الإسناد إلـى قانـون دولـة تتعدد فيها الشرائع

المدرس
ختام عبد الحسن شنان
المعهد التقني ـ النجف الأشرف

الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع

المدرس
ختام عبد الحسن شنان
المعهد التقني- النجف الأشرف

المقدمة:-

مشكلة البحث:-

قد يحدث أن تكون الدولة التي يتعين تطبيق قانونها - والذي أشارت إليه قواعد الإسناد (أي القانون المختص لحكم النزاع) - من الدول التي يتكون قانونها من شريعة واحدة تسري في نطاق الاقليم بأسره وعلى جميع المخاطبين بأحكامها دون النظر الى أصل أو عقيدة ففي هذا الفرض لا توجد أي مشكلة، لكن المشكلة تثار عندما توجد دولة تتعدد فيها القوانين تعدداً شخصياً أو إقليمياً ، ويكون التعدد شخصياً حيث تطبق شريعة خاصة على طائفة من الأشخاص يتم توزيعهم بحسب دياناتهم في خصوص مسائل أحوالهم الشخصية ، ويكون التعدد اقليمياً إذ تعدد الشرائع الداخلية في الدولة بتعدد أقاليميها فتطبق شريعة خاصة على كل اقليم من اقاليم الدولة، وتعد مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع من المسائل التي أثارت جدلاً واسعاً في فقه القانون الدولي وما يزيد المسألة أهمية السعي الحثيث الذي يشهده المجتمع الدولي نحو تكريس حماية الحقوق الدينية والعرقية في العالم ، بما في ذلك حقها في اختيار النظم التي تحفظ لها هويتها الخاصة ، وهو ما قد يدفع تكريس التعدد الشرائعي في بعض دول العالم والذي يكون تعدداً شخصياً أو اقليمياً . ويترتب على هذا التعداد امكانية حصول تنازع داخلي بين القوانين وهو بدوره قد يكون تنازعاً شخصياً

(دينياً مذهبياً أو عرقياً) وقد يكون تنازعاً اقليمياً (فدرالياً أو ناتجاً عن ضم الاقاليم) فاذا كان التنازع الدولي هو تنازع سيادات دول مختلفة فإن التنازع الداخلي هو تنازع قوانين تنتمي الى سيادة دولة واحدة وإذا كانت قواعد الإسناد الوطنية تشير باختصاص قانون اجنبي لدولة تتعدد فيها الشرائع فالسؤال يثار عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها على واقعة الدعوى وكيف يتسنى للقاضي اختيار هذه الشريعة من بين الشرائع التي يتضمنها هذا القانون؟

فرضية البحث :ـ

نحاول في هذا البحث تسليط الضوء على مشكلة الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع والأسئلة التي تثار بشأنها، فهل يكون الإسناد أياً كان نوع تعدد الشرائع في الدولة الواجب تطبيق قانونها؟ أي سواء كان تعدداً اقليمياً أم تعدداً شخصياً وهل ينصرف الحكم بصفة مطلقة أياً كان الضابط الذي بنيت عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي أم أنه يقتصر على حالات معينة يراعى فيها نوع هذا الضابط وما هو الحكم إذا كان القانون الواجب التطبيق لا يضم قواعد للإسناد الداخلي ؟

وهو ما يتم معالجته خلال البحث وذلك بتقسيمه على مبحثين يسبقه تمهيد يتناول المبحث الأول الإسناد الى قانون دولة متعددة الشرائع تعين الشريعة الواجبة التطبيق ، أما المبحث الثاني فيتناول الإسناد الى قانون دولة متعددة الشرائع لا تعين الشريعة الواجبة التطبيق .

التمهيد:ـ

تنازع القوانين يعتني بتنظيم ممارسة الحقوق في الحياة الدولية الخاصة وذلك عبر نظام خاص يقوم على اختيار أفضل القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة ذات

العنصر الأجنبي وهذا التحديد يتم عن طريق قواعد إسنادية تسمى بـ (قواعد الإسناد) وهذه القواعد ـ في بعض الأحيان تشير الى تطبيق قانون دولة متعددة الشرائع لذا يقتضي الأمر تحديد مفهوم قواعد الإسناد ومن ثم بيان مفهوم الدولة المتعددة الشرائع وذلك في فقرتين :-

الفقرة الأولى/ مفهوم قاعدة الإسناد :ـ

قاعدة الإسناد هي قاعدة وطنية تعنى بتنظيم العلاقة الخاصة ذات الطابع الدولي ترشد القاضي الوطني الى القانون الواجب التطبيق على المسائل المطروحة أمامه[١] وتؤدي هذه القواعد دور مهم في ارشاد القاضي لاختيار القانون الأنسب عند تزاحم القوانين وتتمتع قاعدة الإسناد بخصائص هي[٢]:

١. قاعدة الإسناد قاعدة مرشدة.

٢. قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب.

٣. قاعدة الإسناد قاعدة محايدة .

أما عناصر قواعد الإسناد فهي تتكون من ثلاثة عناصر :- موضوع قاعدة الإسناد وضابط الإسناد والقانون المسند اليه .

١. موضوع قاعدة الإسناد :- أي الفكرة المسندة والتي تتضمن مجموعة من العلاقات أو المسائل المتقاربة أو المتشابهة ، والمشرع في كل دولة يضع لكل فكرة منها ضابط خاص يسمح بإسنادها الى قانون معين فالعنصر الأول في بنية قاعدة الإسناد هو مجموعة الحالات القانونية التي تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بها وتكّون كل مجموعة فكرة قانونية تسمى فكرة مسندة[٣] فالأموال مثلاً كفكرة قانونية لابد وأن يخضعها المشرع الى قاعدة إسناد خاصة بها وهي قانون موقعها.

٢. ضابط الإسناد:- ضابط الإسناد هو المعيار الذي بوساطته يتحدد الاختصاص لقانون معين يحكم الفكرة المسندة ، اداة الوصل تلك تسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق تسمى ضابط الإسناد لأنها تسند المسألة القانونية المطروحة الى نظام قانوني معين ويتم اختيارها من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية فهي إما أن تكون مستمدة من أطرافها كالجنسية والموطن ومحل الإقامة والإرادة المشتركة لهما أو من محلها كموقع المال ومكان التنفيذ أو من سببها كمحل ابرام العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع ويشترط في ضابط الإسناد ضرورة صلته بأحد عناصر الحالة القانونية فقد يتعلق بالعنصر الشخصي في الحالة القانونية كظرف الجنسية أو الموطن وقد يتعلق بالعنصر الموضوعي كموقع المال ، كما قد يتعلق بعنصر الواقعة المنشئة لمحل ابرام التصرف أو محل وقوع الفعل الضار أو النافع[٤].

ومما تجدر الإشارة إليه ان ضابط الإسناد يمثل مركز الثقل في أي علاقة قانونية ويتأثر اختياره باعتبارات مختلفة وهو مايفسر اختلاف قواعد الإسناد بين النظم القانونية في الدول.

٣. القانون المسند إليه :- والقانون المسند اليه هو ذلك القانون الذي يحكم الفكرة المسندة ، فالأهلية مثلاً يحكمها قانون جنسية الشخص ، فإن قانون الجنسية يكون هو المسند اليه المختص بحكم العلاقة[٥] .

الفقرة الثانية / مفهوم الدولة المتعددة الشرائع :-

إن مفهوم الدولة المتعددة الشرائع ليس بمفهوم حديث ،بل مفهوم قديم فعندما بدأت بذور نظرية تنازع القوانين تظهر الى الوجود في العهد الروماني لم يكن التزاحم بين القوانين مرتبطاً بتعدد الدول بل بتعدد المدن في الإمبراطورية الواحدة أو بتعدد المجموعات البشرية في الدولة الواحدة ،

فالتنازع في صورته القديمة إذن كان يؤكد على تعدد الشرائع أو تعدد الوحدات القانونية لكن ضمن الدولة الواحدة ، واستعاد صورته اليوم في صورة الدول المركبة .

فالدولة المتعددة الشرائع أو ما يسمى بـ(الدولة المركبة) يقصد به وجود دولة تتعدد فيها الشرائع شخصياً أو إقليمياً ، والتعدد الشخصي يكون بأن تختص كل شريعة بطائفة معينة ويكون التعدد إقليميا بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين[٦].

المبحث الأول

الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع تعين الشريعة الواجبة التطبيق

إن تعدد الشرائع داخل دولة ما، ما هو في الحقيقة إلا تنازع داخلي يحصل بين قوانين الدولة الواحدة نتيجة لفقدان الوحدة التشريعية فيها ، فالتنازع الداخلي هو التنازع الذي يقوم بين شرائع الدولة الواحدة التي تعدد فيها الشرائع إما إقليمياً أو شخصياً فهو يتحقق بحالات قانونية خالصة الوطنية ، أما التنازع الدولي فإنه يفترض وجود تزاحم بين قوانين عدة صادرة عن عدة دول عدة لحكم المسألة المطروحة أمام القاضي وبخصوص حالات قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي ولا يتصور قيام هذا النوع من التنازع إلا بين قوانين دول اكتسبت كل منها صفة الدولة[٧]، وعليه يقتضي أن نبين الإسناد في الإحالة والتفويض في مطلب أول، ومن ثم كيفية الإسناد في الشريعة الواجبة التطبيق عندما تكون الدولة قد عينت تلك الشريعة في مطلب ثانٍ وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول : الإسناد في الإحالة والتفويض :

عندما يتصدى القاضي الوطني لاعمال قاعدة الإسناد واشأرت تلك القاعدة الى تطبيق قانون أجنبي معين فقد تظهر مسائل عدة ومنها الإحالة أو

التفويض والإحالة تظهر عندما يتعين تحديد ما إذا كان القاضي الوطني ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون الاجنبي أم انه يتعين عليه الرجوع أولاً الى تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون ، لما قد يترتب على ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع فقد يحدث أحياناً أن تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي الى تطبيق قانون غير قانونها كأن تقتضي بتطبيق قانون القاضي نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى ، فإذا انصاع القاضي الوطني الى ما تقضي به قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي فإن ذلك يؤدي الى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية وبالتالي فإن الحل النهائي للنزاع في هذه الحالة يختلف عن الحل النهائي للنزاع لو قام القاضي مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانونه[٨] فهذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تسمى بمشكلة ((الإحالة)) ومن يقول برجوع القاضي الى القواعد الموضوعية يرفض الأخذ بالإحالة ومن يقول برجوعه أولاً الى قواعد الإسناد يكون على النقيض من الآخذين بها[٩] أما مسألة التفويض ـ وأحياناً يسمى بـ(الإحالة الداخلية) أو الإسناد الداخلي فيقصد به تعيين الشريعة الواجبة التطبيق موكول للقانون المختص ذاته أي نت دون تدخل لقانون القاضي في هذا التحديد[١٠] وهذه المسألة سائدة في العديد من الأنظمة القانونية من بينها القانون المصري في المادة (٢٦) التي نصت على ((متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقها))[١١].

وكذلك المادة (٢٣) في القانون الجزائري والتي نصت على((متى ظهر من

الأحكام الواردة إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه)) وكذلك المادة (٢٨) من القانون المدني السوري والليبي المادة(٢٦)[١٢] وقد عالج المشرع الأردني هذا الوضع في المادة(٢٧) من القانون المدني حيث نصت ((إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها))[١٣] وهو ما عليه أيضاً في القانون المدني العراقي حيث نص في المادة (٣١/ ف٢) على ((وإذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها))[١٤].

كما تبنى القضاء هذا الحل في بعض الدول التي لم تعالج تشريعياً هذه المسألة كما هو الحال في لبنان إذ أصدرت محكمة التمييز اللبنانية الى انه ((من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص ان المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة الى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تتعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي فتختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد التنازع المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية))[١٥].

كما أيد أغلب الفقه قاعدة التفويض وذلك لأنها تساهم في توحيد الحلول على المستوى الدولي بالإضافة الى أن المنطق يقضي بأن الدولة المتعددة الشرائع تريد تطبيق تلك القاعدة بالذات، إما على مكان محدد (إقليمي)، أو مجموعة أفراد معينين (شخصي) ولو أرادت غير ذلك لقامت بتوحيد تشريعها، وهناك رأي فقهي يرفض ذلك بحجة ان القاضي الوطني عليه أن يرجع الى قواعد الإسناد في قانونه لأنها المختصة بتحديد القانون الواجب

التطبيق ـ ولكن الرأي هذا غير مقبول في الأوساط الفقهية[١٦] وبذلك يتضح ان موضوع الإحالة يختلف عن التفويض، ففي الإحالة ينعقد الاختصاص المقرر لصالحه محيلاً إياه الى قانون آخر، أما التفويض فإن القانون المختص لايتخلى عن حكم العلاقة ولايرفض الولاية التي عهد اليه بها أن يقبل الاختصاص ويرضى به وكل ما هنالك انه يؤكد هنا الاختصاص في شريعة داخلية معينة من الشرائع التي يحويها وذلك بمقتضى قواعد الإسناد الداخلية فيه ، كما ان مسألة الإحالة لا تعرض إلا إذا كان هذا القانون تتعدد فيه الشرائع[١٧].

المطلب الثاني : الإسناد في الشريعة الواجبة التطبيق :

قد يكون من شأن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تطبيق قانون دولة من الدول تتعدد فيها الشرائع ، ولاشك ان الإسناد الى قانون دولة متعددة الشرائع يثير مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في النزاع المطروح على القاضي وهي مسألة اقتضت جدل الفقه وجهد القضاء ، ويكاد ينعقد اجماع رجال الفقه في بلاد القارة الأوربية والبلاد الانجلو الامريكية على جعل أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في دولة متعددة الشرائع متروكاً لقانون هذه الدولة أي إن الأمر في ذلك متروك لقواعد الإسناد الداخلي في هذه الدولة، وبالتالي فإن القانون الداخلي هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقها[١٨].

ومما تجدر الإشارة إليه أن نوع تعدد الشرائع في الدولة الواجب تطبيق قانونها لا يؤثر لأنه ليس ثمة ما يدعو الى تفرقة مابين التعدد الاقليمي والتعدد الشخصي في هذا الصدد، لأن الشرائع المتعددة في دولة تكون في جملتها قانون هذه الدولة سواء كان التعدد إقليمياً أم شخصياً ومتى اسندت قاعدة الإسناد في قانون القاضي حكم علاقة معينة الى قانون هذه الدولة وجب بالضرورة بيان الشريعة الواجبة التطبيق من بين مختلف شرائعها ولايغنى

القاضي عن هذا البيان في حالة التعدد الشخصي وجود قانون اقليمي موحد يشمل سلطانه إقليم الدولة[١٩].

فإذا كان القانون الأجنبي يضم قواعد للإسناد الداخلي يذهب الفقه في هذا المجال الى اتجاهين :-

الاتجاه الأول:- يرى عدم التقييد بقواعد الإسناد الداخلي الواردة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأن التقييد بهذه القواعد من شأنه انصياع القاضي الوطني لإرادة المشرع الأجنبي وأيضاً في ذلك افساد لقاعدة الإسناد إذ يفوت غرض المشرع الوطني منها وهو ما يتحقق عندما يكون الضابط الذي بنيت عليه قاعدة الإسناد الداخلي في القانون الأجنبي الواجب التطبيق غير الضابط الذي بنيت عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي ويزيد البعد عن غرض المشرع الوطني من قاعدة الإسناد التجاء القاضي في تطبيق قواعد الإسناد الداخلي في القانون الأجنبي الى التكيفيات المقررة في هذا القانون وهي تختلف عن التكيفيات الواردة في قانون القاضي ويضيف أصحاب هذا الرأي بتفرع الحلول على الوجه الآتي :-

١. إذا كان من المستطاع تركيز الضابط الذي تبنى عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي تركيزاً مكانياً وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضابط ضابطاً مكانياً أو اقليمياً مثل موطن الشخص أو محل العقد أو محل وقوع الفعل تعين في هذه الحالة استعمال ذلك الضابط في حل التنازع الداخلي في القانون الأجنبي الواجب التطبيق وعدم التقييد بما يضمه هذا القانون الأخير من قواعد للإسناد الداخلي لفض هذا التنازع وعلى ذلك فلو كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تقضي باخضاع شكل العقد لقانون بلد ابرامه ويكون العقد أبرم في الولايات المتحدة الأمريكية فإن قانون هذه الدولة هو الذي يحكم شكل هذا العقد وهذا

الإسناد الدولي ، كما ان قانون الولاية التي أبرم فيها العقد من بين مختلف الولايات المتحدة الأمريكية هو بالذات الذي ينطبق على هذا الشكل وهذا هو الإسناد الداخلي الذي يتحدد بمراعاة الضابط الذي بنيت عليه قاعدة الإسناد الدولي وهو محل ابرام العقد ، وذلك دون حاجة الى الرجوع الى ما قد يكون مقرراً في الولايات المتحدة الأمريكية من قواعد للإسناد الداخلي.

٢. أما إذا كان تركيز ضابط الإسناد الذي تبنى عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي تركيزاً مكانياً غير ممكن فإن كان هذا الضابط هو إرادة المتعاقدين وكان القانون الذي اختاره المتعاقدان هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ويضم قواعد مشتركة للإسناد الداخلي وتعيين الشريعة الواجبة من بين هذه الشرائع وجب اتباع هذه القواعد وذلك حملاً على أن اختيار المتعاقدين قانون دولة متعددة الشرائع معناه انهما في مجال اعمال سلطان الإرادة قد قبلا قواعد الإسناد الداخلي الواردة في هذا القانون وسيلة لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق[٢٠] وإن كان القانون الذي اختاره المتعاقدان لا يضم قواعد مشتركة للإسناد الداخلي تعين في هذه الحالة اتباع ما يقضى قانون القاضي باتباعه لتعيين قانون الإرادة عندما لا يكشف المتعاقدان عن ارادتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق أي لتعيين قانون الإرادة المفترضة مثل عدّ هذا القانون هو قانون محل ابرام العقد أو قانون محل تنفيذه ، يبقى أن يكون ضابط قاعدة الإسناد في قانون القاضي هو الجنسية ، وقد رأى بعضهم في هذه الحالة تطبيق شريعة الوحدة الإقليمية داخل الدولة المركبة الكائنة بها عاصمة هذه الدولة وتطبيقاً لهذا الرأي تكون الشريعة الانكليزية هي الواجبة التطبيق عندما يقضي قانون القاضي بتطبيق القانون البريطاني ، وهذا

الرأي يعيبه التحكم المفروض[٢١] لذلك اتجه بعض آخر الى أنه يتعين على القاضي في هذه الحالة الاستعانة بقاعدة إسناد احتياطية يكون ضابطها في حالة التعدد الإقليمي في دولة متحدة (كالولايات الأمريكية المتحدة) ويكون ضابطها في حالة التعدد الإقليمي في دول بسيطة (كفرنسا بعد ضم الالزاس واللورين اليها) بعد الحرب العالمية الأولى واستبقاء القانون الألماني سارياً بهما، وهو الموطن وعند عدمه فمحل الإقامة وعند عدمهما فمكان ميلاد الشخص وإذا انتفت كل هذه الضوابط خضعت العلاقة لقانون القاضي، أما إذا كان التعدد شخصياً فلن يكون ضابط الإسناد لتلك القاعدة الاحتياطية ضابطاً مكانياً بل يكون الانتساب الى النظام القانوني الشخصي بالأصل أو بالدين[٢٢].

ويتفق الباحث مع الاتجاه الأخير القائل بالاستعانة بقاعدة إسناد احتياطية ذلك أنها تقدم حلول في كافة الافتراضات.

المبحث الثاني

الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع لا تعين الشريعة الواجبة التطبيق

إذا لم يجد القاضي قواعد للإسناد الداخلي في القانون الأجنبي الواجب التطبيق فعليه أن يعتمد على ضوابط الإسناد وتعيين الشريعة الواجبة التطبيق في محيط التنازع الداخلي عندما يكون الضابط الذي بنيت عليه قاعدة الإسناد الدولي في قانون القاضي ضابطاً إقليمياً ، مثل الموطن أو محل إبرام العقد أو محل وقوع الفعل فعلى القاضي أن يتخذ من هذا الضابط أداة لتعيين الاختصاص التشريعي الداخلي، أما إذا كان ضابط الإسناد الدولي في قانون القاضي هو الجنسية فهنا تبدو الصعوبة والتي تقتضي شيئاً من التفصيل، وعليه يقتضي أن نبين ضوابط الإسناد الإقليمية والجنسية وذلك في مطلبين اثنين وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول :الإسناد إلى الضابط الشخصي :

يعد ضابط الجنسية هو الضابط الوحيد الذي لا يسمح بحد ذاته بتعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق فيما لو تعددت التشريعات الداخلية في القانون الاجنبي المختص ، وبالتالي فإنه لا مفر من تفويض القانون الأجنبي المتعدد الشرائع ليحدد أي شريعة داخلية تكون هي الواجبة التطبيق[٢٣].

وبالتالي إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق قانون دولة متحدة أي دولة تتكون من وحدات اقليمية لكل منها رعوية خاصة اتخذ القاضي من الرعوية المحلية ضابطاً ترتكز عليه قاعدة الإسناد الداخلي، أما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق قانون دولة بسيطة تضم وحدات إقليمية ليس لأيها رعوية خاصة فقد رأى بعض الفقهاء في هذه الحالة ان بناء قاعدة الإسناد الدولي في قانون القاضي على الجنسية لا يسمح للقاضي بتعيين الشريعة الواجبة التطبيق في ميدان التنازع الداخلي وطرح الفقه رأيين في هذه المسألة:-

الأول:- يرى ضرورة تطبيق قانون القاضي وبذلك يتعطل تطبيق القانون الأجنبي.

الثاني :- يرى أن يستبدل بضابط الجنسية التي ترتكز عليه قاعدة الإسناد الدولي بضابط آخر احتياطي ترتكز على الموطن وعند عدمه على محل الإقامة وتحل محل قاعدة الإسناد الدولي المبنية على الجنسية وهذا يماثل ما يتبع بشأن تعيين قانون الجنسية بالنسبة الى شخص عديم الجنسية ـ وهذا الرأي الأخير منتقد لأنه يؤدي الى تعطيل قاعدة الإسناد الدولي المبنية على الجنسية والواردة في قانون القاضي لذلك ينبغي المحافظة على هذه القاعدة والاستعانة بضابط إسناد غير ضابط الجنسية لبناء قاعدة إسناد داخلي تمكن القاضي من إعمال قاعدة الإسناد الدولي الواردة في قانونه وهذا الضابط هو الموطن وفي هذه

الحالة نكون أمام احتمالين ، الأول أن يكون للشخص موطن في الدولة الواجب تطبيق قانونها وهنا تكون شريعة الوحدة الإقليمية الواقع بها هذا الموطن هي الشريعة الواجبة التطبيق أما الاحتمال الثاني فهو أن لا يكون للشخص موطن في الدولة وفي هذه الحالة تطبق شريعة اخر موطن كان للشخص في الدولة وإذا لم يسبق للشخص التوطن في دولته كانت الشريعة الواجبة التطبيق هي شريعة الوحدة الإقليمية الكائنة بها عاصمة الدولة ، ولكن لا يمكن الأخذ بهذا الرأي إذا ما كان قانون القاضي يقضي بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ويقضي أيضاً بقبول الإحالة من القانون الذي تعنيه قاعدة الإسناد في قانونه[٢٤] ويتضح إن قاعدة الإسناد في القانون الواجب التطبيق تقضي بتطبيق قانون الموطن كما هو الحال في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا، غير أن بعض الدول ومنها ايطاليا وهي لا تأخذ بالإحالة لم ترحب بالرأي المتقدم للفقه في ألمانيا، عندما يكون الشخص متوطناً خارج الدولة الواجب تطبيق قانونها أي إنها لم تأخذ بتطبيق الوحدة الإقليمية في هذه الدولة التي كان بها آخر موطن للشخص، بل انها أخذت بفكرة تطبيق قانون الوحدة الإقليمية التي كان بها الموطن الأصلي للشخص[٢٥] ومن ما تقدم يتضح إن الرأي المعتمد في ألمانيا يعتد بآخر موطن للشخص في الوحدة الإقليمية في الدولة الواجب تطبيق قانونها وهو قد يكون موطن أصلي أو موطن اختياري، كما انه يواجه حالة ما لا يكون للشخص موطن ((أصلي أو اختياري)) في هذه الدولة ، فهو يشير بتطبيق قانون الوحدة الإقليمية التي تقع بها عاصمة هذه الدولة أما الرأي المعتمد في ايطاليا فإن الموطن الأصلي قد لا يكون هو آخر موطن للشخص في الدولة الواجب تطبيق قانونها لأنه قد يكون الشخص تمتع أول الأمر بموطن أصلي في وحدة إقليمية في هذه الدولة ثم كسب موطن اختياري في وحدة إقليمية أخرى وفقد بذلك موطنه الأصلي ثم فقد الموطن الاختياري باكتسابه موطناً في دولة أخرى

ويكون القول بتطبيق قانون الموطن الأصلي من شأنه تطبيق قانون انقطعت صلة الشخص به ، كما ان هذا الرأي أيضاً لا يواجه حالة ما يكون الشخص لم يسبق له التمتع بموطن في الدولة الواجب تطبيق قانونها(٢٦).

ونميل الأخذ بالرأي السائد في ألمانيا القائل بتطبيق آخر موطن للشخص مادامت صلة الشخص بهذا الموطن الذي اكتسبه مستمرة وقد انقطعت صلته بالموطن الذي فقده وهو مايحقق الاستقرار في تطبيق القانون .

المطلب الثاني : الإسناد إلى الضابط الإقليمي :

تتميز ضوابط الإسناد المكانية كالموطن أو مكان إبرام التصرف أو مكان وقوع الفعل الضار أو النافع أو موقع المال، بأنها ضوابط قادرة بحد ذاتها على تعيين التشريع الداخلي المختص إذ يراعى في تكوينها دائماً أن تعين بذاتها المكان الذي يتركز فيه الوضع القانوني(٢٧).

وبالتالي لم يواجه الفقه صعوبة في تعيين الشريعة الواجبة التطبيق في محيط التنازع الداخلي ـ بخلاف ماهو عليه في ضابط الجنسية ـ إذ إن القاضي يتخذ من محل إبرام التصرف أو الموطن أداة لتعيين الاختصاص التشريعي الداخلي، فإذا كانت قاعدة الإسناد الدولي في قانون القاضي ترتكز على محل إبرام العقد كان هذا المحل أداة لتعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإذا ما اتضح إن هذا القانون هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع كانت شريعة الوحدة الإقليمية التي أبرم بها العقد هي الشريعة الواجبة التطبيق(٢٨).

الخلاصة:

١. إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يضم قواعد للإسناد الداخلي تعين على القاضي اتباعها سواء أكان تعدد الشرائع إقليميا أم شخصياً وسواء أكان ضابط قاعدة الإسناد في قانون القاضي صفة في الشخص كالجنسية أم كان ضابطاً مكانياً كموطن الشخص ومحل العقد ومحل

وقوع الفعل، مع اجراء التكييف اللازم لتطبيق هذه القواعد وفقاً لذلك القانون.

٢. أما إذا كان القانون الواجب التطبيق لا يضم قواعد للإسناد الداخلي وكان تعدد الشرائع إقليميا تعين إجراء التمييز بين حالتين ـ الأولى : إذا كان ضابط قاعدة الإسناد في قانون القاضي ضابطاً مكانياً اتخذ منه القاضي ضابطاً لتعيين الشريعة الواجبة التطبيق ، أما الحالة الثانية : فإذا كان ضابط قاعدة الإسناد في قانون القاضي هو الجنسية بمعنى أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته فإذا كان الشخص متوطناً في الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته عين القاضي الشريعة الواجبة التطبيق على أساس الموطن فتكون شريعة الوحدة الإقليمية المتوطن بها الشخص هي الواجبة التطبيق وإذا كان الشخص متوطناً خارج هذه الدولة عين القاضي الشريعة الواجبة التطبيق على أساس آخر موطن كان للشخص في دولته وإن كان لم يسبق له التوطن بها طبق القاضي شريعة الوحدة الإقليمية للعاصمة بشرط أن القاضي لا يقبل الإحالة من القانون الأجنبي الواجب التطبيق تقضي قاعدة الإسناد فيه بتطبيق قانون الموطن .

أما إذا كان تعدد الشرائع شخصياً ولا يضم القانون الواجب التطبيق قواعد للإسناد الداخلي فعلى القاضي أن يعين الشريعة الواجبة التطبيق بالاستعانة بالأسس التي يقوم عليها هذا التعدد في الدولة ألا وهي في الغالب الدين.

خلاصة البحث :ـ

إذا ما فرغ القاضي الوطني من مسألة تحديد قاعدة الإسناد التي عينت له

القانون المختص ، فإن ثمة مسألة قد تواجهه ويتعين عليه أن يبحث لها عن حل، ألا وهي ان كان القانون الأجنبي المختص هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدد شخصياً أو إقليمياً، أي كانت الدولة من الدول ذات النظم المركبة فبأي شريعة من الشرائع السائدة يطبق؟ وهو ما يستوجب من القاضي البحث عن الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها على واقعة الدعوى وكيف يتسنى له اختيار هذه الشريعة من بين الشرائع المتعددة التي يتضمنها هذا القانون.

هوامش البحث

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٦٥.

(٢) د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة ، ط١، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ،٢٠٠٢،ص٥٧.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص٦٨.

(٤) د.حسن الهداوي ، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،١٩٩٧، ص١٦.

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول العربية ، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٨٧،ص١٢.

(٦) د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٤،ص١٧٦.

(٧) د. محمد وليد المصري ، مصدر سابق ،ص٥٣.

(٨) د. فؤاد عبد المنعم رياض أ د. سامية راشد/ أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي/ دار النهضة العربية/ القاهرة١٩٩٠/ص١٧٦.

(٩) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، مصدر سابق/ ص٢٢٧.

(١٠) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي ،ج ٣ ، المطبعة العالمية، مصر،١٩٦٢، ص١٣٦.

(١١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٢، منشأة المعارف الاسكندرية/١٩٧٤/ص١٩٨.

(١٢) الأستاذان محمد دمانة ، محمد عمار عياض ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها التشريعات طبقاً للقانون الجزائري ، بحث منشور على شبكة الانترنت ص٢، منتدى الاوراس القانوني (http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/).

(١٣) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني ، مصدر سابق ،ص٧٨.
(١٤) د. غالب علي الداوّدي، القانون الدولي الخاص/ط٣/دار وائل للطباعة والنشر/٢٠٠١/ص٩٥.
(١٥) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص٣١٦.
(١٦) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص١٩٩.
(١٧) د. محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ج٢، مطبعة الرغائب ، مصر ، ١٩٦٣،ص١٤٦.
(١٨) د. عز الدين عبد الله ، الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد العاشر ،١٩٥٤، مطابع البصير، ص٤٢.
(١٩) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص٣٠٩.
(٢٠) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ،ج٢، ط ٣، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٨،ص١٨٣.
(٢١) د. عز الدين عبد الله ، الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، مصدر سابق ، ص٤٨.
(٢٢) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ،ج٣، معهد الدراسات العربية العالية ،١٩٦٠ ،ص١١٥.
(٢٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص٣١٠.
(٢٤) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، مصدر سابق، ص٢١٥.
(٢٥) د. عز الدين عبد الله ، الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، مصدر سابق ،ص٥٢.
(٢٦) د. هشام علي صادق/ تنازع القوانين/ مصدر سابق/ص٢٠٥.
(٢٧) د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي العربي ،مصدر سابق ،ص٢٥٦.
(٢٨) الأستاذان محمد دمانة ، محمد عمار عياض ، مصدر سابق ،ص٨.
د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ،ص٣١٣.

المصادر والمراجع

أولا: الكتب:

١- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ،ج٢، ط٢ ، معهد الدراسات العربية العالمية ، مصر،١٩٦٠.

٢- د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ،ج٣، ط١، معهد الدراسات العربية العالمية ، مصر ،١٩٦٢.

٣- د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين (المبادئ والحلول الوضعية) في القانون الأردني، ط٢، دار الثقافة ، عمان ،١٩٩٦.

٤- د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

٥- د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري . ج٢، ط٣، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٨.

٦- د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٧- د. عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية ، الدار الجامعية، بيروت ،١٩٨٧.

٨- د. غالب الداوّدي ، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ١٩٦٥.

٩- د. غالب الداوّدي، القانون الدولي الخاص/ط٣/ دار وائل للطباعة والنشر/٢٠٠١.

١٠- د. فؤاد عبد المنعم ، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي/ دار النهضة العربية/القاهرة/١٩٩٠.

١١- د. محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ط١، ج٢، مطبعة الرغائب ، مصر ، ١٩٦٣.

١٢- د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة .ط١، دار ومكتبة الحامد ، عمان ،٢٠٠٢.

١٣- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٢، منشأة المعارف/ الاسكندرية/١٩٧٤.

ثانيا: الدوريات :

- عزا لدين عبد الله ، الإسناد إلى قانون دولة تتعد فيها الشرائع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد العاشر ، مطابع البصير، ١٩٥٤.

ثالثا: من شبكة الانترنت:

- محمد دمانة ، محمد عمار عياض، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة تتعد فيها التشريعات طبقاً للقانون الجزائري، بحث منشور على شبكة الانترنت، منتدى الاوراس القانوني (http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net).