جامعة الفرات

كلية الحقوق بالحسكة

مقرر

دولي خاص ٢

(تنازع القوانين)

السنة الرابعة

مدرس المقرر
الدكتور عبدالله مندوب السلمو

للعام الدراسي ٢٠٢٦/٢٠٢٧

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

المبادئ العامة في تنازع القوانين

الوحدة التعليمية الأولى

مفهوم تنازع القوانين

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين – خصائص مفهوم تنازع القوانين– الجذور التاريخية لنظام تنازُع القوانين – الأفكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين

الملخص:

تثور مشكلة تنازع القوانين بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي أو أكثر بالنسبة إلى دولة معنية أو ذات الطابع الدولي، لذلك لابدَّ من حلٍّ هذا التنازعِ، وحسمِ التزاحمِ لمصلحة واحد منها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة مفهوم تنازع القوانين تمييز خصائصه وجذوره التاريخية.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

مشكلة تنازع القوانين وخصائصها

تثور مشكلة تنازع القوانين بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي أو أكثر بالنسبة إلى دولة معنية أو ذات الطابع الدولي، كالتنازع الذي ينشأ أمام القضاء السوري بصدد عقد توريد أبرم في بيروت بين شركة سورية وتاجر يوناني التزم بموجبه التاجر اليوناني بتوريد بضائع إلى الشركة السورية في دمشق، وذلك بسبب ارتباط هذا العقد بالقانون اليوناني لكون أحد طرفيه يوناني الجنسية، وبالقانون اللبناني بحُكم إبرام العقد في بيروت، بالإضافة إلى ارتباطه بالقانون السوري بحُكم كون الطرف الآخر سورياً ومكان تنفيذ العقد في سورية. وهذا الارتباط يجعل قوانين هذه الدول المختلفة قابلةً للتطبيق على العلاقة القانونية. وهذه القابليةُ تعني في واقع الأمر قيامَ تنازعٍ أو تزاحمٍ أو تنافسٍ بينها لحُكم هذا العقد. لأنّه من غير المتصوّر تطبيق هذه القوانين المختلفة مجتمعةً على هذه العلاقة التي يثور بصددها تنازع القوانين.

لذلك لابدَّ من حلّ هذا التنازعِ، وحسمِ هذا التزاحمِ لمصلحة واحد منها. فكيف يتمُّ تحديدُ هذا القانون الذي يجب أن تخضعَ له هذه العلاقة القانونية من بين هذه القوانين المختلفة[1]؟.

وقبل أن نتطرقَ إلى أسلوب تحديد هذا القانون لابدّ من التذكير بأهمّ خصائص مفهوم تنازع القوانين:

1- تعدّد الدول واختلاف تشريعاتها:

إنّ سبب قيام تنازع القوانين هو تعدّد الدول واختلاف تشريعاتها الوطنية. فلو كان المجتمع الدَّولي دولةً واحدة، أو لو كان المجتمع الدَّولي مؤلفاً من دول عدّة، ولكنّها ذات تشريعات متماثلة أو متشابهة، لما ظهرت مشكلة تنازع القوانين.

2- الصفة الخاصة في القوانين المتنازعة:

إنّ العلاقات التي يثور بصددها تنازع القوانين هي علاقات الأفراد. ونقصد بذلك العلاقات التي يحكُمها القانون الخاصُّ أصلاً كالقانون التجاريّ أو المدني، أو العمل أو الأحوال الشخصية...

---

[1] انظر في مفهوم القانون الأفضل: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية الراشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 4 وما بعدها. والدكتور ممدوح عبد الكريم، القانون الدَّولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005، ص 16.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الخ، أي العلاقات التي تقوم بين أشخاص القانون الخاص سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين.

والصفة الخاصة في تنازع القوانين لا تعني قيام تنازعٍ بين القوانين الخاصة في دولة واحدة بل التنازع بين قانون خاص وطني وقانون خاص أجنبي، كالتنازع بين قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الأحوال الشخصية الفرنسي مثلاً .

كما أنّ دخول الصفة الأجنبية في العلاقة يَفترض بالضرورة اعتراف نظام القانون الوطني بالشخصية القانونية للأجنبي اللازمة لدخوله في علاقات قانونية على قدم المساواة مع الوطنيين، ومنحه بعض الحقوق الخاصة التي لا تستقيم حياته من دونها. وهذا الأمر يُفسِّر غياب مشكلة تنازع القوانين في الدول والمجتمعات التي كانت تُنكِر على الأجنبي حقَّ التمتع بهذه الحقوق.

3- العنصر الأجنبي في علاقات الأفراد:

إنّ دخول العنصر الأجنبي على علاقات الأفراد هو الذي يُخرِجُها من نطاق القانون الداخلي ليُدخِلَها في نطاق القانون الدَّولي الخاصّ، ويُخضِعَها بالتالي لقواعد تنازع القوانين التي تتولَّى تحديد القانون الواجب تطبيقُه بشأنها، وتشكّل جزءاً من قواعد القانون الدَّولي الخاصّ التي يضعها المُشرِّع الوطني في كل دولة وفق اعتباراتها الوطنية. وهذه العلاقات لم تكن لتتشكل لولا الاعتراف للأجنبي بالحقوق اللازمة لوجوده.

أمّا العلاقات التي لم تتطرق إليها الصفة الأجنبية فتبقى خاضعة لأحكام القانون الوطني للقاضي الناظر في منازعات الأفراد.

4- الفصل بين المحكمة المختصة بنظر النزاع وبين قانونها في موضوع النزاع:

إنّ القانون الذي تدل عليه قواعد تنازع القوانين قد يكون قانوناً وطنياً، وقد يكون قانوناً أجنبياً. ولا يمكن معرفة هويّتهِ إلا بعد قيام النزاع، وبعد معرفة أطرافه، وتحديد عناصره ووقائعه. وعلى هذا يُفترض لقيام مشكلة تنازع القوانين والوصول إلى تحديد القانون الذي يحكم النزاع، أن تسمح الأنظمة القانونية الوطنية في مختلف الدول لمحاكمها الناظرة في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي بتطبيق قانون أجنبي على هذه المنازعات. وبتعبير آخر فإن مشكلة تنازع القوانين

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ومتطلباتها المتعلقة بتحديد القانون الواجب تطبيقُهُ لا تستقيمُ إذا لجأ القاضي دوماً إلى تطبيق قانونه الوطني على هذه العلاقات ذات الطابع الدَّولي.

5- الصفة الدولية في القوانين المتنازعة:

إنّ المقصود بتنازع القوانين، كواحد من موضوعات القانون الدَّولي الخاصّ، هو التنازع الدَّولي وليس الداخلي، أي التنازع الذي يقوم بين قوانين دول متعددة ومختلفة، تتمتع بالشخصية الدَّولية (وفق مبادئ القانون الدَّولي العام) وبصفة الدولة (وفق مبادئ القانون الدستوري) بآن واحد. ولذلك يُسمّى هذا التنازع: تنازع القوانين من حيثُ المكان.

أمّا التنازع الداخلي فهو التنازع الذي يقوم بين تشريعات الدولة الواحدة التي تتعدّد فيها الشرائع داخلياً تعدّداً شخصياً بتعدّد الطوائف في الدولة، كالتنازع الذي يحصل بين تشريعات الأحوال الشخصية للطوائف الإسلامية وغير الإسلامية في لبنان، أو تعدداً إقليمياً بتعدّد الأقاليم في الدّولة الاتحادية، كالتنازع الذي يقوم بين تشريعات الأقاليم والدول التي تتألّف منها هذه الدولة مثل سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

والتنازع الداخلي هو غير تنازع القوانين من حيثُ الزمان في الدولة الواحدة، الذي يقوم بين قانون سابق وقانون لاحق بصدد موضوع محدد.

6- التنازع الثابت والتنازع المُتغيِّر في تنازع القوانين:

ينشأ تنازع القوانين الدَّولي بمجرد نشوء العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا هو التنازع الثابت. وقد يطرأ على العلاقة بعد نشوئها تبدل في بعض عناصرها من حيثُ الزمان، كما لو غيّر الزوج جنسيته بعد الزواج وأصبح على جنسية أخرى عند الطلاق. ففي هذه الحالة يحصُل تنازع بين قانون دولة الزوج وقت الزواج، وقانونه الجديد وقت الطلاق. وهذا التنازُع يُسمَّى تنازُعاً متغيّراً أو متحركاً، وهو تنازع مكاني وتنازع زماني. تنازع مكاني لأنه تنازع بين قانونين لدولتين مختلفتين، وهو في الوقت نفسه تنازع زماني بين قانونين مختلفين؛ قانون سابق وقانون لاحق. ولهذا يلجأ المُشرِّع في مثل هذه الحالات إلى ضبط عنصر الزمن في تحديد القانون الواجب تطبيقه عند وضع قواعد تنازع القوانين، هل هو قانون الزوج وقت الزواج، أم وقت رفع النزاع، أم وقت إيقاع الطلاق؟

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الجذور التاريخية لنظام تنازع القوانين وتطوره[2]

غابت حلول التنازع في المجتمعات القديمة، التي سادت فيها العلاقات الحربية على العلاقات السلمية، فلم تعرف مظاهر مشكلة تنازع القوانين، مثل المجتمع الإغريقي والروماني، وإن كانت الدراسات التاريخية قد سجلت بعض الملامح لهذه المشكلة، ولكن دون أن تقدّم لنا نظاماً متكاملاً وموحداً لهذه الحلول.

كما سجلت هذه الدراسات غياب ظاهرة التنازُع في ظل نظام الممالك الجرمانية التي ساد فيها نظام شخصية القوانين الذي كان يقضي بخضوع الفرد لقانون الجماعة التي ينتمي إليها بأصله، كما غابت في ظل نظام الإقطاع الذي كان قائماً على مبدأ الإقليمية المطلقة.

ولم تُطرح مشكلة تنازع القوانين بثِقَلها إلا بعد أن توافر المناخ السياسي والقانوني والاقتصادي والعلمي لقيامها؛ الذي ساعد على تطوّر العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسة وتطوّر مواقف الدول من الأجانب، وكان ذلك في شمال إيطاليا في مطلع القرن الثالث عشر للميلاد. وهذا ما قاد فقهاء إيطاليا من أساتذة كليّات الحقوق في مختلف المدن الإيطالية إلى وضع الفتاوى والحلول القانونية لمعالجة المشكلات المتعلّقة بتنازع أحوال المدن الإيطالية المتعددة والمختلفة، أي تنازع القواعد المطبّقة لديها والمتعلقة بعلاقات الأفراد العائلية والاجتماعية والتجارية. ولقد شكّلت هذه الفتاوى والاجتهادات الفقهية ما يُسمَّى نظريةَ الأحوال الإيطالية القديمة. ومن أشهر هؤلاء الفقهاء الإيطاليين الفقيه بارتول.

كما شكّلت الحلول التي وضعها الفقهاء الفرنسيون لمشكلة تنازع الأحوال في المقاطعات الفرنسية المختلفة في القرن السادس عشر، ما يُسمَّى بنظرية الأحوال الفرنسية التي من أشهر فقهائها شارل ديمولان وبرتران دار جنتريه.

وكذلك كان الأمر في هولندا والبلاد المنخفضة التي عرفت نظرية خاصة بها في تنازع الأحوال الهولندية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، سُمِّيت نظرية الأحوال الهولندية، ومن أبرز

---

[2] من المراجع الأساسية في دراسة تنازع القوانين:
MEIJERS, l'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, Recueil des Cours de l' Académie de droit internotional de LA HYE, 1934, III p.t., III, p. 567

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

مفكريها الفقيه هوبر. وسنستعرض مختلف هذه النظريات في المطلب الأول، ثم سنستعرض في المطلب الثاني الأفكار والحلول الحديثة.

أ- نظرية الأحوال:

أولاً – نظرية الأحوال الإيطالية القائمة على فكرة المجموعات:

ويُقصَد بها مجموعةُ الحلول التي وضعها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة بارتول لمشكلة تنازع أحوال المدن الإيطالية.

وتقوم هذه النظرية على فكرة المجموعات: أي تقسيم العلاقات القانونية من حيثُ القانون الواجب تطبيقُهُ بشأنها إلى مجموعات بحيثُ تخضع كلُّ مجموعة إلى قانون محدد يختلف باختلاف المجموعة التي تنتمي إليها العلاقة القانونية.

ومن أبرز هذه الحلول:

1- التمييز بين الإجراءات والموضوع من حيثُ القانون الواجب التطبيق، بحيثُ يسري قانون القاضي على الإجراءات التي لا يمكن بشأنها السماح بتطبيق قانون أجنبي. أمّا الموضوع فيمكن بصدده فقط تصوّر إمكانية تطبيق قانون أجنبي، وهذا القانون يمكن أن يختلف باختلاف موضوع المسألة التي يثور بشأنها التنازع.

2- العقود: وأخضعوها لقانون محل إبرامها سواء من حيثُ الشكل أم الموضوع، وذلك وفقاً لقاعدتهم الشهيرة "locus regit actum" وذلك باستثناء بعض المسائل الفرعية، مثل إجراءات تقديم دليل إثبات العقد، إذ ألحقوها بالإجراءات من حيث القانون واجب التطبيق، وكذلك الآثار غير المباشرة للعقد وتنفيذه؛ التي جعلوها من اختصاص قانون مكان التنفيذ أو قانون القاضي.

ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أنّ أحد الفقهاء الإيطاليين القدامى وهو (Curtius) قد فسّر قاعدة إخضاع العقد لقانون محل إبرامه على أساس رضاء المتعاقدين الضمني. إذ عدّ أنّ اتفاق المتعاقدين على إبرام العقد في مكان معين يتضمن قبولاً ضمنياً منهما بالخضوع لقانون هذا المكان. فكانت هذه الفكرة منطلقاً، فيما بعد، لبعض الفقهاء اللاحقين للقول صراحة بمبدأ إخضاع العقد لقانون الإرادة الصريحة.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

3- الجرائم: ووضعوا لها قاعدة أخرى شهيرة "Lex loci delicti" تقضي بخضوعها لقانون محل وقوعها.

وهذه القاعدة وُضِعت أصلاً للجرائم الجزائية، ثم طُبِّقت، من بعدهم، على الالتزامات الناجمة عن الأفعال الضارة والنافعة. وما زالت هذه القاعدة مطبّقة في أيامنا هذه في كثير من الدول.

يُضاف إلى هذه الفئات أو المجموعات (الإجراءات، العقد، والجرائم) فئتان ظهرتا لاحقاً، وهما فئة الأموال وفئة الأشخاص.

4- الأموال: وطبقوا عليها قانون موقعها (Lex rei sitace).

وقد ظهرت هذه القاعدة أول ما ظهرت بشأن التَّرِكَات، ثم مدّ الفقهاء نطاق تطبيقها إلى كل العلاقات التي تكون الأشياء محلاً لها. وبذلك توصّل الفقهاء إلى مفهوم الأحوال العينية، ووضعوا لها نظاماً خاصاً يقوم على أساس إخضاع المال لقانون موقعه.

5- الأشخاص: وبالمقابلة مع الأحوال العينية المتعلقة بالأشياء استخلص هؤلاء الفقهاء مفهوم الأحوال الشخصية، أي الأحوال المتعلقة بالأشخاص، وجعلوا نظامها القانوني مرتبطاً بالموطن. وانتهوا بالتالي إلى إخضاع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه. وممّا قاله الفقيه (Curtius) في تبرير الأخذ بقانون الموطن وتطبيقه ضمن مدينة أخرى "إنّ القانون يفقد كل قيمة له إذا كان بالإمكان مخالفته خارج مدينته".

بالإضافة إلى فكرة المجموعات قال الفقهاء الإيطاليون بضرورة التمييز بين الأحوال المستحسنة أو الملائمة وبين الأحوال المستهجنة أو البغيضة ضمن الأحوال الشخصية للمدن الأخرى. وسمحوا للقاضي بتطبيق أحوال المدن المستحسنة، أي الأحوال التي يُقصَد منها حماية الشخص ومنفعته. أمّا الأحوال المستهجنة، أي التي تضرّ بالشخص ولا يقبلها المنطق والعدل فلم تكن تمتد خارج مدينتها لأنّه لم يكن مرخصاً للقاضي تطبيقُها.

وبناءً على ما تقدم، يرجع الفضل إلى فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية في إظهار الصورة الأولى للتعبير عن فكرة النظام العام المعمول بها حالياً لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه، بالإضافة إلى إسهامهم في غرس البذرة الأساسية لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب- نظرية الأحوال الفرنسية القائمة على إقليمية الأحوال كمبدأ وامتدادها كاستثناء):

تعتمد نظرية الأحوال الفرنسية بشكل رئيسي على أفكار الفقيه شارل ديمولان DIMOLAN وبرتران دارجنتريه D'ARGENTERIER.

1- نظرية دار جنتريه:

وتقوم هذه النظرية على مبدأ واستثناء. والمبدأ هو إقليمية الأحوال (إقليمية القوانين)، الذي كان يسود فرنسا في ظل نظام الإقطاع، ولكن بعد أن أدخل عليه الفقيه دار جنتريه تحسينات أفسحت المجال لتطبيق أحوال الأقاليم الأخرى والقوانين الأجنبية بشكل عام، وبشكل يتلاءم مع الاعتبارات السياسية والاقتصادية التي كان سائدة في عصره. أمّا الاستثناء فكان يقضي بتطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً، بشكل يسمح بتطبيق أحوال الأقاليم والقوانين الأخرى الأجنبية. ولتحديد نطاق تطبيق القاعدة والاستثناء قسّم دار جنتريه الأحوال إلى ثلاثة أنواع: الأحوال العينية، والأحوال الشخصية، والأحوال المختلطة.

وتعد الأحوال عينية في نظره إذا كانت خاصة بالعَقار فقط. وهذه الأحوال يجب أن تطبق تطبيقاً إقليمياً عملاً بقاعدة عينية الأعراف (أي إقليميتها) الموروثة "Les statuts sont rèels". وعلى هذا يجب أن يخضع العَقار لقانون موقعه.

وتكون الأحوال شخصية إذا كانت متعلقة حصراً بحالة الشخص، أو بأهليته، أو بالمنقول. وهذه الأحوال تُطبَّق تطبيقاً ممتداً، وتتّبع قانون موطن الشخص على نحو ما قال به فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، أي أنها تلازم الشخص وتلاحقه أينما وجد، وذلك استثناء من مبدأ إقليمية الأحوال. غير أنّ دار جنتريه ضيّق من نطاق هذا الاستثناء، فجعل فكرة الأهلية قاصرة على الأهلية العامة. لذلك فإنّ النصوص المتعلقة بها كانت وحدها تطبّق تطبيقاً ممتداً، وتخضع لقانون موطن الشخص. أمّا النصوص المتعلقة بالأهلية المقيدة (حالات عدم الأهلية الخاصة)، كالنصوص التي تمنع الهبات بين الزوجين، فكانت تُعتبر من الأحوال العينية، وتطبَّق تطبيقاً إقليمياً بحيثُ لا تمتد خارج الإقليم.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أمّا الأحوال التي تتعلق بآن واحد بالعَقار والأشخاص أو المنقول، فعدَّها دارجنتريه من الأحوال المختلطة. وقال إنّ هذه الأحوال تطبَّق تطبيقاً إقليمياً على غرار الأحوال العينية انسجاماً مع المبدأ الذي أقام عليه نظريته في تنازُع الأحوال.

2- أفكار ديمولان

ومن أهم الأفكار التي جاء بها ديمولان، بالإضافة إلى إسهامه في بناء نظرية الأحوال الفرنسية، فكرة أهمية التكييف في تحديد القانون الواجب تطبيقُه، وذلك في فتواه المتعلقة بالنزاع بين زوجين بصدد النظام المالي لزواجهما. وعدُّ هذا النظام أقرب إلى نظام العقود منه إلى نظام الأموال.

وفكرة إرادة المتعاقدين كأساسٍ لتحديد القانون الذي يحكُم العقد، التي استمدها من فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة؛ والتي خَلُص منها إلى القول: إذا كان مَردُّ تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية فمن باب أولى أن نسمح لهما باختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام ليحكُم العقد المبرم بينهما. وهكذا أطلق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية.

وإذا كان فقهاء نظرية الأحوال الفرنسية قد تأثّروا بأفكار نظرية الأحوال الإيطالية، فإنّ أفكارهم القائمة على مبدأ الإقليمية كان لها الأثر الهام على قيام نظرية الأحوال الهولندية.

ج- نظرية الأحوال الهولندية القائمة على مبدأ إقليمية القوانين والمجاملة الدولية:

تقوم النظرية الهولندية في تنازع الأحوال والقوانين على مبدأ إقليمية القوانين المطلقة، وعلى مبدأ المجاملة الدَّولية، بالإضافة إلى أفكار أخرى تُشكِّل إضافاتٍ هامةً على نظرية الأحوال.

1. مبدأ الإقليمية المطلقة:

وبموجب هذا المبدأ تسري قوانين الإقليم وحدها دون غيرها ضمن هذا الإقليم. لأنّه لا سيادة للقوانين إلا ضمن حدود إقليم الدولة التي أصدرتها. وبالتالي فإنّ تطبيق أيّ قانون أجنبي داخلَ إقليم معين يُعدّ تعدّياً على سيادة هذا الإقليم.

وهكذا أسس الهولنديون مبدأ الإقليمية على فكرة السيادة الوطنية على الإقليم، متأثرين في ذلك بالأوضاع السياسية التي كانت تمرّ بها بلادهم في مواجهة الاحتلال الإسباني.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وأعملوا ذلك أيضاً في مواجهة مشكلة التنازع الخارجي بين قوانينهم والقوانين الإسبانية الأجنبية، وربطوا بين مفهوم السيادة ومفهوم تنازُع القوانين.

وبناءً على ذلك، رفض الهولنديون الأخذ بفكرة تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين، كما قال بذلك الفقهاء الفرنسيون.

2. مبدأ المجاملة الدولية:

غير أنّ الفقهاء الهولنديين شعروا بقسوة مبدأ الإقليمية المطلقة، وبنتائجه السلبية على مصالح الأفراد، وعلى تطوّر علاقاتهم الخارجية، وكذلك على المصالح المشتركة والمتبادلة للدول، فأبدعوا فكرة المجاملة الدولية كأساسٍ لتطبيق القوانين الأجنبية في بلادهم، استناداً إلى الاعتبارات التالية:

تحقيق المنفعة المتبادلة والمصالح المشتركة للدول، وبشكل ينسجم مع اعتبارات السيادة الوطنية. وبذلك كان تطبيق القانون الأجنبي لديهم نابعاً من متطلبات السيادة الوطنية واعتباراتها الأساسية، ولهذا لم يكن في نظرهم شكلاً من أشكال الاستثناء على مبدأ الإقليمية.

وبموجب مفهوم المجاملة كان لابدّ من مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل، في معرِض تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما تفرضه اعتبارات السيادة. ولقد كان نطاق تطبيق فكرة المجاملة الدَّولية لديهم يقتصر على المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والأموال المنقولة والتصرفات الإرادية. وبالتالي أصبح نطاق تطبيقها أوسع من نطاق تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً لدى الفرنسيين[3].

3. التمييز بين الأحوال من حيثُ موضوعها ومن حيثُ نطاق تطبيقها:

لابدّ من الإشارة إلى أنّ الفقهاء الهولنديين اقتفوا آثار الفرنسيين في تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ومختلطة. إلا أنّهم ميّزوا في تقسيمها من حيثُ الموضوع، ومن حيثُ نطاق تطبيقها. فأوضحوا أنّ الأحوال تُقسَم من حيثُ موضوعها إلى عينية وشخصية ومختلطة. والأحوال العينية هي الأحوال التي يكون موضوعها الرئيس هو المال. أمّا الأحوال الشخصية فهي الأحوال التي

---

[3] راجع في عرض الآراء المتعلقة بدور القاضي في إعمال فكرة المجاملة:
Emil TAYAN, Précis de droit international privé, Librerie Antoine, Beyrouth, 1977, p. 80 et s. n ° 59.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

يكون موضوعها الرئيس الشخص ولو تعلقت بالمال. وتكون الأحوال مختلطة إذا كان موضوعها يتعلّق بالشكل أو الإجراءات. وبذلك اختلف الهولنديون عن سابقيهم الفرنسيين في تعريف الأحوال من حيثُ موضوعها. كما أنّ تقسيمهم للأحوال جاء شاملاً مستوعباً ما أغفله الفرنسيون، ونقصد بذلك الأحوال المتعلقة بالشكل والإجراءات وغيرها.

أمّا من حيثُ نطاق تطبيقها، فقالوا إنّ الأحوال أيّاً كان موضوعها لا يمكن أن تكون إلا إقليمية. وطبّقوا هذا المبدأ على التنازع المحلي والتنازع الخارجي.

4. فكرة النظام العام:

لابدّ من الإشارة أيضاً إلى أنّ بعض الفقهاء الهولنديين تلمّس أيضاً فكرة النظام العام، كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب التطبيق، عندما طالبوا بالامتناع عن تطبيق قانون أجنبي إذا استدعت ذلك مصلحة النظام المحلي.

وعندما قالوا بضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تبدو بوضوح غير عادلة، وبضرورة تقيّد القاضي بالأحكام الناهية في قوانين بلاده.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الأفكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين[4]

في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين للميلاد ظهرت أفكار ودراسات جديدة تتضمن حلولاً أخرى لمشكلة تنازع القوانين، ولاسيما بعد أن حققت بعض الدول وحدتها السياسية مثل إيطاليا، وبعد أن ظهرت دول أخرى للوجود بفعل انتشار مبدأ القوميات. وترتب على ذلك الانتقال من التنازع المحلي ضمن السيادة الواحدة إلى التنازع الدّولي أو التنازع الخارجي.

وكانت بعض هذه الأفكار ذات نزعة وطنية، وبعضها الآخر ذا نزعة دولية أو عالمية، وبعضها انطلق من مبدأ محدد، وبعضها الآخر اعتمد أسلوباً تحليلياً لا مبدئياً في استخلاص تلك الحلول.

ومن أبرز هذه الأفكار: أفكار الأستاذ الألماني سافيني المتعلقة بالاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني، وأفكار الأستاذ الإيطالي مانشيني في شخصية القوانين، وأفكار أخرى فرنسية مثل فكرة الإقليمية أو المؤسسات الحقوقية.

وسنتناول تقديم هذه الأفكار بشكل مبسّط فيما يلي:

أ- فكرة الاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني عند سافيني " SAVINY " 1379- 1861

وضع سافيني أفكاره في تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتابه الشهير "القانون الروماني" الصادر عام 1849. ومن أهم الأفكار التي جاء بها فكرة الاشتراك الحقوقي كأساسٍ لقيام تنازع القوانين أي كأساسٍ لتطبيق القانون الأجنبي. وفكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية كأساسٍ لتحديد القانون الواجب التطبيق.

- الاشتراك الحقوقي:

وملخص فكرة الاشتراك الحقوقي عند سافيني هي أنّ المجتمعات الغربية يضمها اشتراك حقوقي بالاستناد إلى عنصرين أساسيين هما: الديانة المسيحية التي تدين بها هذه المجتمعات، والقانون الروماني الذي ورثته عن الرومان ومازال سائداً لديها. ومن شأن هذا الاشتراك في الديانة

---

[4] ظهر تعبير تنازع القوانين لأول مرة في أدبيات القانون الدّولي الخاص عند القاضي الأمريكي ستوري (Joseph STORY) في كتابه "تعليقات على تنازع القوانين" عام 1834. والذي تأثر فيه بأفكار المدرسة الهولندية ولاسيما أفكار الفقيه "هوبر".

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

والقانون لدى هذه المجتمعات أن يؤدّي إلى وحدة فكرة العدالة لديها، وإلى إيجاد قواعد مشتركة بينها ومقبولة عندها، مما يساعد بالتالي على تطبيق قوانين بعضها من قبل بعضها الآخر.

وعملاً بفكرة الاشتراك الحقوقي لا يُعدُّ تطبيق القانون الأجنبي الذي يضمه اشتراك حقوقي مع قانون القاضي من قبيل الاستثناء أو المجاملة. وإنّما مجرد إعمال لهذه الفكرة، التي تُشكِّل عند سافيني المبدأ الأساسي لتنازع القوانين.

- التركيز المكاني:

أمّا فكرة التركيز المكاني فتعني تحديد مقر العلاقات القانونية، وتحديد مقر الأشخاص. وذلك لأنّ تحديد القانون الواجب تطبيقُه عند سافيني يتوقف على تحديد المقر المكاني للشخص، أو للعلاقة القانونية محل النزاع. ومن أجل تحديد هذا المقر اعتمد سافيني فكرة المجموعات التي لجأ إليها الإيطاليّون القدامى؛ التي تقوم على تقسيم علاقات القانون الخاصّ إلى مجموعات. وهي:

الدعاوى، العقود، الأشياء، الأشخاص، والوقائع. وحاول أن يُبيّن المقر القانوني لكل فئة من هذه العلاقات القانونية، فوجد سافيني أنّ مقر الشخص هو موطنه لإرادته الاستقرار فيه، ولأنّه الأداة الطبيعية التي يمكن بواسطتها ربط الشخص بمكان معين. لذلك يجب أن يخضع الشخص لقانون موطنه بالنسبة لجميع المسائل المتعلقة بحالته وأهليته.

وبناءً على ذلك قال بخضوع التَّرِكَات لقانون موطن المتوفَّى، والزواج لقانون موطن الزوج.

أمّا العلاقات الحقوقية المتعلقة بالأشياء فمقرها مكان وجود هذه الأشياء. وعلى ذلك يجب أن تخضع هذه العلاقات سواء تعلقت بالأموال المنقولة أم بغير المنقولة لقانون موقعها.

وبالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية، وجد سافيني أنّ الالتزام، وهو شيء غير مادي، لا يشغل حيّزاً مكانياً منظوراً. لذلك يجب البحث عن بعض المظاهر المنظورة التي يمكن أن نربط بها الالتزام غير المنظور بغية تجسيده مادياً.

ويمكن أن يتجلى الالتزام التعاقدي بمظهرين الإبرام والتنفيذ. وقد فضل سافيني الأخذ بمكان تنفيذ الالتزام الذي يُعيّنُهُ المتعاقدان من أجل تحديد مقره. وعلى هذا قال بإخضاع الالتزام التعاقدي

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

لقانون محل تنفيذه. غير أنه أجاز مع ذلك للمتعاقدين إخضاع الالتزام لقانون آخر غير قانون مكان التنفيذ وفقاً لإرادتهما الحرة.

وإعمالاً لهذه الطريقة في التحليل قال سافيني: إنّ مقر الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة هو محل وقوعها، ويجب أن تخضع بالتالي لقانون موقعها.

أما بالنسبة للدعاوى، ويقصد بذلك إجراءات التقاضي، فأخضعها لقانون القاضي باعتباره قانون محل تطبيقها.

ب- مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني MANCINI 1817-1888

- المبدأ:

يقوم مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني الإيطالي على اعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التي أطلقها في محاضرته الشهيرة "الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة"، التي ألقاها كأستاذ للقانون الدَّولي العام في جامعة تورين بإيطاليا. وملخص هذه الفكرة أنّ كلَّ مجموعة من الأفراد تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد تُكوِّن أمةً (مبدأ القوميات)، ومن حقِّها أن يكون لها دولة مستقلة. وتأسيساً على ذلك يجب أن تكون قوانين هذه الدولة مستمدّة من عاداتها وتقاليدها وتراثها، وتتلاءم مع أوضاعها، وتعبّر عن إرادة الأمة وواقعها وتطلعاتها، فهي تتعلق أولاً وأخيراً بالأشخاص وليس بالإقليم. ولهذا يجب أن يخضع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أي لقانونه الوطني. وهذا هو مبدأ شخصية القوانين.

وهكذا خالف مانشيني مبدأ إقليمية القوانين، وأخذ على العكس بشخصيتها أي امتدادها خارج الإقليم.

غير أنّ مانشيني لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل أورد عليه الاستثناءات التالية:

- الاستثناءات:

1- تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبيقاً إقليمياً بحيثُ تسري على الوطنيين والأجانب على حد سواء. مثل قانون العقوبات وقوانين الملكية العقارية والقوانين العامة. لأن هذه

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

القوانين تمثل المصالح العليا في الدولة، وتختلف عن حقوق الأفراد. لذلك يجب أن يتوقف تطبيق القانون الأجنبي الناظم لهذه الحقوق عندما يصطدم مع هذه القوانين.

2- خضوع العقد لقانون الإرادة دون النظر إلى القانون الشخصي للمتعاقدين. وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الذي كشف عنه ديمولان وأخذ به سافيني.

3- خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها.

ومن أهم الانتقادات الموجهة لأفكار مانشيني أنّ حجم الاستثناءات ونطاقها في نظريته أكبر من حجم المبدأ نفسه.

ومع ذلك فقد كان لأفكار مانشيني الفضل في تعزيز موقع قانون الجنسية في مواجهة قانون الموطن لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من جهة، وتوسيع نطاق هذه الأحوال من جهة أخرى. هذا بالإضافة إلى اتساع انتشار قانون الجنسية في العالم.

ج- فكرة المؤسسات الحقوقية عند بارتان

ربط بارتان الفرنسي نظام القانون واجب التطبيق على علاقة قانونية معينة بروح المؤسسة الحقوقية التي تنتمي إليها تلك العلاقة. ولابدّ من أجل الوصول إلى ذلك من تحليل هذه العلاقة وبيان طبيعتها على ضوء القانون الداخلي الوطني تمهيداً لربطها بإحدى المؤسسات القانونية. وهذا ما أطلق عليه عملية (التكييف)، ودعاه إلى وضع نظريته الشهيرة حولها.

ولقد قسّم بارتان المؤسسات القانونية إلى أربع مؤسسات، وخصَّ كلاً منها بقانون معين يحكمها وهي:

1- المؤسسات التي تمسّ تكوين الأسرة أو التي تهتم بحماية الأفراد، وتخضع لقانون الجنسية.

2- المؤسسات المتعلقة بنظام الأموال، ويُطبَّق عليها قانون موقع المال.

3- المؤسسات الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وشكل التصرفات، وتخضع للقانون المحلي.

4- المؤسسات الخاصة بالتصرفات المالية، وتخضع لقانون الإرادة.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

د- فكرة حماية المصلحة الوطنية والإقليمية عند نيبوابيه

ومن الاتجاهات التي تُعَدّ امتداداً لمذهب إقليمية القوانين نذكر فقه الأستاذ الفرنسي نيبوابيه الذي تميز بنزعته الوطنية. إذ عُدَّ أنّ الغرض الأساسي من وضع قواعد الإسناد الفرنسية هو حماية المصالح الوطنية. وبناءً على ذلك فقد دعا إلى تطبيق القانون الفرنسي في كلّ مرة يكون فيها أحد الفرنسيين طرفاً في علاقة قانونية. كما دعا أيضاً إلى تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الشريعة الإسلامية و تنازع القوانين [5]

سنبحث أولاً في نظام شخصية القوانين في دار الإسلام، ثم في القواعد التي كانت سائدة في ظل نظام الامتيازات الأجنبية.

أ- نظام شخصية القوانين في دار الإسلام:

عرفت الشريعة الإسلامية نظام شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام استثناءً من مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائداً فيها، إلا أنّ ظاهرة تنازُع القوانين سجّلت مع ذلك غياباً تاماً على الصعيد الداخلي لأسباب عدّة:

أولاً: إنّ نظام شخصية القوانين كان قائماً على أساس التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. أي أنّ القاضي غير المسلم كان يجب عليه، إذا عُرِض عليه نزاع يدخل في دائرة اختصاصه، أن يُطبّقَ أحكام شريعته الخاصة.

وإذا كان القاضي المسلم بدوره مختصاً للنظر في نزاع معين كان عليه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع أيّاً كانت ديانة الخصوم، سواء أكانوا من الديانة نفسها أم من ديانتين مختلفتين، كما لو كان النزاع بين مسيحي وموسوي، باستثناء حالات محددة وضيقة جداً سمح فيها بعض فقهاء المذهب الحنفي للقاضي المسلم تطبيقَ أحكام ديانتهم في بعض المسائل الملحقة بالديانة إذا كانوا من أتباع ديانة أو طائفة مشتركة.

ومن المعروف أنّه كان يتم استخدام ديانة الأشخاص من أجل توزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية القائمة في دار الإسلام. ومن القواعد التي كانت تحكم تنظيم الاختصاص القضائي في الشريعة الإسلامية القاعدة التي تقول بعدم جواز خضوع المسلم لقاضٍ غير مسلم.

ثانياً: غلبة شريعة القاضي المسلم على غيرها من الشرائع المطبقة في دار الإسلام في حال دخولها في تنازع مع هذه الشرائع، كما لو كان النزاع يتعلق بزواجٍ بين مسلم وغير مسلمة، أو بعقد آخر بين مسلم وغير مسلم، ففي هذه الحالة يكون القاضي المسلم مختصاً بفصل النزاع وفقاً للقاعدة التي تمنحه حقّ النظر في المنازعات كافة سواءٌ أكانت بين المسلمين أم غير

---

[5] للمزيد انظر: الدكتور محمود عبد الكريم: القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ص 26.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

المسلمين، أم بين مسلم وغير مسلم، سواءٌ ترافعوا إليه متفقين أم بناءً على رفع النزاع إليه من قبل أحدهم. ومتى ثبت له هذا الاختصاص كان القاضي ملزماً باتّباع أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالقاعدة التي تقول " لا يحكُم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- نظام الامتيازات الأجنبية في ظل الخلافة العثمانية (وظاهرة امتداد القوانين):

في ظل الخلافة العثمانية التي كانت تحكُم بلاد المسلمين بما فيها سورية دخلت الدولة العثمانية في معاهدات ثنائية مع الأمم الأوربية، وتضمنت هذه المعاهدات منح هذه الدول امتيازات كبيرة في الدولة العثمانية سياسية ومالية وقضائية، غير أنّ هذا التطور لم يساعد على ظهور تنازُع بين قوانين هذه الدول، لأنّ الامتيازات القضائية والقانونية التي كانت تتمتع بها الدول الأجنبية شكّلت ما يُسمَّى ظاهرة امتداد القوانين. بمعنى أنّ هذه الامتيازات أدّت إلى امتداد سلطان القضاء والقانون الأجنبي ضمن الأراضي العثمانية، فكان لكل دولة من الدول صاحبة الامتيازات محاكم قنصلية في هذه الأراضي العثمانية تتمتع بحق الفصل في الدعاوى المدنية والتجارية والجزائية التي تقوم بين رعاياها والرعايا الآخرين، وذلك وفقاً لقوانينها الوطنية.

وبذلك تمكّنت المحاكم القنصلية من امتصاص ظاهرة تنازُع القوانين في الأراضي العثمانية. لأنّ الأجنبي (أو المستأمن) كان في هذه الأراضي يخضع بصورة دائمة وثابتة لقانون بلده. وكما قيل: فقد كان الأجنبي في الدولة العثمانية ينتقل حيثُ يشاء حاملاً معه قضاءه وقانونه الوطني، أي أنّه كان يتمتع بحصانة تحول دون إمكان مثوله أمام المحاكم العثمانية، ودون خضوعه للقانون العثماني. وهكذا أدّت الامتيازات الأجنبية، التي جاءت نتيجة انفتاح العالم الإسلامي على الغرب بصورة عكسية، إلى انغلاق النظم القانونية على نفسها وكرَّست عزلتها السابقة.

غير أنّه كان من نتائج تطبيق نظام الامتيازات تشجيع مجيء الأجانب إلى البلاد العثمانية بأعداد كبيرة، مما ساعد على قيام نشاط تجاري كبير بين الشرق المسلم والغرب المسيحي، وأدّى بالتالي إلى قيام علاقات متطورة في مختلف الميادين تتنازعها القوانين العثمانية والقوانين الغربية، وهذا ما دفع السلطات العثمانية إلى التفكير في وضع تشريعات جديدة تكفُل استيعاب هذه العلاقات الجديدة من جهة، وتؤكد سيادة الدولة العثمانية على أقاليمها من جهة أخرى.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

فقامت بوضع قوانين مختلفة أهمّها القانون التجاري والبحري، وقانون الأصول، وقانون الأراضي، ومجلة الأحكام العدلية. كما أنشأت المحاكم النظامية والمختلطة. وقد تضمنت بعض هذه القوانين قواعد في تنازع القوانين، ومنها قاعدة خضوع العَقار لقانون موقعه التي وردت في قانون الأراضي لعام 1867 (المادة 4)

وبعد إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية واستقلال سورية وسقوط عهد الانتداب لجأ المُشرِّع إلى وضع نظام شبه متكامل في تنازع القوانين، وجد مكانه في الباب التمهيدي للقانون المدني السوري الصادر عام 1949.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: ستضمن تنازعاً مكانياً وتنازعاً زمانياً:

1- التنازع المتغير

2- التنازع الإيجابي

3- التنازع الزمني

4- التنازع الثابت

5- تنازع أنظمة التنازع

الإجابة الصحيحة 4

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الوحدة التعليمية الثانية

حلول تنازع القوانين المعاصرة في القانون المقارن

الكلمات المفتاحية:

الأسلوب التنازعي – قواعد الإسناد – قواعد عامة ومجردة – قواعد وطنية – قواعد تنظيمية – القواعد المادية للقانون الدَّوليّ الخاصّ

الملخص:

يمكن التمييز ضمن الحلول المعروفة حالياً لمشكلة تنازع القوانين بين أسلوبين الأسلوب التنازعي وأسلوب القواعد المادية الخاصة بعلاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تمييز حلول تنازع القوانين المعاصرة في القانون المقارن.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أساليب حلول تنازع القوانين

يمكن التمييز ضمن الحلول المعروفة حالياً لمشكلة تنازع القوانين بين أسلوبين الأسلوب التنازعي وأسلوب القواعد المادية الخاصة بعلاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي.

الأسلوب التنازعي

يقوم الأسلوب المتبع حالياً لحل مشكلة تنازع القوانين في معظم النظم القانونية الوطنية على وضع قواعد تُسمَّى قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين؛ التي تتولى تحديد القانون الواجب تطبيقُهُ على مختلف علاقات الأفراد المتضمنة عنصراً أجنبياً.

ويقوم نظام قواعد الإسناد على تقسيم هذه العلاقات إلى مجموعات أو فئات مختلفة ومتعددة، وتخصيص كل فئة منها بقانون محدد يحكمها، بحيثُ تضمّ كلُّ فئة مجموعةً من العلاقات التي تجمعها وحدة النسيج الحقوقي، لأنّه من الصعوبة بمكان حصرُ علاقات الأفراد بأنواعها المختلفة وتخصيص كلّ واحدة منها بقانون محدد. لهذا أبدع الفكر القانوني فكرة الفئات أو المجموعات القانونية التي يُمكن أن تضمّ مختلف علاقات الأفراد. غير أنّ هذه المجموعات أو الفئات المعتمدة حالياً في تشريعات الدول لا يقتصر عددها على الفئات التي أوجدها فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية، بل عَمِلَ الفكر القانوني المعاصر على تطويرها وإيجاد فئات جديدة أو فئات تفصيلية لكلّ منها خصوصيتها التي تستدعي اختلاف القوانين التي تخضع لها، آخذاً بعين الاعتبار طبيعتها القانونية.

ومثال هذه القواعد القاعدة القائلة بخضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، وقاعدة خضوع العَقار لقانون موقعه، والشكل لقانون محل الإبرام، والإجراءات لقانون القاضي، وحالة الأشخاص المدنية لقانون جنسية الشخص، والوقائع القانونية لقانون محل وقوع الفعل الضار أو النافع، والميراث لقانون جنسية المورِّث.

ويقوم بناء قواعد الإسناد في النظام القانوني الوطني لكل دولة على اعتبارات تخدم المصلحة الوطنية لكل دولة، وتلبي متطلبات سيادة الدولة على إقليمها والأشخاص التابعين لها من جهة، كما تأخذ بعين الاعتبار ضرورة استقرار تعامل الأفراد على الصعيد الدَّولي، وسلامة المعاملات من جهة أخرى.

ونظراً لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الإسناد يختلف مضمون بعض قواعد الإسناد بصدد مسألة محددة باختلاف الدول واختلاف فلسفتها التشريعية الوطنية، وبالتالي يختلف القانون الذي يحكم

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

هذه المسألة من دولة إلى أخرى. فالقانون الذي يحكم حالة الأشخاص وأهليتهم في القانون الدّولي الخاصّ الفرنسي، وفي معظم الدول الأوربية والعربية هو قانون جنسية الشخص، أمّا في النظم القانونية الإنكلوسكسونية هو قانون موطن الشخص. والقانون الذي يحكم الفعل الضار في بعض الدول هو قانون محل وقوع الفعل وفي بعضها الآخر قانون القاضي... الخ. فلكلّ دولة نظامها الوطني لتنازع القوانين.

وقد لجأ المُشرِّع السوريّ إلى هذا الأسلوب التنازعي في وضع حلول تنازع القوانين، ونظّم قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على مختلف الفئات القانونية في صدر القانون المدني السوري تحت عنوان "قواعد تنازع القوانين من حيثُ المكان"، وهي المواد من 11 إلى 30 ضمناً منه. وتضم هذه القواعد إلى جانب قواعد الإسناد القواعد الأخرى المكمّلة أو المفسّرة لها أو الناظمة لحسن تطبيقها. ونقصد بذلك القواعد المتعلقة بتوصيف العلاقات القانونية والقانون الواجب اتّباعه بشأنها (المادة 11)، والمصادر الأخرى لهذه القواعد (المعاهدات ومبادئ القانون الدَّولي الخاص (المادتان 25 و 26)، وتحديد جنسيّة الشخص في حال تعدد الجنسيات أو انعدامها (المادة 27)، وتحديد الشريعة الواجب تطبيقها في الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو إقليمياً (المادة 28)، وتحديد المقصود بالقانون الأجنبي الواجب تطبيقُهُ، رفض الإحالة (المادة 29)، وحالة استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام (المادة 30).

وسنحاول لاحقاً شرح هذه القواعد بالإضافة إلى شرح مختلف قواعد الإسناد السورية وبنيتها وخصائصها، ثم ننتقل بعدها إلى الأسلوب الآخر لحل مشكلة التنازع، وهو أسلوب القواعد المادية للقانون الدَّولي الخاص التي تُطبَّق على علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي مباشرة دون المرور بقواعد الإسناد.

أ- تعريف قواعد الإسناد وبنيتها

قواعد الإسناد هي قواعد قانونية يضعها المُشرِّع عادة لتحديد القانون الواجب تطبيقُهُ على فئة محددة من علاقات الأفراد القانونية.

ولو استعرضنا قاعدة الإسناد الوارد ذكرها في المادة 1/12 من القانون المدني التي تنصُّ على أنّه:

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

"يسري على حالة الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..." لوجدنا أنها تتكون من ثلاثة عناصر هي:

المادة المُسندة وهي (حالة الأشخاص وأهليتهم)، وعنصر الإسناد وهو الجنسيّة، والقانون المُسند إليه (وهو القانون الوطني).

1- مادة الإسناد:

ويقصد بها الفكرة المُسندة التي يمكن أن تنطوي تحتها العلاقة القانونية، وهي في قاعدة الإسناد المشار إليها سابقاً حالة الأشخاص بالإضافة إلى أهليتهم.

والحالة هنا مقصود بها الحالة المدنية للشخص، وهي تضمّ مختلف العناصر المتعلقة بالتعريف بالشخص بحد ذاته، وتميّزه عن غيره من الأشخاص، مثل الاسم والنسب والموطن، بالإضافة إلى العناصر الأخرى المتعلقة بوضعه العائلي مثل الزواج والبُنُوّة أو النّسب... الخ.

ولقد خص المُشرِّع السوري الأفكار التالية بقاعدة إسناد، وهي:

حالة الأشخاص وأهليتهم، النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، الشروط الموضوعية للزواج، آثار الزواج، الطلاق والتطليق والانفصال، النفقة بين الأقارب، نُظُم النيابة الشرعية، (الولاية، الوصاية القوامة، الغياب) والميراث، والوصية، وشكل الوصية، والحيازة، والملكية، والحقوق العينية الأخرى، والالتزامات التعاقدية، وشكل التصرفات والالتزامات غير التعاقدية، وقواعد الاختصاص، وشكل الإجراءات، وأدلّة الإثبات. وتُشكّل كلٌ فكرة من هذه الأفكار فئةً مستقلة للإسناد. وبالتالي يختلف القانون الواجب تطبيقُهُ باختلاف المادة أو الفكرة المُسندة التي يمكن أن تنطوي تحتها العلاقة القانونية التي يثور بشأنها النزاع أمام القضاء الوطني. ويكفي لتحديد هذا القانون تحديد فئة الإسناد أو مادة الإسناد التي تجمعها بهذه العلاقة وحدة النسيج الحقوقي أو الطبيعة القانونية النوعية. ومتى تم تحديد هذه الفئة أو هذه الفكرة يتحدد القانون الذي يحكمها.

2- عنصر الإسناد (أو ضابط الإسناد):

لو دققنا قواعد الإسناد في القانون السوري لوجدنا أنّ كلَّ قاعدة منها تتضمن عنصراً يدل على القانون المُسند إليه، أي القانون الواجب تطبيقُهُ على الفئة أو المادة المُسنَدة، مثل جنسية الشخص، جنسية الزوج وقت الزواج أو وقت رفع النزاع، جنسية المَدين، جنسية الشخص المطلوب حمايته، جنسية المورِّث أو

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الموصّي، محل إبرام الوصية، محل إبرام العقد، الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، محل وقوع الفعل، محل سير الإجراءات، مكان إعداد الدليل، موقع العَقار أو موقع المال. وهذا العنصر يسمى ضابط الإسناد أو عنصر الإسناد.

وهذا العنصر يمكن أن يكون شخصياً كالجنسية، أو إقليمياً كالموطن، ومحل العقار، أو محل وقوع الفعل، أو مكان الإبرام ... الخ .

وبعض هذه العناصر ثابت لا يتبدل مع الزمن، وبعضها الآخر قابل بطبيعته للتبدل أو التغيّر مع الزمن، مثل الجنسيّة أو الموطن أو موقع المنقول، الأمر الذي من شأنه أن يولّد مشكلة أخرى هي مشكلة التنازع المتغير، التي أشرنا إليها سابقاً، والتي تجد حلاً لها في قاعدة الإسناد نفسها من خلال ضبط عنصر الزمن فيها، كما سنرى لاحقاً.

ويُمثّل عنصر الإسناد العنصر الأكثر أهمية من بين العناصر المكونة للعلاقة القانونية، ويُشكّل مركز الثقل فيها. ويتأثّر اختياره باعتبارات مختلفة باختلاف الدول واختلاف فلسفتها التشريعية في بناء قواعد الإسناد.

ففي سورية أخذ المُشرّع بجنسية الشخص كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب تطبيقُهُ بشأنها، وبجنسية الزوج دون الزوجة في مسائل الزواج، في حين تأخذ دول أخرى بموطن الشخص أو بالجنسية المشتركة للزوجين أو بموطنهما المشترك.

ومن المفترض أن تقوم قاعدة الإسناد على ضابط وحيد للإسناد يتحدد به القانون واجب التطبيق. إلا أنّه يُمكن أحياناً بناء قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط في الوقت نفسه، كما جاء في المادة 13 من القانون المدني السوري التي تقوم على أساس جنسيّة الزوج وجنسيّة الزوجة، مما يؤدي إلى ازدواجية القانون واجب التطبيق في هذه الحالة.

وقد تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً أصلياً وضابطاً احتياطياً أو أكثر، كما في قاعدة الإسناد المحددة في المادة 20 من القانون المدني الخاصة بالعقود؛ والتي تقوم على إرادة المتعاقدين كضابط أصلي وعلى الموطن المشترك لهما كضابط احتياطي أول في حال تخلف الإرادة، ومكان إبرام العقد كضابط احتياطي ثان عند عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

كما يمكن أن تُبنى على أساس ضابط انتقائي، بحيث تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط. وبالتالي يتم تحديد القانون واجب التطبيق بالاستناد إلى أحد هذه الضوابط وفقاً لإرادة الأفراد أو لتقدير القاضي. وكمثال على ذلك نذكر قاعدة الإسناد الواردة في المادة 21 من القانون المدني التي أجازت تحديد القانون واجب التطبيق على شكل العقد إمّا بالاستناد إلى مكان إبرامه أو بالاستناد إلى إرادة الطرفين، أو بالاستناد إلى موطنهما المشترك، أو جنسيتهما المشتركة.

ونظراً لقابلية بعض ضوابط الإسناد للتغيير والتبدل كالجنسية وموقع المنقول، فقد حرص المُشرِّع في صياغة قواعد الإسناد على تحديد الوقت الذي يجب الاعتداد به لضبط عنصر الإسناد. فعندما تقرر قواعد الإسناد الاختصاص لقانون جنسية الموصّي، مثلاً، لابدّ من معرفة هل المقصود بذلك قانون جنسيّة الموصّي وقت الإيصاء أم قانون الموصّي وقت الوفاة. لأنّه قد يغيّر الموصّي جنسيته بعد الإيصاء، وقد يتوفى على جنسيّة أخرى غير الجنسيّة التي كان عليها وقت الإيصاء، مما يستدعي ضبط عنصر الزمن في عنصر الإسناد.

3- القانون المُسنَد إليه:

وهو القانون الذي يتحدد بموجب ضابط الإسناد، ويتولى حكم المادة المُسنَدة بموجب قاعدة الإسناد. ونطلق عليه القانون الواجب تطبيقُه. وهذا القانون قد يكون قانون القاضي الوطني أو قانون دولة أجنبية. فإذا كان العَقار في دمشق كان القانون السوري هو الواجب تطبيقُه على ملكية هذا العَقار. أمّا إذا كان في أنقرة فيكون القانون التركي هو الواجب التطبيق. وإذا كان الزوج سورياً وقت الزواج مثلاً كان القانون السوري هو القانون الواجب تطبيقُه على آثار الزواج، وإذا كان لبنانياً كان القانون اللبناني هو الواجب تطبيقُه على هذه الآثار. وهكذا...

ب- خصائص قواعد الإسناد

تتصف قواعد الإسناد عموماً، وقواعد الإسناد السوريّة خصوصاً، بكونها: قواعد عامة ومجردة، ووطنية، وتنظيمية وغير مباشرة، وثنائية الجانب.

1- قواعد عامة ومجردة:

بمعنى أنها تقرر أحكاماً عامة، ولا تتناول أوضاعاً أو حالاتٍ خاصةً، بحيث تسري على كل ما يدخل ضمن مدلول فكرة الإسناد. فهي تُقرر مثلاً إخضاع العَقار لقانون موقعه، والعقد لقانون الإرادة أيّاً كانت

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

جنسية أطراف العلاقة أو العقد، وأيّاً كان محل العَقار أو محل إبرام العقد... الخ، ولا تتضمن تسمية دولة معينة بذاتها لحكم العلاقة محل النزاع.

وهي قواعد عامة مجردة بمعنى أنها غير متحيزة لقانون دولة معينة. ومن مظاهر هذه العمومية وهذا التجريد أنها توضع بصورة مسبقة على قيام النزاع أمام القاضي وبغض النظر عن هوية القوانين المتنازعة. فلا يمكن عملياً معرفة الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق على النزاع إلا بعد عرض النزاع على القضاء. وقد يكون هذا القانون هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية. وهذا لا يظهر إلا بعد تحديد قاعدة الإسناد وتطبيق هذه القاعدة وفق معطيات النزاع وعناصره.

والصفة العامة لقاعدة الإسناد تعني بالضرورة أن يكون الغرض منها تحديد أفضل القوانين وأنسبها لحكم العلاقة التي وضعت من أجلها.

2- قواعد وطنية:

وهذه الصفة الوطنية مستمدة من مصادر قواعد الإسناد ومن الاعتبارات والمصالح التي يبتغيها المُشرِّع وفق فلسفته التشريعية الوطنية.

فهي من صنع المُشرِّع الوطني أصلاً يضعها بملء حريته واستقلاله مراعياً عند وضعها سيادة الدولة وحاجة التعامل الدَّولي، وبما يتوافق مع متطلبات طبيعة النزاع والعدالة، وعند غياب النص التشريعي بشأنها يتولى القضاء الوطني وضعها بالاجتهاد وفق الاعتبارات الوطنية: القانونية والاقتصادية والسياسية.

3- قواعد تنظيمية:

لا تنطوي قواعد الإسناد على أحكام مادية في موضوع النزاع بين الخصوم، فهي لا تُطبَّق مباشرة على هذا النزاع، ولا تقول إذا كان الزواج صحيحاً أو غير صحيح، ولا تقرر حقوقاً أو التزامات على أطراف النزاع، ولكنّها تقود إلى تحديد القانون الذي يتولّى تحديد هذه الأمور، ويفصل في موضوع النزاع لمصلحة المُدّعي أو ضده، ولذلك نقول عنها أيضاً بأنّها قواعد غير مباشرة وغير مادية، كما نقول عنها أيضاً بأنّها قواعد تنظيمية أو إسنادية، بمعنى أنّ دورها يقتصر على إخضاع مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون محدد يشير إليه ضابط الإسناد فيها.

4- قواعد ثنائية الجانب:

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

لا تتضمن قواعد الإسناد تحديد حالات اختصاصات القانون الوطني فقط على المنازعات المنطوية على عنصر أجنبي، فهي ليست بقواعد أحادية الجانب مثل قواعد الاختصاص القضائي الدَّولي، وإعمالها بالصيغة التي وردت بها في القانون السوري يؤدي إمّا إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ولهذا نقول عنها بأنّها ثنائية الجانب، وهي بالتالي صلة الوصل بين النظام القانوني الوطني والنظم القانونية الأخرى في العالم، ولهذا يقول عنها الفقه الحديث بأنّها تتولى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي بالتالي تمنح القانون الأجنبي الذي تدلّ عليه قوة النفاذ أمام القاضي الوطني، ومن دون الاعتراف لها بهذا الدور تفقد قواعد الإسناد الوطنية مبرر وجودها في النظام القانوني الوطني.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

القواعد المادية للقانون الدَّولي الخاص

يأخذ بعض الفقه على قواعد الإسناد أو على الأسلوب التنازعي في حل مشكلة تنازُع القوانين أنّه يؤدي إلى تعميق النزعة الوطنية للقانون الدَّولي الخاص. كما يؤخذ على هذا الأسلوب إخفاقه في حل مشكلة تنازع القوانين السلبي، أي المشكلة الناجمة عن رفض القانون الأجنبي، الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، اختصاصه في موضوع النزاع، وذلك بموجب قواعد الإسناد لديه مما يعرض العلاقة موضوع النزاع لبقائها دون قانون يحكُمها. يضاف إلى ذلك إخفاقه في معالجة التنازع الإيجابي، أي عندما تتعدد القوانين التي تَقرّ لنفسها، بموجب قواعد الإسناد لديها، الاختصاص بموضوع النزاع.

ولهذا ينادي هؤلاء بضرورة التخلي عن قواعد الإسناد ووضع قواعد مادية (موضوعية) تُطبَّق على مختلف علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي. وهذه القواعد هي غير القواعد التي تُطبَّق على العلاقات الوطنية، بحيث يكون للزواج بين الوطنيين نظامه وللزواج بين الوطنيين والأجانب أو بين الأجانب نظامه المختلف. ويكون للتجارة الداخلية قواعدها الخاصة وللتجارة الدولية قواعدها المختلفة.

1- تعريفها:

وهذه القواعد تُسمَّى "القواعد المادية، أي الموضوعية المباشرة للقانون الدَّولي الخاص" أو " القانون الدَّولي الخاص المادي". وتُطبَّق مباشرة على نزاعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي دون المرور على طريق قواعد الإسناد في قانون القاضي.

2- مصادرها:

يمكن أن يكون مصدر هذه القواعد وطنياً، كما يمكن أن يكون مصدرها دولياً. ويؤيد أصحاب هذا الأسلوب موقفهم بالإشارة إلى وجود بعض هذه القواعد المماثلة في التعامل الدَّولي الراهن، وفي تشريعات بعض الدول، وفي بعض المعاهدات، وفي القرارات التحكيمية الصادرة في منازعات التجارة الدولية. ومن الأمثلة على هذه القواعد المعمول بها في علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، القواعد الخاصة بالعقود التجارية الخارجية في القانون التشيكوسلوفاكي سابقاً، وقاعدة جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية رغم بطلانه في العقود الداخلية، والقاعدة التي تجيز صحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية في قوانين بعض الدول وغيرها. وكذلك اتفاقية جنيف لعام 1930 و 1931 الخاصة بالسفتجة والشيكات، واتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية وغيرها من الاتفاقيات المتعلقة بالنقل البحري أو الجوي.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

كما يؤكد هؤلاء على وجود قواعد من هذا النوع تُطبَّق في نطاق التجارة الدولية مستمدة من مصادر أخرى غير وطنية وغير رسمية، مثل التعامل التجاري، والعقود النموذجية، وأحكام المحكِّمين الدَّولية، والمبادئ العامة للقانون، والشروط التعاقدية أو ما يطلق عليه الفقه الحديث باللاتينية تعبير Lex Mercatoria [1]

3- أهميتها:

وبتقديرنا لا يمكن إنكار وجود مثل هذه القواعد. كما لا يمكن إنكار توسع نطاق انتشارها وتزايدها ولاسيما في نطاق التجارة الدولية. ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أنّ المُشرِّع السوري قد أشار إلى وجود مثل هذه القواعد وإلى وجوب احترامها في المادة 38 من قانون التحكيم السوري الذي صدر مؤخراً في عام 2008 ، المتعلقة بالقواعد الواجب على هيئة التحكيم تطبيقُها على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدَّولي، إذا اتفق الخصوم على ذلك.

غير أنّه لابدّ من الإشارة أيضاً إلى أنّ هذه القواعد محدودة العدد والنوع، ومازالت عاجزة لوحدها عن تكوين قانون دوليّ خاصّ مادي يُنظِّم علاقات الأفراد على الصعيد الدولي. ولكنّها مع ذلك تظلّ إحدى الوسائل الممكنة لتنظيم بعض أوجه النشاطات التجارية على الصعيد الدَّولي، وتشكِّل بالضرورة، وبحكم الواقع، جزءاً من قواعد القانون الدَّولي الخاص إلا أنّ قواعد الإسناد مازالت تحتل ضمنها مركز الصدارة في الوقت الراهن.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يقصد بالصفة التنظيمية لقواعد الأسناد أنها:

1- قواعد مباشرة

2- قواعد إجرائية

3- قواعد مادية

4- قواعد موضوعية

5- قواعد غير مباشرة

الإجابة الصحيحة رقم 5

---

[1] انظر في هذا المفهوم وفي القواعد غير الوطنية:
Pierre MAYER: droit international privé, 4 ème. éd., Montchrestien, Paris, 1991, P. 20 ets, n°. 21-25

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الوحدة التعليمية الثالثة

تحديد قاعدة الإسناد الواجب تطبيقُها والتكييف

الكلمات المفتاحية:

القوة الملزمة لقواعد الإسناد الوطنية – التكييف القانوني (الوصف القانوني) – الإتجاهات الفقهية – التكييف في القانون الدولي الخاص السوري

الملخص:

لابدّ للقاضي من المرور بعملية التكييف لتحديد قاعدة الإسناد التي ستدلّه على القانون الواجب تطبيقُهُ في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، أي تحديد الوصف القانوني للعلاقة موضوع النزاع لبيان طبيعتها القانونية التي ستؤدّي إلى إلحاقها بإحدى قواعد الإسناد التي تدخل هذه العلامة تحت لواء مادة الإسناد فيها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد قاعدة الإسناد الواجب تطبيقُها والتكييف.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

كيف يتمكن القاضي الناظر في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي من تحديد قاعدة الإسناد التي ستدلّه على القانون الواجب تطبيقُهُ؟

لمعرفة هذه القاعدة لابدّ للقاضي من المرور بعملية التكييف، أي تحديد الوصف القانوني للعلاقة موضوع النزاع لبيان طبيعتها القانونية التي ستؤدّي إلى إلحاقها بإحدى قواعد الإسناد التي تدخل هذه العلامة تحت لواء مادة الإسناد فيها.

ولكن قبل ذلك لابدّ من أن نشرح القوة التي تتمتع بها قاعدة الإسناد تجاه القاضي الناظر في النزاع. هل هي من القواعد الملزمة له؟ أَمْ إنّها ملك الخصوم يتوقف تطبيقها من قبله على طلب من الخصوم؟

القوة الملزمة لقواعد الإسناد الوطنية

نبحث هذه المسألة في القانون المقارن أولاً، ثم في القانون الدَّولي الخاصّ السوريّ ثانياً.

أ- في القانون المقارن

تختلف النظم القانونية للدول في تحديد موقفها من القوة التي تتمتع بها قواعد الإسناد في قانون القاضي الناظر في النزاع. ويُمكن في هذا الشأن أن نميّز بين ثلاثة اتجاهات:

1- اتجاه لا يعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة ملزمة.

وهذا الاتجاه معمول به في بعض الدول الإنكلوسكسونية، وهو يقضي بوجوب تطبيق القاضي لقانونه الوطني على المنازعات كافة، بما فيها المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ولا يجوز له من تلقاء نفسه المبادرة إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانونه إلا إذا تمسّك بتطبيق القانون الأجنبي الذي تُشير إليه هذه القاعدة، ولكن بشرط أن يُثبِتَ من يتمسك بتطبيقه أنّ أحكامه تختلف في مضمونها عن الأحكام المقررة في قانون القاضي.

يقوم هذا الاتجاه على أساس افتراض وجود تشابهٍ بين القانون الأجنبي والقانون الوطني. فإذا أثبت الخصم خلاف ذلك يُمكن عندها للقاضي تطبيق هذا القانون الأجنبي الذي يختلف في أحكامه عن أحكام القانون الوطني.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

2- اتجاه يعترف لقاعدة الإسناد بقوة تلزم القاضي على تطبيقها.

وبموجب هذا الاتجاه لا يتوقف تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي على طلب من الخصوم بل يجب عليه البحث عن القانون الواجب تطبيقُهُ، وتطبيقُهُ من تلقاء نفسه ولو كان قانوناً أجنبياً، سواءٌ طلب الخصوم ذلك أم لا، وسواءٌ كانت أحكام هذا القانون الأجنبي تخالف أحكام قانون القاضي الوطني أم تشابهُه. وعند أصحاب هذا الاتجاه، المعمول به في بعض الدول الأوربية، تُعدّ قاعدة الإسناد من النظام العام، ويجوز التمسك بتطبيقها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولو كانت تُشير بتطبيق قانون أجنبي.

3- اتجاه يقول بأنّ قاعدة الإسناد لا تتمتع بقوة تلزم القاضي على تطبيقها، ولكن يجوز له ذلك من تلقاء نفسه.

عند أصحاب هذا الاتجاه من الفرنسيين لا تتمتع قاعدة الإسناد بصفة النظام العام على الأقل حين تُشير باختصاص قانون أجنبي، ولذلك على الخصوم التمسك بتطبيقها. ومع ذلك يجوز للقاضي الفرنسي من تلقاء نفسه تطبيق القانون الأجنبي الذي تُشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الفرنسية، ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك.

ولقد خضع موقف القضاء الفرنسيّ من قاعدة الإسناد إلى تقلبات متعددة وسريعة في الآونة الأخيرة تراوحت بين عدّها ملزمة وبين تخيير القاضي في إعمالها، حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي.

ولابدّ أخيراً أن نشير إلى موقف المُشرِّع التونسيّ من قاعدة الإسناد الذي ورد في نصّ المادة 28 من القانون الدَّولي الخاصّ التونسي رقم 97 لعام 1998 التي تقضي بما يلي: " إنّ قاعدة الإسناد هي من النظام العام عندما يتعلق موضوعها بفئة من الحقوق التي لا يملك الأطراف بشأنها حرية التصرف. أمّا في الحالات الأخرى فإنّ قاعدة الإسناد هي ملزمة للقاضي إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على استبعاد تطبيقها"، أي إنّ الأصل أن يتصدّى القاضي لتطبيق قاعدة الإسناد ما لم يستبعدها الخصوم صراحة. وهذا موقف متطور ومتقدم في التشريعات العربية مقارنة بموقف القضاء العربي السائد حالياً.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب- في القانون الدّولي الخاصّ السوريّ

سكت المُشرِّع حول هذا الموضوع، فهو لم يضع نصاً خاصّاً صريحاً يحدد مدى قوتها الإلزامية للقاضي وللخصوم. ولكنّ صياغة قواعد الإسناد، كما جاءت في القانون المدنيّ السوريّ، تدلّ على عدّها ملزمة للقاضي، فالمُشرِّع لم يستخدم الصيغة الجوازية أو التخييرية أو التقديرية في صياغتها، وعباراتها تدلّ دلالة واضحة على الصفة الوجوبية لها، فقد جاءت جميعها بصيغة "يسري" أو "تخضع".

غير أنّ محكمة النقض السورية قد تجاهلت هذه الصياغة وهذه الدلالات، ولم تعترف لقاعدة الإسناد السورية بأية قوة تُلزم القاضي بتطبيقها. وعلّقت تطبيقها على طلب من الخصوم وتمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه. وهذا ما يُستفاد من قرارها (رقم 5/ أساس مدني 520 تاريخ 1979/7/17 – مجلة "المحامون" 1979 ص 181) الذي ينصّ على ما يلي: "إذا كان للقاضي الوطني أن يطبّق قانوناً أجنبياً فإنّ ذلك لا يتمّ إلا بناءً على طلب أحد أطراف الدعوى وإثباته وجوب تطبيق القانون الأجنبي..."

وفي قرار آخر خُلِعت على قواعد الإسناد الصفة الجوازية إذ جاء فيه: "إنّ القانون الأجنبي لا يجوز تطبيقه من قبل المحاكم الوطنية في حال جواز تطبيقه إلا بطلبٍ من الخصوم وتمسُّكهم بنصوصه. (قرار رقم 163 – أساس مدني 722 تاريخ 1981/2/1، محامون 1981، ص 534) ولكن لم ترتب كامل النتائج المقررة للقواعد الجوازية أو التكميلية؛ والتي تقضي بوجوب تطبيقها ما لم يستبعدها الخصوم.

وبالإضافة إلى تعثّر محكمة النقض في التعامل مع قواعد الإسناد الوطنية، تجاهلت وجود هذه القواعد ولم تتطرق إلى دورها أو وظيفتها بشكل مباشر وصريح. وتجاهلت ما أوضحه بشأنها واضع مشروع القانون المدنيّ المصريّ كبير الفقهاء العرب عبد الرزاق السنهوري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدنيّ المصريّ في كتابه "الوسيط" عندما خلع عليها الصفة الآمرة بقوله:

"إنّ القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يُطبّق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني،

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي، كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض[1]".

بتقديرنا أنّ القاضي السوريّ ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه دون انتظار طلب بذلك من الخصوم، وذلك لأسباب عدّة:

1. الصيغة الوجوبية لصياغتها في المواد 12 إلى 24 من القانون المدنيّ السوريّ. مما يدل على نيّة المشروع السوريّ في وجوب احترامها وعدم مخالفتها. وهذا يعني وجوب عدّها قواعد ملزمة.
2. إنّ قواعد الإسناد الوطنية تعبّر عن فلسفة المُشرِّع السوريّ في ميدان تنظيم علاقات الأفراد على الصعيد الدَّولي. وهذه الفلسفة التشريعية تقوم على اعتبارات أسياسية عليا وطنية فهي تتصل بمبدأ سيادة الدول على إقليمها من جهة، وبحماية علاقات الأفراد واستقرارها أيّاً كانت جنسيّتهم من جهة أخرى. كما تقوم على اعتبارات تتعلق بتحديد أفضل القوانين وأنسبها لحكم المسائل التي يثور بشأنها تنازع القوانين. ومثل هذه الاعتبارات تُعَّد من النظام العام الوطني. وعدم التزام القاضي بها يُشكِّل خروجاً عن فلسفة المُشرِّع الوطني وعن سياسته التشريعية العليا.

صحيح أنّ قواعد الإسناد قد وضعت لتنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدَّولي إلا أنّ ذلك لا يعني أبداً أنّها وضِعت من أجلهم، ولمجرد تحقيق مصالحهم الشخصية. وبالتالي فهي ليست مُلكاً لهم يتوقف تطبيقها على إرادتهم، بل تفرضها متطلبات النظام العام. فهي بالتالي يجب أن تُعامل معاملة القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

ويترتب على تقرير الصفة الآمرة لها نتائج عدّة أهمها:

- وجوب خضوع القاضي لها، باعتبارها من أوامر المُشرِّع الوطني، وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه.
- إنّ القانون الأجنبي يستمد قوة نفاذه في دولة القاضي من قواعد الإسناد الوطنية.
- يخضع الخطأ في تطبيق قواعد الإسناد الوطنية لرقابة محكمة النقض، ويجوز بالتالي التمسّك بها لأول مرة أمام هذه المحكمة.

[1] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام عموماً)، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات، القاهرة 1956 ص 55.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

التكييف القانوني (الوصف القانوني)

التكييف في القانون الدَّولي الخاصّ هو تحليل العلاقة القانونية موضوع النزاع لمعرفة طبيعتها القانونية من أجل ربطها بإحدى فئات الإسناد التي تجمعها معها وحدة النسيج الحقوقي، أي بيان الطبيعة القانونية لها، وبالتالي تحديد قاعدة الإسناد بغية معرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.

فالتكييف وتحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع، هو مسألة أولية أساسية لازمة لتطبيق قواعد الإسناد، أي لتحديد المسائل التي يمكن أن تدخل في نطاق الفكرة المُسنَدة. فالتكييف ليس في واقع الحال إلا تفسيراً لقاعدة الإسناد، وبالتالي لتحديد نطاق تطبيقها.

وقد كان لديمولان الفرنسي الفضل تاريخياً في إبراز أهمية التكييف في تحديد القانون الواجب تطبيقُهُ، كما رأينا ذلك سابقاً.

ونظراً لاختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، واختلاف قوانين هذه الدول في تكييف المسائل القانونية وتحديد طبيعتها القانونية، فإنّه يترتّب على ذلك قيام تنازع بين قوانين هذه الدول بشأن تكييف موضوع النزاع. وهنا يُطرح السؤال: ما هو القانون الذي يجب على القاضي الرجوع إليه لتوصيف هذا النزاع وحل مشكلة تنازع التكييفات؟. وهذا ما يميز عملية التكييف في القانون الدَّولي الخاصّ عنه في القانون الداخلي.

فما هو هذا القانون؟ في الفقه وفي القانون الدَّولي الخاصّ السوريّ.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أ- الاتجاهات الفقهية

يمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسة[2] تختلف في تحديد هذا القانون، هي:

أولاً- إخضاع التكييف لقانون القاضي:

من أبرز دعاة هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بارتان الذي وضع نظرية متكاملة في هذا الشأن، تقوم على قاعدة وتحفظ واستثناء.

أ- القاعدة:

وتقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي الذي يتولّى فصل النزاع. ومعنى ذلك أنّه على القاضي اتّباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكييف. ولقد استخلص بارتان هذه القاعدة من مسلك القضاء الفرنسي في القضايا التي عُرضت على المحاكم الفرنسية.

ولم يكتف بارتان بالكشف عن مسلك القضاء الفرنسي بهذا الشأن بل عَمِل على إيجاد السند القانوني لهذه القاعدة، ووجد ذلك في فكرة السيادة في تنازع القوانين.

يرى بارتان أنّ تنازع القوانين هو في حقيقة الأمر تنازعٌ بين سيادات الدُّول، فإذا ما سمَحت قاعدة الإسناد أحياناً بتطبيق قانون أجنبي فإنها تكون قد تنازلت عن قدرٍ من سيادة القانون الوطني لمصلحة القانون الأجنبي. والمُشرِّع هو الذي يُنظِّم حدود هذا التنازل وكيفيته عن طريق قواعد الإسناد ووفقاً للأفكار التي تقوم عليها هذه القواعد. ولمّا كان التكييف يتوقف عليه تحديد حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي، أي تحديد الحالات التي يتنازل فيها المُشرِّع عن جزء من سيادته لمصلحة القانون الأجنبي، لذلك يجب أن يخضع للقانون الوطني الذي يُنظِّم حدود هذه السيادة، أي لقانون القاضي.

ومن المعروف أنّ بارتان قد أخذ بقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي على إطلاقها، فقال باتّباعها سواء أكان التنازع في التكييف قائماً بين قانون أجنبي وقانون وطني أم بين قانونين أجنبيين، ولم يقيدها إلاّ بتحفظ واستثناء.

---

[2] انظر في هذه الاتجاهات: الدكتور ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 42 وما بعدها.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب- التحفظ:

ميّز بارتان بين التكييف الأولي السابق على تحديد القانون واجب التطبيق وبين التكييفات اللاحقة التي تظهر بعد معرفة هذا القانون، وسمّاها "التكييفات الثانوية". واقتصر إعمال قانون القاضي على التكييف الأولي السابق لتحديد القانون واجب التطبيق. أمّا التكييفات اللاحقة أو الثانوية فقد أوجب الرجوع بشأنها إلى القانون الواجب تطبيقُهُ، لكونها لا تتعلق بفكرة السيادة التي بنى عليها بارتان قاعدته في إخضاع التكييف لقانون القاضي. ولهذا لا يعدّ بارتان هذا التحفظ استثناء من هذه القاعدة بل هو نتيجة منطقية للأساس الذي بُنيت عليه وهو فكرة السيادة. ومن الملاحظ أنّ أهمية هذا التمييز لا تظهر إلا إذا كان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، استناداً إلى التكييف الأولي، هو قانون أجنبي.

ج- الاستثناء:

إنّ الاستثناء الوحيد الذي قال به بارتان هو إخضاع تحديد وصف المال فيما إذا كان عَقاراً أو منقولاً لقانون موقع المال لا لقانون القاضي. وحُجَّتُه في ذلك أنّ اكتساب الحقوق العينية يستلزم نوعاً من الاستقرار والطمأنينة في التعامل، وهذه الاعتبارات العملية لا يمكن تحقيقها إلا بإخضاع وصف المال لقانون موقعه.

<u>ثانياً- إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع</u>

خلال سنة تقريباً من نشر بارتان نظريته في التكييف، كتب الأستاذ الفرنسي ديسباننيه مقالاً انتقد فيه هذه النظرية، ونادى على العكس بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكُم النزاع حتى لو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً. وحُجَّتُه في ذلك أنّه إذا كانت علاقات الأفراد يجب أن تخضع للقانون الذي تُشير إليه قواعد الإسناد، وكان هذا القانون قانوناً أجنبياً، فإنّه من غير المقبول بعد ذلك أن نسمَح للقاضي بإجراء التكييف وفقاً لقانونه. لأنّ هذا القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه يجب أن يحكم النزاع بكامله بما في ذلك عملية التكييف، أي تحديد الأوصاف القانونية للنزاع، بعدّها جزءاً لا ينفصل عن مضمون هَذا القانون.

والقول بغير ذلك وإخضاع التكييف لقانون القاضي مثلاً يمكن أن يؤدي عند ديسباننيه إلى تطبيق القانون الأجنبي في غير الحالات التي أراد المُشرِّع الأجنبي تطبيقه فيها أو عدم تطبيقه

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

في حالات يجب فيها هذا التطبيق، وبخاصةٍ إذا كان تكييف القاضي لموضوع النزاع يختلف عن تكييف هذا القانون له.

غير أنّ نقطة الضعف القاتلة في هذا الاتجاه تتمثل في كونه يقوم على افتراض ما يُطلب إثباته، بمعنى افتراض النتيجة قبل السبب، أي افتراض معرفة القانون واجب التطبيق قبل إجراء عملية التكييف. لأنّه من المُسَلّمِ به أنّ إجراء التكييف، كما رأينا من قبل، يسبُق من الناحية العملية تحديد القانون واجب التطبيق. فلا يمكن إذاً التسليم مع ديسبانييه بوجوب إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع في الوقت الذي يبحث فيه القاضي عن هذا القانون.

ثالثاً- إخضاع التكييف للقانون المقارن

ويُقصد بذلك عدم إجراء التكييف وفقاً لقانون محدد. بل لابدّ من اتباع منهج ينسجم مع حاجة المعاملات الدولية، ويتلاءم مع طبيعة قواعد الإسناد التي وضِعت أصلاً لمواجهة علاقات ذات طابع دَولي، وذلك باعتماد مفاهيم عالمية موحدة ومجردة للأفكار المسندة التي تقوم عليها قواعد الإسناد تستمد من الدراسة المقارنة للنظم القانونية المختلفة.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب- التكييف في القانون الدّولي الخاصّ السوريّ

أولاً: قاعدة إخضاع التكييف للقانون السوريّ

أخذ المُشرِّع السوريّ بقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي، وأدرجها في المادة 11 من القانون المدنيّ السوريّ التي تنصّ على ما يلي: "القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقهُ من بينها". فإذا عُرض على القاضي السوريّ نزاع بشأن علاقة تتضمن عنصراً أجنبياً، يجب على هذا القاضي عند إجراء عملية التكييف، تمهيداً لتحديد القانون واجب التطبيق بشأنه، اتباع أحكام قانونه الوطني ومفاهيمه دون أيِّ قانون آخر.

ثانياً: مبررات القاعدة

ولكن ما هي مبررات الموقف الذي اتخذه المُشرِّع السوري في اعتماد القاعدة التي كشف عنها الأستاذ الفرنسي بارتان، وهل يمكن اعتماد فكرة السيادة في تنازُع القوانين لتبرير إخضاع التكييف أمام القاضي السوريّ لقانونه الوطني؟

إنّ فكرة تنازع سيادات الدول لا علاقة لها بعلاقات الأفراد، وبالتالي لا يمكن الأخذ بها حالياً لتبرير قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي. وهذا ما استقر عليه الفقه الحديث الذي اعتمد أسساً أخرى (قانونية وعملية) لتبرير هذه القاعدة، وأهمها:

1- إنّ التكييف ينطوي في حقيقته على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وتحديد مضمونها. ولا يُعقل أن يُطلب تفسير قاعدة وطنية من قبل أيّ قانون سوى القانون الوطني الذي تنتمي إليه هذه القاعدة.
2- إنّ التكييف عملية أولية سابقة لعملية الإسناد. ولهذا لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرّف على القانون واجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف. لذا لا يمكن القول بإخضاعها للقانون الذي عيّنته قواعد الإسناد، لأنّ ذلك يؤدي إلى الوقوع في الحلقة المفرغة. فمن المتعذر عملياً معرفة هذا القانون قبل البدء في التكييف أو أثنائه أو قبل

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الانتهاء منه. ولذلك لابدّ من أن يلجأ القاضي إلى اتباع أحكام قانونه الوطني ومفاهيمه الأساسية.

بالإضافة إلى ذلك إنّ القول بإخضاع التكييف للقانون واجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد مثلاً، يؤدي إلى اختلاف تكييف المسألة الواحدة باختلاف القانون واجب التطبيق. وهذا ما لا يمكن القبول به، لأنّه من غير المستساغ أن يعتبر القاضي مسألة ما، عند تطبيق قانون معين، أنها من الشكل ثم يُكيِّفُها هي نفسها، عند تطبيق قانون آخر، على أنّها من الموضوع. ولهذا لابد أن نأخذ بقاعدة تكفُل وحدة التكييف، ولا يمكن تأمين هذه الوحدة إلا إذا أخذنا بقانون القاضي.

3- إنّ القاضي، كما قال القاضي الفرنسي لريبور بيجونيير، عندما يقوم بتكييف العلاقة المطروحة أمامه يتأثّر بحكم تكوينه الحقوقي والثقافي بالمفاهيم والأحكام السائدة في قوانين بلاده.

<u>ثالثاً – صعوبات تطبيق القاعدة:</u>

وعلى الرغم من سلامة وجود هذه القاعدة في القانون الدَّولي الخاصّ السوريّ ومبرراتها إلا أنّ تطبيقها لدينا يصطدم ببعض الصعوبات في نطاق المنازعات المتعلقة بعلاقات الأفراد ذات الطابع الدَّولي المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تتعدّد بشأنها الشرائع في سورية بتعدّد الطوائف، وأهمها تحديد ما المقصود بالقانون السوريّ كمرجع للتكييف.

ا- لابدّ للإجابة عن هذا السؤال من العودة إلى المذكّرة الإيضاحية للقانون المدنيّ المصريّ أصل السوري. وفي ضوء ما جاء في هذه المذكّرة، وباعتبار أنّ الأوضاع في مصر وسورية تتشابه لجهة تعدّد الشرائع في كلا البلدين، يُقصد بالقانون السوريّ كمرجع للتكييف: القانون السوريّ في جملته، بما يتضمن من قواعدَ تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيّاً كان مصدر هذه القواعدِ، دون أن يقتصر القاضي على الأحكام التي يختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء".

وانسجاماً مع هذا الإيضاح يمكن القول: إنّ المقصود بالقانون السوريّ، بوصفه المرجع في التكييف، هو مختلف القواعد القانونية المطبّقة في سوريا سواء أكانت مكتوبة أم عرفية، أيّاً كان موضوعها، وأيّاً كان نطاق تطبيقها من حيثُ الأشخاص.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وبناءً على ذلك يجب على القاضي السوري الالتزام بمجمل النصوص والتشريعات المطبّقة في سوريا. ولكن إذا كان من اليسير تطبيق القانون السوري بهذا المعنى على تكييف منازعات الأفراد الدَّولية المتعلقة بالأموال والالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، والتِركات، وحالة الأشخاص وأهليتهم فإنّ الأمر يختلف تماماً عندما يتعلق الأمر بتكييف مسائل الأحوال الشخصية التي تتعدّد بشأنها الشرائع في بلادنا. فكيف يتيسّر للقاضي السوريّ إجراء عملية التكييف لمسألة معينة في ظل اختلاف هذه الشرائع وتباينِها؟

مما لاشك فيه أنّ التكييف يمكن أن يكون يسيراً، رغم تعدّد التشريعات واختلافها، إذا كان الأمر يتعلق بمسائلَ يمكن بصددها استخلاص قواعدَ ومفاهيمَ مشتركةٍ بين قانون الأحوال الشخصية وغيره من الشرائع الدينية.

ب- أمّا إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمسائلَ تختلف في تكييفها هذه الشرائع وتتنافر بحيث لا يمكن العثور بشأنها على قواعدَ ومفاهيمَ مشتركةٍ، كما لو كان الأمر يُعَدّ في نظر قانون الأحوال الشخصية، الذي يمثل أحكام الشريعة الإسلامية، من موانع الزواج مثلاً، في حين تعُدّه شريعة أخرى من أسباب الطلاق، فإنّه يصعُب في هذه الحالة على القاضي إجراء عملية التكييف وفقاً للقانون السوريّ بمعناه المتقدم، أي وفقاً لمختلف القواعد القانونية المؤلفة للقانون السوريّ.
أمام مثل هذه الصعوبة التي تواجه القضاء في كل من لبنان ومصر أيضاً حيث تتعدّد الشرائع الشخصية، فكّر الفقه اللبناني في هجر قاعدة قانون القاضي، وإخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع[3].

أما في مصر فإنّ الاتجاه السائد في الفقه والقضاء يميل إلى إجراء التكييف وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية.

ونحن نؤيد هذا الحل في سوريا، ويترتّب على القاضي السوريّ وفقاً له إخضاع التكييف لقانون الأحوال الشخصية السوريّ باعتباره القانون العام الذي يتمتع بولاية كاملة في هذا الصدد. لأنّ التشريعات الأخرى الشخصية الدينية المطبقة في سوريا ليست سوى استثناء من هذا القانون، ولأنّه يستحيل عملياً تطبيق مجمل الشرائع الشخصية المختلفة عند تكييف مسألة معينة.

---

[3] انظر في ذلك وفي الدعوة للأخذ بمفهوم موسع لطوائف الإسناد في القانون اللبناني: الدكتور عكاشة محمد عبد العال عكاشة: أحكام القانون الدّولي الخاصّ اللبناني، تنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت ص 104 وما بعدها حتى ص 121.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وهذا الحل يتصف بالسهولة وينسجم بتقديرنا مع الأفكار الأساسية التي تحكم العلاقة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع في حال قيام تنازع بينها، والتي تقضي بتغليب الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع. لأن الأمر في حقيقته ليس إلا تنازعاً في التكييف بين هذه الشرائع المختلفة يحل لمصلحة الشريعة العامة في الدولة.

ويدفعنا منطق الواقع إلى قبول الرأي القائل في الفقه المصري بوجوب الرجوع إلى أحكام الشرائع غير الإسلامية في تكييف الروابط القانونية المعروفة لدى بعض هذه الشرائع المطبّقة في سوريا، وغير المعروفة في قانون الأحوال الشخصية السوريّ، كالتفريق الجسماني والدوطَة والتبني وغيرها.

وبذلك نكفُل احترام تطبيق القانون السوريّ بمعناه الواسع في عملية التكييف.

رابعاً- نطاق تطبيق القاعدة

ومن الأسئلة التي تُطرح بصدد تطبيق المادة 11 المشار إليها سابقاً، السؤال المتعلق بنطاق تطبيق قانون القاضي السوريّ على التكييف، وهو هل يسري هذا القانون على التكييفات القانونية اللاحقة لتحديد القانون الواجب تطبيقُه على موضوع النزاع، وبتعبير آخر هل أخذ المُشرِّع السوريّ بالتحفظ الذي قال به بارتان أم لا؟، وهل أخذ بالاستثناء المتعلق بتوصيف المال؟.

حرص المُشرِّع السوريّ على بيان نطاق القانون السوريّ بوصفه مرجعاً للتكييف في نص المادة (11 مدني) إذ جعله قاصراً على التكييف اللازم لمعرفة القانون واجب التطبيق. أمّا التكييفات اللاحقة لتحديد قاعدة الإسناد وبيان القانون الواجب تطبيقه، فتخضع للقانون الذي عينته هذه القاعدة لحكم النزاع سواء أكان قانون القاضي نفسه أم قانوناً آخر. وهذا ما قررته محكمة النقض السورية في حكم لها يعود إلى عام 1962، إذ جاء فيه أنّ "التكييف الذي يخضع لقانون القاضي ينحصر أثره في التكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد وتعيين القانون الواجب التطبيق، فإذا تحدد هذا القانون تحتم الرجوع إليه في تكييف العلاقات اللاحقة".

وعلى هذا يجب على القاضي التمييز، من حيثُ القانون واجب التطبيق، بين التكييفات الأولية اللازمة لتحديد طبيعة العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بغية إدخالها في نطاق فكرة أو

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

مجموعة من الأفكار، أو المجموعات القانونية التي تعيّن لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً كفكرة الشكل أو الأهلية أو آثار الزواج أو الالتزامات التعاقدية..، وبين التكييفات اللاحقة على تحديد قاعدة الإسناد وعلى تحديد القانون واجب التطبيق، وإخضاع التكييفات الأولية لقانون القاضي، والتكييفات اللاحقة للقانون واجب التطبيق.

وإذا كان من الواضح أنّ المُشرِّع السوري قد تأثّر بنظرية بارتان عندما أخذ بالقاعدة والتحفظ إلا أنّه سكت عن الاستثناء المتعلق بخضوع وصف المال لقانون موقعه، فلم يرفضه كما أنه لم يأخذ به.

ولابدّ من الإشارة بهذا الصدد إلى أنّ المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يأخذ به إلا أنّ نص هذا الاستثناء حُذف من المشروع عند مناقشته في مجلس الشيوخ المصريّ، لأنّه "يتناول مسألة تفصيلية يُحسن أن تُتركَ للاجتهاد". ومن المؤسف غياب موقف واضح للاجتهاد القضائي والفقهي العربيّ من هذا الاستثناء.

وبتقديرنا أنّ مسألة تكييف المال لمعرفة ما إذا كان عَقاراً أو منقولاً تُعَدُّ من التكييفات الأولية التي يتوقف عليها تحديد القانون الواجب تطبيقُه في المنازعات المرتبطة بالعقود المتعلقة بعَقار أو بمنقول. لاسيما وأنّ العقد المتعلق بعَقار يخضع لقانون موقع العَقار، أمّا العقد المتعلق بمنقول فيخضع لقانون الإرادة باستثناء أثره في إنشاء حقّ عيني على هذا المنقول. وبالتالي لا نرى ما يبرر الخروج عن القاعدة العامة وإخضاع هذه المسألة لقانون موقع المال.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: فكرة المجموعات القانونية، أول من قال بها:

1- سافيني

2- فقهاء المدرسة الفرنسية

3- فقهاء المدرسة الإيطالية

4- بارتان

الإجابة الصحيحة رقم 4

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الوحدة التعليمية الرابعة

تحديد أحكام القانون الأجنبي

الواجب تطبيقها منه ومشكلة الإحالة

الكلمات المفتاحية:

أحكام القانون الأجنبي – الإحالة

الملخص:

أشارت قواعد الإسناد الوطنية للقاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، لابدّ في هذه الحالة من تحديد الأحكام الواجب تطبيقُها في هذا القانون، إنّ القانون الخاصّ في كل دولة يتضمن، بالنسبة إلى كلّ فئة أو طائفة من المسائل التي يثور بشأنها التنازع، نوعين من القواعد: قواعد إسنادية تُبيِّن القانون الواجب تطبيقُه بشأن هذه الفئة أو الطائفة، ومواد مادية أخرى لهذه الفئة تتعلق بمادة النزاع.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تعريف الإحالة أسبابها، درجاتها، مبرراتها وانتقاداتها وتمييز الإحالة في القانون السوري.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية للقاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، لابدّ في هذه الحالة من تحديد الأحكام الواجب تطبيقُها في هذا القانون، هل المقصود بالقانون الواجب تطبيقُه كلُّ ما فيه من قواعد تنظيمية (أو إسنادية) وقواعد مادية (أو موضوعية)؟

من المعلوم أنّ القانون الخاصّ في كل دولة يتضمن، بالنسبة إلى كلّ فئة أو طائفة من المسائل التي يثور بشأنها التنازع، نوعين من القواعد: قواعد إسنادية تُبيِّن القانون الواجب تطبيقُه بشأن هذه الفئة أو الطائفة، ومواد مادية أخرى لهذه الفئة تتعلق بمادة النزاع. ففي القانون السوري مثلاً توجد بشأن الزواج وآثاره وانحلاله قواعد تُبيِّن القانون الواجب تطبيقه بهذا الشأن (المواد 13 و 14 و 15 من القانون المدني) وقواعد أخرى في قانون الأحوال الشخصية تحدّد شروط صحة الزواج وآثاره الشخصية والمالية وطرق انحلاله بالطلاق والتطليق وآثار هذا الانحلال، وكذلك الأمر بالنسبة إلى مسائل القانون الخاص الأخرى، وهذا الحال ينطبق أيضاً على مختلف القوانين العربية والأجنبية.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد السورية إلى تطبيق قانون الزوج، وكان الزوج فرنسياً مثلاً، فهل يبدأ القاضي السوريّ بتطبيق قواعد الإسناد الفرنسية المتعلقة بالزواج، والتي تقضي مثلاً بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين، وكان هذا الموطن في لندن؟ أم يتجاهل وجود هذه القواعد، وينتقل إلى تطبيق أحكام الزواج في القانون الفرنسي مباشرة؟.

إذا قُلنا إنّه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي، لأنّ المقصود به قواعد الإسناد فيه وقواعد الموضوعية، فإنّه لابدّ أن ينتقل إلى تطبيق القانون الإنكليزي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين عملاً بما تقضي به قواعد الإسناد الفرنسية. ويترتب على ذلك انتقال الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الفرنسي إلى قانون أجنبي آخر عملاً بقواعد الإسناد في القانون الفرنسي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد السورية. وهذا الانتقال يسمى في لغة القانون الدَّولي الخاص "الإحالة".

أما إذا قُلنا بأنّ المقصود بالقانون الأجنبي، أي الفرنسيّ في المثال السابق، أحكام الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه، فإنّ القانون الفرنسي الواجب تطبيقُه يحتفظ باختصاصه، ويتابع القاضي تطبيق أحكامه دون أن تصادفه مشكلة الإحالة.

وقبل أن نبيّن المسلك الذي يجب على القاضي السوري اتّباعه في هذا النزاع في ضوء قواعد القانون الدَّولي الخاص السوري، لابدّ من أن نعالج أسباب الإحالة، وأشكالها المختلفة، ومبرراتها، وحجج المعارضين لها، وموقف الفقه منها، وذلك فيما يلي:

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أولاً- تعريف الإحالة

يتبيّن لنا مما تقدم أنّ مشكلة الإحالة تواجه القاضي الوطني عند وجود اختلاف في مضمون قاعدة الإسناد الوطنية عنه في قاعدة الإسناد الأجنبية لجهة القانون الواجب تطبيقُه على موضوع النزاع، أي عندما تقرر قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاصه في موضوع النزاع، منح الاختصاص لقانون آخر. كما لو كان النزاع يتعلق بأهلية شخص بريطاني متوطّن في بيروت. وكانت قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطنيّ الناظر في النزاع تقضي باختصاص قانون الجنسية. وعندما ينظر هذا القاضي في القانون الانكليزي يجد أن قواعد الإسناد الإنكليزية تشير بتطبيق قانون الموطن أي القانون اللبناني.

وعلى هذا يمكن تعريف الإحالة بأنّها تعني نقل الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي آخر وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه.

فالإحالة لا علاقة لها بالاختصاص القضائي ولا تعني نقل الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية إلى المحاكم الأجنبية. كما أنّ مفهوم الإحالة يختلف عن مفهوم الإسناد الذي يتضمن تحديد القانون الواجب تطبيقُه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

ثانياً- سبب الإحالة

يتضح مما تقدم أنّ الإحالة ترجع بسببها إلى اختلاف قواعد الإسناد الوطنية عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي. وعلى هذا فإنّ الإحالة لا تظهر في حال تشابه هذه القواعد، كما لا تطرح نفسها على القاضي إلا إذا أخذ بعين الاعتبار قواعد الإسناد في القانون الأجنبي. ويمكن القول: إنّها ليست إلا تعبيراً عن وجود تنازع

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

قواعد الإسناد السلبي، أي عندما ترفض قواعد الإسناد في قانون القاضي وفي القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه منح الاختصاص لقانونها وتعطيه لقانون آخر.

ثالثاً – درجات الإحالة

والإحالة يمكن أن تأخذ أحد شكلين، فإمّا أن تقضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه بردّ الاختصاص إلى قانون القاضي الذي ينظر النزاع، كما لو كان الشخص البريطاني في المثال السابق متوطّناً في دمشق، فيرتدّ الاختصاص في هذه الحالة إلى القانون السوري، وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى، أو إحالة الرجوع كما يُسمّيها بعضهم، وهي كما نرى تتم من القانون الأجنبي واجب التطبيق إلى قانون القاضي. وإمّا أن تقضي قواعد الإسناد الأجنبية بإحالة النزاع إلى قانون دولة أجنبية أخرى، كما لو كان ذلك الشخص متوطّناً في لبنان، فيصبح القانون اللبناني في هذه الحالة هو القانون المختص بحكم النزاع، وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية، وهي تتم، خلافاً للإحالة من الدرجة الأولى، من القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، إلى قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

مبررات الإحالة وانتقاداتها – والمواقف الأخرى بشأنها

ظهرت مشكلة الإحالة، في تاريخ القانون الدَّولي الخاصّ في بريطانيا عام 1841 وألمانيا عام 1861 وفي فرنسا عام 1878. ولكنّها عندما أخذت بها محكمة النقض الفرنسية في قضية فوركو الألماني المقيم في فرنسا من قانون الموطن الأصلي، وهو القانون الألماني (القانون الواجب تطبيقُه بموجب قواعد الإسناد الفرنسية)، إلى قانون الموطن الفعلي، وهو القانون الفرنسي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد في القانون الألماني، أثارت ضجة وعراكاً فكرياً بين مناصريها ومنتقديها.

أ- مبررات الإحالة عند أنصارها

1. إنّ الحُجَّة الأساسية التي يستند إليها أنصار الإحالة تقوم على المبدأ التالي: يجب لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاصه، بالنسبة لحالة معينة، أن يقبل هذا القانون باختصاصه لحكمها. فلا يكفي أن تُبيِّن قاعدة الإسناد الوطنية القانون المختص بل لابدّ من أن يقبل هذا القانون باختصاصه. وعلى هذا لا يجوز تطبيق قانون أجنبي معين إلا إذا كانت قواعد الإسناد في هذا القانون تسمح بتطبيقه.
2. ويعزز هؤلاء موقفهم بالاستناد إلى نظرتهم للقانون الأجنبي كوحدة متكاملة لا تتجزأ، بحيثُ يجب أن يؤخذ به بكامله بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية. وعلى هذا لا يجوز، بنظرهم، تطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي إلا إذا كانت قواعد الإسناد في هذا القانون تسمح بذاتها بتطبيقها. وبالتالي فإنّ تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي معين في غير الحالات التي حددها المُشرِّع الأجنبي لتطبيقه يُشكِّل خروجاً عن مبدأ اختصاص هذا القانون، كما حددته له قواعد الإسناد في بلاده، ويُعَدّ بالتالي تعدّياً على سلطان هذا القانون وسيادته. وبناءً على ذلك يجب على القاضي الوطنيّ احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي بالخضوع لما تقضي به، وعدم تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه.
3. وبالإضافة إلى هذه المبررات، يتمسك بعض أنصار الإحالة من الفرنسيين بحُجج أخرى لتبرير قبولها في نظام القانون الفرنسي. مَفادُها أنّ الإحالة تخدم المصلحة الوطنية الفرنسية لأنّها تحقق

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

تبادلاً في الحلول في الدول المعينة بها في بعض الحالات، وإنّ عدم الأخذ بها سيؤدي إلى تفويت الفرصة على القضاء الفرنسي لتطبيق القانون الفرنسي.

4. كما يضيفون حُججاً أخرى، منها فائدتها العملية، بمعنى أنّ الإحالة في نظرهم يمكن أن تؤدي إلى انسجام الحلول بين الدول التي تتصل بها العلاقة، وعدم اختلافها باختلاف المحكمة التي يرفع النزاع إليها.

ومنها أيضاً ضمان نفاد الحكم الذي يصدره القاضي في النزاع، وذلك في الدولة التي تمّت الإحالة منها، وفي الدولة التي تمّت الإحالة إليها على الأقل، بالإضافة إلى تنفيذ الحكم في دولة القاضي.

ب- انتقادات الإحالة عند خصومها [1]

من أهم انتقادات الإحالة عند خصومها ما يلي:

إنّ قبول الإحالة يعني خضوع القاضي الوطني لأوامر المُشرِّع الأجنبي ممثلة بقواعد الإسناد الأجنبية التي تقضي بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية. وهذا بنظرهم يُشكّل عيباً جوهرياً أساسياً فيها لا يسمح بقبولها في نظام القانون الوطني. لأنّها تنطوي على مخالفة للقانون الوطني وانتهاك لسيادته. ويؤيد أصحاب هذا الانتقاد موقفهم بقولهم: إنّ قواعد الإسناد تتولّى تحديد القانون الواجب تطبيقُه سواء كان وطنياً أم أجنبياً، يضعها المُشرِّع الوطنيّ وفق فلسفة تشريعية محددة لا تأخذ بعين الاعتبار المصلحة الوطنية فقط بل أيضاً متطلبات المجتمع الدَّولي للأفراد. وعندما تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون دولة معينة تكون قد فصلت نهائياً في مشكلة تنازع القوانين، ولا يجوز بالتالي النظر فيها مرة ثانية من وجهة نظر المُشرِّع الأجنبيّ. وعلى القاضي الوطنيّ بعد أن تُبيّن قواعد الإسناد لديه القانون الواجب تطبيقُه، وكان هذا القانون أجنبياً، الانتقال إلى تطبيق أحكامه الداخلية المتعلقة بموضوع النزاع دون قواعد تنازع القوانين فيه.

---

[1] راجع في انتقادات الإحالة في الفقه الفرنسي:
Henri BATIFFOL et Paul LAGARD, le droit international privé, T. I, L. G. D. J., Paris, 1970, P. 361 et s. N °. 301 et s.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

لأنّ المقصود بالقانون الأجنبي الواجب تطبيقُه هو قواعده الموضوعة، أي أحكامه الداخلية وليس قواعد الإسناد فيه.

ورداً على مقولة أنّ المقصود بالقانون الأجنبي واجب التطبيق قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، يقول خصوم الإحالة: إنّ المنطق القانوني يتطلب عدَّ قانون القاضي الذي تتم الإحالة إليه كذلك. وهذا ما يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا مجال للخروج منها. ولهذا يشبهونها بلعبة المضرب أو بغرفة المرايا.

ويقولون أيضاً، رداً على فكرة انسجام الحلول التي يمكن أن تحققها الإحالة، إنّ هذه الفائدة ليست ثابتة وليست حقيقية، فهي لا تتيسر إلا إذا أخذ بها فريق من الدول دون الفريق الآخر، كما أنّ فائدتها في مجال تنفيذ الأحكام ليست دوماً مؤكدة عملياً، وهي مفترضة وليست واقعية.

ج- المواقف الفقهية الرامية إلى تلافي عيوب الإحالة

حاول بعض الفقهاء تلافي عيوب الإحالة عن طريق الأخذ بالنتيجة التي تؤدي إليها دون الأسس التقليدية التي بُنيت عليها، اعتماداً على أسس أو أفكار جديدة أهمها:

- فكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية
- فكرة الإقليمية
- فكرة التنسيق والتعايش المشترك بين النظم القانونية

أولاً: فكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية

يرى القاضي الفرنسي لريبور بيجونيير إمكان قبول الإحالة استناداً إلى وجود قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي الوطني تؤدي إليها.

وبموجب هذه القاعدة إذا عرضت قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص على قانون دولة أجنبية، ولكنّ قواعد القانون الدَّولي الخاصّ في هذا القانون رفضت هذا العرض، فإنّ ذلك يستتبع تغيير مفهوم قاعدة الإسناد الوطنية الأصلية التي قدّمت هذا العرض، وإيجاد قاعدة إسناد تبعية أو احتياطية، تحقّق الاشتراك في وجهات النظر الوطنية والأجنبية بدلاً من قاعدة الإسناد الأصلية، بحيثُ يتحقّق الاشتراك المفترض مع قاعدة الإسناد الأجنبية. وبموجب هذه القاعدة الاحتياطية إذا

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

قررت قاعدة الإسناد الأصلية وجوب تطبيق قانون أجنبي معين، ولكن هذا القانون رفض الاختصاص المعروض عليه لحكم النزاع، فإنّ هذا الاختصاص يرتدّ في هذه الحالة إلى قانون القاضي، كما يمكن أن يرتدَّ إلى قانون أجنبي آخر[2].

ثانياً- فكرة الإقليمية (وعلاقة بلا وطن)

ويرى الأستاذ الفرنسي نيبوابيه قبول الإحالة أيضاً، ولكن على أساس فكرة الإقليمية. فهو يرى أنه عندما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لحكم مسألة معينة، فإنّ هذه المسألة تصبح بلا قانون يحكمها، أيّ كما يُسمِّيها "علاقة بلا وطن".

ولتحاشي الوقوع في هذه الحالة يرى نيبوابيه أنه يجب في هذه الحالة إعمال المبدأ الأساسي في تنازع القوانين عنده وهو مبدأ الإقليمية. وبموجب هذا المبدأ تخضع هذه العلاقة لقانون القاضي، باعتباره صاحب الاختصاص الرئيسي بحكم جميع المنازعات التي تنشب على إقليم الدولة. والإحالة التي يقبل بها في هذه الحالة هي الإحالة من الدرجة الأولى.

ثالثاً- فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد والتعايش المشترك بين النظم القانونية[3]

قبل الأستاذ الفرنسي باتيفول الإحالة انطلاقاً من الهدف الذي تسعى إليه قواعد الإسناد في مختلف الدول ألا وهو التنسيق بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق التعايش المشترك بينهما.

ويرى أنّ هذا الهدف تفرضه الطبيعة الدولية للعلاقات التي يحكمها القانون الدَّولي الخاصّ التي تتجلى في ارتباط هذه العلاقات بدولتين أو أكثر. لأنه من غير المنطقي التفكير في حل مشكلة تنازع القوانين عن طريق قواعد تنازع القوانين الوطنية وحدها وتجاهل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه بموجب قواعد الإسناد الوطنية. فإذا أشارت هذا القواعد الأجنبية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي معين وجب الأخذ بهذا القانون وتطبيقه، وهذا لا يعني، عند باتيفول، خضوع القاضي الوطنيّ لأوامر المُشرِّع الأجنبي، وخضوع قواعد الإسناد الوطنية لقواعد الإسناد

---

[2] Lerebours Pigeonnière et y. loussouarne, précis de droit international privé, 9 ème éd. 1970, n ° 364. P. 471.

[3] Batiffol et lagarde, précité (1), n° 304, p. 365.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الأجنبية بل شكلاً من أشكال التنسيق بينها، وفكرة التنسيق هذه ليست مجرد كلمة بل هي حقيقة تمارسها الدول في حالة الإسناد إلى دولة تتعدّد فيها الشرائع، إذ يتم في هذه الحالة لتحديد الشريعة الواجب تطبيقها استشارة قواعد التنازع الداخلي في قانون هذه الدولة.

وعلى هذا يؤيد باتيفول فكرة قبول الإحالة إلى قانون القاضي، ولكنه يرفض الأخذ بها في الحالات التي يستحيل فيها التنسيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وهما حالتان: الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون الإرادة، والحالة التي تقضي فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون محل الإبرام.

رابعاً- تقييد نطاق العمل بالإحالة

يرى الأستاذ الألماني فرانشكتين قبول الإحالة وفق ما يلي:

- في نطاق مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب فقط.
- من قانون الجنسيّة إلى قانون الموطن وليس العكس.
- إذا كان قانون الموطن هو قانون دولة القاضي، أي الاكتفاء بالإحالة من الدرجة الأولى فقط.

فهو يؤمن بضرورة وجود إسناد أولي أو حقيقي يقضي بخضوع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الجنسيّة وإسناد ثانوي يقضي بخضوعها لقانون الموطن عند تعذر إعمال الإسناد الحقيقي.

ونشير أخيراً إلى أنّ الإحالة قد تحقق بنظرنا فائدة هامة بالنسبة لبعض النظم، ولاسيما في نظام القانون الواجب تطبيقُه على التركة في فرنسا، إذ من شأنها أن تؤدي إلى وحدة القانون الواجب تطبيقُه على أموال التركة بدلاً من تعدد هذه القوانين بموجب نظام ازدواجية القانون الواجب تطبيقُه على التركة المعمول به حالياً في فرنسا.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

د- الإحالة في القانون الدَّولي الخاصّ السوريّ

نصّت المادة 29 من القانون المدنيّ السوريّ على أنّه "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فلا يطبّق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدَّوليّ الخاصّ". والمقصود بالأحكام الداخلية في القانون الأجنبي واجب التطبيق هو الأحكام المادية المتعلقة بموضوع النزاع. أمّا القواعد التي تتعلق بالقانون الدَّولي الخاصّ فيُقصد بها قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق. ويتضح من ذلك أن المُشرِّع قد رفض بشكل واضح وصريح الأخذ بالإحالة، سواء إلى القانون الوطني أم إلى قانون أجنبي آخر، وبالنسبة لكل المسائل سواء تعلقت بالأشخاص أم بالأموال أم بالعقود ... الخ. وعلى هذا إذا أشارت قواعد الإسناد السورية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي على موضوع النزاع، ولنفرض أنّه يتعلق بتركة شخص أجنبي، وجب على القاضي تطبيق أحكام الميراث في هذا القانون دون الالتفات إلى قواعد الإسناد فيه، سواء أكانت هذه القواعد تقبل الاختصاص لقانونها أم لا، أي سواء أكانت تطابق قاعدة الإسناد الوطنية في مضمونها أم تخالفها.

ولعل المُشرِّع عندما رفض الإحالة، قد أخذ بعين الاعتبار انتقاداتها المتعلقة بمخالفتها لأوامر المُشرِّع الوطني، وللفلسفة التشريعية التي تقوم عليها قواعد الإسناد الوطنية، باعتبار ذلك يشكل انتهاكاً لسيادة القانون الوطني.

غير أنّ المُشرِّع السوري قد قبل بها مؤخراً في نطاق تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بموجب المادة 38 من قانون التحكيم لعام 2008، وذلك إذا اتفق الطرفان على ذلك احتراماً لإرادتهما المشتركة التي تهيمن أصلاً على عملية التحكيم. إذ تنص الفقرة 1 من المادة 38 على ما يلي: ".... تطبّق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتّبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

تمارين:

في نظام القضاء الفرنسي الحالي:

1- تتمتع قاعدة الاسناد بقوة تلزم القاضي على تطبيقها

2- لا يجوز له تطبيقها إلا بطلب من الخصوم

3- واجبة التطبيق ما لم يستبعدها الخصوم

4- لا تتمتع بأية قوة ملزمة له ولكن يجوز له تطبيقها من تلقاء نفسه

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الوحدة التعليمية الخامسة

تحديد القانون الأجنبي والتعامل القضائي معه

الكلمات المفتاحية:

الشريعة الداخلية المختصة في القانون الأجنبي – التنازع الداخلي في القانون الأجنبي – القانون الأجنبي – القانون الوطني

الملخص:

قد يكون القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد السورية هو قانون دولة أجنبية تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً بتعدّد الأجناس أو الديانات أو الطوائف فيها، أو تعدّداً إقليمياً، بتعدّد الأقاليم والكيانات المكونة لها. تصدّى المُشرِّع السوريّ لهذه المشكلة الهامة ونظّم حلّها، متأثراً بالرأي السائد في الفقه والقانون المقارن.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد القانون الأجنبي والتعامل القضائي معه مواجهة صعوبات تطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

تحديد الشريعة الداخلية المختصة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه

(الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع)

دور القانون الأجنبي في تحديد الشريعة الداخلية المختصة

قد يكون القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد السورية هو قانون دولة أجنبية تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً بتعدّد الأجناس أو الديانات أو الطوائف فيها، أو تعدّداً إقليمياً، بتعدّد الأقاليم والكيانات المكونة لها. فكيف يهتدي القاضي السوري إلى تحديد هذه الشريعة الداخلية في هذا القانون الأجنبي؟.

تصدّى المُشرِّع السوريّ لهذه المشكلة الهامة ونظّم حلّها، متأثراً بالرأي السائد في الفقه والقانون المقارن، وذلك في المادة 28 من القانون المدنيّ السوريّ التي تنصّ على ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة (المتعلقة بقواعد تنازع القوانين) أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدّد فيها الشرائع، فإنّ القانون الداخليّ لتلك الدولة هو الذي يقرّر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها". وهي تشابه حرفياً نص المادة 26 من القانون المدنيّ المصريّ.

ومن الواضح أنّ المُشرِّع السوريّ قد لجأ هنا إلى تفويض القانون الداخليّ الأجنبيّ بتحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، لأنّ مَهمة قواعد الإسناد الوطنية تنتهي بتحديد قانون دولة معينة باعتبارها كذلك أي كدولة، وباعتبارها وحدة سياسية إقليمية تتمتع بالشخصية الدولية، ولأنّ الهدف من وجودها هو حل التنازع بين قوانين الدول وتعيين أحدها دون أن تتدخل بمشكلة التنازع الداخلي التي تقوم بين تشريعات الدولة الواحدة، التي تتكفل بحلها قواعد التنازع الداخلي في هذه الدولة.

وعملاً بالمادة 28 إذا أشارت قواعد الإسناد السورية إلى وجوب تطبيق القانون السويسري مثلاً، باعتباره قانون محل وقوع الفعل المنشئ للتعويض، فعلى القاضي الوطنيّ، بموجب الحل الذي اختاره المُشرِّع السوري، استشارة القانون الداخلي السويسري، والمقصود بذلك قواعد التنازع الداخلي في القانون السويسري التي تتكفل بتحديد المقاطعة التي يجب تطبيق شريعتها.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ولكن هل يُعمل بهذا الحل في حال كان القانون، الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد السورية، قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً؟.

مما لاشك فيه أنّ نطاق تطبيق المادة 28 يشمل جميع أشكال التعدّد سواء أكان تعدّداً إقليمياً أم شخصياً، وسواء أكانت الدولة التي تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً لديها قانون عام في المسائل التي تتعدّد بشأنها الشرائع إلى جانب الشرائع الخاصة، كما هو الحال بالنسبة لسوريا ومصر، أم لا يوجد لديها مثل هذا القانون كلبنان. لأنّ نصّ المادة 28 جاء مُطلقاً لا يسمَح لنا بالتمييز في تطبيقه بين التعدّد الإقليميّ والتعدّد الشخصيّ، ولو أنّ المعايير المتبعة في حل التنازع الداخليّ الشخصيّ، وهي ديانة الشخص أو طائفته أو جنسه (بمعنى أصله)، تتولى بحد ذاتها تعيين الشريعة المختصة.

وهل يعمل بقواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه حتى ولو كان ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية يسمح بحدّ ذاته بتعيين الشريعة الداخلية المختصة، كما لو كان هذا الضابط هو موقع المال أو موقع الفعل؟.

بتقديرنا أنّ نطاق تطبيق المادة 28، المذكورة سابقاً، يشمل مختلف الحالات أيّاً كان ضابط الإسناد. فلقد جاء نصّها مطلقاً وواضحاً لا يسمح بالتمييز في إعمالها بين ضابط وآخر من ضوابط الإسناد. ولكن لابدّ من مراعاة إرادة المتعاقدين في حال كان القانون الواجب تطبيقُه هو قانون الإرادة، وكانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى اختيار شريعة داخلية محددة في دولة ما. إذ يجب في هذه الحالة تطبيق هذه الشريعة دون المرور بقواعد التنازع الداخلي في قانون هذه الدولة.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

صعوبات تطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي

تواجه المادة 28 المذكورة سابقاً بعض الصعوبات في تطبيقها، وذلك في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى:

قد تشير قواعد التنازع الداخلي في قانون الدولة الأجنبية التي تتعدّد فيها الشرائع إلى تطبيق قانون موقع المال، وقد يكون مكان وجود المال في دولة أخرى. فهل يجب على القاضي السوري الناظر في النزاع تطبيق قانون هذه الدولة عملاً بقواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي، كما لو كان هذا القانون هو القانون السويسري، وكان قانون موقع المال هو القانون الياباني؟.

بتقديرنا، لا يمكن للقاضي السوريّ في هذه الحالة تطبيق القانون الياباني، لأنّ ذلك يُعدّ خروجاً عن قواعد الإسناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق القانون السويسري، كما ينطوي ضمناً على قبول الإحالة من قواعد التنازع الداخلي السويسرية إلى قانون أجنبي آخر.

وهذا القبول يُشكّل بدوره خروجاً عن أحكام المادة 29 من القانون المدنيّ السوريّ المُشار إليها سابقاً. ولهذا لابدّ له، أي للقاضي، أن يبقى ضمن القانون السويسري، ويطبّق قانون الوحدة الإقليمية الأكثر ارتباطاً من غيرها بموضوع النزاع.

الحالة الثانية:

قد لا يجد القاضي السوريّ في القانون الأجنبي المتعدّد الشرائع قواعد موحدة للتنازع الداخلي. فكيف يتم تحديد الشريعة المختصة من بينها في مثل هذه الحالة الافتراضية؟.

لا تُطرح هذه المشكلة إلا في حال الإسناد إلى دولة تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً إقليمياً. لأنّ عوامل التعدّد الشخصيّ كالديانة أو الطائفة أو الجنس تسمح بحد ذاتها بتحديد هذه الشريعة دون صعوبة.

أما في حالة التعدّد الإقليميّ فيمكن للقاضي الرجوع إلى ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية، لاسيما إذا كان هذا الضابط من الضوابط الإقليمية أو الإرادية، من أجل تحديد الشريعة

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

المختصة. أمّا إذا كان ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد هو ضابط الجنسيّة فإنّ المشكلة تظل قائمة.

ولقد تعدّدت الآراء الفقهية بصدد هذه الحالة[1]. ومنها ما يقول بتطبيق فكرة الرعوية المحلية. ومنها ما ينادي بالأخذ بشريعة موطن الشخص ضمن دولة القانون الواجب تطبيقُه أو بشريعة آخر موطن فيها في حال كان موطنه الحالي خارجها، أو بشريعة الموطن الأصلي، وبقانون القاضي عند غياب الموطن كلياً. ومنها ما يقول بتطبيق قانون العاصمة.

وبتقديرنا أنّه من الأفضل، في هذه الحالة، تطبيق قانون الوحدة الإقليمية التي يوجد فيها موطن الشخص، أو قانون آخر موطنٍ له في دولة القانون الواجب تطبيقُه عند عدم معرفة الموطن الحالي، وإلا فيجب تطبيق قانون الوحدة الإقليمية في هذه الدولة التي ترتبط بموضوع النزاع وبشخص صاحب العلاقة أكثر من غيرها.

طبيعة القانون الأجنبي وتطبيقه أمام القضاء الوطني

بعد أن يتوصل القاضي السوري إلى تحديد هوية القانون أو الشريعة المختصة بحكم النزاع تثور أمامه إشكاليات جديدة تتعلق بدوره في الوصول إلى مضمون أحكام القانون الأجنبي ودور الخصوم بهذا الشأن، وبكيفية إثبات أحكام هذا القانون ووسائل إثباته، وبمدى خضوع الخطأ في تطبيقه لرقابة محكمة النقض.

تتوقف معالجة هذه المسائل على معرفة موقف النظم القانونية من القانون الأجنبي. هل تنظر إليه كواقعة أم كقانون؟

سنبحث أولاً في طبيعة القانون الأجنبي ثم نحاول الإجابة عن الأسئلة السابقة فيما يلي:

---

[1] انظر في مختلف هذه الاتجاهات: الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، دار المعارف، الإسكندرية ط 3 1974، ص 212 وما يليها فقرة 57 مكرر وما يليها.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

طبيعة القانون الأجنبي

أ- الاتجاهات التقليدية

يمكن التمييز فيها بين اتجاهين رئيسين:

أولاً- القانون الأجنبي يفقد طبيعته القانونية ويتحول إلى مجرد واقعة أمام القضاء الوطني:

يختلف أصحاب هذا الاتجاه في تبرير هذه الطبيعة وتحديد أساسها القانوني. وبهذا الصدد يمكن التمييز بين رأيين.

الاتجاه الفرنسي

ويقوده الأستاذ باتيفول الذي يرى أنّ القانون الأجنبي يفقد أمام القاضي الوطنيّ مؤيد تطبيقه الخارجي، ويقصِد بذلك عنصر الأمر الذي يتمتع به هذا القانون في بلاده.

لأنّ المُشرِّع الذي أصدر هذا القانون ليس له أية سلطة على القاضي الوطنيّ تُمكِّنه من إلزامه بتطبيقه. فالقانون يتكون من عاملين: العامل العقلي أو المضمون وعامل الإلزام أو الأمر بتطبيقه، والقانون الأجنبي يفقد خارج حدود بلاده هذا العامل الأخير وينقلب بالتالي إلى مجرد واقعة. ويتم تطبيقه أمام محاكم الدول الأخرى بناءً على أوامر المُشرِّع الوطني في هذه الدول.

الاتجاه الإنكلوسكسوني

يرى الفقهاء الإنكلوأمريكيون أنّ القانون الأجنبي يُطبّق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج. فالقاضي لا يمكنه النظر في حقّ مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبيّ الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه. وبناءً على ذلك يظهر القانون الأجنبيّ كمجرد عنصر في واقعة مجردة من أيّة قوة في حد ذاتها، ولكنها تستمد قوتها القانونية من مبدأ الاحترام الدَّولي للحقوق المكتسبة في قانون القاضي.

ويترتّب على النظر إلى القانون الأجنبيّ كواقعة النتائج التالية:

أ- لا يُفترض في القاضي الوطنيّ العلم بأحكام القانون الأجنبيّ، ولا يجوز له البحث عنها من تلقاء نفسه.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب- يجب على الخصم الذي يتمسك به تقديم مضمونه وإثباته للمحكمة.

ج- لا يخضع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبيّ وتفسيره لرقابة محكمة النقض.

ثانياً- القانون الأجنبيّ يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطنيّ (فكرة الإدماج):

يرى الفقه الإيطالي أنّ القانون الأجنبيّ لا يتحوّل أمام القاضي الوطني إلى واقعة، ويبقى محتفظاً بطبيعته القانونية عملاً بفكرة الإدماج أو الاستقبال. وبموجب هذه الفكرة الإيطالية عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبيّ فإنّ ذلك يؤدي إلى دمج القانون الأجنبيّ في النظام القانوني الوطني. وبذلك يَستمدّ القانون الأجنبيّ الواجب تطبيقُه قوة نفاذه في دولة القاضي من دمجه في النظام القانونيّ لهذه الدولة.

وأساس نظرية الإدماج هي فكرة خصوصية النظام القانونيّ، بمعنى أنّ كل ما يدخل في هذا النظام يتمتع بالطبيعة القانونية. وبالتالي فإنّ القانون الأجنبيّ يسترد طبيعته القانونية عند دمجه في النظام القانونيّ الوطنيّ. وبموجب نظرية الإدماج تنقلب قاعدة الإسناد الوطنية إلى قاعدة مادية تتضمن أحكام القانون الأجنبيّ الواجب تطبيقُه المتعلقة بموضوع النزاع، وبالتالي يُطبِّق القاضي القانون الأجنبيّ وكأنّه يطبق القانون الوطنيّ، وهذا هو الإدماج الماديّ. أمّا الإدماج الشكليّ الذي يقول به بعض أصحاب نظرية الإدماج فيحافظ للقانون الأجنبي على كيانه ومقوماته التي يتمتّع بها أصلاً في بلاده، بحيث يندمج في النظام الوطنيّ شكليّاً لا ماديّاً.

ويترتّب على احتفاظ القانون الأجنبيّ بطبيعته القانونية النتائج التالية:

1- عدّ القانون الأجنبيّ جزءاً من القانون الوطنيّ بحيث يُفترَض في القاضي العلم بأحكامه.
2- يجب على القاضي الوطنيّ تطبيق القانون الأجنبيّ من تلقاء نفسه، كما يجب عليه تطبيقُهُ وتفسيرُهُ عند اللزوم، كما يُطبِّق القانون الوطنيّ ولكن دون الخروج عن مضمونه الحقيقي.
3- يخضع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبيّ لرقابة محكمة النقض.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ب-الاتجاهات الفقهية الأخرى

أولاً- فكرة التفويض

وكما لقي الاتجاه الأول من الاتجاهات السابقة نقداً فقهياً هاماً كذلك تعرض الاتجاه الثاني منها لانتقادات مماثلة. ولهذا نادى بعضهم بفكرة التفويض من أجل المحافظة على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبيّ الواجب تطبيقُه أمام القضاء الوطنيّ مع المحافظة على صفته الأجنبيّة.

ومعنى هذه الفكرة أنّ القاضي الوطنيّ يطبق القانون الأجنبيّ الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية بموجب تفويض من المُشرِّع الوطني إلى المُشرِّع الأجنبي تعقده له قواعد الإسناد الوطنية.

ثانياً – دور قاعدة الإسناد في تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبيّ

لم تلق فكرة التفويض رواجاً في الفقه الحديث باعتبارها تقوم على مجرد افتراض. ولهذا فإنّ الفقه المعاصر يرى بحقّ أنّ قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه. فهي التي تحافظ له على طبيعته القانونية وتزوده بالتالي بقوة النفاد في بلد القاضي، كما قال بذلك كبير الفقهاء العرب الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يُضفي على قاعدة الإسناد الصفة الآمرة بقوله في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – : "على القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي أن يعتبر أحكام القانون الأجنبي جزءاً من قانونه الوطني. ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي، كما هو في تطبيقه لقواعد الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض ... "[2]

وهذا هو الهدف والغرض من وجود قواعد الإسناد التي تُشكّل صلة الوصل بين النظام القانوني الوطني والنظم القانونية الأجنبية بما يضمن قيام التعايش بين النظم القانونية المتعددة والمختلفة.

---

[2] - الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء 2 ، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص 55.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

غير أنّه لابدّ من الإشارة أخيراً إلى أنّ غالبية الفقهاء الذين يسلمون بهذا الرأي لا يقرّون بوجوب معاملة القانون الأجنبي معاملة مماثلة ومساوية للقانون الوطني[3]، لا سيما وأنّ القانون الأجنبي يفتقر إلى علاقة مباشرة مع القاضي الوطني تسمح لهذا الأخير معرفته والوقوف على حقيقة أحكامه ومعانيها، فهو ليس موجّهاً إليه أصلاً لأنه لا ينشر في بلده ولا يصدر بلغته.

ومن شأن هذه الأمور أن تسلخ عنه بعض مظاهر المساواة مع القانون الوطني أثناء تطبيقه من قبل القضاء الوطني بخصوص الأمور المتعلقة بالتعرف على أحكامه وتفسيرها.

ولهذا فإنّ القضاء في معظم الدول قد سار على نهج خاص به في رسم أوجه هذه المعاملة وتحديدها. وهذا ما يقودنا إلى التعرّف إلى موقف القضاء السوري من القانون الأجنبي.

ج- القانون الأجنبي في نظر القضاء والفقه

أولاً- موقف محكمة النقض

لم يتضمن القانون السوريّ نصوصاً تُبيّن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وتحدد كيفية إعماله. غير أنّ محكمة النقض السورية قد استقرت في العديد من قراراتها على معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع، وعبّرت عن ذلك بصورة صريحة في قرار لها مؤرخ في 1982/10/27، إذ جاء فيه:

"إنّ التثبّت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقلّ بها قاضي الموضوع ولا رقابةَ لمحكمة النقض عليه في ذلك. فليس على القاضي أن يطبّق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ويقع عليهم عبء إثباته. شأنُه في ذلك شأن أيّة واقعة يدّعيها أحد الخصوم وينكُرها الآخر لأنّ قاعدة (لا يُعذر أحد في الجهل بالقانون) هي قاعدة لا تنطبق إلا على القانون الوطني. فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبّقها من تلقاء نفسه. كما أنّ وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية"[4].

---

[3] انظر في الاتجاهات الرئيسية للنظم الوضعية بشأن التعرف على أحكام القانون الأجنبي وتفسيرها: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 79 فقرة 70 وما بعدها.

[4] محكمة النقض السورية (غ.4) القضية 1642 لعام 1982، قرار رقم 82/2008 تاريخ 1982/11/27. محامون 4/1983 ص 413. وانظر القرارات الأخرى المشار إليها في كتابنا تنازع القوانين ص 128- الهامش 1.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وهكذا لخّصت محكمة النقض السورية في هذا القرار النظرية القائلة بأنّ القانون الأجنبي ينقلب أمام القاضي الوطني إلى مجرّد واقعة، وحدّدت النتائج كلّها المترتبة عليها عملياً.

ومن الواضح أنّ محكمة النقض السورية قد منعت بذلك على المحاكم الوطنية تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها، وعلّقت إعماله على طلب الخصوم. معللة ذلك بعدم مقدرة القاضي على الإلمام بكل القوانين الأجنبية. ولكن يمكن أن نتساءل عمّا إذا كان يجوز له تطبيقه من تلقاء نفسه إذا كان يعرفه معرفة أكيدة؟ أو إذا كان قد سبَق له أن أعمل أحكامه في دعوى سابقة؟. بتقديرنا أنّ مفهوم المخالفة لقرار محكمة النقض يسمح له بذلك إذا كان عالماً به ومطلعاً عليه بصورة أكيدة. ولا يمكن عدّ ذلك من قبيل الحكم بالمعارف الشخصية للقاضي، لأنّ الأمر لا يتعلق بوقائع الدعوى وإنّما بمعارف عامة يمكن الوصول إليها بمختلف السبل.

أمّا بخصوص إثبات القانون الأجنبي فلقد ألقت محكمة النقض بكامل العبء على الخصوم، وذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك في موقفها السلبي منه عندما قررت أنّ : " لا وجه لتخطئة الحُكْم المطعون فيه إن هو رفض تطبيق القانون الأجنبي لعدم إبراز نصوصه، لأنّ المحكمة غير ملزمة بتكليف الخصوم لتقديم أدلّتهم على دفوعهم"[5]. فلا يكفي لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية أن يطلب الخصوم أو أحدهم ذلك، بل لابد لمن يتمسك بتطبيق هذا القانون أن يُثبِت مضمونه بإبراز نصوصه للمحكمة. وهكذا أعفت محكمة النقض القاضي من أي جهد للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وحتى من مجرد تكليف الخصوم تقديم أدلّتهم على القانون الذي يتمسكون بتطبيقه. وكأنّ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، الذي أمرته بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، لا يسري إلا إذا وجد نص هذا القانون في ملف الدعوى وبين يديه!.

ويُستخلص من قرار محكمة النقض المشار إليه سابقاً أنّه يجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الوطني عند تعذر إبراز نصوص القانون الأجنبي أو استحالة التعرف على مضمونه.

---

[5] المرجع السابق.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أمّا بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي، فمن الواضح أيضاً أنها لم تعترف لنفسها بحق الرقابة على تطبيقه وتفسيره من قبل قضاة الموضوع. كما أنّها لم تجز للخصوم قبول الدفع بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة النقض[6].

ثانياً- موقف الفقه العربي من طبيعة القانون الأجنبي ودور القاضي الوطني في تطبيقه

- الفقه المصري

إنّ القضاء السوري قد تأثر في موقفه هذا بالقضاء المصري، الذي تأثّر بدوره بالقضاء الفرنسي السائد في القرن الماضي. غير أنّ أكثر الفقه في مصر يرى الأمر خلاف ذلك. فهو يؤيد صراحة أو ضمناً اعتبار تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني مسألة من مسائل القانون. وإنّ معاونة الخصوم في بيان أحكامه ليس من شأنها أن تنزل به إلى مستوى الواقعة[7]. ومن كبار مؤيدي هذا الاتجاه كبير الفقهاء العرب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري. الذي يقول بشأن هذه المسألة ما يلي:

"ونحن، مع ذلك، لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، فإنّ القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني، فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية. وله أن يصدر هذه الأحكام عن علمه الشخصي. ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم الاهتداء إليها، وإلا عُدّ امتناعه نُكُولاً عن أداء العدالة. وبل يكون في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض"[8].

---

[6] أما التشريع التونسي فقد سار مؤخراً مع اتجاه مخالف يخضع الخطأ في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة التعقيب التونسية (المادة 34 من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998.

[7] من أنصار هذا الموقف الدكتور عبد المنعم فرج الصده والدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتور حامد زكي والأستاذ أحمد نشأت والدكتور سليمان مرقص. وغيرهم من الفقهاء المشار إليهم في مؤلف الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام -2- للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت (ص 55. هـ1).

[8] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 55 و 56.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

موقفنا:

ونحن بدورنا، نؤيد هذا الموقف لأنّه ينسجم مع المنطق القانوني ومع واقع الحال والدور الذي تلعبه قاعدة الإسناد الوطنية كصلة وصل بين القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه وبين القانون الوطني، وكذلك مع الطبيعة الثنائية لقاعدة الإسناد الوطنية التي يمكن أن تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني أو تطبيق قانون آخر باعتبارهما أمرين متكافئين. فلا يمكن أن تؤدي مرة إلى تطبيق قانون ومرة أخرى إلى تطبيق واقعة على واقعة. لأنّه إذا كان القانون الأجنبي يفقد عنصر الإلزام ومؤيد تطبيقه أمام القضاء الوطني، فإنّ قاعدة الإسناد، كما يرى الأستاذ السنهوري والفقه الحديث حقاً، هي التي تزوّده بهذا المؤيد عندما تشير بوجوب تطبيقه. لأنّها تعبّر عن رغبة المُشرِّع الوطني وتجسّد أوامره في تنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي. وباعتبار أنّ القانون الأجنبي يُطبَّق بناء على أوامر المُشرِّع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد، فإنّه يظل متمتعاً بطبيعته كقانون، أي كمجموعة قواعد قانونية ملزمة، كما يَظل محتفظاً أيضاً بصفته كقانون أجنبيّ بوصفه صادراً عن سلطة غير وطنية. وعلى هذا لا يمكن القول: إنّ القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة بمجرد انتقاله خارج السيادة الإقليمية للدولة التي ينتمي إليها، كما لا يمكن بالتالي معاملته معاملة الوقائع.

وإذا كان القانون الأجنبي يفتقر إلى صلة مباشرة مع القاضي الوطني، سواء من حيث لغته أو لجهة نشره، مما يسلخ عنه بعض أوجه المساواة التامة مع القانون الوطني، إلا أنّ ذلك لا يعفيه إطلاقاً من البحث عن مضمون القانون الأجنبي بمختلف الوسائل، ولا يحول دون طلب الاستعانة بالخصوم في الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي وبيان أحكامه الحقيقية (التي تبدو أمراً لازماً من الناحية العملية). فهو ملزم بموجب قواعد الإسناد الوطنية التي تنص بعبارات واضحة، كما أشرنا من قبل، على تطبيق قانون الجنسية أو الموطن أو موقع المال... الخ، بالسعي للتعرّف على أحكام هذا القانون إذا كان أجنبياً، سواء بوسائله الخاصة أم بوسائل حكومته أم بمساعدة الخصوم. فيمكن له اللجوء إلى الطريق الدبلوماسي، كما يمكنه أيضاً الرجوع إلى التشريعات الأجنبية المتوافرة لدى وزارة العدل بموجب أحكام التبادل المنصوص عنها في عديد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها سوريا. ولعلّ وجود نصوص تتعلق بتبادل تشريعات الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقيات يؤكد حرص واضعيها على مساعدة القاضي الوطني على القيام بواجبه بصدد تطبيق

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

القوانين الأجنبية. ويمكن عدّ هذه النصوص الاتفاقية أسلوباً ملائماً للتغلب على الصعوبات المترتبة على الصفة الأجنبية لهذه القوانين، ووسيلة لتقريبها من القاضي الوطني، بالإضافة إلى غيرها من الوسائل المتاحة.

أما بشأن دور محكمة النقض من هذه المسألة فنعتقد مع الكثيرين من المؤلفين بأنّه لا مناص لمحكمة النقض من ممارسة رقابتها على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وذلك من أجل توفير الاحترام التام لقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيقه. لأنّ أيّة مخالفة لأحكامه من قبل قضاة الموضوع تُعدّ بتقديرنا مخالفة لقواعد الإسناد الوطنية بحد ذاتها. وكذلك لابدّ لمحكمة النقض من أن تمارس رقابتها على تطبيق القوانين الأجنبية من أجل إزالة أسباب التباين والاختلاف بين أحكام المحاكم الوطنية عند تطبيقها للقوانين الأجنبية بما يحقق الانسجام بين أحكام المحاكم الوطنية بشأنها.

وعلى هذا يجب على القاضي الوطني الابتعاد عن إعمال آرائه الشخصية في التفسير، وتطبيق القانون الأجنبي بشكل مماثل أو أقرب ما يكون لتطبيقه أمام القضاء في بلاده الأصلية.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه:

1- لا يجوز للقاضي الوطني التعامل معها

2- يجوز للقاضي الوطني تطبيقها إذا تمسك بها الخصوم

3- يتوجب على القاضي الرجوع إليها في حال تعدد الشرائع فيه تعدداً إقليمياً أو شخصياً

4- تعد جزءاً من القانون الوطني

الإجابة الصحيحة رقم 3

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الوحدة التعليمية السادسة

الاستثناءات على تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه

الكلمات المفتاحية:

القانون الأجنبي – النظام العام – الصفة الوطنية – الصفة الغامضة – الصفة المتغيّرة أو النسبيّة – التحايل على القانون

الملخص:

إنّ الترخيص بتطبيق القانون الأجنبي، الذي يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، ينطوي ضمناً على تحفظ وطني أو على شرط عدم تعارضه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية التي لا يمكن السماح بمخالفتها. وهذا التحفظ عرفته جميع المجتمعات التي سمحت بتطبيق أحوال المدن والأقاليم الأخرى أو القوانين الأجنبية، وعبّرت عنه بأشكال مختلفة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على الوقوف على الاعتبارات التي تستدعي استبعاد القانون الأجنبي وتحديد هذه الاعتبارات كأفكار وطنية أو كوسائل مشروعة تستخدم للوصول إلى نتائج مشروعة.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الاستثناءات على تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه

إذا توصّل القاضي إلى تحديد مضمون أحكام القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه على موضوع النزاع، هل يمكن له عندما ينتقل إلى تطبيق هذه الأحكام الامتناع عن تطبيقه أو استبعاد بعض أحكامه؟.

إنّ الترخيص بتطبيق القانون الأجنبي، الذي يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، ينطوي ضمناً على تحفظ وطني أو على شرط عدم تعارضه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية التي لا يمكن السماح بمخالفتها. وهذا التحفظ عرفته جميع المجتمعات التي سمحت بتطبيق أحوال المدن والأقاليم الأخرى أو القوانين الأجنبية، وعبّرت عنه بأشكال مختلفة. وأولى مظاهر هذا التحفّظ ظهرت عند فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية الذين ميزوا ضمن أحوال المدن بين الأحوال المستحسنة وغير المستحسنة، أو بين الأحوال الملائمة والأحوال غير الملائمة أو البغيضة، ومنعوا القاضي من تطبيق هذه الأخيرة.

ومن مظاهر ذلك عند فقهاء نظرية الأحوال الهولندية الاعتراف للقاضي بحق الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا استدعت ذلك مصلحة النظام المحلي، أو إذا كانت أحكامه تبدو بوضوح غير عادلة، بالإضافة إلى ضرورة تقيده بالأحكام الناهية في قانونه الوطني.

واستناداً إلى فكرة الاشتراك الحقوقي التي قال بها الأستاذ سافيني كأساس لقيام تنازع القوانين، يمكن عدّ فكرة عدم الاشتراك الحقوقي أساساً لفكرة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي التي يطلق عليها اليوم، وبشكل عام، تعبير "النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"، التي استقرّت في معظم نُظم تنازُع القوانين الوطنية المختلفة، ومنها نظام تنازع القوانين في القانون الدَّولي الخاصّ السوريّ. فلقد نصت المادة 30 من القانون المدني، التي تعد جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام، على ما يلي:

"لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة – أي قواعد الإسناد – إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في سورية". فهو إذاً بمثابة صمام الأمان على معبر دخول القانون الأجنبي ضمن النظام القانوني الوطني، بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

بالإضافة إلى ذلك فإنّ القضاء في بعض الدول قد أعمل أيضاً الدفع بالغش نحو القانون كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

إذا كان القاضي ملزماً، بموجب المادة 30 المذكورة سابقاً، باستبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه عندما تكون أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب في سورية، فهل ذلك يعني أنّ الأمر متروك لسلطته التقديرية المطلقة في ضبط حالات تدخل النظام العام، أم أنّه ملزم بالتقيد بأسس ومعايير محددة في بيان أوجه المخالفة؟

أ- تعريف النظام العام ومعاييره ودور القاضي في إعماله

مما لاشك فيه أنّه من الصعوبة الاتفاق على تعريف موحد وشامل وجامع ودقيق للنظام العام. ولكن يمكن تعريف النظام كأحد آليات نظام تنازع القوانين، من الناحية التقنية، كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

كما يمكن تعريفه، ولكن بشكل عام، من حيثُ مضمونه، بأنّه مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية العليا المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وفكرية وتربوية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه، سواء أكانت هذه الأفكار والمبادئ مجسّدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً، وسواء أكانت تُشكّل قواعدَ لتنظيم تعامل الأفراد أم أنّها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل.

أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة في الجماعة. والآداب بهذا المعنى تُشكّل أحد جوانب فكرة النظام العام.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول: إنّ مجرد اختلاف مضمون أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الوطني للقاضي الناظر في النزاع لا يستدعي بالضرورة تدخّل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي إلا إذا كانت هذه المخالفة بنوعها أو حجمها سبباً جدّياً لتدخّل النظام العام؟.

من المتعذر عملياً، وبصورة قبلية، أي سابقة لتحديد القانون الواجب تطبيقُه، تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي، نظراً لأنّ ذلك لا

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

يظهر إلا في المرحلة القضائية، أي عند عرض النزاع على القضاء وبالنسبة لكلّ نزاع على حدة، ويتوقّف تحديد ذلك على أمور عدّة، فهو يتوقف على نتائج تقييم القاضي لمضمون القانون الأجنبي وبيان مدى تعارضه مع النظام العام في بلده بالنسبة لكلّ نزاع بذاته من جهة، وعلى الآثار التي تترتّب عملياً على تطبيق هذا القانون من جهة ثانية، على رأي بعض الفقهاء. وعلاوة على ذلك، فإنّ فكرة النظام العام، كما سنرى، ليست سوى نتيجة للأوضاع والأفكار السائدة في زمن معين، ولهذا ونظراً للصعوبات العملية التي تعيق تحديد حالات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلد القاضي، فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديد هذه الحالات لتقدير القاضي مع تقييد سلطته بهذا الشأن بمعيار موضوعي مجرّد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام، ولكن مع اختلاف في تحديد هذا المعيار.

– فيرى بعضهم وجوب استبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه إذا كان يتعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة العليا للدولة، كالقوانين التي تخلّ بالسياسة النقدية مثلاً.

– ويرى بعضهم الآخر ضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المعتقدات المشتركة للمجتمع الإنساني ومبادئ القانون الطبيعي، وذلك حفاظاً على المبادئ الأساسية العليا السائدة في المجتمع المتمدن. كالقوانين التي تنظّم الرقّ أو التي تمنع الأم من الاعتراف بابنها غير الشرعي.

– ويقترح فريق آخر إعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية التي من شأنها أن تعكّر السياسة التشريعية في ميدان معين تتباين بشأنه المواقف بين الدول. وذلك من أجل حماية بعض الخَيارات التشريعية الوطنية أو المؤسسات القانونية الخاصة التي تعبّر عن بعض المظاهر الأساسية للمجتمع القائمة فيه. ومن الأمثلة على هذه القوانين، المأخوذة من القضاء الفرنسي، القانون الأجنبي الذي يسمح بإقامة دعوى إثبات الأبوة الطبيعية في مدّة تفوق المدّة التي يحددها القانون الفرنسي، لأنّ ذلك يمسّ بالسياسة التشريعية الفرنسية الرامية إلى حماية الأب المزعوم من كل دعوى قد تقام ضدّه بعد مضي السنتين المحددتين في القانون الفرنسي، ويؤدي إلى اختلال النظام العام الفرنسي.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

– ويقول فريق آخر بوجوب استخدام الدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القوانين الأجنبية التي تشتمل على نُظُم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، مثل القوانين التي تسمح بالتبني خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن الملاحظ أنّ مختلف هذه الآراء تتقارب حول فكرة أساسية هي وجوب استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والخُلُقيّة والفكريّة التي يقوم عليها مجتمع معين. ولعلّ هذه الفكرة تُشكّل معياراً موضوعياً عاماً يُفضَّل على غيره من المعايير المقترحة. ويمكن أن يكون بالتالي دليلاً للقاضي في إعمال فكرة النظام العام.

ومع هذا كلّه فإنّ القاضي يظل يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال إعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه. غير أنّ هذه السلطة التقديرية لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته وقناعاته الذاتية، بل لابدّ له من إعمال معاييرَ عامة موضوعية، وذلك على نحو ما قالت به المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنيّ المصريّ: " ويخلق به أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فرديّاً خاصّاً".

ومما لاشك فيه أنّ القاضي يخضع في استلهامه لشعور الجماعة لرقابة محكمة النقض. لأنّه يترتّب على إعمال الدفع بالنظام العام، كاستثناء على القانون الأجنبي واجب التطبيق، تعطيل العمل بقواعد الإسناد الوطنية. ولذلك فإنّ الخطأ في إعمال النظام العام يُعدّ من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

ونظراً لتغيّر النظام العام من حيثُ الزمان فإنّه يجب على القاضي أن يعتّد بوقت عرض النزاع من أجل تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلاده لا بوقت نشوء العلاقة. ويذهب فريق من الفقهاء إلى القول بوجوب الاعتداد بيوم النطق بالحكم.

ولابد أخيراً من تأكيد ما يقول به الفقهاء من ضرورة أن يكون استخدام الدفع بالنظام العام مقروناً بالحكمة والاعتدال، لا يلجأ إليه إلا في الأحوال التي تستدعي تدخله لحماية المبادئ

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

الأساسية العليا في المجتمع ضد القوانين التي يمكن أن تنال منها، وذلك للحيلولة دون تعطيل قواعد الإسناد دون مبرر حقيقي، لأنّ النظام العام سلاح ذو حدين، فإذا كان القصد منه حماية هذه المبادئ فإنّ سوء استخدامه أو التوسع فيه يمكن أن يؤدي إلى هدم نظام قواعد الإسناد الوطنية.

ب- خصائص فكرة النظام العام في القانون الدّولي الخاص

يمكن من خلال التعريف السابق أن نتلمّس الخصائص والصفات التالية التي يتمتع بها النظام العام في القانون الدَّولي الخاص كاستثناء على القانون الأجنبي واجب التطبيق:

أولاً- الصفة الوطنية:

إنّ النظام العام الذي يحول دون تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام الوطني، أي النظام العام في الدولة التي تتبعها المحكمة الناظرة في النزاع، لأنه يستهدف حماية الأوضاع الأساسية والمبادئ الجوهرية السائدة في النظام القانوني الوطني. فهو بمضمونه وأهدافه نظام وطني صرف، وهو لذلك يختلف من بلد إلى آخر، وحتى بين الدول التي يربطها نوع من الوحدة في التقاليد والأفكار والمعتقدات. فهناك نظام عام سوري ولبناني ومصري وفرنسي وأمريكي ... الخ. وإذا كان هناك حالات مشتركة أو متماثلة بين كثير من الدول يمكن أن يتدخّل فيها النظام العام للدفاع عن بعض القيم والمثل المشتركة التي تؤلف القيم المثالية للمجتمع الإنساني، كمبادئ حقوق الإنسان، وبخاصة المبادئ التي تقضي بعدم التمييز في اللون أو الجنس أو اللغة بين الأفراد، فإنّ ذلك لا يجعل من النظام العام نظاماً دولياً، لأنّه لابد لذلك من هيئة دولية فوق الدول لها قوانينها ونظُمها الخاصة بها، وهذا مالا نعرفه بعد. ولكن هل هذا يعني أنّ النظام العام بمفهومه الوطني هذا، المستخدم في نطاق علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، هو ذاته النظام العام الذي نستخدمه في نطاق العلاقات الداخلية أم أنّه مفهوم أصيل متميز عنه؟.

لقد كان هذا الموضوع وما زال مثار خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يقول بوحدة النظام العام، ومنهم من يميز بين النظام العام الداخلي أو النسبي أو الشخصي، وبين النظام العام الدَّولي أو المطلق، أو بين النظام العام الدَّولي والنظام العام الدَّولي بحق .

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وبتقديرنا أنّ النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والذي يطلق عليه بعضهم النظام العام الدولي، والنظام العام في العلاقات الداخلية هما في الحقيقة والواقع نظام عام واحد هو النظام الوطني أو النظام العام للدولة. غير أنّ هناك بعض أوجه التباين بينهما من حيث نطاق تطبيقهما وآثار استخدام كل منهما وشدته.

1- فبالنسبة لنطاق تطبيق كل منهما نجد أنّ نطاق تدخّل النظام العام في العلاقات الداخلية هو أوسع بكثير من نطاق تدخّله في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. ففي القانون الداخلي هناك مجموعة من القوانين والقواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، ومثال ذلك النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والأهلية والنسب، وتعدّ من النظام العام. أمّا في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدَّولي فإنّ مختلف هذه المسائل تخضع بالنسبة للأجانب لقانون جنسيتهم، وتتباين أحكامها تبايناً شديداً عمّا هي عليه في القانون الوطني، إلا أنّ النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي لا يتدخّل في مواجهة هذه القوانين للحيلولة دون تطبيق جميع أحكامها المختلفة. وهناك أيضاً العديد من القواعد المتعلقة بغير هذه المسائل تعدّ من النظام العام على صعيد القانون الداخلي، إلا أنّها لا تعدّ كذلك على صعيد القانون الدَّولي الخاصّ.

2- يترتّب على إثارة الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي إبطال العلاقة في حين أنه يترتّب على إثارته في ميدان القانون الدَّولي الخاصّ استبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه وتطبيق القانون الوطني عوضاً عنه، ضمن الحدود التي يتعارض فيها مع النظام العام، دون أن يترتّب على ذلك بالضرورة بطلان العلاقة أو عدم نشوئها، بل قد يؤدي تدخّله أحياناً إلى قلب وضع العلاقة القانونية من علاقة باطلة وفق القانون الأجنبي إلى علاقة صحيحة في ظل القانون الوطني الذي يطبّق عليها باسم النظام العام.

3- يظهر النظام العام في القانون الدَّولي الخاص بدرجات مختلفة من حيث آثاره، فأثره بالنسبة لعلاقة يراد إنشاؤها في بلد القاضي يختلف عن أثره بالنسبة للعلاقة التي نشأت صحيحة في الخارج، ويراد التمسّك ببعض آثارها في بلد القاضي. ففي العلاقة الأولى يكون أثره مطلقاً يتناول نشأة العلاقة وآثارها، أمّا في العلاقة الثانية فيكون أثره مخففاً لا يتناول نشأتها ولا كل آثارها، أمّا النظام العام في القانون الداخلي فليس له مثل هذه الدرجات في الشدة.

إنّ النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، يبقى وطنياً ولا ينقلب إلى نظام عام دولي. صحيح إنّ النظام العام الدَّولي يأخذ بعين الاعتبار متطلبات التجارة الدولية والتعامل الدَّولي، إلا أنّ ذلك لا يقلبه إلى نظام دوليّ. وإذا أطلقنا عليه الصفة الدوليّة فإنّ ذلك من باب تحديد ساحة تحرّكه، لتمييزه عن النظام العام في القانون الداخلي.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ثانياً – الصفة الغامضة:

لقد أشرنا فيما سبق إلى صعوبة وضع تعريف دقيق لمضمون النظام العام، أو إيجاد معايير محددة من أجل ضبط هذه الفكرة المتبدّلة والمتغيّرة بتغيّر المكان والزمان، مما يضفي على مضمونه طابع الغموض وعدم الوضوح.

ويكفي للتدليل على جهالة مضمونه، وعدم معرفته بصورة مسبقة أن نعرف أنّ إعمال الدفع بالنظام العام في القانون الدَّولي الخاص لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد، بل أنّه يتم في المرحلة اللاحقة لتحديد القانون واجب التطبيق، وبعد الكشف عن مضمون أحكامه ومقارنتها مع أحكام القانون الوطني، والأفكار التي يقوم عليها. ومما يحول دون جلاء مضمون النظام العام أيضاً صفته المتغيرة.

ثالثاً – الصفة المتغيّرة أو النسبيّة:

إنّ النظام العام ليس فكرة ثابتة ومستقرة إلى الأبد، فكما يختلف العام من حيثُ المكان أي من دولة إلى دولة ومن مجتمع إلى آخر، كذلك يختلف النظام العام من حيثُ الزمان من وقت إلى آخر ومن جيل إلى جيل داخل المجتمع والدولة الواحدة. وذلك بسبب تطور الأوضاع والظروف والأفكار، وما يستتبع ذلك من تغيير في التشريعات والمفاهيم المهيمنة في الدولة. فقد يحصل أن يُعَدّ قانون أجنبي مخالفاً للنظام العام في بلد معين وفي وقت محدد، ثم يأتي زمن يصبح فيه هذا القانون الأجنبي نفسه متفقاً مع النظام العام في البلد نفسه.

ولقد عبّر الأستاذ السنهوري عن هذه الصفة في النظام العام بفكرة النسبيّة. بمعنى أنّه لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمّة معينة وفي جيل معين.

ونستخلص من ذلك أنّ تحديد مدى معارضة القانون الأجنبي للنظام العام يتعلق بمضمون القانون الأجنبي، كما يتعلق بمضمون القانون الوطني. ونظراً لإمكان تغيّر أحكام كلّ منهما عبر الزمان بفعل تطور المجتمع، فإنّ من شأن ذلك أن يؤثر أو يغيّر في حالات تدخل

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

النظام العام في الدولة الواحدة بين وقت وآخر. وهذا ما يضفي على النظام العام مرونة كبيرة فيضيق ويتسع وفقاً للأوضاع وتطور الزمان.

ويترتب على الصفة المتغيرة للنظام العام، كما قلنا سابقاً، وجوب قيام القاضي بتقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلاده وقت نظر النزاع، وليس وقت نشوء العلاقة التي ثار بشأنها هذا النزاع.

ونشير أخيراً إلى أنّ دائرة تدخّل النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه تتقلص كثيراً في الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً بتعدد الديانات أو الطوائف. والسبب في ذلك يعود إلى عدم إمكان إثارة الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي متى كانت أحكامه مخالفة للشريعة العامة المطبقة في دولة القاضي أو لإحدى الشرائع الخاصة الأخرى، ولكنها مطابقة أو مماثلة للأحكام المطبقة لدى الشرائع الخاصة الداخلية الأخرى أو لإحداها.

وهذا الأمر من شأنه أن يُضفي على مفهوم النظام العام، الذي يتدخّل عملياً، طابعاً دينياً لا علمانياً من جهة، ويجعله أكثر وضوحاً وثباتاً من جهة أخرى، لأنّ مضمونه يكون مستمَدّاً من قواعد دينية واضحة غير قابلة للتبدّل أو التغيير، ومن شأنها أيضاً أن تبدد الصفة الغامضة لهذا النظام. وهذا الأمر ينطبق على حالة تعدد الشرائع في سورية في مسائل الأحوال الشخصية.

ج- آثار الدفع بالنظام العام

ويترتّب على إعمال الدفع بالنظام العام أثران: أثر سلبي، وهو استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وأثر إيجابي، وهو تطبيق قانون القاضي. والأثر السلبي للنظام العام إمّا أن يكون مطلقاً أو مخففاً.

أولاً: الأثر السلبي والأثر الإيجابي للنظام العام

أ- الأثر السلبيّ:

إنّ إعمال الدفع بالنظام العام في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي يؤدي إلى استبعاد القانون الواجب تطبيقُه على النزاع. وهذا هو الأثر السلبي للنظام العام، لأنّه إذا كان هذا القانون

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

يتعارض في أحكامه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية للمجتمع في بلد القاضي فيجب عليه الامتناع عن تطبيقها، كما لو كان هذا القانون يُجيز التوارث مع اختلاف الدين، ففي هذه الحالة تُستبعد أحكام هذا القانون باسم النظام العام، ولكن ضمن الحدود اللازمة لحماية الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها.

وعلى ذلك يمكن أن يكون استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق بصورة جزئية أو كلية بحسب الحالات.

ويكون الاستبعاد جزئياً إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطاً بنيوياً وثيقاً ببقية أجزاء القانون واجب التطبيق، بحيثُ لا يتوقف على تطبيق هذا الجزء تطبيق بقية أجزاء هذا القانون، أي إنّ استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية أحكامه، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه على التركة يُجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورِّث والوارث. فإنّ مثل هذا النص يخالف النظام العام في سوريا، ويترتّب على إعمال الدفع به أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص فقط من التطبيق، وبالتالي استبعاد الوارث المختلف في ديانته عن ديانة المورِّث.

أما الأحكام الأخرى في هذا القانون الأجنبي المتعلقة، مثلاً، بشروط الإرث ونصيب كل وارث وحالات المنع والحجب... الخ، فتطبق على موضوع النزاع إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام.

أمّا إذا كان الجزء المخالف للنظام العام يرتبط ببقية أجزاء القانون الأجنبي الأخرى ارتباطاً وثيقاً، بحيث يترتب على عدم تطبيقه عدم إمكان تطبيق بقية أحكام هذا القانون، بمعنى أنّ أحكام القانون الأجنبي المختص تُشكّل كلاً لا يتجزأ في التطبيق، ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعاداً كلياً بمجمل أحكامه. وذلك كما لو كان القانون الأجنبي واجب التطبيق على العقد يُجيز هذا العقد استناداً إلى سبب معين، وكان هذا السبب مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي. ففي هذه الحالة إذا كان هذا السبب من الأهمية بحيث يرتكز وجود العقد عليه، فإنّ تدخل النظام العام في مواجهة هذا السبب يؤدي بالضرورة إلى هدم العقد بكامله، ولو أنّ بقية جوانب العقد الأخرى تعدّ صحيحة في نظر القانون واجب التطبيق على هذا العقد.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

وكما لو كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يُجيز الزواج مع اختلاف الدين، وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة. فإنّ إعمال نصّ هذا القانون الذي يقضي بصحة الزواج مع اختلاف الدين يصطدم مع النظام العام السوري. وبناءً على ذلك يجب على القاضي عدم الأخذ به، أي استبعاده من التطبيق وإعمال قانونه عوضاً عنه، مما يترتّب على ذلك منع قيام الزوجية.

وإذا كان الأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية في حالة تعارضه معه، فهل معنى ذلك أن يبقى موضوع النزاع بلا قانون يحكمه؟.

سارت المحاكم في بعض الدول، في حال استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، على إعلان عدم اختصاصها. غير أن هذا يؤدي إلى إنكار العدالة، ولهذا كان لابدّ من تطبيق قانون آخر محل القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، وهذا ما يُعبَّر عنه بالأثر الإيجابي للنظام العام.

ب- الأثر الإيجابي:

ولقد استقر الفقه والقضاء في هذه الحالة على وجوب تطبيق قانون القاضي عوضاً عن القانون الأجنبي المختصّ بحكم النزاع، والذي استبعد باسم النظام العام. وهذا الاتجاه هو الأفضل، لأنّه الحل الذي تفرضه طبيعة الأمور، وينسجم مع منطق النظام العام بحد ذاته. ولهذا يمكن القول: إنّ النظام العام يعمل باتجاهين: الأول هو استبعاد القانون الأجنبي المختص، والثاني هو تطبيق قانون القاضي. وبناءً على ذلك يجب على القاضي، في المثال السابق، تطبيق قانونه الوطني (القانون السوريّ) على موضوع النزاع لسدّ الفراغ الناجم عن استبعاد القانون المختص أصلاً بحكم النزاع.

وإذا كان تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يؤدّي إلى عدم قيام رابطة الزوجية، فإنّ تطبيقه باسم النظام العام يؤدّي أحياناً، وعلى العكس، إلى نشوء العلاقة القانونية التي لا يُجيزها القانون الأجنبيّ المختص، كما لو كان الزوج في المثال السابق مسلماً والزوجة غير مسلمة، وكان هذا القانون لا يسمح بالزواج مع اختلاف الدين، فإنّ مثل هذا القانون يعدّ مخالفاً للنظام العام في

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

سوريا، ويستبعده القاضي السوري ليطبّق عوضاً عنه قانون الأحوال الشخصية الذي يسمح بمثل هذا الزواج.

على أنّ تطبيق قانون القاضي باسم النظام العام يجب ألا يتم إلا ضمن الحدود التي يستبعد فيها القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه. فإذا كان الاستبعاد جزئياً طبّق القاضي قانونه ضمن الجزئية التي استبعد فيها هذا القانون، بحيثُ يشترك قانون القاضي في هذه الحالة مع القانون الأجنبي الواجب تطبيقُه في حُكْم النزاع، ضمن حدود الأحكام المستبعدة من هذا القانون. أمّا إذا كان الاستبعاد كليّاً فعندها يستقّل قانون القاضي بحُكْم النزاع.

ويتحدّد تطبيق قانون القاضي، نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام، بطبيعته بالحالات التي يوجد لها حكم مناسب في هذا القانون. أمّا إذا كانت أحكامه غير قابلة للتطبيق على موضوع النزاع بحكم عدم ملاءمتها أو بسبب خُلُوّها من أيّ حل للمسألة المعروضة، فلابدّ في هذه الحالات من أن يترك الأمر للقضاء لإيجاد الحل المناسب مستعيناً بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وذلك بالنسبة لكلّ نزاع على حدة، دون تقييده بقاعدة عامة.

ثانياً – الأثر المطلق والأثر المخفف للنظام العام[1]

1- الأثر المطلق:

يميّز الفقه والقضاء الفرنسيّان بصورة خاصة، بصدد تحديد أثر الدفع بالنظام العام، بين الحالة التي يُراد فيها إنشاء حقّ في دولة القاضي، والحالة التي يُراد التمسّك فيها بآثار معينة نتجت عن حق مكتسب أصولاً في الخارج، وذلك على أساس أنّه إذا كان إنشاء الحقّ في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها فإنّ آثار هذا الحق قد لا تتعارض بالضرورة مع هذا النظام فيما إذا نشأ هذا الحقّ صحيحاً في الخارج.

فبالنسبة للحق الذي يُراد إنشاؤه في بلد القاضي يبحث القاضي فيما إذا كان نشؤوه وفقاً للقانون الأجنبي الواجب تطبيقُه يتعارض مع النظام العام أم لا. فإذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة له ترتّب على ذلك استبعاده من التطبيق، كما رأينا سابقاً، وعدم السماح بنشوء هذا الحقّ أو العلاقة

---

[1] راجع في مفهوم الأثر المخفف في القضاء والفقه الفرنسيين:
BATIFFOL et LAGARD. Précité, p. 435 et s., 367 et s.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

القانونية في بلد القاضي، كما لو أراد شخص تركيّ مسلم تبنّي شخصاً آخر سوريّاً في سوريا، فإنّه لا يمكن له ذلك لأنّ هذا التصرف يخالف النظام العام في سورية. وهذا هو الأثر المطلق للنظام العام وهو الأثر العادي.

2- الأثر المخفف للنظام العام:

وهذا الأثر يرتبط بحقٍّ نشأ خارج بلد القاضي بشكل صحيح وفق القانون الواجب تطبيقُه أصولاً، ولكنّ إنشاء هذا الحق في بلد القاضي يُخالف النظام الوطني.

فإذا أراد صاحب هذا الحق لاحقاً التمسك بآثار هذا الحقّ في بلد القاضي، فهل يمكن له ذلك؟.

في هذه الحالة يتدخّل النظام العام بشكل مخفف فلا يؤدي إلى نقض هذا الحق أو إبطاله إذا نشأ صحيحاً في الخارج، وبحيثُ يسمح بالتمسّك بآثاره المترتبة عليه قانوناً إذا كانت هذه الآثار بحدّ ذاتها لا تخالف النظام العام الوطني دون تلك المخالفة له. وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام.

ويجد هذا الأثر أساسه القانوني في فكرة الاحترام الدَّولي للحقوق المكتسبة في الخارج. ولقد أخذ القضاء الفرنسيّ بها بصدد زواج الشخص المسلم بأكثر من امرأة في وقت واحد وفقاً لقانونه الوطني، والذي يُعدّ مخالفاً للنظام العام الفرنسيّ، فأجاز لمثل هذا الشخص، الذي تزوج من امرأة ثانية خارج فرنسا، وانتقل بعدها إلى فرنسا مع زوجته، التمسك بآثار هذا الزواج الثاني عملاً بفكرة الأثر المخفف للنظام العام.

والعمل بالأثر المخفف للنظام العام لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام إطلاقا بالنسبة لهذه الآثار، بل يُمكن للنظام العام في بلد القاضي أن يتدخّل لاستبعاد الآثار المخالفة له، مثل تمسّك الزوج بحقّه وفق قانونه الوطني بتأديب زوجته.

أمّا في سورية فلم نعثر بَعْدُ على أحكام قضائية أخذت بفكرة الأثر المخفف. ولا يوجد بتقديرنا ما يحول الأخذ بهما عملاً بفكرة الاحترام الدَّولي للحقوق المكتسبة في الخارج.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

التحايل على القانون

يُقصد بالتحايل على القانون عموماً استخدام الأفراد لوسائل مشروعة بحد ذاتها بقصد الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه. وبهذا المعنى يمكن أن نتصور لجوء الأفراد إلى التحايل على القانون في ميدان القانون الدَّولي الخاصّ عن طريق استخدام قواعد الإسناد من أجل التهرب من تطبيق أحكام قانون معين، سواء أكان قانون القاضي أم قانون دولة أجنبية. ويحصل ذلك بإحداث تغيير في ضابط الإسناد الذي يتحدد بمقتضاه القانون واجب التطبيق، بحيثُ تصبح العلاقة خاضعة لقانون آخر يتّفق مع مصالحهم الشخصية، كما لو غيّر الشخص جنسيّته، واكتسب جنسيّة دولة معينة يسمح قانونها بالطلاق وصولاً إلى تطليق زوجته الذي لا يسمح به قانون جنسيّته السابقة.

ويمكن أن يتحقّق هذا التحايل في الأحوال كافة التي يكون فيها ضابط الإسناد متوقفاً على إرادة الأفراد، أي في الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد قابلاً للتغيير والتبدّل وفق إرادة الأفراد، مثل الجنسيّة والموطن وموقع المنقول. فقد يلجأ الأفراد إلى تغيير الجنسيّة، أو الموطن، أو إلى نقل المال المنقول إلى بلد آخر بقصد تطبيق قانون الجنسيّة الجديدة، أو الموطن الجديد، أو الموقع الجديد للتهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً فيما إذا كان يتضمن أحكاماً آمرة أو مانعة لا تتفق مع مصالحهم.

في مثل هذه الأحوال لجأ القضاء في بعض الدول إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي أراد الأفراد إخضاع العلاقة له وتطبيق القانون الذي لجأوا إلى التهرب من أحكامه عن طريق إعمال الدفع بالتحايل على القانون، وبخاصة فيما إذا كان هذا القانون هو قانون القاضي أي القانون الوطنيّ.

ومن أشهر القضايا التي أَعمل فيها القضاء الفرنسي الدفع بالتحايل على القانون قضية الأميرة دي برفرومون التي تعود بتاريخها إلى عام 1878، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية استبعاد القانون الألماني الذي تمّ بموجبه تطليق هذه الأميرة من زوجها الفرنسي بعد أن اكتسب الجنسية الألمانية، وأبطلت هذا الطلاق الذي حصل عن طريق التحايل على القانون الفرنسي الذي لا يُجيز الطلاق.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أمّا المُشرِّع السوري فقد سكت عن الدفع بالتحايل على القانون في مواجهة القانون الأجنبي، ولعلّ القضاء في سورية لم تتح له الفرصة بعد ، على حد معرفتنا، لإبداء موقفه من هذا الدفع كاستثناء على القانون الذي يُراد إحلاله بالغش محل القانون الذي يجب تطبيقه أصلاً على موضوع النزاع. وليس هناك بتقديرنا ما يحول دون الأخذ به في نطاق علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، طالما أنّه أعمل هذا الدفع في نطاق العلاقات الداخلية.

ونظراً لأهمية هذا الدفع، كواحد من آليات القانون الدّولي الخاصّ، سنحاول بيان أساسه القانوني، وعناصره، ونطاقه، وآثاره فيما يلي:

أ- الأساس القانوني للدفع بالتحايل على القانون

يرى قسم من الفقهاء في فكرة التحايل على القانون، كاستثناء على القانون الواجب تطبيقُه، مظهراً خاصاً من مظاهر فكرة النظام العام التي تقوم على أساس الدفاع عن مصلحة النظام القانوني الوطنيّ ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض معه. ويجد بعضهم الآخر في فكرة التحايل على القانون مفهوماً مستقلاً عن النظام العام، ولكنّه يقترب منه إلى حد كبير [2]. فهما يتشابهان من حيثُ النتيجة وهي استبعاد القانون الواجب تطبيقُه، ولكنّهما يختلفان:

من حيث الاعتبارات: ففي الدفع بالتحايل على القانون يؤخذ بعين الاعتبار حيل وأفعال ذوي المصلحة، أمّا في النظام العام فيؤخذ بالاعتبار مضمون القانون الأجنبي.

ومن حيث الهدف: فالتحايل على القانون يستهدف المحافظة على مفعول القانون المختص الذي تمّ استبعاده والتحايل عليه سواء كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، أمّا النظام العام فيستهدف استبعاد القانون الواجب تطبيقُه المخالف للنظام العام.

والفقه السائد يرى في التحايل على القانون مظهراً من مظاهر تطبيق مفهوم التعسف في استعمال الحق، ينطوي بشكل أساسي على فكرة الباعث غير المشروع. لأنّه إذا كان من حقّ الشخص تغيير جنسيتّه أو موطنه فإنّه يكون متعسفاً في استخدام هذا الحقّ إذا كان القصد منه التهرّب

---

[2] انظر في ذلك: الدكتور حسن الهداوي: القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005. ص 197 وما بعدها، ص 200، وما بعدها.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

من أحكام القانون المختص وصولاً إلى تحقيق مصلحة أو منفعة شخصية لا يقرّها هذا القانون أصلاً.

أما المُشرِّع التونسي فقد انفرد بين التشريعات العربية في إفراده نصّاً خاصّاً في القانون الدَّولي الخاصّ التونسي لتكريس الدفع بالتحايل على القانون كاستثناء على القانون الأجنبي المختصّ، منسجماً بذلك مع الاتجاهات المعاصرة في هذا الصدد[3].

ب- عناصر الدفع بالتحايل على القانون ونطاق تطبيقه

أولاً: عناصر الدفع بالتحايل على القانون

يقوم التحايل على عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي.

أ- العنصر المادي: وهو إجراء تغيير إرادي وحقيقي في ضابط الإسناد.
فيجب أن يتم التغيير بفعل إرادة الفرد لا جبراً عنه. كما يجب أن يكون حقيقياً لا صورياً وسليماً من الناحية القانونية. فإذا كان التغيير احتمالياً أو صورياً أو غير مشروع فلا ينتج آثاره.

ب- العنصر المعنوي: وهو نية التحايل.
أي يجب أن يكون التغيير الإرادي والحقيقي مقترناً بنيّة التحايل على القانون، أي بقصد التهرّب من أحكام القانون المختص أصلاً وصولاً إلى تطبيق قانون آخر يحقق الغاية من التغيير. فإذا كان التغيير مقصوداً لذاته، أي مجرداً من أيّة نيّة للتهرب فلا ينتج هذا التغيير أثره، ولا يُعدّ الفعل بالتالي تحايلاً على القانون.

ودون وجود هذه النية أو الدافع غير المشروع لا يتكامل مفهوم التحايل على القانون المختص.

ومن المعمول به قضاء أنّ الاستدلال على هذه النية يُعدّ من وسائل الواقع التي يستقلّ بها قاضي الموضوع، ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض، أمّا مسألة الأثر المترتب على وجود هذه النية كما استخلصها قاضي الموضوع، أي من حيثُ عَدُّ ذلك بمثابة تحايل، فتخضع لرقابة محكمة النقض.

---

[3] فلقد نصت المادة (30) من القانون الدَّولي الخاصّ التونسيّ على ما يلي:
يقوم التحايل على القانون عن طريق تغير مصطنع في أحد عناصر الإسناد المتعلقة بالوضعية القانونية الفعلية وذلك بقصد التهرب من تطبيق القانون التونسيّ أو الأجنبيّ المسمّى من قبل قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها. وعند تحقق شروط التحايل لا يؤخذ بعين الاعتبار التغيير الذي طرأ على قاعدة الإسناد.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ثانياً: نطاق تدخل الدفع بالتحايل على القانون

هل يُعمل بالدفع بالتحايل على القانون لحماية القانون المختص، إذا كان وطنياً فقط (كما حصل في قضية دي بوفرمون) أم إذا كان وطنياً أو أجنبياً؟

أ- حماية القانون الوطني

يرى بعضهم وجوب قَصر نطاق تدخل الدفع بالتحايل على القانون على حالات التهرب من أحكام القانون الوطنيّ دون الأجنبيّ[4].

ب- حماية القانون المختص وطنياً كان أم أجنبياً

ويرى آخرون وجوب إعمال الدفع بالتحايل على القانون لحماية القانون المختص سواء كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً[5].

وهذا الاتجاه هو الأفضل بتقديرنا لأنّه ينسجم مع المنطق التام لفكرة التحايل على القانون. ولأنّ التحايل أو الغشّ يُعدّ أمراً غير مشروع، ويخالف أخلاق التعامل، فيجب مكافحته بغض النظر عن صفة القانون الذي أراد الأفراد التهرّب من أحكامه، سواء أكان وطنياً أم أجنبياً. وعلاوة على ذلك فإنّ التحايل على القانون الأجنبي يُعدّ تحايلاً على القانون الوطني، أي تحايلاً على قواعد الإسناد الوطنية. وهذا ما تؤكده الطبيعة الثنائية لقواعد الإسناد التي تشير إمّا بتطبيق القانون الوطني وإمّا بتطبيق القانون الأجنبي. فإذا ما أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لحكم النزاع، وحاول الأفراد التهرّب من أحكام هذا القانون المختص، فإنّ هذا العمل يُعدّ في الوقت نفسه تهرّباً مما تقضي به قواعد الإسناد الوطنية، أي تحايلاً على القانون الوطنيّ بحد ذاته. ولهذا يجب إعمال الدفع بالتحايل على القانون من أجل حماية القانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد سواء أكان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، للحيلولة دون العبث بقواعد الإسناد الوطنية والخروج بها من غاياتها الأساسية.

---

[4] P. lerebours Pigonnière et y. LOUSSOUARN , Précis des droit international privé, 9 ème. Ed. 1970, Paris, P. n ° 70.

[5] BATIFFOL et LAGARD, précité, P. 442 et s. n °. 373.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

ج- آثار الدفع بالتحايل على القانون

يختلف الفقهاء حول مدى الجزاء الذي يترتّب على إعمال الدفع بالتحايل على القانون، فيرى قسم منهم أنّ جزاء التحايل على القانون يجب أن لا يقتصر على عدم سريان أو عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي أرادها المتحايل، بل يجب أن يتناول أيضاً عدم سريان وسيلة التحايل.

و لكنّ الرأي السائد في الفقه والقضاء لا يُسلّم بذلك، ويجعل جزاء التحايل على القانون يتناول عدم سريان النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المشروعة[6].

وعملاً بهذا الرأي يقتصر أثر الدفع بالتحايل على القانون، في المثال السابق، على عدم سريان النتيجة في بلد القاضي وهي الطلاق، أمّا تغيير الجنسية فيبقى صحيحاً ومنتجاً لبقية الآثار التي تترتّب عليه، باعتبار أن هذا التغيير يُعدّ عملاً مشروعاً في حد ذاته.

ومع تأييدنا لهذا الرأي، إلا أننا نرى أنّ هذه المسألة ترتبط أصلاً بأثر الدفع بالتحايل على القانون بالنسبة للقانون الذي أراد الأفراد إحلاله بالغشّ محل القانون المختص أصلاً. وهذا الأثر هو استبعاد هذا القانون الذي عُقد له الاختصاص بصورة غير مشروعة، وبالمقابل تطبيق القانون المختص أصلاً بحُكم النزاع. ويكون إبطال النتيجة أو عدم سريانها بالتالي ليس إلا نتيجة لإعمال هذا القانون، دون أن يكون لأحكامه أيُّ أثر على وسيلة التحايل من حيثُ الاعتداد بها أو عدمه. وهذا ما يؤكد بدوره سلامة الرأي الذي سبق لنا تأييده بأنّ أثر الدفع بالتحايل على القانون يؤدي عملياً إلى عدم سريان النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة:

1- انصياع القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية

2- تطبيق القاضي له من تلقاء نفسه

3- عدم تطبيقه إذا لم يتمسك الخصوم به

4- عدم تطبيقه إلا إذا ثبت الخصوم تشابهه مع القانون الوطني

الإجابة الصحيحة رقم 1

---

[6] انظر: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، مرجع سابق ص 166، فقرة 158.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

أحكام القانون المدني السوري
المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان
((إطلاع))

المادة ١١ : القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

المادة ١٢ : أ.. الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ،

ومع ذلك، ففي التصرفات التي تعقد في سوريا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

ب . أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سوريا، فإن القانون السوري هو الذي يسري.

المادة ١٣ :يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

المادة ١٤ : أ . يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. ب . أما الطلاق، فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة ١٥ : في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

المادة ١٦ : يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها.

المادة ١٧ : يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

المادة ١٨ : ١. يسري على الميراث والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته.

٢ . ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

المادة ١٩ : يسري على الحيازة، والملكية، والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار. ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

يسري على الحيازة، والملكية، والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار. ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

المادة ٢٠ : ١. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطناً. فإن اختلفا موطناً، سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد. هذا إذا لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

٢. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار.

المادة ٢١ : العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه. ويجوز، أيضاً، أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين، أو قانونهما الوطني المشترك.

المادة ٢٢ : ١. يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

٢. على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سورية، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

المادة ٢٣ : يسري على قواعد الاختصاص، وجميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة، قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى، أو تباشر فيه الإجراءات.

المادة ٢٤ : يسري في شأن الأدلة، التي تعد مقدماً قانون البلد الذي أعد فيه الدليل.

تم المسح الضوئي بـ CamScanner

المادة ٢٥ : لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في سورية.

المادة ٢٦ : تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي الخاص.

المادة ٢٧ : ١. يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

٢. على أن الأشخاص الذين لهم في وقت واحد، بالنسبة إلى سورية، الجنسية السورية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون السوري هو الذي يجب تطبيقه.

المادة ٢٨ : متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

المادة ٢٩ : إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

المادة ٣٠ : لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سورية.



تم المسح الضوئي بـ CamScanner