التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد
دراسة في القانون الدولي الخاص

الدكتور محمد سليمان الأحمد
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون _ جامعة السليمانية
كوردستان العراق

مقدّمة

١- مدخل تعريفي بموضوع البحث

عندما توسعت آفاق الحياة حتى أمكن أن يعيشها الفرد متخطيا الحدود المرسومة بين الدول، إزدادت المعاملات بين أبناء البشرية تعقيدا، وازدادت معها فرص إمكان إحكامها بقوانين عدة؛ واليوم لم تقتصر رغبات الأفراد على أن يدرجوا في عقودهم وتعاملاتهم بنودا تضمن لهم ما يرغبون من محصلات استلزمتها عملية الإقدام على ابرام الصفقات، بل أخذت رغباتهم تمتد إلى إختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم، وهذه الرغبات قد تصطدم مع بعضها البعض، ما دام أن القوانين النافذة المفعول في مختلف الدول، هي مختلفة بطبيعة الحال، أو هكذا يفترض دوما ؛ وبالتالي يتدخل القانون لـ (يسند) العلاقة إلى ما يراه مناسبا من القوانين ذات الصلة للإنطباق عليها، وهو يفعل ذلك من خلال قواعد شاع وصح تسميتها بـ (قواعد الإسناد)؛ وهي وسيلة قانونية فاعلة لحل ما بات يُعرف بمشكلة (تنازع القوانين).

٢- أهمية البحث وأسباب إختياره

نوهنا إلى أنه عندما نكون أمام مشكلة تنازع القوانين، نحتاج إلى وسيلة لحل هذه المشكلة، وإن كانت هذه المشكلة لا تتعلق بالمعنى الطبيعي لعبارة (تنازع القوانين) فهي لا

تعدو أن تكون مشكلة متعلقة بعلاقة قانونية خاصة أو تطبيق قانون ما عليها، فلا وجود لتنازع حقيقي بين القوانين، بل المشكلة تكمن في تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة، لا نقول أن هناك تنازعاً للقوانين، بل نقول أن العلاقة القانونية الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي والمعروضة على القاضي، بحاجة إلى قانون يحكمها[١]، على أية حال مهما كان تصور المشكلة فإننا أمامها نريدُ حلاً لها، ويكمن الحل فيما أطلق عليه فقه القانون الدولي الخاص بمصطلح (قواعد الإسناد)، وإن كان البعض قد أطلق عليها ما يعتقد أنها مرادفة لها، إذ أطلق عليها (قواعد التنازع)[٢] ونحن لا نتفق مع هذا التوجه، فلا توجد قواعد لمشكلة التنازع، بل أن حالة تنازع القوانين تظهر نتيجة لتوافر شروط[٣] عالجها الفقه، أما الوسيلة لحل التنازع – كحالة مفترضة للمشكلة محل البحث – فهي تكمن في قواعد الإسناد، وهي قواعد للإسناد، لأنها –كما سنرى – تسند الفكرة المتضمنة مركزاً قانونياً معيناً إلى قانون معين، وهو المصطلح المفضل لدينا. فأهمية الموضوع نابعة من أهمية قاعدة الاسناد نفسها ودورها الفاعل في حل مشكلة وصف العلاقة القانونية بأنها مشوبة بعنصر أجنبي من خلال اختيار أحد القوانين التي تصلح للانطباق على الواقعة، هذه القاعدة تحلل الى عناصر، قد يبدو على بعض التحليلات عدم منطقيتها، ولهذا اردنا ان نسلط الضوء على ما يبدو لنا تحليلاً منطقياً لقاعدة الاسناد.

٣- مشكلة البحث

على الرغم مما تمثله قاعدة الإسناد من أهمية بالغة، وعلى الرغم من أن الفقه قد فاض في شرحها، إدراكا منه لهذه الأهمية ؛ لكن بقيت أمور متعلقة لم يحسم الفقه كلمته فيها، إما بسبب أن الإختلاف الفقهي مفترض في كل قضية جدلية، أو أن هذه القاعدة ذات وضعية خاصة، وأرى أن الأمر راجع لكلا السببين والثاني أرجح : فهل أن هذه القاعدة من قواعد القانون العام أم الخاص ؟ وهل هي قاعدة آمرة أم مكملة ؟ وهل هي قاعدة إجرائية أم موضوعية ؟ وهل هي قاعدة أحادية أم مزدوجة ؟ وهل هي قاعدة مباشرة أم غير مباشرة ؟ ثم ما هي وظيفتها الحقيقية ؟ وما هي عناصرها الداخلة في ماهيتها ؟ وما هو العنصر الخارج منها منطقا والذي يعده جمهور فقه القانون الدولي الخاص

عنصرا فيها ؟؟... كل هذه التساؤلات تشكل مشكلة لبحثنا هذا والتي سنجاوب عليها من خلاله.

٤- هيكلية البحث

في ضوء التساؤلات المطروحة إزاء عرضنا لمشكلة البحث، نرى من المناسب أن نقسم بحثنا هذا إلى المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : ماهية قاعدة الإسناد.

المبحث الثاني : تكييف قاعدة الإسناذ ووظيفتها القانونية.

المبحث الثالث : عناصر قاعدة الإسناد.

ثم نختم بحثنا بأهم النتائج.

((ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا)). الكهف/١٠

المبحث الأول

ماهية قاعدة الإسناد

نعالج في هذا المبحث تعريف قاعدة الإسناد وطبيعتها القانونية :

المطلب الأول : تعريف قاعدة الإسناد

٥- قاعدة الإسناد يتحدد مفهومها من خلال الوظيفة التي تقوم بها، لكن مفهومها أيضاً يتحدد من خلال معنى المصطلح الذي إختاره الفقهاء للقاعدة التي تكون وظيفتها تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة أمام القاضي الوطني والمشوبة بعنصر أجنبي، وهذه القاعدة أساسها حل مشكلة التنازع الحاصل بين القوانين المراد تطبيقها على الواقعة لحل النزاع. لكن لماذا سُميت قاعدة الإسناد بقاعدة وليس بمبدأ الإسناد؟ حيث أن هناك فرق بين القاعدة والمبدأ[٤]، ويمكن أن تعود التسمية إلى أن قاعدة الإسناد بما تُسنِدُهُ من تطبيق قانون معين، قد تتعطل بسبب وجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، كالمصلحة الوطنية التي تمنع تطبيق قانون جنسية الشخص على أهليته، ثم أن قواعد الإسناد قد تتداخل فيما بينها، فقد تتداخل قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية مع قاعدة

الإسناد الخاصة بانعقاد الزواج أو بشكل التصرف كما في مشكلة الهولندي الذي أبرم وصية في فرنسا والمعروفة لدى فقه القانون الدولي الخاص[٥]. لذا أمكن القول أنه لا يمكن أن يكون هناك مبدأ للإسناد.

ويمكن تعريف قواعد الإسناد بأنها (القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية) [٦].

المطلب الثاني : طبيعة قاعدة الإسناد

٦- لا بد من التوضيح أولا أن مفهوم الطبيعة القانونية يختلف عن مفهوم التكييف القانوني، ففي حين يعني التكييف إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة، تعني الطبيعة القانونية نوعية الواقعة من وجهة النظر القانونية، فالتكييف يتصل بعمل يقوم به القاضي أو الفقيه في العادة، فهو مرتبط بمقولتي الفعل والانفعال في علم المنطق، أما الطبيعة القانونية فهي متعلقة بمقولة الكيف في علم المنطق.

و لتحديد الفيصل بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية أهمية بالغة في تحديد نطاق القانون المختص، فالطبيعة تحدد نوع القانون المطبق، (القانون بمعناه الخاص)، كما لو كان قانون مدني أو قانون تجاري أو قانون للأحوال الشخصية أو ما إلى ذلك، أما التكييف فهو انطلاقة تطبيق القانون على الواقعة، إذ به (تتقنون) الواقعة، فتظهر في فرضية القاعدة القانونية ليطبق عليها بعدئذٍ حكم القاعدة الوارد على فرضيتها، وهذا ما دفعنا إلى تقسيم التكييف إلى نوعين، تكييف توصيفي وتكييف توظيفي ([٧]).

عموما : فإن قاعدة الإسناد وبالدور الذي تؤديه، يذهب بعض الفقهاء [٨] إلى عدَّها من قواعد القانون العام، على اعتبار ربطهم مشكلة التنازع، بسيادات الدول التي تتنازع قوانينها، وبمشكلة سريان القانون من حيث المكان؛ لدرجة انتهى بها أصحاب هذا الرأي إلى عد قواعد الإسناد جزءاً من القانون الدولي العام.

إن قاعدة الإسناد لا تحل مشكلة التنازع بين السيادات، فهي تحدد فحسب القانون الواجب التطبيق من بين قوانين قد يكون كل واحد منها مختص بالنزاع المعروض

أمام القاضي، وهذه القوانين هي قوانين خاصة لا ترتبط بسيادة أية دولة، ثم أن الموضوع محل النزاع لا تظهر فيه سيادة دولة ما، وإلا كان على القاضي أن يطبق القواعد ذات التطبيق المباشر، دون الرجوع إلى قواعد الإسناد، ويشير الفقه[٩] إلى أن (إعمال قواعد الإسناد لا يعرض في الأصل، إلا بمناسبة علاقات القانون الخاص، مثل الروابط التعاقدية ومسائل الزواج والميراث والوصايا... الخ، أي العلاقات التي لا تكون الدولة موضوعاً لها أو طرفاً فيها بوصفها صاحبة السيادة. وما دامت الغاية من قواعد الإسناد هي تنظيم علاقات القانون الخاص التي تنطوي على عنصر أجنبي، ببيان القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على هذه العلاقات، فإن مؤدى ذلك أن تعتبر تلك القواعد شقاً مكملاً لقواعد القانون الخاص الموضوعية، أما قيام قواعد الإسناد بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان فهو أمر غير مقصود في ذاته، بل هو نتيجة طبيعية لتعيين القانون الذي يحكم النزاع، وبعبارة أخرى فإن قيام قواعد القانون الدولي الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق، لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة تستخدمها هذه القواعد للتوصل إلى الهدف الذي تسعى إليه ، وهو تنظيم الحياة الخاصة الدولية) [١٠].

المبحث الثاني

تكييف قاعدة الإسناد ووظيفتها القانونية

نفصل في هذا المبحث الحديث أولا عن تكييف القاعدة محل البحث ثم وظيفتها ثنيا :

المطلب الأول : التكييف القانوني لقاعدة الإسناد

٧- ما هو الوصف القانوني الدقيق لقاعدة الإسناد ؟ فهل هي قاعدة موضوعية أم أنها قاعدة إجرائية ؟ ثم هل هي قاعدة أحادية أم مزدوجة؟ ثم هل هي قاعدة قانونية مباشرة أم غير مباشرة ؟ كل هذه التساؤلات تحتاج إلى تفصيل نعالجها في الفروع الآتية ؛ لكن السؤال عما إذا كانت قاعدة الإسناد قاعدة آمرة أو مكملة فجوابه أنها لا بد أن تكون آمرة إلا فيما يتعلق بالحالات التي يعطي فيها القانون دوزا للإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق كما في الإلتزامات التعاقدية:

الفرع الأول : قاعدة الإسناد بين الموضوعية والإجرائية

٨- وإن كانت كل من القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية تعد قاعدة قانونية، لكلن القاعدة القانونية الموضوعية تقرر حقاً أو تعدل حقاً أو تغيره أو تلغيه، أي أن القواعد الموضوعية تتميز بخاصية التأثير في المراكز القانونية للأشخاص إنشاءاً وتعديلاً وتغييراً والغاءاً، في حين أن القاعدة الإجرائية توضح كيفية إتباع الخطوات لاستحصال الحق، وبالتالي فهي قاعدة لا تؤثر في المراكز القانونية بجوهرها، بل في كيفية الابقاء عليها أو تغييرها، ثم أن القاعدة الإجرائية هي وسيلة الغاية التي تحققها القاعدة الموضوعية.

إنه وبواسطة قواعد الإسناد يتحدد الاختصاص التشريعي لأحد القوانين ذات الصلة بالموضوع المعروض على القاضي، لذا فإنها لا تبدو موضوعية لأنها لا تقرر حقاً أو تغيره أو تعدله أو تلغيه، فهل هي قاعدة إجرائية؟

لقد قلنا أن القاعدة الإجرائية هي القاعدة التي توضح كيفية التوصل إلى الحق، أي أنها تبين الإجراءات اللازمة لاستحصال الحق، كقواعد قانون المرافعات أو أصول المحاكمات مدنية كانت أو تجارية أو جنائية أو شرعية، أي أنها قواعد خاصة بالإجراءات المتبعة أو اللازم اتباعها من الأشخاص لاستحصال حقوقهم، وهذا الوصف لا يصدق على قواعد الإسناد لأنها ليست كذلك، بل أنها قواعد (توجيهية) للقاضي وليس الأشخاص، وهي قواعد من خلالها يتم التوصل إلى القانون، وليس إلى الحق، ثم أنها قواعد لا تثار إلاَّ في أوضاع خاصة، وهي عندما تكون العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

عليه فإن قواعد الإسناد ليست قواعد موضوعية وليست قواعد إجرائية، بل هي قواعد (توجيهية)- إن صح التعبير- تشبه إلى حدٍ ما وظيفة (الاستعلامات) في الدوائر الحكومية والخاصة، وهي موجهة ومرشدة، وإن كانت بهذا الوصف أقرب إلى قواعد الإجراء منها إلى قواعد الموضوع.

الفرع الثاني : قاعدة الإسناد بين الأحادية والازدواجية

٩- عندما تعرضت المنظومة التي ضمنت لقواعد الإسناد وظيفتها في تعيين القانون المختص بموضوع النزاع من بين قوانين عدة، إلى إنتقاد مفاده أن هذه القواعد تستبعد قانوناً وتتحيَّز لقانون ما بالتطبيق من دون القوانين الأخرى، وهي بذلك إنما تمس سيادات الدول في تطبيق قوانينها، وإن كان بالإمكان الرد على هذا الانتقاد من زاويتين:

الأولى: أن قواعد الإسناد تعين القانون المختص بوصفه قانوناً خاصاً ينظم العلاقات بين الأشخاص أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصاً معنوياً عادياً متجرداً من السيادة والسلطة.

الثانية: إن قواعد الإسناد قواعد مجردة، لا تحدد القانون المختص بالإسم، بل بالوصف، فأحياناً قد تستبعد قانوناً في واقعة وتعطيه الاختصاص في واقعة أخرى.

ومن منطلق هذا الانتقاد ظهر الرأي الذي يذهب إلى أنه ينبغي أن تكون وظيفة قواعد الإسناد منحصرة في تعيين الحالات التي تخضع لاختصاص القانون الوطني فحسب، وفي هذه الحالة تصبح قاعدة الإسناد قاعدة أحادية الجانب، لكن الصفة المجردة لقواعد الإسناد لا تمنعها من أن تكون مزدوجة الجانب، فتعطي الاختصاص في حالات للقانون الوطني، ونعطيه في حالات أخرى لقانون أجنبي، وهذا ما إستقرت عليه قواعد الإسناد في مختلف التشريعات(١١).

الفرع الثالث : قاعدة الإسناد بين القاعدة المباشرة وغير المباشرة:

١٠- القاعدة المباشرة هي القاعدة التي تطبق مباشرة على موضوع النزاع، أما القاعدة غير المباشرة فهي التي لا تطبق بصورة مباشرة على موضوع النزاع، فقواعد القانون المدني–مثلاً– هي قواعد مباشرة لأن القاضي يطبقها بصورة مباشرة على النزاع، كالقاعدة التي تقضي بوقف العقد لوجود عيب من عيوب الرضا، فالقاضي يجعل العقد موقوفاً لوجود ذلك العبب تطبيقاً لتلك القاعدة. في حين أن قواعد الإسناد هي قواعد تطبيق غير مباشر، فهي تحدد قواعد القانون التي تطبق مباشرة على النزاع، كالقاعدة التي تقضي بأن

أمور الأهلية تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسية[١٢]، فقاعدة الإسناد لا تتعرض إلى الفصل الموضوعي للنزاع، إذ ينبغي المرور بمرحلة قاعدة الإسناد، ومن ثم القانون الموضوعي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، لتتمكن من حل النزاع الموضوعي[١٣].

وينبغي التنويه أنه ليست كل قواعد الإسناد غير مباشرة مطلقاً، وليست قواعد الإسناد هي الوحيدة التي تتصف بأنها غير مباشرة في القانون.

فمن حيث أن قواعد الإسناد ليست قواعد غير مباشرة بنظرة مطلقة، فإنه يعود إلى أن قاعدة الإسناد قد تتدخل في تقرير وضع يطبقه القاضي مباشرة على النزاع، ومثال على ذلك ما تقرره بعض قواعد الإسناد، من منع تطبيق القانون الأجنبي لوجود مانع من موانع تطبيق هذا القانون، فمثلاً تقضي الفقرة (٢) من المادة (١٨) مدني عراقي بأنه ((ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية)). فالشق الأخير من هذه الفقرة يقضي بحكم مباشر مفاده إن الشخص الأجنبي الذي توافرت فيه شروط المانع الخاص بالمصلحة الوطنية[١٤]، فإنه يعد كامل الأهلية[١٥].

أما من حيث أن قواعد الإسناد ليست هي الوحيدة التي تطبق بصورة غير مباشرة، إذ أن هناك قواعد في قوانين متنوعة هي غير مباشرة في التطبيق، كما في القواعد الخاصة باختصاص قانون العقوبات من حيث التطبيق المكاني للقانون، كاختصاص القانون الإقليمي والشخصي والعيني والشامل، كما أن القواعد الأصولية في القوانين المدنية، تعد قواعد غير مباشرة التطبيق، كقواعد الخاصة بالتفسير وما إلى ذلك. وقد ذهب بعض الفقهاء[١٦] إلى أن النظرة التي ترى أن قاعدة الإسناد هي من قواعد التطبيق غير المباشر، هي نظرة تقليدية اتفق عليها الفقه التقليدي، إذ يذهب إلى أن ظهور قواعد التجارة الدولية[١٧] أو ظهور ما يسمى بقانون عبر الدول[١٨] Transnational Law،أدى ذلك إلى ظهور نمط التطبيق المباشر على العلاقة الخاصة الدولية، فبما تحتويه قواعد التجارة الدولية من اتفاقيات دولية، وما يحتويه قانون عبر

الدول من مبادئ عامة للقانون، أصبحت العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تجد قواعد مباشرة التطبيق تنطبق عليها، وهذا بالتأكيد يعد تطوراً على قواعد القانون الدولي الخاص، وليس على قواعد الإسناد، وقد إعترف الفقه من قبل ومن بعد، تقليدياً كان أم حديثاً، بأنه ليس كل قواعد القانون الدولي الخاص قواعد إسناد، وبالتالي فليس جميعها قواعد غير مباشرة، إذ أن قاعدة الإسناد، ومن خلال التسمية المطلقة عليها، تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الدولية الخاصة، فإن أصبحت هي التي تطبق مباشرة على النزاع المفروض على القاضي، فقدت صفتها الأصلية؛ وعليه يمكن أن تعطي صفة عرضية لقاعدة الإسناد بإمكانها إن تطبق على موضوع النزاع بشكل مباشر.

المطلب الثاني : وظيفة قاعدة الإسناد

١١- لا يتفق الفقه في القانون الدولي الخاص حول تحديد وظيفة قاعدة الإسناد والدور الذي تلعبه، فقد ذهب الفقيه الألماني(سافيني)، في ضوء نظرية الاشتراك القانوني التي دافع عنها، إلى أن قاعدة الإسناد تحقق في وظيفة واحدة أمرين قابلين للإنفصال من الناحية المنطقية : تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وتحديد نطاق تطبيق القوانين المعنية بحكم هذه العلاقة[١٩]. (وعلى الرغم من صحة المقولة التي قالها Savigny لا سيما في ظل سيادة فكرة الاشتراك القانوني بين الأنظمة القانونية، إلا أن تباين الأنظمة القانونية الوضعية جعل من الختمي تغليب إحدى هاتين الوظيفتين على الوظيفة الأخرى، ولذا ذهب جانب من الفقه، لا سيما الفقه الألماني وجانب من الفقه الإيطالي، إلى تغليب مسألة تحديد نطاق تطبيق القوانين المعنية بالمسألة محل البحث، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء الأولوية لمسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة على نطاق البحث، حيث إن قواعد الإسناد لا شأن لها بمسألة تحديد الاختصاص التشريعي للدول المختلفة[٢٠]).

ويلاحظ أن اقتصار قواعد الإسناد على وظيفة تحديد القانون المختص فقط، بجعلنا نتساءل عن ماهية القواعد التي تقضي بإرجاع التكييف إلى قانون القاضي،

والقاعدة التي تحكم الإحالة، وما إلى ذلك، الحقيقة أن الوظيفة التي قصدها الفقيه الكبير سافيني والمتمثلة في تحديد نطاق تطبيق القوانين المعنية بحكم النزاع، تحتاج إلى تركيز وتلطيف، فمن جهة أنها بحاجة إلى تركيز، فكثير من القوانين تقرر أن قواعد الإسناد إذا ما أشارت إلى قانون أجنبي بالتطبيق فإن ما مطلوب تطبيقه من هذا القانون هو قواعده الموضوعية دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص[٢١]، وهذا الدور بالإمكان إعطائه لسائر التشريعات الوطنية التي تحتوي على قواعد إسناد، وإذا ما أراد قانون ما أن يتخلى عن هذه الفكرة، فهذا شأنه، عموماً فإن هذه الوظيفة تمثل الحد الأدنى المعطى لحق كل دولة في تحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لقانونها وأمام محاكمها.

ثم أن هذه الوظيفة بحاجة إلى تلطيف، فلسنا هنا أمام نطاق تطبيق، بل أمام تطبيق بحد ذاته، فقاعدة الإسناد عندما تحدد القانون المختص، لا لأجل أن تستشير قواعد الإسناد فيه، بل من أجل أن تطبقه فعلاً على النزاع، وإذا ما أردنا التطبيق المباشر للقانون المختص، فإننا سنطبق قواعده الموضوعية ذات التطبيق المباشر.

إن قاعدة الإسناد تتعلق بتحديد قانون، لا بتحديد وضع قانوني حتى وإن علقت هذا الوضع على موقف القانون الواجب التطبيق، فليس من اختصاص قاعدة الإسناد أن تقرر صحة وبطلان عقد ما أو نمط ما، وفي هذا المقام يجب الإشارة إلى نص الفترة (١) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي، حيث جاء فيه، (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاُ الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين) [٢٢]. فيلاحظ أن القانون قد أعطى الاختصاص فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فقد اعتبر العقد صحيحاً، إذا.. وإلى آخر الفقرة، وهذا ليس من اختصاص قاعدة الإسناد، فليس البطلان النسبي هو الحالة المعاكسة والمباينة الوحيدة لحالة صحة الزواج، فهناك الفساد في بعض الأنظمة القانونية، والبطلان المطلق في أخرى، وغير ذلك من آثار تجعل ممن ينادي بتطبيق مفهوم المخالفة غير مقتنعين بتبريرهم، إذ كان ينبغي بالقانون أن يذكر (أما من حيث الشروط

الشكلية للزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي، فيطبق عليها قانون البلد الذي أبرم فيه الزواج، أو وفقاً لقانون كل من الزوجين)[٢٣].

فقواعد الإسناد تأتي عادة بصيغة آمرة، وأحياناً تعطى للمحكمة السلطة التقديرية في تعيين القانون الواجب التطبيق، وهو أمر نادر، كما في المادة (٣٣) في فقرتها الأولى من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد")[٢٤].

إن قاعدة الإسناد وهي تحقق وظيفتها، لا يشترط أن تكون مجسدة في نصوص قانونية في التشريع الوطني، بل لا يشترط أن تكون على شكل نصوص قانونية في القانون المدني، كما اعتادت عليه التشريعات في مختلف الدول، إذ لربما تكون موجودة في قانون دولي خاص مقنن، كما هو الحال بالنسبة للقانون الدولي الخاص السويسري والقانون الدولي الخاص البرتغالي، وقد تكون في قوانين أخرى كقانون التجارة مثلاً، وقد تكون في معاهدة دولية نافذة، لكن عموم قواعد الإسناد في معظم الدول توضع في مقدمة القانون المدني، وهي لا تطبق إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة [٢٥] أما إذا لم يرد نص يتضمن قاعدة إسناد لحالة معينة، فإنه يتم إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[٢٦].

المبحث الثالث

عناصر قاعدة الإسناد

١٢– عناصر قاعدة الإسناد هي محتوياتها، وقد ذهب عموم الفقه[٢٧]، إلى أن لقاعدة الإسناد ثلاثة عناصر هي :

١– الفكرة المسندة (محل الإسناد).

٢– ضابط الإسناد، ويسميه البعض بظرف الإسناد.

٣– القانون المسند إليه.

فمثلاً، قاعدة الإسناد التي تقول بأن (الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته) [٢٨]، تتضمن فكرة مسنده، وهي الأهلية؛ وتتضمن معيارا

للإسناد، وهو معيار (أي ضابط) الجنسية؛ وقانون مسند إليه، وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

وأنا أرى أن لقاعدة الإسناد ثلاثة عناصر يمكن توضيحها في الآتي:

١- الفكرة المسندة، وهي عنوان العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، والتي بحاجة إلى تعيين قانون مختص بها.

٢- معيار الإسناد، وهو وسيلة الإسناد، وبها تُنسب الفكرة المسندة إلى قانون معين يختص بحكمها، على وفق هذا المعيار.

٣- وقت الإسناد، وبه يتحدد الوقت المعتبر في إسناد الفكرة المسندة إلى القانون المسند إليه على وفق معيار الإسناد.

وإذا تحققت هذه العناصر الثلاثة، فإننا سنصل إلى النتيجة (نتيجة الإسناد) وهي المتمثلة في القانون المسند إليه ، عليه فإننا لا نتفق مع عموم الفقه في الآتي:-

١- إن القانون المسند إليه ليس عنصراً في قاعدة الإسناد، من جهتين، الأولى: أنه سيكون معروفاً بمجرد تحديد معيار الإسناد، ثم أنه -ثانياً- عنصر خارج من قاعدة الإسناد، لأنه هو الحل الذي تسعى هذه القاعدة إلى تحقيقه، لذا فهو غاية وهدف القاعدة، فلا يمكن أن يكون جزءاً منها.

٢- ليس صحيحاً أن نطلق على معيار الإسناد، ضابط الإسناد، كما يذهب إلى ذلك البعض[٢٩]، كما أنه ليس صحيحاً أن نطلق عليه، ظرف الإسناد، كما ذهب إليه البعض الآخر[٣٠]. فمعيار الإسناد ليس ضابطاً لأنه لا يضبط حالة أو واقعة ولا يحدد نطاقها، بل تنحصر وظيفته في (تعيير) الفكرة المسندة بحيث يمكن إسنادها إلى القانون المختص بها، فهو يشبه في ذلك (تعيير) موجة الراديو، ليتمكن المستمع من إسناد ما يسمعه إلى محطة إذاعية معينة. ثم أن معيار الإسناد ليس ظرفاً للإسناد، فظرف الإسناد يتحدد بمكان أو زمان أو موضوع معين، ولا يتعلق بوضع المعيار الملائم لإسناد واقعة إلى قانون.

٣- لا ينبغي أن تترك قاعدة الإسناد دون عنصر يتعلق بظرف الزمان، إذ بدون تحديد هذا الظرف، قد نكون أمام مشكلة التنازع المتغير أو المتحرك كما يسميه الفقه[٣١].

وقد استوعب المشرع مدى أهمية الظرف الزماني للإسناد، وحدد في مواضع متفرقة وقت الإسناد، كما في حالة إسناد الآثار المترتبة على الزواج (وهذه هي الفكرة المسندة)، إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج (وهذا هو معيار الإسناد)، وقت انعقاد الزواج (وهذا هو وقت الإسناد)[٣٢]. وكذلك الحال بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الملكية والحيازة والحقوق العينية الواردة على منقول (وهذه هي الفكرة المسندة)، فمعيار الإسناد هو مكان وجود المنقول، ووقت الإسناد هو وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده[٣٣].

وفيما يأتي نتناول شرح كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد:

المطلب الأول : الفكرة المسندة

١٣– الفكرة المسندة تتضمن الحالات القانونية التي يمكن أن يثار بشأنها النزاع أمام القاضي، وليس من المنطقي أن يكون لكل حالة قاعدة إسناد خاصة بها، إذ أن الحالات القانونية لا حصر لها ولا حد، لذا فإن الفكرة المسندة تشتمل على مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد[٣٤]، مثال ذلك فكرة الوصية فهي تشمل شروطها وآثارها وما يتعلق بها من أحكام.

والفكرة المسندة تتضمن فكرة قانونية تتناول موضوعاً من موضوعات القانون الخاص، وتصنف هذه الموضوعات بحسب القاسم المشترك بينها يتم إسنادها إلى قانون ما عن طريق معيار الإسناد، وهذا لا يعني أن لكل نظام قانوني[٣٥] فكرة مسنده خاصة به، بل المسألة تتعلق بالمشرع الوطني نفسه وبتوجهاته، لكن ينبغي التنويه إلى أن تقسيم الفكر المسندة وتحديد مضمونها، يفترض فيه أن يكون جامعاً شاملاً لكافة الحالات القانونية التي يتصور أن تعرض في العمل، بحيث أنه إذا طرحت أمام القاضي حالة قانونية ذات عنصر أجنبي غريبة في مظهرها عن الحالات القانونية الوطنية تعين عليه إن يجتهد في إلحاقها بإحدى الفكر المسندة مستلهماً في ذلك أحكام قانونه هو)[٣٦]، وهذا ما يدعونا إلى التفكير بأن تنظيم المشرع للفكر المسندة، سواء في القانون المدني، أو في قانون خاص، أو ضمن معاهدة معينة، يجعل هذه الفكرة خاضعة (لمبدأ الشرعية) – إن

صح التعبير –، فلا فكرة مسندة دون نص عليها. لكن هذه الفكرة هي فكرة مرنة يمكن أن تدخل فيها كافة الحالات القانونية التي قد يبدو عدم انتمائها لأية فكرة مسندة لأول وهلة، إذا ما نجح القاضي في قياسها قياساً صحيحاً على إحدى الحالات المتضمنة في إحدى الفكر المسندة، للاتحاد أو للتشابه أو حتى للتقارب في العلة.

المطلب الثاني : معيار الإسناد

١٤– معيار الإسناد هو واسطة الإسناد، فهو الوسيلة التي يتم بها إسناد الفكرة إلى قانون ما، وبه تتحدد غاية المشرع من الإسناد، هذه الغاية التي يجب أن لا تكون بمعزل عن عناصر ومشتملات الحالة القانونية التي تتضمنها الفكرة المسندة، وبالتالي فإن معيار الإسناد لا يخرج عن كونه عنصراً شخصياً أو موضوعياً مرتبطاً بالعلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي، فلو أن نزاعاً عرض أمام القاضي بشأن عقد ما، فإذا كانت القضية متعلقة بأهلية أحد المتعاقدين، كنا أمام معيار الجنسية، أما إذا كانت القضية تتعلق بالتزام تعاقدي وقد حددا الطرفين القانون الواجب التطبيق في العقد، كنا أمام معيار إرادة المتعاقدين، أما إذا كانت القضية متعلقة بالتزام تعاقدي ولم يحدد الطرفين في العقد القانون الواجب التطبيق، وكان موطنهما مشتركاً، فإن المعيار هو معيار الموطن[٣٧]، وكل هذه المعايير هي معايير شخصية، أما إذا كان الأمر متعلقاً بالتزام تعاقدي واختلف الطرفان في الموطن، ولم يحددا قانوناً في عقدهما، فالمعيار هو محل الإبرام، أما إذا تعلق نزاعهما بعقار، فالمعيار هو موقع العقار[٣٨]، أما إذا ظهر للقاضي أن عقدهما باطل، وكان هناك ضرر يستوجب التعويض، فالمعيار هو محل حدوث الواقعة المنشئة للالتزام [٣٩]، وكل هذه المعايير هي معايير موضوعية.

ويلاحظ أن معيار الإسناد له أنواع متعددة، فهناك معايير أصلية وأخرى تكميلية، ثم أن هناك معايير مادية وأخرى معنوية، وهناك معايير واقعية وأخرى قانونية، ولا مجال لذكرها جميعها هنا[٤٠]، ويبقى للمشرع الوطني أو مشرع قواعد الإسناد أن يضع المضامين لمعيار الإسناد ويبين مفهومها؛ إذ أنه في حالة غموض أي مصطلح في معايير الإسناد، فإن القواعد القانونية الموضوعية في قانون دولة القاضي كفيلة بتفسيره،

اللهم إلا ما يتعلق بمعيار الجنسية، فإنه لا بد من الرجوع إلى قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتساب إليها، على اعتبار أن كل دولة مستقلة في وضع القواعد الخاصة بجنسيتها [٤١].

المطلب الثالث : الظرف الزماني للإسناد

١٥– لقد عد بعض الفقهاء ظرف الإسناد الزمني من ظروف (معايير) الإسناد التكميلية، وهي التي يستعان بها في بعض الأحيان، وقد جعله مقتصراً على معايير الإسناد المستمرة، كالجنسية والموطن وموقع المنقول[٤٢]. ونحن نرى أن هذا العنصر يشكل جزءاً لا يتجزأ من قاعدة الإسناد، ولا يقتصر أهميته على معايير الإسناد المستمرة القابلة للتغيير، بل على جميع معايير الإسناد، وإن كانت هذه المعايير تختلف فيما بينها من حيث مدى تغيرها بسهولة أو صعوبة، على الأكثر أو على الأقل، لأن الجميع قابل للتغيير.

فمثلما من الممكن أن يغير الإنسان جنسيته، وموطنه، وموقع المال المنقول. ممكن أن يُغيّر الظروف الزمانية لمعايير الإسناد الأخرى.

- فإرادة المتعاقدين، قد تتغير، وإما أن يصيب التغيير ذات الإرادة، أو أن المتعاقدان قد أدخلا تعديلاً على عقدهما، أو أنهما قد يكونا قد أقالا العقد، لذا فإن تحديد الزمن الذي تعتد به الإرادة لكلا المتعاقدين مهم، فماذا لو إختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق لثلاثة مرات متعاقبة؟ قد يرى البعض بأن آخرهم هو المعتبر، وسيكون معتبراً بفضل الزمان، لأن الإتفاق كالقانون لا يسري – كقاعدة عامة – على الماضي.
- ثم إن محل انعقاد العقد قد يتغير، فلو أن شخصين مختلفا الجنسية والموطن، أبرما عقداً في دولة، ثم ضمت هذه الدولة إلى دولة أخرى، وأثير النزاع حول العقد بعد الضم، فهل يكون محل إبرام العقد هو قانون الدولية المضمومة، أم الدولة الضامة؟، فيجب الاعتداد بالظرف الزماني.
- وتبعاً للفرضية السابقة، فإن الأمر لا يختلف بالنسبة لموقع العقار، وبالنسبة لمحل وقوع الفعل الضار، ومحل وقوع الفعل النافع.

إن قواعد الإسناد وإن كانت لا تحوي في معظمها هذا العنصر، فلا لأنها قد أهملته، بل لأن الأصل العام في الظرف الزماني للإسناد، هو سريان معيار الإسناد وقيامه وقت رفع الدعوى أمام القاضي، ما لم تقضِ قاعدة الإسناد بغير ذلك.

إن الظرف الزماني للإسناد، ليس مفيداً في حل تنازع القوانين من حيث المكان فحسب، بل هو مفيد أيضاً في حل تنازع القوانين من حيث الزمان أيضاً، لأن تحديد الوقت الذي يتحدد به تطبيق القانون المختص مهم جداً إذا ما طرأ تغييرا أو تعديلا على هذا القانون.

- إن الظرف الزماني للإسناد، ممكن أن يلزم به القاضي، وممكن أن يعطي القاضي الخيار في اختيار أحد ظرفين زمانيين للإسناد، والمثال على ذلك ما جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي ((ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)).إذ أن الزوج ممكن أن يكون حاملاً للجنسية العراقية وقت الطلاق، ثم أصبحت جنسيته سويدية وقت رفع الدعوى، أو أصبح من مزدوجي الجنسية في هذا الوقت، فإن للقاضي الحق في اختيار الظرف الزماني المناسب للإسناد.

<u>نتيجة الإسناد: (القانون المسند إليه).</u>

١٦- عند ما تتحقق جميع عناصر قاعدة الإسناد، فإننا بصدد نتيجة مفادها أن هناك قانوناً يجب تطبيقه على الواقعة المعروضة أمام القاضي، وهذا هو القانون المسند إليه.

وقد أوجب الفقهاء [٤٣] أن يكون القانون المسند إليه قانوناً لدولة ثم الاعتراف بها على الأقل من قبل دولة القاضي، ونحن لا نتفق مع هذا الرأي من جهتين :-

١- إنه لا يشترط أن يكون القانون المسند إليه قانون دولة، فقد يكون أطراف العقد قد اختاروا قانوناً ما لكي ينطبق على عقدهم، وكان هذا القانون متمثلاً في معاهدة دولية أو اتفاقية دولية أو ميثاق دولي، كالميثاق الأولمبي، فما الذي يمنع من تطبيق كل أشكال القوانين هذه على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.؟ على الرغم من أنها –جميعها– لا تعد قانون دولة.

٢- إنه لا يشترط أن يكون القانون المسند إليه، إذا ما كان يمثل قانون دولة معينة، قانوناً لدولة معترف بها، إذ أننا لسنا بصدد علاقات دولية عامة، بل نحن بصدد علاقات دولية خاصة، ليس لها علاقة بالأمور السياسية أو الدستورية التي توجب على الدولة قبل أن تتعامل مع دولة أخرى أن تعترف بها، ذلك أن علاقات القانون الخاص قائمة على إيجاد الحلول المجردة والتي تتفق مع قاعدة وجود قانون يحكم كل شخص، وهذا حق خالص للإنسان لا علاقة له بمدى وجود الاعتراف في العلاقات الدولية العامة. فمثلاً لو افترضنا أن واقعة ما عرضت على قاضٍ في الأردن بصدد شخص أفغاني في زمن حكومة طلبان، وتعلقت الواقعة بتحديد أهلية هذا الشخص، ولم تكن الأردن معترفة، شأنها شأن غالبية الدول، بحكومة طلبان، فما هو القانون الواجب التطبيق على هذا الشخص ؟ لن يستطيع أنصار الرأي القائل بوجوب وجود اعتراف بالدولة لكي يتم تطبيق قانونها، القول بتطبيق القانون الأفغاني انطلاقاً من إيمانهم برأيهم، بيد أنه يجب أن نتساءل عن ماهية القانون المسند إليه في هذه الحالة، وقد يذهب البعض إلى تطبيق قانون القاضي، وأرى في ذلك مجاوزة على حق الشخص في أن يطبق عليه قانونه الشخصي على أموره الخاصة (كالحالة والأهلية)، فما علاقة الاعتراف بالدولة أو بالحكومة بتطبيق قانون خاص على علاقة قانونية خاصة لا تتسم ولا تتصل بالسيادة ؟. ثم أن الحكومات عندما تتبدل، لا تتعرض للقوانين الخاصة إلا قليلاً، ومثال ذلك: القانون المدني العراقي، فقد صدر عام ١٩٥١ في ظل النظام الملكي، ثم تغير هذا النظام في عام ١٩٥٨، ثم تغير النظام في الدولة في الأعوام ١٩٦٣، ١٩٦٨، ٢٠٠٣، وما زال القانون المدني نافذ المفعول إلى يومنا هذا في العراق.

عليه فالقانون المسند إليه، هو مجموعة القواعد المطبقة على الفكرة المسندة والذي أشار إليه معيار الإسناد المعتمد في الفترة التي كان سارياً فيها هذا القانون على الحالة المعروفة أمام القاضي.

الخاتمة

١٧- تتضمن خاتمة بحثنا أهم النتائج ويمكن أجمالها في الآتي :

١- قواعد الإسناد هي قواعد ذات تطبيق غير مباشر، ليست بموضوعية، وليست بالإجرائية، بل هي توجيهية، وهي بذلك اقرب إلى القواعد الإجرائية منها إلى القواعد الموضوعية.

٢- إن قواعد الاسناد قد يكون لها اختصاص مزدوج، من خلال تحديد نطاق تطبيق القانون المختص على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي، كما ان لها في حالات اخرى أن تحدد اختصاص القانون الاجنبي.

٣- عناصر قاعدة الاسناد، في الحقيقة، ثلاثة هي :

- الفكرة المسندة.
- معيار الاسناد.
- وقت الاسناد.

٤- إن القانون المسند إليه ليس عنصراً في قاعدة الاسناد، بل هو نتيجة تطبيق معيار الاسناد على الفكرة المسندة، ونتيجة القاعدة ليست عنصراً فيها، منطقاً.

٥- ليس صحيحاً أن نطلق على معيار الإسناد، ضابط الإسناد، كما يذهب إلى ذلك البعض، كما أنه ليس صحيحاً أن نطلق عليها، ظرف الإسناد، كما ذهب إليه البعض الآخر، فمعيار الإسناد ليس ضابطاً لأنه لا يضبط حالة أو واقعة ولا يحدد نطاقها، بل تنحصر وظيفته في (تعيير) الفكرة المسندة بحيث يمكن إسنادها إلى القانون المختص بها، فهو يشبه في ذلك (تعيير) موجة الراديو، ليتمكن المستمع من إسناد ما يسمعه إلى محطة إذاعية معينة. ثم أن معيار الإسناد ليس ظرفاً للإسناد، فظرف الإسناد يتحدد بمكان أو زمان أو موضوع معين، ولا يتعلق بوضع المعيار الملائم لإسناد واقعة إلى قانون.

٦- لا ينبغي أن تترك قاعدة الإسناد دون عنصر يتعلق بظرف الزمان، إذ بدون تحديد هذا الظرف، قد نكون أمام مشكلة التنازع المتغير أو المتحرك كما يسميه الفقه. وقد استوعب المشرع مدى أهمية الظرف الزماني للإسناد، وحدد في مواضع متفرقة وقت الإسناد، كما في حالة إسناد الآثار المترتبة على الزواج (وهذه هي الفكرة المسندة)،

إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج (وهذا هو معيار الإسناد)، وقت انعقاد الزواج (وهذا هو وقت الإسناد). وكذلك الحال بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الملكية والحيازة والحقوق العينية الواردة على منقول (وهذه هي الفكرة المسندة)، فمعيار الإسناد هو مكان وجود المنقول، ووقت الإسناد هو وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده.

ومن الله التوفيق .....

الهوامش

(١) لاحظ المعنى نفسه : د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد وليد المصري، الموجز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٢، ص ٦١.

(٣) لاحظ : د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مكتبة دار الثقافة، عمان ١٩٩٧، ص ١٦ وما بعدها. وأيضاً : د. غالب علي الداؤودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، عمان،٢٠٠١، ط٣، ص٥٩ وما بعدها.

(٤) تختلف القاعدة القانونية عن المبدأ القانوني في احتواء الأولى على عنصرين مهمين هما: الفرضية والحكم، والفرضية هي عبارة عن واقعة يفترض المشرع وقوعها في المستقبل، لكي يرتب عليها الحكم الوارد في القاعدة القانونية، أما الحكم فهو الحل الذي يضعه القانون من خلال القاعدة القانونية للواقعة التي احتوتها الفرضية، في حين أن المبدأ لا يحتوي إلا على حكم دون ما فرضية. ثم أن المبدأ لا يقبل الاستثناء بعكس القاعدة التي تقبل الاستثناء (لاحظ : بحثنا عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل، العدد الخامس، أيلول، ١٩٩٨، ص١٠٩).

(٥) لاحظ : د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج٢، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨ ط٣، ص١١٥. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ط٢، ص٣٩٩.

(٦) تعريف الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل، نقلاً عن: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص٥.

(٧) لاحظ : د. محمد سليمان الأحمد،أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون جامعة الموصل،المجلد الأول، السنة التاسعة، العدد (٢٠)، ٢٠٠٤، ص ١١٠.

(٨) لاحظ: Pillet (A), Trait , Pratlque de droit int. Prive. P. 18. (نقلاً عن د. هشام صادق المرجع السابق، ص ٧ الهامش).

(٩) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص٨.

(١٠) والمقصود بالحياة الخاصة الدولية ((مجموع العلاقات التي يحكمها القانون الخاص بصرف النظر عن صفة الأطراف في هذه العلاقات، فلئن كان الأصل هو أن أطراف علاقات القانون الخاص هم الأفراد والأشخاص الخاصة، إلا أنه من المتصور كذلك أن تكون الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص العامة طرفاً في هذه العلاقات، ولا يغير ذلك بالضرورة من طبيعة العلاقة والتي قد تظل علاقة بحكمها القانون الخاص ما دامت الدولة لا تظهر فيها بوصفها صاحبة السيادة والسلطان) نقلاً عن المرجع السابق، ص ٨ الهامش.

(١١) تعود فكرة الأحادية في قواعد الإسناد إلى الفقيه الفرنسي (نبواييه) (ويستند الإسناد في رأيه إلى أن كل مشرع يملك تحديد نطاق تطبيق قانونه، ولكن ليست له أية صفة في تحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية، ثم أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي قواعد منفردة الجانب، إذ يقتصر كل مشرع على تحديد اختصاص محاكمة دون محاكم الدول الأخرى، وكذلك الأمر بالنسبة لقواعد الجنسية إذ تستقل كل دولة بوضع القواعد الخاصة بجنسيتها، فإذا صيغت قواعد الإسناد هي الأخرى صياغة منفردة الجانب، فإنه يترتب على ذلك توحيد أسلوب الصياغة بالنسبة لكافة قواعد القانون الدولي الخاص. على أن مذهب (نبواييه) لم يلق قبولاً لدى الفقه والقضاء في فرنسا، بل استقر القضاء الفرنسي منذ زمن طويل على تفسير المادة ٣/٣ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن " القوانين الفرنسية الخاصة بالحالة والأهلية تسري على الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج " تفسيراً يجعل من هذه القاعدة قاعدة ثنائية، فرغم أن سياق النص يتفق ومذهب (نبواييه)، فإن القضاء الفرنسي قد استنتج منه أن حالة الأجانب وأهليتهم تخضع لقانون جنسيتهم كما أن حالة الفرنسيين

وأهليتهم تخضع للقانون الفرنسي، ويؤيد القضاء في ذلك سائر الشراح. وظاهر أن مذهب (نبوابيه) يقوم على الرأي التقليدي الذي يعتبر قاعدة الإسناد أداة لتحديد مدى ولاية القوانين في المكان، ولكن هذا الرأي يغفل أن وظيفة قاعدة الإسناد هي قبل كل شيء تحديد القانون الذي يضع أنسب الحلول لمسألة معينة، وأن الشارع إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبي إنما يسمح به بناء على اعتبارات الملائمة، ومتى كان الأمر كذلك وجب أن يكون من شأن قاعدة الإسناد تحديد القانون المختص في كل الأحوال، ثم إن قياس قواعد الإسناد على قواعد تنازع الاختصاص القضائي وقواعد الجنسية قياس مع الفارق، لأن المشرع لا يملك فعلاً تحديد اختصاص محاكم دولة أجنبية ولا يملك الفصل في جنسية دولة أجنبية بقواعد صادرة عنه، ولكنه يملك مع ذلك إلزام محاكمة بتطبيق القانون الأجنبي في الحدود الإقليمية لدولته متى رأى إن تطبيق القانون الأجنبي أوفى بالغرض". نقلاً عن د. محمد كمال فهمي، ص٣٢٧ وما بعدها.

(١٢) المادة (١/١٨) مدني عراقي والمادة (١/١٢) مدني أردني.

(13) Loussouarn et Bourel. Droit International Prive, 94 ed. Dalloz , 1993, p.5.

(١٤) وهو أحد موانع القانون الأجنبي فضلاً عن النظام العام والتحايل على القانون.

(١٥) وقد يرى البعض أن تدخل قاعدة الإسناد في عد العقد أو الزواج صحيحاً من عدمه قد يعطيها الصفة المباشرة في التطبيق، كما هو الحال في الفقرة (١) من المادة (١٩) مدني عراقي، إلا أن هذه الفقرة قد اعتبرت الزواج صحيحاً إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي يتم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين، فالقاعدة تبقى غير مباشرة في هذه الحالة.

(١٦) د. جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، يونيو، ج١، حزيران، ٢٠٠٢، ص٢٣٩.

(١٧) قانون التجارة الدولية يمكن تعريفه بأنه مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين وأكثر (لمزيد من التفصيل لاحظ: د.

طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص ٢٩ وما بعدها).

(١٨) قانون عبر الدول يضم كل القواعد المنظمة للتصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة، وعلى ذلك فهو يشمل القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص،وأيضاً بعض القواعد الأخرى التي يصعب إدخالها في هذين الفرعين المعهودين من فروع القانون، ويلاحظ أن تعبير (قانون عبر الدول) استعمل لوصف القانون الذي يحكم نشاط هيئات لا يقتصر تكوينها أو نشاطها على عناصر تابعة لدولة واحدة. كما يلاحظ أن الحالات التي توصف بأنها عبر الدول قد تتعلق بأفراد أو شركات أو بدول أو بمنظمات دولية حكومية أو غير حكومية أو بغير ذلك من الجماعات مهما تباين اوجه نشاطها (لاحظ التفاصيل:
Jessup , Philip C. "Transnational Law", new haver, 1956 ترجمة : د. إبراهيم شحاتة، القاهرة ١٩٦٥، ص١٦. د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، بنغازي، ١٩٧٧، ص١٥٣. د.جورج حزبون، بحثه سبق ذكره، ص٢٤٨.

(١٩) لاحظ : د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، القاهرة، ١٩٩١، ص٢٥.

(٢٠) نقلاً عن د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٢٦.

(٢١) لاحظ : الفقرة (١) من المادة (٣٠) مدني عراقي، والمادة (٢٨) مدني أردني.

(٢٢) وقد وقع المشرع الأردني في العيب نفسه، حيث نقل من المشرع العراقي ذات النص، (لاحظ : الفقرة(٢) من المادة (١٣) مدني أردني) علماً أن هذين القانونين قد نقلا معظم النصوص الخاصة بقواعد الإسناد من القانون المدني المصري، ولم يحتوِ الأخير على هذا العيب، حيث اكتفى بالنص على الشروط الموضوعية للزواج في المادة (١٢) منه.

(٢٣) يلاحظ أن القانون المدني العراقي قد مزج بين قاعدة إسناد وقاعدة موضوعية ذات تطبيق مباشر في نص واحد، وهذا أمر معيب، إذ تقضي المادة (٢٢) منه بأنه : (قضايا الميراث لتسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي:- أ- اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه. ب- الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق

للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك) وهذا النص لا نظير له في القانونين المصري والأردني.

(٢٤) لاحظ : المادة (٢٦) مدني أردني، والمادة (٢٥) مدني مصري (ويلاحظ كذلك أن المشرع قد يعطي القاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون المختص في الوقت المحدد أي أن بيده اختيار الظرف الزماني للإسناد، كما جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٩) مدني عراقي (ويسري على الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى) " إذ من الممكن أن يكون الزوج قد غير جنسيته في وقت رفع الدعوى عن جنسيته في وقت الطلاق.

(٢٥) لاحظ: المواد (٢٩) مدني عراقي، (٢٤) مدني أردني، (٢٣) مدني مصري.

(٢٦) لاحظ : المواد (٣٠) مدني عراقي، (٢٥) مدني أردني، (٢٤) مدني مصري.

(٢٧) لاحظ كل من : د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج٢، ص١٥٥. د. محمد كمال فهمي، ص٣٢٦، د.محمد وليد المصري، ص٥٧، علماً أن الدكتور هشام علي صادق، ذكر بأن قاعدة الإسناد تقوم على عنصرين أساسيين هما: الفكرة المسندة ومعيار الإسناد (لاحظ : مؤلفة في تنازع القوانين، ص١٣).

(٢٨) لاحظ المواد: (١٨) مدني عراقي، (١٢) مدني أردني، (١١) مدني مصري.

(٢٩) لاحظ: د. عز الدين عبد الله، ص١٥٥، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص١٣. د. محمد وليد المصري، ص٥٧.

(٣٠) لاحظ : د. محمد كمال فهمي، ص ٣٢٩.

(٣١) لاحظ التفاصيل: د. عز الدين عبد الله، ص٩٦ وما بعدها، د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال،، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.، ص١١٠ وما بعدها.

(٣٢) لاحظ المواد : (٢/١٩) مدني عراقي، (١/١٤) مدني أردني، (١/١٣) مدني مصري.

(٣٣) لاحظ المواد: (٢٤) مدني عراقي، (١٩) مدني أردني، (١٨) مدني مصري.

(٣٤) لاحظ: د. محمد كمال فهمي، ص٣٣٠.

(٣٥) يقصد بالنظام القانوني، مجموعة القواعد القانونية التي تحكم روابط قانونية من نوع واحد، فيقال نظام الأسرة ونظام المعاملات ونظام الجرائم والعقوبات (لاحظ: د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج ١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص١٨).

(٣٦) نقلاً عن : د. محمد كمال فهمي، ص ٣٣٣.

(٣٧) لاحظ المواد: (١/٢٥) مدني عراقي، (١/٢٠) مدني أردني، (١/١٩) مدني مصري.

(٣٨) لاحظ المواد: (٢/٢٥) مدني عراقي، (٢/٢٠) مدني أردني، (٢/١٩) مدني مصري.

(٣٩) لاحظ المواد: (١/٢٧) مدني عراقي، (١/٢٢) مدني أردني، (١/٢١) مدني مصري.

(٤٠) لاحظ تفاصيل ذلك: د. محمد كمال فهمي، ص٣٣٥ وما بعدها.

(٤١) لاحظ : د. محمد كمال فهمي، ص ٣٤١.

(٤٢) لاحظ: د. محمد كمال فهمي، ص٣٤٣.

(٤٣) لاحظ: د. محمد كمال فهمي، ص ٣٨٤.

المراجع

١- د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط (الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية)، مطابع الثورة، بنغازي، ١٩٧٧م.

٢- د. جورج حزبون حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون، ٢٠٠٢.

٣- د. حفيظة السيد الحداد، محل التكييف في القانون الدولي الخاص، القاهرة، ١٩٩١.

٤- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

٥- د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.

٦- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج٢، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨م، ط٣.
٧- د. غالب علي الداؤودي، القانون الدولي الخاص، دار وائل للنشر، عمان،٢٠٠١، ط٣.
٨- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
٩- د. محمد سليمان الأحمد،أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون جامعة الموصل،المجلد الأول، السنة التاسعة، العدد (٢٠)، ٢٠٠٤
١٠- محمد سليمان الأحمد، عناصر القاعدة القانونية (الفرضية والحكم)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها جامعة الموصل، العدد الخامس، ١٩٩٨.
١١- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ط٢.
١٢- د. محمد وليد المصري، الموجز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٢.
١٣- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.