

كلية مدينة العلم الجامعة / قسم القانون
Ali.sattar@mauc.edu.iq

كلية مدينة العلم الجامعة / قسم القانون
mahmood.hamed@mauc.edu.iq

تعطل تطبيق قواعد تنازع القوانين الوطنية Stop applying national conflict of laws rules

علي عبدالستار ابوكטיפفة
Ali Abdul Sattar Abu Katifa

محمود حامد محان
Mahmood Hamed Mahan

المستخلص:

يحتوي القانون الدولي الخاص في كل دولة على قواعد إسناد وطنيه التي تعين القانون الواجب التطبيق على علاقات الأشخاص ذات البعد الدولي، إلى جانب احتواءه على قواعد انفرادية التي تساهم في ترجيح مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة، فالقاضي الوطني قد يطبق قانونه الخاص على النزاع المطروح أمامه طبقاً انفرادياً استثنائياً على نحو لا ينازعه فيه أي قانون أجنبي، لارتباط المسألة المطروحة بكيان دولة القاضي سواء من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية.

وحيث يلعب قانون القاضي دوراً مهماً في القانون الدولي الخاص عند حماية مصلحة الطرف الوطني، ويطبق بصفة ضرورية ومباشرة إذا تعلق الامر بقواعد النظام العام، ونتيجة للتلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق.

Abstract:

Private international law in each country contains national rules of reference that specify the law applicable to the relations of people with an interna-

tional dimension, in addition to containing unilateral rules that contribute to giving preference to the status of the judge's law in ruling on private international disputes. The national judge may apply his own law to the dispute. What is presented before him is a unilateral and exclusive application in a way that is not disputed by any foreign law, because the issue presented is related to the entity of the judge's state, whether from a political, economic or social perspective.

Whereas the law of the judge plays an important role in private international law when protecting the interest of the national party, and is applied in a necessary and direct manner when it comes to the rules of public order, and as a result of the correlation between judicial jurisdiction and the applicable law.

المقدمة..

قد يترتب في بعض الحالات التي تعين فيها قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص للقانون الأجنبي، أن تصادف أو تعترض القاضي الوطني عقبات عند التطبيق الفعلي لهذا القانون، يتعذر عليه تفاديها، ومرد هذه الاستحالة، إما لقصور وسائل الاستعلام عنه أو انتفاء وجهالة هذه القواعد مما يؤدي إلى استحالة تطبيقه بصفة نهائية أو مطلقة^(١). أو لمخالفة القانون الاجنبي لقواعد النظام العام في بلد القاضي.

مشكلة البحث:

فإن البحث عن مضمون القانون الأجنبي بذاته يشكل أحيانا عائقا أمام تطبيقه، رغم الجهد المبذول من القاضي والخصوم، لكن أحيانا نجد أنفسنا أمام استحالة تطبيق القانون الأجنبي، في هذه الحالة الأخيرة من القصور والتي يعبر عنها بحالة الاستعجال، ليست استحالة نهائية أو مطلقة عكس الحالة الاولى، وإنما هي استحالة مؤقتة، ففي مثل هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام صعوبات لحسم أمر هذا النزاع من شأنها تعطيل أو تأجيل الحل إلى وقت آخر، غير أن هذا التأخير قد يعطل أو يلحق ضررا بمصالح الأطراف، مما يدفع بالقاضي إلى ضرورة ايجاد حل استعجالي ومؤقت. او قد يكون القانون الاجنبي مخالف لقواعد امرة لا يجوز مخالفتها في قانون بلد القاضي.

١ - P. Mayer et H. Vincent, Droit inter. privé, 9e édition, 2007, Montchrestien, Paris, n° 197-198, P 145

وفي مثل هذه الحالات فلن يكون أمام القاضي إلا الرجوع مرة أخرى إلى قانونه معطلاً بذلك العمل بقواعد الاسناد.

منهجية البحث:

ليبيان الآراء الفقهية والاحكام القضائية التي تصدت لمسائل تطبيق القانون الاجنبي من عدمه وذلك لا يتم الا عن طريق اعمال قواعد الاسناد نحتاج الى نهج المنهج التحليلي مع الاستعانة بالمنهج الوصفي في بعض الحالات لنصل ببحثنا الى النور.

هيكلية البحث:

نبدأ بحثنا هذا في بيان تعطيل العمل في قواعد الاسناد الوطنية واستبعاد القانون الاجنبي لقصور ذلك الاخير عن معالجة النزاع وهذا سيكون موضوع المبحث الاول. ثم نشرع في تعطيل قواعد الاسناد الوطنية واستبعاد القانون واجب التطبيق لمخالفة ذلك القانون قواعد النظام العام وهذا سيكون موضوع المبحث الثاني.

المبحث الاول:تعطل تطبيق قواعد الاسناد الوطنية لقصور في قانون الواجب التطبيق

إن تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية، قد يصبح في بعض الأحيان أمرا مستحيلا، إذا تخلف شرط من شروط هذا التطبيق، ومن أمثلة ذلك، أن الزواج يعتبر في بعض الأنظمة القانونية الأجنبية نظاما دينيا يلزم لقيامه اتباع شكلية معينة بحيث أن إغفالها يرتب إبطال هذا الزواج، لو أثرت فيما بعد مسألة الطلاق، من المؤكد أيضا سيتعذر الحكم فيها لهذا القانون الأجنبي، لاسيما إذا كان هذا الأخير يقبل من حيث المبدأ إنهاء رابطة الزواج بالطلاق، واستحالة تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة تكون مطلقة ونهائية، لاسيما أيضا عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي في (مطلب أول) تطبيق قانون القاضي نتيجة لمخالفة قواعد النظام العام (مطلب ثاني).

المطلب الاول:تعذر التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي

إن الزامية تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية تؤدي بالقاضي إلى عدم الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحجة عدم معرفة هذه الاحكام استنادا إلى استحالة تطبيق مبدأ المحكمة تعرف القانون "cura novi Jora" ولا يعذر أحد في جهله بالقانون، ذلك أن صفة القاضي هي تطبيق القانون المختص وحل النزاع وفقا لأحكامه، وإن كان من الصعب ألا يلقى ذات المعاملة الاجرائية التي يعامل بها القانون الوطني، فمن الصعب

أن نفترض في القاضي الوطني العلم بكافة القوانين الاجنبية فلا يلزم القاضي ولا حتى من طرف الخصوم الذين يتمسكون به وأمام هذا الوضع يترك تطبيق القانون الأجنبي ليحل محله قانونا آخر^(١).

بالرغم أنه يفترض العلم بالقانون إذن ليس على الطرف الذي يدعي حقا وفقا لقاعدة قانونية اثبات مضمون هذه القاعدة، فالالتزام القاضي في هذا السبيل تمليه القواعد العامة وفرض التزام على القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، حتى ولو تطلب منه الأمر أن يسعى لجلب مضمون هذا القانون بنفسه والقيام بأبحاث شخصية.

وهذا مظهر هام للتفرقة بين دور القاضي في الالتزام بتطبيق القانون الوطني ودوره في تطبيق القانون الأجنبي.

إن التوصل إلى القانون الأجنبي أمر يقتضي بلا شك البحث عن مضمونه وكيفية تطبيقه، هو ما يثير التساؤل حول من يقع عليه عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته، ما إذا كان القاضي أو الخصوم وطبيعة هذا الالتزام، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام بوسيلة أو بذل عناية (النقطة الأولى) حيث أن القاضي ملزم بالفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون المعين بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وكذلك تطبيق قانون القاضي عند تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي (النقطة الثانية). وعلى هذا النحو سنتناول بالترتيب هذه المسائل عبر هذين المحورين.

أولاً: دور القاضي والخصوم في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته:

يثير الجهل بمضمون القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه أو في الحالة التي طبقه فيها بناء على طلب الخصوم بيان الوسائل التي يقيم بها الدليل على محتوى هذا القانون، يشمل القانون الأجنبي مجموعة النظام القانوني المعمول به في بلد سريانه، وبالتالي لا تقتصر على النصوص التشريعية المكتوبة، فيشمل العرف السائد والاجتهاد القضائي، وتقوم السوابق القضائية في النظام الانجلوسكسوني بدور إنشائي للقانون، بينما يقتصر دور القرارات المبدئية للاجتهاد القضائي اللاتيني في تفسير النصوص تفسيراً موحداً ولكن هذا الأخير يثير صعوبات في حالات التفسير المختلف بين هيئات قضائية تابعة لدولتين أو أكثر لقانون موحد مطبق في هذه الدول.

ولما تطرقنا إلى طبيعة القانون الأجنبي، والدور الذي يعطي للقاضي في هذا الصدد يتبين

^١ -H. Batiffol et Lagarde, op.cit, P 439. P. Mayer et H. Vincent, op.cit, 144. Braultand, la convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, L C P, 1973, 12580, n° 8 weill et Alexandre, La loi étrangère devant les tribunaux Français, J.C.E, Droit inter. 1979 Fasc 539, n°86.

لنا أن هناك قوانين تعامله معاملة القانون وأخرى تعامله معاملة وقائع، وبديهي أن يترتب عن هذا الاختلاف اختلاف في الجهة التي يقع عليها عبء إثبات مضمونه.

وعلى هذا النحو، فاختلاف الأنظمة للموضوع وما يترتب على هذا الاختلاف في تحديد وضعية هذا القانون، فالنظم التي تعامله معاملة وقائع تجعل عبء إثبات مضمونه على عاتق الخصوم الذين يتمسكون به بإمكانهم اللجوء إلى مختلف طرق الإثبات الممكنة على القاضي المطروح عليه النزاع، ولا يمكن مؤاخذه القاضي بالنكول عن العدالة، ولا وجوب العلم بالقانون أو عدم العذر بجهل القانون لأن القاضي في هذه الحالة يطبق واقعة على واقعة، وفي هذه الحالة يكون موقف القاضي سلبيا إلى أقصى حد وهذا ما أكدته القضاء المصري، في بعض أحكامه مقررًا أن الاستناد إلى قانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه^(١).

وكان موقف القضاء الفرنسي التقليدي الذي أكد عدم التزام القاضي بالتصدي لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، وإنما يقع عبء إثباته على عاتق الخصم الذي يتمسك بأحكامه وقد أيد الفقه الفرنسي هذا القضاء على أساس أن تكليف القاضي بمعرفة كل القوانين الأجنبية يعد تكليفاً بمستحيل^(٢).

وما دام هذا الموقف من شأنه إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه، يرجع إلى اعتبارات عملية كونه هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمون هذا القانون^(٣)، إلا أنه يلقي عبء يثقل كاهلهم، بحيث لا يقوم القاضي بأي دور إلا في الحالة التي يكون فيها على علم شخصي بمضمون هذا القانون.

أما النظم التي تعامل القانون الأجنبي معاملة قانون تلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه والكشف عن أحكامه بمقتضى قاعدة الإسناد السعي إلى التعرف عن أحكامه، ومؤاخذه إذا تقاعس في أداء واجبه، ويؤكد الفقه الراجح في كل من مصر وفرنسا^(٤) المؤيد لهذا الرأي أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته الأصلية عند تطبيقه أمام القضاء الوطني، كما يفترض فيه العلم بأحكامه أسوة بالقانون الوطني، ومؤدى ذلك أن

١ - حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٤ / ٤ / ١٩٧٤ في القضية رقم ٥١ تعليق عز الدين عبدالله ، طبعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، تعليق على قراري محكمة النقض المصرية ١٢ و ١٤ أبريل ١٩٧٠ المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢٦ ص ١٧١-١٧٣.

٢ - H. Batiffol et P. Lagarde, op.cit, P 414 Note 7 bid.

٣ - هشام علي صادق ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) طبعة ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ص ١٥٤.

٤ - هشام علي صادق ، المرجع ذاته ، ص ١٥٨.

من واجبه أن يطبق أحكام هذا القانون المختص دون حاجة لتمسك الخصوم به.

ويبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بالنظريات الإيطالية التي تدمج القانون الأجنبي في النظام الوطني بحيث يصبح جزءاً منه، غير أن الأساس الذي يقوم عليه هذا الشرط خاطئ، فافتراض علم القاضي بالتشريع الوطني يقوم على واقعة النشر في الجريدة الرسمية، وهو ما لا يتأتى بالنسبة للقوانين الأجنبية. ولا يبرأ القاضي من التزامه بتطبيق القانون الأجنبي كما سبق الذكر إلا إذا تبين أنه قد استحال عليه التوصل إلى مضمونه، ينبغي عليه تسبب حكمه في هذه الحالة.

ولكن هذا الرأي يشكل إخلالاً بمبدأ حياد القاضي وتكليفه بأكثر مما هو مطلوب منه، ومن جانب آخر، يتضح لنا أن التحيز لأحد الرأيين حول تحديد وضعية القانون الأجنبي، ومن ثم فرض إلزام كل من الخصوم والقاضي عبء إثباته، لا يبدو واقعياً، للجهد الكبير المطلوب من القاضي والخصوم، أمر غير ميسر، لأن التكليف بمعرفة هذا الأخير يعد تكليف بمستحيل ما دام ليس لديه الوسائل المتاحة لمعرفة القوانين الأجنبية كما يعرف قانونه الوطني.

ومهما يكون من أمر ذهبت معظم القوانين إلى معالجة هذه المسألة سواء تلك التي تعتبر القانون الأجنبي قانوناً أو ذلك التي تعتبره واقعة، إلى التوفيق بين الحلين وصولاً إلى تحقيق تعاون بين المتقاضين والقاضي^(٥).

وفي إيطاليا فقد أسست محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢٦ فبراير 1966 على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه مستخدماً كافة الوسائل المتاحة بما في ذلك معاونة الخصوم أسوة بالقانون الوطني وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه القانون السويسري بنص تشريعي صريح يلزم القاضي بإثارة القانون الأجنبي من تلقاء نفسه^(٦). كما أن القضاء الفرنسي قد ألزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه إذا كان يعرفه دون حاجة أن تمسك الخصوم به^(٧). وهذا ما يؤكد مرة أخرى خطأ الرأي القائل بالنظر إلى القانون الأجنبي كواقعة.

وفي هذا الإطار يعامل القانون الأجنبي كقانون ويخضع لمعاملة إجرائية خاصة، فالقاضي له دور إيجابي في عملية الإثبات هذه.

٥ - أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص، أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، طبعة 2005 دار هومة، الجزائر ، ص 148.

٦ - انظر في ذلك الحكم هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص ١٦٣.

٧ - J.M. Bischoff, op.cit, P 189.

ويتضح مما تقدم من دراسة وتحليل بعض النظريات الفقهية التي تصدت إلى تحديد طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ومن دراسة أيضا المشاكل التي يواجهها القضاء الوطني عند التصدي لتطبيق القانون الأجنبي الذي أثارت قاعدة الاسناد اختصاصه، كما بينا خلال هذه الدراسة ترددت مواقف الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا في كيفية معاملة القانون الاجنبي مع بيان بعض الفروق التي يطبق فيها كقانون حينما يتعلق النزاع بحق من الحقوق المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، ما إذا تعلق الحق بمسائل يجوز للأطراف التصرف فيها فيجوز لهم التمسك بتطبيق قانون القاضي عوض القانون الأجنبي^(١).

واعتبارا لكل ما تقدم نشير إلى أن التزام القاضي بالتصدي لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، حيث أن وظيفته الأساسية هي الفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون الواجب التطبيق واحترام القاضي لقاعدة الإسناد التي فرضها المشرع وألزمه بتطبيقها.

ثانياً: عدم التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي:

قد يحدث في بعض الحالات، التي يثبت فيها الاختصاص بحكم المنازعة لقانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، أن يصبح الوصول لهذا القانون أمرا متعذرا او مستحيلا لا لمجرد صعوبة يمكن التغلب عليها وتجاوزها، سواء في الحالة التي يطبقه فيها من تلقاء نفسه، أو في الحالة التي يطبقه بناء على طلب الخصوم، وذلك لانعدام المراجع الوطنية الرسمية المتعلقة بالأنظمة القانونية الأجنبية، مما يسبب عدم ثبوت مضمون هذا القانون، ومن هذا المنطلق يلجأ القاضي في سبيل معرفة أحكامه إلى كافة الوسائل الممكنة حتى لو كانت معلوماته الشخصية أو يطلب من الخصوم مساعدته في ذلك، فإذا أفضت هذه الأبحاث إلى نتيجة ايجابية، وذلك بالبحث وتحديد مضمون القانون الأجنبي وإثباته، يجد أساسه في التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية التي منحت الاختصاص لأحكام هذا القانون، ويكون الأمر كذلك حتى ولو كان مضمون هذا القانون غامضا بالنسبة للقاضي (مثلا في حالة عدم وجود أي حكم قضائي مضبوط بخصوص المسألة محل النزاع كانت أجنبية أم وطنية تكون قد صدرت مفسرة للقانون الأجنبي في قضايا مماثلة، أو في حالة تعارض الاجتهادات القضائية الأجنبية (في مثل هذه الحالة يثبت القانون الأجنبي، لكن الإشكال

١ - ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على مبدأ التفرقة بين حالتين، ففي المسائل التي تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها، فيطبق القانون الأجنبي بصفته كقانون، وفي حالة المسائل التي تتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها، بإمكانهم أن يتنازلوا صراحة عن تطبيق القانون الأجنبي.

الوحيد الذي يبقى قائماً يتعلق بتفسير هذا القانون^(٢).

لكن قد يستحيل على القاضي أو الخصوم الحكم في النزاع وفقاً للقانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية، رغم كل الجهود المبذولة للوقوف على هذا المضمون^(٣)، فهناك عدة صعوبات أو عوامل تواجههم من شأنها منعهم من الوصول إلى ثبوت مضمون القانون الأجنبي، فيتعذر عليهم التغلب عليها أو قهرها بحيث يصير تطبيق هذا القانون أمراً مستحيلاً، فيمكن تصور حالة القوة القاهرة مثلاً كقيام حرب أهلية أو اضطرابات سياسية التي تشل الهيئات القضائية وغيرها، التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي على نحو مطلق أو مؤقت، إذ أن حالات الاستحالة يخلق فراغاً قانونياً وتجهيلاً للقانون الذي يمكن أن يلجأ إليه القاضي لحسم النزاع أو عدم اقتناع القاضي بالدليل المقدم من طرفهم أو عدم وجود سابقة قضائية حولها، أو تقديم الخصوم لمصادر متناقضة أو غير قابلة للتطبيق، البعد الجغرافي أو صعوبة الدخول إلى البلد الأجنبي.

إلى جانب هذه الموانع، هناك حالات يكون مردها متعلق بمحل النزاع بذاته، أو متعلقة بالخصوم عند فشلهم أو عجزهم عن تقديم المساعدة قصد التعرف على مضمون القانون الأجنبي وإقامة الدليل عليه، قصور محاميهم بإحاطتهم بأحكام القانون، غياب خبر مما يستدعي الأمر نقله من الخارج إلى دولة القاضي وهذه العملية قد تتطلب تكاليف باهضة لا يستهان بها تتجاوز مصاريف البحث عن القانون الأجنبي قيمة محل النزاع ذاته.

وأخيراً هناك حالات لا يرغب فيها الخصوم ببساطة البحث عن مضمون القانون الأجنبي كونه لا يحقق مصالحهم، وتقابل هذه الحالة، حالة ترجع إلى قصور أدلة الإثبات وعدم اقتناع القاضي بها^(٤).

ومن هذا المنطلق يمكن أن نبين مدى موضوعية أو شرعية أو حتى إلزامية العذر، فتعذر إثبات القانون الأجنبي لتقاعس الخصوم أو تنازلهم عنه، أو بعد استنفاد كل الوسائل المطلوب في البحث والتعرف على مضمونه رغم كل الجهود المبذولة في سبيل ذلك، ليس تعذره بسبب القوة القاهرة فالعذر ليس على نفس الدرجة والجدية أو الموضوعية لاسيما إذا كان تقاعس الخصوم والتحايل عن القانون المختص وعدم رغبتهم في تطبيقه عن سوء نية.

٢ - J-M-Bischoff, op.cit, P 189.

٣ - “Les éléments fournis sont plus ou moins fiables, et plus ou moins complets ils arrivent aussi que les éléments fournis ne donnent qu’une information complète” . P. Mayer et V. Heuzé, Droit inter privé, 9 éd. 2007, Montchrestien, Paris, N°190, P 139.

٤ - J.M. Bischoff, La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois, L G D J, Paris 1959, N°168, P 190.

فقد استقرت أغلب التشريعات الحديثة وكذلك القضاء الفقه على اعمال قاعدة عامة في استبدال القانون الاجنبي بقانون القاضي الوطني^(١), بما يبرر له من اختصاص استثنائي. في حال استحالة او تعذر الكشف عن القانون الأجنبي المعين، فامتناع القاضي في مثل هذه الحالة يصطدم مع المبدأ الذي يقضي بإلزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة عليه وإلا عد ذلك انكارا للعدالة.

وغير أن قصور القانون الأجنبي المختص وتعذر تطبيقه مرده إلى استبداله بقانون القاضي يبدو حلاً راسخاً بصورة قاطعة، ثم أن الحلول الاحتياطية المتبعة ليست مقنعة على الإطلاق ومن بين هذه الحلول تطبيق أو امتناع القاضي عن الفصل في النزاع، قد يصطدم مع مبدأ القاضي بإلزام القاضي بالفصل في النزاع المطروح عليه ويعد تقاعس القاضي عن مهمته إنكاراً للعدالة^(٢). ولعل في هذا الإشكال يتعين تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة، كما اقترح تطبيق القانون الأقرب إلى أحكام القانون الأجنبي الذي تعذر تطبيقه. فتبدو كل هذه الحلول غير مستقرة وغامضة وعدم القدرة على تحديدها فكيف يمكن الجزم بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه، ثم كيف يطبق القاضي المبادئ العامة، إذا كان يطبق في الغالب قانونه على أساس أنه مستمد منطقياً من هذه المبادئ؟ بدعوى افتراض تضمن أحكام قانون القاضي لهذه المبادئ؟

والقول بأن من واجب القاضي أن يتوقف عن الفصل في الدعوى في هذا الفرض يتعذر الكشف عن أحكام القانون المختص مقررًا أن إنكار العدالة في هذه الحالة خير من مخالفتها بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه.

أما القضاء الفرنسي فقد استقر في تطبيق القانون الوطني على أساس فكرة الاختصاص العام لقانون القاضي ليحكم جميع علاقات القانون الخاص، وقد كرس القضاء هذا المبدأ بوضوح في قضية (Bisbal) الشهيرة حيث طبق القواعد الموضوعية الخاصة بالطلاق في القانون الفرنسي، وانتقد هذا الرأي لأنه لا يقوم على أساس صحيح، ذلك أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الاسناد باختصاصه وطنياً كان أم أجنبياً^(٣).

١ - أطيّب زروتي , النظام القانوني لعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٢ ، ص ٢٦٠.

٢ - أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 150-151.

٣ - د هشام علي صادق، مركز قانون القاضي أمام القضاء الوطني، طبعة ١٩٦٨ منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 169-170.

ومع تقديرنا بأن تطبيق القانون الوطني هو السبيل العملي أمام القضاء عند تعذر الكشف عن أحكام القانون المختص، إلا أنه يتعين لإمكان الأخذ بهذا الحل أن يكون قانون القاضي على صلة بالنزاع المعروض أمام القضاء. ولهذا فقد سبق وأن رأينا فيما تقدم إلى أنه لو تعذر على القاضي الوصول إلى مضمون هذا القانون، فمن المستساغ أن يطبق في هذا الفرض القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع المطروح، وقد يكون قانون القاضي أو قانون آخر وعلى ذلك فإن كانت المسألة المطروحة تتعلق بأهلية أجنبي وتعذر الوصول إلى مضمون قانون الجنسية بوصفه القانون المختص بحكم النزاع، فإن على القاضي أن يطبق قانون الموطن وهذا ما يؤكد خطأ القائل بأن القانون الأجنبي يعد في حكم الوقائع أو أنه يعامل على هذا الأساس.

غير أن تطبيق قانون القاضي في هذا الفرض، يرجع إلى تقدير بعض الاعتبارات العملية، يبرر بماله من دور احتياطي، يمكنه من استعادة اختصاصه تفاديا لعدم ترك النزاع دون حل، بعدما تنازل عنه في سبيل تحقيق المساواة في توزيع الاختصاص التشريعي لتنسيق العلاقات الخاصة الدولية^(٤).

ولهذا السبب مرة أخرى إن الأخذ بفكرة الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي لا تشكل اخلافا في توزيع الاختصاص المنازعات الدولية بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، حيث تظل المساواة في الاختصاص قائمة بينهما، ولذلك أن الالتزام بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي والسعي لمعرفة أحكامه، يقع على عاتق قاضي الدعوى، ويخضع بالتالي إلى رقابة المحكمة العليا نظرا للصفة الإلزامية التي يتمتع بها القانون الأجنبي، حتى يمكن للقانون الأجنبي استرجاع اختصاصه وحفظ مكانه ومجاله في التطبيق على المنازعات الخاصة الدولية بموجب قاعدة الإسناد، وبذلك شكل عنصرا مؤثرا لضمان هذه المساواة حسب المنهج السافيني المزدوج، وهو الأمر الذي يخشى معه تحقق هذه النتيجة عند قيام ظرف الاستعجال.

المطلب الثاني: تعطل تطبيق قواعد الاسناد الوطنية في المسائل المستعجلة

في الحالات التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا، حيث تثور مسألة التعرف على مضمونه وأحكامه ودور كل من القاضي والخصوم في الكشف عنه، والبحث عن حل عند استحالة أو تعذر اثبات أحكام هذا القانون، ففي هذه الحالة لا تثور أي صعوبة في تطبيق القانون المعين سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي إلا أن الأمر لن يبقى كذلك، حتى يقتضي أمر تطبيق هذا القانون الرجوع إلى مؤسسة أو تنظيمات أجنبية لاستشارتها

٤ - J.M. Bischoff, op.cit, P 190 et s.

مما قد يستغرق وقتاً طويلاً في بعض الأحيان فيؤدي إلى تأخير الفصل في القضية، لاسيما إذا وجب اتباع هذه الاجراءات في الخارج، وهو الأمر الذي يخشى معه على مصلحة الخصوم، فيأتي ضرف الاستعجال وتتولد الحاجة لاتخاذ اجراءات وقتية تحفظ الحقوق وتحمي المصالح، وتبرر حالة الاستعجال الزام المحاكم بالفصل السريع في النزاع بإجراءات خاصة وربما بقواعد مختلفة^(١).

ويعطي الفرصة لتطبيق قانون القاضي على النزاع دون مساس بأصل الحق وموضوعه تلك هي الصفة الاحتياطية لقانون القاضي بخصوص الدعاوى المستعجلة ما دامت أحكام القانون الأجنبي المختص يتعذر تطبيقه بشكل فوري وسريع.

إن الخصومة بصفة عامة هي الحالة القانونية التي تنشأ على إثر استعمال حق اللجوء إلى القضاء، ورفع دعوى بطلب الحصول على الحماية القضائية للحق أو المركز محل النزاع. ففي ميدان القانون الداخلي، إن ظروف الخصومات ليست دائماً، سواء، بحيث يصلح لها اجراءات ومواعيد واحدة، فهي تختلف باختلاف الحقوق وموضوعها وما يقتضيه البعض من سرعة الفصل، على أن أكثر تلك الخصومات أصبحت تعاني من مشكلة طول الاجراءات وبطئها، وتضخم جداول الجلسات، وما يقود إليه ذلك من تأخر الفصل في القضايا.

وفي ميدان القانون الدولي الخاص، وبالنظر إلى خصوصية الخصومة المدنية الدولية فإن تلك المشكلة تزداد حدتها وتتفاقم خطورتها، ذلك المدعي قد يقيم أو يتوطن في دولة غير تلك التي يقيم الطرف الآخر، أو يكون الطرفان مقيمي أو متوطنين في بلد واحد، أو يكون المال ذاته محل النزاع موجوداً في دولة غير تلك التي رفعت الدعوى أمام محاكمها. لهذه الأخيرة تعاني أكثر من غيرها من المنازعات الوطنية من طول الاجراءات وتأخر الفصل فيها.

زيادة عن المشاكل الاجرائية الفنية لخصومات النزاعات ذات الطابع الدولي السابقة الذكر، فهناك مشكلات لصيقة بالخصومة المدنية ذات العنصر الأجنبي في صلتها بنظرية تنازع القوانين، ولعل أبرز تلك المشكلات إثارة القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإثبات مضمونه هل هو التزام يقع على عاتق القاضي، وما دور الخصوم في ذلك، بالإضافة إلى ما يفرضه القانون الأجنبي من اتباع اجراءات معينة، أو استشارة مؤسسات أجنبية معينة، ولا يخفى أن القيام بمثل هذه العمليات الفنية قد يطول أمدّها، قد تعرض مصالح الأطراف ومراكزهم القانونية للخطر، وإلحاق الضرر الذي يتعذر بعد ذلك اصلاحه، فجوهر الاستعجال هو الخشية من فوات الوقت أو الخطر في التأخير، يتنافى معه البحث عن القانون الواجب

١ - حسام الدين فتحي عبد اللطيف نصيف، مركز قانون القاضي في حكم لمنازعات الخاصة الدولية، دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٩٠، ص 419.

التطبيق والتعرف على أحكامه الذي قد يستلزم تدخل سلطة إدارية أو دينية أجنبي^(٢). وهو الأمر الذي يقتضي الاسراع في اتخاذ تدابير مستعجلة ووقائية (كتقرير حضانة مؤقتا لأحد الوالدين أو كوجود مال معرض للخطر، أو كالأمر ببيع البضائع سريعة التلف أو معالجتها، حتى يتم الفصل في المنازعات المعلقة بالعقد الدولي ، أو تعيين حارس قضائي على الأموال المتنازع عليها ، أو جرد أموال الشركة....الخ).

ومن ثم يعطي الفرصة لتطبيق قانون القاضي على النزاع دون مساس بأصل الحق وموضوعه، تلك هي الصفة الاحتياطية لقانون القاضي بخصوص الدعاوى المستعجلة مادامت أحكام القانون الاجنبي المختص يتعذر تطبيقه بشكل فوري وسريع.

إن فكرة الاستعجال فكرة مركبة يشترط لوجودها من توفر شرطين أساسيين أولهما وجود خطر التأخير في الفصل في الدعوى بإجراءات التقاضي العادية، وثانيهما أن يكون التدبير المطلوب وقتيا، لا يمس أصل الحق أو المركز القانوني، وهذا الشرط هو الذي يستدعي السرعة والعجلة في اتخاذ التدبير المطلوب^(٣).

هذا من ناحية، غير أن ظروف الاستعجال لا يمكن معها إعمال قانون القاضي بحيث لا يثبت له الاختصاص التشريعي بحكم الدعوى المستعجلة، لمجرد أن هناك استعجال بل يتعين عليه ان يثبت أولا صعوبة او تعذر الالتجاء إلى القانون الأجنبي.

ومقتضى هذا، أنه إذا كان لدى القاضي معرفة أولية وسريعة بمضمون أحكام هذا القانون تعين عليه تطبيقه إذ ينعدم المبرر لتقرير اختصاص قانونه، كأن حالة الاستعجال لا تبرر أو تكفي بذاتها لتطبيق قانون القاضي، بل لا بد من فكرة أخرى مساعدة، وهي صعوبة إعمال القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة الأصلية. فإذا انعدمت تلك الصعوبة وكان من الميسور تطبيق القانون الأجنبي وجب تطبيقه^(٤) لتعذر تطبيق قانون آخر، فيتم فورا العمل بالتدابير المستعجلة ووجب تطبيقه. وإذا كانت فكرة الاستعجال لا تبرر تطبيق قانون القاضي فهذا لا يعني كفاية الاستعجال، بل ذلك يعود إلى عدم التوصل إلى اثبات القانون الأجنبي المختص أصلا، في ظروف تقتضي اتخاذ قرار فوري ووقتي درء للخطر المحقق.

٢ - أحمد عبد الكريم سلامة ، الاستعجال في المرافعات الدولية المدنية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 316.

٣ - أحمد عبد الكريم سلامة ، أحمد عبد الكريم سلامة المختصر في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الاولى 1975 دار النهضة العربية، القاهرة ، ص ١٨ .

٤ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص 314.

ونصل إلى القول، بأنه ليس لقانون القاضي اختصاص مانع بحكم الدعاوى المستعجلة، ولا مجال لتطبيق هذا القانون إلا عند استحالة إعمال ذلك القانون، فإذا كان لدى القاضي معرفة أولية وسريعة بمضمون أحكام القانون الأجنبي كما سبق الذكر، وكان إعماله لا يتعارض مع مقتضيات الدعوى المستعجلة التي تستلزم اتخاذ تدبير وقتي وسريع لتلافي حدوث الضرر وجب عليه الأمر بالتدابير الوقائية المستعجلة وفقاً لهذا القانون، بحيث يكون من السائع اللجوء مباشرة إلى تطبيق قانونه على التدابير المستعجلة بل يتعين عليه أي في حالة القصور^(١)، أن يثبت أولاً صعوبة أو تعذر الالتجاء إلى القانون الأجنبي، فإذا كان إعمال هذا الأخير متيسراً، فيتم العمل به فوراً. وهنا يتضح، وكأن اختصاص قانون القاضي في حالة الاستعجال إنما يكون بصفة احتياطية لا أصلية.

ويرى الفقيهان **Lagarde و Batiffol** أنه لا يوجد أدنى شك في أن المحاكم الوطنية تستطيع الأمر بالتدابير الوقائية اللازمة للحيلولة دون وقوع الضرر المهدق بالحق أو المركز القانوني، إذ تطبق تلك المحاكم القانون الوطني عندما يستحيل إعمال القانون الأجنبي، أو عند عدم احتوائه على التدابير الملائمة لتحقيق الحماية القضائية العاجلة التي يفرضها الاستعجال، إذ في هذه الحالة يتقرر الاختصاص الاحتياطي الذي يحظى به قانون القاضي^(٢).

إلا أن الصفة الاحتياطية لا تبرر اختصاص قانون القاضي إلا اختصاصاً محدوداً في تنظيم تنازع القوانين، يتمثل في الأمر بتدابير وقائية غير نهائية إلى حين ثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي عندما تنهياً فرصة إعمال القانون المختص أصلاً بحكم الموضوع أو أصل الحق لمجرد زوال حالة الاستعجال، فقد يطبق قانون القاضي على الدعاوى المستعجلة بصفة أصلية لا احتياطية إذا تعلق الأمر بتحديد نطاق سلطة القاضي الاجرائية في اتخاذ التدابير لوقائية المستعجلة، وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين أمرين:

الأول: يتمثل في الجوانب الاجرائية، والتي تحدد سلطة القاضي في الفصل في المسائل الاستعجالية، كالحكم بالنفقة الوقائية أو الحكم بالحضانة الوقائية لأحد الأبوين، وتنظيم عمل مرفق عام قضائي .

أما الثاني: فيتعلق بالجوانب الموضوعية في التدابير المستعجلة، لمن تؤول إليه الحضانة الوقائية، ومقدار النفقة الوقائية وشروطها، فتخضع كل هذه المسائل للقانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة التي يتأسس عليها طلب التدبير المستعجل.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول، بأنه ليس لقانون القاضي اختصاص مانع بحكم

١ - PH. Francescakis , op.cit, n° 238, P 488

٢ - H. Batiffol et P. Lagarde, op.cit, n° 451, P 83.

الدعاوى المستعجلة التي ينصب موضوعها على اتخاذ تدبير وقائي أو تحفظي، فالقانون الواجب التطبيق على التدابير المستعجلة، يتم تحديده وفقاً للأصول الفنية في حل تنازع القوانين، فقد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي، حسب قاعدة الاسناد، التي يتقرر أمامها، طلب الأمر بتدبير مستعجل^(٣)، وإذا كان قانون القاضي يختص في حالات كثيرة بحكم التدابير الوقائية العاجلة فذلك لا يكون إلا بصفة عرضية أو استثنائية.

المبحث الثاني: تعطل تطبيق قواعد الاسناد الوطنية لمخالفة القانون الاجنبي للنظام العام

يرى جانب من الفقه^(٤) بان النظام العام هو وسيلة دفاعية يمنع بها القاضي ادخال أي حلول تتعارض مع اسس المجتمع السياسية، او الاجتماعية او الاخلاقية او الدينية في بلده، وان يستبعد القانون الاجنبي التي اشارت الى اختصاصه قاعدة الاسناد (وطنية ام ناجمه عن اتفاقية دولية)، اذ ما تعارض مع المبادئ والاسس الجوهرية في المجالات المشار اليه. وكذلك يرى البعض^(٥) ان المشرع في كل دولة مدفوع بحاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، يسمح بإمكانية تطبيق القوانين الاجنبية في الاقليم الوطني وذلك حتى لو كانت احكام القانون المشار باختصاصه بموجب قواعد القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع او قواعد الاسناد)، مختلفة عن قانون دولة القاضي المطروح عليه نزاع ما بشأن علاقة معينة من العلاقات الخاصة الدولية. ولا خلاف في الفقه بصدد هذه المسألة، لان طبيعة الية تنازع القوانين تقوم على هذا الاساس.

وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين : الاول نتناول فيه الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي، اما في المطلب الثاني فسنتناول فيه الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الاول: الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي

يختلف النظام العام من دولة لأخرى، فهو ترجمة للظروف الواقعية التي تحكم كل مجتمع، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية، وانعكاس لتغيرها وتطورها، وهذا ما يبرر ميزته في كونه مرناً وغير محدد ونسبي^(٦).

٣ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 330.

٤ - الدكتور جمال محمود الكردي، النظام العام الدولي العربي حلم ام حقيقة ام خيال، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، ٢٠١٠، ص ٤٣.

٥ - الدكتور جمال محمود الكردي، المرجع ذاته، ص ٤٣ وما بعدها؛ عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط ٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٣٩.

٦ - انظر في ذلك: حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص 58 - 59.

كما يرى البعض^(١)، ان من العسير التوصل الى تحديد اطار واضح جامع لفكرة النظام العام لسبب بسيط هو ان فكرة النظام العام هي في الواقع، فكرة مرنة ومتطورة فضلاً عن كونها نسبية، وذات مفهوم متغير يختلف باختلاف المكان والزمان، مما يجعلها تستعصي على التجميد او التثبيت المكاني او الزماني. فما قد يعتبر متعاضاً مع النظام العام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة اخرى. وما يصدم بالنظام العام في داخل ذات الدولة في فترة معينة قد لا يعد امراً منافياً له في وقت اخر.

والتسلح بالنظام العام هو الوسيلة الفنية التي يستخدمها القاضي في كل مرة تشير فيها قاعدة الإسناد في قانونه إلى تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي، ويمكن تعريف الدفع بالنظام العام على أنه دفع موضوعي وليس إجرائي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة أسس قانون القاضي، فإثارة الدفع مرتبطة باصطدام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في قانون القاضي، فلا مجال للدفع عند الاختلاف بين القانونين^(٢).

وينتج عن استخدام الدفع بالنظام العام جلب اختصاص غير عادي واستثنائي لقانون القاضي، وهذا الاختصاص لا يتحقق إلا بالرجوع إلى قاعدة الإسناد، ولهذا يطلق عليه تسمية النظام العام التابع أو المقيّد^(٣).

ويمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما يحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ولا يتوقف على إرادة الخصوم، ويشترط لإثارته توافر شرطان: أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، وأن يكون التعارض والتنافر بين أحكام القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي^(٤).

والمشعر العراقي في المادة ٣٢ من القانون المدني لم يصرح بهذه الشروط وإنما منع تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، أو الآداب العامة في العراق، وتكون النتيجة تطبيق القانون العراقي محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وتعتبر هذه آثار أو

١ - الدكتور جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩٢.

٢ - عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، طبعة 1996 دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص 554.

٣ - حسام الدين فتحي ناصف، تطبيق قانون القاضي،...، المرجع السابق، ص ٤٥٢ - 453.

٤ - عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص 577، 578.

نتائج الدفع بالنظام العام.

حيث يعتبر استبعاد القانون الأجنبي الأثر السلبي، في حين أن الأثر الإيجابي يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، ولقد اختلفت الآراء الفقهية حول نطاق الاستبعاد وفيما إذا يمس كل أحكام القانون الأجنبي أو الحكم المخالف فقط، والرأي الراجح يميل إلى الاستبعاد الجزئي، لأن الدفع بالنظام العام دفع استثنائي لا يهدف إلى تقييم القانون الأجنبي وتحقيق الغاية من قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي إذ يحفظ له مكانته واختصاصه الأصيل^(٥).

وهذا ما يلاحظ على موقف المشرع العراقي أنه يأخذ بالاستبعاد الجزئي، وهذا من خلال عبارات المادة 32 م. ع "لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب العامة في العراق" حيث جاء بكلمة احكام , وليس قانون أي من الممكن استبعاد جزئي لاحكام التي تخالف النظام العام فقط وليس للقانون بالكامل.

وتكون العبرة بتطبيق أو إعمال القانون الأجنبي، فقد لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي ولكن تطبيق أحكامه يؤدي إلى ترتيب نتائج متعارضة مع النظام العام لدولة القاضي^(٦).

فإذا تم استبعاد القانون الأجنبي بسبب الدفع بالنظام العام، الراجح فقها وتشريعا وقضاء أن يطبق قانون القاضي حتى لا تبقى المنازعة دون حل ودون قانون يطبق عليها، وحتى لا يكون القاضي "فإذا تم استبعاد القانون الأجنبي بسبب الدفع بالنظام العام، الراجح فقها وتشريعا وقضاء أن منكر للعدالة بعدم الفصل فيها، إذ أن هناك تلازم بين استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله، ويكون تطبيقه على أساس أن له اختصاص احتياطي عام يتعين إحلاله محل القانون الأجنبي المختص، ولأن تدخله يكون لفرض احترام المبادئ والأسس التي خالفها القانون الأجنبي، بالإضافة إلى أن من البديهي أن القاضي يكون على علم وعلى دراية بقانونه وبالتالي يتجنب الصعوبات التي أثارها تطبيق القانون الأجنبي، لكن إحلال قانون القاضي يكون بصفة جزئية لسد النقص إذ كان من الصعب الفصل بين الأحكام المخالفة والأحكام غير المخالفة للنظام العام، وفي حالة إذا لم يبقى الاختصاص الأصيل للقانون الأجنبي بأحكامه غير المخالفة للنظام العام لدولة القاضي

٥ - عكاشة محمد عبد العال , تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠٦ دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ص ٥٩٧ وما يليها.

٦ - حسام الدين فتحي ناصف : تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق ، المرجع السابق ، ص ٦١.

إلا إذا كان من الصعب الفصل بين الأحكام المخالفة والأحكام غير المخالفة للنظام العام، وفي حالة إذا لم يتضمن قانون القاضي حكما تشريعيا يطبق على المسألة محل النزاع، على القاضي الاجتهاد بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الوطني.

لقد استند العديد من أحكام القضاء إلى فكرة النظام العام، لتبرير تطبيق قانون القاضي على التدابير المستعجلة. ففي دعوى تتعلق بتعيين وصي مؤقتة على طفل يوناني توفي والديه في فرنسا ففضت المحكمة في أحد أحكامها، «حيث أن فكرة تدبير الحماية هذا قد أملت مصلحة النظام العام، فضلا عن المصلحة الخاصة للطفل القاصر، وحيث أن دواعي الضرورة والاستعجال قد أمكن تعيين وصي على القاصر الأجنبي وفقا للقانون الفرنسي، والذي يكون سلطاته أساسا مؤقتة، وينبغي أن تنتهي بمجرد أن يتم التنظيم النهائي للصيانة وفقا للقانون اليوناني.

وخلاصة القول أنه نظرا لاختلاف النظام العام من دولة لأخرى ونظرا لواقعيته، فإن اختصاص قضاء دولة معينة في ومن معين يؤثر في نظرها للنظام العام وبالتالي في اعتبار أن أحكام القانون الأجنبي المختص مخالفة للنظام العام، فالقضاء له السلطة التقديرية في تقرير مدى التعارض مع النظام العام^(١)، وهذا بسبب نسبيته ومرونته، وهذا ما يجعل اختلاف الأحكام القضائية لدولة ما تختل من زمن لآخر في اعتبار مسألة معينة في القانون الأجنبي مخالف أو موافقة للنظام العام، وبالتالي يظهر تأثير اختصاص المحكمة في القانون المطبق من خلال استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي محله أو تطبيق القانون الأجنبي الذي كان مخالفا في فترة زمنية ماضية النظام العام لدولة القاضي، ويظهر كذلك التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق.

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

ان كل مشرع عند وضعه لقواعد الإسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف النظم القانونية، فإنه ولا شك يعمل على حماية المصلحة العامة الوطنية في الوقت الذي يضع في اعتباره حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة.

غير أن المصالح الخاصة لأطراف العلاقة ربما تدفعهم إلى محاولة تجنب القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد بالتغيير في عنصر من عناصر العلاقة القانونية ليتغير ضابط الإسناد على نحو يتغير معه القانون الواجب التطبيق.

فمن خلال هذه الأمثلة يلاحظ بأن تغيير ضابط الإسناد لم يتم بشكل بريء وإنما بنية الافلات من أحكام القانون الواجب التطبيق حقيقة على العلاقة وقد درج الفقه على

١ - حسام الدين فتحي ناصف ، المرجع نفسه، ص ٦١ - 63.

تسمية هذا التحايل بالغش نحو القانون .

وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين بأنه «قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من حكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها».

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية ورد النص على عد تطبيق القانون الذي انعقد له الاختصاص تحايلا في المادة الثانية والعشرون من اتفاقية Benelux المتضمنة القانون الموحد في مجال القانون الدولي الخاص والموقعة في بروكسل في ٣ جويلية سنة ١٩٢٩.

وقد ظهرت نظرية الغش كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي في القضاء الفرنسي ولأول مرة بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص هي قضية «الأميرة دي بوفرمون» أين استندت محكمة النقض الفرنسية في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون^(٢) 0 كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل إنجلترا وبلجيكا وعلى ضوء ذلك، فإذا تحقق التحايل على الوجه السابق، فه يستبعد تطبيق القانون الذي يسعى الأفراد إلى إعمال أحكامه، أم تطبق على العكس هذا القانون ما دام أن تغيير الأفراد لضابط الاسناد لم يكن سوى استعمال حق خوله لهم القانون؟ ولهذا سأعرض لشروط إعمالها أولاً: ثم اثار الدفع بالغش نحو القانون ثانياً.

أولاً: شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان، الأول هو أن يتم إجراء تغيير إرادي في ضابط الاسناد وهو الركن المادي ، وتوفر فيه نية الغش وهو الركن المعنوي.

أ- تغيير ضابط الاسناد

يلزم الإعمال الدفع بالغش , ان يكون هناك تغيير في الضابط الذي يتحدد عن طريقه القانون الواجب التطبيق على العلاقة وذلك بفعل الافراد . ويتحقق ذلك في الواقع , في الحالات التي يكون فيها ضابط الاسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل ارادة الافراد في تغييرها . لذلك فقد اطلق الفقه على هذا الشرط بالعنصر المادي للغش باعتباره يقوم على إجراء ظاهر من قبل الافراد , يستوي في ذلك كون هذا الاجراء مادي كتغيير مكان ابرام العقد, ام قانونياً كتغيير الجنسية^(٣).

٢ - ينظر في ذلك : Cass- cru , ١٨ / ٠٣ / ١٨٧٨ S, ١٩٣, ٧٨, note .

٣ - الدكتور جمال محمود الكردي, مرجع سابق , ص ٢٢٤, ٢٢٥.

ويشترط أن يكون التغيير في ضابط الاسناد فعليا وليس صوريا، كما تشترط أن يكون مشروعاً فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به ويبطل دون حاجة لإعمال نظرية الغش نحو القانون كما أن الدفع بالغش لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها^(١).

ب- توافر نية الغش

تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون، فلقيام هذا الأخير يجب بالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الاسناد، أن يهدف الشخص من وراءه التحايل بقصد الافلات من أحكام القانون المختص أصلاً، ويقول الفقيه **"Lagarde et Batiffol"** "بأن هناك غشاً نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الاسناد يكون هو الهدف المقصود من هذا التغيير"^(٢).

ويحظى العنصر المعنوي في الغش، هو قصد التهرب من القانون المختص، بجانب من الأهمية، إذا بدونه يكون الاجراء المادي الذي قام به الافراد سليماً لا سبيل إلى إبطاله. ففي مسائل الزواج مثلاً، لا سبيل إلى إبطال قيام الافراد بتغيير جنسيتهم طالما تم التغيير بشكل قانوني سليم. ولكن يعتبر هذا التغيير أداة لتحايل إذا كان القصد منه الهروب من احكام قانون الجنسية الاولى والخضوع لاحكام قانون الجنسية الجديدة، أي إذا اتضح ان الهروب من احكام القانون الاول هو الباعث الرئيسي الذي ادى بالفرد الجنسية على هذا النحو. اما اذا ثبت ان الخضوع لقانون الجنسية الجديدة لم يكن مقصوداً لذاته، وإنما ترتب كأثر عرضي لتغير الجنسية فان التحايل أو الغش نحو القانون ينتفي في هذي الحالة^(٣).

ويتعين على القاضي تقصي هذه النية وإثباتها وهي ليست سهلة دائماً لكن يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات الدعوى كالتزام الزماني بين التغيير الطارئ على ضابط الاسناد وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد، كأن يكون القانون الذي يسعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد جذبهم إليه لأغراض اقتصادية^(٤).

وفي تقديري يكفي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر نية التحايل لدى مرتكب

١ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة، تنازع القوانين، منشورات الحلبي، بيروت، ص ٣١٦.

٢ - اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ١٩١.

٣ - الدكتور جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

٤ - نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1984، ص ١٣٥.

الغش حتى ولو لم تتحقق بالفعل النتيجة غير المشروعة. إن سلطة القاضي في تقدير توافر نية الغش من عدمها ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة محكمة النقض باعتبار ان التحايل في ذاته إخلال بقاعدة قانونية هي قاعدة الاسناد ومن تم تقدير هذا الإخلال يعتبر من المسائل القانونية لا الموضوعية^(٥).

القاعدة الآمرة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها، ذلك لأن المشرع قد حد من حرية الافراد في التعامل بها، غير أن غالبية الفقهاء يرى أن العبرة بالهدف الذي يسعى الأفراد من وراء تصرفاتهم وانحرافهم عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة سواء كانت أمرة أو مكملة^(٦).

وقد يستخلص الغش من أحكام القواعد المكملة، إذ أن هذه القواعد يسهل حدوث الغش فيها، لأن المتعاقدين لهما مسبقاً حرية مخالفتها، وقد يحدث الغش في حالة عدم اتفاق المتعاقدين حيث لا يكون أمام المتعاقد الذي يريد الافلات من حكم القاعدة المكملة سوى التحايل بتغيير ضابط الاسناد ما دام هذا التغيير ممكناً، مثلاً كان يغير موقع المنقول للتهرب من أحكام قانون الموقع الأول إذا كانت هذا الأخير لا يتفق مع مصالحه فيما يتعلق بترتيب الاثر العيني. فقد يعمد البائع إلى نقل المبيع إلى دولة لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول في دولته أي أثر عيني بل يستلزم التسليم كشرط لانتقال الملكية إلى المشتري، فيهدف البائع من وراء ذلك إلى انكار الحق العيني الذي يرتبه قانون الموقع الاول للمشتري على المبيع، وهو الحق الذي ما كان يمكن تعليقه على شرط التسليم بغير اتفاق المتعاقدين^(٧). ومن هنا تظهر أهمية اعمال نظرية الغش نحو القواعد المكملة في قانون الموقع الأول.

كما يشترط التمسك بالغش نحو القانون فقط لصالح قانون القاضي فقد استقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على قصر تطبيق الدفع بالغش على الحالات التي يقوم بها الأفراد بقصد التهرب من قانون القاضي بمعنى أنه يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة هو القانون الوطني للقاضي المطروح أمامه النزاع، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً، فلا مجال لقيام الدفع بالغش نحو القانون، وقد استند الفقه والقضاء في ذلك إلى أن وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني. ومنع الافراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه ولا يدخل في نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد

٥ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

٦ - ينظر في ذلك: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٦٤.

٧ - نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 60.

من التهرب من حكام القوانين الأجنبية، كما أن القانون الأجنبي لا يتمتع بالطابع الالزامي بحيث يقع على عاتق القاضي واجب الدفاع عنه كما هي الحال بالنسبة إلى قانونه.

لقد رفض القضاء الفرنسي في حكم له صادر في ١٩٥٩/٠٢/٠٥ التمسك بالدفع بالغش نحو القانون الأجنبي وقد أيده غالبية الفقهاء، وإن كانت ترى ضرورة نقض القضاء لكل التصرفات الضارة بالتقاليد والآداب العامة التي تشترك فيها الأمم المتقدمة^(١)، لأن أساس الغش نحو القانون هو مصادرة الغش بكل أشكاله وإذا كان القاضي غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضد تحايل الافراد، فإنه مع ذلك ينبغي له توقيع الجزاء المناسب على كل التصرفات التي تخالف الاخلاق والعدالة.

وأخيرا فإن القضاء الفرنسي قد اصبح بدوره يقبل التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي، وأبرز دليل على ذلك أنه أبطل كل العقود التي تشتمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذلك في ١٩٦٤ فقد أخضع اعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون.

وقد قدم القضاء الفرنسي مثالا بارزا لنوع آخر من التحايل، وهو التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية تتمثل في قضية Caron^(٢)، أين أقرت محاكم الموضوع القصد التحايلي في العمليات التي قام بها هذا الأخير وقضت بأحقية الاولاد في العقار الفرنسي وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية قضاء الموضوع في شأن التحايل الذي قد استخدم تركيبه معدلة للتكييف في القضية محل البحث تم بسلسلة من العمليات المتناسقة هدفت إلى تغيير الطبيعة العقارية للمال بحيث يتحول بعد ذلك إلى منقولا.

وقد وسع القضاء الفرنسي من العنصر المادي على التحايل على القانون بحيث ان وسيلة الغش لم تعد تقتصر على التلاعب بضوابط الاسناد، وإنما أصبحت تشمل أيضا التلاعب على التكييف المعطى للعلاقة القانونية محل النزاع الذي يمكنه أن يصل إلى نفس الهدف وتحويل الاختصاص بالمنازعة العقارية من قانون موقع العقار إلى قانون موطن المتوفى الذي يحكم التركات المنقولة.

ثانياً: آثار الدفع بالغش نحو القانون المختص

لم تتعرض معظم التشريعات لجزاء التحايل على القانون بشكل مستقل، فتعددت الآراء

١ - Il est permis de considérer que si les juges n'ont pas à venger l'atteinte à une autorité de loi étrangère, Ils ont le droit de sanctionner les conduites contraires aux bonnes mœurs. - H. Batiffol, "droit international privé", T1, sixième édition, 1974, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974, P 412.

٢ - cas.civ, 1er ch20 mars 1985. R.C.D.I.P 1986, P 66 note Lequette J.D.I 1987, P P 80 et s. note Marie Laure, Niboyet Hoegy. Cas.civ, 1er ch, 17 mai 1983, R.C.D.I. P, P 346 note Ancel.

الفقهية في هذا المجال، حيث يرى الفقيه الفرنسي "Derboie" أن التصرف الذي قصد به التحايل على القانون يكون باطلا لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى انشائه. وقد يشبه التحايل على القانون مما يؤدي أن يكون جزاء التحايل من خلال تطبيق القواعد القانونية التي قصد المتحايل الافلات من حكمها واعتبار تصرفه باطلا نتيجة لمخالفته القانون، ويقول الفقيه "Vidal" "إن جزاء التصرف التحايلي هو البطلان، لكنه بطلان من نوع خاص يختلف عن النظرية التقليدية للبطلان المطلق أو النسبي وهو عدم قابلية الاحتجاج، إذ يكفي الحكم على التصرف التحايلي بعدم الفاعلية.

ويتضح أن موقف الفقه الاسلامي قريب من هذا المعنى، حيث يرى الدكتور مصطفى الزرقاء أن الجزاء المناسب لمنع المخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من المتصرف وذلك بأن يعتبر عمله لغوا إذن فجزاء المتحايل على القانون في القانون الدولي الخاص هو استبعاد أحكام القانون الذي قصد المتحايل تطبيقها للوصول إلى مصالحه الخاصة، وارجاع الاختصاص إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد.

الخاتمة:

إن قانون القاضي لا يزال يتمتع بمكانة بارزة في مجال تنازع القوانين، وأنه إذا كانت الحالات التي يطبق فيها بصفة أصلية، هي حالات تكاد تكون ضمن تشريعات محددة وواضحة، فإن الصفة الاحتياطية لقانون القاضي تمنحه أيضا مساحة أكثر اتساعاً، بعد ان انتهائنا من بيان اهم مفاصل موضوع البحث يمكن ان نجل اهم النتائج التي توصلنا لها من خلال بحثنا المتواضع هذا:

النتائج:

1- ضرورة فرض رقابة صارمة على القاضي الوطني عند تطبيقه لقانونه، مع ضرورة تسبيب مقنع للمسألة محل النزاع، بأنها وثيقة الصلة بكيان الدولة على النحو الذي لا يقبل معه سوى الاختصاص الوطني، بذلك يمكن اقامة التوازن بين القوانين، مع ضمان المجال لإنطباق القانون الأجنبي على الاقليم الوطني مما يحقق للقانون الدولي الخاص هدفه المتمثل في اقامة التعايش والتناسق بين الأنظمة القانونية المختلفة.

2- إن المجتمع الدولي أيضا بحاجة إلى ابرام المزيد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية المنظمة لمسائل تحديد القانون الواجب التطبيق في العديد من المواضيع ما زال الخلاف عليها قائما سعيا منها للمحافظة على استقرار التعاملات التجارية وكذلك تحديد الموقف من تطبيق

القوانين الاجنبية بما ينسجم وحجم التعامل الدولي .

3- إن فكرة النظام العام تدخل في أغلب مجالات القانون الدولي الخاص، وهي بالرغم من كونها تقوم على أساس صحيح إلا أن الاحتجاج بها والركون إليها في مواقع متعددة يؤدي إلى شل بعض أحكام القانون الدولي الخاص في الوقت الذي يسعى فيه المجتمع الدولي إلى التقريب بين وجهات النظر المختلفة سعياً للوصول إلى تشريعات موحدة في مسائل عديدة تهم أعضاء المجتمع الدولي أنفسهم.

4- إن فكرة القواعد ذات التطبيق المباشر أو الفوري يجب أن لا يغالي في تطبيقها، وأنه من الضروري أن تصاغ بنصوص صريحة حتى تولد الطمأنينة بين المتعاقدين من عدم ضياع حقوقهم نتيجة التطبيق المجحف لهذه النظرية.

5- ينبغي ألا يفهم الدور الراجح الذي يحوزه قانون القاضي في حل المنازعات ذلك لان الخاصة الدولية هو الاصل ، بينما يصير تطبيق القانون الأجنبي أمراً استثنائياً. لكل قانون منهما مجاله التطبيقي المتميز و تميز المجال هو ما يحفظ لكل قانون مكانته في التطبيق .

6- يجب ألا يتجاهل المشرع الوطني مراعاة أن النزاع الخاص الدولي، هو في حقيقة الأمر نزاع بين الأفراد، وأن من مصلحة هؤلاء أن ينطبق نظامهم القانوني اذا ما اقتضى الأمر ذلك، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا عن طريق اعطاء الفرصة لتطبيق قوانينها على اقليم دولة القاضي وهو ما يضمن مراعاة مصلحة دولة القاضي في الخارج.

التوصيات:

1- عدم توسع المشرع الوطني في نطاق تطبيق قانونه، حرصاً على عدالة الحل المعطى لهذه النزاعات لتطبيق القانون الأكثر ملاءمة وارتباطاً بها.

2- مراعاة دور ارادة الاطراف في المسائل ذات الطابع الخاص وخاصتاً ذات الطابع التجاري منها كون اتباع منهج قواعد الاسناد قد لا يتلاءم مع ما تتطلبه السرعة في المسائل التجارية.

3- تعديل القواعد قواعد القانون المدني المتعلقة في تحديد القانون واجب التطبيق بما يساهم بتحديد المسائل التي يمكن بها استبعاد القانون الاجنبي او تطبيقه.

4- سن مشروع قانون موضعي موحد يحكم جميع العلاقات القانونية الخاصة التي لا تمس سيادة الدول لتقليل من الاعتماد على منهج تنازع القوانين.

قائمة المراجع:

1-P. Mayer et H. Vincent, op.cit, 144. Braulhand, la convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, L C P, 1973.

2- “Les éléments fournis sont plus ou moins fiables, et plus ou moins complets ils arrivent aussi que les éléments fournis ne donnent qu’une information complète” . P. Mayer et V. Heuzé, Droit inter privé, 9 éd. 2007.

3- هشام علي صادق , تنازع القوانين (دراسة مقارنة) طبعة ٢٠٠٧ دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

4- هشام علي صادق, مركز قانون القاضي أمام القضاء الوطني، طبعة ١٩٦٨ منشأة المعارف، الاسكندرية.

5- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص، أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، طبعة 2005 دار هومة، الجزائر.

6- أليبيب زروتي , النظام القانوني لعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ١٩٩٢.

7- حسام الدين فتحي عبد اللطيف نصيف، مركز قانون القاضي في حكم لمنازعات الخاصة الدولية، دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٩٠.

8- أحمد عبد الكريم سلامة ، الاستعجال في المرافعات الدولية المدنية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨ , دار النهضة العربية ، القاهرة.

9- الدكتور جمال محمود الكردي، النظام العام الدولي العربي حلم ام حقيقة ام خيال، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى , ٢٠١٠.

10- عكاشة محمد عبد العال , الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، طبعة 1996 دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.

11- عكاشة محمد عبد العال , تنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ٢٠06 دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

12- حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي ، بيروت، بدون سنة نشر.

13- فؤاد عبد المنعم رياض , سامية راشد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥.

