قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الدكتور / محمد ضو فضيل

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

كلية الشريعة والأنظمة–جامعة الطائف

المملكة العربية السعودية

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الملخص

يعتبر موضوع قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص من أهم مواضيع تنازع القوانين وهذا الأخير بدوره يعتبر الموضوع الرئيس للقانون الدولي الخاص لتعلقه بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهو من الموضوعات ذات المشاكل الصعبة في العلاقات القانونية حيث شكل محور اهتمام الفقهاء والتشريعات وتعددت النظريات الفقهية في مختلف الدول. ولقد أردنا أن يكون الهدف من هذا البحث فهم قضية التنازع ومعرفة أسبابها وكيفية حلها. كما يهدف الى توضيح الاختلاف الفقهي والتشريعي لمسالة تنازع القوانين بين القوانين المقارنة. وكذلك من أهداف هذه الدراسة، بيان موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين.

لقد قسمنا موضوع دراستنا الى مقدمة وستة مباحث وخاتمة، تناولنا في المقدمة تعريف الموضوع وأهميته والدواعي التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، والمبحث الأول تناولنا فيه تعريف تنازع القوانين وأسبابه، والمبحث الثاني تناولنا فيه نظريات تنازع القوانين، وتناولنا في المبحث الثالث قواعد الاسناد، بينما تناولنا في المبحث الرابع حل مشكلة التنازع بقواعد الاسناد، وتناولنا في المبحث الخامس آليات حل التنازع، كما تناولنا في المبحث السادس موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين، وتعرضنا في الأخير الى الخاتمة التي بينا فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج خلال هذه الدراسة ثم أرفقنا ذلك بالتوصيات الضرورية.

الكلمات المفاتيح: قاعدة الاسناد، القانون الإقليمي، القانون الدولي الخاص، الشريعة الإسلامية، النظريات الفقهية.

Abstract

The issue of laws conflict is the main topic of private international law, as it relates to the creation, use, and protection of rights in private individuals' relationships of a foreign component. It is one of the issues with difficult problems in legal relations, as it was the focus of attention of jurists and legislation, and there were many jurisprudential theories in different countries. The present work aims to understand the issue of conflict, to know its reasons, and how to solve it. It also aims to clarify the jurisprudential and legislative difference in the issue of conflict of laws between comparative laws. As well as among the objectives of this study, to clarify the position of Islamic law on the idea of conflict of laws.

We have divided the topic of the present study into an introduction, six topics, and a conclusion. In the introduction, we dealt with the definition of the topic, its importance, and the reasons that prompted us to choose this topic. In the first topic, we dealt with the definition of conflict of laws and their causes. The second topic deals with the theories of the law conflict. We dealt in the third topic with the rules of attribution. In the fourth topic, we dealt with solving the problem of conflict with the rules of attribution. Then we dealt in the fifth topic the mechanisms of

conflict resolution. In the sixth topic, we dealt with the position of Islamic law on the idea of conflict of laws. In the end, we presented the conclusion including the most important findings that we have reached during this study, and then we attached that to the necessary recommendations.

Keywords: Rule of attribution, regional law, private international law, Islamic law, jurisprudential theories.

مقدمة

"الانسان مدني بطبعه"[١] فهو كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده، وحاجته للتعامل مع غيره اقتضت وجود شرائع سماوية وقوانين وضعية تضبط طبيعة العلاقة البينية حتى يستطيع العيش بسلام. وتوالت القوانين الوضعية في الصدور كلما اقتضت الحاجة الى ذلك منها ما يتعلق بالقانون الخاص ومنها ما يتعلق بالقانون العام. حيث نجد القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي والقانون العقاري وقانون الأسرة وقانون العمل وقانون التأمين. كما نجد الى جانب هذه القوانين وغيرها قانونا يعتبر حديث النشأة وهو القانون الدولي الخاص الذي كان سببا في نشأته وتطوره حركة الهجرة الكبيرة التي قام بها الأفراد وعززتها حركة تنقل للبضائع غير مسبوقة مما انجر عنها تطور العلاقات بين الدول بشكل أفضى الى نشأة القانون الدولي الخاص، الذي أصبح على حداثته من بين أهم القوانين التي أصبحت تحظى باهتمام تشريعات الدول ومحاكمها، الأمر الذي يستدعي ضرورة الاهتمام البحثي بهذا القانون الذي تعددت مواضيعه واختلفت التشريعات والمحاكم في تطبيقه وتباينت آراء الفقهاء في فهمه.

ويعتبر تنازع القوانين[٢] الموضوع الرئيس للقانون الدولي الخاص لتعلقه بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وتعتبر قاعدة

---

[١] العلامة التونسي عبد الرحمان بن خلدون.

[٢] https : //fr.wikipedia.org/wiki/Conflit de lois, 28/11/2020/ 11:56., « Un conflit de lois surgit lorsque les lois de deux pays différents ou les lois de deux ordres juridiques d'une fédération prétendent s'appliquer à un même état de choses et que ces lois offrent des solutions juridiques opposées ou divergentes. ».

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الاسناد المشكل الرئيسي الذي أيقض مضجع القانون الإقليمي بعد سيطرته لفطرة طويلة على الاختصاص بالنزاعات المنظورة أمام المحاكم ولو كان أحد أطراف النزاع أجنبي. وهو ما يطرح عدة تساؤلات واشكاليات مختلفة منها، هل أن قاعدة الاسناد هي المشكل أم الحل؟ وهل تمكنت من إزاحة القانون الإقليمي لصالح القانون الأجنبي؟ وما مدى توفق القانون الدولي الخاص على حداثة نشأته في حل النزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي بفضل هذه الأخيرة؟ والى أي مدى أخذت التشريعات القديمة والمعاصرة صلب تشريعاتها بفكرة التنازع؟ وعليه وجب علينا تعريفها وبيان أنواعها وتطورها التاريخي وتحديد نطاقها وشروطها وتطبيقها وفضل قاعدة التنازع عليها.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

نظرا للحالة الدولية الراهنة التي تعيشها الإنسانية ونظرا للعولمة التي يشهدنا العالم اليوم والهجرة الكبيرة للأشخاص من بلد الى آخر لقضاء حاجاتهم الاقتصادية والصحية والاجتماعية والعلمية ترتب عليه في كثير من الأحيان استيطان في البلد الذي قصده وترتب عليه استفادة مادية ومعنوية وزيجات مختلطة أنتجت حياة أسرية وعلاقات اجتماعية الأمر الذي دفع تشريعات الدول الى ضرورة ايجاد قوانين تضبط هذه العلاقات خاصة إذا ترتب عليها نزاع بين وطني وأجنبي أو إذا تعلق النزاع بشيء موجود في بلد أجنبي.

وبالتالي فان أهمية الموضوع تكمن في ضرورة معرفة أي قانون سيتم تطبيقه في حالة نشوب نزاع مشوب بعنصر أجنبي في خضم وجود أكثر من قانون يجب تطبيقه، حيث يكون القاضي أمام عدة قوانين متنازعة ومتزاحمة تنتمي لأكثر من دولة وعليه أن يتوصل الى تطبيق قانون منها على النزاع المعروض عليه.

وعليه ونظرا لما يشكله موضوع تنازع القوانين من أهمية بالغة على المستوى الفقهي والتشريعي والقضائي فلقد اخترت أن يكون عنوان البحث " **قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص**" وقسمته الى مقدمة وستة مباحث وخاتمة.

منهج البحث

توخينا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال استعراض مشاكل تنازع القوانين سواء على ضوء النظريات الفقهية التي بدورها لا تخلوا من مشاكل كانت مثار جدل بين فقهاء القانون، وكذلك على ضوء الشريعة الإسلامية التي تباينت أراء فقهائها حول قبول فكرة التنازع أو رفضها من أساسها والأليات التي تتبع للوصول الى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي في القانون الدولي الخاص والذي يرجع الفضل فيه الى قاعدة الاسناد التي لعبت دورا هاما في استبعاد القانون الإقليمي.

أهداف البحث:

١-التعرف على الاختلاف بين النظريات الفقهية

٢-التعرف على مفهوم تنازع القوانين من خلال النظريات الفقهية.

٣-التعرف على تنازع القوانين على ضوء الشريعة الاسلامية.

٤-التعرف على مكانة القانون الإقليمي التي تقهقرت بعد أن سادت لفترة كبيرة على عرش القضاء دون منازع.

٥-التعرف على قواعد الاسناد ومكوناتها وخصائصها. وكذلك الدور الهام الذي لعبته في إزاحة القانون الإقليمي.

٦-التعرف على الأليات المعتمد في القانون الدولي الخاص لحل مشكلة التنازع.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

خطة البحث:

-**المقدمة**: عرفنا فيها الموضوع وبينا أهميته والأسباب التي دفعت لاختياره.

المبحث الأول: تعريف تنازع القوانين وأسبابه

المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين

المطلب الثاني: أسباب تنازع القوانين

المبحث الثاني: نظريات تنازع القوانين

المطلب الأول: النظريات القديمة

المطلب الثاني: النظريات الحديثة

المبحث الثالث: قواعد الاسناد

المطلب الأول: تعريف قواعد الاسناد

المطلب الثاني: عناصر قواعد الاسناد

المبحث الرابع: حل مشكلة التنازع بقواعد الاسناد

المطلب الأول: تعريف قواعد الاسناد

المطلب الثاني: عناصر قواعد الاسناد

المبحث الخامس: آليات حل التنازع

المطلب الأول: التكييف

المطلب الثاني: الاحالة

المبحث السادس: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين

المطلب الأول: مرحلة رفض فكرة تنازع القوانين

المطلب الثاني: مرحلة القبول بفكرة تنازع القوانين

المبحث الأول

تعريف تنازع القوانين وأسبابه

اختلف الفقهاء بشأن تعريف تنازع القوانين وأنواعه ومراحل تطوره، ولهذا لا بد لنا من شرح هذه الموضوعات بشيء من الافاضة قبل الولوج في شرح كيفية حله.

وقبل الخوض في ذلك نوضح مسألة جد هامة وهي أن المقصود بتنازع القوانين هاهنا ليس تنازع القوانين في الزمان الذي يتعلق بالقوانين الداخلية وانما يتعلق الأمر بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. فتنازع القوانين في الزمان يقصد به وجود قانونين أحدهما سابق والآخر لاحق، أي أن هناك نزاع منظور أمام المحكمة وقبل أن يصدر القاضي الحكم في النزاع يصدر قانونا جديدا متعلقا بذات النزاع فيصبح هناك تنازع قانونين وعلى القاضي أن يرجح أحدهما لفصل النزاع وفقه. ولكن هذا الترجيح لا يكون عشوائيا يقوم به القاضي على هواه فقد حدد له المشرع ضوابط يجب التقيد بها مثل قاعدة "القانون الأصلح للمتهم". فنحن هنا أما تنازع قانونين وطنيين داخليين وهو مختلف عن تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. ففي القانون الداخلي يمكن التحدث أيضا عن التنازع من حيث المكان[١].

[١] د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، س ١٩٩٠، بند ٣٢٩؛ د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، س ٢٠٠١، بند ١٦٥.

المطلب الأول: تعريف تنازع القوانين

تنازع القوانين يعني وجود نزاع أمام القضاء مشوب بعنصر أجنبي[١] مع تزاحم قانونين أو أكثر يمكن تطبيقه على هذا النزاع. فهي قواعد اسناد لأنها تسند النزاع الى قانون معين هو القانون واجب التطبيق. فمن الدول من يسند حالات انحلال الزواج مثلا الى قانون الموطن كالقوانين الأنجلو سكسونية[٢] بينما تسندها دول أخرى الى قانون الجنسية في حين فرقت بعض البلاد العربية بين الطلاق بإرادة منفردة والتطليق[٣].

فالمشكلة تثور عندما يوجد طرف أجنبي في العلاقة. فمثلا إذا عرض على القاضي المصري طلاق لمصري متزوج من فرنسية يقيمان في ألمانيا. فأي قانون سيطبق القاضي؟ هل القانون المصري لأن الزوج مصري الجنسية أم القانون الفرنسي لأن الزوجة فرنسية أم القانون الألماني لأن الزوجان يقيمان في ألمانيا؟

يتم حل مشكلة التنازع[٤] عن طريق قواعد الاسناد التي حددها المشرع في البلد الذي سيجلس فيه القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه. حيث توجد قوانين متزاحمة والقاضي سيبحث عن أيها أولى بالتطبيق، فعلى القاضي أن يختار القانون الأكثر صلة

---

[١] د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، ١٩٩٧، ص ٢٠.

[٢] أ. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، ٢٠١١، ص، ٢٤٤.

[٣] فاطمة بوخاري، حزاب ربيعة، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، ٢٠٢١، ص ١٣٩-١٥٠؛ أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، ٢٠٢١، ص ٢٦٩-٢٨٨.

[٤] د. عبد المنعم رياض، مبادى القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري، ١٩٦٩، ص ١٤.

بالعلاقة[١]، أي أنه سيختار القانون الأنسب الذي هو أكثر ملاءمة لحكمها[٢]. فهذه المفاضلة التي سيقوم بها القاضي في اختيار أحد هذه القوانين المتزاحمة لن تكون بصفة اعتباطية أو على وجه الاقتراع، وانما بناء على ما سترشده اليه قواعد الاسناد التي تم تحديدها سلفا من قبل المشرع الوطني. فمثلا شخص سعودي باع لفرنسي عقارا في فرنسا وعقدا العقد في فرنسا، وعرض النزاع على القاضي السعودي. على فرض أن القاضي السعودي مختص فهل يعقل أن يطبق القانون السعودي؟ لا طبعا. فلو اعتمدنا إقليمية القوانين أي أن القاضي سيطبق دائما القانون الوطني فلا يمكن أن نتحدث عن القانون الدولي أصلا وبالتالي سنستغني عن القانون الدولي. فالقاضي عليه أن يختار القانون الأكثر صلة بالعلاقة، ولكن كيف سيحدد القاضي القانون الأكثر صلة بالعلاقة، هل سيضع القوانين المتزاحمة أمامه ويبحث عن أيها أكثر صلة بالعلاقة؟ حتما سيكون الجواب لا. لأن المشرع حل للقاضي هذه المشكلة ووضع له قواعد معينة هي التي تدله على أي القوانين الأكثر صلة بالعلاقة، هذه القواعد أسمها "قواعد الاسناد". فالذي يحل مشكلة تنازع القوانين هي قواعد الاسناد التي تشير للقاضي على أي من القوانين الأكثر صلة بالعلاقة. ولنضرب أمثلة على ذلك: فمثلا رجل ألماني متزوج من امرأة إيطالية، فجنسية الزوج ألمانية وجنسية المرأة إيطالية ويعيشان في مصر فالموطن المشترك هو مصر، المرأة رفعت قضية نفقة على زوجها وقالت للقاضي أريد نفقة من زوجي الألماني لأن النفقة أثر من أثار الزواج فبما أنه طلقها فهو مطالب بالإنفاق عليها. فماذا يفعل القاضي في هذه الحالة خاصة أنها مرتبطة بثلاثة قوانين المصري والألماني والايطالي؟

---

[١] Art. 3 C. civ ; CA Paris, 2 février 1956, JCP 1956, II. 9229.

[٢] أ. د. هشام علي صادق، أ. د. كتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين–تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٧.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

فهنا سيرجع القاضي الى قواعد الاسناد. فقاعدة الاسناد تقول له أن أثار الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج. فقاعدة الاسناد دلت القاضي على القانون الواجب التطبيق، أي قانون جنسية الزوج. فالذي حدد القانون الأكثر صلة بالعلاقة أي القانون الواجب التطبيق هي قاعدة الاسناد وليس القاضي هو الذي حدد وفقا لمزاجه ورغبته. مثال آخر للتوضيح شخص مغربي وهو يمشي في شوارع لندن بالسيارة فصدم شخص ايطالي، والإيطالي رفع عليه قضية أمام القضاء المغربي يطالبه بالتعويض. فالعلاقة هنا مرتبطة بثلاثة قوانين. فالمتسبب في الضرر مغربي والمتضرر إيطالي ومكان الضرر أي الحادث إنجلترا. فهذه مسؤولية تقصيرية، فكل خطأ سبب ضررا للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض. فالقاضي هنا سيرجع الى قواعد الاسناد. فقواعد الاسناد تقول للقاضي أن المسؤولية التقصيرية تخضع لمكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، فالقانون الواجب التطبيق هنا هو القانون الإنجليزي، وعليه فان قاعدة الاسناد هي التي اختارت للقاضي القانون الواجب التطبيق. وفي فرنسا، إذا كان الاتجاه الحالي يكمن في تدوين قواعد النزاع، فإن العديد من قواعد النزاع تجد مصدرها في السوابق القضائية. فالحلول الرئيسية وقواعد تنازع القوانين تخضع للتقسيم التالي:

-الأحوال الشخصية (الحالة الفردية والحالة العائلية): في معظم الدول تُحكم حسب الأنظمة، وأحيانا ضمن نظام معين حسب القضايا، بموجب القانون الوطني أو قانون الإقامة أو قانون الإقامة المعتاد، وفي فرنسا، بموجب القانون الوطني، مع مراعاة استثناءات مختلفة.

-الوضع الحقيقي: يحكمه قانون مكان الملكية، فتخضع الممتلكات غير الملموسة لقواعد معينة وحسب طبيعتها، والهدف هو تطبيق قانون مكان وضعها الحالي للأثار الحقيقية القادمة.

-يخضع شكل الإجراءات القانونية لقانون المكان الذي تمت فيه؛ تعتبر هذه القاعدة بشكل عام اختيارية، حيث يخضع الشكل للقانون الذي يحكم الفعل الموضوعي، وبالنسبة لأفعال معينة، يخضع لقانون الأحوال الشخصية.

-تخضع العقود بشكل عام للقانون المرغوب فيه من قبل الأطراف، في حالة عدم وجود خيار، بموجب قانون محدد بشكل موضوعي: حسب النظام أو مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو بناء على مبدأ أقرب رابط.

-تخضع الأضرار والوقائع القانونية الأخرى لقانون مكان حدوثها، وتخضع لقواعد محددة، وبشكل استثنائي حسب معيار أقرب رابط.

-ترتبط آثار الملكية للزواج، حسب النظام، بالأحوال الشخصية أو حالة الملكية أو كما هو الحال في القانون الفرنسي، بالأفعال القانونية.

-يتم التوفيق بين الميراث الذي بدون وصية، حسب الحالة، مع الأحوال الشخصية أو الوضع الحقيقي. في الحالة الثانية، كما هو الحال في فرنسا، يخضع الميراث العقاري لقانون موقع كل مبنى، وتخضع التركات المنقولة بموجب قانون مكان إقامة المتوفى. يخضع الميراث في الوصية للقانون المطبق على الميراث بدون وصية.

-تخضع الإجراءات لقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع في حالة وجود دعوى في الغرض.

-كما تجدر الإشارة إلى أنه في مسائل التجارة الدولية، يتم دفع المشتغلين بالتجارة الدولية إلى سن القواعد تلقائيا، والتي تكتسب بعض الإلزام من خلال اتساقها وانتظام تطبيقها.

المطلب الثاني: أسباب تنازع القوانين

قديما في الحضارة الرومانية كان القانون الروماني يطبق على جميع الأفراد والأموال وكذلك العلاقات القانونية في كامل الامبراطورية، كما ساد مبدأ إقليمية القانون في مختلف الدول، لأنه يؤدي الى تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

والأشخاص والأموال في اقليمها. إضافة الى التلازم المطلق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الذي ساد لفترة طويلة ولكن هذا الارتباط انهار في نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر.[١] وكلما تشددت الدولة في التمسك بفكرة السيادة وتعصبت في تطبيق مبدأ إقليمية القانون، كلما استحال قيام أي نوع من التنازع بين قوانينها وقوانين الدول الأخرى في العلاقات القانونية. لأن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة على كل القضايا والأشخاص والأموال داخل اقليمها هو قانونها الوطني، ولا يمكن افساح المجال لتطبيق قانون آخر في اقليمها. وهذا ما كان يجري قديما عندما كانت الدول تصر على تطبيق مبدأ إقليمية القانون بتشدد وتعصب كنتيجة واقعية لانغلاق المجتمعات على نفسها انغلاقا متسما بعداء وخوف كل واحد منها تجاه الآخر، وبعدم التعاون في العلاقات بين شعوبها، الى أن تصدع هذا المبدأ بنمو التجارة الدولية واختصار المسافات بين البلدان وسهولة المواصلات واتساع حركة التنقل والانفتاح الهائل بين شعوب العالم واحتواء إقليم كل دولة –فضلا عن أبنائها– عددا لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى، وارتباط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدول التي أقاموا فيها بعلاقات قانونية مختلفة. وكل ذلك أدى الى تنازل الدول عن التشدد والتعصب في التمسك بالسيادة، ومبدأ إقليمية القانون المطلق، واعترفت بمبدأ إقليمية القانون النسبي، بقبولها استثناءات اقتضتها مصلحة المجتمع الوطني والدولي معا. فهذه الاستثناءات حولت الاختصاص الإقليمي من المطلق الى النسبي وساعدت على قيام مبدأ شخصية القانون النسبي القاضي بتطبيق القانون الشخصي للأفراد على مسائل أحوالهم الشخصية ولو كانوا في إقليم دولة أخرى غير دولتهم. لأن قوانين الأحوال الشخصية تشرع أصلا لتسري على أعضاء جماعة معينة تجمعهم أصول

[١] أ. د. هشام علي صادق، أ. د. كتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين–تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٩.

دينية وأخلاقية شخصية وروابط اجتماعية موروثة. وكانت إيطاليا أسبق البلدان الى الشعور بوطأة مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من شدته، نظرا لازدهار التجارة فيها وما استتبع ذلك من نزوح أفرادها الى خارج البلاد، واختلاطهم وزواجهم بأفراد من الدول الأخرى. فلكي يكون هناك تنازع بين القوانين يجب أن يكون هناك أيضا نوع من التسامح تجاه القوانين الخاصة ببقية المجتمعات[١] كما يجب توفر نوع من المرونة بين التشريعات.

وهكذا لم يعد نشاط الفرد مقتصرا على إقليم دولته فقط، بل تجاوزه الى علاقات قانونية مع أفراد ينتمون الى دول أخرى، مما أدى الى قيام مجموعة علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمتد أثرها من النطاق الإقليمي الى النطاق الدولي، كعقد زواج يتم بين تونسي وجزائرية في فرنسا، أو كعقد بيع يتم في ألمانيا بين عراقي ولبناني لنقل ملكية عقار موجود في بريطانيا، أو كعقد بيع مال منقول يتم بين سوري وألماني في العراق ويتفق على تنفيذه في فرنسا.

وبناء على ما تقدم فقد تعقدت العلاقات القانونية بين البشر وتنوعت القواعد التي تحكمها حتى أضحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر السهل في كل الأحوال، لأن لكل جماعة نظامها القانوني الخاص وسيادتها الوطنية. فهذا الاختلاف بين أحكام قوانين الدول وأنظمتها أثار بدون شك التنازع بينها كلما اتصلت علاقة قانونية في أحد عناصرها بدولة أجنبية أو أكثر، الأمر الذي أدى الى أن يضفي العنصر الأجنبي على هذه العلاقات أهمية أكثر من السابق. لأنه يخلق التنازع بين أكثر من قانون واحد يمكن تطبيقه عليها مما يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة واتفاقا مع طبيعة العلاقة القانونية، سواء كان القانون وطنيا أم أجنبيا عن طريق قواعد قانونية وظيفتها اختيار وتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وتسمى قواعد الاسناد.

---

[١] أ. د. هشام علي صادق، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص ٩.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الا أنه لتطبيق القانون الأجنبي أو الإحالة اليه لا بد من صدوره من سلطة مختصة في دولة معترف بها، حيث لا يمكن تطبيق قانون صادر من قبائل أو مجموعات بشرية كما، لا يمكن الحديث عن تنازع قوانين في هذا المستوى. فتنازع القوانين يجب أن يكون في إطار دولي بين دول ذات سيادة وليس بين ولايات كالولايات المتحدة الأمريكية أو بين منظمات ودولة. ففي القرن الثامن عشر امتنع القضاء الإنجليزي عن قبول التنازع بين القوانين الإنجليزية والأعراف والعادات السائدة عند القبائل التي تسكن أواسط افريقيا.[١]

[١] د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٥٧، ص ٢٠. انظر أيضا، د. جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، القاهرة، ص ١٠.

المبحث الثاني

نظريات تنازع القوانين

لم يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الى الوجود ويتكامل الا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامه في العلاقات القانونية الخاصة الدولية وظهور نظريات مختلفة لحل هذا النزاع تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي[١]. وعليه لا بد من التطرق الى هذه النظريات بشيء من الافاضة للوقوف على التطور والتكامل التاريخي لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. ونظريات تنازع القوانين منها ما هو قديم ومنها ما هو حديث.

المطلب الأول: النظريات القديمة

المدارس أو النظريات القديمة عديدة حيث نجد المدرسة الإيطالية والمدرسة الفرنسية والمدرسة الهولندية:

---

[١] https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France,Droit international privé en France, Wikimédia, 28/11/2020/ 13:39., « Le conflit de lois est la partie du droit international privé qui permet de déterminer quelle loi va être appliquée au cours d'un litige présentant, au moins, un élément d'extranéité. Ainsi, une fois que le juge français est saisi du litige, il conviendra de trouver la loi applicable aux questions de droit posées. Partant du principe que le juge français peut appliquer une loi étrangère, et que les différentes lois étrangères présentant des liens avec le litige ont une vocation théorique à s'appliquer, ont été élaborées des règles de conflit de lois. Elles présentent des caractères généraux ».

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الفرع الأول: المدرسة الإيطالية: المدرسة الإيطالية أو كما يطلق عليها نظرية الأحوال وهي تعبير عن الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها وطبقتها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية الى جانب أحكام القانون الروماني، مما ساعد على قيام المناخ الملائم لظهور التنازع بين هذه الأعراف والعادات التي كانت تختلف من مدينة الى أخرى، ومن بينها أحكام القانون الروماني. فقامت مناقشات فقهية بهدف إيجاد قواعد لازمة لحل هذا التنازع.

وقد سادت نظرية الأحوال الإيطالية في القرن الثالث عشر للميلاد ومن أهم أنصارها بارتولوس، وكان أستاذا في جامعة بيزا، وخلفه بلديس. وكانوا يكتبون الآراء التي يبدونها بشكل تعليقات مقتضبة في حواشي نصوص القانون الروماني لإيجاد قواعد تحل التنازع المحتمل بين قوانين المدن المختلفة. ولذلك سميت مدرستهم بمدرسة الحواشي، نسبة الى حاشية الكتاب.

ومن أهم هذه الحواشي حاشية أكورس التي تساءل فيها عن الشكل الذي يلزم به تنظيم وصية شخص بولوني يقطن مودان، هل يلزم تطبيق الشكل القانوني المنصوص عليه في القانون الشخصي، أي القانون البولوني، أو الإقليمي أي القانون الذي وقع فيه التصرف القانوني وهو قانون مودان؟

وأجاب بإعطاء هذا الاختصاص لقانون المحل الذي عملت فيه الوصية أي قانون مودان ذلك لأن هذا القانون يعطي اليقين للأفراد بقدرتهم على اجراء تصرفات قانونية صحيحة في أي بلد كان.

وكانت حواشيهم تبرز وجهة نظرهم بخصوص التنازع المحتمل وقوعه بين أعراف وعادات المدن المختلفة وبين القانون الروماني على هدى العقل وماهية الأشياء ويقترحون الحلول اللازمة له دون أن يلتزمون مقدما بمبدأ عام، ولهذا جاءت حواشيهم متخيرة لا تتقيد سلفا بمبدأ عام معين، وانما تؤدي الى اختيار الحل المناسب لكل حالة

على حدة دون وضع حل موحد لها، مستندين في ذلك على أسلوب الفقه التحليلي الذي يحلل مختلف فروض التنازع دون محاولة الربط بينها. ولهذا لم يتوصلوا الى قواعد عامة في تنازع القوانين، بل الى آراء مختلفة بشأن حلول التنازع المحتمل وقوعه بين قوانين المدن المختلفة عكس ما في قواعد تنازع القوانين المأخوذ بها حاليا. وكانت تلك الآراء تعوزها الدقة، لأن أساس الحلول التي قدموها كان هدى العقل والعدالة وحاجة المعاملات، مما أدى الى اختلاف وجهات نظرهم في الحلول التي اقترحوها، وابعاد النصوص عن معانيها بتحميلها أكثر مما تتحمل. ومع ذلك لا ينكر على أنصار هذه النظرية توصلهم الى الحلول ساعدت الفقه على معالجة مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، كالتفرقة بين إجراءات الدعوى وموضوعها، حيث اقترحوا اخضاع الأولى لقانون القاضي والثاني لقوانين أخرى. كما اقترحوا قاعدة اخضاع العقد شكلا وموضوعا لقانون محل ابرامه على أساس انصراف إرادة المتعاقدين ضمنا الى تطبيق هذا القانون، واقترحوا اخضاع الميراث لقانون واحد، واقترحوا أيضا قاعدة اخضاع المال لقانون موقعه.

الفرع الثاني: المدرسة الفرنسية: سادت هذه النظرية في القرن السادس عشر الميلادي ومؤسسها هو القانوني Argenté الذي نشر عدة كتب قانونية وأوضح في كتابه المشهور "تعليق على عرف بريطانيا" مبادئ تنازع القوانين. وتقوم هذه النظرية على فكرة الاقليمية،[١] ومن أنصار هذه النظرية أيضا فرولاند والمحامي الفرنسي Demoulin،

[١] أ. د. هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين–الاختصاص القضائي الدولي–الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٥.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

وBouhier، وهذه النظرية قسمت المسائل على النحو التالي هي: تقسيم الأحوال، ونطاق تطبيق الأحوال، وأساس القانون الدولي الخاص.

بالنسبة للأحوال قسموها الى أحوال عينية وهي التي تتعلق باكتساب ملكية الحقوق العينية في الأشياء والأعيان، مثل الترفات التعاقدية المتعلقة بالأرض، والوصية وسائر التصرفات الأخرى، وذهبوا الى اخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادات المحلية في الإقليم على أساس مبدأ إقليمية القانون وهو الأصل. والى أحوال شخصية وهي التي تتعلق بالحقوق العائلية، مثل الزواج والبنوة، وبحالة الشخص، مثل الأهلية والاسم والموطن، وذهبوا الى اخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادة السائدة في الموطن على أساس مبدأ شخصية القانون باعتباره الاستثناء. اذ أوجبوا تطبيق القانون الشخصي للأجنبي على مسائل أحواله الشخصية في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي استنادا الى فكرة العدالة وتعيين هذا القانون بمعيار موطن الشخص. أي قانون موطنه. والى أحوال مختلطة وهي التي يشك في طبيعتها القانونية ويصعب تحديد هذه الطبيعة وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها بحيث لا يعرف أنها أحوال عينية أم شخصية، مثل شكل العقد. فذهبوا الى اخضاعها للقانون الإقليمي أيضا، واسندوا الاختصاص التشريعي في شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف.

وعليه فان هذه النظرية ذهبت الى الأخذ بمبدأ إقليمية القانون كقاعدة عامة وتطبيق مبدأ شخصية القانون كاستثناء من هذه القاعدة، وأحلت مبدأ إقليمية القانون النسبي محل مبدأ إقليمية القانون المطلق، واستطاعت بذلك بناء على مبدأ عام لتنازع القوانين يستند الى معيار محدد للحلول بدلا من وضع حلول خاصة لكل حالة مستعصية بصورة مستقلة، عكس فقه مدرسة الأحوال الإيطالية. ومع ذلك فقد انتقدت نظرية الأحوال الفرنسية لفشلها في تصنيف الأحوال المختلطة وتعيين القانون الواجب تطبيقه عليها. فمبدأ تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية الذي جاءت به النظرية كاف وغير ممكن،

لأن جميع العلاقات القانونية لا تتعلق بصورة مطلقة بالمال والشخص فقط، بل هناك علاقات أخرى خارج هذا التقسيم، مثل الأحكام المتعلقة بشكل العقد وأصول المحاكمات وتنفيذ الأحكام. ورغم هذه الانتقادات الموجهة الى النظرية، فإنها سادت خلال القرن السادس عشر في الفقه والقضاء وحافظت على قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد ابرامه وأقامت مبدأ حرية الإرادة.

الفرع الثالث: نظرية الأحوال الهولندية: في نهاية القرن السادس عشر للميلاد عني فقهاء الأحوال في هولندا وبلجيكيا أمثال بورجوندس، ورودنبرخ، وباول فوت وابنه جان فولت، وأولبريج هوبر بدراسة تنازع القوانين وساقوا بعض الأفكار الجديدة بشأنه، وقد سميت هذه المدرسة أيضا بمدرسة المجاملة الدولية[١] لأنها استندت الى نفس المبادئ التي جاء بها فقه المدرسة الفرنسية بالنسبة لتقسيم الأحوال الى عينية واخضاعها للقانون الإقليمي كقاعدة عامة، والى شخصية واخضاعها للقانون الشخصي كاستثناء، والى مختلطة واخضاعها للقانون الإقليمي، وتحديد نطاق تطبيق الأحوال، الا أنها تميزت عن المدرسة الفرنسية في أساس سريان قانون الأحوال الشخصية في خارج البلاد، بأن ذهبت الى أن سريان القانون الشخصي على الأحوال الشخصية للشخص خارج البلاد لا يستند الى فكرة العدالة، بل الى مبدأ المجاملة بين الدول. وقالوا ان المشرع الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، لأن إلزامه بذلك لا يتوافق مع السيادة على أساس أن للقانون قوة مطلقة في الدولة التي شرعته ويخضع له كل من يتوطن في اقليمها بصورة دائمة أو مؤقتة، ولكن الدولة بسبب المجاملة تعترف بقوة قوانين الدول الأخرى ما لم يخل ذلك بصميم سيادتها. وإذا سمح المشرع بتطبيق قانون أجنبي، فان هذا

---

[١] أ. د. الدكتور هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٥.

السماح لا يستند الى إلزام قانوني دولي، بل الى رغبة اختيارية كمظهر للسيادة وتعبير عن حريته في السماح بتطبيق القانون الأجنبي. وكل دولة حرة في الاستثمار بوضع قواعد تنازع القوانين كيفما تشاء استنادا الى فكرة السيادة. ومما يذكر أن نفس الانتقادات التي وجهت الى نظرية الأحوال الفرنسية وجهت الى نظرية الأحوال الهولندية، لأنهما تتفقان في الرأي بالنسبة لتقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ومختلطة ومن حيث القانون الذي يسري عليها، أي نطاق تطبيقها. الا أن نظرية الأحوال الهولندية استطاعت أن تنقل دراسة موضوع تنازع القوانين من المجال الداخلي الى المجال الدولي مع رفضها الاعتراف بقوة الالزام لقواعد التنازع، لأنها اعتبرت أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مجرد مجاملة دولية وليس ضرورة قانونية.

المطلب الثاني: النظريات الحديثة:

تعتبر النظريات الحديثة عديدة حيث نجد كثيرا من المدارس ومنها:

الفرع الأول: المدرسة الألمانية: تميزت النظريات الألمانية التي قامت بشأن تنازع القوانين بعد استكمال الوحدة السياسية في ألمانيا بطابع فلسفي وتوجيه انتقادات شديدة لنظرية المجاملة الدولية باعتبارها نظرية اعتباطية تدفع القاضي في بعض الحالات التي يقبل فيها تطبيق قانون أجنبي الى البحث عن الأساس الذي يحكم كل علاقة قانونية تعرض على حدة لمعرفة هل أنها إقليمية أو غير إقليمية دون وجود مبادئ تحكم الموضوع بصورة عامة. ومن أشهر هذه النظريات:

-نظرية وايشتر: ترى هذه النظرية أن القاضي عندما ينظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي في أية دولة يجب عليه أن يحلها وفقا لما تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني "ليكس فوري". فاذا لم يوجد حكم صريح تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني عليه أن يحلها وفقا لما يستنبطه من روح نصوص قانونه الوطني.

وتنتقد هذه النظرية بأن إلزام القاضي بتطبيق قواعد التنازع في قانونه الوطني على قضية مشوبة بعنصر أجنبي معروضة عليه اجراء غير سليم، لأن القاضي لا يلتزم الا بأوامر مشروعه الوطني، ولكن ليس صحيحا أن يلزم باستنباط الحكم لها من روح نصوص قانونه الوطني إذا خلا هذا القانون من قواعد تنازع تحل النزاع. لأن ذلك يعني إلزام القاضي بحل النزاع وفق قانونه الوطني بأي حال من الأحوال وابعاد تطبيق القانون الأجنبي والعودة الى مبدأ إقليمية القانون المطلق. ولهذا السبب اعتبر البعض وايشتر من أنصار مبدأ إقليمية القانون.

-نظرية شافنير: انتقد شافنير نظرية الأحوال واتهم أنصارها بالعجز عن الوصول الى حل إيجابي لمشكلة تنازع القوانين ثم طرح نظريته بالقول: في حالة تنازع القوانين إذا كان قانون القاضي يحتوي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين فيجب تطبيق تلك الأحكام وتعيين القانون الواجب تطبيقه بموجبها. وفي حالة عدم احتواء قانون القاضي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين يجب تطبيق قانون محل ابرام التصرف القانوني بالنسبة لكافة العائلات القانونية عدا الأهلية التي يجب اخضاعها لقانون الموطن. أما بالنسبة للأموال فيجب اخضاعها لقانون محل وجودها.

وعموما فانه ما يؤخذ على نظرية شافنير أنه قد لا يمكن في جميع الحالات تحديد مكان اجراء التصرف القانوني، ثم انها لم توضح المقصود بمكان العلاقة القانونية، وفيما إذا كان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد هذا المكان محل اجراء الشروط الشكلية أم الشروط الموضوعية للعلاقة القانونية حيث لم تتضمن النظرية أية إشارة الى هذا الموضوع.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

-نظرية سافيني[١]: هو أول من نادى بضرورة العودة الى المنهج التحليلي[٢] وهو ينتمي الى عائلة فرنسية محافظة هاجرت الى برلين وعمل أستاذ في جامعة برلين واشتهر بمؤلفاته عن القانون الروماني وابتدع فقها جديدا في تنازع القوانين نشره في الجزء الثامن من كتاب صدر له عام ١٨٤٩م وبنى فيه نظريته المشهورة على أساس ترابط الفكر القانوني المشترك بين قوانين جميع البلدان التي ورثت مبادئ القانون الروماني، مثل بلدان أوروبا وغيرها عدا سويسرا والامبراطورية العثمانية وروسيا. لأن قوانين تلك البلدان استمدت من القانون الروماني الذي كان بمثابة الأساس العام لها. وحتى أن الدول ذات السابقة القضائية، مثل إنكلترا رغم عدم تأثر تشريعاتها بالقانون الروماني، الا أنها مالت الى الأخذ عمليا بنظرية الأحوال المسندة الى القانون الروماني في مسألة حل تنازع القوانين. وهذا يعني وجود فكر قانوني مشترك في قوانين الدول التي تأثرت بالقانون الروماني، وأن فكرة العدالة وحلول تنازع القوانين التي توحي بها العدالة واحدة ومقبولة فيها بدون التعصب لإقليمية القانون. فكل واحدة من هذه الدول إذا طبقت قانون دولة أخرى في اقليمها، فإنها لا تفعل ذلك مدفوعة بروح التسامح والمجاملة الدولية، بل بمقتضى التزام دولي. لأن للدول مصالح وغايات مشتركة، أهما تحقيق العدالة. فالعدالة غاية مشتركة تهدف جميع الدول الى تحقيقها، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية الا بالتعاون

---

[١] فريدريش كارل فون سافيني Friedrich Karl von Savigny رجل قانون ألماني. مؤسس نظام القانون المدني الحديث في ألمانيا. ولد في فرانكفورت، وتوفي في برلين. كما يعد مؤسس نظام القانون الخاص. دافع سافيني عن الفقه التاريخي Historical Jurisprudence في تعرف القوانين القائمة والعمل بها، m.marefa.org، ٧ مارس ٢٠٢١، الساعة ١٤ و٤٤ دقيقة.

[٢] أ. د. الدكتور هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٣٨.

فيما بينها وبقبول الواحدة منها تطبيق قوانين الأخرى في اقليمها كلما اقتضت العدالة ذلك. ثم يشرح سافيني نظريته بتقسيم القوانين الى قسمين:

قوانين متعلقة بالشخص وهي التي تحدد مجرد الأهلية القانونية العامة بصرف النظر عن نوع أية علاقة قانونية يقوم بها الشخص، كالأهلية والحالة، ويطبق فيها قانون الموطن.

وقوانين متعلقة بالعلاقات القانونية وهي التي تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد كالتملك والبيع والشراء والالتزامات. ففيها ذهب سافيني الى تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع لتعيين ماهيتها القانونية بغية اسنادها الى نظام قانوني يلائمها ويتفق مع طبيعتها وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

ولكن ما يؤخذ على نظرية سافيني أنها مالت الى ترجيح تطبيق قانون مكان ابرام العلاقة القانونية دون توضيح هذا المكان، فظل مبهما صعب التطبيق. كما أن قبولها لمبدأ تطبيق قانون الموطن في تنازع القوانين على مسائل الأحوال الشخصية غير صحيح، ومع ذلك فقد كثر أنصارها في العديد من الدول مثل فرنسا وإيطاليا. كما أن منهج Savigny هو المتبع في أغلب تشريعات العالم اليوم التي تقسم العلاقات الى أفكار مسندة ليتم اخضاعها الى أكثر القوانين ملاءمة.[١]

-نظرية هاوس: نشر هاوس نظريته في كتاب صدر له عام ١٩٢٤م وقال فيه أن على القاضي إذا لزم الأمر تعيين القانون المختص في حالة تنازع القوانين، البحث أولا عن القانون المختار الذي اختاره أطراف العلاقة. فان تعذر تحديد هذا القانون عليه أن يطبق

[١] أ. د. الدكتور هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٨.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

قواعد التنازع في قانونه الوطني، وإذا لم يوجد يجب عليه أن يطبق قانون الموطن أو قانون مكان وجود المال موضوع البحث.

ولكن ما يؤخذ على نظرية هاوس جعلها إرادة أطراف العلاقة فوق القانون، إضافة الى أنها تجعل من البحث عن إرادة أطراف النزاع مشكلة قائمة بحد ذاتها، وأن هذه الإرادة قد تؤدي الى تطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام استنادا الى مبدأ سلطان الإرادة، وهذه نتيجة غير مرضية في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: المدرسة الإيطالية: ظهر صدى تحديد قواعد التنازع في ألمانيا وحرك رجال الفقه في إيطاليا الى تطوير أسس تنازع القوانين. وكانت إيطاليا في تلك الفترة تعيش مظاهر قيام وحدتها السياسية، فظهرت فيها نظريات حديثة أهمها نظرية مانشيني. فما هي هذه النظرية؟

-نظرية مانشيني: لقد خالف Mancini الاتجاه الإيطالي القديم الذي يقول بمبدأ إقليمية القوانين لا بمبدأ شخصية القوانين حيث ذكر في محاضرته في جامعة تورينو عام ١٨٥١م أسس نظريته. اذ قال وهو يؤيد الوحدة الإيطالية التي قد تحققت في أيامه: يتم وضع القوانين انطلاقا وتكييفا مع تقاليد وأحوال وعادات وحاجات الشعب وعليه يجب أن تكون من حيث المبدأ شخصية التطبيق لا إقليمية وتسري على رعايا الدولة ولو في إقليم دولة أخرى.[١] ففي تنازع القوانين يجب ترجيح تطبيق القانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية الذي هو القانون الوطني للدولة التي ينتسب لها الشخص في جميع علاقاته أينما وجد، لأن القانون الشخصي يتبع المواطن بصرف النظر عن مكان وجوده. فالمبدأ عنده هو شخصية القوانين أما الاستثناء فهو اقليميتها. وقسم مانشيني القانون

---

[١] أ. د. هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٣٦.

الى عام وخاص وقال: أن القانون العام ينظم تشكيلات الدولة فهو إقليمي، والقانون الخاص ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد فهو شخصي. وأضاف: أن الدولة تتكون من عنصرين الإقليم والسكان، فيمكن عند الضرورة إضفاء صفة الدولة على القبائل الرحل، بينما لا يمكن إضفاء صفة الدولة على أرض خالية من السكان. لأن تأثير السيادة على الإقليم ثانوي بينما على السكان أصلي. فاذا غادر شخص إقليم الدولة التي يتمتع بجنسيتها الى إقليم دولة أخرى لا يتخلص من نفوذ وسيادة قوانين دولته في جميع علاقاته باستثناء حالات ثلاث هي: القوانين التي تعتبر من النظام العام، القانون المختار من قبل أطراف العلاقة، وقانون مكان اجراء شكل التصرفات القانونية.

ولكن ما يؤخذ على نظرية مانشيني المتصفة بالشخصية النسبية، أن الاستثناءات الكثيرة التي أوردتها قللت من قيمتها، ومع ذلك فقد أيدها عدد من الفقهاء وأخذت بها اتفاقيات دولية بشأن حل تنازع القوانين الى قيام الحرب العالمية الأولى، كالاتفاقية التي أعدها مؤتمر لاهاي عام ١٨٩٣م بشأن قواعد تنازع القوانين.

الفرع الثالث: المدرسة الفرنسية: لقد استمرت جهود فقهاء القانون لإيجاد قواعد قانونية لحل تنازع القوانين، فظهرت نظريات جديدة مثل نظرية بيلى في فرنسا. ولقد كان بيلى أستاذا في كلية حقوق باريس في نهاية القرن التاسع عشر عندما صاغ نظرية "طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها" ونشرها عام ١٩٠٣م في كتاب له قال فيه: عند البحث عن القانون الواجب تطبيقه في تنازع القوانين، يعني ذلك البحث عن مدى سيادة القانون بالنسبة لعلاقات الأفراد ذات الصفة الدولية. ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية، فلا بد وأن تكون له غاية وهي حفظ كيان المجتمع وحقوق الأفراد وإقرار التوازن بين الغايات الشخصية والغايات العمومية، مما يجب تحديد القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بالكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف اليه القانون. لأن لكل قانون غرضه الاجتماعي الذي يهدف الى تحقيقه، ويتمتع في الحياة القانونية

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الداخلية بخاصيتي الدوام والعمومية. ولمعرفة القوانين المتصفة بالدوام أو بالعمومية لا بد من تعيين غايته الاجتماعية. فاذا كانت غايته حماية منفعة الفرد تعتبر هذه الحماية شخصية ومتصفة بالدوام والاستمرار، ويعتبر القانون الحامي شخصي التطبيق يمتد سلطانه باستمرار ودوام من غير انقطاع على الأشخاص والأموال التي تخضع له من يوم إصداره الى يوم الغائه.

فالقوانين المتصفة بالاستمرار والدوام يمتد تطبيقها الى خارج إقليم الدولة التي أصدرتها حتى تحافظ على الغاية التي شرعت من أجلها وهي حماية الفرد أو العائلة باستمرار ولو كان ذلك في إقليم دولة أجنبية، وبذلك يكون القانون دائما مستمرا بالنسبة للأفراد. كالقانون الذي يحدد الأهلية أو القانون الذي يتضمن شروط صحة الزواج.

وأما إذا كان القانون غايته حماية المجتمع، فهو يتصف بالعمومية ويكون تطبيقه إقليميا على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات في إقليم الدولة دون التمييز بين الوطني والأجنبي، كقانون العقوبات، والقانون المتعلق باكتساب ملكية مال غير منقول. حيث أن غايتهما في حماية منفعة المجتمع. فتتغلب فيهما صفة العموم على صفة الاستمرار. فبالكشف عن الغرض الاجتماعي للقانون يمكن الفصل فيما إذا كان من الواجب الاحتفاظ بنطاقه الإقليمي أو بامتداده ويتم اسناد الاختصاص للقانون بنطاقه الإقليمي أو بامتداده ويتم اسناد الاختصاص للقانون الواجب تطبيقه وفقا لذلك، سواء أكان وطنيا أم أجنبيا. فمثلا إذا أراد أحد الأجانب الزواج في فرنسا، فوفقا لأي قانون يتم تحديد الأهلية اللازمة لهذا الزواج، قانون دولة هذا الأجنبي أم الفرنسي؟ فاذا طبق قانون دولة الأجنبي يعني ذلك أن خاصية الدوام تغلبت في شروط هذا الزواج، وإذا طبق القانون الفرنسي يعني أن خاصية العمومية قد تغلبت فيها.

ويضيف أنصار هذه النظرية أن المحكمة المرفوع اليها النزاع، عليها أن تمرره بمرحلتين. في المرحلة الأولى تقوم بعملية تكييف العلاقة القانونية، وهذا التكييف يكون من

اختصاص قانون القاضي، وفي المرحلة الثانية تقوم بعملية اسناد حكم العلاقة الى أحد القوانين المتنازعة إذا ما ظهر لها بأنه أنسب من غيره بحسب غايته الاجتماعية.

وتنتقد نظرية بيلى لأن المعيار الذي جاءت لحل تنازع القوانين لا يؤدي الى تحقيقه بسهولة ويسر. فالبحث عن دوام القانون وعمومه يسوقنا الى صعوبة معرفة ما إذا كان القانون مستمرا أو عاما، وان التفرقة بين القوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة الأفراد والقوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة المجتمع غير صحيحة. لأن القوانين أيا كان موضوعها، تهدف الى تحقيق حماية الفرد والمجتمع في وقت واحد. كما أنها تستبعد فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة من موضوع التنازع.

المبحث الرابع

حل مشكلة التنازع بقواعد الاسناد

لمعرفة قواعد الاسناد لا بد من تعريفها وبيان خصائصها وعناصرها وكيفية استعمالها من طرف المشرع والقاضي. وعلى ضوئها يمكن معرفة مدى تقلص مكانة القانون الإقليمي عندما تشير قاعدة الاسناد على القاضي بتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول: تعريف قواعد الاسناد

ان قاعدة الاسناد أو كما يسميها البعض "قاعدة التنازع"[١] هي قاعدة إجرائية وطنية، غير مباشرة، وهي التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فهي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة. الا أنها لا تحل مشكلة التنازع[٢]، حيث يقتصر دورها على ارشاد القاضي للقانون الذي سيقوم بتطبيقه من بين هذه القوانين المتزاحمة والتي سيختار أكثرها ملاءمة

---

[١] « La règle de conflit de lois est une règle abstraite, indirecte (elle ne permet pas de résoudre la question de fond posée, mais uniquement de déterminer la loi compétente pour résoudre cette question de droit substantiel), et neutre (la solution substantielle n'est pas prise en compte dans la détermination de la loi applicable). Le droit international privé français est composé de règles de conflit de lois émanant d'instruments internationaux (convention et traité), de la loi (article 3 du code civil), ou de la jurisprudence. », Droit international privé en France, https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France,28/11/2020/13:47.

[٢] د. هدى محمد مجدي، القانون الدولي الخاص السعودي، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٨، ص، ٢١٠.

للبت في النزاع. فهذه القواعد مهمتها الأساسية هي التكفل باختيار القانون الواجب التطبيق.[١] بعد أن كان القاضي الوطني يطبق القانون الإقليمي بصفة آلية فيما سبق على النزاعات التي يكون فيها طرف أجنبي.

وعليه فان قواعد التنازع أو قواعد الاسناد تمتاز بمجموعة من الخصائص وهي:

–ان قاعدة الاسناد[٢] هي قاعدة إجرائية ترشد القاضي المعروض عليه النزاع الى القانون الواجب التطبيق ولا تتضمن حكما يطبق على ذلك النزاع. فالقاضي ملزما بحسم النزاع[٣] المعروض عليه وفق قانون معين، فجاءت قاعدة الاسناد لتدله وترشده الى القانون الذي يجب عليه تطبيقه.

–ان قاعدة الاسناد هي قاعدة غير مباشرة لأنها لا تفصل في النزاع ولا تحدد عقوبة أو تعويضا عن ضرر بل تدل وترشد القاضي على القانون الواجب التطبيق. وبصفة عامة، تعتبر القاعدة القانونية كمعيار يحدد نتيجة قانونية لوضعية واقعية تنظمها. هذه النتيجة القانونية يعبر عنها من خلال تحديد حقوق وواجبات الأشخاص المعنيين بالعلاقة القانونية.

---

[١] أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٦.

[٢] د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٥٧، ص ١٠.

[٣] https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France, Droit international privé en France, Wikimédia, 28/11/2020/ 14:30. « Le juge devra trancher le litige en appliquant la loi désignée par une règle de conflit de lois. Ces règles de conflits peuvent trouver leur source dans des conventions internationales (par exemple la Convention de Rome en matière d'obligations contractuelles) ou dans le droit interne ».

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

-ان قاعدة الاسناد هي قواعد وطنية[١] لأنها تسن من قبل المشرع الوطني وليس من قبل أية جهة أخرى دولية حيث لا توجد سلطة فوق الدول تتولى صياغة قواعد اسناد موحدة تلزم بها الدول فكل دولة تصدر قواعد الاسناد بمحض اختيارها على النحو الذي تراه محققا لمصالحها آخذة في الاعتبار عادات شعبها وتقاليده ومثله العليا التي يؤمن بها. ومن بين تلك الاعتبارات والتي أصبحت بمثابة القواعد الدولية سماحها بتطبيق القانون الأجنبي على اقليمها دون أن يعتبر ذلك انتقاصا من سيادتها. وهذه القواعد الوطنية يجب أن "تمشي مع المبادئ الدستورية الموجودة في الدولة التي وضعتها".[٢]

-ان قاعدة الاسناد تتعلق بمسائل القانون الخاص أي المعاملات المدنية الخاصة بالأفراد[٣] ولا علاقة لها بمجال القانون العام وموضوعاته.

---

[١] "وليست قواعد الاسناد -القواعد التي يحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق-قواعد عالمية ملزمة، بل هي قواعد وطنية، فكل دولة تضع لنفسها ما تراه ملائما من قواعد الاسناد. وتؤدي حرية الدول في اختيار قواعد تنازع القوانين الى تنوع هذه القواعد واختلافها بالنسبة للعلاقة الواحدة. فاذا كان بعضها يعطي الاختصاص في الأهلية مثلا الى قانون الجنسية فان بعضها الاخر قد يعطي الاختصاص الى قانون الموطن."، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، ١٩٩٧، ص ١٥؛ الدكتور هشام علي صادق، الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين-تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٩.

[٢] الدكتور هشام علي صادق، الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٤.

[٣] « Un exemple de règle de conflit de lois : "Les conditions de validité de fond du mariage sont déterminées par la loi personnelle des époux " (art. 3 C.civ ; CA Paris, 2 février 1956, JCP 1956, II. 9229, note P.G.). Autrement dit, la loi applicable aux conditions de fond du mariage – dans l'hypothèse d'un litige porté devant le juge français – est la loi du pays dont l'époux concerné par le litige est originaire. En revanche et a contrario, les conditions

–ان قاعدة الاسناد ذات طابع ثنائي، ويقصد بالطابع الثنائي لقاعدة التنازع أن هذه الأخيرة تسعى الى تحديد القانون المنطبق وذلك على قدم المساواة أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي، فهي تحتوي على فرعين: الأول يقود الى القانون الوطني والثاني يفسح المجال لاختصاص القوانين الأجنبية. فهي قد تشير الى قانون القاضي وقد تشير الى قانون أجنبي.

–الموضوعية والحيادية وتعني هذه الحيادية أن قاعدة التنازع لا تميز اختصاص القانون الوطني على حساب القانون الأجنبي. وبالتالي مبدأ المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني يعطي لحلول قاعدة التنازع طابعها الموضوعي.

المطلب الثاني: عناصر قواعد الاسناد

تتكون قواعد الاسناد من العناصر التالية وهي: الفكرة المسندة، وضابط الاسناد أو ظرف الاسناد، والقانون المسند اليه أو القانون الواجب التطبيق.

–**الفكرة المسندة:** وهي مجموعة الحالات والعلاقات القانونية التي تعني قاعدة الاسناد بتحديد القانون المختص الذي تخضع له. ونظرا لكثرة هذه الحالات والعلاقات فان المشرع قد عمد الى وضع فئات معينة أطلق عليها تسمية الفئات المسندة[1] أي الفكرة

---

de forme du mariage sont déterminées par la loi du lieu de célébration du mariage.

En pratique, un mariage polygame célébré à l'étranger pourra donc tout de même produire certains effets en France, où la polygamie est pourtant strictement interdite par loi. », https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France,28/11/2020/13:58.

[1] أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٢٦.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

المسندة. فالفكرة المسندة هي إذا جمع المشرع الوطني لجميع الحالات المتشابهة في طائفة مشتركة نظرا لاتحادها في السبب أو العلة واتحادها أيضا في النتيجة.[١]

ومن المعلوم كما ذكرنا من قبل أن العلاقات القانونية تستعصي على الحصر ولا يمكن ذلك المشرع من أن يضع لكل حالة قاعدة قانونية تتضمن حلا لها فذلك من قبيل المستحيلات ولذلك يعمد المشرعون على تجميع الحالات القانونية في مجموعات ووضع قاعدة قانونية لحكم كل مجموعة وكل مجموعة يطلق عليها "الفكرة المسندة" أي التي تستند اليها قاعدة الاسناد لتحدد القانون المختص بحكمها. مثل فكرة الميراث أي أيلولة المال بعد وفاة المورث الى ورثته فهذه الفكرة تجتمع في طياتها العديد من الحالات القانونية ومن ذلك شروط استحقاق الميراث وتحديد صفة الوارث والأنصبة التي يوزع عليها الميراث وأسس وكيفية التوزيع وأسباب الحجب والحرمان والقدر الجائز الإيفاء به في حدود أموال التركة. فكل تلك الحالات تجمع تحت فكرة الميراث فينص المشرع على أنه فيما يتعلق بالميراث يطبق قانون جنسية المورث مثلا فتكون هذه هي قاعدة الاسناد والميراث يكون الفكرة المسندة والجنسية ظرف الاسناد وقانون البلد الذي ينتمي اليه المورث هو القانون المسند اليه أي القانون واجب التطبيق كما سنرى. ويفترض في الفكرة المسندة أن تكون جامعة وشاملة لكافة الحالات القانونية التي يتصور أن تعرض في الأحوال العلمية بمعنى أنه إذا أثير نزاع بشأن حالة قانونية احتار القاضي في الحاقها بأي فكرة قانونية كان عليه الاجتهاد.

والفكرة المسندة يمكن أن تقسم الى عدة أفكار أو تدمج فكرتين في فكرة واحدة فقد تضم فكرة "الميراث" الى فكرة "آثار الزواج" فيصبحان فكرة واحدة تطبق بشأنها قاعدة اسناد واحدة. وقد فرقت بعض التشريعات بين الميراث في العقار والميراث في المنقول فجعلت

---

[١] أ. بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، تلمسان، ٢٠١٥، ص ٨.

كل منهما فكرة مستقلة عن الأخرى، كما فرقت بعض التشريعات بين فكرة "آثار الزواج الشخصية" و"آثار الزواج المالية". وقد يتعدى مجرد التقسيم الى مضمون الفكرة نفسها ومن ذلك ما يتعلق بإبرام الوصية في الشكل الرسمي فبعض التشريعات تفرق بين شكل التصرف بينما تركز أخرى على الأهلية اللازمة لصحة التصرف.

-**ظرف الاسناد:** ويطلق عليه أيضا ضابط الاسناد، وهو المعيار الذي يعتبر في نظر المشرع أن قانونا معينا هو أفضل أو أنسب القوانين لحكم الفكرة المسندة. فظرف الاسناد هو الذي يربط بين العلاقة أو الحالة القانونية مثار النزاع والقاعدة القانونية التي تطبق عليها. ولكي يؤدي ظرف الاسناد وظيفة الربط هذه فلابد أن يكون متصلا بأحد عناصر تلك العلاقة أو الحالة القانونية فقد يتعلق بأطراف العلاقة أو الحالة كظرف الجنسية والموطن أو إرادة المتعاقدين، وقد يتعلق بالعنصر الموضوعي كموقع المال، كما قد يتعلق بعنصر الرابطة المنشئة كمحل ابرام التصرف أو محل وقوع الفعل الضار أو النافع. فقاعدة الاسناد التي تقول بأن الالتزامات الغير تعاقدية تخضع لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام تكون قد جعلت من البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام ضابطا للإسناد. وكذلك فان قاعدة الاسناد التي تجعل من شروط الزواج خاضعة للموطن تكون قد جعلت من الموطن ضابطا للإسناد والبلد الذي اخضعها للجنسية تكون فيه الجنسية هي ضابط الاسناد.

ولقد قام اتجاه من الفقه بتقسيم ظروف الاسناد بغرض مساعدة القاضي في عملية التكييف تسهيلا الى تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعة المطروحة أمامه. وبالرجوع الى تلك التقسيمات يتبين أن هناك تقسيمات رئيسية وتقسيمات ثانوية.

*ظروف الاسناد الأصلية: تعتبر ركنا في قاعدة الاسناد على نحو لا يمكن الحديث عن قاعدة اسناد بدونها وهي المعيار الذي يستخدمه القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع أو الحالة المعروضة أمامه. وتنقسم ظروف الاسناد الأصلية بدورها

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

الى قسمين: قسم أول هي ظروف مادية وظروف معنوية وذلك من حيث ادراكها بالحس. وقسم ثان هي ظروف اسناد قانونية وظروف اسناد واقعية.

فظروف الاسناد المادية التي تدرك بالحس كلها ظروف مكانية كالموطن ومحل ابرام التصرف ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع. وأما ظروف الاسناد المعنوية فلا تدرك بالحس وتقتصر على الجنسية وإرادة المتعاقدين. وأما ظروف الاسناد القانونية فهي التي ينظمها المشرع بأحكام قانونية ومن ذلك الجنسية. وأما ظروف الاسناد الواقعية كالموطن ومحل ابرام العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع.

وتظهر أهمية تلك التقسيمات عند قيام القاضي بعملية التكييف وظروف الاسناد المادية كالموطن وموقع العقار لا ترهق القاضي بالاجتهاد، فاذا كان مثار النزاع يتعلق بعقار فما على القاضي الا أن يتحقق من واقعة مادية وهي وجود العقار في إقليم دولة معينة. فالتحقق من هذه الواقعة يثبت الاختصاص لقانون تلك الدولة التي بها موقع ذلك العقار.

أما بالنسبة لظرف الاسناد المعنوي "كالجنسية وإرادة المتعاقدين" فان هذا يقتضي من القاضي الاجتهاد لتحديد مضمون فكرة الجنسية حيث تختلف الدول في تحديد الأسس التي تبنى عليها وأسس كسبها وفقدها.

والقاضي يرجع في فهم وتحديد مضمون قاعدة الاسناد وهي عملية تفسير للقاعدة الى قانونه الوطني ليعرف ماذا يقصد مشرعه بذلك.

*ظروف الاسناد الثانوية تنقسم بدورها الى ظروف اسناد وقتية وظروف اسناد مستمرة وذلك من حيث امتدادها الزمني. فظروف الاسناد الوقتية هي التي تستغرق فترة وقتية محددة ومن ذلك محل انعقاد العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع. أما ظروف الاسناد المستمرة فمثالها الجنسية والموطن وموقع المال. وتبدو أهمية هذين التقسيمين في التنازع المتحرك أي الذي يتغير فيه ظرف الاسناد من وضع الى آخر ويعرض بالنسبة لظروف الاسناد المستمرة القابلة للتغيير كظرف الجنسية والموطن وموقع

المنقول، أما ظروف الاسناد الوقتية فجميعها ثابتة فلا يتصور أن تتغير إرادة المتعاقدين ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع وموقع العقار ثابت لا يتغير بطبيعته.

وتجدر الإشارة الى أنه الى جانب ظروف الاسناد الأصلية والثانوية يوجد نوع آخر من ظروف الاسناد يسمى ظروف الاسناد التكميلية وهي بدورها تنقسم الى ظروف احتياطية وظروف زمنية. فبالنسبة لظروف الاسناد الاحتياطية هي التي يلجأ اليها القاضي عند غياب ظرف الاسناد الأصلي فاذا كان المشرع قد اخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية فواجهت القاضي مشكلة تتمثل في انعدام جنسية مقدم الدعوى ومن ثم يستعصي على القاضي التعرف على القانون واجب التطبيق عليه فقد أوجد المشرع مخرجا للقاضي في هذا الاشكال بأن خوله سلطة تقديرية فيلجأ الى قانون الموطن. وقد اتفقت التشريعات والفقه على هذا الحل بالاستعاضة عن ظرف الجنسية بظرف الموطن. وأما ظروف الاسناد الزمنية فهي تكون بمثابة التنازع المتحرك أي الذي يتم فيه تغيير ظرف الاسناد كالجنسية والموطن وموقع المنقول. والعديد من التشريعات تعتد بالوقت الذي حدثت فيه واقعة تغيير ظرف الاسناد فيبقى المشرع على القانون واجب التطبيق وقت وقوع التغيير فبالنسبة للزواج إذا غير الزوج جنسيته فيعتبر بالقانون الذي ينتمي اليه وقت انعقاد الزواج وكذلك وقت وقوع الطلاق ووقت انتقال المنقول الى موقع خارج الدولة وهكذا بالنسبة لظروف الاسناد المستمرة والتي يلحقها التغيير كلما ذكرنا. وغالبا ما يعتمد القاضي على ظرف الاسناد الأصلي وقت رفع الدعوى ونادرا ما يلجأ الى ظرف الاسناد الزمني.

-**القانون المسند اليه:** وهو القانون الذي تشير قاعدة الاسناد الى أنه القانون الذي ينم في نظر المشرع الى أنه القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية مثار النزاع أمام القاضي. ويجب في القانون المسند اليه أن تتحقق بعض الشروط وأهمها: تحديد نطاق القانون، وأن يكون القانون منتميا الى دولة معينة.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

ففيما يتعلق بتحديد نطاق القانون فانه يجب على القاضي متى حددت قاعدة التنازع أن قانون بلد معين هو القانون واجب التطبيق فانه يرجع الى قانون التنازع في بلده فاذا نص المشرع على أن المقصود بقانون البلد المعين القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع سارع الى تطبيق تلك القواعد. أما إذا نص المشرع على أن يطبق القاضي نصوص تنازع القوانين في ذلك البلد فانه يلجأ الى تطبيقها فان قبلت تلك القواعد باختصاص قانونها بتلك المنازعة أخذ بذلك وان أحالت قواعد التنازع الى قانون بلد آخر أخذ بذلك أيضا وأحال الى قانون ذلك البلد وذلك ما يعرف في فقه القانون "الإحالة".

كما يفترض في القانون الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد، بأنه القانون واجب التطبيق على المنازعة المطروحة أمام القاضي، أن يكون منتميا الى النظام القانوني في دولة ذات سيادة معترف بها من قبل المجتمع الدولي كأحد أشخاص القانون العام ومن ثم لا يعتد بالقانون أو الأعراف التي تطبق لدى مجموعات اثنية أو قبلية لا تحمل مقومات الدولة. وقد رفضت المحاكم البريطانية الاعتراف بمثل تلك المجموعات في مستعمراتها الافريقية وقوانينها العرفية.

المبحث الخامس

آليات حل التنازع

ان تطبيق القانون الدولي الخاص يقصد به تطبيق قاعدة التنازع أي قاعدة الاسناد. لمعرفة القانون الذي سيتم تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي. في إطار القانون الدولي الخاص لا بد من اعتماد آليات معينة تسهل حل مسألة التنازع. وهذه الآليات هي التكييف والإحالة.

المطلب الأول: التكييف

لئن ارتبط تاريخيا التكييف باسم الفرنسي Bartin الا أن أول من بحث هذه الفكرة هو الألماني Kahan منذ أواخر القر ١٨ وتحديدا سنة ١٨٩١تحت مسمى التنازع الكامن أي المستمر. ويعتبر التكييف عملية أولية وضرورية لإخضاع الواقعة القانونية لنص القانون الذي يحكمها، فهو المرحلة الأولى التي تجب على كل قاض القيام بها بوصفه للمسألة التي يتوجب عليه بحثها.[١] فالتكييف هو النزاع المعروض أمام القاضي والذي يقوم بإدخاله في فكرة مسندة لمعرفة القانون الواجب التطبيق. فالتكييف إذا هو تحديد الطبيعة التعاقدية[٢] التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية، وهو تحديد الوصف القانوني الصحيح للواقعة التي تكون محلا للنزاع تمهيدا لإسنادها لقانون معين.[٣] هو كذلك تنسيب

---

[١] أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ٣١.

[٢] أ. د. هشام علي صادق، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧.

[٣] Cours https://cours-de-droit.net/la-qualification-en-droit-international, de droit.net, Lundi 15 mars 2021, 12h30., « En droit international privé, la qualification va servir à choisir, parmi toutes les règles de conflit de lois du système français de droit international privé, celle qu'on va appliquer et qui va donc permettre de désigner la loi applicable à la question de droit posée

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

النزاع المعروض على المحكمة إلى فكرة سابقة قضائية في حالة غياب النص[١]، فالتكييف هو حجر الزاوية في القانون الدولي الخاص. فمثلا العقد، نجده ينقسم الى ثلاثة أجزاء وهي موضوع العقد وشكل العقد وأهلية العقد. فأخضعت أغلب التشريعات موضوع العقد لقانون الإرادة، وشكل العقد أخضعه لبلد الابرام، والأهلية أخضعها لقانون الجنسية. فالاختلاف في التكييف يجعل القانون الواجب التطبيق مختلفا. فلو كان متعلقا بالشكل سيطبق القاض قانون بلد الابرام، ولو كان متعلقا بالموضوع سيطبق القانون المتعلق بالإرادة، ولو كان متعلقا بالأهلية سيطبق قانون الجنسية. فالعملية التي يقوم بها القاضي من ربط للأهلية بالجنسية أو الموطن مثلا وللشكل ببلد الابرام وللموضوع بالإرادة كلها تسمى التكييف. كما أن التكييف يمثل في أحد أبعاده جانب من تفسير القانون.[٢]

فالتكييف[٣] هو ما تحدده قاعدة الاسناد أي يتوقف على تعيين القانون المختص الذي يحكم النزاع لأن المشرع يضع قاعدة اسناد خاصة لكل طائفة من المسائل القانونية مثل:

---

au juge. Là aussi, la qualification conditionne le régime mais pas au fond ; elle conditionne le régime de désignation de la loi applicable ».

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص-الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٧٤.

[٢] د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص ٢٠٠٥.

[٣] "Qualification is a tool that makes it possible to realize the basic functions of conflict of laws. Besides identifying the proper law for a particular circumstance, it should also lead to identification of the specific norm of that law that needs to be applied", Katarzyna Bagan-Kurluta, Language in the conflict of laws: qualification, meaning of concepts. The case of marriage, Net, Monday 15 mars 2021 at 15:27.

الأحوال الشخصية، وشكل التصرف القانوني في العقود، والوصية، ونوع المال.[١] وعليه فان التكييف يعد هو طبيعة المشكل الذي تتنازعه القوانين بغاية وضعه ضمن الفكر المسندة التي عنيت بقاعدة إسناد من طرف المشرع.[٢]

فلتطبيق القاضي قواعد التنازع أي قواعد الاسناد في قانونه الوطني واستخدامها في تحديد القانون المختص، يتعين عليه أن يعرف أولا ما إذا كانت العلاقة القانونية المختلف بشأنها هي من مسائل الميراث أو الأحوال الشخصية أو مما يتصل بأحد أشكال التصرف القانوني أو بالأموال سواء منها العقارات أو حتى المنقولة. فعلى سبيل المثال إذا ثبت للقاضي أن هذا النزاع متعلق بشكل التصرف القانوني فسيجد أن قاعدة الاسناد ترشده الى القانون الذي أبرم فيه هذا التصرف أي أنها تعطي الاختصاص لقانون بلد ابرامه. في حين أنه إذا اتضح له أن النزاع متعلق بالأهلية فسيجد أن قاعدة الاسناد ترشده أيضا الى القانون الواجب التطبيق حيث تعطي الاختصاص فيها لقانون الجنسية. وأما إذا ثبت له أن النزاع متعلق بعقار فسيجد أن قاعدة الاسناد ترشده الى قانون مكان وجود هذا الأخير فتعطي الاختصاص فيه لقانون موقع العقار. فالمشرع قد حدد سلفا للقاضي ضابط الاسناد، وما على هذا الأخير الا العودة الى قاعدة الاسناد التي سترشده الى القانون الواجب التطبيق. فان أشارت عليه بتطبيق القانون الوطني طبقه وان أشارت عليه بتطبيق القانون الأجنبي لزمه تطبيقه والا أعتبر قد جانب الصواب، وعلى المحكمة العليا تصحيح ذلك. فإخلال القاضي بعملية التكييف يجعل حكمه ضعيف التعليل

---

[١] MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit international privé, Delta Montchrestien, 8ème édition, 2005, p. 18 et s.

[٢] د. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزائر،٢٠٠٧، ص ٩١.

وموجبا[١] للنقض لأنه خالف القاعدة القانونية لذلك وجب تصحيح ذلك من طرف المحكمة العليا بوصفها محكمة قانون. وبعد أن يقوم القاضي بتحديد الفئة التي تدرج تحتها المسألة القانونية يكون قد تيسر له معرفة القانون الواجب التطبيق.[٢] فاذا تبين له أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي يكون هنا أمام مرحلة أخرى تلي التكييف وهي الإحالة.

المطلب الثاني: الإحالة

الإحالة هي شكل من أشكال أخذ الاعتبار لقاعدة تنازع لقانون أجنبي، ومشكلة الإحالة تطرح عند مرحلة معينة من المراحل التي يكتشف فيها أن قاعدة تنازع القوانين تعين القانون الوطني أو القانون الأجنبي. وقد تكون الإحالة من درجة أولى كما يمكن أن تكون من درجة ثانية.

على الرغم من حداثة فكرة الإحالة التي عرفتها المدرسة الإنجليزية مع بدايات القرن التاسع عشر سنة ١٨٤١ التي تلتها قضية في ألمانيا سنة ١٨٦١، الا أنها لم تعرف

---

[١] "يقتضي التمشي السليم من محكمة الأصل أن تعطي التكييف الصحيح للعقد موضوع النزاع بعد أن تتأكد من أنه عقد دولي من عدمه ثم الوصول الى القانون الواجب التطبيق إثر اعمال قاعدة التنازع. إذا تبين ألا وجود صلب الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم الابتدائي لما يثبت اتباع قضاة الأصل لهذه المرحلة الوجوبية طبقا لأحكام مجلة القانون الدولي الخاص فانه يستوجب للنقض.
ان مبادرة محكمة الأصل بتناول القضية والبت فيها استنادا الى أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية دون القيام بإسناد التكييف القانوني الصحيح للعقد موضوع النزاع وقبل اعمال قاعدة التنازع المنطبقة على العقد تجعل حكمها ضعيف التعليل وخارقا لأحكام مجلة القانون الدولي الخاص وهي الأحكام المتمثلة أساسا في الفصلين ٢٦ و٢٧"، قرار تعقيبي مدني عدد ١٨٧٥، ٢١ سبتمبر ٢٠٠٤، ن.م..ت. ٢٠٠٤، ج٢، ص ١٥٩؛ فاطمة الزهراء بن محمود، أ. الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط ١، ٢٠١٦، ص ٣٧.

[٢] د. أحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية، الجزائر، ص ٢٣.

بالمعنى الحقيقي في التصور القانوني الا مع قضية Forgo[١] التي عرضت على القضاء الفرنسي في سنة ١٨٧٨.

فالإحالة هي مرحلة تلي التكييف، فإذا انتهى القاضي من عملية التكييف وعين بإشارة من قاعدة الاسناد في قانونه الوطني القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي المعروضة عليه، لا ينتهي الأمر ولا يكون قد وصل الى حل للنزاع، بل تثور مشكلة أخرى، وهي أن القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي تحتوي على أحكام داخلية موضوعية تحسم

---

[١] Forgo طفل ألماني ولد في Bavarois ويحمل جنسيتها، هاجرت به أمه إلى فرنسا وكان عمره خمسة سنوات ، وأقاما بفرنسا دون أن يكتسب الجنسية الفرنسية ولم يكن له بها موطنا قانونيا، لأن الأخير يشترط فيه صدور مرسوم بالتوطن وهو مالم يحصل مع Forgo، بعدها تزوج بإمرأة ثرية ولما بلغ سن ٦٨ توفي بفرنسا تاركا ثروة منقولة هائلة دون أن يترك وارثا ظاهرا .

طالبت الحكومة الفرنسية بتركته حيث اعتبرتها تركة شاغرة لا وارث لها، غير أن أسرة Forgo من أمه الذين هم لا يرثون في حسب التشريع الفرنسي، طالبوا من جهتم بتركته على أساس أن القانون الألماني يورثهم.

فالنزاع الذي طرح على القضاء الفرنسي هو في تحديد القانون الواجب التطبيق، فكل من القانونين الفرنسي و Bavaroise يسندون التركة في المنقول إلى آخر موطن للمتوفي، إلا أن الإختلاف بينهما يكمن في أن القانون الفرنسي يعتد بالموطن القانوني فحسب، وهو ما لا يتوافر في هذا الأخير مما يجعل موطنه إذن هو ألمانيا واليه بالتالي يعود الإختصاص، أما القانون الألماني فلا يفرق بين الموطن القانوني و الفعلي مما يفتح إمكانية تطبيق القانون الفرنسي فكان على القضاء الفرنسي أن يجيب على التساؤل فيما إذا كان يتوجب عليه الرجوع إلى الأحكام الموضوعية في القانون الألماني أم يرجع إلى قواعد الإسناد فيه . وطبعا يختلف الحل بين الإختيار الأول أو الثاني.

ولقد تبنت محكمة النقض الحل الثاني ورجعت الى قواعد الإسناد Bavaroise التي أحالتها على القانون الفرنسي الذي قبل تلك الإحالة وترتب عن ذلك أن طبق القانون الفرنسي ومنع أسرة Forgo من أمه من التركة التي آلت في نهاية المطاف إلى فرنسا. وتجدر الإشارة الى أن هذا المنهج الذي سلكته المحاكم الفرنسية لم يحظى بالقبول من طرف فقهاء القانون.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

النزاع مباشرة لو طبقت، وأحكام أخرى متعلقة بالقانون الدولي الخاص "قواعد الاسناد" قد تحيل حل النزاع الى قانون آخر لو طبقت. وهنا يكون القاضي أمام قانونين متنازعين: قانونه الوطني والقانون الأجنبي. وهو مطالب بتطبيق أحدهما. فهل سيطبق قانونه الوطني بأحكامه الداخلية الموضوعية وعندئذ يحسم النزاع بها ويصدر حكمه في القضية؟ أم سيطبق القانون الأجنبي بأحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص؟، وعندئذ قد لا تقبل هذه الأحكام الاختصاص في النزاع لقانون دولتها[١]، بل تحيله الى قانون آخر قد يكون هو قانون القاضي نفسه أو قانون دولة أخرى. فهذه المشكلة تدفعنا الى بحث "الإحالة" "Le renvoi" في القانون الدولي الخاص التي أصبحت من أهم موضوعاته

[١] "وقد امتنعت المحاكم في مناسبات متعددة عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قواعد تنازع القوانين وذلك بسبب الاختلاف الجوهري بين القانونين الوطني والأجنبي ومن أمثلة ذلك ما جاء في محكمة (ايكس ان برفنس) في حكمها الصادر في ٢٣ كانون الأول سنة ١٩٢٥ القاضي برفض تطبيق القرار الصادر من الحكومة السوفيتية والذي يتضمن مصادرة سفن احدى شركات الملاحة الروسية بموجب القوانين الاشتراكية والتي أصدرتها الحكومة الروسية آنذاك لأن هذه القوانين تختلف في أسسها وروحها مع الأنظمة السائدة في فرنسا التي تقر الملكية الفكرية. وبناء على ذلك فان المحكمة قد حكمت بتثبيت ملكية الشركة للسفن الراسية في المياه الفرنسية ولم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضية بأن الأموال غير المنقولة تخضع لقانون محل وجودها. وبما أن السفن تعتبر مالا غير منقول يلحق بالدولة العائد لها، وهي هنا روسيا، فان القانون الروسي يطبق عليها، وحيث أن هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية وملكها للدولة، فقد كان يلزم تبعا لذلك الحكم بملكية الدولة السوفيتية للسفن، الا أن المحاكم الفرنسية رفضت إعطاء الاختصاص للقانون الروسي وفضلت العمل بقانونها الوطني، ولم تسمح للقانون الأجنبي بأن ينافس قوانينها."، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، ١٩٩٧، ص ١٩.

منذ عام ١٨٧٥م وأثارت مناقشات طويلة بين فقهاء القانون الذين اختلفوا فيما بينهم وانقسموا الى خصوم وأنصار، وبيان موقف القانون والقضاء والفقه في عديد الدول.

فالإحالة إذا تتولد من اختلاف قواعد الاسناد في القانون الدولي للدول المختلفة. فلو أن قواعد التنازع أي قواعد الاسناد قد أشارت في قانون القاضي الى تطبيق قانون أجنبي على النزاع المشوب بعنصر أجنبي وليس قانونه الوطني فهل تطبق منه أحكامه الداخلية أم أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين "قواعد الاسناد" أم تطبقان معا كوحدة لا تتجزأ؟ وإذا طبقت الأحكام الداخلية فهل بقي هناك قيمة أو ضرورة لمسألة الاحالة؟ وحل هذا الاشكال يكون بإحدى هاتين الفرضيتين:

الفرضية الأولى هو أن يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني أي أحكامه الداخلية فيتم حسم النزاع بها وتعتبر الإحالة مرفوضة في هذه الحالة. ولا يمكن الحديث عن تطبيق القانون الأجنبي لأنه وقع استبعاده بقاعدة الاسناد التي أشارت على القاضي بتطبيق قانونه الوطني.

الفرضية الثانية هو أن يقوم القاضي بتطبيق أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين وليس بأحكامه الداخلية، فهذا يعني قبول الإحالة وتغير نتيجة الفصل في النزاع تبعا لاحتمال تغير القانون الواجب تطبيقه. اذ قد تحيل قواعد الاسناد في القانون الواجب التطبيق لحل النزاع الى نزاع قانون آخر هو قانون القاضي أو قانون دولة أخرى غير دولة القاضي. فعلى سبيل المثال تخضع مسائل الأحوال الشخصية في قواعد الاسناد الإنجليزية لقانون الموطن وأما في قواعد الاسناد السعودية لقانون الجنسية.

فاذا رفع نزاع متعلق بزواج انجليزي متوطن في السعودية الى محكمة سعودية، تسند المحكمة حكم النزاع الى القانون الإنجليزي إشارة من قواعد الاسناد السعودي باعتبار القانون الشخصي لهذا الإنجليزي ويأتي القاضي السعودي بالقانون الإنجليزي ليطبقه على النزاع باعتباره القانون المختص. فاذا طبق القاضي السعودي الأحكام الداخلية منه

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

سيحسم بها النزاع ويصدر قراره بموجبها. أما إذا طبق قواعد الاسناد فإنها قد تحيل حل النزاع من جديد الى القانون السعودي باعتباره قانون موطن هذا الإنجليزي وبذلك تتولد الإحالة في النزاع بسبب اختلاف قواعد الاسناد في القانونين الإنجليزي والسعودي. وفي مادة الأحوال الشخصية ترفض الدول العربية الأخذ بها لأنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، في حين نحى المشرع التونسي الى التوجه العلماني في بعض المسائل. وهذان التوجهان يتطابقان مع إجازة الأخذ بالإحالة[١]. فلا يمكن التجاهل ولا بد من التعاون بين التوجهان حتى يتيسر البناء في مجمله[٢].

والاحالة هي من أكثر آليات القانون الدولي الخاص تعقيدا[٣]. واجمالا يمكن القول إن الإحالة هي عبارة عن إحالة القانون المختص لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي الى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه. والاحالة على نوعين هما الإحالة البسيطة والاحالة المركبة:

-الإحالة البسيطة: وتسمى أيضا الإحالة من الدرجة الأولى: وهذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الاسناد في قانون القاضي حل المسألة الى قانون القاضي نفسه. وتجدر الإشارة الى أن القانون الجزائري أخذ فقط بالإحالة البسيطة أي الإحالة من الدرجة الأولى فيما

---

١ M. ISSAD, Droit international privé, édition Publisud, Paris, 1986, p. 176.

٢ H. BATIFFOL, Réflexions sur La coordination des systèmes nationaux, Leyde, 1968, p. 173.

٣ Marie-Laure NIBOYET et Géraud de Geouffre de la PRADELLE, Droit international privé, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2013, p. 249.

يتعلق بالأحوال الشخصية[١] ورفض الأخذ بالإحالة المركبة ولو تعلق ذلك بأزواج أجانب الذين يجدون أنفسهم محرومون من تطبيق قوانينهم الشخصية.

فالإحالة البسيطة إذا تتولد من اختلاف قانون دولتين حول موضوع واحد، وهذا النوع أكثر شيوعا في التطبيق العملي من غيره، ولنا في القضية التالية خير مثال:

حيث أن فتاة ولدت في العراق سنة ١٩٣٩م من زوجين إنجليزيين مقيمين في العراق حسب وثائق مثبتة من القنصلية البريطانية في بغداد. وعندما بلغت الفتاة الثانية عشرة من عمرها توفي والدها اعتنقت الإسلام بناء على الحجة ٢٨٠ الصادرة بتاريخ ١٩٥١/١١/٥ عن المحكمة الشرعية ببغداد. هذه الفتاة زوجت نفسها من رجل عراقي أمام المحكمة الشرعية ببغداد في ١٩٥١/١١/١٢ بعدما كانت قد ادعت البلوغ وقدمت الشهود لأثبات ذلك واقتنع القاضي بأن ظاهر حالها يؤيد ادعائها. ولكن أمها رفعت دعوى ابطال الزواج وشهادة الإسلام ورد ابنتها اليها باعتبارها قاصرا وتطبيق القانون الأنجليزي. فاعترضت الفتاة وزوجها على صلاحية محكمة المواد الشخصية للأجانب باعتبار أنهما مسلمان وعليه فان المحكمة الشرعية هي صاحبة الاختصاص للنظر في النزاع.

ولكن محكمة التمييز قضت بإبقاء الاختصاص في نظر الدعوى لمحكمة المواد الشخصية للأجانب، وأفاد وكيل المدعية بأن أحكام القانون الدولي الخاص تشترط في زواج الأجانب أن يكون العقد صحيحا وفق شريعة الزوجين. وبما أن هذه الفتاة بريطانية الجنسية، لذا يكون زواجها في هذا العمر غير جائز حسب القانون البريطاني الا بعد موافقة وليها. ولما كانت الأم هي وليها (خاصة في غياب الأب) وأنها غير موافقة على هذا الزواج فقد توجب فسخه.

---

[١] المادة ٢٣ من القانون المدني الجزائري.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

تكييف المحكمة: في هذه القضية كيفت المحكمة، موضوع النزاع بأنه من مسائل: الأحوال الشخصية. وبعد ذلك بحثت عن القانون الواجب تطبيقه: فوجدت أن قواعد الاسناد العراقية في قانون الأحوال الشخصية للأجانب تخضع مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في العراق لقانون جنسيتهم. وعليه فان القانون الإنجليزي هو واجب التطبيق في هذا النزاع لأنه قانون المدعية والمدعى عليها. فقامت المحكمة بسؤال القنصلية البريطانية في العراق عن حكم القانون البريطاني في القضية، فأوفدت القنصلية مذكرة تفيد أن مسائل الأحوال الشخصية للبرطانيين الذين يقيمون في خارج بريطانيا تخضع لقانون موطنهم. خاصة وأن موطن الأب والأم والبنت في العراق.

الاحالة: لقد أحال القانون البريطاني الى القانون العراقي الفصل في هذه القضية، وبالتالي أصبح القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق في هذا النزاع المعروض على القاضي العراقي بناء على هذه الإحالة التي قام بها المشرع البريطاني.

فليس أمام القاضي العراقي في هذه الحالة الا أن يقبل هذه الإحالة من القانون الإنجليزي ويطبق القانون العراقي ويفصل في النزاع المعروض عليه ذي الصبغة الدولية. وعليه فان القاضي العراقي يكون قد أحسن تطبيق القانون الدولي الخاص باحترامه لقواعد الاسناد سواء من حيث التكييف أو من حيث الإحالة.

-الإحالة المركبة: وهي إحالة اما من درجتين أو أكثر، وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرر تطبيقه حل النزاع الى قانون القاضي نفسه، وانما يحيله الى قانون دولة ثالثة، فتتولد إحالة من درجتين. فمثلا تخضع التركة غير المنقولة في القانون الألماني لقانون المتوفى وفي القانون التركي لقانون موقعها فاذا توفي تركي الجنسية متوطن في ألمانيا وترك دارا في سويسرا، ورفع نزاع بشأنها الى محكمة ألمانية، فان القاضي الألماني سوف يقرر الاختصاص في النزاع للقانون التركي تطبيقا لقاعدة الاسناد الألمانية، باعتباره القانون الشخصي للمتوفى، بينما القانون التركي لا يقبل هذا

الاختصاص لنفسه ويحيل حل النزاع الى القانون السويسري باعتباره قانون موقع المال وتحصل إحالة من درجتين. وإذا أحال القانون السويسري بدوره حل النزاع الى القانون الألماني باعتباره قانون موطن المتوفى، فان الإحالة تكون ذات درجات متعددة. فالإحالة المركبة هي إحالة الى أكثر من قانون. ودائما تبقى قاعدة الاسناد هي المرشد للقاضي للقانون الواجب التطبيق.

وعلى الرغم من رفض بعض التشريعات لمسألة الإحالة على أهميتها في إيجاد الحلول الأكثر عدالة وانصافا فانه في المقابل توجد تشريعات أخرى تبنت مبدأ الأخذ بآلية الإحالة[1] وتبلور ذلك في العديد من القرارات والأحكام على مستوى عملي.

فاذا عرفنا التكييف والاحالة تسنى لنا معرفة المراحل التي يمر بها تطبيق القانون الأجنبي وهي التالية: أولا لا بد من وجود نزاع مشوب بعنصر أجنبي منظور أمام

---

[1] V. Françoise MONEGER, Droit international privé, Litec Lexis Nexis, 2009. p.36 ; C. A., Paris, Arrêt Michoud, 20 octobre 1955, RCDIP, 1955, p. 656, Bruylant, 2009, p. 152 ; Le renvoi a d'abord été admis en matière de successions mobilières avec l'arrêt Forgo du 24 juin 1878. Puis il a été appliqué au statut personnel, notamment en matière de divorce (Cass. req., 10 mai 1939, arrêt Brichall ; Civ. 1er, 15 mai 1963, arrêt Patino) de mariage (Civ. 1er 15 juin 1982, arrêt Zagha) et d'incapacité (Civ. 1er, 21 septembre 2005). Depuis l'an 2000, le renvoi a gagné le domaine des successions immobilières (Civ. 1er, mars 2000, arrêt Ballesturo, Civ. 1er, 20 juin 2006 Wildenstein). Toutefois, dans les secteurs des successions immobilières, le renvoi semble cantonné à l'hypothèse où il assure l'unité successorale et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles (Civ. 1er, 11 février 2009 Riley et Civ. 1er, 23 juin 2010), Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, Droit international privé, Bréal, 2011, p. 95.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

المحكمة، ثانيا هي عملية التكييف التي يقوم بها القاضي، وثالثا هي عملية الإحالة، ورابعا هي اثبات مضمون القانون الأجنبي وهو ما يقتضي المام القاضي بأحكام القانون الأجنبي، وخامسا وأخير اصدار حكم قضائي فاصل في الخصومة لإنهاء النزاع المنظور أمام المحكمة.

المبحث السادس

موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين

اختلفت تشريعات الدول وكذلك الفقهاء من رافض لفكرة تنازع القوانين الى آخذ بها[١] وذلك راجعا الى اختلاف في وجهات النظر وكذلك الى الحقبة التاريخية والظروف المحيطة بها.

المطلب الأول: مرحلة رفض فكرة تنازع القوانين

قبل تشكل الدولة الإسلامية مع فجر الاسلام، كانت للقبائل العربية الأعراف والعادات الخاصة بها التي تحكم الروابط بين أفرادها وتكاد تكون متشابهة من حيث عدم قبول عضوية أي غريب فيها ولكن دون الاخلال بحقوق الضيافة التي كانت تمنع العرب من الإساءة الى اللاجئ والضيف. فالعصبية القبلية، وتشابه العادات والأعراف في الدية، وقبول الضيف، والزواج منعت ظهور تنازع القوانين.

ومع ظهور الإسلام ودعوته الى نبذ الظلم ونصرة المظلوم زالت العصبية القبلية وأصبح من أقوى الروابط للجمع بين كافة الناس عقيدة وهيئة وحلت المساواة بين الشعوب الإسلامية في جميع أرجاء العالم. بل المساواة واجبة حتى لغير المسلمين.[٢]

---

[١] عبد المنعم عجب الفيا، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون السوداني وأحكام القضاء، دار جامعة أم درمان الإسلامي للطباعة والنشر، ٢٠١٢، ص ٩١.

[٢] "ومن المواقف التاريخية التي تؤكد تحكيم المسلمين لتلك النصوص وعدم التغاضي عنها موقف ابن تيمية عندما فاوض المغول على أسرى من المدنيين قد أسروهم في هجماتهم على المدن في سوريا . وقد حاولوا تسليم الأسرى المسلمين فقط دون أهل الكتاب والاحتفاظ بهم كعبيد فقال لهم المفاوض: أهل الذمة (يقصد أهل الكتاب) قبل أهل الملة (يقصد المسلمين) أي أنه يطلب تسليم المسيحيين واليهود قبل المسلمين. قبلت مدرستان من أصل أربع مدارس للشريعة الإسلامية، وهي الحنفية والمالكية، أن يكون المشركون من غير العرب مؤهلين للحصول على وضع أهل الذمة.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

وتبعا لذلك صنف العالم بحسب الشريعة الإسلامية الى دار الإسلام ودار الحرب. وكانت دار الإسلام تشمل المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي ويحكمها المسلمون إقليما وأشخاصا، ودار الحرب تشمل المناطق غير الخاضعة للحكم الإسلامي سواء أكانت بينها وبين المسلمين حرب فعلية أم لا، وصنف الأفراد في دار الإسلام الى الفئات التالية:

-المسلمون: وكانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا. فهم متساوون في الحقوق والواجبات.

-الذميون: وهم ليسوا مسلمين، فهم من رعايا الدولة الإسلامية من أهل الكتاب من النصارى واليهود الذين يقيمون بصفة مستمرة في دار الإسلام كما أنهم يرتبطون مع المسلمين بعهد الذمة[١]. لهم ما للمسلمين من حقوق عامة لقاء جزية يدفعها كل مقتدر منهم الى بيت المال كضريبة على الرأس ويعفى منها العاجز والنساء والأطفال ورجال الدين. أما الزكاة فلا يطالبون بدفعها لأنهم كانوا يؤدون الخراج عن الأرض أسوة بالمسلمين لذلك لا تترتب عليهم الزكاة لأنها فريضة خاصة بالمسلمين. علما أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب قد عاملهم معاملة خاصة عندما سمح لهم بأن يمارسوا القضاء

---

[١] والمقصود بأنهم "أهل ذمة" هو كونهم تحت الحماية الإسلامية ومسؤولية الدولة. ولا تقصر الشريعة الإسلامية تلك المسؤولية على الدولة فقط ولكن تصرفها أيضا على المواطن المسلم فلا يجوز للمسلم الاعتداء أو الإساءة لأحد من أهل الذمة تحت عذر أنه من غير المؤمنين بالقرآن أو برسول الإسلام محمد بن عبد الله وإنما أوضحت الشريعة أن مسألة الإيمان يحاسب عليها الله وحده يوم القيامة"، Richard W. Bullient (2013). Gerhard Böwering, Patricia Crone. Conversion. Princeton University Press

قال رسول الله: "من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة، وإن ريحها لتوجد من مسيرة أربعين عاما"، صحيح البخاري، كتاب الجزية والموادعة، باب إثم من قتل معاهدا بغير جرم ح ٣١٦٦.

في شؤونهم الطائفية. وفي عهد العزيز بالله والمعتز وغيرهما من الخلفاء العباسيين عين الذميون في الوظائف العامة.

-المستأمنون: هم أيضا ليسوا مسلمين، وهم الذين كانوا يأتون من دار الحرب الى دار الإسلام لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الإقامة في دار الإسلام للتجارة أو الزيارة أو السياحة أو لأي غرض آخر لمدة لا تزيد عن سنة دون دفع أي جزية. فاذا بقي في دار الإسلام أكثر من سنة رغم تنبيهه، كان عليه مغادرة الدار أو أن يقل الإسلام دينا له أو أن ينقلب الى ذمي ويدفع الجزية ويمنع من العودة الى دار الحرب مرة أخرى.

-المحاربون: هم أيضا ليسوا مسلمين، وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالإسلام ويحاربونه ويجب مقاتلتهم لقوله تعالى: "قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون".[١]

فمناط السيادة في الإسلام كان الدين وليس التابعية السياسية، وكان القاضي المسلم لا يقضي بغير أحكام الشريعة الإسلامية في الدعاوى التي ترفع اليه وتدخل ضمن نطاق ولايته بصرف النظر عن ديانة الخصوم وجنسيتهم وأيا كان موضوع الدعوى. وهذا هو رأي المالكية والشافعية والحنفية. على أساس أن الشريعة الإسلامية تسري على الجميع وتطبق على كل نزاع يرفع الى القاضي المسلم. لقوله تعالى: "وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا"[٢]، وقوله تعالى: "وأن أحكم بينهم

---

[١] سورة التوبة، الآية ٢٨.

[٢] سورة المائدة، الآية ٤٨.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل اليك"[١]، وقوله تعالى: "أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون".[٢]

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القانون المطلق وتطبيقه على جميع الأشخاص والأموال في دار الإسلام بصرف النظر عن ديانة وتابعية أطراف النزاع. فكان ذلك مانعا من ظهور تنازع القوانين بينها وبين قوانين أجنبية. ومن ناحية أخرى كانت سيادة الشريعة الإسلامية تمتد لتشمل المسلم في دار الحرب طبقا لمبدأ شخصية القانون المطلق ويحول هذا أيضا دون تطبيق قانون آخر عليه. فأينما وجد المسلم طبقت عليه أحكام الشريعة الإسلامية.

هذا الأمر استمر على هذه الحالة حتى مع قيام الإمبراطورية العثمانية التي اتبعت نفس الأسلوب في تصنيف الأفراد الى مسلم وذمي ومستأمن ومحارب في ترتيب الحقوق والالتزامات العامة.

ففي هذه المرحلة يتضح أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القوانين حيث أن القاضي المسلم لا يطبق الا الشريعة الإسلامية وهو ما حال دون ظهور تنازع القوانين. وهو ما دفع فقهاء الغرب وتبعهم في ذلك بعض العرب الى القول بعدم وجود قانون دولي خاص إسلامي وبالتالي نفي لفكرة التنازع، ولكن بفضل العلماء والباحثين المدققين تمكنوا من دحض هذه الفكرة[٣].

---

[١] سورة المائدة، الآية ٤٩.

[٢] سورة المائدة، الآية ٥٠.

[٣] محي الدين محمد قاسم، التقسيم الإسلامي للمعمورة، دراسة في نشأة وتطور الجماعة الدولية في التنظيم الدولي الحديث، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦؛ أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، جامعة باتنة ١، ٢٠٢٠، ص ٦.

المطلب الثاني: مرحلة القبول بفكرة تنازع القوانين

في أواخر أيام الإمبراطورية العثمانية ضعفت الدولة وبدأت تعترف للمستأمن ببعض الامتيازات السخية تحت ضغط دولهم وسمحت لهم بتطبيق قوانينهم للفصل في منازعاتهم وعلاقاتهم أمام محاكم قنصلية تتشكل في قنصليات دولهم بالإمبراطورية بموجب معاهدات عقدها الباب العالي مع الدول الغربية، ونذكر على سبيل المثال: المعاهدة التي عقدها مع الملك فرانسوا الأول عام ١٥١٥م ومعاهدات أخرى عقدها مع إنجلترا وإيطاليا وروسيا وأمريكا واليونان والسويد والدنمارك واسبانيا وبلجيكيا والبرتغال.

ولقد صدر عام ١٩١٥م قانون حقوق وواجبات الأجانب العثماني الذي تناولت المادة ٢ منه تنظيم الاختصاص التشريعي وبيان قواعد تنازع القوانين، وتناولت المادة ٤ منه تنظيم الاختصاص القضائي. اذ قضت المادة ٢ منه بتطبيق القوانين العثمانية المتعلقة بالأمن والنظام العام على جميع الأشخاص من وطنيين وأجانب في الإمبراطورية العثمانية، وقضت المادة ٤ منه بأن كافة الدعاوى المتعلقة بالأموال غير المنقولة وسائر المواد المدنية والتجارية والجزائية تنظرها المحاكم العثمانية وفقا للقوانين والأصول والأنظمة العثمانية ولو لم يكن أحد أطرافها من العثمانيين، الا أنه اذا كان النزاع متعلقا بأجانب غير مسلمين، فان قوانينهم الشخصية هي التي تطبق عليهم وفقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بالنسبة لقضايا انعقاد وفسخ النكاح والتفريق والأبوة والنسب والتبني وسن الرشد والحجر والوصية وغير ذلك من الحقوق العائلية ومسائل الأحوال الشخصية والوصية بأموال منقولة والميراث، بشرط ترافعهم الرضائي لديها أو اذا كان أحد أطراف النزاع عثمانيا وألا يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام.

فالمبدأ الذي أخذت به المادة ٢ من القانون المذكور هو "الإقليمية المطلقة" من حيث سريان القوانين والأنظمة العثمانية المتعلقة بالعقوبات والانضباط على جميع الرعايا والأجانب في إقليم الإمبراطورية. أي استند هذا القانون على مبدأ الإقليمية في التطبيق،

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

ولكن لم يسفر هذا الحكم بشكل يجعله مقتصرا على قواعد القانون العام المتعلقة بالأمن والانضباط في الدولة، بل فسر على أساس أنه يشمل جميع الأحكام الداخلية للقانون العثماني المتعلقة بالقانون العام والأحكام الخاصة ذات العلاقة بالقانون العام، كأحكام سجلات النفوس وأسس التملك والتعويض عن الفعل الضار الواقع في الإمبراطورية.

وأخذت المادة ٤ من القانون المذكور بمبدأ شخصية القانون عندما عقدت الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية والعلاقات التجارية والمدنية للقانون الشخصي للأفراد بشرط عدم مخالفته للنظام العام في الإمبراطورية. فالقانون الشخصي الذي كان يتقرر تطبيقه، يتم استبعاده في حالة مخالفته للنظام العام ويحل محله القانون العثماني. وهذا ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية كانت تعرف العلاقات ذات العنصر الأجنبي[١] ، وهو أهم مبدأ يقوم عليه القانون الدولي الخاص. وقصة رجم الرسول (ص) لليهوديين[٢] استنادا الى التوراة خير دليل وهو ما يتمسك به المالكية والحنفية.

وقد انتقد هذا القانون رغم تسامحه في تطبيق القانون الأجنبي، من حيث أنه لم يحدد الطريقة التي يتم بها تعيين القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، خاصة في حالة تعدد جنسية أحد أطراف العلاقة القانونية أو انعدام جنسيته. كما لم يكن هناك أي مبرر

---

[١] أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، جامعة باتنة ١، ٢٠٢٠، ص ٧.

[٢] روى عبد الله عمر "أنَّ رسولَ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم رجَم يهوديَّينِ رجلًا وامرأةً زنَيا فأتتْ بهما اليهودُ إلى النَّبيِّ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم فقالوا: إنَّ هذينِ زنَيا فقال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: "ما تجِدونَ في التَّوراةِ؟" قالوا: نفضَحُهما ونجلِدُهما فقال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: "كذَبْتُم واللهِ إنَّ فيها آيةَ الرَّجمِ فأْتُوا بالتَّوراةِ فاتْلُوها إنْ كُنْتُم صادقينَ" وقال عبدُ اللهِ بنُ سلَامٍ: كذَبْتُم واللهِ إنَّ فيها آيةَ الرَّجمِ قال: فأتَوْا بالتَّوراةِ فنشَروها وجاء رجلٌ مِن اليهودِ يُقالُ له: ابنُ صُوريَا أعورُ فوضَع يدَه على آيةِ الرَّجمِ وجعَل يقرَأُ ما قبْلَها وما بعدَها فقال عبدُ اللهِ بنُ سلَامٍ: ارفَعْ يدَك فرفَع يدَه فوجَد آيةَ الرَّجمِ فقالتِ اليهودُ: نَعم يا محمَّدُ فيها الرَّجمُ فأمَر بهما رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم فرُجِما قال ابنُ عمرَ: وأنا فيمَن رجَمهما يومَئذٍ"، صحيح ابن حبان. وصحيح البخاري.

لاستعمال عبارة "الأجنبي غير المسلم" في المادة ٤ منه لعدم وجود ضرورة للتمييز بين الأجنبي المسلم والأجنبي غير المسلم في هذا المجال. وظل هذا القانون وقانون الجنسية العثمانية وغيرهما من القوانين العثمانية ساريا في جميع البلدان التي كانت تحت هيمنة الإمبراطورية العثمانية.

الخاتمة

في هذا المستوى لا يفوتنا التنويه الى أن موضوع تنازع القوانين يعتبر من أصعب مواضيع القانون الدولي الخاص الذي جعل بعض تشريعات الدول تتجنبه كما يمثل اشكالا حتى في المحاكم ناهيك عن اختلافها عن مدى تطبيقه من عدمه ودرجة الأخذ به، كما لا يفوتنا أيضا التنويه باختلاف الفقهاء بشأن تعريف تنازع القوانين وأنواعه ومراحل تطوره. ولا يفوتنا التذكير أيضا بأن أغلب التشريعات الأوربية أخذت بتنازع القوانين وكذلك العديد من التشريعات العربية بالرغم من عدم وضوح الرؤية عند بعضها بل قل ربما الرفض أصلا.

الشريعة الإسلامية أيضا كان لها قول في موضوع تنازع القوانين ولقد وقفنا على عديد الحالات التي عالجتها حسب الحقبة الزمنية التي وردت فيها. وقد تباينت مواقف فقهائها من رافض لفكرة التنازع من أساسها وبسط النفوذ أكثر للقانون الإقليمي لفض النزاعات الدولية الى آخذ بفكرة التنازع ومسترشدا بقاعدة الاسناد وتطبيق القانون الأكثر ملاءمة للنزاع وفتح المجال أمام القانون الأجنبي ليطبق على الدعاوى التي يكون أحد أطرافها شخصا أجنبيا.

تعرضنا أيضا الى أليات تطبيق القانون الدولي من خلال تقنية التكييف والاحالة بعد أن وضحنا ماهية قواعد التنازع أو قواعد الاسناد التي يعود لها الفضل في ارشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق الأمر الذي لم تعد فيه سلطة مطلقة للقانون الإقليمي ليطبق على النزاعات المنظورة أمام المحاكم والتي يكون أحد أطرافها أجنبيا.

النتائج

-التلازم المطلق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الذي ساد لفترة طويلة كان مشكلا وعائقا كبيرا أمام فكرة تنازع القوانين وتطبيق القانون الأجنبي.

-اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم تنازع القوانين عبر التاريخ.

-تباينت آراء النظريات الفقهية حول مسألة تنازع القوانين.

-الجهود الكبيرة لفقهاء القانون لإيجاد قواعد قانونية لحل تنازع القوانين أدى الى ظهور نظريات جديدة

-اعترضت بعض التشريعات الى زمن غير بعيد عن الاعتراف بتنازع القوانين.

-اختلف الفقهاء المسلمين حول مدى أخذ الشريعة الإسلامية بتنازع القوانين.

-أغلب البلدان العربية أصبحت تأخذ بتنازع القوانين.

-لعب العنصر الأجنبي دور كبير في تطور القانون الدولي الخاص.

-لعبت قاعدة الاسناد دورا كبيرا وهاما في الحد من سلطة القانون الإقليمي بطريقة موضوعية حيث تقوم بإرشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي أمامه بعد أن كان هذا الأخير يطبق القانون الإقليمي بصفة آلية.

التوصيات

نظرا لما يمثله موضوع تنازع القوانين من أهمية كبيرة حيث أصبح يمثل موضوع الساعة على حداثة نشأة القانون الدولي الخاص، ونظرا للمشاكل التي تعترض التشريعات في سنه والمحاكم في تطبيقه فإننا نوصي:

-بمزيد الاهتمام به على مستوى التشريعات في مختلف الدول.

-بضرورة الأخذ بمبدأ الإحالة سواء منها البسيطة أو المركبة خاصة فيما لا يتعارض مع النظام العام.

-بضرورة أخذ التشريعات العربية والاسلامية بتنازع القوانين فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وعدم جعلها ذريعة للاعتراض على تطبيق القانون الأجنبي.

-قبول القاضي الوطني بما تشير اليه قاعدة الاسناد وعدم الاقتصار على تطبيق القانون الإقليمي.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

-مزيد عقد الاتفاقيات الدولية التي تكرس تطبيق القانون الأجنبي وإيجاد آليات أكثر مرونة في حل مشكلة التنازع.

-التزام الدول بتفعيل الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها وأخذها بعين الاعتبار عند سن تشريعاتها.

-التزام الحياد والموضوعية في تطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع من خلال ما أشارت به قاعدة الاسناد وعدم الركون الى قانون النظام والنظام العام والشريعة الإسلامية -فيما لا يتعارض معها- والغش نحو القانون. وهو ما قد يكون ذريعة لعودة سلطة القانون الإقليمي وهدم كل ما نجحت فيه وحققته قاعدة الاسناد من تكريس أكثر لمبدأ العدالة للمتقاضين أما المحاكم دون تفضيل للوطني على الأجنبي. وضرورة الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع عند تطبيق قاعدة التنازع. فلا ميل لأحدهما على حساب الآخر فيؤثر ذلك على ميزان العدالة.

المراجع العربية

-القرآن الكريم

-السنة النبوية

-د. أحمدي بوزينة أمنة، محاضرات قواعد الاسناد في الأحوال الشخصية، الجزائر ٢٠٢٠.

-د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.

-أمين دربة، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، ٢٠٢١.

-أ. بن عصمان جمال، مقياس القانون الدولي الخاص، تلمسان، ٢٠١٥.

-د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان-الأردن، ١٩٩٧.

-أ. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، ٢٠١١.

-د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

-د. عبد المنعم رياض، مبادى القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري، ١٩٦٩.

-عبد المنعم عجب الفيا، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون السوداني وأحكام القضاء، دار جامعة أم درمان الإسلامي للطباعة والنشر، ٢٠١٢.

-د. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزائر،٢٠٠٧.

-د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

٧- قاعدة الاسناد والقانون الإقليمي في القانون الدولي الخاص

-فاطمة بوخاري، حزاب ربيعة، القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للدراسات الإنسانية، ٢٠٢١.

فاطمة الزهراء بن محمود، أ. الحسين السالمي، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط ١، ٢٠١٦.

-أ. محمد العايب، مذكرة القانون الدولي الخاص، الجزائر، ٢٠٢٠.

-محي الدين محمد قاسم، التقسيم الإسلامي للمعمورة، دراسة في نشأة وتطور الجماعة الدولية في التنظيم الدولي الحديث، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦.

-د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ٢٠٠٥.

-د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٢٠.

-د. هدى محمد مجدي، القانون الدولي الخاص السعودي، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٨.

-أ. د. هشام صادق، أ. د. عكاشة محمد عبد العال، أ. د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

-د. هشام علي صادق، أ. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين-تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧.

المراجع الأجنبية

Les ouvrages :

-BATIFFOL H., Réflexions sur La coordination des systèmes nationaux, Leyde, 1968.

FRANCOIS Mélin, Règles de conflit de lois : un nouveau critère d'impérativité, 8 juin 2021.

-FRANCOISE Moneger V., Droit international privé, Litec Lexis Nexis, 2009.

-ISSAD M., Droit international privé, édition Publisud, Paris, 1986.

-JACQUES Philippon, Le conflit des lois dans le statut personnel, Vol. I, n 2, avril 1955.

-KATARZYNA Bagan-Kurluta, Language in the conflict of laws: qualification, meaning of concepts. The case of marriage, Net, Monday 15 mars 2021.

-MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit international privé, Delta Montchrestien, 8ème édition, 2005.

-MEYZEAUD-GARAUD Marie-Christine, Droit international privé, Bréal, 2011.

-NIBOYET Marie-Laure et Géraud de Geouffre de la PRADELLE, Droit international privé, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2013.

-SFEIR Raoul, Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé (Conflits de lois et conflits de systèmes), Bruylant, 2009.

-Droit international privé en France, Wikimédia, 28/11/2020/ 13:39.

-Conflit de lois, Wikimédia, 28/11/2020.

-Cours de droit.net, Lundi 15 mars 2021.

Net :

https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France, 28/11/2020/ 13:47.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France, 28/11/2020/13:58.

-https : //fr.wikipedia.org/wiki/Conflit de lois, 28/11/2020/ 11:56.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France, Droit international privé en France, Wikimédia, 28/11/2020/ 13:39.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_international_priv%C3%A9_en_France,

Droit international privé en France, Wikimédia, 28/11/2020/ 14:30.

-https://cours-de-droit.net/la-qualification-en-droit-international, Cours de droit.net, Lundi 15 mars 2021, 12h30.

Jurisprudences :

-Civ. 1er, 23 juin 2010.

-Arrêt Riley, Civ. 1er, 11 février 2009.

-Wildenstein, Civ. 1er, 20 juin 2006.

-Civ. 1er, 21 septembre 2005.

-Arrêt Civ. Tunisie, n° 1875, Rev. C. C. T2., 2004

- Arrêt Ballesturo, Civ. 1er, mars 2000.

- Arrêt Zagha, Civ. 1er 15 juin 1982.

-Arrêt Forgo du 24 juin 1878.

-Arrêt Patino de mariage, Civ. 1er, 15 mai 1963.

-Art. 3 C. civ ; CA Paris, 2 février 1956.

-C. A., Paris, Arrêt Michoud, 20 octobre 1955, RCDIP, 1955.

-Arrêt Brichall, Cass. req., 10 mai 1939.