RESEARCH ARTICLE

Rules for Conflict of Laws Resolution "Comparative Study"

Sadiq Hamad Khashoush *

Al-Muthanna University , Faculty of Law , Special Section , Iraq

ABSTRACT

In view of the remarkable development in the means of communication and the opening of means of communication across political and geographical borders between States, which do not constitute an obstacle to the movement of capital and the consequent formation of legal relations with a foreign element. If a dispute arises on the occasion of a legal relationship marred by foreign elements, it cannot be said in this case that national law applies to disputes in which one of the parties is a foreigner, thus creating a new legal association that requires appropriate rules for its interpretation and consideration. Because of the developments that are happening in the work life. The German jurist G. Kegel believes that these rules should be called substantive rules in private international law, because law in general is either procedural or substantive, if it is viewed in terms of the content of its rules general or private, and considering its persons and the type of its relations, but there is no law materially and law-meaningful, unless the latter refers to the law of conscience and morality, which differs in many ways from positive law in general, while another aspect of jurisprudence goes on to prefer to call these rules material rules at the expense of objective rules.

Keywords: **Conflict of Laws**, **Direct Rules**, **Substantive Rules**, **Indirect Rules**, **Attribution Rules.**

مقالة بحثية

قواعد حل تنازع القوانين "دراسة مقارنة"

صادق حمد خشوش *

جامعة المثنى ، كلية الحقوق ، القسم الخاص ، العراق

الملخص:

نظرًا للتطور الملحوظ في وسائل الاتصال وفَتح طرق التواصل عبر الحدود السّياسية والجُغرافية بين الدول، والتي لا تُشكل عائقًا في انتقال رؤوس الأموال وما يترتب على ذلك من تكوين العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. فإذا ما وقع نزاع بمناسبة علاقة قانونية تشوبها عناصر أجنبية، ليس بالإمكان القول في هذه الحالة بأن القانون الوطني هو الذي يُطبق على المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبياً، وبهذا تنشأ رابطة قانونية جديدة تحتاج الى القواعد الملائمة لتفسيرها والنظر بها. لما يُعاصر الحياة العملية من مستجدات. ويهتم القانون الدُّولي الخاص بالعلاقات القَّانونية الخاصة ذات الطابع الدولي، من حيث التنظيم وذلك عن طريق قواعد الاسناد التي يَضمها والتي تُعتبر قاعدة قانونية غير مباشرة والقواعد الموضوعية باعتبارها قاعدة قانونية مباشرة، ويرى الفقيه الالماني G.Kegel إلى ضرورة تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، وذلك لأن القانون عموما إما إجرائي أو موضوعي، إذا نُظر إليه من ناحية مضمون قواعده عام أو خاص واعتبار أشخاصه ونوع علاقاته، ولكن ليس هناك قانوناً مادياً وقانون معنوناً إلا إذا كان المراد بهذا الأخير قانون الضمير والأخلاق، وهو ما يفترق في كثير عن القانون الوضعي بوجه عام، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى ترجيح تسمية هذه القواعد بالقواعد المادية على حساب القواعد الموضوعية.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، القواعد المباشرة، القواعد الموضوعية، القواعد الغير مباشرة، قواعد الاسناد.

Received 30-10- 2025; revised 18-11 -2025; accepted 24-11- 2025. Available online 30 -12- 2025

* Corresponding author.
E-mail addresses: Sadik.hamad@mu.edu.iq (**S. H. Khashoush**).

https://doi.org/xx.xxxxx/2572-5440.1074

2572-5440/© 2025 The Author(s). Published by Al-Muthanna University. This is an open-access article under the CC BY-NC-SA license (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

المقدمة

عندما تتصف العلاقة القانونية بالصفة الدولية لارتباط عناصرها بقانون أكثر من دولة، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى إرباك العلاقات الخاصة الدولية، لذا لابد من إيجاد الحلول أو طريقة لتسوية النزاع من خلال ما يقوم به القانون الدولي الخاص من تنظيم العلاقات الخاصة للأفراد على المستوى الدولي، حيث لم يعد المجتمع الدولي قاصراً على العلاقات الدولية، بل شمل علاقات أخرى ذات أهمية لا تقل عن سابقتها من علاقات بين الدول أو بين المنظمات الدولية، وتتمثل هذه العلاقات بين أشخاص القانون الدولي الخاص كالأفراد والشركات من دول مختلفة. مما يؤدي إلى حاجة هذه العلاقات لقواعد قانونية خاصة لتنظيمها كتلك التي يتضمنها القانون الداخلي لأي دولة. وكما هو معلوم أن القاضي الوطني لا ينظر في علاقة قانونية يشوبها عنصراً أجنبياً من تلقاء نفسه، وإنما يفصل بشأنها حسب ما تمليه عليه قواعد الاسناد الوطنية التي يتضمنها القانون الدولي الخاص، لأن إمكانية اخضاع المنازعات ذات العنصر الأجنبي لنظام الدولة الداخلي، قد يؤثر بالعلاقة الخاصة الدولية من حيث عدم الاستقرار خاصة فيما يتعلق بالعقود التجارية الدولية.

موضوع البحث:

تتمحور فكرة البحث في موضوع تكييف العلاقة القانونية وتحديد القانون الواجب التطبيق، ويقوم القاضي الوطني أو المحكم الدولي بمهمة التكييف بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص، سواء كانت قواعد إسناد أو القواعد المادية أو الموضوعية، بالإضافة إلى القواعد التي من شأنها الحفاظ على المصلحة العامة للمجتمع، كخطوة سابقة على تطبيق القاعدة القانونية على المنازعة. ويظهر التكييف في حالة غموض العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بالإضافة إلى عدم التوافق بين إرادة أطراف العلاقة وكيفية التعبير عنها، مما يؤدي إلى التوصل للمعنى الحقيقي للقاعدة القانونية واجبة التطبيق.

أهمية البحث:

تبدو أهمية البحث واضحة في أن موضوع التكييف يحتل مكانة بارزة في مجال القانون، خصوصاً اذا تعلق التكييف بقواعد القانون الدولي الخاص، وذلك لأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والمرتبطة بالأمور التجارية والاقتصادية وحتى الاجتماعية منها في تقدم مستمر، بالتالي فهي بحاجة إلى التكييف القانوني لتسهيل المهمة على القاضي الوطني للتعرف على نية أطراف العلاقة وإعطاء الواقعة أو العقد الوصف القانوني بشكل صحيح للفصل بالنزاع المُثار بشأنها وذلك بتطبيق القاعدة القانونية الملائمة لها.

إشكالية البحث:

تكمن مشكلة البحث في الخلاف حول مدى إمكانية الزام القاضي الوطني بالتعرف على القوانين الأجنبية وكيفية تطبيقها، والرقابة التي تمارسها المحاكم على القاضي الوطني في تكييفه للعلاقة القانونية وإمكانية تطبيقه للقانون الأجنبي، اذا ما أشارت إليه قواعد الاسناد الوطنية. وحقيقة الأمر أن التكييف الذي يقوم به القاضي الوطني للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على المنازعات الخاصة الدولية ليس بالموضوع السهل بالإضافة إلى ذلك، التضارب الفقهي حول أسس التكييف لمنهاج القانون الدولي الخاص، مما يفرض على القاضي الوطني البحث بشكل أكثر دقة حول كيفية تكييف تلك القواعد.

منهجية البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهج التأصيلي لدراسة التفسير التحليلي لقواعد القانون الدولي الخاص، من خلال المنهج غير المباشر، وذلك بإرشاد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعة الخاصة ذات العنصر الأجنبي، أو من خلال المنهج الذي يعطي الحل المباشر في موضوع النزاع ذو الطبيعة الخاصة الدولية. مما يلزم التعرف على مفهوم القواعد الموضوعية أو المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري باعتبارها قواعد مباشرة، بالإضافة إلى مفهوم قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص باعتبارها قواعد غير مباشرة.

لذا قسمنا هذا البحث إلى مطلبين:

المبحث الأول: القواعد المُباشرة

المطلب الأول: القواعد الموضوعية أو المادية

المطلب الثاني: قواعد النظام العام الوقائي

المبحث الثاني: القواعد الغير مباشرة

المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد

المطلب الثاني: شروط اعمال قواعد الاسناد

المبحث الأول

القواعد المُباشرة

تمهيد وتقسيم:

تُعرف القواعد الموضوعية وقواعد النظام العام الوقائي بمسمى القاعدة المباشرة في القانون الدُّولي الخاص، نتيجة تقديم هذه القواعد للحلول المباشرة للمنازعة عكس قواعد الاسناد التي تُعرف بالقواعد الغير مباشرة، لذلك بالإمكان التعرف على هذه القواعد من خلال المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول: القواعد الموضوعية أو المادية

المطلب الثاني: قواعد النظام العام الوقائي

المطلب الأول

القواعد الموضوعية أو المادية

يُقصد بالقواعد الموضوعية الاساسية أو بقواعد القانون الدولي الخاص المادي، بأنها تلك القواعد التي تعطي حلاً مباشراً للنزاع بشكل بعيد عن قواعد الاسناد، وقام بهذا التوجه جانب من الفقهاء المختصين بالقانون التجاري الدولي. حيث ذهبوا الى أهمية مراجعة المفهوم التقليدي للقوانين، لتفادي الاطالة في حالات من الفوضى والتي تعاني منها المجتمعات والقانون الدولي. مما دفع برجال الاعمال والمهتمين في مجال التجارة الى ايجاد الحلول في محل اخر يتضمن شروطاً نموذجية بالنسبة لعقودهم يعهدون بها الى التحكيم.

وبعيدًا عن الخلافات حول تسمية هذه القواعد، من حيث الأفضلية في تسميتها

بالقواعد موضوعية او أن يُطلق عليها بالقواعد المادية فانه بالإمكان أن تُعرف بأنها تلك القواعد المُستقاة من أكثر من مصدر، تعمل على تقديم التنظيم القانوني والحلول الذاتية للمعاملات التجارية الدولية، على النحو الذي يجعل منها قانون خاص بشكل مستقل عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية [19، ص37] .

وتختلف القواعد الموضوعية أو قواعد القانون الدولي الخاص المادي عن قاعدة الاسناد، من حيث اضفاء الصفة القانونية عليها، فذهب البعض الى ان القاعدة المادية او الموضوعية تتمتع بالصفة القانونية الكاملة، بينما نجد أن هناك رأي مخالف للرأي الأخير، بحيث أنكر أنصاره كل صفة قانونية لهذه القواعد[2، ص284] وذهب آخرون في رأيهم إلى إعطاء الصفة القانونية غير المكتملة للقواعد المادية أو الموضوعية [21، ص 34].

وفيما يلي نستعرض آراء فقهاء القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي بهذا الخصوص.

الرأي الأول: يذهب هذا الرأي الى ان التطورات الحاصلة في القوانين من حيث التعدد في المناهج أضحت من الأمور التي لا يمكن إنكارها، وأن منهج القواعد المادية والذي يُعتبر من ضمن المناهج في القانون الدولي الخاص بمفهومه الواسع خير دليل على ذلك، بالتالي فإن الإشكالات الدائرة حول النظام القانوني للقاعدة المادية لا معنى لها، حيث ان الوجود الحقيقي لقانون التجارة الدولي لا يمكن انكاره بغض النظر عن أي تسمية أُعطيت له، ما يترتب عليه عدم الشِعور من جانب الممارسين للتجارة الدولية في حالة خُضعوهم لتلك القواعد بأن دائرة تعاملهم لا تخرج عن الإطار القانوني، وان قانون التجارة الدولي ما هو إلا بمثابة مجموعة من القواعد والانظمة التي تم استبقاؤها من مصادر عديدة تتصف باستمراريتها في التطور والنمو. وعلى الرغم من افتقار المبادئ القانونية للاستقلالية عن غيرها من الانظمة القانونية ذات الطابع الوطني، الا أن نشأتها داخل هذه الانظمة لا يُعتبر مانعاً من الأخذ بها في الوسط التجاري للمجتمع الدولي ورجال الاعمال، فهذه المبادئ تستمد سلطتها من شعور المجِتمع الدولي للتجار بضرورتها وليس من النظم القانونية الوطنية، وهو ما عبرت عنه القرارات التحكيمية.

اما بالنسبة للرأي الثاني: فقد ذهب إلى إنكار الصفة القانونية للقاعدة الموضوعية، وهذا الرأي يستند من ضرورة تواجد الجماعة في أي قاعدة قانونية، كما أن هذه الصفة لا يمكن توافرها في القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص، لكونها قاعدة نوعية خاصة بالتجارة الدولية، بالإضافة إلى أن من الخصائص المعروفة للقاعدة القانونية أنها لابد من اقترانها بالجزاء لإجبار الأفراد على احترامها، وأن القاعدة الموضوعية للقانون التجاري الدولي تفتقر لمثل هكذا جزاء بشكل أكثر قوة اذا ما قورن بتنفيذ حكم التحكيم، كما ان جميع القواعد الموضوعية ذات طابع تفسيري أو هي قواعد مكملة، لا يمكن الاعتداد بها الا بناءً على رغبة الأفراد.

وبهذا لا يمكن تصور قيام نظام قانوني بشكل كامل ومجرد من القاعدة الآمرة التي يكون هدفها حماية المصلحة العامة للمجتمع دون مراعاة إرادة الأفراد في تطبيقها، ذلك أن القواعد المكملة لا تعدوا في حقيقتها أن تكون مورد قانوني فهي لا تصلح كأساس لإنشاء نظام قانوني مستقل ومتكامل [14، ص333] .

والرأي الثالث: تبناه الفقيه لوسيان جولدمان، وهو أن القواعد الموضوعية أو المادية تشكل نظاماً قانونياُ ولكنه نظام قانوني غير كامل أو نظام قانوني في دور التكوين، حيث يشبه القواعد المادية للقانون التجارة الدولي التي تُشكل كل منها مجتمعاً خاصاً بمهنة أو تجارة معينة دون أن يكون هناك تضامناً وتجانساً فيما بينها مما يسمح بقيام مجتمع موحد للتجارة الدولية، ولهذا يَصعب إخضاع كامل العقد لقانون ما يسمى بالقانون السائد في مجتمع التجارة الدولية ما دام أن هذا المجتمع لم يشكل نظاماً قانونياً موحدًا ومتكاملاً[18، ص1282] ويستندوا في رأيهم إلى أن القواعد الموضوعية لم تناقش كافة الموضوعات الخاصة بالعلاقات الخاصة الدولية، لذا لا بد من الرجوع إلى القانون الوطني للأفراد للوقوف على بعض المسائل، وبذلك تكون القواعد الموضوعية قواعد غير شمولية ، فهي لا تنظم في الواقع كافة المشكلات التي يمكن أن تثور في عقود التجارة الدولية وتواجه ما ينشأ عنها من منازعات كما لا تُشكل مجموعة قانونية كاملة، فمن الممكن أن تشتمل هذه القواعد على قواعد خاصة بتفسير العقد الدولي، ولكنها تخلوا من معالجة مسائل أخرى كأهلية الأطراف، والتقادم المسقط والفوائد التاخيرية [8، ص206] .

وقد اضحت القواعد الموضوعية تشكل قانوناً مستقلاً بذاته، فأطلق عليها البعض مصطلح القواعد الموضوعية عبر الدول او القانون عبر الدول او القانون فوق الوطني، والبعض الآخر ذهب في تسميته للقواعد الموضوعية بالقانون التجاري بين الشعوب، او القانون العرفي عبر الدول، او القانون الموضوعي للتجارة الدولية. ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه أنصار القانون التجاري الدولي، فقرر الفقيه فوشارد على انه لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدولي يُشكل نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، اي مجموعة القواعد المترابطة الكاملة والمستقلة والتي تعطي كل الجوانب من حيث النشاط الذي يريد أن يحكمه، ويكون مشتملاً على القواعد الخاصة بالتفسير، ذات طبيعة تُكمل ثغراته الحتمية التي لا يمكن تلافيها ويناصرهم في هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة[4، ص373]. وقد أقر المشرع المصري بوجود قانون مستقل للتجارة الدولية، يمكن أن تكون قواعده محلاً لاختيار الأطراف والرأي الراجح هو أن القواعد الموضوعية أو المادية هي قواعد قانونية بالإضافة الى ان خصائص القاعدة القانونية متوافره بها، وأكثر التشريعات نصت على تطبيقها. حيث نصت المادة (١٤٦٩) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على " يحسم المحكم النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، وفي حالة غياب

اختيار الأطراف طبقا للقواعد القانونية التي تبدو له ملائمة. وتعد هذه المادة سندا تشريعيا يجيز للتحكيم الدولي تطبيق القواعد القانونية التي يتضمنها قانون التجارة الدولي، كما أنها تُفسر تفسيراً واسعاً بحيث يجوز أن يكون محل الاختيار إما لقانون وطني معين، وإما للقواعد القانونية التي يحتويها قانون التجارة الدولية. كما نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري على ١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم ينفق على غير ذلك. 2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طُبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع 3- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة. 4- يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى القواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون.

المطلب الثاني

قواعد النظام العام الوقائي

بعد التطور الحاصل في الحياة التجارية وازدهار العلاقات الخاصة الدولية، الذي أدى إلى تدخل الدولة في التشريعات بصورة واضحة، وظهور آراء وأفكار غير مألوفة فيما سبق، والتي تنادى بالمناهج الجديدة والمستقلة، محاولةً منها لتفادي المنهج التقليدي لقاعدة الإسناد وآلياتها المعقدة. وقد كان من أبرز هذه المناهج، القواعد ذات التطبيق الضروري أو بما يُعرف بقواعد النظام العام الوقائي إلى جانب منهج القواعد الموضوعية أو المادية، بمعنى أن ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ارتبط بظهور المذهب الاشتراكي الذي من أولوياته النظر إلى المجتمع أولاً، والحد من الحقوق والحريات للأفراد بالقدر اللازم لحماية المصلحة الجماعية أو العامة [3، ص20]. وبهذا كان لزامًا على المشرع في ظل مذهب التدخل أن يدعم القواعد التشريعية بالصفة الأمرة بحيث يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، سواء في مجال الحياة الاقتصادية أم الاجتماعية. ولازم القواعد الأمرة ظهور بعض الأفكار والتي تُعتبر من الأفكار الحديثة كفكرة النظام العام الاقتصادي، وفكرة النظام العام الاجتماعي اللذان يُجسدان الصفة الآمرة والضرورية للقاعدة القانونية التي يضمها المشرع في مجال قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ولا نبالغ بالقول ان تدخل الدولة في مجالات الحياة الخاصة الدولية، أضحى من سمات التطور الحالي للقانون الدولي الخاص[22، ص25]، ولعل أصدق تعبير عن مبدأ تدخل الدولة في هذه المجالات هو ما يسمى بقوانين التوجيه الاقتصادي، كالقوانين الخاصة بحماية المستهلك.

ولقد جرى التعبير عن هذه القواعد بمسميات مختلفة نتيجة الجدل الواسع حول تسميتها، ومن خلال تلك المسميات تم التعرف على هذه القواعد من قبل فقه القانون الدولي الخاص[18، ص774]. فهنالك من أطلق على هذه القواعد بمصطلح القواعد فورية التطبيق أو ذات التطبيق المباشر، وظهر ذلك لأول مرة في فرنسا على يد الفقيه اليوناني الأصل فوسيون فسيسكاكيس، حيث قرر أن هذا الاصطلاح يكون اساساً منطقياً لقانون اختصاص القاضي الذي يطبق مباشرة بخصوصها، كما يظهر أن تطبيقها الإقليمي يتم دون وساطة من قاعدة التنازع، كما يعالج قصور التعبير في قوانين البوليس والأمن، حيث أن هناك من القواعد فورية التطبيق ما لا يمكن وصفها بأنها من قوانين البوليس والأمن، كما أن هناك من أطلق عليها مصطلح قواعد النظام العام الوقائي لأن الهدف الأساسي من تطبيقها هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسرى عليه، كما أن هذه القواعد تهدف إلى التوجيه إلى كل ما يمس بالصالح العام وأخيرًا أطلق عليها الفقه الإيطالي بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد تأمين المجتمع وهذا الاصطلاح يقصد به حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

كما أنها تُعتبر من القواعد الضرورية من حيث التطبيق، وذلك من أجل توفير الحماية في مجتمع بلد القاضي من حيث التضامن الاجتماعي، وتطبيقها لا يقتصر فقط على الإقليم بل يمكن ان يمتد تطبيقها خارج الحدود، طالما كان من الضروري إدراك أهدافها، ويمكن تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها، تلك القواعد التي قد تُلازم تدخل الدولة في تطبيقها لأنها ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت وطنية، او ذات طابع دولي[2،ص268].

ونتفق مع الرأي الذي يذهب الى تسمية هذه القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري، وذلك لأن هناك قواعد فورية التطبيق توصف بأنها قوانين البوليس والأمن، وهو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ خاصة في المادة (٣/١) حيث تنص على أن قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم. وتبرز أهمية هذه التسمية في أن الهدف من هذه القواعد هو اقامة النظام على اقليم الدولة وتطبيقها على أي شخص، وكل رابطة تدخل في مجال سريانها ولا يتعدى تطبيقها الخارج الإقليم الوطني.

وقد أغفلت التعريفات السابقة للقواعد ذات التطبيق الضروري بمختلف مسمياتها، القواعد القانونية الأجنبية ذات التطبيق الضروري سواء أكانت جزء من القانون الواجب التطبيق بموجب منهج قاعدة الإسناد، أو لم تكن كذلك لكنها مرتبطة بالعلاقة برابطة وثيقة تبرر تطبيقها، وكان من الأفضل التطرق إلى هذه القواعد والغاية من تطبيقها، ولغرض الأخذ بنظر الاعتبار هذه القواعد يمكن القول بأن القواعد ذات التطبيق الضروري هي تلك القواعد التي يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الهدف الذي وضعت من أجله سواء كانت جزء

من قانون القاضي او جزء من القانون الأجنبي، وسواء طُبقت هذه القواعد مباشرة أم بمقتضى منهج قاعدة الاسناد وهذا ما أكده بعض الفقه[1،ص90]، بأنه إذا كانت هذه القواعد جزء من قانون القاضي الوطني يكون تطبيقها ضرورياً لحماية النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة. أما اذا كانت جزءًا من قانون أجنبي واجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد، فإنها تكون مُلائمة لحكم العلاقة القانونية، على اعتبار أن وظيفة قاعدة الإسناد هي البحث عن القانون المُلائم لحكم النزاع، ما لم يكن هناك تعارض بين هذه القواعد وقاعدة ضرورية التطبيق في قانون دولة القاضي.

المبحث الثاني

القواعد الغير مباشرة

تمهيد وتقسيم:

تُطلق تسمية القاعدة الغير مباشرة على قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص[23،ص35]، وذلك لأنها لا تقدم الحل المباشر للمنازعة المعروضة، إنما تنحصر وظيفتها للإرشاد إلى القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع. وهنالك عدة تعريفات لهذه القواعد، جميعها تذهب الى نفس المعنى والمضمون، حيث يمكن تعريفها بأنها تلك القواعد التي تسري على الحالة التي يتزاحم فيها أكثر من قانون ينتمي لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية إذا كان أحد طرفيها أجنبياً[15، ص28]، أو يمكن تعريفها بأنها وسيلة اختيار أحد القوانين المتصلة بالعلاقة الخاصة الدولية. وقد ذهب جانب من الفقه على أن ظهور هذه القواعد يرجع إلى نهاية القرن الثاني عشر وبداية القرن الثالث عشر، فقد خط الفقه الإيطالي القديم بطريقتهم التحليلية أكثر من قاعدة للإسناد. فعلى سبيل المثال، انتهى فقهاء المدرسة الإيطالية إلى إخضاع العقد من حيث الشكل لقانون البلد الذي ابرم فيه، كذلك اخضاع العقد من حيث الموضوع لقانون الإرادة، وهو الحل السائد لدى معظم لتشريعات المختلفة، كما ذهب الفقه الايطالي القديم أيضاً في مجال الجرائم الى اخضاعها لقانون البلد التي وقعت به، أما فيما يخص المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فقد أخضعها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة إلى قانون البلد الذي يتوطن فيه الشخص دون الاعتداد بقانون القاضي. كما يُلاحظ وجود العديد من قواعد الإسناد خاصة ما قرره الفقه الألماني ومنهم الفقيه سافيني وكان ذلك في بداية القرن التاسع عشر، حيث اعتمد على تحليل الروابط القانونية وتحديد طبيعتها تمهيدًا لتركيزها في مكان معين ثم تطبيق هذا القانون عليها، ويُعتبر هذا المنهج الأكثر اتباعاً في معظم التشريعات المختلفة بالوقت الحاضر، والتي تجرى على تقسيم العلاقات القانونية إلى فئات تمهيدًا لإخضاعها إلى أكثر من قانون بما يناسب كل منها. وبهذا فالاعتماد على قواعد الإسناد المُمتدة جذورها من الماضي البعيد إلى الحاضر المنظور والمعلوم، يعكس أهميتها وشيوع الاعتماد عليها قديماً حديثاً حتى مع ظهور بعض الآراء التي تنادي بوجود وسائل أخرى لحل النزاع في العلاقات اتي تدخل ضمن إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

مفهوم وخصائص قواعد الاسناد

تقسيم:

يُقصد بقواعد الاسناد هي تلك القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي يتخللها عنصر أجنبي او هي تلك القواعد التي تُرشد القاضي إلى القانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع دون أن تتصدى لحل النزاع بشكل مباشر.

وتتميز قاعدة الاسناد بعدة خصائص تُميزها عن غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص وهي كالتالي:

أولاً: قاعدة وضعية داخلية

تُعتبر قواعد الاسناد من وضع السلطة التشريعية المختصة في كل دولة، وهذا يعني أن لكل دولة قاعدة تنازع خاصة بها، والتي قد تكون مختلفة عن بقية القواعد القانونية السارية في الدول الأخرى، نظراً لاختلاف المفاهيم النسبية لفكرة العدالة من ناحية والتباين في الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل دولة من ناحية اخرى[2،ص267].

ثانياً: قاعدة مزدوجة

يمكن اعتبار قاعدة الاسناد وسيلة فنية للقاضي لحل مشكلة التنازع بين القوانين، بحيث يجب أن تكون قاعدة الاسناد ذات طبيعة مزدوجة، أي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق بصورة مجردة سواء كان هذا القانون أجنبي أو قانون وطني، وذلك بحسب معطيات المنازعة المعروضة على القاضي[12، ص14].

ثالثاً: قاعدة غير مباشرة (ارشادية)

قاعدة الإسناد ذات طابع ارشادي تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي يقدم الحل الموضوعي للنزاع، لذلك يمكن اعتبارها قاعدة اختيار بين أفضل القوانين التي من شأنها حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي[17، ص41]. ويتفق فقهاء المدرسة التقليدية على أن قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة من حيث المضمون، فهي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، دون أن تتعرض إلى أصل موضوع النزاع، لذلك تقتصر وظيفة هذه القواعد بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع[19، ص12].

رابعاً: قاعدة مجردة أو محايدة

قاعدة الإسناد قاعدة عامة مجردة، من حيث كون وظيفتها تقتصر على الإختيار أو الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة أمام القاضي، سواء أكان هذا القانون وطنياً أو أجنبياً.

فضابط الارشاد هنا يجعل قاعدة الإسناد ذاتها تكتسب خاصية التجريد، بحيث يمكن القول بأن تلك القاعدة لا تختار قانون دولة معينة بالذات لحكم النزاع

الدولي، بالتالي وعلى سبيل المثال فهي لا تشير إلى تطبيق القانون الفرنسي أو القانون الإنجليزي أو أي قانون دولة أخرى على المنازعة، وإنما تُحدد القانون الواجب التطبيق حسب معيار رأت فيه أنه أنسب المعايير للربط بين الواقعة القانونية والقانون الواجب التطبيق عليها[20، ص64].

كما تتميز قاعدة الاسناد بالحياد، بحيث إنها لا تُرجح قانون معين على قانون آخر لحكم العلاقة وإنما تقوم بالتفاضل بين القوانين بحيادية وموضوعية متجردة من السعي إلى تلبية المصالح الذاتية للدول، أو لصالح أحد أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، بل تأخذ بنظر الاعتبار الجدية في الاتصال بين الروابط المذكورة والنظم القانونية للدول المختلفة[3،ص91].

خامساً: قاعدة ملزمة

وهذا يعنى أن القاضي الوطني يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الاسناد، إذا ما عُرضت عليه منازعة ذات عنصر أجنبي لبيان القانون الواجب التطبيق عليها أياً كان هذا القانون، سواء أكان قانون بلد القاضي أو قانون أجنبي، بالتالي لا يجوز للقاضي الوطني تجاهل قواعد الإسناد وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون بلده، ويرجع هذا الالزام إلى أن قاعدة الإسناد تُعتبر جزءاً لا يتجزأ من القانون الداخلي للدولة، كما أن القاضي مُلزم بما ينص عليه المُشرع الوطني عند الفصل في أي نزاع[16، ص416].

أما في العراق فالقاضي العراقي ملزم بتطبيق قواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً، فاذا كانت قاعدة الاسناد تشير الى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع فيجب هنا على القاضي العمل بذلك مالم يكن في تطبيق القانون الأجنبي الذي إشارة اليه قاعدة الاسناد تعارض أو مخالفة مع النظام العام في العراق.

ولم يعترض القضاء في مصر صراحةً على مسألة مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد بصورة عامة. وإن كانت محكمة النقض المصرية قد تعرضت في حكم لها بتاريخ ١٧ نوفمبر سنه ١٩٦٠م، لمدى القوة الإلزامية لاحدى قواعد الإسناد والمنصوص عليها في المادة (14) من القانون المدني المصري، مقررة أن نص المادة المذكورة أمر يتعلق بالنظام العام ويسرى بأثر فوري، غير أنه ليس بالإمكان الاستناد لهذا الحكم لمعرفة مدى التزام القاضي المصري بتطبيق قواعد الإسناد المنصوص عليها في بلده، وذلك لعدم بيان الأساس الذي بنت عليه المحكمة في حكمها، اعتبار النص المشار إليه نصاً آمراً يتعلق بالنظام العام. غير أن الفقه الراجح في مصر يتجه نحو الزام القاضي المصري بتطبيق قواعد الإسناد المنصوص عليها من تلقاء نفسه سواء تمسك بها أطراف العلاقة أم لا [6،ص145]، بالمقابل اتجه فريق آخر من فقهاء القانون إلى القول، بأن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد، إلا إذا تمسك أحد الخصوم على الأقل بتطبيقها. وهذا الاتجاه تبناه القضاء في فرنسا في حكمه المعروف باسم BISRAL والصادر عام ١٩٥٩، حيث قرر القاضي الفرنسي طلاق زوجين اسبانيين مقيمان في فرنسا، بعد أن طبق القانون الفرنسي على واقعة الطلاق كما لو كانت المنازعة ذات طابع وطني بحت، ودون أن يرجع القاضي الفرنسي إلى قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص القانون الشخصي للزوجين (القانون الإسباني) الذي يحظر الطلاق بينهما، وتم تأييد الحكم من قبل محكمة النقض الفرنسية معتبرة، أن قواعد الإسناد الفرنسية ليست من النظام العام عندما تَقضي بتطبيق القانون الأجنبي، وأن على أطراف العلاقة التمسك بتطبيقها.

المطلب الثاني

شروط اعمال قواعد الإسناد

تقسيم:

أولاً: ان قاعدة الإسناد لا يمكن تطبيقها على العلاقات القانونية ذات الطابع الوطني، وإنما تُطبق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي[11، ص8].

وبما أن عناصر العلاقة القانونية تتمثل في أطراف العلاقة، وموضوع أو محل العلاقة، وسبب العلاقة فيمكن توافر العنصر الأجنبي في أي عنصر من عناصرها ويتمثل ذلك في ما يلي:

1- يمكن توافر العنصر الأجنبي في أطراف العلاقة القانونية، كما لو تزوج رجل عراقي الجنسية من امرأة تحمل الجنسية السورية، هنا نكون أمام علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لاختلاف جنسية أطرافها.

2- أما فيما يخص محل العلاقة القانونية فيمكن توافر العنصر الأجنبي فيها، حتى لو كان طرفي العلاقة من جنسية واحدة، ويحدث ذلك مثلاً عند قيام مصريان بإبرام عقد على مال يقع في خارج مصر.

3- كما ويتصور وجود العنصر الأجنبي أيضاً في عنصر السبب للعلاقة، كما لو اتفق طرفي العلاقة القانونية على إبرام عقد بيع في دولة واتفقوا على تسليم الشيء المبيع أو دفع ثمنه في بلد آخر[24، ص17].

ثانياً: أن يكون هناك أكثر من قانون لعدة دول مختلفة يرى كلاً منها أحقيته في نظر المنازعة المعروضة[9، ص8] .

من الخواص الأساسية في موضوع تنازع القوانين الداخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص هي إمكانية تطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته، ويترتب على ذلك أن العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي التي يحكمها القانون الدولي الخاص هي تلك العلاقة التي يمكن من خلالها قيام القاضي الوطني بتطبيق القانون أجنبي بشأنها، الا ان هذا الأمر لا ينطبق على كافة العلاقات القانونية، وإنما على نوع واحد منها يُعتبر من ضمن علاقات القانون الخاص، أي العلاقات التي تقوم بين الافراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة والتي لا كون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة.

ونظراً لكون هذه العلاقات تدخل في نطاق القانون المدني والقانون التجاري، بالتالي لا يوجد ما يمنع من تطبيق القانون الأجنبي بشأنها في حالة كونها غير ماسة بالمصالح العامة أو سيادة الدولة، مع امكانية الاتفاق على مخالفتها، وذلك لأن

القانون الخاص قائم بالأساس على تنظيم المصلحة الخاصة للأفراد. والقوانين الخاصة هي تلك القواعد التي تَحكم العلاقات التي تقوم بين الأفراد أو بين الفرد والدولة بصفتها شخصاً اعتبارياً خاصاً، ومما يُميز القانون الخاص هو المساواة بين أطراف العلاقة الخاضعة له. أما بالنسبة للعلاقات التي تدخل ضمن اطار القانون العام، أي تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطة، فلا يتصور تطبيق القانون الأجنبي نظراً لاتصال القواعد القانونية التي تحكمها بالمصالح العامة للدولة وسيادتها، بالتالي لا يُمكن للقاضي الوطني تطبيق القانون الدستوري لدولة أخرى، كذلك الحال بالنسبة للقانون الإداري والقانون المالي الأجنبي[13، ص89].

ثالثاً: وجود تنازع بين القوانين الخاصة للدول [10، ص95].

ليس بالإمكان العمل بقواعد الاسناد من حيث التطبيق في حالة وجود تنازع شخصي، ويتحقق هذا النوع من التنازع في حالة وجود أكثر من قانون يُطبق كل منها على مجموعة معينة من الأشخاص على اختلاف دياناتهم أو أصولهم داخل إقليم دولة واحدة، وهذا النوع من القوانين يوجد في كل من مصر ولبنان، تحديداً فيما ما يخص مسائل الأحوال الشخصية[5، ص110].

ويترتب على ما سبق أنه في حال ما عُرض على القاضي الوطني نزاع فإنه يكون أمام ثلاث أمور:

الأمر الأول: إذا كانت المنازعة المعروضة على القاضي الوطني ذات طابع داخلي، أي لا تحتوي على العنصر الأجنبي سواء يتعلق النزاع بالقانون الخاص أو القانون العام للدولة فإنه يُطبق القواعد الموضوعية المعمول بها في بلده.

الأمر الثاني: وإذا كانت المنازعة المعروضة ذات عنصر أجنبي وتدخل ضمن فروع القانون الخاص فالقاضي هنا يقوم بتطبيق قاعدة الإسناد.

الأمر الثالث: أما إذا كانت المنازعة المعروضة على القاضي الوطني تحتوي على عنصر أجنبي وتدخل ضمن إطار فروع القانون العام الأجنبية، فلا يجوز للقاضي البحث عن القانون العام الأجنبي الواجب التطبيق، وإنما يحكم بعدم الاختصاص.

رابعاً: أن يكون الزاع بين قوانين تتشابه بالأُسس والمبادئ التي تقوم عليها[7، ص89].

بمعنى أنه لا يتصور وجود نزاع بين القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، إلا بين قوانين تقوم على أسس ومبادئ متشابهه أي تكون متقاربة من حيث الأنظمة، كنظام الزواج والاراث ونظام الملكية، فإذا ما تبين للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي لا يحتوي على أسس تتشابه مع الأسس التي يقوم عليها قانون دولته، فعلى القاضي الوطني استبعاده[15، ص25].

الخاتمة

بعد نهاية هذه الدراسة التي تناولت قواعد حل تنازع القوانين توصلنا إلى عدة استنتاجات وبعض المقترحات نبينها فيما يأتي:-

الاستنتاجات

1- تتمتع القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص بالصفة القانونية، نظراً لاحتوائها على خصائص القاعدة القانونية، بالإضافة إلى أن تشريعات بعض الدول نصت على تطبيقها على الرغم من وجود خلافات فقهية حول ما تتمتع به هذه القواعد من صفة قانونية.

2- أن الغرض من وراء ابرام الاتفاقيات الدولية في مجال القانون الدولي الخاص هو لتوحيد القواعد الموضوعية لتجنب النقص في قواعد الاسناد، وعدم قدرتها في بعض الأحيان على حسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، لكون هذه القواعد هي قواعد وطنية خالصة تتولى كل دولة بوضعها لتتناسب مع نظامها السياسي والاجتماعي، مما يؤدي الى خلق نوعاً من الاختلافات والتناقضات بين تشريعات الدول خصوصاً في حال تمسك أطراف النزاع بتطبيق قانون دولته.

3- عدم إمكانية القاضي الوطني أو المُحكم الدولي استبعاد نصوص النظام العام أو الاتفاق على مخالفتها، تماشياً مع قواعد العدالة التي تعد من المكونات الأساسية للقانون التجاري الدولي وكذلك الحال مع بقية القوانين.

المقترحات

1- نقترح على المشرع العراقي التوسع في تطبيق قواعد الاسناد، لكون القانون الدولي الخاص في تطور مستمر ويساير المتغيرات التي تطرأ على العالم، خاصة فيما يتعلق بشرط وجوب أن تكون القوانين المسندة لقاعدة الاسناد، صادرة عن دول ينطبق عليها وصف الدولة طبقاً لمبادئ القانون الدولي العام، نظراً لما شهده العالم في الآونة الأخيرة من أحداث سياسية أدت بدورها الى تغيير أنظمة الحُكم في بعض الدول وكثرة اللاجئين، وما قد يترتب على ذلك من أثر في العلاقات الخاصة للأفراد.

2- لغرض تحقيق الحماية القضائية اللازمة لاستقرار الروابط ذات الطابع الدولي الخاص، نوصي بضرورة تشكيل لجنة من خبراء القانون الدولي الخاص، تقوم بمهمة وضع تقرير مفصل عن المنازعات الخاصة الدولية، مما يسهل على القاضي الوطني في التعرف على احكام القوانين الأجنبية وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وسرعة الفصل فيه.

قائمة المصادروالمراجع

1- عشوش، أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،1989.

2- سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطابق، بين القانون

الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية". دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩.

3- سلامة، أحمد عبد الكريم، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

4- سلامة، أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع " أصولاً ومنهجاً "، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ط1، ١٩٩٦.

5- الهواري، أحمد محمد، الوجيز في تنازع القوانين، 1991.

6- صالح، أحمد مهدي، القواعد المادية في العقود الدولية دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بغداد ٢٠٠٤.

7- الكردي، جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٥.

8- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والطول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنه، دار الثقافة للنشر، الأردن، ١٩٩٧.

9- خليل، إبراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين " دراسة تحليلية مقارنة "، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١٥.

10- دراز، رمزي محمد، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية ٢٠٠٤.

11- عبدالعال، عكاشة محمد، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٧.

12- عبدالله عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتشارع الاختصاص القضائي،١٩٧٢.

13- القصبي، عصام الدين، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة القاهرة، ٢٠٠٤.

14- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٢.

15- رياض، فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

16- ياقوت، محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختبار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية،2000.

17- عرفة، محمد السيد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

18- عرفة، محمد السيد، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٤.

19- محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، المسان. الجزائر، ٢٠١٦,٢٠١٥.

20- المصري، محمد وليد هاشم، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ٢٠٠٨.

21- السداوي، ماهر إبراهيم، مبادئ القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، بدون دار نشر ١٩٨١.

22- الباز، مصطفى محمد مصطفى، منهج قواعد التنازع في فض المنازعات الدولية الخاصة دراسة انتقادية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعه عين شمس، ٢٠٠٨.

23- صادق، هشام علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤.

24- صادق، هشام علي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠١.