جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليـــا

الإحالة في القانون الدولي الخاص

(دراسة مقارنة)

إعداد

حسن غسان بني عوده

إشراف

د. أمجد حسان

قدمت هذه الأطروحـة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

2021

الإحالة في القانون الدولي الخاص

(دراسة تحليلية مقارنة)

إعداد

حسن غسان بني عوده

نُوقشتْ هذه الأطروحة بتاريخ: 25/ 4 / 2021م، وأُجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	**التّواقيع**
1. د. أمجد حسان /مشرفاً ورئيساً	**.....**
2. د. عماد الابراهيم / ممتحناً خارجيّاً	**.....**
3. د. يحيى فلاح / ممتحناً داخليّاً	**.....**

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من لا استطيع الوفاء بفضله صاحب العطاء الذي لا ينقطع، صاحب القلب الطيب والحنون، مصدر قوتي وفخري وعوني وسندي في الحياة، الذي سار معي في كل درب وكل طريق لأصعد به الى طريق النجاح... إلى معلمي الأول...

"أبي الغالي"

إلى من غمرتني بفيض حنانها، إلى التي احترقت لكي تنير لي دربي، إلى التي جاعت لأشبع وسهرت لأنام وتعبت لأرتاح وسقتني من نبع رقتها وصدقها، إلى من ربتني صغيرا ونصحتني كبيرا... قرة عيني وفؤادي...

"أمي الغالية"

إلى من إلى علَّمني أن الحياة من دون ترابط وحب وتعاون لا تساوي شيئًا إلى رفيق دربي في هذه الحياة

أخي الغالي "محمد"

إلى من أحبها وأقترن اسمها بإسمي... رفيقة الدرب

خطيبتي الغالية الأستاذة "سلسبيل"

الى من قاسموني أفراحي واحزاني ، إلى مصدر قوتي ونور دربي

"اخوتي وأخواتي"

الى من جمعني بهم منبر العلم والصداقة زملائي الذين أكّن لهم أسمى عبارات المحبة الى جميع أساتذتي الذين رافقوني طوال مشواري الدراسي.

الشكر والتقدير

أشكُر الله سبحانه وتعالى أن أعانني على إتمام هذا الجهد

جعله الله نفعاً وفائدة للأمة.

والشكر والعرفان الموصول لمشرف رسالتي

الدكتور الفاضل أمجد حسان

الذي لم يبخل في إشرافه وتوجيهه ومتابعته العلمية الدقيقة.

والشكر أيضاً لأعضاء لجنة المناقشة:

الممتحن الخارجي الدكتور عماد بني عودة

و الممتحن الداخلي الدكتور يحيى فلاح

الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة، والحكم عليها وتقديمهم للملاحظات القيمة التي وبكل تأكيد ستُثري هذه الرسالة.

الإقرار

انا الموقع ادناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الإحالة في القانون الدولي الخاص

(دراسة تحليلية مقارنة)

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه فيما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name:…… **اسم الطالب:.....**

Signature:……. **التوقيع:.....**

Date:…….. **التاريخ:.....**

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء ج	ج
الشكر والتقدير	د
الإقرار	هـ
فهرس المحتويات	و
الملخص	ح
المقدمة	1
مشكلة الدراسة	2
اهمية الدراسة	3
أهداف الدراسة	3
منهجية الدراسة	3
محددات الدراسة	4
الدراسات السابقة	4
صعوبات الدراسة	4
خطة الدراسة	5
الفصل الأول: نظرية الإحالة	
المبحث الأول: الاطار العام لنظرية الاحالة	8
المطلب الأول : ماهية الاحالة وتميزها عن غيرها	8
الفرع الأول : مفهوم الاحالة	9
الفرع الثاني : تميز الاحالة عن غيرها	13
المطلب الثاني: صور الإحالة وشروطها	21
الفرع الأول: صور الإحالة	22
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإحالة	24
المبحث الثاني: موقف التشريع والفقه من الاحالة	27
المطلب الأول: موقف الفقه من الإحالة	27
الفرع الأول : الإحالة حاجة عملية لتحقيق العدالة	27
الفرع الثاني: الإحالة إشكالية قانونية تؤدي الى عدم تحقيق العدالة	30

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: موقف التشريع الوطني والمقارن من مسألة الإحالة	32
الفرع الأول: القوانين الرافضة للإحالة	33
الفرع الثاني: القوانين القابلة للإحالة	36
الفصل الثاني: الحلول المقترحة لتطبيق الاحالة في ضوء وظيفة قاعد الاسناد	
المبحث الأول: امكانية قبول تطبيق الاحالة على مسائل الاحوال الشخصية	41
المطلب الأول: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية	41
الفرع الأول: مفهوم الأحوال الشخصية	42
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية	43
المطلب الثاني: مدى تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية (الاستثناء العام)	49
الفرع الأول: موقف التشريع والفقه من مسالة الإحالة في الأحوال الشخصية	49
الفرع الثاني: تقدير تطبيق الاحالة في مسائل الاحول الشخصية	52
المبحث الثاني: عدم امكانية تطبيق الاحالة على مسائل تنازع القوانين الاخرى	54
المطلب الأول : استبعاد تطبيق الإحالة على الأموال	54
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال	54
الفرع الثاني: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على الأموال	63
المطلب الثاني: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على العقود واشكال التصرفات	65
الفرع الأول: مدى تطبيق الإحالة على العقود	65
الفرع الثاني: مدى تطبيق الإحالة على اشكال التصرفات	72
الخاتمة	79
التوصيات	81
قائمة المصادر والمراجع	83
abstract	b

الإحالة في القانون الدولي الخاص

(دراسة تحليلية مقارنة)

إعداد

حسن غسان حسن بني عوده

إشراف

د. أمجد حسان

الملخص

تناول الباحث في هذه الدراسة أحد أهم مسائل القانون الدولي الخاص المتمثلة في نظرية الإحالة، والتي تظهر عندما يرفض القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض علية النزاع الاختصاص لنفسة ويشير إلى تطبيق قانون القاضي أو قانون آخر، وتعتبر هذه النظرية من أكثر موضوعات القانون الدولي الخاص التي ثار بها الخلاف على المستوى التشريعي ما بين قوانين الدول فنجد أنَّ منهم من أخذ بهذه النظرية وأقرها في قانونه كالتشريع الإماراتي، ومنهم من رفضها كالتشريع الأردني، ومنهم من سكت عنها كالتشريع اللبناني، ونجد أيضاً أنَّ الآراء الفقهية قد تباينت بشأن هذه النظرية، حيث نرى أن هنالك جانب من الفقه قد أخذ بها وناصرها مدعما رأيّه بأسانيد ومبررات أهمها أنَّ القواعد القانونية في كل الدول تشكل وحدة واحده لا يمكن تجزئتها، وأنَّ فكرة الإحالة تؤدي إلى تحقيق التعايش المشترك فيما بين الدول، وكذلك أنَّ نظرية الإحالة من شأنها أن توحد الحلول في الدول التي تتصل بها العلاقة الخاصة ذات العنصّر الأجنبي محل النزاع، أمَّا في الاتجاه الآخر فهنالك جانب من الفقه قد رفض نظرية الإحالة وكانت جل أسانيدهم أنَّ تطبيق هذه النظرية من شأنه المساس بمبدأ السيادة، وأنَّ فكرة الإحالة تؤدي إلى الإجحاف بحق المتقاضين، وكذلك أيضاً أنَّ من شأن هذه النظرية أن تؤدي إلى الوقوع بالحلقة المفرغة، وفي ضوء التباين الواضح ما بين التشريعات والفقه حول هذه النظرية فقد ارتأى الباحث في هذه الدراسة معالجة هذه النظرية وبيان صورها وشروط تحققها، ومدى انسجامها مع وظيفة قاعدة الإسناد المتمثلة في تطبيق أنسب القوانين على النزاع، وبناء على ذلك فقد تناولت الدراسة مسألة الإحالة في بعض موضوعات ذات أهمية في القانون الدولي الخاص والمتمثلة في

الأحوال الشخصية، والأموال، والعقود، وأشكال التصرفات، وفي نهاية هذه الدراسة خلص الباحث الى نتائج أهمها أنَّه لا يمكن القول برفض فكرة الإحالة على إطلاقها وبشكل قطعي، حيث نرى أنَّه من الممكن قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية مثلا، إلى أنَّه في الاتجاه الآخر لا يمكن قبول الإحالة في الأموال كونها تتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بإعطاء الاختصاص لقانون الموقع لحكم هذه المسائل.

وفي نهاية المطاف وضع الباحث خاتمة سجل فيها استنتاجاته وتوصياته بشأن الإحالة في القانون الدولي الخاص.

المقدمة:

نشأ القانون الدولي الخاص كأحد فروع القانون المتخصصة في العلاقات ذات العنصّر الأجنبي، إذ يعتبر تنازع القوانين أساس نشأته وأهم موضوعاته[1]، ولمعالجة مشكلة تنازع القوانين لحكم علاقة قانونية اتصلت بأكثر من دولة، يتم إسناد العلاقة القانونية ذات العنصّر الأجنبي إلى القانون الأكثر صلة بالنزاع، بحيث يتم الوصول إلى هذا القانون من خلال قاعدة الإسناد في قانون القاضي، بعد تكييف تلك العلاقة بإدخالها ضمن الفكرة المسندة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد[2].

بعد أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون المختص بحكم نزاع معين، فإنَّ هذه القاعدة قد ترشد القاضي إلى تطبيق قانونه، فيطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه على النزاع ويصدر حكمه، أما إذا كان القانون المختص قانوناً أجنبياً، فإنَّ الأمر يتطلب معرفة القواعد في القانون الأجنبي التي يطبقها القاضي، القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد، فإذا قام القاضي باستشارة قواعد الإسناد الأجنبية، فإنَّه يكون قد قام بتطبيق نظرية معروفة في القانون الدولي الخاص، تسمى "نظرية الإحالة"[3].

فالإحالة هي قيام القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد في قانون القاضي، برد الاختصاص وإحالته إلى قانون آخر، فالسبب الرئيسي لمشكلة الإحالة في تنازع القوانين هو اختلاف قواعد

---

[1] هناك ثلاثة اتجاهات بشأن موضوعات القانون الدولي الخاص: الاتجاه الموسع من نطاق من موضوعات القانون الدولي الخاص ليشمل خمسة موضوعات: الجنسية، مركز الأجانب، الاختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، تنفيذ الأحكام الأجنبية، والاتجاه المضيق، يرى أن موضوعات القانون الدولي الخاص ثلاثة، هي: الاختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، تنفيذ الأحكام الأجنبية. الاتجاه الذي يقصرها على تنازع القوانين كالفقه الأنجلوسكسوني. للمزيد راجع حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنوع القوانين – المبادئ العامة في القانون الأردني – دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان/الأردن، 2005م، ص 7. وعوض الله شيبة الحمد السيد، أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي في القانون الإماراتي، كلية الشرطة، دبي/الإمارات، 2001، ص 3.

[2] قاعدة الإسناد: هي القاعدة التي ترشد القاضي على القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصّر الأجنبي راجع بهذا الشأن د. ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين"، ط5، منشورات جامعة دمشق،1995، ص49. مثل قاعدة الإسناد الخاصة بالحالة والأهلية، ونصّ عليها مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمادة (1/15): "1. يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص بجنسيتهم على حالتهم المدنية وأهليتهم ". وقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، فنصّت المادة (29) "1. يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"

[3] يطلق على الإحالة: " تحديد القواعد الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي"، ويطلق عليها أيّضا " تنازع قواعد الإسناد".

الإسناد المطبقة في قانون القاضي عن قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، فإذا ما تمَّ تعين القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي وتبين أنَّ القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي، فتثور هنا مسالة تطبيق القانون الأجنبي، فهل تطبق منه القواعد الموضوعية المادية مباشرة، أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق .

ورغم أنَّ المشرع في كثير من الدول قد حسم أمره من نظرية الإحالة[1]، مقرراً عدم الأخذ بها، نجد أنَّ هذه النظرية شهدت جدلاً كبيراً، حول فعالة الأخذ بها من عدمه، سواء على مستوى فقهاء القانون الدولي الخاص، أو على مستوى القضاء في كثير من الدول، وأمام هذا الاختلاف، وكون الأخذ بالإحالة لدى البعض، ورفضها لدى البعض الآخر، سيؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق، وبالتالي عدم استقرار المعاملات، والإضرار بمصالح الأفراد، جاءت هذه الدراسة لمعالجة نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص بشكل تفصيلي، وتبيان الآراء الفقهية والتشريعية من نظرية الإحالة في تنازع القوانين.

مشكلة الدراسة:

تتجلى مشكلة الدراسة في تسليط الضوء على مدى تناسب الحلول التشريعية والقضائية والفقهية في مسألة الإحالة مع وظيفة قاعدة الإسناد المتمثلة في تحديد القانون الأكثر ملاءمة للنزاع، وفي هذا الإطار ستجيب الدراسة عن الأسئلة التالية:

1. ما هي مضامين نظرية الإحالة من حيث مفهومها وشروطها وصورها؟
2. ما هو موقف الفقه من مسالة الإحالة؟
3. ما موقف التشريعات المقارنة من نظرية الإحالة؟
4. ما هي الحلول المقترحة لمعالجة مشكلة الإحالة؟

[1] انظر المادة (28) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً واجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، ويقابلها المادة (29) من القانون المدني السوري، والمادة (27) من القانون المدني المصري.

5. هل هنالك حل مقترح لمشكلة الإحالة يتناسب مع وظيفة قواعد الإسناد في ضوء اختلافها؟

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة في تناول نظرية الإحالة في تنازع القوانين، كون أنَّ هذه النظرية لم تتناول في بحث مستقل، وكذلك أيضاً في بيان مدى توافق نظرية الإحالة مع بعض موضوعات القانون الخاص، وبيان دور نظرية الإحالة في ظل الوظيفة العليا لقاعدة الإسناد من خلال شرح وتحليل موقف التشريعات المقارنة من مسالة الإحالة ومناقشة الاتجاهات الفقهية بشأنها.

أهداف الدراسة:

أولا: تبيان مضامين نظرية الإحالة من حيث مفهومها وشروطها وصورها.

ثانيا: شرح الآراء الفقهية بشأن الإحالة.

ثالثا: تحليل النّصّوص القانونية التي عالجت مشكلة الإحالة بالقوانين النافذة والمقارنة.

رابعا: وضع الحلول المناسبة لمشكلة الإحالة.

خامسا: معالجة مشكلة الإحالة على ضوء وظيفة قاعدة الإسناد.

منهجية الدراسة:

أتبع الباحث في إعداد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال دراسة وتحليل النّصّوص القانونية المتعلقة في موضوع الدراسة في القوانين النافذة في فلسطين ومشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك على المنهج المقارن، حيث عمل الباحث على مقارنة النّصّوص القانونية في التشريعات المدنية بالأردن والإمارات العربية المتحدة والجزائر ومصر وتونس، التي عالجت موضوع الإحالة في تنازع القوانين كما تطرقت إلى الاجتهادات القضائية في هذا المجال.

محددات الدراسة:

تتناول الدراسة بشكل أساسي موضوع الإحالة في تنازع القوانين وما يرتبط بها في إطار تنازع القوانين ولن تتصدى الدراسة إلى موضوع الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي وموضوعات القانون الدولي الخاص الأخرى إلا في حدود اتصالها بنظرية الإحالة في تنازع القوانين، حيث تناول الباحث في هذه الدراسة بعض من القوانين المقارنة المتمثلة ب التشريعات المدنية بالأردن والإمارات العربية المتحدة والجزائر ومصر وتونس.

الدراسات السابقة:

اقتصرت الدراسات السابقة التي تناولت موضوع الإحالة على ما ورد في الكتب والمراجع العامة في القانون الدولي الخاص في موضوع الإحالة، حيث تناولت هذا الموضوع ضمن فصولها وبشكل عام، وعلى حد علم الباحث هنالك دراسة واحده تناولت هذا الموضوع ، هي عبارة عن بحث بعنوان "الإحالة بين القبول والرفض في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليليه في بعض التشريعات العربية"، للباحث أحمد محمود الفضلي منشور في مجلة مؤته للبحوث والدراسات، ولم يتعرض الباحث فيه للنظرية الإحالة بشكل تفصيلي واقتصر على بيان موقف الفقه والتشريع منها، أما دراستي فإنَّها تتناول نظرية الإحالة كنظرية عامة مع تبيان الحلول العملية لمشكلة الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد.

صعوبات الدراسة:

واجه الباحث العديد من الصعوبات في دراسة هذا الموضوع بسبب ندرة الدراسات التي تصدت لموضوع البحث، كذلك غياب التشريعات المنظمة لمسائل تنازع القوانين في التشريعات النافذة في فلسطين، سوى بعض النّصّوص المتفرقة في بعض القوانين الخاصة.

خطة الدراسة:

تمَّ تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، حيث تناول الباحث في الفصل الأول النظرية العامة للإحالة، وتمَّ تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ يعالج المبحث الأول فيه ماهية الإحالة من حيث تعريفها، والفرق بين الإحالة والتفويض وصور الإحالة، في حين يعالج المبحث الثاني الاتجاهات بشأن الإحالة، موضحاً فيه الموقف الفقهي من مسألة الإحالة والموقف التشريعي أيضاً.

أمَّا فيما يتعلق بالفصل الثاني فقد تمَّ تخصيصه لدراسة الحلول المقترحة لمشكلة الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، وذلك من خلال تقسيمة إلى مبحثين؛ يعالج المبحث الأول فيه مسألة الأحوال الشخصية والقانون الواجب التطبيق عليها، وإمكانية تطبيق الإحالة على هذه المسائل، في حين يعالج المبحث الثاني بعض الموضوعات التي لا تقبل الإحالة مثل: الأموال والعقود وأشكال التصرفات موضحاً الباحث القانون الواجب التطبيق عليها.

وفي النهاية جاءت خاتمة الدراسة لتتناول أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث في دراسته.

الفصل الأول

نظرية الإحالة

الفصل الأول

نظرية الإحالة

تمرُّ حلّ مشكلة تنازع القوانين بمراحل عديدة، من أجل اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصّر أجنبي، فيلجأ القاضي في كل دولة إلى قواعد الإسناد في تشريعه الوطني، لترشده تلك القواعد إلى القانون المختص بحل النزاع، سواء كان قانون القاضي أو قانونا أجنبي، فإذا كان القانون المختص هو قانون القاضي فلا تثور هنا أيّ مشكلة، فالقاضي يلجأ إلى القواعد الموضوعية في قانونه ليطبقها على النزاع، أمّا إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانوناً أجنبياً، فإنَّ الإشكالية التي تظهر لدينا هل على القاضي أن يلجأ إلى قواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي لتعرف على موقفها من الاختصاص، أم يعرج على الأحكام الموضوعية مباشرة في ذلك القانون الأجنبي، فإذا لجأ القاضي إلى استشارت قواعد الاسناد الاجنبية، فإنَّه يكون قد قام بتطبيق نظرية معروفة في القانون الدولي الخاص تسمى نظرية الإحالة، حيث تتخذ الإحالة صور عديده، فقد ترفض قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص بحكم العلاقة وتعيده لقانون القاضي، وقد تحيل الاختصاص لقانون دولة ثالثة ورابعة وهكذا، ليظهر لدينا صور عديده للإحالة.[1]

شهدت هذه النظرية جدلاً كبيراً بين الفقهاء، فاختلفوا بين مؤيد ومعارض لهذه النظرية، فالفريق المؤيد يرى أنَّ على القاضي المرفوع أمامه النزاع اللجوء إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ما الفريق المعارض فيرى ألا يجوز للقاضي الذهاب لقواعد الإسناد الأجنبية، إنَّما يجب أن يطبق الأحكام الموضوعية الأجنبية مباشرة.

كما تباين موقف تشريعات الدول من الإحالة، فبعض القوانين رفضت الإحالة كما في الأردن ومصر، بينما هنالك بعض الدول قبلت الإحالة وفق شروط معينة كالإمارات والجزائر.

ومن أجل الوقوف على مفهوم الإحالة وصورها وبيان موقف الفقه والتشريعات المقارنة والنافذة في فلسطين من الإحالة، تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، على النحو الآتي:

---

[1] جمال الدين، صلاح الدين: تنازع القوانين " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط2/2007، ص80 وما بعد.

المبحث الأول: الإطار العام لنظرية لإحالة.

المبحث الثاني: الاتجاهات بشأن الإحالة.

المبحث الأول: الإطار العام لنظرية الإحالة

ظهرت مشكلة الإحالة في تنازع القوانين بسبب اختلاف قواعد الإسناد في قانون القاضي عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فعندما تشير قواعد الإسناد الفلسطينية لاختصاص قانون أجنبي، فهل ينفذ من هذا القانون القواعد الموضوعية فقط، حيث يطبقها القاضي على النزاع دون وجود أيّ مشكلة، أم يطبق أيضاً قواعد الإسناد فيه، وهنا يواجه القاضي إحدى مسألتين؛ المسالة الأولى أنَّ قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي تشير إلى اختصاص القانون الفلسطيني وتحيل النزاع إليه وهذا ما يسمى" الإحالة من الدرجة الأولى"، أو أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى اختصاص قانون أجنبي آخر ونكون هنا أمام إحالة من الدرجة الثانية.

ومن أجل الوقوف على الإطار العام لهذه النظرية من حيث مفهومها وشروطها وصورها، تمَّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي، يتناول المطلب الأول ماهية الإحالة، ويتحدث المطلب الثاني عن صور الإحالة وشروطها.

المطلب الأول : ماهية الإحالة وتميزها عن غيرها

يثور التساؤل حول إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنَّ حل النزاع يتوجب تحديد المقصود بالقواعد القانونية واجبة التطبيق في ذلك القانون الأجنبي، بمعنى أنَّ القاضي الوطني سوف يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم قواعد الإسناد في ذلك القانون ، ذلك كون القانون الأجنبي يحتوي على نوعين من القواعد القانونية ، أولهما: القواعد الموضوعية التي من شانها إعطاء حل مباشر للنزاع و ثانيهما: قواعد الإسناد التي من شأنها أن تحدد القانون واجب التطبيق .

ولمعرفة الجواب على هذا التساؤل الذي طرحه الباحث لابدَّ من معرفة المقصود بالإحالة وكذلك أيضاً شروط تطبيق نظرية الإحالة.

الفرع الأول: مفهوم الإحالة

لبيان مفهوم الإحالة في تنازع القوانين، نبين تعريف الإحالة، والأصل التاريخي المنشئ لمشكلة الإحالة، وصور التنازع المنشئ لمشكلة الإحالة.

أولا: تعريف الإحالة

يقصد بالإحالة من الناحية اللغوية أنَّها مشتقة من الفعل " أحال" إذ يقال " أحال فلان شيء معين " بمعنى أنه ترك التصرف لذلك الشخص بالشيء وخوله بمتابعة أمره ليترك له حرية الاختصاص والتصرف بما يجده مناسباً".[1]

أما من الناحية الفقهية فنجد أنَّ جانب من الفقه عرف الإحالة على أنَّها: الإسناد الإجمالي من قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع بعقد الاختصاص لقانون أجنبي، ومن ثم تقضي قاعدة الإسناد في القانون الأخير" القانون الأجنبي" بعدم الاختصاص لنفسها، وتعقد الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع أو لقانون آخر.[2]

وفي تعريف الإحالة نجد أيضاً أنَّ البعض عرف الإحالة على أنَّها: النظرية التي يستوجب فيها تطبيق قواعد الإسناد في القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي الذي يحكم النزاع، بشرط أن يكون الاختلاف موجوداً فيما بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية في حكم المسألة المعروضة.[3]

كما عرفت الإحالة على أنَّها: الفكرة التي تستوجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المعقود له الاختصاص بموجب قواعد الإسناد الوطنية لقانون القاضي في حال وجود اختلاف ما بين القاعدتين " أيّ وجود تنازع سلبي وليس تنازع إيجابي".[4]

---

[1] وهبة، مجدي، و المهندس، كامل: معجم المصطلحات العربية في اللغة والأدب. ط2، 1984.لبنان.

[2] شوقي، بدر الدين عبد المنعم: دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي)، القاهرة، 1990، ص262.

[3] عبد الكريم، ممدوح: تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2005، ص56.

[4] اللافي، محمد مبروك: مرجع سابق، ص70.

يلاحظ أنَّ هذه التعريفات ترمي إلى نفس المعنى وبنهاية ما تقدم يمكن القول بأنَّ الإحالة تعني: أن يرفض القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع الاختصاص لنفسه ويشير إلى تطبيق قانون القاضي أو قانون آخر.

سيتم توضيح التعريف في المثال التالي:

كأن يثور نزاع بين فلسطيني وبريطاني يقيم في فلسطين حول أهلية البريطاني، وينظر هذا النزاع القضاء الفلسطيني وفي ذات الوقت تشير قاعدة الإسناد الفلسطينية لخضوع الأهلية لقانون الجنسية أيّ للقانون البريطاني وعند الذهاب لتطبيق القانون البريطاني في مجمله" أيّ الإسناد الإجمالي لكامل القانون بما يحتويه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية"، نرى أنَّ قاعدة الإسناد في هذا القانون تقول أنَّ الأهليّة تخضع لقانون الموطن أيّ القانون الفلسطيني، في مثل هذه الحالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص لنفسة وأعطى الاختصاص لقانون القاضي المعروض عليه النزاع. وفي الحالة الثانية بأن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص ويحيل إلى قانون آخر غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع، مثال ذلك: ثار نزاع بين فلسطيني وبريطاني يقيم في إسبانيا حول أهليّة البريطاني، وكان القضاء الفلسطيني هو الذي ينظر بهذا النزاع، وعند إعمال قاعدة الإسناد في فلسطين نجد أنَّها إشارة إلى أنَّ القانون الذي يحكم الأهليَّة هو قانون الجنسية أيّ القانون البريطاني، وعند الذهاب للقانون البريطاني نجد أنَّه قد أخضع الأهليّة إلى قانون الموطن أيّ إلى القانون الإسباني على اعتبار أنَّ البريطاني مقيم في إسبانيا.

ثانيا: الأصل التاريخي المنشئ لمشكلة الإحالة

ظهرت نظرية الإحالة في القضية الشهيرة والتي تسمّى بقصة "فورجو" وتدور هذه القصة حول أنَّ السيد فورجو ولد طبيعي ولد بمدينة بافاريا الألمانية ثم انتقل إلى فرنسا مع والدته وأقام في المنطقة الجنوبية، وبعد ذلك تزوج من سيدة فرنسية ماتت وخلفت خلفها ثروة منقولة كبيرة تركتها لزوجها وبعد ذلك توفي فورجو تارك خلفه ثروة كبيرة من المنقولات وغير المنقولات، وبعد ذلك طالبت وزارة المالية بالثروة التي تركها "فورجو" خلفه على اعتبار أنَّ فورجو ولد طبيعي وأنَّ الدولة وارث في مثل هذه الحالة، في حين أنَّ أقارب فورجو " من جهة الحواشي" نازعوا الدولة الفرنسية على

اعتبار أنَّهم يرثون وفقا للقانون البافاري، حيث أنَّ القانون الأخير هو قانون واجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد في القانون الفرنسي وذلك على اعتبار أنَّ الميراث في المنقول يخضع لقانون موطن المتوفي، وبناء على ما سبق فإنَّ محكمة الاستئناف قضت بأحقية أقارب " فورجو" بالتركة التي خلفها على اعتبار تطبيق القانون الأجنبي، إلا أنَّ محكمة النقض الفرنسية وبتاريخ1878/6/24 قامت بإلغاء ذلك الحكم بناء على أنَّ القانون البافاري يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للشخص المتوفى والذي يتمثل بالقانون الفرنسي .[1]

من هذه القضية يرى الباحث أنَّ محكمة الاستئناف بداية ذهبت إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون البافاري، والتي تقضي بأحقية أقاربه بالإرث بمعنى أنَّ محكمة الاستئناف قامت بإعطاء الحل مباشرة استنادا للقواعد الموضوعية التي بدورها قد أعطت حل مباشر للنزاع، وفي ذلك لم تقم المحكمة بالأخذ بالإحالة. بينما خالفت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف وتوجهت لتطبيق قواعد الإسناد في القانون البافاري، ذلك بالذهاب الى قواعد الإسناد التي بدورها إحالة القضية إلى القانون الفرنسي ليحكم العلاقة والذي بدوره لا يورث وبمعنى آخر أنَّ ما قامت به محكمة النقض هو الأخذ بالإحالة أيّ أنَّها نظرت إلى القانون الأجنبي بشكل كامل وقامت بتطبيقه بمجملة ولم تستند إلى الأخذ بالقواعد الموضوعية في ذلك القانون لإعطاء حل مباشر.

ثالثا: صور التنازع المنشئ لمشكلة الإحالة

وبناء على ما سبق يمكن القول بأنَّ مسألة الإحالة تنتج عند اختلاف قواعد الإسناد بين الدول، فعندما تشير دولة معينة إلى أنَّ القانون الذي يحكم القضية هو قانون جنسية الموصي، تأتي أخرى إلى إسناد ذات الموضوع إلى قانون محل الإيصاء، فينتج عن ذلك تنازع وهذا التنازع يحتاج إلى حلّ، وهنا لابدّ من التفرقة بين صورتين لهذا التنازع وهما التنازع الإيجابي والتنازع السلبي:

[1] د. الافي، محمد المبروك: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. بنغازي: الجامعة المفتوحة، 1990.ص71. مرجع سابق. راجع أيضا: كصير، محمد خيري: حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة): ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ص،197. راجع أيّضا شوقي، بدر الدين عبد المنعم: مرجع سابق، ص262 وما بعد. راجع أيّضا عبد الكريم، ممدوح: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص56 وما بعد.

حيث يقصد بالتنازع الإيجابي ذلك التنازع الذي تقرر فيه قاعدة الإسناد في كل دولة من الدول التي يوجد تنازع في قوانينها اختصاص تشريعاتها بحكم هذه المسألة والمثال على ذلك أن يثور تنازع حول ميراث فلسطيني متوفي في إنجلترا وتقرر قاعدة الإسناد الفلسطينية اختصاص قانون جنسية المتوفي " أيّ القانون الفلسطيني " في حين أنَّ قاعدة الإسناد الإنجليزية تقرر اختصاص قانون موطن المتوفي " أيّ القانون الإنجليزي " وفي مثل هذه الحالة لا يوجد صعوبة لحسم النزاع لأنَّ الحل يعود إلى قانون القاضي بمعنى أنَّه إذا ما عرض النزاع على القاضي الفلسطيني فإنَّه سوف يقوم بتطبيق القانون الفلسطيني وإذا ما عُرض النزاع على قاضي إنجليزي فإنَّه سوف يقوم بتطبيق القانون الإنجليزي.[1]

أمَّا التنازع السلبي فيكون هذا التنازع مختلفا عن الصورة الأولى وهي النزاع الإيجابي، حيث يعني هذا النزاع أن تستند قاعدة الإسناد في كلّ دولة من الدول التي تتنازع قوانينها في حكم المسألة إلى قانون الدولة الأخرى أو إلى القانون الأجنبي، كأن يثور نزاع متعلق بميراث إنجليزي متوطن في فلسطين وتقرر قاعدة الإسناد الفلسطينية الاختصاص للقانون الإنجليزي وهو قانون الجنسية، بينما تقرر قاعدة الإسناد الإنجليزية اختصاص القانون الفلسطيني وهو قانون الموطن. وفي مثل هذه الحالة يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق لحل مشكلة هذا النزاع.[2]

وبعد عرض أنواع التنازع يرى الباحث أنَّه لا مجال لوجود فكرة الإحالة في ظل وجود تنازع إيجابي حول حل النزاع الموجود وإنَّما تظهر مشكلة الإحالة في حال وجود التنازع السلبي، بمعنى أنَّ التنازع السلبي لا بدّ من وجوده لوجود فكرة الإحالة.

---

[1] د. إبراهيم، إبراهيم أحمد: القانون الدولي الخاص مركز الأجانب وتنازع القوانين، الكتاب الأول، القاهرة: جامعة عين شمس. 1992.ص322، راجع أيّضا في هذا المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للقانون الاردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي)، ط1، مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان– الاردن،2002، ص96.

[2] المشاقي، حسين: الميسر في قواعد الإسناد وتنازع الاختصاص في القانون الدولي الخاص وتنفيذ الاحكام الأجنبية، جامعة النجاح الوطنية،2006، ص109. راجع أيّضا في هذا الشأن الصانوري، مهند احمد: القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط1، دار وائل للنشر، عمان الاردن،2011، ص86 وما بعد.

الفرع الثاني: تميّز الإحالة عن غيرها

قد تختلط فكرة الإحالة في تنازع القوانين مع فكرة الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي " الإحالة القضائية"، ومع فكرة التفويض، ولتميز الفكرتين المتقدمتين عن الإحالة في تنازع القوانين نتطرق إليهما تباعاً:

أولا: الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي

للتمييز بين الإحالة القضائية والإحالة في تنازع القوانين موضوع البحث، نبين الفرق بين تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ثمّ شروط الإحالة القضائية:

تنازع القوانين أو "تنازع الاختصاص التشريعي" كما درج على تسميته، هو مفاضلة يجريها المشرع الوطني بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، وعليه فإنَّ هدف تنازع القوانين هو إسناد العلاقة القانونية ذات العنصّر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة، بمعنى تطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، لأنَّه أكثر صلة بموضوع النزاع، ويحقق العدالة بين أطراف العلاقة، ويمنع الإضرار بمصالح الأفراد[1].

أما تنازع الاختصاص القضائي الدولي، فهو بيان الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأجنبية هذه الوظيفة، فالقاضي المرفوع أمامه النزاع يتوجب عليه البت في اختصاصه في نظر النزاع المشتمل على عنصّر أجنبي، استناداً إلى نصّوص تبين الأحوال التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصّر أجنبي[2].

---

[1] عز الدين عبد الله: مرجع سابق، ص 8

[2] انظر هذه النّصّوص كما وردت بالمواد (27-29) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (2) لسنة 2001، ونصّت المادة (27) " " تختص المحاكم في فلسطين بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الفلسطيني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في فلسطين"، وانظر نصّ المادة (28) "تختص المحاكم بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في فلسطين في الأحوال التالية: 1. إذا كان له موطن مختار في فلسطين 2. إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في فلسطين أو بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو بإفلاس أشهر فيها. 3. تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي ستنفذ في فلسطين رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية."، وجاء بالمادة (29) "1. تختص المحاكم بالفصل في الدعاوى المدنية والتجارية ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصوم ولأيّتها

بناء على ما تقدم يظهر الفرق بين قواعد تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، من خلال الآتي[1]:

1. أنَّ قواعد تنازع القوانين هي قواعد إسناد وليست قواعد موضوعية، تبين القانون الذي يطبق على المسألة المعروضة أمام القاضي وليس أحكام القانون ذاته، أما قواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي قواعد موضوعية وليس قواعد إسناد، بمعنى أنّها لا تبين القانون الذي يحدد المحكمة المختصة، بل تحدد هي هذه المحكمة.
2. أنَّ قواعد تنازع القوانين هي قواعد مزدوجة، يضعها المشرع الوطني لتبين سلطان القانون الوطني والحالات التي يسمح فيها بتطبيق القانون الأجنبي في إقليم دولته، أمَّا قواعد الاختصاص القضائي الدولي فهي منفردة الجانب، بمعنى أنَّ المشرع الوطني يرسم حدود اختصاص المحاكم الوطنية، لكنَّه لا يبين حدود اختصاص المحاكم الأجنبية، لأنَّ الأخيرة لا تأتمر بأوامر مشرع آخر.

وبالعودة للإحالة القضائية، فإنَّ هذه المشكلة تظهر لدينا عندما تقام دعوى بين طرفين، متعلقة بالموضوع نفسه محلاً وسبباً، أمام محاكم دولتين، مثال ذلك أن يقيم دائن فرنسي دعوى مطالبة مالية بدين ضد فلسطيني، أمام المحاكم الفرنسية، ثم يقيم الدعوى نفسها أمام المحاكم الفلسطينية كون المدعى عليه فلسطيني الجنسية، فهل يجوز عندها للمدعى عليه الفلسطيني الدفع بالإحالة القضائية، نظراً لقيام الدعوى نفسها أمام القضاء الفرنسي، وهل تقبل المحاكم الفلسطينية بهذا الدفع وتتخلى عن النظر في الدعوى لصالح المحاكم الفرنسية؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، ينبغي تبيان الشروط التي ينبغي توافرها لقبول الدفع بالإحالة القضائية، وتتمثل في الآتي[2]:

صراحة أو ضمناً، طبقاً لقواعد الاختصاص المنصّوص عليها في هذا القانون .2. إذا اختصت المحاكم بدعوى ما فإنها تختص أيضاً بالمسائل والطلبات العارضة والأصلية المرتبطة بها .4. تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي ستنفذ في فلسطين رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية.

[1] عز الدين عبد الله، م.س، ص 610- 613

[2] المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص 337.

1. أن ترفع الدعوى نفسها أمام محكمة فلسطينية ومحكمة أجنبية، متعلقة بالأطراف أنفسهم وبالموضوع نفسه محلاً وسبباً.
2. أن تكون المحكمة الأجنبية التي رُفعت الدعوى أمامها مختصة، بمعنى عدم تمتع المحاكم الفلسطينية باختصاص حصري للبت في الدعوى، أمَّا لو كانت المحكمة الفلسطينية تتمتع باختصاص حصري، فلا مجال لقبول الدفع بالإحالة القضائية، لأنَّ الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية لن يكون قابلاً للتنفيذ في فلسطين.
3. أن ترفع الدعوى أمام القاضي الفلسطيني في وقت لاحق على رفعها أمام القاضي الأجنبي.

أمَّا بخصوص الدفع بالإحالة القضائية في القانون الفلسطيني، . فإننا نرى أنَّه يمكن قبوله إذا توافرت الشروط المبينة أعلاه، انطلاقاً من اعتبارات تجنب تعدد الإجراءات وإهدار الوقت والمال والجهد، والتخفيف من أعباء المحاكم، وتفادي صدور أحكام متناقضة في القضية الواحدة، وذلك كما اتجه القضاء المصري والفرنسي وبعض التشريعات الحديثة. [1]

وبالعودة إلى المشكلة الأساسية التي طرحناها بالبداية، بشأن التمييز بين الإحالة في تنازع القوانين والإحالة القضائية، فإننا نلاحظ أنَّ الإحالة في الحالتين تشترك بوجود العنصّر الأجنبي في العلاقة القانونية، وأنَّ أيّجاد حل للمشكلتين يدخل في إطار تحقيق التعايش المشترك بين سائر الأنظمة القانونية للدول، كما أنَّ رفض الإحالة في الحالتين قد يترتب عليه نتائج خطيرة، يتمثل في رفض تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة دولة في دولة أخرى، فعدم الأخذ بالإحالة في تنازع القوانين قد يؤدي إلى رفض تنفيذه في الدولة الواجب تطبيق قانونها استناداً إلى كونه صدر مخالفاً لقواعد الإسناد فيها، كذلك عدم الأخذ بالإحالة القضائية قد يؤدي إلى رفض تنفيذ الدولة المنظور أمامها النزاع للحكم الصادر في دولة أخرى استناداً إلى كون القضية منظورة أمام محاكمها، إذ أنَّ القاضي الأجنبي سيرفض تنفيذ الحكم الفلسطيني الذي صدر عن محكمة كان يتوجب عليها التنازل عن النظر في الدعوى كون أنَّ الاختصاص في نظر هذا النزاع ينعقد للمحكمة الأجنبية، انطلاقاً مما

[1] كالتشريع الالماني والسويسري والامريكي. راجع في هذا الشأن لمصري، محمد وليد: مرجع سابق، ص336

تقدم فإننا نرى أنَّ الحلول لمشكلة الإحالة القضائية يكون من خلال إبرام اتفاقيات بين الدول توحد فيها الاختصاص القضائي فيما بينها.[1]

ثانيا: التفويض

عندما يقوم القاضي بأعمال قاعدة الإسناد للوصول إلى حل في النزاع المعروض أمامه، فمن المحتمل أن يكون القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ليس قانوناً واحداً.[2]ويكون السبب في ذلك الأنظمة المركبة لبعض دول العالم، بمعنى أنَّه يوجد عدد من التشريعات التي تناولت ذات المسألة المعروضة وتسري أيضاً في ذات الدولة. هذا التعدد يمكن أن يكون تعدد إقليمي ويعني أن يطبق كل تشريع في ولأيّة معينة دون أخرى كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية، أو أن يكون هذا التعدد شخصي ويعني أن يطبق كل تشريع على طائفة من الأفراد دون غيرهم كما هو الحال في مصر، وفي مثل هذه الحالة كأنَّه يثور تنازع داخلي إلى جانب التنازع الدولي، مما يستوجب عليه أنَّ على القاضي تعيين القانون أو الشريعة التي تحكم النزاع أو التي يجب تطبيقها لحل مثل هذا النزاع.[3] وفي هذا الإطار يثور التساؤل حول المعيار المتبع من أجل تحديد التشريع الذي يحكم النزاع ؟

الأمر الذي يتضح من خلاله وجود جدلاً فقهياً حول تحديد القواعد التي يجب الاستعانة بها لمعرفة الشريعة التي يجب تطبيقها، هل يتمّ الرجوع لقانون القاضي أم يحسم هذا الخلاف من خلال الرجوع للقانون الواجب التطبيق التي أشارت إليها قاعدة الإسناد؟ وهذا جميعه سوف يقوم الباحث بعرضه من خلال هذا الفرع بطرق متسلسلة ومن ثم بيان موقف المشرع الوطني من ذلك وموقف التشريعات الأخرى.

---

[1] رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد سامية: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة،1994، ص476.

[2] دواس، امين: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة في ضوء احكام القضاء، دار الشروق لنشر والتوزيع: 2014، ص253.

[3] ابراهيم، إبراهيم احمد: مرجع سابق. ص347.

عند الحديث عن مسالة التفويض أو الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع لا بدَّ من بيان لموقف الفقه من هذه المسالة وطريق حل هذه الإشكالية، وبالرجوع إلى الآراء الفقهية في هذه المسألة نرى أنَّ الفقه قد انقسم إلى قسمين يتمحور الرأيّ الأول حول حل النزاع الداخلي وفقاً للقانون الأجنبي، بمعنى تحديد الشريعة الداخلية وفقا لقواعد الإسناد في الدولة الواجب تطبيق قانونها، وبذلك يتوجب على القاضي عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة متعددة الشرائع أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق في تلك الدولة وهذا الاتجاه قوبل بتأيّيد أغلب الفقه والقضاء. حيث كانت أسانيد هذا الرأيّ في أنَّ وظيفة قاعدة الإسناد تقتصر على ربط العلاقة القانونية بقانون دولة معينة ومن غير المتصور الأخذ بتلك القاعدة لتحديد الشريعة الداخلية المختصة وفقا لنظام القانوني في الدولة الأجنبية، وكذلك أيضاً أنَّ الإسناد الداخلي في دولة القانون الأجنبي ليس من اختصاص المشرع الوطني في دولة القاضي.[1]

في حين أنَّ الرأيّ الآخر ينادي بحل التنازع الداخلي وفقاً لقانون القاضي، وبذلك يكون دور القاضي لم ينته بعد عند تحديد قانون أيّ دولة هو واجب التطبيق، بل أنَّ دوره يمتد لحين الوصول إلى القواعد الموضوعية التي من شأنها الفصل في النزاع المعروض عليه، بالتالي فإنَّه من الواجب عليه أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد التي وضعها مشرعة وألا يأتمر بأمر المشرع في الدولة التي تعين تطبيق قانونها.[2]

بالإضافة إلى ما سبق إنَّه لا يمكن للقاضي البحث في قواعد الإسناد الداخلية في القانون واجب التطبيق، بالتالي فإنَّه بموجب هذا الاتجاه فإنَّ دور القاضي من خلال قاعدة الإسناد الوطنية ليس فقط الوصول إلى معرفة الدولة التي يطبق قانونها، إنَّما يستعين بقاعدة الإسناد الوطنية لتحديد الشريعة الداخلية التي يتوجب تطبيقها من بين الشرائع المتعددة.[3]

---

[1] دواس، أمين: تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة في ضوء احكام القضاء، دار الشروق لنشر والتوزيع: 2001، ص191 وما بعد.

[2] دواس، أمين: مرجع سابق،2001، ص191 وما بعد.

[3] ابراهيم، إبراهيم احمد: مرجع سابق. ص350.

لكن يثور التساؤل بأنَّ قاعدة الإسناد المقررة في قانون القاضي تكفي وحدها للوصول إلى حلّ مشكلة التنازع الداخلي؟ الإجابة على هذا السؤال تكون بالتفصيل التالي:

1. إذا كانت قاعدة الإسناد تقوم على ضابط مكاني أو إقليمي :[1]

وبالتدقيق في هذا المعيار يتضح أنَّه ينطبق على ضابط موطن الشخص أو محل إبرام العقد أو موقع المال أو محل وقوع الفعل الضار أو النافع، فمثل هذه الضوابط تكفي بذاتها للوصول إلى الشريعة الداخلية وليس فقط الوصل إلى قانون الدولة التي ينطبق قانونها.[2]ومثال ذلك: أن تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بخضوع التصرف لقانون مكان الإبرام أو محل الإبرام.

بالتالي إذا ما كانت قاعدة الإسناد تقوم على ضابط مكاني أو إقليمي، فإنَّها تكفي وحدها للوصول إلى حل في مشكلة التنازع الداخلي، ذلك لما لها من قوة الكفاية الذاتية على تحديد الشريعة الأجنبية الداخلية الواجب تطبيقها، وكذلك أيضاً كون أنَّ وظيفة قاعدة الإسناد بالأصل هو الوصول للقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، بالتالي متى أمكن التوصل إلى هذه القواعد مباشرة من خلال إعمال قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي ليس هنالك حاجة إلى الرجوع لفكرة التفويض في تحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق في القانون الأجنبي واجب التطبيق، بالإضافة إلى ما سبق أنَّ ضوابط الإسناد المكانية لها القدرة على تركيز العلاقة في داخل الوحدة التشريعية في الدولة متعددة الشرائع. ومن خلال فكرة التركيز فإنَّه يمكن للقاضي الوطني ربط العلاقة بصورة مباشرة بإحدى الشرائع الداخلية في الدولة ذات النظام المركب أو ذات الشرائع المتعددة دون الحاجة إلى الذهاب لفكرة تفويض قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية، علاوة على ذلك.[3]

---

[1] ضابط الاسناد المكاني أيّ اقتران التصرف بالمكان الذي حصل به.

[2] عبد العال، عكاشة محمد: تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2010.ص278.

[3] الهداوي، حسن: تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، دار مجدلاوي، عمان،1993، ص85. راجع أيّضا: عبد العال، عكاشة محمد: مرجع سابق. ص279.

2. إذا كان ضابط الإسناد إرادة المتعاقدين:

مفاد ذلك أنَّه إذا ما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى الاحتكام إلى قانون دولة معين واتفق صراحة أو ضمناً على إعمال ذلك القانون، وكان ضابط الإسناد مفاده إرادة المتعاقدين، فإنَّه لا حاجة إلى إعمال التفويض لأنَّ إرادة أطراف العقد تتكفل باختيار الشريعة المراد الاحتكام إليها من الشرائع المتعددة، وعلى القاضي استنتاج ذلك من عبارات العقد المبرم بينهم.[1]

أمَّا إذا اقتصرت إرادة المتعاقدين على تحديد دولة معينة وكانت هذه الدولة متعددة الشرائع، فإنَّه في هذه الحالة على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة واجبة التطبيق، وإذا تبين للقاضي عدم وجود قواعد إسناد داخلية في القانون واجب التطبيق، فإنَّه يتعين في مثل هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى الضوابط الاحتياطية التي تتضمنها قاعدة الإسناد في قانون القاضي لتحديد القانون واجب التطبيق عند تخلف الإرادة.[2]

3. إذا كان ضابط الإسناد جنسية الشخص:

في مثل هذه الحالة تثور الصعوبة، ذلك كون أنَّ ضابط الجنسية لا يكفي وحده للوصول إلى الشريعة الداخلية واجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة في الدولة ذات النظام المركب[3]، في مثل هذه الحالة نرى أنَّ البعض قال بتطبيق شريعة العاصمة دون سائر الشرائع الأخرى السارية، في حين أنَّ البعض الآخر قال بضرورة التفرقة بين إذا ما كانت الدولة المراد تطبيق قانونها دولة بسيطة أم فدرالية، فإذا ما كان نظام الدولة بسيط" دولة بسيطة" فيطبق ضابط الموطن أو ضابط محل الإقامة مكان ضابط الجنسية[4]، أمَّا إذا ما كانت فدرالية فيطبق ضابط الرعوية المحلية مكان ضابط الجنسية، ويرى البعض الآخر أنَّه في حال كان ضابط الجنسية

---

[1] عبد العال، عكاشة محمد: مرجع سابق. ص280، راجع أيّضا: إبراهيم، إبراهيم احمد: مرجع سابق، ص351.

[2] الهداوي، حسن: مرجع سابق، ص 85. راجع أيّضا: براهيم، إبراهيم احمد: مرجع سابق. ص351.

[3] عبد العال، عكاشة محمد: مرجع سابق. ص281. راجع أيّضا: الهداوي، حسن: مرجع سابق، ص84.

[4] دواس امين، مرجع سابق، ص260. يقصد بالدولة البسيطة: هي تلك الدول التي تنفرد فيها سلطة او هيئة واحده بممارسة الشؤن الداخلية والخارجية. اما الدولة الفدرالية فهي اتحاد دائم من عدة دول كانت في الأصل مستقلة. اما الرعوية المحلية أيّ رعأيّا الدولة والذين يقيمون بها. راجع في ذلك: علوان، عبد الكريم: الوسيط في القانون الدولي العام (الكتاب الأول – المبادئ العامة)، ط3، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص134.

هو ضابط الإسناد فيجب الاستعانة بقانون القاضي على اعتبار أنَّه من المستحيل التوصل إلى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق مع وجود ضابط الجنسية.[1]

وفي المفاضلة بين الاتجاهات الفقهية يرى الباحث أنَّ ما جاء به الاتجاه الفقهي الأول هو ما يطابق الغاية من القانون في إعطاء القانون الأجنبي الأحقية في تحديد الشريعة الداخلية الأكثر ملائمة لحل النزاع كون أنَّ الدول ذات النظام المركب قد وضعت شرائعها بما يتلاءم مع أديان الأشخاص أو بما يناسب أقاليمهم، بالتالي يتضح أنَّ إعطاء الدور لقواعد الإسناد الداخلية لتحديد الشريعة واجبة التطبيق هو الأفضل وأنَّ دور القاضي الوطني يقتصر على تطبيق قواعد الإسناد الوطنية فقط ومن ثم الانتقال إلى قواعد الإسناد الداخلية في قانون الدول متعددة الشرائع، وفي الحالة التي لم يحدد بها القانون الواجب التطبيق فإنَّه يتوجب على القاضي أن يضع نفسه مكان المشرع الداخلي وأن يقوم بتطبيق الشريعة الداخلية الأكثر ملاءمة للنزاع وفقاً لروح القانون .

بعد عرض رأيّ الفقه من مسألة التفويض لا بدَّ من بيان رأيّ القانون في هذه المسألة حيث أنَّه وبالرجوع إلى نصّ المادة 33 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 والتي جاء بها" إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإنَّ قانون تلك الدولة هو الذي يقرر أيّة شريعة منها يجب تطبيقه" [2]ومن خلال دراسة هذا النّصّ فإنَّه يتضح لنا أنَّ هذه النّصّوص قد أخذت بالتفويض واتجهت بنفس اتجاه الرأيّ الأول من الفقه والقائل بالأخذ بالتفويض.

لكن يؤخذ على هذا النص المذكور، أنَّه من الممكن أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق والذي يحتوي على الشرائع المتعددة لا يوجد فيه قواعد خاصه بالتنازع الداخلي، بالتالي إذا لم يوجد في النظام القانوني واجب التطبيق قواعد إسناد داخلية بهذه الحالة يجب على القاضي أن يضع نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقوم باختيار الشريعة الداخلية وفقاً لروح القانون.[3]

---

[1] ابراهيم، إبراهيم احمد: مرجع سابق. ص352.

[2] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 والتي يطابقها نصّ المادة 33 من القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في غزة، وكذلك أيّضا نصّ المادة 27 من القانون المدني الأردني، بالإضافة الى نصّ المادة 26 من القانون المدني المصري،

[3] صادق، هشام علي: تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3: منشأة المعارف الإسكندرية.1974، ص233.

لذلك حاول الفقه أيّجاد حل لهذه المسألة فجاء القول أنَّه في الحالة التي يكون فيها تعدد شخصي يكون حل هذه المسألة مستمد من الدين عادة أو من الجنس في بعض الأحيان، أما إذا كان التعدد إقليمي فلا يوجد مشكلة أيضاً عندما يكون ضابط الإسناد ضابطاً مكانياً لما لهذه الضوابط من قدرة الكفاية الذاتية على تعين الشريعة الداخلية واجبة التطبيق. كذلك أيضاً الحالة إذا ما كان ضابط الإسناد من ضوابط الإرادة، فإنَّ القاضي في مثل هذه الحالة يطبق الشريعة الداخلية التي اختارها الطرفان صراحة أو ضمناً.[1]أمّا إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية، يستبدل هذا الضابط بضابط الرعوية متى كان ذلك ممكناً، وإذا لم يكن ممكنا فيطبق الشريعة الداخلية الأكثر صلة بموضوع النزاع.[2]

وبعد عرض مسألة التفويض ومن خلال ما تقدم يمكن التفرقة ما بين الإحالة والتفويض من خلال القول أنَّ في مسالة الإحالة يتخلى قانون الدولة عن الاختصاص لنفسه ويعطي هذا الاختصاص لقانون دولة أخرى حسب قاعدة الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولي، أمَّا التفويض فالقانون لا يتخلى عن الاختصاص، وإنَّما يعين من بين الشرائع الداخلية شريعة واجبة التطبيق بموجب قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلي من بين القوانين[3]، بمعنى أنَّ هذا القانون يربط الاختصاص في شريعة محددة من بين الشرائع الداخلية المتعددة ذلك بموجب قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون.[4]

المطلب الثاني: صور الإحالة وشروطها

بعد أن قام الباحث ببيان مفهوم الإحالة في المطلب الأول من هذا المبحث، يقوم الباحث من خلال هذا المطلب بتوضيح صور الإحالة في الفرع الأول، ومن ثم الانتقال لتوضيح الشروط الواجب توافرها للأخذ بالإحالة في الفرع الثاني، حيث أنَّه يستلزم عدة من الشروط يجب أخذها بعين الاعتبار.

---

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق. ص235.

[2] التكروري، عثمان: الوجيز في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي)، المكتبة الأكاديمية: 2017، ص50.

[3] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول. ص54.

[4] الكسواني، عامر محمد: تنازع القوانين، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان – الأردن،2010، ص129.

الفرع الأول: صور الإحالة

يتطرق الباحث في هذا الفرع إلى صور الإحالة بنوع من التفصيل، حيث أنَّ الإحالة يمكن أن تكون من بسيطة أو إحالة من الدرجة الثانية أو إحالة طويلة أو إحالة دائرية وفيما يلي شرح كافي لكل صورة من هذه الصور على النحو التالي:

أولاً: الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة

هذا النوع من الإحالة تتخلى فيه قاعدة الإسناد في قانون الدولة الأجنبية التي انعقد لها الاختصاص، وتعيده إلى قانون القاضي[1]، بمعنى آخر أن يرفض القانون المختص الاختصاص لنفسة ويحيله إلى قانون القاضي، من أجل حل المسالة المعروضة أيّ مسالة النزاع من خلال تطبيق قانون القاضي[2]، وقد سمّاها البعض وأطلق عليها اسم الإحالة الحقيقية.[3]

لتوضيح ذلك نعطي المثال التالي، كما لو طرح على القاضي الفلسطيني نزاع ما بين فلسطيني وإنجليزي وكان هذا النزاع يتعلق بالأهليّة وكان هذا الإنجليزي متوطن في فلسطين، وقاعدة الإسناد الفلسطينية عقدت الاختصاص في مثل هذه إحالة للقانون الإنجليزي بوصفة قانون جنسية الشخص، وبعد الذهاب للقانون الإنجليزي وأخذ هذا القانون جملة واحده ويعني ذلك البحث في قواعد الإسناد في ذلك القانون، نجد أنَّ هذه القواعد تشير إلى رد الاختصاص إلى القانون الفلسطيني على اعتبار أنَّه قانون موطنه الفعلي، أيّ الموطن الذي يقيم فيه حالياً.[4]

فالإحالة البسيطة تنتج عن اختلاف قواعد الإسناد في قانون دولتين حول موضوع واحد، وهذا النوع من الإحالة الأكثر شيوعا في التطبيق العملي.[5]

---

[1] عبد العال، عكاشة: تنازع القوانين دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002، ص152.

[2] الداودي، غالب علي: القانون الدولي الخاص تنازع القوانين (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الاحكام الأجنبية دراسة مقارنة)، ط1: دار الثقافة لنشر والتوزيع .2011، ص137.

[3] عبد الله، عز الدين: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط9: الهيئة المصرية العامة للكتاب .1986، ص144.

[4] الكردي، جمال محمود: محاضرات في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة للقانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية)، ط1 ،1995\1996.ص172.

[5] الداودي، غالب علي: القانون الدولي الخاص الأردني – الكتاب الأول – دراسة مقارنة، ط1 .1996، ص111.

ثانيا: الإحالة ذات الدرجة الثانية

يتحقق هذا النوع من الإحالة إذا كانت قاعدة الإسناد الأجنبية تشير إلى تطبيق قانون دولة ثالثة، بمثل هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون أيّ القانون الأجنبي، فإذا ما اعترفت هذه القاعدة لقانونها بالاختصاص فإنَّه يترتب على القاضي الوطني أن يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية فيه.[1]وفي هذا المعنى أن لا يحيل القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص إلى قانون القاضي نفسه وإنَّما يقوم بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة.[2]

ومن الأمثلة على هذا النوع من الإحالة، في حال توفى تركي الجنسية متوطن في ألمانياً وترك بيتاً في سويسرا، ورفع نزاع بشأنها إلى محكمة ألمانيا، فإنَّ القاضي الألماني سوف يقرر الاختصاص في هذه المسالة للقانون التركي، على اعتبار خضوع التركة غير المنقولة في القانون الألماني لقانون المتوفي، والقانون التركي هو ذلك القانون، وعند الذهاب للقانون التركي نجد أنَّه يرفض الاختصاص لنفسة ويحيل النزاع إلى القانون السويسري على اعتباره قانون موقع المال غير المنقول.[3]

ثالثا: الإحالة الطويلة

يكون هذا النوع من الإحالة عندما يحيل القانون المعين الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، كما هو الحال في الإحالة من الدرجة الثانية، ولكنَّ الأمر لا يتوقف هنا فقط، حيث أنَّ قانون الدول الثالثة يحيل الاختصاص إلى قانون دولة رابعة، وهذا بدوره يحيل الاختصاص إلى قانون دولة خامسة... وهكذا، لكن في واقع الحال هذا النوع من الإحالة نادر الوقوع، ذلك كون أن ضوابط الإسناد عادة ما تكون مختلفة بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية، وكذلك أيضاً فإنَّ ضوابط الإسناد محدودة، الأمر الذي يترتب عليه عدم وقوع الإحالة الطويلة ذلك لسبب بسيط متمثل بأنَّ أحد ضوابط الإسناد سوف يعقد الاختصاص لقانون معين لحكم المسألة.[4]

---

[1] شوقي، بدر الدين عبد المنعم: مرجع سابق، ص263.

[2] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص139.

[3] لداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص113.

[4] المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار ومكتبة الحامد لنشر والتوزيع، ط1، 2002، ص97.

ومثال ذلك نزاع عرض على القاضي الفلسطيني بشأن تحديد أهلية بريطاني مقيم في الولايات المتحدة الأمريكية بخصوص تصرفات واردة على عقار في الأردن وهذا النزاع أثير في فلسطين، فنلاحظ هنا أنَّ قاعدة الإسناد الفلسطينية تشير إلى تطبيق قانون الجنسية أيّ القانون البريطاني، وعند الذهاب إلى القانون البريطاني نرى أنَّ قاعدة الإسناد فيه تحيل الاختصاص إلى قانون الموطن أيّ قانون الولايات المتحدة الذي بدوره يحيل إلى قانون موقع المال وهو القانون الأردني.

رابعاً: الإحالة الدائرية

يدخل هذا النوع من الإحالة في مفهوم الإحالة الطويلة التي سبق توضيحها، وهذا النوع من الإحالة يتمثل في أن يحيل القانون الأجنبي المعين الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، إلى أنَّ قانون الدولة الثالثة يحيل الاختصاص إمّا إلى قانون القاضي أو إلى القانون الأجنبي الذي تمَّ تعينه ابتداء بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطني.[1]

ومثال ذلك نفس النزاع المعروض في الإحالة الطويلة مع قيام القانون الأخير أيّ القانون الأردني بعقد الاختصاص مرة ثانية إلى قانون الجنسية أيّ القانون البريطاني.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإحالة

بعد أنَّ قام الباحث بعرض صور الإحالة، فإنَّه سوف ينتقل من خلال هذا الفرع لتوضيح الشروط التي يستلزم وجودها للأخذ بالإحالة، بالتالي فإنَّ نظرية الإحالة لا يمكن تطبيقها إلا بتوفر شروط معينة وهي:

أولاً: أن يكون القانون الواجب التطبيق بناء على قاعدة الإسناد هو القانون الأجنبي[2]، أما لو كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي فلا تثور مشكلة الإحالة.[3]بالتالي عندما يقوم القاضي الوطني بتطبيق قواعد الإسناد في قانونه وهذه القواعد ذات صله بالنزاع الذي يتخلله عنصّر أجنبي،

---

[1] دواس، امين: مرجع سابق، ص243.

[2] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص165. راجع في هذا الشأن أيّضا الصانوري، مهند احمد: مرجع سابق ص92.

[3] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص142.

يجب أن يكون القانون واجب التطبيق هو قانوناً أجنبياً كما هو الحال في قضية فورجو، حيث أشارت قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق القانون البافاري. بمفهوم المخالفة لو كان القانون واجب التطبيق هو قانون القاضي فلا تثور مشكلة الإحالة على الإطلاق، ومثال ذلك نزاع بين أردني وسوري متعلق بعقار موجود في الأردن حول تنفيذ عقد البيع الوارد على ذلك العقار، عرض هذا النزاع على القاضي الأردني فقرر تطبيق القانون الأردني استناداً لنصّ المادة (2\20) حيث تنصّ على ".... قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار"، بمثل هذه الحالة لا يمكن أن تظهر مشكلة الإحالة.[1]

ثانياً: يجب أن يكون الإسناد إلى القانون الأجنبي بشكل إجمالي[2]، بمعنى أن يتم النظر إلى القانون الأجنبي بشكل كامل، بما يحتوي عليه القانون الأجنبي من قواعد إسناد وقواعد موضوعية؛ لأنَّ القول بغير ذلك من خلال الذهاب للقواعد الموضوعية يعني إعطاء حل مباشر لنزاع، في الوقت الذي يمكن أن تكون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تعقد الاختصاص في حلّ النزاع المعروض إلى قانون دولة أخرى أو إلى قانون دولة القاضي نفسه.

ثالثاً: يجب أن تكون ضوابط الإسناد في قانون القاضي غير متجانسة مع ضوابط الإسناد في القانون واجب التطبيق[3]، هذا الاختلاف يمكن أن يأخذ أحد الصور التالية:

1. اختلاف ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية، عن ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الأجنبية. مثال ذلك: ضابط الإسناد المتعلق بالأهليَّة في القانون الفرنسي هو الجنسية، في حين أنَّ ضابط الإسناد المتعلق بالأهليَّة في القانون الإنجليزي هو الموطن. بناء عليه لو ثار نزاع حول أهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فإنَّه بناء على قاعدة الإسناد الفرنسية فإنَّ القانون الإنجليزي هو واجب التطبيق، وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي نرى أنَّها

[1] دواس، امين: مرجع سابق، ص238.

[2] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق ص143.نصّت العديد من التشريعات صراحه على عدم الاخذ بالإحالة، كما التشريع الاردني فجاء في المادة 28 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 " إذا تقرر ان قانون اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص166.

تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي وبناء علية تثور مشكلة الإحالة.[1]وبمفهوم المخالفة لو كان هنالك تماثل في ضابط الإسناد بين القانون الوطني والقانون الأجنبي فلا مجال لتطبيق نظرية الإحالة[2]، ومثال ذلك لو ثار نزاع بشان أهلية فرنسي متوطن في الأردن، نرى أنَّ ضابط الإسناد المتعلق بالأهليَّة في كلا القانونين هو الجنسية، وعند قيام قاعدة الإسناد الأردنية بالإشارة إلى تطبيق القانون الفرنسي كونه قانون الجنسية سوف نرى أنَّ ذات القانون يقول أنَّ ضابط الإسناد أيضاً هو الجنسية فلا وجود لمشكلة الإحالة.[3]

2. اختلاف مفهوم ضابط الإسناد الذي تتبناه كل من قاعدة الإسناد في قانون القاضي وقاعدة الإسناد الأجنبية، على الرغم من أنَّ ضابط الإسناد في كلاهما واحد.[4]فتلاحظ مثلا أن مفهوم الموطن في النظام الانجلوسكسوني يعني الموطن الأصلي، ويقترب بذلك من مفهوم الجنسية في النظام اللاتيني، في حين أنَّ مفهوم الموطن في النظام اللاتيني يعني الموطن الفعلي أو الواقعي لشخص أيّ الذي يقيم فيه الشخص عادة. فنلاحظ أنَّ محكمة النقض الفرنسية في قضية فورجو قالت أنَّ الموطن حسب القانون الفرنسي هو ذلك الموطن الذي يؤذن لشخص الإقامة به[5]، أمَّا الموطن حسب القانون البافاري هو الموطن الفعلي سواء كان ذلك بإذن أو بدون إذن. [6]

3. يمكن أن يكون ضابط في قاعدة الإسناد الوطنية والأجنبية واحد ويحمل المفهوم نفسه، إلى أنَّ تكيف المسألة ما بين القانونين يختلف، بمثل هذه الحالة تظهر مشكلة الإحالة أيضاً.[7]

---

[1] دواس، أمين: مرجع سابق، ص239.

[2] الصانوري، مهند احمد: مرجع سابق، ص93.

[3] التكروري، عثمان: مرجع سابق، ص45.

[4] التكروري، عثمان: مرجع سابق، ص45.

[5] المصري، محمد وليد: مرجع سابق، 2002، ص98.

[6] دواس، أمين: مرجع سابق، ص239.

[7] دواس، أمين: مرجع سابق، ص239.

المبحث الثاني: موقف التشريع والفقه من الإحالة

بعد أن انتهى الباحث من توضيح مفهوم الإحالة وعرضها على شكل من التفصيل، فإنَّه لا بدّ من بيان موقف الفقه من هذه المسألة بمعنى آخر هل أنَّ الفقهاء قد أجمعوا على الأخذ بنظرية الإحالة بشكل مطلق أم رفضوها بشكل قطعي، أم أنَّ هنالك من أخذ بنظرية الإحالة وهنالك من رفضها ولم يأخذ بها، هذا كله يعرضه الباحث من خلال المطلب الأول من هذا المبحث، ومن ثمَّ ينتقل الباحث من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث لبيان رأيّ التشريع الوطني والمقارن من مسألة الإحالة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الحاجة لوجود الإحالة "مؤيدين الإحالة"

ثار الجدل بين الفقه بشأن مسألة الإحالة لكونها أحد النقاط التي طال النقاش بها، وانقسم الفقه إلى شقين منهم مؤيد لمسألة الأخذ بالإحالة والقسم الآخر معارض لمسألة الأخذ بالإحالة، حيث رأى المؤيدون لمسألة الإحالة أنَّ بها وسيلة للتنسيق بين قواعد التنازع ، بالإضافة لكونها وسيلة فنية لمعالجة الآثار السيئة التي تترتب على تباين قواعد التنازع المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية[1]، أيّ بمعنى أنَّ للإحالة حاجة عملية لتحقيق العدالة.

في الجانب الآخر هنالك رأيّ المعارضين لمسألة الإحالة(خصوم الإحالة) على اعتبار أنَّها مسألة معقدة من شأنها أن تزيد حجم التعقيد في نظرية التنازع بمعنى أنَّ الإحالة إشكالية قانونية تؤدي إلى عدم تحقيق العدالة[2]، ومن أجل بيان جميع ما سبق يقوم الباحث بتفصيل الآراء الفقهية على فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الإحالة حاجة عملية لتحقيق العدالة

من خلال هذا الفرع يقوم الباحث بعرض الرأيّ الفقهي المؤيد فكرة الأخذ بالإحالة، حيث يرى أنصّار هذا الرأيّ أنَّه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون دولة أجنبية فإنَّه يتوجب على القاضي أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد في ذلك القانون، وكأنَّ المبررات التي يرتكز عليها أصحاب هذا الرأيّ على النحو التالي:

---

[1] عكاشة، عبد العال: مرجع سابق. ص 157. راجع في هذا الإطار الكسواني، عامر محمد: مرجع سابق، ص123.

[2] رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، ساميه: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص108. راجع في هذا الإطار كصير، محمد خيري: مرجع سابق، ص181.

أولاَ: القواعد القانونية في قوانين كل الدول تشكل وحدة واحدة لا يمكن تجزئتها

في الواقع النظام القانوني لكلّ البلاد شكل كلاً واحداً، ومن غير المتصور أن يقوم قانون أجنبي بإجراء تميز بين قواعد هذا النظام، وكذلك أيضاً ولكون أنَّ القانون الداخلي لهذا النظام لا يتمُّ تطبيقه إلا بناء على أمر صادر عن قواعد التنازع الذاتية وليس عن قاعدة أجنبية،[1]بالإضافة إلى ما سبق إنَّه بغير الإسناد الإجمالي يتمّ تعطيل إرادة المشرع في الدولة الأجنبية الواجب تطبيق قانونها، فالمشرع في هذه الدولة وعندما قام بوضع قواعد الإسناد قد قام بتحديد الحالات التي يطبق بها القانون الأجنبي، وبناء عليه فإنَّ قيام القاضي الوطني بالذهاب إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وعدم النظر لقواعد الإسناد يعني تدخله بأحد وظائف المشرع الأجنبي الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على السيادة التشريعية للدولة الأجنبية الواجب تطبيق قانونها.[2]

ثانيا: التنسيق بين النظم القانونية المختلفة، وتحقيق التعايش المشترك فيما بينها

حيث يرى الأستاذ Batiffol أنَّ مسألة الإحالة تنطلق من فكرة التنسيق المشترك بين النظم القانونية المختلفة، ذلك لكون أنَّ العالقة ذات العنصّر الأجنبي المنظمة في القانون الدولي الخاص تقبل أن يطبق عليها قانون أكثر من دولة، وعليه لا يجوز تحديد القانون الواجب التطبيق سنداً لقواعد الإسناد الوطنية وحدها بل إنَّه لا بدَّ من الأخذ بقواعد الإسناد في القانون المعين.[3]

ثالثا: الأخذ بنظرية الإحالة من شأنه أن يوحد الحلول في الدول التي تتصل بها العلاقة الخاصة ذات العنصّر الأجنبي محل النزاع

يتمثل ذلك في إعطاء قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص في النزاع ذات العنصّر الأجنبي لقانون أجنبي معين ويعيد هذا القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي من جديد لاعتبارات معينة، فيتوجب على القاضي الوطني تطبيق قانونه الوطني على اعتبار أنَّ القانون

---

[1] اسعاد، موحند: القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.ص201.

[2] دواس، امين: مرجع سابق، ص243 بالإضافة الى ذلك " يرى أنصّار الإحالة ان الاخذ بالإسناد الموضوعي يعني تحوير القانون الأجنبي المعين وتغيير طبيعته، وان يطبق القاضي قانونا اخر غير الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في قانونه الوطني".

[3] دواس، امين: مرجع سابق: ص244.

الأجنبي أحال عليه حل النزاع؛ لأنَّه بغير ذلك أيّ بمعنى أن يقوم القاضي الوطني بتطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي دون مراعاة ما أمرت به قواعد الإسناد في ذلك القانون، فإنَّ حكم القاضي الوطني في المسألة المعروضة لا يحوز قوة نفاذ قانونية إلا داخل حدود دولته، على اعتبار أنَّ قرار القاضي الصادر في النزاع يعتبر حكما مخالفا لما تقضي به قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية، بمفهوم المخالفة فإنَّ قرار القاضي الوطني عندما يكون موافقا لما أمر به القانون الأجنبي هذا من شأنه أن يحقق الوحدة القانونية في الحلول بين الدول.[1]

رابعا: ضمان تنفيذ الحكم الأجنبي

هذا البند مرتبط ارتباط وثيق بالبند السابق أو بالحجة السابقة، على اعتبار أنَّ مسألة الإحالة تؤدي إلى تأمين تنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة التي تمَّ الإسناد إلى قانونها إسناداً إجمالياً، وبمفهوم المخالفة أنَّه من الممكن أن لا يتمَّ تنفيذ القرار الصادر على أساس أنَّ القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في الدولة التي تمَّ تطبيق قانونها ليس صاحب الاختصاص في حلَّ النزاع وفقا لقواعد الإسناد في ذلك القانون.[2]

خامساً: أنَّ الأخذ بالإحالة على درجة واحده يؤدي إلى تحقيق مراد القاضي في تطبيق قانونه الوطني، على اعتبار أنَّه على دراية كامله به وبتطبيقه بالمقارنة بتطبيق قانون أجنبي.[3]

---

[1] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص141. مثال ذلك" تخضع الاهلية في قواعد الاسناد الفرنسية لقانون الجنسية، وفي قواعد الاسناد الإنكليزية تخضع لقانون الموطن. فاذا رفع نزاع متعلق بأهلية إنكليزي متوطن في فرنسا الى محكمة فرنسية عندها تقرر المحكمة تطبيق القانون الإنجليزي لحل النزاع لكن عند الذهاب للقانون الإنكليزي نرى انه لا يقبل الاختصاص لنفسه ويعيد حل النزاع الى القانون الفرنسي على اعتبار انه قانون الموطن، فاذا قبل القاضي الفرنسي هذه الإحالة قام بتطبيق القانون الفرنسي وهو نفس القانون الذي كانت المحكمة الإنكليزية سوف تقوم بتطبيقه لو رفع اليها النزاع ابتدائا وبالنتيجة يكون الحكم واحداً"

[2] دواس، امين: مرجع سابق: ص243.

[3] دواس، امين: مرجع سابق: ص244.

الفرع الثاني: الإحالة إشكالية قانونية تؤدي إلى عدم تحقيق العدالة "خصوم الإحالة"

من خلال هذا الفرع يقوم الباحث بعرض الرأيّ الفقهي المعارض لفكرة الإحالة (خصوم الإحالة)، حيث يرى أنصّار هذا الرأيّ أنَّه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنَّه يتوجب ابتداء الذهاب إلى تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون على اعتبار أنَّ الإسناد موضوعي وليس إجمالي[1]، ويرتكز أصحاب هذا الرأيّ على مجموعة أسانيد أبرزها:

اولاَ: تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي مرده إرادة المشرع الوطني، وليس المشرع الأجنبي

ذلك لأنَّ الدور الأساسي لقاعدة التنازع في قانون القاضي هو تحديد القانون المختص لحكم النزاع وهذا يعني تحديد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، فعندما يتحدد القانون الأجنبي واجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي فليس هنالك حاجة للرجوع إلى قواعد الإسناد في ذلك القانون (أيّ القانون الأجنبي)، وعليه فإنَّه يستوجب على القاضي وتنفيذا لأراده المشرع في دولته أن يذهب مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي؛ لأنَّه بغير ذلك ولو افترضنا تطبيق القانون الأجنبي الذي أشار إليه قواعد الإسناد الوطنية فإنَّ ذلك يعني احترام إرادة المشرع الأجنبي وإهدار إرادة المشرع الوطني.[2]

ثانياَ: الاعتبارات السيادية، أيّ مبدأ السيادة بين الدول

حيث يرى معارضون الإحالة بأنَّ الأخذ بها من شأنه أن يمس بسيادة الدولة، على اعتبار أنَّ المشرع عند وضعة لقواعد الإسناد فإنَّه بهذا الدور يقوم برسم حدود سيادة القانون، وعليه فإنَّ القيام بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يعني المساس بقواعد السيادة في دولة القاضي.[3]

---

[1] يقصد بالإسناد الموضوعي قيام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الاسناد فيه، اما الاسناد الاجمالي فهو قيام القاضي بالبدء بتطبيق قواعد الاسناد في القانون الاجنبي الواجب التطبيق. راجع بهذا الشأن رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، ساميه: مرجع سابق، ص108 وص110.

[2] عكاشة، عبد العال: مرجع سابق. ص 185.

[3] فضلي، احمد: الموجز في القانون الدولي الخاص– تنازع القوانين، دار قنديل للنشر والتوزيع. عمان – الأردن ،2004، ص69.

ثالثاَ: هنالك إجحاف بحق المتقاضين

ذلك من خلال تطبيق قواعد قانونية لا يخضعون لها، أو تطبيق نظام قانوني غير معروف قانونهم الشخصي الواجب التطبيق، ومثال ذلك: الحجر بسبب السفه على إنكليزي متوطن في الأردن، فإذا ما أخذ القاضي الأردني بالإحالة سوف يقوم بتطبيق قرار الحجر، أمَّا لو لم يقم القاضي الأردني بالأخذ بالإحالة وذهب مباشرة للقواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، فإنَّه سيرفض تطبيق الحجر على اعتبار أنَّ القانون الإنكليزي لا يعرف نظام الحجر بسبب السفه.[1]

رابعاً: الإحالة لا تؤدي إلى توحيد الحلول

ذلك لأنَّ القول بأنَّ الإحالة تؤدي إلى توحيد الحلو، لا يمكن تصوره إلا عندما تكون دولة تقرر الأخذ بالإحالة وأخرى ترفض الأخذ بها،[2]بالإضافة إلى ما سبق فإنَّ القول بأنَّ الأخذ بالإحالة من شأنه جعل القرار الصادر في النزاع متفقا مع ما سوف تذهب إليه المحكمة الأجنبية مردوداً أيضاً، بل بالعكس من ذلك فقد يؤدي الأخذ بالإحالة إلى اختلاف الحلول والأحكام وينتج أموراً يختلف بعضها عن بعض.[3]

خامساَ: الإحالة لا تسهل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة بين محاكم الدول الأجنبية

وتعليلهم لذلك بأنَّه لا يمكن معرفة البلاد التي يجب تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وفي حال معرفته من الممكن رد تنفيذ هذه الأحكام بناءً على اعتبارات أهمها اصطدامها بفكرة السيادة أو مخالفتها للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم بها.[4]

---

[1] عبد الرحمن، جابر جاد: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص630.

[2] دواس، امين: مرجع سابق، ص244. ومثال ذلك" عندما يقوم صديق بدعوة صديق اخر لشرب الشاي في المقهى على حسابة ثم يصر الصديق على دفع الحساب، فلا يوجد حل في هذه الحالة للخروج من هذه المعضلة الا بتنازل أحدهم للآخر"

[3] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص144 مثال ذلك" ما حصل في قضية فورجو عنما حكم القاضي الفرنسي بالرجوع الى قانون الميراث الفرنسي وفقا لما اشارت اليه قاعدة الاسناد البافاريه، بينما لو عرض نفس النزاع على محكمة بافاريا كان بإمكان القاضي البافاري العمل بموجب القانون البافاري في القضية نفسها بموجب قاعدة الاسناد في القانون الفرنسي"

[4] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص144.

سادساً: لا يمكن تبرير فكرة الإحالة من خلال فكرة المجاملة الدولية

ذلك على اعتبار أنَّ اختصاص قانون أجنبي بموجب قاعدة إسناد لا يتمَّ على سبيل المجاملة، ذلك لكون أنَّ فكرة المجاملة قد هجرت ولم تعد مقبولة، واعتماد هذه الفكرة كأساس لحل التنازع بين القوانين يتنافى مع الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، لكونها قاعدة قانونية وجددت لتحقيق سياسه تشريعية باختيار أكثر القوانين ملاءمة لتحقيق مقتضيات العدالة.[1]

سابعاً: نظرية الإحالة تؤدي إلى حلقة مفرغة

تتمثل هذه الحالة في الإحالة الدائرية، ذلك عندما تتابع الإحالات وتتوالى إلى مالا نهاية، بحيث أنَّه يتوجب علينا أن نبدأ بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي وهذا يعني الرجوع إلى القانون الأجنبي في جملته هذا الأمر الذي من المحتمل معه أن يشير هذا القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون آخر الأمر الذي يترتب معه الوقوع في الحلقة المفرغة، التي ليس لها مخرج مما يترتب عليها جعل أطراف العلاقة فاقدين للأمان القانوني وعدم احترام توقعاتهم.[2]

يرى الباحث من خلال ما تقدم أنَّه لا يمكن القول بالأخذ بالإحالة على الإطلاق ولا يمكن الابتعاد عنها بشكل كامل، ذلك لأنَّه وفي بعض الفروض فإنَّ تطبيق الإحالة يؤدي إلى تحقيق العدالة، ومما يمكن قوله أيضاً أنَّه وفي حالات معينة يوجد إرهاق للقاضي المعروض عليه النزاع من تطبيق الإحالة، لذلك يرى الباحث ومن خلال الآراء الفقهية المعروضة سابقا أنَّه لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها سواء كان ذلك برأيّ المؤيدين أو برأيّ الآخر المعارضين، هذا كله سوف يقوم الباحث في بيانه في الجزء الآخر من هذا البحث والمتمثل في الفصل الثاني.

المطلب الثاني: موقف التشريع الوطني والمقارن من مسألة الإحالة

سبق وأن بيَّن الباحث موقف الفقه من مسألة الإحالة وكما هو واضح أنَّ هنالك من الفقه من رفض الإحالة ومنهم أيضاً من قبل بها، وكذلك أيضاً بالنسبة للقوانين الوضعية حيث أنَّ هنالك دول

[1] عكاشة، عبد العال: مرجع سابق. ص159.

[2] رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، ساميه: مرجع سابق ص111.

ترفض الإحالة وأخرى تأخذ بها وتجيزها، ومنها أيضاً ما يجزها دون قيد أو شرط ومنها ما يجيزها بشروط معينة، وهنالك أخرى لم تأخذ موقفاً واضحاً من مسألة الإحالة، ومن خلال هذا المطلب سوف يقوم الباحث بعرض موقف التشريع النافذ والمقارن من الإحالة على فرعين يتناول الفرع الأول في طياته القوانين الرافضة لمسألة الإحالة ويتناول الفرع الثاني القوانين القابلة لمسألة الإحالة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: القوانين الرافضة للإحالة

بالرجوع إلى نصّ المادة (34) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 والتي تنصّ على" إذا تقرر أنَّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". وكذلك أيضاً نصّ المادة (28) من القانون المدني الأردني والتي جاء بها " إذا تقرر أنَّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص."[1] وكذلك أيضاً نصّ المادة (27) من القانون المدني المصري والتي جاء بها " إذا تقرر أنَّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[2]

ويلاحظ الباحث من هذه النّصّوص أنَّها قد رفضت الأخذ بالإحالة بشكل واضح وصريح وهذا الرفض يشمل الإحالة بشكل مطلق سواء كانت الإحالة من الدرجة الأولى أم أنَّها إحالة من الدرجة الثانية أم غير ذلك، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني في تبرير المادة السابقة" أنَّه يرجع ذلك إلى أنَّ قواعد الإسناد تراعي اعتبارات خاصة حين تعقد الاختصاص التشريعي لقانون معين، وفي قبول الإحالة تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة ما يقرره القانون الذي تحدده قواعد الإسناد من أحكام"[3]

---

[1] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

[2] القانون المدني المصري رقم131 ل سنة1948.

[3] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع. ص40.

ويلاحظ أيضاً مما سبق أنَّ جميع النّصّوص القانونية متطابقة، ويتضح أنَّ المشروع الفلسطيني نقل عن القانون المدني الأردني وكذلك أيضاً الأخير قد نقل عن القانون المدني المصري وكذلك أيضاً بنسبة لتبرير الأمر الذي يتضح معه قناعة المشرع الفلسطيني والمشرع الأردني بما جاء به التشريع المصري، ويلاحظ على النّصّوص السابقة أنَّ صيغتها لم تكن دقيقة بالشكل المطلوب حيث أنَّ تعبير " أحكامه الداخلية " ليس شرطاً أن يكون المقصود به القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد وإن كان هو المقصود فعلاً، حيث أنَّ القواعد الداخلية في القانون الأجنبي تشمل القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد إلى أنَّه يمكن أن يكون مصدرها وطني أو الاتفاقيات الدولية، وكما ويلاحظ أيضاً على تعبير" دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص " أنَّه من الممكن الاستغناء عنه بتعبير " دون قواعد الإسناد " على اعتبار أنَّ قواعد التنازع هي أحد موضوعات القانون الدولي الخاص.[1]

ومن الدول التي لم تتخذ موقفا صريحا من فكرة الإحالة، ولم تنصّ عليها في تشريعاتها بنصّ واضح متعلق بفكرة الإحالة على سبيل المثال التشريع اللبناني، حيث جاء التشريع اللبناني خاليا من أيّ نصّ قانوني متصل بمسألة الإحالة وهذا يغدو واضحاً من خلال القضية التي أثيرت أمام محكمة التمييز اللبنانية والتي موضوعها إرث لعقار مملوك لفرنسية توفيت وتركت عقاراً مملوكاً لها في لبنان، حيث نجد أنَّ القانون اللبناني قد جاء به " أن تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو الوصية تخضع لأحكام قوانين بلاده"[2] الأمر الذي يترتب عليه جعل القانون المختص بحكم المسألة هو القانون الفرنسي الذي نصّ صراحة في قواعد الإسناد على أنَّ الاختصاص في هذه المسألة يكون لقانون موقع العقار إلا أننا نجد أنَّ محكمة التمييز اللبنانية قضت بأنَّه " طالما أنَّ القانون اللبناني يتبنى قانون دولة المتوفى فيقتضي تطبيق القانون المادي لهذه الدولة، دون الالتفات لقانون موقع العقارات الذي يرد إليه"[3]

---

[1] دواس، أمين: مرجع سابق. ص248.

[2] راجع في هذا الشأن نصّ المادة 231 من قرار المفوض السامي رقم 3339 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 2479. http://www.legallaw.ul.edu.lb/LawView.aspx?opt=view&LawID=177709 تمت الزيارة بتاريخ 2021/2/10 الساعة 4.

[3] البستاني، سعيد يوسف: القانون الدولي الخاص (تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2004.ص174. وكون ان المشرع اللبناني قد اكتفى بهذا النّصّ وقال ان قانون المتوفي يجب ان يطبق على تركته مهما كان نوع املاكه التي كانت في حوزته قبل وفاته والدولة الموجودة بها هذه الاملاك، وبما ان نصّ

أمَّا المشرع التونسي فقد نصّ في المادة 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على رفض الإحالة ابتداء[1]، حيث نرى أنَّ المشرع التونسي قد نهج منهج التشريعات العربية الأخرى فرفض تطبيق الإحالة بين الأنظمة القانونية، مبرراً ذلك بأنَّ الإحالة لا تقع إلا بين أنظمة قانونية متجانسة الحضارة والثقافة، أمَّا الحالة التي تكون فيها الحضارة مختلفة والثقافة كذلك، هنا لا يمكن الأخذ بالإحالة، ويرى هذا الجانب أنَّ هنالك صراعاَ حضارياَ ما بين القانون التونسي المتمثل في تطبيق التشريع الإسلامي، وبين الأنظمة الغربية المتمثلة في تطبيق القانون الروماني المتأصلة من الدين المسيحي.[2]

ونجد في الاتفاقية الموقعة بين المغرب وفرنسا والمتعلقة في حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي لعام 1981 حيث جاء في الفصل الثالث من الاتفاقية المذكورة آنفا" يقصد بالإحالة على قانون إحدى الدولتين قانونها الداخلي باستثناء "مجموعة من القواعد الدولية متعلقة بتنازع القوانين" قد تكون سارية المفعول بهذه الدولة"[3]حيث يرى الباحث ومن خلال النّصّ السابق أنَّ إرادة المشرعين ذهبت لرفض الإحالة بشكل قطعي حيث ومن خلال النّصّ السابق نجد أنَّه يصار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي واجب التطبيق دون الالتفات إلى قواعد الإسناد في ذلك القانون الأمر الذي يغدو معه رفض الإحالة بشكل قطعي بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 231 قد جاءت واضحة والتي ترفض تطبيق أيّ قانون على تركة الاجنبي العقارية وانما وضعت الاختصاص لقانون الاجنبي الوطني ولكون ان هذا النّصّ متعلق في النظام العام فلا يمكن تطبيق الاحالة التي ترفضها احكام نصّ المادة المذكورة انفه راجع في هذا الشأن عبد العال، عكاشة محمد: مرجع سابق ص188 – ص189.

[1] مجلة القانون الدولي الخاص التونسية صادرة بموجب قانون رقم 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، نصّت المادة 35 على " لا يقبل الرد سواء ادى الى العمل في القانون التونسي او الى العمل بقانون دولة اخرى الا إذا نصّ القانون على قبوله"

[2] الشاذلي لطفي والغزواني مالك: مجلة القانون الدولي الخاص " عربي – فرنسية – إنجليزية معلق عليها"، 2008، ص485.

[3] الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والاسرة والتعاون القضائي لعام 1981، في تاريخ 13/ 1/ 2020 الساعة 6 pm راجع الموقع الالكتروني:
http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Bilaterales/France/CJ_etat_personne&famille_FR.htm

الفرع الثاني: القوانين القابلة للإحالة

هنالك بعض التشريعات التي جاءت بنصّ صريح وواضح بقبول الإحالة كما هو الحال بنسبة لتشريع الألماني في القانون الدولي الخاص الألماني حيث جاء في نصّ المادة(1/4) ما يلي :"إذا تمَّ تعين قانون دولة أجنبية، فإنَّه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب تطبيق القواعد الموضوعية الواردة في القانون الألماني في الحالة التي تحيل قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"[1]

ويظهر لنا من هذا النّصّ أنَّ المشرع الألماني قد قبل الإحالة من الدرجة الأولى في البداية، إلا أنَّه أورد استثناء واحداً على هذه الحالة، المتمثل في الحالة التي تختار فيها إرادة المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإنَّه والحالة هذه يسار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون قواعد الإسناد، أمَّا بخصوص الإحالة من الدرجة الثانية فيلاحظ أنَّ المشرع الألماني قد قرر الأخذ فيها ابتداء إلا أنَّه قيد ذلك بشرطين، والشرط الأول مفاده أنَّ لا يتمَّ المساس بروح قاعدة الإسناد إذا ما تمّض الاخذ بالإحالة[2]، أمَّا الشرط الثاني متمثل في أن لا تكون قاعدة الإسناد الألمانية تنصّ على الأخذ بالقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي واجب التطبيق.[3]

مما سبق يلاحظ الباحث أنَّ القانون الألماني جاء متوافقا مع فكرة الأخذ بالإحالة حيث أنَّه يقبل الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية بنصّ صريح في المادة السابقة أنَّه وفي الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي فإنَّه يسار إلى تطبيق قواعد الإسناد في ذلك القانون بالمعنى أنَّه لا يسار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي (عدم الأخذ بالإحالة)

---

[1] الحداد، حفيظة السيد: نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد الفتح لطباعة والنشر، 1989.ص9.

[2] ومثال ذلك " فاذا ما كانت قاعدة الاسناد في القانون الالماني تهدف الى عدم اهدار التصرفات القانونية، والى الاقلال من حالات بطلانها لأسباب متعلقة بالشكل بحيث ينعقد هذا الشكل صحيح إذا ما اختار الاطراف أيّ من القوانين المتعددة لحكم تلك المسالة " أيّ شكل التصرف"، فانه والحالة هذه فان روح قاعدة الاسناد تقضي بتطبيق الاحكام الموضوعية في القانون الاجنبي ولا تقبل الاحالة الى قانون اخر لتحديد صحة التصرف من حيث الشكل"

[3] رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، سامي: مرجع سابق، ص125 –126. ومثال الذي ينطبق على الشرط الثاني " حالات اختيار قانون الذي يحكم العلاقات التعاقدية ما بين الاطراف، أيّ قانون الارادة فانه والحالة هذه يسار الى تطبيق القواعد الموضوعية دون غيرها"

ولكن شريطة أنَّ لا يتعارض تطبيق قواعد الإسناد في ذلك القانون (الأجنبي) مع روح قاعدة الإسناد في القانون الألماني(الوطني)

وكذلك الحالة بنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي جاء بنصّ المادة (26) منه على أنَّه:[1]

1- إذا تقرر أنَّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

2- على أنَّه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصّوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

يلاحظ الباحث ومن خلال دراسة وتحليل النّصّ القانون السابق أنّض المشرع الإماراتي قد جاء بالقاعدة العامة في الفقرة الأولى من النّصّ السابق والتي تقضي برفض فكرة الإحالة، إلى أنَّه عاد ووضع استثناء على ذلك في الفقرة الثانية بقبول الإحالة من الدرجة الأولى التي تؤدي بالنتيجة إلى تطبيق القواعد الداخلية في القانون الإماراتي.

وهنالك أيضاً من التشريعات التي أخذت بمسألة الإحالة في موضوعات معينة العراقي في قانون التجارة العراقي وذلك بنصّ المادة (2/48) والتي جاء بها "يرجع في تحديد أهليَّة الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته. إذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق".[2]

ومن خلال النّصّ السابق يلاحظ الباحث أن قانون التجارة العراقي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي: فإذا ما أشارت قواعد الإسناد في القانون العراقي إلى اختصاص القانون الفلسطيني على اعتبار أنه قانون جنسية الملتزم بالحوالة، فإن القاضي العراقي الذي ينظر النزاع سوف يتجه إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون الفلسطيني فإذا ما كان القانون

---

[1] قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

[2] قانون التجارة العراقي رقم30 لسنة 1984. وحيث يقصد بالحوالة " ان تتحول الالتزام ذاته سواء نظر اليه باعتبار حق شخصي من جهة الدائن او نظر اليه باعتباره التزاما من جهة المدين من شخص الى اخر: من دائن الى دائن اخر باعتباره حق شخصي او من مدين الى مدين اخر باعتباره التزاماً" راجع في ذلك السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد رقم (3)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان – بيروت،2015، ص413.

الفلسطيني يحيل إلى القانون اللبناني مثلا فإن القاضي العراقي في مثل هذه الحالة سوف يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون الأخير (اللبناني) دون الالتفات إلى قواعد الإسناد فيه.

وعلى الرغم من رفض الإحالة في مشروع القانون المدني الفلسطيني أسوة في القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، إلا أنَّ هنالك بعض القوانين الخاص المطبقة في فلسطين قد أخذت بالإحالة، فمثلاً نجد أنَّ قانون التحكيم الساري في فلسطين رقم 3 لسنة 2000 وبالتحديد في نصّ المادة 2/19 قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى[1]، وكذلك نلاحظ من خلال الاطلاع على نصّوص قانون بشأن التركات للأجانب وغير المسلمين أنَّه نصّ صراحة على جواز الأخذ بالإحالة، إلا أنَّه قيد ذلك بشرط مفاده أن يكون ضابط الدين أو الموطن هو الضابط المأخوذ به بموجب قاعدة الإسناد في القانون المعين لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإرث أو أهليَّة الموصي أو على الوصية من حيث الشكل.[2]

[1] راجع نصّ المادة 2/19 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 والتي جاء بها " إذا كان التحكيم دوليا ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير اليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة الا إذا أدت الى تطبيق احكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعى هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع"

[2] قانون رقم 8 لسنة 1941 بشأن التركات للأجانب وغير المسلمين، المنشور في العدد 700 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1941/3/1، والمطبق على الضفة الغربية اعتبارا من تاريخ 1958/1/22 بموجب القانون رقم 8 لسنة 1958، نصّ المادة 4/ج " إذا كان قانون البلاد التي ينتمي اليها المتوفى ينصّ على تطبيق قانون محل الاقامة أو القانون الديني يطبق القانون المنصّوص على تطبيقه بهذه الصورة. بشرط انه اذا كان قانون بلاده ينصّ على تطبيق قانون محل الاقامة أو القانون الديني ولم يكن في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده ويشترط كذلك اذا كان قانون بلاده لا ينصّ على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص ان يطبق القانون العثماني"، ويلاحظ في هذا الاطار أيّضا ان القانون المطبق في قطاع غزة والمتعلق بالوراثة في الباب 135 لسنة 1923 وبالتحديد المادة الرابعة منه بينت ان قانون البلاد التي ينتمي اليها المتوفي (سواء كان اجنبيا او غير اجنبي لكنه لا ينتمي الى احد الطوائف الدينية) هو القانون الواجب التطبيق على توزيع اراضيه الملك وامواله المنقولة وعلى صحة الوصية من حيث شكلها واهلية الموصي، الا ان البند (ج) من الفقرة الثالثة من نصّ المادة ذاته قد اخذ بالإحالة اذا ما كانت الى قانون البلد التي يقم فيها المتوفي او القانون الديني او قانون الدولة التي يوجد فيها الارض الملك. راجع بهذا الشأن دواس، أمين: مرجع سابق ص 252.

http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetLegFT.aspx?LegPath=1941&MID=14973

الفصل الثاني

الحلول المقترحة لتطبيق الاحالة في ضوء وظيفة قاعد الاسناد

الفصل الثاني

الحلول المقترحة لتطبيق الإحالة في ضوء وظيفة قاعد الإسناد

بعد أن قام الباحث بعرض مفهوم الإحالة وشروطها والفرق بينها وبين التفويض، وتبيان الاتجاهات الفقهية وموقف التشريعات من مسألة الإحالة في الفصل الأول من الدراسة، فقد تبين لنا أنَّ اتخاذ موقف معين من فكرة الإحالة قد بنى على اعتبارات نظرية يتمسك بها أنصّار أو خصوم الإحالة، وفي ضوء أنَّ الموقف من الإحالة يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والهدف التي تسعى إلى تحقيقه، بحيث يمكن قبول الإحالة أو رفضها نتيجة لبحث مدى ملاءمتها لتحقيق وظيفة قاعدة لإسناد والهدف منها.

فوظيفة قاعدة الإسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، ولكي تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه، يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الإسناد إلى إخضاع العلاقات القانونية المشتملة على عنصّر أجنبي إلى أكثر القوانين قبولاً وملاءمةً واتصالاً بالعلاقة القانونية، ليتسنى للعلاقة إنتاج أثرها في كافة الدول، كما يسعى المشرع إلى إخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعاً بالنسبة للأفراد، حتى لا يفاجؤوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه إلى إمكان خضوع علاقتهم له، بناء على ما تقدم فإنَّ الباحث ومن خلال هذا الفصل يعالج مدى تطبيق الإحالة على بعض مسائل تنازع القوانين، ومدى إمكانية تطبيق الإحالة عليها، وهل تتوافق مسألة الإحالة مع هذه الموضوعات أم أنَّها لا تتوافق، ومن هذه الموضوعات التي يعالج الباحث إمكانية تطبيق الإحالة عليها الأحوال الشخصية، ومسائل الأموال، والعقود، وشكل التصرفات.

فتم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: إمكانية قبول تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: عدم إمكانية قبول تطبيق الإحالة في مسائل تنازع القوانين الأخرى.

المبحث الأول: إمكانية قبول تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية

يستعرض الباحث ومن خلال هذا المبحث مسألة الأحوال الشخصية من خلال تسليط الضوء على مفهوم الأحوال الشخصية وبيان النّصّوص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بمعنى القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية ومن ثمَّ الانتقال إلى مدى تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية هل يمكن تحقيق فائدة من تطبيق الإحالة على مسائل الأحول الشخصية أم لا، فتمَّ تقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية

يعرض الباحث ومن خلال هذا المطلب وبشكل موجز معنى الأحوال الشخصية ونطاق هذا المصطلح وبيان المسائل التي تندرج تحت مسألة الأحوال الشخصية في الفرع الأول من هذا المطلب، ومن ثمَّ ينتقل إلى بيان القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية في الفرع الثاني منه.

الفرع الأول: مفهوم الأحوال الشخصية.

إنَّ مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح غربي، كان يطلقه الغرب على القواعد التي تنظم علاقة الشخص بأسرته، وما ينتج عن هذه القواعد من آثار قانونية وأدبيه،[1]حيث أنَّ مصطلح الأحوال الشخصية تمَّ ابتداعه من قبل الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر ولم يكن له أيّ استعمال في كتب الفقه الإسلامي، حيث كان الفقهاء في العصر الإسلامي يبحثون الموضوعات التي تندرج تحت إطار مفهوم الأحوال الشخصية في عدة كتب منها النكاح والطلاق والنفقة وغير ذلك.[2]

---

[1] الأشقر عمر سليمان: الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،2001، ص9.

[2] كريم، فاروق عبد الله: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي،2004، ص7. ولعل ما يجب ادراكه ان هذا المصطلح جديد ومستورد من الغرب الى ان الموضوعات التي تندرج تحت هذا المصطلح هي موضوعات قديمة موجوده في كتب الفقه الإسلامي، حيث ان نصّوص كثير من الكتاب والسنة وضحت الاحكام الشرعية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية

يرى الباحث أنَّ التعريف المناسب لمسألة الأحوال الشخصية هو التعريف الذي وضعته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 21/ 6/ 1934 حيث جاء في نصّ القرار ما يلي" الأحوال هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها آثار قانونية في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهليَّة أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهليَّة أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أمّا الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذاً فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومنشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقها وعدم استحقاقها "[1]

ومما سبق يلاحظ الباحث أنَّ تعريف الأحوال الشخصية هو: الصفات الطبيعية والعائلية التي يتميز بها الإنسان والتي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته، بصرف النظر عن جنس الإنسان وعن حالته الاجتماعية وعن قدراته العقلية.[2]

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأنَّ المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية هي المنازعات المتعلقة بحالة الشخص وأهليته أو المتعلقة بنظام الأسرة وبناء عليه يمكن ذكر بعض المسائل التي تندرج تحت إطار مسائل الأحوال الشخصيَّة على النحو التالي[3]:

أ. الزواج ويعرف على أنَّه عقد بين رجل وامرأة تحلُّ له شرعاً لتكوين أسرة وإيّجاد نسل بينهما[4].

كالزواج والطلاق والوصية وغيرها، ونجد أنَّ الفقهاء وعلى اختلاف مذاهبهم بينوا جميع مواضيع الأحوال الشخصية وفسروها تفسيرا معمقا وأوضحوها في كتبهم وبينوا أحكامها بشكل الدقيق إلى أنَّ الفقه قد اختلف في وضع تعريف محدد لمسائل الأحوال الشخصي راجع في هذا أيّضا كريم، فاروق عبدالله: مرجع نفسة،ص10.

[1] يوسف، مسعود: الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، عمان – الأردن، دار الأيّام، ط1،2016، ص10. نجد ان البعض عرف الأحوال الشخصية باختصار على انها" تنظيم العلاقة بين أفراد الاسرة الواحدة وبيان ما لكل فرد من حقوق وواجبات اتجاه الرد الآخر ومن الملاحظ على هذا التعريف أنَّه ينطبق على قانون الاسرة أكثر منه على قانون الأحوال الشخصية، وذلك بسبب أنَّ التنظيم القانوني يبقى محصوراً في الأشخاص ضمن نطاق الأسرة فقط، إلى أنَّه وفي حقيقة الأمر هنالك أحكام في هذا القانون تخص الأشخاص دون النظر إلى علاقتهم الأسرية راجع بهذا الشأن كريم، فاروق عبد الله: مرجع سابق، ص7

[2] كريم، فاروق عبد الله: مرجع سابق، ص10.

[3] الأشقر، عمر سليمان: مرجع سابق، ص11. كذلك راجع أيّضا كريم، فاروق عبد الله: مرجع سابق، ص9.

[4] قانون الأحوال الشخصية رقم 61 ل سنة1976 نصّ المادة 2.

ب. المسائل المتعلقة بأهليَّة الشخص: ويقصد بالأهليَّة صلاحية الشخص لتثبت له الحقوق على الغير وتثبت الالتزامات في ذمته اتجاه الغير، وصلاحية استعمال هذه الحقوق والالتزامات[1]، وهذه الأهلية تقسم إلى قسمين أهلية الوجوب والتي تعني صلاحية الإنسان لوجود الحقوق المشروعة له وعليه، وأهليَّة الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق.[2]

ج. المسائل المتعلقة بالطلاق.

د. مسائل النسب وأحكامه.

هـ. مسائل نفقة الأقارب والولاية والوصاية والحجر والقوامة.

و. المسائل المتعلقة بالمواريث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

ولعل معظم قوانين الأحوال الشخصية في مختلف البلاد العربية تعتبر هذه المسائل من مسائل الأحوال الشخصية.[3]

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية

يستعرض الباحث ومن خلال هذا الفرع النّصّوص القانونية التي تعالج مسائل الأحوال الشخصية من خلال استقراء نصّوص مشروع القانون المدني الفلسطيني ودراسة النّصّوص في التشريعات المقارنة على النحو التالي:

أولاً: الأهليَّة

لكون أنَّ الأهليَّة أحد المسائل التي تندرج تحت مسائل الأحوال الشخصية فإنَّه لا بدَّ من التطرق ابتداء إلى النّصّ القانوني المنظم لمسائله الأهليَّة في مشروع القانون المدني الفلسطيني وفي

---

[1] لطيف، عدنان باقي: تنازع القوانين في مسائل الأهليَّة العامة دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر– القاهرة،2011، ص27.

[2] السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد رقم (1)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2015، ص282.

[3] الأشقر، عمر سليمان: مرجع سابق، ص11.

التشريعات المقارنة حيث نجد أنَّ المادة 15 من المشروع نصّت على " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص بجنسيتهم على حالتهم المدنية وأهليَّتهم "[1]

ومن خلال استعراض النّصّوص السابقة نجد أنَّ القوانين والتشريعات المقارنة إلى جانب مشروع القانون المدني الفلسطيني قد أخضع حالة الشخص وما اتصل بها من مراكز قانونيه متعددة وأهليَّة الشخص لقانون الجنسية، وأن في ذلك تفضيل لقانون الجنسية على قانون الموطن[2]، لعدة أسباب منها أن تطبيق القانون الذي يتوطن به الشخص يستند إلى سيادة الدولة والانسجام التشريعي بها كون أن الفرد تحكمه المنظومة القانونية لدولة التي ينتمي إليها هذا من جانب، ومن جانب آخر هنالك ظروف لكل دولة على حدى ولو تطرقنا إلى التشريع المصري على سبيل المثال لنجده أخذ بقانون الجنسية منذ عهد الإصلاح القضائي مرورا بالفقه الحديث الذي تبنى فكرة قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية.[3]

ويرى الباحث أن الأخذ بفكرة قانون الجنسية يقتضي أن تخضع الأهلية لقانون الجنسية أيّ الدولة التي ينتمي إليها الشخص بغض النظر عن المكان الذي يقيم فيه، وهذا الأمر أقرب للعدالة، كون

---

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، راجع أيّضا نصّ الماده1/12 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها "يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم"، راجع أيّضا نصّ المادة 11 من القانون المدني المصري والتي جاء بها " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، راجع أيّضا نصّ المادة 10 من القانون المدني الجزائري والتي جاء بها " "يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم"

[2] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني ص25. اضافه الى ما سبق فانه يلاحظ ان المادة" قد توسعت هذه الفقرة في مفهوم الحالة وما يرتبط بها من مراكز قانونية، إذ لم تقتصر على المراكز القانونية ذات الصبغة الشخصية البحتة بوصفها لصيقة بالإنسان، بل جعلت قانون الجنسية يمتد تطبيقه ليتمثل على المراكز القانونية، والحقوق المالية الناجمة عن الحالة والمتفرعة عن رابطة الأسرة"، وكذلك أيّضا "فان المقصود بالأهلية التي تخضع لقانون الجنسية، هي أهلية الأداء أيّ قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية، أما باقي أنواع الأهلية، فهي تخضع لقوانين أخرى، فأهلية الوجوب تخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على إقليمها، فضلا عن خضوعها للقانون الذي يحكم نشأة الحق ذاته وأهلية المساءلة عن الفعل الضار تخضع لقانون محل وقوع الفعل الضار"، راجع أيّضا في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني فيما يتعلق بنصّ المادة 12/ 1.

[3] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص180. ومثال ذلك: إذا كان شخص يحمل جنسية اجنبية يقيم في مصر، فانه من غير المقبول تطبيق القانون المصري في حال حدوث نزاع حول اهليته بل ينبغي الرجوع الى قانون جنسيته.

من غير المستساغ تطبيق قانون الموطن على أهلية شخص معين دون التطرق لقانون جنسيته الذي ينتمي إليه لأن في ذلك إهدار للمراكز القانونية ولروح العدالة.

ثانياً: الزواج

أمَّا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الزواج وبالرجوع إلى نصّوص المواد 17، 18، من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث تنصّ المادة 17 على "1. يرجع في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى قانون كلّ من الزوج 2. أمَّا من حيث الشكل فيعد الزواج ما بين أجنبيين أو أجنبي وفلسطيني صحيحًا إذا عقد وفقًا لقانون البلد الذي تمَّ فيه أو قانون كلٌّ من الزوجين"[1]، أمَّا فيما يتعلق بنصّ المادة 18 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها[2]"1.يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال2.إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج يطبق قانون جنسيتهما على آثار الزواج".

ويرى الباحث ومن خلال استعراض النّصّوص القانونية السابقة أنَّ المشروع المدني الفلسطيني والقوانين المقارنة قد أخضعت الزواج وما يتعلق به من شروط وآثار إلى قانون الجنسية.

---

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، راجع القانون المدني الأردني رقم43 اسنة 1976 نصّ المادة 13 والتي جاء بها "1. يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين 2 .اما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين اجنبيين او ما بين أجنبي واردني صحيحاً اذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"، راجع القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 نصّ المادة 12 والتي جاء بها "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"، راجع القانون المدني الجزائري رقم 07-05 لسنة 2007 نصّ المادة 11 والتي جاء بها " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"

[2] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، راجع القانون المدني الأردني رقم43 اسنة 1976 نصّ المادة 1/14 والتي جاء بها " يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من اثر بالنسبة الى المال"، راجع القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 نصّ المادة 1/13 والتي جاء بها " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"، راجع القانون المدني الجزائري رقم 07-05 لسنة 2007 نصّ المادة 1/12 والتي جاء بها " يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"

وأنَّ ما قامت به القوانين أمر منطقي حيث أنَّه يترتب على الزواج قيام وإنشاء الروابط القانونية بين شخصين الأمر الذي يترتب معه الأخذ بقانون دولة كلّ من الطرفين داخل العلاقة الزوجية وأنَّه في حال ما كان الزوجين يحملان جنسية واحدة فإنَّه يطبق قانون الجنسية المشتركة على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج[1]، إلا أنَّ الآراء الفقهية قد اختلفت بشأن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضعية للزواج في الحالة التي يختلف بها قانون الزوج عن قانون الزوجة، فنجد أنَّ البعض ذهب إلى التطبيق الجامع أيّ بشأن صحة الزواج من عدمه لا يكون الزواج صحيح إلا إذا كان كذلك وفقا للقانونين " أيّ مستوف للشروط في كل من قانون الزوج وقانون الزوجة" وهو ما يعزز حماية الروابط الأسرية والزوجية، في حين نجد أنَّ البعض الآخر ذهب إلى نظرية التطبيق الموزع أيّ ننظر إلى شروط الزواج في كلّ من القانونين على حدى أيّ قانون الزوج يطبق على الزوج لوحده بصرف النظر عن الشروط المتطلبة في قانون الزوجة بشأن الزوج وكذلك الحال بالنسبة للزوجة.[2]

يرى الباحث أنَّ تبني نظرية التطبيق الموزع أكثر عدالة كونه يخضع شروط الزواج لقانون دولة كلّ شخص على حده الأمر الذي يعزز حماية كلّ دولة لمواطنيها من خلال التنظيم القانوني للمسائل المتعلقة بأفرادها، ولتوضيح ذلك فمثلاً لو أنَّ فلسطيني الجنسية أراد الزواج من فتاة ألمانية فنرى أنَّ القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الزواج من عدمه بشأن الزوج القانون الفلسطيني حتى لو تعارض مع القانون الألماني" قانون الزوجة" بشأن الشروط الواجب توفرها في الزوج وكذلك الحال بالنسبة للزوجة.

ثالثا: الطلاق

وبخصوص النّصّوص القانونية المتعلقة بالطلاق والتطليق نرى أنَّ المشروع المدني الفلسطيني عالج هذه المسألة بنصّ المادة 19 والتي جاء بها " 1. يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي

[1] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص نصّ المادة 17.

[2] عبد الله عز الدين، مرجع سابق، ص260 – ص261.

إليها الزوج وقت الطلاق 2. يسري على التطليق القضائي، والفسخ، والانفصال، قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج"[1].

ويلاحظ مما سبق أنَّ المادة المذكورة قد أخضعت انحلال الزواج لقانون الجنسية، وكذلك أخضعت التطليق القضائي والفسخ والانفصال إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج[2]، وذلك على خلاف التشريعات المقارنة في هذه المسألة التي أخضعت التطليق والفسخ إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حيث أنَّه يرجع إلى قانون جنسية الزوج لمعرفة إذا بإمكانه أن يطلق أم لا وقت الطلاق، بينما يتم الرجوع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لتحديد مبررات التطليق والانفصال.[3]

ويرى الباحث أنَّ ما أخذ به المشرع الفلسطيني هو عين الصواب، بعدم إخضاع التطليق والانفصال والفسخ لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ لأنَّه من الممكن أن يقوم الزوج بتغير قانون جنسيته الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على الرابطة الزوجية بانقضائها حينما يتوفر سبب من أسباب الانفصال والفسخ والتطليق في قانون جنسيته الحديث، كذلك أيضاً فإنَّ إخضاع هذه المسائل لقانون الزوج وقت إبرام الزواج والمعروف للزوجة من شأنه أيضاً الإبقاء على الروابط الزوجية قوية متماسكة.

---

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، راجع القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 نصّ المادة 2/13 والتي جاء بها"2. أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، القانون المدني الأردني رقم43 اسنة 1976 نصّ المادة 2/14 والتي جاء بها " 2. أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى"، راجع القانون المدني الجزائري رقم 07-05 لسنة 2007 نصّ المادة 1/12 والتي جاء بها " ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[2] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص نصّ المادة 19 وما يمكن قولة أيّضا ويعيب المواد المذكورة في القانون المقارن خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا في توقعات أيّ منهما، فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية أخرى يسمح قانونها بحل الرابطة الزوجية بطرق لم يأخذ بها قانون جنسيته وقت الزواج، لذلك من الأفضل إخضاع الطلاق والتطليق والفسخ والانفصال لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لأنه كان معلوما للزوجين وقت انعقاد الزواج وكان تطبيقه داخلا في توقعاتهما عند الزواج فيما يتعلق بانحلال الزواج.

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص536.

رابعاً: القانون الواجب التطبيق على النفقة

أمَّا بشأن القانون الواجب التطبيق على النفقة ومن خلال استعراض نصّ المادة 21 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها[1]" يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة المدين بها"، وهذه المادة تتطابق نصّ المادة 16 من القانون المدني الأردني[2]، ونصّ المادة 15 من القانون المدني المصري[3]، ونصّ المادة 14 من القانون المدني الجزائري[4].

ونلاحظ أنَّ المواد السابقة تضع حكماً وتجعل من قانون الجنسية هو القانون المختص لحكم المساءلة، بمعنى أنَّ قانون الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان شخص مدين بالنفقة أم لا.[5]

خامسا: القانون الواجب التطبيق على الولاية والوصاية

وبشأن القانون الواجب التطبيق على الولاية والوصاية ومن خلال استقراء نصّ المادة 22 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها[6]" يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والمحجورين والغائبين والمفقودين قانون دولة الشخص الذي تجب حمايته"، وهذه المادة تتطابق نصّ المادة 17 من القانون المدني الأردني[7]، ونصّ المادة 16 من القانون المدني المصري[1]، ونصّ المادة 15 من القانون المدني الجزائري[2].

---

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.

[2] القانون المدني الأردني رقم43 اسنة 1976 نصّ المادة 16 والتي جاء بها " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب، قانون المدين بها"

[3] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 نصّ المادة 15 والتي جاء بها" يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها"

[4] القانون المدني الجزائري رقم 07-05 لسنة 2007 نصّ المادة 14 والتي جاء بها " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

[5] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص نصّ المادة 21 " والمقصود بالنفقة في النّصّ هي النفقة العادية التي تقررها النّصّوص الموضوعية وليست النفقة الوقتية التي يطالب بها الأقارب بصفة عاجلة حتى يتم الفصل في الدعوى، فالنفقة تخضع لقانون القاضي، إما لأنها من الإجراءات الوقتية أو كونها تتعلق بالنظام العام."

[6] مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.

[7] القانون المدني الأردني رقم43 اسنة 1976 نصّ المادة 17 والتي جاء بها" يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"

هذه المادة قد وضعت حكماً شاملاً لحماية عديم الأهليّة وناقصها والغائب والمفقود والمحجور، حيث جعلت قانون الشخص الواجب حكايته هو القانون الساري عليه، على اعتبار أنَّه أفضل القوانين التي من شأنها توفير أسباب الحماية له.[3]

يرى الباحث ومن خلال ما تمَّ عرضه من النّصّوص القانونية لمشروع القانون المدني الفلسطيني والقوانين المقارنة، أنَّ معظم القوانين العربية جعلت من قانون الجنسية القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، إلا أنَّه يثور السؤال إلى أيّ حد يطبق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، بمعنى أنَّه يطبق منه قواعده الموضوعية أم أنَّه يطبق بشكل كامل أيّ تطبيق قواعد الإسناد الأمر الذي يتصور معه حدوث الإحالة في مسألة الأحوال الشخصية هذا الأمر الذي قوم الباحث ببيانه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: مدى تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية (الاستثناء العام)

يقوم الباحث ومن خلال هذا المطلب ببيان ما إذا كان تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية ممكن أم لا، وذلك على فرعين يتحدث في الفرع الأول عن رأيّ التشريع والفقه من تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية وينطلق في الفرع الثاني لبيان رأيّ الباحث من تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول: موقف التشريع والفقه من مسالة الإحالة في الأحوال الشخصية

يرى بعض الفقه أنَّه من الممكن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقة وغيرها، على اعتبار تطبيق قانون الجنسية بصفة أصلية ، ويأخذ بقانون الموطن بصفته

---

[1] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 نصّ المادة 16 والتي جاء بها" يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته"

[2] القانون المدني الجزائري رقم 07-05 لسنة 2007 نصّ المادة 15 والتي جاء بها " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الاهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته"

[3] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يخص نصّ المادة 22 " والولاية على المال هي المقصودة وليست الولادية على النفس على اعتبار ان الأخيرة تعتبر من اثار الزواج وهي تخضع لقانون جنسية الاب"

قانوناً مساعداً أحيل عليه من قانون الجنسية إلا أنَّ العكس من ذلك غير مقبول ، ولكنَّ وفي مثل هذا الفرض يجب التفرقة بين الوطني والأجنبي ، إلا أنَّ الإحالة تقتصر على الأجنبي دون الوطني؛ لأنَّ الوطني سيخضع إلى تطبيق قانون جنسيته ، أمّا بالنسبة للأجنبي فإنَّ الإحالة هنا لازمه على اعتبار قانون جنسيتهم يحيل إلى قانون الموطن .[1]

إلا أنّه وفي الاتجاه الآخر يوجد رأيّ معاكس لما تم ذكره آنفا والقائل بعدم قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية ،وهذا الفرض عند اختلاف الأسس التي يقوم عليها كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي الذي أحال النزاع الى قانون القاضي، خصوصا في بعض الدول التي لا تنفصل فيها مسائل الأحوال الشخصية عن المعتقدات الدينية كذلك الدول المتعددة الشرائع الداخلية المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية عند تعدد الطوائف على اعتبار أنَّ الأخذ بالإحالة مؤداه نتائج غير مقبولة ومحددة.[2]

يرى الباحث ومن خلال الرجوع إلى النّصّوص القانونية في مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني والقانون المدني المصري أنَّ هذه القوانين تعقد الاختصاص بحكم مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية ،وبذات الوقت لم تقر هذه القوانين ولا المشروع المدني الفلسطيني مسائلة الأخذ بالإحالة ولكن بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري وبالتحديد نصّ المادة 23 مكرر نرى أنَّ المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة إذا ما كانت هذه الإحالة تعقد الاختصاص

---

[1] صادق ، هشام علي : مرجع سابق ، ص 178 ولتوضيح ذلك فإذا تعلق النزاع المطروح امام القاضي الفرنسي بأهليَة شخص إنكليزي متوطن في دولة ثالثة ، فليس هناك ما يمنع من تطبيق قانون دولة الموطن ، بعد ان تبين للقاضي الفرنسي ان قواعد الاسناد الإنكليزية ترفض الاختصاص بحكم النزاع لتوطن الشخص خارج إنكلترا وتطبيق قانون الموطن في هذا الفرض بدوره لا يتم بناءً على إحالة قواعد الاسناد الإنكليزية اليه، وإنّما على قواعد اسناد احتياطيه في قانون القاضي، فإلى جانب قاعدة الاسناد الاصلية في القانون الفرنسي والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية على أهلية الأشخاص وحالتهم ،فاته يمكن تصور قاعدة اسناد احتياطيه تشير بتطبيق قانون الموطن فيما لو رفض قانون الجنسية الاختصاص بحكم النزاع .

[2] المصري ، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص دراسة مقارنه للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي ،دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ،2002،ص 108 ،ولتوضيح ذلك فإذا تعلق النزاع بزواج إنكليزي متوطن في مصر او لبنان فان اعمال قواعد الاسناد في كل من الدولتين هو تطبيق القانون الإنكليزي على اعتبار انه قانون الجنسية، فاذا اخذنا بالإحالة سنرى ان قواعد الاسناد في القانون الإنكليزي سوف تقوم بإعادة الاختصاص الى قانون الموطن(المصري او اللبناني) الامر الذي يترتب عليه تطبيق الشريعة الإسلامية على اعتبار انها الشريعة العامة في مصر ، او تطبيق الشرائع الطائفية بالنسبة للبنان .

إلى قانون الموطن (الجزائري) ، أيّ الإحالة من الدرجة الأولى وكذلك الأمر بالنسبة لقانون المعاملات الإماراتي وفي هذا الإطار هل كان موقف المشرع الجزائري أو الإماراتي صحيحاً أم لا.

وهنا وعند الحديث عن مسائل الأحوال الشخصية، وعن ضابط الإسناد بها نجد أنَّ هنالك جانب من الفقه يميل إلى فكرة الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية وخصوصاً إذا ما كانت هذه الإحالة من الدرجة الأولى والمتمثلة بالإحالة من قانون جنسية الشخص إلى قانون القاضي(على اعتبار أنَّه قانون الموطن، فإنَّ هنالك عدة اعتبارات تفضل قانون الموطن على قانون الجنسية ولعل من أهمها كون قانون الموطن في أغلب الأحيان يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع الأمر الذي يترتب عليه توحيد الاختصاص (التشريعي والقضائي)، سيما أنَّ القاضي أعلم بقانونه وتفصيله أمَّا الأخذ بالجنسية على اعتبار أنَّها ضابط الإسناد فإنَّه أمر من شأنه الأخذ باعتبارات متعلقة بفكرة السيادة، ونلاحظ أنَّ الأخذ باعتبارات متعلقة بفكرة السيادة، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى ترجيح فكرة الموطن عند حاجة قاعدة الإسناد الأجنبية لذلك .[1]

ولا بد من القول هنا أنَّ حين قيام المشرع بوضع قواعد الإسناد والمتمثلة بقانون الجنسية، فهو فعل ذلك على اعتبار أنَّ هذا القانون الأخير(الجنسية) هو أنسب القوانين لحكم هذه المسألة، إلَّا أنَّ هذا الحكم ليس مطلقا، فنلاحظ أنَّ الاتجاه الآخر قد يرى أنَّ الأفضل لحكم المسألة أو العلاقة هو قانون موطن الشخص وليس قانون جنسيته، من خلال الوقوف على ما سبق فإنَّه يمكن القول طالما أنَّ ضوابط الإسناد الوطنية ليس مطلقة فإنَّه من الأفضل في بعض المسائل ترك ضابط الإسناد في القانون المختار يحدد القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة للوصول إلى أفضل تنظيم للعلاقة المشوبة بعنصّر أجنبي، وفي هذه الحالة فإنَّ قاعدة التنازع في القانون الأجنبي تتابع الاختيار التي تقدمت به قاعدة التنازع الوطنيَّة في نطاق من الانسجام بهدف إسقاط القانون الأفضل لحكم المسألة المعروضة.[2]

---

[1] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، 2010، ص232.

[2] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، 2010، ص233،"اما إذا كان قانون الموطن المحال اليه لا يقبل الاخصاص (الإحالة من الدرجة الثانية) واحال مرة أخرى الى قانون الجنسية وهو ما يسمى الإحالة في حالة الرجوع الى الوراء فلا مهرب من تطبيق قانون الذي حددته قاعدة الاسناد الوطنية

الفرع الثاني: تقدير تطبيق الإحالة في مسائل الأحول الشخصية

يرى الباحث ومن خلال العودة إلى النّصّوص القانونية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية والأخذ بالإحالة من عدمها في تلك المسائل حيث أنَّ معظم القوانين قد رفضت مسألة الأخذ بالإحالة جملة واحدة بما في ذلك مسائل الأحوال الشخصية باستثناء القانون المدني الجزائري وقانون المعاملات الإماراتي ولكي يتسنى للباحث بيان رأيّ في مدى انسجامه مع تطبيق الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية من عدمه يطرح المثال التالي : حصل زواج بين أجنبيين استناداً لقانون جنسيتهما المشتركة الذي بدوره يمنع التطليق ومن ثمَّ في وقت لاحق اكتسب الزوج جنسية جديدة دون زوجته(أيّ أنَّه اكتسب جنسية لوحده دون زوجته) وفقد الجنسية القديمة ومن ثمَّ طلب الزوج التطليق أمام القضاء الأردني أو القضاء المصري، فبمثل هذه الحالة سوف يقوم القاضي الأردني أو المصري بتطبيق قانون جنسية الزوج حين تقدمه بدعوى التطليق وهذا القانون يسمح للزوج باتخاذ هذا الإجراء وعلى افتراض أنَّ قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج تعطي الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين حين إبرام عقد الزواج؛ لأنَّه لا شكَ أنَّ في إعمال هذا الحل المقدم من قبل قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج إنَّما هو تصحيح لمسار قاعدة الإسناد المصرية أو الأردنية.[1]

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أنَّه من الإمكان إعمال فكرة الحل الوظيفي والتي تعني عدم تكريس حلاً عاماً مجرداً يتم تطبيقه في كافة المسائل على الإطلاق (الأخذ بالإحالة أو عدم الأخذ بها)، وإنَّما من الأفضل أن يكون الحل بتشخيص كل حالة على حدا وهذا الأمر يكون متفقا وروح قاعدة

[1] عبد العال ،عكاشة :مرجع سابق ،2010،ص 236 "وحيث ان في قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحده القانون الذي يحل رابطة انعقدت وفقا لقانون الطرفين ، كما ان في تطبيق قانون الزوج عند انعقاد عقد الزواج في الحالة التي لا يوجد فيها جنسية مشتركة فيه اطلاع كافي لكل من الطرفين على القانون الذي يحل هذه الرابطة أما اخذاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق وإخضاع التطليق والانفصال لقانون الزوج وقت رفع الدعوى فهذا من شأنه ان يجعل رابطة الزوجية تتفكك وتنتهي وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها الاطلاع ومعرفته وقت انعقاد الزواج ،اذ يظهر الحرج في مركز الزوجة اذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت الطلاق او وقت رفع الدعوى، وهي أيّ الزوجة لم تكن داخلة او مكتسبة لهذه الجنسية وكان قانون الزوج وقت الزواج يجيز الطلاق والتطليق في حين ان قانونه وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى يكون رافضا للطلاق والتطليق او يتحقق العكس من ذلك فيكون قانونه وقت الزواج لا يجيز الطلاق او التطليق وقانون جنسيته الجديد يجيز ذلك سواء كان وقت الطلاق و او وقت رفع الدعوى .

الإسناد والهدف الذي تسعى للوصول إليه ضمن نطاق من الانسجام فيما بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية.[1]

وفي حقيقة الأمر يجب ملاحظة أنَّ قبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية متعلق بطبيعة الحال بأن يكون نهاية الحل من شأنه أن يحقق غاية قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي مع الأخذ بعين الاعتبار التنسيق بينها وبين قاعدة الإسناد الأجنبية، ولتحقيق هذه الغاية لا بدَّ من الأخذ بعين الاعتبار بعض الأمور الجوهرية والمتمثلة في حماية توقعات الأفراد واحترام رغبتهم وإرادتهم وعدم أيّقاع حلّ لا يتوافق وتوقعاتهم واعتماد الحل الأكثر عدالة وإنصّافاً للأطراف، وكذلك أيضاً يمكن القول بأنَّه إذا ما باشرت قاعدة الإسناد الوطنية تحديد القانون المختص لحكم المسألة وتابع بدوره وعقد الاختصاص لقانون الموطن مثلاً فإنَّ قانون الموطن هذا يتمُّ حسب القانون الأجنبي الذي تابع تعيين القانون المختص.[2]

ومما سبق يرى الباحث أنَّه من الممكن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية والمتمثلة في (الزواج، والطلاق، والأهلية، والنفقة، والوصية وغيرها) ولكن لا يمكن القول أنَّ هذا الرأيّ على إطلاقه ويعني ذلك أنَّه على القاضي وحين عرض المسألة عليه أن يقوم بدراستها وأن يرى مدى تحقيق رغبة الأطراف في المسألة المعروضة عليه، حيث يقوم بتطبيق القانون الأنسب بمعنى آخر يمكن القول بالأخذ بالإحالة في القانون الفلسطيني وغيره من القوانين الرافضة في مسألة الإحالة إذا ما كان هذا الأخذ من شأنه أن يساعد قاعدة التنازع في تحقيق غايتها ووظيفتها .

---

[1] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، 2010، ص218، بمعنى آخر (يجب اتباع منهج تحليلي يرتكن إلى تفسير غاية كل قاعدة من قواعد الاسناد فالاعتبارات الكاملة وراء اختيار قاعدة الاسناد لحكم مسالة معينة يجب ان نستلهم منها الحل الذي يتعين القول به في خصوص الإحالة قبولا او رفضاً.

[2] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص 199 " بمعنى اخر لو تبين ان قواعد الاسناد التي يتضمنها هذا القانون تحيل الى قانون اخر مثل قانون الموطن، فالإحالة هنا تكون واجبة، ذلك لكون ان هذا الامر يعن المشرع الأجنبي أكثر مما يعني المشرع الوطني "عبد العال راجع أيّضا في هذا المعنى: عكاشة: مرجع سابق، 2010، ص238." ونلاحظ بهذا الشأن ان معظم القوانين العربية المقارنة قد رفضت مسألة الاحالة بشكل قاطع فنجد ان القانون التونسي قد رفض الاحالة في مسائل الاحوال الشخصية في قرار تعقيبي عدد 60563 مؤرخ في 1999 من المجلة القانونية التونسية والذي جعل الوصية من الامور الشخصية التابعة للموصي وبتالي لا يمكن قبول الاحالة او من غير المستساغ قبولها وذلك على اعتبارات دينية وحضارية متمثلة في ان اساس القانون التونسي قواعد الشريعة الاسلامية في حين ان اساس القانون الفرنسي الدين المسيحي" راجع بهذا الشأن الشاذلي لطفي، و الغزواني مالك: مرجع سابق،ص503.

المبحث الثاني: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على مسائل تنازع القوانين الأخرى

يتناول الباحث ومن خلال هذا المبحث بعض موضوعات القانون الدولي الخاص التي لا يمكن تصور مسالة الإحالة بها، حيث يتناول الباحث في المطلب الأول موضوع الأموال والقانون الواجب التطبيق عليها وبيان مسألة الإحالة بها، ومن ثمَّ ينتقل لموضوع شكل التصرف والقانون الواجب التطبيق على أشكال التصرفات ومدى تطبيق الإحالة على شكل التصرف وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: استبعاد تطبيق الإحالة على الأموال

يستعرض الباحث ومن خلال هذا المطلب إمكانية تطبيق الإحالة على الأموال بنوعيها العقارات والمنقولات وذلك من خلال فرعين يتحدث في الفرع الأول عن القانون الواجب التطبيق على الأموال وينتقل من خلال الفرع الثاني لبيان مدى إمكانية تطبيق الإحالة على الأموال.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال

يقصد بالأشياء المادية تلك الأشياء التي لها حيز مادي محسوس، والشيء بحد ذاته يمكن أن يكون من الأشياء التي تستهلك أو من الأشياء التي لا يمكن استهلاكها، وكذلك يمكن أن يكون قيمي أو كثلي، ويمكن أن يكون شيء خاص أيّ مملوك ملكية خاصة أو أن يكون شيء عام أيّ مملوك ملكية عامة أيّ غير مملوك بشكل خاص، إلا أنَّ تقسيم الأشياء الأساسي هي كونها عقارات أو منقولات.[1]

بالتالي يمكن القول بأنَّ المال هو الشيء الملموس المحسوس الذي يتمتع بالقيمة المالية والوجود المختلف والمستقل عن وجود الإنسان والذي بحد ذاته يمكن حيازته وتملكه والانتفاع به.[2]

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، المجلد رقم (8)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2015، ص10.

[2] الداودي، غالب: مرجع سابق، ص199.

ينتج عن تقسيم الأشياء المادية(الأموال) إلى عقارات ومنقولات آثار قانونية من حيث القانون الذي يطبق على أيّ منها،[1]حيث أنَّ أساس التفرقة ما بين العقارات والمنقولات متمثل بإمكانية نقل وتغير مكان الشي دون الحاق الضرر به ودون إتلافه.[2]

بعد أن قام الباحث ببيان المقصود بالأموال، فإنَّ الباحث ينتقل لبيان القانون الواجب التطبيق على العقارات ومن ثمَّ القانون الواجب التطبيق على المنقول وذلك على النحو التالي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على العقار

بادئ ذي بدء فإنَّه لا بدَّ من بيان موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على العقارات، حيث يقصد بالعقار وحسب مضمون نصّ المادة 129 من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء بها " غير المنقول ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي ما يسمّى بالعقار"[3]

وبناء عليه ومن ما يفهم من سياق المادة المذكورة آنفه أنَّ العقار هو عبارة عن منشأة كالبيوت وغير المنشأة والبيوت كالأراضي، إلى أنَّ المنشأة بدون الأراضي تعتبر منقول، فإذا ما قام شخص ببناء بيت على أرض ليست ملكاً له فيكون ذلك البيت منقولاً.[4]

ونلاحظ أيضاً أنَّ القانون المدني الأردني قد نصّ على" كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقلة من دون تلف أو تغير هيئة فهو عقار"[5]

بالتالي فإنَّ العقار هو الشي الذي يملك خاصية الاستقرار سواءً كان ذلك من أصل وجوده أم كان ذلك بصنع البشر، حيث أنَّ هذا الشيء لا يمكن أن يكون مستقراً إلا إذا أمكن نقله من مكان وجوده إلى مكان آخر دون تلفها.[6]

---

[1] عبد الرحمن، جابر جاد: تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1969.ص516.

[2] السنهوري، علد الرزاق احمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، ص14.

[3] نصّ المادة 129 من مجلة الاحكام العدلية، ص 16.

[4] حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الاحكام، بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، المجلد الأول، 2018، ص107.

[5] نصّ المادة 58 من القانون المدني الأردني، وهي تشابه نصّ المادة 68 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[6] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني بخصوص نصّ المادة 58.

أمَّا من حيث القانون الواجب التطبيق على العقارات فتعتبر قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه أيّ وجوده من القواعد الجوهرية في فقه القانون الدولي الخاص، إذ أنَّ هذه القاعدة ليست مستجدة أو مستحدثة بل إنَّها موجودة من القرون الوسطى إلى أنَّها تطورت عبر عدة مراحل كان للفقه دوراً كبيراً فيها، وإنَّ في تأصيل هذه القاعدة ما جعل البعض يعتبرها عرفاً دولياً ملزماً ناتج عن قدم هذه القاعدة.[1]

ويلاحظ أنَّ مجال القاعدة بخضوع العقار لقانون موقعه تشمل كافة الحقوق المتعلقة بالعقار سواء كانت حيازة العقار وملكية العقار والحقوق العينية الأخرى المتعلقة بالعقار، إلَّا أنَّه وعند الحديث عن العقود المتعلقة بالعقار يجب تفرقتها عن الحقوق الشخصية مثل الأهلية وسائر الشروط الشكلية، فنرى على سبيل المثال أنَّ الأهلية تخضع لقانون الجنسية كونها من مسائل الأحوال الشخصية وهذا لا يعدُّ استثناء على قاعدة خضوع العقارات لقانون موقعها[2]، بمعنى أنَّه لا يستثنى من تطبيق قانون الموقع سوى الأهليَّة والشكل، أمّا بالنسبة للحقوق العينية التي يعتبر القانون مصدرها مثل الرهن الذي تقرره بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها، فلا يكفي أن يقرر قانون الموقع الحق العيني في هذا الفرض، بل يجب أن يقرَّ الحق من القانون الذي يحكم هذا الدين المضمون، وكذلك الحال بالنسبة لحقوق الامتياز أيضاً.[3]

وإنَّ في جعل القانون المختص لحكم العقار قانون موقعه نرى أنَّ الفقه قد دعم هذه النظرية بعدة مبررات والمتمثلة فيما يلي:

1. إنَّ في تطبيق قاعدة موحدة على العقارات في مختلف قوانين الدول من شأن ذلك أن يؤدي إلى استقرار في المعاملات وانسجامها الأمر الذي يترتب عليه وحدة الحل والتشابه بين معظم البلدان،[4]مما يترتب علية السهولة في تنفيذ الأحكام في معظم الدول.[1]

---

[1] الكردي، جمال محمود: مرجع سابق، ص423 – ص424.

[2] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص 388 –389." بالتالي يرى الباحث ومن خلال النّصّ القانوني ان مجال هذه القاعدة المتكلمة بخضوع العقار الى قانون مكان وجوده تسري على كل ما يتعلق بالعقارات باستثناء الامور الشخصية المتعلقة بالأشخاص مثل اهليتهم وعلى العقود بان يختار الاطراف القانون الواجب التطبيق على العقد "،

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق ص809.

[4] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص200

2. في خضوع العقار لقانون موقعة حماية قانونية للغير وذلك من خلال معرفة النظام القانوني المطبق على العقارات ومعرفة السجلات الخاصة به، حيث يتمكن الغير ومن خلال تطبيق قانون موقع العقار عليه معرفة ما إذا كان هذا العقار مرهونا أو إنَّ هنالك دعاوى بخصوصه أو عليه بعض الأعباء المالية(كالديون).[2]

3. خضوع العقار لقانون موقعة يؤدي إلى اندماج العقار في الإقليم، وهذا ما يطلق علية التركيز المكاني الأمر الذي يترتب علية تمركز المال في موقعه، بالتالي التركيز الواقعي لكافة المعاملات القانونية المتعلقة بهذا العقار.[3]

4. إنَّ في خضوع العقار لقانون موقعة ترسيخ لمبدأ سيادة الدولة، الأمر المرتبط ارتباطاً وثيقاً في الاعتبارات السياسية لدولة والتي تعتبر العقار الواقع ضمن إقليمها خاضع لقوانينها[4]، وعلى اعتبار أنَّ العقار جزءاً من إقليم الدولة فانَّ من الطبيعي ولكون أنَّ سيادة الدولة مفروضة على إقليمها فإنَّ قوانينها أيضاً سوف تسري على العقارات الموجودة بها.[5]

5. في خضوع العقار لقانون موقعة تحقيق التزامن ما بين الاختصاص القضائي والتشريعي، على اعتبار أنَّ المحاكم المختصة بحكم النزاع الواقع على عقار معين هي تلك المحاكم التي يوجد ضمن إقليمها ذلك العقار[6]، وذلك لعدة اعتبارات منها أن هذه المحاكم من شانها أن تكفل تنفيذ الحكم الصادر بحق العقار موضوع الدعوى وهي بكل تأكيد الأجدر والأكثر كفاءة في الفصل بتلك المنازعات بناء على اعتبارات الموقع.[7]

---

[1] سلامة، أحمد عبد الكريم: الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، الرياض – جامعة الملك سعود، النشر العلمي والمطابع، 1998. ص 478.

[2] المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي)، عمان – الأردن، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع،2002. ص176.

[3] سلامة، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 915.

[4] المصري، محمد وليد: مرجع سابق، ص177.

[5] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص797.

[6] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص796.

[7] سلامة، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص915.

مما سبق يرى الباحث أنَّ في إخضاع العقار لقانون موقعة أمراً يتوافق وحكم القانون، وأنَّ القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى صعوبات كثيرة سيما أنَّ الفقه قد صاغ وأوجد عدة مبررات سابقة الذكر من شأنها أن تدعم القول بوجوب إخضاع العقار لقانون موقعه وعدم إخضاعه لأيّ قانون آخر، وذلك بناء على اعتبارات أهمها سيادية، سيما أنَّ في تطبيق قانون الموقع حماية للأطراف وللغير وتسهيل في الإجراءات.

وفي هذا الإطار يمكن القول أنَّه لا وجود لصعوبات في تحديد موقع(مكان) العقار ، إلا أنَّه يتبادر للذهن سؤال إذا ما كان هذا العقار واقع على الحدود الفاصلة ما بين دولتين مختلفتين فأيّ من قانون تلك الدول سوف يحكم المسالة، وفي هذه الحالة نجد أنَّ الفقه لم يتردد في حل هذه المسالة وقال أنَّ هذا العقار يجزأ إلى جزأيّن ويخضع كل جزء منه لقانون الدولة التي ينتمي إليها مالم توجد اتفاقية دولية لتنظيم هذه المسألة.[1]

وبعد بيان رأيّ الفقه من خضوع العقار لقانون موقعه لا بد من بيان النّصّوص القانونية المتعلقة بذلك حيث جاء في نصّ المادة(26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني مي يلي "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار فيما يختص به" ويلاحظ أنَّ هذه المادة متشابه ونصّ المادة 19 من القانون المدني الاردني[2]، ونصّ المادة 17 من القانون المدني الجزائري[3]، ونصّ المادة 18 من القانون المدني المصري[4].

ومن خلال تأصيل وتحليل النّصّوص القانونية يرى الباحث أنَّه وفقاً للقوانين المقارنة أنَّ قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق في حال وجود نزاع يتعلق بالعقار، ونلاحظ أيضاً أنَّ مشروع القانون المدني الفلسطيني جاء متوافقاً مع كل من التشريع المدني الأردني والمصري، إلَّا أنَّه

---

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص797.

[2] القانون المدني الأردني نصّ المادة 19 والتي تنصّ " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار"

[3] القانون المدني الجزائري نصّ المادة 17 والتي جاء بها "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون موقع العقار"

[4] القانون المدني المصري نصّ المادة 18 والتي جاء بها " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار".

مختلف مع القانون المدني الجزائري حيث نلاحظ أنَّ القانون المدني الجزائري قد جاء بلفظ المال أيّ أنَّه يشمل في ذلك العقار والمنقول وهو مبين في نصّ المادة على خلاف المشروع المدني الفلسطيني الذي أعطى كلّ منهم حكماً خاصاً به.[1]

مما سبق يرى الباحث أنَّه تمَّ إجماع ما بين الفقه والتشريع على إخضاع العقار لقانون موقعة وهذا الأمر يتوافق مع الاعتبارات السيادية ومن شأنه أن يسهل المعاملات ويحفظ الحقوق ما بين الأفراد.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على المنقول

بعد أن انتهى الباحث من بيان القانون الواجب التطبيق على العقار باعتبار أنَّ العقار جزء من المال كما بين الباحث في بداية هذا الفرع، فلا بدَّ من بيان القانون الواجب التطبيق على المنقول وهو الجزء الثاني من المال بشكل عام.

أولاً: تعريف المنقول

في البداية لا بدَّ من بيان موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على المنقولات، حيث يقصد بالمنقول وبحسب نصّ المادة 128 من مجلة الأحكام العدلية والتي تنصّ على" المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات"[2]، حيث يعتبر من المنقولات أيضاً الأبنية والأشجار المملوكة الموجودة في الأرض الأميرية أو أراضي الوقف، لذلك فإنَّ الأبنية والأشجار تأخذ حكم المنقول إذا ما كان لها اعتبار لوحدها بشكل مفصول عن الأرض المقامة أو الواقعة عليها.[3]

وبالرجوع إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني نجد أنَّه لم يوضح مفهوم المنقول بالشكل الموضح في مجلة الأحكام العدلية حيث جاء في نصّ المادة 68 منه "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا

---

[1] انظر نصّ المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

[2] مجلة الاحكام العدلية نصّ المادة 128.

[3] حيدر، علي: مرجع سابق، ص 106.

يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"[1]، وهذه المادة تتشابه مع نصّ المادة 58 من القانون المدني الأردني[2]، ومن خلال تحليل المواد السابقة يمكن القول بأنَّ المنقول هو شيء غير ثابت غير مستقر في مكان ما بحيث أنَّه من الممكن نقله وتغيير مكانه دون أن يحدث ذلك التغير تلفاً فيه.

يلاحظ الباحث مما سبق أنَّ مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني قد اعتراه القصور في تحديد مفهوم العقار على خلاف مجلة الأحكام العدلية التي بينت المقصود بالمنقول في نصّ المادة 128 المبينة فيما سبق.

بعد بيان المقصود بالمنقول لا بدَّ من توضيح موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على المنقولات حيث ظهرت عدة نظريات قد عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على المنقول في ظل النزاع المشوب بعنصّر أجنبي ومن هذه النظريات ما يلي:

أولاً: نظرية قانون موطن المالك

إنَّه وفقاً لهذه النظرية فإنَّ القانون الواجب التطبيق على المنقول هو قانون موطن المالك(أيّ مالك المنقول) على اعتبار أنَّ هذا المنقول مرتبط في ذمة مالكه، حيث أنَّ الأساس الذي تقوم علية هذه النظرية هو إخضاع المنقول لقانون الموقع المفترض الموجود به وفي إطار هذه النظرية يعتبر موطن المالك هو الموقع المفترض لذلك المنقول.[3]

---

[1] المادة 68 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003

[2] المادة 58 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف او تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

[3] الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: احكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية: لبنان – بيروت، 2012.ص103.

إلا أنَّ هذه النظرية لاقت انتقادات عده متمثلة فيما يلي:

1. الحالة التي يكون بها اختلاف بين جنسية المالك عن المال المملوك وهذه الحالة تتمثل في اتحاد جنسية المنقول مع العقار المرتبط به الأمر الذي يترتب علية خضوع كلاهما لقانون الموقع.[1]

2. هذه النظرية لا تحقق العدالة ولا تتماشى مع توقعات الأطراف الأمر الذي يترتب عليه إلحاق الضرر بهم وبحقوقهم، حيث تثور الصعوبة في تحديد قانون الموطن(المدعي أم المدعى عليه) وفي الحالة التي يتمُّ تحديد قانون الموطن فإنَّ الحكم يتغير حسب مجريات الدعوى ومن قام برفعها وإقامتها.[2]

3. تتناقض هذه الاتفاقية مع الواقعية، حيث من الممكن أن تكون الأموال المنقولة في مكان معين ويكون مالكها في مكان آخر.[3]

يلاحظ الباحث أنَّ هذه النظرية مساوئها تفوق محاسنها حيث أنَّه من الممكن أن تكون الأموال المنقولة في مكان ويكون مالكها في مكان آخر مختلف الأمر الذي يترتب عليه عدم معرفة القانون الواجب التطبيق عليها عدى عن ذلك فإنَّ في تطبيق هذه النظرية إلحاق الضرر بحقوق الأطراف.

ثانيا: نظرية القانون الأكثر ملاءمة

وفقا لهذه النظرية يكون القانون الواجب التطبيق على المنقولات هو قانون الدولة الأكثر صله بالمنقول محل النزاع، ومما يؤخذ على هذه النظرية أنَّ هنالك صعوبة في بيان الدولة الأكثر صله بالمنقول لاعتبارات أهمها إمكانية نقل المنقول من دولة إلى دولة أخرى مختلفة.[4]

---

[1] الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: مرجع سابق، ص103.

[2] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص 203.

[3] الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا: مرجع سابق، ص105.

[4] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص203.

ثالثا: نظرية قانون مكان الإبرام

وفقا لهذه النظرية يكون القانون الواجب التطبيق على المنقول قانون الدولة التي أبرم فيها العقد المتعلق بالمنقول محل النزاع، ومما يؤخذ على هذه النظرية أنَّه قد يصلح لبعض الأموال المنقولة ولا يصلح لجميعها.[1]

رابعاً: نظرية قانون الموقع

وفقا لهذه النظرية يكون القانون الواجب التطبيق على المنقول هو قانون موقعه الفعلي وبالتالي يكون الاختصاص التشريعي لقانون موقع المنقول.[2]

ولهذه النظرية عدة مبررات منها:

1. سلامة المعاملات، على اعتبار أنَّ قانون الموقع هو أسهل القوانين التي يمكن معرفتها والتعرف على أحكامها.[3]
2. مركز العلاقة القانونية المتعلقة بالمنقول هو قانون الموقع، الأمر الذي يترتب عليه جعل قانون الموقع أنسب القوانين لحكم المسألة[4]
3. إنَّ في تطبيق قانون الموقع من شأنه أن يحقق المصالح العامة ومصالح الأفراد، فمن ناحية الدولة فهو يساعد على تطبيق تشريعاتها على الأموال المنقولة الموجودة داخل حدود إقليمها، ومن جهة الأفراد فإنَّ تطبيق قانون الموقع يساعد على حفظ توقعاتهم وتحقيق الطمأنينة لهم.[5]

وبعد عرض الآراء الفقهية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المنقولات يرى الباحث أنَّ أنسبها نظرية قانون موقع المنقول وذلك للمبررات سابقة الذكر.

---

[1] الداودي، غالب علي: مرجع سابق، ص203 ونلاحظ برجوع الى نصّ المادة 130 من قانون التجارة الأردني ان المشرع الأردني قد اخذ بهذه النظرية فيما يتعلق بالأهلية.

[2] الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا: مرجع سابق، ص103.

[3] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص391.

[4] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص391.

[5] سلامة، احمد عبد الكريم: القانون الدولي الخاص: مرجع سابق، ص922.

أمَّا بالنسبة للتشريعات والقانون الواجب التطبيق على المنقول ومن خلال الرجوع لنصّ المادة 27 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها" القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أم منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها ذلك الشيء وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة التي تكسب الحق على الشيء"[1]وهذه المادة تتشابه ونصّ المادة19 من القانون المدني الأردني[2]، وكذلك نصّ المادة 17 من القانون المدني الجزائري[3].

ومن خلال تأصيل وتحليل النّصوص القانونية نلاحظ أن هنالك إجماع ما بين التشريعات المقارنة على إخضاع المنقول وربطها بضابط الإسناد المتمثل في قانون موقعه، حيث يخضع مركز الأموال المنقولة لقانون موقعها القديم الموجود به هذا المال وقت تحقق سبب الكسب لملكيتها أو الحقوق العينة الأخرى أو فقدانها.[4]

الفرع الثاني: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على الأموال

أولا: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على العقارات

بعد بيان القانون الواجب التطبيق على العقارات والمتمثل بقانون موقعه فإنَّه من المفترض عدم قبول الإحالة في هذا المسألة، ذلك لاعتبارات سالفة الذكر في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقارات.

أمَّا بالنسبة للدعاوى المتعلقة في عقارات موجودة في الخارج ولكن الدعاوى منظورة أمام القضاء الوطني فالأصل في هذه المسألة أن لا تثور الإحالة، على اعتبار أنَّ غالبية التشريعات لا تعقد الاختصاص لقضائها في نظر الدعاوى المتعلقة بعقار موجود في الخارج، إلّا أنَّه في الحالات الاستثنائية التي يعقد فيها الاختصاص لنظر النزاع المتعلق بعقار للقضاء الوطني وقاعدة الإسناد

[1] نصّ المادة27 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة2003.

[2] نصّ المادة 19 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها " ويسري بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الاخرى او فقدها".

[3] نصّ المادة 17 من القانون المدني الجزائري والتي جاء بها "يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب علية كسب الحيازة او الملكية او الحقوق العينية الأخرى او فقدها".

[4] دواس، امين: مرجع سابق، ص160." أيّ قانون الجهة التي يوجد بها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب علية كسب الحيازة والملكية الو الحقوق العينية الاخرى او فقدها" راجع في هذا الشأن صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص792.

تعقد الاختصاص لقانون أجنبي الذي بدوره يتخلى عن اختصاصه لقانون القاضي أو إلى قانون آخر، فإنَّه يتوجب وهذه الحالة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحال عليه، فالمشرع الوطني يجعل من قانون موقع العقار القانون المختص بحكم المسألة على اعتبار أنَّه أكثر القوانين ملاءمة لحكمها، ذلك لكون أنَّ دولة موقع العقار هي صاحبة السيادة والسلطة الفعلية عليه الأمر الذي يكفل تنفيذ الحكم الصادر بشأنه[1]، وفي الوقت الذي يعقد قانون الموقع الاختصاص لغيره فلا بدَّ من قبول الإحالة منه طالما أنَّ الحقوق المكتسبة وفقا للقانون المحال عليه سيتم الاعتراف بها من قبل قانون موقع العقار فلا وجود مكان لرفض الإحالة في مثل هذه الحالة.[2]

إلّا أنَّ الباحث وفي هذه المسألة يرى عكس ذلك حيث لا وجود للإحالة أو من غير المستساغ قبول الإحالة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقارات، ذلك لكون أنَّ قانون موقع العقار هو الأكثر ملاءمة لحسم النزاع المتعلق بذلك العقار ولاعتبارات أخرى أيضاً مفادها مراعاة مصالح الأطراف وتسهيل إجراءات التقاضي، حيث يفترض من القاضي المعروض علية النزاع المتعلق بعقار أن يتجه لقانون موقع العقار بشكل مباشر إلى قواعده الموضوعية وليس إلى مجمل القانون، وهكذا كان رأيّ مشروع القانون المدني الفلسطيني والمشرع الأردني بخصوص المواد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقارات وتدعيما لهذا نجد أنَّ المشرع الفلسطيني وفي قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ رقم (2) لسنة 2001 قد تبنى موقف واضح بهذا الشأن حيث جاء في نصّ المادة 44 ما يلي" إذا تعلقت الدعوى بحقّ عيني على عقار أو على أحد أجزائه فيكون الاختصاص لمحكمة موقع المال" ومن خلال تحليل النّصّ القانوني نجد أنَّ غاية المشرع الفلسطيني من جعل المحاكم المختصة بنظر النزاع المتعلق بعقار هي محكمة موقع العقار تسهيل إجراءات للتقاضي على الأطراف، فكيف يستقيم القول بجعل قانون آخر غير قانون موقع العقار هو المختص بحكم المسألة المتعلقة بعقار معين.

[1] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص378.

[2] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، ص231.

ثانيا: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على المنقولات

بعد بيان القانون الواجب التطبيق على المنقولات والمتمثل بقانون موقع المال المنقول فهل يمكن قبول الإحالة من هذا القانون إلى قانون آخر لحكم المسألة أم لا؟؟

نرى أنَّ بعض الفقه ذهب إلى قبول الإحالة على المنقولات، حيث صاغ بعضهم الاحتمال الواردة بشأن العقارات آنفة، بل ذهب بعضهم إلى أبعد من ذلك بقولهم بأنَّه يمكن إضافة تطبيقات أخرى متعددة لمسألة الإحالة سواء تمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة أخرى.[1]

إلا أنَّ الباحث وفي هذه المسألة أيضاً يرى بأنَّه لا مجال للقول بقبول الإحالة من قانون موقع المنقول إلى قانون آخر سيما أنَّ غاية المشرع في جعل الاختصاص لقانون الموقع هي تسهيل المعاملات والحفاظ على توقعات الأطراف وأنَّ القول بقبول الإحالة من قانون الموقع إلى قانون آخر من شأن ذلك أن يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة وإضاعة القانون الواجب التطبيق على المال بالتالي إضاعة حقوق الأطراف.

المطلب الثاني: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على العقود واشكال التصرفات

يستعرض الباحث ومن خلال هذا المطلب إمكانية تطبيق الإحالة على موضوعين مهمين بعد بيان القانون الواجب التطبيق على العقود ومدى تطبيق الإحالة عليه في الفرع الأول من هذا المطلب، ومن ثمَّ ينقل الباحث لبيان القانون الواجب التطبيق على أشكال التصرفات ومدى تطبيق الإحالة عليها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: مدى تطبيق الإحالة على العقود

بداية الأمر لا بدَّ من القول بأنَّ الالتزامات التعاقدية تقسم إلى قسمين يتمثل القسم الأول بالعقد الوطني: وهو ذلك العقد الذي يكون فيه أطراف العلاقة وطنيين أيّ لا يوجد به عنصّر أجنبي، وهذه العقود تخضع في كافة حالاتها للقانون الوطني، وفي حال اختيار الأطراف قانون أجنبي لحكم المسألة فإنَّه يعتبر في مثل هذه الحالة شرط من شروط التعاقد ولكي يعتد به يجب أن لا

[1] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، ص231.

يخالف القواعد إلا مرة في القانون الوطني الذي يحكم العقد في مثل هذه الحالة، أمَّا بخصوص القسم الثاني وهو العقد الدولي: وهو ذلك العقد الذي يتخلله عنصّر أجنبي وبمثل هذه الحالة يجب إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية.[1]

مما لا شك فيه أنَّ خضوع العقد لقانون الإرادة من أقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي استقرت عليها قواعد تنازع القوانين في أغلب النظم القانونية،[2]حيث بدأت هذه النظرية بظهور في ضوء الفقه الإيطالي القديم وبالتحديد في القرن الخامس عشر، يترتب على ذلك نتيجة مهمة تتمثل بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الناظمة بينهم، وهذا يعود للقواعد القانونية التي يضعها المشرع في دولة القاضي لبيان القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، وبناء علية اختيار الأطراف لقانون العقد منشأه قواعد تنازع القوانين في مختلف النظم القانونية الأمر الذي يترتب عليه عدم مقدرة أطراف العقد على استبعاد قواعد الإسناد في دولة القاضي والتي يمكن أن يتخللها عدة قوانين مختصه لحكم الالتزامات التعاقدية.[3]

إلّا أنَّ إخضاع الالتزامات التعاقدية لمبدأ سلطان الإرادة لم يسلم من توجيه الانتقادات إليه والتي تتمثل فيما يلي:

1. إذا كان القانون الذي اتفقت عليه إرادة الأطراف هو الذي يحكم العقد (مبدأ سلطان الإرادة) وهو الذي يمنح العقد قوته الإلزامية، فكيف تنشأ هذه القوة الإلزامية لاتفاق الأطراف دون اكتسابها من قاعدة قانونية وخصوصاً إذا ما كانت قاعدة قانونية أمرة؟؟ الأمر الذي من شأنه أن يجعل من خضوع العقد لمبدأ سلطان الإرادة (القانون المختار) الوقوع في الحلقة المفرغة.[4]

---

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص646.

[2] الفحص، محمد بلجاج: بحث بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار المنظومة، ص66، (الرابط)

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص649 – ص651.

[4] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص421. ولتوضيح ذلك " إذا ما كان قانون الارادة هو الذي يحكم العقد ويمنحه قوة الملزمة، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق الخصوم على اختيار القانون المختص، فاذا ما قلنا انه القانون المختار ولكون ان هذ القانون يستمد اختصاصه من سلطان الارادة، وفي الاتجاه الاخر نلاحظ ان الارادة تستمد قوتها من هذا القانون فان من شان ذلك ان يوقع في الحقة المفرغة"

يمكن الردُّ على هذا الاتجاه بإيجاز بسيط مفاده بأنَّ اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على الالتزام التعاقدي (مبدأ سلطان الإرادة) هو بمثابة عقد مستقل عن العقد الأصلي الناظم للالتزامات التعاقدية فيما بينهم، كون أنَّ العقد المستقل الناشئ عن إرادة الأطراف(اتفاق مبدئي على القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي الناظم للالتزامات هم التعاقدية) وهذا مفاده عودة الأطراف إلى قواعد الإسناد في القانون والاستنارة بداية بمعنى خضوع الالتزامات التعاقدية ما بين الأطراف لمبدأ سلطان الإرادة.[1]

2. يرى جانب من الفقه أنَّ حرية الأطراف في اختيار القانون الناظم للالتزامات التعاقدية مفاده التنازل عن وظيفة المشرع في وضع القواعد القانونية الناظمة لأيّ علاقة، في ضوء أنَّ المستقر عليه أنَّ وظيفة التشريع تحديد نطاق سلطانه، ولم يترك هذا الأمر لمطلق إرادة الأطراف.[2]

يمكن الردُّ على هذا الاتجاه بإيجاز بسيط مفاده اختيار الأطراف للقانون الناظم للالتزامات التعاقدية فيما بينهم ليس محض اختيار شخصي بل هو على النقيض من ذلك كون أنَّ ذلك الاختيار في الأساس مستمد من قاعدة قانونية مفادها (أنَّ هنالك هامش من الحرية للأطراف في اختيار وتحديد القانون الناظم للالتزامات التعاقدية فيما بينهم) الأمر الذي يعزز مبدأ سيادة القانون بشكل أساسي.[3]

3. يرى جانب من الفقه أنَّ حرية الأطراف في اختيار القانون الناظم للالتزامات التعاقدية من شأنه أن يرتب آثار غير مقبولة للمتعاقدين، بأن يجعل كافة الآثار المترتبة على التزامهم التعاقدي باطلان أو جزء منها، الأمر الذي يترتب عليه استحالة تنفيذ مضمون الالتزامات التعاقدية.[4]

يمكن الرد على هذا الاتجاه بإيجاز بسيط مفاده أنَّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم بتحديد القانون المختص مكانياً أو (الاختصاص المكاني للقانون الواجب التطبيق على العقد)، بينما جوهر

---

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص649.

[2] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص422.

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص649.

[4] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص422.

الالتزامات التعاقدية يكون متوافق ومنسجم تماماً مع القواعد القانونية الناظمة لالتزامهم التعاقدي ولا مجال للقول بصياغة الأطراف بنود التعاقد(العقد) تخالف تلك القواعد القانونية تحت طائلة البطلان(بمعنى أنَّ العبرة في القواعد القانونية).[1]

وهنا يرى الباحث أنَّ مجمل الانتقادات الموجه من قبل الفقه عارية عن الصحة والصواب حيث أنَّها تمثلت بتغليب مبدأ سلطان الإرادة على القواعد القانونية الناظمة للالتزامات التعاقدية في القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة لاعتبارات عديدة منها أنَّ مبدأ سلطان الإرادة لا يمكنه بأيّ حال من الأحوال تجاوز القواعد إلا مرة في القانون الواجب التطبيق كون أنَّ تلك القواعد من النظام العام الذي لا يجوز قطعا الاتفاق على ما يخالفها، وكذلك أيضاً أنَّ سلطان الإرادة يقتصر على التركيز المكاني للعقد أيّ القانون الذي يحكم العقد، بينما فحوى الالتزام التعاقدي يكون منسجماً ومنبثقاً عن القواعد القانونية للقانون الواجب التطبيق والتي تكون في الغالب ذات إجماع بين الدول.

وفي هذا السياق لا بدَّ من بيان موقف القوانين المقارنة من مسألة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وبالرجوع إلى نصّ المادة 25 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أنَّ قانوناً آخر هو المراد تطبيقه"[2].

---

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص651 – ص654.

[2] مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003. راجع نصّ المادة 20 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، راجع نصّ المادة 19 من القانون المدني المصري والتي جاء بها" يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر هو الذى يراد تطبيقه"، راجع نصّ المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي جاء بها" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صله حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة".

وبالرجوع إلى نصّوص المواد السابقة يتضح أنَّ إرادة المتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية هي التي تسري على الالتزامات المتعاقدين،[1] وفي حال تعذر إمكانية الكشف عن إرادة المتعاقدين يسار إلى تطبيق الموطن المشترك للمتعاقدين أن اتخذا موطناً، وفي حال عدم توفر هذا الضابط يسار إلى ضابط مكان الإبرام.[2]

وبهذا يجد الباحث أنَّ موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني قد غلب مبدأ سلطان الإرادة أسوة بالقوانين المقارنة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وأنَّه في حال عدم وجود الإرادة الصريحة أو الضمنية فإنَّه يسار إلى تطبيق قانون الموطن المشترك، أو مكان الإبرام أيّ أنَّ المشروع قد حسم المشكلة في حال عدم وجود الإرادة، وبهذا الإطار لا مجال للقول بتعثر إمكانية معرفة القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

بعد أن قام الباحث بعرض القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ينتقل الباحث لبيان مسألة الإحالة فيما إذا كانت مقبولة وموقفه في مجال الالتزامات التعاقدية.

يتضح مما سبق بيانه اختيار الأطراف لمبدأ سلطان الإرادة مفاده إطلاع الأطراف ودراستهم لتلك القواعد القانونية في القانون المختار، كون أنَّ ذلك القانون يحقق المصالح المشتركة بينهم، الأمر الذي يترتب عليه الذهاب لتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار وعدم تطبيق قواعد الإسناد فيه بمعنى عدم الأخذ بالإحالة، وهذا ينسجم تماما مع أحكام المادة 15 من اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود، وذلك باستبعادها الإحالة في مجال العقود بشكل صريح.[3]

وهذا ما أكده جانب كبير من الفقه في رفض فكرة الإحالة في مجال العقود الدولية، كون أنَّ فكرة الإحالة تتعارض مع ضابط الإسناد المنصّوص عليه في القواعد القانونية، وعلية وفي حال اعتماد قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود هذا من شأنه اخضاع العقد المبرم ما

---

[1] يدخل ضمن فكرة الالتزامات التعاقدية الشروط الموضوعية للعقد، والمسؤولية العقدية، واثار العقد.

[2] مذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فيما يتعلق بنصّ المادة 25. صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص654- ص656.

[3] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، ص241.

بين الأطراف الى قانون آخر يختلف عن القانون المحدد بمحض إرادة الأطراف، الأمر الذي يترتب عليه اضطراب معاملات الأطراف على اعتبار أنَّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على معاملاتهم من شأنه أن يحقق المصالح المادية لأطراف العلاقة، وأنَّ القول بغير ذلك من شأنه تطبيق قواعد قانونية لم تكن محل رغبة من قبل الأطراف، وبالتأكيد غير منسجمة وأهدافهم ومصالحهم الشخصية، لذلك كلّه فإنَّ فكرة الإحالة في العقود كانت محل رفض لتلك الأسباب المذكورة سابقاً.[1]

وهنا يجدر الإشارة إلى أنَّه وفي إطار ما سبق يمكن القول والتأكيد على عدم الجواز الأخذ بالإحالة، إلا أنَّه وفي هذا السياق يثور التساؤل حول الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على القانون الواجب التطبيق بشكل مطلق (صريح) أيّ أنَّهم لم يقوموا باختيار قانون معين لحكم التزاماتهم التعاقدية، هل يمكن الأخذ بالإحالة أم لا؟؟

في هذا السياق فإنَّه يتضح أنَّ هنالك إطارين لتركيز العلاقة، الإطار الأول المتمثل في الاتجاه التشريعي ذلك بأن يقوم التشريع بوضع ضوابط إسناد أخرى في حال تغيب إرادة المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وهذا ما أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني والقوانين المقارنة، وبمثل هذه الحالة هل يمكن الأخذ بالإحالة أم لا؟ يرى جانب من الفقه أنَّ الأخذ بالإحالة في مثل هذه الحالة من شأنه أن يؤدي لتحقيق نتائج نموذجية على علاقة الأطراف وتحقيق رغباتهم ولتوضيح ذلك نعطي المثال التالي: في الحالة التي لم يتفق الأطراف فيها على إخضاع العقد المبرم بينهم لقانون معين، هنا وبالرجوع لضابط الإسناد المحدد من سابق من قبل المشرع الأردني مثلاً نرى أنَّ العقد يخضع إمَّا لقانون الموطن المشترك وفي حالة عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين، يخضع العقد لقانون الدولة التي نعقد فيها في حال تغيب إرادة المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وفي كلَّ من الحالتين السابقتين نذهب إلى تطبيق القواعد الموضوعية، فلو افترضنا أنَّ القاضي وعند ذهابه لتطبيق قانون الموطن المشترك رأى أنَّه لا وجود للموطن المشترك، فبمثل هذه الحالة يلجأ القاضي لتطبيق قانون مكان الإبرام، بمعنى تطبيق القواعد الموضوعية فيه ولنفترض أنَّ القاضي وهذه الحالة رأى أنَّ هذا

[1] صادق، هشام علي: مرجع سابق ص 198. راجع أيضاً الفحصي، محمد بلجاج: مرجع سابق، ص70.

القانون وبسبب ظروف معينة لا يتناسب والنزاع المعروض، فإننا وهذه الحالة نلاحظ أنَّ ضوابط الإسناد الموضوعة من قبل المشرع عاجزة عن حل النزاع المعروض، فبمثل هذه الحالة قد يؤدي الأخذ بالإحالة والرجوع لقواعد الإسناد في قانون مكان الإبرام إلى تحقيق رغبة الأطراف وحمايتهم، أمَّا بالنسبة للإطار الآخر والمتمثل بسكوت المشرع وترك الأمر لقاضي الموضوع الذي يقوم بدوره بالبحث عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة المطروحة أمامه فلا مجال للقول بقبول الإحالة ذلك؛ لأنَّ في قبول الإحالة من القانون الأكثر صله بالعلاقة الى قانون غيره أقل صلة بالعلاقة المطروحة مؤداه عدم تحقيق رغبة الأطراف وحماية توقعاتهم.[1]

في ضوء ما تقدم يرى الباحث وفي إطار مسالة الالتزامات التعاقدية المتعلقة بعنصّر أجنبي، أنَّه وفي الحالة التي يتفق الأطراف فيها على إخضاع عقودهم لقانون معين حسب مبدأ (سلطان الإرادة للمتعاقدين) فإنَّه يتوجب على القاضي في مثل هذه الحالة الذهاب للقواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الأطراف وعدم التطرق لقواعد الإسناد فيه، بمعنى عدم الأخذ بالإحالة في الحالة التي يكون فيها الأطراف متفقين على إعمال قانون معين على العقود الناظمة فيما بينهم؛ لأنَّ القول بغير ذلك يؤدي إلى تدمير ودثر مبدأ سلطان الإرادة المعطى من قبل القانون كحقّ لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، علاوة على ذلك فإنَّ الأخذ في الإحالة بمثل هذا الفرض يؤدي لتحقيق نتائج غير مقبولة ومخالفة لتوقعات الأطراف ورغباتهم، أمَّا في الحالة التي تتخلف الإرادة بها عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم ويتكفل المشرع لوحده في تحديد ذلك القانون بوضعه ضوابط إسناد اختياريه، فإنَّه والحالة هذه إذا ما رأى قاضي الموضع أنَّ ثمَّ قانون آخر مرتبط بالعلاقة محل النزاع ارتباط وثيق، ومن شأنه أن يؤدي لنتائج قانونية تحقق رغبة الأطراف وتتماشى مع توقعاتهم، فإنَّه والحالة هذه يمكن تطبيق الإحالة على الالتزامات التعاقدية كون أنَّ القانون في نهاية الأمر قد وجد أساساً لحماية الأفراد وتوقعاتهم في مختلف مجالات المعاملات بينهم، وفي النهاية بخصوص ما يتعلق بالحالة التي يسكت المشرع فيها عن وضع ضوابط لإسناد فإنَّه يتوجب على القاضي ربط العلاقة المعروضة علية بالقانون

[1] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، ص 242– ص244.

الأكثر صله بها، ولا مجال بعد ذلك للأخذ بالإحالة؛ لإنَّ الأخذ بالإحالة هنا لا يتناسب ووظيفة المشرع المتمثلة بحماية حقوق الأطراف وتوقعاتهم.

الفرع الثاني: مدى تطبيق الإحالة على أشكال التصرفات

يتحدث الباحث ومن خلال هذا الفرع عن أشكال التصرفات وإمكانية تطبيق الاحالة على الشكل الذي تطلب المشرع توفره في بعض التصرفات حتى تكون صحيحه فيعرض الباحث أولا: المقصود بشكل التصرف ومن ثمَّ مدى تطبيق الإحالة على هذه الأشكال وذلك على النحو التالي.

أولاً: تعريف شكل التصرف

يمكن تعريف شكل التصرف بأنّه الإطار الذي يتم فيه إظهار الإرادة الى العالم الخارجي[1]، وفي هذا الإطار تقول المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني أنَّ " الشكل المقصود في المادة يشمل عناصر الشكل الخارجية"[2]

استقرَّ الفقه على إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام، وهي تعد من قواعد الإسناد التي تنصّ عليها أغلب النظم القانونية المعاصرة، حيث نشأت هذه القاعدة منذ القدم لاعتبارات عملية، وفي الواقع أيضاً نجد اتفاق غالبية الدول على الأخذ بهذه القاعدة، وهذا يعود إلى العديد من الاعتبارات في مجال حاجة المعاملات الخاصة الدولية، ومن هذه الاعتبارات التيسير على المتعاقدين والذي يصعب عليهم المعرفة بأحكام قانون دوله لم يتمّ إبرام العقد بها، ولو افترضنا علمهم بأحكام قانون آخر فمن الصعب عليهم اتباع الشكل المقرر في هذا القانون وهو ما قد يؤدي إلى عدم إمكانية مباشرة هذا التصرف، ومن هذا المنطلق كان من الأولى إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام.[3]

[1] دواس، امين: مرجع سابق، ص 189.

[2] المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] صادق، هشام علي: مرجع سابق، ص377 – ص378.

بهذا الخصوص يمكن القول أنَّ قانون محل إبرام التصرف يكون الأطراف على علم واطلاع بمضمونه وأحكامه، الأمر الذي من شأنه أن يسهل عملية الخضوع له وتطبيقه، وهذا ما يتفق وأحكام التجارة الدولية ويجعلها أكثر سهولة ويسر على أطراف العلاقة، أمّا على الصعيد الاجتماعي فإنّ أساس هذه القاعدة قوامه أنّ قواعد الشكل تستنبط من الوسط الاجتماعي في أيّ مجتمع، فيلاحظ مثلاً أنَّ الدول المتحضرة ينحصر فيها قواعد الشكل، بينما الدول المتخلفة التي يسود فيها حالة الفوضى تكون فيها قواعد الشكل أكثر لزوماً، ومن الاعتبارات أيضاً وعلى الصعيد السياسي نجد أنَّ قواعد الشكل تتعلق بالأمن العام، وتكون الغاية منها تحقيق الطمأنينة على صحه التصرفات، ولغايات التقليل من المنازعات بين الأطراف، وبناءً على الاعتبارات سابقة الذكر نلاحظ أنَّ جميعها تصبُّ في فكرة مبدأ إقليمية القوانين التي تحكم شكل التصرف.[1]

إلا أنَّه وعلى الرغم من الاعتبارات المؤيدة لفكرة إخضاع شكل التصرف لمكان الإبرام، نجد أنَّ هنالك العديد من الانتقادات الموجه لها، حيث يرى البعض أنَّ القول بأنَّ أساس هذه القاعدة يقوم على أساس اجتماعي قول عارٍ عن الصحة، كون أنَّ فكرة الوسط الاجتماعي لا تقوم فقط بالنسبة للقوانين التي تحكم الشكل بل نجد أنَّ غالبية القوانين في معظم الدول تستنبط من الوسط الاجتماعي، وعلية يحق للأجانب الدفع بقواعد الشكل المقررة في قانونهم الوطني باعتبارها مأخوذة من الوسط الاجتماعي الخاص بدولتهم، بالتالي لا يجوز إلزامهم بالخضوع لقانون محل الإبرام بصفة آمرة.[2]

ويمكن الرد على اعتبار قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام من قواعد النظام العام، بأنَّ القانون الدولي الخاص يأخذ بفكرة تكافؤ أو استبدال الأشكال(تعدد ضوابط الإسناد التخييرية في قاعدة التنازع) وعند البحث في إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يتضح أنَّ هنالك

---

[1] ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: الفكرة المسنده في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006،ص26 وما بعد. "لتوضيح ذلك وعلى سبيل المثال لو الزمنا الأطراف خارج دولتهم بالامتثال للشكل المقرر في قانون جنسيتهم، فقد لا يعرفون احكام هذا القانون، وعلى فرض معرفتهم بأحكامه، فقد يتطلب هذا القانون أوضاعا شكلية غير معروفة في بلد الابرام، كما لو استلزم رسيمة التصرف في دولة لا تعرف فكرة الرسمية او لا يوجد بها قنصّل وطني، مما يعني في النهاية تعذر ابرام التصرف. ولهذا أملت الاعتبارات العملية السالفة ضرورة اخضاع شكل التصرف لقانون محل إبرامه"

[2] ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: مرجع سابق، ص 32.

شعور بعدم الاكتراث بمضمون قوانين الشكل، الأمر الذي لا يعطيها بالغ الأهمية ولو كانت قواعد الشكل من النظام العام لما ذكرها المشرع على سبيل التخيير، وأنَّ الغاية من التخيير في القوانين الداخلية لغالبية الدول بشأن قواعد الشكل إنما لكي تجعل منها قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها، بمعنى أنَّها ليست قاعدة آمرة فإذا كانت قواعد الشكل في القانون الداخلي لا تتعلق بالنظام العام فمن باب أولى عدم اعتبارها من النظام العام في القانون الدولي الخاص.[1]

بعد أن قام الباحث ببيان التأصيل الفقهي لمسألة إخضاع شكل التصرف لمحل الإبرام، سوف يقوم الباحث بعرض الموقف القانوني الذي يحكم شكل التصرفات من خلال استعراض النّصّوص القانونية المتعلقة بذلك على النحو التالي:

أنَّ غالبية القوانين تنصّ صراحة على أنَّ القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف هو قانون محل الإبرام وهذه قاعدة تقليدية في القانون الدولي الخاص وفق ما سيتم بيانه من النّصّوص القانونية المتعلقة بهذا الشأن، حيث نلاحظ وبالرجوع إلى نصّ المادة 2/17 من مشروع القانون المدني الفلسطيني أنَّها نصّت على" أمَّا من حيث الشكل فيعدُّ الزواج ما بين أجنبيين أو أجنبي وفلسطيني صحيحًا إذا عقد وفقًا لقانون البلد الذي تمَّ فيه أو قانون كل من الزوجين "[2]، وهذه المادة تقابل نصّ المادة 2/13 من القانون المدني الأردني[3].

والملاحظ من هذه المادة ومن خلال تحليل النّصّ القانوني يجد الباحث أنَّ مشروع القانون المدني الفلسطيني قد أخذ بما أخذ به المشرع الأردني، بأن جعل شكل الزواج يخضع لقانون محل الإبرام، أيّ القانون الذي أبرم فيه الزواج، أو قانون كلّ من الزوجين في حال الاشتراك، أيّ أنَّ ضابط مكان الإبرام ضابط اختياري.

وبالرجوع إلى نصّ المادة 28 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء بها" تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه أو للقانون الذي يسري على أحكامها

---

[1] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق، ص488 وما بعد.

[2] مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003.

[3] نصّ المادة 2/13 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها"– أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الاوضاع التي قررها قانون كل من الزوج"

الموضوعية، أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"[1]، وهذه المادة تشابه نصّ المادة 21 من القانون المدني الأردني[2]، ونصّ المادة 20 من القانون المدني المصري.[3]

ومن خلال تحليل نصّ المادة السابقة يرى الباحث أنَّ هذا النّصّ يضع أربع ضوابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد والمتمثلة في قانون محل الإبرام، أو قانون الذي يسري على أحكام العقد الموضوعية، أو قانون موطن المتعاقدين، أو قانون الوطني المشترك، ومن الملاحظ أنَّ هذه الضوابط جاءت على سبيل التخيير.

أمَّا بشأن نصّ المادة المنظم لشكل الوصية على اعتبارها من التصرفات القانونية فنلاحظ أنَّ نصّ المادة 2/24 من مشروع القانون المدني الفلسطيني تنصّ على" يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف أو الدولة التي تم فيها التصرف"[4]، وهي تشابه نصّ المادة 2/18 من القانون المدني الأردني[5]، ونصّ المادة 2/17 من القانون المدني المصري.[6]

ومن خلال تحليل نصّ المادة السابقة نجد أنَّ ضابط قانون المحل ليس قاعدة إلزاميه في التشريعات، بل هو عبارة عن ضابط تخيري للموصي، فيجوز له الخيار في الوصية أن يتخذ ضابط جنسية الدولة، أو ضابط قانون الدولة التي تمت بها.[7]

---

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003.

[2] نصّ المادة 21 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها " خضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيّضا ان تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك".

[3] نصّ المادة 20من القانون المدني المصري والتي جاء بها " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيّضا ان تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك".

[4] مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2003.

[5] نصّ المادة 2/18 من القانون المدني الأردني والتي جاء بها " ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الأيّصاء او قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت"

[6] نصّ المادة 2/17 من القانون المدني المصري والتي جاء بها " ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الأيّصاء او قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

[7] ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: مرجع سابق، ص 40 " حيث قضت محكمة النقض المصرية بان النّصّ من الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون المدني المصري على انه (يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الأيّصاء او قانون

وبعد استعراض الرأيّ الفقهي والتشريعي لمسألة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يرى الباحث أنَّ ضابط الإسناد المتعلق بإخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام هو ضابط اختياري في جميع القوانين المشار إليها آنفه، وإنَّ الغاية من ذلك التيسير والتسهيل في معاملات الأطراف كونهم على علم واطلاع بقوانينهم الداخلية، الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز القول بأنَّ قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام من القواعد الآمرة بل هي من القواعد الاختيارية المكملة، حيث يتضح ذلك من خلال النظر لنصّوص القانونية المشار إليها سواء في المشروع الفلسطيني أو الأردني أو المصري عندما نصّت صراحه على ذكر ضوابط إسناد أخرى إلى جانب ضابط محل الإبرام.

ثانياً: عدم إمكانية تطبيق الإحالة على شكل التصرفات

بعد أن قام الباحث بعرض القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات، ينتقل الباحث لبيان مسألة الإحالة فيما إذا كانت مقبولة أو مرفوضة في مجال شكل التصرفات، حيث ذهب الفقه الفرنسي إلى رفض الإحالة وعدم قبولها في مجال شكل التصرفات واستند في ذلك إلى الاعتبارات التالية:[1]

أولا: رفض الإحالة بسبب الطابع الاختياري للقاعدة، وذلك على اعتبار أنَّ الإحالة في مجال شكل التصرف تتنافى مع الطابع الاختياري في قاعدة الإسناد (قانون المحل)، ذلك لكون أغلب التشريعات تمنح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم شكل التصرف، ومن باب أولى إذا ما اختار الأطراف قانوناً معيناً يحكم شكل تصرفهم فإنَّهم بذلك يختارون القواعد الموضعية في القانون الداخلي وليس قواعد الإسناد التي بدورها قد تحيل لقانون آخر لم يكن يعلم به الأطراف وليسوا على اطلاع به، الأمر الذي يلغي حقهم في اختيار القانون الناظم لشكل تصرفهم وعليه يجب استبعاد الإحالة من هذا المنطلق، ومن جهة أخرى فإنَّ الأخذ بالإحالة في مجال شكل التصرف من شأنه

البلد الذي تمت فيه..) يدل على أنَّ قاعدة قانون المحلي حكم شكل التصرف ليست قاعدة الزامية في التشريع المصري، بل هي رخصة للموصي ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة، فيجوز له ان يتخذ الوصية اما في الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته، واما في الشكل المقرر في قانون البلد الذي تمت فيه الوصية".

[1] ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: مرجع سابق، ص 42 وما بعد

تهميش الطابع الاختياري في قاعدة الإسناد أو تضيق مداها، فتتحول بذلك من كونها قاعدة اختيارية إلى قاعدة إلزامية(آمرة).[1]

ثانيا: رفض الإحالة بسبب المفهوم الإلغائي للقاعدة: حيث يقصد بذلك بطلان التصرف الصحيح من حيث الشكل وفقاً لقاعدة المحل يحكم الشكل وهذه نتيجة تتعارض والمفهوم الإلغائي للقاعدة، وبناء علية فإذا أفرغ التصرف وفقاً لشكلية المتبعة في قانون المحل فإنَّه يكون صحيح، بينما لو قبلنا الإحالة من قانون محل الإبرام إلى قانون آخر قد يؤدي إلى بطلان التصرف من حيث الشكل فهذه النتيجة تتعارض حتما مع الغاية المادية لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل، ومن الأولى تيسير صحة التصرف من حيث الشكل، ولتوضيح ذلك فإذا كان قانون محل الإبرام يبطل التصرف من حيث الشكل فإنَّ الطابع التخييري لقاعدة المحل في غالبية القوانين يجعل منها السبيل الوحيد لتصحيح التصرف من البطلان الشكلي، وهذا يترتب عليه نتيجة مفادها إذا كان التصرف صحيح بموجب القوانين المنصّوص عليها في الطابع التخييري لقاعدة الإسناد فلا داعي للجوء للإحالة في مجال الشكل.[2]

إلا أنَّ هنالك جانب من الفقه يرى بأنَّه من الممكن تطبيق نظرية الإحالة على شكل التصرف لإنقاذ ذلك التصرف من البطلان (الإحالة المصححة)، والمتمثلة في أنَّ جميع ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد تبطل ذلك التصرف من الناحية الشكلية، فإنَّه والحالة هذه يلجأ القاضي لأعمال

---

[1] صادق هشام علي: مرجع سابق، ص198. راجع أيضا ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: مرجع سابق، ص 42. " وهذه النتيجة التي توصلت إليها محكمة السين المدنية في قضية Sanchez، حيث أبرم مواطن أمريكي وصية في فرنسا وفقا للشكل المقرر في قانونه الوطني (قانون ولأيّة نيويورك)، وعلى الرغم من صحة الوصية وفقا للقانون الوطني للموصي، قررت المحكمة بطلان هذه الوصية لعدم استيفاء الشكل المقرر في قانون محل إبرام الوصية(القانون الفرنسي) والذي تمت الإحالة الية بموجب قاعدة الاسناد في القانون الوطني للموصي"، ومن الواضح أنَّ محكمة السين بدلا من تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني للموصي والتي تقرر صحه الوصية من حيث الشكل، قامت بتطبيق قاعدة التنازع الأجنبية والتي بدورها تحيل إلى قانون محل الإبرام الذي قرر بطلان الوصية، وبناء عليه يستنتج أنَّ قبول الإحالة في مجال شكل التصرف كان من شأنه في هذه القضية الغاء الطابع الاختياري لقانون محل الإبرام، ومصادرة حق الموصي في الامتثال للأشكال المقررة في قانونه الوطني"

[2] ندا، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: مرجع سابق، ص 43.

الإحالة من أجل تصحيح التصرف، إلا أنَّ هذا الفرض من الصعب وجوده على اعتبار وجود ضوابط إسناد تخييرية متعددة في القاعدة القانونية التي تكم شكل التصرف.[1]

يرى الباحث ومن خلال ما تقدم أنَّه لا مجال لأعمال الإحالة بخصوص شكل التصرفات والذي يخضع في الأصل إلى قانون محل الإبرام وضوابط أخرى اختيارية وفق ما تمَّ الإشارة إليه في القوانين موضوع الدراسة، وبذات الوقت يرى الباحث بعدم إمكانية تطبيق الإحالة المصححة على شكل التصرفات في ضوء وجود أكثر من ضابط إسناد لحكم ذلك الشكل.

[1] عبد العال، عكاشة: مرجع سابق، ص246 – ص248

الخاتمة:

في ختام هذه الرسالة ومن خلالها فقد توصل الباحث لعدد من النتائج والتوصيات وهي على النحو التالي:

النتائج:

1. باعتبار أنَّ مجلة الأحكام العدلية هي القانون المدني المطبق في الضفة الغربية جاءت نصّوصها خالية من تنظيم أحكام تنازع القوانين ومن ضمنها مسألة الإحالة موضوع الدراسة.
2. تظهر مسألة الإحالة عند اختلاف قواعد الإسناد بين الدول، ولم يرد تعريف واضح لمسألة الإحالة في النّصّوص القانونية.
3. مشروع القانون المدني الفلسطيني أخذ بمسألة التفويض، إلَّا أنَّه لم يعالج الحالة التي يكون فيها القانون الذي تتعدد فيه الشرائع الداخلية خالي من القواعد الخاصة بتنظيم التنازع الداخلي.
4. هنالك عدة شروط لتطبيق الإحالة تتمثل في، أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي، وأن يكون الإسناد إليه هو إسناد إجمالي، وكذلك أيضاً أن تكون قاعدة الإسناد في قانون القاضي مختلفة عن قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق.
5. يرى الباحث أنَّ التشريع اتجه كما الفقه، أيّ أنَّه انقسم إلى قسمين فنجد أنَّ مشروع القانون المدني قد رفض الإحالة جملة وتفصيل كما هو الحال في القانون المدني المصري والأردني، في حين نجد أنَّ القانون المدني الجزائري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي قد أخذ بالإحالة في حالة الرجوع، ونجد أيضاً أنَّ هنالك بعض القوانين الوطنية الخاصة، مثل قانون التحكيم قد أخذ بمسالة الإحالة.
6. أخضع مشروع القانون المدني الفلسطيني مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، على اعتبار أنَّ هذا القانون هو القانون الأكثر ملاءمة لحكم هذه المسائل ولضمان استقرار

المعاملات واقتصرت القوانين محل المقارنة على تطبيق القواعد الموضوعية "أيّ عدم الأخذ بالإحالة" في قانون الجنسية باستثناء القانون المدني الجزائري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

7. أنَّ من شأن تطبيق نظرية الإحالة تحقيق التنسيق بين الأنظمة القانونية في بعض المجالات.

8. من الممكن إعمال فكرة الحل الوظيفي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي تعني عدم تكريس حل عام يتمُّ تطبيقه في كافة المسائل، وإنَّما يكون الحل تشخيص كلّ حاله على حدا وبناء عليه يرى الباحث أنَّه من الممكن الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية ولكن دون القول بهذا الرأيّ في جميع الأحوال، بل ترك ذلك الأمر لقاضي الموضع لتحديده وبيان مدى انسجام ذلك مع وظيفة قاعدة الإسناد المتمثلة في إعطاء الاختصاص لأنسب القوانين لحكم المساءلة.

9. استقرت التشريعات على خضوع الأموال لقانون الموقع، وهذا اتجاه صائب على اعتبار أنَّ قانون الموقع هو القانون الأنسب لحكم المسائل المتعلقة بها وفيها حماية قانونية للغير واستقرار في المعاملات وأنَّ في ذلك ترسيخ لمبدأ سيادة الدولة على أرضيها.

10. ليس هنالك أيّ مبرر لتطبيق الإحالة على الأموال سواء كان ذلك المال عقار أو منقول، على اعتبار أنَّ قانون الموقع هو القانون الذي يتناسب مع وظيفة قاعدة الإسناد؛ لأنَّه القانون الأكثر ملاءمة لحسم النزاع وهذا يتطابق مع الاختصاص القضائي المتعلق بالمحكمة التي تفض النزاع المتعلق بالمال والمتمثلة بمحكمة موقع المال.

11. لا يمكن تطبيق الإحالة على العقود على اعتبار أنَّ الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على القانون الذي يحكم التزاماتهم التعاقدية وأنَّ الأخذ في الإحالة بمثل هذه الحالة يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنَّه في الحالة التي تتخلف فيها إرادة الأطراف عن تحديد قانون معين لحكم العقود الناظمة بينهم فإنَّه وبمثل هذه الحالة من الممكن تطبيق الإحالة إذا ما رأى القاضي أنّ في تطبيقها من شأنه أن

يؤدي لوصول مرتبط ارتباطاً وثيقا بالنزاع المعروض عليه، الأمر الذي يترتب علية تحقيق وظيفة قاعدة الإسناد.

12. عدم إمكانية تطبيق الإحالة على أشكال التصرفات على اعتبار أنَّ هنالك ضوابط إسناد متعددة لحكم المسألة وبذات الوقت عدم إمكانية تطبيق الإحالة المصححة في مثل هذا الفرض؛ لأنَّه من الصعب أن يكون التصرف باطلا في جميع القوانين المحددة لحكم المسألة.

التوصيات:

1. يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإصدار القانون المدني الفلسطيني وتضمينه نصّوص قانونية تنظم مساءلة الإحالة في تنازع القوانين ضمن إجراءات قانونية سليمة.
2. يوصي الباحث بتعديل نصّ المادة 33 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003 لكي تصبح على هذا النحو " إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد بها التشريعات، فإنَّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أيّ تشريع منها يجب تطبيقه. وفي الحالة التي لا يوجد في القانون المختص نصّ بهذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".
3. يوصي الباحث بضرورة تعديل النّصّوص القانونية المتعلقة بتنازع القوانين بمسائل الأحوال الشخصية إلى الحد الذي يسمح فيه لقاضي الموضوع بتحديد القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع، وذلك من خلال إعطاء هامش لقاضي الموضوع من الأخذ بمسألة الإحالة متى كان الأخذ بها من شأنه أن يحقق العدالة لأطراف النزاع.
4. يوصي الباحث بتعديل نصّ المادة 34 من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث يسمح من خلالها بالأخذ بمسألة الإحالة بالحد الذي لم يقيد بنصّ صريح وإعطاء مجال أوسع لقاضي الموضع لكي يتسنى له أيّقاع الحكم الأفضل على النزاع المعروض عليه، سيما أنَّ ذلك من

شأنه الانسجام مع وظيفة قاعدة الإسناد والمتمثلة في تحديد القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع.

5. يوصي الباحث على خلاف ما سبق بخصوص القانون الذي يحكم الأموال بتعديل النّصّ القانوني بحيث يتمُّ الذهاب مباشرة لتطبيق القواعد الموضوعية في قانون الموقع على اعتبار أنَّه القانون الأكثر اتصالا بالنزاع في حالة حدوثه.

6. يوصي الباحث بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بتعديل النّصّ القانوني بما يتضمن عدم تطبيق الإحالة في الحالة التي يتفق فيها أطراف العلاقة على قانون معين لحكم التزاماتهم التعاقدية.

7. يوصي الباحث بخصوص القانون الواجب التطبيق على أشكال التصرفات بتعديل النّصّ القانوني بما يتضمن عدم تطبيق الإحالة عليها ذلك؛ لأنَّ المشرع قد وضع عدة ضوابط تخييرية من شأن القاضي اللجوء إليها لحكم المسألة المعروضة عليه.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003.
- القانون المدني الجزائري رقم 07- 05 لسنة 2007.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984.
- قانون المعاملات المدني الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.
- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.
- قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم 8 لسنة 1943.
- قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.
- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

المراجع:

- إبراهيم، إبراهيم احمد: **القانون الدولي الخاص مركز الأجانب وتنازع القوانين**، الكتاب الأول، القاهرة: جامعة عين شمس، 1992.
- إسعاد، موحند: **القانون الدولي الخاص " قواعد التنازع** "، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.

- الأسدي، عبد الرسول عبد الرضا: **أحكام التنازع الدولي للقوانين**، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت – لبنان، 2012.
- الأشقر، عمر سليمان: **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط2، دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2001.
- الافي، محمد مبروك: **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي**، بنغازي: الجامعة المفتوحة، 1990.
- البستاني، سعيد يوسف: **القانون الدولي الخاص " تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية"**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2004.
- التكروري، عثمان: **الوجيز في القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي"**، المكتبة الأكاديمية، 2017.
- الحداد، حفيظة السيد: **نظرية الإحالة للقانون الدولي الخاص الألماني الجديد**، الفتح لطباعة والنشر، 1989.
- الداودي، غالب علي: **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين " تنازع الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الاحكام الأجنبية " دراسة مقارنة**، ط1: دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011.
- الداودي، غالب علي: **القانون الدولي الخاص الأردني " الكتاب الأول" دراسة مقارنة**، ط1، 1996.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام**، المجلد رقم 3، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت – لبنان، 2015.
- المشاقي، حسين: **الميسر في قواعد الإسناد وتنازع الاختصاص في القانون الدولي الخاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية**، جامعة النجاح الوطنية، 2006.

- المصري، محمد وليد: **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص " دراسة مقارنة بالقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي**"، دار الحامد لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2002.
- الكردي، جمال محمود: **محاضرات في القانون الدولي الخاص " النظرية العامة للقانون الدولي الخاص** (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الأحكام الأجنبية)"، ط1، 1996/1995.
- الكسواني، عامر محمد: **تنازع القوانين**، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2010.
- الهداوي، حسن: **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني**، ط1، دار مجدلاوي، عمان – الأردن، 1993.
- حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول:** دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2018.
- دواس، امين: **تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة في ضوء احكام القضاء**، دار الشروق لنشر والتوزيع،2014.
- سلامة، أحمد عبد الكريم: **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، الرياض – السعودية، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، 1998.
- سلامة، أحمد عبد الكريم: **القانون الدولي الخاص**، القاهرة – مصر، دار النهضة العربية،2008.
- شوقي، بدر الدين عبد المنعم: **دراسات في القانون الدولي الخاص المصري" تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي**"، القاهرة – مصر، 1990.
- صادق، هشام علي: **تنازع القوانين " دراسة مقارنة للمبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري** "، ط3، منشأة المعارف الاسكندية،1974.

- عبد الله، عز الدين: **القانون الدولي الخاص**، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- عبد الرحمن، جابر جاد: **تنازع القوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 1969.
- عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين**" دراسة مقارنة"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2010.
- عبد العال، عكاشة: **تنازع القوانين**، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2002.
- عبد الكريم، ممدوح: **تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن،2005.
- علوان، عبد الكريم: الوسيط في القانون الدولي العام" المبادئ العامة"، الكتاب الأول، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2012.
- فضلي، أحمد: **الموجز في القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"**، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2004.
- كريم، فاروق عبد الله: **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، 2004.
- كصير، محمد خيري: **حالات تطبيق القاضي في نطاق تنازع القوانين**" دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان.
- لطيف، عدنان باقي: **تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة " دراسة تحليلية مقارنة"**، دار الكتب القانون، القاهرة – مصر، 2011.
- نداء، عاطف عبد الحميد عبد المجيد: **الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها " دراسة مقارنة"**، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر،2006.
- يوسف، مسعود: **الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة " دراسة مقارنة "**، ط1، دار الأيّام للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2016.

- رياض، فؤاد عبد المنعم وراشد، ساميه: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص108.

الأبحاث:

- الفحص، محمد بلحاج: بحث بعنوان القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار المنظومة.

الاتفاقيات:

- الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي لعام 1981، راجع الموقع الإلكتروني:

http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/ar/Bilaterales/France/CJ_etat_personne&famille_FR.htm

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

Assignment in Private International Law (Comparative Study)

By
Hassan Ghasan Bane Odeh

Supervised
Dr. Amjad Hassan

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirement for The Degree of Master of Private Law, Faculty Of Graduate Studies, AN-Najah National University, Nablus, Palestine.

2021

Assignment in Private International Law
(A Comparative Study)
By
Hassan Ghasan Bane Odeh
Supervised
Dr. Amjad Hassan

Abstract

In this study, the researcher dealt with one of the most important issues of private international law represented in the theory of referral, which appears when the foreign law referred to by the rule of attribution in the law of the judge before the dispute rejects jurisdiction for himself and refers to the application of the judge's law or another law, and this theory is considered one of the most topics of law The private international community in which the dispute arose at the legislative level between the laws of the countries, we find that some of them took this theory and approved it in its law, such as the UAE legislation, and some of them rejected it, such as the Jordanian legislation, and some of them remained silent about it, such as the Lebanese legislation. We also find that the jurisprudential opinions differed regarding this theory. Where we see that there is an aspect of jurisprudence that has taken it and advocated it, supporting its opinion with grounds and justifications, the most important of which is that the legal rules in all countries constitute a single unit that cannot be divided, and that the idea of referral leads to achieving coexistence among countries, as well as that the referral theory would unite solutions In the countries to which the special relationship is connected with the foreign element in question, as for the other direction, there is a

side of jurisprudence that rejects the referral theory, and most of their support is that the application of This theory would prejudice the principle of sovereignty, and that the idea of referral leads to unfairness against litigants, as well as that this theory would lead to falling into a vicious circle, and in light of the clear discrepancy between legislation and jurisprudence on this theory, the researcher in this study considered addressing this The theory and its forms and the conditions for its realization, and its consistency with the function of the attribution rule of applying the most appropriate laws to the conflict, and accordingly the study dealt with the issue of referral in some topics of importance in private international law represented in personal status, money, contracts, and forms of behavior, and in At the end of this study, the researcher concluded with the most important results, the most important of which is that it cannot be said to reject the idea of referral to launch it definitively. Giving jurisdiction to the law of the site to rule these issues.

Finally, the researcher drew up a conclusion in which he recorded his conclusions and recommendations regarding the referral in private international law.