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. مبادئ القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني (تنازع القوانين). دار النهضة العربية. القاهرة. 1996. فقرة 1. ص 4.

(4) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي. الصحاح. الجزء الأول. ط 1. دار الفكر. بيروت. 1998. ص 417-418.

الْجَبَلِ وَأَسَدَهُ، بِمَعْنَى رَقِيٍّ⁽¹⁾. وَيُقَالُ أَيْضاً سَدَدٌ إِلَيْهِ سُنُوداً، أَيِ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَاسْتَرْفَدَ بِهِ، وَأَسَدَهُ إِلَيْهِ: جَعَلَهُ مُتَّكِئاً لَهُ. وَمِثْلُهُ يُقَالُ تَسَادَدَ إِلَيْهِ وَاسْتَدَدَ، أَيِ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ⁽²⁾.

هذا عن المعنى اللغوي للفظ الإسناد، وأما ما يتعلق بقواعد الإسناد، فإن من خصائص هذه القواعد، كما سيأتي لاحقاً، أنها ذات طابع إرشادي، أي أنها لا تقدم حلاً موضوعياً للنزاع بل تشير فقط إلى القانون الذي يتضمن ذلك الحل. وهذه القواعد بتحديداتها للقانون المختص تكون، بحسب التعبير اللغوي، قد أسندت إليه حل النزاع المعروف، ويصير القانون المذكور هو القانون المسند إليه أو المعتمد عليه، وذلك باعتبار أنه القانون الذي رُفِعَ إليه موضوع النزاع وترك له أمر الفصل فيه⁽³⁾.

وبعد أن اتضح لنا المعنى اللغوي لقواعد الإسناد، نُعَرِّجُ على التعريف الاصطلاحي لهذه القواعد في إطار القانون الدولي الخاص. وفي هذا الخصوص يمكننا القول ابتداءً أنه لا يوجد في الحقيقة تعريف محدد لهذا النوع من أنواع القواعد القانونية، ويظهر لنا من كتابات الفقهاء أن غالبيتهم يتحاشون إيراد أي تعريف لقواعد الإسناد، وعند تعرض قسم منهم للحديث عن القواعد المذكورة نراهم يكتفون بالقول أنها وسيلة من وسائل حل تنازع القوانين، أو أنهم يقتصررون على بيان مهمتها في الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق، وقد يكتفي البعض منهم بعرض أوصاف هذه القواعد أو تحديد خصائصها. ولكن مع ذلك فإن كتابات أولئك الفقهاء لا يمكنها أن تعبر عن جميع الاتجاهات في فقه القانون الدولي الخاص، ذلك أنه مع وجود هذا الاتجاه السلبي فإن هناك من الفقهاء من تطرق إلى تعريف قواعد الإسناد، وإن لم تكن تعريفاتهم لهذه القواعد متشابهة أو متقاربة، إذ نراهم قد أوردوا في كتبهم تعريفات متعددة لا يكاد يجمعها نسق واحد.

فقد عرف بعض الفقهاء قواعد الإسناد بأنها (القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)⁽⁴⁾، كما عرفها غيرهم بأنها (القواعد التي يتعين بموجبها القانون الواجب التطبيق على ... العلاقات الحقوقية أو القانونية المشتملة على عنصر أجنبي)⁽⁵⁾، ومن الفقهاء من عرفها بأنها القواعد التي (تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانون ما، قد يكون وطنياً أو أجنبياً، تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع)⁽⁶⁾، في حين قال فقيه آخر أن قواعد الإسناد هي (قواعد قانونية وطنية من صنع المشرع الوطني أو من يفوضه في ذلك لا تعطي الحل المباشر للنزاع وإنما ترشد وحسب للقانون الذي يجب تطبيقه باعتباره

(1) ابن منظور. لسان العرب. الجزء السادس. ط3. دار إحياء التراث العربي. بيروت. من دون طبع. ص387.

(2) سعيد الخوري الشرتوني اللبناني. أقرب الموارد في فصَح العربية والشوارد. الجزء الثاني. ط1. دار الأسوة. طهران. 1416هـ. ص727.

(3) د. مدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص272-273.

(4) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص207.

(5) نعم سيوفي. الحقوق الدولية الخاصة، أمالي ومحاضرات. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية. 1965-1966. ص505.

(6) د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة. ط2. مكتبة دار الثقافة. عمان - الأردن. 2001. ص49.

أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة⁽¹⁾، أو بحسب تعبير بعض الباحثين انها (تلك القواعد في القانون الوطني أو في اتفاقية دولية تقوم بتعيين قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق لحكم علاقة قانونية خاصة دولية)⁽²⁾، وفي تعريف آخر جاء فيه ان قاعدة الإسناد (هي القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني، وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية)⁽³⁾.

ومن استعراضنا للتعريفات الواردة بشأن قواعد الإسناد يتضح أن هذه التعريفات لم تبرز طبيعة القواعد المذكورة على نحو تام، بل نجد انها قد اكتفت بتسليط الضوء على جانب واحد أو أكثر لتلك الطبيعة من دون الجوانب الأخرى. فنرى بعض التعريفات قد أكدت على صفات قواعد الإسناد، إذ منها ما التفت إلى عدم إعطاء هذه القواعد حلاً مباشراً للنزاع وإرشادها فقط إلى القانون الواجب التطبيق، ومنها ما أشار إلى صفة الازدواجية في قواعد الإسناد وما تقود إليه تلك الصفة من تساوي القانون الوطني والقانون الأجنبي أمام القواعد المذكورة، علاوة على أن بعض التعريفات قد أكد على نطاق تطبيق قواعد الإسناد والذي، بحسب التعريف، لا يتعدى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهذا بخلاف التعريف الأخير لقواعد الإسناد، إذ كان أوفى من باقي التعريفات الواردة للقواعد محل البحث. فهذا التعريف قد تطرق لما سبق وأن أشارت إليه تلك التعريفات وزاد عليها بتأكيد على الطابع الوطني لقواعد الإسناد، زيادة على إبرازه وظيفة هذه القواعد في حكم العلاقات الخاصة الدولية. ولكن مع ذلك نجد ان من الفقهاء من عرّف قواعد الإسناد على نحو حاول فيه أن يكون التعريف أكثر إحاطة بخصائص هذه القواعد وعناصرها، وأكثر توضيحاً لدورها في ميدان القانون الدولي الخاص. ولعل من أوفى التعريفات بياناً لقاعدة الإسناد ذلك الذي أشار إليها أنها (قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها)⁽⁴⁾. فهذا التعريف كما يبدو هو الأقرب لطبيعة قواعد الإسناد من التعريفات الأخرى التي وردت في هذا الشأن. ذلك ان التعريف المذكور يبين ان قواعد الإسناد هي قواعد قانونية تضعها السلطة التشريعية في الدولة، وهي ذات طبيعة فنية محددة

-
- (1) د. عكاشة محمد عبد العال. أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة. الجزء الأول (تنازع القوانين). الدار الجامعية. بيروت. 1998. ص 7-8.
 - (2) عبد الحميد محمود حسن السامرائي. تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه. كلية القانون. جامعة بغداد. 1990. ص 7-8.
 - (3) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول (تنازع القوانين). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2002. فقرة 34. ص 23.
 - (4) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً. ط 1. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. 1996. فقرة 16. ص 24.

ومتميزة، وان لها مجالاً معيناً للتطبيق، كما ان هذا التعريف يحدد وظيفة القواعد محل البحث وذلك باعتبارها أداة لاصطفاء القانون الملائم لتنظيم العلاقات القانونية الداخلة في مجال انطباقها⁽¹⁾.

ولكن مع ذلك فإن التعريف المذكور، مع ما اشتمل عليه من إحاطة بطبيعة قواعد الإسناد، إلا انه قد تضمن بعض الإطراد أو التكرار في عباراته، وهو ما لاحظناه في موضعين، أولهما إن التعريف قد أشار إلى طبيعة قواعد الإسناد باعتبارها قواعد وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية، ومع ذلك فقد عاد وبُنّ وظيفتها في اصطفاء القانون الذي يحكم تلك العلاقات، في حين ان بعض التوضيح لطبيعة القواعد محل التعريف كان من شأنه أن يستوعب تلك الوظيفة. وثانيهما ما أشار إليه من أن اصطفاء القانون الملائم لا يكون إلا عندما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق على العلاقة موضوع النزاع، ومن المعلوم أن الاصطفاء أو الاختيار الذي تقوم به قاعدة الإسناد مُترتب يقيناً على تعدد القوانين المتزاحمة لحكم تلك العلاقة، وبالتالي فلا حاجة لوجود العبارة الأخيرة الواردة في التعريف.

وبعد هذا العرض لعدد من التعريفات التي أوردها فقه القانون الدولي الخاص لقواعد الإسناد وبياننا لبعض مضامينها، فقد أصبح من اليسير وضع تعريف محدد لهذه القواعد تبرز من خلاله طبيعتها الفريدة والمميزة عن عموم القواعد القانونية العادية، وذلك بعيداً عن السرد أو الاقتضاب، ومن غير تركيز على بعض خصائصها أو عناصرها من دون البعض الآخر. وبهذا الصدد يمكن تعريف قواعد الإسناد بأنها قواعد قانونية وضعية، تصطفي القانون الأكثر ملاءمة لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية من بين القوانين ذات القابلية لهذا التنظيم. وهذا التعريف يلقي الضوء على طبيعة قواعد الإسناد بمختلف صور الطبيعة وأشكالها، وهو ما يَظهر فيما يلي من خلال توضيحنا لعناصر التعريف المذكور وجلاء ما تتسم به هذه العناصر من دلالات.

فتعريف قواعد الإسناد بأنها قواعد قانونية وضعية يبين الطبيعة الوضعية لهذه القواعد، وذلك باعتبار أنها غالباً ما تكون قواعد من وضع المشرع الوطني في الدولة أو أن المشرع لا بد من أن يعترف بها فيما لو لم تكن من وضعه، كما هو شأن القواعد ذات الأصل العرفي أو القضائي⁽²⁾. ولهذا تشترك قواعد الإسناد مع سائر القواعد القانونية في جميع ما لتلك القواعد من الصفات العامة كصفة العمومية أو التجريد أو الإلزام، مع ان هذا لا يمنع من أن تكون لقواعد الإسناد بعض الصفات الذاتية التي تفردها عن القواعد القانونية الأخرى وتقتضيها وظيفتها في القانون الدولي الخاص⁽³⁾.

أما القول بأن قواعد الإسناد تصطفي القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع فانه يبين الطبيعة الفنية للقواعد محل البحث، وذلك من منظور أنها قواعد ذات بناء فني مميز وتقوم على أركان أو عناصر ذاتية

(1) في نطاق عمل قواعد الإسناد راجع ما يأتي ص121 وما بعدها.

(2) انظر في التأكيد على الصفة الوطنية لقواعد الإسناد د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 36. ص29.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص13-16، وراجع في صفات قواعد الإسناد ما يأتي بحثه ص40 وما بعدها.

تختلف عن عناصر القواعد القانونية العامة⁽¹⁾. كما ان هذا القول يركز على وظيفة قواعد الإسناد في الحياة الخاصة الدولية باعتبارها أداة مفضلة بين القوانين المتزاحمة واختيار القانون الملائم لحكم النزاع.

وأما ذكر العلاقات الخاصة الدولية على وجه التحديد فانه يدل على الطبيعة النوعية لقواعد الإسناد ويوضح نطاق تطبيقها. فقواعد الإسناد لا تسري على مجمل العلاقات القانونية في النظام القانوني للدولة، بل تسري على نوع محدد من العلاقات، هي تلك التي تربط بين أشخاص القانون الخاص وتكون من العلاقات ذات الطابع الدولي⁽²⁾.

المطلب الثاني

تاريخ نشأة قواعد الإسناد

لم تكن قواعد الإسناد المعمول بها في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة وليدة هذا العصر، بل ان هذه القواعد قد مرت بمراحل تاريخية عديدة وبظروف سياسية واجتماعية مختلفة، وقد تناولتها العديد من النظريات والمدارس الفقهية بالدرس والتحليل حتى عملت على نضجها وأوصلتها إلى ما هي عليه. ومن يتتبع المسيرة التاريخية لحلول تنازع القوانين ينتهي إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولي قد تم عبر هذه المسيرة بأحد أسلوبين، الأول تمثّل في وضع مبدأ عام تخضع له تلك العلاقات، وهذا المبدأ قد يكون إقليمية القانون بصفة عامة أو هو امتداد القانون بشكل مطلق. أما الأسلوب الآخر فلا يعتمد في حلول التنازع على مبدأ أو نظام عام تخضع له العلاقات الخاصة الدولية، بل يجري من خلاله استخراج تلك الحلول عن طريق البحث والتحليل في كل علاقة على حدة واختيار القانون الملائم لحكمها. وسنتخذ من هذين الأسلوبين موضوعاً لدراسة المراحل التاريخية التي مرت بها قواعد الإسناد حتى وقتنا الحاضر.

الفرع الأول

قواعد الإسناد في ظل مناهج المبادئ العامة

ان نقطة البدء في تنازع القوانين، كموضوع لقواعد الإسناد، هي عدم اعتناق الدولة لمبدأ إقليمية القوانين بصفة مطلقة، وعدم الأخذ بمبدأ شخصية القوانين على إطلاقه. وهذا يعني ان كل دولة ينبغي ان لا تجعل لقانونها اختصاصاً مطلقاً على إقليمها أو على الأشخاص التابعين لها، وإنما عليها ان تفسح

(1) في طبيعة قواعد الإسناد ودورها في حلول تنازع القوانين انظر د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. مصدر سابق. فقرة 21 وما بعدها. ص 29 وما بعدها.

(2) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 16-17.

المجال للقوانين الأجنبية لتطبيق داخل الإقليم أو تسري على مواطنيها وفقاً لما تقتضيه حاجة المعاملات الدولية⁽¹⁾.

ولكن مع ذلك فإن مبدأي شخصية القوانين وإقليمية القوانين قد تعاقبها الهيمنة على الأنظمة القانونية التي سادت أوروبا في العصور الوسطى، وبشكل خاص تلك الأنظمة التي حكمت أقاليم الإمبراطورية الرومانية، وكذلك ما تلا حكم الإمبراطورية من سيطرة القبائل الجرمانية على تلك الأقاليم، ثم الفترة التي أعقبت انهيار الدولة الجرمانية، وهي أزمنة لم يكن فيها لقواعد الإسناد وجود ظاهر في واقع التشريع، ولكن مع ذلك فإنها مهدت الطريق لظهور هذه القواعد ومن ثم سيادتها في تنازع القوانين، ولهذا نجد أن تاريخ نشوء قواعد الإسناد والنظريات التي وضعت بشأن حلول التنازع في أوروبا، وبحسب تعبير أحد الفقهاء (هو في الحقيقة تاريخ النضال بين هذين المبدأين وتحديد نطاق كل منهما)⁽²⁾. وفيما يلي عرض للمبدأين المذكورين.

أولاً: مبدأ شخصية القوانين

يُقصد بمبدأ شخصية القوانين أن قانون الدولة يمتد لينطبق على وطنيها أينما وجدوا سواء كانوا داخل أم خارج حدود إقليم الدولة، فيكون الأفراد في علاقاتهم الدولية خاضعين لقانونهم الوطني بشكل دائم وبغض النظر عن مكان نشوء تلك العلاقات أو موضوعها⁽³⁾. وهذا المفهوم لمبدأ شخصية القوانين هو ما عرفته نظرية الأحوال الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر، أما قبل ظهور هذه النظرية فقد كان للمبدأ مفهوم آخر منسجم مع الظروف التي عاشتها أوروبا في تلك الفترات من تاريخ التنازع.

ففي القرن الخامس الميلادي، وعلى أثر سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية على يد القبائل الجرمانية عام 476 تشكلت دويلات وممالك مستقلة خاضعة لسلطة الجerman⁽⁴⁾، وقد جلب هؤلاء معهم قوانينهم وأعرافهم لتحكم في الأقاليم الجديدة، غير أنهم قصرُوا تطبيق تلك القوانين على أفراد قبائلهم من دون سكان الأقاليم الأصليين، حيث أبقوهم خاضعين للقانون الروماني ولأعراف التي كانت سائدة في بلادهم⁽⁵⁾. وبناءً على ذلك فقد كان كل شخص يخضع لقانون البلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه ليحكم جميع معاملاته الشخصية والمالية، وكان يخضع كذلك لقضاء هذا البلد ليفصل في نزاعات تلك المعاملات، ومن دون أن يكون لمكان تواجد الشخص أو نشوء معاملاته أو لموضوع هذه المعاملات أي اعتبار. ولا يخفى أن هذا الوضع هو تجسيد لمبدأ شخصية القوانين بصورته المطلقة، وذلك على اعتبار أن القانون

(1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي). ط7. دار النهضة العربية. القاهرة. 1972. فقرة 4. ص8.

(2) د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 69. ص57.

(3) د. سلمان بوزياب. المبادئ القانونية العامة (دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون - الحق - الموجب والمسؤولية). ط1. المؤسسة الجامعية. بيروت. 1995. ص32.

(4) انظر في أحداث هذه الحقبة من تاريخ الإمبراطورية الرومانية د. علي محمد جعفر. تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي. ط1. المؤسسة الجامعية. بيروت. 1986. ص107.

(5) ويرجع ذلك إلى أن قوانين الجerman وعاداتهم كانت أقل مدنية من قوانين البلاد التي غزوها، فلم يمكنهم إلزام الرومان بها لعدم صلاحيتها لهم، كما أنهم لم يلتزموا بقوانين روما بسبب كثرة رحلاتهم ونزوحهم من مكان إلى آخر. د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 289. ص438-439.

الواجب التطبيق قد تحدد سلفاً بالقانون الشخصي متمثلاً بقانون الموطن، ولم يكن هناك أي تسامح بتطبيق قانون آخر غير القانون المذكور، وهو ما أدى إلى انعدام كل صورة من صور تنازع القوانين⁽¹⁾. ويتضح مما تقدم أن مبدأ شخصية القوانين الذي ساد في ذلك العهد لم يكن يقتضي امتداد القانون ليطبق خارج الإقليم الذي يسري فيه، بل كان يعني أن لكل جماعة يضمها إقليم معين قوانينها وأعرافها الخاصة بها، ولها قضائها الخاص الذي يطبق تلك القوانين من دون غيرها على أفراد هذه الجماعة⁽²⁾. وعلى ما يبدو كان هناك مبدأ عام في توزيع الاختصاص التشريعي يقضي بخضوع جميع النزاعات لقانون المدعى عليه سواء ما كان منها بين سكان البلاد الأصليين أو كان بينهم وبين الجرمان. وكذلك الاختصاص القضائي بنظر تلك النزاعات، فإن القضاء المختص كان قضاء المدعى عليه أيضاً، وذلك باعتبار أن القاضي كان يلتزم بتطبيق قانونه فقط من دون غيره من قوانين الأقاليم الأخرى⁽³⁾.

ومع هذه البساطة الظاهرة التي يبدو فيها مبدأ شخصية القوانين وقاعدة اختصاص محكمة وقانون المدعى عليه في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، إلا أن هذا المبدأ في الواقع ينطوي على نقص كبير وعيوب عديدة. فاختصاص محكمة المدعى عليه تجعل من غير الممكن أن يرفع الأخير دعوى فرعية على المدعي أثناء السير بإجراءات الدعوى الأصلية، بل يجب عليه أن يقاضيه أمام محكمته وذلك بعد صدور الحكم وتنفيذه في حق المدعى عليه. كما يترتب على ذلك صعوبة الوصول إلى التين في الحالة التي يتعدد فيها المدعى عليهم بدين واحد لأن المدعي يضطر حينها إلى رفع الدعوى في عدة محاكم، وربما تضاربت الأحكام الصادرة من كل منها في شأن التين⁽⁴⁾. وكذلك الحال بشأن اختصاص قانون المدعى عليه بحكم النزاع، إذ يترتب على هذه القاعدة عَنُّ بحق المدعي لأنه لا معنى لترجيح قانون المدعى عليه على قانونه. كما يترتب عليها صعوبة معرفة القانون الواجب التطبيق، زيادة على ذلك فانه يصعب في كثير من الأحيان معرفة القانون المختص بحكم النزاع نظراً لاختلاط الأجانب من جميع الأجناس بالرومانيين والجرمان، مع عدم وجود أنظمة خاصة لتعيين جنسية الأشخاص وتحديد تبعياتهم⁽⁵⁾.

ومبدأ شخصية القوانين بهذا المفهوم قد استمر الأخذ به حتى نهاية حكم الجرمان في القرن العاشر الميلادي، إذ اندفع الناس حينذاك إلى هجره بسبب العيوب الكثيرة التي اكتنفت تطبيقه والأضرار التي ترتبت على هذا التطبيق⁽⁶⁾. غير أن هذا المبدأ قد ظهر من جديد في أفكار نظرية الأحوال الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر، ولكن هذه النظرية لم تجعل منه مبدأ عاماً لحلول تنازع القوانين، بل

(1) د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص30.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. المصدر السابق. فقرة 10. ص16.

(3) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص16-17.

(4) انظر في النتائج السلبية المترتبة على تطبيق مبدأ شخصية القوانين د. علي الزيني. مصدر سابق. فقرة 44. ص79-

81.

(5) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 289. ص439.

(6) نعوم سيوفي. مصدر سابق. ص34-35.

جرى تطبيقه على نحو آخر يتفق مع النهج الذي اختطته نظرية الأحوال في التحليل واستنباط حلول التنازع، وهذا النهج، كما سيأتي، هو نهج مختلف تماماً عما كان مطبقاً أيام الحكم الجرمانى⁽¹⁾.

ومع ذلك نجد ان مبدأ شخصية القوانين قد برز في القرن التاسع عشر الميلادي كمبدأ عام أو فكرة مسبقة في حلول مشكلة تنازع القوانين، وكان ذلك على يد الفقيه الايطالي باسكال ما نشيني في نظريته المعروفة بالنظرية الايطالية الحديثة. ففي عام 1851 أعلن الأستاذ مانشيني Mancini نظريته التي أقامها على ما سمّاه مبدأ الجنسيات كأساس للقانون الدولي العام الحديث⁽²⁾. ويقضي هذا المبدأ بأن كل أمة متحدة في الجنس واللغة والمطامع والأفكار بإمكانها أن تتحد فتصبح دولة، وان كل دولة لا تقوم على هذا الأساس تعتبر دولة مُستبدّة ومعتدية.

وهذه النظرية التي بدأت كنظرية سياسية قد انتهت بنظرية من نظريات تنازع القوانين، إذ قرر فيها واضعها ان مسائل تنازع القوانين لا بد من الاعتماد بشأنها على قانون الجنسية لحل جميع الصعوبات⁽³⁾، معللاً ذلك بأن سن القوانين في الدولة إنما يكون لحكم سلوك الأشخاص المنتمين إليها، وليس لمجرد أن تطبق في حدود الإقليم، كما ان القوانين التي يضعها المشرع لتنظيم سلوك الأفراد في دولته هي أصلح من غيرها من القوانين الأجنبية بالنسبة لأولئك الأفراد، وذلك لأن المشرع في سنه لها لا بد وأن يراعي الظروف الخاصة التي تحيط بالأفراد في دولتهم كالعادات والتقاليد واللغة وغيرها. وهذه الاعتبارات، برأي الأستاذ مانشيني، تجعل من الطبيعي تقرير ان القوانين في أية دولة تتبع رعايا تلك الدولة حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها، أو بمعنى آخر تقرير مبدأ شخصية القوانين⁽⁴⁾. وبهذا فان أي فرد لا يمكن ان يخضع في جميع معاملاته لغير قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته، فيكون الايطالي في ايطاليا وفي الخارج، والأجنبي في بلده الأصلي وفي ايطاليا، كلاً منهما خاضعاً لحكم قانون جنسيته في جميع الدعاوى التي ترفع منه أو عليه.

هذا وان نظرية الأستاذ مانشيني لم تُطلق الأخذ بقاعدة قانون الجنسية، بل ضمّنتها بعض الاستثناءات التي لا يجري فيها تطبيق هذه القاعدة، وحصرتها في ثلاثة حالات هي الخضوع للقانون المختار من قبل الخصوم، ولو كان غير قانون الجنسية، وضرورة احترام القوانين المتعلقة بالنظام العام في بلد القاضي، وخضوع شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي حصل فيه التصرف⁽⁵⁾. ومؤكد أن هذه الاستثناءات التي خرجت فيها النظرية على مبدأ شخصية القوانين ما كانت إلا لصالح مبدأ آخر من

(1) ومبدأ شخصية القوانين في ظل نظرية الأحوال الايطالية القديمة كان يعني امتداد قانون الدولة خارج حدودها السياسية ليتم تطبيقه على وطنيها ولو كانوا في الدول الأخرى، وهو غير المفهوم الذي طبق به المبدأ في عصر الجرمان. د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 10. ص16.

(2) د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 91. ص80.

(3) انظر في ذلك د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 306. ص471.

(4) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري). ط3. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1974. فقرة 10 مكرر. ص42.

(5) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص44-45.

المبادئ التي استندت إليها حلول التنازع في فترات زمنية معينة وكان لها أثرها الواضح في نشأة قواعد الإسناد، وذلك هو مبدأ الإقليمية في تطبيق القوانين.

ثانياً: مبدأ إقليمية القوانين

يقصد بمبدأ إقليمية القانون أن يجري تطبيق قانون الدولة على جميع الأشخاص الموجودين على إقليمها من دون اعتبار لجنسياتهم⁽¹⁾. والأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يقضي أن يطبق القاضي قانونه الوطني على جميع النزاعات التي يفصل فيها وبغض النظر عن كون النزاع المعروض وطنياً بجميع عناصره أم كان ذا عنصر أجنبي.

وهذا المبدأ في تطبيق القوانين كان سائداً في القانون الروماني بنوعيه، القانون الأصلي الذي كان مطبقاً على الرومان، وقانون الشعوب، وهو القانون الذي وضعه الرومان ليسري فقط على الأجانب القاطنين في أنحاء الإمبراطورية الرومانية⁽²⁾. فقد جرى الحال على أن كل واحد من هذين القانونين يتم تطبيقه من قبل قاضٍ مستقل عن القاضي الذي يتولى تطبيق القانون الآخر، وهذا القاضي يسمى البريتور، فكان هناك قاضي الأجانب الذي اختص بتطبيق أحكام قانون الشعوب على المعاملات الداخلة في نطاق ذلك القانون، وهي المعاملات المالية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، في حين كان القاضي المدني مختصاً بتطبيق أحكام القانون الروماني على المعاملات التي تجري بين الرومان⁽³⁾. وبناءً على ذلك، وحيث أن قاضي الأجانب على وجه التحديد لا يمكنه أن يتعدى القانون الذي اختص بتطبيقه على النزاعات ذات العنصر الأجنبي، فقد كان هناك تلازم بين المحكمة التي تنظر في النزاع وبين القانون الذي يخضع له ذلك النزاع، وهو أمرٌ أدى إلى انعدام حالة التنازع بين القوانين السارية داخل حدود الإمبراطورية الرومانية⁽⁴⁾.

ومبدأ الإقليمية اضمحل في مقابل مبدأ شخصية القوانين، كما رأينا، وذلك بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية في القرن الخامس الميلادي وما تلاها من سيادة حكم الجرمان، ولكن هذا المبدأ، مع ذلك، لم يكن لينتهي بانتهاء تلك الإمبراطورية، بل ساد من جديد على أثر زوال الدولة الجرمانية في القرن العاشر وظهور النظام الإقطاعي وانتشاره في تلك البلاد⁽⁵⁾. ذلك أن تفكك الدولة الجرمانية وانهيارها قد خلف مجموعة من الدويلات المستقلة التي عُرفت بالإقطاعيات، وكانت كل إقطاعية منها تشكل وحدة إقليمية وسياسية مغلقة ومستقلة عن الإقطاعيات الأخرى، وصار لكل منها قانونها الخاص

(1) د. سلمان بوذياب. مصدر سابق. ص 32.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 3. ص 9-10. أما بالنسبة للأجانب المقيمين في خارج الإمبراطورية الرومانية فإن الإمبراطورية لم تكن تعترف بوجود أية علاقات قانونية معهم. انظر المصدر ذاته. ص 10.

(3) د. علي الزيني. مصدر سابق. فقرة 36. ص 72-74. وانظر في السلطات التي يتمتع بها البريتور عباس العبودي. تأريخ القانون (التأريخ العام للقانون. القوانين في وادي الرافدين. القانون الروماني. الشريعة الإسلامية). دار الكتب. جامعة الموصل. 1989. ص 134.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. مصدر سابق. فقرة 154. ص 183-184.

(5) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 289. ص 439-440.

الذي لا يتجاوز سلطانه حدودها، لكنه داخل هذه الحدود يسري على كل الأشخاص والأموال والتصرفات بغض النظر عن أي اعتبار، وليس لهذا القانون بالمقابل أي تطبيق في أقاليم الإقطاعات الأخرى⁽¹⁾. وهذا ما جعل قانون الإقطاعية قانوناً إقليمياً بشكل مطلق، فلا مجال في ظله لتنازع القوانين، ولا مجال بالتالي لنشوء قواعد لحل هذا التنازع⁽²⁾.

وقد استمر النظام الإقطاعي سائداً حتى القرن الثاني عشر وبشكل خاص في إيطاليا وفرنسا، إلا أنه منذ ذلك الحين أخذ بالضعف والتداعي إلى أن انهار بشكل تام في القرن السادس عشر. وأما في فرنسا فعلى الرغم من انهيار النظام الإقطاعي في مختلف الأقاليم الفرنسية إلا أن آثاره بقيت في تلك الأقاليم في صورة تعدد الأعراف والأحوال أو القوانين بين الأقاليم المختلفة⁽³⁾، كما بقيت آثاره عالقة في أذهان بعض الفقهاء الفرنسيين وهم يضعون حلول تنازع القوانين الناشئ عن ذلك التعدد. وكان من أبرز أولئك الفقهاء الذين تأثروا بإقليمية القوانين وجعلوها منطلقاً لآرائهم ونظرياتهم هو الفقيه الفرنسي برتران دار جنتريه B.d'Argentre رائد ومؤسس ما عُرف بنظرية الأحوال الفرنسية.

فقد أقام الأستاذ دار جنتريه نظريته في تنازع القوانين على أساس تقسيم الأحوال أو القوانين بحسب طبيعتها إلى أحوال عينية وأحوال شخصية، محدداً بهذا التقسيم نطاق تطبيقها المكاني⁽⁴⁾. وبناءً على ذلك فقد وضع لتطبيق الأحوال قاعدة عامة تقضي بإقليمية الأحوال العينية وعدم سريانها خارج حدود إقليمها، وشمل بهذه القاعدة جميع الأحوال أو القوانين المتعلقة بالأشياء اللاصقة بالأرض وما تعلق بهذه الأشياء من سائر التصرفات القانونية، ولكنه إلى جانب ذلك فقد استثنى من القاعدة العامة ما سَمَّاه بالأحوال الشخصية، وهي الأحوال المتعلقة بالأشخاص أو بالمنقولات باعتبارها ملحقة بهم، إذ اعتبرها أحوالاً عابرة أو ممتدة خارج الإقليم لتتبع الأشخاص أينما تواجدوا، وهذه الأحوال هي أحوال بلد الموطن⁽⁵⁾.

وكان من شدة ميل هذا الفقيه إلى فكرة إقليمية القوانين أنْ عمد إلى القوانين أو الأحوال الشخصية نفسها والتي اعتبرها أحوالاً ممتدة، فأخرج منها طائفة سماها الأحوال المختلطة، وهي برأيه الأحوال المتعلقة بالأشخاص وبالعقارات في وقت واحد، كما أخرج منها الأحوال التي تنص على عدم أهلية

(1) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص 18-19.

(2) وما ساعد على انتفاء ظاهرة تنازع القوانين في ظل سيادة الأنظمة الإقطاعية هو أن هذه الأنظمة كانت تجرد الأجنبي من الشخصية القانونية ولا تعترف بأي تصرف يجريه داخل أو خارج حدود الإقليم، وبالتالي لم يكن الأجنبي يتمتع بأي حق من الحقوق التي يقرها قانون الإقطاعية ولم تكن التصرفات التي يجريها من سنخ التصرفات ذات العنصر الأجنبي. د. ممدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص 196.

(3) د. محمد كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية. الموطن. مركز الأجانب. مادة التنازع). ط 2. مؤسسة الثقافة الجامعية. الإسكندرية. 1978. فقرة 270. ص 363 وما بعدها.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. مصدر سابق. فقرة 19. ص 16.

(5) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 299. ص 459. وانظر في تقسيم القوانين بحسب نظرية الأستاذ دار

جنتريه P.Arminjon, *Precis de droit international prive*, t.1, 3eme ed., Paris, 1947, p.82.

خاصة لإجراء بعض التصرفات، كذلك التي تحرم الزوج من هبة شيء من ماله لزوجته، فقرر تطبيق هاتين الطائفتين تطبيقاً إقليمياً رجوعاً إلى الأصل العام في إقليمية القوانين⁽¹⁾.

وهذه النظرية التي عكست الأفكار الإقطاعية السائدة قبل ظهورها لم تجد قبولاً في بلدها فرنسا بعد أن أخذت فيه الأنظمة الإقطاعية بالتداعي وسادت فيه الأفكار التي تدعو إلى التوحيد، وذلك على عكس الحال خارج حدود هذا البلد. فقد شهدت النظرية نجاحاً كبيراً في هولندا حيث اعتمدها الفقهاء الهولنديون وشيدوا على أفكارها نظرية مستقلة في تنازع القوانين عُرفت بنظرية الأحوال الهولندية⁽²⁾، وهذه الأخيرة، بما تحمله من أفكار النظرية الفرنسية، صادفت رواجاً في انكلترا وتأثر بها كثير من الكتاب الانكليز في القرنين السابع عشر والثامن عشر، ثم انتقلت أفكارها بعد ذلك إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، وصارت أساساً لقواعد القانون الدولي الخاص في بلاد القانون غير المكتوب⁽³⁾.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد في ظل المناهج التحليلية

تبين من استعراضنا للنظريات السابقة حول تنازع القوانين أن تلك النظريات في إيرادها لحلول التنازع قد استندت على أفكار ومبادئ مسبقة أو قواعد عامة تنطلق منها لوضع ما تراه من الحلول. وهذا النهج يختلف تماماً عن النهج الذي جرى اتباعه فيما بعد في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ لا يتم الاعتماد فيه على فكرة مسبقة، وإنما يجري النظر إلى كل علاقة قانونية على حدة لاختيار أنسب القوانين لحكمها. وهذا هو المسلك الذي اتبعته نظرية الأحوال الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر ونظرية الفقيه الألماني سافيني في القرن التاسع عشر. وهو ما نأتي على ذكره في الفقرتين التاليتين.

أولاً: نظرية الأحوال الإيطالية القديمة

مرّ بنا أن مبدأ شخصية القوانين قد اكتنفت تطبيقه الكثير من العيوب والمساوئ، ونظراً لتلك العيوب ولما نتج عن هذا المبدأ من المصاعب والأضرار فقد اندفعت التشريعات في أوروبا عند أول فرصة سنحت نحو المبدأ المضاد الذي كان سائداً قبل سقوط الإمبراطورية الرومانية وهو مبدأ إقليمية القوانين، مستغلة بذلك قيام النظام الإقطاعي على أثر تفكك الدولة الجرمانية وانهيارها⁽⁴⁾. فظهر هذا المبدأ من جديد بأقصى دجته وبوجهيه الإيجابي والسلبي على حد سواء، إذ أصبحت القوانين تسري في

(1) د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 10 مكرر. ص 41.

(2) د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 84. ص 69-70.

(3) د. حفيظة السيد الحداد. المصدر السابق. فقرة 22. ص 17-19.

(4) انظر في هذه الحقبة من تاريخ التنازع، نعم سيوفي. مصدر سابق. ص 33 وما بعدها.

البلد أو الإقليم الصادرة فيه على كافة الأشخاص من دون تمييز بين الوطنيين وبين الأجانب من جهة، ومن جهة أخرى لم يعد لهذه القوانين أي أثر في خارج بلدها، وأخذ الشخص لا يخضع إلا لقانون البلد الذي هو فيه، وإن كان غير بلده الأصلي⁽¹⁾.

وقد أدى اتباع مبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه إلى وقوع أضرار لا تقل خطورة عن الأضرار التي نشأت عن مبدأ شخصية القوانين أو تزيد عليها. فتطبيق المبدأ المذكور على الأحوال الشخصية للأجانب كانت له نتائج محزنة بالنسبة إليهم، إذ أصبحت أحوالهم الشخصية وحياتهم العائلية عرضة للتغير والتبدل والزيادة والنقص كلما تغير محل إقامتهم قصداً أو عرضاً. كما أدى هذا المبدأ إلى حرمان الورثة الأجانب من الاستحقاق في تركة مورثهم الذي يموت ويترك أموالاً في غير بلده الأصلي، واستيلاء سيد الإقطاعية على تركته⁽²⁾. وبهذا وُجد أن تطبيق مبدأ إقليمية القوانين في عهد الإقطاع تطبيقاً مطرداً ومن دون أن يُستثنى من تطبيقه مسائل الأحوال الشخصية كان يؤدي إلى حرج كبير للناس، إذ أحجم غالبيتهم عن التغرب والدخول في علاقات مع الأجانب من غير أهل وطنهم خوفاً على حياتهم العائلية وخشية من حرمانهم من أموالهم، وهو ما كاد أن يحدث عزلة بين الشعوب تنذر بالخراب.

ولذلك فقد تنبهت الشعوب الأوروبية إلى ضرورة الخلاص من مبدأ إقليمية القوانين وتبعاته السيئة التي طالتها أفراد وجماعات، كما تنبهت في الوقت ذاته إلى أن الخلاص من ذلك لا يكون إلا بالتخلص من أمراء الإقطاع الذين غالوا في تطبيق المبدأ حتى خرجوا به عن حدوده المعقولة⁽³⁾. وهذا ما حصل بالفعل في بعض الأقاليم الأوروبية ومنها إيطاليا على وجه الخصوص، إذ سارعت شعوب هذه الأقاليم إلى القضاء على سلطة الأمراء الإقطاعيين منتهزة فرصة اندلاع الحروب الصليبية التي قامت بين الشعوب المسيحية والشعوب الإسلامية في أواخر القرن الحادي عشر واستمرت حتى أواخر القرن الثالث عشر، والتي حارب فيها الإقطاعيون أنفسهم وقتل الكثير منهم، فضغفت شوكتهم في أوربا وتلاشت هيمنتهم على أقاليمها⁽⁴⁾.

وكانت إيطاليا أول بلد تأثر بالحروب الصليبية ووثب إلى استثمارها على حساب أمراء الإقطاع، فاستغلت فرصة غيابهم أو قتلهم وقضت على سلطتهم وتكونت فيها من ذلك الوقت عدة دويلات صغيرة على شكل جمهوريات، وقد كان لكل دويلة منها قانونها الخاص بها والمستمد في الغالب من العرف، يسمى بالأحوال، وذلك إلى جانب القانون الروماني الذي كان مطبقاً في المدن الإيطالية بصفته القانون العام⁽⁵⁾. وما لبثت تلك الدويلات أن شهدت نهضة تجارية وصناعية واسعة وازدهرت التجارة الخارجية فيما بينها وكذلك مع الأقاليم الأخرى. وقد ساعدت هذه العوامل مجتمعة على نشوء علاقات قانونية عابرة للحدود بين تلك الوحدات السياسية ذات الأنظمة القانونية المستقلة، وهو ما أدى بالتالي إلى ظهور

(1) د. علي الزيني. مصدر سابق. فقرة 47. ص 83.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 5. ص 11-12.

(3) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 289. ص 441.

(4) انظر في أسباب ضعف النظام الإقطاعي في إيطاليا نعوم سيوفي. مصدر سابق. ص 37-38.

(5) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 32.

مشكلة التنازع بين قوانين أو أحوال المدن الإيطالية المختلفة أو بينها وبين القانون الروماني بصفته الشريعة العامة لمختلف الأقاليم الأوروبية⁽¹⁾. وعلى أثر ذلك برزت الحاجة إلى وضع الحلول الملائمة لمشكلة تنازع القوانين، وهي الحاجة التي انبرى إلى إشباعها فقه القانون الدولي الخاص من خلال ما عُرف بنظرية الأحوال الإيطالية القديمة.

وفي سبيلهم لحل مشكلة التنازع فقد وجد الفقهاء الإيطاليون آنذاك أنفسهم أمام مبدئين متناقضين هما مبدأ شخصية القوانين ومبدأ إقليمية القوانين، وما كان لهم أن يأخذوا بواحد منهما من دون الآخر خوفاً من تكرار المعاناة والنتائج المريرة التي شهدتها العصور السابقة. فرأوا أن من الأجدي أن يجري التوفيق بين المبدئين المذكورين وأن يؤخذ بكل واحد منهما في الأحوال التي يكون الأخذ به أنفع من الآخر أو أقل ضرراً. ولذلك فقد اتجهت أفكارهم إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القوانين مبدئياً مستعينين في ذات الوقت بمبدأ شخصية القوانين تحقيقاً للعدالة⁽²⁾.

ولأجل التوفيق بين مبدئي إقليمية القوانين وشخصية القوانين فقد انتهج فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية القديمة منهجاً تحليلياً في وضعهم لحلول تنازع القوانين، حيث اتبعوا أسلوب تحليل الأحوال أو القوانين التي تتصل بها العلاقة ذات العنصر الأجنبي وذلك لغرض بيان طبيعة تلك القوانين وتحديد نطاق تطبيقها المكاني⁽³⁾. ولهذا فقد قسموا القوانين إلى قوانين إقليمية تنطبق على كل من يتواجد في الإقليم، وطنياً كان أو أجنبياً، وقوانين شخصية بمعنى ممتدة تتبع الشخص أينما ذهب ولو كان في إقليم غير إقليمه الأصلي. وعلى هذا النحو يختار القاضي قانون إحدى المدن لحكم النزاع المعروض، وليس من الضروري أن يكون هذا القانون هو قانون مدينة القاضي الذي ينظر في النزاع، بل ربما يكون قانون مدينة أخرى من المدن التي تمتد إليها العلاقة المنظورة⁽⁴⁾. وفي ضوء هذا المنهج التحليلي فقد تصدى الفقهاء الإيطاليون لوضع حلول التنازع الملائمة لكل علاقة من العلاقات القانونية المتنوعة، وجاءت حلولهم على شكل تعليقات على نصوص القانون الروماني بحواشي مقتضبة كانوا يضعونها على هوامش النصوص وتصبح مكملة أو مفسرة لها، ولم يفكروا ابتداءً بوضع قاعدة عامة لحل النزاعات⁽⁵⁾.

ومع ان القواعد التي وضعها فقهاء نظرية الأحوال كانت مقررّة أصلاً لحل التنازع الداخلي بين أحوال أو قوانين المدن المختلفة داخل الإمبراطورية الرومانية الجرمانية، إلا أنهم قد توسعوا كثيراً في تفسيراتهم لنصوص القانون الروماني حتى جاءت أغلب حلولهم تعبيراً عن آراء وأفكار شخصية بعيدة

(1) ومن الأمور التي ساعدت على قيام مشكلة تنازع القوانين، زيادة على ما ذكرناه، هو عدم وجود حلول موضوعية مشتركة بين قوانين أو أحوال المدن الإيطالية المستقلة تحكم العلاقات القانونية الممتدة بين هذه المدن، وعلى غرار القواعد التي كان ينتظمها قانون الشعوب. د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 10 مكرر. ص 37.

(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص 22.

(3) أنظر في عرض مفصل للأفكار التي قدمها الفقهاء الإيطاليون في هذه المرحلة د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 73 وما بعدها. ص 60 وما بعدها.

(4) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. مصدر سابق. فقرة 12. ص 16.

(5) وهذا ما دعا إلى تسمية الفقهاء الإيطاليين الأوائل بالمحشين، وتسمية من جاء بعدهم من فقهاء نظرية الأحوال بالمحشين اللاحقين. د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 11-12. ص 19-20.

عن مضمون تلك النصوص. فما لبث أن تأسس فقه عالمي لتنازع القوانين يبحث عن الحل العادل الذي يصلح لجميع حالات التنازع ولا يكون مقتصرأ على مدينة من دون أخرى. ولهذا أصبحت قواعد الإسناد التي وضعتها نظرية الأحوال الإيطالية القديمة الأصل التاريخي للكثير من قواعد الإسناد التي قالت بها نظريات التنازع اللاحقة، وكذلك ما قننته التشريعات المعاصرة من تلك القواعد⁽¹⁾.

ثانياً: نظرية الفقيه سافيني

يُعتبر الفقيه الألماني سافيني Friedrich – Carl Von Savigny أول من نادى في القرن التاسع عشر الميلادي بضرورة العودة إلى المنهج التحليلي الذي اعتمدته نظرية الأحوال الإيطالية القديمة، حيث أبرز هذا الفقيه خطأ التمسك بمبدأ محدد أو موقف مسبق من مشكلة تنازع القوانين على النحو الذي انتهجه الفقيهين دار جنتريه و مانشيني متأثرين بأوضاع سياسية واقتصادية لا علاقة لها بالمنطق القانوني المجرد⁽²⁾. ولكن مع ذلك فإن النظرية التي جاء بها هذا الفقيه لا يمكن أن يُفهم منها أنها مجرد انعكاس لأفكار النظرية التي نادى بالعودة إليها، إذ أن الفارق بين النظريتين فارق كبير.

ففقهاء نظرية الأحوال بدأوا من القاعدة القانونية وبحثوا عن مدى تطبيقها وعن الأشخاص أو الأشياء موضوع تطبيق القاعدة، أي انهم أخذوا القانون أولاً وبحثوا عما إذا كان شخصياً أو عينياً، ثم بحثوا عن الأشخاص أو الأشياء التي يطبق عليها. أما الأستاذ سافيني فلم يلجأ إلى تقسيم القوانين من حيث موضوعها أو من حيث مدى تطبيقها، بل انه جعل عماد نظريته تحليل العلاقات القانونية بقصد إسنادها إلى أكثر القوانين ملاءمة لتطبيقها⁽³⁾. وبذلك فانه يبحث عن الرابطة القائمة بين العلاقة القانونية وبين القانون الذي ينظمها، وهي رابطة سماها صاحب النظرية برابطة الإسناد، أي إسناد علاقة قانونية إلى نظام قانوني معين.

ولأجل حل مشكلة التنازع فقد مَنَّ الأستاذ سافيني بين فئتين من العلاقات القانونية، الفئة الأولى تتعلق بالشخص بصفة مباشرة وهي علاقات تحدد حالة الشخص وأهليته⁽⁴⁾، كعلاقات الزواج والنسب وغيرها، والفئة الثانية تعَدَّمظهرأ خارجياً لنشاط الشخص، وهي علاقات الشخص المرتبطة بنشاطه الاقتصادي والاجتماعي في دائرة معاملاته. وهذه الفئة تعتبر امتداداً صناعياً للشخصية، لذا فان من المنطقي، برأيه، أن يسري عليها ذات الحكم الذي ينطبق على الفئة الأولى. وقد رأى صاحب النظرية ان

(1) ومن قواعد الإسناد التي وضعتها هذه النظرية وأخذت بها تشريعات القانون الدولي الخاص المقارن قاعدة خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي، وقاعدة خضوع المسائل الموضوعية للقانون الذي يحكم إنشاء الحق، وكذلك قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، زيادة على قاعدتي خضوع الآثار الطبيعية للعقد لقانون محل انعقاده وخضوع آثاره العرضية لقانون محل التنفيذ. د. احمد عبد الكريم سلامة. مصدر سابق. فقرة 165. ص 197-199.

(2) د. حفيظة السيد الحداد. مصدر سابق. فقرة 30-31. ص 21.

(3) انظر في عرض المنهج الذي اتبعته نظرية الأستاذ سافيني د. محمد عبد المنعم رياض. مبادئ القانون الدولي الخاص. ط3. مكتبة النهضة المصرية. القاهرة. 1943. فقرة 347. ص 308.

(4) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 47.

حل التنازع وفقاً لهذا النهج يتطلب أن يكون لكل علاقة قانونية مركز مكاني معين، ولهذا ينبغي تحديد طبيعة العلاقة لتركيزها في مكان محدد ثم تطبيق قانون هذا المكان في شأنها⁽¹⁾.

وإعمالاً لفكرة التركيز المكاني فقد تابع الأستاذ سافيني التفرقة السائدة في القانون الروماني بين الأشخاص والأشياء والعقود، وتولى بناءً على ذلك بيان مقر كل فئة من فئتي العلاقات القانونية السابق ذكرهما. فبالنسبة للفئة الأولى، وهي التي تتعلق بحالة الشخص وأهليته، فقد لاحظ إن الشخص في القانون الروماني لا يمكنه أن يرتبط بمدينة معينة إلا عن طريق التوطن، أي الإقامة في إقليم المدينة على وجه الدوام. وكان يترتب على اكتساب صفة المواطن في مدينة معينة أن تكون محاكم تلك المدينة هي المختصة بنظر النزاعات التي يكون المواطن طرفاً فيها، كما يكون قانون المدينة مختصاً بحكم تلك النزاعات⁽²⁾. ولذلك فقد قرر الأستاذ في نظريته خضوع العلاقات المرتبطة بحالة الأشخاص وأهليتهم لقانون موطنهم، على أساس أن تركيز هذه العلاقات لا يتأتى إلا في المكان الذي يتوطن فيه هؤلاء.

أما بالنسبة للفئة الثانية من فئتي العلاقات القانونية والتي ترتبط بنشاط الشخص في دائرة معاملاته، فقد رأى صاحب النظرية أن هذه العلاقات مادامت تعتبر امتداداً صناعياً لشخصية الفرد فإن من الطبيعي أن تخضع لنفس المعيار الذي ينطبق على الفئة الأولى⁽³⁾. فهو يعتقد بأن لكل علاقة قانونية مركز مكاني يقابل المواطن بالنسبة للعلاقات التي تتعلق بالشخص بصورة مباشرة، ويترتب على هذا المركز ذات الآثار التي تترتب على المواطن بالنسبة للعلاقات الشخصية. ولذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن أية علاقة من العلاقات المذكورة يقتضي تركيز تلك العلاقة في المكان من خلال تحليلها والتوصل إلى طبيعتها⁽⁴⁾. ويمكن الاستدلال على طبيعة العلاقة من آثارها، حيث أن مركز العلاقة، بحسب النظرية، هو المكان الذي تتحقق فيه كافة آثارها أو معظم هذه الآثار، فإذا ما تحدد مركز العلاقة تحدد القانون الواجب التطبيق بشأنها، إذ هو القانون السائد في البلد الذي تتركز فيه العلاقة القانونية⁽⁵⁾.

هذا وإن تنازع القوانين على النحو الذي جاءت به نظرية الأستاذ سافيني يفترض وحدة الأصل التاريخي بين التشريعات التي تتراحم لحكم العلاقة القانونية، ولذا فإن صاحب النظرية لم يتصور التنازع إلا بين قوانين البلاد التي ورثت القانون الروماني وسادت فيها الديانة المسيحية، وهي بتقديره بلاد يضمها اشتراك قانوني، أي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني وتكون فكرة العدالة عندها واحدة⁽⁶⁾. ويترتب على توافر الاشتراك القانوني أن تكون حلول تنازع القوانين المستوحاة من العدالة

(1) نعيم سيوفي. مصدر سابق. ص 568-569.

(2) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 281. ص 374-375.

(3) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 48.

(4) انظر في إسناد العلاقات القانونية المختلفة وفقاً لهذه النظرية د. علي الزيني. مصدر سابق. فقرة 72. ص 125-126.

(5) د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 10 مكرر. ص 45.

(6) د. محمد عبد المنعم رياض. المصدر السابق. فقرة 349. ص 311.

حلولاً واحدة ومقبولة لدى جميع البلدان التي يضمها هذا الاشتراك، ومن دون أن يكون هناك تعصّب لإقليمية القوانين وتغليب قانون على آخر⁽¹⁾. وهذه النتيجة تحصل من خلال وحدة ضابط الإسناد على نحو يؤدي إلى التنسيق الدولي للحلول. ومن هنا يظهر تحرر فكر الأستاذ سافيني من مبدأ إقليمية القوانين، وتوضح أيضاً نزعة العالمية في معالجة مشكلة تنازع القوانين⁽²⁾.

المطلب الثالث

أصل نشأة قواعد الإسناد

القانون ظاهرة اجتماعية لا ينشأ من عدم، فلا تَمَس الحاجة إليه إلا إذا وجد مجتمع يعيش فيه الناس وينشطون ويدخلون مع بعضهم في علاقات متنوعة، ويكون غرضه تنظيم الحياة في المجتمع عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام، لذلك فالقانون يلزم الحياة الاجتماعية وجوداً وعدمياً لا ينفك عنها. وتتنوع فروع القانون بتنوع واختلاف المشاكل الاجتماعية التي تواجهها، فكل فرع منها يحتوي على مجموعة من القواعد التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية وتنظم علاقات من طبيعة واحدة. وهذا ما لا يخرج عنه القانون الدولي الخاص، إذ وُجد هذا الفرع ليعالج نوعاً معيناً من مشاكل الحياة الاجتماعية، وهي مشاكل الحياة الخاصة الدولية.

والمتمأل في قواعد الإسناد، وهي القواعد الأصلية في فرع القانون الدولي الخاص، يبصر بأن هناك أصولاً نبعت منها هذه القواعد، وتتجلى تلك الأصول في أسباب ميلاد قواعد الإسناد من جهة، وهي أسباب لعبت دوراً مباشراً ورئيساً في نشأة هذه القواعد، كما تتجلى هذه الأصول في المصادر الرسمية وغير الرسمية التي تفيض منها قواعد الإسناد أو يُرجع إليها في التعرف على هذه القواعد من جهة أخرى. وفيما يلي عرض لهذه الأصول بنوعيتها من الأسباب والمصادر.

الفرع الأول

أسباب نشأة قواعد الإسناد

بين المُسَدَّب والسبب توجد رابطة أبدية لا سبيل إلى قطعها، إذ لا إمكان لوجود المُسَدَّب إلا بسبق وجود السبب الذي أنشأه. وهكذا هو القانون، فهو باعتباره ظاهرة اجتماعية لا ينشأ من فراغ، بل نجده

(1) انظر حول فكرة الاشتراك القانوني التي جاءت بها النظرية J.P.Niboyet, Cours de droit international prive francais, 2eme ed., Paris, 1949, p.387 ets. الاشتراك بين القانون الواجب التطبيق وقانون القاضي يوجب استبعاد القانون المختص باسم النظام العام في دولة القاضي. انظر في ذلك J.P.Niboyet, Ibid, p.385.

(2) د. حامد زكي. مصدر سابق. ص 79. وحول النزعة العالمية لحلول تنازع القوانين في النظرية محل البحث راجع ما يأتي ص 54.

ملازماً للحياة الاجتماعية لا ينفك عنها وجوداً وهدماً، كما نراه متنوعاً بتنوع صورها، إذ تتعدد فروع القانون بتعدد المشاكل الاجتماعية التي تجابهها، وهو ما لا يخرج عنه فرع القانون الدولي الخاص. وإذا نظرنا إلى قواعد الإسناد، كأحد القواعد القانونية التي يضمها الفرع المذكور من فروع الدراسات القانونية، يمكننا الكشف عن نوعين من أسباب ميلاد هذه القواعد، السبب الأول قيام علاقة قانونية خاصة دولية، والسبب الثاني الانفصال أو عدم التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي الدوليين، وذلك على التفصيل التالي.

أولاً: قيام علاقة خاصة ذات طابع دولي

يُعتبر نشوء العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي السبب المباشر المنشئ للقانون الدولي الخاص عموماً، ولظاهرة تنازع القوانين على وجه الخصوص⁽¹⁾. فقبل ظهور العلاقات الخاصة الدولية، وفي وقت كانت فيه الشعوب والجماعات منكفئة على نفسها ومنعدمة العلاقات فيما وراء حدودها، لم يكن من المتصور الكلام عن ظاهرة التنازع ولا عن قواعد حل مشكلاتها.

وهذا السبب من أسباب نشأة قواعد الإسناد ينطوي في واقعته على عنصرين، العنصر الأول هو قيام علاقة قانونية من نوع العلاقات الخاصة، ذلك أن اهتمام قواعد الإسناد إنما ينصب على هذه العلاقات على وجه التحديد من دون غيرها من العلاقات القانونية الأخرى⁽²⁾. فالعلاقات الخاصة، سواء كانت علاقات مالية أو متعلقة بالأحوال الشخصية، هي التي تطرح عملية اختيار أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بحكم ارتباطها بها، ومن ثم تثير أعمال قواعد الإسناد لتؤدي وظيفتها في حسم مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق.

والعلاقة أو الرابطة الخاصة هي كل علاقة أو رابطة تقوم بين الأفراد أو الأشخاص الخاصة في الدول المختلفة أو من نوعها، وإن كان أحد أطرافها من أشخاص القانون الدولي العام⁽³⁾. ولذا فإن وصف الخاصة ينصرف إلى طبيعة أشخاص العلاقة أو أطرافها وليس إلى طبيعة القواعد التي تحكم العلاقة. وهذا الوصف له أهميته من حيث أنه يقيم الحد الفاصل بين مجال تطبيق قواعد الإسناد، أو عموم قواعد القانون الدولي الخاص، ومجال تطبيق قواعد القانون الدولي العام، فهذه الأخيرة تهتم فقط بالعلاقات القانونية العامة، وحصرها تلك التي تنشأ بين أشخاص القانون العام ممن يتمتعون بالشخصية القانونية الدولية، أي الدول والمنظمات الدولية⁽⁴⁾.

(1) د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 25.

(2) واعتبار قيام العلاقة الخاصة من بين أسباب نشأة قواعد الإسناد وشرطاً من شروط إعمالها لا يعني أن مسائل القانون العام مستبعدة من نطاق عمل هذه القواعد، بل إن هناك حالات متعددة من الممكن فيها تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية إذا ما أشارت إليها قواعد الإسناد، فضلاً عن وجوب تطبيق القانون العام في دولة القاضي في جميع الحالات التي يكون فيها النزاع المعروض داخلاً في نطاق إعماله. راجع في تفاصيل ذلك ما يأتي بحثه ص 146 وما بعدها.

(3) فريد فتيان. مقدمة القانون المدني. شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة. بغداد. 1954. فقرة 15. ص 24.

(4) انظر في العلاقة بين القانون الدولي الخاص وبين القانون الدولي العام وتحديد مجالي تطبيقهما د. محمد المجذوب. القانون الدولي العام. ط 5. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004. ص 47-48. ونشير إلى أن الفصل بين قواعد كلا الفرعين من فروع القانون لا يعني أن جميع العلاقات التي تقوم مع أشخاص القانون الدولي العام تخرج عن

والعنصر الآخر هو ضرورة اكتساب العلاقة أو الرابطة الخاصة لصفة الدولية، وذلك باحتوائها على عنصر أجنبي أو أكثر من بين عناصرها الأساسية، ويتحقق ذلك في كل مرة تتعدى فيها العلاقة نطاق حدود قانون القاضي وتكون متصلة بنظام أجنبي أو أكثر⁽¹⁾. وهذا العنصر الأجنبي قد يتمثل في أشخاص العلاقة القانونية أو في موضوعها أو في مصدرها. فإذا تزوج عراقي من أجنبية أو تعاقد مع أجنبي، أو أبرم أجنبيان عقداً في العراق، أو ارتكب أجنبي فعلاً ضاراً في هذا البلد، فإن الصفة الأجنبية هنا تتمثل في أن أحد طرفي العلاقة أو كلاهما أجنبي بالنسبة للقاضي العراقي الناظر في النزاع. وإذا تعاقد عراقيان في العراق على مال كائن في دولة أجنبية، فإن الطابع الدولي هنا يتمثل في أن موضوع العلاقة التي نشأت بين الطرفين موجود في الخارج. وكذلك إذا أبرم عراقيان عقداً في دولة أجنبية وتعلق بمال كائن في العراق، أو لحق فعل ضار مواطناً عراقياً في الخارج، فإن الصفة الدولية في هذا الفرض تتعلق بمصدر العلاقة، وهو العقد في الفرض الأول والواقعة التي أحدثت الضرر في الفرض الثاني، باعتبار أنه قد نشأ أو حدث خارج دولة القاضي⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فإن العلاقة القانونية إذا ما اتصلت بروابط مع دولتين أو أكثر أضحت ذات طابع دولي، وصارت على صلة بقانون أكثر من دولة عن طريق العناصر المكونة لها، وهذه الصلة تكفي لترشيح قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة⁽³⁾. وبالتالي فإن قانون القاضي المطروح عليه النزاع بشأن العلاقة الخاصة الدولية لا يستطيع الانفراد بحكمها لاحتمال أن تكون أكثر ارتباطاً بأحد القوانين الأخرى المتصلة بها عن طريق عنصر أو أكثر من عناصرها.

وهذا الطابع الذي تتسم به العلاقة الخاصة العابرة للحدود هو الفصيل بين نطاق تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الداخلي بفروعه المختلفة، كالقانون المدني أو التجاري أو غيرها من جهة، وبين قواعد القانون الدولي الخاص وفي طبيعتها قواعد الإسناد من جهة أخرى⁽⁴⁾. ويكون ذلك من حيث أن الطابع الدولي يفرض على القاضي أو السلطة المختصة عند النظر في علاقة ذات عنصر أجنبي أن يمتنع مبدئياً عن تطبيق القواعد الموضوعية، ويصير إلى أعمال قواعد الإسناد وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه لحكم النزاع حول تلك العلاقة⁽⁵⁾.

اهتمام قواعد القانون الدولي الخاص، فبعض هذه القواعد من الممكن أن تحكم العلاقات التي تتم بين =الأشخاص الخاصة وبين أحد أشخاص القانون الدولي العام ما دامت من نوع العلاقات التي تنشأ فيما بين الأفراد العاديين وتخضع لقواعد القانون الخاص، كالعقود التي تبرم بين دولة أو منظمة دولية وبين فرد أو شخص اعتباري خاص، ومنها عقود القرض أو البيع أو غيرها من العقود التي يجري إبرامها في مجال الاستثمارات الدولية. انظر في هذه الفكرة د. مصطفى احمد فؤاد. القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1986. فقرة 4-5. ص 19 وما بعدها.

- (1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 19. ص 23-24.
- (2) د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 5-6.
- (3) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. دار النهضة العربية. 1987. فقرة 77. ص 80.
- (4) د. احمد عبد الكريم سلامة. مصدر سابق. فقرة 103. ص 113.
- (5) وعلاوة على شرط اتصال العلاقة بأنظمة قانونية متعددة، فإن قيام الصفة الدولية لهذه العلاقة يتطلب أن تكون القوانين التي تتصل بها العلاقة صادرة عن وحدات سياسية مستقلة لها وصف الدولة بالمعنى المتعارف عليه في القانون

ثانياً: الانفصال بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي

تعتبر إمكانية تطبيق القاضي لقانون غير قانونه الوطني على نزاعات العلاقات ذات العنصر الأجنبي من الأسباب الرئيسية لميلاد قواعد الإسناد، وتعد من العوامل الهامة لنشأة هذه القواعد كوسيلة فنية لحل مشكلات تراحم القوانين في شأن العلاقات المذكورة⁽¹⁾.

وإمكانية تطبيق القانون الأجنبي المشار إليها تقوم على اعتبارات تتعلق بطبيعة العلاقات الخاصة الدولية وآلية تنظيمها. ذلك ان القانون الدولي الخاص في سعيه لتنظيم العلاقات الخاصة العابرة للحدود يواجه مشكلتين رئيسيتين، إحداهما تنصب على تحديد المحكمة المختصة دولياً بنظر النزاع في شأن العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، والأخرى تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة مثار النزاع، وهما مشكلتان متعاقبتان من الناحية الزمنية⁽²⁾. وبالنظر إلى الطابع الدولي للعلاقة المعروضة واتصالها بأنظمة قانونية متعددة تعود لأكثر من دولة، فانه ينبغي في المحكمة التي تنظر في النزاع المرتبط بهذه العلاقة أن تراعي مقتضيات الملاءمة وضرورة تحقيق الأمان القانوني للعلاقة محل البحث. وهذا يعني ان تلك المحكمة لا تطبق فقط قانونها الوطني، بل تفسح المجال لإمكان تطبيق قانون آخر صادر عن سيادة دولة أجنبية لها صلة جدية بالنزاع المعروض⁽³⁾. وبناءً على ذلك فان تقرير الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة بنظر النزاع لا يؤدي بالضرورة إلى تقرير صلاحية قانون المحكمة لحكم ذلك النزاع، وهذا ما اصطُح على تسميته بمبدأ الانفصال أو عدم التلازم بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي.

وهذا الانفصال بين الاختصاصين القضائي والتشريعي الدوليين لا يمكن تصوره في مجتمع يعيش في حدود مغلقة وفي مناخ تسوده الإقليمية المطلقة، بحيث تقتصر المحكمة المختصة على تطبيق قانونها الوطني من دون غيره، ويكون تحديد هذه المحكمة ينطوي على تحديد القانون المختص بحكم العلاقة، فبذلك تختفي مشكلة تنازع القوانين ولا يبقى أمامنا سوى مشكلة الاختصاص القضائي الدولي⁽⁴⁾. ولهذا نجد ان مبدأ عدم التلازم لم يظهر إلى الوجود إلا في أواخر القرن الثاني عشر الميلادي وقبل ظهور نظرية الأحوال في إيطاليا، وذلك عندما أخذ مبدأ الإقليمية المطلقة في التلاشي وتَدَقَّق الاشتراك القانوني

الدولي العام. ويترتب على ذلك عدد من النتائج أولها ان وصف الدولية لا ينطبق على العلاقة المتصلة في أحد عناصرها بالقواعد التي تنظم الحياة في القبائل أو ما في حكمها، وثانيها ان العلاقة لا تكون بهذا الوصف إذا كانت متصلة بدولة أجنبية لا تعترف بها دولة القاضي الذي ينظر في النزاع بشأن هذه العلاقة، وإن كان الأمر على خلاف مسألة الاعتراف بالحكومة القائمة في تلك الدولة، إذ لا يمنع ذلك من تقرير دولية العلاقة المطروحة ودخول قانون الدولة غير المعترف بحكومتها في دائرة التنازع، وأما ثالث هذه النتائج فهو وجوب أن تكون القوانين التي ترتبط بها العلاقة صادرة عن سلطات تشريعية في وحدات قانونية أو أقاليم مختلفة الحدود. انظر في هذا الاعتبار والنتائج المترتبة عليه د. ممدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص 258-259.

- (1) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 12-14.
- (2) د. حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي. الكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم). ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2005. ص 7 وما بعدها.
- (3) في إمكانية تطبيق القانون الأجنبي ومبررات هذا التطبيق انظر د. حسام الدين فتحي ناصف. تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة. 1997. ص 10 وما بعدها.
- (4) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 2. ص 4.

فيما بين الوحدات السياسية أو الإقليمية المختلفة. كما تؤكد هذا المبدأ بظهور الفقه العالمي على يد الأستاذ الألماني سافيني في القرن التاسع عشر، وهو الفقه الذي أسهم إلى حد كبير في إبراز فكرة الانفصال باستخدامه طريقة تركيز العلاقة ذات العنصر الأجنبي لغرض التوصل إلى تعيين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على ما رأيناه فيما سبق، (ومنذ عهده استقرت هذه الفكرة في ذهن رجل الفقه وعند القضاء، وصارت قاعدة أساسية في ميدان التنازع) (1).

ومبدأ عدم التلازم بين المحكمة المختصة وبين القانون الواجب التطبيق لا نجد له نظيراً في أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، ذلك أن تطبيق هذه الشريعة يقوم على اعتبارات تناقض الاعتبارات التي تقوم عليها نظرية تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص (2). فالشريعة الإسلامية هي شريعة تخاطب البشر جميعاً في كل زمان ومكان، وهي بهذا شريعة عالمية غير مكانية ولا تحدد بحدود إقليمية أو جغرافية، ولكن مع ذلك فإن هذه الشريعة لم تطبق في واقع الحال إلا على جزء من العالم، وهو الجزء الذي يقع تحت سلطة المسلمين وتسري فيه شريعتهم، وذلك لأن المخاطبين بأحكام الإسلام لم يكونوا ليؤمنوا جميعهم بأحكام هذا الدين ولا يمكن فرضه عليهم بالقوة، إذ لا تسمح أحكامه بذلك (3)، وبناءً على ذلك فقد جرى الفقهاء المسلمون على تقسيم العالم إلى دارين هما دار الإسلام أو الدولة الإسلامية وتشمل جميع البلاد التي تطبق فيها أحكام الإسلام وتجري على أهل الدولة، ودار الحرب أو الكفر، وهي البلاد التي لا تطبق فيها أحكام الإسلام، بصرف النظر عن وجود حرب أو سلام بين الدارين (4).

وفي دار الإسلام لا يجوز للقاضي المسلم أن يحكم بغير أحكام الشريعة الإسلامية في جميع النزاعات التي يفصل فيها وبغض النظر عن ديانة المتخاصمين أو انتمائهم الإقليمي. ولهذا فإن تطبيق حكم الإسلام لا يقتصر على النزاع فيما بين المسلمين أو غير المسلمين من رعايا دار الإسلام، بل يسري هذا الحكم أيضاً على النزاع فيما بين هؤلاء وبين غيرهم من رعايا دار الحرب أو البلاد الأجنبية، أو النزاع فيما بين أجنيين من رعايا تلك البلاد (5)، وذلك فيما عدا بعض الأحكام الاستثنائية القليلة التي يختص بها غير المسلمين على رأي بعض الفقهاء، كالحكم الذي يقضي بإقرار غير المسلمين على أنكحتهم الفاسدة إذا ترفعوا إلى القاضي المسلم ما دامت المرأة تحل لزوجها حين النزاع ومن دون النظر

(1) د. عز الدين عبد الله. المصدر ذاته. فقرة 2. ص 5. ونشير إلى أنه رغم استقرار مبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي إلا أن الأمر لا يتعلق بعدم تلازم مطلق، بل إن الانفصال بين الاختصاصين هو انفصال نسبي. إذ قد يحدث أحياناً، وفي حالات استثنائية، أن يؤدي تطبيق قواعد كل من هذين الاختصاصين إلى عقد الاختصاص القضائي في نظر النزاع لمحاكم دولة معينة، وعقد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة ذاتها. د. حسام الدين فتحي ناصف. المصدر السابق. ص 19 وما بعدها.

(2) د. عباس العبودي. شرح أحكام قانون البيّنات، دراسة مقارنة. ط 1. دار الثقافة. عمان- الأردن. 2007. ص 40-41، د. محمد عبد المنعم رياض. مصدر سابق. فقرة 321. ص 288-289.

(3) د. رمزي محمد علي دراز. فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2004. ص 142-143.

(4) في التعريف بدار الإسلام ودار الحرب د. رمزي محمد علي دراز. المصدر ذاته. ص 144 وما بعدها.

(5) د. عبد الكريم زيدان. أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام. ط 2. بغداد. 1976. فقرة 495 وما بعدها. ص 587 وما بعدها.

إلى كيفية عقدهم⁽¹⁾. وهذه الأحكام هي أحكام تضعها الشريعة الإسلامية لبعض القضايا التي تخص غير المسلمين مراعاةً منها لا اعتقادهم الديني، ويكون الحكم في هذه القضايا من أحكام الشريعة الإسلامية نفسها لا من أحكام شريعة أخرى.

و مما سبق يتضح ان هناك تلازماً في الشريعة الإسلامية بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي، وان هذه الشريعة قد أخذت بمبدأ إقليمية القوانين، وذلك بأن أخضعت لحكمها كافة الأشخاص في دار الإسلام مهما كانت ديانتهم أو جنسيتهم، وهو ما من شأنه عدم ظهور مشكلة تنازع القوانين في العالم الإسلامي⁽²⁾. ويؤيد هذا النظر ما تطرقنا إليه من ان الشريعة الإسلامية شريعة إلهية عامة لجميع البشر ويجب ان تطبق على الجميع ما أمكن التطبيق، ولذا فانها (لا تعترف بأي قانون آخر غير ما جاءت به من أحكام، ولا تقر بمزاحمة أي قانون لها)⁽³⁾.

وبناءً على ذلك فانه يمكن القول بلغة القانون الدولي الخاص ان الشريعة الإسلامية، وإن كانت قد أقربت بنشوء العلاقات ذات العنصر الأجنبي وأجازت عرض النزاع بشأنها أمام القضاء، إلا أن منهج الشريعة في حكم هذا النوع من أنواع العلاقات هو منهج يقوم على استخدام قواعد ذات صياغة موضوعية تقدم حلاً مباشراً لنزاعات تلك العلاقات، ولا يستخدم أية قواعد ذات صياغة إسنادية يمكنها أن تحيل إلى أحكام شريعة أخرى لتتطبق على العلاقات محل النزاع⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

مصادر نشأة قواعد الإسناد

أورد المشرع العراقي مصادر القاعدة القانونية في المادة الأولى من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، حيث نصت على أن (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه

-
- (1) وهذا رأي فقهاء مدرسة أهل البيت عليهم السلام، ويوافقهم على ذلك فقهاء الزيدية والحنابلة والشافعية والمالكية. د. عبد الكريم زيدان. المصدر والموضع ذاتهما.
 - (2) د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص34. وانظر خلاف هذا الرأي د. عنايت عبد الحميد ثابت. أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الإسلام. دار النهضة العربية. القاهرة. 1998. فقرة 1 وما بعدها. ص1 وما بعدها. د. احمد عبد الكريم سلامة. مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن. دار النهضة العربية. القاهرة. 1989. فقرة 204. ص136، د. رمزي محمد علي دراز. المصدر السابق. ص317.
 - (3) د. عبد الكريم زيدان. المصدر السابق. فقرة 498. ص593.
 - (4) د. عبد الكريم زيدان. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. ط1. مطبعة العاني. بغداد. 1984. فقرة 499. ص255. وتجدر الإشارة إلى أن من فقهاء القانون الدولي الخاص من يرى بأن فقهاء المسلمين قد تكلموا عن قواعد إسناد بالمعنى الفني شبيهة بتلك القواعد الموجودة في القوانين الوضعية، وقواعد الإسناد هذه خاصة بنزاعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين كقضايا الزواج والطلاق والإرث. ويعتقد هؤلاء الفقهاء بأن الإسلام قد أعطى لغير المسلمين حريتهم في مجال الأحوال الشخصية وترك لهم أن يتبعوا منها ما يأمرهم به دينهم، وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بترك هؤلاء وما يدينون. وعليه فان الشريعة الإسلامية، وفقاً لهذا الرأي، تسمح للقاضي المسلم بتطبيق أحكام الشرائع الأخرى وذلك من خلال إقرار الشريعة لغير المسلمين على اتباع أحكام دياناتهم في حدود مسائل الأسرة. ومنم ذهب إلى هذا النظر د. احمد عبد الكريم سلامة. مبادئ القانون الدولي = الخاص الإسلامي. مصدر سابق. فقرة 236 وما بعدها. ص154 وما بعدها، وكذلك د. عنايت عبد الحميد ثابت. مصدر سابق. فقرة 89 وما بعدها. ص106 وما بعدها، وهو يرى أن منهج قواعد الإسناد في الفقه الإسلامي لا يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، بل يمتد أيضاً إلى مسائل المعاملات التي يكون هؤلاء طرفاً فيها. انظر المصدر ذاته. فقرة 130 وما بعدها. ص157 وما بعدها.

النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون من دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية⁽¹⁾. وهذا النص يتعلق بمصادر القواعد القانونية بشكل عام، أما قواعد الإسناد فان مصادرها تبدو أكثر اتساعاً من هذه المصادر، وذلك بحكم الطابع المميز للعلاقات القانونية التي تحكمها هذه القواعد وما تتسم به من البعد الدولي، وهو ما يحتاج إلى ان تكون القواعد التي تحكمها ذات طبيعة دولية أو تكون لها صفة الاشتراك بين الدول⁽²⁾.

وعلى العموم فان مصادر قواعد الإسناد لا تخرج في تقسيمها على ما هو مألوف بالنسبة لمصادر القواعد القانونية العادية، إذ انها تنقسم إلى مصادر رسمية ملزمة ومصادر غير رسمية أو تفسيرية. وهذا ما نتناوله في البحث التالي.

أولاً: المصادر الرسمية لقواعد الإسناد

جاء القول على أن هناك جملة من المصادر الرسمية لقواعد الإسناد، وهذه المصادر منها ما يشترك مع المصادر الرسمية لعموم القواعد القانونية، ومنها ما تستقل به قواعد الإسناد من دون القواعد الأخرى. والمصادر الرسمية التي نشأت منها قواعد الإسناد هي الاتفاقيات الدولية والتشريع الداخلي والعرف ومبادئ القانون الدولي الخاص. وهذه المصادر هي مصادر ملزمة، ويتعين على القاضي تطبيق قواعد الإسناد التي تستقي منها وفقاً للترتيب المتقدم ومن دون أن يقدم أحدها على الآخر في التطبيق. وفيما يلي عرض لهذه المصادر بحسب ترتيبها في التطبيق أمام القضاء.

1- الاتفاقيات الدولية.

بعد أن أورد المشرع العراقي عدداً من أحكام تنازع القوانين أو ما سماه التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي وذلك في المواد 17-28 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، نص في المادة 29 من هذا القانون على أن (لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في ... معاهدة دولية نافذة في العراق)⁽³⁾، ويتضح من هذا النص ان المشرع قد اعتبر الاتفاقيات الدولية من المصادر الرسمية الملزمة لمجمل قواعد تنازع القوانين، والتي من بينها قواعد الإسناد، وقد وضع الاتفاقيات

(1) يقابله في التشريع المصري نص المادة الأولى من القانون المدني رقم 131 لعام 1948.

(2) انظر في مصادر قواعد الإسناد J.P.Niboyet, op. cit., p.24.

(3) يقابلها في التشريع المصري مادة 23 من القانون المدني رقم 131 لعام 1948.

الدولية في مقابل التشريع الداخلي، بل انه جعلها تسمو على القواعد القانونية الواردة في القانون بحيث ان هذه القواعد لا تطبق عند تعارضها مع القواعد الواردة في الاتفاقية⁽¹⁾.

والاتفاقيات الدولية لها في الواقع دور مهم في علاج مسائل تنازع القوانين، وهذا الدور يختلف باختلاف الموضوعات التي تعالجها الاتفاقيات والقواعد التي تستعين بها في هذه المعالجة. فالاتفاقيات الدولية تنقسم من حيث موضوعها إلى قسمين رئيسيين⁽²⁾، الأول هو الاتفاقيات التي تتضمن وضع قواعد موضوعية موحدة تعطي الحل المباشر لمسائل وعلاقات قانونية معينة، أما القسم الآخر فهو الاتفاقيات التي يكون موضوعها وضع قواعد إسناد موحدة بين الدول الأطراف مهمتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي تعالجها تلك الاتفاقيات، وهذا القسم هو ما يمكن اعتباره من الاتفاقيات المنشئة لقواعد الإسناد ومصدراً من مصادرها. وعليه فان الاتفاقية الدولية في إطار هذا البحث هي توافق إرادة دولتين أو أكثر على تنظيم مسألة من مسائل تنازع القوانين عن طريق وضع قواعد إسناد مشتركة بينها في تلك المسألة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها⁽³⁾.

والاتفاقيات الدولية بهذا المعنى لها أهمية كبيرة في حل مشاكل تنازع القوانين في مختلف الدول، فهي تعمل على تقنين قواعد الإسناد وجمع شتاتها وتوحيدها، كما تساعد على تدويل هذه القواعد والحد من الروح الوطنية في نشأتها، وذلك من خلال تطبيق قواعد إسناد معينة لدى أكبر عدد ممكن من الأنظمة القانونية بما يكفل التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين، وهذه الأهمية التي تحتلها الاتفاقيات الدولية مردها الانسجام بين طبيعة قواعد الاتفاقية وطبيعة العلاقات القانونية التي تحكمها، حيث أن كلاهما يتصف بالصفة الدولية ويرتبط بمصالح دول مختلفة⁽⁴⁾. لهذا نجد أن توحيد قواعد الإسناد عن طريق إبرام الاتفاقيات الدولية كان ولا يزال محط اهتمام العديد من الهيئات العلمية والتجمعات الإقليمية، وهدفاً لجهود كبيرة ونشاطات واسعة بُذلت في هذا السبيل⁽⁵⁾.

2- التشريع الداخلي.

يعد التشريع من المصادر الرسمية للقانون بفروعه المختلفة، وهو المصدر الأول والأهم للقاعدة القانونية في غالبية دول العالم. والأصل أن المشرع يستخدم التشريع لتنظيم الحياة في المجتمع الداخلي للدولة بصفته الحيز الطبيعي الذي يمارس فيه المشرع اختصاصاته التشريعية⁽⁶⁾، ولكن في حالات معينة

(1) وسمو الاتفاقيات الدولية يعد من المبادئ التي استقر عليها الرأي في الفكر القانوني وأكدته مبادئ القانون الدولي العام ونصت عليه دساتير وقوانين الدول المختلفة. وبحسب هذا المبدأ لا تستطيع الدولة أن تتنصل من التزاماتها الدولية بالاستناد إلى قانونها الداخلي. د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 124. ص 143-145.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 35. ص 70-71.

(3) قريب من هذا التعريف د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 117. ص 131.

(4) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. المصدر السابق. فقرة 32. ص 61-63.

(5) حول دور الاتفاقيات الدولية في توحيد قواعد الإسناد انظر حامد مصطفى. مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي. الجزء الأول (في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية). ط 2. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1970. ص 21 وما بعدها.

(6) فريد فتیان. مصدر سابق. فقرة 64. ص 66.

قد يضطر المشرع إلى توسيع نطاق عمله ليشمل تنظيم الحياة في المجتمع الدولي وبشكل خاص الحياة الدولية للأفراد، وذلك في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي العام وما يشهده من غياب سلطة عالمية تنهض بوضع قواعد موحدة لتنظيم علاقات الأفراد الدولية واستئثار كل دولة بنصيب من هذا التنظيم، زيادة على ما يشهده المجتمع الدولي من كثرة العلاقات الخاصة العابرة للحدود وازدياد الأجانب المقيمين في غير بلادهم وما ينشأ عن إقامتهم من علاقات وروابط مختلفة⁽¹⁾.

والمشرع في تنظيمه العلاقات الدولية للأفراد قد يواجه هذا التنظيم بأسلوب مباشر من خلال وضع قواعد موضوعية تقدم الحل المباشر للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وقد يتبع في شأنه أسلوب التنظيم الإسنادي غير المباشر عن طريق سن قواعد إسناد تشير إلى القانون الذي يتضمن التنظيم الموضوعي لتلك العلاقات⁽²⁾، ولا يخفى أن الأسلوب الأخير من أساليب التشريع هو المصدر المنشئ لقواعد الإسناد من دون الأسلوب الأول. ومن هذا الأسلوب يتضح أن المقصود بالتشريع الداخلي في إطار مصادر قواعد الإسناد هو مجموعة القواعد الداخلية التي يضعها المشرع في الدولة لتنظيم علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي عن طريق تحديد القانون الذي يحكم تلك العلاقات⁽³⁾.

والتشريع الداخلي المنشئ لقواعد الإسناد بما يتسم به من مزايا متعددة فإنه يمارس دوراً رائداً وفعالاً في مجال تنازع القوانين بشكل عام، وذلك في ظل غياب السلطة التشريعية الدولية التي يمكن أن تمارس اختصاصاتها فوق الدول. ومن مزايا التشريع الداخلي أنه يؤدي إلى حصر قواعد الإسناد وبيان أحكامها بشكل واضح فيُسَهِّل على القاضي مهمة الوصول إلى القاعدة وتطبيقها⁽⁴⁾، زيادة على أنه يحقق مصلحة الأفراد إذ يحيطهم علماً بالقانون الذي سوف يحكم علاقاتهم المالية والشخصية ذات الطابع الدولي فيقوموا بتنظيم تلك العلاقات على أساسه ولا يفاجأوا بقانون لم يكونوا يتوقعوا تطبيقه، وهو ما يساعد على تحقيق الأمان القانوني للحياة الدولية للأفراد ويؤدي بالتالي إلى استقرار معاملاتهم الدولية وتطورها⁽⁵⁾.

3- العرف.

العرف بمعناه الدارج في النظرية العامة للقانون هو (مجموعة القواعد الثابتة التي درج الناس على العمل بها زمنياً طويلاً مع الاعتقاد بإلزامها خشية الجزاء الذي يوقع عليهم عند مخالفتها)⁽⁶⁾. والعرف بهذا المعنى يُشترط لتكوينه وبلورة قواعده توافر ركنين أساسيين، الأول هو الركن المادي،

(1) حامد مصطفى. مصدر سابق. ص19.

(2) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص180 وما بعدها.

(3) قريب من هذا التعريف د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 28. ص26.

(4) د. مدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص14.

(5) ومما يدل على مزايا التشريع ذلك الإقبال المتزايد على تقنين قواعد الإسناد في مختلف الأنظمة القانونية، وهو إقبال لم تكن حتى أنظمة القانون غير المكتوب ببعيدة عنه، وفي طليعتها النظام القانوني الانكليزي. د. هشام علي صادق. مصدر سابق. هامش 1. ص75.

(6) د. عباس العبودي. شرح أحكام قانون البينات. مصدر سابق. ص35.

ومقتضاه اضطراد الأفراد على العمل بحكم معين خلال فترة من الزمن، ولكي يتحقق هذا الركن يجب أن يكون العمل بالحكم المذكور مستقراً خلال فترة طويلة، وأن يكون هذا الحكم عاماً لجميع المخاطبين به. والركن الآخر هو الركن المعنوي، وهو رسوخ الاعتقاد بأن الحكم المعمول به أصبح ملزماً باعتباره قاعدة قانونية⁽¹⁾.

والتحديد السابق للعرف يفارق بين العرف بمعناه العام والعرف كمصدر لقواعد الإسناد، فهذا الأخير وإن توافر فيه الركنان السابق تحديدهما، إلا أنه لا يستطيع أن يلعب دوره المنشئ إلا بتدخل القضاء من خلال تطبيقه للحكم أو المبدأ الذي استقر العمل به وإيضاح معالمه بالتعاون مع الفقه، حتى يظهر ذلك الحكم كقاعدة إسناد لها خصائصها التي يُستدل بها عليها⁽²⁾. ولهذا فإن قاعدة الإسناد العرفية لا تنشأ فقط من استمرار الأفراد في علاقاتهم ذات العنصر الأجنبي على مبدأ أو حكم معين في حل تنازع القوانين بشأن تلك العلاقات، بل إن وجود مثل هذه القاعدة يقتضي بالدرجة الأولى أن يقتزن سلوك الأفراد هذا بسلوك المحاكم وتواترها في تطبيق ذلك المبدأ أو الحكم على نحو معين لاختيار القانون الواجب التطبيق عند عدم وجود نص تشريعي مخالف. ومن خلال ذلك يمكننا تعريف العرف المنشئ لقواعد الإسناد بأنه مجموعة القواعد القانونية الناتجة عن تواتر سلوك الأفراد في اتباع حكم معين بشأن اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم ذات العنصر الأجنبي واعتياد القضاء على تطبيق هذا الحكم في نزاعات تلك العلاقات على نحو يستقر معه الاعتقاد بأنه أضحي ملزماً لا يمكن العدول عنه⁽³⁾.

هذا وقد لعب العرف دوراً كبيراً في إنشاء قواعد الإسناد وذلك عبر المسيرة التاريخية لنظرية تنازع القوانين منذ نظرية الأحوال الإيطالية في القرن الثالث عشر الميلادي. فالكثير من تلك القواعد قد صدرت وتطورت عن العرف سواء ما صيغ منها في نصوص تشريعية أو ما بقي في صورة قواعد عرفية⁽⁴⁾. بل حتى في عصرنا الحاضر فإن العرف لا يزال من المصادر الرئيسة لقواعد الإسناد في مختلف الأنظمة القانونية. ففي فرنسا لا تزال معظم قواعد الإسناد التي يطبقها القضاء قواعد عرفية أو مستخلصة من الاجتهادات القضائية، وإن النصوص التشريعية المنظمة لمسائل التنازع في النظام القانوني الفرنسي تتسم بالقلّة⁽⁵⁾. وهذا هو حال قواعد الإسناد في الدول العربية ومنها مصر والعراق، وإن كان دور العرف في هذه الدول قد أصبح أضعف مما كان عليه في السابق، وذلك لأن الدول المذكورة فضلت تقنين أحكام العرف في نصوص تشريعية تضمنتها القوانين المدنية أو قوانين مستقلة⁽⁶⁾. وكذلك الأمر في الأنظمة القانونية السائدة في دول القانون غير المكتوب وفي طليعتها انكلترا، إذ لا تزال

(1) د. محمد كامل مرسى. شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي (القانون وتطبيقه. الأشخاص. تقسيم الأشياء والأموال). المطبعة العالمية. مصر. 1954. فقرة 63. ص 95-96.

(2) في إشارة إلى ذلك د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 40. ص 32-33.

(3) في معنى العرف كمصدر لقواعد الإسناد انظر حامد مصطفى. مصدر سابق. ص 30.

(4) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 46. ص 43.

(2) J.P.Niboyet, op. cit., p.26.

(6) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. مصدر سابق. ص 20.

القواعد العرفية والسوابق القضائية لها الغلبة على القواعد التشريعية في هذا البلد رغم وضع اللوائح القانونية لتقنين بعض القواعد العرفية في مسائل تنازع القوانين⁽¹⁾.

4- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

بعد أن استعرض المشرع العراقي أحكام وقواعد تنازع القوانين في القانون المدني رقم 40 لعام 1951، وبعد إيراده المادة 29 المتعلقة بالاتفاقيات الدولية، فإنه نص في المادة 30 من هذا القانون على أن (يُتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)⁽²⁾. وإيراد هذا النص في الموضع المذكور يبين أن المشرع قد خص قواعد تنازع القوانين من دون بقية قواعد القانون الدولي الخاص بمصدر إضافي علاوة على مصادرها الأخرى وألزم القضاء بالرجوع إليه عند غياب النص التشريعي أو الاتفاقية والقاعدة العرفية، وهذا المصدر هو المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص⁽³⁾.

والواقع إن موضوع تنازع القوانين يتميز عن باقي موضوعات القانون الدولي الخاص بوجود عدد من المبادئ المتمثلة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التنازع، وهذه المبادئ قد تطورت واستقرت في بعض الأنظمة القانونية بفعل حركة اتصال الدول وعلاقاتها فيما بينها حتى تجردت من خصوصياتها الوطنية واكتسبت وصف الشيوع والاشتراك بين تلك الدول لكونها جاءت تلبية لحاجاتها المشتركة⁽⁴⁾، ومن تلك المبادئ بعض الأسس المتبعة في نظرية التكييف ونظرية الإحالة وفكرة الدفع بالنظام العام وفكرة الغش نحو القانون وغيرها، فهذه المبادئ والقواعد وإن لم تكن قد وصلت إلى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة، إلا أنها بما لها من الشيوع والاستقرار قد كونت أصولاً عامة مشتركة بين الدول، وهي من العموم بحيث يمكن استنباط قاعدة إسناد بجانبها حين ينعدم النص المكتوب أو القاعدة العرفية⁽⁵⁾. وبعبارة أخرى يمكننا القول إن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص هي مجموعة حلول تنازع القوانين ذات الطبيعة المشتركة بين جميع الأنظمة القانونية والمتجردة من الخصوصيات الوطنية، ولها قيمة عقلانية ومنطقية أكسبتها طابعاً عالمياً⁽⁶⁾.

ومن المعروف أن أحكام تنازع القوانين تنسم بالقلة في العديد من الأنظمة القانونية وبشكل خاص في الدول العربية، وإن حلول التنازع في هذه الدول سواء المقنن منها وغير المقنن لا يكفي للإحاطة

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. المصدر والموضع ذاتهما.

(2) تقابلها مادة 24 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

(3) ونص المادة 30 المشار إليه لا يعني إغفال الحكم الوارد في المادة الأولى من القانون المدني وتجاهل العرف كمصدر احتياطي لقاعدة الإسناد يلي النص التشريعي والنص الاتفاقي، ويؤيد ذلك ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن المادة 24 من القانون والتي تقابل المادة 30 الواردة في المتن، حيث جاء في المذكرة (إن القاضي يرجع أولاً إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية ... فإن لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً). انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني. الجزء الأول. مطبعة دار الكتاب العربي. شارع فاروق بمصر. من دون طبع. ص 307-308.

(4) د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 23. ص 100.

(5) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص 206.

(6) انظر قريب من ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 136. ص 161.

بجميع مسائل التنازع، كما إنها حلول مستمدة من المبادئ التي نشأت في العصور الماضية لدى المجتمعات والدول التي سبقتنا في هذا المجال، بل حتى في تلك الدول فان (القواعد المسطورة منها قليلة العدد لا تتضمن كافة الحلول، غامضة في كثير من الأحيان، بحيث تحتل كثيراً من التأويل والتفسير)⁽¹⁾، ولهذا فقد رأى المشرع وجوب رجوع القاضي إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في نزاعات العلاقات ذات الطابع الدولي بدلاً من الرجوع إلى المصدر الاحتياطي العام الذي أورده في المادة الأولى من القانون المدني وهو قواعد العدالة. ويظهر أن الحكمة في ذلك هي ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها إن مبادئ القانون الدولي الخاص لها (... من سمات الدقة والوضوح) ما يجعلها تفضل قواعد العدالة (... بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون)⁽²⁾.

ثانياً: المصادر غير الرسمية لقواعد الإسناد.

نصت المادة الأولى من القانون المدني المشار إليها آنفاً على أن للمحاكم أن تسترشد بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد اعتبر أحكام القضاء وآراء الفقهاء من المصادر غير الرسمية أو التفسيرية لعموم القواعد القانونية ومنها قواعد الإسناد، فأجاز للقاضي أن يستشهد بهذين المصدرين في أحكامه وأن يستأنس بهما في استخلاص تلك القواعد وتقصّي مفهومها، ولكن من دون أن يلتزم القاضي بتطبيق القواعد التي تستقى منهما، أي من دون أن يكون لهذين المصدرين قوة الإلزام. وهذا ما سنذكره فيما يلي.

1- أحكام القضاء.

يقصد بالقضاء كمصدر لقواعد الإسناد مجموع الحلول التي استقرت عليها أحكام المحاكم بحيث أصبحت تشكل اتجاهاً واضحاً في تحديد القانون الذي يحكم علاقة معينة من علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي⁽³⁾. والواقع أن أحكام القضاء كانت مصدراً أصيلاً لمبادئ تنازع القوانين قبل ظهور الدولة بمفهومها الحديث واضطلاع المشرع فيها بمهمة وضع تلك المبادئ، حيث كان ذلك انطلاقاً من وظيفة القضاء في تحقيق العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية كالترام قضائي لا يمكنه عدم الوفاء به بحجة غياب القاعدة القانونية. ودور القضاء هذا لم يتوقف حتى بعد اتساع دور الفقه في صياغة نظريات وقواعد تنازع القوانين بدءاً من ظهور نظرية الأحوال، بل استمر القضاء في مواصلة وظيفته الاجتهادية في إطار تلك النظريات والقواعد الفقهية، وذلك من خلال ضبطها وتهذيبها وتحديد مدى فعاليتها العملية⁽⁴⁾.

(1) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 284. ص 427.

(2) أو بحسب تعبير المذكرة الإيضاحية (... ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي). انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني. المصدر السابق. ص 308.

(3) انظر في هذا المعنى د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 72.

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 139. ص 165-166.

ولكن بعد ان اتسعت حركة التشريع في العديد من الدول وازداد تدخل المشرع في الحياة الاجتماعية من خلال صياغة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع، حينها تراجع دور القضاء في إنشاء مثل تلك القواعد ولكن من دون ان ينعدم بشكل تام، إذ اقتصر هذا الدور على الحالات التي يغيب فيها الحل التشريعي للنزاع، حيث يعمل على إكمال التشريع وسد ثغراته⁽¹⁾.

والواقع إن دور القضاء وسلطانه يتباين من دولة إلى أخرى، فالأصل أنه يلعب دوراً تفسيرياً للقواعد القانونية في دول القانون المكتوب كالعراق ومصر وفرنسا، وذلك خلافاً للوضع المستقر في دول القانون غير المكتوب وفي مقدمتها انكلترا، إذ تعتبر السوابق القضائية مصدراً رسمياً للقانون⁽²⁾. فدول القانون غير المكتوب تأخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية، وهو مبدأ يعطي للسابقة القضائية قوة الإلزام ويفرض على القاضي الذي ينظر في النزاع ذات العنصر الأجنبي ان يبحث في الأحكام السابق صدورها في النزاعات المماثلة، فإذا وجد حكماً قضائياً سابقاً تعنّ عليه اتباع المبدأ الذي اعتمده ذلك الحكم وتطبيقه في النزاع المطروح أمامه. ولذلك فقد استقر الأمر في هذه الدول على اعتبار القضاء مصدراً رسمياً من مصادر إنشاء قواعد الإسناد⁽³⁾.

ولكن مع ذلك فإن من الممكن ان يكون للقضاء دور خلاق لقواعد الإسناد حتى في دول القانون المكتوب، وذلك متى كانت القواعد المكتوبة قليلة ومحدودة، كما هو عليه الوضع في فرنسا، حيث لم يتدخل المشرع لرصد حلول تفصيلية في ميدان تنازع القوانين، بما جعل أحكام القضاء بمختلف درجاته تشكل المصدر الأساسي لقواعد الإسناد⁽⁴⁾.

2- آراء الفقهاء.

يقصد بآراء الفقهاء المنشئة لقواعد الإسناد مجموع المبادئ والحلول الاجتهادية التي يعرضها الفقهاء في مؤلفاتهم بشأن تحديد القانون الذي يحكم علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي⁽⁵⁾. وهذه الآراء التي يطرحها الفقهاء ليس لها، بشكل عام، دور مباشر في إنشاء القاعدة القانونية وهي لا تتمتع بأية قوة ملزمة، ولذلك فإنها كانت ولا تزال مصدراً تفسيرياً للقانون الدولي الخاص كما هو شأنها في سائر فروع القانون الأخرى⁽⁶⁾.

(1) نعيم سيوفي. مصدر سابق. ص 56-57.

(2) د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق. فقرة 76. ص 121-122.

(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 62. ص 59-60.

(4) د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 41. ص 34. ويلاحظ أن القضاء الوطني عند فصله في النزاعات ذات الطابع الدولي قد لا يقتصر على الاستعانة بما استقر عليه قضاء دولته بشأن قاعدة الإسناد واجبة الإلتزام، إذ يمكنه أن يسترشد بالقواعد التي تطبقها المحاكم الأجنبية، وخاصة في الدول التي يكون قانونه الدولي الخاص الوطني قد استمد منها أحكامه، كما أن بإمكان القضاء أن يرجع إلى الأحكام التي تصدرها المحاكم الدولية فيما يطرح عليها من مسائل تنازع القوانين أو يرجع إلى أحكام محاكم التحكيم الدولية، وبشكل خاص ما يصدر منها في نزاعات التجارة الدولية. د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 74. وانظر في عرض وافٍ لقضاء التحكيم الدولي في مسائل تنازع القوانين د. عز الدين عبد الله. تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص. مجلة العدالة. وزارة العدل. أبو ظبي. العدد 19. السنة السادسة. 1979. ص 61 وما بعدها.

(5) انظر في هذا المعنى د. حامد زكي. المصدر السابق. فقرة 55. ص 44.

(6) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 46. ص 58.

ولكن مع ذلك لا يمكننا التغاضي بأي شكل من الأشكال عن الأهمية الخاصة التي تحتلها آراء الفقهاء ونظرياتهم في مادة القانون الدولي الخاص عموماً، وفي ميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص، فدور رجال الفقه في هذا الميدان دور رائد وخلاق منذ زمن بعيد⁽¹⁾. وعماد ذلك ان نظرية تنازع القوانين، كما سبق أن رأينا، كانت قد برزت في القرن الثالث عشر الميلادي على يد الفقه، وذلك من خلال اجتهادات الفقهاء الايطاليين فيما عُرف بنظرية الأحوال، وكذلك على يد من جاء بعدهم من الشراح الفرنسيين والهولنديين في القرون الوسطى، وقبل أن يظهر المقنن الوضعي إلى الوجود. وقد بذل أولئك الفقهاء جهوداً مضنية وشاقة في التحليل والتأصيل وتخريج حلول التنازع، فأرسوا بتخصصهم الفني وحيادهم العلمي العديد من قواعد الإسناد التي ساعدت على فض تنازع القوانين، وكانت تلك الاجتهادات والنظريات نقطة البداية في تشييد قواعد الإسناد، والمصادر الابتدائية لما صيغ من هذه القواعد في نصوص التشريع⁽²⁾.

ودور الفقه في إنشاء قواعد الإسناد لم يقف عند حدود التشريع، بل حتى بعد ظهور المشرع عند نشأة الدولة وتدخلها في تنظيم الحياة الدولية للأفراد والى يومنا هذا، فان اجتهادات الفقهاء وآراءهم المقبولة من الناحية العلمية والمنطقية تسبق نصوص القواعد المكتوبة وتهيئ لقدمها⁽³⁾، كما إن تلك النصوص كثيراً ما تكون مشوبة بالثغرات وقاصرة عن الإحاطة بجميع الجزئيات، وهي تبدو بمرور الوقت بعيدة عن مجارة الظواهر الاجتماعية وما يستجد من مسائل تنازع القوانين، وحينئذ ينهض الفقه لسد ثغرات التشريع وإبراز مواضع تَخَفه وتقديم الحلول المناسبة، كيما يستوعب ذلك التشريع جميع مستحدثات الفكر القانوني وما يجب أن يكون عليه فض تنازع القوانين في المسائل المستحدثة⁽⁴⁾. وزيادة على ذلك فان الآراء والاجتهادات الفقهية تسبق الأحكام القضائية الجيدة في تنازع القوانين، وذلك عندما يستعين بها القاضي في اجتهاده لاستيضاح نصوص القواعد القانونية أو يعتمد عليها في تحديد المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وتحليلها بغية استخلاص قواعد الإسناد الملائمة، وخاصة تلك الآراء والنظريات السائدة في الفقه المقارن⁽⁵⁾.

(1) نعيم سيوفي. مصدر سابق. ص 57.
(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 42. ص 92-93.
(3) د. محمد كامل مرسي. مصدر سابق. فقرة 75. ص 118.
(4) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 145. ص 174-175.
(5) فريد فتیان. مصدر سابق. فقرة 57. ص 62.

المقدمة

من المعروف أن المجتمع العالمي يتكون من وحدات سياسية تفصل بينها حدود إقليمية هي الدول، وإن العلاقات بين الدول بوصفها وحدات سياسية منفصلة هي موضوع ذلك الفرع من الدراسات القانونية الذي يُعرف بالقانون الدولي العام، وهي بذلك تخرج عن موضوع دراستنا. وكذلك العلاقات المتعلقة بكل دولة على حدة، أي علاقات المجتمع الداخلي للدولة، فإن مهمة تنظيم هذه العلاقات منطوية بالقواعد الموضوعية في القانون الداخلي بفرعيه القانون العام والقانون الخاص، فتلك القواعد ما وضعت إلا لمواجهة العلاقات القانونية الداخلية أو الوطنية الخالصة، وينفرد القانون الخاص بحكم العلاقات التي تنشأ فيما بين الأفراد.

ولكن إلى جانب تلك العلاقات التي تقوم بين الدول ذاتها أو بين الأفراد داخل حدود الدولة الواحدة توجد علاقات أخرى تنشأ بين الأفراد الموجودين في مختلف الدول، وهي علاقات منشؤها بواعث اقتصادية أو اجتماعية أو عوامل أخرى مشتركة تنتهي في مجموعها إلى وحدة الطبيعة البشرية، وتسمى هذه العلاقات بالعلاقات الخاصة الدولية أو العلاقات ذات الطابع الدولي، وهي التي تشكل موضوعاً لفرع الدراسات القانونية الذي يُعرف اصطلاحاً بالقانون الدولي الخاص. وهذه الطائفة من العلاقات القانونية الفردية لها طابع ذاتي يميزها عن طائفة العلاقات الفردية التي تنشأ في نطاق الحياة الداخلية للمجتمع، فاشتمال هذه العلاقات على عنصر أجنبي يجعلها على صلة بأكثر من دولة ويطبّعها بطابع دولي، ولهذا تواضعت الدول على أن تفرد لهذه العلاقات القانونية الأجنبية تنظيمًا خاصاً.

والتنظيم المثالي لطائفة العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي يكون بإخضاعها لقواعد دولية، أي قواعد تلتزم جميع الدول بتطبيقها. غير أنه فيما عدا بعض القواعد القانونية الموحدة الموضوعية عن طريق الاتفاقيات الدولية، فإن مثل هذه القواعد الدولية غير موجودة، وذلك في ظل الوضع الحالي للمجتمع الدولي وما يتميز به أولاً من وجود دول متعددة لكل منها سيادتها واستقلالها، كما أن لها قانونها الذي يقف سلطانه عند الحد الذي تقف عنده سيادة الدولة وهو في الأصل حدود الدولة، وكذلك ما يتميز به ثانياً من افتقار وجود السلطة العالمية التي يمكن أن تعمل على وضع القواعد القانونية الموحدة أو تقوم بتوزيع تنظيم المسائل المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة. وبالتالي لم يكن غريباً أن استأثرت كل دولة بالتشريع ووضع القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم علاقات الأفراد داخل مجتمعاتها والخالية من العنصر الأجنبي، تاركة العلاقات التي يُدخلها ذلك العنصر تتنازعها قوانين الدول التي على صلة بتلك العلاقات.

ولكن مع ذلك فقد اتجهت الدول إلى أن تتبع في تشريعاتها سياسة السماح بتطبيق القوانين الأجنبية على العلاقات الخاصة الدولية، وذلك باعتبار أن تطبيق القوانين الأجنبية في هذا المجال أوفى بمقتضيات المعاملات الدولية وأكثر تحقيقاً للعدالة. وبهذا فإن المنهج الذي اتبعته الدول في حكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي هو منهج غير موضوعي أو غير مباشر، وهذا المنهج يقوم على مجموعة قواعد

تشريعية أو قضائية مهمتها بيان أو اختيار القانون الوطني أو الأجنبي الذي يقدم التنظيم الموضوعي للنزاعات المتعلقة بالعلاقات المذكورة، والتي تسمى بالاصطلاح قواعد الإسناد، وهي قواعد تشكل منهجاً متميزاً وأصيلاً لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

ولو نأتي إلى العلاقات الخاصة الناشئة في إطار الحياة الدولية نجد ان هذه العلاقات تمر بثلاث مراحل هي مرحلة التمتع بالحقوق ومرحلة ممارسة الحقوق ومرحلة حماية الحقوق، لذلك فان قواعد القانون الدولي الخاص تتناول العلاقات الخاصة الدولية بالتنظيم من تلك الثلاث نواحي. فمن قواعد القانون الدولي الخاص ما تكون مهمتها تنظيم التمتع بالحقوق التي تتولد أو تنشأ عن العلاقات الخاصة الدولية عن طريق تحديد من يتمتع بها، وتلك هي القواعد المُدْطمة لمادة الجنسية والقواعد المتعلقة بمركز الأجانب. ومن قواعده أيضاً ما تتكفل بتنظيم ممارسة الحقوق والمراكز القانونية الناشئة عن العلاقات الخاصة الدولية، أي تنظيم الحماية القانونية لهذه الممارسة، ويكون ذلك عن طريق التعرف على القانون الذي يحكم نشأة الحقوق أو انقضائها، وهذه هي المهمة التي تتصدى لها قواعد الإسناد من خلال ما يُعرف بنظرية تنازع القوانين. أما النوع الثالث من قواعد القانون الدولي الخاص فهي تلك التي تتعلق بالحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية، وذلك عندما يقع اعتداء عليها ويثور النزاع بشأنها أمام القضاء، وهذا ما تتولاه قواعد الاختصاص القضائي الدولي. ولا شك في ان تنظيم ممارسة الحقوق والمراكز القانونية يعتبر من أهم مباحث القانون الدولي الخاص، وهو المبحث الذي أخذ منه هذا القانون خصوصيته وذاتيته. فالقانون الدولي الخاص بطبيعته ووظيفته هو قانون حل التنازع أو التزاحم بين القوانين، أو التمييز بين الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني والحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي.

وفي إطار مبحث تنازع القوانين، ومع ان قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية المعتادة لحل مشكلة التنازع التي قد تثيرها العلاقات ذات الطابع الدولي، إلا ان تطور القانون الدولي الخاص قد كشف عن وجود قواعد موضوعية تقدم حلاً مباشراً لجانب من العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وبشكل خاص عقود التجارة الدولية، وهذا ما عُرف بمنهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، وزيادة على ذلك فقد اعترف جانب من الفقه الحديث بوجود طائفة من القواعد القانونية الداخلية التي تتولى بنفسها تحديد نطاق تطبيقها، والتي تنطبق مباشرة على العلاقات التي تدخل في مجال سريانها ولو تضمنت عنصراً أجنبياً، وهو منهج القواعد ذات التطبيق الضروري. ولكن على الرغم من ذلك نلاحظ أن هاتين الطائفتين من القواعد القانونية ذات التطبيق المباشر على نزاعات العلاقات الخاصة الدولية، وإن شكلتا منهجين مستقلين من مناهج تنازع القوانين إلى جانب المنهج الإسنادي، إلا أن وجودهما لا يحد من هيمنة وصدارة منهج التنازع القائم على قاعدة الإسناد ووجوب الاعتداد به دائماً لحل النزاعات الناشئة عن العلاقات الخاصة الدولية.

هذا وإن التبصر بقواعد الإسناد يُظهر أن اصطلاح هذه القواعد ومضمونها، وكذلك طبيعة الدور المناط بها لتحديد القانون الواجب التطبيق يقدم لنا عناصر جديدة غير مألوفة في علم القانون. فقواعد الإسناد تقوم بدور استثنائي في تنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وهي قد أتت في صُلب نظام خاص وفريد أعطى لهذه القواعد خصوصيتها بالنسبة لباقي القواعد القانونية المعروفة في القوانين الأخرى غير القانون الدولي الخاص. وهذه الأمور جعلت قواعد الإسناد تتصف بخصائص متعددة أعطتها طبيعة متميزة وذاتية تفتقر إليها باقي القواعد القانونية.

فقواعد الإسناد وإن كانت قواعد قانونية موصوفة بكل ما توصف به القواعد القانونية العادية من حيث التجريد والحياد، ومن حيث أنها قواعد وضعية داخلية وانها قواعد ملزمة على الرأي الراجح في القانون الدولي الخاص، إلا أن هذه القواعد مع ذلك تتصف بخصائص ذاتية تضي عليها طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية. فباعتبار أن قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية الرئيسة لفض النزاعات ذات الطابع الدولي، وأن هذه القواعد لا تطبق إلا إذا وجد تزامن أو تنازع بين أكثر من قانون قابل للتطبيق على العلاقة الخاصة الدولية، فإن ذلك يفرض على قواعد الإسناد أن لا تعطي بذاتها حلاً موضوعياً للنزاع، بل تحدد فقط القانون الذي يعطي ذلك الحل، كما يفرض على هذه القواعد أن تختار القانون الأقرب صلة بالنزاع المعروض بصرف النظر عن اعتبار القانون المختار هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية.

وبالنظر إلى أن تنظيم قواعد الإسناد للعلاقات الخاصة الدولية هو تنظيم غير مباشر جوهره الإرشاد إلى القانون الذي يقدم الحل الموضوعي للنزاعات ذات العنصر الأجنبي، لذلك فإن العلاقات الخاصة التي تحتاج إلى هذا التنظيم تثير التساؤل حول نطاق موضوع قواعد الإسناد، ومدى الاختيار الذي تمارسه هذه القواعد بين كافة القواعد القانونية التي تقدم التنظيم الذي تبتغيه، أو بمعنى آخر ما إذا كان بإمكان قواعد الإسناد أن ترشد إلى قانون عام أجنبي لينطبق على العلاقة الخاصة الدولية، أو كان باستطاعة القاضي الوطني تطبيق ذلك القانون إذا بدا له أنه ملائم أو مكمل لتنظيم المسألة محل النزاع.

وفي ضوء ما تقدم فقد رأينا أن أنسب تقسيم لدراسة طبيعة قواعد الإسناد هو تقسيمها إلى فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي. أما الفصل الأول فنتناول فيه أهم الصفات التي تتصف بها قواعد الإسناد في ظل الأنظمة القانونية الداخلية، وذلك باعتبار أن هذه القواعد لها خصائص أو صفات يُستدل بها عليها وتميزها عن غيرها. وهذه الصفات يمكن تصنيفها إلى صفات عامة، وهي الصفات المألوفة للقواعد القانونية عموماً باعتبارها قواعد لتنظيم السلوك الاجتماعي، وصفات أخرى ذاتية تفرضها طبيعة العلاقات التي تحكمها هذه القواعد والوظيفة التي تؤديها في إطار القانون الدولي الخاص. وكل فئة من هاتين الفئتين سوف نتعرض لها في مبحث مستقل.

أما الفصل الثاني فنبحث فيه نطاق أعمال قواعد الإسناد، وبالتحديد النطاق الموضوعي الذي تعمل فيه هذه القواعد، وباعتبار أن موضوع قواعد الإسناد هو تنظيم العلاقات الدولية للأفراد عن طريق

اختيار القانون الملائم الواجب التطبيق على تلك العلاقات، فإن النطاق الموضوعي لقواعد الإسناد يتناول نوع القوانين التي يمكن لهذه القواعد أن تختارها لتحقيق التنظيم الذي تبتغيه. فهل أن قواعد الإسناد تشير فقط إلى القوانين الخاصة الوطنية أو الأجنبية، أم انها من الممكن أن ترشد إلى أحد القوانين العامة الأجنبية ليجري تطبيق ذلك القانون على النزاع من قبل القاضي الوطني؟ هذا ما سوف نتطرق للإجابة عنه في مبحثين نخصص أحدهما للبحث في مجال القوانين الخاصة الواجبة التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي، وأما الآخر فنتعرض فيه للقانون العام الأجنبي ومدى إمكانية تطبيقه أمام القضاء الوطني فيما لو أشارت إليه إحدى قواعد الإسناد في قانون القاضي.

ولكن قبل أن نبدأ ببحث الموضوعات المتعلقة بطبيعة قواعد الإسناد نرى أن من المنطقي التمهيد لدراسة هذه الموضوعات من خلال التعرض لمفهوم قواعد الإسناد ونشأتها، وهو ما سوف نتناوله بمبحث تمهيدي من ثلاثة مطالب، المطلب الأول في تحديد مفهوم قواعد الإسناد، والثاني في تاريخ نشأة هذه القواعد، والثالث في أصل نشأتها. أما بعد الانتهاء من بحثنا هذا فأننا نختمه باستعراض أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث، وكذلك التوصيات التي نأمل من المشرع أو القاضي مراعاتها عند سن قواعد الإسناد أو تطبيقها على النزاعات الداخلة في نطاق إعمالها.

تمهيد وتقسيم:

لو رجعنا إلى تعريف قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وما يشير إليه التعريف من أن هذه القواعد هي قواعد قانونية وضعية وأن لها وظيفة خاصة تمارسها في إطار النظام القانوني الوطني، لا تضح لنا بأن قواعد الإسناد في كل دولة من الدول تشكل جزءاً من القانون الوضعي السائد في تلك الدولة، وإذ كان الأمر كذلك فيكون من اللازم أن تتصف هذه القواعد بجميع الصفات التي تتصف بها سائر القواعد القانونية في النظام القانوني الذي تنتمي إليه، وإن كانت قواعد الإسناد تتميز عن غيرها من حيث أنها لا تسري على مطلق العلاقات فيما بين الأفراد ولكن على نوع موصوف منها وهي العلاقات ذات العنصر الأجنبي أو ذات الطابع الدولي.

ولكن مع ذلك فإن هذا الاختلاف في طبيعة العلاقات التي يسري عليها كلا النوعين من أنواع القواعد القانونية قد أوجد شيئاً من الخصوصية لقواعد الإسناد أخذت تنفرد بها عن عموم القواعد القانونية الأخرى، وهذه الخصوصية تجسدت في جانبين، الجانب الأول هو ذلك الاختلاف النسبي في الصفات العامة التي تتصف بها قواعد الإسناد، وهو اختلاف تطلبت هذه القواعد في القانون الدولي الخاص والمتمثلة في اختيار القانون الملزم لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فكان أن أدى ذلك إلى عدم الاعتراف لدى البعض بحقيقة اتصاف هذه القواعد بالصفات العامة للقواعد القانونية، أو ببعض تلك الصفات على أقل تقدير. أما الجانب الآخر فإنه يتمثل في أن تلك الوظيفة الخاصة لقواعد الإسناد قد تطلبت من هذه القواعد أن تتصف، زيادة على صفاتها العامة، بصفات ذاتية تنفرد بها عن القواعد القانونية الأخرى، ومن خلالها تتمكن قواعد الإسناد من أداء الوظيفة المنوطة بها على الوجه الأكمل.

وبناءً على ذلك فإننا سنقسم دراستنا في صفات قواعد الإسناد إلى قسمين نتناول في الأول منهما الصفات العامة لقواعد الإسناد، ونتطرق في ثانيهما إلى الصفات الذاتية لهذه القواعد، وذلك من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول

الصفات العامة لقواعد الإسناد

يعرف القانون الوضعي، بمعناه العام، بأنه (مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد الخارجي في المجتمع بصورة عامة مجردة وتوقع الدولة جزاءً على مخالفتها)⁽¹⁾. ويظهر من هذا التعريف أن القاعدة القانونية، وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها، تتصف بجملة من الصفات أو الخصائص هي بالضرورة صفات القانون الذي يتكون من مجموعة هذه القواعد، وتلك الصفات هي صفات الوضعية الداخلية والسلوكية الاجتماعية والعمومية والإلزام.

وكذلك الحال في قواعد الإسناد، إذ إن هذه القواعد، ولكونها جزءاً من النظام القانوني للدولة، فينبغي أن تشترك مع القواعد القانونية الاعتيادية فيما لها من الصفات والخصائص العامة والتي تكون ضرورية لغرض أداء القاعدة وظيفتها وتحقيق الأهداف المبتغاة من وراء تشريعها.

ولكن رغم ذلك، ومع ضرورة توافر جميع تلك الصفات في قواعد الإسناد، إلا أن قسماً من الصفات المذكورة قد أثارت لدى البعض عدداً من التأملات والتساؤلات، ما جعلها محلاً لعدم الاتفاق بشأنها على مستوى الفقه أو على صعيد القانون، وهو ما حصل على وجه الخصوص بشأن صفة الوضعية الداخلية وصفة الإلزام في قواعد الإسناد.

ولذلك، وفي سبيل استجلاء حقيقة توافر هاتين الصفتين في قواعد الإسناد فإننا سنجعلهما موضوعاً لدراستنا في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

الصفة الوضعية الداخلية لقواعد الإسناد

لقد حصل في مرحلة أولى من مراحل الفكر القانوني في مجال القانون الدولي الخاص أن زاد الاهتمام بمراعاة الذاتية الخاصة لهذا الفرع من فروع الدراسات القانونية، فارتفعت المناداة بضرورة خلق قواعد قانونية ذات صبغة دولية تتفق الدول على وضعها لغرض تنظيم النزاعات التي تنطوي على العنصر الأجنبي وبما يحقق عالمية الحلول التي تأتي بها قواعد الإسناد لتنظيم مسائل تنازع القوانين. إلا أن هذا الاتجاه نحو عالمية حلول التنازع قد اتصف بمثالية كانت بعيدة عن التحقق الكامل، لذلك فإنه شهد اضمحلالاً وتلاشياً في مقابل غلبة الاتجاه نحو وطنية تلك الحلول، وبشكل تأكدت معه الصفة الوطنية التي تنسم بها قواعد الإسناد، وهذا هو موضوع دراستنا في الفرع الثاني من هذا المطلب حول إثبات الصفة الوطنية لهذه القواعد.

(1) د. سمير عاليه. المدخل لدراسة القانون والشرعية. ط1. المؤسسة الجامعية. بيروت. 2002. ص49.

ولكننا قبل أن نثبت لقواعد الإسناد صفتها الوطنية لابد لنا من أن ننفي عن هذه القواعد ما حاول البعض أن ينسبه إليها من الصفة الأجنبية، وذلك في بعض حالات تنازع القوانين التي التبس فيها الأمر بشأن قاعدة الإسناد التي يجب إعمالها، أهي القاعدة الوطنية أم الأجنبية، فأدى ذلك ببعض الفقهاء إلى القول بأن قاعدة الإسناد المطبقة في تلك الحالات هي القاعدة الموجودة في النظام القانوني الأجنبي من دون الوطني، وهو الأمر الذي يخرج بقاعدة الإسناد عن اتصافها المطلق بالصفة الوطنية. لذا فإننا سوف نبحث في هذا الرأي ونستعرض واقع الحالات التي قال بها أصحابه لغرض معرفة مدى صحة القول بمنافاتها للصفة الوطنية لقواعد الإسناد، وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول

نفي الصفة الأجنبية عن قواعد الإسناد

يرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص أن الصفة الوطنية لقواعد الإسناد قد يكون لها مخاطرها في عدم الاستقرار في العلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁾، فربط القانون المطبق على العلاقة المعروضة بقاعدة الإسناد الوطنية يؤدي إلى ترك تحديد ذلك القانون لصدف الاختصاص القضائي، ما يقود إلى إمكان أن تخضع العلاقة مثار النزاع لقانون يختلف عن القانون الذي كان من الواجب أن تخضع له أساساً. كما لو عُقدَ زواج بين أجنبيين في بلد معين حسب الإجراءات المتبعة فيه وثار خلاف حول هذا الزواج أمام محكمة دولة ثالثة تخضع قواعد الإسناد فيها مسائل الإجراءات للقانون الشخصي للزوجين.

وتأسيساً على ذلك يرى هذا الفقه ضرورة وضع استثناءات على مبدأ إخضاع العلاقة في حلها لقاعدة الإسناد الوطنية، وهذه الاستثناءات، حسب هذا الرأي، تكون في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج عندما تنشأ علاقة قانونية معينة في بلاد أجنبية تطبيقاً لقانون الدولة التي تنشأ فيها العلاقة ولقواعد إسنادها، وكذلك في مجال الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، زيادة على مجالي المسائل التمهيدية والإحالة⁽²⁾، فالقاضي، بحسب الرأي المذكور وفي مختلف هذه المجالات، ملزم بتخطي قاعدة الإسناد الوطنية والذهاب إلى قاعدة الإسناد الأجنبية تاركاً لها تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع.

والسؤال الذي ينبغي لنا طرحه والإجابة عليه في هذا المقام هو هل ان الأمر في الواقع كما رآه القائلون بهذا الرأي، وهل إن الحالات التي تم ذكرها آنفاً تخرج بقاعدة الإسناد عن طابعها الوطني؟ هذا ما سوف نجيب عنه من خلال عرض الحالات المذكورة ومناقشتها كل على حدة، وذلك في الفقرات التالية.

أولاً: في الحقوق المكتسبة في الخارج

(1) E.Tyan, *Precis de droit international prive*, Beyrouth, 1966, p.121.

(2) وأيد هذه الاستثناءات عدد من الفقهاء في كل واحد من المجالات المذكورة على ما سنبينه في الصفحات التالية.

تعد مشكلة الحقوق المكتسبة صورة من صور تنازع القوانين، وتعرف هذه الصورة بالتنازع المتحرك أو المتغير⁽¹⁾. فتنازع القوانين ينصب، كما هو معروف على العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي من دون العلاقات المجردة منه، وتحديد عناصر أي من هذه العلاقات، كعنصر الأشخاص أو الموضوع أو السبب، يقع تحت تأثير اعتبار الزمان والمكان، بمعنى أنه ينبغي معرفة الوقت والمكان بالنسبة لكل عنصر من تلك العناصر ومن ثم تحديد مكان وزمان نشوء العلاقة مثار النزاع.

فإذا تحدد زمان العلاقة ومكانها بالنظر إلى عناصرها الثلاثة أمكن تحديد القانون الذي يحكمها، إذ هو القانون النافذ في مكان نشوئها وزمانه، وهذا ما يعرف بالتنازع الثابت، والذي يتم فضه بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية التي تدخل العلاقة في إطار فكرتها المسندة. ولكن إذا ما تغير زمان العلاقة أو مكانها أو تغير كلاهما في الوقت ما بين نشوء العلاقة وبين رفع النزاع بشأنها إلى القضاء، كأن يغير أحد أشخاص العلاقة جنسيته أو موطنه أو يتم نقل المال موضوع العلاقة من مكان إلى مكان، فإن الأمر يكون أكثر تعقيداً، إذ يترتب على هذا التغيير زيادة عدد القوانين التي تتنازع حكم العلاقة، وصعوبة تحديد القانون المختص من بينها، أهو قانون الجنسية أو الموطن أو موقع المال وقت نشوء العلاقة أم وقت رفع الدعوى، وهذا هو التنازع المتغير⁽²⁾، والذي إذا ما وقع أمام القضاء عرضت مشكلة حله أمام القاضي المختص.

وقد اضطلع الفقه والقضاء في الدول المختلفة بإيجاد الحلول المناسبة لمشكلة التنازع المتغير، وذلك في الحالات التي لم يتصد فيها المشرع لمواجهة هذه المشكلة⁽³⁾. فذهب رأي في فقه القانون الدولي الخاص، إلى أن التنازع المتغير هو في جوهره مسألة تفسير لقاعدة الإسناد، إذ هو يتعلق بمدلول تلك القاعدة شأنه في ذلك شأن التكييف الأولي والإحالة كمسائل أولية يتعين الفصل فيها مقدماً للتوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁾. فالتنازع المتغير إنما يعرض بمناسبة تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، وهو يفترض أن إعمال هذه القاعدة قد أفضى إلى ثبوت الاختصاص لقانونين على حَسْوَاء، الأمر الذي يتطلب تحديد أي القانونين هو الواجب التطبيق على النزاع، ويكون ذلك عن طريق المفاضلة بينهما ووفقاً لاعتبارات معينة.

(1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص . ج2. مصدر سابق. فقرة 54. ص109. وفكرة الحقوق المكتسبة في فقه بلاد القانون غير المكتوب لها مفهوم آخر، إذ لا يقصد بها بيان القانون الواجب التطبيق، بل الغرض منها بيان أساس تطبيق القانون الأجنبي، ذلك أن القاضي، في نظرهم، لا يطبق القانون الأجنبي، وإنما هو يعترف فحسب بالحق الذي تم اكتسابه تحت سلطان ذلك القانون. انظر المصدر ذاته. ص109 – 110.

(2) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 340 وما بعدها. ص437 وما بعدها. وانظر في التنازع المتغير بشكل خاص، كريم مزعل شبي. التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين). أطروحة دكتوراه. كلية القانون. جامعة بغداد. 2000. ص6 وما بعدها.

(3) قد يضطلع المشرع بتحديد الوقت الذي يُعَد فيه بضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما فعله المشرع العراقي في بعض قواعد الإسناد الواردة في نصوص القانون المدني رقم 40 لعام 1951 ومنها نص المادة 2/19، 3 بشأن آثار الزواج وانحلاله، ونص المادة 24 الخاصة بنظام الأموال المنقولة.

(4) ومن هؤلاء في الفقه المصري د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 359 وما بعدها. ص456 وما بعدها. وفي

الفقه الفرنسي P.Mayer, Droit international prive, précis Domat, Paris, 1977, p.203

والى جانب هذا الرأي فقد رأى بعض الفقهاء بأن التنازع المتحرك إنما يثور في شأن الحقوق التي في طريق التكوين والتي تنشأ ابتداءً منطوية على عنصر أجنبي ويراد الاحتجاج بها في دولة غير تلك التي تم تكوينها فيها⁽¹⁾، فمثل هذه الحقوق تثير عند نشأتها تنازعا بين القوانين من دون الحقوق الأخرى التي تنشأ خالية من العنصر الأجنبي والتي يكفي للاحتجاج بها أن يكون قد تم تكوينها صحيحاً وفقاً لقانون الدولة التي ولدت فيها بغض النظر عن قانون دولة القاضي، ويتم حل التنازع المتحرك وفقاً لهذا الرأي عن طريق ما يسمى بفكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة.

ومن مقتضى فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة أن الحق متى اكتسب صحيحاً في دولة وجب الاعتراف بوجوده واحترامه في الدول الأخرى كال التزام يفرضه القانون الدولي⁽²⁾. ولغرض اكتساب الحق صحيحاً فإنه يجب أن يكون قد ولد وفقاً للقانون المختص من بين القوانين التي تتنازع إنشاءه، وهذا القانون هو ذلك الذي تعين بموجب قاعدة الإسناد في الدولة التي يُراد الاحتجاج بالحق فيها، أي دولة القاضي، إذ لا يمكن الاحتجاج بالحق في دولة لم ينشأ الحق صحيحاً بموجب القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد فيها، وذلك لتعلق الأمر بسيادات مختلف الدول.

إلا أن هذين الرأيين لم يكونا الوحيدين في فقه القانون الدولي الخاص بشأن مسألة الحقوق المكتسبة، بل إن هناك العديد من الآراء التي حاولت أن تقدم الحلول المناسبة في هذا المجال. فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أنه يمكن حل التنازع المتحرك انطلاقاً من فكرة النفاذ الدولي للحقوق التي نشأت صحيحة⁽³⁾، وذلك عن طريق إجراء التفرقة في حياة الحق بين مرحلة إنشائه ومرحلة نفاذه، ومن ثم صوغ قاعدة منطوقها أنه متى تم إنشاء الحق وفقاً للقانون المختص من الوجهة الدولية فقد تمتع بالنفاذ الدولي، أي ظل قائماً ومنتجاً لآثاره ولو وقع تحت سلطان قانون آخر. وقد اشترط هذا الرأي لنفاذ الحق من الناحية الدولية أن يكون الحق قد تم تكوينه وفقاً للقانون الذي تقضي قواعد الإسناد باختصاصه به.

فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون القاضي في مسألة إنشاء الحق فإنه يجري تطبيق ذلك القانون على هذه المسألة والاعتراف بآثار الحق فيما لو نشأ صحيحاً واستوفى شروط تكوينه وفقاً لقواعد القانون المختص. أما لو أشارت قاعدة الإسناد باختصاص قانون آخر وكان الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً لأحكام قانون أجنبي حسب قواعد الإسناد في ذلك القانون فإنه ينبغي الاعتراف بآثار هذا الحق خارج الدولة التي نشأ فيها، وذلك في الحدود التي يعترف فيها القانون الأجنبي المختص بتلك الآثار⁽⁴⁾. ويتبين من ذلك أن هذا الرأي يقصر تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي بشأن النفاذ الدولي

(1) A.Pillet, op.cit, p.496 ets.

(2) انظر في عرض هذا الرأي د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 51. ص 97 - 99.

(3) J.P.Niboyet, op.cit., p.438 ets.

(4) كريم مزعل شبي. مصدر سابق. ص 105 وما بعدها.

لحقوق على الفرض الأول من دون الفرض الثاني الذي يكفي لنفاذ الحق فيه أن يكون ذلك الحق قد نشأ وفقاً للقانون المختص حسب قواعد الإسناد في قانون الدولة التي تم تكوينه فيها.

ولكن في مقابل هذا الرأي فإن هناك اتجاهات واسعة في فقه القانون الدولي الخاص يرى إطلاق القول بضرورة الأخذ بقواعد الإسناد في قانون الدولة التي يُراد التمسك فيها بالنفاذ الدولي للحق، وهي دولة القاضي، سواء أدى تطبيق هذه القواعد إلى عقد الاختصاص التشريعي لقانون تلك الدولة أم لقانون دولة أخرى⁽¹⁾. فقاعدة الإسناد في دولة القاضي هي التي تختص، وفقاً لهذا الاتجاه، بتحديد القانون الذي يحكم العلاقة في نشأتها، كما أنها تختص بتحديد القانون الذي صار مختصاً على أثر تغير زمان العلاقة أو مكانها قبل رفع النزاع بشأنها إلى القضاء، ويكون ذلك بالاستعانة بقواعد تنازع القوانين في الزمان المتعارف عليها في القانون الداخلي، بحيث تخضع العلاقة مثار النزاع في خصوص شروط صحتها وآثارها الماضية للقانون القديم، في حين تخضع بشأن آثارها المستقبلية للقانون الجديد اعتباراً من تاريخ نفاذه⁽²⁾.

وبعد عرض الآراء والاتجاهات المتقدمة، وخلال مقارنة بعضها ببعض الآخر يتضح أن جميع هذه الآراء، وإن اختلفت في صياغتها حول كيفية حماية الحقوق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، إلا أن أغلبها، إن لم تكن جميعها، قد اتفقت حول الشرط الرئيس لإسباغ تلك الحماية، وهو شرط كون الحق المراد حمايته دولياً قد نشأ صحيحاً بموجب أحكام القانون المختص من الوجهة الدولية، وما ذلك سوى القانون الذي يتحدد وفقاً لقواعد الإسناد في قانون دولة القاضي، بصفتها الدولة التي يراد التمسك فيها بالحق، وليس وفقاً لقواعد الإسناد في قانون الدولة التي أنشئ فيها الحق. وهو ما يؤكد أن قواعد الإسناد واجبة الأعمال في مسائل الحقوق المكتسبة في الخارج هي قواعد الإسناد الوطنية وليس قواعد الإسناد الأجنبية.

ثانياً: في المسائل التمهيدية

(1) انظر حول هذا الرأي في الفقه المصري د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 54. ص108-109، د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 277. ص312-313. وذهب إلى هذا الرأي في الفقه الفرنسي D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, Droit international prive, Masson, Paris, 1987, p. 231.

(2) هناك من الفقهاء من يرى وجوب عدم التقيد بمعايير عامة مسبقة لمعالجة مشكلة التنازع المتغير، بل ينبغي ضرورة النظر في كل حالة على حدة واختيار انسب القوانين لحل هذا التنازع في المسائل المعروضة وذلك تبعاً لطبيعة النظام القانوني الذي تندرج تلك المسألة في نطاقه، وهذا هو رأي الأستاذ الفرنسي إيتين بارتان. ويذهب هذا الفقيه إلى ضرورة تحليل قاعدة الإسناد في قانون القاضي والبحث في نطاقها ومعرفة ما إذا كانت تحدد القانون الواجب التطبيق من حيث المكان ومن حيث الزمان معاً أو كانت تحدد ذلك القانون من حيث المكان فقط، وفي الحالة الأخيرة ينبغي البحث عن ضابط إسناد إضافي أو تكميلي لتحديد ذلك القانون من الناحية الزمنية على ضوء الغاية التي تهدف إليها قاعدة الإسناد وبما يحقق أكبر قدر من الاستقرار للعلاقات الخاصة الدولية. انظر في عرض هذا الرأي، كريم مزعل شبي. مصدر سابق. ص131 وما بعدها. والملاحظ أن الرأي المذكور لا يعتمد قاعدة الإسناد الأجنبية في حل مشكلة الحقوق المكتسبة في الخارج، بل يقرر أن قاعدة الإسناد الوطنية هي الواجبة الأعمال دائماً في حل هذه المشكلة.

المسألة التمهيدية أو الأولية هي مسألة تسبق مسألة أصلية، ويكون الفصل فيها أولاً لازماً للبت في المسألة الأصلية⁽¹⁾. ومثالها أن ترفع دعوى المطالبة بالحق في ميراث تركه زوج أو أب، وهي مسألة أصلية، فانه يلزم أولاً بحث صفة الزوجة أو الولد الشرعي، أي ثبوت قيام علاقة زوجية صحيحة أو علاقة النسب مع المتوفى، وهي مسألة تمهيدية. وذلك للزوم بين المسألة الأصلية والمسألة التمهيدية يأتي من وجود درجة معينة من الارتباط بين المسألتين عن طريق أحد عناصر العلاقة محل النزاع سواء عنصر الأطراف أو عنصر الموضوع أو عنصر السبب.

وقد أثار الارتباط بين المسائل التمهيدية والمسائل الأصلية مشكلة تنازع القوانين في المسائل التمهيدية، أو بمعنى أدق مشكلة إسناد هذه المسائل وبأية قواعد إسناد تناط مهمة ذلك، أي قواعد الإسناد في قانون القاضي أم تلك التي في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية⁽²⁾. والمستعرض لفقه القانون الدولي الخاص يلاحظ أن هناك رأيان رئيسان في هذا الفقه بخصوص مشكلة المسائل التمهيدية، أحدهما يقرر خضوع تنازع القوانين في هذه المسائل لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسائل الأصلية، في حين إن الرأي الآخر، وهو الرأي الراجح في الفقه المقارن، يذهب إلى إخضاع التنازع في المسائل التمهيدية لقواعد الإسناد في قانون القاضي الذي ينظر في المسألة الأصلية التي تثار بشأنها تنازع القوانين⁽³⁾، وهو ما يظهر فيما يلي من عرض الرأيين المذكورين بشئ من الإيجاز.

أما الرأي الأول فقد ذهب إلى القول باستثناء المسائل التمهيدية من إطار تطبيق قواعد الإسناد الوطنية، وأن يكون فض تنازع القوانين بشأن هذه المسائل بإعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي⁽⁴⁾. والسبب في ذلك هو محاولة الإبقاء على الحقوق المكتسبة في الخارج خلافاً لقواعد الإسناد الوطنية، والتي تكون عند نشأتها على صلة بالنظام القانوني الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية⁽⁵⁾. كما ان مما يوجب ابتعاد المسائل التمهيدية عن النظام القانوني للقاضي، وفقاً للرأي المعروض، أن هذه المسائل عادة ما تتعلق

(1) د. سامي بديع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص (تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة). ط1. دار العلوم العربية. بيروت. 1994. فقرة 101. ص134.

(2) من أبرز العوامل التي تؤدي إلى قيام مشكلة المسائل التمهيدية في تنازع القوانين هي خضوع المسألة الأصلية لقانون أجنبي بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي. واستقلال المسألة التمهيدية في إسنادها، مع اختلاف قاعدة الإسناد الأجنبية التي ستطبق عليها عن تلك التي في قانون القاضي. انظر في ذلك وفي عرض للآراء التي قيلت في شأن النظام القانوني الذي تخضع له المسائل التمهيدية د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 280 وما بعدها. ص217 وما بعدها.

(3) وهناك رأي في الفقه يذهب إلى أن حل مشكلة المسائل التمهيدية ينبغي أن يتم وفقاً لظروف كل حالة على حدة ومن دون التقيد المسبق بأحد المبادئ المعدة سلفاً كما ذهب إليه الاتجاهان الآخران، ومن أنصار هذا الرأي في الفقه المصري د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. ف 333. ص362-363.

(4) من القائلين بهذا الرأي في الفقه الفرنسي P.Lagarde, La regle de conflit applicable aux questions prealables, Rev. crit, 1966, p.464 ets.

(1) P.Lagarde, op. cit., p.466.

بأوضاع تكونت بعيداً عن دولة القاضي وقانونه، كالزواج أو النسب خارج تلك الدولة، حيث لم يكن باستطاعة الأطراف وقتذاك معرفة المحكمة التي يمكن أن تفصل في النزاعات التي قد تثور مستقبلاً بشأنها، زيادة على أن من مقتضيات هذا الرأي ضرورة احترام المنطق الداخلي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية⁽¹⁾.

غير أن الحجج التي استند إليها هذا الرأي لم تصمد أمام النقد، حيث رد فقه القانون الدولي الخاص على ما اعتمد عليه مؤيدوه ودَحَّضَ معظم أسانيدهم⁽²⁾، وقد ظهر بالمقابل اتجاه واسع في الفقه يرى خلاف ما يراه الرأي السابق، ويذهب هذا الاتجاه إلى أن تنازع القوانين بشأن المسائل التمهيدية إنما يتم فضه بإعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي، وذلك على غرار فض التنازع بخصوص المسألة الأصلية، ومن دون النظر إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على تلك الأخيرة⁽³⁾. وقد استند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج والمبررات القوية التي تدعم ما ذهب إليه في هذا المجال، وأجلى هذه المبررات هو الارتباط الوثيق بين المسألة الأصلية والمسألة التمهيدية والذي يجعل الفصل في المسألة التمهيدية لازماً للفصل في المسألة الأخرى، ويستدعي لاحقاً خضوع المسألة التمهيدية لذات نظام التنازع في دولة القاضي، وذلك باعتبار أنها مسألة تثير بذاتها تنازاً عاباً بين القوانين، فتوضع على قدم المساواة مع المسألة الأصلية، وتطبق عليها في النهاية قواعد الإسناد الوطنية. ويؤيد ذلك ما تتمتع به قواعد الإسناد من شمولية الاختصاص والقابلية العامة لفض تنازع القوانين الذي يثور بصدد مختلف المسائل التي تعرض على القضاء وبغض النظر عن كونها مسائل أصلية أو تمهيدية⁽⁴⁾، وهي القابلية التي اعترف لها بها المشرع الوطني بالنظر لما تجسده هذه القواعد من مساهمة النظام القانوني الوطني مع سائر الأنظمة القانونية للدول الأخرى في فض مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية للأفراد.

وإلى جانب ذلك فإن هناك مبرراً آخر يؤيد إعمال قواعد الإسناد الوطنية لحل تنازع القوانين في شأن المسائل التمهيدية، ومقتضاه أن الأخذ بالاتجاه القائل بإخضاع المسائل المذكورة لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بالمسألة الأصلية يفترض مبدئياً أن النظام القانوني للقاضي يأخذ بنظرية الإحالة، أما إذا كان ذلك النظام يرفض هذه النظرية فليس أمام القاضي، في هذه الحالة، سوى تطبيق

(2) Ibid., p.469-470.

(2) في الرد على تلك الحجج د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 322 وما بعدها. ص 354 وما بعدها.

(4) ذهب إلى هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي P.Mayer, op.cit., note 143, p.210; D.Holleaux, J.Fouer et P.Groulich, Ph. Francescakis, F.Debe- G.de la Pradelle, op. cit., p.259.

Gerard, ذكرهم د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. هامش 80. ص 349. ومن فقه بلاد القانون غير المكتوب. M.Wolff, Private international law, 2nd ed., Oxford, 1950, p.206 ets.

(4) في شمولية الاختصاص والقابلية العامة لقواعد الإسناد راجع ما يأتي ص 163 وما بعدها.

قواعد الإسناد في قانونه على كافة مسائل تنازع القوانين التي تعرض أمامه سواء كانت مسائل أصلية أم تمهيدية⁽¹⁾.

وزيادة على ذلك فإن اختيار القانون الأجنبي إعمالاً لقاعدة الإسناد الوطنية إنما كان بقصد تقديم الحل الموضوعي للمسألة الأصلية، ولم يتم هذا الاختيار بقصد تقديم حل لتنازع القوانين في المسألة التمهيدية، فهذا التنازع يحتاج إلى اختيار جديد، وفي ظل رفض الإحالة فإن النهوض بذلك الاختيار لا يمكن أن يكون إلا بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي. وبذلك فإن قواعد الإسناد الوطنية سوف يبقى لها مجال كبير للتطبيق، ولن يمكن الخروج عليه في الأنظمة القانونية الراضة للإحالة، والتي من بينها النظامان القانونيان العراقي والمصري، زيادة على عدد كبير من الأنظمة المعاصرة⁽²⁾.

ثالثاً: في الإحالة

الإحالة هي (تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً)⁽³⁾. فحيث ان الأنظمة القانونية المختلفة تكاد لا تخلو من تجاور نوعين من القواعد القانونية هي القواعد الموضوعية التي تنظم وتحكم العلاقات الوطنية، وقواعد الإسناد التي تنظم وتحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، لذلك فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي معين بشأن النزاع المعروض، عندها تثار مشكلة تحديد أي القواعد القانونية في القانون الأجنبي التي تحددها قاعدة الإسناد الوطنية ينبغي تطبيقها، فهي القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد.

وإزاء هذه المشكلة فإن جانباً من الفقه، تؤيده بعض الأنظمة القانونية⁽⁴⁾، قد ذهب إلى أن على القاضي أن يطبق ما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، أي انه يجب البدء بإعمال قواعد الإسناد في ذلك القانون لمعرفة ما إذا كانت تؤكد الاختصاص لقواعده الموضوعية أم أنها تشير إلى قانون دولة أخرى ليكون هو الواجب التطبيق، وبشكل خاص إذا كان هذا القانون هو قانون دولة القاضي⁽⁵⁾.

- (1) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 286. ص 222.
- (2) انظر في موقف هذه الأنظمة من نظرية الإحالة د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. الجزء الأول (تنازع القوانين. الاختصاص القضائي الدولي. تنفيذ الأحكام الأجنبية). مكتبة دار الثقافة. عمان- الأردن. 1998. ص 63-65.
- (3) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 64. ص 143-144. ويحصل التنازع السلبي للقوانين حينما تقرر قاعدتا الإسناد في القانونين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أو لقانون ثالث. انظر المصدر ذاته. ص 142.
- (4) ويُعد النظامان القانونيان الفرنسي والانكليزي من الأنظمة التي تأخذ بفكرة الإحالة. وانظر في الفقه المؤيد للإحالة في فرنسا D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.246 ets. وهم من المؤيدين للإحالة = من الدرجة الأولى، أي الإحالة إلى قانون القاضي. وفي فقه بلاد القانون غير المكتوب A.V.Dicey and J.C.H.Morris, The conflict of laws, 9ed., London, 1973, p.64 ets.
- (5) ويدعم هذا الفريق رأيه بجملة من الحجج النظرية والعملية منها فكرة الإسناد الإجمالي وفكرة تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية وكذلك فكرة مصلحة النظام القانوني للقاضي، زيادة على فكرة المحكمة الأجنبية المعروفة لدى فقه بلاد

وابتداءً نقول أن فكرة الإحالة، وعلى الرغم مما تقضي به من وجوب إعمال قاعدة الإسناد في النظام القانوني الأجنبي، لم تكن لتؤدي إلى خروج قواعد الإسناد عن وطنيتها واكتسائها بالصفة الأجنبية، على نحو يقود إلى تخلي القاضي الوطني عن قواعد الإسناد في قانونه وعدم إعمالها على النزاع المعروض، بل إن هذه الفكرة تحفظ لقواعد الإسناد طابعها الوطني كقواعد قانونية صادرة عن إرادة تشريعية ملزمة. ويتأكد قولنا هذا من جهتين، الأولى من خلال الأسس التي اعتنى بإبرازها بعض مؤيدي نظرية الإحالة والتي تبين أن الاتجاه الذي يأخذ بهذه النظرية لم يكن ليختلف عن الاتجاه الرافض للأخذ بها في شأن وجوب إعمال قواعد الإسناد الوطنية، وإن كان ذلك لا ينفي إعمال قواعد الإسناد الأجنبية، إلا أن إعمال القواعد الأخيرة لا يخرج بحالٍ من الأحوال عن نطاق إرادة المشرع الوطني التي أودعها في قاعدة الإسناد. والجهة الثانية ما عَبر عنه الاتجاه الفقهي الحديث في نظرية الإحالة، والذي يركز في شأن قبول فكرة الإحالة أو رفضها داخل النظام القانوني على قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك من خلال عدم التقيد بحلٍ عام مسبق، بل ينبغي في كل مسألة من المسائل المطروحة أن يجيء الحل متفقاً مع روح قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي ترمي هذه القاعدة إلى تحقيقها، وذلك في حدود التناسق بينها وبين قاعدة الإسناد الأجنبية.

أما من جهة الأساس القانوني لنظرية الإحالة فإن بعضاً من مؤيدي هذه النظرية قد ذهبوا إلى تأسيس نظريتهم على فكرة الإسناد الاحتياطي⁽¹⁾، ومقتضى هذه الفكرة إن قواعد الإسناد الوطنية يتم وضعها بافتراض أن هناك اشتراكاً قانونياً في وجهات النظر بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، فإذا رفضت هذه الأخيرة الاختصاص لقانونها فهذا يعني انتفاء ذلك الاشتراك حيث ينبغي على القاضي عند ذاك أن يبحث عن إسناد احتياطي للمسألة وهو إسناد لا يكون إلا لصالح قانونه الوطني، وبهذا فإن جوهر وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، بحسب هذا الرأي، هو عرض الاختصاص التشريعي على قانون أجنبي معين من دون أن تفرض الاختصاص على ذلك القانون، فإذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص المعروض فإنه لا يتم تطبيقه، بل يتعين البحث عن قانون آخر، ولا يكون ذلك إلا بالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، وذلك على فرض أن هذه القواعد تتضمن بالضرورة قاعدة إسناد احتياطية تسند المسألة المعروضة إلى قانون القاضي ذاته وليس إلى قانون أجنبي آخر.

القانون غير المكتوب. انظر في عرض هذه الأسانيد والرد عليها د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 137 وما بعدها.

(1) وقال بهذه الفكرة الأستاذ الفرنسي P.Lerebour – Pigeonniere في مؤلفه بالاشتراك مع Y.Loussouarn: Droit international prive, précis – Dalloz, 8eme ed., Paris, 1962, p.437 ets. أشار إليه د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. هامش 40. ص 450.

وإلى جانب ذلك فقد ذهب رأي آخر إلى تأسيس نظرية الإحالة على فكرة تناسق الأنظمة في فض تنازع القوانين⁽¹⁾، والإحالة، وفقاً لهذا الأساس، إنما تؤدي إلى حل مشكلة التنازع بين السیادات الكامنة في ظاهرة تنازع القوانين ورسم النطاق المعقول لتطبيق قانون كل دولة حسب قواعد الإسناد في هذا القانون. فرغم أن تنازع القوانين يقوم بشأن العلاقات الخاصة للأفراد، فإن هذا لا ينفي وجود تنازع فعلي بين السیادات من ناحية أن قاعدة الإسناد لكي تحسم النزاع بشأن هذه العلاقات الخاصة عليها أن تحدد مجال تطبيق القوانين المتنازعة في المسألة المعروضة، وحينما يسن المشرع قاعدة إسناد معينة فإنه يتطلع إلى احتمال تنسيقها مع قاعدة الإسناد الأجنبية، وذلك بطريقة تكفل حل هذا التنازع بين السیادات⁽²⁾. وبذلك فإن الإحالة، حسب هذه الفكرة، لا تعني تنازلاً من قواعد الإسناد الوطنية لصالح نظيرتها الأجنبية، بل إن إعمال قواعد الإسناد الأجنبية لا يكون إلا بأمر من قواعد الإسناد الوطنية، وعليه تكون الإحالة قد أبرزت معنى التناسق بين قواعد الإسناد، وأكدت التعاون بين هذه القواعد وتداخلها المتبادل بدلاً من تجاهل إحداها الأخرى⁽³⁾.

وأما من جهة النظرة الحديثة إلى مشكلة الإحالة وإبرازها للطبيعة الوطنية لقواعد الإسناد، فقد دعا الفقه الحديث إلى عدم تبني حل عام مطلق قوامه قبول الإحالة أو رفضها، كما ذهب إليه الاتجاهان السابقان، بل ينبغي بحث المشكلة من منظور وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية وغايتها⁽⁴⁾. ومقتضى هذا النظر أن الإحالة تكون مقبولة فيما لو أدى إعمالها إلى مساعدة قاعدة الإسناد على أن تحقق غايتها التي أرادها لها مشرعها بالشكل الأمثل، وأما لو كان من شأن الأخذ بالإحالة تحقيق نتائج تأبأها وظيفة قاعدة الإسناد وغايتها فلا محل للأخذ بها، وإنما يصر إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه⁽⁵⁾. ولا يخفى ما في هذا الاتجاه من حرص على أداء قواعد الإسناد الوطنية لوظيفتها في ميدان تنازع القوانين وتحقيق الغايات التي ابتغاها المشرع من وراء سنّه لهذه القواعد، وكذلك اعتبار القواعد المذكورة هي الأساس الذي يتكئ عليه المشرع في قبوله أو عدم قبوله تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وهو الأمر الذي ينتفي معه، في إطار نظرية الإحالة، أي اعتقاد باتصاف قواعد الإسناد بالصفة الأجنبية.

رابعاً: في الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع

- (1) وهذا هو رأي الأستاذ الفرنسي Batiffol، انظر في عرض هذا الرأي د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 320. ص 424-426.
- (2) د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 53 مكرر. ص 184-185.
- (3) د. سامي بديع منصور. مصدر سابق. فقرة 397. ص 631-632.
- (4) من الذين اعتمدوا هذا الرأي في الفقه المصري د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية. دار النهضة العربية. القاهرة. 1994. فقرة 100. ص 118، د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 429. ص 463-464.
- (5) ومن أهم غايات قاعدة الإسناد هي إخضاع العلاقة ذات الطابع الدولي إلى أكثر القوانين قبولاً من جانب الدول المتصلة بها سعياً إلى أن تُنتج العلاقة أثرها في جميع هذه الدول، وكذلك إخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعاً بالنسبة للأفراد أطراف تلك العلاقة. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. المصدر والموضع السابقين.

قد يحدث أن تشير قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً داخلياً، وهي ما يطلق عليها الدولة ذات الأنظمة المركبة. وهذا التعدد قد يكون تعدداً إقليمياً، بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين، أو يكون تعدداً شخصياً، بأن تختص كل شريعة بطائفة من الأشخاص المتمتعين بجنسية الدولة. والإسناد إلى قانون إحدى هذه الدول متعددة الشرائع يثير مشكلة تحديد الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها في النزاع المطروح على القضاء، وكيف يتسنى للقاضي اختيار تلك الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد⁽¹⁾.

وقد أحدثت مشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع جدلاً فقهيّاً لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، حيث رأى جانب من هذا الفقه وجوب الرجوع إلى قواعد الإسناد في دولة القاضي لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من دون قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدولة ذات النظام القانوني المركب ما لم تعجز قواعد الإسناد الوطنية عن تحديد الشريعة الأجنبية الداخلية الواجبة التطبيق، إذ يصار حينئذ إلى إعمال قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة الأجنبية⁽²⁾. وتعجز قاعدة الإسناد عن تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق إذا كانت القاعدة تتخذ من جنسية الشخص ضابطاً للإسناد، وهو ضابط يفتقد إلى القدرة على تعيين القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

ولكن في مقابل هذا الرأي يوجد اتجاه فقهي وتشريعي يرى أن على القاضي أن يرجع إلى قواعد الإسناد الداخلية في القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية لتحديد أي الشرائع أو القواعد الداخلية في ذلك القانون هي المختصة⁽³⁾، وأن يطرح جانباً فكرة الرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه، ويكون ذلك في جميع الحالات التي يتعين فيها تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أيّاً كانت طبيعة الضابط المبنية عليه قاعدة الإسناد الوطنية⁽⁴⁾.

ومن خلال النظر في فكرة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وما ذهب إليه الاتجاه القائل بإعمال قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدولة الأجنبية ذات الشرائع المتعددة، يتضح أن مؤدى هذه الفكرة، بحسب الاتجاه المذكور، هو أن اضطلاع قانون الدولة الأجنبية بتحديد الشريعة الداخلية الواجبة

(1) في تفصيل وإفلهذا الموضوع انظر د. حسن احمد بغدادي. الإسناد إلى قوانين الدول المتعددة الشرائع. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. العددان الثالث والرابع. السنة الرابعة. 1950. ص 159 وما بعدها.

(2) من أنصار هذا الرأي في الفقه المصري. د. منصور مصطفى منصور. مذكرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين). دار المعارف بمصر. 1956-1957. فقرة 34. ص 123. وفي الفقه الفرنسي P.Arminjon, op. cit., p.176 ets.

(3) أخذ التشريع العراقي بهذا الحل في المادة 2/31 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، وكذلك اعتمده القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948 (مادة 26).

(4) انظر في عرض هذا الاتجاه وتأييده د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 78 مكرر. ص 189-190، د. هشام علي صادق. مصدر سابق. فقرة 58. ص 229-231، د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 29. ص 324-326 وفقرة 295. ص 330.

التطبيق إنما يكون بتفويض من مشرع القاضي الذي ينظر في النزاع ذات العنصر الأجنبي، ومن هنا جاءت تسمية مشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع بمشكلة التفويض⁽¹⁾.

ومشكلة التفويض، بهذا المعنى، تختلف عن مشكلة الإحالة التي سبق لنا عرضها، ففي الإحالة يثبت الاختصاص لقانون دولة أجنبية فيتخلّى هذا القانون عن الاختصاص المقرر لمصلحته إلى قانون آخر، أما في التفويض فإن القانون المختص لا يتخلّى عن ولايته بحكم النزاع لقانون دولة أخرى، بل إن هذا القانون يركز اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة التي ينظمها، وذلك بمقتضى ما يحتويه من قواعد الإسناد الداخلية⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فإن رجوع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد الداخلي في القانون الواجب التطبيق لتحديد الشريعة الداخلية المختصة لا يعد خروجاً على قواعد الإسناد في النظام القانوني للقاضي، والحال أن تحديد ذلك القانون قد تم بناءً على إعمال قاعدة الإسناد الوطنية وإشارتها للقانون الأجنبي الذي ظهر فيما بعد أنه قانون دولة متعددة الشرائع.

وتأسيساً على ما تقدم يتضح لنا بأن جميع الحالات المعروضة آنفاً لا تخرج بقواعد الإسناد عن صفتها الوطنية، وهذا في واقع الحال ما يتفق مع طبيعة قواعد الإسناد باعتبار أنها جزء من القانون الداخلي للدولة، وهو ما يفرض على هذه القواعد أن تتصف بجميع الصفات التي لبقية القواعد القانونية الداخلية، ومن بينها، كما سبق القول، الصفة الوطنية.

فإحدى صفات القاعدة القانونية الاعتيادية أن تكون قاعدة وضعية، وذلك اعتباراً بأنها تتكون في العادة من عمل الإنسان، فرداً كان أو هيئة أو مجتمعاً، وبأنها موضوعة سلفاً ومحددة تحديداً كافياً على نحوٍ يتمكن معه الأفراد المخاطبون بها من تنظيم سلوكهم وفقاً لهذه القاعدة⁽³⁾. وهذا الأمر ينعكس بدوره على قاعدة الإسناد، فهي كقاعدة قانونية، لا بد وأن تكون من وضع السلطة المختصة بسن القواعد القانونية في كل دولة متمثلةً بالسلطة التشريعية أو بالقضاء في بعض الدول، وهو ما يوسم هذه القاعدة بالصفة الوضعية الداخلية⁽⁴⁾.

ولذلك فإن إجابة السؤال الذي طرحناه في بداية البحث تكون بالنفي، إذ على الرغم من أن الحالات المذكورة قد توحى ظاهراً بالصفة الأجنبية لقواعد الإسناد، إلا أن واقع الأمر ينبئ بخلاف الظاهر، وذلك أن قواعد الإسناد في جميع الحالات، وبمختلف تطبيقاتها، لا تحيد عن طابعها الوطني، ولا يمكن لقاضي النزاع أن يغض الطرف عن قاعدة الإسناد في قانون دولته ليذهب ابتداءً إلى القانون الأجنبي باحثاً فيه عن قاعدة الإسناد التي تنطبق على النزاع المعروض، لما في ذلك من إعراضٍ عن إرادة المشرع

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 65.

(2) د. منصور مصطفى منصور. المصدر سابق. فقرة 33. ص 115-116.

(3) د. مصطفى مصباح شليبيك. المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون - نظرية الحق). ط 1. الجامعة المفتوحة. طرابلس - ليبيا. 2002. ص 23-24.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 43. ص 27-28.

الوطني وتطبيق لإرادة المشرع الأجنبي، في الوقت الذي لا يحق للقاضي إعمال القانون الأجنبي، بمختلف قواعده، ما لم يُجزَّ له مُشرعه ذلك الإعمال.

الفرع الثاني

إثبات الصفة الوطنية لقواعد الإسناد

ظهرت في فقه القانون الدولي الخاص جملة من نظريات تنازع القوانين ذات صبغة عالمية عنيت بوضع حلول عامة مثالية لمسائل التنازع على أساس التفكير العلمي المجرد. إلا أن هذه النظريات لم يُكتب لها الدوام، إذ اضمحلت لتفسح المجال في الفقه لصالح التيار المعاصر المأخوذ بالنزعة الوطنية. وهذا التحول الذي حصل في نظريات تنازع القوانين من الاتجاه نحو العالمية في حلول التنازع إلى الاتجاه نحو وطنية تلك الحلول لهو مما يؤكد الصفة الوطنية التي تتصف بها قواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الأولى لفض تنازع القوانين.

ومن جهة أخرى، فقد ظهر عدد من النظريات والآراء في مجال تنازع القوانين منها من قالت بالوظيفة السياسية لقواعد الإسناد ومنها من أيدت هذه الفكرة، وذلك بدءً بنظرية الأحوال الإيطالية ومروراً بنظرية الأحوال الهولندية وما قالت به من فكرة المجاملة، وصولاً إلى الآراء التي اعتبرت قواعد الإسناد من قواعد القانون العام. ولكن في مقابل هذه النظريات والآراء، كانت الرؤية التي تبناها الاتجاه الحديث في فقه القانون الدولي الخاص والقائل بالوظيفة القانونية لقواعد الإسناد وتحديد دورها باختيار القانون الملائم لحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

وبناءً على ذلك ستكون دراستنا في إثبات الصفة الوطنية لقواعد الإسناد منصبة على موضوعين، أحدهما في الاتجاه نحو النزعة الوطنية في حلول تنازع القوانين، والآخر في اعتماد الوظيفة القانونية لقواعد الإسناد في مجال التنازع.

أولاً: هجر الاتجاه نحو عالمية حلول تنازع القوانين

يدل تاريخ التطور العلمي على أن تكون النظريات العامة يسبقه دائماً البحث في حالات فردية، وهذا ما يلاحظ في شأن نظرية تنازع القوانين. فقد ظهرت مشكلة التنازع، كما رأينا⁽¹⁾، في أواخر القرن الثاني عشر وأوائل القرن الثالث عشر الميلاديين، وبرزت المشكلة بادئ الأمر في بعض صور التنازع الداخلي بين القوانين السارية في دول إيطاليا الشمالية بعضها مع البعض الآخر، أو بين تلك القوانين المحلية من ناحية، والقانون الروماني العام من ناحية أخرى. وقد كان هذا التنازع المحلي للقوانين سبباً

(1) راجع ما سبق ذكره ص 19 وما بعدها.

لنشوء نظرية الأحوال الإيطالية القديمة التي انتقلت إلى الفقه الفرنسي في القرن السادس عشر ومن ثم إلى الفقه الهولندي في القرن السابع عشر، ومنه انتقلت أخيراً إلى الفقه الانكليزي والأمريكي.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ظهرت بعض نظريات ذات صبغة عالمية عنيت بوضع حلول عامة مثالية لمسائل تنازع القوانين على أساس من التفكير العلمي المجرد، ما طَبَعَ تلك النظريات والمناهج بتوجه عالمي لصلاحية أفكارها ومعطياتها بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية في العالم. وقد سار في تيار العالمية هذا بعض الفقهاء، وإن اختلف الواحد عن الآخر في الأسس التي يبني عليها فقهه.

ومن أولئك الفقهاء الذين ساروا في ركاب هذا التيار الفكري الفقيه الألماني سافيني الذي جاء بفكرة الاشتراك القانوني كأساس لقيام التنازع أو لتطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁾، وهي فكرة تقود، برأي هذا الفقيه، إلى وحدة فكرة العدالة لدى الدول التي يضمها ذلك الاشتراك، وهي الدول المسيحية التي ورثت القانون الروماني، كما تؤدي بالتالي إلى إيجاد قواعد مشتركة ومقبولة عند هذه الدول، مما يساعد على تطبيق قوانين بعضها من قبل بعضها الآخر⁽²⁾. وهكذا رفض هذا الفقيه الالتزام بمبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائداً قبله، وأخذ بمنهج عالمي في تنازع القوانين لا يسمح بالتعصب لمبدأ معين أو لقانون موحد⁽³⁾.

ومن بين أولئك الفقهاء كان هناك أيضاً الفقيه الفرنسي أنطوان بيليه، والذي يستند فقهه على اعتبار أن تنازع القوانين هو في حقيقته تنازع بين سيادات الدول التي على صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي، وأن حل هذا التنازع بين السيادات ينبغي أن يتم في ضوء أحد مبادئ القانون الدولي العام، وهو مبدأ احترام كل دولة لسيادات الدول الأخرى أقصى احترام ممكن⁽⁴⁾. كما رأى هذا الفقيه أن سيادة كل دولة، فيما يتعلق بسلطان قانونها، تظهر فيما يتمتع به ذلك القانون في نطاق الحياة الداخلية من خصيصتي الاستمرار والعموم، إذ يعني وصف القانون الداخلي بالدوام أنه ينطبق باستمرار ومن دون انقطاع على جميع المخاطبين بأحكامه، ويعني وصف العمومية أن القانون ينطبق على جميع الأشخاص والأموال الكائنة بإقليم الدولة، ولذلك فانه ينبغي التعويل على هاتين الخصيصتين في حل مشكلة تنازع القوانين من

(1) راجع في فكرة الاشتراك القانوني ما سبق ذكره ص 23.

(2) د. سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين. المعاهدات. التحكيم التجاري الدولي). ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004. ص 80-81.

(3) ولكن مع ذلك نجد أن عالمية حلول التنازع التي جاء بها الفقيه سافيني لا تعني وحدة الحلول في جميع الدول بقدر ما تعني وحدة تلك الحلول في الدول التي كان يجمعها، في نظره، ذلك الاشتراك القانوني. د. منصور مصطفى منصور. مصدر سابق. فقرة 14. ص 45.

(4) في شرح نظرية الأستاذ بيليه د. محمد عبد المنعم رياض. مصدر سابق. فقرة 350-352. ص 312-315. وانظر في صفة السيادة التي تتمتع بها السلطة السياسية في الدولة د. عدنان طه الدوري. القانون الدستوري والنظم السياسية. ط 1. الجامعة المفتوحة. طرابلس. 2002. ص 95 وما بعدها.

خلال تغليب إحداها على الأخرى تبعاً للغاية الاجتماعية التي يهدف القانون الأجنبي إلى تحقيقها، وذلك وفقاً لما سَمَّاه بمبدأ أقل القوانين تضحية⁽¹⁾.

ولما كان تطبيق القانون الأجنبي يُعتبر، في نظر الأستاذ بيليه، من مظاهر احترام سيادة دولة ذلك القانون، وإن هذا الاحترام واجب بمقتضى مبادئ القانون الدولي، لذلك فإن قواعد الإسناد وما تقدمه من حلول لتنازع القوانين تعتبر من القواعد الملزمة للدول، وهو ما يحقق عالمية الحلول التي تقدمها تلك القواعد.

ومما يحقق عالمية حلول تنازع القوانين، وإن كان على نحو جزئي، تلك الأفكار التي جاء بها الفقيه الإيطالي مانشيني ومناداته بمبدأ القوميات أو مبدأ الجنسيات، إذ اعتبر هذا الفقيه أن الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي هو التزام قانوني يُمليه العرف والقانون الدولي، فرأى، تعزيزاً لذلك، وجود بعض القواعد الموحدة في فض تنازع القوانين ينبغي على الدولة اتباعها كحُدُدى من واجباتها الدولية، كما أن من واجب الدولة السعي إلى توحيد قواعد الإسناد عن طريق الاتفاقيات الدولية⁽²⁾، ولكن رغم ذلك أنكر بعض الفقهاء على نظرية الأستاذ مانشيني نزعتها العالمية، ورأى فيها أنها تقتصر على حل مشكلة تنازع القوانين بصدد العلاقات فيما بين الأفراد من جنسية واحدة من دون الأفراد ذوي الجنسيات المختلفة، كما أنها، بدعوتها إلى امتداد قانون الجنسية خارج الإقليم، تجعل هذا القانون ذاته عالمياً من دون أن تجعل من قواعد الإسناد عالمية⁽³⁾.

غير أن هذا التوجه في صياغة حلول التنازع لم يُكتب له الدوام، فالطريقة العالمية التي تميز بها جانب من فقه القانون الدولي الخاص حَدَثَ أن صاحبها توجه آخر من قبل الفقهاء تَمَثَّل في هجرهم الطريقة العالمية وعكوفهم على دراسة الحلول التي يقدمها القضاء عندهم في تنازع القوانين، كما صَاحَبَهَا في أوروبا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ميلاديين نشاط حركة التشريع في مشكلة التنازع وتأثيره البالغ على فقه القانون الدولي الخاص⁽⁴⁾، إذ انتقل هذا الفقه من ميدان بناء

(1) يقتضي هذا المبدأ أن يتم التضحية بأحد الوصفين الذين يتصف بهما القانون الوطني، العمومية أو الاستمرار، وذلك تبعاً للغاية الاجتماعية للقانون. فالقوانين التي تهدف إلى حماية المصلحة الجماعية، كالقوانين الخاصة بالملكية، فإن تحقيق الهدف الذي وضعت هذه القوانين من أجله يقتضي أن يغلب بشأنها وصف العمومية في مقابل التضحية بوصف الاستمرار أو الدوام فيقتصر تطبيقها على حدود إقليم الدولة التي صدرت عنها، أما القوانين التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الفردية، كالقوانين المتعلقة بالحالة أو بالأهلية، فإنها تتمتع بوصف الاستمرار ويمكن أن تمتد في تطبيقها إلى خارج إقليم دولتها، ومن ثم يمكن في شأنها التضحية بوصف العمومية وقبول تطبيق قانون أجنبي أمام القاضي الوطني في المسائل التي تحكمها هذه القوانين. A.Pillet, op. cit., p285 ets.

(2) أنظر حول هذه الفكرة آرثر نوسبوم. الوجيز في تاريخ القانون الدولي. ترجمة وتعليق د. رياض القيسي. ط1. بيت الحكمة. بغداد. 2002. ص329-330، وراجع كذلك ما سبق عرضه ص15-16.

(3) وهذا هو رأي الأستاذ الفرنسي باتيفول، انظر في عرضه د. ماجد الحلواني. القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي. جامعة الكويت. 1973-1974. ص281.

(4) في عرض للمراحل التي مرت بها حركة التشريع فيما يتعلق بمسائل تنازع القوانين انظر محمود محمود المغربي. في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة. ط1. المؤسسة الحديثة للكتاب. طرابلس - لبنان. 2007. ص71 وما بعدها.

النظريات إلى ميدان دراسة نصوص التشريع الوطني وبيان أحكامه واستجلاء غموضها أو استكمال ما بها من نقص على ضوء تطبيقها أمام القضاء، فكان من شأن تلك الدراسات التي اعتمدت على نصوص التشريع وأحكام القضاء في كل دولة أن أخذ فقهاء تلك الدول يتلمسون قواعد الإسناد من مصادر وطنية، وينكرون شيئاً فشيئاً إمكانية إفادة هذه القواعد من مصادر دولية، عدا الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي عند من يراه مصدراً للقانون الدولي الخاص⁽¹⁾. وبذلك فقد تحرر هذا الفقه من الطريقة العالمية إلى الطريقة الوضعية في معالجة مشكلة التنازع حتى يومنا هذا. ولعل ما جاء به الأستاذان الفرنسيان نيواييه وبارتان يعتبر من ابرز الأمثلة على غلبة النزعة الوطنية في معالجة هذه المشكلة.

أما فقه الأستاذ نيواييه فإنه يعد امتداداً لمذهب إقليمية القوانين، إذ يرى هذا الفقيه أن مبدأ الإقليمية هو الأساس الضروري للقانون الدولي الخاص، فقانون أية دولة يسري في مجال سيادتها الإقليمية ولا يجاوزها إلى مجال السيادة الإقليمية للدول الأخرى⁽²⁾، لذا فإن حلول تنازع القوانين، في رأيه، ينبغي أن تستخلص على أساس من الواقع في كل دولة، وهو ما يختلف من دولة إلى أخرى، وليس على أساس أفكار مثالية تتجه بهذه الحلول إلى العالمية. وبناءً على ذلك يصل هذا الفقيه إلى أن قواعد الإسناد يجب أن تفيض عن فكرة وطنية من خلال تحوُّ المشرع في كل دولة ما يتفق من هذه القواعد مع مصالح دولته بغض النظر عن كونها مقبولة وصالحة لحل تنازع القوانين عند الدول الأخرى من عدمه⁽³⁾.

وأما فقه الأستاذ إيتين بارتان فإنه ينطلق من فكرة السيادة في تنازع القوانين، كما هو حال فقه الأستاذ بيليه، فهو يعتبر أن التشريع مظهر من مظاهر السيادة، وأن تنازع القوانين يتحلل إلى تنازع بين سيادات الدول المختلفة، وعليه فإن القانون المختص بشأن علاقة معينة هو قانون الدولة التي ترتبط تلك العلاقة بسيادتها أكثر من غيرها⁽⁴⁾. ويرى هذا الفقيه أن حل تنازع القوانين في العلاقة ذات العنصر الأجنبي ينبغي أن يتم وفقاً لما تقتضيه روح النظام القانوني الذي تدخل فيه تلك العلاقة، ولذا فإن من الضروري تحليل العلاقة المعروضة لردها إلى مختلف الأنظمة القانونية في القانون الداخلي، ثم تحديد طبيعة تلك الأنظمة لمعرفة القانون الذي يحكم كلاً منها، وذلك يكون وفقاً لما سمّاه بتكييف الأنظمة القانونية.

فقد رأى الأستاذ بارتان أن تحليل العلاقة ذات العنصر الأجنبي وبيان طبيعة الأنظمة القانونية في القانون الداخلي إنما يتم وفقاً لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع بشأن تلك العلاقة، وهو، بنظرة، ما

(1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 42. ص 67-68.

(3) J.P.Niboyet, op. cit., 15 ets.

(3) د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. ص 87.

(4) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 298. ص 391. وإن كان التصوير الذي قدمه الأستاذ بارتان لتنازع القوانين على أنه تنازع السيادات هو تصوير خاطئ في نظر الفقه الحديث ولم يعد مقبولاً لدى هذا الفقه. انظر المصدر ذاته. فقرة 300. ص 392-393.

أكده القضاء في فرنسا وفي غيرها من دول العالم، إذ درج على ذلك النهج بطريقة ضمنية وغير محسوسة⁽¹⁾.

وكنتيجة لذلك فقد استخلص هذا الفقيه حقيقة هامة مفادها ان من المستحيل عملاً توحيد قواعد الإسناد على النحو الذي كان ينشده أنصار النظرية العالمية لتنازع القوانين، ذلك انه حتى لو تطابقت قواعد الإسناد في دولتين مختلفتين فإن هذا الأمر لا يحول من دون اختلاف حلول تنازع القوانين السائدة في كل منهما، نظراً لاحتمال اختلاف كل من قانوني الدولتين حول تكييف المسألة محل النزاع⁽²⁾. ولهذا تعد نظرية الأستاذ بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي دليلاً على سلامة النظرة الوطنية لقواعد الإسناد وعدم صحة الآراء التي قالت باصطباغ هذه القواعد بالصبغة الدولية، وخصوصاً إذا ما رأينا بأن هذه النظرية هي السائدة في الفقه والقضاء في الأنظمة القانونية المختلفة⁽³⁾.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى ان النظرة الوطنية لقواعد الإسناد لم تقتصر على بلاد القانون المكتوب التي غالباً ما تستمد فيها القاعدة القانونية مصدرها من التشريع الداخلي، بل شملت أيضاً قواعد الإسناد في الأنظمة القانونية لبلاد القانون غير المكتوب، وهي أنظمة تأثرت بفقه المدرسة الهولندية وما تنبأه من فكرة المجاملة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي، وهي فكرة تقوم على اعتبار أن (الدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها على أساس المجاملة وبطريق التبادل مراعاة لصالح الأفراد)⁽⁴⁾.

فعلى الرغم من أن البعض قد ذهب إلى حمل فكرة المجاملة على معنى كون تطبيق القانون الأجنبي منوطاً بمطلق تقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة، إلا ان الفهم الصحيح لهذه الفكرة هو أن المقصود بها التعبير عن حرية المشرع الوطني في السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدم السماح به وفقاً لمقتضيات الملاءمة والضرورة الواقعية⁽⁵⁾، وأخذاً بهذا المعنى فإن فكرة المجاملة ما هي إلا صياغة لوطنية قواعد الإسناد، إذ تقوم هذه الفكرة بدورها في مرحلة وضع قاعدة الإسناد من قبل المشرع أو من قبل القاضي، وليس في مرحلة تطبيقها حتى يُصار إلى القول أن القاعدة خاضعة لتقدير القاضي في التطبيق أو عدم التطبيق.

ثانياً: تبني الوظيفة القانونية لقواعد الإسناد

(2) J.P.Niboyet, op. cit., p.453.

(3) F.Rigaux, La theorie des qualifications en droit international Prive, L.G.D.J., Paris, 1956, p.32.

(3) انظر في تأكيد سيادة نظرية بارتان في التكييف، كريم مزعل شبي. التكييف في تنازع القوانين، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بغداد. 1992. ص 47 وما بعدها.

(4) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 23. ص 37.

(1) J.P.Niboyet, op. cit., p.368 ets.

من خلال التبصر بآراء بعض الفقهاء ممن يستندون في نظرياتهم على فكرة السيادة في تنازع القوانين، ومنهم الأستاذان الفرنسيان بيليه وبارتان، يتبين لنا ان هذا الاتجاه في فقه القانون الدولي الخاص من شأنه ان يضيف على وظيفة قواعد الإسناد صبغة سياسية تبتعد بهذه القواعد عن دورها الحقيقي الذي تمارسه في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁾. فهُم يرون أن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وخلافاً للعلاقات الوطنية الخالية من ذلك العنصر، يكون بشأنها إدعاء من قبل قانون أكثر من دولة الاختصاص بتنظيم هذه العلاقات، وهو ما يؤدي إلى حصول تماس بين الاختصاصات التشريعية للدول التي على صلة بالعلاقة المعنية، ولذلك فان تنازع الاختصاصات التشريعية، أو تنازع القوانين، لا يكون إلا نوعاً من التنازع بين سيادات الدول صاحبة تلك الاختصاصات.

فالأستاذ أنطوان بيليه قد أقام نظريته على فكرة رئيسة تتلخص بضرورة احترام الدول سيادات بعضها البعض كأحد الواجبات الملقة على عاتق تلك الدول في الحياة الدولية المشتركة⁽²⁾. وبناءً على ذلك فان قواعد الإسناد لا تكون لها غير وظيفة سياسية، وهي تحديد السيادة التشريعية الوطنية وعدم ترك ذلك للدول الأخرى، مع ضرورة مراعاة اكبر قدر من الاحترام المتبادل بين تلك السيادات عند إعمال هذه القواعد⁽³⁾. وذاك هو عين الرأي الذي قال به الأستاذ إيتين بارتان حين أسس نظريته في تكييف الأنظمة القانونية على فكرة السيادة ذاتها، مُعتبراً أن تنازع القوانين يتحلل إلى تنازع بين سيادات الدول المختلفة، وان وظيفة قواعد الإسناد هي حل ذلك التنازع بين السيادات، أو تحديد مدى امتداد السيادات التشريعية للدول المختلفة من حيث المكان⁽⁴⁾. وزيادة على هاتين النظريتين نجد أن فكرة السيادة لم تغب عن ذهن الأستاذ الايطالي ما نشيني حين أقام نظريته في فض تنازع القوانين على أحد المبادئ السياسية وهو مبدأ القوميات ناظراً أن كل دولة إنما تشرع أساساً من أجل الأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسياتهم، فيكون قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها هو الواجب التطبيق على هذا الشخص من دون أي قانون آخر⁽⁵⁾.

ولعلّ مما يدعم القول بالوظيفة السياسية لقواعد الإسناد ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن وظيفة هذه القواعد هي فض تداخل مجالات انطباق القوانين الموضوعية للدول المختلفة⁽⁶⁾، على اعتبار أن ما يُصطلح عليه تنازع القوانين هو في حقيقته تداخل بين مجالات انطباق تلك القوانين. وكذلك ما قال به البعض من أن قواعد الإسناد من شأنها أن تمنح الاختصاص التشريعي لقانون معين ليحكم العلاقة ذات

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 25. ص 32-33.

(2) د. ماجد الحلواني. مصدر سابق. ص 282-283.

(4) A.Pillet, op. cit., p76.

(4) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 298. ص 391.

(5) د. جابر جاد عبد الرحمن. مصدر سابق. فقرة 306. ص 471-472.

(6) من القائلين في مصر بفكرة تداخل مجالات انطباق القوانين د. عنايت عبد الحميد ثابت. بعض دروس في تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون المصري. من دون نشر. 2000. ص 17-18 من المستهل.

العنصر الأجنبي⁽¹⁾، أو ما رآه البعض الآخر من أن وظيفة هذه القواعد هي حل تنازع القوانين من حيث المكان⁽²⁾.

كما إن مما يدعم إضفاء الصبغة السياسية على قواعد الإسناد تلك الآراء التي تعتبر هذه القواعد من قواعد القانون العام لكونها تهدف إلى تحديد مدى ولاية القانون، وبالتالي مدى امتداد السيادة التشريعية من حيث المكان، وذلك باعتبار أن قواعد القانون العام تنظم كل ما يتصل بسلطان الدولة التي تمارس مظاهر السيادة، وإن مهمة قواعد الإسناد هي الفصل بين القواعد التي تصدر عن السلطات التشريعية في الدول التي على صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي⁽³⁾.

وينطلق هذا النظر من نقطة بداية قوامها وجوب التفرقة بين طبيعة الأنظمة التي تشكل موضوع قواعد الإسناد، وهذه قد تتعلق بالقانون الخاص أو بالقانون العام، وبين الأسلوب الفني لتنظيم تلك الأنظمة في العلاقات الخاصة الدولية، وهو يتعلق في كافة الحالات بالقانون العام. فالتنازع، سواء أكان بين قواعد القانون الخاص أم بين قواعد القانون العام، إنما ينتهي بتحديد مجال سلطان القوانين الأجنبية بالنسبة للقوانين الوطنية⁽⁴⁾، أي تحديد مدى سيادة السلطة التشريعية الوطنية ومدى سيادة السلطة التشريعية الأجنبية وإقامة حد فاصل بين نطاقي السلطتين، وهذا ليس إلا من أبحاث القانون العام.

وفي واقع الحال لا يمكن التسليم المطلق بتلك الآراء التي تقول بالوظيفة السياسية لقواعد الإسناد في مجال تنازع القوانين. فالقول بأن وظيفة قواعد الإسناد حل التنازع بين سيادات الدول التي على صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي على نحو يحقق أكبر قسط من الاحترام لسيادة الدولة التي تم تحديد قانونها ليكون هو الواجب التطبيق يوحى بأن الأمر يتعلق بتنازع مصالح عامة للدول المعنية يتم فضه باختيار قانون الدولة التي لها مصلحة أكثر من غيرها في أن يطبق قانونها على العلاقة مثار النزاع، في حين إن المشكلات التي تعنى بحلها قواعد الإسناد لا تمس مصالح الدول بشكل مباشر، بل إنها تتصل أساساً بالمصالح الخاصة للأفراد، وحل هذه المشكلات إنما يتم باختيار القانون الملائم بالنسبة لتلك المصالح الخاصة ومن دون اعتبار للمصالح الذاتية للدول ذات الصلة بالعلاقة⁽⁵⁾.

وكذلك في القول بأن مهمة قواعد الإسناد هي فض تداخل مجالات انطباق القوانين الموضوعية للدول المختلفة، أو هي فض تنازع القوانين من حيث المكان، فهذه الأقوال تخالف ما هو عليه الواقع القانوني. وذلك أن القانون بمعناه العام يصدر وله نطاق نفاذ محدد سلفاً من حيث المكان، إذ يسري في نطاق إقليم الدولة التي صدر عنها، فلكل دولة سلطان واختصاص تشريعي ينحصر داخل حدود إقليمها،

(1) انظر في الفقه المصري د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 12. ص 8-9.

(2) قال به في مصر د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 3. ص 8.

(5) J.P.Niboyet, op. cit., p.56 ets.

(4) د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. ص 47. وسيأتينا فيما بعد أن قواعد القانون العام قد دخلت أخيراً ميدان التنازع الدولي للقوانين إلى جانب قواعد القانون الخاص. راجع ما يأتي ص 154 وما بعدها.

(1) D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.171 ets.

وهي تحترم ذلك وفقاً لما تمليه أحكام القانون الدولي العام، وعلى ذلك ليس هناك مبدئياً أي تدخل بين مجالات انطباق قوانين الدول المختلفة⁽¹⁾. زيادة على أن أية دولة إنما تهتم قبل كل شيء بتطبيق قوانينها من قبل أجهزتها الوطنية، وهي لا تعبأ كثيراً إن تم تطبيق تلك القوانين من جانب الأجهزة والسلطات الأجنبية⁽²⁾.

وأما الرأي القائل بانتساب قواعد الإسناد إلى فرع القانون العام فهو رأي تعرّض إلى العديد من الانتقادات، إذ رد الفقهاء على حجج أصحابه من جهات متعددة، أولها أن قواعد الإسناد لا تكون من القانون العام إلا في حالة اعتبارها قواعد اختصاص تشريعي⁽³⁾، أي تمنح الاختصاص للقانون الذي تعينه لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وهذا أمرٌ مرفوض بالنظر إلى أن قواعد الإسناد لا تمنح أية سلطة إلى الجهاز الذي سنّ القانون الذي تحدده ليكون هو القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁾.

والثانية إن اعتماد الوظيفة السياسية لقواعد الإسناد بناءً على اعتبار هذه القواعد من القانون العام يقود في الواقع إلى القول بأن جميع قواعد القانون العام تؤدي وظيفة سياسية⁽⁵⁾، وهو قول فيه الكثير من التجاوز، إذ إن بعض قواعد القانون العام وظيفتها تنظيم علاقات الأفراد أو الأشخاص الخاصة فيما بينهم أو مع أجهزة الإدارة، كعقود الأشغال والمقاولات العامة، وهو تنظيم لا ينطوي على أي جانب سياسي.

والثالثة إن تنازع القوانين لا يقتصر على جهة القانون العام لكي يكون القول بتعميم حالات تنازع القوانين العامة على صفة قواعد الإسناد⁽⁶⁾، بل إن التنازع يقوم في دائرتي القانون الخاص والقانون العام، وهو يقوم غالباً في القانون الخاص أكثر منه في القانون العام، كما هو الأمر في تنازع القوانين المدنية أو التجارية أو قوانين الأحوال الشخصية. ولربما كان من شأن هذا الاعتبار أن يؤدي إلى القول بدخول قواعد الإسناد في نطاق القانون الخاص، وهذا فعلاً ما ذهب إليه رأي في فقه القانون الدولي الخاص مؤسساً ذلك على أساس النظر إلى طبيعة المسائل التي تحكمها قواعد الإسناد⁽⁷⁾، ذلك أن تنازع القوانين، بحسب رأيهم، لا يعرض إلا في نطاق مسائل القانون الخاص، كمسائل الزواج أو الرابطة التعاقدية أو اكتساب الحقوق العينية، فتستخدم قواعد الإسناد حينئذٍ كوسيلة فنية للتعرف على الأحكام الموضوعية الواجب تطبيقها على المسائل المعروضة.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 30. ص 37-38.

(3) D.Holleaux, J.Fouer et G.de la Pradelle, op. cit., p.172-173.

(3) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص 209.

(5) D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.183.

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 31. ص 39.

(6) د. ماجد الحلواني. مصدر سابق. ص 34.

(7) من القائلين بهذا الرأي في الفقه العراقي د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 274، وفي الفقه المصري د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 50. ص 65 وبالأخص هامش رقم 2 من الصفحة ذاتها.

ولكن مع ذلك فقد نادى رأي في الفقه الحديث بعدم إمكانية القطع باعتبار قواعد الإسناد من القانون العام أو من القانون الخاص⁽¹⁾، مؤسسين رأيهم على أن تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص هو تقسيم مصطنع ولا يقوم على أساس سليم، وذلك بالنظر إلى التطور الذي حصل في مفهوم الدولة وتزايد دورها في ممارسة أنشطة كانت تعد في السابق من صميم النشاط الفردي، وإصدارها لقواعد ذات طبيعة مختلطة يصعب تصنيفها بين القانون العام والقانون الخاص⁽²⁾.

ورغم أن قواعد الإسناد لا تضع تنظيمًا مباشرًا لمراكز أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي، إلا أنها تعد وسيلة للوصول إلى هذا التنظيم عن طريق بيان القانون الواجب التطبيق لحكم تلك العلاقات، ولذلك يجب أن تكون طبيعة قواعد الإسناد كطبيعة القواعد التي تحيل إليها والتي تطبق لحكم العلاقات مثار النزاع. وهذا بحق ما دفع الاتجاه الحديث إلى القول بالطبيعة المختلطة لقواعد الإسناد، وذلك على أساس اتصالها بالقانون الخاص من ناحية، وبالقانون العام من ناحية أخرى، فهي تعتبر قواعد عامة إذا أدت إلى تطبيق قانون عام، وهي قواعد خاصة إذا أشارت بتطبيق أحد القوانين الخاصة.

وبناءً على جميع ما تقدم فإنه لا مناص من التسليم بالوظيفة القانونية لقواعد الإسناد، والتي تتمثل بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية عن طريق اصطفاء القانون الملائم والمناسب لتلك العلاقات سواء أكان قانوناً أجنبياً أم وطنياً، ووفقاً لمقتضيات الأمان القانوني والعدالة، وذلك باعتبار أن هذه القواعد تعكس نصيب الدولة التي أصدرتها في مساهمتها مع غيرها من الدول الأخرى في ذلك التنظيم، مع غياب السلطة العالمية التي تملك وضع القوانين العامة التي تنظم حياة الأفراد في المجتمع الدولي⁽³⁾. كما أن من وظيفة قواعد الإسناد، زيادة على ذلك، تقديم الأساس المقبول لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فهي انعكاس لتسامح المشرع الوطني في تطبيق سلطاته الوطنية للقانون الأجنبي، وذلك في الوقت الذي تتمتع فيه كل دولة بسلطاتها المستقلة في وضع القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد داخل حدودها الإقليمية استناداً لمبدأي إقليمية القوانين وممانعية الاختصاص التشريعي للذات على أساسهما يتمتع على الدولة أن تضع قوانينها لتكون نافذة في إقليم دولة أخرى⁽⁴⁾. وباعتماد الفقه الحديث للوظيفة القانونية لقواعد الإسناد في ميدان تنازع القوانين تتجلى الصفة الوطنية لهذه القواعد بشكل لا يقبل الإنكار.

وإذ تأكد لنا الطابع الوطني لقواعد الإسناد، فإن من المفترض أن تتأكد، تبعاً لذلك، الآثار المترتبة على هذا الطابع. وأول هذه الآثار هو ضرورة تمشي قواعد الإسناد مع المبادئ الدستورية السائدة في الدولة التي أصدرتها، فباعتبار قواعد الإسناد قواعد قانونية وطنية فلا بد لهذه القواعد ذاتها وللقانون

(1) انظر في الفقه المصري د. هشام خالد. مصدر سابق. ص 212-213، د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 31. ص 40.

(2) راجع في ذلك ما يأتي ص 155 وما بعدها.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 32. ص 43-44.

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 30-31.

الأجنبي الذي تشير إليه من أن تحترم تلك المبادئ الدستورية، وذلك بأن لا تعتمد ضابطاً للإسناد على خلاف الدستور، وأن لا تؤدي كذلك إلى أعمال قانون أجنبي ينطوي على أحكام مخالفة لتلك المبادئ.

وهذا الأثر الذي يترتب على الصفة الوطنية لقواعد الإسناد أثاره جانب من فقه القانون الدولي الخاص في خصوص قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني المصري⁽¹⁾، والتي تعتبر، برأي الفقه المذكور، مخالفة لأحكام الدستور المصري الصادر عام 1972، وخصوصاً تلك القواعد التي تتخذ من جنسية الزوج، من دون الزوجة، ضابطاً للإسناد إلى القانون المختص⁽²⁾، وهي بذلك تخالف ما يضمنه الدستور بموجب المادتين 11 و40 من مبدأ المساواة بين المرأة والرجل. وهذا أمرٌ يمكن ملاحظته أيضاً بالنسبة لبعض قواعد الإسناد التي أوردها التشريع العراقي، ومنها ما جاءت به المادة 19 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 بفقرتيها 2 و3 وذلك مقارنة بالمادة 14 من الدستور العراقي لعام 2005، وهو ما يمكن لمشرعنا الإلتفات إليه في التعديلات اللاحقة لأحكام قواعد الإسناد في القانون المدني.

والأثر الثاني المترتب على الطابع الوطني لقواعد الإسناد هو خضوع الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد لرقابة المحكمة العليا، فإذا ما أخطأت محكمة الموضوع في ذلك التطبيق ولم تهتد إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، فلا خلاف في أن المحكمة العليا تستطيع أن تبسط ولايتها على هذه القاعدة باعتبار أنها جزء من القانون الداخلي، شأنها شأن سائر القواعد الوطنية الأخرى⁽³⁾. وفرض الرقابة على تطبيق قواعد الإسناد يستوي فيه أن تكون محكمة الموضوع قد أخطأت فطبقت قانونها الوطني حيث يجب تطبيق قانون أجنبي، أو أن تكون قد طبقت قانوناً أجنبياً في وقت يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق، أو أن تكون المحكمة قد طبقت قانوناً أجنبياً حيث يثبت الاختصاص لقانون أجنبي آخر⁽⁴⁾. كما وتباشر المحكمة العليا رقابتها على أعمال قاعدة الإسناد أياً كان مصدر هذه القاعدة، سواء وردت في تشريع أو في معاهدة نافذة، أو حتى لو لم تكن قاعدة مكتوبة، مادام أنها ضمن السياسة التشريعية الوطنية في الدولة.

وزيادة على ذلك فانه يفترض في الصفة الوطنية لقواعد الإسناد ان ترتب أثراً ثالثاً يتمثل في التزام القاضي الوطني بالإعمال التلقائي لهذه القواعد متى توافرت لديه شروط إعمالها. فما دامت قواعد الإسناد قواعد قانونية من صنع المشرع الوطني، وأن المشرع يوجه خطابه بشكل مباشر إلى القاضي الوطني، فان من المتعين ان يقوم هذا القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك

(1) ممن تطرق إلى هذا الموضوع د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 50. ص 31.

(2) وهي قواعد الإسناد الواردة في المادة 13 بفقرتيها 1 و 2 من القانون المدني رقم 131 لعام 1948.

(3) د. عبد الرزاق عبد الوهاب. الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية. دار الحكمة. بغداد. 1991. ص 90-91، د. عز الدين عبد الله. طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. تعليق على حكمي محكمة النقض المصرية في 14 نيسان 1970. المجلة المصرية للقانون الدولي. الجمعية المصرية للقانون الدولي. المجلد السادس والعشرون. 1970. ص 186.

(4) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 375. ص 481-483.

الخصوم بإعمالها، وذلك نزولاً على الطابع القانوني الملزم للقواعد القانونية بصفة عامة ومن بينها قواعد الإسناد. ولكن مع وجهة الاعتبار المتقدم فإن هذا الأثر لم يكن محل إجماع الأنظمة القانونية في الدول المختلفة، إذ اتخذت منه تلك الأنظمة مواقف متباينة، وبالتالي تباينت المواقف في شأن صفة الإلزام التي تتمتع بها قواعد الإسناد وذلك بين مُقَرِّ بها ومُنكِر لها، وهذا ما يدعونا إلى البحث في هذه الصفة بشكل مفصل سعياً منا لإثبات الاتجاه الأكثر توافقاً مع طبيعة قواعد الإسناد وهو الموضوع الذي نتعرض له في الصفحات التالية

المطلب الثاني

الخلاف حول الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد

من الثابت أن القاضي إذا ما عُرض عليه نزاع وطني بحث مجرد من العنصر الأجنبي وجب عليه الفصل في هذا النزاع ورد الاعتداء على الحق المُدعى به من خلال تطبيق أحكام القواعد القانونية في قانونه، ويكون ذلك تنفيذاً للالتزام مُلقًى على عاتق القاضي بتطبيق القانون، ويُعد في حال مخالفته لهذا الالتزام منكراً لأداء العدالة وتترتب عليه مسؤوليته القانونية. هذا في النزاعات الوطنية، أما في النزاعات الخاصة الدولية فالأمر مختلف جداً، ففي هذه النزاعات هناك مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق، وهو اختيار يتم عن طريق إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، وإن القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة ليحكم المسألة مثار النزاع قد يكون قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً، وهذا الأمر يثير مشكلة أخرى هي مشكلة التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد التي تنطبق على النزاع المعروض، وذلك فيما لو كان القانون الذي تختاره القاعدة هو قانون إحدى الدول الأجنبية، ولم يتمسك الخصوم في الدعوى بإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

وإزاء هذه المشكلة فقد انقسمت الأنظمة القانونية في الدول المختلفة إلى اتجاهين متقابلين، أحدهما يذهب إلى عدم التزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه، أما الآخر فيرى التزام القاضي بإعمال هذه القواعد من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم. وتماشياً مع تلك المواقف فإننا سنقسم دراستنا لهذا الموضوع إلى فرعين نتناول في كل واحد منهما واحداً من الاتجاهين المذكورين.

الفرع الأول

الاتجاه المناهض لصفة الإلزام في قواعد الإسناد

يذهب جانب من فقه القانون الدولي الخاص في فرنسا إلى إنكار الطابع الملزم لقواعد الإسناد، وهذا الرأي الذي يتزعمه الفقيه هنري باتيفول يرى أن أساس القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد هو تعلق

القاعدة بالنظام العام، في وقت يرفض فيه اعتبار كافة قواعد الإسناد من النظام العام⁽¹⁾. وأساس هذا النظر أن قواعد الإسناد تختلف عن عموم القواعد القانونية الأخرى وذلك من منظور أن القاعدة القانونية عموماً تستهدف إقامة النظام في المجتمع عن طريق وضع أحكام سلوكية يلتزم بها الأشخاص المخاطبون بتلك القاعدة في علاقاتهم الاجتماعية والاقتصادية، وهذه الغاية لا يمكن إدراكها إلا بوجود شعور عام لدى الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية بضرورة احترامها، وبهذا تكتسب القاعدة صفة الإلزام التي ترتبط عادةً بفكرة الجزاء المرصود لمن يخالف تلك القاعدة.

أما قواعد الإسناد، فإنها، بحسب هذا الرأي، ليست كغيرها من القواعد القانونية، فموضوع هذه القواعد ليس تأكيد أو إنكار الحق المتنازع عليه، وإنما هو تحديد القاعدة القانونية الموضوعية التي تحكم النزاع على ذلك الحق، ولذلك فإن قواعد الإسناد ليست قواعد قانونية حقيقية، فهي لا تُفرض على القاضي في النزاعات الدولية بنفس القوة التي تُفرض بها القاعدة القانونية الموضوعية في النزاعات الداخلية، ولكي تكتسب قاعدة الإسناد القيمة القانونية الكاملة فإنها ينبغي أن ترتبط بالنظام العام⁽²⁾. ووفقاً لهذا الرأي فإن قاعدة الإسناد لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي، وبذلك لا يلتزم القاضي، في هذه الحالة، بتطبيقها تلقائياً ما لم يتمسك الخصوم في الدعوى بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه تلك القاعدة⁽³⁾.

غير أن القائلين بهذا النظر، ومنهم الأستاذ باتيفول، قد تنبهوا فيما بعد إلى الخطر الذي يترتب على إطلاق حرية القاضي في تطبيق قواعد الإسناد أو عدم تطبيقها في الحالات التي تشير فيها هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي، فمُنح القاضي هذه الحرية يؤدي إلى تمكين الخصوم من التحايل، وذلك عن طريق فسح المجال أمامهم لتحديد القانون الذي سينطبق على النزاع من خلال اختيار المحكمة التي يعلمون مقدماً أنها ستطبق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسها أو اختيار تلك التي لا تطبق هذه القاعدة وفقاً لما تمليه مصالحهم الخاصة. فترتب على ذلك أن عدل الأستاذ باتيفول عن رأيه السابق مقررراً وجوب النظر إلى قاعدة الإسناد نفسها وليس إلى ما يؤدي إليه أعمال هذه القاعدة من تطبيق القانون الوطني أو

(1) د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1968. فقرة 110 وما بعدها. ص 128 وما بعدها.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 73. ص 80.

(3) إن مشكلة التزام القاضي أو عدم التزامه بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية لا تنحصر على العموم إلا بتوافر شرطين، الأول أن تشير قاعدة الإسناد المعنية باختصاص قانون أجنبي، إذ لو أشارت باختصاص قانون القاضي لكان الأخير ملزماً بإعمال القاعدة وتطبيق القانون الوطني الذي أشارت إليه. أما الشرط الثاني فهو عدم تمسك الخصوم في الدعوى بإعمال قاعدة الإسناد، فلو تمسكوا بها لا يكون أمام القاضي مفر من تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة في قانونه، أما لو لم يتمسكوا بتطبيق قاعدة الإسناد تجاهلاً منهم أو نسياناً للطابع الدولي للنزاع، فعند ذاك يثور التساؤل حول ما إذا كانت قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي أم أن تطبيقها لا يعدوا أن يكون مجرد رخصة تخضع لمحض تقديره. د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 230.

الأجنبي⁽¹⁾، واعتبر ان قاعدة الإسناد تعد من النظام العام إذا تعلقت بإحدى المسائل التي تأخذ طابع النظام العام في إطار القانون الداخلي والتي لا يجوز للأفراد استبعاد الأحكام المنظمة لها. وانتهى بذلك إلى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في هذه الحالات من تلقاء نفسه. وذلك ما لم تكن قاعدة الإسناد صادرة عن اتفاقية دولية، إذ يصار عندها إلى أعمال هذه القاعدة من دون النظر إلى تعلقها أو عدم تعلقها بالنظام العام. وقد لقي هذا الرأي تأييداً لدى جانب كبير من الفقه الفرنسي⁽²⁾.

وزيادة على الحجة السابقة التي قوامها عدم تعلق قواعد الإسناد الوطنية بالنظام العام حين تشير باختصاص قانون أجنبي، فقد قدم الفقه الرافض لقيام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه حجة أخرى يمكن وصفها بأنها حجة ذات طابع عملي، وقوام هذه الحجة أن عدم إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد يترتب عليه بالضرورة إعفاءه من البحث عن مضمون القانون الذي تشير إليه تلك القاعدة فيما لو كان قانوناً أجنبياً⁽³⁾، وذلك أن تطبيق القانون الأجنبي يبدو صعباً على القاضي بسبب جهله به في معظم الأحوال، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تلافي النتائج غير المحمودة التي تترتب على عدم استطاعة القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، زيادة على سرعة الفصل في النزاع المعروض على القضاء. وهذا الاتجاه المُنكر لصفة الإلزام في قواعد الإسناد هو ذاته الإتجاه السائد في أنظمة القانون غير المكتوب، وفي طليعتها النظام القانوني الانكليزي⁽⁴⁾، وهو ما يفسره موقف هذه الأنظمة من دور القاضي الوطني في الخصومة المدنية بشكل عام، وموقفها كذلك من مسألة إثبات القانون الأجنبي. فالقاضي في النظام القانوني الانكليزي لا يتمتع بأي دور إيجابي في إدارة الخصومة المدنية فيما يتعلق بإثبات الوقائع، وينحصر دوره في مراقبة مدى احترام الأطراف للمبادئ التي تحكم الدعوى، وذلك في الوقت الذي يعترف فيه هذا النظام لإرادة الخصوم بكامل الحرية في الإثبات، سيما فيما يتعلق

(1) د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء، بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. العدد الثاني. السنة الرابعة عشر. 1972. ص398، وفي هامش 19 من ذات الصفحة تشير إلى H.Batiffol, Traite elementaire de droit international prive, 3eme ed., Paris, 1959, p.391 et p.404.

(2) من الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي في فرنسا Goldman و Malaurie و Motulsky ذكرهم د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مصدر سابق. هامش 4. ص136.

(1) D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.221.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (المبادئ العامة في تنازع القوانين). ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2005. ص34-35، د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء. المصدر السابق. ص391-392.

(3) انظر في ذلك A.V.Dicey and J.C.H.Morris, op.cit.,p.226.

بالوقائع. زيادة على ذلك فإن القانون الأجنبي، وفقاً لما هو سائد في القانون الانكليزي، يُعامل معاملة الواقع من حيث كيفية إثباته والتعرف عليه، ولذلك يتعين على أطراف النزاع إثباته والتمسك به⁽¹⁾.

ونقطة البداية في موقف النظام القانوني الانكليزي من القانون الأجنبي هي التسليم بافتراض توافق القانون الأجنبي مع القانون الوطني في أحكامه الموضوعية، وأن من يدعي من الخصوم خلاف ذلك عليه أن يتكفل بإثبات ما يدعيه، فإن عجز عن الإثبات حينها يتم اعتبار القانون الأجنبي مطابقاً للقانون الانكليزي ويجري الفصل في الدعوى بتطبيق أحكام القانون الأخير⁽²⁾. وهذا ما يجعل القاضي الوطني يقوم بتطبيق أحكام قانونه الموضوعية بشكل تلقائي على كل ما يعرض عليه من النزاعات ذات العنصر الأجنبي ما لم يتم الخصوم بتقديم الدليل على اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني. ولذلك فقد استقر القضاء الانكليزي على عدم الاعتراف بقواعد الإسناد من الناحية الفعلية واللجوء إلى تطبيق أحكام القانون الانكليزي في جميع النزاعات التي يعجز فيها الخصوم عن إثبات عدم تطابق القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي⁽³⁾.

أما القضاء في فرنسا فقد سلك بادئ الأمر ما أكدته الفقه الفرنسي من عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ما لم تتعلق هذه القاعدة بمسألة تُعد من النظام العام في النظام القانوني الداخلي، وهو المسلك الذي ظهر بشكل واضح في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 أيار 1959 في قضية Bisbal الشهيرة، والذي جاء في حيثياته أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حينما تشير باختصاص أحد القوانين الأجنبية، بمعنى أن على الخصوم أن يطلبوا تطبيق هذا القانون، ولا يمكن أن يعاب على قاضي الموضوع عدم تطبيقه القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ورجوعه إلى القانون الداخلي الفرنسي الذي له قابلية حكم كافة علاقات القانون الخاص⁽⁴⁾. وهذه الصيغة قد وردت في عدة أحكام أخرى صادرة عن محكمة النقض⁽⁵⁾.

والواضح من موقف القضاء الفرنسي في هذه المرحلة أن قواعد الإسناد لا تتمتع بصفة الإلزام إلا إذا أشارت إلى قانون القاضي، وهو القانون الفرنسي، أما إذا أشارت القاعدة إلى قانون أجنبي، فإن تلك الصفة تنفك عن قاعدة الإسناد، والإعمال التلقائي لهذه القاعدة لا يشكل عندئذ التزاماً على عاتق القاضي

وينبغي الإشارة إلى أن تشبيه القانون الأجنبي بالواقع في النظام القانوني الانكليزي ليس من حيث الطبيعة، (إذ لا يمكن تصور تطبيق الواقعة على وقائع)، وإنما هو لغرض التسوية بينهما في المعاملة من حيث الإثبات ومن حيث رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضي لهما. د. شمس الدين الوكيل. دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. العددان الأول والثاني. السنة الثانية عشرة. 1962-1963. ص79.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص231.

(3) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص35.

(4) الحكم منشور في Rev. crit., 1960, p.62, note Batiffol. أشار إليه د. هشام على صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. هامش3. ص256 مع بيان مضمون الحكم.

(5) ومن هذه الأحكام Cass. civ., 2 mars 1960, affaire cie algerienne de credit et de Banque, Rev. crit., 1960, p.97, note Batiffol. أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق.

هامش7. ص77.

وإنما مجرد رخصة ممنوحة له، إن شاء استعملها وطبق أحكام القانون الأجنبي المختص، أو إن شاء تركها وأعمل أحكام قانونه الوطني.

إلا أن مسلك القضاء الفرنسي هذا وفسحه المجال أمام قضاة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم أو عدم تطبيقه أثار انتقادات واسعة من الفقه الفرنسي، وذلك على اعتبار أن ترك أمر تطبيق قواعد الإسناد لتقدير قاضي الموضوع بناءً على مشيئته يؤدي إلى ازدواجية غير مبررة في حلول تنازع القوانين، زيادة على مناقضته للعدالة في ظل غياب رقابة المحكمة العليا على هذا المسلك، وهو ما من شأنه تشجيع الأفراد على التحايل على أحكام القانون المختص⁽¹⁾. وأمام الانتقادات التي واجهت القضاء الفرنسي فقد عدلت محكمة النقض عن مذهبها في مرحلة أخرى جديدة وذلك بأن حثت من الإطلاق الذي كان عليه حكم Bisbal. فمع أن المحكمة قد تبنت في هذه المرحلة ذات المبدأ الذي وضعه الحكم المذكور بالإعمال الجوازي لقواعد الإسناد وذلك من خلال عدم إلزام القاضي بإعمال هذه القواعد من تلقاء نفسه مع عدم منعه من هذا الإعمال، إلا أن هذه المرحلة قد اتسمت بظهور استثناءين على هذا المبدأ يكرسان الإعمال الإلزامي والتلقائي لقواعد الإسناد حتى لو أشارت هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي، وذلك على ما يُستنبط من مفهوم المخالفة من بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، الاستثناء الأول إذا كان النزاع يتعلق بحق من الحقوق التي لا يملك الأشخاص التصرف فيها، والثاني إذا كانت قاعدة الإسناد ذات مصدر اتفاقي⁽²⁾.

وعلى الرغم من وجهة الحجج التي استند إليها الاتجاه المُنكر لخصيصة الإلزام في قواعد الإسناد، ومصادقية الحجة ذات الطابع العملي في بعض الأحيان، إلا أن هذه الحجج لم تسلم من النقد من جانب الفقه الحديث، والذي رأى، خلافاً لأنصار الاتجاه الأول، أن قواعد الإسناد قواعد ملزمة ويتعين على القاضي إعمالها من تلقاء نفسه من دون حاجة إلى طلب الخصوم. وهذا ما سوف نراه فيما يلي.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لصفة الإلزام في قواعد الإسناد

أشرنا إلى أن الاتجاه الذي ظهر في القانون الدولي الخاص بإنكار صفة الإلزام على قواعد الإسناد قد تعرض لهجمات انتقادية واسعة من قبل الفقه أزلت هذا الاتجاه عن موقع الصدارة التي كان يحتلها في بعض الأنظمة القانونية ومنها النظام القانوني الفرنسي، وهو ما ظهر من خلال التطور النسبي الذي حصل في قضاء محكمة النقض الفرنسية باتجاه الحد من الإطلاق الذي كان عليه قضاء هذه المحكمة في اعتبار قواعد الإسناد غير ملزمة عندما تشير باختصاص القانون الأجنبي. ويمكننا، ونحن في معرض

(1) في الانتقادات الموجهة لمسلك القضاء الفرنسي راجع ما ذكره في الصفحات التالية.

(2) انظر في بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض في هذا الاتجاه، د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. هامش 3. ص 235.

الكلام عن الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص، أن نجمل تلك الانتقادات التي تعرض لها الاتجاه السابق وذلك في النواحي التالية.

فمن ناحية أولى، ان القول بتعلق قواعد الإسناد بالنظام العام عند إشارتها بتطبيق القانون الوطني وعدم تعلقها بالنظام العام إذا أشارت بتطبيق أحد القوانين الأجنبية يضيف على قواعد الإسناد صبغة سياسية. فهذا القول يوحي بأن الهدف الذي يبتغيه المشرع من وراء سنّه لقواعد الإسناد لا يتعدى الاهتمام بمصالح الوطنيين، وهذا في حد ذاته مما يتعارض مع حكمة التشريع⁽¹⁾، في حين ان المشرع الوطني، وإن كان يهدف من وراء تنظيمه لقواعد الإسناد تحقيق مصالحه الوطنية، إلا أن الأمر لا ينحصر بهذه المصالح، بل إن هناك أهدافاً أخرى يبتغيها المشرع من وراء قواعد الإسناد، منها تحقيق العدالة وتحقيق مصالح معينة تُعد حيوية للدولة، كتشجيع الهجرة من الإقليم أو إليه، أو التطلع لمعاملة الوطنيين في الخارج بالمثل، ولا شك أن التزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد وتطبيق القوانين الأجنبية التي تشير إليها على العلاقات ذات العنصر الأجنبي يستجيب إلى مثل هذه المصالح، وهو أمر يدخل في صميم السياسة التشريعية⁽²⁾.

ومن ناحية ثانية، انه ليس من المنطقي الربط بين التزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه من جهة، وبين تعلق هذه القواعد بالنظام العام، أي اعتبارها من القواعد الآمرة من جهة أخرى. وليس من المنطقي كذلك تعليق اكتساب قواعد الإسناد كامل قيمتها القانونية على شرط ارتباطها بالنظام العام. فهذا الموقف الذي اعتمده جانب من الفقه والقضاء مُنتقد من وجهين.

فهو أولاً يتضمن خطأً بين صفة الإلزام في القواعد القانونية بشكل عام وبين تعلق هذه القواعد بالنظام العام أو عدم تعلقها به. ذلك أن صفة الإلزام هي من الصفات الملازمة لجميع القواعد القانونية من دون فرق بين القواعد المتعلقة بالنظام العام، أي القواعد الآمرة، وبين القواعد الأخرى غير المتعلقة به، أي القواعد المكملّة⁽³⁾، إذ لا تفاوت بين صفة الإلزام في كلا النوعين من القواعد، ذلك (لأن الإلزام عنصر أساسي في القاعدة القانونية بصفة عامة سواء كانت قاعدة قانونية أمرة أو مكملّة) وإن توقف تطبيق القواعد المكملّة على عدم اتفاق الأشخاص على ما يخالف أحكامها لا يعني أنها (ليست قواعد قانونية ملزمة، ولكن لأن شرطاً من شروط تطبيقها قد تخلف)⁽⁴⁾. وقد لا يكون من المغالاة القول أن القاعدة الغير ملزمة ليست قاعدة قانونية بالمرّة، إذ لا يمكن للقاعدة أن تؤدي وظيفتها في توفير الأمان والاستقرار للعلاقات القانونية في الوقت الذي يكون فيه القاضي والأفراد في جُلٍّ من احترامها.

(1) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 68. ص 257.

(2) د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مصدر سابق. فقرة 112. ص 132-133.

(3) د. توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية. ط 1. الدار الجامعية. بيروت. 1988 ص 13.

(4) د. مصطفى مصباح شلييك. مصدر سابق. ص 72. وفي المعنى ذاته د. منذر الشاوي. فلسفة القانون. المجمع العلمي العراقي. بغداد. 1994. ص 170-171.

وثانياً إنَّ هذا الاتجاه قد قسم قواعد الإسناد إلى طائفتين، إحداهما تتعلق بالنظام العام والأخرى لا تتعلق به، خصوصاً القواعد التي تشير باختصاص قانون أجنبي، ويؤخذ على هذا التقسيم أنه، وعلى فرض التلازم ما بين تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام وبين كونها ملزمة، وهو الفرض الذي ثبت خطؤه آنفاً، فإنه لا يصح القول بأن هناك من قواعد الإسناد ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما لا يتعلق به، إذ أن الحقيقة، كما يقرره فقه القانون الدولي الخاص، أن كافة قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام من دون استثناء⁽¹⁾، لأن هذه القواعد تصدر عن جملة اعتبارات خاصة ترتبط بسياسة التشريع. فإخضاع المشرع مسألة معينة من مسائل القانون الخاص لقانون معين إنما يكون بناءً على اعتقاد منه بأن هذا القانون هو أصلح القوانين لحكم تلك المسألة في الوضع الذي تكون فيه منطوية على عنصر أجنبي.

فقد ينظر المشرع إلى القانون الواجب التطبيق بوصفه أكثر القوانين إيفاءً بمقتضيات العدالة، أو أقرها على تحقيق إحدى المصالح الحيوية للدولة، أو أن يكون في تطبيق هذا القانون توفير للأمان القانوني المتمثل في الحفاظ على توقعات الأفراد في علاقاتهم الدولية، ومن ثم تحقيق الاستقرار لتلك العلاقات ونموها عبر الحدود⁽²⁾. وبوجه عام يمكن القول أن جميع الاعتبارات التي يعتد بها المشرع عند سيّء لقواعد الإسناد تتصل بسياسة التشريع، وهذا أمر يدخل في صميم فكرة النظام العام⁽³⁾.

والناحية الثالثة من نواحي الانتقادات التي تعرّض لها الاتجاه محل البحث هي ما أكدّه الفقه من أن هذا الاتجاه ينكر على قواعد الإسناد طبيعتها القانونية، وهو ما لا يُسلم به أحد⁽⁴⁾. فهذه القواعد هي قواعد قانونية بالمعنى السليم، وهي لا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى من ناحية التحليل الهيكلي ولا من ناحية الغاية التي تهدف إلى تحقيقها، ولا من ناحية تمتعها بالإلزام.

فقواعد الإسناد، وكما سيأتي، تتحلل شأنها شأن سائر القواعد القانونية إلى عنصري الفرض والحكم. كما إن قواعد الإسناد لا تختلف في غايتها العامة عن أية قاعدة من قواعد القانون الوطني، فإذا كانت القواعد الاعتيادية تفصل في النزاع من الناحية الموضوعية وتؤكد استقرار العلاقات بين الأفراد⁽⁵⁾، فإن قواعد الإسناد هي الأخرى ذات هدف محدد هو اختيار القانون الملزم لحكم العلاقات ذات الطابع الدولي، وهي ترمي في النهاية إلى تحقيق الاستقرار القانوني لعلاقات الأفراد عبر الحدود⁽⁶⁾.

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 55.

(2) في بعض الاعتبارات التي يأخذها المشرع بنظره عند سيّء لقواعد الإسناد، راجع ما يأتي ص 101-102.

(3) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 379. ص 493. ويُجري بعض الفقهاء مقارنة بين قواعد الإسناد وقواعد الاختصاص القضائي النوعي، باعتبار أن قواعد الاختصاص تُعد من النظام العام رغم أنها قواعد شكلية لا تسري على موضوع النزاعات، فيكون من باب أولى أن ينطبق نفس الحكم على قواعد الإسناد وهي قواعد يتقرر بناءً عليها مصير النزاعات من الناحية الموضوعية. د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مصدر سابق. فقرة 120. ص 141-142.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 72. ص 79.

(5) د. مصطفى مصباح شليبيك. مصدر سابق. ص 24.

(6) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 38-39.

وتبعاً لذلك فإن قواعد الإسناد لا تختلف عن القواعد القانونية الاعتيادية من ناحية قوتها الملزمة. فالقواعد القانونية عموماً توصف بأنها قواعد ملزمة للأفراد وواجبة الإلتباع من قبلهم، أي ان لتلك القواعد جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها، وهذا أمر تقتضيه وظيفة القاعدة القانونية وما يهدف إليه القانون عموماً من إقامة النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه⁽¹⁾، إذ لا يمكن ضمان تحقيق هذه الأغراض ما لم تقتزن القاعدة القانونية جزاء مادي رادع توقعه السلطة العامة على المخالف، بما لها من قوة القهر والإجبار.

وكذلك حال قواعد الإسناد، فهذه القواعد، وبصفتها قواعد قانونية، ينبغي فيها أن تكون قواعد ملزمة. ومعنى ذلك أنها إذ توجّه خطابها إلى القاضي بالدرجة الأولى، فإن القاضي يكون ملزماً بإعمالها بمجرد أن يستظهر توفر الطابع الدولي في العلاقة محل النزاع، وفي حالة مخالفته لهذا الإلتزام يكون من الممكن الطعن فيما يتخذ من قرار في النزاع المعروض⁽²⁾. وكذلك فإن قواعد الإسناد، إذ توجّه خطابها بالدرجة الثانية إلى الأفراد أطراف العلاقة ذات الطابع الدولي، فينبغي على هؤلاء ان يتقيدوا بأحكام هذه القواعد، وما تفرضه عليهم في نزاعاتهم ذات العنصر الأجنبي⁽³⁾.

وبناءً على ذلك، وباعتبار ان قواعد الإسناد جزء من القانون الداخلي للقاضي فانه ينبغي عدم قبول إعفاء القاضي من إعمالها من تلقاء نفسه، مثلما هو ثابت من عدم إعفائه من الإلتزام بتطبيق سائر قواعد القانون، ولا مُسوّغ لتعليق التزامه هذا بتمسك الخصوم بإعمال قاعدة الإسناد أو بإثباتهم اختلاف مضمون القانون الأجنبي الذي تشير إليه عن مضمون القانون الوطني.

ومن ناحية رابعة يرى بعض الفقهاء ان هذا الاتجاه فيه خروج واضح على واحد من المبادئ الهامة التي يجب التأكيد عليها في إعمال قواعد الإسناد، وهو مبدأ المساواة أمام هذه القواعد بين كافة القوانين التي لديها القابلية للتطبيق على النزاع، وخصوصاً القوانين الأجنبية، فضلاً عن القانون الوطني، على الأقل من الناحية الموضوعية من دون الإجرائية، كما ان فيه إهدار لغايات ذلك المبدأ الذي يتمشى مع طابع التجريد والحياد في قواعد الإسناد⁽⁴⁾.

ومن ناحية أخيرة فإن تعليق التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه على شرط تمسك الخصوم بهذه القاعدة هو أمر يتعارض مع إحدى الصفات الذاتية التي تتصف بها قواعد الإسناد، وهي الصفة المزدوجة أو الثنائية⁽⁵⁾. فالقول ان قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام إذا أفضت إلى ثبوت الاختصاص للقانون الوطني من دون القانون الأجنبي لا يمكنه ان يتسق إلا مع صياغة قواعد الإسناد صياغة منفردة الجانب، ومؤدى هذه الصياغة أن تقتصر قواعد الإسناد على

(1) د. منذر الشاوي. المصدر السابق. ص 187 وما بعدها.

(2) د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. ص 193.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص 245.

(4) انظر في هذا الانتقاد د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 74. ص 81-82.

(5) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 4. ص 13.

تحديد حالات اختصاص القانون الوطني، في حين إن قواعد الإسناد في أغلب القوانين الوضعية، إن لم تكن جميعها، تعتبر قواعد مزدوجة أو ثنائية الجانب وظيفتها تحديد القانون المختص بحكم النزاع على نحو مجرد بناءً على معيار معين، بغض النظر عما يفضي إليه هذا المعيار من ثبوت الاختصاص للقانون الوطني أو لقانون أجنبي⁽¹⁾. وبالتالي فإن اعتبار قاعدة الإسناد متعلقة بالنظام العام، وبوصفها قاعدة مزدوجة، فإن ما يتعلق بالنظام العام، واقعاً، هو مضمون القاعدة بما اشتملت عليه من معيار لتحديد القانون المختص أياً كانت نتيجة تطبيقها.

ويترتب على ذلك أن إلزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، والحال أنها، بحسب الأصل، قواعد مزدوجة الجانب إنما يقود إلى تفادي العديد من النتائج السلبية التي يؤدي إليها تبني النظر الذي يجعل من قيام القاضي بإعمال قواعد الإسناد مجرد رخصة متاحة له وليس التزاماً واقعاً عليه. وإحدى تلك النتائج هي تشجيع القاضي في أحيان كثيرة على الإلتجاء إلى قانونه الوطني وتطبيقه على نزاعات العلاقات الخاصة الدولية من دون الالتفات إلى مدى ملاءمة هذا القانون لتنظيم تلك النزاعات وتسويتها، خاصة وأن هناك الكثير من المسائل مما رأى المشرع الوطني ذاته أن قانوناً أجنبياً ربما يكون أكثر ملاءمة من القانون الوطني لحكمها⁽²⁾. وهذا الاتجاه بتعميم تطبيق قانون القاضي يتضمن في ثناياه مساساً بذاتية العلاقات الخاصة الدولية التي قد لا يصلح قانون القاضي لحكمها في الحالات التي تشير فيها قواعد الإسناد باختصاص قانون أجنبي، وبالتالي فإنه يعوق نمو العلاقات المشار إليها، خصوصاً مع تزايد أوجه وذرائع تدخل القانون الوطني بصدها، وهو ما يبدو جلياً في تعاظم عدد القوانين ذات التطبيق الضروري في ميدان هذه العلاقات⁽³⁾.

ومن النتائج السلبية الأخرى لاعتبار قواعد الإسناد غير ملزمة للقاضي هي فتح الباب أمام الخصوم في النزاع للغش نحو القانون، وذلك عن طريق تواطئهم وإحجامهم عن التمسك بإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي تنطق على النزاع متى كان ذلك في صالحهم، أو عن طريق لجوئهم إلى محكمة دولة معينة لا يلتزم قضاتها بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء أنفسهم، فيضمنون بذلك تطبيق القانون الموضوعي الوطني لتلك المحكمة، وذلك حين يعلمون أن هذا القانون هو أصلح لهم⁽⁴⁾.

وبناءً على جميع ما تقدم يكون من واجب القاضي إعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه فيما لو أشارت باختصاص أحد القوانين الأجنبية، فضلاً عن إشارتها باختصاص القانون الوطني، كما أن من

(1) راجع في الصفة الثنائية أو المزدوجة لقواعد الإسناد ما يأتي بحثه ص 92 وما بعدها.

(2) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 39-40.

(3) في القوانين ذات التطبيق الضروري راجع ما يأتي ص 160 وما بعدها.

(4) انظر في هذه الفكرة بالذات، احمد محمود الفضلي. التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة.

ط 1. دار المناهج. عمان. الأردن. ص 23.

واجبه ان يطبق أحكام القانون الأجنبي المختص من دون حاجة لتمسك الخصوم بأحكام هذا القانون، وهو ما أكدته الاتجاهات الحديثة في فقه القانون الدولي الخاص في العراق ومصر وفرنسا⁽¹⁾.

والتزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه يبقى قائماً حتى لو اتفق الخصوم صراحة على استبعاد القاعدة التي تشير باختصاص القانون الأجنبي وتمسكوا بأحكام القانون الوطني، ذلك ان قواعد الإسناد، كما سبق بيانه، تتعلق بالنظام العام في جميع الأحوال لكونها تهدف إلى تطبيق انسب القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقاً للسياسة التشريعية التي يرمي المشرع الوطني إلى تحقيقها، وهو اعتبار يمس بالضرورة صميم النظام العام⁽²⁾. وبالمقابل لا يجوز للأفراد في علاقاتهم الدولية ان يخرجوا على قواعد الإسناد أو يتفقوا على خلاف أحكامها، كأن يتفقوا على إخضاع الأهلية لقانون موطنهم في الوقت الذي تنص فيه القاعدة على خضوع الأهلية لقانون الجنسية⁽³⁾. ولكن مع ذلك فان من حق الخصوم أن يستبعدوا القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الأحوال التي لا تتعلق فيها هذه القاعدة بالنظام العام وفقاً للمبادئ السائدة في القانون الأجنبي ذاته.

ولئن كان صحيحاً أن الأعمال التلقائي لقواعد الإسناد الوطنية قد تصادفه عقبة صعوبة تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، لعدم معرفته بذلك القانون أو صعوبة إثبات مضمونه في بعض الحالات، فإن هذا الأمر يمكن التغلب عليه بأن يطلب القاضي من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، أو أن يلجأ إلى الخبرة، أو يستعين بالوثائق الرسمية التي تعطيها ممثليات قنصلية أو سياسية، وغير ذلك من وسائل إثبات القانون الأجنبي⁽⁴⁾.

وهذا الاتجاه الذي اعتمدته الفقه الحديث بإضفاء الصفة الملزمة على قواعد الإسناد تبنته العديد من التقنيات الحديثة في القانون الدولي الخاص، كما أوصى به مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة

(1) قال بهذا الاتجاه في الفقه العراقي د. عباس العبودي. مدى التزام القاضي في إثبات القانون الأجنبي. مجلة القانون المقارن العراقية. جمعية القانون المقارن العراقية. العدد 48. السنة 2000. ص70، د. مصطفى كامل ياسين. كيف يطبق القانون الأجنبي، بحث مقارن. مجلة القضاء. نقابة المحامين في العراق. العدد الثاني. السنة الخامسة عشرة. 1957. ص169-170، ويبدو أن هذين الأستاذين يقيدان قاعدة الإسناد الملزمة بأن تكون من القواعد الأمرة. وأيضاً في الفقه العراقي د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص346-347، د. جابر إبراهيم الراوي. أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي. مديرية مطبعة الحكم المحلي. بغداد. 1980. ص64، وقال به في الفقه المصري د. شمس الدين الوكيل = مصدر سابق. ص124، د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 155. ص586، د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 376. ص486-487، د. حامد زكي. مصدر سابق. فقرة 108. ص99-100، د. محمد عبد المنعم رياض. مصدر سابق. فقرة 433. ص388، د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 118. ص125، د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص69. وفي الفقه الفرنسي Hamsh 1. ص258. وهنا لما كان تطبيق القاضي للقانون الأجنبي يجري بناءً على أمر من المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، والتي منحت هذا = القانون قوته الملزمة أمام القضاء الوطني، لذا تبدو مشكلة التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كمسألة مرتبطة أساساً بالتزامه بتطبيق القواعد القانونية الوطنية.

(2) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. المصدر السابق. فقرة 69. ص259.

(3) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص55.

(4) في إشارة إلى بعض وسائل إثبات القانون الأجنبي. د. عباس العبودي. مدى التزام القاضي في إثبات القانون الأجنبي. المصدر السابق. ص67.

بمدينة سان جاك دو كومبوستيل عام 1989⁽¹⁾، وهو ما يبدوا أيضا من موقف القانون المصري من هذه المسألة⁽²⁾.

ويظهر من موقف القانون العراقي انه قد تبنى ذات الاتجاه الذي أخذ به القانون الدولي الخاص المقارن في شأن الإقرار بالقوة الملزمة لقواعد الإسناد وإلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير تلك القواعد باختصاصه، وإن كان ذلك على نحو غير مباشر. فرغم أن المشرع العراقي لم يتصدّ بشكل مباشر وصريح لمسألة إلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلا إنه يمكن استشفاف موقف المشرع بصورة غير مباشرة، وذلك من خلال دراسة الطريقة التي صيغت بها قواعد الإسناد في التشريع العراقي. فقد ذكر جانب من الفقه العراقي أن صياغة نصوص قواعد الإسناد في القوانين العراقية تؤكد بأن المشرع قد ألزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه⁽³⁾، فقد استعمل المشرع في قواعد الإسناد عبارات مثل "يسري، يرجع، تُطبق، تخضع، تُتبع، تُعين المحكمة"، وهي عبارات تفيد صيغة الإلزام⁽⁴⁾، كما ان المشرع قد استعمل كلمة "يسري" في القانون المدني لغرض فرض نصوص هذا القانون بصورة عامة، بما فيها تلك النصوص التي تحوي قواعد الإسناد، وذلك في المادة الأولى من القانون بقولها (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في معناها)، وقد أقر الفقه مع هذا النص بأنه (.. لا يمكن أن يُستفاد من صيغة القانون المدني ما يميز القانون الوطني وما يُشعر بأن القاضي لا يُلزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه)⁽⁵⁾. فهذه العبارات الصريحة تلزم القاضي العراقي بأن يُعمل قاعدة الإسناد وان يطبق القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه بصورة تلقائية ولو لم يطلب منه الخصوم القيام بذلك، إذ ان تطبيق القانون الأجنبي هو امتثال من قِبَل القاضي لحكم القانون.

وأمام تبني الاتجاه التشريعي الذي يقضي باعتبار قواعد الإسناد قواعد قانونية ملزمة، والذي اعتنقته القوانين في دول متعددة، وتحت وطأة الانتقادات الفقهية لموقف القضاء الفرنسي الرافض للإعمال التلقائي لهذه القواعد، فقد عدل هذا القضاء عن مسلكه السابق واعتنق وجوب التسليم بالطابع الملزم لقواعد الإسناد والتزام القاضي بتطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بذلك الخصوم وبغض النظر عن القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه. وهو ما يظهر جلياً في حكمين

(1) انظر في جانب من التشريعات التي أخذت صراحة بهذا الاتجاه وفي توصيات مجمع القانون الدولي د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 76. ص 83-84.

(2) في موقف القانون المصري د. جابر جاد عبد الرحمن. القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث (تنازع القوانين). معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الؤل العربية. 1962. هامش 3. ص 127.

(3) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 347، وفيما يتعلق بإلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي د. عباس العبودي. مدى التزام القاضي في إثبات القانون الأجنبي. المصدر السابق. ص 67.

(4) راجع المواد 17-33 والمادة 49 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 والمادة 1/13، 2 من قانون الإثبات رقم 107 لعام 1979 والمادة 48 من قانون التجارة رقم 30 لعام 1984.

(5) د. مصطفى كامل ياسين. مصدر سابق. هامش 1. ص 170.

صادرين عن الدائرة الأولى المدنية بمحكمة النقض بتاريخ 11 و18 تشرين أول عام 1988⁽¹⁾، إذ قررت المحكمة نقض الحكمين المطعون فيهما لتطبيقهما القانون الفرنسي على النزاع بينما كان يتعين تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد بشأن كل واحدة من الدعوتين المنظورتين. وقررت المحكمة أن سكوت الخصوم عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد ليس من شأنه قيام القاضي بتطبيق القانون الفرنسي في الدعوى، بل يتعين على القاضي من تلقاء نفسه البحث عن العنصر الأجنبي في العلاقة وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في النزاع. وقد أكدت محكمة النقض هذا الاتجاه بقرارها الصادر بتاريخ 18 تشرين ثاني عام 1992⁽²⁾، والذي تمسكت فيه بذات المبادئ التي أوردها القراران السابقان من وجوب تنبه القاضي، بمجرد ظهور العنصر الأجنبي في الدعوى، إلى الالتزام بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه ومن دون حاجة لتمسك المدعية بذلك، ومن ثم تطبيق القانون الذي تشير إليه تلك القاعدة، وهو القانون الجزائري⁽³⁾. وهذا الوضوح في الموقف الأخير لمحكمة النقض الفرنسية والذي أظهرته بعض الأحكام الصادرة عنها لم يكن له نظير في القضاء المصري بشأن موقفه من مبدأي إلزام القاضي أو عدم إلزامه بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، فلم يكن بالإمكان إدراج القضاء المصري بصورة مؤكدة ضمن أحد هذين الاتجاهين في القانون الدولي الخاص المقارن⁽⁴⁾، ذلك أن هذا القضاء لم يتصدّ بشكل صريح أو بصورة عامة لبحث مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية. ولكن مع ذلك فقد تعرضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها لبحث مدى القوة الإلزامية لإحدى قواعد الإسناد، وذلك في نزاع يتعلق بتطبيق المادة 14 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1984، إذ أقرت المحكمة في قرارها المؤرخ 17 تشرين الثاني 1960 مبدءاً قوامه ان (نص المادة 14 من القانون المدني نصّ أمر متعلق

(4) Cass. 1er ch. civ. 11oct. 1988, affaire Rebouch C. Bennour ; Cass. 1er ch. civ. 18 oct. 1988, affaire Schule C. Philippe., والقراران منشوران في Rev. crit., 1989, p. 368-369 أشارت إليهما مع الترجمة د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص46-47.

(2) انظر القرار Cass. civ. 18 nov. 1992, affaire Makhoulouf C. Benali, Rev. crit., 1993, p.276, note Ancel. أشار إليه مع الترجمة د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 77. ص87-88.

(3) وقد صدرت بعض القرارات عن محكمة النقض الفرنسية في الفترة بين عامي 1988 و1992 يظهر وكأنها تحد من قيمة المبدأ الذي أكدته هذه المحكمة من وجوب الإعمال التلقائي لقواعد الإسناد، وهو ما فسره بعض الفقهاء بأن هذا التردد في موقف المحكمة يرجع إلى ظروف الدعوى المقامة أمام القاضي الفرنسي، وما إذا كان القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد معلوماً لدى القاضي من عدمه، فترى المحكمة أن على القاضي أن يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه في الحالة الأولى من دون الثانية. انظر في هذا الرأي وفي بعض القرارات الصادرة في الفترة المشار إليها د. إبراهيم احمد إبراهيم. القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) من دون نشر. 1997. ص60-61 مع هوامش ص60.

(4) د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء. مصدر سابق. ص395، د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مصدر سابق. فقرة 126. ص147-148.

بالنظام العام يسري بأثر فوري⁽¹⁾، وقد تساءل الفقه المصري عما إذا كانت محكمة النقض تتجه إلى اعتبار جميع قواعد الإسناد قواعد أمرة تتعلق بالنظام العام، بصفة عامة وفي جميع الفروض، ومن ثم يتعين على القاضي تطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسه، أم أن المحكمة قصرت هذا الوصف على قاعدة الإسناد التي تتضمنها المادة 14 محل البحث.

ويظهر أن الفقه قد انتهى إلى صعوبة استخلاص أن المحكمة قد اتجهت في هذا القرار إلى تعلق جميع قواعد الإسناد بالنظام العام، وذلك لعدة أسباب منها عدم عمومية صياغة القرار واقتصار هذه الصياغة على مواجهة المادة المذكورة من دون غيرها، وكذلك عدم بيان الأساس الذي بنت عليه المحكمة اعتبار نص هذه المادة نصاً عاماً متعلقاً بالنظام العام، وأسباب أخرى عديدة⁽²⁾.

إلا أن محكمة النقض المصرية قد خطت فيما بعد خطوة كبيرة نحو إلزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القواعد، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 6 شباط 1984⁽³⁾، وهذا القرار ألزمت فيه القاضي بتطبيق القانون الأجنبي في حالة ما إذا كان عالماً بمضمون ذلك القانون أو كان علمه به مُفترضاً، وهو ما يعني أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وإن أشارت هذه القاعدة باختصاص أحد القوانين الأجنبية، ما لم يكن القاضي يجهل أحكام القانون الأجنبي المشار إليه⁽⁴⁾.

أما عن موقف القضاء العراقي من مسألة التزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، فإن هذا القضاء، على ما يبدو، لم يحدد هذه المسألة بصورة صريحة، بل أنه أشار على نحو غير مباشر إلى التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه ومن دون أن يتوقف هذا التطبيق على طلب من الخصوم، وذلك بمجرد أن يظهر للمحكمة وجود العنصر الأجنبي في النزاع المعروض. وهذا ما يتبين لنا في جملة من القرارات التي أصدرتها محكمة التمييز في هذا الخصوص.

(1) طعن رقم 17 لسنة 28 القضائية/ أحوال شخصية. القرار أورده قمر محمد موسى. الموسوعة الجامعة في التعليق على القانون المدني، معلقاً عليها بالمشكلة الإيضاحية والمشكلة التفسيرية وأحكام النقض حتى عام 2002 مقارنة بالتشريعات العربية المقارنة. الجزء الأول. من دون نشر. ص 407.

(2) انظر في تلك الأسباب د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء. المصدر السابق. ص 396، د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. المصدر السابق. فقرة 127. ص 148-149.

(3) طعن رقم 83 لسنة 49 القضائية. غير منشور. أشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم. المصدر السابق. ص 64-65.

(4) ولعل مضمون الحكم المذكور يقترب مما ذهب إليه جانب من الفقه المصري من أن القاضي، وإن كان ملزماً بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلا أنه لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه القاعدة. فقاعدة الإسناد تلزم القاضي فقط بأن يطلب من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي يتضح أنه هو القانون المختص من دون أن تلزمه بالبحث عن أحكامه. قال بهذا الرأي د. منصور مصطفى منصور. مصدر سابق. فقرة 46. ص 160-161. ولا يخفى ما في هذا النظر من ابتعاد عن الحكمة التي ابتغاها المشرع من وراء سنّه لقواعد الإسناد والتي لا تتحقق إلا بتطبيق القانون الذي تشير هذه القواعد باختصاصه ولو كان قانوناً أجنبياً، وهو ما يقتضي أن يتصدى القاضي بنفسه للبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه.

ففي قرار صادر عن محكمة التمييز بتاريخ 14 / 4 / 1948⁽¹⁾، نقضت فيه قرار محكمة المواد الشخصية في كربلاء المؤرخ 10/3/1948 قائلة فيه (... ان الطرفين يتصادقان على أنهما من تبعية الحكومة الإيرانية ولما كان للحكومة الموما إليها قانون مدني كان على المحكمة أن تبت في الدعوى وفق أحكامه مع مراعاة ما جاء في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية للأجانب/ 931، فذهابها إلى تطبيق الفقه الجعفري غير صحيح ...). كما جاء في قرار آخر لذات المحكمة بتاريخ 28/5/1958⁽²⁾، قولها (... أما عن القانون الواجب التطبيق فانه من الواضح ان يكون قانون المحل الذي تم فيه العقد هو الواجب التطبيق، وقد تأكدت هذه الحقيقة بالفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني، وحيث ان العقد قد تم بين الطرفين فيكون القانون الانكليزي هو المنطبق في هذه القضية ...).

وهذا أيضاً ما أكدته محكمة التمييز بقرارها المؤرخ 29/9/1969⁽³⁾، من وجوب تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك بقولها (... لما كان النص القانوني في المادة 25 مدني أوجب تطبيق القانون الانكليزي على هذه الدعوى، فانه يُطبق طالما لا يتعارض مع نص من النصوص الخاصة بالنظام العام ...) وكذلك قرار المحكمة الصادر بتاريخ 21/9/1975⁽⁴⁾، والذي عدلت فيه عن تطبيق القانون العراقي إلى تطبيق القانون الأجنبي لمجرد أن أطراف الدعوى كانوا من غير العراقيين، إذ جاء في القرار (... إن طلب المدعية التفريق من زوجها المدعى عليه لا يطبق عليه القانون العراقي لأن أطراف الدعوى من الرعايا الفلسطينيين، ويسري بشأن التفريق بين الزوجين قانون الزوج وقت وقوع الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وهو قانون العائلة الأردني رقم 92 لسنة 1951 ...).

وهذا الاتجاه الذي سارت عليه محكمة التمييز نحو إلزام القاضي بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه وعدم توقف ذلك على طلب الخصوم يبدو أكثر وضوحاً في قرار لهذه المحكمة ذهبت فيه إلى إلزام القاضي بالتحقق من وجود العنصر الأجنبي في النزاع المعروض عليه ليصار في حال ثبوته إلى إعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة، إذ جاء في قرار المحكمة المؤرخ 29/4/1972⁽⁵⁾، (... إن طالب التصحيح قد ذكر في عريضته المؤرخة 26/3/1972 أن المصحح عليه (ح) هو سوري الجنسية، فكان على المحكمة الشرعية ان تتحقق من جنسية أطراف الدعوى هم عراقيو الجنسية أم سوريو الجنسية أم ان احدهم عراقي الجنسية والآخر سوري الجنسية، وذلك بتكليفه بإبراز شهادات الجنسية لأجل معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى ...) إلى أن وصلت

(1) قرار رقم 38/ش/1948. مجلة القضاء. نقابة المحامين في الجمهورية العراقية. العدد الثالث. السنة الخامسة والعشرون. 1973. ص 171-172.

(2) عدد الإضبارة 1045/حقوقية/58، ذكره عبد العزيز السهيل. أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني. الجزء الأول. دار التضامن. بغداد. 1962. ص 36-37.

(3) قرار رقم 32/أ/1969. مجلة القضاء. نقابة المحامين في الجمهورية العراقية. العدد الرابع. 1969. ص 223.

(4) قرار رقم 1027/شخصية/75. مجلة الأحكام العدلية. العدد 3. 1975. ص 77. أشار إليه د. عباس العبودي. مدى التزام القاضي في إثبات القانون الأجنبي. مصدر سابق. ص 70.

(5) قرار رقم 22/عامة/1972. مجلة القضاء. العدد الثاني. السنة الثامنة والعشرون. 1973. ص 121-122.

المحكمة في قرارها إلى القول أن (...) مؤدى ذلك أن قانون الأحوال الشخصية السوري هو الواجب التطبيق في هذه الدعوى عند ثبوت كون أطراف الدعوى من أتباع الجمهورية السورية، لأنه قانون الدولة التي ينتمون إليها ...) وذلك عملاً بقاعدة الإسناد الواردة بنص المادة 20 من القانون المدني.

وهكذا يتضح لنا تأكيد القضاء العراقي على صفة الإلزام في عموم قواعد الإسناد ووجوب إعمال القاضي لهذه القواعد وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه من دون حاجة لطلب الخصوم، وبمجرد توافر العنصر الأجنبي في العلاقة مثار النزاع، مسايراً بذلك الاتجاهات الحديثة السائدة في القانون الدولي الخاص المقارن.

المبحث الثاني

الصفات الذاتية لقواعد الإسناد

رأينا فيما سبق أن وظيفة قواعد الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص وما تضطلع به من تنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي كان لها دورها الفعال في إبراز الصفات العامة الأساسية التي تتصف بها تلك القواعد، ومن بينها على وجه الخصوص صفتي الوضعية الداخلية والإلزام. غير أن هذه الوظيفة التي تمارسها قواعد الإسناد لا يقتصر دورها على إبراز الصفات العامة لتلك القواعد، بل إن دورها يمتد إلى إظهار ما تتصف به قواعد الإسناد من صفات أخرى ذاتية تتميز بها عن عموم القواعد القانونية في سائر فروع القانون، فضلاً عن تمييزها عن الأنواع الأخرى من قواعد القانون الدولي الخاص.

فاضطلاع قواعد الإسناد بوظيفة اختيار القانون الذي يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي يُبصر بحقيقتين أساسيتين، الأولى هي أن قواعد الإسناد من حيث مضمونها قواعد إرشادية لا تقدم بذاتها الحل الموضوعي للمسألة المعروضة على القضاء، وإنما تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي يحكم تلك المسألة. والحقيقة الثانية هي أن قواعد الإسناد من حيث آثارها قواعد مزدوجة أو ذات جانبيين، فهي عند تطبيقها قد تشير باختصاص القانون الوطني للقاضي، أو تفضي إلى تطبيق قانون أجنبي من بين القوانين المتزاحمة لحكم المسألة المعروضة.

وبناءً على ذلك ستكون صفتا الإرشاد والازدواجية موضوعاً لدراستنا في هذا المبحث، إذ نتناول كل واحدة من هاتين الصفتين في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الصفة الإرشادية لقواعد الإسناد

إن الوظيفة التي تضطلع بها قواعد الإسناد جعلت لمضمون هذه القواعد طابعاً فنياً متميزاً باعتبارها أداة لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي. وهذا الطابع الفني لمضمون قواعد الإسناد يقتضي من جهة، أن لا تقوم هذه القواعد بتقديم الحل الموضوعي للنزاع، بل تقتصر على اختيار القانون الذي يقدم ذلك الحل واصطفائه من بين القوانين المتزاحمة، وبذلك فإنها تكون قواعد وسيطة بين القاضي المختص والقانون الواجب التطبيق. كما تقتضي من جهة أخرى، أن تكون قواعد الإسناد أداة للمفاضلة بين القوانين التي تتداعى إلى العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وأداة للإرشاد إلى القانون الملائم، وهو الإرشاد الذي يتجسد في عنصر الحكم كأحد العناصر الخارجية التي تنطوي عليها هذه القواعد.

وحيث أن عنصر الحكم في قواعد الإسناد يختلف عنه في القواعد القانونية الموضوعية، وذلك من أنه لا يشتمل بذاته على الأحكام التي تحقق الحماية القانونية للحق محل النزاع وإنما يرشد إلى القانون الذي يتضمن تلك الأحكام، فإن هذا الإرشاد يتم عن طريق أحد العناصر الداخلية في قواعد الإسناد وهو ذلك المسمى بعنصر ضابط الإسناد.

وبهذا يظهر أن دراسة الصفة الإرشادية لقواعد الإسناد تقتضي منا أولاً تحليل هذه القواعد والوقوف على ما تنطوي عليه من العناصر الخارجية، إضافة إلى ما تحتويه من عناصرها الداخلية التي تنفرد بها عن عموم القواعد الأخرى. وثانياً الوقوف بشكل خاص عند عنصر الحكم في قواعد الإسناد متمثلاً بضابط الإسناد باعتباره الأداة القانونية التي تستعين بها تلك القواعد في الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق. وهذا ما سنبحثه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

التحليل الهيكلي لقواعد الإسناد

لمّا كان موضوع قواعد الإسناد ليس تأكيد الحق محل النزاع أو نفيه، بل تحديد القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق التي يراد منها بيان ذلك التأكيد أو النفي، فإنه ربما يقال أن قواعد الإسناد ليست كغيرها من قواعد القانون، وهذا الكلام يقود إلى قبول اختلاف العناصر أو الأركان التي تقوم عليها قواعد الإسناد عن عناصر القواعد القانونية الأخرى، غير أن هذا الاستنتاج لا يبدو صحيحاً على إطلاقه.

فقواعد الإسناد واقعاً تشترك مع سائر قواعد القانون في العناصر التي لا يمكن لأية قاعدة قانونية أن تقوم من دونها، ولكنها مع ذلك تفترق عن القواعد القانونية الأخرى في ذاتية تظهر خصوصية هذه القواعد وتساعد على النهوض بوظيفتها التي أناطها بها المشرع، وتلك الخصوصية جعلت هذه القواعد تنفرد بعناصر ذاتية تميزها عن غيرها من القواعد القانونية. وهذا ما نتطرق لبيانته تباعاً فيما يلي.

أولاً: العناصر الخارجية في قواعد الإسناد

إن القاعدة، بمعناها العام وفي أي علم من العلوم، هي العلاقة المُطرّدة بين ظاهرتين. والقواعد بهذا المعنى تنقسم إلى قسمين، الأول هي القواعد التي تصف ما هو كائن أو حادث فعلاً، وتسمى القواعد التقريرية، ومثالها قواعد العلوم الطبيعية كقواعد الفيزياء، وأما القسم الآخر فهي القواعد التي تصف ما يجب أن يحدث إذا حدثت ظاهرة معينة، وهذه تسمى القواعد التقويمية⁽¹⁾. وبهذا النظر فإن القواعد القانونية تعتبر شقاً من القواعد التقويمية على اعتبار أنها تتصل بسلوك الفرد داخل الجماعة وتقوم بتوجيه هذا السلوك وجهة معينة.

(1) د. رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني). الدار الجامعية. بيروت. 1985. ص 49.

والقاعدة القانونية، حالها حال القواعد الأخرى، تقوم على افتراض حالة من المتوقع حدوثها في المجتمع ثم تضع لهذه الحالة حكمها المناسب. لذلك فإن هذه القاعدة تمثل علاقة مطردة بين ظاهرتين، الأولى تسمى بالفرض والأخرى تسمى بالأثر القانوني، أو ما يطلق عليه تحديداً بظاهرة الحكم⁽¹⁾. وكل ظاهرة من هاتين الظاهرتين تشكل عنصراً مستقلاً من عناصر القاعدة القانونية.

أما بالنسبة لقواعد الإسناد، فهي باعتبارها قواعد قانونية كغيرها من قواعد القانون، فإنه لا بد لقيامها من توفر العناصر الخارجية المذكورة، وهي عنصر الفرض وعنصر الحكم، ولكن مع ذلك فإن الطبيعة القانونية لقواعد الإسناد والوظيفة المنوطة بها قد طبعت العناصر المشار إليها بطابع خاص ومفهوم محدد يختلف عن مفهوميها في عموم القواعد الأخرى، وذلك على التفصيل التالي.

1- عنصر الفرض

من الثابت في الفن القانوني أن القاعدة القانونية تتصف بكونها قاعدة عامة مجردة، فهي من حيث نشأتها قاعدة مجردة، أي أنها في صياغتها تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، وكذلك عند تحديدها للأشياء والوقائع. أما في تطبيقها فإن القاعدة القانونية تكون قاعدةً عامة، بمعنى أنها لا توضع لتحكم شخصاً أو شيئاً معيناً أو واقعة معينة، أو بعبارة أدق أنها لا تأتي لتحكم حالة معينة متوقعة ومحددة مسبقاً بحيث تزول بعد تطبيقها على تلك الحالة⁽²⁾، بل إن القاعدة القانونية تبقى بعد التطبيق وتطبق في المستقبل على جميع الحالات المماثلة ما لم يرد بشأنها استثناء يخصص من عمومها.

وصفتي العمومية والتجريد في القاعدة القانونية يعنيان أن هذه القاعدة هي قاعدة فرضية، ذلك أن مشرع القاعدة يفترض حدوث واقعة معينة في المستقبل ويرتب عليها حكماً معيناً، وهو بهذا الافتراض يعالج حالة سلوكية يقوم بتقويمها. ولهذا فإن الفرض في القاعدة القانونية هو الواقعة التي يُرتب القانون عليها أثراً قانونياً⁽³⁾.

وكذلك الحال في قواعد الإسناد، إذ باعتبارها قواعد قانونية، فإنها توصف بكل ما توصف به هذه القواعد من العموم والتجريد، ولكن بما يتناسب مع وظيفة قواعد الإسناد في النظام القانوني الذي تنتمي

(1) د. رمضان أبو السعود. المصدر السابق. ص 49-50.

(2) د. منذر الشاوي. مصدر سابق. ص 234-236.

(3) د. جعفر الفضلي و د. منذر الفضل، المدخل للعلوم القانونية. دار الكتب. جامعة الموصل. 1987. ص 20. وانظر كذلك محمد سليمان الأحمد. عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، دراسة تحليلية. مجلة الرافدين للحقوق. كلية القانون. جامعة الموصل. العدد الخامس. 1998. ص 108. والواقعة بحسب تعريف بعض شراح القانون المدني هي (عمل مادي يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً)، د. عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي. المجلد الأول. الجزء الأول. المجمع العلمي العربي الإسلامي. بيروت. 1953-1954. ص 66. ويضيف في الصفحة ذاتها أن (مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة، ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت).

إليه⁽¹⁾، فحيث ان الهدف من قاعدة الإسناد هو اختيار القانون الملزم لحكم العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي من بين القوانين المتزاحمة لحكمها، فإن صفتي العموم والتجريد تظهران في صورة معينة قوامها أن القوانين المتزاحمة تتساوى أمام مشرع قاعدة الإسناد وهو في مرحلة سنه لهذه القاعدة⁽²⁾، بحيث ان المشرع لا يهتم سوى بالوصول إلى القانون الأقرب صلة بالعلاقة. وبهذا المفهوم تكون قاعدة الإسناد قاعدة محايدة تبحث عن الرابطة الجدية بين العلاقة وبين القانون ومن دون أن تتغيا تحقيق مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

وترتيباً على ذلك فان مشرع قاعدة الإسناد، ومن أجل التعرف على القانون ذات الصلة الأوثق بالعلاقة محل النزاع، يقوم بتصنيف علاقات الأفراد التي يتوقع أن يثار بشأنها نزاع ذات طابع دولي إلى طوائف مختلفة تضم كل طائفة منها مجموعة من العلاقات المتشابهة، وهذه الطوائف هي التي تجسد عنصر الفرض في قواعد الإسناد، فتكون قواعد الإسناد بذلك قواعد فرضية⁽³⁾، بمعنى آخر ان مشرع قاعدة الإسناد يفترض قيام نزاع مستقبلي بشأن العلاقات التي تشكل موضوع هذه القاعدة، وهي علاقات مرتبطة بقوانين متعددة لدول مختلفة، فيرتب المشرع على هذا النزاع حكماً معيناً، وما ذلك الحكم الذي يرتبه المشرع سوى إسناد النزاع إلى أحد القوانين المتزاحمة ليكون هو القانون المختص بحكمه.

2- عنصر الحكم

تكلمنا عن ان مشرع القاعدة القانونية، وهو في معرض تقويمه لحالة سلوكية معينة، يفترض حدوث واقعة في المستقبل ويرتب عليها حكماً مناسباً، وهذا الحكم الذي يضعه المشرع هو جواب للسؤال الذي يثار في الذهن عن ماهية حكم القانون في تلك الواقعة⁽⁴⁾. فالقانون يفترض حدوث الواقعة المثارة في الذهن عن طريق طرح الفرضية ومن ثم يضع لها حكمها المناسب. ولذلك فان الحكم أو الأثر القانوني هو عبارة عن الحل الذي يقرره القانون أو تقرره القاعدة القانونية لمواجهة الوضع الواقعي عند تحققه في العمل، وهو ينطبق عند توفر الشروط والظروف المحددة في الفرض.

أما ما يتعلق بقواعد الإسناد، فهي وإن كانت منطوية على عنصر الحكم حالها حال القواعد القانونية الأخرى، إلا أنها تضيف على هذا العنصر في إطارها مفهوماً خاصاً يتلاءم مع ما سبق تقريره من الوظيفة التي أناطها بها المشرع لتمارسها في ميدان العلاقات الخاصة الدولية، والتي قوامها عدم

(1) سيمر بنا فيما بعد ان مشرع قاعدة الإسناد غالباً ما يتأثر في صياغته للقاعدة بجملة من الاعتبارات والمصالح المتنوعة التي يحاول تحقيقها أو التوفيق فيما بينها، ولكن مع ذلك تبقى هذه القاعدة محتفظة بصفة التجريد وإن على صعيد إعمالها من جانب القضاء. راجع ما يأتي ص 99 وما بعدها.

(2) د. صلاح الدين جمال الدين. القانون الدولي الخاص. (الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة. ط 1. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2008. ص 252-253.

(3) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 245. ص 330.

(4) محمد سليمان الأحمد. المصدر السابق. ص 113.

إعطاء الحل النهائي في المسألة موضوع النزاع وإسناد هذه المسألة إلى قانون معين ليقوم ذلك القانون بتنظيمها.

ولذلك فإن عنصر الحكم في قواعد الإسناد ليس إعطاء الحكم الموضوعي للمسألة المعروضة، وإنما هو تعيين القانون المختص بحكم هذه المسألة، أو بمعنى آخر هو الإرشاد إلى القانون الذي يحكم المسألة محل النزاع أو اصطفاء ذلك القانون والأمر بتطبيقه⁽¹⁾. وهذا ما يظهر في النصوص القانونية المتضمنة قواعد الإسناد، ومنها على سبيل المثال ذلك النص الذي يقرر أن (الأهلية "عنصر الفرض" يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته "عنصر الحكم")⁽²⁾، أو ذلك النص الذي يقرر سريان (... قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج "عنصر الحكم" على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال "عنصر الفرض")⁽³⁾.

وعنصر الحكم في قواعد الإسناد ينطوي في الواقع على أمرين هامين، الأمر الأول هو الإلزام الموجه للمخاطب بقاعدة الإسناد بتطبيق القانون الذي ترشد إليه هذه القاعدة وتختاره لحكم العلاقة محل النزاع، وهو إلزام ينبع من الصفة الملزمة لقاعدة الإسناد ذاتها. ولا يخفى أن المخاطب بقاعدة الإسناد هو، بصفة مباشرة وأصلية، سلطات الدولة الصادرة عنها هذه القاعدة وبالدرجة الأولى محاكم تلك الدولة. ومع ذلك يمكن القول بأن أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي هم المخاطب غير المباشر بقاعدة الإسناد، ويكون ذلك عادةً عندما تسمح قاعدة الإسناد لهم بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو عندما يتمسكون بتطبيق قانون معين أمام القضاء أو غيره من الجهات التنفيذية الأخرى⁽⁴⁾.

أما الأمر الثاني الذي يتضمنه عنصر الحكم في قواعد الإسناد فهو الضابط أو المعيار الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق، أي ما يسمى بضابط الإسناد، والذي من دونه تعجز تلك القواعد عن النهوض بوظيفتها في اختيار القانون الملائم لحكم النزاع. وضابط الإسناد هذا هو المميز الأصيل لقواعد الإسناد، وهو الذي يُظهر في ذات الوقت العناصر الذاتية لهذه القواعد. وهذا ما سوف نراه فيما يلي.

ثانياً: العناصر الداخلية في قواعد الإسناد

تعتبر قواعد الإسناد الوسيلة الفضلى التي يضعها المشرع الوطني لاختيار القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهذه القواعد، كما قلنا، هي قواعد قانونية لها طبيعة فنية ووظيفة خاصة تتمثل في اصطفاء أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة وأكثرها إيفاءً بمقتضيات

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 42. ص 49.

(2) مادة 1/18 من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951، وتقابلها مادة 1/11 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

(3) مادة 2/19 من القانون المدني العراقي، وتقابلها مادة 1/13 من القانون المدني المصري.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 43. ص 50-51.

العدالة. وعملية اختيار القانون الواجب التطبيق تكمن في الصياغة الإسنادية التي تتميز بها قواعد الإسناد والتي كانت علة وجود هذه القواعد كمظهر لسماح المشرع بتطبيق قانون أجنبي أمام القضاء الوطني بصفة استثنائية⁽¹⁾. وهذا الاستثناء الهام الذي سمح بتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني هو الذي أخرج قواعد الإسناد إلى الساحة القانونية كقواعد فريدة في طبيعتها وبُنيتها، وهو ما جعل هذه القواعد، بما لها من خصائص ذاتية مميزة، أداة استثنائية لحل النزاعات الخاصة الدولية⁽²⁾.

فقواعد الإسناد، وإن كانت تشترك مع قواعد القانون الأخرى في العناصر الخارجية اللازمة لبنائها الفني، إلا أن هذه القواعد تنفرد بعناصر ذاتية أو داخلية لازمة لتمييزها عن غيرها من القواعد القانونية، ولمساعدتها على أداء وظيفتها التي تختلف عن وظائف تلك القواعد. فلو قمنا بتحليل أية قاعدة من قواعد الإسناد الواردة في التشريعات المختلفة لوجدناها تحتوي على ثلاثة عناصر داخلية، وهذه العناصر هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق. وهذا ما نراه على سبيل المثال في قاعدة الإسناد الواردة في نص المادة 2/19 من القانون المدني العراقي سالف الذكر والتي تنص على أن (... يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال)، فتحليل هذا النص يُظهر بجلاء تلك العناصر الداخلية التي تحتويها قاعدة الإسناد، إذ يتمثل عنصر الفكرة المسندة بآثار الزواج الشخصية والمالية، وعنصر ضابط الإسناد بجنسية الزوج وعنصر القانون الواجب التطبيق بقانون دولة جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وفيما يلي توضيح لهذه العناصر.

1- الفكرة المسندة

وهي موضوع الإسناد، أو مجموعة العلاقات التي تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بحكمها⁽³⁾. إذ إن قاعدة الإسناد لا تحكم علاقة واحدة معينة ومحددة، بل هي تحكم جملة من العلاقات ذات العنصر الأجنبي يجمعها المشرع في فكرة واحدة. فالعلاقات التي يمكن أن تقوم بين الأفراد على صعيد المجتمع الدولي لا يمكن أن تدخل تحت حصر، ومن الصعب تخصيص كل واحدة منها بقاعدة إسناد منفردة أو بقانون معين. وإزاء ذلك فقد لجأ المشرع في مختلف الأنظمة القانونية إلى تصنيف هذه العلاقات إلى فئات أو طوائف مختلفة تتضمن كل طائفة منها مجموعة من العلاقات المتقاربة أو المتشابهة⁽⁴⁾، وكل فئة من العلاقات المتجانسة على هذا النحو يضع لها المشرع ضابطاً خاصاً يسندها إلى قانون معين، وهذه الطوائف أو الفئات هي التي تسمى الأفكار المسندة⁽⁵⁾.

(1) د. عوض الله شبيه الحمد السيد. الوجيز في القانون الدولي الخاص (الجنسية). مركز الأجانب. تنازع القوانين. الاختصاص القضائي الدولي. تنفيذ الأحكام الأجنبية). ط2. دار النهضة العربية. القاهرة. 1997. ص332.
(2) راجع ما سبق ذكره ص61-62.
(3) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص260.
(4) انظر في ذلك د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص17.
(5) د. هشام خالد. مصدر سابق. ص252-253.

ومثال ذلك أن يجمع المشرع مختلف الأوضاع التي تتعلق بصحة الزواج من حيث الموضوع في فكرة واحدة، فيصوغ قاعدة إسناد خاصة بشروط صحة الزواج من حيث الموضوع ويسندها مثلاً إلى قانون دولة كل من الزوجين، أو يجمع الأوضاع المترتبة على رابطة الزوجية في فكرة واحدة فيسند قاعدة إسناد خاصة بآثار الزواج ويسند هذه الفكرة مثلاً إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج. وكذلك شأن الأوضاع المتعلقة بكسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها، والحيازة والآثار المترتبة عليها، حيث يُدخلها المشرع في فكرة واحدة هي فكرة الأموال وينص مثلاً على أن مركز المال يخضع لقانون موقعه. ويقال مثل هذا أيضاً بالنسبة للأوضاع المتعلقة بانتقال الأموال بطريق الإرث، وبالنسبة للأوضاع المرتبطة بالفعل الضار أو النافع وبشكل التصرفات القانونية أو موضوعها، إلى غير ذلك.

وهذا التصنيف للعلاقات الخاصة الدولية وتقسيمها إلى أفكار مسندة إنما يقوم على أسس فنية تختلف من تشريع إلى آخر. فكما أن التشريعات تتباين بشأن اختيار ضوابط الإسناد التي يتخذها المشرع معياراً لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإنها تتباين أيضاً بالنسبة لتقسيمها للأفكار المسندة⁽¹⁾. فنجد مثلاً أن المشرع العراقي قد نص على أن (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته...) (2)، ويتضح من هذا النص أن القانون العراقي قد جعل مآل الأموال بطريق الميراث فكرة مسندة واحدة من دون تمييز بين العقارات والمنقولات فأخضع الميراث بصفة عامة لقانون جنسية المورث. في حين أن بعض القوانين الأخرى قد فرقت بين المنقولات والعقارات فأخضعت الميراث في المنقولات لقانون موطن المورث، بينما يحكم الميراث في العقارات قانون موقعها⁽³⁾. ومعنى هذا أنه لا توجد في التشريع العراقي سوى فكرة مسندة واحدة خاصة بالميراث، بينما توجد في تشريعات أو قوانين أخرى فكرتان مسندتان وبالتالي قاعدتا إسناد خاصتان بالميراث، تتعلق الأولى بالميراث في المنقول وتتعلق الثانية بالميراث في العقار.

وكما تختلف الأفكار المسندة من حيث تقسيمها، فكذلك تختلف من قانون إلى آخر من حيث مضمونها⁽⁴⁾. فجميع القوانين مثلاً تعرف فكرة صحة الزواج من حيث الموضوع ومن حيث الشكل، ولكنها اختلفت فيما بينها بشأن ما يسمى بالطوقس الدينية في الزواج، أي إبرام الزواج على يد رجل الدين، فمن القوانين ما يعتبر تدخل رجل الدين في الزواج من الشروط الموضوعية لصحة الزواج،

(1) د. عوض الله شبيب الحمد السيد. المصدر السابق. ص 337-338.

(2) مادة 22 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، وتقابلها مادة 1/17 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

(3) هذا ما استقر عليه العمل في القضاء الفرنسي وأخذ به القضاء الانكليزي. د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 322. ص 348.

(4) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 10. ص 16. وانظر في هذا الشأن عبد الرسول عبد الرضا. تغير ضوابط الإسناد في عقود القانون الخاص. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بابل. 1999. ص 6.

كالقانون اليوناني⁽¹⁾، في حين إن قوانين أخرى تعتبره شرطاً لصحة الزواج من حيث الشكل، وهذا ما استقر عليه القضاء في العراق⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فإنه لا يتسنى للقاضي أن يعين القانون الواجب التطبيق إلا إذا تبين أولاً تحت أية فكرة مسندة تندرج العلاقة محل النزاع. فإذا طرح أمام القضاء نزاع يتعلق بمسألة معينة تتضمن عنصراً أجنبياً، فإن على القاضي أن يعطي وصفاً محدداً لهذه المسألة لتحديد طبيعتها تمهيداً لإدراجها ضمن الفكرة المسندة الملائمة التي تتضمنها، وهو ما درج الفقه على تسميته بالتكييف⁽³⁾. فإذا ما تم ذلك للقاضي تيسر له أن يكشف عن القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع، ويكون ذلك عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن تلك المسألة.

2- ضابط الإسناد

أو ما يسمى ضابط الاختيار، أو عامل أو ظرف أو نقطة الإسناد. وهذا الضابط هو الذي يحدد، بطريقة مجردة، القانون الواجب التطبيق، فهو المعيار الذي يُظهر إرادة المشرع في تفضيله لقانون معين أو إعراضه عن باقي القوانين التي تُعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ويُمن عن أن قانوناً معيناً أفضل القوانين لحكم الفكرة المسندة موضوع قاعدة الإسناد، وبحسب تعبير بعض الفقهاء فإن ضابط الإسناد هو (الواسطة التي تربط ما بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة)⁽⁴⁾. ونظراً لأهمية هذا العنصر في إبراز الصفة الإرشادية لقواعد الإسناد فقد ارتأينا أن نعرض له بشيء من التفصيل في موضع لاحق من هذا المطلب.

(1) مادة 1367 من القانون المدني لعام 1946، نقلاً عن د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 645. ص 783.

(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 93. وهو كذلك ما استقر عليه القضاء في مصر وفي فرنسا. د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 645. ص 783.

(3) انظر في فكرة التكييف. محمد صالح القويزي. التكييف، دراسة فقهية قانونية. مجلة القضاء. نقابة المحامين في الجمهورية العراقية. العدد الثاني. السنة الرابعة والعشرون. 1969. ص 61 وما بعدها.

(4) د. محمد كمال فهمي. المصدر السابق. فقرة 249. ص 333.

3- القانون الواجب التطبيق

أو ما يسمى القانون المسند إليه تنظيم العلاقة محل النزاع. وهذا القانون قد يكون هو قانون القاضي وقد يكون قانوناً أجنبياً آخر، والأصل انه لا فرق بين الحالتين. حيث ان قاعدة الإسناد بصفتها قاعدة مزدوجة، كما سيظهر لنا فيما بعد، فإنها تنطبق سواء أشارت إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي⁽¹⁾.

ولكن مع ذلك فان النزعة الإقليمية أحياناً ما تتدخل مؤثرة في مشرعي بعض الدول ودافعة إياهم إلى وضع قاعدة إسناد احتياطية تجلب الاختصاص للقانون الوطني الذي تنتمي إليه لتزيد من حالات تطبيق هذا القانون⁽²⁾، من ذلك مثلاً ما قرره المشرع العراقي في المادة 5/19 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 من عقد الاختصاص للقانون العراقي في المسائل المتعلقة بالرابطة الزوجية متى كان أحد الزوجين عراقياً وقت الزواج⁽³⁾.

ومن المؤكد أن القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وتسند إليه تنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي هو قانون واجب التطبيق، أي يتعين تطبيقه وإعمال أحكامه طالما تم اختياره باعتباره القانون الأصلح لحكم النزاع، وهذا هو مضمون الإلزام الموجه للمحاكم بصفتها الجهة المخاطبة أساساً بقواعد الإسناد، والذي يُعد كذلك شقاً في عنصر الحكم في هذه القواعد كما سبق بيانه. ولا شك ان الخروج عن هذا الإلزام يُفرغ قواعد الإسناد من مضمونها ويضيع الهدف الذي أراده المشرع من ورائها.

ولا يفوتنا، ونحن في معرض الكلام عن القانون الواجب التطبيق، أن نشير إلى أمرين مهمين، الأول هو بيان ان الإلزام بتطبيق القانون الذي تختاره قاعدة الإسناد لحكم النزاع لا يختلط بصفة الإلزام في قاعدة الإسناد ذاتها، أي وجوب تطبيقها من عدمه بشأن العلاقات الخاصة الدولية⁽⁴⁾. فالإلزام بتطبيق القانون المختار يثور بعد إعمال قاعدة الإسناد، أما وجوب تطبيق هذه القاعدة من عدم تطبيقها فيثور قبل ذلك الإعمال.

والأمر الثاني مضمونه أن الإسناد الذي تنفذه قواعد الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق هو إسناد كامل أو إجمالي إلى ذلك القانون الذي تم اختياره لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، بغض النظر عن كون ذلك القانون هو القانون الوطني للقاضي أو قانون أجنبي، بمعنى انه إسناد إلى مجموع النظام القانوني

(1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 48. ص89.

(2) د. إبراهيم أحمد إبراهيم. مصدر سابق. ص154-155.

(3) جاء في هذه الفقرة أنه (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)، وتقابلها مادة 14 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 46. ص54.

لدولة محددة بما فيه من قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري،
على ما سيأتي بيانه في محله⁽¹⁾.

الفرع الثاني

خصوصية عنصر الحكم في قواعد الإسناد

سبق أن المشرع في الدول المختلفة قد جرى على تصنيف العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً
إلى فئات أو أفكار مسندة تضم كل فئة منها مجموعة من العلاقات المتشابهة أو المتجانسة، ويجري
المشرع على إسناد الفئة الواحدة منها إلى قانون معين عن طريق أداة قانونية هي ضابط الإسناد، والذي
يُعد المعيار المرشد إلى القانون الواجب التطبيق ويُعبر في ذات الوقت عن عنصر الحكم الذي تنطوي
عليه قواعد الإسناد⁽²⁾.

وضابط الإسناد يمثل نقطة الارتكاز التي من خلالها يمكن التعرف على القانون الذي ينطبق على
العلاقة مثار النزاع⁽³⁾، أو هو حسب تعبير بعض الفقهاء قطب قاعدة الإسناد الذي عن طريقه تنهض هذه
القاعدة بوظيفتها⁽⁴⁾، وذلك بالنظر إلى أن الفكرة المسندة يصنعها الواقع والتعامل بين الأفراد، والقانون
الواجب التطبيق يصنعه مُشرّعه لحكم العلاقات الوطنية الخالصة من دون اعتبار لعلاقات الأفراد على
صعيد المجتمع الدولي، أما ضابط الإسناد فيحدده مشرع قاعدة الإسناد في دولة القاضي ليعكس به
تفضيله لأحد القوانين المتزاحمة ويحقق العدالة والأمن القانوني حسب مفهومه، وذلك بالنسبة للعلاقات
ذات العنصر الأجنبي تحديداً، من دون العلاقات الوطنية.

وبيان هذه الخصوصية التي يتمتع بها ضابط الإسناد وإظهار أهميته في تعزيز الصفة الإرشادية
لقواعد الإسناد يقتضي منا شرح الكيفية التي يتحدد بها هذا العنصر في قواعد الإسناد المختلفة، وكذلك
إبراز طبيعته ومدى الدقة الظاهرة في تركيبه الفني. وهذا ما نبخته فيما يلي.

أولاً: أصل تحديد ضابط الإسناد

قد لا يكون من المغالاة القول بأن ضابط الإسناد يمثل الهوية التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب
التطبيق، فهو يُفصح عن تفضيل المشرع لهذا القانون وطرحه لباقي القوانين التي تتصل بها العلاقة مثار
النزاع أو تعرض حلولها وقواعدها لتنظيم تلك العلاقة. ويُستمد عنصر ضابط الإسناد من فكرة قانونية
تتصل بأحد عناصر العلاقة التي من المتصور أن يثور بشأنها نزاع مستقبلي⁽⁵⁾.

(1) في بيان موضوع قواعد الإسناد وطبيعة القوانين التي تختارها هذه القواعد، راجع ما يأتي ص 120 وما بعدها.

(2) راجع ما سبق ذكره ص 81-82.

(3) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2004. الكتاب
الثاني (في تنازع القوانين). ص 11.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 50. ص 57.

(5) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 262.

فعلى اعتبار أن أية علاقة من علاقات الأفراد تتكون من ثلاثة عناصر هي عنصر الأشخاص أطراف العلاقة، وعنصر الموضوع أو المحل، وعنصر السبب أو الواقعة المنشئة، وأن كل عنصر من هذه العناصر يحتل مكاناً ووزناً يختلف باختلاف نوع العلاقة وطبيعتها، لذلك فإن من المنطق أن يُستمد ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة من أحد هذه العناصر الثلاثة⁽¹⁾، وتحديدًا من العنصر الذي يشكل مركز الثقل في العلاقة محل البحث.

فمن ناحية عنصر الأطراف، يُلاحظ أنه أهم العناصر المكونة للعلاقات التي تتصل بالشخص، أو ما تسمى علاقات الأحوال الشخصية، مثل الزواج والنسب والنفقات وغيرها، وهو يمثل مركز الثقل في هذه العلاقات⁽²⁾، لذلك يكون من البديهي أن يختار المشرع أحد ضوابط الإسناد التي تتصل بعنصر الأطراف لاختيار قانون الدولة الذي تخضع له العلاقة. كأن يتخذ من جنسية الشخص أو الزوج أو الولد أو من موطنه ضابطاً لذلك الاختيار، فيكون قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته أو قانون موطن هذا الشخص هو القانون الواجب التطبيق. وهذا ما عمله المشرع العراقي عندما جعل ضابط الجنسية المناط الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وذلك في المواد 18-23 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951⁽³⁾.

ومن ناحية عنصر المحل فإن دوره يبرز أساساً في مجال الأشياء بصفقتها محلاً للتعامل المالي، أي تلك التي تكون موضوعاً للتصرفات المالية، أو في مجال الأموال بشكل عام. وبهذا الشأن فإن المشرع عادة ما يقدر أن مسائل الملكية ونقل الحقوق العينية على الأموال تكون ذا صلة وثيقة بقانون الدولة التي يقع بها المال محل التعامل أكثر من أي قانون آخر⁽⁴⁾. لذلك يتخذ المشرع من موقع المال العقاري والمال المنقول ضابطاً لاختيار القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل، وهو ما قرره المشرع العراقي في المادة 24 من القانون المدني⁽⁵⁾.

(1) د. إبراهيم أحمد إبراهيم. مصدر سابق. ص 157. وانظر في ذلك أيضاً عبد الرسول عبد الرضا. مصدر سابق. ص 11-9.

(2) د. سامي بديع منصور. الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية. مجلة الدراسات القانونية. كلية الحقوق. جامعة بيروت العربية. العدد الثاني. 2003. ص 17 وما بعدها.

(3) تقابلها المواد 11-17 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، وهو ذات الحكم الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 3/3 من القانون المدني لعام 1804 بتقريرها (les lois concernant l'état et la capacite des personnes regissent les francais, meme resident en pays etrangers. وتعني أن حالة الفرنسيين وأهليتهم يسري عليها القانون الفرنسي ولو كانوا بالخارج. أما في النظام القانوني الانكليزي فإن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الموطن. د. عز الدين عبد الله. فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. العدد الأول. السنة الأولى. 1959. ص 16.

(4) د. حسن الهداوي. مصدر سابق. ص 169 وما بعدها.

(5) تقابلها مادة 18 من القانون المدني المصري، ومادة 2/3 من القانون المدني الفرنسي، وهو أيضاً ما استقر عليه القضاء في النظام القانوني الانكليزي. د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 735. ص 974.

وأما من ناحية عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للالتزام، فانه العنصر المؤهل، على ما يبدو، ليكون ضابطاً للإسناد في العلاقات التي يصعب تركيزها في حيز مكاني معين يُمهّد لاختيار القانون الواجب التطبيق عليها. فالتصرفات القانونية أو الاتفاقات والعقود بشكل عام تحتل فيها إرادة المتعاقدين مركز الثقل، ولذلك فان هذه الإرادة جديرة بأن يتخذها المشرع ضابطاً للإسناد إلى القانون الواجب التطبيق على تلك التصرفات، كما فعل المشرع العراقي في المادة 1/25 من القانون المدني⁽¹⁾.

وهذا الأمر ينطبق على مسائل المسؤولية المدنية غير التعاقدية، إذ ان الواقعة المادية أو العمل الضار أو النافع تحتل أهمية خاصة في مجال هذه المسائل، ولما كانت هذه المسؤولية أوثق صلة بمكان حدوث الواقعة أو العمل الذي ترتبت عليه، فان المشرع يتخذ من ذلك المكان ضابطاً للإسناد إلى القانون الواجب التطبيق. وهو ما اتبعه المشرع العراقي في المادة 27 من القانون المدني⁽²⁾.

ثانياً: التركيب الفني لضابط الإسناد

مرّ أنفأ أن ضابط الإسناد يُستمد من فكرة قانونية ترتبط بأحد عناصر العلاقة التي يتصور المشرع أن تكون محلاً لنزاع مستقبلي يُعرض على القضاء. وإذا كان الأمر على هذا المنوال فهل ان ضابط الإسناد ذاته فكرة قانونية أم انه ليس كذلك؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرض لرأيتين أمكن رصدتهما في فقه القانون الدولي الخاص يتعلّقان بتركيب ضابط الإسناد.

الرأي الأول يذهب أصحابه إلى القول إن قسماً من ضوابط الإسناد، وليس جميعها، يمكنها أن تعبر عن أفكار قانونية، وينحصر هذا القسم بتلك الضوابط التي تعرف بالضوابط القانونية⁽³⁾. إذ ان ضوابط الإسناد، بحسب هذا الرأي، منها ما هي ضوابط قانونية ينظمها القانون بأحكام خاصة، كضوابط الجنسية والموطن وإرادة المتعاقدين، وكذلك محل انعقاد العقد ومحل تنفيذه ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، ومنها ما هي ضوابط واقعية لا شأن للقانون بتحديد كضابط موقع المال المنقول أو العقاري. وينبغي على هذا التقسيم أن تنقسم ضوابط الإسناد، كذلك، إلى ضوابط إسناد مادية يمكن إدراكها بالحوس، كضوابط الموطن ومحل إبرام التصرف ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، وضوابط إسناد معنوية تنحصر في ضابطي الجنسية وإرادة المتعاقدين⁽⁴⁾.

(1) تقابلها مادة 1/19 من القانون المدني المصري، وهذه القاعدة قد استقر عليها القضاء الفرنسي، كما إنها من القواعد المعترف بها في النظام القانوني الانكليزي. د. احمد عبد الحميد عشوش. قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 2005. ص 87-88.

(2) تقابلها مادة 1/21 من القانون المدني المصري، وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا الحكم، كما اخذ به النظام القانوني الانكليزي، في تفصيل ذلك د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 113.

(3) من القائلين بهذا النظر في الفقه المصري. د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 252. ص 336-337.

(4) انظر في التقسيمات المختلفة لضوابط الإسناد. د. هشام خالد. مصدر سابق. ص 256 وما بعدها. د. عبد الحكيم محسن عطروش. أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن. جامعة عدن. 1997. ص 60.

وأما أصحاب الرأي الثاني فيرون في طبيعة ضابط الإسناد غير ما يراه أصحاب الرأي السابق، ويذهبون إلى أن هذا الرأي ربما تعوزه الدقة، وذلك أنه لم يبين بشكل واضح الأساس الذي تقوم عليه التفرقة بين الضوابط القانونية والضوابط الواقعية، وهو ما ظهر على سبيل المثال بخصوص ضابط الموطن الذي تم إدراجه في الضوابط القانونية رغم ما يتسم به هذا الضابط من الطابع المادي الذي يؤهله ليكون أحد الضوابط الواقعية وفقاً للتقسيم الآخر لضوابط الإسناد⁽¹⁾، وهو التقسيم الذي يُصنف هذه الضوابط إلى مادية ومعنوية تبعاً لطابعها المادي الملموس.

ولهذا فقد ذهب أصحاب الرأي المقابل بحقٍ إلى أن ضابط الإسناد هو دائماً فكرة قانونية، وهذه الفكرة تستمد أصلاً من الواقع، (غير أنها تصير فكرة قانونية باعتبار أن القانون يعتمد عليها لتحقيق غرض معين من أغراضه في ميدان العلاقات الخاصة الدولية)⁽²⁾. فالجنسية، في حقيقتها، صفة تفيد الانتماء إلى دولة معينة، وكذلك الموطن، إذ هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً، ومثله موقع المال وهو المكان الذي يستقر فيه المال، ويستخدم المشرع هذه الأفكار لاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق كهدف فني يتفق مع وظيفة قواعد الإسناد في ميدان تنازع القوانين، ومن دون أن ينظر في شأن الأفكار التي يستخدمها إلى أهداف تلك الأفكار في الفرع القانوني الذي تنتمي إليه، كالقانون الدولي العام أو القانون المدني.

وهذا التحليل لضابط الإسناد يؤكد أن هذا الضابط باعتباره فكرة قانونية يتكون من عنصرين هما العنصر الواقعي والعنصر القانوني⁽³⁾. فالعنصر الواقعي في ضابط الجنسية على سبيل المثال هو تمتع الشخص بجنسية دولة من الدول، أما العنصر القانوني فهو الجنسية ذاتها كنظام قانوني يفيد الانتماء إلى دولة معينة⁽⁴⁾. وكذلك ضابط موقع المال، إذ أن العنصر القانوني فيه هو فكرة الموقع، ويعني ذلك الحيز من المكان في إحدى الدول والذي يستقر فيه المال، أما عنصره الواقعي فهو وجود المال في إقليم دولة معينة. وذات الأمر بالنسبة لضابط الموطن، حيث أن عنصر الواقع فيه هو التوطن الفعلي والإقامة في دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو فكرة الموطن كرابطة بين الفرد وبين إقليم تلك الدولة.

وهذه التفرقة في فكرة ضابط الإسناد بين العنصر الواقعي والعنصر القانوني تفيد في بيان أن العنصر الأول يمكن التحكم فيه من قبل الأفراد أو تغييره في بعض الحالات، كما في ضابط الجنسية أو موقع المنقول أو إرادة المتعاقدين. أما العنصر القانوني فهو ثابت دائماً ولا يتغير بفعل الأفراد، وإن

(1) حول تصوير الموطن في مجال العلاقات الخاصة الدولية. د. هشام علي صادق. دراسات في القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية. بيروت. 1986. ص 89 وما بعدها.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 53. ص 60، وهو من مؤيدي هذا الرأي في الفقه المصري.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المصدر ذاته. فقرة 53. ص 60-61.

(4) انظر في فكرة الجنسية د. جمال محمود الكردي. الجنسية في القانون المقارن. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2005.

المشرع وحده من يملك تغيير هذا العنصر وتحديد المفهوم القانوني لضابط الإسناد، وله أيضاً أن يستبدل إحدى الأفكار القانونية بفكرة أخرى، كاستبدال فكرة الجنسية بفكرة الموطن مثلاً في بناء قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، وفي هذا الفرض تنثور مشكلة التنازع الزمني لقواعد الإسناد، أو ما تسمى بالتنازع الانتقالي⁽¹⁾. مع ملاحظة أن أمكانية تحكّم الأفراد في العنصر الواقعي لضابط الإسناد ربما يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي كان سيطبق لولا حدوث هذا التغيير، وهو ما يثير بعض المشكلات الخاصة كمسألة التحايل على القانون ومشكلة التنازع المتحرك⁽²⁾.

المطلب الثاني

الصفة المزدوجة لقواعد الإسناد

تتميز قواعد الإسناد، من حيث أثارها، بأنها قواعد مزدوجة أو ثنائية الجانب، فهذه القواعد بشكل عام، وفي أغلب الأنظمة القانونية، يمكن أن تشير إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي أو تشير باختصاص قانون أجنبي، وإن كان هناك جانب من التشريعات قد تبنى بعض قواعد الإسناد مفردة الجانب متأثراً بالاتجاه الفقهي المناصر لهذا النوع من قواعد الإسناد.

وهذه الصياغة المزدوجة تقتضي من قواعد الإسناد أن تكون قواعد مجردة، أي لا تشير إلى قانون معين بالذات، وإنما معين بالصفة فقط، وذلك على نحو يقود إلى وسم قواعد الإسناد بطابع الحياد في اختيارها للقانون الواجب التطبيق. وهذا الطابع لا يتأثر بالمصالح المختلفة التي يحاول المشرع تحقيقها أو التوفيق فيما بينها عند صياغته لقاعدة الإسناد، ولا بالأساليب الفنية التي يلجأ إليها في سبيل تحقيقه لتلك المصالح.

وكان ينبغي لطابع الحياد أن يكون له أثره الحسن في قواعد الإسناد من خلال الوصول بها إلى الأهداف التي شرّعت من أجلها في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن هذا الطابع قد عرّض قواعد الإسناد لانتقادات متعددة أساسها عدم توافق حياد الإسناد، في حالات معينة، مع طبيعة البيئة التي يتم فيها إعمال قاعدة الإسناد، وذلك على نحو يؤدي إلى الجمود في تطبيق هذه القاعدة وعدم التوصل غالباً إلى الحل العادل والملائم للنزاع. ولهذا فقد ظهرت الحاجة إلى إضفاء نوع من المرونة على قواعد الإسناد، وذلك من خلال وضع عدد من الاستثناءات التي يلجأ إليها القاضي لتقويم الإسناد في الحالات التي تُنبئ بعدم توافق الحل النهائي للنزاع مع طبيعة المسألة المعروضة.

والفقرات الثلاث المتقدمة هي موضوع دراستنا في الفروع الثلاثة التالية.

(1) انظر في فكرة التنازع الانتقالي، د. هشام خالد. التنازع الانتقالي في تنازع القوانين. من دون نشر. 2001. ص30 وما بعدها. د. احمد زو كاغي. التنازع الانتقالي في القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن. المجلة العربية للفقهاء والقضاء. الأمانة العامة لجامعة الدول العربية. العدد الثاني عشر. 1992. ص61 وما بعدها.

(2) في التلاعب في ضوابط الإسناد باعتباره أحد مظاهر العنصر المادي في التحايل على القانون انظر احمد محمود الفضلي. مصدر سابق. ص110-112، وراجع في مشكلة التنازع المتحرك ما سبق ذكره ص43 وما بعدها.

الفرع الأول

مفهوم الإزدواجية في قواعد الإسناد

بيننا فيما سبق أن من الثابت في ميدان تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة وبين القانون الواجب التطبيق، بمعنى أن ثبوت الاختصاص للقاضي الوطني بنظر النزاع ذات العنصر الأجنبي لا يعني بالضرورة تطبيق القاضي لقانونه الوطني على النزاع المعروض. كما سبق لنا تأكيد أن قواعد الإسناد هي قواعد اختيار أو مفاضلة بين القوانين المرتبطة بالعلاقة ذات الطابع الدولي والتي تبدي قابليتها لحكم تلك العلاقة، وهذا الاختيار يتم عن طريق معايير معينة يحددها المشرع الوطني تتمثل بضوابط الإسناد أو الاختيار، كما أن قواعد الإسناد هي قواعد ذات طابع إرشادي تكفي بالإشارة إلى القانون الذي يقدم الحل الموضوعي للمسألة محل النزاع ومن دون أن تقدم هي بذاتها هذا الحل.

وكل تلك الأمور توضح بجلاء أن قواعد الإسناد لا يمكنها أن تعمل إلا بوجود أكثر من قانون واحد يعرض كل منها قابليته لحكم النزاع، فتختار أو ترشد إلى واحد من تلك القوانين ليكون هو الواجب التطبيق⁽¹⁾. وهذا الاختيار أو المفاضلة بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، كما قد يكون لصالح قانون القاضي الذي ينظر في النزاع بشأن تلك العلاقة، قد يكون أيضاً لصالح قانون دولة أجنبية، وذلك حسب معطيات المسألة المطروحة⁽²⁾.

وبتعبير آخر فإنه طالما كان القصد من قواعد الإسناد هو اختيار القانون الأصلح والأنسب لحكم العلاقة الخاصة الدولية، فإنه لا يمكن القطع بأن تلك الصلاحية والمناسبة تتوفر بجانب قانون القاضي، بل ربما تتوفر لدى قانون أجنبي، لذلك فإن قواعد الإسناد لا تقرر دائماً وجوب تطبيق القانون الوطني، بل إنها تصاغ على نحو يعطي القانون الأجنبي فرصة للتطبيق أمام القضاء الوطني، وهذا هو المقصود من الطابع المزدوج أو الثنائي لقواعد الإسناد⁽³⁾. فعندما تقضي قاعدة الإسناد بخضوع أهلية الشخص، مثلاً، لقانون جنسيته، فإن القانون الواجب التطبيق قد يكون هو قانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع، إذا كان الشخص من جنسية هذه الدولة، كما قد يكون هو قانون إحدى الدول الأجنبية وهي الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها إذا كان هذا الشخص أجنبياً، فالأمر إذاً يتوقف على جنسية الشخص المعني في هذا الفرض.

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 98. ص 103-104.

(2) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 256.

(3) انظر في مفهوم الإزدواجية في قواعد الإسناد د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. ص 123-125.

ولكن على الرغم من تلك الاعتبارات التي تطبع قواعد الإسناد بالطابع المزدوج، فقد نادى رأي في فقه القانون الدولي الخاص بضرورة أن تكون هذه القواعد ذات صياغة إسنادية إفرادية، أي أن تكون قواعد مفردة الجانب⁽¹⁾. ومعنى الصياغة الانفرادية أن يقتصر دور قواعد الإسناد على بيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون دولة القاضي بحكم نزاعات العلاقات ذات العنصر الأجنبي ولا يكون لها شأن بتحديد حالات وجوب تطبيق القانون الأجنبي، إذ أن الحالات الأخيرة يُترك أمر تحديدها لقواعد الإسناد في ذلك القانون، على اعتبار أن مشرع قاعدة الإسناد الوطنية لا يملك هذا التحديد⁽²⁾.

وعليه فإذا طرح على القاضي نزاع بشأن علاقة مشتملة على عنصر أجنبي فإنه يقوم بإعمال قواعد الإسناد الوطنية ليتبين ما إذا كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، فإذا اتضح له عدم اختصاص هذا القانون بحكم النزاع تعيّن عليه البحث عن القانون الأجنبي الذي يعطي لنفسه الاختصاص بذلك ليقوم بتطبيقه على النزاع المعروض.

ويستند أصحاب هذا الرأي على حجج متعددة، منها أن جوهر تنازع القوانين هو تنازع السيادة التشريعية للدول التي تتصل بها العلاقة ذات العنصر الأجنبي⁽³⁾، وأن دور المشرع في كل دولة يقتصر على تحديد حالات تطبيق قانونه في المكان من دون الحالات التي ينطبق فيها القانون الأجنبي بشأن هذا النوع من العلاقات، وإلا فالمشرع يكون قد أخل باحترام سيادة دولة ذلك القانون، لذا فإنه ليس للدولة أن تحدد اختصاص قانون دولة أخرى لا يكون فيها لهذا القانون إرادة الانطباق. وعليه فإن دور كل دولة يقف عند حد بيان الحالات التي ينطبق فيها قانونها، وعند هذا الحد يتعين أن يقف دور قاعدة الإسناد، بحيث يكون على مشرع الدولة، خارج إطار هذه الحدود، أن يحترم إرادة الدول الأخرى فيما يتعلق بتحديد النطاق الذي تنطبق فيه قوانينها⁽⁴⁾.

كما يستند أصحاب الرأي المذكور على حجة أخرى مفادها أن إعمال قاعدة الإسناد المزدوجة في حالة اختيارها قانوناً أجنبياً ليحكم العلاقة محل النزاع ربما يقود إلى مخالفة إرادة المشرع الأجنبي أو إهدارها⁽⁵⁾، ويكون ذلك عندما يؤدي إعمال هذه القاعدة إلى تطبيق القانون المختار على حالات لا يريد ذلك القانون أن يكون مختصاً بتنظيمها وفقاً لتصوّر مشرعه. أما قواعد الإسناد مفردة الجانب والتي تقتصر على اختيار قانون القاضي وتحديد حالات تطبيقه من دون القوانين الأجنبية، فإنها تحترم إرادة

(1) من مؤيدي هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي J.P.Niboyet, op. cit., p.350.

(2) د. عوض الله شيبه الحمد السيد. مصدر سابق. ص 334.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين، دراسة مقارنة. ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2004. ص 15-16.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية. ط 1. دار النهضة العربية. القاهرة. من دون طبع. فقرة 49. ص 51.

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المصدر والموضع ذاتهما.

القانون الأجنبي في التطبيق إذ تترك لقواعد الإسناد في ذلك القانون تحديد الحالات التي يرغب أو لا يرغب في حكمها.

وزيادة على ذلك يرى بعض أنصار هذا الرأي ان منهج قاعدة الإسناد مفردة الجانب يكفل احترام الحقوق المكتسبة في الخارج ويُجنب خلق تنازع بين القوانين غير موجود أصلاً⁽¹⁾. فإعمال قواعد الإسناد المزدوجة في قانون القاضي يؤدي، بحسب رأيهم، إلى خلق تنازع بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة مثار النزاع في الوقت الذي لا يوجد فيه، واقعاً، تنازع حقيقي بين هذه القوانين. ذلك ان التنازع الحقيقي، وفقاً لهذا الرأي، يعتبر وضعاً استثنائياً، وهذا الوضع يتحدد بالحالات التي تتعدد فيها القوانين التي تتوفر لديها إرادة الانطباق على المسألة المعروضة، وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية فان قاعدة الإسناد مفردة الجانب تضطلع بوظيفة تحديد نطاق تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني الذي تنتمي إليه فقط، وأما إذا لم تكن المسألة المعروضة داخلية في نطاق إعمال هذا القانون، تَعَنَّى على القاضي، الذي يظل رغم ذلك مختصاً بنظر النزاع، أن يطبق القانون الأجنبي الذي له قابلية حكم النزاع المنظور وترتكز إليه توقعات الأطراف وفقاً لقواعد الإسناد في ذلك القانون⁽²⁾.

هذا ولم يواجه الفكر الأحادي ترحيباً من فقه القانون الدولي الخاص، وقد تعرض من جهات متعددة للكثير من النقد والتجريح نظراً لقيامه على غير أساس. فمن جهة أولى ان تنازع القوانين لا يعتبر، في نظر الفقه الحديث، تنازعاً بين سيادات ومصالح الدول التي تتصل بها العلاقة ذا العنصر الأجنبي، بل هو تنازع يتصل أساساً بالمصالح الخاصة للأفراد في علاقاتهم عبر الحدود⁽³⁾.

ومن جهة ثانية ان مهمة القاضي ليست بالدرجة الأولى تأكيد أو نفي احترامه للمشرع الأجنبي أو لإرادة التطبيق لدى القانون الأجنبي، بل هي تحقيق الحماية القانونية للحق المتنازع فيه من خلال تطبيق القاعدة القانونية الملائمة والتي يختارها من بين القوانين المعروضة أمامه⁽⁴⁾. إذ ليس على القاضي سوى احترام إرادة التطبيق لدى قانونه الوطني، أما بشأن قوانين الدول الأجنبية فإن الأمر لا يتعدى أمام القاضي أن يكون عرضاً من جانب تلك القوانين لحلول معينة وتقوم قاعدة الإسناد الوطنية بمهمة قبول ذلك العرض واختياره كأفضل الحلول.

(1) د. طرح البحور علي حسن فرج. تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980). منشأة المعارف. الإسكندرية. 2000. فقرة 299، وما بعدها. ص 226 وما بعدها، وهي تشير إلى رأي الأستاذ الايطالي رولاندو كوادري الذي يُعد من ابرز المناصرين لهذا المنهج في الفقه الحديث.

(2) ولذلك لا يعتقد أصحاب هذا الرأي بالطبيعة الوطنية الخاصة لقواعد الإسناد، ويذهبون إلى اعتبارها من قواعد القانون الدولي العام. د. طرح البحور علي حسن فرج. المصدر ذاته. فقرة 304. ص 228، مع إشارتها إلى R.Quadri, Le lezioni di diritto internazionale privato, Napoli, 1969, p.279 ets هامش 322 من الصفحة ذاتها.

(3) راجع ما تقرر آنفاً حول نفي الوظيفة السياسية لقواعد الإسناد، ص 58 وما بعدها.

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 94. ص 105-106.

ومن جهة ثالثة فإن ذلك العرض للحلول التي تقدمها القوانين ذات الصلة بالعلاقة محل النزاع وتردد القاضي بين تلك الحلول وتقديره أكثرها ملاءمةً ينفي ما قال به أصحاب الفكر الأحادي من وجود تنازع حقيقي وآخر زائف، كما انه يحصر دور قاعدة الإسناد في رفع التردد بين الحلول المعروضة وانتقاء القانون الذي تتوفر في حله تلك الملاءمة⁽¹⁾.

ومن جهة أخيرة فإن الرأي محل البحث لا يقدم أية وسيلة لحل تنازع القوانين في الحالة التي تدعي فيها عدة قوانين أجنبية الاختصاص لنفسها بحكم المسألة المعروضة، بل انه يقتصر على حل التنازع في حالة وجود قانون أجنبي واحد يعطي لنفسه ذلك الاختصاص⁽²⁾. ولهذا لا يكون أمام القاضي في حالة تعدد القوانين الأجنبية التي تعرض اختصاصها لحكم النزاع سوى إجراء المفاضلة بين هذه القوانين مستعيناً بقاعدة الإسناد الوطنية ذات الصلة المزدوجة التي تختار من تلك القوانين أكثرها ملاءمة لحكم المسألة المعروضة.

واعتباراً بتلك الانتقادات التي تعرّض لها الفكر الأحادي في تنازع القوانين، فقد تأكدت الصلة المزدوجة لقواعد الإسناد وأصبحت هذه الصلة أهم ما يميز القواعد المذكورة عن باقي القواعد القانونية في قانون القاضي، والتي تنحصر وظيفتها بتحديد اختصاص القانون الوطني من دون القوانين الأجنبية. والصياغة المزدوجة التي تتسم بها قواعد الإسناد تفرضها في مجال تنازع القوانين عدة اعتبارات هامة، أولها وظيفة قواعد الإسناد باعتبارها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين بشأن النزاعات ذات الطبيعة الدولية التي تثور أمام القضاء الوطني، وذلك عن طريق اختيار أنسب القوانين وأصلحها لحكم تلك النزاعات، وبما يحقق الأمان القانوني والعدالة حسبما يراها واضح قاعدة الإسناد⁽³⁾. وهذه الوظيفة لا يمكن لقواعد الإسناد ان تؤديها على الوجه الأكمل إن هي اقتصرت على إيجاد حل للنزاع في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني للقاضي هو الواجب التطبيق، إذ يستتبع ذلك أن تتعدى الجدوى من هذه القواعد في الحالات التي لا يكون فيها القانون الوطني مختصاً بحكم ذلك النزاع.

والاعتبار الثاني هو تحاشي وجود فراغ قانوني يمكن أن يترتب على أعمال قواعد الإسناد مفردة الجانب ويؤدي إلى نوع من إنكار العدالة⁽⁴⁾. وذلك الفراغ يعرض من وجهين، الأول يتمثل في الفرض الذي لا يرغب فيه قانون القاضي حكم المسألة المعروضة والتي أسندت إليه بموجب قاعدة إسناد مفردة الجانب. ففي هذا الفرض يُسعف الطابع الثنائي في اختيار أحد القوانين الأجنبية وترشيحه لحكم النزاع. أما الوجه الثاني فيتجسد في مشكلة تعدد القوانين الأجنبية التي ترغب في التطبيق على النزاع المعروض، مع الأخذ بالاعتبار ما تقتضيه قاعدة الإسناد مفردة الجانب من مراعاة إرادة التطبيق لدى

(1) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 257.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 23. ص 32.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 14-15.

(4) د. عوض الله شيبه الحمد السيد. مصدر سابق. ص 335.

القانون الأجنبي، فهذه المراعاة تفرز مشكلة التعدد إذا كان هناك أكثر من قانون له رغبة في التطبيق⁽¹⁾. وفي هذه الحالة تأتي قاعدة الإسناد المزدوجة لتختار من بين تلك القوانين إحداها وتطرح الباقي، وذلك بالنظر إلى ملاءمة القانون المختار وصلاحيته فقط وليس بالنظر إلى إرادته في التطبيق من عدمها، إذ ليس المجال تأكيد أو احترام إرادة قوانين دول معينة، بل هو البحث عن الحل المناسب للنزاع المعروض.

أما الاعتبار الثالث فهو تحقيق مبدأ المساواة أمام قاعدة الإسناد بين قانون القاضي والقوانين الأجنبية، إضافة إلى تحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية لمختلف الدول⁽²⁾. فقاعدة الإسناد مفردة الجانب إذ لا تهتم إلا بتحديد حالات تطبيق قانون القاضي، فهي تعكس روح المحاباة لهذا القانون وتخل بالتالي بمبدأ المساواة المشار إليه. كما أن هذه القاعدة باقتصارها على تطبيق القانون الوطني لا يمكنها تحقيق التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة. في حين أن قاعدة الإسناد المزدوجة تلعب دوراً لا يستهان به في هذا الخصوص، من حيث أنها تسمح بدخول القانون الأجنبي وإعماله من قبل سلطات الدولة.

وزيادة على تلك الاعتبارات فقد أبصر بعض فقهاء القانون الدولي الخاص أن منهجية تنازع القوانين القائمة على قواعد الإسناد المزدوجة، وهي التي أنكرها الفقه القائل بالطبيعة الإنفرادية لقواعد الإسناد، يمكنها أن تحقق ذات الأهداف التي يسعى ذلك الفقه إلى تحقيقها من حيث تخويل القانون الوطني امتيازاً أو أرجحية في التطبيق على القوانين الأجنبية⁽³⁾. ويكون ذلك من خلال تضمين نصوص تنازع القوانين بعض القواعد التي تحدد الحالات التي ينطبق فيها القانون الوطني فقط من دون القوانين الأجنبية التي يمكن أن تشير إليها قواعد الإسناد. ومثاله في التشريع العراقي ما جاء في نص المادة 5/19 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 من أنه (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)⁽⁴⁾. فهذا النص قد تضمن قاعدة إسناد انفرادية قصد بها المشرع تحديد حالات تطبيق القانون العراقي حصراً على الزواج المختلط، وضابط الإسناد فيها هو الجنسية العراقية لأحد الزوجين وقت إبرام الزواج. ومفاد هذه القاعدة أنه متى كان أحد الزوجين عراقياً عند إبرام الزواج فإنه يتعطل العمل بقواعد الإسناد المزدوجة الواردة في الفقرات التي سبقت هذه الفقرة بخصوص إبرام الزواج وآثاره وانحلاله.

(1) D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.186.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 95. ص107.

(3) التفت إلى هذا النظر د. إبراهيم احمد إبراهيم. مصدر سابق. هامش 2. ص160، وذكره كذلك د. هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. مصدر سابق. ص219-220 و ص228.

(4) ومن تلك النصوص أيضاً ما ورد في المادة 2/49 من القانون المدني في شأن النظام القانوني للأشخاص المعنوية، وتقابلها مادة 2/11 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

وبناءً على جميع تلك الاعتبارات فقد اتجه فقه القانون الدولي الخاص إلى دعم منهج قاعدة الإسناد ذات الطابع المزدوج أو الثنائي، وهي القاعدة التي توفر إمكانية تطبيق أحد القوانين الأجنبية في الحالة التي يبدو فيها ذلك القانون أكثر ملاءمة وصلاحيّة من القانون الوطني لحكم المسألة ذات العنصر الأجنبي⁽¹⁾، وهو أيضاً ما جعل المنهج المزدوج في صياغة قاعدة الإسناد يمتد إلى ميدان التشريع في الدول المختلفة، وهذا ما يؤيده واقع (... ان التقنيات الحديثة في القانون الدولي الخاص قد اتخذت من منهج تلك القاعدة أساسها الرئيس، إن لم يكن الوحيد)⁽²⁾، ومن بينها التشريع العراقي والمصري والفرنسي.

وهذه الصياغة المزدوجة التي حرصت الأنظمة القانونية المختلفة على أن تجعل منها الطابع المميز لقواعد الإسناد، لم تكن تلك الأنظمة لتتبعها في شأن القواعد القانونية الأخرى للقانون الدولي الخاص، كقواعد الجنسية ومركز الأجانب والاختصاص القضائي الدولي⁽³⁾، إذ إن جميع هذه القواعد ذات صياغة إنفرادية لا ثنائية. فقواعد الجنسية تقتصر على تحديد شروط التمتع بالجنسية الوطنية وحالات فقدانها وفقاً للنظام القانوني الذي تنبثق منه هذه القواعد⁽⁴⁾، وقواعد المعاملة الدولية للأجانب تقتصر على تحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب الموجودين في الدولة والواجبات التي تقع على عاتقهم⁽⁵⁾، وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي التي تحدد حالات وشروط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية وتنفيذ الأحكام الأجنبية⁽⁶⁾. فهذه القواعد لا شأن لها بتحديد شروط

-
- (1) من مؤيدي المنهج المزدوج في الفقه العراقي د. غالب علي الداودي. القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، دراسة مقارنة. ط4. دار وائل. عمان - الأردن. 2005. ص61، د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص13، د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص9، ص13-14، وفي الفقه المصري د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص6-7، د. هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. مصدر سابق. ص216، د. احمد عبد الكريم سلامة. المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية. مصدر سابق. فقرة 50-51. ص51-52، د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 23. ص31-32. وفي الفقه الفرنسي. P.Mayer, op. cit., p. 89 ets.
- (2) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 96. ص107.
- (3) أما الموطن في مجال العلاقات الخاصة الدولية فقلما يخصه المشرع بأحكام معينة، ويغلب في شأنه أن يطبق القضاء أحكام الموطن في مجال العلاقات الداخلية، وهذا ما عليه واقع التشريع في العراق ومصر وفرنسا. د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص172.
- (4) د. جمال محمود الكردي. مصدر سابق. ص35 وما بعدها.
- (5) د. هشام صادق و د. عكاشة محمد عبد العال و د. حفيظة السيد الحداد. الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2006. ص474.
- (6) د. هشام علي صادق. تنازع الاختصاص القضائي الدولي. ط2. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1972. فقرة 5. ص13. وإن كان هناك من قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية ما قد تلعب دوراً شبيهاً بالقواعد مزدوجة الجانب، وذلك عندما يشترط المشرع الوطني لتنفيذ الحكم الأجنبي في دولته أن يكون الحكم صادراً من قاض مختص وفقاً للقانون الأجنبي الذي صدر الحكم تطبيقاً له ومختص أيضاً وفقاً للقواعد الوطنية لقاضي التنفيذ. ويأتي هذا الدور عن طريق تكييف الصفة المزدوجة لقاعدة تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ يلجأ القاضي لهذه القاعدة لا لتحديد اختصاص محاكم دولته فحسب، بل أيضاً لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه في إقليم دولة القاضي. د. عكاشة محمد عبد العال. الإجراءات المدنية والتجارية الدولية. الدار الجامعية. بيروت. 1986. فقرة 165. ص230، فقرة 243 وما بعدها. ص341 وما بعدها.

التمتع بجنسية دولة أجنبية معينة أو حالات فقدتها، ولا بتحديد الحقوق والواجبات الخاصة بالأجانب في دولة أخرى، ولا بشروط الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية أو شروط تنفيذ الأحكام الوطنية أو الأجنبية في تلك الدولة⁽¹⁾.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الصياغة المزدوجة لقواعد الإسناد تتجسد في التجريد الذي يكتسبه ضابط الإسناد في تلك القواعد، إذ أن هذه الصياغة تستلزم أن يجيء ضابط الإسناد عند صياغته مجرداً، بمعنى أنه لا يحدد قانوناً معيناً بالذات، وإنما معيناً بالصفة فقط⁽²⁾. فإذا صيغت قاعدة الإسناد بهذا التجريد يطلق عليها حينئذ أنها قاعدة محايدة، أي أنها تفضل بين القوانين المتزاحمة بحياد وموضوعية من دون السعي إلى تلبية المصالح والواجبات الذاتية لدولة مشرعها أو تحقيق مصالح أحد أطراف العلاقات ذات العنصر الأجنبي، بل تقتصر على أن تأخذ في الاعتبار وزن الاتصال بين العلاقات المذكورة وبين الأنظمة القانونية للدول المختلفة⁽³⁾.

فهل إن الأمر في صياغة قواعد الإسناد المزدوجة وفي إعمالها يجري على هذا المنوال أم أنه يجري على منوال آخر؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في الصفحات التالية.

الفرع الثاني

حقيقة الارتباط بين الإزدواجية والحياد

في قواعد الإسناد

أشرنا توطاً إلى أن ضابط الإسناد يجيء دائماً مجرداً، لا يحدد قانون دولة معينة بالذات ليكون هو الواجب التطبيق، بل هو يرشد وحسب إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي تتركز فيها العلاقة محل النزاع وتبدو أنها وثيقة الصلة بها أي كانت تلك الدولة. هذا ولما كان ضابط الإسناد هو الركن الجوهري في قاعدة الإسناد وعن طريقه تنهض هذه القاعدة بوظيفتها، لذا فإن طابع التجريد في ضابط الإسناد يجعل قاعدة الإسناد ذاتها تكتسب خصيصة التجريد.

(1) وأساس الصياغة الانفرادية لقواعد الجنسية ومركز الأجانب والمرافعات المدنية الدولية هو أن الموضوعين الأولين وهما الجنسية ومركز الأجانب يتصلان بتصميم كيان الدولة وسيادتها الشخصية، كما أن المرافعات المدنية الدولية تتصل بعمل جهاز القضاء، وهو أحد الأجهزة العامة في الدولة ويمارس مظهراً من مظاهر سيادتها، ولذلك يمنح القانون الدولي العام لكل دولة اختصاصاً قاعدياً إستثنائياً بخصوص تلك الموضوعات بحيث لا يحق لأية دولة أن تحدد بقواعدها القانونية الموضوعية أو الإسنادية النظام القانوني للموضوعات المعنية بالنسبة لدولة أخرى، وإن خالفت ذلك يكون عملها تجاوزاً لحدود اختصاصها وتدخل غير مقبول منها في اختصاصات الدول الأخرى ويشكل مساساً بالسيادة التشريعية لتلك الدول، إضافة إلى أن مثل هذا العمل يظل عديم الأثر من الناحية العملية لأن القاضي الوطني في أية دولة لا ياتمر إلا بأوامر مشرعه ولا يمكن أن يخضع لأية قاعدة يقضي بها مشرع أجنبي إلا بناءً على ما يقرره مشرعه الوطني. انظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 97. ص 109.

(2) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 254-255.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني. مصدر سابق. ص 15.

وهذا يعني ان قواعد الإسناد لا تختار قانون دولة مسماة أو معينة بالذات بالنظر إلى مضمون أحكام ذلك القانون وقواعده الموضوعية ليبين النظام القانوني للعلاقة محل النزاع، أو بمعنى آخر انها لا تحدد مسبقاً الدولة التي ينتمي إليها القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾، بل تكتفي بالربط بشكل مجرد بين طائفة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين التي تتصل بتلك العلاقات وتبدي قابليتها لحكمها، وذلك بالاستناد إلى معايير مجردة تبينها ضوابط الإسناد في هذه القواعد كالجنسية أو الموطن أو مكان وجود المال وغيرها. فهي تنص فقط على ان تلك الطائفة من العلاقات يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي فيها. وهذا ما يبرز بشكل واضح في النصوص التي تتضمن قواعد الإسناد في التشريعات المختلفة والتي تأتي متوافقة مع الطابع المجرد الذي تتسم به تلك القواعد.

فترى النص في التشريع العراقي يأتي بطابعه المجرد ليقرر مثلاً ان (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته)⁽²⁾، بدلاً من أن يقول مثلاً "يسري على أهلية العراقيين القانون العراقي"، أو يقرر النص أن (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى .. يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار ...) ⁽³⁾، بدلاً من أن يقرر مثلاً ان المسائل المذكورة "يسري عليها القانون العراقي فيما يختص بالعقار الكائن بالعراق".

أو بتعبير آخر إن قواعد الإسناد، مثلها مثل القواعد القانونية الأخرى والتي لا يُعرف سلفاً لأيٍ منها على أيّ فرد من الناس بذاته سوف تنطبق إلا بعد قيام نزاع محدد العناصر ومعين الوقائع، فكذا قواعد الإسناد، إذ إنها لا تحدد قانون إحدى الدول بالاسم ما لم ينهض أمام القضاء نزاع معين بشأن علاقة ذات عنصر أجنبي.

فالتجريد في قواعد الإسناد يكمن في أن هذه القواعد تحدد بنفس الطريقة واستناداً إلى ذات المعيار نطاق تطبيق القانون الأجنبي على قدم المساواة مع نطاق تطبيق القانون الوطني⁽⁴⁾. فقاعدة الإسناد التي تُخضع الأهلية، مثلاً، لقانون جنسية الشخص، أو تلك التي تُخضع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، أو تخضع شكل العقود لقانون مكان الإبرام لا تسمى قانون دولة معينة بالذات، ذلك ان ضابط الإسناد، بما له من طابع مجرد، لا يسمح مسبقاً بهذا التعيين، لذا فانه لا يمكن عملياً معرفة هذه الدولة إلا بعد قيام نزاع معين بشأن إحدى العلاقات موضوع الإسناد وعرضه على القضاء⁽⁵⁾.

(1) ووفقاً لذلك يصف بعض الفقهاء قواعد الإسناد بأنها قواعد غير محددة المضمون. انظر في ذلك د. هشام خالد.

المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. مصدر سابق. ص214.

(2) مادة 1/18 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، وتقابلها مادة 1/11 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

(3) مادة 24 من القانون المدني، وتقابلها مادة 18 من القانون المدني المصري.

(4) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص254-255.

(5) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. مبادئ القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 22. ص31.

فإذا كان الشخص الذي ثار الخلاف بشأن أهليته فرنسي الجنسية، مثلاً، خضعت أهليته للقانون الفرنسي، وإذا كان انكليزياً خضعت أهليته للقانون الانكليزي. وكذلك فيما لو اتجهت إرادة المتعاقدين في العقد الدولي إلى تطبيق القانون الفرنسي، إذ يتحول قانون الإرادة عند ذاك إلى قانون مسمى محدد. وذات الأمر فيما لو كانت المسألة محل النزاع تتعلق بشكل العقد، فإن تطبيق قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، وقد أصبح هذا القانون عند الإبرام قانوناً معيناً، يأتي بالاستناد إلى أعمال ضابط الإسناد المجرد، وهو مكان الإبرام، وإذا تغير هذا المكان إلى أية دولة أخرى فإن نفس الضابط المجرد سيقود إلى تطبيق قانون تلك الدولة أياً كانت هويتها. ولذلك يكون من الضروري تحليل العلاقة مثار النزاع على أساس موضوعي لمعرفة النظام القانوني الذي ترتبط به بأوثق صلة، أي النظام الذي تتصل به العناصر الأساسية لهذه العلاقة، وهو ما يحقق التوزيع الموضوعي المتناسق للصلاحيات.

وطابع التجريد الذي تنسم به قواعد الإسناد ربما يقود إلى الاعتقاد بأن واضع هذه القواعد لحظة خلقها يكون محايداً، فلا ينطلق من اعتبارات مسبقة ودوافع خاصة في اختيار احد ضوابط الإسناد وتضمينه قاعدة الإسناد من دون غيره من الضوابط الأخرى، إلا أن حقيقة الأمر لا تتطابق تماماً مع هذا الاعتقاد.

فالواقع ان المشرع، وكذلك القاضي في الدول التي ينهض فيها القضاء بصياغة قواعد الإسناد، يحاول عند اختياره لأحد ضوابط الإسناد أن يستجيب في هذا الاختيار إلى مصالح مختلفة ومتنوعة وأن يوفق بينها جميعاً⁽¹⁾. فقد يكون اختيار ضابط الإسناد بقصد تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أشخاص العلاقة ذات العنصر الأجنبي، أو مراعاةً لاعتبارات تحقيق الاستقرار والأمان القانوني لتلك العلاقة، وهذا ما يظهر في اختيار ضابط إرادة الأطراف في عقود التجارة الدولية أو ضابط محل الإبرام في مجال شكل تلك العقود⁽²⁾. أو قد يأتي ضابط الإسناد لأجل حماية المصالح العليا للمجتمع الوطني، وهو ما يبدو جلياً في قاعدة الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، إذ يغلب أن يتخذ منظم هذه القاعدة من الجنسية ضابطاً لتحديد القانون الواجب التطبيق إذا كانت دولته مُصدّرةً للسكان وذلك بغية بقاء مواطنيها مرتبطين بها حتى في علاقاتهم التي تتم خارج الحدود الوطنية، في حين يتبنى ضابط الموطن إذا كانت دولته مستوردة للسكان، وذلك حتى تستطيع هذه الدولة أن تفرض سلطانها على الأجانب الموجودين على إقليمها تمهيداً لدمجهم في المجتمع الوطني⁽³⁾.

- (1) ولعل اختلاف هذه المصالح من دولة إلى أخرى هو الذي يفسر اختلاف التشريعات في موقفها بشأن بعض حلول تنازع القوانين، د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 5. ص 17.
- (2) د. احمد عبد الكريم سلامة. قانون العقد الدولي. دار النهضة العربية. القاهرة. 2001. فقرة 118. ص 164، فقرة 165. ص 247-248.
- (3) د. عبد الواحد كرم. الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي. ط 1. مكتبة السيد سامي. بغداد. 1979. ص 6-7.

وقد يتم اختيار ضابط الإسناد على أساس استجابته للمصالح العامة للمجتمع الدولي، ويكون ذلك من خلال تحقيق التعاون القانوني بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة. كما في اختيار ضابط موقع المال الذي يستجيب للواقعية في فض تنازع القوانين، ولا اعتبارات سيادة الدول على ما يوجد على أقاليمها من أموال⁽¹⁾. أو قد تكون تلك الاستجابة عن طريق تيسير حركة الأفراد عبر الحدود ونمو نشاط التجارة الدولية، وهو ما يحققه كذلك ضابط الإرادة في قواعد الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، كما قد يكون ذلك من خلال التيسير على الأفراد في معاملاتهم المالية كهدف يبتغيه واضع قاعدة الإسناد من وراء اتخاذ ضوابط إسناد تخييرية، كإخضاع شكل العقود الدولية مثلاً لقانون بلد الإبرام أو قانون الموطن المشترك أو قانون الموضوع⁽²⁾.

وفي سبيل تحقيق تلك المصالح كثيراً ما يلجأ واضع قاعدة الإسناد إلى اتباع أساليب فنية معينة تمكنه من تحقيقها والوصول إلى ما يهدف إليه من تصوره للحل العادل بشأن النزاعات المرتبطة بالعلاقات الخاصة الدولية وتوفير الأمان القانوني لتلك العلاقات. ومن هذه الأساليب أسلوب الإسناد البسيط وأسلوب الإسناد المركب، وقد يأتي هذا الأسلوب الأخير في صور متعددة منها الإسناد الجامع ومنها الإسناد التخييري وغير ذلك من أساليب الإسناد⁽³⁾.

وجميع هذه الأساليب التي يعتمد عليها واضع قواعد الإسناد توحى بأن القصد من وضع تلك القواعد إنما هو تحقيق أهداف موضوعية أو مادية محددة يبتغيها واضع القاعدة ويروم الوصول إليها من خلال اختياره لأسلوب معين من أساليب الإسناد وإعراضه عن الأساليب الأخرى، وهو الأمر الذي ربما يحدد بقواعد الإسناد عن طابعها المجرد الذي لا بد لها أن تتصف به كقواعد قانونية، وهذا ما يتضح لنا من عرض الأساليب المذكورة وبيان مقاصدها.

فأسلوب الإسناد البسيط هو أسلوب تشتمل فيه قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير إلى قانون واحد ليحكم المسألة موضوع القاعدة بمختلف جوانبها. ومثاله ما جاء في المادة 2/19 من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 والتي تنص على أن (... يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال)⁽⁴⁾. أما أسلوب الإسناد المركب فيمكن فيه أن تشتمل قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون، أو أن تشتمل على أكثر من ضابط إسناد. وتتحقق الحالة الأولى في صورتين، الأولى تتجسد في تضمين قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد يشير باختصاص أكثر من قانون بحيث يطبق كل منها على حدة

(1) د. غالب علي الداوودي. مصدر سابق. ص 193.

(3) انظر في اختيار ضابط الإرادة في المسائل المتعلقة بالعقود الدولية من حيث الموضوع د. إبراهيم أحمد إبراهيم. مصدر سابق. ص 340-341، وفي اللجوء إلى ضوابط الإسناد التخييرية في مسائل العقود الدولية من حيث الشكل انظر المصدر ذاته. ص 354-355.

(3) د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 265 وما بعدها.

(4) تقابلها مادة 1/13 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

على كل طرف من أطراف العلاقة أو على كل مسألة من المسائل المعروضة، وهذا يعرف بالإسناد الموزع، كما في نص المادة 1/19 من القانون المدني العراقي الذي تقرر فيه أن (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)⁽¹⁾. إذ أن مقتضى هذا النص، في حالة اختلاف جنسية الطرفين، أن يُطبق على كل واحد منهما قانون دولته للتأكد من توفر كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة إبرام الزواج في ذلك القانون⁽²⁾.

والصورة الثانية تتحقق على عكس الأولى، حيث يشير ضابط الإسناد الوحيد باختصاص أكثر من قانون بحيث تطبق جميع تلك القوانين في آن واحد على المسألة محل النزاع، وهو ما يُعرف بالإسناد الجامع، ومن أمثله تطبيق نص المادة 1/19 المشار إليها بالنسبة لموانع الزواج كالقربة المحرمة واختلاف الدين بالنسبة للمرأة المسلمة، أو اختلاف المذهب كما في مذهبي الكاثوليك والارثوذكس، فحيث أن وجود أي مانع من هذه الموانع في قانون أي من الطرفين يمنع إبرام الزواج، لذلك يتم تطبيق قانون كل منهما على الآخر للتأكد من عدم وجود أحد تلك الموانع⁽³⁾.

أما الحالة الثانية من حالتي الإسناد المركب فهي ما يسمى بالإسناد التخييري، وهي تتحقق حين تشتمل قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد تشير باختصاص أكثر من قانون، على أن يتم اختيار أحدها ليطبق على المسألة مثار النزاع. ولهذه الحالة ثلاثة تطبيقات، أولها أن توضع ضوابط الإسناد على نحو متساو ويتم الاختيار بينها. ومثاله ما جاء في الشرط الثاني من المادة 1/19 من القانون المدني العراقي، إذ بعد أن تحدثت المادة في شطرها الأول عن إسناد المسائل الخاصة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، أردفت ذلك بالقول (... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، فهذا النص يقرر أن الزواج يعتبر صحيحاً من حيث الشكل متى انعقد مستوفياً للشروط التي يستلزمها أي قانون من هذه القوانين الثلاثة⁽⁴⁾.

(1) تقابلها مادة 12 من القانون المدني المصري.

(2) د. غالب علي الداودي. مصدر سابق. ص 165.

(3) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 90. والإسناد الجامع هو إسناد نادر الحدوث، إذ لا يتم تطبيقه إلا في فروض قليلة، وهناك من الأنظمة القانونية ما يحرص على تفادي هذا الأسلوب لما يؤدي إليه غالباً من إعاقة صلاحية العلاقة محل النزاع ويحول من دون الوصول إلى حل مشكلة تتنازع القوانين، متعارضاً بذلك مع وظيفة قاعدة الإسناد كوسيلة للاختبار بين القوانين وليس الجمع بينها. د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 84. ص 94.

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 291. ويقابل هذه المادة في التشريع الفرنسي نص المادة 170 من القانون المدني لعام 1804، ولا يوجد ما يقابلها في التشريع المصري، لذلك يذهب الفقه الراجح في مصر إلى إخضاع الشروط الشكلية لصحة الزواج إلى قاعدة الإسناد المتعلقة بالتصرفات القانونية عموماً والواردة في نص المادة 20 من القانون المدني، وهو أيضاً ما اعتمدته القضاء المصري في هذا الشأن. د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 646. ص 786 وما بعدها.

وثاني تلك التطبيقات أن توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، بحيث يُطبق ضابط الإسناد الرئيس، فإنْ انعدم يصار إلى تطبيق ضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة بقاعدة الإسناد. ومنه ما جاء في المادة 1/25 من القانون المدني العراقي، إذ قررت أن (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه) (1).

والتطبيق الثالث من تطبيقات الإسناد التخييري هو الذي يجري فيه وضع ضوابط الإسناد في تجاور، على أن يتم تطبيق أحد القوانين التي ترشد إليها تلك الضوابط بالنظر إلى مضمون ذلك القانون والحل الذي يقدمه للمسألة موضوع قاعدة الإسناد، ويُترك أمر اختيار القانون الواجب التطبيق لأحد أطراف العلاقة أو لكليهما، أو أن يترك للقاضي فيكون له أن يطبق أكثر تلك القوانين تحقيقاً لغاية الإسناد وحكمته. ومثال ذلك ما تقضي به المادة 18/311 من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المتعلقة بمسائل نفقة الأولاد وإعانتهم، إذ أعطت للطفل، بواسطة من ينوب عنه، حرية الاختيار بين تطبيق قانون محل إقامته العادية وتطبيق قانون محل الإقامة العادية للمدين بالنفقة (2).

والمتبصر بأساليب الإسناد المتقدمة وقواعد الإسناد التي صيغت على أساسها ربما لا يستطيع القول بأن الأمر يتعلق بقواعد إسناد مجردة ذات طابع تركيزي بحث تسعى فقط لاختيار قانون الدولة التي ترتبط بها المسألة موضوع الإسناد بأوثق الصلات، وهو ما يظهر من مراجعة هذه الأساليب وفقاً للأمثلة التي طُرحت في سياق العرض السابق.

فالقانون الذي يرتبط به النزاع بشأن أحد آثار الزواج ارتباطاً وثيقاً، إعمالاً للمادة 2/19 ربما يكون في الفرض السابق قانوناً آخر غير قانون دولة الزوج، كقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة (3). خصوصاً وأن الاعتداد بهذا الضابط قد تحدد بوقت انعقاد الزواج، وربما يكون الزوج قد غير جنسيته في الفترة ما بين انعقاد الزواج وبين إثارة النزاع أمام القضاء وانقطع أي ارتباط له بدولته الأولى التي كان قد أبرم الزواج في ظلها.

لذلك لا بد من وجود اعتبارات معينة دفعت المشرع إلى إسناد المسائل المتعلقة بآثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، وهذا ما يبرره الفقه بأن المشرع إنما اعتمد هذا الإسناد لغرض تحقيق هدف محدد كان قائماً في ذهنه وقت صياغة القاعدة وهو تأكيد قوامة الزوج بوصفه رب الأسرة والمسؤول عن إعالتها (4)، وذلك بما يتلاءم مع روح النظام القانوني والاجتماعي في الدولة، وحفاظاً على وحدة الأسرة وتماسكها.

(1) تقابلها مادة 1/19 من القانون المدني المصري.

(2) انظر في هذا الأسلوب من أساليب الإسناد د. صلاح الدين جمال الدين. مصدر سابق. ص 267.

(3) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 270.

(4) د. عبد الواحد كرم. مصدر سابق. ص 29.

وكذلك الأمر في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين وفقاً للمادة 1/19 آنفة الذكر، حيث أراد المشرع من هذا الإسناد تقرير صحة الزواج المختلط والتقليل إلى أقصى حد من فرص بطلانه تشجيعاً منه لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود⁽¹⁾. وذات الأمر يظهر في إسناد المسائل المتعلقة بموانع الزواج إسناداً جامعاً إعمالاً للمادة المشار إليها، فهذا الإسناد يعكس إرادة المشرع في كراهية الاعتراف بالزواج أو بآثاره مع قيام تلك الموانع في جانب أيٍّ من الطرفين.

وهذه الغايات الموضوعية التي يبتغيها المشرع تبدو أيضاً، وبشكل واضح في أسلوب الإسناد التخيري بجميع تطبيقاته، إذ يرمي المشرع من وراء هذا الأسلوب إلى تحقيق نتيجة موضوعية محددة هي التيسير على الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية وتحقيق مصالحهم والوصول إلى الاعتراف بصحة تلك العلاقات، وهو ما جعل الفقه الحديث يطلق على قواعد الإسناد التي تعتمد هذا الأسلوب تسمية قواعد الإسناد ذات الطابع الموضوعي⁽²⁾. ولا يخفى أن هذا الطابع الموضوعي لا يتلاءم مع طابع الحياد الذي ينبغي أن تتسم به قواعد الإسناد، ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا المنهج لا يتم إلا بالبحث المسبق في مضمون القوانين ذات الصلة بالنزاع.

وكما قلنا فإن تلك الاعتبارات التي تقوم عليها صياغة قواعد الإسناد ربما توحى بأن هذه القواعد قد خرجت في صياغتها عن طابعها المجرد المتمثل في البحث عن القانون الأصلح لحكم النزاعات بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والذي يتم من خلال تركيز تلك العلاقات في نظام قانوني معين، وأنها قواعد ذات طابع موضوعي تبحث عن قانون ذو مضمون محدد يعكس المصالح والاعتبارات التي يستلهمها مشرع هذه القواعد، إلا أن حقيقة قواعد الإسناد، واقعاً، لا تسمح بالأخذ بمثل هذا النظر على إطلاقه.

فقواعد الإسناد هي قواعد قانونية، ولها من الصفات العامة ما لكل القواعد القانونية الأخرى، ولا يضيرها أن ينطلق مشرعها من اعتبارات معينة أو يستجيب في وضعها لمصالح محددة، أو أن تكون لديه أهداف يحاول تحقيقها من خلال سببه لقواعد الإسناد أو اختياره لهذا الضابط أو ذاك من ضوابط الإسناد. فهذا الأمر لا يقتصر على قواعد الإسناد بل إنه يسري على عموم القواعد التي يحتويها النظام القانوني في الدولة.

وبيان ذلك أن القاعدة القانونية هي أداة المشرع لتحقيق هدفٍ أو غاية معينة سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية⁽³⁾، ولا يمكن تحقيق الغاية المذكورة ما لم يكن لدى المشرع واضح القاعدة تصور مسبق عن الغاية المراد تحقيقها وأن تكون له سياسة معينة في تحديد هذه الأهداف أو الغايات المختلفة التي يجب أن تحققها القاعدة القانونية، وهي ما يُعرف بالسياسة التشريعية. وهذه الأهداف

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 89-90.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 26.

(3) د. منذر الشاوي. مصدر سابق. ص 217-218.

والاعتبارات والمصالح المختلفة لا تنفي عن القاعدة القانونية ما ينبغي أن تتصف به من صفتي العمومية والتجريد اللازمتين لأداء القاعدة لوظيفتها في النظام القانوني الذي تنتمي إليه، وهو مالا يمكن لقواعد الإسناد أن تحيد عنه بأي حالٍ من الأحوال.

لذلك فإن قواعد الإسناد، كقواعد قانونية، لا بد لها أن تكتسي بطابع التجريد والحياد، وإن كان ذلك على مستوى تطبيق هذه القواعد. فعلى الرغم من أن قواعد الإسناد، في طبيعتها ودورها، قواعد ناخبة أو قواعد اختيار، اعتباراً بأنها تقوم على المفاضلة بين القوانين وترجيح تطبيق إحداها على الآخر وفقاً لما يبينه ضابط الإسناد، إلا أن هذه المفاضلة لا تعني التحيز لقانون دولة أو تفضيله على قانون دولة أخرى عند تطبيق إحدى قواعد الإسناد على النزاع المعروض⁽¹⁾. لذلك فإن حياد قواعد الإسناد، وإن لم يكن من مستلزمات صياغة هذه القواعد إلا أنه من متطلبات إعمالها، أو بحسب ما يراه بعض الفقهاء من أن قاعدة الإسناد رغم أن مشرعها (قد صاغها منطلقاً من اعتبارات وطنية أو مصلحة معينة، إلا أنه متى صاغها تلبّتها روح حيادية، فهي لا تميز قانون القاضي على حساب القوانين الأجنبية)⁽²⁾.

وطابع الحياد هذا يتضح من آلية عمل قواعد الإسناد، فهذه القواعد، كما سبق القول، تربط بصورة مجردة بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي وأحد القوانين المرشحة للإنطباق بوصفه القانون المرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة، إذ ليس لهذه القواعد مضمون موضوعي يلتزم القاضي بالبحث عنه والوقوف عليه، وهي لا تعطي حلاً للنزاع المعروض ولا تكثر لمضمون الحل الذي يقدمه القانون الواجب التطبيق.

بمعنى آخر أن صفة الحياد في قواعد الإسناد تعني أن هذه القواعد تشير إلى أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة مثار النزاع وأكثرها ملاءمة ومناسبة لحكمه بصرف النظر عن مضمون ذلك القانون والنتيجة الموضوعية المتحققة على الإرشاد الذي تقوم به القاعدة⁽³⁾، لذلك يستوي أمام هذه القاعدة أن يكون القانون الذي تشير إليه هو قانون القاضي أم أحد القوانين الأجنبية، كما أنها في فرض اختيار القانون الأجنبي لا تفاضل بين قانون أجنبي وآخر.

وصفة الحياد التي تتصف بها قواعد الإسناد تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المتزاحمة لحكم المسألة المعروضة قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المسألة⁽⁴⁾، فيكون من غير المتصور إمكان اختيار هذا القانون وفقاً لمضمون أحكامه. ولهذا فإن القاضي عند وصوله إلى مرحلة إعمال القانون المختار وظهور عدم ملاءمة هذا

(1) د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. هامش 1. ص 126.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال. أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني. مصدر سابق. ص 15.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال. المصدر ذاته. ص 16.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 207. ص 247.

القانون لحكم المسألة محل النزاع بالنظر إلى ظروفها الخاصة، فإنه لا يستطيع أن يهجره ويمتنع عن إعماله، وذلك اعتباراً بالصفة الملزمة لقاعدة الإسناد التي توجب احترام هذا القانون وتطبيق أحكامه. وهذه النتيجة التي تترتب على الصفة الحيادية لقواعد الإسناد المزدوجة كانت أحد جوانب النقد الذي تعرضت له قواعد الإسناد ودافعاً، في ذات الوقت، نحو تطورها بما يتلاءم مع التطور الذي يشهده ميدان إعمال هذه القواعد، وهو العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

فقد تعرض منهج قاعدة الإسناد المزدوجة للعديد من الانتقادات التي وجهت إليه من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص، وخصوصاً في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾، إذ نعت الفقه الأمريكي قاعدة الإسناد بأنها قاعدة تتصف بالجمود والآلية في التطبيق، وانها لا تراعي ظروف النزاع والأهداف التشريعية للقوانين المتزامنة لحكم المسألة، وطالبوا بإهدار قواعد الإسناد وأن يحل محلها وسائل أكثر مرونة في اختيار القانون الواجب التطبيق، فانصبت آراؤهم على إطلاق يد القاضي في البحث عن الحل الملائم للنزاع في كل حالة على حدة من حالات تنازع القوانين.

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل تعرضت قواعد الإسناد بطابعها المحايد إلى بعض الانتقادات من قبل جانب من الفقه الأوربي⁽²⁾، وذلك بحجة أن هذه القواعد لا تتلاءم مع التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وما نتج عنه من تعدد صور العقود الدولية وتنوعها من جهة، ومن جهة أخرى أن قواعد الإسناد المحايدة غير ملائمة لحكم مسائل المسؤولية المدنية الحديثة وما شهدته هذه المسائل من التطور والتعقيد في الميدان الدولي.

وبناءً على ذلك فقد ذهب الفقه الأوربي إلى ضرورة وجود وسيلة فنية خاصة تعمل على تقويم الإسناد في أحوال استثنائية، وذلك عن طريق إدخال تعديلات معينة على قاعدة الإسناد تجعل هذه القاعدة أكثر مرونة في اختيار القانون الملائم لحكم النزاع وتخرج بها عن الجمود المترتب على ما تتصف به من صفة الحياد⁽³⁾، وكل ذلك مع ضرورة الإبقاء على قاعدة الإسناد بوصفها منهج لحل النزاعات الخاصة الدولية، وليس عن طريق التخلي عن هذه القاعدة وفق ما دعى إليه الفقه الأمريكي.

ومضمون فكرة الاستثناءات الموضوعية لتقويم عملية الإسناد أن قواعد الإسناد، ومن خلال ضابط الإسناد الذي تنطوي عليه، تتسم بأنها قواعد مجردة ومحايدة، كما تتصف بأنها قواعد إرشادية أو وسيطة. والحياد الذي تتصف به قواعد الإسناد يبدو أن له مظهران بارزان، أحدهما أنه حياد في علاقة

(1) أنظر في هذه الانتقادات وفي حلول التنازع التي قدمها الفقه الأمريكي بديلاً عن منهج قواعد الإسناد المزدوجة، د. صفوت أحمد عبد الحفيظ. دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2005. فقرة 36 وما بعدها. ص 57 وما بعدها.

(2) في هذه الانتقادات وفي الوسائل المقترحة لمعالجتها، انظر د. صفوت أحمد عبد الحفيظ. المصدر ذاته. فقرة 50 وما بعدها. ص 80 وما بعدها.

(3) انظر في جانب من تلك التعديلات د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 381-382.

قاعدة الإسناد بكافة القوانين المتزاحمة والتي تبدي قابليتها لحكم العلاقة مثار النزاع، فهي تختار من تلك القوانين ما يبدو انه أكثر ملاءمة لتطبيقه على النزاع، وذلك من دون تحيز أو ميل لأحد القوانين على القوانين الأخرى بالنظر إلى المضمون الموضوعي لأحكامه⁽¹⁾. ويتم تقدير تلك الملاءمة من خلال عناصر خارجية تتمثل بوزن أوجه الارتباط بين العلاقة والقوانين التي تتزاحم على حكمها، بحيث يبرز من بينها القانون الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقاً وجية ليكون هو القانون الواجب التطبيق.

والمظهر الآخر هو حياد قاعدة الإسناد في علاقتها بالنظام القانوني الوطني الواجب التطبيق في مجموعه، فباعتبار قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة، فإنها تشير فقط إلى نظام قانوني مختص لإحدى الدول من دون أن تحدد قاعدة موضوعية معينة في ذلك النظام القانوني المختار⁽²⁾.

وهذا الحياد الذي تكتسي به قواعد الإسناد ينطوي في نظر بعض الفقهاء على عيب خفي في منهج تلك القواعد يجعلها، في أحوال كثيرة، عاجزة عن إعطاء الحل الملائم والعاقل للنزاع⁽³⁾. فحياد قواعد الإسناد يقود، من جهة، إلى الطابع الآلي لعملية اختيار القانون الواجب التطبيق. إذ رأينا ان الطابع الإرشادي لهذه القواعد يقودها إلى تعيين ذلك القانون من دون اعتبار للنتيجة الموضوعية المترتبة على اختياره، وبغض النظر عن كون هذا الاختيار يحقق العدالة الملائمة للنزاع المعروض من عدمه.

ومن جهة أخرى، ان حياد الإسناد يكشف عن ان القانون الذي تختاره قواعد الإسناد قد وُضع أصلاً لحكم العلاقات الوطنية⁽⁴⁾، فمنهج هذه القواعد يفترض ان العلاقات الخاصة الدولية هي من علاقات القانون الخاص قبل أن تكون علاقات ذات طابع دولي، وبذلك فهي، وفقاً لهذا المنهج، لا تختلف في جوهرها عن العلاقات الوطنية، إذ هي لا تعدو أن تكون علاقات وطنية معكوسة على مسرح الحياة الدولية⁽⁵⁾. وبذلك فان تطبيق منهج الإسناد يؤدي إلى إهدار السمة الأساسية التي تميز العلاقات الخاصة الدولية وهي اتصافها بالطابع الدولي.

وإزاء ذلك فقد استشعر فقه القانون الدولي الخاص ضرورة وجود وسيلة فنية خاصة لتقويم قواعد الإسناد، وذلك في الحالات التي لا ينفع فيها الإسناد الجامد المحدد سلفاً. فإذا كان منهج قواعد الإسناد يقوم على أساس إسناد العلاقة محل النزاع إلى أوثق القوانين صلة بها باعتبار انه قانون مقرها الطبيعي، فإنه حين تشير قاعدة الإسناد إلى قانون لا يُعبر عن مركز الثقل في العلاقة المعروضة، وكان هناك قانون آخر يرتبط بهذه العلاقة برابطة أكثر وثوقاً، فينبغي حينذاك عدم الاعتداد بنتيجة تطبيق هذه القاعدة

(1) راجع بخصوص هذه الفكرة ما سبق ذكره ص 99-101.

(2) وهي ما تعرف بفكرة الإسناد الإجمالي، راجع في شأنها ما يأتي ص 163-164.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 207. ص 247.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 56. ص 34.

(5) في فكرة عدم ملاءمة القواعد الوطنية لتسوية نزاعات العلاقات الخاصة الدولية انظر د. محمد إبراهيم موسى. التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2005. ص 22 وما بعدها.

وتطبيق القانون الذي يُعبر عن مركز الثقل أو الصلة الأوثق بالنزاع. وهذا يمثل في نظر الفقه استثناءات تعمل على تقويم قواعد الإسناد حتى تكون مرنة غير جامدة⁽¹⁾. وهي استثناءات تكون بمثابة الرقيب على قواعد الإسناد عند ممارسة تلك القواعد لوظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق. وهذه الفكرة تمثل في نظر مؤيديها مرحلة هامة على طريق تحقيق مرونة الإسناد والتخفيف من الطابع الآلي لقواعد الإسناد المحايدة، ومن ثم الوصول إلى عدالة الإسناد من خلال ما يتحقق لتلك القواعد من تطور مستمر ومرونة تلائم الحالات الخاصة التي لا ينفع فيها الإسناد الجامد المحدد على نحو مسبق⁽²⁾.

وتعتبر مسائل الإلتزامات التقصيرية المجال الخصب الذي نشأت فيه إستثناءات تقويم الإسناد، إذ عادةً ما يتم إسناد هذه المسائل لقانون محل وقوع الفعل الضار، فكانت الحاجة إلى فكرة الاستثناءات نتيجة لقصور الإسناد المحايد للقانون المذكور وعدم ملاءمته في كثير من الفروض لحكم هذا النوع من المسائل⁽³⁾. حيث غالباً ما يكون مثل هذا الإسناد مبنياً على محض الصدفة، إذ ينعقد الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل الضار مع ان النزاع يرتبط بالرابطة الأكثر وثوقاً مع قانون دولة أخرى.

ومع ذلك فإن هذه الاستثناءات قد وجدت لها مجالاً أوسع في مسائل عقود التجارة الدولية، لما تتميز به تلك المسائل من تطور دائم نتج عنه تعدد وتنوع صور العقود الدولية في الواقع العملي⁽⁴⁾. ويظهر ذلك بشكل خاص عند سكوت إرادة الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد، ما يضطر معه القاضي إلى البحث عن الإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة لأطراف العقد الدولي، وهو بحثٌ يعتمد، إلى حدٍّ ما، على تخمين القاضي، فيؤدي في كثير من الأحيان إلى المساس بالأمن القانوني واليقين المتطلب في مثل تلك العقود، الأمر الذي اقتضى تحقيق مرونة الإسناد إزاء مسائل العقود الدولية والتي يصعب مواجهتها بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته⁽⁵⁾. وهذا ما يظهر لنا بجلاء عند بحثنا في تلك الحالات الاستثنائية لتقويم الإسناد وذلك في الفرع التالي.

الفرع الثالث

- (1) د. صفوت احمد عبد الحفيظ. مصدر سابق. فقرة 50. ص 80.
- (2) د. صفوت احمد عبد الحفيظ. المصدر ذاته. فقرة 56. ص 90-91، وهو في هامش 1. ص 91 يشير إلى د. احمد محمد الهواري. نظرات في استثناءات تقويم الإسناد. دار النهضة العربية. القاهرة 1995. ص 195.
- (3) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1977. فقرة 8. ص 20 وما بعدها.
- (4) د. بشار محمد الأسعد. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. ط 1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2006. ص 257 وما بعدها.
- (5) لم يشهد الإسناد في بقية مجالات تنازع القوانين ذلك التطور الذي شهده في مجالي العقود الدولية والمسؤولية التقصيرية. ففي مجال الأحوال الشخصية بقي الإسناد يتأرجح بين قانون الموطن وقانون الجنسية، وربما يكون مظهر التطور الوحيد فيه يكمن في ظهور قواعد الإسناد ذات الغاية الموضوعية كما رأيناها فيما سبق. أما في مجال الأحوال العينية فما زال المال، عقاراً كان أو منقولاً، يخضع لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوعه لقانون موقعه وهي قاعدة لم تشهد أي تطور يذكر في هذا الشأن، وكذلك الحال في شأن المسؤولية عن الفعل النافع، إذ لا تزال تخضع لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للإلتزام. انظر في مسائل الأحوال الشخصية د. عبد الواحد كرم. مصدر سابق. ص 6-7، وفي مسائل الأموال د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 466-468، وفي مسائل المسؤولية عن الفعل النافع د. حسن الهداوي. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 201.

تعدي جمود الحياد في قواعد الإسناد

من الأمور التي يمكن ملاحظتها بوضوح أن التطور الذي حصل في ميدان القانون الدولي الخاص قد تأثر باعتبارين متعارضين، الأول هو ضرورة تحقيق الأمن القانوني لعلاقات الأفراد عبر الحدود وتوفير القدرة على توقع الحلول، وهو الأمر الذي أدى إلى التوجه نحو تقنين القانون الدولي الخاص وصياغة قواعد إسناد تتسم بالتحديد المسبق، ومن ثم بالجمود. أما الاعتبار الآخر فيتمثل في حاجة قاعدة الإسناد المقننة، ولما تتميز به من العمومية والتجريد، إلى قدر من المرونة في التطبيق على علاقات ذات صفة خاصة غير اعتيادية. فكانت النتيجة حصول التعارض بين جمود قاعدة الإسناد المعدة سلفاً، والحاجة لعدالة تتفق مع ظروف النزاع وما يقتضيه ذلك من ضرورة تدخل القاضي في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة لتطبيق قاعدة الإسناد.

ومن هنا كان مولد فكرة استثناءات تقويم الإسناد وتطبيقها في تلك المجالات من أحوال تنازع القوانين التي لم تعد تتلاءم مع الإسناد القائم على ضوابط ومعايير جامدة ومحددة. وإذ كان من أبرز المجالات التي يمكن فيها إعمال فكرة استثناءات تقويم الإسناد هي مجالي عقود التجارة الدولية والإلتزامات التقصيرية، فإنهما سيكونان محوراً لبحثنا في هذا الفرع وذلك على النحو التالي.

أولاً: تقويم الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية

جرى فقه الأحوال الايطالي القديم على إخضاع التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها، وكان هذا القانون يحكم التصرف القانوني من حيث موضوعه ومن حيث شكله⁽¹⁾. ومعروف عن هذا الإسناد انه إسناد جامد محدد بشكل مسبق، وهو يتصف بالطابع الأمر نظراً للصفة الوطنية التي تتصف بها قواعد الإسناد.

ولكن فيما بعد، وعلى أثر التوسع في العلاقات الاقتصادية للأفراد عبر الحدود، فقد اقتضت الضرورة العدول عن ذلك الإسناد إلى إسناد آخر يتلاءم مع التطور الحاصل في هذه العلاقات، حيث تم تخويل أطراف العقد الدولي مكنة حل تنازع القوانين الذي يثور بشأن عقدهم عن طريق اختيارهم للقانون الواجب التطبيق بشكل صريح أو على نحو ضمني⁽²⁾. وبذلك أصبح هناك إسناد خاص بهذا النوع من العقود من خلال قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، وهي القاعدة التي استقرت في مختلف

(1) د. منصور مصطفى منصور. مصدر سابق. فقرة 10. ص 35.

(2) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 182. ص 647-648.

القوانين الوطنية وكرستها العديد من الاتفاقيات الدولية كقاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية تتخذ من إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ضابطاً للإسناد⁽¹⁾.

وقاعدة قانون الإرادة هي قاعدة تخرج عن الإسناد الجامد في فن أعمالها وفي طريقة هذا الأعمال. فهذه القاعدة تطبق بشكل أكثر مرونة، وبما يتجاوب مع المجال الذي وجدت من أجله حيث التعدد والتنوع في صور العقود الدولية، ويكون ذلك من خلال إعطاء القاعدة للمتعاقدين مكنة اختيار قانون العقد على نحو صريح أو بشكل ضمني يستخلصه القاضي من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية، والإسناد بهذا المفهوم يقتصر على حالة الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد⁽²⁾.

أما في حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية على نحو مؤكد، وحيث لا يمكن للقاضي عندها ان يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع، فان على القاضي ان يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد وأن يبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحو وثيق وجدي وذلك من خلال تركيز العقد الدولي أو توطينه في دولة معينة يُنتج فيها العقد غالب آثاره أو جميعها لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد. وهذا في حقيقته إعمال للمنهج الموضوعي في إسناد العقود الدولية⁽³⁾، والذي بمقتضاه يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلةً به وفقاً لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة، وهو المنهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي قبل نفاذ اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، والتي أصبحت نافذة في فرنسا اعتباراً من 1 نيسان 1990، وهو كذلك ما يتبناه القضاء الانكليزي وفقاً لما يسمى بفكرة القانون الملئم للعقد⁽⁴⁾.

(1) وردت هذه القاعدة في نص المادة 1/25 من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 وفي المادة 1/19 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، وهي قاعدة استقر عليها القضاء الفرنسي وتأكدت بانضمام فرنسا إلى اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية التي نصت على هذه القاعدة في مادتها 1/3، كما انها قاعدة معترف بها في النظام القانوني الانكليزي. انظر في ذلك وفي عرض للقوانين والاتفاقيات الدولية التي أخذت بقاعدة قانون الإرادة، د. احمد عبد الكريم سلامة. قانون العقد الدولي. مصدر سابق. فقرة 4. ص 13-15. وتجدر الإشارة إلى أن من الفقهاء من يعتبر أن قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعية. انظر في هذا الرأي والرد عليه. د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 777. ص 1066-1068.

(2) د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 465 وما بعدها. ص 422 وما بعدها.
(3) د. محمود محمد ياقوت. الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2004. فقرة 126 وما بعدها. ص 127 وما بعدها، وبشكل خاص فقرة 140-144. ص 139-143. وفي مقابل هذا المنهج يوجد المنهج الشخصي في إسناد العقود الدولية، وهو يعتبر أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بناءً على مطلق سلطان الإرادة وليس بناءً على قاعدة إسناد. انظر المصدر ذاته. فقرة 16 وما بعدها. ص 21 وما بعدها.

(4) انظر في القضاء الفرنسي د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 350-351، وفي القضاء الانكليزي د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 180 وما بعدها. وفكرة القانون الملئم للعقد مقتضاها أن من حق القاضي أن يكشف، في كل حالة على حدة، عن أنسب القوانين لحكم العلاقة التعاقدية مثار النزاع، رغم انه يعتد بحسب الأصل بالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، فيجوز للقاضي مع وجود قانون الإرادة أن يعتد بأي قانون آخر يراه أكثر مناسبة، وخاصة فيما لو كان

غير ان منهج التركيز والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة ليس مُسلماً به على نحوٍ دائم، إذ توجهت له عدة انتقادات من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص أهمها ان هذا المنهج يترك مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي وتقديره، الأمر الذي يُخشى معه زلل القاضي في اختياره للقانون الواجب التطبيق أو تحكُّمَه في هذا الاختيار⁽¹⁾. ولتلافي ذلك فقد لجأت بعض القوانين الوضعية إلى إيراد ضوابط إسناد محددة يلتزم القاضي بتطبيقها في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، كضابطي محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو ضابطي الجنسية المشتركة للأطراف أو موطنهما المشترك، وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة 1/25 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 وكذلك المشرع المصري في المادة 1/19 من القانون المدني رقم 131 لعام 1948.

ومن الانتقادات الأخرى التي وُجِعت إلى هذا المنهج ان التركيز الموضوعي للعقد الدولي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، وإن كان الهدف منه تحقيق مرونة الإسناد وإدراك العدالة على أفضل وجه، إلا انه يؤدي إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للمتعاقدين والتضحية بالأمان القانوني⁽²⁾، فتلك الظروف والملابسات التي يعتمد عليها القاضي في تحديد قانون العقد تختلف، كأحداث مادية، من حالة لأخرى مما يترتب عليه ان المتعاقدين لا يكون لديهم فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم، إذ لا يتحقق لهم هذا العلم إلا بعد عرض النزاع على القاضي.

وبالإضافة إلى تلك الاعتبارات، فان ما سبقت الإشارة إليه من لجوء بعض التشريعات إلى وضع ضوابط إسناد احتياطية ليلجأ إليها القاضي عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، ومع ما لذلك من فائدة في تجنب القاضي مغبة السعي وراء ما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف، إلا ان الحل التشريعي في هذا الفرض يُعد عقبة في تطوير الحلول وملاحقة مستجدات الفن القانوني⁽³⁾، وذلك في ظل ما كشفت عنه المدنية الحديثة من ابتكارات علمية وفنية وما أدى إليه ذلك من تنوع في صور وأنماط العقود الدولية. إذ لم يعد الأمر قاصراً على العقود الدولية التقليدية كعقد البيع الدولي وعقد التأمين وعقد العمل وعقد النقل، بل ظهرت إلى جانبها عقود أخرى لها وزنها الاقتصادي والقانوني صاحبت ظهور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية في الدول المختلفة، ومنها عقود القروض الدولية⁽⁴⁾، وعقود النفط وعقود التعدين والصناعات الناعية وعقود الأشغال العامة

القانون المختار مُنعدم الصلة بظروف التعاقد وموضوعه أو كان اختيار المتعاقدين لهذا القانون بقصد التحايل على القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد. M. Wolff, op. cit., p.413 ets.

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 796. ص 1102-1103.
(2) د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 381. وانظر في موضوع الحاجة إلى الأمن القانوني عند غياب القانون المختار د. احمد عبد الحميد عشوش. مصدر سابق. ص 109 وما بعدها.
(3) في الانتقاد الموجه لتقنين قواعد الإسناد بنصوص تشريعية، د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 58.
(4) انظر في هذه العقود د. احمد عبد الحميد عشوش. النظام القانوني لعقد القرض الدولي، دراسة مقارنة. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 2005. ص 41 وما بعدها.

الدولية⁽¹⁾، فمثل هذه العقود تتسم بخصوصية وتعقيد ربما لا يسمح بإدراجها ضمن طوائف العقود الدولية المسماة، ومن ثم تطبيق أحد القوانين التي تشير إليها ظروف الإسناد الاحتياطية عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، كقانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام، فأصبح من الضروري البحث عن إسناد يتفق مع طبيعة هذه الأنماط من العقود الدولية.

وإزاء ذلك فقد وجدت الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ضالتها في فكرة تقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال طبيعتها الذاتية بدلاً من نظرية التركيز الموضوعي لهذه الرابطة من خلال ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة، وذلك يكون عن طريق تجزئة الإسناد الخاص بالعقود الدولية بحيث يخص لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ضابط إسناد يتمشى وطبيعتها يكون محدداً سلفاً من خلال قواعد الإسناد⁽²⁾، وهو ما يسمح بإسناد تلك الفئة للقانون الأوثق صلة بها في ضوء الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تنفيذه، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيس في العقد والذي يتميز عن الإلتزامات الأخرى المتولدة عنه، وذلك عملاً بفكرة الأداء المميز التي تتخذ من محل إقامة المدين بهذا الأداء ضابطاً للإسناد في قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية، وهي الفكرة التي اعتنقها جانب من فقه القانون الدولي الخاص وأخذت بها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية، ومنها اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية (مادة 2/4)، كما تبناها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه⁽³⁾.

وفكرة الأداء المميز تختلف عن نظرية التركيز الموضوعي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، وإن كانت تُعد صورة من صور التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، ذلك أن التركيز وفقاً لهذه الفكرة يكون ذاتياً، أي مُراعياً لطبيعة العقد والأداء الجوهرية فيه بالنظر إلى وظيفة العقد في الحياة الاقتصادية والاجتماعية. إذ يتم تفريق العقود ذات الطبيعة المتنوعة وإسناد كل فرقة منها إلى قانون معين على نحو تتحقق به المرونة المطلوبة لإدراك العدالة ولا يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد⁽⁴⁾، وذلك لأن اختلاف التركيز لا يترتب على تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حدة، وإنما يترتب إلى

(1) في عرض مفصل لهذه العقود د. بشار محمد الأسعد. مصدر سابق. ص 48 وما بعدها، د. صلاح الدين جمال الدين. عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2004. ص 87 وما بعدها.

(2) د. بشار محمد الأسعد. المصدر السابق. ص 259.

(3) انظر في الفقه والتشريع والقضاء الذي أخذ بفكرة الأداء المميز، د. عادل أبو هميشة محمود حوته. عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 2004. ص 97 وما بعدها.

(4) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 352-353.

طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها مما يُمكن أطراف العقد من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد ابتداءً القانون الواجب التطبيق على العقد المراد إبرامه⁽¹⁾.

ولا يخفى ان هذا الاتجاه نحو تعدد قواعد الإسناد وتنوعها بحسب طبيعة الرابطة العقدية محل الإسناد يؤدي إلى تجزئة الأفكار المسندة بحيث يتم إسناد كل مسألة تفصيلية إلى القانون الأوثق صلة بها، وهو ما يضيفي على قواعد الإسناد الدقة والتفصيل⁽²⁾، إذ يمنح هذه القواعد القدرة على تقديم حلول تفصيلية ومتدرجة للتنازع تحدد القانون المناسب لكل مسألة من المسائل المطروحة، وذلك بدلاً من أن يكون الإسناد قائماً على أفكار مسندة عامة تتسم بشمول واتساع موضوعاتها، كما هو الشأن بقواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية أو بالإلتزامات غير التعاقدية أو بالعقود المالية بصفة عامة، وهو إسناد لا يلائم التطور الحاصل في القانون الدولي الخاص المعاصر. وعلى هذا النحو فإن عقد التأمين الدولي، مثلاً، ووفقاً لفكرة الأداء المميز، يخضع لقانون مركز إدارة المؤمن متمثلاً بشركة التأمين⁽³⁾، كما تخضع عقود الوكالات التجارية لقانون الدولة التي توجد فيها مؤسسة الوكيل المهنية⁽⁴⁾، ويخضع عقد بيع المنقولات للقانون السائد في محل إقامة البائع أو محل منشأته إذا كان شخصاً معنوياً⁽⁵⁾، وهكذا في سائر العقود الدولية الأخرى.

ولكن رغم ذلك فإن فكرة الأداء المميز التي كان الهدف من ورائها تحقيق عدالة الإسناد في مسائل العقود الدولية والحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين ربما لا يمكنها تحقيق هذه الأهداف في جميع أنواع العقود الدولية وفي مختلف النزاعات التي تنصب على مثل هذه العقود، فقد يؤدي تطبيق الفكرة في

(1) تجدر الإشارة إلى أن تطبيق فكرة الأداء المميز ينبغي أن يقتصر على حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم، أما في حالة اختيار هذا القانون فربما لا تسعفا فكرة الأداء المميز في تطبيق القانون الملزم للمسألة محل النزاع، إذ لو تم إعمال هذه الفكرة فإنه سوف يترتب على ذلك إسناد الرابطة التعاقدية برمتها إلى القانون الأوثق صلةً بها والتعاضي بشكل تام عن القانون الذي اختاره المتعاقدون، رغم أن الأصل هو خضوع العقد لقانون الإرادة وأنه لا بد من مجال تعمل به هذه الإرادة حفاظاً على اليقين القانوني كعامل أساسي في استقرار المعاملات التجارية والاقتصادية عبر الحدود. ولكن في مقابل ذلك قد يأتي اختيار المتعاقدين لقانون ليس على صلة وثيقة بعقدهم رغبةً منهم في الإفلات من أحكام القواعد الأمرة في القوانين الوطنية الأخرى التي هي على صلة بالعقد مما يبد إعمالاً غير سليم لمنهج الإسناد القائم على إسناد العلاقة إلى قانون مركز ثقلها، وعندها يكون لا بد من وسيلة لتقويم هذا الإسناد المعيب، وقد تمثلت هذه الوسيلة بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري الذي يسمح للقاضي بتطبيق هذه القواعد بشكل مباشر على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها وفقاً لما أراده لها مشرعها، وذلك على أن يتم تطبيق القواعد المذكورة عملاً بالمنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي، وهو منهج يسمح بتطبيق قانون الإرادة على جميع المسائل التي تخرج عن نطاق إعمال القاعدة ذات التطبيق الضروري، وقد اعتمدته الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص على ما سوف نراه في الفصل التالي. د. صفوت أحمد عبد الحفيظ. مصدر سابق. فقرة 213 وما بعدها. ص 325 وما بعدها.

(2) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ. المصدر ذاته. فقرة 132. ص 194.

(3) د. هشام أحمد محمود عبد العال. عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 2000. ص 170.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. تنازع القوانين في عقود الوكالات التجارية. مجلة الدراسات القانونية. كلية الحقوق. جامعة بيروت العربية. العدد الثاني. 2003. ص 116-117.

(5) د. محسن شفيق. اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية. مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية. العدد الرابع. السنة الرابعة والأربعون. 1974. ص 280.

بعض أنواع العقود إلى الإخلال بتلك الأهداف التي جاءت لتحقيقها. فالكثير من العقود الدولية التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات للأفراد عادةً ما تتضمن طرفاً قوياً هو المُوجب متمثلاً في شركات الإنتاج والخدمات الضخمة، في مقابل طرف آخر هو المستهلك، والذي يكون طرفاً ضعيفاً في العقد وغالباً ما يكون رضاؤه منقوصاً تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان للمتعاقد الآخر⁽¹⁾.

وهذه العقود التي تُعرف عادةً بعقود المستهلك يكون المدين بالأداء المميز فيها هو التاجر المحترف أو المهني باعتبار أن المستهلك يتصرف خارج نشاطه المهني ويحصل على السلع أو الخدمات من أجل استعماله الشخصي أو العائلي، ولذلك فإن إسناد هذه العقود بالاستعانة بمفهوم الأداء المميز ينطوي على نوع من الخطورة على المستهلك، لأن هذا الإسناد يقود إلى تطبيق قانون دولة التاجر أو المهني وهو الطرف القوي في العقد في مواجهة الطرف الضعيف المتعاقد معه⁽²⁾، فينتج عن ذلك تعرض المستهلك لخطر فقدان الحماية التي قد يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة، كما أنه يخل بتوقعاته المشروعة بشأن القانون الواجب التطبيق، لكون قانون محل إقامته هو القانون الذي يضع المستهلك في حسبانته أنه يستفيد من الحماية المقررة فيه. لهذا يبدو المستهلك وكأنه يشكل مركز الخطورة في هذه العقود، وهي فكرة تقابل فكرة الأداء المميز في سائر العقود الدولية الأخرى.

وانطلاقاً من ذلك فقد ذهب الفقه إلى القول بأنه يمكن تدعيم حماية المستهلك باستخدام فكرة الأداء المميز ذاتها من خلال اعتبار أن المستهلك هو المدين بهذا الأداء في العقد وبالتالي إخضاع العقد لقانون محل إقامته المعتادة⁽³⁾، وذلك ما لم يكن القانون المختار من قبل المتعاقدين أكثر صلاحية للمستهلك من قانون محل إقامته، إذ يطبق عندها القانون المختار وفقاً لطريقة الإسناد التخييري. وهو حل اعتمدته العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية ومن بينها اتفاقية روما لعام 1980 سالف الذكر (م 2/5)⁽⁴⁾.

وهذه المبادئ التي اعتنقها الفقه والقضاء الحديث وأخذت بها التشريعات الوطنية والاتفاقية في مجال القانون الدولي الخاص لا نجد لها نظيراً في القانون العراقي. إذ أن المشرع العراقي قد أسند العقود الدولية عند سكوت الإرادة الصريحة أو الضمنية عن اختيار قانون العقد لـ (... قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً. فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ...)

(1) في وسائل الدعاية والإعلان المضللة في العقود بشكل عام، د. عبد الله حسين علي محمود. حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية. ط2. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002. ص73 وما بعدها. وقريب من ذلك د. محمد إبراهيم موسى. مصدر سابق. ص41 وما بعدها.

(2) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002. ص163-164.

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي. مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الأليكترونية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005. ص55 وما بعدها.

(4) في عرض للتشريعات التي أخذت بهذا الحل، د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. المصدر السابق. ص197 وما بعدها.

وفقاً للمادة 1/25 من القانون المدني، ويظهر بذلك إن المشرع قد أخذ بالإسناد الموضوعي الجامد والمسبق عند عدم اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون العقد⁽¹⁾. ومعلوم ان مثل هذا الإسناد يفتقد إلى المرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود الدولية المعاصرة وتنوعها.

ولكن مع ذلك فإن هذا النص لا يمكنه أن يحول من دون اعتناق القضاء العراقي لتلك الأفكار الحديثة في إسناد مسائل العقود الدولية، إذ يمكن للقضاء أن يطبق هذه المبادئ عن طريق إعمال نص المادة 30 من القانون المدني التي تنص على أن يتبع (... فيما لم يرد بشأنه نص ... من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)، فيمكن لقضائنا أن يجد في تلك المبادئ مخرجاً من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في المادة 1/25 من القانون المدني والتي تتضمن حكماً عاماً يجوز تقييده بالأحكام الخاصة بكل طائفة من العقود التي تقتضي طبيعتها إسناداً مستقلاً، وهي الأحكام التي تتضمنها قواعد الإسناد المستخلصة من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

بل ويمكن للقضاء من جهة ثانية أن يجد في نص المادة 1/25 ذاته وسيلة لتطبيق الحلول المقترحة وفقاً لفكرة الأداء المميز. فما دام إعمال الضوابط الاحتياطية في النص المذكور مشروط بعدم اختيار المتعاقدين لقانون آخر صراحةً أو ضمناً، فإن القاضي يمكنه، في حال لم يقر المتعاقدون باختيار قانون العقد على نحو صريح، أن يُعطل الإسناد إلى بلد الموطن المشترك أو بلد الإبرام وان يقوم بإسناد العقد إلى قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز تحت ستار الإرادة الضمنية.

وبهذا يستطيع القضاء العراقي أن يستعين بفكرة الأداء المميز ليُفرد لكل طائفة من العقود الدولية إسناداً احتياطياً خاصاً يتلاءم وطبيعة هذه العقود، وهو المسار الذي إذا ما استقر عليه القضاء يمكنه مع مرور الوقت أن يحقق اليقين القانوني للمتعاقدين، كعامل أساسي يساهم في استقرار ونمو معاملات الأفراد المالية وعقودهم التجارية عبر الحدود.

ثانياً: تقويم الإسناد في مجال المسؤولية عن الفعل الضار

تخضع المسؤولية عن الفعل الضار لأحكام القانون المحلي، وهو قانون المكان الذي تم فيه الفعل المنشئ للإلتزام بالتعويض⁽²⁾. ويرجع مبدأ اختصاص القانون المحلي إلى فقه نظرية الأحوال الإيطالية القديمة في القرن الثالث عشر، وهو يُعتبر من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص⁽³⁾، إذ لا يزال يحكم مسائل الإلتزامات غير التعاقدية في أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة⁽¹⁾.

(1) وهذا أيضاً ما سلكه المشرع المصري في المادة 1/19 من القانون المدني رقم 131 لعام 1948.
(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 302، عبد الحميد محمود حسن السامرائي. مصدر سابق. ص 153.
(3) ظهرت في القانون الدولي الخاص بعض الاتجاهات التي نادت بالتخلي عن مبدأ اختصاص القانون المحلي وإعمال قوانين أخرى كقانون دولة القاضي أو القانون المختار من قبل المضرور أو تطبيق القانون الملائم للعمل غير المشروع والذي نادى به الفقه الحديث في انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية، غير أن هذه الاتجاهات لم تصادف إلا

ولكن مع استمرار سيادة مبدأ اختصاص القانون المحلي كضابط إسناد أصيل في مجال المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا المبدأ لم يبقَ على ذات المفهوم الذي كان عليه في بدايات ظهوره، وذلك على أثر ما شهدته السنوات الأخيرة من التطور في ميدان العلاقات الخاصة الدولية.

فالتقدم الكبير في التقنيات والمخترعات وفي وسائل المواصلات والاتصالات وما تركه ذلك من أثر في ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود متمثلاً بنمو هذه الظاهرة واضطرابها، إضافة إلى ما حصل من تطور في الطبيعة الذاتية للمسؤولية المدنية بشكل عام واعتبارها ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى⁽²⁾، كل ذلك أدى إلى أن يكون هذا المبدأ، بمعناه المكاني أو الجغرافي، غير ملائم في بعض الفروض ليسري على مسائل المسؤولية التقصيرية، وتلك هي الفروض التي يظهر فيها أن الرابطة بين المسألة المعروضة وقانون الدولة التي حدث فيها الفعل الضار هي رابطة عرضية أو ثانوية إذا ما قورنت بالروابط التي تربط تلك المسألة بقانون آخر⁽³⁾.

ومثال ذلك أن يحصل في إحدى الدول حادث اصطدام بين مركبتين يُسفر عن إصابة سائق إحدى المركبتين وتضرر سيارته، ويكون السائقان أجنبيان ومن جنسية واحدة أو أنهما مستوطنان في دولة أجنبية واحدة أو مقيمان فيها، ولم تتدخل بهذا الحادث أية عوامل تابعة للدولة التي وقع في إقليمها. ففي هذا الفرض يكون وقوع الفعل المنشئ للإلتزام قائماً على مجرد الصدفة التي لا تصلح أساساً سليماً للإسناد، لذلك يبدو من المناسب عدم تطبيق قانون مكان وقوع ذلك الفعل وتطبيق قانون آخر يكون أقرب إلى طبيعة العلاقة من القانون السائد في المكان الذي تحقق فيه الفعل الضار من الناحية المادية.

واستجابة لذلك فقد ظهر اتجاه حديث في القانون الدولي الخاص يدعو للتخفيف من جمود مبدأ الإسناد للقانون المحلي واتباع نوع من المرونة في تطبيقه حتى يكون ملائماً لمثل تلك الفروض، وذلك تطبيقاً للمفهوم الاجتماعي للقانون المحلي، أو ما تعرف بفكرة القانون المحلي الاجتماعي⁽⁴⁾. ويقوم هذا الاتجاه على نقطة بداية مفادها الإبقاء على اختصاص القانون المحلي كقاعدة، مع فسح المجال للخروج عليه بصفة استثنائية لصالح قانون آخر هو القانون المشترك للأطراف، كقانون موطنهما المشترك أو محل إقامتهما المعتادة أو قانون جنسيتهما المشتركة.

تطبيقات محدودة. انظر في ذلك د. محمد الروبي. تنازع القوانين في مجال الإلتزامات غير التعاقدية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2005. فقرة 59 وما بعدها. ص 66-71.

(1) أخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ في المادة 1/27 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 كما أخذ به المشرع المصري في المادة 1/21 من القانون المدني رقم 131 لعام 1948، وهو من المبادئ المستقر عليها في النظامين القانونيين الفرنسي والانكليزي. انظر في ذلك د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 841. ص 1170-1171.

(2) انظر في الأسس التي تقوم عليها الوظيفة الاجتماعية للمسؤولية التقصيرية د. احمد محمد عطية محمد. نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة (دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء). ط 1. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2007. فقرة 66 وما بعدها. ص 63 وما بعدها.

(3) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 408-409.

(4) انظر في هذا الاتجاه د. حسام الدين فتحي ناصف. المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة، دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة. 1998. ص 36 وما بعدها.

فهذا الإتجاه يعتبر أن تركيز الفعل الضار في مكان ارتكابه هو تركيز جغرافي مادي مجرد يعزل الفعل عن مضامينه الخاصة مثل جنسية أو موطن الأطراف أو موقع المال المضرور أو العلاقات السابقة التي تربط بين الأطراف وطبيعة المسؤولية الناشئة عن تلك العلاقات، وهو بذلك لا يحدد الصلة الأكثر ثباتاً مع المصالح التي تعو عنها المسألة مثار النزاع. فإذا كشفت تلك المضامين عن أن الفعل الضار يتركز في وسط اجتماعي معين يختلف عن وسط تركيزه المادي أو الجغرافي، فإنه يجب الاعتداد بالتركيز الاجتماعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية، وتفضيل هذا القانون على قانون محل التركيز المادي أو الجغرافي للفعل، أي قانون الدولة التي ارتكب فيها الفعل الذي ترتبت عليه تلك المسؤولية⁽¹⁾.

وذلك مع الأخذ بنظر الاعتبار، وفقاً لهذا الاتجاه، أن لا يتم تطبيق قانون الوسط الاجتماعي إلا على سبيل الاستثناء، وكوسيلة تصحيحية لما يمكن أن يترتب على الأعمال الجامد للقانون المحلي بمفهومه المكاني من عدم الملاءمة لظروف النزاع في بعض الحالات، وبما يحقق هدف قاعدة الإسناد في اختيار انسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم المسألة المعروضة، ويراعي توقعات الأطراف ويحمي مصالحهم المشروعة عبر الحدود⁽²⁾.

وقد لقيت فكرة القانون المحلي الاجتماعي ترحيباً من العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر وفي فرنسا، كما وردت في توصيات مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة إندبره عام 1969، إضافة إلى ذلك فقد أخذت بها العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة في تنازع القوانين واعتنقتها اتفاقية لاهاي لعام 1971 بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق والمعمول بها في فرنسا (مادتيها 4 و 6)⁽³⁾، وكذلك قد أخذت الفكرة طريقها إلى التطبيق أمام القضاء الانكليزي⁽⁴⁾.

أما بشأن القانون العراقي فالملاحظ فيه أن المشرع قد اكتفى باعتماد المبدأ العام في إسناد الإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار للقانون المحلي، وذلك في المادة 1/27 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 والتي نصت على أن (الإلتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها

(1) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية. مصدر سابق. فقرة 10. ص 26 وما بعدها. وفي الأخذ بفكرة التركيز الاجتماعي في شأن المسؤولية عن مزار التلوث البيئي بشكل خاص انظر د. جمال محمود الكردي. المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه بشأن دعاوى المسؤولية والتعويض عن مزار التلوث البيئي العابر للحدود. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2005. ص 136 وما بعدها.

(2) د. حسام الدين فتحي ناصف. المصدر السابق. ص 39.

(3) انظر في الفقه والتشريع والقضاء المؤيد لهذا الاتجاه د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 848-849. ص 1184 وما بعدها. د. محمد الروبي. مصدر سابق. فقرة 70-73. ص 78 وما بعدها. د. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية. مصدر سابق. فقرة 10. ص 27-28. وجميعهم من المؤيدين للأخذ بهذه الفكرة.

(4) استعان القضاء الانكليزي في تطبيق الفكرة بالنظام السائد فيه بشأن إسناد العقود الدولية والمعروف بنظام القانون الخاص بالعقد، فطبق هذا القضاء ما يعرف بنظام القانون الخاص بالخطأ فيما يتعلق بمسائل المسؤولية التقصيرية، وبموجبه يتصدى القاضي في كل حالة على جدة لبيان أكثر القوانين مناسبة لحكم تلك المسائل وفقاً لظروف النزاع وملاساته. د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 130-131.

الواقعة المنشئة للإلتزام)، ولم يورد المشرع على هذا المبدأ أي استثناء يُخضع بموجبه المسائل المتعلقة بتلك الإلتزامات للقانون الملأئم في الحالات التي تظهر فيها عَرَضِيَّة المكان الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للإلتزام، أو يظهر فيها وجود قانون آخر أو ثَق صِلَة أو أشد ارتباطاً بتلك الواقعة.

ومع صراحة نص المادة 1/27 بإخضاعها مسائل المسؤولية عن الفعل الضار لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام، فإن من المستبعد أن يتم تفسير القانون المحلي على أنه قانون الوسط الاجتماعي أو البيئة الاجتماعية للفعل الضار، وذلك لأنه (لا مساع للإجتهد في مورد النص) وفقاً لما يقضي به القانون المدني⁽¹⁾. ويكون المشرع العراقي بذلك قد اكتفى بالاعتداد بالقانون المحلي بمعناه الجغرافي ولم يَعتد بالمفهوم المرن لهذا القانون وفقاً لما أخذ به الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص.

ولكن مع ذلك فإن من الممكن أن يعمل المشرع العراقي على تقدير أهمية الاتجاهات الحديثة في التشريع والقضاء والفقہ المقارَن نحو تطويع مبدأ سريان القانون المحلي على مسائل الإلتزامات غير التعاقدية، وأن يأخذ بعين الاعتبار تلك التطورات التي حصلت في مفهوم هذا المبدأ، وذلك عند أقرب تعديل تشريعي لنص المادة 1/27 من القانون المدني.

(1) مادة 2 من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951.

تمهيد وتقسيم:

من المُسلم به أن قواعد الإسناد، حالها حال القواعد القانونية الأخرى، يوجد لسريانها أطر متعددة تطبق هذه القواعد في حدودها وخارج تلك الأطر ليس لها سلطان للتطبيق. فهناك النطاق الزمني لعمل قواعد الإسناد ويقصد به الحدود الزمنية التي تبين الوقت الذي تكون فيه القاعدة واجبة التطبيق وأثر صدور قاعدة إسناد جديدة على نفاذها، وكذلك أثر تعاقب قانونين أو أكثر لحكم المسألة محل النزاع. وهناك أيضاً النطاق المكاني والذي يتم فيه البحث عن نوع تنازع القوانين المكاني الذي تنهض القاعدة بتسويته، هل هو التنازع الدولي وحده أم يشمل إلى جانبه التنازع الداخلي، كما يجري فيه البحث عن مدى الاهتمام الذي توليه قاعدة الإسناد بتعدد القوانين والاختيار بينها وما إذا كان اهتمامها يقتصر على النزاع الأصلي أم انه يمتد لاختيار القانون الواجب التطبيق على المسائل التمهيدية التي يلزم معرفة نظامها القانوني قبل فض التنازع الدولي بخصوص ذلك النزاع.

ولكن إلى جانب ذلك فان هناك نطاقاً ثالثاً لسريان قواعد الإسناد اقتضت البحث فيه الطبيعة الخاصة لهذه القواعد، وذلك هو النطاق الموضوعي. ويكون الغرض من تحديد هذا النطاق معرفة نوع القواعد القانونية التي تختارها قاعدة الإسناد وتحقق من خلالها التنظيم الذي تبتغيه للعلاقات الخاصة الدولية، وبشكل خاص تلك القواعد التي يحتويها القانون الأجنبي الذي تشير القاعدة باختصاصه، أي قواعد القانون الخاص فقط، أم ان قاعدة الإسناد يمكنها أن ترشد إلى أحد القوانين العامة ليكون هو القانون الواجب التطبيق. وهذا النطاق بالتحديد هو ما يكون محلاً لدراستنا في هذا الفصل نظراً لتعلقه المباشر بموضوع البحث في طبيعة قواعد الإسناد.

ونشير ابتداءً إلى أن الفقه والقضاء في الدول المختلفة لم يتفق على اتجاه واحد بشأن نوع القواعد القانونية التي تدخل في نطاق عمل قواعد الإسناد. فبينما ذهبت أنظمة قانونية متعددة إلى حصر هذا النطاق بقواعد القانون الخاص، على اعتبار ان تنازع القوانين الذي تعمل قواعد الإسناد على فضه هو ذلك الحاصل بين القوانين الخاصة في مختلف الدول دون القوانين العامة، فقد اتجهت أنظمة أخرى إلى توسيع نطاق تطبيق قواعد الإسناد ليشمل القانون العام الأجنبي، وهو اتجاه أخذ مداه يتسع في الفقه والقضاء والتشريع في مادة القانون الدولي الخاص.

وعليه فإننا سوف نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص أولهما للكلام حول التنازع في ميدان القانون الخاص، ونتطرق في الثاني للحديث عن إمكان تطبيق القانون العام الأجنبي.

المبحث الأول

التنازع في ميدان القانون الخاص

إن المستعرض للاتجاهات السائدة في القانون الدولي الخاص يجد أن الفقه والقضاء في الكثير من الأنظمة القانونية في الدول المختلفة قد جرى على حصر النطاق الموضوعي لقواعد الإسناد بذلك التنازع الذي يحصل بين قواعد القوانين الخاصة في مختلف الدول، فهذه القوانين فقط هي التي يمكن لقاعدة الإسناد أن تختار من بينها القانون الواجب التطبيق على النزاع، أما قواعد سائر فروع القانون العام فلا تنازع بينها على الإطلاق، ولا يُتصور، وفقاً للاتجاه المذكور، أن يتم تطبيق هذه القوانين من قبل محاكم دولة غير تلك التي أصدرتها. وهذا الاتجاه سيكون محلاً لدراستنا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وأما المطلب الأول فسوف نخصه للبحث في مادة أخرى نرى أنها تتعلق بهذه الدراسة، وهي مادة الفكرة المسندة التي تقوم عليها قواعد الإسناد وتشكل موضوعاً لهذه القواعد. ذلك أن الكلام عن تحديد النطاق الموضوعي لقواعد الإسناد بقواعد القانون الخاص له ارتباط بالموضوع الذي تنصب عليه قواعد الإسناد متمثلاً بالفكرة المسندة باعتبارها عنصراً من العناصر الداخلية لهذه القواعد وتمثل تجسيداً لعنصر الفرض فيها، خاصة وأن هذه الفكرة، على ما سوف يأتي، هي فكرة قانونية ومن أفكار القانون الخاص دون القانون العام، وهذا الاعتبار هو ما حدا بنا إلى دراسة الفكرة المسندة كموضوع لقواعد الإسناد ضمن هذا الميدان. وفيما يلي عرض للمطلبين المذكورين.

المطلب الأول

القانون الخاص في إطار الفكرة المسندة

لقد أشرنا فيما سبق، ولو بشكل غير مباشر، إلى أن الفكرة المسندة كموضوع لقواعد الإسناد عادةً ما تُصاغ على نسق القانون الوضعي ويُعبّر عنها باصطلاحات قانونية تستخدم في إطار القانون الخاص، مثل الزواج والميراث وغيرها. ولما كانت الفكرة المسندة كذلك فإنها على هذا النحو تكون صالحة لأن يُدرج تحتها النصوص القانونية للقانون الموضوعي، وأيضاً العلاقات التي تخصها نصوص القانون الموضوعي بالتنظيم. وهذه الصياغة العامة للفكرة المسندة لا تُمكن من تحديد موضوع الإسناد أو ما ينصب عليه الإسناد، هل هو الواقع أم القانون. فهي بصياغتها على النحو المتقدم كما تسمح بالقول أن موضوعها يتعلق بالواقع المجرد، فإنها أيضاً تسمح، وبنفس القدر، بالقول أن هذا الموضوع متعلق بالقانون الذي ينظم ذلك الواقع. ولهذا لم يستقر فقه القانون الدولي الخاص إزاء هذه المشكلة، بل إنه انقسم إلى اتجاهات متعددة كلّ منها يرى في موضوع الإسناد غير ما يراه الآخرون.

وهذه الاتجاهات المختلفة في شأن موضوع الإسناد يمكن حصرها في ثلاثة اتجاهات، أولها يرى أن هذا الموضوع يَنصَبُ على العلاقة القانونية أو على النص القانوني الذي يحكم تلك العلاقة، وثانيها يرى أنه ينصب على علاقات الحياة الاجتماعية المجردة من التوصيف القانوني، أما الاتجاه الثالث فيذهب إلى أن موضوع الإسناد يَنصَبُ على الوقائع المنظور إليها من خلال نظر معين، أو التي تشكل حالة معينة بما تفرضه هذه الحالة من خصائص ذاتية مقصورة عليها. وذلك على ما سوف نراه في الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول

تحديد موضوع الإسناد في مجال الواقع

يرى بعض الفقهاء أن موضوع قواعد الإسناد هو الواقع المادي المجرد من التوصيف القانوني⁽¹⁾. وهذا الرأي في فقه القانون الدولي الخاص يقوم على نقطة أساسية تتعلق بحقيقة الارتباط ما بين الأنظمة القانونية في الدول المختلفة، إذ يرى أنصاره بأن تلك الأنظمة تشهد في الواقع انقطاعاً أو انفصالاً تاماً فيما بينها، حيث أن كل نظام منها معزول عن الأنظمة الأخرى، زيادة على ذلك، أنه، في ظل المعطيات الحالية للنظام القانوني الدولي، لا يوجد نظام قانوني فوق هذه الأنظمة يضع القواعد التي تحدد الاختصاص التشريعي للدول ويحكم العلاقات الخاضعة لأنظمة القانون الخاص بحيث يمكن معه القول بوجود توزيع متبادل للاختصاص التشريعي للدول المختلفة⁽²⁾. ويترتب على هذا الانفصال القائم بين الأنظمة القانونية نتيجتان أساسيتان هما تفرد النظام القانوني لكل دولة من جهة، وعمومية هذا النظام أو كليته في علاقته بالواقع الخالص أو بعلاقات الحياة من جهة أخرى.

أما التفرد الذي تتسم به الأنظمة القانونية فينبني عليه أن أي نص قانوني أجنبي لا تكون له قيمة قانونية في مواجهة النظام القانوني الوطني بالنظر لأنه ناتج عن مصدر قانوني آخر، وبالتالي فإنه يقع خارج إطار هذا النظام القانوني، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى استحالة قيام تنازع القوانين من الناحية النظرية. زيادة على ذلك فإن كل نظام قانوني لا يمكن أن يُصدر أمراً إلى أي نظام قانوني آخر أو يتلقى

(1) ظهر هذا الرأي في فقه المدرسة الوضعية الإيطالية، وهذا الفقه يرى أن علاقات الحياة لا تعدو أن تكون مجموعة من الوقائع المادية الخالية من أي طابع قانوني، وأن قواعد الإسناد تقوم بتوزيع هذه الوقائع على القوانين المختلفة التي تعينها، وهذا التوزيع يتم من خلال عملية التكليف، وهي عملية تتخذ من الواقع المجرد أو علاقات الحياة المادية موضوعاً لها. ويُعتبر الفقيه الإيطالي أكو Ago من أبرز الذين عوّوا عن فقه هذه المدرسة. انظر في ذلك د. حفيظة السيد الحداد. محل التكليف في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية وانتقادية للإتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. العدد الرابع. 1991. ص 199 وما بعدها. ومن المناصرين لهذا الرأي في الفقه المصري، د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 41. ص 48-49.

(2) انظر في ترتيب الأنظمة القانونية في الدول المختلفة وعلاقة بعضها ببعض الآخر د. أحمد مسلم. المنطق والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية، بحث في أصول القانونين الدولي العام والدولي الخاص. مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية. العدد الأول. السنة الحادية والعشرون. 1951. ص 65 وما بعدها.

أمرأً من ذلك النظام، لذا يكون من غير المتصور أن تهدف قواعد الإسناد التي يعينها النظام القانوني الوطني إلى تحديد الاختصاص التشريعي للقوانين الأجنبية المعنية⁽¹⁾، وبالتالي رفض الرأي القائل بأن موضوع هذه القواعد هو النصوص القانونية الموضوعية الأجنبية.

أما بشأن عمومية الأنظمة القانونية الوطنية في علاقتها بالواقع الخالص فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن هدف كل قاعدة قانونية هو ترتيب الآثار القانونية على الوقائع والعلاقات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين للنظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة. فما دامت القاعدة تنتمي بالنسبة للمصدر الذي أنشأها إلى نظام قانوني معين، فإنها بالضرورة تنتمي إليه بالنظر إلى موضوعها وكذلك بالنظر إلى الأشخاص المخاطبين بأحكامها. ولما كانت قواعد الإسناد تنتمي إلى نظام قانوني وطني فإنه لا يمكن النظر إلى هذه القواعد إلا على نفس المستوى الذي يُنظر من خلاله إلى القواعد المستوحاة من ذات المصدر⁽²⁾.

معنى ذلك أن قواعد الإسناد هي قواعد تتعلق بالعلاقات بين الأشخاص الخاضعين للنظام القانوني الوطني، أي أنها ترتب نشأة الحقوق والالتزامات أو تغييرها أو انقضائها على حدوث وقائع متعلقة بالأشخاص الذين ينتمون إلى المجتمع الإنساني، وكل ما هنالك أن هذه الوقائع والعلاقات التي تهدف قواعد الإسناد إلى تنظيمها تتمتع بخصائص ذاتية تميزها عن تلك التي تعالجها القواعد القانونية العادية. فقواعد الإسناد إنما تسعى إلى تنظيم الوقائع والعلاقات التي تتصل بطريقة أو بأخرى بالعديد من الأنظمة القانونية والتي تُعد من هذه الزاوية أجنبية عن النظام القانوني الوطني⁽³⁾، وهذه الذاتية الخاصة لبعض العلاقات والتي تجعل لها نطاقاً أوسع من ذلك المعهود لعلاقات الحياة الوطنية تقتضي وجود نظام قانوني خاص يجد مصدره من هذه الذاتية التي تتمتع بها تلك العلاقات، وهذا النظام المغاير هو الموضوع الجوهري الذي تنصب عليه قواعد الإسناد.

ولكن مع القول بأن موضوع قواعد الإسناد هو الوقائع والعلاقات التي تتصل بطريقة أو بأخرى بأنظمة قانونية متعددة، فإنه يجب الأخذ في الحسبان، وفقاً لهذا الرأي، أن العلاقات الإنسانية الواقعية ليست لها بطبيعتها صلة مفترضة أو تلقائية بنظام قانوني أو أنظمة قانونية معينة، فالصلة أو الرابطة بين علاقة الواقع وأي نظام قانوني ليست أمراً ذاتياً في العلاقة، ولكنها صفة أو وصف يُشتق من النظام القانوني الذي يقترح تنظيم هذه العلاقة⁽⁴⁾، وهي أيضاً نتيجة أو أثر يرتبه النظام القانوني بالنظر للخصائص المادية للعلاقة الواقعية، والتي على أساسها تتم التفرقة بين موضوع قواعد الإسناد وموضوع

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 43. ص 51.

(2) راجع في الصفة الوطنية لقواعد الإسناد ما سبق ذكره ص 53 وما بعدها.

(3) د. صلاح الدين جمال الدين. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 9-10 وانظر في نطاق وظيفة القواعد القانونية بشكل عام د. عبد المنعم فرج الصده. أصول القانون. دار النهضة العربية. بيروت. بدون طبع. ص 22 وما بعدها.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 41. ص 49.

القواعد القانونية الأخرى المنتمية إلى ذات المصدر الوطني. وبناءً على ذلك فإن علاقات الواقع لا تتمتع بالطابع القانوني إلا بعد أن يُضفي عليها نظام قانوني معين هذا الوصف.

وحيث أن قواعد الإسناد تتميز عن القواعد الموضوعية الداخلية من حيث أنها بطبيعتها لا تنظم بطريقة مباشرة علاقات الحياة الإنسانية إلى بُعد موضوعاً لها، لذلك فإنها لا ترتب على هذه العلاقات أية آثار قانونية مباشرة. فإذا ما ارتبطت صفة التنظيم غير المباشر لقاعدة الإسناد بصفة الحياد الذي تتسم به هذه القاعدة فإنه يمكن القول، حسب هذا الاتجاه، بأن قاعدة الإسناد لا تعدو أن تكون مجرد وسيط بين علاقات الواقع أو وقائع الحياة المادية والنظام القانوني الذي تشير إليه هذه القاعدة، ودون أن تضفي على الوقائع المذكورة أي طابع قانوني⁽¹⁾. فهي تقدم تلك العلاقات أو الوقائع إلى القانون المختص على نحو محايد ليرتب هذا الأخير عليها الجزاء الذي يتضمنه. وبهذا فإن مسألة تحول الواقع المادي موضوع قاعدة الإسناد إلى علاقة قانونية قادرة على ترتيب الآثار القانونية يُعدّ أمراً خاصاً بالقانون المختص الذي تم تعيينه.

وإذ ينحصر دور قاعدة الإسناد في تعيين القانون المختص، فإن هذا التعيين إنما يتم عن طريق استخدام تعبيرات ذات طابع فني قانوني تُستخدم لصياغة الفكرة المسندة في هذه القاعدة وتتميز كأصل عام بطبيعة مرنة، وذلك مثل تعبير العلاقات القانونية الشخصية بين الزوجين، أو الحقوق الواردة على الأموال المنقولة والعقارية وغيرها⁽²⁾، وعلى الرغم من أن هذه التعبيرات والاصطلاحات الفنية التي تستخدمها قاعدة الإسناد من أجل تحديد موضوعها تتوافق مع مدركات قانونية معينة فهي لا تعدو مجرد وسيلة من أجل تعيين أو تحديد علاقات الواقع وأن الأمر، بحسب هذا الاتجاه، لا يتعلق بأية قواعد قانونية أو علاقات قانونية.

ووفقاً لذلك، وكما ذهب إليه جانب من الفقه منتقداً الاتجاه محل البحث⁽³⁾، فإن قاعدة الإسناد لكي تقوم بتعيين الواقع المادي الذي يُعد موضوعاً لها فإن عليها أن تقوم بإخضاع هذا الواقع إلى الفرض القانوني المنصوص عليه في إطار القواعد الداخلية لقانون القاضي التي يمكن إدراجها في إطار الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد، حيث أن هذا الواقع المادي المقرر له أن يخضع للقانون الأجنبي كان ستحكمه هذه القواعد الوطنية لولا اتصاف العلاقة بالطابع الأجنبي، عليه وبالنظر للطبيعة المرنة للأفكار والاصطلاحات المستخدمة لصياغة الفكرة المسندة، فإن تعيين الوقائع المادية لن يكون ممكناً إلا عن طريق البحث في الأنظمة القانونية التي تجمعها هذه الأفكار المسندة، وكذلك في القواعد الموضوعية التي تشملها تلك الأنظمة. فإذا كان الواقع المطروح على نطاق البحث تتوافر فيه الشروط والأوصاف المدرجة في أية قاعدة قانونية من القواعد الموضوعية، فإن قاعدة الإسناد تبدأ في الإعمال، حيث أن هذه

(1) د. سامي بديع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 84-85. ص 109-111.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج2. مصدر سابق. فقرة 74 مكررة. ص 166.

(3) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 222 وما بعدها.

العلاقة أو الواقع المادي الذي تم حصره يؤخذ بعين الاعتبار ويتم رفعه عن طريق قاعدة الإسناد لكي يحكمه القانون الذي عينته القاعدة المذكورة.

لذلك فإن المنهج الذي يعتنقه هذا الاتجاه يعتريه عيب جوهري هو قيام المنهج المذكور على تخيل التوافق بين عناصر الفرض في القانون الوطني والقانون الأجنبي، أو بمعنى آخر افتراض التطابق الكامل بين نصوص القانون المختص ونصوص قانون القاضي من ناحية عناصر الواقع التي تخضعانها لحكمهما كشرط جوهري لإعمال قاعدة الإسناد⁽¹⁾، وهو الأمر الذي قد لا يتحقق بالنظر إلى الاختلاف الذي يمكن أن يفصل بين النصوص الموضوعية للنظامين القانونيين الوطني والأجنبي. كما أن قبول اقتضاء ذلك التطابق من شأنه حرمان قواعد الإسناد من أساس وجودها. فهذه القواعد إنما وجدت من أجل مواجهة الاختلاف القائم بين الأنظمة القانونية، إذ أن دورها لا يقوم إلا في ظل هذا الاختلاف⁽²⁾، أما في حالة التطابق الكامل بين نصوص القانون الوطني ونصوص القانون الأجنبي فلا يكون لإعمالها أي معنى حيث أن إشارتها إلى تطبيق القانون الأجنبي تكون عديمة القيمة.

ومن جانب آخر، وفي معرض الانتقاد الموجه للفقهاء القائل بقصر موضوع الإسناد على ميدان الواقع، فإن من الصعب الادعاء بما ذهب إليه الفقهاء المذكور من كون الوقائع التي تقوم الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد بترحيلها إلى القانون المختص ليست إلا وقائع مادية مجردة من كل توصيف قانوني⁽³⁾. فالحقيقة هي أن المعيار الذي بموجبه تم إدراج الوقائع والعلاقات في الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد ليس مجرد العناصر المشكلة لمادتيها الصرف، وإنما هو العلاقة المتبادلة لتلك الوقائع مع القاعدة المعنية. ذلك أن الذي يربط الواقع المادي بالقاعدة القانونية هو توافقه مع الشروط التي يضعها النص الموضوعي لإعماله والتي تُصاغ في ركن الفرض المكوّن لهذا النص⁽⁴⁾، وهو ما يجعل الواقعة المادية لا معنى لها إلا من خلال صلتها بالقانون أو بالقاعدة القانونية.

ولما كان الأمر كذلك، وتعريجاً على ما يقوم عليه هذا الاتجاه من افتراض التطابق بين عناصر الفرض في القانون الوطني والقانون الأجنبي، فإن الاختلاف المحتمل قيامه بين النصوص الموضوعية لهذين القانونين يجعل القانون المختص لا يتطابق مع الفكرة المسندة في قانون القاضي التي قامت بتعيين هذا القانون لحكم المسألة محل النزاع، وهو ما يعكس انعدام التجانس بين العناصر التي يستند إليها الاتجاه محل البحث⁽⁵⁾، كما يؤدي إلى عدم انسجام قاعدة الإسناد وعدم تناسقها.

(1) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 227.

(2) د. غالب علي الداودي. مصدر سابق. ص 101.

(3) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 238-239.

(4) د. منذر الشاوي. مصدر سابق. ص 158.

(5) انظر قريب من ذلك د. سامي بديع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 437. ص 703-705.

فإذا كان السبب الذي من أجله مثلاً تم تعيين القانون الأجنبي لحكم وقائع معينة هو أن تلك الوقائع تُعدّ، من وجهة نظر قانون القاضي، تتوافر فيها الخصائص المتطلب توافرها في علاقات الأسرة، فإن مبررات هذا التعيين تفقد أساس وجودها فيما لو اتضح أن القانون الأجنبي المشار إليه يُعتبر العلاقات موضوع الإسناد، من وجهة نظره، داخلة في إطار الفكرة المسندة المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، ناهيك عما إذا كان هذا القانون يُدخل تلك العلاقات في إطار أنظمة قانونية مجهولة تماماً بالنسبة للنظام القانوني للقاضي، وهو أمر غير مستبعد الحدوث في النزاعات ذات العنصر الأجنبي.

ويتضح لنا من ذلك أن تطبيق الأفكار الأساسية للرأي القائل بأن موضوع قواعد الإسناد هو الوقائع المادية يجعل من المستبعد أن يكون موضوع هذه القواعد منصباً فقط على الوقائع المذكور، فحيث أن العلاقة بين الواقع والقانون لا يمكن أن تكون فيها أولوية للواقع في مواجهة القانون، بل يوجد بينهما دائماً تلازم وتعاصر، لذا فإن من الصعب الادعاء بأن قواعد الإسناد تعالج الوقائع والعلاقات المجردة تماماً من أي غطاء أو وصف قانوني. وبناءً على ذلك فإن المعطيات التي يستند إليها الاتجاه محل البحث يمكنها أن تؤدي إلى أن يكون موضوع قواعد الإسناد منصباً على العلاقات القانونية التي تم تحديد ذاتيتها من خلال المفاهيم التي تضعها القواعد الموضوعية لقانون القاضي⁽¹⁾. ولعل هذا الأمر هو الذي دفع جانباً من الفقه باتجاه القول أن موضوع قواعد الإسناد إنما ينصب على ميدان القانون، محاولاً تفادي الصعوبات التي قابلها الاتجاه محل البحث في إعمال قاعدة الإسناد.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تباين الآراء حول الموضوع الذي تنصب عليه قاعدة الإسناد ينعكس بدوره على مسألة وثيقة الصلة بإعمال هذه القاعدة، وتلك هي مسألة موضوع التكييف. فعلى اعتبار أن التكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد ينصب على تحديد مضمون الفكرة المسندة ونطاقها، فإن مسألة موضوع التكييف تكون مرتبطة بمسألة تكوين الفكرة المسندة وبموضوع هذه الفكرة ما إذا كان هو الواقع المجرد أو النصوص القانونية⁽²⁾. فإذا كانت قاعدة الإسناد تخاطب الواقع فإن إعمالها عن طريق التكييف يقتضي أن يكون موضوع هذا التكييف متصلاً بعلاقات الواقع المادي، أما إذا كانت قاعدة الإسناد تواجه المسائل القانونية فإن موضوع التكييف بدوره لا بد أن ينصب على النصوص القانونية، وبذلك تكون هناك علاقة تطابق بين موضوع الإسناد وموضوع التكييف⁽³⁾، وهو الأمر الذي أدى بفقه القانون الدولي الخاص إلى أن يعتمد في بيان ما ينصب عليه التكييف ذات الآراء التي اعتمدها في بيان ما ينصب عليه الإسناد، فانقسم بذلك إلى قائل باتخاذ موضوع التكييف من ميدان الواقع وقائل باستمداد

(1) انظر في هذه النتيجة من زاوية موضوع التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد، د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 232-234.
(2) د. حفيظة السيد الحداد. المصدر ذاته. ص 90 وما بعدها.
(3) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 56. ص 112.

هذا الموضوع من ميدان القانون⁽¹⁾. وهو ما سوف نراه بشكل واضح عند كلامنا فيما يلي عن الرأي القائل بتحديد موضوع الإسناد في ميدان القانون.

الفرع الثاني

تحديد موضوع الإسناد في مجال القانون

اتفقت مجموعة من الآراء في فقه القانون الدولي الخاص على إنكار ما جاء به الاتجاه الأول من أن موضوع قواعد الإسناد هو وقائع مادية أو مراكز واقعية، وذلك على اعتبار أن وظيفة تلك القواعد إنما هي بيان القانون الواجب التطبيق في مسائل قانونية وليس في وقائع مادية خالية من التوصيف القانوني⁽²⁾. وقد أجمعت هذه الآراء على أن موضوع قواعد الإسناد هو نصوص القانون الداخلي الذي تختاره هذه القواعد لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

وإذ أشرنا آنفاً إلى التطابق بين موضوع قاعدة الإسناد وبين موضوع التكييف اللازم لإعمال تلك القاعدة، لذلك نجد أن الاتجاه الفقهي الذي يعتبر موضوع قواعد الإسناد منصباً على نصوص القانون الداخلي قد مثله الفقه القائل بأن موضوع التكييف هو تلك النصوص القانونية ذاتها التي ينصب عليها الإسناد، وهو ما يدعونا إلى اعتماد الفقه الأخير في إبراز مضمون الاتجاه محل البحث.

ومن تركيز النظر في مسألة تحديد موضوع التكييف بالقواعد القانونية الداخلية يتضح وجود رأيين متباينين حول القانون الذي يخضع له تكييف تلك القواعد القانونية، أحدهما يرى ضرورة إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، أما الآخر فيذهب إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي وليس للقانون المختص⁽³⁾. ولذلك سوف نبحت في هذين الرأيين وفي مدى انعكاسهما على موضوع قواعد الإسناد وفقاً للاتجاه الذي يحدد هذا الموضوع في إطار القاعدة القانونية.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 342. ص 371-372.

(2) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 74 مكررة. ص 167.

(3) إن كل واحد من الرأيين المذكورين له انعكاسه المباشر على قاعدة الإسناد من جهة العلاقة التي تربط عناصر هذه القاعدة بعضها مع البعض الآخر ومقدار التجانس الذي ينبغي أن يسود بين تلك العناصر، وهو الأمر الذي يترك أثره في النهاية على موضوع قاعدة الإسناد لئتم عندئذ تحديد مدى صواب الاتجاه الذي يستمد هذا الموضوع من ميدان القانون. وينبغي التنويه إلى أن هناك نظريات متعددة في شأن القانون الذي يخضع له التكييف إلى جانب النظريتين المذكورتين، ومن تلك النظريات إخضاع التكييف للقانون المقارن أو إخضاعه لعلم القانون، وهي نظريات ليس لها تأثير يذكر على مسألة تحديد موضوع التكييف أو موضوع الإسناد وحصره في ميدان القانون، إذ أن هذه النظريات لا تقضي بإخضاع التكييف لأي من القوانين الوضعية لكي يُصار إلى اعتبار قواعد ذلك القانون موضوعاً ينصب عليه التكييف أو الإسناد. انظر في هذه النظريات د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 40 وما بعدها. ص 140 وما بعدها.

أولاً: موضوع الإسناد في ظل إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق.

ذهب رأي في فقه القانون الدولي الخاص إلى إعطاء الاختصاص بالتكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وهو القانون الذي يتقرر تطبيقه بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي⁽¹⁾. وينادي هذا الرأي بضرورة التبعية الكاملة من قبل قاعدة الإسناد للنصوص القانونية الداخلية في القانون الواجب التطبيق من حيث التكييفات التي يتبناها ذلك القانون، وهو ما يعني التبعية الكاملة للفكرة المسندة في قاعدة الإسناد للقانون المذكور.

وينطلق الرأي محل البحث من مقدمة أساسية هي ضرورة احترام القوانين الداخلية المرتبطة بالمسألة المطلوب إيجاد حل لها، حيث أن احترام تلك القوانين أمر جوهري لأنه يستجيب لاعتبار هام لا يمكن لمنهج تنازع القوانين أن يتحرر منه دون أن يترتب على ذلك فقدانه لذاتيته، وذلك هو منهج الإسناد⁽²⁾. فمنهج التنازع بدلاً من أن ينص على قواعد موضوعية مباشرة للسلوك فإنه يقوم بتبني قواعد القانون الداخلي لدولة أو أكثر وفقاً للروابط التي تكشف عنها العلاقة مع أحد هذه الدول أو معها جميعاً. وتلك النصوص الموضوعية المستوحاة من الأنظمة القانونية الوضعية هي التي تستمد منها قواعد الإسناد هويتها الأصلية، فلكي تحتفظ قواعد الإسناد بهويتها فإنه يجب عليها احترام هذه النصوص. وبهذا فإن دور قاعدة الإسناد، وفقاً لهذا الاتجاه، ينحصر في أداء وظيفة مباشرة هي تحديد نطاق تطبيق القوانين الداخلية التي يقوم ضابط الإسناد بتعيينها، وهو الأمر الذي يتمخض عن اتخاذ قاعدة الإسناد من المسائل القانونية التي يطرحها القانون المختص موضوعاً لها⁽³⁾، بمعنى أن وظيفة هذه القاعدة تتحدد في توزيع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتزامنة التي تم تحديدها بواسطة ضوابط الإسناد.

هذا ويستند الرأي المعروض إلى حجة مفادها أن ثبوت الاختصاص لقانون معين بشأن فكرة مسندة معينة يقتضي بالضرورة قبول التصوير الذي يعطيه ذلك القانون لهذه الفكرة، ويكون ذلك من قبيل احترام الاختصاص الكامل للقانون الذي تختاره قاعدة الإسناد لحكم النزاع⁽⁴⁾، وهذا الاختصاص يجب أن يشمل إعطاء الوصف القانوني للمسألة المعروضة باعتباره جزءاً لا يتجزأ من القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

وقد تعرض الرأي محل البحث لعدة انتقادات من جانب الفقه لعل أهمها ذلك الذي يشير إلى أن التكييف هو عملية أولية لازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وعليه فلا يتسنى إخضاع هذا التكييف

(1) على رأس القائلين بهذا الرأي في الفقه الفرنسي الأستاذ دسبانييه Frantz Despagne، انظر في ذلك د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء. مصدر سابق. ص 410. ومن مؤيدي هذا الرأي M. Wolff, op. cit., p.155.
(2) انظر في اعتماد حلول تنازع القوانين على منهج الإسناد د. غالب علي الداودي. مصدر سابق. ص 61-62.
(3) في تحديد نوعية القانون الواجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد انظر د. محمد سليمان الأحمد. أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق القانون المختص. مجلة الرافدين للحقوق. كلية القانون. جامعة الموصل. المجلد 1. العدد العشرون. السنة التاسعة. 2004. ص 106 وما بعدها.
(4) د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 56.

للقانون المختص بحكم النزاع في الوقت الذي يجهل فيه القاضي هذا القانون قبل تكييف المسألة المعروضة⁽¹⁾. وهذا الانتقاد يستمد قيمته أساساً انطلاقاً من أن مسألة التكييف سابقة من الناحية الزمنية على إعمال ضابط الإسناد، ولذلك حاول جانب من الفقه المؤيد لهذا الرأي أن يدفع الاعتراض المذكور عن طريق تغيير صياغة قواعد الإسناد ذاتها، وفي ضوء هذه الصياغة يكون الفرض عكسياً، حيث يتدخل ضابط الإسناد أولاً في مرحلة زمنية سابقة على التكييف ويقوم بإعطاء الاختصاص للقانون الذي يتولى تعيينه، في حين يقتصر دور التكييف على تحديد نطاق تطبيق القانون الذي تم تعيينه بواسطة ضابط الإسناد، على أن يكون المرجع في تحديد ضابط الإسناد وتعريفه هو القانون الوطني الذي تنتمي إليه قاعدة الإسناد⁽²⁾. فقاعدة الإسناد التي تقرر مثلاً أن "الميراث يخضع لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة" يكفي أن تغير صياغتها لتكون "إذا مات شخص فعلى المحكمة أن تطبق في شأن تركته القواعد السارية في الدولة التي كان يحمل جنسيتها وقت الوفاة والتي يعتبرها قانون هذه الدولة من القواعد الخاصة بالميراث"، وبهذا يتفادى الرأي المذكور الحلقة المفرغة التي تواجه كعقبة تحول دون إمكانية تطبيقه من الناحية العملية.

وفي الواقع فإن محاولة الخروج من الحلقة المفرغة تؤدي إلى الوقوع في تناقض آخر، وذلك أن هذا الحل لا يستقيم مع مقدمات الفقه القائل بإخضاع تكييف النصوص القانونية موضوع قاعدة الإسناد للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، وهو الفقه الذي يقضي بعدم الرجوع إلى التكييفات المأخوذة من النظام القانوني الوطني⁽³⁾. وينجم عن هذا التناقض تبعية الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد للقانون الأجنبي الذي قام ضابط الإسناد بتعيينه في الوقت الذي يتحدد فيه ضابط الإسناد بموجب قانون القاضي، وهو الأمر الذي يُظهر التناقض والتباين القائم بين هذين العنصرين من عناصر قاعدة الإسناد.

وزيادة على ذلك فإن هذا التباين وعدم التجانس بين عنصري الفكرة المسندة وضابط الإسناد قد يترتب في ضوء معطيات أخرى يؤدي إليها الرأي القائل بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، منها اتصاف ضابط الإسناد بالطابع الدولي دون الفكرة المسندة، والتي تبقى أسيرةً للتحديد القانوني الوطني⁽⁴⁾. فقد يقوم ضابط الإسناد بتعيين قانون أجنبي لحكم العلاقة محل النزاع، وعندها يتم تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، وذلك دون البحث عما إذا كانت هذه القواعد تتمشى أو لا تتمشى مع الوصف القانوني الذي من أجله تم اختيار القانون الأجنبي للتطبيق.

ومن تلك المعطيات أيضاً التخلي عن الارتباط المستهدف من قبل المشرع الوطني القائم بين الفكرة المسندة وبين ضابط الإسناد، ذلك الارتباط الذي يجعل من ضابط الإسناد بما يتميز به من خصائص

(1) د. منصور مصطفى منصور. مصدر سابق. فقرة 21. ص 70-71.

(2) صاحب هذه المحاولة هو الأستاذ الألماني مارتان وولف M. Wolff في كتابه Private international law, op. cit., p.156.

(3) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 39. ص 140.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 125 وما بعدها.

محددة أفضل من غيره لحكم مسألة معينة بالذات، كضابط الجنسية مثلاً بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية⁽¹⁾. فحين يطبق ضابط الإسناد على قواعد قانونية لا تتوفر فيها الصفات الجوهرية الكامنة في الأفكار المسندة في قانون القاضي والتي دفعت إلى اختيار هذا الضابط بالتحديد، فإن ذلك يؤدي إلى خلق علاقة جديدة بين ضابط إسناد وفكرة مسندة لا وطن لها، حيث لا يمكن الجزم بأن قاعدة الإسناد التي تم خلقها ترتبط بالنظام القانوني للقاضي أو بالنظام القانوني المختص.

ثانياً: موضوع الإسناد في ظل إخضاع التكييف لقانون القاضي.

في مقابل الرأي الأول الذي يُخضع التكييف للقانون الواجب التطبيق، كان هناك رأي آخر ضمن الاتجاه الذي يتخذ من القاعدة القانونية الداخلية موضوعاً للتكييف، ومضمونه أن تكييف القاعدة القانونية يخضع لقانون القاضي وليس للقانون المختص⁽²⁾. وهذا الرأي ينطلق من ذات المقدمة التي يبتدئ منها الرأي السابق، وتلك هي ضرورة احترام نصوص القوانين الداخلية المرتبطة بالعلاقة محل النزاع باعتبار أنها تتضمن الأوصاف اللازمة لتحديد طبيعة تلك العلاقة، وبالتالي يجب إعطاءها الاختصاص الكامل في التكييف وحل النزاع⁽³⁾، ولكن مع ذلك فإن الرأي محل البحث يقوم على أفكار مختلفة عن تلك التي يقوم عليها الرأي الأول.

فهذا الرأي يقوم على فكرة أساسية تستند إلى إجراء نوع من القياس تتكون مقدمته الكبرى من الفكرة المسندة لقاعدة الإسناد، والتي يقترن بها ضابط الإسناد الذي يتحقق في المسألة محل النزاع، ومقدمته الصغرى تخاطب النص الموضوعي الذي يصوغه النظام القانوني المعين من قبل ضابط الإسناد لحكم المسألة المعروضة، وهو النص الذي يشكل موضوع قاعدة الإسناد، في حين تستخلص نتيجة القياس من العلاقة بين المقدمة الصغرى والمقدمة الكبرى لهذا القياس.

أما موضوع المقدمة الكبرى فإنه ينصب على التعريف المجرد لمضمون الفكرة المسندة، والذي يكون من خلال استجلاء طبيعة القواعد الموضوعية التي تخاطبها تلك الفكرة⁽⁴⁾، ومسألة تعريف طبيعة هذه القواعد تكون من اختصاص قانون القاضي ووفقاً للمفاهيم السائدة فيه، حيث يتم وفقاً لهذا القانون معرفة الوصف الذي جرى من خلاله تحديد القواعد الموضوعية في النظام القانوني الذي عينه ضابط الإسناد لحكم المسألة مثار النزاع. وأما المقدمة الصغرى فموضوعها ينصب على مسألة تحديد كيفية تكوين القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق والتي قد تكون قاعدة وطنية أو أجنبية، وهذه المسألة هي من

(1) في آلية اختيار ضابط الإسناد وضرورة قيام الصلة بين الفكرة المسندة والقانون الواجب التطبيق انظر د. صلاح الدين جمال الدين. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 262-264.

(2) يعتبر الفقيه الألماني Raape صاحب الفضل في إبراز هذا الرأي وصياغته على نحو التفصيل. انظر في ذلك وفي عرض الرأي المذكور. د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 161 وما بعدها.

(3) انظر في هذا المعنى د. سامية راشد. قاعد الإسناد أمام القضاء. مصدر سابق. ص 405-406.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. المصدر السابق. ص 163.

اختصاص النظام القانوني الذي صاغ النص الذي يتضمن تلك القاعدة الموضوعية⁽¹⁾، إذ يقع على عاتق ذلك النظام حصر الصفات المميزة للنص القانوني وإبراز الخصائص التي منحه إياها.

فإذا كان هذا النص الذي تم فحصه يتفق مع طبيعة القواعد القانونية الموضوعية التي تستغرقها الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد، فإن هذه القاعدة تقوم بترتيب آثارها، وذلك من خلال تطبيق النص المذكور وحسم النزاع وفقاً لأحكامه. أما إذا كان النص لا يتفق مع طبيعة القواعد الموضوعية التي تخاطبها الفكرة المسندة، فهذا يعني أن قاعدة الإسناد غير مؤثرة في هذا الشأن وانها بالنتيجة لا تخول تطبيق النص القانوني الذي لا يدخل في إطار الفكرة المسندة.

وبناءً على ذلك، ووفقاً لهذا الرأي، فإنه ينبغي توزيع المهام بين قانون القاضي والقانون المختص بشأن كلتا مقدمتي القياس المشار إليهما، وذلك بالنظر للطبيعة التي تتسم بها النصوص القانونية الموضوعية التي تشكل موضوع قواعد الإسناد وفقاً للرأي محل البحث⁽²⁾. ولذلك فإن مسألة تحديد النص الموضوعي الذي يشكل المقدمة الصغرى في القياس يختص بها النظام القانوني الذي صاغ النص المذكور، في حين أن مسألة تحديد المقدمة الكبرى في القياس والتعرف على طبيعة القواعد التي تخاطبها الفكرة المسندة تكون من اختصاص قانون القاضي، إذ أن المقصود منها معرفة الوصف الذي من خلاله تم تحديد القاعدة الموضوعية في القانون الذي عينه ضابط الإسناد لحكم المسألة المعروضة.

ومناطق فكرة توزيع المهام هو الطبيعة التي تتسم بها النصوص الموضوعية في الأنظمة القانونية المختلفة التي تنتمي إليها تلك النصوص. فالنص القانوني ليس إلا مجرد عنصر في نظام معين، ولا يمكن تحديد مفهوم هذا النص إلا من قبل النظام القانوني الذي صاغه⁽³⁾، كما أنه ليس بالإمكان فهم المقصود من النص كعنصر في النظام القانوني إلا في ضوء العناصر الأخرى التي تشكل معه ذلك النظام.

والواقع إن تحليل النص القانوني الأجنبي موضوع قاعدة الإسناد وفقاً للنظام القانوني الذي ينتمي إليه قد تعثره العديد من المشاكل، منها إمكان عدم تمتع هذا النص بالخصائص التي تتطلبها الفكرة المسندة المجردة المتشكلة وفقاً لقانون القاضي، زيادة على أن هذا التحليل قد يواجه مشكلة أخرى هي عدم إمكانية إدراك طبيعة القوانين الأجنبية⁽⁴⁾، وهو الفرض الذي لا تتلقى فيه المقدمة الصغرى للقياس التعريف الملائم من قبل المقدمة الكبرى، ما ينجم عنه عدم استغراق هذه المقدمة للمقدمة الأولى، وإن

(1) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 165.

(2) انظر في فكرة توزيع المهام بين قانون القاضي والقانون المختص. د. حفيظة السيد الحداد. المصدر ذاته. ص 170 وما بعدها.

(3) في علاقة القاعدة القانونية بالنظام القانوني الذي تنتمي إليه انظر عبد الباقي البكري و زهير البشير. المدخل لدراسة القانون. مديرية دار الكتب. جامعة بغداد. 1989. ص 27.

(4) انظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 511 وما بعدها. ص 568 وما بعدها.

كان هذا الانتقاد الأخير يفقد الكثير من قيمته في ظل فكرة توزيع المهام التي اشرنا إليها آنفاً، ولكن مع ذلك ينبغي عدم إغفال تلك الصلات والروابط التي تربط ما بين النصوص الموضوعية المنتمية إلى أي من الأنظمة القانونية⁽¹⁾. وهي صلات لا بد من احترامها لغرض تحديد خصائص تلك النصوص وبيان مميزاتها، وإن احترام هذه الصلات من الممكن أن يؤدي إلى آثار سلبية جديرة بالتنويه.

فقد يحدث أن تكون هناك قاعدتان تنتميان إلى نظامين مختلفين ولكنهما تستهدفان تنظيم ذات المسألة وترتبان كلتاهما نفس الآثار، إلا أن الصلات القائمة بين إحدى هاتين القاعدتين وبين القواعد الأخرى المنتمية إلى ذات النظام القانوني الذي صاغ هذه القاعدة، والتي تسمح بتحديد خصائصها، قد أثرت بشكل مباشر على تلك الخصائص على نحو مغاير للأثر التي تركته مثل تلك الصلات على القاعدة الأخرى التي تهدف في النظام القانوني الآخر إلى تنظيم المسألة ذاتها. وهذا الأمر يجعل كل واحدة من القاعدتين تُصنف وفقاً للقانون الدولي الخاص للقاضي في فكرة مسندة مغايرة للفكرة التي صُنِّفت فيها القاعدة الأخرى، وهو ما يؤدي من الناحية العملية إلى التعدد في قواعد الإسناد واجبة التطبيق في قانون القاضي أو إلى انعدام هذه القواعد⁽²⁾.

ويسوق الفقه مثلاً على ذلك مسألة التركة الشاغرة وحق الدولة في الحصول على تركة المتوفى الذي لا وارث له، فبعض الأنظمة القانونية تفسر هذا الحق بوصفه حق سيادي على كل مال أو تركة لا مستحق لها، فتتملك الدولة ما يوجد على إقليمها من أموال لا صاحب لها بما لها من سيادة إقليمية على رقعتها الجغرافية، وبهذا الوصف يدخل الحق المذكور في فكرة الأحوال العينية⁽³⁾، في حين إن هناك أنظمة قانونية أخرى تفسر حق الدولة على أنه حق إرث باعتبارها وارثة من لا وارث له، فتؤول التركة إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفى باعتبار وجود وارث للتركة وأنها غير شاغرة، وهنا يدخل حق الدولة هذا في مضمون الفكرة الخاصة بالميراث.

ويترتب على ذلك أن كل نظام قانوني يعينه أي من ضابطي الإسناد المقترنين بهاتين الفكرتين في قانون القاضي يمنح الاختصاص للقواعد القانونية في القانون الأجنبي التي تدخل في إطار الفكرة المسندة التي يقترن بها ذلك الضابط، وهي تلك القواعد المنصبة على حق الدولة في تملك التركة الشاغرة التي تقدمها الأنظمة القانونية المختلفة، وبهذا ينشأ تعدد في قواعد الإسناد الواجبة التطبيق على هذه المسألة⁽⁴⁾.

(1) في بيان إجمالي للصلات التي تربط ما بين القواعد القانونية في الأنظمة المختلفة د. احمد مسلم. مصدر سابق. ص 97 وما بعدها.

(2) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 185 – 186.

(3) هذا هو التحليل المعتمد في الفقه العراقي والمصري والفرنسي والانكليزي. انظر في ذلك، د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 301. د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 715. ص 942، د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 425. ص 569.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 185-186.

ومن جهة أخرى فإن كل نظام قانوني يعينه ضابط إسناد غير ذلك الضابط المقترن بالفكرة المسندة التي تندرج تحتها القاعدة الواجبة التطبيق لا يكون هناك محل لإعماله، وفي هذا الفرض لا يمكن تطبيق أي قاعدة من القواعد القانونية المتعلقة بالتركة الشاغرة والتي تقترح الأنظمة المتنافسة تطبيقها، وبالتالي فإن هناك غياب في قواعد الإسناد الواجبة الإعمال على المسألة المذكورة.

الفرع الثالث

مزج الواقع بالقانون في موضوع الإسناد

بعد عرضنا للاتجاه الفقهي القائل بأن موضوع التكييف هو النصوص القانونية الموضوعية التي ينصب عليها موضوع الإسناد، يتضح أن أنصار الاتجاه المذكور على رغم ادعائهم عدم الاهتمام إلا بالقواعد القانونية، لكن من المؤكد أنهم لا يتوقفون عند أية قاعدة قانونية، وإنما يقتصرون على القواعد القانونية الموجودة في الأنظمة القانونية المعنية بالمسألة محل البحث، تلك القواعد التي تكون قادرة على استحواذ الوقائع موضوع المناقشة. والتبصر بهذا الأمر يقود إلى أن الاتجاه محل الحديث، وفي نفس اللحظة التي يؤدي فيها إلى تصنيف النصوص الموضوعية وإدراجها في الأفكار المسندة لقانون القاضي، فإنه يؤدي أيضاً إلى أن يُدخل في إطار ذات الأفكار المسندة الوقائع التي تُخضعها تلك النصوص الموضوعية لأحكامها. أو بمعنى آخر أنه يقوم بفحص الوقائع وفقاً للتصورات المتعددة التي تمنحها إياها القوانين المتنوعة المعنية بالأمر.

وعلى هذا النحو فقد رأى بعض الفقهاء أن السير في ركاب الاتجاه الذي يجعل من النصوص القانونية موضوعاً للتكييف ينتهي إلى أن يكون موضوع التكييف عبارة عن علاقة قانونية⁽¹⁾، وهي علاقة ذات طابع افتراضي يتم النظر إليها من خلال الواقع الذي تجسده أو من خلال القواعد القانونية التي تشكلها. وهذه العلاقة القانونية التي ينصب عليها التكييف، وحيث أنها لا بد أن تكون علاقة ذات طابع أجنبي، فإن هذا الطابع عادة ما يثير التساؤل عما إذا كانت الصلة بين العناصر التي يتضمنها عنصر الفرض في القاعدة القانونية وبين العناصر التي يراد تطبيق الجزاء عليها متوافرة في واقع الحال. وبناءً على ذلك فإن العلاقة القانونية الافتراضية التي تشكل موضوع التكييف تكون في حد ذاتها مسألة قانونية⁽²⁾، وهذه المسألة القانونية هي التي يتعلق بها موضوع الإسناد.

ومن مجمل ذلك يظهر أن الاتجاه القائل بأن موضوع التكييف هو النصوص الموضوعية يرى في ذات الوقت أن موضوع الإسناد إنما يتعلق بمسألة قانونية، وهذه التفرقة المصطنعة بين موضوع الإسناد وموضوع التكييف التي ينتهي إليها هذا الاتجاه بإمكانها تفادي الانتقاد الذي تلقاه الاتجاه المذكور من أن

(2) B.Ancel, Les conflits de qualifications al'epreuve de la donation entre epoux, Dalloz, Paris, 1977, p.221 أشارت إليه د. حفيظة السيد الحداد. المصدر ذاته. هامش 214. ص 256.
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 343. ص 372-373.

موضوع التكييف، وكذلك موضوع الإسناد، لا يمكن أن ينصب على علاقة قانونية لما يؤدي إليه ذلك من الحلقة المفرغة⁽¹⁾.

وعلى العموم فإن تلك الصعوبات التي واجهت الاتجاهين السابقين في موضوع قواعد الإسناد قد دفعت جانباً من فقه القانون الدولي الخاص إلى القول بأن موضوع هذه القواعد لا يمكن اتخاذه من ميدان القانون، كما لا يمكن القول بأنه ينصب على ميدان الواقع. فقواعد الإسناد لا يمكن أن تستمد موضوعها من الواقع المجرد الذي لا يصلح في حد ذاته لأن يندرج في إطار الفكرة المسندة، كما لا يمكنها أن تنصب على العلاقة القانونية أو النص القانوني، بل إن موضوع هذه القواعد، بحسب هذا الاتجاه، هو المسألة القانونية التي يثيرها النزاع المعروض على القضاء، وهذه المسألة تتكون من المطالبة التي يتقدم بها المدعي إلى القضاء ومن الوقائع التي يتمسك بها من أجل تأييد تلك المطالبة⁽²⁾، أو بمعنى آخر هي مجموعة مزاعم وإدعاءات الخصم في الدعوى، والتي لا تخرج عن كونها علاقات واقعية، أو هي وقائع الدعوى التي تثيرها مسألة معينة⁽³⁾.

فلو عُرض أمام القضاء الفرنسي نزاع يتعلق بزواج أحد اليونانيين لعدم إتمامه أمام الكاهن المختص، فإن موضوع قاعدة الإسناد الخاصة بهذا الفرض لا يتعلق بنصوص القانون اليوناني التي تحظر إبرام الزواج ما لم يتم أمام الكاهن المختص، ولا بنصوص القانون الفرنسي التي تبيح الزواج أمام الموثق المدني، كما أنه لا يتعلق بالواقع الذي يتحصل في قيام طرفي النزاع بإبرام الزواج أمام الموثق الفرنسي، بل إن موضوع قاعدة الإسناد ينصب على المسألة القانونية التي يثيرها النزاع المذكور والمتجسد في المطالبة ببطالان هذا الزواج الذي يتمسك به المدعي في الدعوى والذي يدعمه بما يثيره من وقائع.

وهذه المسألة القانونية التي يثيرها النزاع وتكون موضوعاً لقاعدة الإسناد تشكل في ذات الوقت موضوعاً للتكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد المعنية بهذه المسألة⁽⁴⁾، حيث إن موضوع التكييف إنما يتعلق بتمحيص الوقائع المعروضة أمام القضاء من أجل تحديد قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق عليها، وأن هذا التمحيص يتم في ضوء الآثار القانونية المطلوب ترتيبها على تلك الوقائع.

ومن خلال ذلك يتضح لنا وفقاً لهذا الاتجاه أن الموضوع الذي تنصب عليه قواعد الإسناد لا يتكون فقط من الواقعة، لكن يتكون من المسألة التي تندرج هذه الواقعة في إطارها والتي تتحلل إلى محل الإدعاء ومحل المطالبة. وهذه المسألة المتكونة من الادعاء والمطالبة ليست إلا عملاً فردياً يُنشؤه الخصم

(1) انظر في ذلك د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 70-71، د. سامية راشد. قاعدة الإسناد أمام القضاء. مصدر سابق. ص 412.

(2) من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في مصر د. إبراهيم أحمد إبراهيم. مصدر سابق. ص 156-157، د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 2. مصدر سابق. فقرة 74 مكررة. ص 168.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. المصدر السابق. فقرة 343. ص 373.

(4) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 94.

بإدعائه المرفوع أمام القضاء، إلا أنها تُبنى على أساس هيكل يتشابه مع هيكل القاعدة القانونية⁽¹⁾. بمعنى آخر أن المسألة موضوع قواعد الإسناد بصفتها عملاً فردياً فإنها تتميز عن العلاقات التي يفرضها النظام القانوني عندما يوقف ترتيب الآثار القانونية المنصوص عليها في عنصر الحكم في القاعدة القانونية على حدوث أمور معينة منصوص عليها في عنصر الفرض، ولكن مع ذلك فإن هذا العمل الفردي لا بد أن يكون مطابقاً لنموذج القاعدة القانونية لكي يحصل على تصديق النظام القانوني له ويتحول بعد ذلك إلى علاقة قانونية.

وبناءً على ذلك فإن المسألة القانونية موضوع الإسناد تنفصل عن الواقع الخالص لتتخذ مكاناً لها في مواجهة القاعدة القانونية، فهذه المسألة تتطابق من جهة مع القاعدة القانونية من حيث أنها تُجري تقديرًا لعلاقات الواقع، وهي من جهة أخرى تفترق عنها على اعتبار أن المسألة موضوع الإسناد لا تعدو أن تكون مجرد عمل فردي⁽²⁾.

وهذه الفعالية التي يتسم بها موضوع قواعد الإسناد تظهر لنا من خلال قدرة هذا الاتجاه على تفادي الانتقادات التي وجهها الفقه للاتجاهين السابقين، وهو الأمر الذي يتجلى من نواحٍ متعددة. فمن ناحية أولى لا تكون هناك قيمة للانتقاد الموجه للرأي الذي يحدد موضوع قواعد الإسناد في مجال الواقع، والقاتل بأن هذا الرأي يقود إلى إغفال القانون الأجنبي المختص أو استحالة الوصول إلى حل للمسألة المعروضة بسبب عدم التطابق بين عناصر الواقع المجرد الذي تنظمه النصوص الداخلية في قانون القاضي وبين عناصر الواقع المجرد الذي تنظمه نصوص القانون المختص، كما لا محل أيضاً لما أُخذ على هذا الرأي من أنه يؤدي إلى عدم التطابق بين القانون المختص وبين الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد التي أشارت باختصاص ذلك القانون⁽³⁾. فقواعد الإسناد حيث تشير باختصاص قانون أجنبي لحكم المسألة القانونية التي يثيرها النزاع ذات الطابع الدولي، فإن ذلك يتم دون الالتفات إلى الصلات المنهجية التي ترتبط بها النصوص الداخلية في ذلك القانون. وعلاوة على ذلك فإن قاعدة الإسناد عندما تقوم بإخضاع المسألة القانونية للقانون الأجنبي فإن دورها ينحصر في الاعتراف بما يقرره القانون المختص بشأن تلك المسألة دون الاهتمام بالفكرة المسندة في النظام القانوني للقاضي التي يكون ذلك النص داخلاً في إطارها⁽⁴⁾، لذا فلا مانع من تطبيق نص قانوني بوصفه مندرجاً في إطار الفكرة المسندة الخاصة بآثار الزواج مثلاً على الرغم من أنه ينتمي إلى الطائفة المتعلقة بالنظام المالي للزوجين.

(1) أي مع ما تحتويه القاعدة القانونية من عنصري الفرض والحكم. انظر في هذا المعنى د. إبراهيم أحمد إبراهيم. مصدر سابق. ص 156-157.

(2) قريب من ذلك د. حفيظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 106-107.

(3) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. المصدر السابق. ص 297 وما بعدها.

(4) انظر في ذلك د. سامي بدیع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 116 وما بعدها. ص 173 وما بعدها.

ومن ناحية ثانية، وفي ظل الاتجاه محل البحث، فإنه لا مجال للأخذ بالتفرقة المصطنعة بين موضوع الإسناد وبين موضوع التكييف اللازم لإعمال قاعدة الإسناد، والتي ينتهي إليها الاتجاه القائل بأن موضوع التكييف هو القواعد القانونية⁽¹⁾. فالقانون الأجنبي المختص، في ظل هذا الاتجاه، إنما يتم تعيينه بناءً على تكييف المسألة القانونية التي سوف تخضع لحكم هذا القانون، أي أن المسألة محل البحث يتم تكييفها ووضعها تحت تقدير القانون الذي يعينه ضابط الإسناد المعمول به في الفكرة المسندة التي تندرج هذه المسألة في إطارها، لذلك فإن هناك تطابق واتحاد في موضوع الإسناد وموضوع التكييف.

ومن ناحية أخيرة، فإن المسألة القانونية موضوع قاعدة الإسناد تتخذ في مواجهة نظام تنازع القوانين في قانون القاضي شكلاً ثابتاً هو ذلك الشكل الذي صاغها فيه صاحبها أيّاً كانت هذه الصياغة، وإن تكييف هذه المسألة القانونية يتم دون تدخل أو إدماج أي نص موضوعي في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على وجه الخصوص⁽²⁾، لذلك فإن التأثير الذي يمكن أن يمارسه النظام القانوني الذي ينتمي إليه هذا النص على تحديد نطاق امتداد الأفكار المسندة في قانون القاضي قد تم تحاشيه، وبالتالي يختفي أي احتمال لتعدد قواعد الإسناد الواجبة الإعمال في قانون القاضي أو انعدامها، وهو الاحتمال القائم في ظل الاتجاه نحو اتخاذ القواعد القانونية الموضوعية موضوعاً لقواعد الإسناد.

المطلب الثاني

القانون الخاص في إطار القانون الواجب التطبيق

من بين التقسيمات الدارجة للقواعد القانونية هو تقسيمها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، وهذه التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص كان لها أثرها الواضح على مشكلة تنازع القوانين، وبشكل خاص على الوسيلة الرئيسة التي يتم اعتمادها لحل التنازع وهي قواعد الإسناد، إذ ترتب على التفرقة المذكورة أن برزت إلى الوجود مسألة تتعلق بالنطاق الموضوعي لعمل قواعد الإسناد، أو بمعنى أدق ما يمكن أن تختاره قواعد الإسناد من بين القواعد القانونية المتراحمة لتكون هي القواعد الواجبة التطبيق على العلاقة مثار النزاع، أي قواعد القانون العام أم قواعد القانون الخاص، وهي مسألة ثار بشأنها نوع من الخلاف على صعيد الفقه والقضاء في الأنظمة القانونية المختلفة.

ففي الوقت الذي ذهب فيه الاتجاه الغالب إلى اعتبار القانون الخاص هو الميدان الرحب والوحيد لعمل قواعد الإسناد ودون السماح للقانون العام، غير قانون القاضي، أن يدخل في نطاق عمل هذه القواعد، فإن هناك من نادى، وإن على استحياء، بضرورة إفساح المجال أمام القانون العام الأجنبي ليجد له ما يشبه التطبيق من قبل القاضي الوطني وهو في صدد إعماله لقاعدة الإسناد، وذلك بإظهار بعض

(1) د. حفيظة السيد الحداد. محل التكييف في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 294.

(2) د. حفيظة السيد الحداد. المصدر ذاته. ص 295-296.

الاحترام لهذا القانون أو أخذه في الاعتبار فيما لو كان الأمر لازماً لتطبيق القانون المختص، والذي لا بد أن يكون من القانون الخاص.

ونعرض هذين الاتجاهين في الفرعين التاليين

الفرع الأول

مذهب حصر التنازع في مجال القانون الخاص

ترجع بداية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى الرومان، حيث كان هؤلاء يميزون بين العلاقات التي تظهر الدولة فيها طرفاً وبين العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، وقد استمرت هذه التفرقة بين القانونين حتى سقوط الدولة الرومانية في القرن الخامس الميلادي، إذ تبع ذلك تضائل شأن هذا التقسيم بسبب سيادة الإقطاع وتعدد الهيئات صاحبة السلطان في المجتمع⁽¹⁾.

ولكن في أواخر القرن الثامن عشر، ومع ظهور الدولة بمفهومها الحديث وما استتبع ذلك من وجود سلطة عليا يخضع لحكمها الأفراد والجماعات، وكذلك امتداد القانون إلى مجال جديد هو مجال تنظيم السلطة العامة وتحديد علاقاتها المختلفة⁽²⁾، حينذاك بدأت التفرقة بين القانون العام وبين القانون الخاص تأخذ طريقها من جديد إلى الفكر القانوني، وذلك في الوقت الذي سيطرت فيه فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان في الفكر الفلسفي⁽³⁾، وحيث ساعد على ذلك قيام الثورة الفرنسية وما ترتب عليها من تأكيد مبدأ سيادة القانون وخضوع الدولة لأحكام القانون في نشاطها وفي علاقاتها المختلفة، وهو ما أدى إلى الفصل بين نشاط الدولة وبين نشاط الأفراد والجماعات الخاضعين لسلطانها⁽⁴⁾.

ورغم إيمان الفقه القانوني بضرورة تفرقة قواعد القانون من حيث موضوعها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، إلا أن هذا الفقه لم يتفق على معيار واحد لهذه التفرقة، إذ تعددت المعايير التي قيلت في هذا المجال، ومن بين أهم تلك المعايير ذلك الذي يقيم التفرقة بين القانونين على أساس صفة الأشخاص أطراف العلاقات القانونية وما إذا كانت قواعد القانون تتعلق بالدولة وعلاقاتها بالأفراد أو بالدول الأخرى فتصبح من قواعد القانون العام، أو كانت تتعلق بالأفراد وعلاقاتهم فيما بينهم لتندرج بذلك ضمن قواعد القانون الخاص⁽⁵⁾. وهذا المعيار رغم اقترابه من الصواب إلا أنه يخفي وراءه معياراً آخر أكثر دقة وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية التي يرتبط بها أولئك الأشخاص، ووفقاً لهذا المعيار يكون القانون عاماً إذا كان يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الدولة أو يتعلق بتنظيم السلطات

(1) عبد الباقي البكري و زهير البشير. مصدر سابق. ص189.

(2) انظر في تحديد العلاقات ما بين الدول والأفراد وما بين حكومات الدول المختلفة د. احمد عبد الحميد عشوش و د. عمر أبو بكر باخشوب. الوسيط في القانون الدولي العام. مصدر سابق. ص24 وما بعدها.

(3) د. مصطفى الجمال و د. نبيل إبراهيم سعد. النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2002. فقرة 114-115. ص188 وما بعدها.

(4) د. رمضان محمد أبو السعود و د. همام محمد محمود زهران. مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات). دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2005. ص39-40.

(5) د. رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني. مصدر سابق. ص128 وما بعدها.

العامّة فيها، في حين يكون القانون خاصاً إذا كان يحكم العلاقات غير المتصلة بحق السيادة في الدولة وغير المتصلة بتنظيم تلك السلطات فيها، وهذا ما اعتمدته الفقه الحديث أساساً للفرقة بين ذينك الفرعين من فروع القانون⁽¹⁾.

ولما كان القانون العام، وفقاً للمعيار الأخير، يتعلق إلى جتّكبير بالسير الداخلي للدولة وهو الذي يحكم جميع العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة، عليه فإن من المنطقي أن تكون قواعد هذا القانون إقليمية التطبيق⁽²⁾، فقواعد القانون العام باعتبارها القواعد التي تكفل للدولة ممارسة سيادتها، فإنه ينبغي أن تطبق على كل ما يضمه إقليم الدولة التي أصدرتها من أشياء أو وقائع وعلى جميع الأشخاص الموجودين في إقليمها من وطنيين وأجانب، وذلك بالقدر الذي يكون فيه تطبيقها متعلقاً بسيادة الدولة وسلامتها⁽³⁾. وعلاوةً على ذلك فإن اعتبارات السيادة تقتضي أن تقتصر فاعلية قواعد القانون العام على إقليم دولتها، بحيث لا يمكنها أن تتجاوز حدود ذلك الإقليم لتطبق على أشخاص أو أشياء أو وقائع حدثت في دولة أخرى وإلا كان في ذلك عدوان على سيادة تلك الدولة، كما لا يمكن أن تطبق قواعد قانون عام أجنبي داخل حدود إقليم الدولة ولو كان ذلك عن طريق محاكمها الوطنية، إذ أن مثل هذا التطبيق يعد اعتداءً على سيادتها الإقليمية⁽⁴⁾.

وزيادة على هذا الاعتبار فقد حاول بعض الفقهاء أن يبرر رفضه لتطبيق قواعد القانون العام الأجنبية استناداً إلى اعتبار آخر قوامه أن هذه القواعد تتسم بطابعها السياسي الذي يخرجها عن مجال التنازع الدولي للقوانين، وعلة ذلك أن هذه القواعد ما وضعت إلا لخدمة مصالح الدولة التي وضعتها أو إثارة لها على مصالح الدول الأخرى⁽⁵⁾. ووفقاً لهذا التبرير فإن قواعد القانون العام الأجنبية تخرج عن مجال التنازع من جهتين، الأولى أنها تخرج عن نطاق الاختصاص القضائي الوطني، إذ لا يكون القاضي مختصاً بتطبيقها من الناحية الإجرائية، والجهة الأخرى أن تطبيق هذه القواعد يُعد من الأعمال السيادية للدولة الأجنبية التي أصدرتها، فيكون من غير الملائم إلزام القاضي الوطني بتطبيقها.

وفي الحقيقة فإن تلك الاعتبارات المتقدمة دفعت إلى ظهور اتجاه واسع يذهب إلى القول بعدم إمكان حصول التنازع بين قواعد القانون العام، وهو اتجاه اعتمدته الفقه المقارن وأخذت به الأنظمة

(1) د. عبد المنعم فرج الصده. مصدر سابق. ص44.

(2) د. زهير الزبيدي. الاختصاص الجنائي للدولة في القانون الدولي (الجريمة ذات العنصر الأجنبي). ط1. مطبعة الأديب البغدادية. بغداد. 1980. ص26 وما بعدها.

(3) د. غالب علي الداودي. مصدر سابق. ص100.

(4) انظر في فكرة السيادة كمبرر لمبدأ إقليمية القانون الجزائي باعتباره أحد فروع القانون العام د. نظام توفيق المجالي. شرح قانون العقوبات، القسم العام (دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية). ط1. دار الثقافة. عمان- الأردن. 2005. ص109-110.

(5) يتزعم القائلين بهذا الاعتبار الفقيه الفرنسي بيير أرمنجون Pierre Arminjon، انظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية. القاهرة. 1985. فقرة 109. ص122.

القانونية في الدول المختلفة⁽¹⁾. ومضمون هذا الاتجاه في القانون الدولي الخاص أن العلاقة الخاضعة لأحكام القانون العام لا تثير مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن قواعد القانون العام ما دامت قواعد ذات تطبيق إقليمي فإن القانون العام الوطني وحده هو الذي يجب أن يطبق دون سواه، أما قواعد القانون العام الأجنبية فتظل حبيسة حدود دولتها ولا يتم تطبيقها حتى وإن شكلت جزءاً من القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي. لذا فإن قواعد القانون العام، وفقاً لهذا الاتجاه، لا تثير تنازراً بين القوانين.

وبناءً على ذلك فقد جرى القول على أن التنازع الذي يدخل في نطاق قواعد الإسناد هو ذلك الذي يحصل بين قواعد القانون الخاص في الدول المختلفة، أي بين القوانين المدنية أو التجارية أو قوانين الأحوال الشخصية، فهذه القوانين هي التي يمكن لقاعدة الإسناد أن تختار من بينها القانون الواجب التطبيق⁽²⁾. بمعنى أن الإسناد الذي تقرره قاعدة الإسناد لا يكون إلا لصالح قواعد القانون الخاص في القانون الأجنبي المسند إليه، أما قواعد القانون العام كالقوانين الإدارية أو المالية أو الجنائية فلا يمكن حصول التنازع بينها على الإطلاق ولا يتصور تطبيقها من قبل محاكم دولة غير تلك التي وضعتها، ما لم تكن هناك اتفاقية دولية تقضي بتطبيق مثل هذه القواعد.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه في فقه القانون الدولي الخاص أن أسباب قيام التنازع بين القوانين أن تكون القوانين المتزاحمة لحكم النزاع ذات العنصر الأجنبي ذات قابلية للتطبيق على هذا النزاع⁽³⁾، وهذه القابلية بحسب رأيهم، إنما تتحقق في الواقع لقواعد القانون الخاص، إذ أن هذه القواعد تكون قابلة لحكم الحياة الخاصة للأفراد بمختلف انتماءاتهم السياسية.

وقابلية قواعد القانون الخاص للتطبيق مردها في الأساس إلى عاملين رئيسيين أحدهما موضوعي والآخر فني. أما العامل الموضوعي فمعناه أن قواعد القانون الخاص في جميع الدول وفي مختلف الأنظمة القانونية إنما تنظم علاقات الأفراد وتحكم مختلف المسائل اللازمة لحياتهم، وأن هذه العلاقات متشابهة من حيث الأساس في الدول المختلفة⁽⁴⁾. فالأفراد في كافة أنحاء العالم وبغض النظر عن الوحدة السياسية التي ينتمون إليها أو يتواجدون على إقليمها، وبالنظر إلى طبيعتهم الإنسانية الواحدة، فإن حاجاتهم متماثلة، كما هو شأنهم في الزواج والطلاق والتعاقد والإيضاء، وكذلك الموت والتوارث

(1) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 21.

(2) انظر في فقه القانون الدولي الخاص العراقي د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 259، وهو يعتبر أن هذا الاتجاه من (المبادئ التقليدية) التي (لا بد من إعادة النظر فيها)، د. حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي. ط 2. مطبعة الإرشاد. بغداد. 1972. ص 20-21، د. جابر إبراهيم الراوي. مصدر سابق. ص 15، وفي الفقه المصري د. محمد = كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 245-246. ص 320-321، د. منصور مصطفى منصور. مصدر سابق. فقرة 5. ص 17 وما بعدها.

(3) انظر في قابلية التطبيق كشرط لقيام ظاهرة تنازع القوانين د. عنایت عبد الحميد ثابت. بعض دروس في تنازع القوانين من حيث المكان. مصدر سابق. فقرة 11-13. ص 17-18 من الإستهلال.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية. مصدر سابق. فقرة 26. ص 29-30.

وغيرها. لذا فإن القوانين التي تحكم مختلف تلك المسائل توجد في كل نظام قانوني وطني، وإن هذه القوانين تحكم أنظمة قانونية محددة كأنظمة الزواج أو العقود أو التركات أو المسؤولية المدنية وهي، وإن كانت تختلف في جزئيات أحكامها من دولة إلى دولة، إلا أنها موجودة في جميع الدول وهي متعددة بتعدد الوحدات الإقليمية. وأما العامل الفني فمقتضاه أن قواعد القانون الخاص، وبحكم تنظيمها لمصالح الأفراد فيما بينهم وعدم تماسها المباشر بمصلحة الجماعة إلا عن طريق مجموع مصالح الأفراد، لذا فإن تطبيق أحكام القانون الخاص الأجنبي في حالات معينة لا يكون فيه أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع، كما أنه لا ينال من السيادة التشريعية لدولة هذا القانون⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك، وحيث أن قواعد القانون الخاص ذات قابلية لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي حتى ما كان من هذه القواعد منتزعة لدولة غير دولة القاضي الذي ينظر في النزاع بشأن تلك العلاقة، وما دامت العلاقة المذكورة على اتصال بقوانين دول متعددة لوجود العنصر الأجنبي فيها، فإنه لا بد من المفاضلة بين هذه القوانين واختيار أكثرها ملاءمة للتطبيق سواء كان القانون المختار هو قانون دولة القاضي أو كان قانوناً أجنبياً⁽²⁾. وعليه فإن عقد الاختصاص للمحكمة بنظر النزاع لا يُرتب التطبيق المباشر لقانون هذه المحكمة، أي أنه لا يعقد الاختصاص للقانون المذكور لحكم ذلك النزاع، وذلك وفقاً لما يعرف بمبدأ عدم التلازم بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي أو بين المحكمة المختصة وبين القانون الواجب التطبيق⁽³⁾، والذي يعد من بين الأسباب الرئيسة والهامة لظهور مشكلة تنازع القوانين ومن ثم تصدي قواعد الإسناد لحلها.

أما قواعد القانون العام فإنها بحكم تعلقها بالمصلحة العامة للدولة وبسيادتها فغالباً ما تصطبغ بالروح الوطنية، حيث أن المشرع يراعي عند وضعها مصالح دولته و يهمل مراعاة مصالح الدول الأخرى وروح التعاون الدولي⁽⁴⁾، لذا فإن هذه القواعد لا يمكن أن تطبق خارج حدود الدولة التي أصدرتها، بل يجب تطبيقها من قبل محكمة هذه الدولة، ذلك أن مصلحة المجتمع لا يمكن أن تتحقق إلا بتطبيق قواعد القانون العام الوطني دون قواعد القانون العام الأجنبي، ناهيك عما ينطوي عليه تطبيق هذه القواعد الأخيرة من مساس بمبدأ المساواة بين الدول في نطاق القانون الدولي العام.

ويترتب على ذلك أن يوجد في شأن قواعد القانون العام تلازم أو عدم انفصال بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي، فالقاضي الذي ينظر في نزاع يقتضي الفصل فيه تطبيق إحدى قواعد القانون العام، وفي الوقت الذي ينعقد فيه الاختصاص لمحكمته في نظر هذا النزاع، فإنه ملزم

(1) د. سامي بديع منصور. الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. فقرة 45. ص 72.
(2) وهذا ما استقر عليه القانون الدولي الخاص بشأن صفات قواعد الإسناد ووظيفتها القانونية في مجال تنازع القوانين، راجع ما سبق ص 58 وما بعدها وص 79 وما بعدها.
(3) راجع في هذا المبدأ ما سبق بحثه ص 27 وما بعدها.
(4) انظر في المصالح التي تحميها قواعد القانون العام د. منذر الشاوي. المدخل لدراسة القانون الوضعي. ط 1. دار الشؤون الثقافية العامة. بغداد. 1996. ص 21-23.

بتطبيق قاعدة القانون العام في قانونه الوطني. أما إذا كان الفصل في النزاع المعروض يقتضي تطبيق قاعدة القانون العام الأجنبية فإن المحكمة تكون غير مختصة اختصاصاً نوعياً أو إقليمياً بنظر هكذا نزاع⁽¹⁾. وحيث أن مسألة الاختصاص القضائي تنثور من الناحية الزمنية والمنطقية قبل مسألة الاختصاص التشريعي، لذا فإن تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي تثير بحسب الأصل مسألة الاختصاص القضائي ولا تثير مسألة تنازع القوانين⁽²⁾.

وكذلك الحال فيما لو كان الفصل في النزاع المعروض يقتضي إعمال إحدى قواعد القانون العام الوطنية، فإن هذه القواعد لا تثير مشكلة الاختيار بينها وبين مثيلاتها في القانون الأجنبي، وإنما تثير فقط مسألة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان. فحسب ما يذهب إليه اتجاه القائلين بإقليمية القانون العام فإنه ينبغي أن يكون هناك تمييز بين مسألة تنازع القوانين وبين مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان. فعلاقات القانون العام تثير فقط مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون العام الوطني من حيث المكان⁽³⁾، ولا ينشأ بشأنها تنازع للقوانين من الناحية الدولية.

فإذا ما عرض على القاضي نزاع بشأن إحدى علاقات القانون العام، فإن دور القاضي ينحصر بالبحث في مجال التطبيق المكاني لقواعد القانون العام الوطني ومن ثم تطبيقها على النزاع المطروح والحكم فيه على أساسها، أما لو اتضح للقاضي أن قواعد القانون العام الوطنية لا تسري على موضوع النزاع المعروض، فيتعين عليه أن يتوقف عند هذا الحد ويتخلى عن نظر النزاع ولا ينتقل إلى البحث عن القانون العام الأجنبي وتطبيقه.

فقانون العقوبات العراقي مثلاً يحدد الجرائم التي يعاقب عليها، وهي في أغلب الأحيان تلك التي ترتكب على إقليم الدولة⁽⁴⁾، وكذلك قانون ضريبة الدخل، فإنه يحدد الدخل التي تخضع لهذا النوع من الضرائب⁽⁵⁾. فحين وقوع جريمة معينة يثور البحث عما إذا كانت هذه الجريمة داخلة في نطاق التطبيق المكاني لقانون العقوبات، أي خاضعة لأحكام هذا القانون من عدمه، فإذا كانت تخضع لأحكامه يقوم القاضي المختص بتطبيقه عليها، أما إذا لم يكن الفعل المرتكب مما يشمل نطاق التطبيق المكاني للقانون المذكور فالقاضي العراقي لا يبحث عن قانون العقوبات الأجنبي الذي يخضع له ذلك الفعل، وبالتالي لا تنثور مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق أو مسألة تنازع القوانين. وكذلك الحال بالنسبة للقانون

(1) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 12. ص 49.

(2) من الفقهاء من يحتفظ على القول بأسبقية الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي، إذ يرى بأن هذين الاختصاصين إنما يعقدان بمقتضى قاعدة إسناد أولية مفترضة تقع على رأس التنظيم في القانون الدولي الخاص في كل دولة وتُعهد بالاختصاصين المذكورين للنظام القانوني الوطني، ومن مقتضى هذه القاعدة أن قواعد الاختصاص بالدعوى يحددها قانون البلد الذي تباشر فيه الدعوى. انظر في هذا الرأي د. حسام الدين فتحي ناصف. تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق. مصدر سابق. ص 15-16.

(3) د. هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. مصدر سابق. ص 229.

(4) انظر مادة 6 من قانون العقوبات رقم 111 لعام 1969.

(5) أنظر مادة 2 من قانون ضريبة الدخل رقم 113 لعام 1982.

المالي، فقد يتصدى القاضي الوطني لتصرف مالي معين لتحديد مدى خضوعه لأحكام ضريبة الدخل في بلده، وحينها إذا كان التصرف خاضعاً لتلك الأحكام فإن القانون المالي الوطني ينطبق على هذا التصرف، أما إذا لم يكن التصرف خاضعاً لولاية هذا القانون فإن القاضي لا يملك أن يبين قانون الدولة الذي يكون صاحب الولاية في تحصيل الضريبة.

ولا يختلف الأمر في الحالات التي ينص فيها القانون العام الوطني على أن تخضع لأحكامه بعض الأفعال أو التصرفات التي تقع خارج حدود إقليم الدولة⁽¹⁾، كما في خضوع بعض الجرائم المرتكبة خارج العراق لأحكام قانون العقوبات العراقي⁽²⁾، أو خضوع تصرف مالي معين لضريبة الدخل وفقاً لقانون الضريبة العراقي رغم وقوع التصرف خارج العراق، في حال نجم عنه دخل في هذا البلد⁽³⁾، فمثل هذه الحالات لا تعدو أن تكون تحديداً لنطاق تطبيق القانون العام الوطني من حيث شموله أو عدم شموله لتصرفات وقعت في الخارج، ومن دون أن يكون تطبيقه على مثل تلك التصرفات عن طريق إحلاله محل القانون العام الأجنبي، وبالتالي لا يمكن القول بوجود التنازع بين هذه القوانين. على عكس الحال في العلاقات التي يحكمها القانون الخاص والتي يكون فيها القاضي ملزماً بتعيين القانون الذي يحكم العلاقة المعروضة وتطبيقه من غير فرق بين أن يكون هذا القانون وطنياً أو أجنبياً.

ولكن على الرغم من تأكيد أصحاب هذا الاتجاه في فقه القانون الدولي الخاص على أن القانون العام الأجنبي لا ينافي القانون العام الوطني، إلا أن القائلين بهذا الرأي قد أشاروا إلى أن بالإمكان الرجوع إلى قواعد القانون العام الأجنبية ولكن بصفة تبعية لتطبيق القانون الوطني، وذلك في بعض الفروض⁽⁴⁾. كما لو عُرض على القضاء الوطني نزاع يتعلق ببطالان زواج أبرم في دولة أجنبية بسبب عيب في إجراءات إشهار الزواج، فهنا يضطر القاضي إلى البحث في قواعد القانون الأجنبي الذي يحدد سلطات الموثق واختصاصاته، وهو من القانون العام. أو كما يحدث عند الاعتراض بعدم دستورية القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد، فإن الفصل في هذا الدفع يُلجئ القاضي إلى البت في دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ويتم ذلك عن طريق الرجوع إلى أحكام الدستور في دولة هذا القانون⁽⁵⁾.

وزيادة على ذلك فإن هناك حالات يمكن أن يقع فيها تداخل بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص في ميدان تنازع القوانين، إذ قد يكون لتطبيق القانون العام الوطني أثر في بعث التنازع بين القوانين الخاصة. فقاضي الجزاء مثلاً وهو في سبيل البحث عن قيام جريمة معينة قد يجد نفسه أمام

(1) انظر في خصوص القانون الجزائي كأحد القوانين العامة. د. سليمان عبد المنعم. النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2003. ص 116-117.
(2) المادتين 9 و 10 من قانون العقوبات رقم 111 لعام 1969.
(3) مادة 5 من قانون ضريبة الدخل رقم 113 لعام 1982.
(4) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي. مصدر سابق. ص 24.
(5) د. غالب علي الداودي. مصدر سابق. ص 100.

مسألة متعلقة بتنازع القوانين فيتعين عليه حل هذه المسألة قبل تطبيق القانون العام⁽¹⁾. كما لو كان قانون العقوبات في دولة معينة، وهو قانون عام، يعاقب على تعدد الزوجات، فإن صفة العموم التي يتصف بها هذا القانون تجعله يسري على الوطنيين وكذلك على الأجانب الذين يتزوجون من ثانية في إقليم تلك الدولة حتى لو كان قانون جنسية هؤلاء الأجانب يجيز لهم تعدد الزوجات. فلو أن الأجنبي المتهم بتعدد الزوجات دفع ببطلان أحد الزوجين، عندها يكون قيام الجريمة متوقفاً على عدم صحة هذا الدفع، لذا يتعين على القاضي تحديد صحة الزواج أو بطلانه بالرجوع إلى القانون الخاص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانونه. ووفقاً لذلك فإن القانون العام رغم أنه لا يقبل التنازع إلا أن تطبيقه قد يجر إلى التنازع بين القوانين الخاصة⁽²⁾.

هذا وإن مبدأ إقليمية التطبيق فيما يتعلق بقواعد القانون العام قد صادف قبولاً من جانب القضاء في الدول المختلفة كمبرر لعدم تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي، وبشكل خاص القوانين النقدية ومنها قواعد السعر الإلزامي للعملة وكذلك القوانين المبطللة لشرط الوفاء بالذهب أو على أساس قيمة الذهب وغير ذلك من القوانين الضريبية والكمركية الأجنبية⁽³⁾. وقد سار القضاء الفرنسي على إعمال مبدأ الإقليمية بشأن القوانين العامة الأجنبية ومنها القوانين النقدية كما جاء في قرار محكمة السين المدنية في 1933/5/31 بشأن تطبيق المرسوم المصري الصادر في 1914/8/2، والذي تقرر بموجبه السعر الإلزامي للجنيه المصري بخصوص وفاء البنك العقاري المصري بديونه الخارجية على أساس القيمة الاسمية للجنيه وليس على أساس قيمته الذهبية⁽⁴⁾، حيث قرر الحكم أن السعر الإلزامي إجراء اتخذ للمصلحة الوطنية، لذا يقتصر على إقليم الدولة التي قرره ولا يتبع القيم والسندات المتداولة في الخارج. كما استندت العديد من أحكام القضاء المصري إلى مبدأ الإقليمية لرفض تطبيق القوانين العامة الأجنبية، ومن هذه الأحكام ما قرره محكمة القاهرة المختلطة بتاريخ 1935/3/25 من أن القوانين النقدية هي بطبيعتها ذات نطاق إقليمي ضيق، وحسب مبادئ القانون الدولي العام لا تستطيع كل دولة أن تمارس مظهر سيادتها في تنظيم نظامها النقدي إلا داخل حدودها الخاصة وإن مقتضى القول بغير ذلك هو امتداد

(1) د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 33 – 34.

(2) د. حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي. مصدر سابق. ص 12-22.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 378. ص 413. وكذلك أكد القضاء المقارن على مبدأ الإقليمية بشأن قواعد القانون الجنائي الأجنبي، كما هو الحال بصدد تطبيق مبدأ شخصية القانون الجنائي. انظر في ذلك د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي. المبادئ العامة في قانون العقوبات. جامعة بغداد. 1982. ص 104 وما بعدها، د. زهير الزبيدي. مصدر سابق. ص 349 وما بعدها.

(4) انظر القرار La seine, 31.5. 1933, Bon compagney C. Credit foncier Egyptien, G. P., 1933-2, p.275. أشار إليه مع العديد من القرارات الأخرى الصادرة بهذا الشأن د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص. منشأة المعارف. الإسكندرية. 2000. هامش 8. ص 228.

آثار السعر الإلزامي الذي قرر في دولة خارج إقليمها رغماً عن تلك القاعدة الأساسية في القانون العام وهي الإقليمية⁽¹⁾.

وفي الحقيقة فإن خروج مسائل القانون العام عن مجال تنازع القوانين قد دفع جانباً من الفقه الحديث إلى القول بأن هناك صفة أحادية لتطبيق قواعد القانون العام، أي أن هذه القواعد إنما تطبق بناءً على إرادتها في الانطباق⁽²⁾، وذلك على اعتبار أن مسائل القانون العام لا يمكن أن تثار بصدها مشكلة التنازع، إذ ليس هناك اختيار بين عدة قوانين كما هو الشأن في مسائل القانون الخاص، ففي هذه المسائل الأخيرة يلجأ القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه والتي تتصدى لاختيار القانون الواجب التطبيق، أما في مجال القانون العام فإن الدولة لا تلتفت إلا لتطبيق قوانينها، حيث أن أجهزة الدولة القضائية أو الإدارية لا تهتم بمشكلة الاختيار بين عدة قوانين، وإنما هي تقتصر على البحث في مدى انطباق قوانينها العامة على المسألة المطروحة، لذلك فإن إعمال معايير انطباق القوانين العامة الوطنية بطريقة مزدوجة هي مسألة تخلو من أي معنى⁽³⁾.

وحتى في الفروض التي تصور فيها الفقه ضرورة الرجوع للقانون العام الأجنبي بصفة تبعية لمسألة القانون الخاص المطروحة على القضاء، كما لو كان مبنى الطعن على عقد الزواج المبرم في الخارج هو عدم اختصاص الموثق الأجنبي بإبرام العقد، فإن إعمال القانون العام الأجنبي في مثل هذه الفروض للفصل مثلاً في مسألة مدى اختصاص موظف عام تابع لدولة أجنبية، إنما يتم بناءً على معايير انطباق هذا القانون كما قررها المشرع الأجنبي، أي بناءً على إرادة القانون العام في الانطباق، وهذا هو محض إعمال للمنهج الأحادي⁽⁴⁾.

وهكذا انتهى الفقه إلى أن إعمال قواعد القانون العام الأجنبي في الفروض التي قد يضطر فيها القضاء للرجوع إليها يكون من خلال المنهج الأحادي بوصفه المنهج الملائم لطبيعة هذه القواعد، وهو ما رآه الفقه الحديث كذلك بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتصدى للتنظيم الأمر لعلاقات القانون الخاص، وهي القواعد التي ارتبط ظهورها ببروز مبدأ تدخل الدولة في مجالات النشاط الاجتماعي والاقتصادي للأفراد كتعبير عن انتصار الفكر الاشتراكي في مستقبل القرن العشرين⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

(1) قضية Agricultural bank of Egypt ضد Farhat levy. مجموعة أحكام المحاكم المختلطة. عدد 3-4. نيسان 1935. أشار إليها د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 107. ص 120-121.

(2) انظر في هذا الرأي B.Audit, Droit international prive, Economica, Paris, 1991, P.87ets. (3) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1995. فقرة 507. ص 593-594.

(4) د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. المصدر السابق. فقرة 305. ص 183، وفي عرض للمنهج الأحادي راجع ما يأتي ص 171 وما بعدها.

(5) راجع في ذلك ما يأتي بيانه ص 160 وما بعدها.

مذهب احترام القانون العام

إذا كان الاتجاه القائل بعدم أماكن التنازع بين القوانين العامة قد رفض من حيث المبدأ تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية معتبراً إياها قواعد ذات تطبيق إقليمي، فإن اتجاهها فقهيّاً حديثاً قد حاول التخفيف من حدة هذا الرفض وذلك عن طريق إظهار بعض الاحترام للقانون العام الأجنبي وعدم استبعاده بشكل نهائي طالما كان القانون على صلة بالنزاع ولازماً للفصل فيه، لا سيما إذا كانت قواعد القانون العام تشكل جزءاً من القانون الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية⁽¹⁾.

وقد تجسد هذا الاتجاه في فقه القانون الدولي الخاص في رأيٍ ذهب إليه جانب من الفقه مقررّاً فيه أماكن تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية ولكن على نحوٍ محدود⁽²⁾، فهذا التطبيق لا بد من أن يقتصر على الوقائع والتصرفات التي تتم على إقليم الدولة التي أصدرت هذه القواعد دون تلك التي تحدث خارج الإقليم، وخاصة إذا تعلق الأمر بحق مكتسب في إقليم الدولة التي تنتمي إليها قواعد القانون العام ويراد الاحتجاج به أمام القضاء الوطني⁽³⁾. ويقوم هذا التطبيق الجزئي على اعتبار أن القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون العام في قانونه الوطني على التصرفات والوقائع التي تنشأ في إقليم دولته، لذلك يكون من واجبه أن يطبق القواعد الأجنبية المماثلة في حدود الإقليم الذي تسري فيه. وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقاً له في بعض أحكام القضاء الفرنسي⁽⁴⁾.

وإلى جانب الرأي السابق فقد ذهب اتجاه آخر في فقه القانون الدولي الخاص إلى القول بإمكان أخذ قواعد القانون العام الأجنبية في الاعتبار أو مجرد الاعتراف بها دون تطبيقها⁽⁵⁾، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القاعدة القانونية الأجنبية، وإن كانت طبيعتها في بعض الأحيان تحول من دون تطبيقها من قبل القاضي الوطني، إلا أنه مع ذلك قد يكون من الضروري أن يحترم القاضي تلك القاعدة إذا كان ذلك لازماً للفصل في النزاع المعروض، واحترام القاضي للقاعدة القانونية الأجنبية ليس من المؤكد، بحسب هذا الاتجاه، أن يتم عن طريق التطبيق الفعلي للقاعدة المذكورة، بل من الممكن أن يكون بمجرد أخذها في الاعتبار أو الحساب، وذلك بأن يكتفي القاضي باستشارة القاعدة القانونية الأجنبية دون تطبيقها من

(1) وإن كان أنصار هذا الاتجاه لم يصلوا إلى فرض تطبيق قواعد القانون العام في القانون الأجنبي بل قالوا بمجرد التطبيق الجزئي لهذه القواعد. انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 117. ص 129.

(2) هذا هو رأي الأستاذ الفرنسي جان بولان نبوييه وقد عرضه في مقال له بعنوان *L'universalite des regle de solution des conflits est-elle realizable sur la base de la territorialite?*, Rev. crit., 1950, p. 509. انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. هامش 1. ص 130.

(3) راجع في نظرية الحقوق المكتسبة في الخارج ما سبق بيانه ص 43 وما بعدها.

(4) ومن تلك الأحكام La ceine, 26.7. 1934, De galatti C. Banque de l'europe, Clunet, 1935, p. 382. أشار إليه د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مصدر سابق. هامش 1. ص 229.

(5) من مؤيدي هذا الرأي في الفقه الفرنسي P. Mayer وفي الفقه الانكليزي J.H.C. Morris, A.F. Lowenfeld انظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. المصدر السابق. فقرة 126. ص 135-136. والهوامش المذكورة فيهما.

الناحية الفنية⁽¹⁾، أو بتعبير آخر أن يكتفي بالتصدي لعنصر الفرض في تلك القاعدة أو النظر إلى شروط انطباقها من غير أن يلجأ إلى إعمال عنصر الحكم أو الأثر القانوني الذي تتضمنه القاعدة المذكورة.

ويرى أنصار فكرة الأخذ في الاعتبار أن هذه الفكرة تبدو واضحة في حالتين، إحداهما تلك التي تكون فيها استشارة القاعدة القانونية في القانون العام الأجنبي لازمة لتطبيق القاعدة القانونية المختصة أصلاً حسب قاعدة الإسناد، أي في الفرض الذي تكون فيه تلك القاعدة شرطاً لإعمال القانون الواجب التطبيق⁽²⁾، ويورد الفقه لذلك مثلاً مستمداً من مبدأ شخصية القانون الجنائي، وهو المبدأ الذي تستطيع الدولة بمقتضاه أن تعاقب على الجرائم التي يرتكبها مواطنوها خارج نطاق حدود إقليمها⁽³⁾، كما ورد في قانون العقوبات العراقي من أن (كل عراقي ارتكب وهو في الخارج فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة تعد جنائية أو جنحة بمقتضى هذا القانون يعاقب طبقاً لأحكامه إذا وجد في الجمهورية وكان ما ارتكبه معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي وقع فيه ...) ⁽⁴⁾، فتطبيق هذا النص معلق على شرط أن يكون الفعل المجرّم في قانون العقوبات الوطني معاقباً عليه كذلك في قانون الدولة التي ارتكب فيها⁽⁵⁾.

وكذلك الحال بالنسبة للأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث لا يمكن للقاضي الوطني منح مثل هذا الأمر إلا إذا استوفى الحكم شروطاً معينة، ومن تلك الشروط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه صادراً من محكمة مختصة دولياً واتباعاً لإجراءات قضائية سليمة وأن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي به⁽⁶⁾، وهي شروط لا يمكن التثبت منها إلا بالرجوع إلى قانون المرافعات في الدولة التي صدر الحكم من محاكمها، وهو من القانون العام لدى الفقه الغالب⁽⁷⁾.

أما الحالة الأخرى التي يمكن أن تطبق فيها فكرة الأخذ في الاعتبار فهي تتعلق بالاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج وفقاً لقانون عام أجنبي، كقوانين الجنسية والقوانين النقدية والكمركية⁽⁸⁾، فإذا تم الاحتجاج بتلك الحقوق أمام القاضي الوطني فإنه يضطر إلى الرجوع إلى قواعد القانون العام الأجنبي للتأكد من صحة اكتساب ذلك الحق، وهو رجوع يقتصر، بحسب هذا الاتجاه، على استشارة القانون العام الأجنبي للتأكد من شروط صحة الحق الذي تم اكتسابه في ظله⁽⁹⁾.

- (1) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المصدر السابق. فقرة 588. ص 691-692.
- (2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 127. ص 136.
- (3) د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي. مصدر سابق. ص 104.
- (4) مادة 10 من قانون العقوبات رقم 111 لعام 1969.
- (5) د. ضاري خليل محمود. البسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام. ط 1. من دون نشر. 2002. ص 44.
- (6) انظر في هذه الشروط د. هشام علي صادق. القانون الدولي الخاص. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2005. الكتاب الثاني (تنازع الاختصاص القضائي الدولي). ص 261 وما بعدها.
- (7) د. منذر الشاوي. المدخل لدراسة القانون الوضعي. مصدر سابق. ص 97-98.
- (8) د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 28.
- (9) وتعد نظرية الحقوق المكتسبة إحدى النظريات التي اعتمدها الفقه كأساس لتطبيق القانون العام الأجنبي أمام القضاء الوطني، وهي تعود أصلاً إلى فقه بلاد القانون غير المكتوب. انظر في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية. مصدر سابق. فقرة 208-209. ص 205-206.

ويبدو أن فكرة أخذ القانون العام الأجنبي في الاعتبار قد وجدت لها بعض التطبيقات في مجال القانون الدولي الخاص، ومن ذلك ما جاء في المادة الأولى من قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة Weisbaden بألمانيا عام 1975، فبعد أن أوردت في فقرتها الأولى أن الصفة العامة لأحد نصوص القانون الأجنبي لا تحول دون تطبيقه، جاءت فقرتها الثانية لتقرر أنه (وكذلك الأمر عندما يكون نص القانون الأجنبي شرطاً لتطبيق قاعدة قانونية أخرى، أو يبدو ضرورياً أخذه في الاعتبار) (1)، زيادة على أن هذه الفكرة قد شهدت بعض التطبيقات أمام القضاء الفرنسي (2).

ولكن رغم ذلك فإن فكرة أخذ القانون العام الأجنبي في الاعتبار دون تطبيقه لم تكن بمنى عن النقد، فقد أخذ الفقه على هذه الفكرة أنها تخلع عن القاعدة القانونية عموماً إحدى خصائصها الأساسية وهي الإلزام، إذ القول بأن القاضي لا يطبق القاعدة القانونية بل يأخذها في الاعتبار يعني أنه في جلّ من تطبيقاتها أو الالتزام بها، في حين أن جميع القواعد القانونية وبصرف النظر عن انتمائها لفرع معين من فروع القانون تعتبر قواعد ملزمة للقاضي وللأفراد على السواء (3). وإذا كان جانب من الفقه يرى أن القاعدة القانونية تفقد عنصر الأمر أو الإلزام في حالة تطبيقها من قبل القضاء الوطني (4)، فإن هذا الرأي لم يجد تأييداً له من غالب فقه القانون الدولي الخاص. ذلك أن الاتجاه الراجح في الفقه الحديث يؤكد التزام القاضي بتطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، وأن يوضع هذا القانون على قدم المساواة مع القانون الوطني (5)، فالقاعدة القانونية الأجنبية ليست مجرد واقعة، بل إنها تبقى محتفظةً بطابعها الملزم بناءً على تصريح من قاعدة الإسناد الوطنية التي قررت تطبيقها، كما أن القول بخلاف ذلك فيه إغفال للقوة الملزمة لقاعد الإسناد، وهو ما لا يمكن التسليم به (6).

وزيادة على ذلك فإنه لا يوجد فارق كبير بين أخذ القاعدة القانونية في الاعتبار من جهة، والتطبيق الفعلي للقاعدة من جهة أخرى، فالأمر في كلتا الحالتين إنما هو اعتماد الفصل في النزاع على تبين حكم القاعدة القانونية وتكوين عقيدة القاضي اللازمة لرد العدالة، وما ذلك إلا تطبيق لعنصر الحكم أو الأثر

(1) انظر القرار منشوراً في، 1975، Annuaire de l'institut de droit international session de Weisbaden, vol.56, p.274 أشار إليه مع النص العربي د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مصدر سابق. فقرة 385. ص 231-232.

(2) انظر في عدد من هذه التطبيقات د. احمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 128. ص 138-139.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 387. ص 422.
(4) نادى بهذا الرأي الأستاذ الفرنسي باتيفول، انظر في ذلك د. هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مصدر سابق. فقرة 91. ص 103-104.

(5) انظر في الاتجاهات المختلفة في تأصيل طبيعة إثبات القانون الأجنبي د. عباس العبودي. شرح أحكام قانون البيّنات. مصدر سابق. ص 38-39. وانظر في غلبة الاتجاه نحو اعتبار البحث عن مضمون القانون الأجنبي مسألة قانونية لا مسألة واقع د. آدم وهيب النداوي. شرح قانون الإثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة. ط2. من دون نشر. بغداد. 1986. ص 35-36.

(6) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 69. ص 258.

القانوني في تلك القاعدة⁽¹⁾. فلا يمكن للقاضي العراقي مثلاً أن يطبق نص المادة 10 من قانون العقوبات من دون التحقق من تجريم قانون العقوبات في الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة لسلوك الجاني العراقي، وبالتالي فإن رجوع القاضي إلى القانون العام الأجنبي إنما هو تطبيق لذلك القانون.

ولعل ما دفع بفقهاء القانون الدولي الخاص باتجاه فسخ المجال، وإن بشكل محدود، أمام تطبيق القانون العام الأجنبي هو تلك الانتقادات التي تعرض لها الاتجاه القائل بعدم إمكان التنازع فيما بين القوانين العامة، واعتماد هذا الاتجاه على فكرة الإقليمية أو فكرة القوانين السياسية كمبررات لرفض تطبيق مثل هذه القوانين.

فكرة القوانين السياسية لم تكن فكرةً جديدةً بالتأكيد، وذلك أن الواقع العملي لم يدل على وجود فئة مستقلة من القواعد القانونية يمكن تسميتها بالقواعد أو القوانين السياسية، بل إن هناك فقط ما يسمى بالقرارات السياسية كالقرارات الخاصة بالتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية أو تلك الخاصة بتخفيض قيمة العملة أو فرض رقابة على النقد، ومثل هذه القرارات بطبيعتها تختلف عن القواعد القانونية⁽²⁾. فالقاعدة القانونية تتسم بأنها قاعدة عامة ومجردة وذات قابلية، بحسب مضمونها، لحكم مسألة معينة، كما أنها بشكل عام قاعدة فرضية، إذ تتحلل إلى عنصري الفرض والحكم⁽³⁾، أما القرار فيتسم بأنه ذاتي ومحدد وغير مجرد، زيادة على أنه غير دائم وأنه قطعي بطبيعته، إذ إن الأثر القانوني الذي يتضمنه القرار لا يتوقف تطبيقه على تحقق فرض معين بل إنه يفرض في الحال⁽⁴⁾، لذلك فإن القرارات لا يمكن أن ينشأ بصدها تنازع أمام القضاء، إذ إن المسائل التي تحكمها لا تثير مشكلة الاختيار التي هي جوهر تنازع القوانين، وإن ما يثور بشأن القرارات السياسية الأجنبية هو فقط مسألة الاعتراف أو عدم الاعتراف بآثارها في بلد القاضي.

أما الانتقادات التي وجهت إلى اعتماد مبدأ الإقليمية كأساس لفرض تطبيق قواعد القانون العام الأجنبية فإنها انتقادات تعود من جهة إلى مغالاة الاتجاه محل البحث في فهم إقليمية تطبيق القوانين، كما ترجع، من جهة أخرى، إلى ما أثارته فكرة الإقليمية ذاتها من جدل عميق في الفكر القانوني، وبشكل خاص منذ أوائل القرن العشرين، وهو الجدل الذي كان يدور حول تحديد أهمية هذه الفكرة وتقدير مدى جدواها في إطار القانون الدولي الخاص. هذا فضلاً عما يلاحظ من موقف الكثير من الأنظمة القانونية المقارنة، عدا أنظمة القانون غير المكتوب، في عدم تبنيها مبدأ الإقليمية كأساس لحل تنازع القوانين⁽⁵⁾، واتجاهها بالمقابل إلى وضع مبادئ تخرج على هذا المبدأ في مسائل الأحوال الشخصية وغيرها إذ

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 387. ص 422-423.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المصدر السابق. فقرة 386. ص 422.

(3) راجع في صفات القاعدة القانونية وعناصرها ما سبق ذكره ص 41 وما بعدها و ص 79 وما بعدها.

(4) في التمييز بين القرار وبين القاعدة القانونية د. رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني. مصدر سابق. ص 63 وما بعدها.

(5) د. عز الدين عبد الله. فلسفة المشرع المصري في تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 14 وما بعدها.

أخضعها لقانون الجنسية، في حين لم تفسح لمبدأ الإقليمية مجالاً إلا في المسائل الخاصة بالأموال وبالمسؤولية المدنية.

ففكرة الإقليمية لا تحمل دائماً مدلولاً واحداً، بل يمكن لهذه الفكرة أن تُعبر عن معاني مختلفة بحسب مقتضى الحال. فقد يُقصد بإقليمية القانون أن تكون للقانون سيادة شاملة بحيث يطبق وحده على إقليم الدولة دون إتاحة فرصة لتطبيق قانون أجنبي، وهذه هي الإقليمية المطلقة⁽¹⁾. أو قد يُراد بالإقليمية تحديد ضوابط الإسناد على أساس إقليمي، كما في إسناد الحق العيني على المال لقانون موقع المال أو إسناد حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه أو إسناد العقد لقانون محل إبرامه أو محل تنفيذه⁽²⁾. والإسناد وفقاً لهذه الضوابط قد يُفضي إلى تطبيق قانون أجنبي، كما لو كان المال محل النزاع مثلاً موجوداً في الخارج، لذا فإن الإقليمية بهذا المفهوم لا تتعارض مع منهجية تنازع القوانين. ومن جانب آخر فإن إقليمية القانون قد تدل على تحديد نطاق القانون ومجال تطبيقه، فيكون القانون إقليمياً إذا كان لا يسري خارج حدود الدولة التي أصدرته، والإقليمية بهذا المعنى تقابل مفهوم الامتداد⁽³⁾.

وبناءً على ذلك لم يكن من مبرر لاعتماد أحد المعاني السابقة وقصره على قواعد القانون العام الأجنبي دون المعاني الأخرى والوصول به إلى القول بعدم إمكان تطبيق هذه القواعد من جانب القضاء الوطني، خاصة إذا علمنا أن الإطلاق في معنى الإقليمية لم يعد مقبولاً من الناحية الفقهية، أو على أقل تقدير لا يُنظر له بعين الارتياح في فقه القانون الدولي الخاص.

والإقليمية بمفهومها المطلق هي تلك التي تقوم على أساس النظر إلى بعض القوانين باعتبارها قوانين إقليمية التطبيق بحيث يكفل لها النظام القانوني الذي تنتمي إليه أن يكون تطبيقها شاملاً ومنفرداً على الإقليم الوطني مع استبعاد كل أمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، لذا تبدو هذه الإقليمية من حيث المبدأ متناقضة مع منهجية تنازع القوانين⁽⁴⁾. فالإقليمية بهذا المفهوم تعني عدم نفاذ قانون دولة لحدودها وعدم أمكان تطبيق هذا القانون من جانب قضاء دولة أخرى، وهو ما يتنافى مع اشتراك الدولة في حياة الجماعة الدولية ومساهمتها في الحياة القانونية الدولية، وما يتطلبه ذلك من ضرورة الفصل بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي، والسماح بتطبيق القانون الأجنبي من قبل القضاء الوطني⁽⁵⁾. خاصة وأن الدول المعاصرة، وتحت وطأة تزايد المعاملات الخاصة الدولية عبر الحدود وتنوعها، قد استقرت على التخلي عن مبدأ التطرف الوطني وأخذت كل منها تنظر بعين الاعتبار والثقة إلى الأنظمة القانونية والاقتصادية للدول الأخرى، الأمر الذي تطلب من هذه الدول أن تنظر إلى فكرة الإقليمية ذاتها بمفهوم مغاير، وهو ما استجاب له فقه القانون الدولي الخاص حين جعل للإقليمية معنى

(1) د. غالب الداودي. مصدر سابق. ص 60.
(2) د. هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. مصدر سابق. ص 258-259.
(3) د. مصطفى الجمال و د. نبيل إبراهيم سعد. مصدر سابق. ص 99-101.
(4) د. محمد عبد المنعم رياض. مصدر سابق. فقرة 318. ص 284-285.
(5) د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 11-12.

آخر يتفق وحاجة معاملات الأفراد التي تجري عبر الحدود، وإن كان لم يخرج بمفهوم هذه الفكرة عن إطارها العام.

ومبدأ الإقليمية، بمفهومه الحديث، مع انه يعني حكم القانون لكافة الأشخاص والأشياء التي توجد على إقليم الدولة والوقائع التي تحدث فيه دون ما يوجد من أشخاص وأشياء أو ما يتم من وقائع خارج هذا الإقليم، غير انه، مع ذلك، لا يعني ان تجعل الدولة من حدود سيادتها الإقليمية حاجزاً بوجه قوانين الدول الأجنبية، كما انه لا يعني بالضرورة عدم إمكان تطبيق قانون دولة من جانب قضاء دولة أخرى، فالإقليمية بهذا المعنى لم تكن موجودة إلا في العصر الإقطاعي⁽¹⁾. لذا فإن الإقليمية، بوصفها مبدئاً، ينبغي أن لا تحول من دون تطبيق القاضي للقوانين الأجنبية في جميع المسائل التي يتعلق فيها الأمر بوقائع أو تصرفات تمت في الخارج وفي المجال الذي تسري فيه تلك القوانين، ولذلك فقد صار من الضروري، حسب النظرية الحديثة لمبدأ الإقليمية، أن يجري التفريق بين الإقليمية المادية وبين الإقليمية الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي⁽²⁾.

فالإقليمية المادية تعني أن يتم تطبيق قواعد القانون الأجنبي على جميع الأشخاص والأشياء والوقائع في إقليم الدولة التي أصدرت هذه القواعد، والإقليمية بهذا المعنى تقود إلى القول بأن كافة القوانين هي قوانين إقليمية سواء أكانت تنتمي إلى القانون العام أم إلى القانون الخاص، وذلك لكونها تُعبر عن سلطة الدولة الفعلية على كل ما يوجد على إقليمها⁽³⁾. فالقوانين إنما تصدر لتسري أساساً على إقليم دولتها ولا يمكن تصور ان تُصدر الدولة قانوناً يسري وحسب خارج حدود إقليمها. أما الإقليمية الإجرائية لقواعد القانون الأجنبي فهي تتعلق بالمركز الإجرائي لهذه القواعد أمام قضاء الدول الأخرى ومدى إمكان تطبيقها من قبل ذلك القضاء. والإقليمية بهذا المفهوم لا تحول دون إمكان تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في جميع الحالات التي تتعلق بوقائع أو تصرفات تمت في الخارج وتدخل ضمن المجال الذي يسري فيه ذلك القانون⁽⁴⁾.

وهذا المفهوم الحديث للإقليمية قد انعكس على قواعد القانون العام من حيث مدى إمكان تطبيقها خارج إقليم الدولة التي أصدرتها، فلم يعد مقبولاً رفض تطبيق القانون العام الأجنبي من حيث المبدأ استناداً إلى كونه قانوناً إقليمياً⁽⁵⁾، وخاصة إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار مدى تأثير المركز القانوني للقانون العام بالتغير الذي حصل في المذاهب الفكرية والسياسية السائدة في الدول المختلفة. فبعد أن لم يكن من

(1) د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص. ج 1. مصدر سابق. فقرة 5. ص 11-12.
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 385. ص 421 وانظر في هذه الفكرة د. سعيد يوسف البستاني. مصدر سابق. ص 194 وما بعدها.
(3) د. مصطفى مصباح شليبيك. مصدر سابق. ص 158-160.
(4) انظر في هذا المعنى د. عبد المنعم فرج الصده. مصدر سابق. ص 199-201.
(5) في إمكانية التطبيق المباشر للقانون العام الأجنبي د. عكاشة محمد عبد العال. تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 32-33.

المتصور قبول تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي في العصور التي شهدت هيمنة الروح الوطنية والسيادة الإقليمية، وفي وقتٍ سادت فيه النظرة لهذه القواعد بأنها ما وضعت إلا لحماية المصالح الذاتية الوطنية دون مراعاة مصالح الدول الأخرى، أو قُلْ على حساب هذه المصالح، فإن الأنظمة القانونية أصبحت تنظر بعين الاعتبار إلى القوانين العامة الأجنبية وتُظهر احترامها لهذه القوانين، وذلك بعد أن أخذت الدول تخفف من روح الأنانية وبعد أن ظهر التعايش والانسجام بين الأنظمة القانونية والاقتصادية المختلفة⁽¹⁾.

على أن هذا التغير في المذاهب الفكرية والسياسية، وإن كان قد جعل بالإمكان قبول تطبيق القوانين العامة الأجنبية من جانب القضاء الوطني، إلا أن أثره لم يقتصر على ذلك القبول، بل كان له أثر آخر أوسع من هذا بكثير. فظهر المذهب الاشتراكي في أوائل القرن العشرين وما صاحبه من تدخل الدولة في ميادين الحياة المختلفة للأفراد كان له من الأثر ما تعلق بمفهوم القانون العام بالذات وبمدى التفرقة بينه وبين القانون الخاص كفرعين مستقلين في الأنظمة القانونية المختلفة، وهي التفرقة التي ارتكز عليها الاتجاه السابق في فقه القانون الدولي الخاص إلى جانب ارتكازه على مبدأ الإقليمية كأساس لرفض تطبيق القوانين العامة الأجنبية. وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث التالي.

المبحث الثاني

تطبيق القانون العام الأجنبي

مع ظهور المذهب الاشتراكي في الربع الأول من القرن العشرين تزايد دور الدولة التدخل في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وكان لهذا التدخل آثاره على مستوى القانون الداخلي بظهور القواعد ذات الطابع الأمر وحكمها لمختلف تلك المجالات، وهو ما أدى إلى التقليل من الفوارق بين القانون العام وبين القانون الخاص إلى حجب. وعلى أثر تدخل الدولة في أنشطة الحياة الخاصة فقد برز ما يعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وهي قواعد يمتزج فيها القانون العام بالقانون الخاص وتحكم مختلف العلاقات بين الأفراد ومنها العلاقات ذات البعد الدولي. وقد كان العاملان المتقدمان من الأسباب الرئيسية التي أدت إلى فسخ المجال أمام دخول قواعد القانون العام الأجنبية في نطاق عمل قواعد الإسناد. وهذا ما نتعرض له في إطار المطلب الأول حول عوامل تطبيق القانون العام الأجنبي.

وكموضوع متصل فإن فئة القواعد ذات التطبيق الضروري بما فيها قواعد القانون العام تتمتع بخصوصية تميزها من غيرها من القواعد القانونية، وهذه الخصوصية قد انعكست على إعمال القواعد المذكورة في ميدان العلاقات ذات الطابع الدولي، وعلى الطريقة التي يتم بها مثل هذا الإعمال. فحيث نادى بعض الفقه بإعمال هذه القواعد بواسطة قاعدة إسناد خاصة تشير إليها، نجد الفقه الراجح قد ذهب إلى إعمالها بطريقة مباشرة ووفقاً للمنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي، وهو المنهج الذي يسمح بدخول قواعد القانون العام الأجنبية في نطاق عمل قواعد الإسناد، وذلك على وفق ما نراه في المطلب الثاني حول وسائل تطبيق القانون العام الأجنبي.

المطلب الأول

عوامل تطبيق القانون العام الأجنبي

من جملة المظاهر التي عكست دور الدولة في ظل المذهب الاشتراكي هي انتشار تدخل الدولة التشريعي في علاقات الأفراد من خلال سن القواعد القانونية اللازمة لحماية المجتمع، زيادة على تدخل الدولة المباشر في ممارسة النشاطات الاقتصادية والتجارية. وهذه المظاهر قد رتبت آثاراً واضحة على ميدان تنازع القوانين، وتحديداً ما يتعلق باعتبار قواعد القانون العام الأجنبي من بين القواعد الواجبة التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولي، فشكلت بذلك العامل الأول من عوامل دخول تلك القواعد في نطاق عمل قواعد الإسناد. وهذا ما يدعونا إلى تناولها في الفرع الأول في المطلب محل البحث.

وتدخل الدولة في نواحي الحياة الخاصة من خلال إصدار التشريعات التوجيهية قد اقتضى إخضاع المسائل التي تناولتها هذه التشريعات مباشرة لقانون القاضي، وذلك وفقاً لما عُرف بالمنهج المباشر في القانون الدولي الخاص، وهو منهج يقوم على إعطاء الأولوية في التطبيق لقواعد قانونية

معينة كان من بينها ما يسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري. وهذه القواعد الأخيرة لها من الخصوصية ما جعلها تفرض تطبيقها المباشر ولو كانت منتمية إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فأصبحت بذلك عاملاً آخر من عوامل دخول القانون العام الأجنبي في النطاق الموضوعي لقواعد الإسناد، وعلى وفق ما نراه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دور الدولة التدخلية في توجيه النشاط الخاص

لقد خلفت سيادة المذهب الفردي آثاراً خطيرةً على مستوى القانون وكذلك على صعيد الحياة القانونية. فالأسس التي يقوم عليها المذهب الفردي قد أثرت على وظيفة القانون ونطاقه⁽¹⁾، إذ انكشفت القاعدة القانونية وضاق نطاق القانون، كما تضائل مفهوم المصلحة العامة التي ينبغي على القانون تحقيقها، وغُلِبَت المصلحة الفردية على مصلحة المجموع عند تعارضهما. وأما في ميدان الحياة القانونية فقد خلف المذهب الفردي نتائج مهمة لا تقل خطورةً عن الآثار السابقة، وأهم تلك النتائج ما تمثل بالتمسك بتقسيم القانون إلى فرعيه التقليديين وهما القانون الخاص والقانون العام، وكذلك تضاول عدد القواعد الأمرة التي يتعلق مضمونها بمصالح المجتمع العليا ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها في مقابل تكاثر عدد القواعد المفسرة أو المكملة للإرادة والتي يجوز التراضي على مخالفتها أو استبعادها⁽²⁾، ومن تلك النتائج أيضاً استقرار مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العلاقات العقدية، وهو المبدأ الذي يسمح بأن تكون إرادة الطرفين حرةً في إبرام ما تشاء من العقود وحرّةً في وضع شروط هذه العقود وترتيب آثارها⁽³⁾.

فترتب على ذلك أن تقلص دور الدولة في ظل المذهب الفردي وانحصر هذا الدور في حماية أمن الدولة الداخلي والخارجي، كما تقلص دور القانون ليصبح مجرد أداة لضمان حريات الأفراد وحقوقهم وحمايتهم في مواجهة الدولة كجهاز سياسي⁽⁴⁾. فكان المشرع لا يتدخل في تنظيم علاقات الأفراد إلا بالقدر الضروري اللازم لإدراك هدف القانون في تحقيق الاستقرار والتطور في المجتمع، ولم يكن للقانون أي دور اجتماعي أو اقتصادي ذو شأن، سواء أكان لحماية الطرف الضعيف أم لتحقيق المصلحة العامة.

(1) من أهم الأسس التي يستند عليها المذهب الفردي هي اعتبار الفرد غاية التنظيم الاجتماعي وقمة التنظيم القانوني، وحسب مهمة القانون عن تحقيق النفع العام والعدالة الاجتماعية وقصرها على الحد من الحريات الفردية في سبيل ضمان الحرية لجميع الأفراد، وكذلك الإيمان بترك الحرية للأفراد لممارسة نشاطهم من دون أي تدخل من الدولة لتوزيع العدل عن طريق القانون. انظر في ذلك د. عبد المنعم فرج الصده. مصدر سابق. ص 32-33.

(2) د. مصطفى الجمال و د. نبيل إبراهيم سعد. مصدر سابق. ص 138.

(3) انظر في مبدأ سلطان الإرادة د. محمد عباس السامرائي. مبدأ سلطان الإرادة. مجلة القانون المقارن. جمعية القانون المقارن العراقية. العددان الثامن والتاسع. السنة السادسة. 1978. ص 101 وما بعدها.

(4) عبد الباقي البكري و زهير البشير. مصدر سابق. ص 167-168.

غير ان هذا الوضع لم يُكتب له الدوام، إذ ما لبث أن تأكد قصور المذهب الفردي عن تقديم الحلول العادلة لتنظيم المجتمعات الداخلية نتيجة للعيوب التي اكتنفت هذا المذهب، ومن تلك العيوب مبالغة المذهب الفردي في تقديس حرية الفرد وحقوقه، وشلّه يد الدولة عن التدخل في الحياة الاجتماعية لإشاعة العدل وتحقيق المساواة والتقليل من الفوارق الاقتصادية، ومناداته بالحرية الاقتصادية التي أدت إلى تزايد الفوارق الطبقيّة بين أفراد المجتمع⁽¹⁾، كما تعزز عزز هذا المذهب بقيام الثورة الفرنسية وما ترتب عليها من تركيز رأس المال وتغير في علاقات الإنتاج، ما نتج عنه بروز روح الاستغلال واختلال التوازن بين الطبقات ونشوء المنظمات المهنية. وكل تلك العوامل أدت في النهاية إلى تبلور النزعة الاشتراكية في النصف الثاني في القرن التاسع عشر، ثم تطور هذه النزعة وتحولها إلى مذهب علمي قائم على أسس ومفاهيم هي نقيض تلك التي قام عليها المذهب الفردي⁽²⁾.

وبناءً على ذلك، وفي ظل الاتجاه نحو الاشتراكية وضمحل المذهب الفردي ونظام الاقتصاد الحر، فقد نما دور الدولة بشكل كبير وأضحى لها دور إيجابي يقتضي تدخلها في المجالات الاجتماعية والاقتصادية لحماية الطرف الضعيف من ناحية، وتحقيق المصلحة العامة وحفظها من ناحية أخرى، وهو ما لم يقتصر على الدول الاشتراكية، بل أمتد تأثيره إلى دول المذهب الرأسمالي حتى انه غدا من سمات القانون الوضعي في غالب الدول.

ولما كان القانون ضرورة اجتماعية وانعكاساً لجوانب الحياة في المجتمع⁽³⁾، فقد اتخذته الدولة وسيلة لتحقيق تلك الأهداف التي تسعى لإدراكها، وهو ما تم فعلاً من خلال إصدار مشرع الدولة لقوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي التي تحكم نشاطات الأفراد في المجالات المختلفة، وكذلك من خلال دعم المشرع لما يصدره من قواعد التدخلية وتحسينها بالصفة الأمرة بحيث تكون واجبة التطبيق على الأفراد ويمتنع عليهم الاتفاق على خلاف أحكامها⁽⁴⁾.

وقد كان من أولى مجالات التدخل التوجيهي للدولة وأهمها هو المجال الاقتصادي، حيث أخذت الدولة بإصدار قوانين التوجيه الاقتصادي المنظمة لمختلف جوانب الحياة الاقتصادية فيها، فكان أن تركت زمام المبادرة للأفراد أو القوى الاقتصادية الخاصة وقامت هي باتخاذ التدابير الكفيلة بتوجيه تلك

(1) د. رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني. مصدر سابق. ص 28-29.

(2) من بين الأسس التي يرتكز عليها المذهب الاشتراكي اعتباره أن المجتمع هو الحقيقة الأساسية وإنكاره فكرة الحقوق الطبيعية للأفراد، ونظيرته إلى القانون كأداة للخدمة العامة وإعطاء دوراً إيجابياً للوصول به إلى تحقيق خير المجتمع، مع إلزام الدولة بالتدخل في تنظيم العلاقات وبسط سلطتها على مختلف حقول النشاط توجيهياً وتنظيماً كلما رأت في ذلك تلبيةً لحاجة اجتماعية أو تحقيقاً للمصلحة العامة. عبد الباقي البكري و زهير البشير. مصدر سابق. ص 172-175.

(3) د. عبد المنعم فرج الصده. مصدر سابق. ص 5-6.

(4) د. رمضان محمد أبو السعود و د. همام محمد محمود زهران. مصدر سابق. ص 31-33.

القوى الوجهة التي تتفق مع سياستها من خلال استخدام سلطاتها العامة، أي باستخدام الدولة أساليب القانون العام عن طريق إصدار القوانين واللوائح والقرارات التي تنظم نشاط القطاع الخاص⁽¹⁾.

ومع ذلك لم يقتصر تدخل الدولة في المجال الاقتصادي على الجانب التوجيهي فقط، بل إنها قد تتدخل بنفسها للقيام بالنشاط الاقتصادي حين تجد أن من الضروري القيام بذلك⁽²⁾، حيث تقوم بممارسة هذا النشاط كشخص عام أو من خلال استخدام المشروعات العامة أو المشروعات الخاصة التي تخضع لسلطة الدولة عن طريق ارتباطها بها على نحو ما من حيث التمويل أو الرقابة، فكان أن اتجهت الدولة إلى أن تقوم بذاتها بأنشطة سبق وأن كانت من صميم النشاط الخاص.

وقد نتج عن تدخل الدولة في مجالات الحياة الاقتصادية جملة من الآثار أهمها ما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة في العقود، وكذلك ما يرتبط بالملكية الفردية بصفاتها وظيفية اجتماعية. ففي الوقت الذي تبين للدولة أن من أكثر الوسائل (فعالية ... في تدخلها بمجالات المصالح المحكومة بالقانون الخاص هي تنظيم كل من حرية التعاقد وحق الملكية)⁽³⁾، بصفتها عنصرا القانون الجوهريان في النشاط الاقتصادي، فقد قلصت الدولة دور الإرادة في دائرة العلاقات العقدية، كما أخضعت الملكية الفردية لطائفة من القيود التي يفرضها الصالح العام ، كتحديد حَقَقَصَى للملكية الزراعية أو نزع الملكية للمنفعة العامة، أو حتى سلب الملكية بالكامل عن طريق التأميم لتتقلب الملكية الخاصة إلى ملكية جماعية، وهو ما لجأت إليه الكثير من بلدان العالم وبشكل خاص بعد الحرب العالمية الثانية⁽⁴⁾.

وتكثُر الدولة هذا في نشاطات الأفراد لم يقتصر على الميدان الاقتصادي، وإنما تجاوز هذا الميدان إلى المجال الاجتماعي، وذلك من خلال إصدار قوانين العمل وقوانين الضمان الاجتماعي، وكذلك قوانين الأحوال الشخصية التي كرسَت التدخل في هذا المجال عن طريق التضييق في تفسير قواعد الدين أو تغيير أحكام هذه القواعد بما ينسجم مع مقتضيات المصلحة العامة، كما في الحد من تعدد الزوجات أو منعه أو تقييد حرية الطلاق أو تنظيم حق الحضانة أو الولاية وغير ذلك⁽⁵⁾.

وكنتيجة لتدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية فقد ظهرت فروع جديدة للعلوم القانونية صاحبت ذلك التدخل، من قبيل قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية والقانون المهني والقانون الاقتصادي والقانون الزراعي، وهي قوانين ذات طبيعة مختلطة تمتزج فيها قواعد القانون العام

(1) انظر في الأنماط المتعددة لقواعد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية د. احمد عبد الحميد عشوش. قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة. مصدر سابق. ص59-61.

(2) د. احمد صادق القشيري. نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. العدد الأول. السنة العاشرة. 1968. ص123-124.

(3) قسطنطين كاتزاروف. نظرية التأميم. تعريب وتعليق د. عباس الصراف. مطبعة العاني. بغداد. 1972. ص251.

(4) قسطنطين كاتزاروف. المصدر ذاته. ص97 وما بعدها.

(5) انظر في ذلك فريد فتیان. شرح قانون الأحوال الشخصية، مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز. ط2. دار واسط. لندن. 1986. ص40 وما بعدها.

وقواعد القانون الخاص⁽¹⁾، إذ تنتمي قواعدها في شقٍ منها إلى القانون الخاص، كتلك التي تحكم ببطلان التصرف أو الالتزام بالتعويض، في حين ترتبط في شقها الآخر بالقانون العام، كالقواعد التي تفرض جزاءات جنائية أو إدارية، حتى صار من غير الممكن تصنيف هذه القواعد بسهولة بين فرعي القانون الخاص والقانون العام.

ولما كان التدخل التوجيهي للدولة قد بلغ ذلك القدر من الأهمية في مجال القانون الداخلي، كان لا بد أن تكون لهذا التدخل آثاره الحتمية على صعيد القانون الدولي الخاص الذي لا يعدو، بوصفه قانون العلاقات الخاصة الدولية، أن يكون انعكاساً لحالة القانون الداخلي، وذلك من أجل وضع الحلول لمواجهة المشكلات التي تنجم عن تطبيق قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي.

وبناءً على ذلك فقد تم وضع حلول خاصة لتنازع القوانين تستجيب إلى طبيعة القواعد الأمرة التدخلية، ومنها ذلك الاتجاه العام الذي يرى ضرورة إسناد العقود ذات الطابع الدولي التي تخضع لتنظيم تشريعي أمر لغير قانون الإرادة، كإخراج عقود الاستهلاك ذات الطابع الدولي من نطاق تطبيق قانون الإرادة وإخضاعها لقاعدة إسناد خاصة تشير إلى تطبيق قانون محل إقامة المستهلك⁽²⁾، وإخضاع عقود العمل لقانون محل تنفيذ العمل في حال لم يكن قانون الإرادة هو الأصلح للعامل⁽³⁾، وكذلك إخضاع عقود التأمين لقانون دولة المؤمن⁽⁴⁾، هذا زيادة على الحلول الخاصة التي وضعت لحماية ناقصي الأهلية وذلك بعقد الاختصاص للقانون الشخصي الخاص بناقص الأهلية بغض النظر عن القانون الشخصي للولي أو الوصي أو القيم على القاصر فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يجريها الأخير لصالح الأول⁽⁵⁾.

ولهذا فإن تدخل الدولة في مجالات الحياة الخاصة للأفراد قد ترك بصماته الواضحة على القانون الدولي الخاص وأضحى من سمات التطور الحالي في هذا الفرع من فروع القانون. فذلك التحول نحو الاشتراكية قد صاحبه تغير في الأفكار والمناهج القانونية السائدة عندما أصبحت قاصرة عن مواكبة

(1) انظر في طبيعة قواعد قانون العمل د. عز الدين عبد الله. تنازع القوانين في عقد العمل الفردي. المجلة المصرية للقانون الدولي. الجمعية المصرية للقانون الدولي. مجلد 27. السنة السابعة والعشرون. 1971. ص2 وما بعدها، د. هشام علي صادق. دروس في قانون العمل اللبناني. الدار الجامعية. بيروت. 1982. ص44 وما بعدها. وفي قانون التأمينات الاجتماعية د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد. تنازع القوانين في مجال حوادث العمل. دار النهضة العربية. القاهرة. 2002. ص288 وما بعدها. وفي القانون الاقتصادي. د. اكرم ياملكي. الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. الجزء الأول. ط2. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد. 1968. ص18-19. وفي القانون الزراعي د. توفيق حسن فرج. دروس في القانون الزراعي. مؤسسة الثقافة الجامعية. من دون طبع. ص9-11.

(2) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل. مصدر سابق. ص251 وما بعدها.
(3) د. منير عبد المجيد. تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1991. فقرة 74 وما بعدها. ص72 وما بعدها.

(4) د. هشام احمد محمود عبد العال. مصدر سابق. ص167 وما بعدها.

(5) ورد هذا الحكم في المادة 20 من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 وتنص على أن (المسائل الخاصة بالصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها)، وتقابلها مادة 16 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948. انظر في هذا الموضوع د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص82-83.

التحول الاشتراكي. وهذا التغير قد برز بشكل خاص في ذوبان الحدود الفاصلة بين القانون الخاص وبين القانون العام فيما يخص علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي حتى أضحت معالم التفرقة بين هذين الفرعين آخذةً بالضياع، وصار من الصعب وضع معيار فاصل للتفرقة بينهما رغم كثرة المعايير المقترحة في هذا الشأن⁽¹⁾، وهو الأمر الذي اقتضى إعادة النظر في أصل التقسيم إلى فرعي القانون العام والقانون الخاص لكي لا يصبح هذا التقسيم عقبة في طريق اختيار القانون الملئم لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وهو ما فتح الباب أخيراً لدخول قواعد القانون العام ميدان التنازع وتطبيقها على تلك العلاقات إلى جانب قواعد القانون الخاص⁽²⁾.

وعلاوةً على ما تقدم فإن أثر التدخل التوجيهي للدولة من خلال سن القواعد القانونية الأمرة لم يقتصر في ميدان القانون الدولي الخاص على تلك الحلول الخاصة لتنازع القوانين، بل تعدى ذلك إلى وجوب تطبيق القواعد الأمرة الوطنية على نحو مباشر وإن كانت العلاقة المطروحة على القضاء تخضع لقانون آخر وفقاً لقواعد الإسناد، وذلك متى كان تطبيق القواعد الأمرة التدخلية ضرورياً لأجل تحقيق الأهداف التي تسعى هذه القواعد إلى تحقيقها⁽³⁾. ومناطق ذلك ان الأنظمة القانونية في الدول المختلفة قد استشعرت في المسائل ذات المساس بكيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أنها على درجة من الأهمية تقتضي إخضاعها لقانون القاضي مباشرةً واستبعاد أي قانون آخر في شأنها يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد في دولة القاضي، سواء كانت هذه المسائل ذات طبيعة وطنية خالصة أم انها تتضمن عنصراً أجنبياً، وبغض النظر عن انتمائها إلى أي من فرعي القانون العام أو القانون الخاص⁽⁴⁾.

وهذا في حقيقته ما يُعد إعمالاً للمنهج المباشر في القانون الدولي الخاص المعاصر، وهو المنهج الذي كان متبعاً لدى شراح مدرسة الأحوال القديمة في القرن الثاني عشر والذي يقوم على تحليل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية بعد التعرف على مضمون هذه القوانين وتحديد نطاق تطبيقها ومن ثم الكشف عن مدى إرادتها في الانطباق، وذلك بدلاً من تحليل العلاقات بحثاً عن القانون الواجب التطبيق في شأنها وفقاً لما يقوم عليه منهج التنازع الموروث عن الأستاذ الألماني سافيني، وهو المنهج السائد فيما يعرف بأنظمة القانون المكتوب وفي الدول المتأثرة بهذه الأنظمة، وذلك على وفق ما نراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

- (1) انظر في المعايير المقترحة للفصل بين القانون العام وبين القانون الخاص د. مصطفى مصباح شليبيك. مصدر سابق. ص 42-43.
- (2) د. احمد صادق القشيري. مصدر سابق. ص 140-141. وفي فكرة قيام التنازع في مجال القانون العام انظر د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 12. ص 56.
- (3) صادق زغير محيسن. القواعد ذات التطبيق المباشر في القانون الدولي الخاص. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بغداد. 1997. ص 11-12.
- (4) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 12. ص 53-55.

ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

أشرنا إلى أن خضوع العلاقة الخاصة ذات الطابع الدولي لحكم القانون بمقتضى قاعد الإسناد ذات الطابع المزدوج يعود إلى منهج الأستاذ الألماني سافيني في القرن التاسع عشر، وهو منهج يقوم على تحليل العلاقة مثار النزاع وتحديد مركزها وصولاً إلى تعيين القانون الواجب التطبيق في شأنها. وقد رأينا سابقاً أن إعمال قاعدة الإسناد يقوم على فكرة اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو محايد ومن دون الاعتداد بمضمون القانون الذي تشير قاعد الإسناد باختصاصه أو بنتائج تطبيقه على النزاع المعروض. كما إن قاعدة الإسناد بطابعها المزدوج لا تلقي بالاً إلى صفة القانون الذي تشير باختصاصه بحكم العلاقة محل النزاع وما إذا كان هذا القانون هو القانون الوطني للقاضي أم كان قانوناً أجنبياً. ولتلك الاعتبارات فإن جانباً من فقه القانون الدولي الخاص قد أخذ على منهج تنازع القوانين اعتماده المطلق على قاعدة الإسناد المزدوجة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، وذلك من باب أن إعمال هذه القاعدة ربما يؤدي إلى تعيين أحد القوانين الأجنبية لحكم العلاقة محل النزاع، وهي بهذا قد تغفل الطبيعة الأمرة والمطلقة التي يمكن أن تكون للقانون الوطني، وهو الأمر الذي يُظهر مغالاة منهج التنازع في الاستجابة للاعتبارات الدولية على حساب المصالح الوطنية من خلال مساواته بين القانون الأجنبي وبين القانون الوطني عند الإسناد⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك، ومن أجل تلافي مغالاة المنهج المزدوج فقد تم الإقرار بأهمية المنهج المباشر وضرورة إعماله إلى جانب منهج قواعد الإسناد⁽²⁾، وذلك من خلال عدم اللجوء إلى قاعدة الإسناد الوطنية في الحالات التي يتعين فيها ضرورة تطبيق القانون الوطني على النزاع، بل يُصار إلى البحث عما إذا كانت هناك قواعد موضوعية وطنية ذات تطبيق مباشر أو ضروري يمكن تطبيقها.

وتأكيداً لذلك فقد اعترف الفقه الحديث بوجود بعض القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي ينبغي تطبيقها على النزاع بصرف النظر عن أي حكم مخالف قد يتضمنه القانون المختص بحكم ذلك النزاع بمقتضى قواعد الإسناد، وقد اصطلح على تسمية هذه القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري⁽³⁾، وهي قواعد موضوعية ذات طابع داخلي لازمت التدخل الاقتصادي

(1) انظر في عرض هذه الانتقادات د. احمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة. مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. 2005. ص 10-14.

(2) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 443 وما بعدها. ص 517 وما بعدها.

(3) في عرض مفصل لفكرة القواعد ذات التطبيق الضروري انظر د. احمد قسمت الجداوي. نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. العدد الأول والثاني. السنة الرابعة والعشرون. 1982. ص 14 وما بعدها.

والاجتماعي للدولة، وقد شرّعت أصلاً لتنظيم العلاقات الداخلية، غير ان مراعاة طبيعتها الأمرة تقتضي امتداد تطبيقها إلى العلاقات الخاصة الدولية⁽¹⁾.

ومقتضى فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري ان القانون الدولي الخاص قد يضم إلى جانب قواعد الإسناد في ظل منهجية تنازع القوانين أنواعاً أخرى من القواعد التي تنتمي إلى النظام القانوني الوطني لا تأخذ بمنهجية التنازع، وهذه القواعد تتولى توفير الحل الموضوعي المباشر للعلاقات التي تقع تحت طائلتها بغض النظر عن العنصر الأجنبي الذي قد تتصل به تلك العلاقات⁽²⁾. فهي قواعد يضمها النظام القانوني الوطني ووضعت في الأصل لتنظيم العلاقات الداخلية، إلا أن صفتها الأمرة قد بلغت حدّاً يقتضي امتداد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية⁽³⁾، فمجال تطبيق هذه القواعد يكون مقررّاً على نحو غير عادي، أي بصورة تنتفي معها أمكانية التفريق في الحكم الموضوعي بين العلاقات الوطنية الخالصة وبين العلاقات ذات الطابع الدولي.

وزيادة على ذلك فإن هذه القواعد ذات طبيعة خاصة بحيث انها تتولى تحديد مجال تطبيقها الذاتي سواء على نحو صريح أو بشكل ضمني، وتحتّم إنزال حكمها الموضوعي على العلاقات الواقعة في مجال تطبيقها من دون حاجة للمرور بقواعد الإسناد، لذا فإنها تفلت أصلاً من منهجية تنازع القوانين ولا يقوم أي احتمال للتزاحم معها في التطبيق من جانب القواعد الأجنبية⁽⁴⁾.

وفئة القواعد ذات التطبيق الضروري تتضمن جميع القواعد الماسة بتنظيم كيان الدولة الاقتصادي والاجتماعي والتي تهدف إلى تحقيق مصالحها الحيوية أو الضرورية. فهذه القواعد توجد حيث تتدخل الدولة، ولو بقدر معين، أما للعمل على إشباع وحماية مصالح أفرادها، كما هو شأن قواعد التوجيه الاجتماعي مثل القواعد المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية أو تلك الخاصة بالتأمين أو قوانين العمل والضمان الاجتماعي، وأما أن يكون التدخل لتحقيق المصالح العامة⁽⁵⁾، وهو ما يلاحظ بخصوص قواعد التوجيه الاقتصادي ومنها القواعد والقوانين المتعلقة بتنظيم الانتماء وعمليات المصارف وسعر الفائدة

- (1) وتعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري من أهم تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص المعاصر. ولعل أول من نبه الأذهان في الفقه الفرنسي أو الفقه الأوربي على وجه العموم إلى فكرة هذه القواعد وإعمالها إلى جانب قواعد الإسناد هو الأستاذ الفرنسي اليوناني الأصل فرانسيسكاكيس Phocion Francescakis حين عرض لها برسالتة للدكتوراه بعنوان نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص. وقد سماها بالقواعد ذات التطبيق المباشر. وهناك من يعبر عن هذه القواعد تحت تسمية قواعد البوليس أو القواعد المتعلقة بالأمن المدني أو القواعد المتعلقة بالنظام العام. انظر في تفصيل ذلك د. احمد قسمت الجداوي. المصدر ذاته. ص4 وما بعدها.
- (2) د. جابر سالم عبد الغفار عبد الجواد. مصدر سابق. فقرة 434. ص322-323.
- (3) د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية. ط1. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2003. فقرة 26-27. ص20-22.
- (4) د. احمد قسمت الجداوي. المصدر السابق. ص7-8. وإن كان هناك جانب من الفقه الحديث قد تصور أن تطبيق القواعد الوطنية ذات التطبيق الضروري لا يمكن من دون الاستعانة بقاعدة إسناد وعن طريق ضابط إسناد يعمل لصالح قانون القاضي. راجع في هذا الموضوع ما يأتي بيانه ص166 وما بعدها.
- (5) في بعض الأمثلة لمجالات إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري د. احمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص58-60.

والرقابة على النقد والقوانين الكمركية. لذا فإن القواعد ذات التطبيق الضروري لا تقتصر على ما يوجد منها في مجال العلاقات التي ينظمها القانون الخاص، بل تمتد إلى كافة المجالات التي تنظمها فروع القانون الأخرى ما دام الأمر لازماً لحماية السياسة التشريعية وما ترمي إليه في المجالات الاقتصادية والاجتماعية لمجتمع دولة القاضي والحفاظ على أهداف هذه السياسة⁽¹⁾، وبالتالي فإنه لا يخرج عن هذه القواعد كل ما يتعلق منها بمجالات القانون العام.

وبناءً على ذلك، ولوجود هذا التداخل بين المصالح العامة وبين المصالح الخاصة بشأن القواعد ذات التطبيق الضروري فقد أصبحت هذه القواعد على صلة قوية وظاهرة بقواعد القانون العام، حتى قيل عنها بأنها تلك الطائفة من القواعد التي وإن كانت (تحكم في الأصل علاقات القانون الخاص، إلا أنها تقع في تلك المنطقة الرمادية بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص حيث تختلط فيها مسائل القانون العام بالقانون الخاص على نحو يصعب معه الفصل بينهما)⁽²⁾، وهي المنطقة التي اتسعت رقعتها نتيجة لمبدأ تدخل الدولة في مجالات النشاط الخاص بشكل أدى إلى دقة التفرقة بين القوانين العامة وبين القوانين الخاصة في كثير من الفروض. وهذا ما دفع الفقه بمختلف اتجاهاته إلى اتباع معاملة واحدة لكل من القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام، وإلى معالجة المركز القانوني لهذين النوعين من القواعد من زاوية واحدة، لاسيما القواعد الصادرة عن دولة أجنبية ويُراد تطبيقها أمام القضاء الوطني⁽³⁾.

وهذا يؤكد ما ذهب إليه بعض الفقهاء من رفض تطبيق القوانين الأجنبية ذات التطبيق الضروري أمام القاضي الوطني ولو كانت منتمية إلى القانون المختص بموجب قواعد الإسناد، أو ذهب البعض الآخر إلى ضرورة أخذ هذه القواعد في الاعتبار من دون تطبيقها⁽⁴⁾، وهي آراء استندت على أساس أن هذه القواعد لا تثير تنازعا بين القوانين وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان، وهو عين ما اتجه إليه الفقه المذكور بشأن قواعد القانون العام. وقد استندت هذه الاتجاهات في رفضها لإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري إلى الطبيعة التي تتصف بها تلك القواعد، وذلك بوصفها حيناً بأنها قواعد إقليمية التطبيق أو اعتبارها حيناً آخر من القوانين السياسية التي ينحصر تطبيقها في حدود إقليم الدولة التي أصدرتها ولا يمتد إلى خارج تلك الحدود⁽⁵⁾.

(1) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 501. ص 583-584.

(2) د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مصدر سابق. فقرة 388. ص 233.

(3) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال. القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية. بيروت. من دون طبع. ص 44.

(4) انظر في هذه الآراء د. احمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 102 وما بعدها. ص 112 وما بعدها.

(5) د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 118 وما بعدها. ص 115 وما بعدها.

وحيث سلم الفقه الحديث بإمكان إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري من حيث المبدأ، فلم يعد من المتعذر القول بأنه لا توجه صعوبة خاصة في شأن إدخال هذه القواعد أمام القاضي الوطني وتطبيقه إياها ما دامت تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد. وهذا بالفعل ما اتجه إليه فقه القانون الدولي الخاص مؤسساً اتجاهه على ما سماه بفكرة الإسناد الإجمالي إلى القانون الأجنبي⁽¹⁾.

فقاعدة الإسناد إذا ما أشارت باختصاص نظام قانوني معين، وإن كان أجنبياً، فهي لا تفرق داخل ذلك النظام بين كل طائفة من القواعد بحسب انتمائها للقانون الخاص أو القانون العام، وما إذا كانت في الحالتين تُعد من القواعد ذات التطبيق الضروري من عدمه، بل ان قاعدة الإسناد تشير إلى النظام القانوني المختص في مجموعه تاركة له مهمة تحديد القاعدة الداخلية التي يتعين تطبيقها واستبعاد القواعد الأخرى التي لا يراها واجبة التطبيق، ولذا يتعين على القاضي ان يطبق النظام القانوني الذي تشير إليه قاعدة الإسناد تطبيقاً إجمالياً بما فيه من القواعد ذات التطبيق الضروري.

وفكرة الإسناد الإجمالي التي سلم لها الفقه كأساس لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري تتفق مع طبيعة قاعدة الإسناد ومع وظيفتها في إطار تنازع القوانين. فهذه الفكرة تتأتى من أحد الخصائص الرئيسية لقاعدة الإسناد وهي خصيصة التجريد⁽²⁾. ذلك ان قاعدة الإسناد عندما تسند المسألة محل النزاع إلى قانون دولة معينة فهي لا تهتم سلفاً بالحل الموضوعي لقواعد ذلك القانون، كما انها لا تهتم بطبيعة القانون الذي يحكم تلك المسألة، فهذه القاعدة ما هي إلا وسيلة لتعيين واختيار قانون معين وليست معياراً للفرقة بين قواعد ذلك القانون حسب طبيعتها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص.

كما ان فكرة الإسناد الإجمالي تتفق مع قاعدة الإسناد كوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق، فقاعدة الإسناد، أو عموم قواعد القانون الدولي الخاص، لها قابلية وأهلية عامة لحل مشكلة التنازع بين القوانين⁽³⁾، وهذه القواعد ليست مخصصة لحل تنازع القانون الخاص فقط، بل التنازع عموماً في القانون الخاص والقانون العام، وتلك الأهلية أو القابلية العامة لقواعد الإسناد في حل تنازع القوانين تتفق مع التعريف الموسع للقانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، ليكون الموضوع المباشر لهذا القانون (هو حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، بحيث تنصب قواعده على العلاقة التي تبحث عن حل قانوني لا على القانون الذي يريد ان يبسط سلطانه ليحكم تلك العلاقة)⁽⁴⁾.

(1) د. هشام علي صادق. دروس في القانون الدولي الخاص. مصدر سابق. ص 355.

(2) د. منير عبد المجيد. مصدر سابق. فقرة 162. ص 161.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع. مصدر سابق. فقرة 390. ص 425.

(4) د. احمد صادق القشيري. مصدر سابق. ص 162.

وتأكيداً لإيمان الفقه الحديث بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي فقد رأى هذا الفقه بأن تطبيق القواعد المذكورة وإن كان لا يفيد التعاون مع الدول الأخرى بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، لأن هذا التعاون يفترض تحريك أحد أجهزة الدولة لصالح الدول الأخرى، إلا أن رفض تطبيقها من حيث المبدأ يُعبر عن غياب التعاون مع تلك الدول ومناهضة سياستها التشريعية⁽¹⁾، وخاصة إذا ما رأينا أن تطبيق مثل هذه القواعد لا يتعلق بالإذعان لإرادة المشرع الأجنبي بقدر ما يتعلق بمصالح الأفراد التي تحميها القواعد المذكورة ولو كانت منتمية إلى قانون أجنبي.

وعلاوة على ذلك فإن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية يسهم في التنسيق الدولي للحلول ويسهل سبيل الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها. ذلك أن تطبيق هذه القواعد بشكل مباشر من قبل محاكم الدول التي أصدرتها وعدم تطبيقها من جانب قضاء الدول الأخرى سيؤدي إلى اختلاف الحلول بحسب المحكمة التي سيطرح عليها النزاع⁽²⁾، وهو ما قد يدفع محاكم الدول التي صدرت عنها هذه القواعد إلى رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية التي لم تطبقها.

ولهذا نجد أن الاتجاه نحو الإعمال المباشر لقواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية الذي تبنته آراء فقهاء القانون الدولي الخاص قد وجد صدقاً له في أعمال بعض الجمعيات العلمية الدولية ومنها مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة Weisbaden بألمانيا عام 1975، والذي أورد في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القرار الذي تبناه أن (الصفة العامة لأحد نصوص القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة تنازع القوانين لا تشكل عقبة في تطبيق هذا النص، مع التحفظ الرئيسي للنظام العام)⁽³⁾. كما أن تطبيق هذه القواعد قد أكدته العديد من الأعمال التشريعية في مجال القانون الدولي الخاص، ومنها اتفاقية لاهاي المبرمة عام 1978 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري النافذة في فرنسا، إذ نصت في مادتها السادسة عشر على أنه (.. عند تطبيق الاتفاقية الحالية يمكن أن يُعطى أثر للنصوص الأمرة لكل دولة تحتفظ معها العلاقة برابطة جدية إذا كانت هذه النصوص وفقاً لقانون تلك الدولة واجبة التطبيق أياً كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها)⁽⁴⁾، ومنها كذلك اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تعد بمثابة التقنين الأوروبي للعقود، حيث أوردت في الفقرة الأولى من مادتها السادسة ما نصه (عند تطبيق قانون دولة معينة بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الأمرة في

(1) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 586. ص 689-690.
(2) د. هشام علي صادق. المصدر ذاته. فقرة 586. ص 690. وانظر في واقع التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية والأسس التي يقوم عليها تنفيذ هذه الأحكام د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن. مصدر سابق. ص 295-297.
(3) راجع ما سبق ذكره هامش 1. ص 149 من هذه الرسالة.
(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 172. ص 177.

قانون دولة أخرى ترتبط بالمركز المعروض برابطة وثيقة، ذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون هذه الدولة، أي بغض النظر عن قانون العقد..⁽¹⁾.

وتطبيقاً على ذلك فقد انعكست تلك الأعمال التشريعية على ساحة القضاء الفرنسي الذي تبنى الاتجاه المؤيد لتطبيق قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، وبشكل خاص إذا كانت هذه القواعد تنتمي إلى القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه بحكم النزاع. وهو ما نراه بوضوح في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1970/3/17⁽²⁾، إذ قررت فيه نقض قرار محكمة استئناف روان في 1968/3/20 الذي رفضت فيه المحكمة تطبيق القانون الأمريكي الصادر في 1962/9/25 ويقضي بتحويل الدولة حق الحلل القانوني محل صاحب الحق المصاب أو المجني عليه في حادثة في استيفاء تكاليف الرعاية والعلاج من المسؤول، وكان الرفض بحجة اعتبار هذا القانون من القانون العام، فقررت محكمة النقض تطبيق القانون المذكور معلنة ان انتماء القانون محل الطعن إلى القانون العام الأجنبي ليس عقبة في سبيل تطبيقه. كما نجد هذا الاتجاه أيضاً في العديد من أحكام القضاء الفرنسي بتطبيقها لأحكام القانون الأجنبي الذي تعينه قاعد الإسناد بجميع نصوصه القانونية المتعلقة بالنزاع، وبما فيها تلك النصوص التي تعتبر من القانون العام⁽³⁾.

أما بشأن النظام القانوني العراقي، فالملاحظ عدم وجود نص تشريعي يقضي بتطبيق قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، ولكن رغم خلو التشريع من تلك النصوص نرى ان من حق القاضي أن يستخلص مبدأ إعمال هذه القواعد من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، والتي أجازت له المادة 30 من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 أن يرجع إليها في الحالات التي لم يرد بشأنها نص من أحوال تنازع القوانين، وإن كان الأولى بالمشروع أن ينص صراحة على ضرورة إعمال القواعد المذكورة مسيطرةً منه للاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص، ومراعاةً لتزايد أعداد القواعد الآمرة على أثر اتساع تدخل مختلف الدول في مجالات الحياة الخاصة للأفراد، وخاصة بعد تأكيد إعمال هذه القواعد من قبل التشريع والقضاء في العديد من الأنظمة القانونية المقارنة، وفي مقدمتها النظام القانوني الفرنسي.

المطلب الثاني

وسائل تطبيق القانون العام الأجنبي

(1) د. طرح البحور علي حسن فرج. مصدر سابق. ص 276.
(2) قرار Cass. 17.3.1970, Reyes C. U.S.A., Clunet, 1970, p.923, note de la Pradelle. أشار إليه د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مصدر سابق. هامش 3. ص 240.
(3) انظر في العديد من هذه التطبيقات د. احمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. المصدر السابق. فقرة 165. ص 170 والهوامش المدرجة فيها.

يوجد في الفقه الحديث من يرى ان قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري تخضع في إعمالها المباشر للمنهج الأحادي في تنازع القوانين، وهذه الأحادية التي تعمل بها القواعد المذكورة هي أحادية ذات طابع جزئي، حيث انها تفسح المجال أمام القانون الواجب التطبيق حسب قواعد الإسناد ليحكم المسائل التي تخرج عن نطاق السريان الذاتي لهذه القواعد وإن كان قانوناً أجنبياً. واعتداداً بوحدة المركز القانوني لقواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، فإن هذا المنهج يسمح بدخول قواعد القانون العام الأجنبية في نطاق عمل قواعد الإسناد، وهو ما اعتمدته الاتجاه الراجح في فقه القانون الدولي الخاص.

ولكن مع تأكيد الركون إلى المنهج الأحادي في إعمال قواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، فإن هذا الاتجاه لم يكن محل إجماع الفقه الحديث، إذ يوجد هناك من يقول أن الإعمال المباشر للقواعد المذكورة إنما يتم عن طريق منهج الإسناد، ومن خلال قاعدة إسناد استثنائية تقوم بتحديد نطاق سريان تلك القواعد سواء ما كان منها منتبهاً لقانون القاضي أو لقانون أجنبي. وبناءً على ذلك سوف نعرض لكل واحد من الاتجاهين المذكورين في فرع مستقل.

الفرع الأول

منهج قاعدة الإسناد الخاصة بالإستثنائية

يذهب جانب من فقه القانون الدولي الخاص إلى أن القاضي إذ التزم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، فإن إعماله للقواعد المذكورة يكون في الواقع من خلال منهج الإسناد ذاته، ذلك انه لا بد في إعمال هذه القواعد من وجود رابطة بينها وبين العلاقة ذات العنصر الأجنبي المعروضة على القضاء.

وهذا الرأي الذي تنزعه الأستاذة الفرنسية فرانس ديبى جيرار France Deby – Gerard⁽¹⁾، يرى أصحابه ان تطبيق القاضي للقواعد محل البحث إنما يتم عن طريق قواعد إسناد تقوم على ضوابط إسناد مماثلة للضوابط التي تقوم عليها قواعد الإسناد الوطنية العادية. أي إن القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون القاضي لا تكون مختصة بحكم النزاع إلا عن طريق ضابط إسناد يعمل لصالح قانون القاضي، ولهذا فلا يمكن تطبيق القواعد المذكورة من دون الاستعانة بقاعدة إسناد⁽²⁾. وقاعدة الإسناد التي تحدد نطاق اختصاص تلك القواعد وفقاً لهذا الرأي ليست قاعدة إسناد عادية، بل هي

(1) انظر في ذلك د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 107. ص 105. ومن مؤيدي هذا الاتجاه في الفقه المصري د. أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 77-78 و د. عنايت عبد الحميد ثابت. بعض دروس في تنازع القوانين من حيث المكان. مصدر سابق. القسم الأول. فقرة 12-13. ص 17 وما بعدها.
(2) د. منير عبد المجيد. مصدر سابق. فقرة 170. ص 167.

قاعدة إسناد خاصة أو استثنائية تحدد النطاق المكاني لقانون القاضي فقط ولا تسند العلاقة القانونية إلا لهذا القانون.

وبيان ذلك ان القواعد ذات التطبيق الضروري، وكما في قواعد الإسناد العادية، يوجد في خصوصها ثلاثة أمور هي مركز قانوني متنازع عليه وضابط إسناد وقانون واجب التطبيق، وضابط الإسناد في هذه القواعد لا يختلف عن ضوابط الإسناد المتعارف عليها، فقد يكون إقليمياً كإبرام العقد في دولة القاضي أو وقوع الفعل أو وجود المال في هذه الدولة، وقد يكون شخصياً كالجنسية الوطنية لأطراف النزاع⁽¹⁾، إلا أن هذا الضابط يعمل دائماً لصالح قانون القاضي ويقرر له الاختصاص التشريعي، بحيث يكون هذا القانون بالضرورة هو القانون الواجب التطبيق حتى لو لم يكن مختصاً بحكم النزاع وفقاً لقاعدة الإسناد العادية. وعليه تكون قواعد الإسناد الاستثنائية المتعلقة بالقواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد مفردة الجانب تحدد فقط الحالات التي يختص بها القانون الوطني من دون غيره من القوانين الأجنبية⁽²⁾.

ومن جهة أخرى فإن انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي ما دام انه يقوم على وجود الصلة التي يتطلبها مشروع القاعدة بين النزاع المعروض وبين هذه الدولة، فإنه من المتصور، حسب القائلين بهذا الرأي، أن يتم إعمال معيار انطباق القاعدة الوطنية ذات التطبيق الضروري بطريقة مزدوجة تصلح معها للإشارة باختصاص قانون أجنبي⁽³⁾، إذ يمكن الاستعانة بمعايير انطباق هذه القواعد في تحديد القواعد الأجنبية المماثلة الواجبة التطبيق على بعض جوانب المسألة مثار النزاع من خلال الإعمال المزدوج لهذه المعايير. ولذلك فإن قاعدة الإسناد الخاصة الاستثنائية في قانون القاضي (تمثل في الواقع قاعدة إسناد مفردة الجانب وقابلة من حيث مضمونها للإزدواج)⁽⁴⁾. فقاعدة الإسناد الخاصة التي تقضي مثلاً بتعيين القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي بشأن كل مسؤولية ناشئة عن فعل ضار وقع في الإقليم الوطني، فإن القواعد المماثلة في القانون الأجنبي يمكن أن يطبقها القاضي المختص على النزاع المرفوع إليه بخصوص أي مسؤولية ناشئة عن عمل ضار وقع في إقليم الدولة الأجنبية.

هذا ويذهب الرأي محل البحث إلى عدم وجود قاعدة إسناد موحدة يتم من خلالها إسناد القواعد ذات التطبيق الضروري، وذلك بسبب انعدام التجانس بين القواعد المختلفة التي تنتمي إلى هذا النوع، وكذلك اختلاف الأهداف التي تسعى إلى إدراكها كل قاعدة من القواعد المذكورة، وهو الأمر الذي أدى

(1) وخلاف ذلك د. عنايت عبد الحميد ثابت. مصدر سابق. القسم الأول. فقرة 13. ص 20-21، إذ يرى أن الضوابط التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الاستثنائية تكون ضوابط إقليمية فقط ولا يمكن أن تكون ضوابط شخصية.

(2) ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري وفق هذا التصور لا يعتبر منهجاً مستقلاً عن منهج قواعد الإسناد، وكل ما في الأمر أن التحليل بشأن القواعد الأولى لا ينصب على العلاقات محل النزاع تمهيداً لإسنادها لقانون معين وإنما ينصب على القوانين وصولاً إلى تحديد نطاق تطبيقها. د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 617. ص 720-721.

(3) د. منير عبد المجيد. المصدر السابق. فقرة 170. ص 167.

(4) د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي. مصدر سابق. فقرة 415. ص 249.

برأيهم، إلى وجوب اختلاف معايير انطباق هذه القواعد من حالة إلى أخرى. ومن هنا جاءت تسمية هذا النوع من قواعد الإسناد بقواعد الإسناد الخاصة، إذ أنها تخص كل قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري على حدة⁽¹⁾. أما تسمية هذه القواعد بأنها قواعد استثنائية فذلك بالمقابلة بقواعد الإسناد العادية التي يصنعها المشرع لكل فئة من العلاقات ذات العنصر الأجنبي، إذ أنها تشكل خروجاً على هذا النوع من أنواع قواعد الإسناد⁽²⁾.

والرأي القائل بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري عن طريق منهج الإسناد لم يحظَ بالتأييد الذي توقعه له أنصاره، بل أضحى هذا الرأي، ولأسباب مختلفة، محلاً للنقد والتجريح من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص، وذلك من جهات متعددة.

فمن جهة أولى إن الكلام عن قاعدة إسناد بحد ذاته، وإن كانت قاعدة إسناد خاصة، يعني أن هناك تنازاً بين قوانين متعددة يجري فضه باختيار القانون المناسب من بينها عن طريق ضابط الإسناد الذي تحويه تلك القاعدة، في حين أن القواعد ذات التطبيق الضروري لا يوجد بصدها تنازع بين القوانين، ولا يمكن لأي قانون أن ينافس هذه القواعد⁽³⁾، فالقاضي يقوم بتطبيقها مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الصلة التي تبرر اتصال العلاقة المطروحة بنظامه القانوني. لذا فإن لهذه القواعد الأولوية في التطبيق قبل إعمال قاعدة الإسناد ذاتها، بل حتى قبل معرفة طبيعة النزاع ما إذا كان وطنياً أم ذات عنصر أجنبي⁽⁴⁾. وإذا كان من الواجب الكلام عن ضابط إسناد فإن هذا الضابط ما هو إلا تعبير عن الصلة اللازمة لتطبيق هذا النوع من القواعد، وهي الصلة التي تحدد مجال تطبيق هذه القواعد من حيث المكان.

ومن جهة ثانية إن القول بعدم انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري إلا بتقرير اختصاصها عن طريق قاعدة إسناد من شأنه عدم الاعتداد بالمضمون الذاتي لهذه القواعد، كونها ترسم بذاتها نطاق اختصاصها وتطبيقها المكاني بحيث أنها تختص وتطبق في الحدود اللازمة لإدراك الأهداف التي يسعى إليها المشرع الوطني⁽⁵⁾، وهي بذلك تعكس الصفة الأمرة لبعض قواعد قانون القاضي على نحو يكون تطبيقها أمراً لازماً وضرورياً من دون حاجة لقاعدة إسناد، ومن غير أن تعرض على القاضي مشكلة الاختيار التي هي من خصائص قاعدة الإسناد ووظيفتها. وزيادة على ذلك فإن تحقق الأغراض التي

- (1) د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 166. ص 166.
- (2) وقد أشار بعض الفقهاء إلى أن استثنائية قواعد الإسناد قد تكون بمقتضى مضمونها، أي كونها تعطي حلاً استثنائياً يختلف عن ذلك الذي تقدمه قواعد الإسناد العادية، سواء من حيث نتيجته أو من حيث نطاقه. انظر د. منير عبد المجيد. مصدر سابق. هامش 1. ص 167.
- (3) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 186. ص 188-189.
- (4) أنظر في هذا المعنى د. أحمد عبد الكريم سلامة. السياحة والعقود الدولية الجديدة (عقد المشاركة الزمنية أو اقتسام الوقت في القانون الدولي الخاص). مجلة الحقوق. كلية الحقوق. جامعة البحرين. المجلد الثالث. العدد الثاني. 2006. ص 48-49.
- (5) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 581. ص 683-684.

وضعت القواعد ذات التطبيق الضروري من أجلها يتطلب احترام إرادة هذه القواعد في التطبيق، وهو ما لا يمكن إدراكه عن طريق تركيز العلاقة محل النزاع في مكان معين واعتبار قانون ذلك المكان هو الواجب التطبيق⁽¹⁾.

ومن جهة ثالثة إن الإعمال المزدوج لمعايير انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري يعجز عن مواجهة الفرض الذي لا توجد فيه أصلاً في قانون دولة القاضي قاعدة ضرورية التطبيق في شأن المسألة المطروحة في الوقت الذي توجد فيه قاعدة أجنبية تريد الانطباق على هذه المسألة⁽²⁾، حيث في هذه الحالة لا يمكن القول بتطبيق القاعدة الأجنبية ذات التطبيق الضروري من خلال الإعمال المزدوج لمثيلتها في دولة القاضي والفرض أن هذا القانون يخلو من قاعدة مماثلة في شأن المسألة محل النزاع. وحتى لو كان القانون الأجنبي يحتوي على قاعدة ذات تطبيق ضروري مماثلة لتلك القاعدة في دولة القاضي، فقد يكون معيار انطباق القاعدة الأجنبية مختلفاً عن معيار مثيلتها في القانون الوطني، وهو الأمر الذي قد يفضي إلى عدم إرادة هذه القاعدة في الانطباق⁽³⁾.

ومن جهة رابعة إن فكرة قاعدة الإسناد الخاصة المزدوجة حيث تقوم على تحديد نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي انطلاقاً من اتحاد مضمون تلك القواعد مع مضمون ما يقابلها من قواعد في قانون القاضي، فإن هذه الفكرة تفضي إلى نتيجة غير مقبولة وهي عدم إمكان استبعاد القواعد الأجنبية بناءً على الدفع بالنظام العام⁽⁴⁾، ومناط ذلك إنّ من غير المنطقي أن يحرك القاضي هذا الدفع لتعارض القانون الأجنبي مع المثل والمصالح العليا والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولته، في حين أن قانونه الوطني يحتوي على أحكام مماثلة⁽⁵⁾.

ومن جهة أخيرة فإن فكرة الإعمال المزدوج لمعايير انطباق القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية تتجاهل طبيعة هذه القواعد وذاتيتها المستمدة من تلك الصلة التي تربط ما بين مضمونها وأهدافها من ناحية، ونطاق تطبيقها المكاني من ناحية أخرى، وهو ما يظهر معه خطأ الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة⁽⁶⁾. فإذا كان الأصل في ضابط الإسناد الذي تنطوي عليه قاعدة الإسناد العادية أنه ضابط محايد ومحدد على نحو مسبق، فإن معيار انطباق القاعدة ذات التطبيق الضروري مستمد من تحليل لاحق لمضمون هذه القاعدة وأهدافها، وإذ يرتبط مضمون القاعدة المذكورة بنطاق تطبيقها فإنه لم يعد من

(1) صادق زغير محيسن. مصدر سابق. ص 41 وما بعدها، وبالتحديد ص 47-48.

(2) أنظر في هذا الإنتقاد B.Audit, op. cit., p.99.

(3) في إشارة لهذه الفكرة د. طرح البحور حسن علي فرج. مصدر سابق. فقرة 348. ص 256.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 190. ص 191.

(5) أنظر في فكرة الدفع بالنظام العام وحالات استبعاد القانون الأجنبي بناءً على هذا الدفع. د. ممدوح عبد الكريم حافظ. مبدأ النظام العام وتنازع القوانين (بحث مسئل من مجلة القانون والاقتصاد- جامعة البصرة- العدد الخامس). دار الطباعة الحديثة. البصرة. من دون طبع. ص 117 وما بعدها.

(6) د. طرح البحور علي حسن فرج. مصدر سابق. فقرة 351. ص 257-258. وفي ذاتية القواعد ذات التطبيق الضروري راجع ما يأتي ذكره ص 175 وما بعدها.

المتصور أن يتم إعمال معيار انطباقها بطريقة مزدوجة⁽¹⁾، ذلك ان ازدواج معيار انطباق القاعدة ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي يفترض اتحاد مضمون هذه القاعدة وأهدافها مع مضمون وأهداف مثيلتها في القانون الأجنبي، وهو افتراض غالباً ما يكذبه الواقع⁽²⁾.

ولهذا فان الإعمال المزدوج لمعيار انطباق القواعد محل البحث في دولة القاضي ربما يؤدي إلى تطبيق قانون يتضمن قاعدة لا تُعد ضرورية التطبيق وفقاً للنظام القانوني الأجنبي الذي تنتمي إليه، أو تطبيق قانون يتضمن قاعدة اكتسبت هذا الوصف في الدولة الأجنبية إلا أن العلاقة محل النزاع تكون خارجة عن نطاق تطبيقها، مما يجعل هذه القاعدة لا تريد الانطباق على تلك العلاقة.

وهنا لما أصبح من المستبعد القول بإمكانية الإعمال المزدوج لقاعدة الإسناد الخاصة الاستثنائية، فإنه لم يعد بالإمكان تطبيق القاعدة ذات التطبيق الضروري الأجنبية. ذلك أن قاعدة الإسناد التي يتم من خلالها إعمال تلك القواعد وفقاً للرأي محل البحث هي قاعدة إسناد مفردة الجانب، وهذه القاعدة لا تشير إلا باختصاص القانون الذي تنتمي إليه، وهو قانون القاضي، مع إقصاء أي احتمال لتطبيق قانون أجنبي في شأن العلاقة مثار النزاع⁽³⁾. في حين إن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري وفقاً للرأي الراجح في فقه القانون الدولي الخاص يقوم على أساس المنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي، وهو منهج لا يسد الطريق على إعمال قواعد الإسناد المزدوجة، بل يفسح المجال أمامها للتدخل في جميع أوجه العلاقة التي تخرج عن نطاق إعمال القاعدة ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي، وهو الأمر الذي يعطي أمكانية تطبيق مثل هذه القواعد في القانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه، وذلك وفقاً لما سنبحثه في الصفحات التالية.

الفرع الثاني

المنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي

بعد كل تلك الانتقادات التي تعرض لها منهج قاعدة الإسناد الخاصة الاستثنائية، فقد استقر فقه القانون الدولي الخاص على منهج آخر أقام عليه الإعمال المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري،

-
- (1) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 620. ص 724.
 - (2) قد يحدث أن تكون القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية والأجنبية متطابقة بالفعل، وذلك في حالة وجود اتفاقية بين الدول المعنية تتضمن قواعد موحدة في شأن مسألة محددة. د. احمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. هامش 1. ص 187.
 - (3) انظر في الفرق بين قاعدة الإسناد الأحادية والقاعدة ذات التطبيق الضروري د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 52. ص 54.

وذلك هو المنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي. وقوام هذا المنهج انه يعمل بشكل جزئي لصالح قانون القاضي من دون غيره من القوانين الأجنبية التي على صلة بالنزاع، وهو منهج مستقل ومتميز عن منهج قواعد الإسناد، إلا انه يقوم إلى جانب المنهج الأخير ويتعايش معه. وهذه الاستقلالية الجزئية لمنهج إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي هي التي فتحت الباب أمام القواعد الأجنبية ضرورية التطبيق، والتي من بينها قواعد القانون العام، للدخول في النطاق الموضوعي لعمل قواعد الإسناد.

فما هو المنهج الأحادي في تنازع القوانين؟ وكيف أمكنه إدخال القانون العام الأجنبي في نطاق عمل قواعد الإسناد؟ هذا ما سوف نجيب عنه تباعاً في الفقرتين التاليتين.

أولاً: البناء النظري للمنهج الأحادي

يقوم المنهج الأحادي في تنازع القوانين على فكرة مؤداها انه لا يجوز تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه. وأساس هذا المنهج ان التنازع المتصور بين القوانين هو في حقيقته تنازع بين السيادة التشريعية، وذلك على اعتبار ان القانون مظهر لسيادة الدولة، وعليه فان لكل دولة نطاق اختصاص إقليمي تمارس فيه سلطتها التشريعية ويطبق فيه قانونها ولا يقبل في داخله سريان قانون دولة أجنبية⁽¹⁾. ولما كانت العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي تثير تماساً بين الاختصاصات التشريعية للدول التي على صلة بالعلاقة محل النزاع بسبب ادعاء قانون أكثر من دولة الاختصاص بتنظيم هذه العلاقة، لذا فان تنازع الاختصاص أو تنازع القوانين، وفقاً لهذا المنهج، ما هو إلا نوع من التنازع بين سيادات الدول صاحبة تلك الاختصاصات⁽²⁾. ونظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توزع الاختصاص التشريعي بين السیادات المختلفة، فان احترام هذه السیادات يقتضي أن يُترك لكل مشرع تحديد نطاق قانونه، مما لا يجوز معه تطبيق قانونٍ ما على خلاف إرادة مشرعه⁽³⁾.

وعلى هذا النحو فإن قاعدة الإسناد في دولة القاضي تُعد قاعدة مفردة الجانب لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني. فإذا ما أراد هذا القانون الانطباق على المسألة محل النزاع تعين تطبيقه، أما إذا رفض الانطباق فعلى القاضي أن يبحث عن القانون الأجنبي الذي يريد الانطباق على النزاع المعروض⁽⁴⁾، وذلك على اعتبار أن تطبيق هذا القانون هو الذي يكفل الاحترام المتطلب للسيادة الأجنبية. غير ان فكرة السيادة التي قال بها أنصار المذهب الأحادي هي فكرة غير مقبولة من جانب الفقه الحديث، حيث ليس من الممكن تصور التنازع بين القوانين على انه تنازع بين السیادات. ذلك أن التنازع

(1) في إشارة إلى نطاق السلطة التشريعية للدولة، د. ممدوح عبد الكريم حافظ. القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مصدر سابق. ص 256.

(2) من أنصار هذا المذهب في الفقه الفرنسي J.P.Niboyet ذكره د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. هامش 1، ص 22.

(3) د. احمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 136 وما بعدها. وهو يُطلق على هذا المنهج تسمية منهج التنازع القاصر، وذلك في مقابل ما يسميه منهج التنازع المتعدي ويقصد به المنهج المزدوج.

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة. المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية. مصدر سابق. فقرة 32. ص 35-36.

بين السيادة، إن كان ثمة تنازع من هذا القبيل، لا يمكن فضه إلا بوجود سلطة عليا فوق الدول، وعن طريق إعمال قواعد قانونية دولية، لا أن يكون حل هذا التنازع من قبل المشرع الداخلي لكل دولة ومن خلال قواعد قانونية وطنية⁽¹⁾. كما أن تطبيق قانون دولة معينة من دون سائر قوانين الدول المتزاحمة ليس فيه أي تكريم لسيادة الدولة التي تم تطبيق قانونها أو أي اعتداء على سيادة الدول الأخرى التي أبعثت قوانينها عن حكم النزاع. ولهذه الاعتبارات، واعتبارات أخرى متعددة⁽²⁾، فقد انهيار الأساس الذي كان يقوم عليه المنهج الأحادي ولم يصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليه من جانب الفقه الحديث، كما (لم يأخذ به القانون الوضعي أو القضاء في مختلف الدول)⁽³⁾.

ولكن رغم ذلك فإن أنصار المنهج الأحادي، وعلى رأسهم الفقيه الإيطالي رولاندو كوادري Rolando Quadri قد نادوا بإعادة إحياء هذا المنهج ولكن على أساس مختلف. وهذا الأساس هو حرية كل دولة في تحديد نطاق سريان قوانينها الذي تتحقق فيه فاعليتها الذاتية، سواء كان ذلك التحديد بشكل صريح أو بطريقة ضمنية يمكن الكشف عنها من خلال مضمون هذه القوانين وأهدافها⁽⁴⁾. وإن هذا النطاق المكاني الذي تحدده الدولة لتطبيق قوانينها لا يتلازم مع الإطار الذي تمارس فيه الدولة سيادتها الإقليمية.

ومقتضى هذا الرأي أن المشرع الوطني إذ يضع الأحكام الموضوعية في قانونه فهو يحدد نطاق سريانها الذي تتحقق فيه فاعليتها الذاتية، أي أنه يحدد الأشخاص المخاطبين بأحكام قانونه والوقائع والتصرفات التي تخضع لهذه الأحكام. وفاعلية القانون هذه إنما تتحقق بتطبيقه في الحدود التي رسمها له مشرعه، ويتعين على القاضي أن يطبق القانون الذي تخضع العلاقة المطروحة لنطاق سريان أحكامه كما حدده مشرعه صراحة أو ضمناً⁽⁵⁾. أو بعبارة أخرى ينبغي تطبيق القانون الذي يريد الانطباق. ويمكن للقاضي أن يحدد مدى إرادة القانون في الانطباق على المسألة مثار النزاع من خلال تحليل القوانين المرتبطة بالعلاقة المطروحة والكشف عن مضمونها والأهداف التي تسعى إلى إدراكها.

ومع انتفاء التلازم بين تحديد النطاق المكاني لسريان القانون من جهة، ونطاق السيادة الإقليمية لدولة ذلك القانون من جهة أخرى، فإنه يصير من الممكن تصور امتداد نطاق تطبيق قواعد القانون الوطني، ومنها قواعد الإسناد ذات الطابع الأحادي، إلى خارج حدود الدولة التي أصدرتها وإعمالها من قبل محاكم دولة أخرى⁽⁶⁾.

(1) د. محمد كمال فهمي. مصدر سابق. فقرة 300. ص 392-393.

(2) انظر في بعض هذه الاعتبارات. D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.171.

(3) د. أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 137.

(4) انظر في الفكر الأحادي بمفهومه الجديد د. طرح البحور علي حسن فرج. مصدر سابق. فقرة 258 وما بعدها. ص 199 وما بعدها.

(5) د. طرح البحور علي حسن فرج. المصدر ذاته. فقرة 285-287. ص 217-218.

(6) د. أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 139-140.

وهذا الشكل من أشكال المنهج الأحادي لم يكن ليختلف كثيراً عن سابقه، إذ أن كلا الشكليين محل للنقد. فقد انتقد الفقه المنهج الأحادية الجديدة على أساس أن هذا المنهج لا يصلح إلا لمواجهة الفرض الذي يكون فيه هناك قانون واحد فقط من بين القوانين المتزاحمة هو الذي يريد الانطباق على المسألة مثار النزاع⁽¹⁾. أما في الفروض التي يواجه فيها القاضي أكثر من قانون واحد يرغب في الانطباق على النزاع، وهو ما يحصل في حالة التنازع الإيجابي للقوانين، أو في الفروض التي لا يوجد فيها أي قانون يرغب في الانطباق، وهي حالة التنازع السلبي، فإن هذا المنهج لم يستطع التصدي بالحلول المناسبة أو المعقولة لمثل تلك الحالات.

فقد جاءت بعض الحلول التي قال بها أنصار الفكر الأحادي توصي بتطبيق قانون القاضي في حالة التنازع السلبي رغم أنه لا يريد الانطباق، وذلك تجنباً لنشوء ما يسمونه بعلاقة بلا وطن⁽²⁾. ولا يخفى ما في هذا الحل من تعارض مع أساسيات الفكر الأحادي القائم على الاعتداد بإرادة القانون في الانطباق وعدم الانطباق على مسائل النزاع، زيادة على عدم ملائمة هذا الحل في كثير من الفروض خاصة إذا كان هناك قانون آخر أكثر اتصالاً بالنزاع من قانون القاضي، وعادةً ما يكون هو القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه. وهناك حلول أخرى أوصت بتطبيق قانون القاضي كذلك في حالة التنازع الإيجابي حتى لو كان هذا القانون لا يريد الانطباق لكونه خارج دائرة القوانين المتزاحمة، وما يمثله هذا الحل أيضاً من خروج على فكرة إرادة الانطباق⁽³⁾. كما أن بعض الحلول المقدمة لحالة التنازع

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الفكر الأحادي في القانون الدولي الخاص يلتقي مع بعض الاتجاهات السائدة في أنظمة القانون غير المكتوب وبشكل خاص ما يعرف بفقه المصالح الحكومية الذي ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية وتزعمه الفقيه الأمريكي برنارد كوري Brainerd Curie. وهذا الفقه ينظر إلى تنازع القوانين على أنه تنازع بين المصالح الحكومية أو بين مصالح الدول التي تتزاحم قوانينها لحكم المسألة محل النزاع. فمشكلة التنازع لا تقوم لمجرد تعدد القوانين المرتبطة بالنزاع المعروف على القاضي، وإنما يتعين لقيامها، زيادة على ذلك، أن تكون لكل دولة من الدول صاحبة تلك القوانين مصلحة في تطبيق قانونها، ولذلك فإن حل مشكلة التنازع هذه لا يجري من خلال آليات التنازع التي تعتمد على قاعدة الإسناد المزدوجة، بل ينبغي لذلك تحليل القواعد القانونية المتزاحمة والكشف عن هدف كل قاعدة منها وعن السياسة التي يرمي مشرعها إلى تحقيقها والتي تتبلور من خلالها مصلحة هذا المشرع في تطبيق القاعدة والحدود التي يؤدي فيها هذا التطبيق إلى إدراك الهدف الذي تسعى إليه، ومن خلال هذا التحليل يمكن للقاضي أن يحدد نطاق تطبيق القوانين التي تتزاحم حكم المسألة محل النزاع. وبناءً على ذلك فإن تحديد نطاق تطبيق القواعد القانونية من خلال معيار مصلحة الدولة التي تنتمي إليها تلك القواعد يجري من دون الالتفات إلى القوانين المنتمية للدول الأخرى، كما أنه يقتصر على خصوص القواعد القانونية الموضوعية الوطنية أو الأجنبية التي تدخل المسألة المطروحة في نطاق تطبيقها كما حدده مشرعها، زيادة على أن هذا التحديد يقوم على تحليل القواعد المتزاحمة والكشف عن أهدافها، ومن هذه الوجوه يتفق منهج المصالح الحكومية مع المنهج الأحادي في تنازع القوانين رغم الفوارق التي تكتنف المنهجين من وجوه متعددة أخرى. انظر في عرض لمنهج المصالح الحكومية د. صفوت أحمد عبد الحفيظ. مصدر سابق. فقرة 38. ص 60-62. وفي أوجه الخلاف بين منهج المصالح الحكومية والمنهج الأحادي انظر د. طرح البحور علي حسن فرج. مصدر سابق. فقرة 294-297. ص 223-225.

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد. الوسيط في تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 98. ص 106،

D.Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, op. cit., p.186.

(2) انظر في هذا المضمون J.P.Niboyet, op. cit., p.482.

(3) انظر في عرض هذه الحلول وانتقادها د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي.

مصدر سابق. فقرة 299-300. ص 179-181.

الاجباي تعتمد تطبيق القانون الذي يتضمن نفس المعيار الذي يعتمده قانون القاضي كأساس لتحديد نطاق سريانه، وهو حل يأخذ بفكرة الازدواجية على نحو يتعارض مع منطلقات الفكر الأحادي.

وهذه الانتقادات التي تعرض لها الفكر الأحادي قد دفعت بفقهاء القانون الدولي الخاص إلى عدم اعتماد هذا المنهج على نحو مطلق في حلول تنازع القوانين، وحصر إعماله في نطاق محدود يتلاءم مع تطبيقاته وما يقوم عليه من فكرة التحليل والاستنباط والاعتداد بإرادة الانطباق لدى القوانين المتراحمة، وهذا النطاق هو مجال كل من قواعد القانون العام من ناحية، والقواعد ذات التطبيق الضروري من ناحية أخرى.

فقواعد القانون العام تخرج عن نطاق تنازع القوانين وفقاً لما يراه اتجاه عريض في فقه القانون الدولي الخاص، على اعتبار أن مسائل هذا القانون لا تثير مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان⁽¹⁾، وإن كان أنصار هذا الاتجاه قد اعترفوا بضرورة الرجوع إلى القانون العام الأجنبي بصفة تبعية في بعض الفروض كشرط لازم لتطبيق القانون الخاص. ورغم الجدل الذي أثير حول احتمالات قيام التنازع في مجال القانون العام، إلا أن هذا لم يمنع من إقرار الفقه الحديث بعجز قواعد الإسناد عن تحديد مجال سريان القواعد المتعلقة بالقانون العام، حيث يصعب إعمال معايير انطباق القوانين العامة الوطنية بطريقة مزدوجة، ومن هنا تبدو الصفة الأحادية لإعمال قواعد القانون العام⁽²⁾. وهذه الأحادية تبدو كذلك في الفروض التي يتم فيها الرجوع إلى القانون العام الأجنبي بصفة تبعية، حيث أن إعمال قواعد القانون العام في هذه الحالة إنما يتم بناءً على معايير انطباق هذا القانون كما حددها المشرع الأجنبي، وهو محض إعمال للمنهج الأحادي⁽³⁾.

وكما إن المنهج الأحادي يتلاءم مع طبيعة قواعد القانون العام، فإنه المنهج الملائم أيضاً بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتصدى للتنظيم الأمر لعلاقات القانون الخاص. فهذا النوع من القواعد القانونية، كما رأينا، يختلط فيها القانون العام بالقانون الخاص على نحو تدق معه التفرقة بين هذين الفرعين من فروع القانون. وقد بلغ هذا الاختلاط حداً أدى ببعض الفقهاء مثل الأستاذ الفرنسي فرانسيسكاكيس إلى إدخال قواعد القانون العام ضمن فئة القواعد ذات التطبيق الضروري⁽⁴⁾. وبناءً على ذلك فقد رأى الفقه الحديث إعمال المنهج الأحادي حيال القواعد الأخيرة أسوةً بقواعد القانون العام، وذلك من خلال تطبيق هذه القواعد بنحو مباشر على جميع المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقها ومن دون اعتبار لأي قانون آخر تخضع له العلاقة محل النزاع⁽⁵⁾. فإذا كان الأصل هو خضوع علاقات القانون الخاص ذات الطابع الدولي للقانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد المزدوجة، فإن تطبيق هذا

(1) انظر في ذلك B.Audit, op. cit., p.86، وراجع كذلك ما سبق بيانه ص 138 وما بعدها.
(2) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 507. ص 593.
(3) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 12. ص 50.
(4) د. أحمد قسمت الجداوي. مصدر سابق. ص 7.
(5) د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 116. ص 111.

القانون لا يتم إلا بصدد المسائل التي لا تدخل في نطاق إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يتم إعمالها وفقاً للمنهج الأحادي من دون حاجة لقواعد الإسناد المذكورة⁽¹⁾.

ثانياً: دور الأحادية الجزئية في تطبيق القانون العام الأجنبي

مرّ بنا آنفاً أن الفقه الحديث قد خلص إلى أن إعمال القواعد الموضوعية ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي يكون وفقاً للمنهج الأحادي في تنازع القوانين، وهو منهج يسمح بتطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة ومن دون حاجة للاستعانة بقاعدة إسناد⁽²⁾. أي أن القواعد المذكورة هي بذاتها تحدد نطاق تطبيقها المكاني وتكشف عن إرادتها في الانطباق على المسائل المطروحة أمام القضاء، وأما ما يبقى خارج ذلك النطاق فإنه يظل من الاختصاص الأصل لقاعدة الإسناد.

وتماشياً مع هذا الاتجاه في فقه القانون الدولي الخاص، فإنه ينبغي الإشارة إلى أن التزام القاضي بالتطبيق المباشر لبعض القواعد الموضوعية في قانونه الوطني نزولاً عند إرادة مشرعها لا يقتصر فقط على القواعد ذات التطبيق الضروري، بل يتعدى ذلك إلى جميع القواعد القانونية التي حدد مشرعه نطاق تطبيقها الذاتي سواء صراحة أو ضمناً وكانت العلاقة محل النزاع داخلية في نطاق هذه القواعد⁽³⁾.

وبيان ذلك أن القواعد ذات التطبيق الضروري وإن كانت قواعد ذات تطبيق مباشر، إلا أنه ليس جميع القواعد ذات التطبيق المباشر هي قواعد ضرورية التطبيق، فهذه الأخيرة لا يكفي فيها أن يكون مشرعها قد أراد إعمالها على نحو مباشر، إذ أن المشرع كثيراً ما يتوسع في نطاق تطبيق قانونه لأسباب مختلفة وبشكل يخل بالتوازن المطلوب بين مجالي تطبيق قانونه الوطني وغيره من القوانين الأخرى⁽⁴⁾، بل يتعين لاكتساب قواعد التطبيق المباشر وصف القواعد ذات التطبيق الضروري أن تكون ثمة صلة عقلانية بين المجال المحدد لسريانها من جهة، وبين مضمونها والأهداف التي تسعى إلى إدراكها من جهة أخرى⁽⁵⁾.

بمعنى آخر نقول أنه ينبغي في القواعد ذات التطبيق الضروري وجود صلة معقولة بين إرادة القاعدة في الانطباق، وهي إرادة مستمدة من مضمون هذه القاعدة وأهدافها، وبين العلاقة التي تريد القاعدة المذكورة الانطباق عليها. وهذه الصلة التي تربط مضمون القاعدة وأهدافها بنطاق تطبيقها هي

(1) د. أحمد قسمت الجداوي. مصدر سابق. ص 29-30. وإن كان الأستاذ فرانسيسكايس يذهب إلى أن التطبيق المباشر لقواعد التطبيق الضروري وفقاً للمنهج الأحادي يقتصر على القواعد التي يحتويها النظام القانوني الوطني، إذ أن الأحادية، برأيه، لا تقوى على تطبيق القواعد الأجنبية المماثلة في غير القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي. انظر المصدر ذاته. ص 22.

(2) راجع ما سبق ذكره ص 168 وما بعدها.

(3) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 526. ص 620. وقد ذكر أن من بين قواعد التطبيق المباشر ما قرره التشريع اليوناني من فرض الزواج على اليونانيين في الشكل الديني، وما قرره المشرع الهولندي من فرضه على مواطنيه إبرام وصاياهم في الشكل الرسمي.

(4) انظر في التطبيق المباشر لبعض القواعد الموضوعية الوطنية، أحمد مهدي صالح. مصدر سابق. ص 168-169.

(5) د. طرح البحور علي حسن فرج. مصدر سابق. فقرة 332 وما بعدها. ص 245 وما بعدها، وبالتحديد فقرة 336. ص 248-249.

التي تفرق القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد الداخلية ذات التطبيق المباشر، كما إنها تجعل من تلك القواعد قادرة على جلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه سواء كان هو نظام القاضي أو نظاماً أجنبياً⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم، ولوجود تلك الصلة التي تربط مضمون وأهداف القواعد ذات التطبيق الضروري بنطاق تطبيقها المكاني من جهة، ولاعتبار أن تجاهل نطاق تطبيق القواعد المذكورة يؤدي إلى تفويت الأهداف الأمرة التي تسعى هذه القواعد إلى تحقيقها من جهة أخرى فإنه يتعين أن ينحصر إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال الحد الأدنى لنطاق انطباقها الموضوعي⁽²⁾، وهو ما يؤدي بالتالي إلى أن يقتصر سريانها على المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقها مع بقاء المسائل الأخرى محكومة بالقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد. ولهذا كان إعمال هذه القواعد يشكل عودة جزئية للمنهج الأحادي كما سبق بيانه.

زيادة على ذلك فإن تلك الميزة التي تتصف بها القواعد ضرورية التطبيق هي التي تفرض اختصاصها الضروري على نحو يؤدي تجاهل تطبيقها إلى تعذر تحقيق وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية التي حددها مشرعها⁽³⁾. وعليه فإن هذه القواعد تكون ضرورية من حيث التطبيق وذلك لغرض حماية التضامن الاقتصادي والاجتماعي لمجتمع دولة القاضي. ولكن مع ذلك فإن ضرورة التطبيق التي تكون للقواعد المذكورة لا تعني ارتباط هذه القواعد بالإقليمية بحيث يمنع تطبيقها خارج حدود الإقليم الذي تسري فيه، وإنما تعني أن هذه القواعد ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع إدراك الأهداف التي يسعى إليها المشرع لتطوّر على ما يتم من تصرفات أو ما يوجد من أشخاص وأموال سواء داخل أو خارج حدود إقليم الدولة التي أصدرتها⁽⁴⁾.

ومناطق ذلك أن القواعد ذات التطبيق الضروري، وكما يقرر أنصارها، من المتصور أن تحمل كل من الطبيعة الإقليمية والطبيعة الممتدة في آن واحد⁽⁵⁾. إذ يمكن القول ابتداءً أن هذه القواعد ذات تطبيق إقليمي، بمعنى أنها تطبق على سائر الأشخاص والأشياء والوقائع في حدود إقليم الدولة. غير أنه، مع ذلك، فإن الضرورات، وهي أساس فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري، قد تفرض حتى من منطلق فكرة الإقليمية مد مجال تطبيق هذه القواعد إلى خارج حدود الإقليم، وهو ما يمكن أن يتحقق في شأن

(1) د. محمود محمد ياقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 63 وما بعدها. ص 65 وما بعدها. وتلك الصلة المشار إليها تلزم القاضي كذلك باحترام القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية في غير القانون المختص حسب قواعد الإسناد طالما تربطها بالعلاقة المعروضة رابطة وثيقة. انظر المصدر ذاته. فقرة 155. ص 154-155.

(2) د. هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. مصدر سابق. فقرة 514-515. ص 605-606.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 39. ص 47.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة. القواعد ذات التطبيق الضروري. مصدر سابق. فقرة 39. ص 49.

(5) د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 84. ص 307-308.

القواعد الوطنية ذات التطبيق الضروري⁽¹⁾. ويكون ذلك حين تنطوي العلاقة محل النزاع على عناصر متعددة يتمركز بعضها في الدولة المعنية ويرتبط بعضها الآخر أو يقع في الخارج، فطبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري تتطلب عندها إعمال هذه القواعد على مجموع عناصر العلاقة المعروضة حتى ما يكون منها قد وقع خارج الدولة، وذلك ان نطاق إعمال القواعد يمكن أن يتسع ليغطي العلاقة في سائر عناصرها من دون منافسة من قانون آخر، فيشمل بذلك ما يكون في هذه العلاقة من عناصر قد تحققت خارج إقليم الدولة التي تنتمي إليها القاعدة ذات التطبيق الضروري⁽²⁾.

ولكن من جانب آخر، وفيما يتعلق بالقواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى قانون أجنبي، فإن الحل يبدو مختلفاً من حيث المبدأ. إذ من الممكن في هذا الفرض أن يتبين للقاضي الوطني أن نظامه القانوني الداخلي لا يتضمن قاعدة موضوعية ضرورية التطبيق تحكم العلاقة المعروضة، فحينئذ يفتح القاضي الباب لإعمال قواعد الإسناد الوطنية عملاً بالطابع الجزئي للمنهج الأحادي في إطار القواعد محل البحث والذي لا يستبعد تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه⁽³⁾. فإذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية قد عينت قانوناً أجنبياً لحكم المسألة مثار النزاع وكان هذا القانون الأجنبي يتضمن قاعدة ضرورية التطبيق، فإنه يتم عندها إعمال هذه القاعدة في إطار النظام القانوني الداخلي لدولة القاضي فيما لو كانت المسألة المعروضة داخلة في نطاق تطبيقها المكاني، وفي حدود عدم تعارضها مع النظام العام. وبهذا تكون القاعدة الأجنبية ذات التطبيق الضروري قد تم استقبالها في إطار النظام القانوني الوطني ورتبت آثارها داخل هذا النظام بناءً على إعمال قاعدة الإسناد⁽⁴⁾.

وحيث خلصنا إلى أن القواعد ذات التطبيق الضروري ترتب آثاراً خارج إقليم الدولة التي أصدرتها، وأن الاعتراف بآثار هذه القواعد من جانب الأنظمة القانونية في الدول الأخرى مشروط في بعض الفروض بوجود قاعدة إسناد في قانون القاضي تسند النزاع المعروض أمامه إلى قانون الدولة الأجنبية التي تتبعها القواعد المذكورة⁽⁵⁾، عليه تكون القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية داخلة في نطاق عمل قاعدة الإسناد في حدود الفرض الذي توجد فيه مثل هذه القواعد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

وبالتالي أصبح من اليسير القول بدخول القانون العام الأجنبي في النطاق الموضوعي لقواعد الإسناد، وذلك إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار ما قرره الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص من إعطاء

(1) د. أحمد قسمت الجداوي. مصدر سابق. ص 18-19.

(2) د. أحمد قسمت الجداوي. المصدر ذاته. ص 20.

(3) د. محمود محمد باقوت. قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق. مصدر سابق. فقرة 44. ص 45-46.

(4) د. أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. مصدر سابق. ص 82.

(5) وهناك فروض أخرى توجب تطبيق قواعد التطبيق الضروري الأجنبية في غير القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه، وهذه القواعد تكون خارج نطاق عمل قاعدة الإسناد. في إشارة إلى ذلك د. هشام علي صادق. تنازع القوانين. مصدر سابق. فقرة 12. ص 56.

قواعد القانون العام ذات المركز القانوني الذي يعطيه للقواعد ذات التطبيق الضروري, وكذلك معاملته على قدم المساواة لهذين النوعين من أنواع القواعد القانونية، سواء ما كان منهما وطنياً أو منتظماً لأحد القوانين الأجنبية.

وختاماً نشير إلى أن تطبيق قواعد القانون العام الأجنبي بناءً على إعمال قواعد الإسناد هو مما يتفق مع وظيفة القواعد الأخيرة ومكانتها في القانون الدولي الخاص. فقواعد الإسناد عندما تشير باختصاص قانون معين فإنها لا تجري تفضلاً بين قواعد ذلك القانون، وإنما تختاره كمجموع بغض النظر عن انتماء قواعده الموضوعية إلى هذا الفرع أو ذاك من فروع القانون، وذلك عملاً بفكرة الإسناد الإجمالي. كما أن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية ملزمة، وينبغي على القاضي إعمالها وتطبيق القانون الذي تشير إليه من دون تخصيصها بنوع معين من أنواع القواعد القانونية في إطار ذلك القانون.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
5	المبحث التمهيدي مفهوم قواعد الإسناد ونشأتها
5	المطلب الأول: تحديد مفهوم قواعد الإسناد
6	الفرع الأول: اصطلاح قواعد الإسناد
8	الفرع الثاني: تعريف قواعد الإسناد
12	المطلب الثاني: تأريخ نشأة قواعد الإسناد
13	الفرع الأول: قواعد الإسناد في ظل مناهج المبادئ العامة
13	أولاً: مبدأ شخصية القوانين
16	ثانياً: مبدأ إقليمية القوانين
18	الفرع الثاني: قواعد الإسناد في ظل المناهج التحليلية
19	أولاً: نظرية الأحوال الإيطالية القديمة
21	ثانياً: نظرية الفقيه سافيني
23	المطلب الثالث: أصل نشأة قواعد الإسناد
24	الفرع الأول: أسباب نشأة قواعد الإسناد
24	أولاً: قيام علاقة خاصة ذات طابع دولي

الموضوع	الصفحة
ثانياً: الانفصال بين الاختصاص القضائي وبين الاختصاص التشريعي	27
الفرع الثاني: مصادر نشأة قواعد الإسناد	29
أولاً: المصادر الرسمية لقواعد الإسناد	30
1- الاتفاقيات الدولية	30
2- التشريع الداخلي	31
3- العرف	32
4- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص	33
ثانياً: المصادر غير الرسمية لقواعد الإسناد	35
1- أحكام القضاء	35
2- آراء الفقهاء	36
الفصل الأول	
صفات قواعد الإسناد	39
المبحث الأول	
الصفات العامة لقواعد الإسناد	41
المطلب الأول: الصفة الوضعية الداخلية لقواعد الإسناد	41
الفرع الأول: نفي الصفة الأجنبية عن قواعد الإسناد	42
أولاً: في الحقوق المكتسبة في الخارج	43
ثانياً: في المسائل التمهيدية	46
ثالثاً: في الإحالة	48
رابعاً: في الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع	51
الفرع الثاني: إثبات الصفة الوطنية لقواعد الإسناد	53
أولاً: هجر الاتجاه نحو عالمية حلول تنازع القوانين	54

الموضوع	الصفحة
ثانياً: تبني الوظيفة القانونية لقواعد الإسناد	58
المطلب الثاني: الخلاف حول الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد	63
الفرع الأول: الاتجاه المناهض لصفة الإلزام في قواعد الإسناد	64
الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لصفة الإلزام في قواعد الإسناد	68
المبحث الثاني	
الصفات الذاتية لقواعد الإسناد	
المطلب الأول: الصفة الإرشادية لقواعد الإسناد	79
الفرع الأول: التحليل الهيكلي لقواعد الإسناد	80
أولاً: العناصر الخارجية في قواعد الإسناد	80
1- عنصر الفرض	81
2- عنصر الحكم	82
ثانياً: العناصر الداخلية في قواعد الإسناد	83
1- الفكرة المسندة	84
2- ضابط الإسناد	86
3- القانون الواجب التطبيق	87
الفرع الثاني: خصوصية عنصر الحكم في قواعد الإسناد	88
أولاً: أصل تحديد ضابط الإسناد	88
ثانياً: التركيب الفني لضابط الإسناد	90
المطلب الثاني: الصفة المزدوجة لقواعد الإسناد	92

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: مفهوم الازدواجية في قواعد الإسناد	93
الفرع الثاني: حقيقة الارتباط بين الازدواجية والحياد في قواعد الإسناد	99
الفرع الثالث: تعدي جمود الحياد في قواعد الإسناد	110
أولاً: تقويم الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية	111
ثانياً: تقويم الإسناد في مجال المسؤولية عن الفعل الضار	117
الفصل الثاني	
نطاق أعمال قواعد الإسناد	120
المبحث الأول	
التنازع في ميدان القانون الخاص	122
المطلب الأول: القانون الخاص في إطار الفكرة المسندة	122
الفرع الأول: تحديد موضوع الإسناد في مجال الواقع	123
الفرع الثاني: تحديد موضوع الإسناد في مجال القانون	128
أولاً: موضوع الإسناد في ظل إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق	129
ثانياً: موضوع الإسناد في ظل إخضاع التكييف لقانون القاضي	131
الفرع الثالث: مزج الواقع بالقانون في موضوع الإسناد	134
المطلب الثاني: القانون الخاص في إطار القانون الواجب التطبيق	137
الفرع الأول: مذهب حصر التنازع في مجال القانون الخاص	138
الفرع الثاني: مذهب احترام القانون العام	146

154	المبحث الثاني تطبيق القانون العام الأجنبي
154	المطلب الأول: عوامل تطبيق القانون العام الأجنبي
155	الفرع الأول: دور الدولة التدخلي في توجيه النشاط الخاص
160	الفرع الثاني: ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري
166	المطلب الثاني: وسائل تطبيق القانون العام الأجنبي
166	الفرع الأول: منهج قاعدة الإسناد الخاصة الاستثنائية
171	الفرع الثاني: المنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي
171	أولاً: البناء النظري للمنهج الأحادي
175	ثانياً: دور الأحادية الجزئية في تطبيق القانون العام الأجنبي
179	الخاتمة
184	المصادر والمراجع

الخاتمة

في نهاية دراستنا لطبيعة قواعد الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص، وهي ما تناولناها في فصلين مسبقين بمبحث تمهيدي، فإننا نعرض هنا أهم النتائج التي توصلنا إليها، ثم نردف ذلك ببعض التوصيات التي نرى ضرورة الأخذ بها في هذا المجال، وذلك على الوجه التالي.

أولاً: النتائج .

نشير في خاتمة الرسالة إلى جملة من الاعتبارات التي تمخض عنها البحث في طبيعة قواعد الإسناد، ونُجملها في النقاط التالية.

1- تبيّن لنا من هذه الدراسة أن موضوع القانون الدولي الخاص هو تنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي أو ذات الوصف الدولي. وذاتية هذا الفرع من فروع الدراسات القانونية ربما تقود إلى المناداة بضرورة وضع قواعد قانونية هي أيضاً ذات صفة دولية، أي قواعد تتفق الدول على وضعها لتنظيم النزاعات ذات الطابع الدولي. ولكن بالنظر إلى الوضع الراهن للمجتمع الدولي وما يتصف به من غياب السلطة العالمية التي يمكن أن تعمل على توزيع تنظيم تلك العلاقات بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة أو وضع قواعد موحدة تسري داخل الأنظمة المذكورة، فقد استأثرت كل دولة بالتشريع ووضع قواعد القانون الدولي الخاص التي تتكفل بتنظيم علاقات الأفراد العابرة للحدود، التي من بينها قواعد الإسناد.

2- ظهر من البحث أن الطابع الوضعي الداخلي لقواعد الإسناد له أثره الواضح في تنظيم النزاعات ذات البعد الدولي، وبشكل خاص في تحديد القانون المختص بحكم تلك النزاعات. فمن جهة هناك اختلاف في تبني ضابط الإسناد الذي عن طريقه يجري تعيين القانون الواجب التطبيق، ومن جهة أخرى فإن الحل النهائي للنزاع سيختلف من دولة لأخرى، خاصة إذا لاحظنا أن تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تحديد المحكمة المختصة على اعتبار أن هذه المحكمة تلجأ إلى قواعد الإسناد في قانونها الوطني لتستعين بها في فض تنازع القوانين.

3- إن قواعد الإسناد باعتبارها قواعد وضعية داخلية فهي لا تفترق عن باقي القواعد القانونية من حيث اعتبارها قواعد سلوك اجتماعية، ذلك أنها، وإن كانت تتوجه بخطابها بالدرجة الأولى إلى القاضي الذي يقع عليه وحده عبء إنزال حكمها على ما يعرض عليه من مسائل تنازع القوانين، فإن هذه القواعد، مع ذلك، توجه ما تتضمنه من خطاب إلى الأشخاص العاديين في المجتمع. فأى طرف في العلاقة ذات العنصر الأجنبي إذا ما أراد رفع النزاع بشأن علاقته إلى القضاء، تَعَنَّ عليه عند ذاك أن يكون سلوكه موافقاً للأحكام الموضوعية التي يضمها القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد المعنية بالمسألة محل النزاع، وذلك لكي يمكنه الحصول على الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني المتنازع فيه.

وكل ما هنالك إن قواعد الإسناد لا تظهر طبيعتها كقواعد سلوك ينبغي على الأفراد مطابقة أفعالهم لأحكامها إلا من خلال إعمال هذه القواعد بواسطة القضاء.

4- أخذاً بالطابع الدولي الذي يتسم به تنازع القوانين في إطار العلاقات الخاصة الدولية فإن قواعد الإسناد تتصف من حيث مضمونها بأنها قواعد إرشادية لا يمكنها أن تعطي بذاتها وبمجرد الرجوع إليها حلاً موضوعياً للنزاع، وإنما ترشد فقط إلى القانون الذي يمكنه أن يعطي ذلك الحل. كما إن قواعد الإسناد تتميز من حيث آثارها بأنها قواعد ثنائية أو مزدوجة الجانب، وذلك لكون عملية المفاضلة التي تمارسها هذه القواعد تقوم على أساس اختيار القانون الأصلح والأنسب لحكم العلاقة المعروضة، وتلك المفاضلة كما قد تكون لصالح قانون القاضي الذي يفصل في النزاع، فإنها قد تكون أيضاً لصالح قانون دولة أجنبية.

5- ظهر لنا من خلال البحث أن نطاق تنازع القوانين الذي تعمل قواعد الإسناد على فضه، وحتى عهد قريب، كان يتحدد بالعلاقات والمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، سواء ما تعلق من هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية، أما العلاقات الخاضعة للقانون العام فلا تثير تنازاعاً بين القوانين، وهي بذلك تخرج عن نطاق عمل قواعد الإسناد، اللهم إلا في بعض الحالات التي يضطر فيها القاضي إلى الرجوع إلى قواعد القانون العام الأجنبية وتطبيقها بصفة تبعية لتطبيق قواعد القانون الخاص. وهذه هي النظرة السائدة في فقه القانون الدولي الخاص

غير أن هذه النظرة المُحدّدة للنطاق الموضوعي لقواعد الإسناد، أو عموم قواعد القانون الدولي الخاص، لم تكن لتستمر في ظل التطور الحديث الذي شهدته الحياة القانونية الدولية. فقد اتسمت السنوات الأخيرة بالتطور في مفهوم الدولة والأشخاص العامة وبروزها كعناصر مؤثرة في مجال المعاملات الدولية، كما ترتب على دور الدولة التدخلي في حياة الأفراد أن ظهر نوع جديد من أنواع القواعد القانونية التي يتعين تطبيقها تطبيقاً مباشراً على علاقات الأفراد الدولية من دون الرجوع إلى قواعد الإسناد، والتي عُرفت بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وهي قواعد لا تتضمن قواعد القانون العام فقط بل تشتمل أيضاً على كل القواعد الماسة بتنظيم كيان الدولة الاقتصادي والاجتماعي ولو كانت من قواعد القانون الخاص. وهذه القواعد رغم أنها تفلت من نطاق إعمال قواعد الإسناد المزدوجة إلا أنها ترتب مع ذلك آثاراً خارج الإقليم الذي تسري فيه، ومن هنا كان تصور قيام التنازع في مجال القانون العام كما رأيناه تفصيلاً في إطار البحث.

وبناءً على ذلك فقد تغيرت النظرة إلى نطاق إعمال قواعد الإسناد، فبعد أن كانت هذه القواعد لا تحكم سوى العلاقات الخاصة الدولية منظوراً إليها باعتبارها مجموع العلاقات الدولية المتعلقة بالقانون الخاص، فقد أخذت قواعد الإسناد تحكم العلاقات الدولية للأشخاص الخاصة بشكل عام، وبصرف النظر عن القواعد القانونية التي تسري على هذه العلاقات وانتمائها إلى أي من القانون الخاص أو القانون العام.

6- زيادةً على ما ذكرناه فقد تبين لنا من سياق البحث أن قواعد الإسناد لا يمكن اعتبارها من قواعد القانون العام، وذلك لما يتبع هذا الاعتبار من قيام قواعد الإسناد بمهمة توزيع الاختصاصات التشريعية بين الدول وفض التنازع القائم بين قوانينها الداخلية باعتباره تنازراً بين السيادة، وهو ما يتعارض مع الوظيفة الحقيقية التي تمارسها قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، إذ لا تضع هذه القواعد حلاً للتنازع بوصفه تنازراً بين السيادة، بل تنحصر مهمتها في وضع الحل الملائم للعلاقة الخاصة الدولية محل النزاع.

كما أن من الصعوبة اعتبار قواعد الإسناد من قواعد القانون الخاص، وهو ما ذهب إليه جانب من فقه القانون الدولي الخاص على اعتبار أن أعمال هذه القواعد لا يعرض إلا بمناسبة علاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي، وأنها قواعد لا تحكم سوى هذا النوع من أنواع العلاقات القانونية، وبالتالي فإنهم اعتبروها شقاً مكماً لقواعد القانون الخاص الموضوعية. وتأتي صعوبة الأخذ بهذا النظر مما كشف عنه البحث من التداخل الحاصل بين فرعي القانون الخاص والقانون العام وعدم إمكان التفرقة بينهما في مسائل تنازع القوانين، وكذلك ممارسة الدولة لأنشطة كانت تُعد من صميم النشاط الخاص وإصدارها لقواعد قانونية ذات طبيعة مختلطة يصعب تصنيفها بين القانون العام أو القانون الخاص.

وبناءً على ذلك فإن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية ذات طبيعة مختلطة، وذلك على أساس اتصالها المزدوج بكل من القانون الخاص من ناحية، والقانون العام من ناحية أخرى، وإن كانت هذه القواعد هي أدخل في القانون الخاص منها في القانون العام نظراً لمهمتها الأساسية في تنظيم العلاقات الخاصة للأفراد، وعدم تدخلها في تنظيم العلاقات العامة للدولة.

7- فيما يتعلق بالوصف القانوني لقواعد الإسناد فإن هذه القواعد ليست من صنف القواعد الموضوعية، كما إنها ليست من القواعد القانونية الإجرائية. وبيان ذلك أن القاعدة الموضوعية تتسم بخصيصة التأثير في المراكز القانونية للأشخاص إنشاءً أو تغييراً أو إلغاءً، أما القاعدة الإجرائية فتتوَّصَّح كيفية الإبقاء على المراكز القانونية أو تغييرها من خلال تحديد الإجراءات التي ينبغي اتباعها لاستحصال حقٍّ من الحقوق، وإنَّ كلا الوصفين السابقين لا ينطبقان على قواعد الإسناد.

فقواعد الإسناد لا تقرر حقاً أو تغييره أو تلغيه، كما إنها لا تتعلق ببيان الخطوات اللازمة لاسترداد الحقوق المُعتدى عليها، بل إن قواعد الإسناد هي قواعد توجيهية يتم من خلالها التوصل إلى القانون الذي ينبغي أن يحكم النزاع المعروض على القضاء، وليس التوصل إلى الحق أو كيفية حمايته، وإن كانت قواعد الإسناد بهذا الوصف أقرب إلى قواعد الإجراءات منها إلى القواعد الموضوعية. إضافة إلى ذلك فإن أعمال قواعد الإسناد لا يُشار دائماً وفي جميع الأوضاع كما في القواعد القانونية الأخرى، بل لا يمكن إثارة هذه القواعد إلا في أوضاع محددة، وهي عندما يُعرض على القضاء نزاع حول علاقة قانونية من العلاقات ذات الطابع الدولي.

ثانياً: التوصيات.

إلى جانب النتائج التي ذكرناها أعلاه، فإن هناك بعض التوصيات التي نرى ضرورتها فيما يتعلق بقواعد الإسناد، أهمها ما يلي.

1- على اعتبار أن القانون الدولي الخاص ليس بالقانون الثابت أو المتحجر، بل هو قانون متطور يأخذ في الحسبان الحاجات المُستجدة والتغيرات الواقعية في ميدان الحياة الدولية للأفراد، فإنه ينبغي في هذا القانون أن لا يكون تطويره بهدم قواعد الإسناد أو الاستغناء عنها، ولكن بإعادة النظر فيها كيما تغدو ملائمة للتطورات المتلاحقة في ظروف العصر. وفي هذا المجال فإننا نرى ما يراه جانب من فقه القانون الدولي الخاص الحديث من ضرورة التأكيد على بقاء قاعدة الإسناد المزدوجة باعتبارها الوسيلة الرئيسة لحل النزاعات الخاصة ذات الطابع الدولي، والتي تقوم على افتراض إسناد العلاقة القانونية إلى أوثق القوانين صلة بها بوصفه قانون مقرها الطبيعي، ولكن مع ذلك ينبغي إيجاد وسيلة لتقويم قاعدة الإسناد إن هي خرجت عن هذا الافتراض وأشارت إلى قانون لا يرتبط بالنزاع إلا برابطة ضعيفة مع وجود قانون آخر يرتبط بذلك النزاع بالرابطة الأكثر وثوقاً.

2- ينبغي في تطوير القانون الدولي الخاص أن يكون عن طريق إضفاء قدر من المرونة على قواعد الإسناد وخاصة ما يتعلق منها بمسائل العقود الدولية ومسائل الالتزامات غير التعاقدية، وذلك بما يحقق هدف هذه القواعد في اصطفاء أوثق القوانين صلة بالمسائل محل النزاع وأكثرها ملائمة لحكمها. وفي هذا الخصوص نرى ضرورة اعتناق معيار الأداء المميز أو تغليب الطابع التنفيذي في إسناد عقود المبادلات الاقتصادية الدولية عند عدم اختيار الأطراف لقانون العقد صراحة أو ضمناً، وهو الحل الذي انتهجه الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص، والذي يسعى إلى التفصيل في إسناد العقود الدولية وهجر قواعد الإسناد الموسعة أو الفضفاضة في مجال هذه العقود. كما نعتقد بضرورة العدول عن إسناد الالتزامات غير التعاقدية إسناداً جامداً إلى القانون المحلي بمعناه المكاني أو الجغرافي، وأن يتم اعتماد المفهوم الاجتماعي لهذا القانون. ونرى أن الأخذ بهذا المفهوم للقانون المحلي ينبغي أن يشمل جميع مسائل الالتزامات غير التعاقدية، سواء ما ينشأ من تلك الالتزامات عن الفعل الضار أو ما ينشأ منها عن الفعل النافع، وذلك لتوافر ذات العلة في كلا النوعين من أنواع المسائل القانونية، وهو ما يقتضي توحيد الحكم في هاتين الحالتين.

3- نرى ضرورة الإبقاء على الطابع المزدوج في صياغة قواعد الإسناد، ولا نعتقد بما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بصياغة هذه القواعد صياغة أحادية الجانب أو منفردة، تقتصر فيها على بيان حالات اختصاص القانون الوطني للقاضي من دون غيره. فوظيفة قواعد الإسناد كما رأينا هي قبل كل شيء تحديد القانون الذي يضع أنسب الحلول للمسائل ذات العنصر الأجنبي، وإنّ المشرع إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي، فإنه يسمح به بناءً على اعتبارات الملاءمة والمصلحة، أو بناءً على مقتضيات العدالة، أو اعتباراً، في بعض الأحيان، بالضرورات العملية التي تلجئ المشرع إلى السماح بتطبيق هذا

القانون، وحيث كان الأمر كذلك فيجب أن يكون من شأن قواعد الإسناد تحديد القانون المختص في كل الأحوال، وعدم الاقتصار على تحديد القانون الوطني من دون القوانين الأجنبية.

4- إن الطبيعة الخاصة لقواعد الإسناد تقتضي منا مؤازرة الفقه العراقي الذي نادى بضرورة استحداث جهاز قضائي متخصص وظيفته الفصل في نزاعات الأفراد ذات العنصر الأجنبي، وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها. وذلك مع ضرورة أن يتولى هذا الجهاز قضاة متخصصون يكون لديهم اطلاع واسع بالأنظمة القانونية السائدة في الدول المختلفة، ويجيدون اللغات الأجنبية. وينبغي مع ذلك العمل على دعم هذا الجهاز من خلال تسهيل الاتصال بينه وبين محاكم الدول الأجنبية ومؤسساتها العدلية، وخاصة تلك الدول التي ترتبط مع العراق باتفاقيات ثنائية أو جماعية في المجال القضائي. والغرض من ذلك هو تبادل المعلومات بشأن القوانين المطبقة في الدول الأخرى والاستغناء عن الوسائل التقليدية في البحث عن القانون الأجنبي وإثبات أحكامه، والتي كثيراً ما تنتهي بعدم التوصل إلى قواعد ذلك القانون، الأمر الذي يدفع القاضي إلى إهمال ما تقتضي به قاعدة الإسناد من تطبيق القانون الأجنبي واللجوء إلى تطبيق أحكام قانونه الوطني، وهو ما يتعارض مع الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد ويحد من وظيفتها في حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي.

والحمد لله رب العالمين