القانون الدولي الخاص

" تنازع القوانين"

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

منشورات جامعة دمشق

كلية الحقوق

القانون الدولي الخاص

" تنازع القوانين"

الدكتورة
وفاء مزيد فلحوط
أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي

الدكتور
ساجر حميد الخابور
أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي

جامعة دمشق

1444–1443 هـ
2022 – 2021 م

وقل رب زدني علما
Damascus University

الفهرس

المقدمة	**9**
مبحث تمهيدي **ماهية القانون الدولي الخاص**	**13**
المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وتحديد موضوعاته	15
المطلب الثاني: طبيعة القانون الدولي الخاص	23
المطلب الثالث: منهجا حل منازعات العلاقات الدولية الخاصة (المنهج المادي والمنهج التنازعي)	29
الفصل الاول **الأحكام العامة في تنازع القوانين**	**33**
المبحث الاول: ماهية تنازع القوانين	**33**
المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين	33
المطلب الثاني: عوامل نشوء تنازع القوانين	37
المطلب الثالث: تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المختلفة	43
المبحث الثاني: ماهية قواعد الإسناد والقوة الملزمة لها	**63**
المطلب الأول: مفهوم قواعد الإسناد	63
المطلب الثاني: القوة الملزمة لقواعد الإسناد	73
المبحث الثالث: التكييف في القانون الدولي الخاص	75
المطلب الأول: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على التكييف	77
المطلب الثاني: التكييف في القانون السوري	83
المبحث الرابع: تنازع قواعد الإسناد "الاحالة "	87
المطلب الأول: تعريف الإحالة(أسبابها – درجاتها)	87

المطلب الثاني: الإحالة في فقه القانون الدولي	89
المطلب الثالث: الإحالة في القانون الدولي الخاص السوري	91
المبحث الخامس: الإسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع	93
المطلب الأول: الإسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع وفقا للفقه	93
المطلب الثاني: الإسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع في القانون الدولي الخاص السوري	97
المبحث السادس : كيفية تطبيق القانون الأجنبي والرقابة عليه	**101**
المطلب الأول: أساس تطبيق القانون الاجنبي	101
المطلب الثاني: مركز القانون الأجنبي أمام القانون والقضاء الوطني	105
المبحث السابع : النظام العام	**111**
المطلب الأول: تعريف النظام العام وأساس تطبيقه	111
المطلب الثاني: النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي	115
المطلب الثالث: خصائص النظام العام	116
المطلب الرابع: شروط إعمال الدفع بالنظام العام	119
المطلب الخامس : آثار الدفع بالنظام العام	121
المطلب السادس: الدفع بالنظام العام و القانون الواجب التطبيق باتفاق دولي	125
المبحث الثامن: الغش نحو القانون	**127**
المطلب الأول: المقصود بالغش نحو القانون	127
المطلب الثاني: نشأة الدفع بالغش نحو القانون	128
المطلب الثالث: تقدير نظرية الغش نحو القانون	129
المطلب الرابع: الأساس القانوني للغش نحو القانون	131
المطلب الخامس: شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون	135

المطلب السادس: نطاق إعمال الدفع بالغش نحو القانون	137
المطلب السابع: آثار الدفع بالغش نحو القانون	139
الفصل الثاني **قواعد تنازع القوانين السورية**	**141**
المبحث الأول: الحالة المدنية والأهلية للشخص الطبيعي والنظام القانوني للشخص الاعتباري الأجنبي	**143**
المطلب الأول: الحالة المدنية والأهلية للشخص الطبيعي	143
المطلب الثاني: النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية	151
المبحث الثاني : الزواج	**153**
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة زواج الأجانب	153
المطلب الثاني: الآثار الشخصية والمالية لزواج الأجانب، وانحلاله بالطلاق أو التطليق أو الانفصال	157
المطلب الثالث: الشروط الموضوعية لصحة زواج السوريين والأجانب وآثاره وانحلاله	162
المبحث الثالث: النفقة بين الأقارب والنيابة الشرعية عن الغير	**165**
المطلب الأول: النفقة بين الأقارب	165
المطلب الثاني: النيابة الشرعية عن الغير (الولاية – الوصاية – القوامة – الوكالة القضائية)	167
المبحث الرابع : التركات	**169**
المطلب الأول: الميراث والجانب الموضوعي للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت	170
المطلب الثاني: شكل الوصية وشكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت	177
المبحث الخامس: الأموال المادية (العقارات والمنقولات)	**178**

المطلب الأول: العقارات	178
المطلب الثاني: المنقولات المادية	181
المطلب الثالث: الأموال المعنوية	183
المبحث السادس: الالتزامات التعاقدية (الجانب الموضوعي للعقود الدولية الخاصة)	**187**
المطلب الأول: المسألة المسندة	187
المطلب الثاني: ضوابط الإسناد	193
المطلب الثالث: نطاق تطبيق قانون العقد (القوانين المسند إليها)	201
المبحث السابع: الالتزامات التعاقدية(شكل العقود)	**207**
المطلب الأول: تحديد المقصود بشكل العقود باعتبارها المسألة المسندة	208
المطلب الثاني: القوانين المسند إليها	211
المبحث الثامن: الالتزامات غير التعاقدية (الوقائع الضارة والمفيدة)	**215**
المطلب الأول: تحديد المقصود (بالالتزامات غير التعاقدية) كمسألة مسندة	215
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الوقائع، وصعوبات الأخذ به	217
المطلب الثالث: الاستثناء على قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام	221
المبحث التاسع: قواعد الاختصاص وإجراءات المحاكمة وأدلة الإثبات	**223**
المطلب الأول :القواعد الناظمة للإجراءات المتبعة بصدد المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي	223
المطلب الثاني : الإثبات	229
ملحق بنظام تنازع القوانين في الجمهورية العربية السورية	233
المراجع	237

مقدمة

لو تصورنا عالماً منطوياً على ذاته في جميع علاقاته وروابطه لكانت جميع العلاقات علاقات وطنية بحتة تخضع بحكم المنطق والارتباط لأحكام القوانين الوطنية للدول. إلا أن واقع الحال يناقض هذا الافتراض من خلال حركة الأشخاص والأموال عبر حدود الدول، التي تسمح بظهور عنصر أجنبي أو أكثر في العلاقات والوقائع، ومن ثم ظهور ما يعرف بالقانون الدولي الخاص

وقد ظهر القانون الدولي الخاص فرعاً قانونياً خليطاً بين القانون الوطني البحت (الخالص)، وبين القانون الدولي العام. فإذا كان القانون الداخلي (الوطني) ينظم العلاقات الوطنية في جميع عناصرها، والقانون الدولي العام ينظم علاقات أشخاصه، كالدول والمنظمات الدولية، فإن القانون الدولي الخاص وُجِد استجابة لضرورة تنظيم علاقات أشخاص القانون الخاص: الطبيعيين كالأفراد، أو الاعتباريين كالشركات، التي يتخللها عنصر أجنبي.

وفيما يتعلق بموضوعات القانون الدولي الخاص، فقد ظهر في مقابل مفهوم ضيق يقوم على اعتبار (تنازع القوانين) هو الموضوع الوحيد لهذا القانون، مفهوم واسع يعدُّ الأكثر انتشاراً يذهب إلى توسيع نطاق القانون الدولي الخاص ليشمل عدا عن موضوع (تنازع القوانين) مفردات أخرى: كالجنسية والموطن، والمركز القانوني للأجانب، والاختصاص القضائي الدولي

وفي جميع الأحوال يبقى لكل دولة قانونها الخاص الناظم للعلاقات الدولية الخاصة ، فكما يوجد قانون دولي خاص سوري يوجد قانون دولي خاص مصري، وأخر فرنسي، وهكذا...

وسيتعرض مؤلفنا الحالي **لموضوع تنازع القوانين** ، مع التركيز على نظام تنازع القوانين السوري. إذ وردت **قواعد تنازع القوانين السورية** في القانون المدني السوري[1]، من المادة (12) وحتى المادة (24). ولو نظرنا إلى جملة هذه القواعد لأمكن تصنيفها في عدة مجموعات، يستقطب كل منها مركز ثقل يمثل قاعدتها في الإسناد، ويختلف هذا المركز باختلاف المجموعة:

- **مجموعة المسائل المتعلقة بالأشخاص** (م12إلى م1/18): إذ تظهر (جنسية الأشخاص المعنيين) بوصفها مركز ثقل في هذه المجموعة.
- **مجموعة الأموال** (م19): إذ يظهر (موقع المال) مركز الثقل في هذه المجموعة.
- **مجموعة العقود** (م20): إذ تتصدر (إرادة المتعاقدين) عوامل التركيز الأخرى.
- **مجموعة الشكل** (م2/18 و م21): ويظهر فيها لزوماً (محل إبرام التصرف) بوصفه أحد الخيارات المتاحة في الإسناد.
- **مجموعة الوقائع** (م22): يستحوذ (مكان الواقعة) على مركز ثقلها
- **مجموعة إجراءات المحاكمة وأدلة الإثبات** (م23، م24): يتجه مركز الثقل فيها إلى (مكان المحكمة) و (مكان بلد إعداد الدليل).

ويكمل قواعد تنازع القوانين، ويؤثر في آلية عملها مجموعة من المسائل ذات الصلة، ومن جملة ما عالجه المشرع السوري من تلك المسائل : بيان المرجع القانوني في معرض تحديد طبيعة موضوع النزاع بغية ربطه بقاعدة إسناد بقصد الوصول إلى القانون الواجب التطبيق(م11)، وتحديد حالات تحييد قواعد الإسناد عن التطبيق، ولاسيما حالتي وجود نص خاص، ووجود معاهدة دولية ذات صلة(م25)، وتحديد المصدر التكميلي لسد

---

[1] الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

الفراغ التشريعي في المسائل التي لم يرد بشأنها قواعد إسناد وطنية(م 26)، وبيان الحل فيما لو ظهر للقاضي السوري في معرض تطبيق قانون الجنسية أن الشخص المعني متعدد الجنسية أو عديمها (م27)، والحل أيضا فيما لو ظهر نتيجة الإسناد ان القانون المسند إليه هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو تعدداً إقليمياً(م28)، وتحديد القواعد المقصودة في القانون الواجب التطبيق فيما لو كانت القواعد الموضوعية أم القواعد الإسنادية بما تنطوي عليه من خطر ظهور مشكلة الإحالة في القانون الدولي الخاص(م29)، وآخر ما عالجه المشرع السوري في نظام تنازع القوانين كان موضوع الدفع بالنظام العام بوصفه أحد الاستثناءات الواردة على القانون الواجب التطبيق(م30)، بيد أنه سكت عن معالجة الاستثناء الآخر المتمثل بإعمال الدفع بالغش نحو القانون.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

مبحث تمهيدي[2] *

ماهية القانون الدولي الخاص

وجد القانون الدولي الخاص استجابة لتنظيم علاقات أشخاص القانون الخاص الطبيعيين والاعتباريين، التي تنطوي على عنصر أجنبي، ويشمل النطاق الموضوعي لهذا القانون مفردات مختلفة ومترابطة، من أهمها: الجنسية والموطن، والمركز القانوني للأجانب، والاختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين.

وكثيراً ما انقسمت الآراء حول طبيعة القانون الدولي الخاص فيما لو كان من القانون الداخلي أم الدولي، أو فيما لو كان من فروع القانون الخاص أو العام.

وقد ظهر لحل المنازعات الناشئة عن علاقاته منهجان، أحدهما موضوعي يفصل مباشرة في موضوع النزاع، والآخر أكثر شيوعاً إسنادي يقوم على فضّ التنازع بين القوانين الخاصة للدول من خلال قواعد تسمى قواعد تنازع القوانين، أو قواعد الإسناد التي يصوغها مشرعو الدول بهيكلية قادرة على إسناد النزاع إسناداً حيادياً مجرداً للقانون الأكثر ملاءمة بغض النظر عن هوية القوانين المتنازعة.

ورغم عدالة فلسفة قواعد الإسناد ومنطقيتها إلا أن إلزاميتها بقيت محل خلاف في توجهات الدول، وكذلك الأمر بالنسبة إلى طبيعة القانون الأجنبي المسند إليه.

وللوقوف على تفاصيل جملة ما سبق سنتعرض بالشرح لماهية القانون الدولي الخاص، وذلك لجهة: بيان تعريفه، وأهم موضوعاته، وطبيعته، وتحديد منهجي حل منازعاته

---

[2] * كتب المبحث التمهيدي الدكتورة وفاء مزيد فلحوط

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المطلب الأول

تعريف القانون الدولي الخاص وتحديد موضوعاته

أولا: تعريف القانون الدولي الخاص :

ظهر القانون الدولي الخاص بوصفه فرعاً قانونياً خليطاً ما بين القانون الوطني البحت (الخالص)، وبين القانون الدولي العام. فإذا كان القانون الداخلي (الوطني) ينظم العلاقات الوطنية في جميع عناصرها، والقانون الدولي العام ينظم علاقات أشخاصه، كالدول والمنظمات الدولية، فإن القانون الدولي الخاص وُجِد استجابة لضرورة تنظيم علاقات أشخاص القانون الخاص: الطبيعيين كالأفراد، أو الاعتباريين كالشركات، التي يتخللها عنصر أجنبي، أو بعبارة أخرى وجد هذا القانون لتنظيم علاقات أشخاص القانون الخاص ذات الطابع الدولي[3].

– وفي معرض بيان العنصر الأجنبي يستوي ظهور هذا العنصر في أي من أركان العلاقة: أطرافها أم محلها أم سببها، فيعدّ عقداً دولياً خاصاً مثلاً: العقد المبرم بين سوري وأجنبي، أو العقد المبرم بين سوري وسوري فيما لو كان محله (موضوعه) عقاراً في دولة أجنبية، أو العقد المبرم في دولة أجنبية بين سوريين[4].

---

[3] رغم وضوح التمييز السابق ما بين (القانون الدولي الخاص) و (القانون الدولي العام) والقائم على اختلاف أشخاصهما، إلا أن خلطاً ما يمكن أن يظهر فيما لو أقدمت الدولة على التعاقد لا بوصفها كذلك، إنما باعتبارها شخصاً خاصاً، أو فيما لو تم تناول الفرد بوصفه أحد أشخاص القانون الدولي العام، رغم أننا نرى في الحديث عن الفرد كشخصية قانونية دولية، كما في محكمة مجرمي الحرب مثلاً مجالاً مختلفاً تماماً عن الحديث عنه في معرض علاقاته في القانون الخاص، كعقد زواجه وفقاً لقانون الأحوال الشخصية، أو عقود البيع المبرمة وفقاً للقانونين المدني والتجاري.

[4] ربما لا يكون مصدر العلاقة عقداً أُبرِمَ في دولة أجنبية، بل واقعة، كما لو صدم سوري بسيارته سورياً آخراً في دولة أجنبية، أو كمن أصدر صحيفة أجنبية وزعت في دولة ما، وكانت تحتوي تشهيراً بمواطن أو بأجنبي.

ثانيا: موضوعات القانون الدولي الخاص:

• في مقابل مفهوم ضيق لموضوعات القانون الدولي الخاص يقوم على اعتبار (تنازع القوانين) هو الموضوع الوحيد لهذا القانون، ثمة مفهوم واسع يعدُّ الأكثر انتشاراً يذهب إلى توسيع نطاق القانون الدولي الخاص ليشمل فضلاً عن موضوع (تنازع القوانين) مفردات أخرى: كالجنسية والموطن، والمركز القانوني للأجانب، والاختصاص القضائي الدولي[5].

• ويعدُّ المفهوم الواسع لنطاق القانون الدولي الخاص هو المفهوم السائد في سورية، رغم أننا لا نجد حرجاً بالحديث عن توسيع نطاق موضوعات هذا القانون **ليشمل التعداد صراحة مفردات أخرى لا تقلّ شأناً وأهميةً عن المفردات المتفق على تكرارها،** كالعقود الدولية الخاصة، أو التحكيم الدولي الخاص[6].

1- الجنسية:

بالنظر إلى الجنسية فإنه قد يبدو للوهلة الأولى أننا أمام موضوع وطني خالص نظراً إلى ما لرابطة الجنسية من علاقة وثيقة بسيادة الدولة باعتبارها تمنح صفة (المواطنة) التي تشكل بدورها ركن الشعب الذي يعدُّ أحد أركان قيام الدولة ووجودها، ومع ذلك **نتصور منطقية ظهور رابطة الجنسية في النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص من خلال عدة أسباب،** نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

د. عكاشة محمد عبد العال – تنازع القوانين (دراسة مقارنة) – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان 2007 – ص6.

[5] د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007 – ص 6.

(6) خاصة لجهة اختلاف درجة ظهور نظام تنازع القوانين في القضاء الرسمي التقليدي عما هي عليه في القضاء التحكيمي، إذ يظهر بدرجة أكثر فاعلية أمام الأول مقارنة بالقضاء التحكيمي.

أ – الجنسية رابطة تمنح من يتمتع بها صفة (المواطن)، فتغدو بمفهوم المخالفة أساساً لتحديد (الأجنبي)، مما يساعدنا على إسباغ الصفة (الدولية الخاصة) على العلاقة نظراً إلى تطرق العنصر الأجنبي – على الأقل – إلى أطرافها.

ب – الجنسية اللاحقة أو المكتسبة بالتجنس أو بالزواج تتحكم بالعنصر الأجنبي حينما تذهب إلى دمج الأجانب في غير دولهم، فتعود لتحول الأجنبي إلى وطني[7]. وهذا يعني قدرة رابطة الجنسية على التحكم بوجود العنصر الأجنبي سلباً أم إيجاباً.

ج – الجنسية بتحديدها للشخص الأجنبي تُعد منفذاً للعبور إلى مفردة لاحقة من مفردات القانون الدولي الخاص، وهي «المركز القانوني للأجانب».

د – تعدُّ الجنسية (ضابط إسناد) مهم في بناء قواعد تنازع القوانين، وذلك حينما تكون (المسألة المسندة) من المسائل المتعلقة بالأشخاص، ونعني بالقول هنا الدول التي تسند مسائل الأحوال الشخصية في المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً لقانون جنسية الشخص المعني، على غرار ما تنتهجه فرنسا والدول العربية عموماً. ففي سورية مثلاً يظهر ضابط (الجنسية) بدءاً من المادة (12) من القانون المدني السوري وصولاً إلى م1/18، وهي تمثل مجموعة المواد التي مادتها المسندة (المسائل المتعلقة بالأشخاص)[8].

حتى إن الاستثناء الوارد في الشطر الأول من المادة (15)، الذي تعصب للقانون السوري في مسائل الشروط الموضوعية لصحة الزواج وآثاره وانحلاله فيما لو كان أحد

---

[7] ذلك أن التوجه السائد في مجال الجنسية يذهب لاعتبار الشخص مزدوج الجنسية أو متعددها (في حال احتفاظه بجنسيته) شخصاً وطنياً طالما كانت إحدى جنسياته هي (الجنسية الوطنية).

[8] وهي: الحالة المدنية والأهلية، والشروط الموضوعية لصحة الزواج المختلط، و آثار الزواج المختلط (الشخصية والمالية) وانحلاله، والنفقة بين الأقارب، والمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة، والمسائل الموضوعية الخاصة بالميراث والوصية.

الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، هو استثناء تمَّ تأسيسه على الجنسية السورية، مما يعيد الحديث مجدداً عن أهمية الجنسية في بناء قواعد الإسناد أو توجيهها [9].

ونعتقد من جانبنا أنه لولا شمولية النطاق الموضوعي للقانون الدولي الخاص لرابطة الجنسية، وعلاقتها مع ركيزة النطاق الأساسية، أي موضوع (تنازع القوانين)، ما كان ثمة مسوغ لوجود المادة (27) التي تتحدث عن حل مشكلة تنازع الجنسيات ضمن مواد نظام تنازع القوانين[10]، وتحديداً ضمن المواد الناظمة أو المكملة لعمل قواعد الإسناد السورية المبنية على ضابط الجنسية.

هـ – في ذات السياق واستكمالاً لإثبات العلاقة بين رابطة الجنسية وباقي موضوعات القانون الدولي الخاص، تظهر الجنسية بوصفها أحد الشروط أو الضوابط المهمة في بناء قواعد الاختصاص القضائي الدولي (المباشر).

ومن قبيلها على سبيل المثال لا الحصر المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الصادر بالقانون رقم (1) لعام 2016، التي تنص على أن «تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على **السوري**، سواء أكان مقيماً في سورية أم خارجها» والمادة (4) و التي نصها «تختص المحاكم السورية التي ترفع على **غير السوري** إذا كان له موطن أو سكن في سورية».

---

[9] نصت المادة (15): «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين [أي م13 المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، وم14 المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله] إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج».

[10] نصت المادة (27) على أنه: «1 – يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد.

2 – على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى سورية الجنسية السورية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون السوري هو الذي يجب تطبيقه».

و– ويبدو أنه من اللافت قانونياً إمكانية الجمع بين ما أشرنا له سابقاً في البندين (د و هـ)، وذلك في حالة وجود شخص يتمتع بالجنسية السورية وقت الزواج مما يكون كفيلاً بمنح الاختصاص التشريعي للقانون السوري ضمن النطاق المحدد في المادة (15) من القانون المدني، وهذا ما يؤدي بدوره لإمكانية جلب الاختصاص القضائي للمحاكم السورية، فيما لو توافرت عوامل أخرى مساعدة من بينها جنسية المدعي السورية. وهذا ما يستفاد من نص المادة 8/هـ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، التي ذهبت إلى أنه: «يجوز رفع الدعوى في سورية.. إذا كان المدعي سورياً.. وكان القانون السوري واجب التطبيق في موضوع الدعوى..»، وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية السورية تطبيقاً لهذه الحالة[11].

2– الموطن:

الموطن عموماً هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة مستقرة على نحو يتحقق معه شرط الاعتياد، وبشكل مشابه لما سبق قوله في معرض الحديث عن موضوع الجنسية يعدّ الموطن ضابط إسناد هام في بناء قواعد تنازع القوانين في الدول التي تسند منازعات الأحوال الشخصية المنطوية على عنصر أجنبي إلى قانون موطن الشخص

---

[11] نذكر منها نقض مدني شرعي(427) أساس 419 تاريخ 1968/11/11. وجاء في سياقه (لما كانت المادة 15 من القانون المدني قالت إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج فالقانون السوري وحده هو الواجب التطبيق في النزاعات المشار إليها في المادة 14.. ولما كان لا جدال في أن المدعي هو من الرعايا السوريين، وكان موضوع الادعاء هو من آثار الزواج.. ولما كانت المادة 7 من الأصول [حالياً م8/هـ من قانون أصول المحاكمات رقم (1) لعام 2016] أجازت رفع الدعوى في سورية، إذا كان المدعي سورياً، وكان القانون السوري واجب التطبيق في موضوع الدعوى، كانت المحكمة الشرعية السورية مختصة للنظر في هذه الدعوى.

وأيضاً حكم آخر مشابه (نقض سوري شرعي 159 تاريخ 1950/4/4 مجلة القانون لعام 1970 ص 458) واستند على اعتبار القانون السوري واجب التطبيق على آثار عقد الزواج باعتبارها موضوع الدعوى، وأن المدعية سورية الجنسية.. وبالتالي اعتبار المحكمة الشرعية في سورية ذات اختصاص في رؤية الدعوى.

المعني، كما هو عليه الحال في الدول الأنكلوسكسونية. أضف إلى ذلك ما للموطن من أهمية في بناء قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتوجيهها ، ونعيد طرح المادة (4) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري السابق الإشارة إليها مثالاً على الأخذ بضابط (الموطن)، بوصفه أحد الضوابط المعتمدة في بناء قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

3- المركز القانوني للأجانب:

يقصد بالمركز القانوني للأجانب مجموعة القواعد القانونية الناظمة لحقوق الأجانب والتزاماتهم في أثناء تواجدهم خارج إقليم دولتهم[12].

وكما سبق وأوضحنا كيف تشكل الجنسية منفذاً للعبور إلى المركز القانوني للأجانب، فإن هذا الأخير يعدُّ بدوره منفذاً للعبور باتجاه مفردات أخرى كتنازع القوانين مثلاً، فلو أن دولة ما حجبت حق تملك العقارات عن الأجانب حجباً مطلقاً لقضت على مشكلة تنازع القوانين وذلك بمنحها الاختصاص التشريعي حصراً لقانونها الوطني ليتكفل بمعالجة مختلف منازعات الملكية العقارية.

4- الاختصاص القضائي الدولي:

يمكن الإشارة للاختصاص القضائي الدولي بتعبير أكثر دقة هو: (القانون القضائي الدولي) بما له من مفهوم جامع يشمل – على حد سواء – كلاً من:

أ – القواعد الناظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، أو ما يصطلح عليه بـ (الاختصاص العام الدولي المباشر)، أي تحديد حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بناء على ضوابط تشريعية تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنها تتفق بالعموم على مبدأ ضرورة قيام رابطة ما بين الدعوى و محاكم الدولة الناظرة فيها.

---

[12] راجع بحثنا بعنوان مفهوم الأجنبي، وما للأجنبي (الحالي والسابق) من حقوق سياسية – دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- تاريخ قبول النشر 2019/1/31م.

ب – القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق بخصوص الإجراءات المتبعة بصدد المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

ج – القواعد المتعلقة بآثار الأحكام الأجنبية، أي مسألة الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، مما يستلزم التحقق من مجموعة من الشروط من ضمنها صدور الحكم من محكمة مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها، وهو ما يصطلح عليه بـ (الاختصاص الدولي غير المباشر)[13].

5- تنازع القوانين:

نظراً إلى ارتباط العلاقة الدولية الخاصة بأكثر من دولة تظهر قوانين جميع الدول ذات الصلة بوصفها قوانين قابلة للتطبيق، وهكذا يأتي موضوع تنازع القوانين بهدف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع باعتباره أكثر القوانين ملاءمة من بين القوانين القابلة للتطبيق.

- **ويبقى لنا في سياق ترتيب مفردات القانون الدولي الخاص وجهة نظر مفادها التحفظ على مختلف المؤلفات التي ذهبت لإدراج موضوع (تنازع القوانين) كمفردة سابقة على موضوع (الاختصاص القضائي الدولي)**، إذ يُفترض عدم وجود خلاف على أسبقية مشكلة (الاختصاص القضائي الدولي) على مشكلة (تنازع القوانين) باعتبار أن القاضي هو من يتكفل بالبحث عن القانون المختص، لذا لا يفترض حسب المنطق الزمني أن يبحث عن القانون المختص قبل الفراغ من مسألة ثبوت الاختصاص دولياً للقاضي الوطني، ذلك أن عدم ثبوت الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ما لعلة غياب الرابطة (الضوابط) المشترطة بأمر من مشرعها لعقد الاختصاص القضائي الدولي كفيل بعدم الانتقال أصلاً إلى إشكالية البحث عن القانون الواجب التطبيق. إذ يكتفي القاضي

---

[13] د. فؤاد ديب و د. وفاء فلحوط: الاختصاص القضائي الدولي – منشورات جامعة دمشق – نظام التعليم المفتوح – 2011/2010م- ص 19 – ص 21.

بإعلان عدم اختصاصه دون بيان القضاء المختص، تجنباً للمساس بسيادة الدول الأخرى فيما لو تعرض بالتنظيم لأحد مرافقها العامة، وهذا ما يسوغ بدوره أحادية قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

- ومن الجدير ذكره في معرض بيان مفردات القانون الدولي الخاص ما درج عليه مشرعو بعض الدول من إصدار تشريعات مستقلة خاصة بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة، كالتشريع البولندي الصادر في 12/نوفمبر/1965[14].

ونرى في نهج تلك الدول مقارنة بالتوجه السوري نهجاً محموداً دفعنا – في أكثر من موضع – لاقتراح إفراد فرع قانوني مستقل في سورية يشمل على الأقل نظامي (تنازع القوانين) و (القضاء الدولي الخاص) نظراً إلى تشابه طبيعتهما، ولارتباطهما على المستويين النظري والعملي، مما يستلزم نزع مواد النظام الأول من القانون المدني ومواد النظام الآخر من قانون أصول المحاكمات المدنية، وتقنينهما معاً بتشريع مستقل يصطلح عليه بـ: (القانون الدولي الخاص السوري)[15].

---

[14] د. أحمد محمد الهواري – الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م – ص 33.

[15] راجع، بحثنا قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم – دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص (السوري، الكويتي ، الإماراتي ، المصري) – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – المجلد (42)– العدد (3)–عام 2018.

المطلب الثاني

طبيعة القانون الدولي الخاص:

أولاً: القانون الدولي الخاص ما بين (القانون الداخلي) و (القانون الدولي):

بالرغم من صفة (الدولي) التي تعدّ أساساً في تسمية القانون الدولي الخاص، إلاّ أن هذا القانون ما هو إلا فرع من فروع القانون الداخلي، وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي الدولي ذاته[16].

ونؤمن من جهتنا بهذا التوصيف دون أن تؤثر في قناعتنا الطبيعة الدولية لبعض مصادره[17]، ولا سيما أن الواقع يكرّس حقيقة أن لكل دولة قانونها الدولي الخاص المستقل بها.

---

[16] كحكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي الصادر بتاريخ 12/يوليو/ 1929 ، والذي قرر أن قواعد القانون الدولي الخاص تعدُّ جزءاً من القانون الداخلي لكل دولة. مشار إلى الحكم لدى د. أحمد الهوا ري – مرجع سابق – ص 46.

[17] ومن هذه المصادر:

أ – **المعاهدات:** ويذكر منها في مجال الجنسية معاهدة لوزان بتاريخ 1923، والمتعلقة بتنظيم جنسية أبناء البلاد المنفصلة عن الدول العثمانية، والمعاهدات المبرمة لمعالجة تنازع الجنسيات الإيجابي (الازدواج/ التعدد) أو السلبي (انعدام الجنسية)، وفي مجال مركز الأجانب معاهدات الإقامة، وفي مجال الاختصاص القضائي الدولي اتفاقيات التعاون القضائي، أو تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدول المعنية و شروط تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من دول أطراف في المعاهدة، وفي مجال تنازع القوانين معاهدات لتوحيد قواعد الإسناد، أو معاهدات لتبني قواعد موضوعية تطبق مباشرة من الدول الأطراف.

ب – الأعراف الدولية: كالعرف بضرورة توافر رابطة حقيقية بين الدولة والأفراد التي تفرض عليهم جنسيتها، والعرف بألا تتجاوز الدول الحد الأدنى من الحقوق المقرر للأجانب خارج حدود إقليمهم، والعرف بوجود صلة بين النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً وبين محاكم الدولة الناظرة فيه، والعرف بعدم الامتناع بصورة مطلقة عن تطبيق القوانين الأجنبية.

ج – الاجتهاد القضائي: كحكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي الصادر بتاريخ 7/فبراير/ 1923، والمتعلق بحرية الدولة في تنظيم الجنسية دون قيد سوى ما تفرضه الاتفاقيات الدولية، وحكم محكمة العدل

ولنأخذ مثلاً القانون الدولي الخاص في سورية ممثلاً بمجموعة مفرداته، ما هو حقيقة إلا نتاج وطني خالص، منظوراً إليه من أهمية مصادره الوطنية[18]:

فلقد نظم المشرع السوري الجنسية السورية في المرسوم التشريعي (276) لعام1969.

كما نظم المركز القانوني للأجانب في سورية في عدة نصوص قانونية، مثل القانون رقم (2) لعام 2014 الناظم لدخول وخروج وإقامة الأجانب في سورية.

وقد تصدى المشرع السوري لتحديد حالات اختصاص المحاكم السورية بنظر المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً في م (3) إلى م(11) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (1) لعام 2016 ، كما عالج مسألة تنفيذ الأحكام و القرارات والإسناد الأجنبية في ذات القانون، من المادة (308) إلى المادة (313).

وفي سياق تنازع القوانين بيَّن المشرع السوري منهجه الإسنادي أمام القضاء الرسمي من خلال قواعد تنازع القوانين الواردة من م12 إلى م24 في القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949، مضافاً إليها القواعد المكملة والناظمة لها، الواردة في ذات القانون في المواد (11 و 25 حتى 30).

الدولية في 6/أبريل/1955 الذي كرست فيه مفهوم الجنسية الفعلية، وحكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي بتاريخ 25/مايو/1926، الذي قضت فيه أن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل يخالف القانون الدولي، وحكمها أيضاً بتاريخ 12/يوليو/1929، الذي ذهب إلى أن القانون الذي يحكم العقد تحدده قواعد تنازع القوانين التي تكون جزءاً من القانون الداخلي، راجع د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 31 وما بعد، أو **د. فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص – الجنسية – الطبعة الخامسة – منشورات جامعة دمشق – 1994** – ص 17 وما بعدها.

[18] وهذا يعني أن المشرع الوطني يقوم بتنظيم قواعد القانون الدولي الخاص بملء حريته، أما القيود الدولية فليست بالقدر الكافي لتغيير طبيعته، ونذكر من تلك القيود مثلاً في مجال تنظيم المشرع لقواعد الاختصاص القضائي الدولي قيدي: الحصانة القضائية، والمعاهدات الدولية، رغم أننا نرى في تعليق الدخول في المعاهدة على إرادة الدولة ما يمثل عودة إلى إطار السيادة والمصالح الوطنية للدول.

راجع ما تعرضنا إليه من تفاصيل أكثر في مؤلف الاختصاص القضائي الدولي – مرجع سابق – ص 22 وما بعد.

كما بيّن المشرع آلية التحكيم فيما لو طُرِح النزاع أمام القضاء التحكيمي، وذلك من خلال إصداره قانون رقم (4) لعام 2008 الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية.

–وهكذا حتى نصل إلى نتيجة مفادها: إن القانون الدولي الخاص – بغض النظر عن خصوصيته – هو فرع من القانون الداخلي، إذ نعتقد من جهتنا أنه أكثر قرباً من القانون الداخلي البحت الذي ينظم العلاقات الوطنية بكل عناصرها مقارنة بدرجة اقترابه من القانون الدولي العام، لدرجة تدفعنا للقول (إن صح تشبيه القوانين بالأشخاص الطبيعية): إن علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الوطني الصرف هي أشبه بعلاقة القرابة، بينما علاقته مع القانون الدولي العام أشبه في غالبيتها بعلاقة الصداقة أو حسن الجوار.

ثانياً: القانون الدولي الخاص ما بين (القانون العام) و (القانون الخاص):

هناك من يعتبر القانون الدولي الخاص فرعاً من (القانون العام) باعتبار جوهره المتمحور في مبحثيه الأساسيين (تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي) هما تنازع بين سيادات الدول لجهة تحديد سلطات: قانون كل منها ، وقضاؤه.

ومن جهتنا نعتقد خلاف ذلك لعدة أسباب، ومنها:

- فيما يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، فنرى في المصطلح ذاته ما يخالف الواقع، ذلك أن تعلق أو ارتباط المنازعة المتضمّنة لعنصر لأجنبي بأكثر من دولة ليس من شأنه أن يثير تنازعاً بين سيادات تلك الدول، لأن القضاء الناظر بهذه المنازعة إما أن يقرر اختصاصه بناء على قواعد الاختصاص القضائي التي صاغها مشرعه بطريقة أحادية الجانب، أو يقرر عدم اختصاصه، مما يعني رفع يده عن النزاع دون التصدي لتحديد المحكمة الأجنبية المختصة. مما يجعل مصطلح (تنازع) مصطلحاً غير دقيق في هذا السياق، عدا أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي – كما لاحظنا في أكثر من موضع – هي قواعد أحادية الجانب، باعتبار خط سيرها وحيد الاتجاه، ونهايته محدودة باختصاص المحاكم الوطنية دون سواها، فإذا ما كانت قواعد الاختصاص

القضائي الدولي تتحاشى التعرض بالتنظيم لاختصاص القضاء الوطني في الدول الأخرى تجنباً للمساس بسيادتها المتعلقة بأحد مرافقها العامة، فكيف نفسر تنازع الاختصاص القضائي بتنازع للسيادات!.

● أما فيما يتعلق بتنازع القوانين، لا يمكن كذلك اعتباره من قبيل تنازع السيادات، ذلك أن ظاهرة تنازع القوانين، هذه الظاهرة الصحية والمؤثرة إيجاباً في مستقبل العلاقات الدولية الخاصة، لا تنشأ أصلاً إلا بصدد فروع القانون الخاص، كالقانون المدني والتجاري أو قوانين الأحوال الشخصية. أما فروع القانون العام، كالقانون الدستوري والمالي والجزائي والإداري، فهذه لا تقبل بها الدول أصلاً كموضوع لتنازع القوانين، لما لهذه القوانين من علاقة بسيادتها، لذا يصار إلى تطبيقها تطبيقاً إقليمياً، ولو كان تنازع القوانين تنازع سيادات لأصبح مقبولاً مثلاً أن يتساءل القاضي السوري فيما لو كان بإمكان القانون الفرنسي مثلاً أن ينازع القانون السوري في قابلية التطبيق على مسألة من قبيل إدارة الجهات العامة في سورية، أو من قبيل تحصيل الضرائب، أو إقرار منح الجنسية الوطنية أو نزعها.. وهذا خلافاً لعلاقات القانون الخاص، كعقود البيع المبرمة بين أشخاص القانون الخاص الطبيعية أو الاعتبارية، أو عقود الزواج المختلط.

وما سبق قوله تؤكده الطبيعة الثنائية لقواعد الإسناد، إذ لا تجد الدول حرجاً بصياغتها على نحو مجرد قد يفضي لاحتمال تطبيق قانون أجنبي عدا احتمال تطبيق قانونها الوطني، وذلك أن تطبيق القاضي السوري للقانون الفرنسي مثلاً على زواج فرنسيين أو طلاقهما لا ينتقص من سيادة الدولة السورية، بسبب الطبيعة الخاصة للعلاقة، كما أن عرض نزاع الفرنسيين في سياق تلك العلاقات أمام القضاء السوري لا ينتقص – من جهته – من سيادة الدولة الفرنسية.

وهذا ما يقودنا لترجيح الطبيعة الخاصة لمفردتي الاختصاص القضائي، والاختصاص التشريعي، وذلك خلافاً للمفردات الأخرى، و نقصد هنا على وجه التحديد موضوع «الجنسية».

● فرغم وجود من ذهب لاعتبار رابطة الجنسية من روابط القانون الخاص منظوراً إليها كأحد عناصر حالة الشخص الطبيعي، ورغم أن المشرع السوري قد تصدى فعلاً

لرابطة الجنسية في القانون المدني في الفصل المتعلق بالأشخاص، بقوله في المادة (35): الجنسية السورية ينظمها قانون خاص. إلا أننا لا نرى في تصديه لها في معرض هذا القانون ما يبرر إضفاء الطابع الخاص عليها، بل على العكس نرى في إشارة المشرع بالقول (تنظم الجنسية بقانون خاص) ما يفيد برغبة نزعها من فروع القانون الخاص، وتنظيمها بقانون مستقل ينتمي إلى فروع القانون العام باعتبارها إحدى روابطه، وهذا ما أكدته الأسباب الموجبة لقانون الجنسية النافذ حالياً والصادر بالمرسوم 1969/276، وهو القانون المقصود بالقانون الخاص المشار إليه في م35 المذكورة أعلاه، وعلى هذا التوصيف سار الاجتهاد القضائي الإداري في سورية.

أضف إلى ذلك ما نصت عليه صراحة المادة (28) من قانون الجنسية السوري النافذ، والمماثلة للمادة (8) من قانون مجلس الدولة السوري رقم (32) لعام 2019، وذلك لجهة منح اختصاص النظر بدعاوى الجنسية حصراً للقضاء الإداري (قضاء مجلس الدولة)[19].

وجملة ما سبق قوله تؤكده غاية رابطة الجنسية باعتبارها رابطة معنية بتكوين ركن الشعب الذي يعدُّ أحد أركان وجود الدولة، مما يسبغ عليها طابعاً سيادياً عاماً.

ثالثا : الطبيعة المختلطة للقانون الدولي الخاص :

في سياق تحديد طبيعة الفانون القانون الدولي الخاص نخلص من جملة ما سبق إلى نتيجة مفادها أن القانون الدولي الخاص هو فرع قانوني له طبيعة مختلطة، ذلك أن بعضاً من مفرداته يغلب عليها الطابع الخاص، كموضوعي الاختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين، وبعضها الآخر يغلب عليه الطابع العام، كموضوع الجنسية،

---

[19] نصت م(28) من مر. ت 1969/276: (يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالفصل في دعاوى الجنسية).

ونصت م(8) من قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019 على أن: "1- يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المسائل الآتية: ... ي – دعاوى الجنسية..".

وبين هذه وتلك ثمة مفردات كالمركز القانوني للأجانب منها ما يحمل طابعاً خاصاً، كتلك الناظمة لحقوق الأجنبي في التملك أو الزواج، ومنها ما له طابع عام، كتلك المتعلقة بحق الأجنبي في الانتخاب، أو حقه في تولي الوظائف العامة[20].

- كما يمكن لطبيعة القانون الدولي الخاص المختلطة أن تظهر كذلك في معرض بيان مدى موضوعية قواعده من عدمها، إذ تعدُّ بعض مفرداته، كالجنسية مثلاً من قبيل القواعد المادية التي تتصدى مباشرة للموضوع، كموضوع تحديد معايير ثبوت الجنسية الأصلية، أو أسس اكتساب الجنسية اللاحقة، أو أسباب التجريد من الجنسية أو إمكانية الرد...، بينما تعدّ بالمقابل قواعد تنازع القوانين، والتي تمثل نواة القانون الدولي الخاص قواعد غير موضوعية، ذلك أنها لا تفصل مباشرة في موضوع النزاع، حيث ينتهي سقف مهامها عند إسناد النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً للقانون الأكثر ملاءمة دون الفصل بموضوعه، تاركة هذه المهمة للقانون المسند إليه، والذي يتم التعرف عليه لاحقاً بعد الوقوف على معطيات النزاع وتفاصيله.

وبالنتيجة يمكن اختصارنا لجملة ما قيل عن طبيعة القانون الدولي الخاص بأنه فرع من القانون الداخلي له طبيعة مختلطة ما بين القانون العام والقانون الخاص.

---

[20] راجع للوقوف على مزيد من التفاصيل حول حقوق الأجنبي العامة بحثنا مفهوم الأجنبي سابق الإشارة إليه.

المطلب الثالث

منهجا حل منازعات العلاقات الدولية الخاصة

(المنهج المادي والمنهج التنازعي)

يتصدى لحل منازعات العلاقات الدولية الخاصة منهجان: أحدهما موضوعي مباشر، والآخر إسنادي غير مباشر قوامه أنظمة تنازع القوانين:

- يقوم المنهج الموضوعي أو المادي على آلية الفصل المباشر في موضوع النزاع دون المرور بقواعد الإسناد، وذلك من خلال تطبيق قواعد مادية، منها ما هو داخلي من صنع المشرع أو القضاء الوطنيين، كقاعدة صحة شرط الدفع بالذهب فيما لو ورد في عقد دولي خاص، والتي سبق أن أقرها القضاء الفرنسي، ومنها ما هو دولي مستمد من التعامل الدولي، أو من التحكيم الدولي، أو من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية جنيف لعام 1930 الخاصة بالسفتجة والشيكات[21].

- وبالمقابل يقوم المنهج التنازعي على آلية إسناد النزاع إلى قانون وطني لإحدى الدول المرتبطة بالنزاع تطبيقاً لنظام تنازع القوانين في دولة القاضي الناظر بذلك النزاع المشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر.

وفي مطلق الأحوال لا يحمل مصطلح (تنازع القوانين) دلالته الحرفية، ذلك أن ارتباط العلاقة بأكثر من قانون لا يعني تصادم تلك القوانين المتصلة بالنزاع، بقدر ما يعني إعلانها – بغض النظر عن درجة اتصالها – عن قابليتها للتطبيق، على نحو يخلق نوعاً من المنافسة فيما بينها تستدعي تدخلاً من قواعد تنازع القوانين في بلد القاضي الناظر في النزاع لفضّ تلك المنافسة وذلك من خلال إسناد هذا النزاع للقانون الأكثر ملاءمة من وجهة نظر مشرع ذلك البلد.

---

[21] **د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 – 1998**، ص 58 وما بعدها.

–ونفترض من جهتنا أن المشرع الوطني يراعي حين صياغة قواعد إسناده اعتبارات عدة، لعل أهمها اعتبارات من قبيل منطقية وعدالة الإسناد على نحو يشجع تطور العلاقات الدولية الخاصة ونموها، ويضمن أكبر قدر من الفعالية لآثارها لاحقاً.

فلو أن نزاعاً نشأ بين مواطنين سوريين بشأن حيازة عقار يقع في إيطاليا مثلاً أو بشأن ملكيته أو رهنه ، فإن القاضي السوري سيجد – فيما لو نظر في هذا النزاع – في صياغة قواعد الإسناد السورية التي تشير إلى تطبيق قانون موقع العقار عدالة ومنطقية في الإسناد، عدا عن تأمين ذلك القدر من الفعالية من معرض طلب إكساء حكمه صيغة النفاذ من القضاء الإيطالي، والعكس بالعكس فيما لو طُرِح نزاع أمام القضاء الإيطالي يتعلق بعقار موجود في الدولة السورية. ذلك أن تعصب المشرعين أو القضاة للقانون الوطني انطلاقاً من فكرة تلازم الاختصاصين القضائي والتشريعي في سياق العلاقات الدولية الخاصة من شأنه أن يهدد هذه العلاقات في وجودها[22].

- **ونظراً إلى الاختلاف الجوهري في آلية عمل المنهجين، نذهب من باب التفضيل للإشارة إليهما بمنهجي (حل المنازعات في العلاقات الدولية الخاصة) خلافاً لما تعارف الاصطلاح عليهما بمنهجي (حل مشاكل تنازع القوانين)**، لأن في الاصطلاح

---

[22] **ونتصور من جهتنا أن يقع " تعصب قضائي " لصالح القانون الوطني على نحو يؤثر في العلاقات الدولية الخاصة في أكثر من موضع، ولو لم يظهر ذلك التعصب على نحو صريح أو مباشر**، ومن هذا القبيل مثلاً فيما لو سكت المشرع الوطني عن مسألة طبيعة القانون الأجنبي، فيذهب القضاء لاعتباره واقعة – على غرار ما ذهب إليه القضاء السوري– تاركاً عبء إثباته على الخصوم، وبالتالي تطبيق القانون الوطني فيما لو تعذر الإثبات. أو فيما لو اصطدم القانون الأجنبي بجزء منه بالنظام العام الوطني. فيلجأ القاضي لاستخدام النظام العام على نحو يخالف مبتغاه، باستبعاد القانون الأجنبي استبعاداً كاملاً رغم إمكانية الاستبعاد الجزئي للنص المخالف، وذلك وصولاً لتطبيق قانونه الوطني باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي، أو أن يلجأ القضاة في معرض سكوت النص إلى إعمال الدفع بالتحايل على القانون لحماية القانون الوطني فقط، مما قد يفضي إلى تجاهل التحايل فيما لو استُبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلاً لصالح قانون القاضي...

الأخير ما قد ينطوي على تحيز عفوي لمنهج التنازع، فتغدو الإشارة إلى منهجي (حل المنازعات في العلاقات الدولية الخاصة) أكثر دقة، باعتبار أن المنهج المادي، ولاسيما جانبه القائم على المصدر الدولي، حينما يتكفل بحل النزاع يتصدى له مباشرة بقواعد موضوعية دولية (كتلك المقررة في الاتفاقيات الدولية) دون أن يعير اهتماماً لمشكلة تنازع القوانين الوطنية للدول ذات الصلة، أي بعبارة أخرى يركز المنهج المادي جلّ اهتمامه على حل مباشر لما أفرزته العلاقة الدولية الخاصة من نزاع انطوى على عنصر أجنبي، وهو محجم نظره – في آلية عمله على الأقل – عن وجود مشكلة تنازع القوانين.

- وفي النهاية وكما هو واضح من قوام المنهجين السابقين أن لكل منهما حسناته وسيئاته، فالمنهج التنازعي القائم على الإسناد للقانون الواجب التطبيق يذهب إلى تعزيز النزعة الوطنية، باعتبار ما ينتهي إليه من تطبيق قانون وطني (القانون المسند إليه) وضِعَ أصلاً لمعالجة علاقات وطنية على علاقة تحمل عنصراً أجنبياً، ومن هنا يغدو المنهج المادي أكثر ملاءمة باعتبار ما يتضمنه من قواعد وضعت خصيصاً لتنسجم مع الطابع الدولي للعلاقات الدولية الخاصة، عدا عن كونه أكثر يسراً في التطبيق بسبب آلية عمله المباشر في التصدي لموضوع النزاع، إلا أن قلة قواعده تجعله قاصراً عن تكوين قانون دولي خاص مادي قادر على تغطية جميع منازعات العلاقات الدولية الخاصة، وهذا ما يمنح المنهج التنازعي مركز الصدارة في تسوية تلك المنازعات، ذلك أن النزعة الوطنية التي عدت كإحدى عيوب المنهج التنازعي أسعفت–بتصورنا– المنازعات المذكورة بقوانين وطنية تشمل مئات المواد الناظمة لمنازعات العلاقات الخاصة.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الأول *[23]

الأحكام العامة في تنازع القوانين

إن دخول العنصر الأجنبي على علاقات الأفراد هو الذي يخرجها من نطاق القانون الداخلي ليدخلها في نطاق القانون الدولي الخاص ويخضعها بالتالي لقواعد تنازع القوانين التي تتولى تحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها وتشكل جزءاً من قواعد القانون الدولي الخاص التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة وفق اعتباراتها الوطنية. وهذه العلاقات لم تكن لتتشكل لولا الاعتراف للأجنبي بالحقوق اللازمة لوجوده. أما العلاقات التي لم تتطرق إليها الصفة الأجنبية فتبقى خاضعة لأحكام القانون الوطني للقاضي الناظر في منازعات الأفراد.

المبحث الأول

ماهية تنازع القوانين

المطلب الاول مفهوم تنازع القوانين

يُقصد بتنازع القوانين تزاحم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية لها صلة بأكثر من دولة واحدة[24]،أي إمكانية تطبيق أكثر من قانون على العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأفراد، وذلك بسبب ارتباط أطراف هذه العلاقة القانونية أو محلها أو سببها بقوانين دولتين أو أكثر[25].

---

[23]– * **كتب الفصل الاول الدكتور ساجر حميد الخابور**

[24]– ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط2، 1977، ص 256. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 5.

[25]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 5. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط2، ص 17.ويقصد بالعلاقة القانونية في هذا

وتنازع القوانين في حقيقته يقوم على الموازنة بين أفضل القوانين واختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية، ولا يعني وقوع التنازع فيما بين القوانين ذاتها نظراً إلى أنها تمثل سيادات مختلفة، فسلطان القانون محدود بحدود سيادة الدولة، ولا يمكن أن يمتد سلطان القانون الأجنبي داخل حدود سلطان القانون الداخلي إلا بإذن المشرع الوطني[26]، لذلك يرفض البعض اصطلاح "تنازع القوانين" فالأمر لا يعدو "تزاحم قوانين"، فالمسألة ليست تنازع بين أنظمة قانونية بقدر ما هي تعاون طبيعي بين أنظمة قانونية بغية اختيار القانون الملائم لتطبيقه على العلاقة القانونية محل النزاع[27].

ولا تظهر مشكلة تنازع القوانين إلا في علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي بالنسبة إلى دولة معينة أو ذات طابع دولي. فمثلاً لو أبرم سوري مع لبناني في الإمارات عقداً لتوريد أجهزة حاسوب إلى سورية، فهذا العقد يرتبط بالقانون السوري والقانون اللبناني والقانون الإماراتي، ومن ثم يمكن تطبيق أي قانون منها على هذه العلاقة القانونية مما يشكل تنازعاً فيما بين القوانين الثلاثة لاستحالة تطبيق القوانين جميعها على العقد المذكور، ومن هنا تبدت ضرورة حل هذه الإشكالية في تنازع القوانين، وذلك عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين.

ومن ثم ينشأ تنازع القوانين الدولي بمجرد نشوء العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا هو التنازع الثابت. وقد يطرأ على العلاقة بعد نشوئها تبدل في بعض

الصدد كل علاقة بين شخصين أو أكثر، وتقوم هذه العلاقة على ثلاثة عناصر، الأول: السبب المنشئ لعلاقة القانونية وقد يكون هذا السبب واقعة طبيعية كالولادة والوفاة أو واقعة قانونية كالعقد والوصية. الثاني: الأشخاص وهم أطراف العلاقة القانونية كالمشتري والبائع في عقد البيع. الثالث: الموضوع وقد يكون هذا الموضوع القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل كالتزام البائع بنقل الملكية والتزامه بعدم التعرض. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 6.

[26]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ط9، 1986، ص 7.

[27] – سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1994، ص 68.

عناصرها من حيث الزمان، كما لو غير الزوج جنسيته بعد الزواج وأصبح على جنسية أخرى عند الطلاق. ففي هذه الحالة يحصل تنازع بين قانون دولة الزوج وقت الزواج وقانونه الجديد وقت الطلاق. وهذا التنازع يسمى تنازع متغيراً أو متحركاً. وهو تنازع مكاني وتنازع زماني. تنازع مكاني لأنه تنازع بين قانونين لدولتين مختلفتين. وهو في الوقت نفسه تنازع زماني بين قانونين مختلفين، قانون سابق وقانون لاحق. ولهذا يلجأ المشرع في مثل هذه الحالات إلى ضبط عنصر الزمن في تحديد القانون الواجب تطبيقه عند وضع قواعد تنازع القوانين، هل هو قانون الزوج وقت الزواج ؟أم وقت رفع النزاع ؟أم وقت إيقاع الطلاق؟.

وتنطلق فكرة تنازع القوانين من أن القانون الوطني ليس له سيادة مطلقة على كامل الإقليم، بل يجب إفساح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفقاً لما تتطلبه المعاملات الدولية، لا سيما أن بلاد العالم تخلت عن مبدأ الإقليمية المطلقة الذي كان سائداً زمن الإقطاع، واعتمدت مبدأ الإقليمية النسبية وفقاً لما تمليه قواعد العرف والقانون الدوليين، حتى إن أشد الدول تمسكاً بإقليمية القوانين كالولايات المتحدة الأمريكية تفسح المجال للقوانين الأجنبية لا سيما بالنسبة للعلاقات التي تتم خارج إقليمها، كما أن أشد الدول ميلاً نحو امتداد القوانين الأجنبية لتطبق في إقليمها كإيطاليا لا تهجر كلياً مبدأ الإقليمية، وبين هذين الاتجاهين تتدرج الدول المختلفة في الميل نحو أي منهما، ومن ثم يختلف مبدأ الإقليمية ونطاق الامتداد في الدول تبعاً لذلك[28].

والمقصود بتنازع القوانين في هذا الصدد، تنازع القوانين من حيث المكان، أي وجود علاقة قانونية ترتبط بقانون أكثر من دولة مما يشكل تنازع قوانين هذه الدول، أما تنازع القوانين من حيث الزمان فهو يتعلق بصدور قوانين متلاحقة في دولة واحدة تنظم مسألة معينة[29].

---

[28]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 9.

[29]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.

وتجب الإشارة إلى أن القوانين التي تقبل التنازع هي القوانين التي تنتمي للقانون الخاص كالقانون المدني والقانون التجاري وقوانين الأحوال الشخصية، دون تلك التي تنتمي للقانون العام كالقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجزائي، فهذه الأخيرة تثير مشكلة على الصعيد الدولي تختلف عن مشكلة تنازع القوانين، وهي مشكلة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان، فالقاضي مقيد في نطاق القانون العام بحدود السيادة الإقليمية لقانونه الوطني، ولا يكلف بالبحث عن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في هذا الصدد[30]. فضلاً عن أن القوانين العامة ترتبط مباشرة بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة، فلا يجوز مخاصمة السيادة إلا بموافقتها سواء أكان ذلك أمام القضاء الوطني أم الدولي، وغالباً ما تحل إشكالية التنازع بين القوانين العامة للدول عن طريق المعاهدات، بينما القوانين الخاصة لا تمس المصلحة العامة إلا بشكل غير مباشر، ومن ثم لا ضير أنه وفي حالات معينة يمكن إخضاع بعض العلاقات الخاصة لقانون أجنبي معين نظراً لارتباطها بهذا القانون، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحدد القانون الواجب التطبيق ولو كان قانوناً أجنبياً، لا أن يكتفي بتقرير عدم اختصاصه[31].

ويرى البعض أنه بالرغم من أن القوانين العامة لا تقبل التنازع إلا أن تطبيقها قد يرتب التنازع بين القوانين الخاصة، فمثلاً لو كان قانون العقوبات –وهو قانون عام– يجرم تعدد الزوجات، فإنه سيطبق على الأجنبي الموجود في إقليم الدولة ولو كان قانونه لا يجرم تعدد الزوجات، إلا أنه لو دفع هذا الأجنبي ببطلان زواجه من أحد الزوجات، فإنه لا بد من التأكد من صحة هذا الدفع قبل إيقاع العقوبة عليه، ومن ثم لا بد من العودة إلى القانون الخاص الذي يحكم الزواج، وهذا القانون الخاص قد يكون قانون محل العقد أو

---

[30]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 14. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 14. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 26.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 70.

[31]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 15. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 259.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 70.

قانون جنسية المتهم أو قانون القاضي، ومن هنا ستظهر إشكالية تنازع القوانين الخاصة، نتيجة لتطبيق قانون عام[32].

المطلب الثاني

عوامل نشوء تنازع القوانين

يرجع تاريخ تنازع القوانين إلى عهد الإمبراطورية الرومانية، فبعد انتهاء عهد الجمهورية انقسمت الإمبراطورية الرومانية إلى عدة مدن لكل منها نظام قانوني خاص بها، وكان كل فرد ينتمي لإحدى هذه المدن ونظامها القانوني، وكانت هذه الرابطة تقوم على أساس الرعوية أو الإقامة، وكان بإمكان الفرد الحصول على رعوية وإقامة في وقت واحد، ومن ثم كان من الممكن أن يقوم التنازع بين شخصين تابعين إلى مدينتين مختلفتين[33].

وبالتالي كان التنازع الداخلي أول أشكال التنازع التي عرفتها البشرية وقد وضع الفقه حلولاً لمشكلة تنازع القوانين الداخلي، طبقها فيما بعد على المنازعات المتعلقة بتنازع القوانين الدولي[34].

والمقصود بالتنازع الداخلي التنازع الذي يقوم بين شرائع الدولة الواحدة التي تتعدد فيها الشرائع. ويتخذ هذا التنازع الداخلي صورتين، الأولى: التعدد الإقليمي: وذلك في الدول التي تتعدد فيها الشرائع، كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، الثانية: التعدد الشخصي: وذلك في الدول التي تتعدد فيها الأديان أو الطوائف كما في سورية ولبنان ولا

---

[32]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 27.

[33]– ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 263.

[34]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 10. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 20.

سيما فيما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية، حيث أن لكل دين أو طائفة قانون أحوال شخصية خاصا بها[35].

إلا أن توحيد التشريعات في معظم الدول التي تعددت فيها الشرائع، وكذلك التطور الكبير في التعامل التجاري الدولي، أدى إلى انتشار التنازع الدولي حيث أضحى المثال الأساسي لنظام تنازع القوانين[36]، وستقتصر دراستنا على هذا النوع من تنازع القوانين.

وفيما يأتي سنعرض لعوامل نشوء تنازع القوانين ، حيث تتعدد العوامل في هذا الصدد بين عوامل سياسية وعوامل اقتصادية وعوامل قانونية، وفقاً لما يأتي:

اولا :العوامل السياسية لنشوء تنازع القوانين

يعد العامل السياسي من أهم عوامل نشوء نظام تنازع القوانين، بحسبان أن لكل دولة قانون يطبق على إقليمها، بحيث يقف نفاذ هذا القانون خارج حدود الدولة التي أصدرته، ومن ثم فإن التنازع يقوم بين قوانين دول ذات سيادة ومستقلة عن بعضها، أي أن إشكالية التنازع بين القوانين لم تكن لتظهر لولا وجود كيانات سياسية مستقلة لها قوانين مختلفة[37].

ونقطة البدء في تنازع القوانين هو كون الدولة لا تجعل لقانونها اختصاصاً مطلقاً بل تسمح بتطبيق القانون الأجنبي وفقاً لضرورات التعامل الدولي، ولو أن الدولة طبقت مبدأ إقليمية القوانين بشكله المطلق لما ظهرت مشكلة تنازع القوانين، والواقع أنه ما من

---

[35]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 12. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 22.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 78.

[36]– ما زالت بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية تعتبر التنازع الداخلي من موضوعات القانون الدولي الخاص. سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 78.

[37]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 15. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 256. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 30.

دولة تشترك في الجماعة الدولية تستطيع أن تأخذ بالإقليمية المطلقة لقوانينها، بل يفرض عليها هذا الاشتراك الدولي المساهمة في المعاملات الدولية والحياة القانونية الدولية، ولا يتصور أن تبقى الدولة حبيسة حدودها لتتجنب هذه المساهمة، بل تضطر الدولة لأن تسمح بتطبيق للقانون الأجنبي، على أن تكون مطلقة الحرية في رسم حدود هذا السماح، كذلك ما من دولة في الجماعة الدولية تأخذ بمبدأ امتداد القوانين بشكل مطلق، بمعنى أن يحكم علاقات الأفراد الدولية قانونهم الوطني أينما نشأت هذه العلاقات وأياً كان موضوعها، والواقع أن الدول تخلت من زمن بعيد عن مبدأ الاقليمية المطلقة ومبدأ الامتداد المطلق[38].

ومن ثم فإن القوانين محل التنازع يجب أن تكون صادرة عن دول مستقلة ذات سيادة تتمتع بالشخصية الدولية وفقاً لقواعد القانون الدولي، لذلك فإنه عدم اعتراف دولة القاضي الذي ينظر النزاع بدولة ما، يرتب إنكار لوجود هذه الدولة ولما يصدر عنها من قوانين، فمثلاً لا يمكن القول بقيام تنازع بين القانون السوري وقوانين "الكيان الصهيوني"، ومن ثم لا يمكن تصور قيام القاضي السوري بتطبيق قوانين هذا الكيان لعدم اعتراف الجمهورية العربية السورية بما يسمى بدولة "إسرائيل".

إلا إن الخلاف يتبدى حول مدى ضرورة صدور القانون من قبل دولة معترف بحكومتها من قبل دولة القاضي الذي ينظر النزاع ؟

فقد ظهر اتجاه يحجب عن القاضي تطبيق قانون صادر عن حكومة لا تعترف دولته بها[39]، لذلك رفضت المحاكم الفرنسية والبلجيكية والبريطانية والمصرية المختلطة،

---

[38]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 8.

[39]– من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي "بارتان". نقلاً عن: فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 12.

قبل الحرب العالمية الثانية، تطبيق القوانين البلشفية باعتبار أنها صادرة عن حكومة غير معترف بها من قبل هذه الدول[40].

بينما يذهب الرأي الراجح إلى أن تنازع القوانين مسألة قانونية تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد، أما الاعتراف بالحكومات من عدمه فهو أمر سياسي بحت يتعلق بظروف كل دولة ومصالحها المتبادلة، ومن ثم يجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي بغض النظر عن اعتراف دولته بالحكومة التي أصدرت هذا القانون، طالما أنها مارست سلطة التشريع وتولت محاكمها تطبيقه[41]، كما أن الاعتراف في القانون الدولي العام يعني أن هناك حكومة ما تمارس سلطتها على شعب معين في إقليم محدد، والحكومات التي تريد الاعتراف لا تعد حكماً في مشروعية الحكومة الجديدة بحسب الدستور القائم في تلك الدولة المراد الاعتراف بها، ومن ثم ليس للقاضي الداخلي ومن باب أولى أن يقدر مشروعية تلك الحكومة من عدمه[42].

لذلك كله عادت المحاكم الفرنسية عن موقفها القديم، حيث صدقت محكمة التمييز الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس الذي أيد حكم محكمة السين الابتدائية في الحل الذي اعتمدته معتبرة بأن: (عدم الاعتراف بحكومة أجنبية لا يسمح للقضاء الفرنسي بعدم الاعتراف بقوانين القانون الخاص التي تصدرها تلك الحكومة قبل الاعتراف بها، على الإقليم الذي تمارس عليه سلطانها، بصورة فعلية)[43].

---

[40]- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 12. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 258.

[41]- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 12. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 258. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 21.

[42]- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 10.

[43]- سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 76.

ثانيا: العوامل الاقتصادية لنشوء تنازع القوانين

رأينا سابقاً أن مشكلة تنازع القوانين لا تثور إلا بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي بالنسبة لدولة معينة أو ذات طابع دولي، ومن ثم فلم تظهر مشكلة تنازع القوانين إلا حينما تطورت العلاقات الاقتصادية بين الدول، فتعامل الأفراد من دول مختلفة فيما بينهم وتشكلت علاقات قانونية يمكن أن تحكمها قوانين عدة دول، أما قبل ذلك وعندما كانت الدول منغلقة على نفسها فلا توجد علاقات تبادل تجاري فيما بينها، لم تكن لتظهر مشكلة تنازع القوانين[44].

وهكذا نجد أن للعامل الاقتصادي، المتمثل في تطور النشاط التجاري بين الدول، الدور الأبرز في نشوء مشكلة تنازع القوانين. وحديثاً ظهرت العمليات التجارية الإلكترونية مع وجود أطراف العقد في أكثر من بلد، مما حدا بمعظم الدول بتقنين أحكام خاصة بالتعاقد الإلكتروني سواء لجهة توثيق التوقيع الإلكتروني، أم لجهة تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية إثبات هذه التصرفات، حيث سيكون لنظام تنازع القوانين دور محوري في حل الإشكالات المنبثقة عن هذا التعامل الإلكتروني، لا سيما أن هذا النوع من التعامل التجاري في تزايد مستمر.

ثالثا: العوامل القانونية لنشوء تنازع القوانين

إذا كان للعامل السياسي والاقتصادي دور بارز في قيام نظام تنازع القوانين، إلا أن للعامل القانوني الدور الأهم في تفعيل هذا النظام، فإن لم يعترف المشرع للأجنبي ببعض الحقوق على الإقليم الوطني، ويسمح للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي، فلا يمكن القول بقيام ظاهرة تنازع القوانين. فعندما سمح الرومان للغرباء بالخضوع لقوانينهم الخاصة

---

[44]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 16. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 256. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 31.

لا سيما بالنسبة لعلاقاتهم الأسرية ومسائل الميراث، نشأ عن ذلك قيام ظاهرة التنازع بين القانون الروماني وقوانين الأجانب[45].

فمن جهة أولى لا يمكن الحديث عن تنازع القوانين في بلد لا يعترف فيه للأجنبي ببعض الحقوق خارج بلده، حتى أصبح من الصعوبة بمكان الفصل بين مسألة تنازع القوانين وبين مسألة تمتع الأجنبي بالحقوق[46].ومن جهة ثانية إن تطبيق القاضي لقانون بلده دون أن يسمح له بتطبيق قانون أجنبي سوف يقضي على ظاهرة التنازع أصلاً، لذلك فإن جميع الدول في الوقت الحاضر تسمح للمحاكم بتطبيق قانون أجنبي على النزاع الذي تنظره، أي أنه ليس هناك تلازم بين اختصاصها بنظر النزاع وضرورة تطبيق قانون الدولة التي تنتمي إليها، ويعبر عن ذلك بمبدأ "عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي"، فلولا هذا المبدأ لما ظهرت مشكلة تنازع القوانين، حيث أن العمل خلاف هذا المبدأ والقول بتلازم الاختصاصين القضائي والتشريعي يعني أن ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية يستتبع تطبيق قانون القاضي، وعندئذ لا يمكن أن تثور فكرة ظاهرة تنازع القوانين[47]

---

[45]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 29.

[46]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 17.

[47]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 18.

المطلب الثالث

تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المختلفة

لم تكن لمشكلة تنازع القوانين حلول موحدة منذ نشأتها، بل اختلفت تلك الحلول تبعاً لاختلاف العصور والمجتمعات التي عرفتها، فقد ظهرت أولى ملامح تلك الحلول في إيطاليا في مطلع القرن الثالث عشر للميلاد، ثم تبعتها فرنسا في القرن السادس عشر، ثم تبعتها هولندا، ولم تكن حلول مشكلة التنازع واحدة في هذه الدول، وبقي الأمر على حاله حتى بداية القرن التاسع عشر حيث حال الفقه وضع حلول جديدة لمشكلة التنازع مستمدة مما قد طرحه الفقه القديم في هذا الصدد[48].

أما في الدول العربية فلم تظهر مشكلة التنازع أبان الحكم الإسلامي، وبقي الأمر كذلك حتى منتصف القرن التاسع عشر للميلاد حيث بدأت حركة التقنين الوضعي، فاستمدت التشريعات العربية حلول التنازع من التشريعات الغربية.

اولا : تنازع القوانين في المجتمعات القديمة

لم تعرف المجتمعات القديمة لا سيما في بلاد اليونان والرومان ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها المعاصر، ويرجع ذلك إلى الحروب المستمرة التي كانت تسود بين الدول آنذاك، فلم تقوم بين هذه المجتمعات علاقات تجارية أو روابط أسرية متبادلة، كما أن هذه المجتمعات لم تمنح الأجنبي أي حقوق خارج إقليمه ولم تسمح للقاضي بتطبيق قانون أجنبي على المنازعات التي ينظرها[49].

إلا أن الأمر لم يبق على حاله فقد توسعت سيطرة اليونان على البلاد المجاورة كسوريا ومصر وبلاد فارس، مما أدى إلى تعدد القوانين في بلاد اليونان، فضلاً عن قيام علاقات تجارية وأسرية مع أبناء الشعوب الأخرى. ونتيجة لذلك ظهر في بلاد اليونان

---

[48]– المرجع سابق، ص 20.

[49]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 21.

نظام الضيافة، وبموجبه يطلب الأجنبي من اليوناني أن يقبله ضيفاً، فإن قبله أصبح له حق الإقامة في المدن اليونانية وممارسة بعض الحقوق فيها كالعمل في التجارة. وكذلك عرفت بلاد اليونان نظام المعاهدات الثنائية بين المدن اليونانية والتي كانت تسمح لأفراد المدينة المتعاقدة التمتع ببعض الحقوق على إقليم المدينة الأخرى، وأجازت بعض هذه المعاهدات للقاضي تطبيق قانون مدينة أخرى[50].

وهكذا فقد عرفت بلاد اليونان بعض ملامح تنازع القوانين، فمثلاً في مصر التي كانت تحت السيطرة اليونانية، كانت تضم إلى جانب سكانها الأصليين بعض الأجانب وكان يخضع هؤلاء لقوانينهم الخاصة، بحيث أصبح يوجد في مصر نظامان قانونيان: النظام المحلي والنظام اليوناني بالإضافة إلى قوانين الجماعات الأخرى القاطنة في مصر، ونتيجة لذلك تعددت المحاكم في مصر فكانت هناك محاكم مصرية وأخرى يونانية وكل منها كانت تطبق القوانين الخاصة بها. كل ذلك شجع على قيام علاقات متبادلة بين مختلف الجماعات القاطنة في مصر، مما حدا بالسلطات على وضع قواعد لحل النزاعات المتعلقة بالعقود المبرمة بين اليونانيين والمصريين، ومنها أن يخضع العقد لقانون المحكمة المختصة، ويتم تحديد المحكمة المختصة استناداً للغة التي كتب بها العقد، فأضحت اللغة ضابط تحديد للمحكمة المختصة في نطاق العقود وبالتالي من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه[51].

وكذلك عرف الرومان نظام الضيافة المعروف عند اليونان، كما وضع الرومان قانون خاص بالأجانب سمي بقانون الشعوب الذي كان يحكم العلاقات التجارية بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان، فضلاً عن خضوع كل من الرومان والأجانب إلى قانون أحوال شخصية خاص بهم[52]. وبعد سقوط الإمبراطورية الرومانية عام 476 للميلاد

---

[50]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 23.

[51]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 24.

[52] – المرجع سابق، ص 25.

تعاقب على حكم البلاد نظامان قانونيان الأول نظام شخصية القوانين وذلك في ظل حكم القبائل الجرمانية، والثاني نظام إقليمية القوانين وذلك في ظل حكم الإقطاعيين[53].

ولئن كان من الملائم ظهور تنازع القوانين في ظل نظام شخصية القوانين، لأن الفرد كان يخضع لقانون الجماعة التي ينتمي إليها، إلا أنه لا يمكن لظاهرة تنازع القوانين أن تظهر في ظل نظام إقليمية القوانين، حيث كان القاضي يطبق القانون على الإمارة التي ينتمي إليها دون أن يسمح له بتطبيق قانون آخر[54].

ثانيا: تنازع القوانين في أوروبا

ساعد تطور العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لا سيما في شمال ايطاليا في مطلع القرن الثالث عشر للميلاد، على نشوء المناخ الملائم لقيام ظاهرة تنازع القوانين. فبعد أن تحررت مدن شمال إيطاليا من الإقطاع تكونت فيها جمهوريات تتمتع باستقلال سياسي وكان لكل منها قانونه الخاص وهي عبارة عن أعراف تدعى "الأحوال"، وكذلك شهدت هذه المدن تطوراً اقتصادياً نجم عنه تطور في عمليات التبادل التجاري. كل هذا دفع فقهاء ايطاليا إلى وضع الفتاوى والحلول القانونية لمعالجة المشكلات المتعلقة بتنازع أحوال المدن الإيطالية. ولقد شكلت هذه الفتاوى ما يسمى بنظرية الأحوال الإيطالية. كما شكّلت الحلول التي وضعها الفقهاء الفرنسيون لمشكلة تنازع الأحوال في المقاطعات الفرنسية المختلفة في القرن السادس عشر، ما يسمى بنظرية الأحوال الفرنسية. وكذلك كان الأمر في هولندا التي عرفت نظرية خاصة بها في تنازع الأحوال الهولندية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، سميت نظرية الأحوال الهولندية.

---

[53]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 40. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 25.

[54]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 27.

- **نظرية الأحوال الإيطالية:**

وهي عبارة عن مجموعة الحلول التي وضعها فقهاء المدرسة الإيطالية بزعامة "بارتول" لمشكلة تنازع أحوال المدن الإيطالية. معتمدين في ذلك على النصوص الرومانية، إلا أنهم لم يلتزموا مقدماً مبدأً معيناً يستخلصون منه حلولاً لحالات التنازع، كمبدأ عينية الأحوال أو شخصيتها، بل وضعوا حلولاً فردية لحالات التنازع المختلفة، كتنازع الأحوال المتعلقة بالعقد أو الوصية، وهكذا، لذلك تميز فقه المدرسة الإيطالية القديمة بأنه فقه متخير لا يتقيد بمبدأ معين بل يضع الحل المناسب لكل حالة على حدة، كما أنه فقه تحليلي يعالج مختلف فروض التنازع دون محاولة ربطها ببعض، وكان بالرغم من ذلك فقهاً عالمياً لأنه يضم حلولاً صالحة لحل حالات التنازع في كل مكان[55].

وتقوم هذه النظرية على تقسيم العلاقات القانونية من حيث القانون الواجب تطبيقه بشأنها إلى مجموعات، بحيث تخضع كل مجموعة إلى قانون محدد ومن أبرز هذه الحلول[56]:

1- التمييز بين الإجراءات والموضوع من حيث القانون الواجب التطبيق، بحيث يسري قانون القاضي على الإجراءات. ويمكن قبول تطبيق قانون أجنبي على الموضوع، وهذا القانون يمكن أن يختلف باختلاف موضوع المسألة التي يثور بشأنها التنازع.

2- العقود: وتخضع في شكلها أو موضوعها لقانون محل إبرامها وذلك باستثناء بعض المسائل الفرعية، كإجراءات تقديم دليل اثبات العقد، فيطبق قانون القاضي

---

[55]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 22.

[56]- المرجع سابق، ص 24.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 60. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 30.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 92.

عليها، وكذلك الآثار غير المباشرة للعقد وتنفيذه، فيطبق عليها قانون مكان التنفيذ أو قانون القاضي.

3- الأموال: وتخضع لقانون موقعها ولقد ظهرت هذه القاعدة في البداية بشأن التركات، ثم طبقت في كل العلاقات التي تكون الأشياء محلاً لها. وبذلك توصل الفقهاء إلى مفهوم الأحوال العينية، ووضعوا لها نظاماً خاصاً يقوم على أساس إخضاع المال لقانون موقعه.

4-الأشخاص: تخضع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه. وذلك للقاعدة "إن القانون يفقد كل قيمة له إذا كان بالإمكان مخالفته خارج مدينته".

وتجب الإشارة إلى أن الفقهاء في إيطاليا ميزوا بين الأحوال المستحسنة أو الملائمة وبين الأحوال المستهجنة أو البغيضة ضمن الأحوال الشخصية للمدن الأخرى. فسمحوا للقاضي بتطبيق أحوال المدن المستحسنة، أي الأحوال التي يقصد منها حماية الشخص ومنفعته. أما الأحوال المستهجنة، أي التي تضر بالشخص ولا يقبلها المنطق والعدل فلم تكن تمتد خارج مدينتها لأنه لم يكن مرخصاً للقاضي بتطبيقها.

وبذلك تبنى الفقه في إيطاليا فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، فضلاً عن تبنيهم لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد.

وقد وجه لهذه النظرية انتقادات عدة من أبرزها أن أصحاب هذه النظرية قد وضعوا حلولا خاصة لبعض حالات تنازع القوانين دون أن يقدموا مبادئ عامة يمكن أن يستخلص منها حلول لكل حالات تنازع القوانين، كما يؤخذ على هذه النظرية عدم دقة المعيار الذي اعتمدت عليه، فقد كانت الحلول التي قدمها أصحاب هذه النظرية تقوم على أساس العقل والعدالة وحاجة المعاملات وهي معايير غير منضبطة ولا تصلح لإيجاد حلول موحدة لظاهرة تنازع القوانين[57].

---

[57]عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 22.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 61. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 37.

- **نظرية الأحوال الفرنسية:**

انتقل فقه المدرسة الإيطالية القديمة إلى بعض أجزاء من فرنسا، إلا أن وجود نظام الإقطاع في فرنسا آنذاك لم يساعد على إيجاد الظروف المناسبة للعمل بها، فقد كان لكل إقطاعية قواعد عرفية خاصة بها تقوم على مبدأ الإقليمية المطلقة، وبقي الأمر على حاله طوال القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وبعد ذلك تولى الفقه الفرنسي تدريس الفقه الإيطالي مع القانون الروماني، ومن ثم تبعه القضاء الفرنسي، وساعد على ذلك انتهاء حقبة الإقطاع في القرن السادس عشر، فظهرت نظرية الأحوال الفرنسية[58].

تقوم نظرية الأحوال الفرنسية على أفكار الفقيه شارل ديمولان وبرتران دارجنتيرية[59].

1- **نظرية دارجنتريه[60]**: تقوم هذه النظرية على مبدأ إقليمية القوانين، الذي كان يسود فرنسا في ظل نظام الإقطاع، ولكن بعد أن ادخل عليه الفقيه دار جنتريه تحسينات بما يتلاءم مع الظروف السياسية والاقتصادية، وقد استثنى دارجنتريه من مبدأ الإقليمية ما يسمح بتطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً، أي بتطبيق أحوال الأقاليم والقوانين الأخرى الأجنبية. وقد عاب داجنتريه على المدرسة الإيطالية الطريقة التحليلية التي اتبعتها في تقسيم المسائل المتنازع حولها كالتفرقة بين الإجراءات والموضوع وبين الأهلية والشكل، لذلك قسم الأحوال إلى ثلاثة أنواع: الأحوال العينية والأحوال الشخصية والأحوال المختلطة.

---

[58]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 28.

[59]- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 32. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 38.

[60]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 29.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 69.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 88.

وتعد الأحوال عينية إذا كانت خاصة بالعقار فقط. وهذه الأحوال يجب أن تطبق تطبيقاً إقليمياً، ومن ثم يجب أن يخضع العقار لقانون موقعه. وتكون الأحوال شخصية إذا كانت متعلقة بحالة الشخص أو بأهليته أو بالمنقول. وهذه الأحوال تطبق تطبيقاً ممتداً وتتبع قانون موطن الشخص، أما الأحوال التي تتعلق بآن واحد بالعقار والأشخاص أو المنقول فتعد من الأحوال المختلطة بحيث تطبق تطبيقاً إقليمياً على غرار الأحوال العينية انسجاماً مع المبدأ الذي أقام عليه نظريته في تنازع الأحوال.

وهكذا فإن فقه دارجنتريه يتميز بأنه فقه غير متحيز أي أنه فقه يرتكز على فكرة معينة تجتمع عليها حلول التنازع، وكذلك فهو فقه تأصيلي أي لا يعالج مسائل التنازع منفردة دون محاولة ربطها ببعضها كما هو حال الفقه الإيطالي القديم، بل يرد الحلول إلى أفكار عامة تتجمع في مبدأ عام هو عينية الأحوال واستثناء عليه هو شخصية الأحوال، وأخيراً يعد فقه دارجنتريه فقهاً وطنياً يهدف إلى غايات محلية إقليمية، خلافاً للطابع العالمي الذي كانت تتميز به النظرية الإيطالية[61].

إلا أن نظرية دارجنتريه تعرضت للنقد، بحسبان أن قواعد الإسناد لا تقتصر على القوانين العينية والشخصية فقط، بل هناك قوانين أخرى، كما أنه ليس كل ما يخرج عن الأحوال الشخصية يعتبر قانوناً عينياً، فالأهلية مثلاً لا تدخل في الأحوال الشخصية ولا تخضع للقانون العيني. كما تضمنت نظرية دارجنتريه أفكاراً متناقضة فهي تقوم على أساس إقليمية القوانين وفي الوقت نفسه تقضي بتطبيق القانون الأجنبي فيما يتعلق بالأشخاص والمنقولات بحجة تحقيق العدالة، فضلاً عن السماح بسريان بعض القوانين خارج الإقليم[62]. كما أن دارجنتريه لم يعتمد منهجاً تحليلياً في تقسيمه للقوانين، بل أقام نظريته بناء على أفكار سياسية تقوم في الأصل على إقليمية القوانين واستثناءً على

---

[61]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 33.

[62]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 74.

شخصيتها، وعند الشك أو اتصال القانون بكل من الأموال والأشخاص علينا الرجوع إلى الأصل أي إقليمية القوانين[63].

2- **أفكار ديمولان:** نادى ديمولان بأهمية التكييف في تحديد القانون الواجب تطبيقه، وذلك في فتواه المتعلقة بالنزاع بين زوجين فيما يتعلق بالنظام المالي لزواجهما. فاعتبر هذا النظام أقرب إلى نظام العقود منه إلى نظام الأموال.

كما جاء بفكرة إرادة المتعاقدين كأساس لتحديد القانون الذي يحكم العقد، التي استمدها من فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، ومفادها أنه إذا كان مردّ تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية فمن باب أولى أن نسمح لهما باختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما. وهكذا أطلق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية.

وعلى الرغم من النجاح الكبير الذي حققته هذه النظرية في جميع أنحاء أوروبا لا سيما لجهة مناهضتها للإقطاع المسيطر آنذاك، فضلاً عن الفوائد التي قدمتها من خلال وضع معيار عام يستخلص منه حلول تفصيلية لظاهرة تنازع القوانين، إلا أن هناك عيوباً عديدة سببت إهمالاً لهذه النظرية وذلك لعدم كفاية المعايير التي جاءت بها وقصورها عن معالجة بعض حالات التنازع وهو ما اعترف به أنصار هذه النظرية[64].

- **نظرية الأحوال الهولندية:**

تقوم النظرية الهولندية على مبدأ إقليمية القوانين المطلقة وعلى مبدأ المجاملة الدولية، بالإضافة إلى أفكار أخرى تشكل إضافات هامة على نظرية الأحوال[65].

---

[63] سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 88.

[64] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 68. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 39.

[65] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 38.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 78. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 36. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 40.

1- مبدأ الإقليمية المطلقة: أي تسري قوانين الإقليم وحدها دون غيرها ضمن هذا الإقليم. ويعد أي تطبيق لقانون أجنبي داخل إقليم معين تعدياً على سيادة هذا الإقليم. ورفض الهولنديون الأخذ بفكرة تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين كما قال بذلك الفقهاء الفرنسيون.

وقد ربط الهولنديون بين مفهوم السيادة ومفهوم تنازع القوانين، أي أسسوا مبدأ الإقليمية على فكرة السيادة الوطنية على الإقليم، متأثرين في ذلك بالأوضاع السياسية التي كانت تمر بها بلادهم في مواجهة الاحتلال الإسباني .

2- مبدأ المجاملة الدولية: نظراً لقساوة مبدأ الإقليمية وما ترتب عليه من آثار سلبية أثرت في مصالحهم الخارجية، تبنى الهولنديون فكرة المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية في بلادهم، وذلك بدافع تحقيق المنفعة المتبادلة والمصالح المشتركة للدول وبشكل يتفق مع اعتبارات السيادة الوطنية، ومن ثم لم يكن تطبيق القانون الأجنبي في نظرهم شكلاً من أشكال الاستثناء على مبدأ الإقليمية.

ووفقاً لمبدأ المجاملة كان لابد من مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل، في معرض تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما تفرضه اعتبارات السيادة. إلا أن نطاق تطبيق فكرة المجاملة الدولية لديهم كان يقتصر على المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والأموال المنقولة والتصرفات الإرادية. وبالتالي أصبح نطاق تطبيقها أوسع من نطاق تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً لدى الفرنسيين.

3- التمييز بين الأحوال من حيث موضوعها ومن حيث نطاق تطبيقها: قسم الفقهاء الهولنديين الأحوال من حيث موضوعها إلى عينية وشخصية ومختلطة. والأحوال العينية هي الأحوال التي يكون موضوعها الرئيس هو المال أما الأحوال الشخصية فهي الأحوال التي يكون موضوعها الرئيس الشخص ولو تعلقت بالمال. وتكون الأحوال مختلطة إذا كان موضوعها يتعلق بالشكل أو الإجراءات. أما من حيث نطاق تطبيقها فقالوا إن الأحوال أياً كان موضوعها لا يمكن أن تكون إلا إقليمية، وطبقوا هذا المبدأ على التنازع المحلي والتنازع الخارجي.

وتجب الإشارة إلى أن بعض الفقهاء الهولنديين قد تلمس أيضاً فكرة النظام العام، كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك عندما طالبوا بالامتناع عن تطبيق قانون أجنبي إذا استدعت ذلك مصلحة النظام المحلي وكذلك عندما قالوا بضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تبدو بوضوح غير عادلة وبضرورة تقيد القاضي بالأحكام الناهية في قوانين بلاده.

ومما تقدم نجد أن فقه المدرسة الهولندية كفقه دارجنتريه، يتميز بأنه فقه غير متحيز وأنه فقه تأصيلي، وكذلك فهو فقه وطني، إلا أن المدرستين تفترقان عن بعضهما من حيث أن الفقه الهولندي ميز بين تقسيم الأحوال من حيث موضوعها وبين مجال تطبيق الأحوال من حيث المكان وهذا الأمر لم يكن واضحاً في الفقه الفرنسي، كما أن الفقه الهولندي اعتمد مبدأ الإقليمية المطلقة، بينما استثنى الفقه الفرنسي من هذه الإقليمية حالات عدة، وكذلك فإن الفقه الهولندي سمح بتطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة إذا سمح المشرع الوطني بذلك مراعاة لمصلحة المعاملات، في حين أن الفقه الفرنسي أقر بتطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء على أساس العدالة، وأخير فإن الفقه الهولندي عالج تنازع القوانين في صورتيه المحلية والدولية، في حين أن الفقه الفرنسي اقتصر على التنازع المحلي[66].

وعلى الرغم مما قدمته هذه النظرية من فوائد لا سيما أنها انتقلت من ميدان التنازع الداخلي إلى الميدان الدولي، إلا أنها أنكرت الصفة العلمية لقواعد تنازع القوانين ورفضت الاعتراف لها بالقوة الملزمة، لأن أساس تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لهذه النظرية لا يخرج عن مجرد المجاملة، فليس في القانون الدولي إلزام ولا ضرورة لإلزام محاكم الدولة لتطبيق القانون الأجنبي، في حين أن غيرهم استند إلى مبدأ العدالة والقانون الطبيعي في هذا الصدد، وهما أكثر إلزاماً من فكرة المجاملة[67].

---

[66]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 39.

[67]- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 80. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 41.

ثالثا: تنازع القوانين في العصر الحديث

ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر للميلاد أفكار ودراسات جديدة تتضمن حلولاً لمشكلة تنازع القوانين. ولاسيما بعد أن حققت بعض الدول وحدتها السياسية والتشريعية مثل ايطاليا وفرنسا، فانتقلت من مرحلة التنازع المحلي إلى ظاهرة التنازع الدولي[68].

ومن أبرز هذه الأفكار: أفكار الأستاذ الألماني "سافيني" المتعلقة بالاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني، وأفكار الأستاذ الإيطالي "مانشيني" في شخصية القوانين، وأفكار أخرى كفكرة الإقليمية أو المؤسسات الحقوقية.

1- فكرة الاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني عند سافيني:

وضع سافيني أفكاره في تنازع القوانين في كتابه الشهير "القانون الروماني" الصادر عام 1849. ومن أهم هذه الأفكار فكرة الاشتراك الحقوقي كأساس لقيام تنازع القوانين، وفكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق[69].

أ- **الاشتراك الحقوقي:** يرى سافيني أن المجتمعات الغربية يضمها اشتراك حقوقي بالاستناد إلى عنصرين أساسيين هما: الديانة المسيحية والقانون الروماني. وهذا الاشتراك في الديانة والقانون لدى هذه المجتمعات يؤدي إلى وحدة فكرة العدالة لديها، وإلى إيجاد قواعد مشتركة بينها ومقبولة عندها، مما يساعد بالتالي على تطبيق قوانين بعضها من قبل بعضها الآخر. ومن ثم لا يعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يضمه اشتراك حقوقي مع قانون القاضي من قبيل الاستثناء أو المجاملة. وإنما مجرد إعمال لهذه الفكرة، التي تشكل عند سافيني المبدأ الأساسي لتنازع القوانين.

---

[68]- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 37.

[69]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 50.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 38. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 44.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 94.

ب- التركيز المكاني: يقصد بهذه الفكرة تحديد مقر العلاقات القانونية وتحديد مقر الأشخاص. بحسبان أن تحديد القانون الواجب تطبيقه يتوقف على تحديد المقر المكاني للشخص أو للعلاقة القانونية محل النزاع. وقد اعتمد سافيني فكرة المجموعات التي لجأ إليها الإيطاليون القدامى، لتحديد هذا المقر، والتي تقوم على تقسيم علاقات القانون الخاص إلى مجموعات وهي: (الدعاوى، العقود، الأشياء، الأشخاص والوقائع).

وعد سافيني أن مقر الشخص هو موطنه ويجب أن يخضع الشخص لقانون موطنه بالنسبة لجميع المسائل المتعلقة بحالته وأهليته، ومن ثم أخضع التركات لقانون موطن المتوفى والزواج لقانون موطن الزوج.

أما مقر الأشياء فهو مكان وجود هذه الأشياء ومن ثم يجب أن تخضع العلاقات سواء تعلقت بالأموال المنقولة أم بغير المنقولة لقانون موقعها.

وبالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية، أخضع سافيني الالتزام التعاقدي لقانون محل تنفيذه، وأجاز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك.

أما مقر الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة فهو محل وقوعها ويجب أن تخضع بالتالي لقانون موقعها. أما بالنسبة للدعاوى، فأخضعها لقانون القاضي باعتباره قانون محل تطبيقها.

وقد وجهت الانتقادات إلى نظرية سافيني وتتعلق في مجملها بعدم وجود معيار منضبط لتحديد القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن صعوبة تطبيق فكرة تركيز العلاقات القانونية في مقارها، كما أخذ على سافيني فكرة الخضوع الإرادي ، بحسبان أن تنازع القوانين ليس مجالاً لإعمال الإرادة، كما أن السعي وراء التعرف على الخضوع الإرادي هو في حقيقته وسيلة لاطراح الصعوبة جانباً أكثر منه وسيلة للتعرف على القانون الواجب التطبيق[70].

---

[70]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 52.

إلا أنه لا يمكن التقليل من أهمية الأفكار التي جاء بها، ولا يمكن إنكار الطريقة العلمية التحليلية الجديدة التي جاء بها سافيني والتي أسست فيما بعد لنظريات وحلول موفقة في مختلف الدول، فضلاً عن الأثر الذي تركه سافيني في الفقه والقضاء في ألمانيا وخارجها، لا سيما لجهة صوغ فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص[71].

2- مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني:

يقوم مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني على اعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التي أطلقها في محاضرته الشهيرة "الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة". وملخص هذه الفكرة أن كل مجموعة من الأفراد تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد تكوّن أمة (مبدأ القوميات). ومن حقها أن تكون لها دولة مستقلة. ومن ثم يجب أن تكون قوانين هذه الدولة مستمدة من عاداتها وتقاليدها وتراثها وتتلاءم مع أوضاعها وتعبر عن إرادة الأمة وواقعها وتطلعاتها. ولذلك يجب أن يخضع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أي لقانونه الوطني. وهذا هو مبدأ شخصية القوانين[72].

إلا أن مانشيني أورد على مبدأ شخصية القوانين الاستثناءات التالية[73]:

أ- تطبق القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبيقاً إقليمياً بحيث تسري على الوطنيين والأجانب على حد سواء، لأنها تمس المصالح العليا في الدولة، ومثالها قانون العقوبات وقوانين الملكية العقارية.

---

[71]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 52.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 130.

[72]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 54.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 100. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 41. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 42.

[73]عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 54.جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 100. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 41. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 43.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 90.

ب- يخضع العقد لقانون الإرادة دون النظر إلى القانون الشخصي للمتعاقدين، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود. وكذلك يخضع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها.

ونتيجة لهذه الاستثناءات الكثيرة فقد تعرضت نظرية مانشيني لكثير من الانتقادات، باعتبار أنها أفرغت مبدأ شخصية القوانين من مضمونه، فضلاً على أنه لا يمكن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين على إطلاقه بالنسبة لجميع الدول، فإذا كان من مصلحة إيطاليا الأخذ به لتجد تطبيقاً لقوانينها على الكثير من أبنائها الذين هاجروا منها، فإن هذا المبدأ لا يمكن أن يكون لصالح الدول المهاجر إليها، بعبارة أخرى لا يمكن التسليم بمزاحمة القوانين الأجنبية للقانون الوطني، فذلك يعيق تطبيق قواعد قانونية واحدة على المهاجرين والوطنيين في الوسط الواحد، كما ان هذه النظرية خلت من حلول تتعلق بتنازع القوانين بين أفراد من جنسيات مختلفة، ولذلك تزعزع مركز هذه النظرية وقلت ثقة الفقهاء بها، فلم تلق النجاح التام[74].

ومهما يكن من أمر فقد كان لفقه مانشيني أثره عند الفقهاء في فرنسا وإيطاليا وبلجيكا، فقد أحدث تأثيراً في ميدان تنازع القوانين، حيث شكل هجوماً ضد قانون الموطن لصالح قانون الجنسية، مما وسع من نطاق امتداد القوانين بحيث شمل فضلاً عن الحالة والأهلية، الميراث في العقار والمنقول والنظام المالي للزوجين، وقد ظهرت هذه الآثار الإيجابية لنظرية مانشيني في كثير من التقنينات كالقانون المدني الإيطالي والقانون المدني الاسباني والقانون المدني الألماني، وكذلك في اتفاقيات لاهاي للأعوام 1896، 1902، 1905[75].

---

[74] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 104. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 43.

[75] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 56.

3- فقه بيليه:

يرى الفقيه الفرنسي بيليه أن حقيقة تنازع القوانين تتمثل في التنازع على السيادة، أي أن الأمر يتعلق بالحدود التي يمكن معها للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي كنوع من انكماش سيادتها أمام سيادة الدول الأجنبية، ثم يقرر بيليه خضوع الأفراد لقانون دولتهم أينما وجدوا وخضوع الأجانب لقانون الدولة التي يتواجدون فيها، بعبارة أخرى يرى بيليه أن القانون لكي يحتفظ بخصائصه وهي الاستمرارية والعمومية، فإنه يجب أن يكون إقليمياً وممتداً في ذات الوقت.

وقد أضاف بيليه لنظريته فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، فالحق متى اكتسب في دولة معينة وجب الاعتراف به واحترامه من قبل الدول الأخرى، وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات الدولية للأفراد، والحق المكتسب إما أن ينشأ ابتداء خالياً من العنصر الأجنبي، ثم يراد الاحتجاج به في غير الدولة التي نشأ فيها، وإما ان ينشأ منطوياً على هذا العنصر الأجنبي ويراد الاحتجاج به في دولة غير تلك التي نشأ فيها، ففي الحالة الأولى يكفي للاحتجاج بالحق أن يكون قد تكون صحيحاً وفقاً لقانون الدولة التي نشأ فيها بغض النظر عن قانون الدولة التي يراد الاحتجاج به أمامها، أما في الحالة الثانية فالحق يثير عند نشأته مسألة تنازع القوانين لانطوائه على عنصر أجنبي، ولذلك يجب لاعتبار اكتسابه صحيحاً أن يكون قد نشأ وفقاً للقانون المختص من بين القوانين التي تتنازع إنشاءه، ويطبق على هذا التنازع قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يراد الاحتجاج بالحق فيها وليست قواعد تنازع القوانين في الدولة التي ولد الحق فيها[76].

ويستثني بيليه من قاعدة احترام الحقوق المكتسبة أمرين:

- لا يمكن الاحتجاج بالحق المكتسب في دولة ثانية متى كان الحق غير موجود في قانون هذه الدولة.

---

[76]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 61.

– لا يمكن الاحتجاج بالحق المكتسب في دولة أخرى إذا كان هذا الحق مخالفا للنظام العام في الدولة التي يراد الاحتجاج أمامها.

وقد لاقت نظرية بيليه انتقادات كثيرة منها أن التفرقة بين القوانين التي يكون الغرض منها حماية مصلحة الأفراد وتلك التي يكون الغرض منها حماية مصلحة الجماعة أمر غير مستساغ، بحسبان أن القوانين أياً كان موضوعها يقصد بها حماية نظام الجماعة، كما لاقت فكرة تنازع السيادات انتقاداً لدى الفقه لا سيما لجهة حل هذا التنازع وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام، بحسبان أن الأخير لا يتضمن أي حلول في هذا الصدد[77].

4- فكرة المؤسسات الحقوقية عند بارتان:

ربط الأستاذ الفرنسي "بارتان" القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية بروح المؤسسة الحقوقية التي تنتمي إليها تلك العلاقة. ومن ثم لا بد من تحليل هذا العلاقة وبيان طبيعتها على ضوء القانون الداخلي الوطني تمهيداً لربطها بإحدى المؤسسات القانونية. وهذا ما أطلق عليه عملية "التكييف".

ولقد قسم بارتان المؤسسات القانونية إلى أربع مؤسسات وخص كلا منها بقانون معين يحكمها وهي[78]:

–المؤسسات التي تمس تكوين الأسرة أو التي تهتم بحماية الأفراد ويطبق عليها قانون الجنسية.

–المؤسسات المتعلقة بنظام الأموال، ويطبق عليها قانون موقع المال.

–المؤسسات الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وشكل التصرفات وتخضع للقانون المحلي.

–المؤسسات الخاصة بالتصرفات المالية وتخضع لقانون الإرادة.

---

[77]– المرجع سابق، ص 60.

[78]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 193. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 43.

وعلى الرغم من أهمية الأفكار التي جاء بها بارتان لا سيما لجهة تحليل الأنظمة القانونية لتحديد طبيعتها وهو ما يسمى بالتكييف والتي لاقت رواجاً واسعاً بين الفقهاء ولا زال مأخوذاً بها، إلا أن نظرية بارتان تعرضت للنقد كونها تعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة وهي سلطة تحكمية، كما أن نظرية بارتان لم تأت بجديد، بل جاءت مزيجاً بما أتى به دارجنتريه وديمولان من أفكار[79].

5- فكرة حماية المصلحة الوطنية والإقليمية عند نيبوابيه:

اعتبر الأستاذ الفرنسي نيبوابيه أن الغرض الأساسي من وضع قواعد الإسناد الفرنسية هو حماية المصالح الوطنية. ونتيجة لذلك دعا إلى تطبيق القانون الفرنسي في كل مرة يكون فيها أحد الفرنسيين طرفاً في علاقة قانونية، وفي مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب دعا إلى تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية[80].

ووفقاً لنيبوابيه فإن الأصل في القانون هو الإقليمية بحيث يسري قانون الدولة على كامل إقليمها ولا يجاوزه إلى أقاليم الدول الأخرى، إلا ان نيبوابيه لا يجعل من الإقليمية قاعدة مطلقة بل يرى وجوب تطبيق القانون الوطني خارج الإقليم في بعض الحالات ويوجب تطبيق القانون الأجنبي داخل نطاق السيادة الوطنية في حالات أخرى[81].

رابعا: تنازع القوانين في الفقه الإسلامي

يُقسم العالم وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية إلى دار الإسلام ودار الحرب ودار الصلح، والعلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب هي علاقة بين عالمين متحاربين، فليس بينهما علاقات تجارية أو أسرية مما سبب في غياب ظاهرة تنازع القوانين بين الفقه الإسلامي من جهة وقوانين الدول الأخرى، لذلك ظهر مبدأ إقليمية القوانين، حيث كانت

---

[79]- جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 195.

[80]- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 43.

[81]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 65.

القوانين الإسلامية تطبق على جميع الأقاليم الخاضعة لسلطان المسلمين، وبالمقابل عرف الفقه الإسلامي مبدأ شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام، حيث كان أهل الذمة من غير المسلمين يخضعون لشرائعهم الخاصة فبموجب عقد الذمة كان يسمح لهؤلاء بالإقامة بدار الإسلام فضلاً عن التمتع ببعض الحقوق[82].

إلا أن ظاهرة تنازع القوانين لم تظهر على الصعيد الداخلي لعدة أسباب[83]:

1-كان نظام شخصية القوانين يقوم على أساس التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. فالقاضي غير المسلم كان يتوجب عليه أن يطبق أحكام شريعته الخاصة في كل نزاع يعرض عليه، وكذلك الحال بالنسبة للقاضي المسلم.

لذلك كان يتم استخدام ديانة الأشخاص من أجل توزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية القائمة في دار الإسلام. ومن القواعد التي كانت تحكم تنظيم الاختصاص القضائي في الشريعة الإسلامية القاعدة التي تقول بعدم جواز خضوع المسلم لقاض غير مسلم.

2- غلبة شريعة القاضي المسلم على غيرها من الشرائع المطبقة في دار الإسلام في حال دخولها في تنازع مع هذه الشرائع، فالقاضي المسلم يختص بفصل المنازعات كافة سواء أكانت بين مسلمين أم بين غير المسلمين أم بين مسلم وغير مسلم. ويكون ملزماً بإتباع أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالقاعدة التي تقول " لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية.

---

[82]جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 50. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 44. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 32.

[83]عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 76.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 45.

إلا أن الأمر لم يبق على حاله في بلاد المسلمين ففي ظل الخلافة العثمانية للدول الإسلامية وبينها سورية، أبرمت الدولة العثمانية معاهدات ثنائية مع الدول الأوربية، أعطت بموجبها لهذه الدول امتيازات في الدولة العثمانية. وقد شكلت هذه الامتيازات ما يسمى بظاهرة امتداد القوانين. أي أن هذه الامتيازات أدت إلى امتداد سلطان القضاء والقانون الأجنبي ضمن الأراضي العثمانية، ومن ثم لم تظهر مشكلة تنازع القوانين. غير أنه كان من نتائج تطبيق نظام الامتيازات ساعد على قيام نشاط تجاري كبير بين الدولة العثمانية وأوروبا، وأدى إلى قيام علاقات متطورة في مختلف الميادين تتنازعها القوانين العثمانية والقوانين الغربية، وهذا ما دفع السلطات العثمانية إلى التفكير في وضع تشريعات جديدة تكفل استيعاب هذه العلاقات الجديدة من جهة وتؤكد سيادة الدولة العثمانية على أقاليمها من جهة أخرى[84].

فقامت بوضع قوانين مختلفة أهمها القانون التجاري والبحري وقانون الأصول وقانون الأراضي ومجلة الأحكام العدلية. كما أنشأت المحاكم النظامية والمختلطة. ولقد تضمنت بعض هذه القوانين قواعد في تنازع القوانين ومنها قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه[85].

وبعد إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية تم استقلال سورية وبعد سقوط عهد الانتداب لجأ المشرّع إلى وضع نظام شبه متكامل في تنازع القوانين، وذلك في الباب التمهيدي للقانون المدني السوري الصادر عام 1949.

---

[84]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 78.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 47.

[85]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 47.

Damascus University

المبحث الثاني

ماهية قواعد الإسناد والقوة الملزمة لها

المطلب الأول

مفهوم قواعد الإسناد

لم تفلح النظريات المقترحة سواء القديمة منها أم الحديثة في وضع معيار عام ليكون أساساً في حل تنازع القوانين، لذلك عكف المشرع في الدول المختلفة إلى وضع قواعد خاصة في هذا الصدد (قواعد الإسناد)، وهو ما اعتمده المشرع السوري ونظم أحكامه في القانون المدني (المواد 12 – 30).

أولاً : التعريف بقواعد الإسناد

تعرف قواعد الإسناد بأنها: القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي[86].

وتشير قواعد الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق وذلك عن طريق ضوابط معينة، ويقوم نظام قواعد الإسناد على تقسيم العلاقات القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى مجموعات مختلفة، بحيث تخضع كل مجموعة منها لقانون يحكمها[87].فعلى سبيل المثال يخضع العقار لقانون موقعه ويخضع الميراث لقانون جنسية المورث وتخضع إجراءات التقاضي لقانون القاضي.

ويراعي المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد اعتبارات كثيرة تتعلق بالمصلحة الوطنية وتلبي متطلبات سيادة الدولة على مواطنيها وإقليمها، فضلاً عن اعتبارات تتعلق

---

[86]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 5.

[87]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 50. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 49.

بضرورة استقرار معاملات الأفراد على الصعيد الدولي. لذلك يختلف مضمون قاعدة الإسناد من دولة لأخرى، فمثلاً القانون الذي يحكم الفعل الضار في بعض الدول هو قانون محل وقوع الفعل وفي بعضها الآخر قانون القاضي[88].

ويختلف الفقه في طبيعة قواعد الإسناد ومدى انتمائها إلى كل من فرعي القانون العام والقانون الخاص، فيذهب رأي إلى اعتبارها جزءاً من القانون العام، بحجة أن مهمة هذه القواعد هي توزيع الاختصاصات التشريعية بين الدول، وحل التنازع بين قوانينها الداخلية باعتباره تنازعا بين السيادات، إلا أن الرأي الراجح يعتبر قواعد الإسناد جزءاً من القانون الخاص لأنها تحكم علاقات خاصة وإن تضمنت عنصراً أجنبياً، أي أن مهمة قواعد الإسناد تنحصر في وضع الحل الملائم للعلاقة الخاصة الدولية محل النزاع، ولا تضع حلاً للتنازع بوصفه تنازعاً بين السيادات، كما أن قيام قواعد الإسناد بتحديد نطاق تطبيق لقانون من حيث المكان إنما هو أمر غير مقصود في ذاته، بل هو نتيجة طبيعية لتعيين القانون الذي يحكم النزاع[89].

وتقوم قاعدة الإسناد على ثلاثة عناصر، وهي: المسألة المسندة، وضابط الإسناد، والقانون المسند إليه[90]، وفقاً لما يأتي:

العنصر الأول: المسألة المسندة: وهي الفكرة التي يراد أن تخضع لقانون يحكمها، وتشكل كل مسألة مسندة مجموعة مستقلة عن غيرها بالنسبة للقانون الواجب التطبيق بشأنها[91].

---

[88]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 50.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 104.

[89]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 8.

[90]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 165. بينما يرى البعض أن قواعد الإسناد تقوم على عنصرين فقط، هما: الفكرة المسندة وضابط الإسناد. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 13.

[91]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين مرجع سابق، ص 51.

وحيث أن المراكز والعلاقات التي تتضمن عنصراً أجنبياً لا تدخل تحت حصر، فقد عمد المشرع في مختلف الدول بتصنيف هذه المراكز والعلاقات إلى فئات مختلفة، بحيث تتضمن كل فئة المراكز والعلاقات المتقاربة أو المتشابهة، ويضع المشرع لكل فئة من المراكز المتجانسة ضابط خاص يسندها إلى قانون معين[92].

ومن ثم إذا طرح أمام القضاء نزاع يتعلق بمركز معين يتضمن عنصراً أجنبياً، فعلى القاضي أن يقوم بوصف هذا المركز وتحديد طبيعته تمهيداً لإدراجه في الفكرة المسندة الملائمة التي تتضمنه، بحيث يصل بذلك إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك بواسطة ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن المسألة المتنازع عليها.

ولقد نظم المشرع السوري الأفكار التالية بقاعدة إسناد وهي: حالة الأشخاص وأهليتهم، النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، الشروط الموضوعية للزواج، آثار الزواج، الطلاق والتطليق والانفصال، النفقة بين الأقارب، نظم النيابة الشرعية، (الولاية، الوصاية القوامة، الغياب) والميراث والوصية وشكل الوصية والحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، والالتزامات التعاقدية، وشكل التصرفات والالتزامات غير التعاقدية وقواعد الاختصاص وشكل الإجراءات وأدلة الإثبات.

العنصر الثاني: ضابط الإسناد: وهو أداة تعيين القانون الواجب التطبيق، ويتم اختيارها من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية، وهي إما أن تستمد من أطراف هذه العلاقة كالجنسية ومحل الإقامة، أو من محلها كموقع المال، أو من سببها كمحل وقوع الفعل الضار[93].

---

[92]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 13.

[93]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 52.

كما يمكن القول أن ضابط الإسناد هو المعيار المختار الذي يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع، فهو إذن نقطة الارتكاز التي تنير الطريق إلى القانون الذي ينطبق على المركز القانوني[94].

وقد أخذ المشرع السوري بجنسية الشخص كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها، وبجنسية الزوج دون الزوجة في مسائل الزواج، في حين تأخذ دول أخرى بموطن الشخص أو بالجنسية المشتركة للزوجين أو بموطنهما المشترك.

وعموماً يستمد ضابط الإسناد من أحد عناصر المركز القانوني أو العلاقة القانونية محل الإسناد، وتتكون العلاقة القانونية من ثلاثة عناصر وهي عنصر الأشخاص وعنصر الموضوع وعنصر السبب، فيكون من المنطق أن يستمد ضابط الإسناد من أحد هذه العناصر، والمفروض أن يستمد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية، وهي مسألة تختلف بحسب طبيعة العلاقة المطروحة، فمثلاً يستمد ضابط الإسناد في مسائل الحالة والأهلية في معظم التشريعات من عنصر الأشخاص بحسبان أنه مركز الثقل في علاقات الأحوال الشخصية، وكذلك بالنسبة لمسائل الملكية وغيرها من الحقوق العينية حيث يستمد ضابط الإسناد من عنصر الموضوع الذي يتفوق أهمية على عنصر الأشخاص في هذه الحالة، أما عنصر السبب فهو مركز الثقل في العلاقات المتعلقة بالعقود والعلاقات الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، حيث يستلزم الاعتداد في إسناد هذه العلاقات بمعيار يرتبط بهذا العنصر وهذا هو سبب تركيز على إرادة المتعاقدين كضابط لإسناد الروابط التعاقدية من ناحية ومحل وقوع الفعل المنشئ للالتزام كمعيار للكشف عن القانون الواجب التطبيق في صدد المسائل المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية من ناحية أخرى[95].

---

[94]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 15.

[95]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 16.

وعليه فإن اختيار ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق لا يتم بصورة عفوية، بل يتحدد هذا الاختيار بعد الموازنة بين عناصر العلاقة القانونية المطروحة واختيار العنصر الرئيسي الذي يعد مركز الثقل فيها، وبذلك يمكن تحديد ضابط الإسناد الذي يتصل بالعنصر المختار ويتفق مع طبيعة العلاقة القانونية المطروحة.

ولكن تجب الإشارة في هذا الصدد أن اختيار ضابط الإسناد وفقاً لما سبق بيانه لا يعني بالضرورة تجاهل مصالح أخرى يسعى المشرع عادة إلى مراعاتها وفقاً لسياسته التشريعية الخاصة، وقد يؤدي اختلاف هذه المصالح بين الدول إلى اختلاف حلول التنازع بين التشريعات المختلفة، فرغم الاتفاق على وجوب التركيز على عنصر الأشخاص عند اختيار ضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن التشريعات المختلفة تتردد في هذا الصدد بين كل من معيار الجنسية من ناحية ومعيار الموطن من ناحية أخرى، واختيار أحد المعايير هي مسألة تتعلق بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في كل دولة، حيث تميل الدول المصدرة للسكان إلى تبني ضابط الجنسية حتى تكفل سريان قانونها على جميع مواطنيها في الخارج، وتميل الدول المستوردة للسكان عكس ذلك إلى تبني ضابط الموطن بغية تطبيق قانونها على جميع القاطنين على إقليمها ولو كانوا من الأجانب تحقيقاً لوحدة النظام القانوني المطبق في شأن المسائل المتعلقة بالأسرة[96].

والأصل أن تقوم قاعدة الإسناد على ضابط وحيد، إلا أنه يمكن أحياناً بناء قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط في الوقت نفسه، كما جاء في المادة 13 من القانون المدني السوري التي تقوم على أساس جنسية الزوج وجنسية الزوجة، مما يؤدي إلى ازدواجية القانون واجب التطبيق في هذه الحالة.

ويختلف الهدف من تعدد ضوابط الإسناد من حالة إلى أخرى، فقد يهدف المشرع من هذا التعدد إلى إخضاع العلاقة إلى عدة قوانين في ذات الوقت نظراً للصلة الوثيقة

---

[96] – المرجع سابق، ص 17.

التي تربط هذه القوانين بالعلاقة المطروحة، وقد يكون الهدف من تعدد ضوابط الإسناد هو مجرد التيسير على المتعاملين وإعطائهم فرصة لاختيار أحد القوانين التي تشير الضوابط المتعددة باختصاصها لحكم العلاقة المطروحة، وبذلك يكون تطبيق أحد القوانين المختصة بوصفه تطبيقا اختياريا لا يتسم بطابع إلزامي[97].

وقد تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً أصلياً وضابطاً احتياطياً أو أكثر، كما في قاعدة الإسناد المحددة في المادة 20 من القانون المدني الخاصة بالعقود والتي تقوم على إرادة المتعاقدين كضابط أصلي وعلى الموطن المشترك لهما كضابط احتياطي أول، في حال تخلف الإرادة، ومكان إبرام العقد كضابط احتياطي ثان، عند عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين.

كما يمكن أن تبنى على أساس ضابط انتقائي، بحيث تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط. وبالتالي يتم تحديد القانون واجب التطبيق بالاستناد إلى أحد هذه الضوابط وفقاً لإرادة الأفراد أو لتقدير القاضي. ومثال ذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادة 21 من القانون المدني التي أجازت تحديد القانون واجب التطبيق على شكل العقد إما بالاستناد إلى مكان إبرامه أو بالاستناد إلى إرادة الطرفين أو بالاستناد إلى موطنهما المشترك أو جنسيتهما المشتركة.

العنصر الثالث: القانون المسند إليه: وهو القانون الذي أسند إليه حكم المادة المسندة عن طريق ضابط الإسناد[98]. والقانون المسند إليه قد يكون قانون القاضي الوطني أو قانون دولة أجنبية. فمثلاً إذا كان العقار في دمشق كان القانون السوري هو الواجب تطبيقه على ملكية هذا العقار. أما إذا كان في بيروت فيكون القانون اللبناني هو الواجب التطبيق.

---

[97]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 18.

[98]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 54.

ثانيا: صفات قواعد الاسناد

ومما سبق بيانه نجد أن قاعدة الإسناد تتصف بأنها: قواعد عامة مجردة، ووطنية، وتنظيمية وغير مباشرة، وثنائية الجانب، وفقاً لما يأتي[99]:

قواعد الإسناد قواعد عامة ومجردة: أي أنها وضعت مسبقا لتسري على كل ما يدخل ضمن مدلول فكرة الإسناد. فهي تقرر مثلاً إخضاع العقار لقانون موقعه والعقد لقانون الإرادة أياً كانت جنسية أطراف العلاقة أو العقد وأياً كان محل العقار أو محل إبرام العقد.

وقواعد الإسناد غير متحيزة لقانون دولة معينة، فلا يمكن معرفة الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق على النزاع إلا بعد عرض النزاع على القضاء. وقد يكون هذا القانون هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية.

قواعد الإسناد قواعد وطنية: لأنها من صنع المشرع الوطني ينظمها وفقاً لرغبته وتماشياً مع اعتبارات تتعلق بمصالح الدولة وسيادتها، ومن ثم على المحاكم تطبيق هذه القواعد فإن امتنعت عن تطبيقها أو أخطأت في ذلك كان حكمها عرضة للطعن[100].

قواعد الإسناد قواعد تنظيمية: فهي لا تتضمن حلولاً لموضوع النزاع بين الخصوم، ولكنها تحدد القانون الذي يتولى فصل هذا النزاع. ومن ثم فهي قواعد غير مباشرة، فدورها يقتصر على إخضاع مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون محدد يشير إليه ضابط الإسناد فيها[101].

---

[99] هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 11.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 55.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 108.

[100] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 29.

[101] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 27.

قواعد الإسناد قواعد ثنائية الجانب: فهي لا تتضمن تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو الواجب التطبيق وحسب، بل تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع سواء أكان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، ومن ثم فهي صلة الوصل بين النظام القانوني الوطني والنظم القانونية الأخرى في العالم. ولهذا يقول عنها الفقه الحديث بأنها تحقق التعايش بين النظم القانونية المختلفة وهي تمنح القانون الأجنبي قوة النفاذ أمام القاضي الوطني. ومن دون الاعتراف لها بهذا الدور تفقد قواعد الإسناد الوطنية مبرر وجودها في النظام القانوني الوطني.

ومما تجب الإشارة إليه أنه على الرغم من أن قواعد الإسناد لا تزال هي الوسيلة الفنية المعتادة لحل مشكلة التنازع التي تثيرها العلاقات الدولية الخاصة، إلا أن تطور القانون الدولي الخاص أظهر قواعد أخرى يمكن اللجوء إليها في هذا الصدد، يطلق عليه اسم قواعد القانون الدولي الخاص المادي –كما أشير له سابقا كأحد منهجي تسوية منازعات العلاقات الدولية الخصة– اذ دفع تطور العلاقات الخاصة الدولية الدول إلى إبرام المعاهدات التي تشتمل على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق مباشرة على المراكز القانونية الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، ومثال ذلك المعاهدات الدولية التي تحكم مسائل النقل الجوي والبحري. كما اتجه القضاء الحديث إلى إيجاد قواعد موضوعية خاصة بالعقود الدولية، فمثلاً أقر القضاء الفرنسي شرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ما تضمنه عقد داخلي، ومن ثم يمكن القول إن التطور الحديث في فقه القانون الدولي الخاص قد أدى إلى ظهور قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وقد يكون مصدر هذه القواعد المعاهدات أو العرف الجاري بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية، وقد يكون مصدرها وطنيا كتلك القواعد الموضوعية التي أوجدها القضاء لتحكم العقود الدولية في بعض الأحوال[102].

---

[102]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 28.

ويأخذ بعض الفقه على قواعد الاسناد في حل مشكلة تنازع القوانين أنه يؤدي إلى تعميق النزعة الوطنية للقانون الدولي الخاص. فضلاً عن اخفاقه في حل مشكلة تنازع القوانين السلبي أي المشكلة الناجمة عن رفض القانون الأجنبي، الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية، اختصاصه في موضوع النزاع، وذلك بموجب قواعد الاسناد لديه. مما يعرض العلاقة موضوع النزاع لبقائها دون قانون يحكمها. وكذلك اخفاقه في معالجة التنازع الإيجابي، أي عندما تتعدد القوانين التي تَقرّ لنفسها، بموجب قواعد الاسناد لديها، الاختصاص بموضوع النزاع.

ولهذا ينادى هؤلاء بضرورة التخلي عن قواعد الاسناد ووضع قواعد مادية (موضوعية) تطبق على مختلف علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي. وهذه القواعد تسمى بالقواعد المادية، أي الموضوعية المباشرة للقانون الدولي الخاص المادي. بحيث تطبق مباشرة على نزاعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي دون المرور عن طريق قواعد الاسناد في قانون القاضي. ويمكن أن يكون مصدر هذه القواعد وطنياً كما يمكن أن يكون مصدرها دولياً. ويؤيد أصحاب هذا الأسلوب موقفهم بالإشارة إلى وجود بعض هذه القواعد المماثلة في التعامل الدولي الراهن وفي تشريعات بعض الدول وفي بعض المعاهدات وفي القرارات التحكيمية الصادرة في منازعات التجارة الدولية. كما يؤكد هؤلاء على وجود قواعد من هذا النوع تطبق في نطاق التجارة الدولية مستمدة من مصادر أخرى غير وطنية وغير رسمية، مثل التعامل التجاري والعقود النموذجية وأحكام المحكمين الدولية والمبادئ العامة للقانون والشروط التعاقدية.

وفي الواقع ما زالت قواعد الإسناد الوسيلة الفنية المعتادة التي يلجأ إليها المشرع لحل مشكلة التنازع في معظم دول العالم، لا سيما أن الكشف عن الأحكام الموضوعية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية ما زال بحثاً جديداً على فقه القانون الدولي الخاص، ويكاد ينحصر في المعاهدات الدولية والقواعد التي تحكم العقود الدولية.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المطلب الثاني

القوة الملزمة لقواعد الإسناد

تباينت مواقف النظم القانونية للدول من القوة التي تتمتع بها قواعد الإسناد ويمكن التمييز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات:

أولاً: الاتجاه المنكر للقوة الملزمة لقاعدة الإسناد: وهو ما تتبناه بعض الدول الانكلوسكسونية، ومفاده إلزام القاضي بتطبيق قانونه الوطني على جميع النزاعات التي ينظر فيها بما فيها المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه تطبيق قاعدة الإسناد إلا إذا تمسك الخصم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة وبشرط أن يثبت من يتمسك بتطبيقه أن أحكامه تختلف في مضمونها عن الأحكام المقررة في قانون القاضي بحسبان أن هذا الاتجاه يقوم على أساس افتراض وجود تشابه بين القانون الأجنبي والقانون الوطني[103].

ثانياً: الاتجاه المؤيد للقوة الملزمة لقاعدة الإسناد: فوفقاً لهذا الاتجاه لا يتوقف تطبيق القانون الأجنبي على طلب من الخصوم بل يتوجب على القاضي ومن تلقاء نفسه البحث عن القانون الواجب تطبيقه ولو كان قانوناً أجنبياً، وسواء كانت أحكام هذا القانون الأجنبي تخالف أحكام قانون القاضي الوطني أم لا تخالفه. ومن ثم تعد قاعدة الإسناد من النظام العام ويجوز التمسك بتطبيقها لأول مرة أمام محكمة النقض[104].

ثالثاً: الاتجاه الثالث: يسود هذا الاتجاه في فرنسا، وهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين، ووفقاً لهذا الاتجاه لا تتعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام لا سيما حين يتوجب وفقاً لها تطبيق قانون أجنبي، ومع ذلك يجوز للقاضي من تلقاء نفسه تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك[105].

---

[103]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 63.

[104] – المرجع سابق، ص 64.

[105] – المرجع سابق، ص 64.

رابعاً: موقف القانون السوري من القوة الملزمة لقاعدة الإسناد: لم يضع المشرع السوري نصاً صريحاً يحدد القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد. ولكن يذهب البعض إلى أنه يستدل من الصياغة التي جاء بها المشرع في القانون المدني، أن قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي، فالمشرع جاء بعبارات تدلّ دلالة واضحة على الصفة الوجوبية لقاعدة الإسناد، فلقد جاءت جميعها بصيغة "يسري" أو "تخضع"، بالإضافة إلى أن قواعد الإسناد تعبر عن فلسفة تشريعية تتصل بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها ودورها في حماية علاقات الأفراد واستقرارها مهما كانت جنسيتهم، وهي تقوم على اختيار أنسب القوانين التي تتصل بالنزاع، وكل ذلك يعد من النظام العام فلا يجوز للقاضي الخروج عنه ويجب عليه تطبيق القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد ولو كان قانوناً أجنبياً، فالأخير يستمد نفاذه من قواعد الإسناد الوطنية[106].

أما محكمة النقض السورية فلم تعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة تلزم القاضي على تطبيقها. وقيدت تطبيقها على طلب من الخصوم، حيث قضت بأنه: (إذا كان للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً فإن ذلك لا يتم إلا بناء على طلب أحد أطراف الدعوى وإثباته وجوب تطبيق القانون الأجنبي)[107].

---

[106]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 67.

[107]– نقض مدني سوري، قرار 163، أساس 722، تاريخ 1981/2/1، مجلة المحامون لعام 1981، ص 534.

المبحث الثالث

التكييف في القانون الدولي الخاص

يقصد بالتكييف في نطاق القانون الدولي الخاص: تحليل العلاقة القانونية موضوع النزاع لمعرفة طبيعتها القانونية لأجل ربطها بإحدى فئات الإسناد بغية معرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع[108]. أي تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد[109].

فقاعدة الإسناد تحدد القانون الواجب تطبيقه على المسألة المعروضة، كالقاعدة التي تخضع الأهلية لقانون الجنسية والقاعدة التي تخضع شكل العقود فيما بين الأحياء لقانون البلد الذي تمت فيه والقاعدة التي تخضع العقار لقانون موقعه، وهذه القواعد النظرية حتى تصبح واقعاً لا بد أولاً من معرفة هل المسألة التي نريد تحديد القانون الذي يحكمها هي من مسائل الأهلية فيحكمها قانون الجنسية أم أن هذا المال عقار فيحكمه قانون الموقع، وعموماً يجب علينا إذا ما أردنا تطبيق قاعدة الإسناد أن نحدد طبيعة المسألة التي تتنازع القوانين حكمها، وتحديد هذه الطبيعة مشكلة يجب حلها ابتداء، هذه المشكلة اصطلح الفقه على تسميتها بـ (التكييف القانوني).

فعملية إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون الواجب التطبيق، تستلزم تكييف تلك العلاقة، بحسبان أن قواعد الإسناد لا تضع حلاً للنزاع، إنما تبين القانون الذي يحكم كل طائفة من المسائل القانونية.

---

[108]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 70. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 266. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 52.سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 182.

[109]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 114.

والتكييف قد ينصب على واقعة كحادثة لبيان ما إذا كانت تشكل فعلاً ضاراً ام لا، وقد ينصب على مسألة قانونية كحق الحضانة عندما يراد معرفة ما إذا كان يشكل أثراً من آثار الزواج أم يعد أثراً من آثار الطلاق، كذلك يشمل التكييف القواعد القانونية الموضوعية الداخلية أو الأجنبية كالقاعدة المتعلقة بوجوب الحصول على رضا الوالدين في الزواج أهي تتعلق بشكل الزواج أم بموضوعه.

ونظراً لاختلاف الدول فيما بينها سواء لجهة قواعد الإسناد أم لجهة تكييف المسائل القانونية وتحديد طبيعتها القانونية، فإنه سيقوم تنازع بين قوانين هذه الدول فيما يتعلق بتكييف موضوع النزاع. ومن ثم فما هو القانون الذي يتوجب على القاضي الرجوع إليه لتوصيف هذا النزاع وحل مشكلة تنازع التكييفات؟

سنبين رأي الفقه في حل هذه الإشكالية ثم سنتحدث عن التكييف في القانون السوري، وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول

موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على التكييف

اختلف الفقه في القانون الواجب تطبيقه على عملية التكييف، فظهرت ثلاثة اتجاهات فقهية في هذا الصدد[110]، وهي:

أولاً: الاتجاه القائل بإخضاع التكييف لقانون القاضي: واجه القضاء الفرنسي مشكلة التكييف منذ زمن بعيد وكان يقوم بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها ليصل إلى التعرف على قاعدة الإسناد التي تحكمها وكان يخضع عملية التكييف لقانون القاضي ولكن دون أن يصرح بذلك، حتى جاء الأستاذ "بارتان" فأوجب على القاضي إتباع قانونه الوطني عند القيام بعملية التكييف. مقتفياً بذلك مسلك القضاء الفرنسي، وقد كان من أهم القضايا التي درستها بارتان قضية زواج المالطي وقضية وصية الهولندي[111].

---

[110]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 117.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 72. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 269. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 54.

[111]– تتلخص قضية زواج المالطي في أن مالطيين تزوجا في مالطا (موطنهما المشترك) دون أن يعقدا مشارطة زواج، ثم انتقل الزوجان إلى الجزائر (كانت الجزائر عندئذ تحت الاحتلال الفرنسي) وتملك الزوج فيها بعض العقارات ثم توفى، فطالبت الزوجة بحقها في العقارات. فلو اعتبر ما تطلبه الزوجة حقاً في الميراث لخضع للقانون الفرنسي، لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع الميراث في العقار لقانون موقعه. أما لو اعتبر ما تطلبه الزوجة من نظام الأموال بين الزوجين لخضع للقانون المالطي وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة، وهو في هذه الحالة قانون الإرادة الضمنية أي قانون موطن الزوجية وهو القانون المالطي، وقد اعتبرت محكمة استئناف الجزائر طلب الزوجة من الميراث، في حين أنه لو عرض النزاع ذاته على المحاكم المالطية لاعتبرته متعلقاً بالنظام المالي للزوجين. وتتلخص القضية الثانية في أن هولندياً في فرنسا كتب وصية بخط يده، ثم تنازع في صحة الوصية أمام القضاء الفرنسي على أساس أن القانون الهولندي يمنع الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية بكتابتها بخط الموصي. قضت المحاكم الفرنسية بصحة الوصية على اعتبار أن النزاع ينصب على شكل الوصية وقاعدة الإسناد الفرنسية تقضي بإخضاع شكل الوصية للقانون المحلي وهو في

وبرر بارتان إخضاع التكييف لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة، حيث يرى بارتان أن التنازع بين القوانين إنما هو في الحقيقة تنازع بين سيادات الدول، والسماح بتطبيق قانون أجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد إنما يعني تنازل عن جزء من سيادة القانون الوطني لمصلحة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولأن التكييف يتوقف عليه تحديد حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي، فإنه يجب أن يخضع للقانون الوطني الذي ينظم حدود هذه السيادة، أي لقانون القاضي، وسواء كان التنازع بين قانون وطني وقانون أجنبي أم بين قانونين أجنبيين[112].

وقد ميز بارتان بين التكييف الأولي السابق على تحديد القانون واجب التطبيق ويخضع لقانون القاضي، وبين التكييفات اللاحقة التي تظهر بعد معرفة هذا القانون، وسماها "التكييفات الثانوية" وتخضع للقانون الواجب التطبيق بحسبان أنها لا تتعلق بفكرة السيادة التي أقام على أساسها بارتان نظريته في هذا الصدد.

والاستثناء الوحيد الذي قال به بارتان هو إخضاع تحديد وصف المال فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً لقانون موقع المال لا لقانون القاضي، بحجة أن اكتساب الحقوق العينية يستلزم نوعاً من الاستقرار والطمأنينة في التعامل، وهذه الاعتبارات العملية لا يمكن تحقيقها إلا بإخضاع وصف المال لقانون موقعه. فضلاً عن حالة وجود نص في قانون

هذه الحالة القانون الفرنسي الذي يجيز إجراء الوصية في الشكل العرفي الخطي، في حين أن هذا النزاع لو عرض على محكمة هولندية لقضت ببطلان الوصية تأسيساً على أن النص في القانون الهولندي على تحريم إجراء الوصية في الشكل العرفي الخطي نص يتعلق بالأهلية لأنه يقصد به حماية الموصي، ويتبع الهولنديون في الخارج، بحسبان أن الأهلية تخضع لقانون الجنسية، فهذا الخلاف في الحكم بين المحاكم الفرنسية والمحاكم الهولندية مرجه الاختلاف في التكييف. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 117.

[112]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 59.

القاضي أو في اتفاقية ارتبطت بها دولة القاضي يوجب إخضاع التكييف في مسائل معينة إلى قانون آخر غير قانون القاضي[113].

ومما تجب الإشارة إليه أن التكييف لا يخضع لقانون القاضي وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه فيما لو استحال على القاضي تكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع بسبب عدم معرفة النظام القانوني الأجنبي المطلوب وصفه من قبل القاضي، ففي هذه الحالة يعطى الاختصاص لقانون آخر غير قانون القاضي، فالمهر والوقف مثلاً لا تعرفهما التشريعات الغربية مما يستحيل معها على القاضي استخلاص الوصف القانوني لنزاع يتعلق بهما[114].

وقد أيد الفقه الفرنسي نظرية بارتان وأوردوا لها حججاً إضافية تتمثل فيما يلي[115]:

1- يعد التكييف في الحقيقة تفسيراً لقاعدة الإسناد فعندما يقوم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه والتي تقضي بأن يسري على شكل الوصية قانون البلد الذي أجريت فيه، أو قاعدة الإسناد التي تقضي بأن يسري على الميراث قانون جنسية المتوفى وقت موته، يتعين عليه أن يفسر كلا من هاتين القاعدتين ليتبين المقصود بشكل الوصية والمقصود بالميراث، وعلى القاضي أن يرجع في بيان معنى أي قاعدة في قانونه (أي تفسيرها) إلى هذا القانون ذاته، فهو الذي يحدد معاني مختلف طوائف المسائل القانونية أي هو الذي يحدد تكييفها.

2- لا يكيف المشرع الوطني العلاقات اعتباطاً بل يبنيه على أساس طبيعة الأشياء، وتعتبر التكييفات أو الأوصاف بمثابة إطار يحيط بكافة القواعد القانونية من قواعد الإسناد إلى القواعد الموضوعية، فيجب ألا يتغير وصف العلاقة عند تطبيق القاعدة الموضوعية عنه في صدد تطبيق قاعدة الإسناد، بل يخضع لقانون واحد هو

---

113 – المرجع سابق، ص 65.

114 – حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 63.

115 – عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 121.

قانون القاضي. فلا يمكن التسليم بأن يعتبر القاضي مسألة ما من الشكل وهو يكيفها لتطبيق القواعد الموضوعية في قانونه كونه أجرى التكييف وفقاً لهذا القانون، ثم يعتبرها من الأهلية وهو يكيفها لتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه كونه أجرى التكييف وفقاً للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة. فالواجب أن يكون التكييف في الحالين واحداً بإجرائه وفقاً لقانون واحد هو قانون القاضي.

3- في الواقع العملي يتعذر معرفة قاعدة الإسناد قبل معرفة طبيعة العلاقة أي أن التكييف سابق على الإسناد، فكيف يخضع التكييف للقانون الأجنبي ما دام هذا القانون لا يتعين إلا بقاعدة الإسناد ويكون القول بتطبيق القانون الأجنبي على التكييف هو من قبيل المصادرة على المطلوب، أي افتراض النتيجة قبل السبب، وهذا يوقعنا في حلقة مفرغة.

إلا أن نظرية بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي لم تسلم من النقد كونها تؤدي إلى عدم معرفة القانون الواجب التطبيق لعدم العلم مسبقاً بالقاعدة الواجبة الاتباع وما يترتب على ذلك من عدم الاستقرار في المعاملات، أي أن القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لا يعرف إلا بعد إقامة الدعوى، فإن لم ترفع دعوى في هذا الصدد فإنه يتعذر معرفة القانون الواجب التطبيق[116].

ثانياً: الاتجاه القائل بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع: وقال به الفرنسي ديسبانييه حيث نادى بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع حتى لو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً. بحجة أن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يجب أن يحكم النزاع بكامله بما في ذلك عملية التكييف.

ويرى ديسبانييه أن إخضاع التكييف لقانون القاضي يمكن أن يؤدي عند إلى تطبيق القانون الأجنبي في غير الحالات التي أراد المشرع الأجنبي تطبيقه فيها أو عدم تطبيقه في حالات يتوجب فيها هذا التطبيق، وبخاصة إذا كان تكييف القاضي لموضوع النزاع يختلف عن تكييف هذا القانون له.

---

[116] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 61.

وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد لأنه يقوم على افتراض النتيجة قبل السبب، أي افتراض معرفة القانون الواجب التطبيق قبل إجراء عملية التكييف. فمن المسلم به أن إجراء التكييف، يسبق من الناحية العملية تحديد القانون واجب التطبيق. فلا يمكن إذن التسليم بوجوب إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع في الوقت الذي يبحث فيه القاضي عن هذا القانون[117]. كما إن إخضاع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع يؤدي إلى الخروج عن قواعد تنازع القوانين والابتعاد عن أحكام القانون الوطني، حيث أن الأخير إذا أجاز مثلاً إخضاع الأهلية لقانون الجنسية فإن هذا التنازل عن الاختصاص ينحصر في تطبيق قانون الجنسية على موضوع النزاع وهو الأهلية في هذا المثال، والأهلية كما يتصورها المشرع الوطني لا غيره[118].

ثالثاً: الاتجاه القائل بإخضاع التكييف للقانون المقارن: يقوم هذا الاتجاه على قاعدة مفادها عدم إخضاع التكييف لقانون محدد، أي لا يخضع التكييف لقانون القاضي ولا للقانون الذي يحكم النزاع، بل يرجع في ذلك إلى المفهوم العالمي في هذا الصدد[119].

وعلى الرغم أن الأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية ويذلل الصعوبات التي تواجه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي، إلا أن الواقع العملي يؤكد صعوبة الوصول إلى تحقيق الأهداف التي يسعى أصحاب هذا الاتجاه إلى تحقيقها، بحسبان أن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد، كما أن المحاكم لا تجد صعوبة عندما تنظر في قضايا لم يتطرق إليها التشريع الداخلي، فمثلاً لم تعتبر تعدد الزوجات نوعاً من الزواج[120].

---

[117]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 210. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 78. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مرجع سابق، ص 269.

[118]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 210. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 57.

[119]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 55.

[120]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 55.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المطلب الثاني

التكييف في القانون السوري

تبنى القانون السوري الاتجاه القائل بإخضاع عملية التكييف لقانون القاضي، فقد نصت المادة 11 من القانون المدني السوري على: (القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

ومن ثم يجب على القاضي السوري وهو ينظر نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً تطبيق أحكام القانون السوري على عملية التكييف التي تسبق تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

إلا أن الفقه الحديث لم يتبنَ الأساس الذي قال به بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي والمتمثل بفكرة السيادة، وذلك بحسبان أن فكرة تنازع السيادات لا علاقة لها بعلاقات الأفراد، وقد اعتمد الفقه الحديث أسساً أخرى لتبرير إخضاع التكييف لقانون القاضي، وأهمها أن التكييف في الحقيقة عبارة عن تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وتحديد مضمونها. ومن ثم فلا يقبل أن يطلب تفسير قاعدة وطنية من قبل قانون أجنبي. كما إن التكييف عملية أولية سابقة لعملية الإسناد. ولهذا لا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف. ومن ثم لا يمكن إخضاع التكييف للقانون الذي تحدده قاعدة الإسناد. فضلاً على أن إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع يمكن أن يؤدي إلى اختلاف تكييف المسألة الواحدة باختلاف القانون واجب التطبيق. ولهذا لابد أن نأخذ بقاعدة تكفل وحدة التكييف، ولا يمكن تأمين هذه الوحدة إلا إذا أخذنا بقانون القاضي.

إلا إن مما تجب الإشارة إليه أن تطبيق قاعدة خضوع عملية التكييف لقانون القاضي قد يصطدم بعقبات كثيرة لا سيما فيما يتعلق بعلاقات الأفراد ذات الطابع الدولي المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تتعدد بشأنها الشرائع في سورية بتعدد الطوائف، ففي مثل هذه الحالة ما المقصود بالقانون السوري كمرجع للتكييف ؟.

بالرجوع للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أصل السوري فإنه يقصد بالقانون السوري كمرجع للتكييف: القانون السوري في جملته، بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أياً كان مصدر هذه القواعد، دون أن يقتصر القاضي على الأحكام التي يختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء[121].

ومن ثم فإن المقصود بالقانون السوري، بوصفه المرجع في التكييف، هو مختلف القواعد القانونية المطبقة في سوريا سواء أكانت مكتوبة أم عرفية، أياً كان موضوعها وأياً كان نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص. ولذلك يجب على القاضي السوري الالتزام بمجمل النصوص والتشريعات المطبقة في سوريا. والتكييف في هذا الصدد يمكن أن يكون يسيرا، رغم تعدد التشريعات واختلافها، إذا كان الأمر يتعلق بمسائل يمكن بصددها استخلاص قواعد ومفاهيم مشتركة بين قانون الأحوال الشخصية وغيره من الشرائع الدينية. أما إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمسائل تختلف في تكييفها هذه الشرائع وتتنافر بحيث لا يمكن العثور بشأنها على قواعد ومفاهيم مشتركة، كما لو كان الأمر يُعدّ في نظر قانون الأحوال الشخصية، الذي يمثل أحكام الشريعة الإسلامية، على أنه من موانع الزواج مثلاً في حين تعتبره شريعة أخرى من أسباب الطلاق، فإنه يصعب في هذه الحالة على القاضي إجراء عملية التكييف وفقاً للقانون السوري بمعناه المتقدم، أي وفقاً لمختلف القواعد القانونية المؤلفة للقانون السوري.

أمام مثل هذه الصعوبة التي تواجه القضاء في كل من لبنان ومصر أيضاً حيث تتعدد الشرائع الشخصية، فكر الفقه اللبناني في هجر قاعدة قانون القاضي واخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع.

أما في مصر فإن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء يميل إلى إجراء التكييف وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية.

---

[121] – مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج1، ص 233.

ويؤيد الفقه السوري هذا الحل في سوريا، ويترتب على القاضي السوري وفقاً له اخضاع التكييف لقانون الأحوال الشخصية السوري باعتباره القانون العام الذي يتمتع بولاية كاملة في هذا الصدد. لأن التشريعات الأخرى الشخصية الدينية المطبقة في سوريا ليست سوى استثناء من هذا القانون ولأنه يستحيل عملياً تطبيق مجمل الشرائع الشخصية المختلفة عند تكييف مسألة معينة. وبحسبان أن هذا الحل يتصف بالسهولة وينسجم مع الأفكار الأساسية التي تحكم العلاقة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع في حال قيام تنازع بينها والتي تقضي بتغليب الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع. لأن الأمر في حقيقته ليس إلا تنازعاً في التكييف بين هذه الشرائع المختلفة يحل لمصلحة الشريعة العامة في الدولة. ومن جهة أخرى يجب الرجوع إلى أحكام الشرائع غير الإسلامية في تكييف الروابط القانونية المعروفة لدى بعض هذه الشرائع المطبقة في سوريا وغير المعروفة في قانون الأحوال الشخصية السوري كالتفريق الجسماني والدوطة والتبني وغيرها[122].

وهكذا فقد تبنى المشرع السوري نظرية بارتان في إخضاع التكييف لقانون القاضي، وكذلك أخذ بهذه النظرية فيما يتعلق بالتكييفات الثانوية فأخضعها للقانون الذي عينته هذه القاعدة لحكم النزاع سواء أكان قانون القاضي نفسه أم قانوناً آخر. وهذا ما قررته محكمة النقض السورية في حكم لها يعود إلى عام 1962، إذ جاء فيه أن "التكييف الذي يخضع لقانون القاضي ينحصر أثره في التكييف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد وتعيين القانون الواجب التطبيق، فإذا تحدد هذا القانون تحتم الرجوع إليه في تكييف العلاقات اللاحقة"[123].

إلا أن المشرع السوري سكت عن الاستثناء الذي جاء به بارتان والمتعلق بخضوع وصف المال لقانون موقعه، فلم يرفضه كما أنه لم يأخذ به. في حين أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يأخذ به إلا أن نص هذا الاستثناء قد حذف من

---

[122]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 81.

[123]– مشار إليه لدى: فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 83.

المشروع عند مناقشته في مجلس الشيوخ المصري لأنه "يتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد".

ويرى الفقه السوري أن مسألة تكييف المال لمعرفة ما إذا كان عقاراً أو منقولاً تعد من التكييفات الأولية التي يتوقف عليها تحديد القانون الواجب تطبيقه في المنازعات المرتبطة بالعقود المتعلقة بعقار أو بمنقول. لاسيما وان العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار أما العقد المتعلق بمنقول فيخضع لقانون الإرادة باستثناء أثره في إنشاء حق عيني على هذا المنقول. وبالتالي ليس هناك ما يبرر الخروج على القاعدة العامة وإخضاع هذه المسألة لقانون موقع المال[124].

[124]– فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 85.

المبحث الرابع

تنازع قواعد الإسناد "الإحالة"

أثارت الإحالة وما تزال تثير خلافاً فقهياً وقضائياً انعكس على الموقف التشريعي من المسألة، فالإحالة وإن كانت تطرح في مرحلة لاحقة لعملية التعيين إلا أنها تثير تساؤلاً حول المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، بل يتعين فضلاً عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون، فمن المعروف أن القانون الأجنبي يتضمن نوعين من القواعد: قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، ومن ثم يتعين تحديد ما إذا كانت مهمة القاضي تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع، أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضي الوطني ألا ينصاع إلى ما تقتضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

المطلب الأول

تعريف الإحالة (أسبابها – درجاتها)

قد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، وبخاصة في مسائل الأحوال الشخصية، إذ بينما يخضعها بعض الدول لقانون الجنسية يخضعها البعض الآخر لقانون الوطن، ومتى وجد هذا الاختلاف، وكانت قواعد الإسناد زوجية، أي تحدد حالات تطبيق القانون الوطني وكذلك حالات تطبيق القانون الأجنبي، أمكن وقوع تنازع بين قواعد الإسناد في القانون الوطني، وبين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي ويأخذ هذا التنازع إحدى الصورتين الآتيتين:

– الصورة الأولى: أن تقرر قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونهما، وهذه هي الصورة الإيجابية لتنازع قواعد الإسناد، ومثالها تنازع قواعد الإسناد في كل من القانون الفرنسي والقانون البريطاني بشأن أهلية فرنسي

متوطن في بريطانيا، إذ تقضي قواعد الإسناد في القانون البريطاني بتطبيق القانون البريطاني على أهلية هذا الشخص باعتباره قانون موطنه، بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي عليها باعتباره قانون الجنسية.

– الصورة الثانية: أن تقرر قاعدة الإسناد في كل من القانون الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أو لقانون ثالث.

وهذه هي الصورة السلبية لتنازع قواعد الإسناد ومثالها تنازع قواعد الإسناد في كل من القانون البريطاني والسوري بشأن أهلية بريطاني متوطن في سورية، إذ تقضي قاعدة الإسناد في القانون البريطاني بإخضاع أهلية هذا الشخص للقانون السوري، وتقضي قاعدة الإسناد في القانون السوري بإخضاع أهلية هذا الشخص للقانون البريطاني.

والإحالة في حقيقتها تعبير عن تنازع قواعد الإسناد السلبي فهي لا تثور إلا إذا أخذنا بعين الاعتبار مضمون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق وكانت هذه القواعد تختلف عن قواعد الإسناد في قانون القاضي من حيث مضمونها.

ويفرق الفقه بين نوعين من الإحالة:

– الإحالة من الدرجة الأولى: وهنا تقضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه برد الاختصاص إلى قانون القاضي الذي ينظر في النزاع وبالتالي يكون مقتضى الإحالة تعطيل قاعدة الإسناد في قانون القاضي[125].

– الإحالة من الدرجة الثانية: وتتم من القانون الأجنبي واجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي وبناءً على ذلك يمكن تعريف الإحالة بأنها:

إحالة الاختصاص التشريعي، في موضوع النزاع الذي ينظره القاضي من القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون آخر عملاً بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق[126].

---

[125] يسميها آمنجون الإحالة الحقيقية، ويطلق عليها الأستاذ عبد الله أبو هيف "الرجوع" ويسميها د. فؤاد ديب الإحالة من الدرجة الأولى متفقاً بذلك مع الفقه الفرنسي.

المطلب الثاني

الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص

انقسم الفقه إلى فريقين منهم من انتصر لنظرية الإحالة، ومنهم من عارضها ولكل من الفريقين أدلته وحججه.

أولا :الاتجاه المؤيد للإحالة

استند أنصار الأخذ بالإحالة إلى توسيع اختصاص قانون القاضي الذي يجب أن يكون متمسكاً بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من شرع القاضي الأجنبي نفسه الذي رفض الاختصاص المحال إليه.

وأعطى الثقة لقانون القاضي أو لقانون آخر وليس هناك ما يبرر رفض هذه الثقة.

القانون الأجنبي الواجب التطبيق يشكل وحدة متكاملة لا تتجزأ، وبالتالي يجب الأخذ به بكامله بما فيه من قواعد موضوعية وقواعد إسناد.

فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فإنها تقصد جميع أحكام هذا القانون ولا يصح أن نقتصر على القواعد الموضوعية دون قواعد الإسناد.

---

(126)– ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة في القضاء الإنكليزي عام 1841 غير أن معالمها لم تتحدد إلا في عام 1874 إثر قرار صدر من المحاكم الفرنسية بصدد قضية فوركو والتي تتلخص في أن نوركو ولد غير شرعي من الجنسية البافارية أقام في فرنسا من الخامسة من عمره حتى وفاته في سن الثامنة والستين تاركاً ثروة منقولة كبيرة، طالب بها حواشي المتوفى الطبيعيون وفقاً لما يرتبه القانون البافاري من جهة، وطالبت بها الحكومة الفرنسية باعتبارها مالكة للأموال التي لا وارث لها حسب القانون الفرنسي من جهة أخرى.

وقد قضت محكمة بوردو بأحقية الحواشي لهذه التركة عملاً بالقانون البافاري وعندما نظرت محكمة النقض الفرنسية في القضية سلمت ما قالت به محكمة بوردو بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون البافاري.

إلا أنها نقضت حكم هذه المحكمة على أساس أن القانون يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفى وهو القانون الفرنسي الذي يعتبر التركة شاغرة لا وارث لها وبالتالي تؤول إلى خزينة الدولة الفرنسية.

يؤدي الأخذ بالإحالة إلى تنسيق قواعد التنازع فيما بين مختلف قوانين الدول والاتفاق على القانون واجب التطبيق مما يؤدي إلى تحقيق وحدة في الأحكام الناتجة عن اتفاق كلا القانونين (قانون القاضي، والقانون الذي يشير إليه قانون القاضي) على إعطاء الاختصاص لقانون معين، واختيارهما لقانون واحد يحكم النزاع يوصل إلى وحدة الأحكام التي من شأنها جعل تنفيذ الحكم الوطني في البلد الأجنبي يسيراً نظراً لاتفاقه مع ما يقضي به قانونه، فالأخذ بالإحالة يضمن نفاذ الحكم الذي يصدره القاضي في الدولة التي تمت الإحالة منها وفي الدولة التي تمت الإحالة إليها على الأقل.

ثانيا: الاتجاه المعارض للإحالة

رغم المبررات التي قدمها أنصار نظرية الإحالة إلا أنها لاقت معارضة شديدة استندت إلى الآتي:

1- إن المقصود بالقانون الأجنبي واجب التطبيق هو الأحكام الموضوعية الداخلية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه، وبالتالي فإن قبول الإحالة يعني انصياع القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، أي انصياعه لأوامر المشرع، وهذا ما لا يمكن أن يفسر على أنه ثقة في قانون القاضي، وإنما يفسر على أنه خروج عن أحكام القانون الوطني وانتهاك لسيادته.

2- القول بوحدة القانون الأجنبي والأخذ به بمجمله بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية يلزمنا أيضاً الأخذ بقانون القاضي بصورة كاملة ودون تجزئة وذلك بتطبيق القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد فيه.

فإذا قررت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وجوب تطبيق قانون القاضي؛ لوجب على القاضي أن يرجع مجدداً إلى قواعد الإسناد في قانونه والتي ستشير مرة ثانية إلى تطبيق القانون الأجنبي ذاته، والذي سيحيل الموضوع إلى قانون القاضي مما يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة وتوالي الإحالة توانياً لا نهاية له.

3- إن الفائدة في مجال ضمان تنفيذ الأحكام ليست دائمة؛ إذ ليس من المحتم أن ينفذ الحكم في الدولة التي تمت الإحالة منها أو في الدولة التي تمت الإحالة عليها، بل قد يكون واجب التنفيذ في دولة أخرى قد لا يسمح قانونها بتنفيذه، كما أن هذه الحجة تقوم

على أساس افتراض أن الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها تشترط لإكسابه صيغة التنفيذ بأن يكون قد صدر وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد في قانونها، وهذا ليس محققاً في جميع الدول.

المطلب الثالث

الإحالة في القانون الدولي الخاص السوري

ونص القانون السوري في المادة التاسعة والعشرين من القانون المدني الأخذ بالإحالة إذ نصت على: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

وعلى القاضي السوري عملاً بهذا النص إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ألا يطبق إلا القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي أهدته إليه قاعدة الإسناد ولا محل بعد ذلك للنظر فيما يراه المشرع الأجنبي في قواعد الإسناد.

ويرجع رفض المشرع السوري لنظرية الإحالة إلى العديد من الأسباب منها:

أولاً – توفير الاحترام التام للفلسفة التشريعية التي يقوم عليها نظام تنازع القوانين والتي أملت الأخذ بقانون محدد دون غيره بالنسبة لمسألة معينة، وقبول الإحالة في القانون الدولي الخاص السوري لن يؤدي إلا إلى تعويض هذا النظام ونقص هذه الفلسفة ومراميها التي تجسدها قواعد الإسناد.

ثانياً – إن إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق يعد رفضاً لفلسفة المشرع الوطني في مجال تنظيم علاقات الأفراد على الصعيد الدولي.

ثالثاً– الأخذ بالإحالة يشكل مساساً بسيادة الدولة في بعض الأحيان.

رابعاً – الأخذ بالإحالة فيه مساس بتوقعات الأفراد خاصة في مجال الأحوال الشخصية، إذ قد تطبق عليهم قوانين لا تتماشى مع ديانتهم أو نظامهم القانوني مما يؤدي إلى الاجحاف بحقوقهم.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الخامس

الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع

يعدّ موضوع الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع من المواضيع التي احتدم خلاف الفقهاء بشأنها، بغية الوصول إلى الحلول الواجبة الاتباع فيها في نطاق تنازع القوانين ولا سيما الآليات الموصلة لتحديد القانون المحلي في الدولة التي تتعدد فيها القوانين تعدداً شخصياً أو إقليمياً إذا كان قانون هذه الدولة مختصاً بموجب قواعد إسناد دولة القاضي الناظر في النزاع بصدد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، والآراء بشأن تلك الآليات واختيار الراجح منها، سيتم بحثه في الفقه ثم في القانون الدولي الخاص السوري.

المطلب الأول

الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع وفقاً للفقه

غالباً ما تثور هذه المشكلة في حال الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً إقليمياً، ويختلف الفقه في تحديد الشريعة الداخلية المختصة، وفقاً للآتي:

اولا: الأخذ قواعد الإسناد في دولة القاضي

إذا كان معيار الإسناد في قاعدة إسناد دولة القاضي والذي تعين به اختصاص قانون الدولة المتعددة الشرائع مكانياً كالموطن أو محل الإبرام، أو محل وجود الحال أو محل وقوع الفعل الضار فهنا يتم الاستعانة بالمعيار نفسه وقد استند الفقه في ذلك إلى مجموعة من الحجج أهمها:

1. إن النظام القانوني لدولة القاضي بما فيه قواعد الإسناد ذو اختصاص مانع وينكر قانونيه ما عداه.

2. إن الأمر وإن كان يخص التنازع الداخلي للقوانين إلا أنه جزء من القانون الدولي الخاص ولا إشكال إن تم حله وفقاً لقواعد هذا القانون.

3. الأخذ بقواعد الإسناد في القانون المختص يعني اختلاف التكييفات ومن ثم اختلاف الفكرة المسندة فيها عن تلك في قاعدة الإسناد أو في قانون القاضي وهذا يعد

انحرافاً عن الهدف الذي رسمه المشرع في دولة القاضي لقواعد التنازع الدولي في تشريعه.

4. قاعدة الإسناد ذات الضابط الإقليمي لها الكفاية الذاتية في تحديد القانون المحلي دونما حاجة للاستعانة بقواعد الإسناد الداخلي للقانون الأجنبي.

ثانيا: الأخذ بالتفويض

التفويض: هو تطبيق قواعد الإسناد الداخلي في تشريع الدولة المتعددة الشرائع والتي أصبح قانونها مختصاً بموجب قرار إسناد دولة القاضي وصولاً إلى تحديد القانون المحلي الأكثر ملاءمة.

أي أن تشريع دولة القاضي يفوض الأمر إلى الدولة الأجنبية المتعددة الشرائع نفسها كي يحدد تشريعها أياً من القوانين المحلية هو الأكثر محلية لحكم النزاع ولقد اعتمد الفقه المناصر للتفويض على مجموعة من الحجج منها:

1. يقتصر دور قواعد الإسناد في دولة القاضي على تحديد القانون المختص ويرجع إلى قواعد الإسناد الداخلي في ذلك القانون كي تعيق الأحكام الموضوعية لأحد القوانين المحلية من أجل تطبيقها على موضوع النزاع.

2. إن القانون المختص هو الأقدر على تحديد نطاق المحال قواعده وليس قانون القاضي.

3. ليس صحيحاً الرأي القائل بعدم جواز الأخذ بالتفويض لاختلاف التكييفات بين دولة القاضي ودولة القانون المختصة مما ينحرف بقاعدة إسناد القاضي عن مهمتها ومسارها الذي رسمه المشرع، وذلك أن القاضي يطبق قواعد الإسناد الداخلي للقانون المختص بصدد النزاع نفسه والتكيف نفسه للفكرة المسندة محل النزاع، أما تطبيق الأحكام الموضوعية وما يثيره من تكيف فهو لا يعدو أن يكون تكييفاً قانونياً يحكم حسب الرأي الراجح فقهاً وقضاء وبموجب القانون المختص نفسه.

ثالثا: الأخذ بإرادة المتعاقدين

إذا كان ظرف الإسناد الذي تحدد به قانون الدولة المتعددة الشرائع هو إرادة المتعاقدين وهو معيار ذو طبيعة موضوعية ينبغي إعطاء الاعتبار له، وتحديد القانون المحلي في هذه الحالة لا يخرج من الحالات الآتية:

1. إذا اتفقت الأطراف على قانون محلي معين وجب تطبيق هذا القانون.
2. إذا لم تتفق الأطراف على قانون كلي معين فهنا يجب الأخذ بالتفويض.
3. إذا كان موضوع النزاع يختص عقداً ذا طبيعة دولية ولم يتفق المتعاقدان على القانون المحلي، وكانت قاعدة الإسناد في دولة القاضي قاعدة تخييرية كان على القاضي الرجوع إلى ظرف الإسناد الآخر في قاعدة الإسناد نفسها من أجل تحديد القانون المحلي، ومثال ذلك ما ورد في المادة /20/ الفقرة الأولى من القانون المدني السوري بخصوص الالتزامات التعاقدية، والتي تقضي بأن القانون المختص في الالتزامات التعاقدية وحسب الترتيب هو قانون الإرادة فإن لم يوجد فقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطناً، فإن اختلفا فقانون محل الإبرام.

فإذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون الولايات المتحدة الأمريكية، ولم يتفقا على قانون أي ولاية، فهنا نطبق قانون الولاية التي يوجد فيها موطن المتعاقدين، فإذا اختلفا موطناً نأخذ بقانون الولاية التي تم فيها إبرام العقد.

رابعا: الأخذ بالمعايير التكميلية

في حال عدم وجود قواعد إسناد داخلي في الدولة متعددة الشرائع فقد اختلف الفقهاء في إيجاد الحل المناسب في هذه الحال.

وينبغي هنا التمييز بين صورتي التعدد الداخلي للقوانين، فإذا كان التعدد شخصياً وذلك بتعدد قوانين الأحوال الشخصية فهنا يتم الأخذ بالشريعة الطالبة، أما إذا كان التعدد إقليمياً فيتم الأخذ بقانون الموطن الذي تعددت الآراء الفقهية بصدده وفقاً لما يلي:

1. إذا كان التعدد إقليمياً وكان ضابط الإسناد في قانون القاضي ضابطاً مكانياً فإن الاتجاه الغالب في الفقه يرى الأخذ بهذا الضابط من أجل تعيين القانون المحلي المختص.

2. إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية أيضاً اختلف أنصار هذا الرأي في الحال الواجب اتباعه وفقاً للآتي:

1- اقترح البعض تطبيق شريعة الوحدة الإقليمية التي تعد موطناً للفرد وهو الرأي الراجح.

2- إذا لم يكن للفرد موطن ولا محل للإقامة يرى بعض الفقه تطبيق قانون العاصمة.

ويتبين من خلال معالجة آراء الفقه أن الإسناد إلى قانون الدولة المتعددة الشرائع يقود إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1- الإسناد إلى قانون الدولة متعددة الشرائع هو تركيز الاختصاص ضمن أحد القوانين المحلية.
2- الرأي الراجح في الفقه لتحديد القانون المحلي هو الأخذ بالتفويض.
3- وجود عدة قوانين محلية خاصة في الدولة متعددة الشرائع والسبب الأساسي في إثارة المشكلة.
4- إن تنازع القوانين المعقود به التنازع الدولي وليس الداخلي ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء هو الأخذ بالتفويض أي تطبيق القاضي لقواعد الإسناد الداخلي للدولة متعددة الشرائع.

5- ضابط إرادة المتعاقدين يعد ظرفاً موضوعياً يمكن الأخذ به في تحديد القانون المختص لدولة تتعدد فيها الشرائع وهو يشكل استثناءً على الأخذ بالتفويض.

6- تعد مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً مصدراً للقانون الدولي الخاص في حال فقدان النص التشريعي، إلا أن اختلاف الآراء وكثرتها وتباينها في موضوع الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع جعلها لا ترتقي إلى مرتبة المبدأ كمصدر يلتزم به القاضي[127].

---

[127] د. الرسول كريم، الإسناد إلى قانون الدولة متعددة الشرائع، كلية القانون، جامعة الكوفة.

المطلب الثاني

الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع في القانون الدولي الخاص السوري

اولا: التفويض في القانون السوري

تصدى المشرع السوري لهذه المشكلة الهامة ونظّم حلها متأثراً بالرأي السائد في الفقه والقانون المقارن، وذلك في المادة /28/ من القانون المدني السوري والتي تنص على ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة (المتعلقة بقواعد تنازع القوانين) أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقها".

ويتبادر إلى الذهن عند قراءة النص أن المشرع قد قرر بموجبه الأخذ بالإحالة لكن في واقع الأمر لا يوجد أي إحالة، وإنما تفويض للقانون الأجنبي المختص للفصل في التنازع الداخلي في تلك الدولة وهذا ما يطلق عليه الفقه التفويض فإذا كانت الإحالة تعني تخلي القانون المسند له الاختصاص بموجب قواعد إسناد قانون القاضي لحساب الأخير، أو لحساب قانون آخر مع قبول الأخير للاختصاص المتخلى عنه من الأول.

إلا أن التفويض يعني توكيل من قانون قاضي النزاع للقانون الواجب التطبيق لتعيين أي شريعة هي الواجبة التطبيق فيه.

وقد تبنى المشرع السوري نظرية التفويض على أساس مجموعة من الحجج أهمها:

1. قيام تنسيق بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد التنازع الداخلي من أجل تحديد الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق.

2. إن التفويض ينسجم مع مفهوم تنازع القوانين في سورية والذي يقتصر على تنازع القوانين الدولي.

3. إن التفويض ينسجم مع دور قاعدة الإسناد في نظام تنازع القوانين السوري والذي ينتهي بتحديد القانون الواجب التطبيق.

4. إن التفويض يوحد الحلول على المستوى الدولي فتكون الشريعة الداخلية هي الواجبة التطبيق بغض النظر عن الجهة القضائية الناظرة في الموضوع.

5. موقف المشرع السوري ينسجم مع موقف قضاء كثير من الدول التي لم تعالج تشريعياً هذه المسألة.

6. إن التفويض يعطي الدولة الأجنبية الحق بالحل وفقاً للتنازع الداخلي لأنه من غير المعقول القول خلاف ذلك.

ثانيا: نطاق تطبيق المادة /28/ من القانون المدني السوري

عالجت المادة /28/ من القانون المدني السوري حالة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع بتفويضها القانون الداخلي لتلك الدولة تعيين الشريعة الواجبة التطبيق.

وقد أثار تطبيق فكرة التفويض المقررة في المادة /28/ من القانون المدني نقاشاً بين فقهاء القانون والدول التي أخذت قوانينها بالتفويض، ويدور النقاش حول نطاق تطبيق فكرة التفويض.

فهل يعمل به في كافة أنواع التعدد؟

وهل يعمل به بصفة مطلقة أياً كان ضابط الإسناد؟

فيما يتعلق بصدد التعدد فقد جاء نص المادة /28/ يشمل جميع أشكال العقد سواء كان تعدداً إقليمياً أو شخصياً، وسواء أكانت الدولة التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً لديها قانون عام في المسائل التي تتعدد بشأنها الشرائع إلى جانب الشرائع الخاصة، كما هو الحال في سورية ومصر أم لا يوجد لديها مثل لبنان.

وأما فيما يتعلق بنطاق النص من حيث ضوابط الإسناد التي تبنى عليها قاعدة الإسناد وهي الجنسية وإرادة المتعاقدين وضوابط مكانية كالموطن ومحل وقوع العقل المنشئ للالتزام ومحل إبرام التصرف القانوني، فهناك تباين في وجهات النظر لدى الفقه، لكن نص المادة /28/ جاء مطلقاً وواضحاً لا يسمح بالتمييز في أعمال حكمها بين ضابط وآخر من ضوابط الإسناد، وبناءً على ذلك، يجب الأخذ بالتفويض الوارد في نص

المادة المذكورة، وتطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي واجب التطبيق أياً كان ضابط الإسناد الذي دلّ على القانون الأجنبي.

إذ أن وظيفة قواعد الإسناد تقتصر على تعيين قانون الدولة في مجموعه، لا تعيين القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، ويتكفل قانون الدولة التي أعطي الاختصاص بتركيزها في مكان داخل الدولة لتحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق.

أما إذا كان ضابط الإسناد الذي عيّن الدولة متعددة الشرائع وأعطى الاختصاص لقانونها هو إرادة المتعاقدين فهنا يتم الأخذ بهذا الضابط تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة بموجب قواعد الإسناد السورية.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث السادس

كيفية تطبيق القانون الأجنبي والرقابة عليه

يقصد بالقانون الأجنبي النظام القانوني الساري المفعول في الدولة الأجنبية التي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونها، ويدخل ضمن مفهوم النظام القانوني كل الأحكام والقواعد القانونية المطبقة في الدولة الأجنبية، كالتشريع، والعرف، وأحكام الدين مع وجوب الإشارة هنا إلى أن القوانين الأجنبية المطبقة هي المتعلقة بالعلاقات الخاصة أي فروع القانون الخاص، كالقانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية.

وتطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي نقطتين أساسيتين: الأولى تتعلق بأساس تطبيق القانون الأجنبي، والثانية تخص كيفية تعامل القضاء الوطني مع القانون الأجنبي وهو بصدد تطبيقه وهذا ما يعرف بمركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

المطلب الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي

عندما تعطي قاعدة الإسناد الاختصاص لقانون أجنبي من أجل تطبيق أحكامه على النزاع هنا يثور التساؤل الآتي: كيف يمكن أن نعترف لهذا القانون الأجنبي بسلطة حل النزاع، وهو قانون صادر عن مشرع أجنبي؟ وهل تطبيق القاضي الوطني لقانون أجني يعني خضوعه لأوامر المشرع الأجنبي؟

اهتم الفقه والقضاء كثيراً بمسألة الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ويمكن أن نميز بين اتجاهين رئيسيين في هذا الصدد:

اولا: تطبيق القانون الأجنبي على أساس اعتباره واقعة

يختلف الفقهاء أيضاً في الأساس القانوني الذي يبنى عليه اعتبار القانون الأجنبي واقعة، فيقول هنري باتيفول: أن القانون الأجنبي يفقد أمام القاضي الوطني مؤيد تطبيقه الخارجي، ويقصد بذلك عنصر الأمر الذي يتمتع به هذا القانون في بلاده، إذ إن المشرع

الأجنبي ليس له أي سلطة على القاضي الوطني تلزمه تطبيق أحكام القانون الأجنبي، فالقانون الأجنبي خارج حدود دولته يفقد عنصر الأمر وينقلب إلى مجرد واقعة.

أما الفقهاء الأنكلوأمريكيين فيرون أن القانون الأجنبي يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج، فالقاضي لا يمكنه النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالعودة إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه، وبناءً على ذلك يظهر القانون الأجنبي كواقعة تستمد قوتها القانونية من فكرة الحقوق المكتسبة في قانون القاضي.

ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعه نتائج من أهمها:

1. إمكانية تنازل أطراف النزاع عن تطبيقه.
2. عدم إمكانية التمسك به أمام محاكم الدرجة الثانية كطلب جديد.
3. لا يفترض بالقاضي الوطني العلم بأحكام القانون الأجنبي.
4. يمتنع على القاضي الوطني البحث عن أحكام القانون الأجنبي.
5. يتوجب على الخصم الذي يتمسك به تقديم مضمونه وإثباته للمحكمة.
6. لا يحق لمحكمة النقض أن تتصدى للرقابة على تطبيقه وتفسيره.

ثانيا: تطبيق القانون الأجنبي على أساس اعتباره قانون

يقوم هذا الاتجاه على فكرة التأكيد على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، ومن ثم وجب معاملته كقانون، غير أن أنصار هذا الاتجاه انقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: نادى بتطبيق القانون الأجنبي باعتباره قانوناً وطنياً وهؤلاء هم أنصار نظرية الاستقبال التي قال بها الفقهاء الإيطاليون والذين يرون أن القانون الوطني يقوم باستقبال القواعد القانونية الأجنبية ويدمجها ضمن قواعده وأحكامه، فيصبح جزءاً من أحكام القانون الوطني، والقاضي الوطني عندما يطبقها فكأنه يطبق قانونه ويأتمر بأمر مشرعه.

ويقوم هذا الاتجاه على فكرة خصوصية النظام القانوني والتي تعني اقتصار الصفة القانونية على كل ما يدخل في هذا النظام وإنكارها كل لما يقع خارجه والاستقبال إما أن

يكون مادياً بحيث تقوم قاعدة الإسناد الوطنية بامتصاص أحكام القانون الأجنبي ودمجه ضمن أحكامها.

الأمر الذي يؤدي إلى أن تصبح قاعدة الإسناد الوطنية والقانون الأجنبي متشابهين تماماً في أحكامهم القانونية.

وإما أن يكون شكلياً بحيث يحافظ القانون الأجنبي على مقوماته التي يتمتع بها أصلاً في بلاده.

وأنصار هذا الاتجاه يتمسكون بجميع النتائج المترتبة على ذلك وأهم هذه النتائج:

1. علم القاضي بالقانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسه.
2. تفسير أحكام القانون الأجنبي عند الضرورة.
3. الخضوع في التطبيق والتفسير لرقابة محكمة النقض.

الاتجاه الثاني: يرى أن القانون الأجنبي عندما يطبق أمام القاضي الوطني فيجب أن يحافظ على طابعه القانوني وصفته الأجنبية بنفس الوقت.

ويتمسك قسم من الفقه بفكرة التفويض من أجل التأكيد على الطابع القانوني والصفة الأجنبية للقانون الأجنبي.

وبموجبها يطبق القاضي القانون الأجنبي الذي تشير له قاعدة الإسناد بناءً على أوامر المشرع الأجنبي الصادرة بموجب تفويض من المشرع الوطني.

بينما يرفض الفقه المعاصر فكرة التفويض من أجل التأكيد على الطابع القانوني والصفة الأجنبية للقانون الأجنبي ويرون أن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تأمر القاضي الوطني بتطبيق هذا القانون وهي التي تحافظ على طبيعته وصفته وتزوده بقوة النفاذ في بلد القاضي.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المطلب الثاني

مركز القانون الأجنبي أمام القانون والقضاء الوطني

من المتعارف عليه أن القانون الوطني ثابت بمضمونه ولا يحتاج إلى إثبات والقاضي الوطني ملزم بالبحث عنه ويطبقه على العلاقة القانونية التي ينظر بها لكن إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على هذه العلاقة، فهل يستوجب تطبيق هذا القانون تقديم طلب من الخصوم إلى المحكمة، أم أن المحكمة تتكفل بذلك من تلقاء نفسها، وهل يقع عبء التعرف على أحكام القانون الأجنبي على القاضي الوطني أم أنه يجب على الأطراف أن يثبتوا أحكام القانون الأجنبي.

اولا: مركز القانون الأجنبي في القانون السوري

لم يتضمن القانون السوري نصوصاً تبين مركز القانون الأجنبي أمام القضاء السوري، أو كيفية أعماله أو عبء إثباته ومدى خضوعه لرقابة محكمة النقض السورية، فالقانون السوري تضمن قواعد الإسناد في القانون المدني دون أن يضيف قواعد أخرى تبين للقاضي الوطني القواعد التي يجب أن يتبعها في تطبيقه للقانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص لحكم العلاقة.

إلا أن صيغ نصوص قواعد الإسناد في القانون المدني السوري لا تشعر بأن تطبيق القانون الأجنبي يتوقف على طلب من أحد، فقد استعمل المشرع في قواعد الإسناد العبارات الآتية (يسري، تخضع،... إلخ) وهذه الصيغ لا تدل مطلقاً على أن تطبيق القانون الأجنبي متوقف على إرادة الخصوم، بل على العكس من ذلك يظهر منها أن تطبيق القانون الأجنبي وجوبي في الأحوال كافة التي تأمر بها قواعد الإسناد السورية، التي تشكل همزة الوصل بين نظام القانون الوطني والنظم القانونية الأجنبية، فإذا كان القانون الأجنبي يفقد عنصر الالزام ومؤيد تطبيقه بالنسبة للمحاكم الوطنية فإن قاعدة الإسناد كما يرى الفقه السوري[128]، هي التي تزوده بهذا المؤيد عندما تشير بوجوب

---

[128] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص131.

تطبيقه، لأنها تعبر عن رغبة المشرع الوطني وتجسد أوامره في تنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، فالقانون الأجنبي يطبق إذن بناءً على أوامر المشرع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد فهو يظل يتمتع بطبيعته كقانون أي كمجموعة قواعد قانونية ملزمة، كما يظل محتفظاً أيضاً بصفته كقانون أجنبي بوصفه صادراً عن سلطة غير وطنية، وبناءً على ذلك لا يمكن القول إن القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة بمجرد انتقاله خارج السيادة الإقليمية كما لا يمكن بالتالي معاملته معاملة الوقائع.

فالقاضي السوري ملزم بموجب قواعد الإسناد بالآتي:

1. **البحث عن مضمون القانون الأجنبي:**

عن طريق الدبلوماسي أو القنصلي، أو بالوسائل الخاصة أو باستعمال وسائل الاتصال الحديثة للحصول على نصوص القانون الأجنبي أو القواعد القضائية، ولا يخفى بأن مهمة القاضي السوري في معرفة مضمون القانون الأجنبي يواجهها صعوبات تتمثل بـ:

– إلى جانب الصعوبات المادية التي تواجه القاضي هناك صعوبات قانونية تنشأ من تقدير القيمة القانونية للقانون الأجنبي.

– إذا كان القانون مصدره العرف فيجب على القاضي معرفة وقت نشوئه وكيفية ظهوره.

– فيما يتعلق بالقوانين التي مصدرها العادة فهناك من ينفي عنها صفة القانون ويعتبرها شرط من شروط العقد.

– بالنسبة للقواعد القانونية الأجنبية التي ترتبها الأحكام القضائية، أيضاً هناك من ينفي عنها الصفة القانونية ويعطيها قيمة نسبية تقتصر على أطراف الدعوى.

– إذا كان الفقه مصدر القانون الأجنبي، فإن الصعوبات تظهر في قيمة هذا المصدر بالنسبة لكل دولة فضلاً عن انتشار آراء الفقهاء والكتاب بالنسبة لكل دولة.

ومما تقدم يتضح أن مهمة القاضي صعبة، لكن ما هو الحل الذي يتوجب على القاضي اتباعه عند استحالة التوصل إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي، اختلف الفقه حول ذلك واقترح حلولا عدة منها:

أ. امتناع القاضي عن الفصل في النزاع.

ب. تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة.

ج. تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه.

د. تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

هـ. الرأي الراجح في الفقه يقول بتطبيق قانون القاضي.

2. إثبات القانون الأجنبي:

يعني الإثبات إقامة الدليل على صحة مضمون القانون الأجنبي المحدد في قاعدة الإسناد أي إثبات أن مضمون القانون الأجنبي المحدد في قاعدة الإسناد أي إثبات أن مضمون القانون الأجنبي هو فعلاً النص الصادر عن الجهة التشريعية المختصة في البلد الأجنبي الصادر عنها القانون الواجب التطبيق بدون تعديل أو تحريف.

ولم يتضمن القانون السوري نصوصاً واضحة وصريحة تحدد وسائل إثبات القانون الأجنبي إلا أنه من الممكن أن تتحدد هذه الوسائل بالطرائق الآتية:

أ. المعاهدات الدولية، فيصار إلى تطبيق أحكام تلك المعاهدات وفي حدود نطاقها.

ب. كل وسائل الإثبات القضائية ماعدا الإقرار واليمين، كونهما وسيلتان لا تقبلان في إثبات القانون الأجنبي، إذ أن هذا القانون ليس محلاً للإثبات القضائي بالمفهوم الفني والاصطلاحي للكلمة وإنما محلاً لإبراز الحقيقة الموضوعية وإبراز النصوص فلا يصح لذلك التقييد بطرق الإثبات القانونية للوقائع القضائية التي يدلي بها الخصوم في الدعوى.

ج. إبراز ترجمة مصدرة للقانون الأجنبي المطلوب تطبيقه من المرجع المختص.

د. قد يكون مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق ثابتا في قرارات سابقة صدرت عن المحكمة فلا يكون هناك مبرر لإثباته في النزاع المعروض.

هـ. الأحكام القضائية الوطنية.

و. المؤلفات الفقهية والمراجع الحقوقية الأجنبية

ز. شهادة الخبراء والمتخصصين[129].

3. تفسير القانون الأجنبي:

من القواعد المتبعة في تفسير القانون الأجنبي أنه يتوجب على القاضي اتباع أسلوب التفسير المطبق أمام محاكم الدول التي ينسب إليها هذا القانون، لا أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الوطنية.

كذلك يتوجب على القاضي السوري الابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير فيتوجب عليه ليس الأخذ بنصوص القوانين وإنما مراعاة ما استقر عليه قضاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

والتسليم بهذه القواعد ينطوي على عدم الزام القاضي بالتفسير الذي قد يتمسك فيه الخصوم لمعنى القانون الأجنبي، وإنما باستطاعة القاضي السوري أن يقدر هذا التفسير بما يتناسب ومعناه الصحيح في الدولة الأجنبية.

ويجب أيضاً على القاضي السوري أن يقوم بتقدير صحيح لنصوص القانون الأجنبي في حال تمسك الخصوم بتفسيرات متناقضة للقانون الأجنبي.

وبناءً على ما تقدم فإن القاضي السوري لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق فهو مقيد بالتفسير المتبع في بلد القانون الأجنبي الواجب التطبيق[130].

ثانياً – مركز القانون الأجنبي لدى محكمة النقض السورية:

تعرضت محكمة النقض السورية لهذه المسألة في بعض القرارات الصادرة عنها، والتي أشارت إلى معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع.

---

[129] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص680.

[130] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص124.

وانطلاقاً من أن القاضي السوري ليس لديه القدرة على الإحاطة بكل القوانين، منعت محكمة النقض المحاكم الوطنية من تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها وعلقت إعماله على طلب الخصوم.

وقد أقامت محكمة النقض موقفها على أساس إيمانها بالتقسيم الإجرائي التقليدي لعناصر الدعوى في المنازعات الداخلية، الوقائع من جهة والقانون من جهة أخرى، دون أن تعير أي اهتمام إلى طبيعة منازعات الأفراد ذات الطابع الدولي والتي تضم عنصراً لا يظهر في المنازعات الداخلية ألا وهو القانون الأجنبي[131].

أما بالنسبة لإثبات القانون فقد أوجبت على الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق بإبراز نصوصه للقاضي السوري، وبالتالي فقد أعفت المحكمة القاضي من بذل أي جهد لإثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي يتمسك الأطراف أو أحدهم بتطبيقه.

أما بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي فمن الواضح أنها لم تعترف لنفسها بحق الرقابة على تفسيره من قبل قضاة الموضوع.

ويبدو أن موقف محكمة النقض السورية لا يرجع إلى أنها تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة فقط، فوظيفة محكمة النقض السورية هي المحافظة على حسن تطبيق أحكام القانون السوري والتأكد من أن قضاة الموضوع قد طبقوا على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تعرفه أو تعمل على خلقه لا القانون الذي تجهله ولا تعرف شيئاً عن مضمونه، فمحكمة النقض السورية تختص بالرقابة على كل مخالفة صريحة لنص القانون السوري وليس القانون الأجنبي.

كما أن هناك اعتبارات عملية قد أملت على المحكمة موقفها هذا وهي:

---

[131] المرجع سابق، ص127.

1. رقابة محكمة النقض على تطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها يتطلب منها أن تتصدى للبحث عن مضمونها بما يستتبعه ذلك من إجراءات تخرج بطبيعتها عن عمل المحكمة.

2. قبول الرقابة على القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيه إرهاق للمحكمة وزيادة في أعبائها.

3. القوانين الأجنبية عادة ما تتضمن وراء النصوص المكتوبة أعرافاً واجتهادات قضائية يلحقها التطور بشكل دائم، وهذا ما يخرج المحكمة في مسائل واقعية بعيدة عن سلطانها، تتطلب جهداً كبيراً.

4. الصعوبات التي تتعلق بالترجمة وانعدام الدقة واحتمال وقوع التحريف في مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتفسيره.

المبحث السابع

النظام العام

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق على القاضي، فهل عليه تطبيق هذا القانون حتى إذا اصطدم بمانع يحول دون تطبيق هذا القانون؟.

فالقانون الأجنبي قد يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، كما أن اختصاص القانون الأجنبي قد يكون مختلفاً بسبب التحايل على القانون الوطني للتخلص من أحكامه أو للإضرار بالمصلحة الوطنية. الفقه والقضاء في معظم دول العالم استقرا على ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كانت أحكامه تعارض النظام العام في بلد القاضي، ، أو أن تطبق أحكام القانون الأجنبي كانت نتيجة التحايل على القانون

المطلب الأول

تعريف النظام العام وأساس تطبيقه

أولاً – تعريف النظام العام:

تتعدد المحاولات في تعريف النظام العام وهذا أمر طبيعي في وضع تحديد لمفهوم ملتمس ذي معان منها النظام العام والدولي، ولذلك فإن أي محاولة تشريعية أو قضائية للتعريف بالنظام العام من خلال تحديد المفهوم تبقى في إطار المحاولة التي لا يوجد مقومات لاكتمالها، فهو فكرة يصعب ضبطها في إطار تعريف واضح ومحدد إلا أن ما هو متفق عليه هو أن النظام العام يشكل التعبير عن سيادة الدولة وهو أساسي لحسن تنظيم المجتمع الذي يحكمه، و يكمن دوره في حماية المصلحة العامة بأوجهها المختلفة من خلال:

1. يهدف بنيوياً إلى حماية مؤسسات الدولة ومرافقها وأنظمتها وحسن سير عملها.
2. يهدف موضوعياً إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه.

3. يهدف في العلاقات الداخلية إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة.

4. يهدف في العلاقات الدولية الخاصة إلى الاستبعاد المسبق لكل قانون أجنبي بالإعمال المباشر للقوانين الوطنية.

5. يهدف في إطار العلاقات الدولية الخاصة إلى الاستبعاد اللاحق للقانون الأجنبي عند إعمال قواعد التنازع[132].

ومن هنا تبدو الصعوبة في ضبط فكرة النظام العام لذا اتجه بعض الفقه إلى عدم إعطاء تعريف للنظام العام تاركين المسألة لتقدير القاضي لأن فكرة النظام ليست ثابتة بل قابلة للتغيير بحسب الزمان والمكان.

واتجه قسم آخر من الفقهاء إلى وضع تعريف لفكرة النظام من حيث مضمونه، فيعرفه الأستاذ الدكتور فؤاد ديب على أنه مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية وفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، سواء كانت هذه الأفكار والمبادئ مجسدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً سواء أكانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل[133]، أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة في الجماعة.

ويعرفه بعض الكتاب الإنكليز بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنكليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنكلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها[134].

أما في القانون السوري فقد التزم المشرع السوري السكوت في تعريف النظام العام الدولي، إذ خلت قواعد الإسناد في القانون المدني من تعريف واكتفت في المادة /30/

---

[132] سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص760.

[133] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص138.

[134] د. حسن الهداوي، مرجع سابق، ص183.

بالنص على عدم جواز تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.

ثانياً- أساس الأخذ بفكرة النظام العام الدولي:

مع أن قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي إلا أن القاضي الوطني باستطاعته عدم تطبيق قواعد القانون الأجنبي تحت مبرر تعارضها مع النظام العام، والسبب في ذلك هو انتفاء الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ويعود انتفاء الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي واجب التطبيق، أو بين تشريعات الدول إلى عوامل عدة أهمها:

1. عوامل فنية: فاختلاف التشريعات من الناحية الفنية في تنظيم حق من الحقوق قد يكون سبباً في تخلف الاشتراك القانوني مما يؤدي إلى استحالة تطبيق القانون الأجنبي من الناحية الفنية، فبعض التشريعات اشترطت لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير نقل الحيازة من المدين، بينما تشريعات أخرى لم تتطلب مثل هذا الإجراء.

2. أسباب أدبية واجتماعية: فبعض القوانين لا تكون موضع احترام من قبل المحاكم الوطنية لنصها على أحكام تنتهك القيم الإنسانية كما لو كان القانون الأجنبي يجيز الرد أو يمنع الزواج بسبب اللون، أو يجيز الاعتراف بأولاد الزنا أو يسمح بالرهان والمقامرة.

3. أسباب اقتصادية، فلا يمكن العمل بالقانون الأجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية لتعارضها مع التشريع الوطني الذي لا يجيز التعامل إلا بالعملة الوطنية[135].

---

[135] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص183.

وقل رب زدني علما
Damascus University

المطلب الثاني

النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي

إن النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي بالنسبة لكل دولة هو ذات النظام العام فيها، فالغاية منهما حماية المصلحة العامة للدولة، ومع ذلك يميل بعض الفقه إلى التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي فهما يشتركان في:

1. هدفهما حماية الدولة والمصلحة العامة فيها.
2. التمسك بهما يكون داخل الدولة.
3. إن الاعتراض بهما يكون بذات الإجراءات القضائية أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع وعن طريق الدفع بالنظم العام.

هما يختلفان فيه:

1. من حيث الاعتراض: يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية لجميع عناصرها، أما الدفع بالنظام العام الدولي فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.
2. من حيث الآثار: يترتب على الأخذ بالنظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض مع فكرة النظام العام، في حين أن الأخذ بالنظام العام الدولي يرتب أثراً في تغيير القانون الذي يحكم التصرف إذا يتم استبدال القانون بقانون آخر.
3. من حيث الوظيفة: رغم أن هدفهما حماية مصالح الدولة إلا أن النظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون الخروج عن أحكام القواعد الآمرة بينما تستخدم فكرة النظام العام الدولي لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه.

فهو أداة لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة استثنائية يترتب على هذه الصفة تقليص حالات الاستبعاد إلا إذا تعارضت أحكام القانون الأجنبي مع مصلحة أساسية وجوهرية للدولة، فشرط الدفع بالذهب يعتبر باطلاً في العقود الداخلية لمخالفته قاعدة آمرة توجب التعامل بالعملة الوطنية لأن التعامل بالذهب داخل الدولة يضعف الثقة بالعملة الوطنية، أما في مجال العلاقات الدولية ذات الطابع الخاص فالدفع بالذهب يعمل على تنشيط

العلاقات الخاصة بين رعايا الدول المختلفة ولا يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، ولهذا يجب أن يبذل القاضي عناية أكثر من أجل تطبيق القانون الأجنبي وعدم استبعاده.

المطلب الثالث

خصائص النظام العام

أولاً – الصفة الوطنية:

النظام العام الذي يحول دون تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام في دولة القاضي، والذي يستهدف حماية المصلحة العامة للدولة، وهذا النظام يختلف من دولة إلى أخرى، فلكل دولة نظام عام تلعب عوامل عديدة في تحديده أهمها الأفكار والمعتقدات والتقاليد.

مثل النظام العام السوري والنظام العام الفرنسي، ولكن مقتضيات النظام العام ليست واحدة في العلاقات الداخلية وفي العلاقات الخاصة الدولية، وخاصة في مجال تطبيق فكرة النظام العام والآثار المترتبة عليها كما أشرنا في الفقرة السابقة[136].

ثانياً – الصفة الغامضة:

النظام العام فكرة غامضة لا تصلح بذاتها لتكون موضوع القانون أو الغرض منه، بل هي قد تتصل أحياناً بموضوعه وأحياناً بالغرض منه، وهذا ما حدا المشرع السوري إلى القول في المادة /30/ من القانون المدني: "إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام" ولم يقل "قوانين النظام العام".

كما أن صعوبة وضع تعريف دقيق لمضمون القانون العام أو إيجاد معايير محددة لضبط فكرة النظام العام المتغيرة بتغير الزمان والمكان، أضفى صفة الغموض على مضمون النظام العام.

---

[136] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص143.

أيضاً إعمال الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص لا يظهر في مرحلة وضع قواعد الإسناد بل يتم في المرحلة اللاحقة لتحديد القانون الواجب التطبيق والكشف عن مضمون أحكامه ومقارنتها مع أحكام القانون الوطني والأفكار التي يقوم عليها لبيان مدى تعارضها، مما يحول وضوح مضمون النظام العام لصفته المتغيرة[137].

ثالثاً – الصفة النسبية:

بمعنى أنه متغير، والتغير في النظرة إلى النظام العام قد تكون على مستوى المفهوم نفسه، وقد تكون على مستوى المكان أو الزمان أو كليهما معاً.

فعلى مستوى المفهوم، تعني أن النظام العام يرتكز إلى قواعد أساسية تقوم عليها مجتمع ما (سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية) ويسعى لتحقيقها، وداخل نواة هذه القواعد يوجد مفهوم نسبي يصعب ضبطه، ليس على مستوى الدول وإنما في الدولة الواحدة أيضاً فطالما أن هذه القواعد هي مسائل متحركة ونسبية، كذلك فإن النظام العام وليد تلك القواعد يبقى متحركاً ونسبياً[138].

أما النسبية على مستوى المكان والزمان، فما يعدّ مخالفاً للنظام العام الدولي في دولة معينة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل ذات الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً للفكرة، في وقت آخر، وتحديد محتوى النظام العام لا يكون إلا في أمة معينة وفي جيل معين وفي الوقت الذي يصدر فيها القضاء حكمه في النزاع[139].

فعندما كان الطلاق غير جائز في القانون الفرنسي قبل عام 1884 كان القضاء الفرنسي يعد القوانين الأجنبية التي تجيز الطلاق مخالفة للنظام العام الفرنسي لكن بعد أن غير المشرع الفرنسي موقفه وسمح بالطلاق لم تعد القوانين الأجنبية مخالفة للنظام العام

---

[137] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص145.

[138] أ. سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص783.

[139] أ. سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص784.

الفرنسي، فمعارضة القانون الأجنبي للنظام العام تتعلق بمضمون القانون الأجنبي والقانون الوطني، وبسبب تغير نصوص كل منهما عبر الزمان فإن هذا التغير ينعكس على حالات تدخل النظام العام في الدولة الواحدة من وقت لآخر، وهذا ما يعطي النظام العام مرونة أكبر فيتسع ويضيق وفقاً للأوضاع ولتطور الزمان.

ويترتب على الصفة المتغيرة للنظام العام وجوب قيام القاضي بتقدير التعارض بين النظام العام وبين أحكام القانون الأجنبي وقت النظر في النزاع، وليس وقت نشوء العلاقة التي ثار بشأنها النزاع[140].

رابعاً- الصفة القضائية:

وهذه المسألة ترتبط بطبيعة النظام العام ومفهومه ، ولان فكرته فكرة وظيفية تبتعد عن كل تحديد، وكونه فكرة متغيرة في الزمان والمكان فإن ذلك يعطي القضاء الدور الأساسي لتحديد مفهوم النظام العام، فالواقع هو ترك الأمر للعمل القضائي يقدر حالات أعمال النظام العام وأبعاده من خلال الحالات التي تعرض عليه كلاً على حدة.

إلا أن هذا لا يعني أن يكون تقدير القاضي مبنياً على آراء شخصية ذاتية للقاضي وإنما على أساس موضوعي فيخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض.

فالنظام العام ليس طارئاً من طوارئ المحاكمة أو دفعاً إجرائياً يهدف إلى إعلان عدم صلاحية المحكمة بتطبيق القانون الأجنبي، وإنما عدم صلاحية القانون الأجنبي للتطبيق.

كما أنه ليس دفعاً بعدم قبول الدعوى دون البحث في موضوعها وإنما هو دفاع بعدم قبول القانون بعد البحث في موضوعها.

فمركز النظام العام في نظرية تنازع القوانين هو منع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض بشكل واضح مع قواعده، وهذا ما يعود تقديره للقضاء[141].

---

[140] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص145.

[141] أ. سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص788.

المطلب الرابع

شروط إعمال الدفع بالنظام العام

طرح الفقه عدداً من الضوابط لإعمال أثر النظام العام تجاه القانون الأجنبي الواجب التطبيق أهمها:

أولاً – أن يكون تطبيق القانون الأجنبي بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية على الواقعة المتنازع فيها:

إن إيراد مصطلح القانون الأجنبي لا يعني فقط التشريع وإنما الأعراف وأحكام القضاء وغيرها.

وإن قاعدة التنازع الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي على الواقعة المتنازع فيها فإن ذلك يعني اعترافاً صريحاً منها بالتسامح في تطبيق القانون الأجنبي في حال وجود هذا القانون في العلاقة المتنازع عليها باعتباره أحد القوانين التي تحكم العلاقة.

إلا أنه إذا كان أطراف العلاقة جميعهم وطنيين فلا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام لأنه سيطبق القانون الوطني باعتباره هو القانون الواجب التطبيق.

لكن بعض الفقهاء يميزون في هذا الصدد بين الدول ذات التعدد الشخصي والدول ذات التعدد الإقليمي.

ويقولون بإمكان إعمال الدفع من قبل قاضي إحدى الولايات في مواجهة النظام القانوني لمقاطعة أو ولاية أخرى على أساس احتمال قيام اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة من الوحدات الإقليمية التشريعية[142].

---

[142] د. أحمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد /3118م، تاريخ 2016/9/27.

ثانياً – تحقق مخالفة أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لأحكام النظام العام في القانون الوطني لقاضي الموضوع:

فالقانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يكون متعارضاً في كل أحكامه أو بعضها مع المبادئ أو الأفكار الأساسية للمجتمع، ويعد بعض الفقهاء أن مجرد عدم تقبل المجتمع الوطني للعمل الذي يقضي به القانون الأجنبي إذا نظر إليه ضمن الإطار العام لهذا القانون، يشكل مبرراً لتدخل النظام العام ولو لم يكن القانون الأجنبي يصطدم مع المبادئ والأفكار الأساسية للمجتمع في بلد القاضي، إلا أن هذا يؤدي إلى استئثار القانون الوطني بحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، الأمر الذي يوسع دائرة النظام العام مما يهدد الثقة بالمعاملات الدولية الخاصة[143].

ثالثاً – وجود رابطة بين الواقعة المتنازع فيها والقانون الوطني لقاضي الموضوع:

ذهب إلى القول بهذا الشرط بعض من الآراء الفقهية والأحكام القضائية وعلى رأسهم الفقه الألماني حيث اشترط وجود صلة بين المنازعة المطروحة والقانون الوطني لدولة القاضي، كأساس لتمسك القاضي باستبعاد القانون الأجنبي عند مخالفته للنظام العام، أما المعيار الذي تحدد الرابطة بواسطته فإنه يلزم على القاضي الذي ينظر النزاع بتحديده وهو بهذا الشأن له سلطة تقديرية تختلف من حالة إلى حالة أخرى[144].

ويرى بعض الفقه بأنه لا محل لمثل هذا الشرط لأن مجرد رفع النزاع أمام محاكم دولية معينة يعد سبباً كافياً لتوافر صلة حقيقية بين النزاع وهذه الدولة[145].

هذا ويمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى من قبل أي طرف من الأطراف، كما يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه عندما يتطلب ذلك الشعور العام لمجتمعه الوطني.

---

[143] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص148.

[144] د. أحمد حسين جلاب، مرجع سابق، ص13.

[145] د. فؤاد ديب، المرجع السابق، ص148.

المطلب الخامس

آثار الدفع بالنظام العام

تظهر آثار الدفع بالنظام العام في مرحلتين: مرحلة إنشاء الحق وفيها يظهر أثر عام للنظام العام، ومرحلة نفاذ الحق وفيها تظهر فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

أولاً – أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق:

أهم أثر هو استبعاد القانون الأجنبي المختص، وهذا ما يسمى بالأثر السلبي للنظام العام غير أن استبعاد هذا القانون يعني بالضرورة وجوب البحث عن قانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد ويطبق مكانه، حتى لا تبقى العلاقة دون قانون يحكمها وهذا هو الأثر الإيجابي للنظام العام، إذاً فالتمسك بالنظام العام في هذه المرحلة ينتج في نفس الوقت أثرين:

- أثر سلبي: يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.
- أثر إيجابي: وهو وجوب البحث عن قانون يحلّ محل القانون المستبعد.

1- الأثر السلبي: إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي فهنا يتم استبعاد هذا القانون وهذا الاستبعاد إما أن يكون جزئياً أو كلياً.

ويكون الاستبعاد جزئياً إذا كانت أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالفة للنظام العام في بلد القاضي لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية الأحكام، بحيث إنه من الممكن تطبيق أحكام القانون الأخرى دون النظر إلى الأحكام المخالفة للنظام العام، ومن اجتهادات القضاء الفرنسي بهذا الشأن أنه توفي شخص مسلم في فرنسا مخلفاً وراءه ورثة مباشرين، وأثناء فتح التركة وتقسيمها تم حرمان أحد الورثة من الميراث كونه غير مسلم تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، رفع النزاع أمام القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الميراث لا تصطدم بالنظام العام الفرنسي إلا في المسألة التي تمنع فيها غير المسلمين من الميراث وعليه وجب استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه المسألة وإعطاء الوارث الحق في الميراث تطبيقاً للقانون الفرنسي، أما فيما

يخص تحديد نصيب كل وارث فهذه مسألة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية كونها لا تتناقض مع النظام العام بفرنسا.

أما إذا كانت أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق المخالفة للنظام العام مرتبطة بالقانون الأجنبي ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن تطبيق هذا القانون بدون هذه الأحكام، ففي هذه الحالة يتم استبعاد القانون الأجنبي استبعاداً كلياً بكل أحكامه.

كما لو كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يجيز الزواج مع اختلاف الدين وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة فإن إعمال أحكام هذا القانون الذي يقضي بصحة الزواج مع اختلاف الدين يصطدم مع النظام العام في البلدان الإسلامية وبناء على ذلك يتوجب على القاضي المسلم استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، مما يرتب عليه منع قيام الزوجية، وبالتالي استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع بأكمله وبكامل أحكامه[146].

وأخيراً، لابد من الإشارة إلى أن معظم قوانين الدول العربية، ومنها القانون السوري في المادة /30/ من القانون المدني لم تنص على الأثر السلبي للنظام العام.

2- الأثر الإيجابي: الأثر السلبي للنظام العام لابد أن يتبعه أثر إيجابي يقتضيه سد الفراغ التشريعي وعدم اعتبار القاضي منكراً للعدالة عندما لا يحكم في النزاع المعروض أمامه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام، بل عليه أن يلجأ إلى قانون آخر ليتوصل من خلال إحكامه إلى حل للعلاقة القانونية المعروضة عليه[147].

لكن التساؤل الذي يثار هنا عن ماهية القانون الذي سيطبق على النزاع بعد استبعاد القانون الأجنبي، وعليه، فقد ظهر العديد من الاتجاهات الفقهية للرد على هذا التساؤل.

---

[146] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص149.

[147] د. جمال بن عصمان، مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014، ص30.

إذ يرى جانب من الفقه الألماني عدم وجوب إحلال قانون القاضي محل أحكام القانون الأجنبي الذي تم استبعاده، بل يتعين البحث في القانون الأجنبي ذاته، عن قاعدة أخرى تحل محل القاعدة المستبعدة من القانون ذاته تكون غير مخالفة للنظام العام في دولة القاضي وهذا من شأنه أن يحفظ لقاعدة الإسناد وظيفتها لتؤدي دورها الذي وضعت من أجله.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة وإحلال هذا القانون محل القانون الأجنبي المستبعد.

بينما يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى تطبيق قانون القاضي سواء كان استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً فهو خير الحلول الملائمة للاعتبارات العملية كما يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها صمام الأمان لحماية المصالح العليا للمجتمع على أن تطبيق قانون القاضي باسم النظام العام يجب أن يكون ضمن الحدود التي تستبعد فيها أحكام القانون الأجنبي.

فإذا كان استبعاد هذه الأحكام جزئياً يطبق قانون القاضي على هذه الجزئية فقط أما إذا كان استبعاد القانون الأجنبي كلياً فهنا يستقل قانون القاضي بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع.

أما إذا كانت أحكام قانون القاضي غير قابلة للتطبيق على النزاع لأي سبب كان، فهو يتوجب على القضاء إيجاد الحل الملائم من خلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وذلك بالنسبة لكل نزاع على حدة ودون التقيد بقاعدة عامة[148].

ثانياً – أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة نفاذ الحق (الأثر المخفف):

وهنا ينشأ الحق صحياً في دولة ما، غير أن آثار هذا الحق قد تكون مخالفة للنظام العام في دولة أخرى.

كما لو تزوج سوري بأكثر من زوجتين في سورية ثم انتقل إلى فرنسا، وطالبت الزوجة الثانية بحقها في النفقة طبقاً للقانون السوري، فمن المؤكد أن هذا السوري لو أقدم

---

[148] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص152.

على الزواج بزوجة ثانية، في فرنسا لاعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام، وسيعد زواجه الثاني باطلاً رغم أن قانونه الشخصي يسمح بذلك، لكن هل سيتم استبعاد القانون السوري أيضاً إذا تعلق الأمر بطلب الاعتراف بحقوق الزوجة الثانية؟

يذهب غالبية الفقه في فرنسا إلى إمكانية الاعتراف بحقوق نشأت في الخارج رغم كونها مخالفة للنظام العام في فرنسا وهذا ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.

ويجد هذا الموقف أساسه في فكرة الحقوق المكتسبة فطالما أن الحق نشأ صحيحاً في ظل قانون معين، وجب احترام هذا الحق وما يرتبه من آثار أينما كان مكان تواجده.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بالقول:

إن أثر تدخل النظام يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء حق بفرنسا أو اكتسابه ، أو فقط سريان حقوق اكتسبت بدون غش في الخارج، وكانت صحيحة في ظل القانون الذي نشأت تحت سلطانه.

وتماشياً مع هذا الموقف حكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 كانون الثاني 1958: بأن: الزوجة الثانية تعد شرعية ولها الحق بالمطالبة بكامل حقوقها ومن بينها حقها في النفقة، غير أن التسليم بالأثر المخفف لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام إطلاقاً[149].

بالنسبة لهذه الآثار، بل يفيد استبعاده في الحالات التي لا تتعارض فيه مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي، أما في الحالات الأخرى فيجب استخدام النظام العام لمنع التمسك بالآثار المخالفة له.

وهذا مفاده أن أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة لا يكون بطلان العلاقة وإنما عدم سريان آثارها في بلد القاضي، وتطبيقاً لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول ولو أنه اكتسبت في الخارج وفقاً لقانون الموقع الذي يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه.

---

[149] جمال عصمان، مرجع سابق، ص32.

ومن ذلك ما حدث مع الأساطيل التجارية للاتحاد السوفيتي ، وقد لجأ أحد هذه الأساطيل إلى ميناء مرسيليا بفرنسا، وعندما طالب الاتحاد السوفيتي بملكية بواخر هذا الأسطول استناداً إلى حقه المكتسب وفقاً للقانون السوفيتي (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسي دعواه، لأن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غير عادي وغير عادل إذ لم تعوض الحكومة السوفيتية الملاك وهو ما يتنافى مع احترام الملكية، وما لا يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي[150].

المطلب السادس

الدفع بالنظام العام والقانون الأجنبي الواجب التطبيق باتفاق دولي

يحدث أن تعقد معاهدة ما بين دولتين أو أكثر ويتعين فيها قواعد إسناد معينة يكون من شأنها تطبيق القانون الأجنبي لإحدى الدول المتعاقدة.

فإذا طرح نزاع على قاضي أحد الدول المتعاقدة، واتضح له أن القانون الواجب التطبيق حسب احكام المعاهدة هو قانون دولة أخرى متعاقدة، واتضح له أيضاً أن حكم هذا القانون يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي.

فما هو الحل؟ أيطبق القاضي القانون الأجنبي إعمالاً للمعاهدة، أم يمتنع عن تطبيقه إعمالاً للدفع بالنظام العام؟

إذا اتفق في المعاهدة على أن تطبيق القانون الأجنبي مقيد بمقتضيات النظام العام في الدولة المتعاقدة، فهنا يحق لقاضي أي من الدول المتعاقدة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي (قانون إحدى الدول المتعاقدة الأخرى) متى تعارض مع النظام العام في بلده، وقد تحققت هذه الحالة في معاهدة المودة والصداقة بين مصر وتركيا الموقعة بأنقرة في عام 1937 إذ نصت المادة /9/ الفقرة /2/ منها على: تلتزم محاكم كل من الطرفين

---

[150] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص554.

المتعاقدين بأن تطبق في مسائل الأحوال الشخصية القانون الأهلي الخاص بالمتقاضين مع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

وإذا اتفق في المعاهدة على أن تطبيق القانون الأجنبي (قانون إحدى الدول المتعاقدة الأخرى) لا يتعطل بالدفع بالنظام العام، فهنا يطبق هذا القانون ولا يمكن للقاضي الوطني التمسك بالدفع بالنظام العام من أجل استبعاد أحكامه.

إذا لم ينص في المعاهدة عن مجال إعمال الدفع بالنظام العام، فهنا يرى الفقه أن سكوت المعاهدة عن إعمال الدفع بالنظام العام والنص على تطبيق القانون الأجنبي ليس من شأنه ان يلزم الدولة بتطبيق القانون الأجنبي في حال تعارضه مع النظام العام، إذ بإمكان القاضي في هذه الحال استبعاد أحكام القانون الأجنبي (قانون إحدى الدول المتعاقدة الأخرى) لتعارضه مع مقتضيات النظام العام[151].

---

[151] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص545.

المبحث الثامن

الغش نحو القانون

رأينا فيما سبق أن القانون الأجنبي قد يكون واجب التطبيق ورغم ذلك يتم استبعاده متى كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، غير أن هذه الوسيلة لا تعد الوحيدة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، إذ يحدث أن يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي متى ثبت له أن هذا الأخير لم يختص إلا نتيجة تحايل من قبل الأفراد، وهذا ما يسمى بالغش نحو القانون.

المطلب الأول

المقصود بالغش نحو القانون

يعرف الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين بأنه: كل تغيير قانوني إرادي مقصود في ضابط الإسناد أو طائفة الإسناد ذاتها، للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة وإحلال قانون آخر بدلاً عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها.

فإذا كان القانون الفرنسي يمنع الطلاق، وقام فرنسي بتغيير جنسيته والحصول على الجنسية السورية ليخضع لأحكام هذا القانون ويحصل على الطلاق، فلا شك أن هذا يعتبر بمثابة غش نحو القانون الفرنسي، وهو القانون الذي كان واجب التطبيق أصلاً لو أن الشخص لم يقم بتغيير جنسيته.

والغش نحو القانون باستخدام قواعد الإسناد يحمل في طياته تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق، والاستخفاف بقواعد الإسناد، والانحراف بها عن الغاية لها.

وإذا كان المشرع وهو يعين القانون الواجب التطبيق يراعي اعتبارات حاجة المعاملات واعتبار العدالة فهو يراعي إذاً مصلحة عامة، كما أنه يجعل بعض القواعد الموضوعية ذات طبيعة آمرة إنما يبتغي رعاية مصلحة عامة كذلك.

في حين أن الأشخاص وهم يهربون من الأحكام الآمرة باستخدام قواعد الإسناد إنما يبتغون تحقيق مصالحهم الخاصة.

وعلى ذلك، فالغش نحو القانون هو مظهر من مظاهر الصراع ما بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وليس هناك شك أنه في هكذا صراع يجب أن تتغلب المصلحة العامة وأن تتوافر وسيلة قانونية لحمايتها عند العبث بها وهذه الوسيلة هي الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الثاني
نشأة الدفع بالغش نحو القانون

عرفت فكرة الغش نحو القانون في تنازع الأحوال في فرنسا، وفي القرن السابع عشر أخذ بها الفقهاء الهولنديون كتحفظ دائم على أعمال قواعد الإسناد حيث قال الفقيه هوبر إن أهلية صاحب الوصية وإن كانت في أصلها خاضعة لقانون محل إبرام الوصية، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة إذا تحايل صاحب الوصية بمحل إبرامها فقط للتهرب من قانونه الشخصي.

وكانت قضية الأميرة "دي بوفرمون" الباعث نحو طرح نظرية الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي أول مرة قام القضاء في فرنسا، وتتخلص هذه القضية في كون أميرة بلجيكية الأصل حصلت على الجنسية الفرنسية بعد أن تزوجت بالأمير الفرنسي "دي بوفرمون" واستقرت معه في فرنسا، وبعد مشاكل بينهما لجأت الأميرة إلى دوقية Saxe–Aldenbourg للحصول على الجنسية الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق على عكس القانون الفرنسي الذي كان يمنع الطلاق حينها، فتمكنت من الحصول على الطلاق من زوجها الأول لتتزوج من أمير روماني وتعود وتسكن معه في فرنسا لكن الزوج الأول رفع دعوى ببطلان الزواج الثاني كون الطلاق غير صحيح لأنه تم بعد تغيير الجنسية وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18 آذار 1878 ببطلان الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة للجنسية وهو ما يشكل غشاً نحو القانون.

أما بالنسبة للمشرع السوري فإنه لم يتطرق إلى أحكام الدفع بالغش نحو القانون، مثله مثل المشرع المصري واللبناني، ومعظم التشريعات العربية باستثناء المشرع التونسي الذي أفرد نصاً خاصاً لتكريس الدفع بالتحايل وذكر هذا الدفع بشكل صريح، حيث جاء في نص المادة /30/ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بأنه: يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة وإذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد.

هذا ويمكن للقضاء السوري تطبيق أحكام نظرية الغش نحو القانون استناداً لقواعد القانون الدولي الخاص.

وذلك بموجب نص الإحالة الوارد في المادة /26/ من القانون المدني السوري والتي تنص على أنه: "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

فهذا النص يحيل مسألة الغش نحو القانون إلى مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً، والتي تتسم بسمات الدقة والوضوح والتخصيص.

المطلب الثالث

تقدير نظرية الغش نحو القانون

لاقت هذه النظرية قبولاً عند بعض الفقه الذي تحمس للأخذ بها، إلا أن مناصريها اختلفوا فيما بينهم على مدى نطاق تطبيقها، فمنهم من دعا إلى تعميمها ومنهم من ذهب إلى قصر مجالها على بعض التصرفات.

إلا أن هذه النظرية قد وجدت معارضة شديدة لدى جانب آخر من الفقه، الذي ذهب إلى عدم الأخذ بها وتطبيق القانون الذي أصبح مختصاً على أثر تغيير ظروف الإسناد ودون النظر إلى الباعث الذي دفع الأفراد إلى تغييره.

وقد اعتمد كل من الفريقين على حجج أيد بها موقفه، فاستند معارضو هذه النظرية على الحجج الآتية:

1. القول بوجود الغش نحو القانون يستلزم البحث في نية الفاعل للتأكد من وجوده، وتواجه هذا البحث عقبات صعبة لأن النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحري ما في الضمائر، وهذا التحري إن لم يكن مستحيلاً فهو أمر في غاية الصعوبة، أضف إلى ذلك أن أمر تقدير نية الغش لا يخلو من خطر كبير، إذ قد يسيء القاضي استعمال السلطة أو قد يخطئ في استخلاص النية، لذا فإن الاكتفاء بالمظاهر الخارجية والاعتماد عليها كاف للدلالة على القانون الواجب التطبيق، وهذه المظاهر لا تدل على الغش والأصل في الإنسان حسن النية.

2. لو تم التسليم جدلاً بأنه سيتم التعرف على النية في بعض الحالات، فإن ذلك لا يبرر الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، لأن النية قد تتوفر في أحد أطراف العلاقة دون الطرف الآخر، وإبطال الاختصاص القانوني ونقله إلى قانون آخر، بموجب هذه النظرية سيؤدي إلى الإضرار بالطرف الحسن النية، وهذا ما يتنافى مع العدالة.

3. إن من يغير ظروف الإسناد بغية إخضاع تصرفه لقانون آخر لا يشكل عمله أي مخالفة للقانون، فهو يستخدم حقاً منحه له القانون، وما دام القانون يعطيه هذا الحق فلا يمكن اعتبار تصرفه مخالفاً للقانون.

أما مؤيدو النظرية فقد ردوا على الاتجاه المعارض بالقول:

1. لا شك أن التحقق من النية أمر صعب لكنه ليس مستحيلاً وعلى القاضي أن يتوخى الحذر في مجال بحثه عن النية وألا يحتج لصعوبة معرفة النية كي لا يأخذ بنظرية الغش نحو القانون، لأن البحث في النية أمر سمح به المشرع في الأمور الجزائية والمسائل المدنية، فنظرية السبب تقوم أساساً على ثبات المتعاقدين.

كما أن احتمال حدوث شيء من التعسف من جانب محكمة الموضوع في تقديرها لنية الغش يمكن الحد منه إلى أضيق نطاق عن طريق رقابة محكمة النقض، أيضاً فالغش نحو القانون كالنظام العام يعطي القاضي سلطة تقديرية في معرفة ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام أم لا، ومع ذلك لم يتم الاحتجاج بهذه السلطة التقديرية لمنع الأخذ بالنظام العام.

2. إن عدم الأخذ بنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول بعض الفقه امتيازاً للأغنياء الذين تتوافر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد لآخر لإجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الإسناد.

3. يرد على الحجة القائلة (من يغير ظروف الإسناد من أجل إخضاع تصرفه لقانون آخر فإنه يستخدم حقاً منحه له القانون) أن مثل هذا الحق ما أعطي إلا للضرورة التي يوجد فيها الشخص في مثل تلك الظروف، ومثل هذه الضرورة منتفية بالنسبة لمن يغيرون جنسياتهم أو مواطنهم لغرض التخلف من القوانين الآمرة والناهية.

وهؤلاء باستخدام حق تغيير ظروف الإسناد يستخدمون وسيلة مشروعة بقصد الوصول بها إلى غاية غير مشروعة.

المطلب الرابع

الأساس القانوني للدفع بالغش نحو القانون

أسس كثيرة وضعت لتحديد الأساس القانوني للغش نحو القانون، فهناك قسم من الفقه اعتبره صورة من صور السبب غير المشروع، بينما ذهب جانب آخر إلى اعتباره صورة من صور التعسف في استعمال الحق، ورأى آخرون أنه أحد تطبيقات الدفع بالنظام العام، إلا أن الاتجاه السائد في الفقه قد اعتبر نظرية الغش عموماً هي الأساس الذي يمنح الدفع بالغش نحو القانون الاستقلالية التامة.

أولاً- صورة من صور السبب غير المشروع:

يذهب قسم من الفقه إلى أن تغيير الجنسية أو الموطن لا يعدو أن يكون استعمالاً مشروعاً لحق أو رخصة ومن ثم لا يصح بعد ذلك أن ينسب للشخص ارتكابه للتحايل ما دام أنه قد استعمل وسيلة مشروعة بحد ذاتها، كما أن تصدر القاضي للبحث عن نية التحايل هو إقحام له في مجال يصعب إثباته.

ويكون السبب غير مشروع إذا حظره القانون أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فكل تصرف نجم عن تحايل أو غش يجب إبطاله كلما كان سببه مخالفاً للقانون،

وفي نظرية الغش نحو القانون يكون السبب هو نية التحايل، فالسبب في النظرية الحديثة هو الباعث والدافع على التعاقد.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد على أساس أن تأسيس نظرية التحايل على فكرة السبب غير المشروع يؤدي إلى عدم إلمامها بجميع حالات الغش، كما أن هناك اختلافاً بينهما من حيث الجزاء المترتب على السبب غير المشروع، وهو البطلان المطلق بينما الجزاء المترتب على التحايل هو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالتحايل لا البطلان.

كما أن فكرة السبب غير المشروع تقوم على وسيلة مشروعة للوصول إلى هدف غير مشروع، أما فكرة التحايل فإن سببها دائماً مشروع لكن ما يفسد تلك الأعمال هي النية السيئة المختبئة وراءها وليس السبب[152].

ثانياً – صورة من صور التعسف في استعمال الحق:

ذهب جانب من الفقه إلى القول إن الغش نحو القانون ما هو إلا صورة من صور النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، وأساس ذلك هو المسؤولية التقصيرية باعتبار التعسف في استعمال الحق في أحد تطبيقات هذه المسؤولية فالأفراد الذين يريدون الالتجاء إلى أحد قواعد القانون الدولي الخاص دون غرض سوى الاستفادة من تشريع أجنبي، هم بذلك يخرجون الحق المخول لهم عن غايته الأساسية، بمعنى أنهم يسيئون استعمال هذا الحق.

لكن وإن اتفق الغش نحو القانون مع التعسف في استعمال الحق في بعض الجوانب إلا أن هناك خصائص متباينة لكل من المفهومين.

ممن تعسف في استعمال حقه يتعسف ضد مصلحة فردية بينما الغش نحو القانون يسيء إلى مصلحة عامة.

---

[152]سادي سهام، سايفي عيدة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2015، تاريخ المناقشة 2016/6/22، ص16.

كذلك المتعسف في استعمال حقه يلحق الضرر بشخص آخر دون تحقيق منفعة، وهذا لا يتحقق في الغش نحو القانون.

أيضاً فإن القاضي قد يحكم بالتعويض للمتضرر من جراء التعسف في حين أن التحايل يهدف إلى استبعاد أحكام القانون المختص.

كذلك فإن نية التحايل شرط أساسي في الغش نحو القانون، بينما التعسف يقع لمجرد الإهمال ولا يقترن بسوء النية أحياناً [153].

ثالثاً- أحد تطبيقات النظام العام:

يذهب جانب من الفقه ومنهم بارتان إلى القول بأنه لا توجد نظرية قائمة بحد ذاتها على الغش نحو القانون، وهذه النظرية إن وجدت فهي أحد تطبيقات النظام العام.

فإذا كان القصد من تغيير ضابط الإسناد هو الإفلات من تطبيق الأحكام الآمرة في قانون القاضي فإن تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقاً للنظام العام، وبالتالي يتوجب على القاضي استبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام وتطبيق أحكام قانون الوطني.

إلا أن القسم الآخر من الفقه يرى أنه وعلى الرغم من تشابه النتيجة التي يؤدي إليها الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون وهي استبعاد القانون المختصة بموجب قواعد الإسناد.

إلا أن هناك اختلافاً واضحاً بين الفكرتين من حيث الاعتبارات التي يقومان عليها ومن حيث المضمون.

فمن جهة يمكن إعمال الدفع بالنظام العام بناء على مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام في بلد القاضي، أما في الدفع بالغش نحو القانون فيؤخذ بعين الاعتبار من أجل استبعاد هذا القانون جعل ذوي المصلحة وأعمالهم، ومن جانب آخر فإن الهدف من إعمال الدفع بالنظام العام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبي

---

[153] سادي سهام، سايفي عيدة، مرجع سابق، ص13.

المختص، أما الهدف من أعمال الدفع بالغش نحو القانون فهو المحافظة على أحكام القانون المختص.

وهذا يعني أن النظام العام يتدخل من أجل حماية المصالح الوطنية دون الأجنبية في حين أن الغش نحو القانون يمكن أن يؤدي إلى حماية مصلحة القانون الأجنبي[154].

رابعاً – نظرية مستقلة وقائمة بذاتها:

يذهب جانب من الفقه الحديث إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون على أساس أنها تطبيق لمبدأ عام وهو أن الغش يفسد كل شيء.

فمن يطلب تطبيق القانون يجب أن يكون حسن النية، كما أن التحايل لا يعطي صاحبه وصفاً قانونياً سليماً ويمكن إثباته بكل طرائق الإثبات والقاضي الموضوع سلطة استخلاص عناصره وتقدير ما يثبت به وما لا يثبت به.

فالغش يبطل كل التصرفات ولو لم يجربها نص خاص واستعمال الحيل للهروب به من القواعد الآمرة هو بمثابة غش وتحايل وانحراف عن طريق حسن النية الواجب توافره في التصرفات كافة من أجل حماية مصالح الأفراد[155].

---

[154] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص158.

[155] سادي سهام، سايفي عيدة، مرجع سابق، ص17.

المطلب الخامس

شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون

يشترط للدفع بالغش نحو القانون شرطان أساسيان، الأول مادي والثاني معنوي.

أولاً – الشرط المادي: هو إجراء تغيير في ضابط الإسناد، فالغش لا يتحقق إلا إذا كان ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن لإرادة الأفراد القيام بتغييرها، كضابط الجنسية، أو الموطن، أو موقع المنقول.

أما إذا كان ضابط الإسناد من الضوابط التي لا يمكن تغييرها كضابط موقع العقار فهنا لا مجال للدفع بالغش نحو القانون لأن الاختصاص التشريعي له مستقل عن إرادة الأفراد، ويعد تغيير القانون الواجب التطبيق هو الشرط أو العنصر المادي للغش نحو القانون.

لذا يجب أن يتوافر في هذا التغيير الآتي:

1. أن يكون التغيير فعلياً: أي أن يكون سليماً من الناحية القانونية، وليس صورياً، فإذا كان تغيير ضابط الإسناد صورياً لما كان هناك حاجة لإعمال الغش نحو القانون، إذ يكفي هنا التمسك بأحكام الصورية ، فلا يعتد بالموطن الجديد إذا كان صورياً أو كان يفتقد للعناصر القانونية لقيامه، بل يجب أن يكون الموطن متفقاً وحقيقة الواقع فلا يعتد بمركز الإدارة الصوري الذي تتخذه شركة ما بقصد الهروب من تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الفعلي.

2. أن يكون التغيير إرادياً: أي أن يكون لإرادة الفرد دور في عملية التغيير، لذا لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد ولا تكون للإرادة دخل فيه، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.

3. أن يكون التغيير مشروعاً: أي تكون الوسيلة المستخدمة في التغيير مشروعة، فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طريق التزوير ففي هذه الحالة لا حاجة لاستعمال الغش نحو القانون، على أساس أن الوسيلة غير مشروعة والعبرة هي الجنسية الأولى

لذا يجب أن يكون التغيير مشروعاً ومباحاً، فالتغيير المشروع يوصل إلى نتيجة غير مشروعة، وهذا ما ظهر لنا في قضية الأمير "دي بوفرمون" التي كانت تتمتع

بالجنسية الفرنسية ومتزوجة في وقت كان القانون الفرنسي لا يسمح لها بالطلاق، فاستخدمت وسيلة مشروعة وهي الحصول على جنسية إحدى الإمارات الألمانية للوصول إلى نتيجة غير مشروعة وهي الحصول على الطلاق كون القانون الألماني كان يجيز الطلاق[156].

ثانياً – الشرط المعنوي: يجب أن يكون التغيير مقترناً بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة القانونية.

فإذا كان التغيير مقصوداً بحد ذاته أي مجرداً من أي سوء نية للتهرب من أحكام قانون معين وتطبيق أحكام قانون آخر، فلا يمكننا هنا إعمال الدفع بالغش نحو القانون ولو ترتب على ذلك التغيير تبدل في القانون الواجب التطبيق على مسألة معينة، لأن هذا التبدل كان نتيجة طبيعية لهذا التغيير ولم يكن الغاية الأساسية المقصودة منه.

ومجرد الإفلات من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة القانونية كاف للدلالة على سوء النية ولو لم تتحقق الغاية المرجوة من تطبيق أحكام القانون الذي أصبح مختصاً نتيجة التغيير في ضابط الإسناد[157].

ففي قضية الأميرة "دي بوفرمون" تبين للقضاء الفرنسي أن اكتساب الجنسية الألمانية للحصول على الطلاق الذي لا يبيحه القانون الفرنسي، هو إفلات من أحكام القانون الفرنسي المختص أصلاً كونه قانون الجنسية الأصلية، وهذا الإفلات كاف للتدليل على سوء النية.

ويعتبر توافر نية الغش الشرط الأساسي عملياً الذي يمكن بموجبه أن يحصل الغش نحو القانون، لكن المشكلة الرئيسية تكمن في الكشف عن هذه النية على اعتبار أنها من الأمور الباطنية التي يصعب على القاضي اكتشافها إلا أن صعوبة اكتشاف النية لا يعني استجابة ذلك إذ يمكن للقاضي اكتشاف النية بالرجوع إلى ظروف عن قضية وملابساتها.

---

[156] سادي سهام، سايفي عيدة، مرجع سابق، ص29.

[157] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص161.

ويعد استخلاص النية من مسائل الواقع التي يستقل بها قضاة الموضوع دون خضوعهم لرقابة محكمة النقض، لكن الأثر المترتب على التحايل يشكل مخالفة للقانون ويخضع لرقابة محكمة النقض وهذا يشكل ضمانة لحماية حقوق الأفراد ومن القرائن التي يمكن أن يستعين بها القاضي للاستدلال على سوء النية هي حالة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد.

كما لو كان قانون الشخص لا يبيح الطلاق، فاكتسب جنسية جديدة، وقام فور اكتسابه هذه الجنسية بطلاق زوجته.

فضلاً عن الشرطين السابقين اللذين هما محل اتفاق فقهاً وقضاءً اتجه جانب من الفقه إلى إضافة شروط أخرى، إلا أن هذه الشروط لم تحظ بالإجماع بل بقيت محل جدال بين الفقهاء ومن هذه الشروط أن يرتب الغش نحو القانون ضرراً بأحد الأطراف وأن يكون الغش نحو القانون موجهاً للقواعد الآمرة وقانون القاضي[158].

المطلب السادس

نطاق اعمال الدفع بالغش نحو القانون

انقسمت الآراء في تحديد نطاق نظرية الغش نحو القانون إلى جانبين جانب يرى أن نطاقها هو حماية القانون الوطني، بينما يرى جانب آخر امتداد نطاقها ليشمل القانون الواجب التطبيق الأجنبي والوطني.

أولاً – حماية القانون الوطني:

اتجهت أحكام القضاء الفرنسي في البداية إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون على الأحوال التي تهرب بها الشخص من أحكام القانون الفرنسي، وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه ذلك أنهم وجدوا أن التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو

---

[158] سادي سهام، وسايفي عيدة، مرجع سابق، ص34.

الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي ومن ثم يبرر أعمال الدفع بالغش نحو القانون[159].

فالغش الذي يبعد قانون القاضي عن اختصاصه يجب أن يكون جزاؤه إبطال الاختصاص الناتج عن الغش، كما أن كل غش يترتب عليه تنحية قانون أجنبي لمصلحة قانون أجنبي آخر لا يعتد به ولا يكون الجزاء إبطال الاختصاص ذلك أن القاضي لا يحمي القوانين الأجنبية وإنما يحول دون التحايل على قانونه فحسب، كما أن قسما من الفقه المؤيد لذلك ينظر إلى القانون الأجنبي باعتباره مسألة من مسائل الواقع أي مجرداً من عنصر الأمر والإلزام[160].

ثانياً – حماية القانون المختص وطنياً أم أجنبياً:

يرى جانب من الفقه الحديث أن الدفع بالغش نحو القانون يستند إلى اعتبارات خلقية يستوي في نشأتها أن يكون التحايل قد قصد به التهرب من أحكام قانون أجنبي أم من أحكام قانون القاضي.

كما أن التحايل على أحكام القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون غشاً في القانون الوطني ذاته (قانون القاضي) إذ أن نتيجة الغش هي الإفلات من أحكام القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي، كما أن أساس نظرية الغش نحو القانون يكمن في نظرهم في ضرورة استبعاد الغش أياً كانت الغاية منه[161].

وإذا كان هذا الاتجاه ينسجم مع المنطق التام لفكرة الغش نحو القانون لأن الغش يعد أمراً غير مشروع ويخالف أخلاق التعامل، ويجب مكافحته، إلا أن التعامل السائد

---

[159] محمد خالد عودة، التحايل على القانون في القانون الدولي الخامس الفلسطيني، دراسة محلية، مقال نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعممة، العدد /45/ الصفحة /79/.

[160] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص202.

[161] المرجع سابق، ص202.

حالياً يظهر قصر نطاق أعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القانون الوطني.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن نطاق الدفع بالغش نحو القانون لا يتحدد بحماية القواعد الآمرة في القانون المختص بل يشمل القواعد المكملة في هذا القانون، وذلك انسجاماً مع الغاية الأساسية من أعمال الدفع بالغش نحو القانون وهي حماية قواعد الإسناد الوطنية من خلال احترام تطبيق أحكام القانون المختص الذي تشير هذه القواعد[162].

المطلب السابع

آثار الدفع بالغش نحو القانون

يثور التساؤل حول الأثر المترتب على أعمال الدفع بالغش نحو القانون فيما إذا كان يتناول النتيجة التي ابتغاها المتحايل على القانون، أم يتناول الوسيلة والنتيجة.

أولاً – الأثر السلبي للغش نحو القانون:

ويقصد به استبعاد القانون الذي تم التحايل من أجل تطبيق أحكامه، وقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بهذا الأثر.

فذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن هذا الاستبعاد يشمل النتيجة فقط وهي "تطبيق القانون الأجنبي" دون الوسيلة وهي "الأفعال التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد" ذلك أن الوسيلة بالأصل مشروعة ما دامت من حق الشخص وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب.

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية اعتدت بهذا الرأي ضمناً فقد اقتصر حكمها في قضية "بوفرمون" على بطلان التطبيق دون الحكم ببطلان اكتساب الجنسية الألمانية.

ومن جانب آخر يرى اتجاه آخر في الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة ففي قضية "بوفرمون"

---

[162] د. فؤاد ديب، مرجع سابق، ص164.

يجب ألا يقتصر أثر الغش نحو القانون على النتيجة المتمثلة بعدم نفاذ الطلاق الذي تم إبرامه وفقاً لقانون الجنسية الجديدة، وإنما يجب أن يمتد إلى الوسيلة التي تم استعمالها وهي اكتساب الجنسية الألمانية، ووفقاً لهذا الرأي يجب أن يتم إبطال النتيجة وهي إبطال طلاق الأميرة البلجيكية من الأمير "بوفرمون" وإبطال الوسيلة، وهي اعتبار اكتسابها الجنسية الألمانية باطلاً.

ثانياً – الأثر الإيجابي للغش نحو القانون:

يترتب على الأثر الايجابي للدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الذي تم التحايل من أجل تطبيق أحكامه، وهذا يخلق فراغا قانونيا مؤقتا لعدم وجود قانون تحكيم العلاقة.

فيأتي دور الأثر الإيجابي بتطبيق القانون الأصلي الذي تم التحايل من أجل استبعاد أحكامه.

ووجود هذا الأثر مترتب على وجود الأثر السلبي، فلو وجد الأثر السلبي دون الإيجابي لقررت محكمة الموضوع بعد ثبوت واقعة الغش نحو القانون استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وفقاً للأثر السلبي، ومن ثم تتوقف ولا تحدد القانون الواجب التطبيق.

لذا كان لزاماً أن يتقرر أحكام القانون المستبعدة أحكامه (المتحايل عليه)(163)، لكي يوجد قانون يحكم المسألة وإلا أصبحت النظرية من أساسها مستحيلة التطبيق.

---

(163) محمد خالد عودة، مرجع سابق، ص

الفصل الثاني *[164]

قواعد تنازع القوانين السورية

وردت قواعد تنازع القوانين السورية في القانون المدني السوري[165]، من المادة (12) وحتى المادة (24).

ولو نظرنا إلى جملة هذه القواعد لأمكن تصنيفها في عدة مجموعات، يستقطب كل منها مركز ثقل يمثل قاعدتها في الإسناد، ويختلف هذا المركز باختلاف المجموعة:

- **مجموعة المسائل المتعلقة بالأشخاص** (م12إلى م1/18): حيث تظهر (جنسية الأشخاص المعنيين) كمركز ثقل في هذه المجموعة.
- **مجموعة الأموال** (م19): حيث يظهر (موقع المال) مركز الثقل في هذه المجموعة.
- **مجموعة العقود** (م20): حيث تتصدر (إرادة المتعاقدين) عوامل التركيز الأخرى.
- **مجموعة الشكل** (م2/18 و م21): ويظهر فيها لزوماً (محل إبرام التصرف) كأحد الخيارات المتاحة في الإسناد.
- **مجموعة الوقائع** (م22): يستحوذ (مكان الواقعة) على مركز ثقلها
- **مجموعة إجراءات المحاكمة وأدلة الإثبات** (م23، م24): يتجه مركز الثقل فيها إلى (مكان المحكمة) و (مكان بلد إعداد الدليل).

وفيما يلي سنورد شرحاً تفصيلياً لجميع قواعد الإسناد السورية حسب الترتيب المُدرج في القانون المدني السوري:

---

[164] * **كتب الفصل الثاني الدكتورة وفاء مزيد فلحوط**

([165]) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الأول

الحالة المدنية والأهلية للشخص الطبيعي

والنظام القانوني للشخص الاعتباري الأجنبي /المادة 12/:

نصت المادة (12) من القانون المدني السوري على ما يلي: «**1 – الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سورية وتترتب آثارها فيها. إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه. فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.**

2 – أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإن القانون السوري هو الذي يسري».

نلاحظ أن نص م12 يتضمن فقرتين، الفقرة الأولى تتعلق بالشخص الطبيعي وتقوم على قاعدة في مسألتي الحالة المدنية والأهلية، وعلى استثناء في مسألة الأهلية، أما الفقرة الثانية فتتعلق بالشخص الاعتباري، وتقوم أيضاً على قاعدة واستثناء.

المطلب الأول

الحالة المدنية والأهلية للشخص الطبيعي م(1/12):

أولاً_ القاعدة (يسري على الحالة المدنية والأهلية قانون جنسية الشخص المعني):

إن بيان هذه القاعدة يستوجب تحليل مسألتها، أو مسائلها المسندة لبيان نطاق تطبيقها.

1 – الحالة المدنية:

للشخص الطبيعي – من حيث المبدأ – حالتان: حالة مدنية: تحدد مجمل الصفات التي تعرّف بالشخص ذاته، أو تحدد وضعه القانوني بصفته عضواً في أسرة معينة، وحالة سياسية: تحدد انتسابه إلى دولة معينة من خلال رابطة الجنسية.

ومن صراحة نص م1/12 يجب استبعاد الحالة السياسية (الحالة العامة)، لأن الجنسية رابطة سياسية قانونية من روابط القانون العام تُعنى بتحديد ركن الشعب الذي يعدُّ أحد أركان وجود الدول، مما يُخرجها من نطاق تنازع القوانين أصلاً.

ويبقى المعنى حسب الصياغة الحرفية لنص م(1/12) مختلف الصفات المتعلقة **بالتعريف بالشخص ذاته:** كالاسم واللقب والموطن والغياب والفقدان، بالإضافة إلى الصفات المرتبطة بعلاقاته مع أفراد أسرته.

إلاَّ أنَّ الصفات الأخيرة، أي المرتبطة بصفته عضواً في أسرة ما، تخرج بالنظر لجهة القانون الواجب التطبيق من نطاق المادة (12) لتدخل في نطاق قواعد الإسناد الأخرى الواردة لاحقاً لنص المادة المذكورة. فمثلاً كون الشخص متزوجاً أم لا يَفْتَرِضُ تدخّل قانون جنسية الزوجين، أو القانون السوري إعمالاً لنص المادتين (13) أو (15) حسب الحال[166]، وذلك لبيان الشروط الموضوعية لصحة هذا الزواج. وكذلك الأمر فيما لو أردنا معرفة ما للأزواج أو الأقارب من حقوق حيال شخص ما، إذ يَفْتَرِضُ تدخل م14 أو م16 لبيان التزامه بالنفقة حيال الزوجة أو الأقارب حسب الحال أثناء حياته، كما يَفْتَرِضُ تدخل م18 المتعلقة بالميراث الشرعي أو الإيصائي لبيان الحقوق المقررة على تركته بعد الوفاة.

---

[166] حسب جنسية الزوجين؛ فإذا كان الزوجان أجنبيان يصار إلى تطبيق م13 على الشروط الموضوعية للزواج، أما إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج فيصار إلى تطبيق القانون السوري حسب م15.

وهكذا يقتصر نطاق (الحالة المدنية) الواردة كمسألة مسندة في سياق الشطر الأول من م (1/12) على الصفات التي تلحق التعريف بالشخص بحد ذاته، كالاسم واللقب والموطن والغياب والفقدان:

أ – الاسم واللقب:

باعتبار ما لكل شخص طبيعي من اسم ولقب تجد المادة 1/12 تطبيقاً لها فيما لو أثير نزاع مثلاً على استعمال الشخص لاسمه أو للقبه، أو تغييره لاسمه، أي فيما لو حصل التغيير صحيحا أم لا، أو فيما لو تعلق النزاع بمسألة انتحال اسمه أو لقبه.. حيث يفترض العودة إلى الأحكام ذات الصلة في قانون جنسية ذلك الشخص[167]. وتظهر أهمية مثل هذا القانون بشكل خاص نتيجة لاختلاف الدول في مسألة تنظيم الأسماء والألقاب[168].

ب – الموطن:

لا يخفى ما للموطن على مستوى العلاقات الدولية الخاصة من أهمية وشأن، ومن جهتها تجد المادة 1/12 تطبيقاً لها لفض المنازعات المتعلقة بالموطن، وذلك بإسنادها لقانون جنسية الشخص المعني، وتظهر أهمية هذا الإسناد كلما لاحظنا اختلاف الدول في مسألة تحديد معنى (الموطن)، فلو ثار نزاع مثلاً أمام القاضي السوري حول مسألة مدى وجود موطن لفرنسي في مصر من عدمه، لوجبت العودة إلى القانون المدني

---

[167] تتعدد المنازعات المرتبطة بمسألة الاسم أو اللقب، ولكن لا تدخل جميعها في نطاق المادة (12)، فمثلاً حق الزوجة في أن تحمل اسم زوجها بعد الزواج يعد أثراً من آثار الزواج مما يخرجه من نطاق م (12) ويدخله في نطاق م(1/14)، وكذلك الحال في المنازعات على الأسماء التجارية فلا شأن للمادة (12) بها.

[168] ثمة خلاف في توجهات الدول في تحديد دلالة الاسم واللقب، فقد يعبر الاسم عن الاسم الذي يعطى من الوالدين عند الولادة، وقد يشار به إلى اسم العائلة، وقد يقصد باللقب اسم الولد مسبوقاً بكلمة أب مما يعني اختلافه عن النسبة أي اسم الأسرة، راجع في التوجه السوري واللبناني والمصري د. فؤاد ديب مرجع سابق – ص 185 بالإضافة إلى د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 734.

الفرنسي باعتباره قانون جنسية الشخص المعني بما يرتبه من أحكام ذات صلة تذهب إلى تحديد الموطن بالمركز الرئيسي للشخص للدلالة على أهمية عنصر النية مقارنة بالعنصر المادي، وذلك خلافاً لتوجه القانون المدني المصري الذي يعرّف الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، لتظهر النية بوصفها عنصراً تابعاً ومفترضاً مع تحقق العنصر المادي[169].

ج – الغياب والفقدان:

يعدّ الغياب والفقدان من الصفات المكونة لحالة الشخص، ويمكن القول عموماً إن الغائب هو من تنقطع أخباره في ظروف عادية لا ترجح فيها مماته على حياته، بينما المفقود هو من يغيب لدرجة لا تعرف حياته من مماته، كأن يغيب في ظروف يغلب فيها الهلاك كالعمليات الحربية. ويعدُّ إسناد مسألتي الغياب والفقدان إلى قانون جنسية الشخص المعني بمثابة مبدأ عام أخذت به الكثير من الدول، وتظهر أهمية هذا الإسناد من خلال النظر إلى اختلاف الدول في تنظيم هاتين المسألتين.

فقد يعتبر الشخص غائباً حسب قانون دولة ما، بينما لا يعدّ كذلك حسب الشروط المقررة في قانون دولة أخرى، وكذلك الحال بالنسبة للفقدان.

فلو طرح نزاع أمام القضاء السوري يتعلق بفقدان شخص ما، فقد يحكم باعتباره ميتاً بما يترتب على ذلك من تصفية تركته فيما لو بلغ من العمر ثمانين عاماً، وقد لا يعتبر كذلك، ما لم يبلغ مئة عام، وهذا ما يحدده قانون جنسيته.

---

[169] راجع في مقارنة توجه القانون المدني الفرنسي مع المصري د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 746. وأيضاً راجع المرجع السابق في ص 764 لجهة تمييزه ما بين إثارة فكرة الموطن بوصفها شقاً في قاعدة التنازع الأجنبية، وبين وصفها كشقٍ في قاعدة التنازع الوطنية، كأن تسند قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون الموطن، فحينها يتم تحديد الموطن حسب قانون القاضي باعتبار مشرعه تصدى لوضع قاعدة التنازع كما لو كانت قاعدة مادية.. ومن جهتنا نستغرب اللجوء إلى مثل هذا التمييز ونتساءل عن قوة مبرراته..

2 – الأهلية:

أ – يقصد بالأهلية بوصفها المسألة المسندة في م(1/12) **أهلية الأداء العامة،** وذلك على الأخص لجهة:

- تحديد سن الرشد، أي تدرج الأهلية وفقاً لسن الرشد الذي يختلف من دولة إلى أخرى، وذلك لمعرفة فيما لو كان الشخص عديم الأهلية أو ناقصها [170]، أو فيما لو أصبح راشداً ببلوغه هذا السن.
- بيان عوارض الأهلية، كالجنون والعته والسفه والغفلة، وما يترتب عليها من آثار.
- بيان الجزاءات المترتبة على انعدام الأهلية أو نقصانها، وخاصة لجهة بيان الأثر المترتب، فيما لو كان بطلانا مطلقا، أم بطلانا نسبيا، أم انعداما.

وفي مطلق الأحوال تكون العبرة بجنسية الشخص وقت قيامه بالتصرف المطلوب تحديد الأهلية بالنسبة إليه.

ب – وبالمقابل يخرج من سياق المسألة المسندة في معرض تطبيق م(1/12) كلّ من:

- أهلية الوجوب: أي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، وتخضع هذه المسألة بالتتالي لقانونين: أولهما قانون القاضي الناظر في النزاع ليقرر فيما لو كان للأجنبي التمتع بهذا الحق أصلاً أم لا على نحو يرتبط بمسألة المركز القانوني للأجنبي داخل حدود دولته، وإذا ما تقرر له ذلك، يظهر القانون الثاني، وهو القانون الذي يحكم المسألة المسندة على اختلافه باختلاف هذه المسألة، كحق الشخص في أن يرث مثلا يخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، وهكذا...
- موانع التصرف (أهلية الأداء الخاصة): تخرج الأهلية المقيدة بدورها عن المسألة المسندة للمادة(1/12)، وتخضع للقانون الذي يحكم التصرف الممنوع القيام به، فيخضع مثلاً منع الطبيب من قبول وصية من مريضه في مرض الموت للقانون الناظم للوصية،

---

[170] وتشمل أيضاً تحديد التصرفات التي يمكن لناقص الأهلية أو فاقدها أن يجريها بنفسه بصفة استثنائية، أو يجريها عن طريق شخص آخر..

أي لقانون جنسية الموصي وقت موته (م1/18). كما يخضع منع القضاة والمحامين من شراء الحق المتنازع عليه للقانون الناظم للإجراءات، أي لقانون القاضي الناظر في النزاع (م23)[171].

ثانياً_ الاستثناء الوارد على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

بعد أن نصت م1/12 في شطرها الأول على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، أعقبت في شطرها الآخر استثناءً بقولها: ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سورية وترتبت آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

ويمكن الوقوف على حقيقة هذا الاستثناء المنصوص عليه في الكثير من القوانين من خلال العودة إلى جذره التاريخي، فقد استقاه المشرع السوري على غرار غيره من المشرعين من مسلك القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تدعى بقضية ليزاردي (Lizardi)، وليزاردي هو شاب مكسيكي الجنسية كان يبلغ من العمر ثلاثة وعشرين عاماً حين اشترى من تاجر فرنسي بضع مجوهرات مقابل سندات، وعند استحقاق قيمتها دفع ليزاردي ببطلان السندات بسبب نقص أهليته لأن القانون المكسيكي باعتباره القانون الناظم لهذه الأهلية لا يعده كامل الأهلية نظراً لتحديده سن الرشد بخمسة وعشرين عاماً.

واذا ما عدنا بالحديث الى الخصائص العامة لقواعد الإسناد، نلحظ إن الاستثناء المذكور أعلاه لا يعدُّ من قبيل الاستثناءات المقررة على تلك الخصائص بقدر ما ينطوي على خروج عن مفهوم الإسناد ليغدو أقرب للقواعد المادية، باعتبار ما أعطاه من حكم نهائي فصل مباشرةً في موضوع نزاع تعلق بأهلية شخص في ظل شروط الاستثناء المقررة قانوناً، وذلك بأن قال قولته النهائية باعتبار ناقص الأهلية في تلك الظروف

---

[171] راجع في التوجهات المختلفة لتحديد ما يدخل في مفهوم الأهلية في هذا السياق كل من د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 777 وما سبق. ود. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 345 وما سبق، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق ص 195 – وما بعد.

شخصا كامل الأهلية، على نحو يضمن استقرار تعاملات المتعاملين معه مِن حَسَني النية والمعذورين بجهلهم لنقص أهليته.

وهذا ما يستدعي الوقوف على تلك الشروط تباعاً كما وردت بحرفية النص:

1 – في التصرفات المالية: أي يشترط أن يكون التصرف من قبيل التصرفات المالية. إذ نعتقد بإمكانية اعتبار شخص ناقص الأهلية على أنه كامل الأهلية في أمور لا تحمل قيمة معنوية أو روحية، بينما في تصرفات لها خطورتها وحساسيتها، كتصرفات الأحوال الشخصية لا يمكن اعتباره كذلك. عدا أن تصرفات الأحوال الشخصية كالزواج، عادةً ما تتم بكثير من الإجراءات والحيطة مما يفترض تمحيص المتعاقدين بمسألة الأهلية لدرجة تنفي الخفاء المشار إليه لاحقاً كأحد الشروط الأخرى لإعمال الاستثناء.

وفيما عدا ذلك يشمل الاستثناء جميع التصرفات المالية بغض النظر عن طبيعتها أو قيمتها أو خطورتها.. لأن النص جاء مطلقاً، ولو أراد المشرع تقييدها لفعل ذلك بصراحة النص.

2 – التي تعقد في سورية وترتب آثارها فيها: نظراً لأن رغبة المشرع السوري تتصرف لحماية المتعاملين حسني النية، سوريين كانوا أم أجانب – كما سيتضح في الشرط اللاحق – فهذا يفترض أن المشرع قصد من الشرط الحالي خلق مبرر مقنع لحكم القضاء السوري نتيجة الاستثناء، وهو وجود رابطة مع الدولة السورية تبرر منح تلك الحماية[172].

---

[172] علماً أن هناك تشريعات تأخذ بالاستثناء أياً كان المكان الذي أبرم فيه التصرف أو رتب آثاره فيه، كالقانون الألماني (م12)، والقانون الدولي الخاص السويسري الجديد (م36)، والقانون البرتغالي (م3/28)، مشار إلى هذه التشريعات في مؤلف د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 800.

3 – إذا كـان أحـد الطـرفين أجنبيـاً نـاقص الأهليـة: وهـذا يعنـي أن التصـرف المشـمول بالاسـتثناء إمـا أن يكـون بـين سـوري وأجنبـي، أو بـين أجنبيَـين مـن جنسـيتين مختلفتين[173].

فإن كنا بالفرض الأول، أي التصرف ما بين سوري وأجنبي، فالمفروض أن يكون الأجنبي هو الطرف ناقص الأهلية حسب قانون جنسيته، عدا أنه كامل الأهلية حسب القانون السوري، ذلك أن التصرف يبرم وينتج آثاره في سورية، مما يفترض أن يكون الأجنبي على علم بالقانون السوري خلافاً للسوري الذي ليس باستطاعته العلم بمجمل القوانين الأجنبية، كما لو تم التعاقد في هذا الفرض مثلا ما بين سوري حسن النية وإماراتي يبلغ من العمر تسعة عشر عاماً[174].

أما إذا كان بالفرض الثاني، أي التصرف ما بين أجنبي وأجنبي آخر من جنسية مختلفة، فلا يهمّ حينها أي منهما ناقص الأهلية حسب قانون الشخصي ما دام المتعاقد الآخر حسن النية يجهل ذلك، كما لو تعاقد في سورية إماراتي مع مكسيكي يبلغ من العمر ثلاثة وعشرين عاماً.

وهكذا يغدو الهدف من الاستثناء مزدوجاً لجهة حماية المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية، سواء أكان هذا المتعاقد وطنياً أم أجنبياً.

4 – لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه: أي يجب أن يعود نقص أهلية المتعاقد الأجنبي إلى سبب لا يسهل على المتعاقد معه معرفته كي يُعذر لجهله بذلك النقص، فيكون خطؤه خطأ مغتفراً لا يشكك في حسن نيته، بل يثبت إقدامه على التعاقد دون خفة أو رعونة.

---

(173) **ما لم يكن أحدهما يجهل نقص أهلية الآخر لسبب غير الجهل بالقانون، كأن يتقرر النقص نتيجة حكم قضائي.**

(174) فيكون المتعاقد الإماراتي فوق سن الرشد حسب القانون السوري (18 عاما)، ودون سن الرشد حسب قانون جنسيته (21 عاما).

ومن أهم هذه الأسباب جهالة جنسية الشخص ذاتها، أو جهالة مضمون القانون الأجنبي الناظم لأهليته، نظرا لصعوبة الإحاطة بكل قوانين دول العالم. أما إذا كان السبب واضحاً للعيان ومما يسهل الكشف عنه، كما لو كان الأجنبي عمره صغير جداً، أو مجنوناً، أو معتوهاً.. فهذا ينفي حسن النية لدى المتعاقد معه على نحو يستوجب حرمانه من الحماية المقررة بموجب هذا الاستثناء[175].

المطلب الثاني

النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية م (2/12)

نصت المادة 2/12 على ما يلي: «أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي والفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإن القانون السوري هو الذي يسري». وكما سبق وأشرنا تقوم هذه الفقرة في شطرها الأول على قاعدة يعقبها استثناء في شطرها الثاني.

أولاً_ القاعدة (خضوع النظام القانوني للشخص الاعتباري الأجنبي إلى قانون دولة مركز إدارته الرئيسي والفعلي):

تذهب القاعدة كما هو واضح من نص المادة 2/12 إلى إخضاع الحالة القانونية للشخص الاعتباري إلى قانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي، وكما سبق قوله في معرض الحديث عن القاعدة في الإسناد حسب الفقرة الأولى الخاصة بالشخص الطبيعي فإن الحالة السياسية تقع خارج نطاق الإسناد[176].

---

[175] للاطلاع على المزيد من تفاصيل هذا الشرط في مصر والإمارات ولبنان، يمكن العودة إلى كل من: د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 410، وما بعد، د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 354. ود. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 792.

[176] ذلك أن **للشخص الاعتباري على غرار الشخص الطبيعي حالة سياسية تتحدد بجنسيته**، وجنسية الشخص الاعتباري هي نوع من المجاز الحقوقي، باعتبار الجنسية بمعناها الحقيقي لا ترتبط إلا بالشخص الطبيعي المكون لركن الشعب. وإذا كانت جنسية الشخص الطبيعي تثبت بمعايير، كمعايير الدم أو الإقليم، أو تكتسب نتيجة التجنس

وحسب القاعدة المذكورة أعلاه تخضع مختلف المسائل المتعلقة بالوجود القانوني للشخص الاعتباري، وشروط تأسيسه، وإدارته وتنظيمه، وأسباب انقضائه، لقانون الدولة التي تُدار فيها مختلف شؤونه وأموره إدارةً فعلية لا صورية، يستدلّ عليها من ظروف الواقع، كمكان اجتماع الهيئة العامة، أو اجتماع مجلس الإدارة، أو مقر الإدارة العامة، أو مكان الأجهزة الرقابية، وبدورها تكفل مثل هذه القرائن الفعلية منع محاولات الشخص الاعتباري للتهرب من القيود المقررة في الدولة المرتبط بها ارتباطاً حقيقياً[177].

ثانياً_ الاستثناء (خضوع النشاط الرئيسي المباشر من الشخص الاعتباري الأجنبي في سورية للقانون السوري):

يقصد بهذا الاستثناء أن قيام الشخص الاعتباري الأجنبي بنشاط رئيسي داخل سورية يستوجب تطبيق القانون السوري، ولو كان مركز الإدارة الرئيسي لذلك الشخص يقع فعلياً خارج حدود الدولة السورية.

ونعتقد أن غاية الاستثناء واضحة وتتلخص بمنع تطبيق قوانين أجنبية على أنشطة تؤثر بشكل جوهري على العصب الاقتصادي للدولة السورية، وتبرر هذه الغاية من خلال الموازنة بين ما يمكن أن تخسره الدولة السورية مقابل ما تكسبه الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من تطبيق القانون الأجنبي محل القاعدة بدلاً من القانون السوري على مثل تلك الأنشطة، **كما نعتقد أن تأكيد الاستثناء على ضرورة أن يكون النشاط رئيسيا وجوهريا ما هو إلاَّ لدعم هذا التبرير وذلك بصرف النظر عن نوايا الشخص الاعتباري الأجنبي**، أي دون الحاجة للدخول في بعض المبررات التي ذكرها جانب من الفقه، ومن قبيلها سد الطرق أمام التهرب من أحكام القانون الوطني، أو أمام محاولات التحايل على القانون الوطني بجعل مركز الإدارة في الخارج للإفلات من أحكامه

أو الزواج أو التبعية، فإن جنسية الشخص الاعتباري تثبت بمعايير مختلفة حكماً، كمعيار مكان التأسيس، أو مكان الإدارة.. وأياً كان المعيار فان الحالة السياسية للشخص الاعتباري تقع خارج نطاق م(2/12) قيد الدراسة .

[177] راجع د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 192، ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 406.

المبحث الثاني

الزواج

يدخل موضوع الزواج في نطاق القانون الدولي الخاص فيما لو تضمن عنصراً أجنبياً، وبالتالي:

* إما أن نكون أمام زواج بين **سوري أو سورية** والطرف الثاني **أجنبي أو أجنبية**، وهذا الزواج يخضع من حيث نشأته وآثاره وانحلاله للقانون السوري حسب المادة **15**

* أو أن يكون الزواج بين طرفين **أجنبيَين** (متحدي الجنسية أم مختلفيها)، وهنا يمكن أن نميز ما بين:

– **نشأة** الزواج لجهة الشروط الموضوعية، حيث تخضع لقانون جنسية الزوجين حسب المادة **13** من القانون المدني السوري.

– **آثار** الزواج الشخصية والمالية، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج حسب المادة **1/14**.

– **انحلال** الزواج، حيث يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى حسب المادة **2/14**

وفيما يلي تفصيل ما سبق:

المطلب الأول

الشروط الموضوعية لصحة زواج الأجانب /م13/

نصت **المادة 13 من القانون المدني السوري على أن: (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).**

وباعتبار أن المادة (15) قد أشارت لاحقاً إلى تطبيق القانون السوري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج فيغدو المقصود بالمادة 13 الزوجين الأجنبيين وقت الزواج.

– وتكييف طبيعة موضوع النزاع على أنه من الشروط الموضوعية لصحة الزواج هي مسألة تتم بمعرفة القانون السوري، تطبيقاً لمبدأ خضوع مسألة التكييف لقانون القاضي، والذي أخذ به المشرع السوري في المادة (11)، وتبدو أهمية ذلك نظراً لاختلاف الدول في عملية التكييف، إذ ما قد يعتبره القانون السوري شرطاً موضوعياً لصحة الزواج قد يعتبره قانون دولة أخرى شرطاً شكلياً له، أو ربما سبباً لانحلاله[178].

أولاً: آلية تطبيق قانون الزوجين:

استناداً إلى نهج المشرع السوري بإخضاع المسائل المتعلقة بالأشخاص ذات الطابع الشخصي إلى (قانون الجنسية) باعتباره القانون الشخصي للشخص المعني[179]، يغدو المقصود بقانون الزوجين قانون جنسية الزوجين، باعتبار الجنسية تمثل الكلمة المفقودة – إن صح القول – في هذا الموضع، لا بل في جميع المواضع الأخرى المماثلة ذات الصلة[180].

وبالتالي إذا كان الزوجان من جنسية أجنبية مشتركة يطبق القاضي السوري قانون جنسيتهما المشتركة، أما إن اختلفا في الجنسية، كما لو كان الزوج فرنسياً والزوجة ألمانية مثلاً فإن القاضي السوري سيطبق القانونين **تطبيقاً مزدوجاً**، وله في سبيل ذلك طريقتان:

---

[178] فمثلاً شرط الشهادة في الزواج ثمة من يرى فيه شرطاً شكلياً لأنَّ الهدف منه إشهار الزواج وإعلانه، وثمة من يعتقد بأنه شرط موضوعي بدليل ما يشترطه المشرع من الصفة الدينية في الشهود، وهذا يعني بتصورنا ترجيح الطابع الشكلي لهذا الشرط كلما غاب اشتراط المشرع لهذه الصفة على الأقل.

[179] قد يشير **القانون الشخصي إما لقانون موطن الشخص، أو إلى قانونه الوطني أي قانون الجنسية**، إذ يقصد بـ (الوطني) المواطن، والمواطن في دولة ما هو من يكتسب صفة المواطنة من خلال تمتعه بجنسيتها. وتنحاز قوانين بعض الدول إلى قانون الموطن أو ما يسمى (بمقام الشخص)، ومثالها: القانون الإنكليزي والأمريكي والكندي والاسترالي والسويسري، بينما تنحاز غالبية القوانين العربية لقانون الجنسية. راجع د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 657.

[180] أي أن قانون الجنسية هو المقصود في معرض إسناد المسائل الشخصية المتعلقة بالأشخاص، والواردة أيضاً في كل من المواد (14 – 16 – 17 – 18) في القانون المدني السوري.

1 – طريقة التطبيق الجامع:

ويشترط بموجبها لاعتبار الزواج صحيحاً لجهة الشروط لموضوعية أن يحقق الزوج الشروط المقررة في كلّ من قانونه وقانون زوجته، والعكس بالعكس بالنسبة للزوجة، أي يجب أن تحقق من جانبها أيضاً الشروط المطلوبة في قانونها وفي قانون الزوج.

2 – طريقة التطبيق الموزع:

يُكتفى بموجب هذه الطريقة أن يتوفر في الزوج الشروط المقررة في قانونه، وأن تتوفر في الزوجة من جانبها الشروط المقررة في قانونها، فيصار إلى تطبيق القانونين شريطة أن يقصر كل منهما ولايته وحمايته على مواطنيه فحسب.

ثانياً: المفاضلة بين التطبيقين الجامع والموزع

يتساوى التطبيق الجامع مع التطبيق الموزع نظرياً لجهة احترام النص القانوني القائل بتطبيق قانون كلّ من الزوجين ، **إلاّ** أنهما يختلفان عملياً لجهة ما يظهره التطبيق الجامع من تشدد واضح مقارنةً بالتطبيق الموزع ، وذلك باعتبار ما ينتهي إليه التطبيق الجامع من تطبيق للقانون الأشد وإهمال للقانون الآخر ، **كما يؤدي الأخذ بهذا التطبيق – حسب ما نرى – إلى رفع غير مبرر لسقف البطلان** نتيجة المصادقة على زيادة حالاته . فلو افترضنا مثلاً أن زواجاً أُبرم بين زوجين أجنبيَين بدون رضا أهل الزوجة، وكان هذا الرضا شرطاً لصحة الزواج في قانون جنسية الزوج فقط دون قانون جنسية الزوجة ، فان الأخذ بالتطبيق الموزع لنظر صحة هذا الزواج يكفل الإقرار بصحته لعدم اشتراط الرضا في قانون جنسية الزوجة، بينما الأخذ بالتطبيق الجامع سيؤدي لإقرار بطلانه نتيجة اصطدام الزوجة بشرط الرضا المقرر في قانون جنسية زوجها

وبالنتيجة وفي سياق تطبيق المادة(13) من القانون المدني السوري ، وباعتبار أن المادة المذكورة أشارت إلى قانون الزوجين دون بيان أسلوب تطبيقهما، فإننا نفضل الأخذ بالتطبيق الموزع لأنه **يحترم النص القانوني بأسلوب عملي** يخدم مصالح العلاقات الدولية الخاصة ويشجّعها ، وخاصة لجهة تقليل حالات إقرار بطلانها.

كما نفضل تبني هذا الأسلوب بنص قانوني صريح كما فعل بعض المشرعين ، كالمشرع الكويتي، الذي ذهب صراحة في المادة 36 من القانون رقم 5 لعام 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى انه : " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية، فان **اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته..**"

هذا عدا ما استثناه – بحق – جانب من الفقه، **كموانع الزواج** ، إذ وجدوا ضرورة إخضاعها للتطبيق الجامع، لأن الأخذ بالتطبيق الموزع قد يؤدي إلى قيام رابطة الزوجية رغم وجود مانع في قانون أحد الزوجين من قبيل وجود صلة قرابة لدرجة ما، أو من قبيل الاشتراك بجرم الزنا[181]، وهذا ما نتصور صعوبة إقراره أو المصادقة عليه.

---

[181] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 417.

المطلب الثاني

الآثار الشخصية والمالية لزواج الأجانب، وانحلاله بالطلاق أو التطليق أو الانفصال:

نصت **المادة /14/ من القانون المدني السوري على أن (1 – يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.**

2 – أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزواج وقت رفع الدعوى).

أولاً: الآثار الشخصية والمالية لزواج الأجانب(م14/ف1):

تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة 14 المذكورة أعلاه:

إذا كان الزوجان أجنبيين وقت الزواج فإن المنازعات المتعلقة بآثار زواجهما والمنظورة أمام القضاء السوري تُفصل بموجب قانون جنسية الزوج وقت الزواج.

وفي معرض **شرح** ذلك تسجل م1/14 **الملاحظات التالية:**

1 – تنحاز هذه المادة بفقرتها المذكورة، شأنها شأن غالبية المواد المقابلة لها في تشريعات الدول العربية، إلى قانون جنسية الزوج، لما له من دور في الأسرة في نظر المجتمعات العربية، مما يمنح – من وجهة نظرها – تبريراً للإخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين في معرض إسناد آثار الزواج، وهذا ما لم تتقبله المجتمعات الغربية من فترة زمنية لا بأس بها[182].

---

[182] فالعديد من التشريعات الغربية تحترم مبدأ المساواة بين الزوجين في معرض إسناد آثار الزواج، فيظهر في سياق هذا الإسناد مثلاً، قانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو قانون محل الإقامة المشتركة للزوجين، ومثالها القانون اليوناني رقم 1329 لعام 1983، والقانون الدولي الخاص لألمانيا الاتحادية الصادر في 25 يوليو 1986. مشار إليهما في مؤلف د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 422/421.

2 – تشمل هذه المادة لجهة الآثار: كلاً من الآثار الشخصية والمالية للزواج، وذلك بصراحة النص. فيستوي في معرض تطبيق قانون جنسية الزوج أن يكون النزاع على أثر مالي للزواج، كأن يتعلق بالأموال المملوكة للزوجين، أو بطبيعة النظام المالي لهما وذلك لجهة استغلال الذمة المالية بينهما أو اتحادها، أو أن يكون النزاع متعلقاً بأثر شخصي بحت من آثار الزواج، كما لو تعلق بحقوق الأزواج وواجباتهم من قبيل حسن المعاشرة، أو أن يكون متعلقا بأثر شخصي ذي طبيعة مالية، كالمنازعات على المهر أو على النفقة الزوجية[183].

3 –**تشمل المادة لجهة الأشخاص المعنيين** الزوجين الأجانب، لأنه إذا كان أحد الزوجين سورياً، لوجب تطبيق القانون السوري على آثار الزواج حسب نص المادة (15) والتي تحل هنا محل م(1/14)، كما سيتضح لاحقاً. على أن يبقى **الوقت المعتد به** في تحديد جنسية الزوجين هو وقت الزواج، وذلك بدلالة نص المادة (15).

4 – واستكمالاً لحديثنا عن الوقت المعتد به يؤخذ في معرض تحديد قانون جنسية الزوج، كقانون واجب التطبيق، بقانون جنسيته وقت الزواج، وذلك وفقا لصراحة نص م1/14. والتي تكشف من جانبها عن رغبة المشرع في ضبط ظرف الإسناد زمنياً لمواجهة ما يعرف بالتنازع المتغير على النحو السابق بيانه. باعتبار أنّ الجنسية هي إحدى الضوابط الإرادية التي يمكن لإرادة الأفراد أن تتدخل بتغييرها تغييراً قانونياً. إذ يمكن أن يغير الزوج جنسيته بعد إبرام عقد الزواج مما ينبئ بمفاجأة الزوجة بقانون لم تأخذه بحسبانها حين قيام العقد، وهو قانون جنسية زوجها الجديدة.

5 – في معرض تحديد نطاق التطبيق: **يدخل – في اعتقادنا – ضمن نطاق م(1/14) المتعلقة بآثار الزواج[184] مسألة النسب الشرعي، وذلك من باب التكييف لا**

---

[183] لجأت بعض التشريعات إلى ذكر أمثلة عن آثار الزواج، كالمادة 39 من قانون الكويت إذ أشارت إلى الأُثار الشخصية، كحل المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة.

[184] على أن يتغير النطاق لينتقل إلى المادة (15) فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت إبرام عقد الزواج، بما يترتب عليه من تغيير في القانون الواجب التطبيق، إذ يغدو هنا القانون السوري.

من باب البحث في مبادئ القانون الدولي الخاص، حسب ما ذهبت إليه بعض المؤلفات ذات الصلة. **لأن اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص في غياب الحل التشريعي المتمثل في غياب قواعد الإسناد يفترض أن لا يتمّ إلاّ في حال فشل عملية التكييف في ربط موضوع النزاع بإحدى المسائل المسندة في قواعد الإسناد الواردة** في نظام التنازع، **وهذا ما لا ينطبق على مسألة البنوة الشرعية** حيث **يَصِحُّ تكييفها بأحد آثار الزواج** باعتبارها رابطة الابن بوالديه المرتبطين شرعاً بعقد الزواج[185].

أما فيما عدا ذلك من أشكال النسب، كالنسب الطبيعي أو الاصطناعي، فإننا نوافق ما اتجهت إليه تلك المؤلفات لجهة اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وما انتهت إليه بالنسبة للنسب الطبيعي لجهة الأخذ بقانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه سواء أكان الأب أم الأم باعتباره الحل الأكثر شيوعاً في معرض النسب الطبيعي القائم على رابطة الولد بأحد والديه مع غياب الزواج الشرعي بين الوالدين.

أما بالنسبة للنسب الاصطناعي أي التبني فقد ميزت مبادئ القانون الدولي الخاص ما بين الشروط الموضوعية لصحة التبني وأخضعته لقانون جنسية كلّ من المتبني والمتبنى، وبين آثار التبني حيث أخضعتها لقانون جنسية المتبني (طالب التبني)[186].

ثانياً: انحلال زواج الأجانب (طلاق – تطليق – انفصال) م(14/ف2):

جاء في نص م2/14 من القانون المدني السوري على أنه:

"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".

---

[185] اللافت للانتباه **أن بعض المشرعين، كالمشرع الكويتي تصدوا بقواعد الإسناد لموضوع النسب،** فذهبت مثلاً م42/41 من القانون الكويتي للأخذ بقانون جنسية الأب فيما يتعلق بإثبات النسب وتصحيحه.

[186] راجع في ذلك د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 251 وما بعد، ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 432 وما بعد. ومن الجدير ذكره أن هذا التمييز وهذا الحل كان مضمون م44 من القانون الكويتي المشار له سابقاً.

وفي معرض شرح م(2/14) نلاحظ ما يلي:

1 – تنحاز هذه المادة بفقرتها الثانية شأنها بذلك شأن الفقرة الأولى لقانون جنسية الزوج، **ولا نجد من جهتنا مبرراً لهذا التحيز، لاعتقادنا بإمكانية المقاربة لجهة القانون الواجب التطبيق ما بين إنشاء العلاقة وبين انحلالها،** مما يعني إمكانية الإسقاط على م13 التي تأخذ بقانون جنسية الزوجين، أو بإمكانية الأخذ بأي حل آخر مماثل يضمن ظهور المساواة مجدداً ما بين الطرفين المعنيين، وفقاً لما أخذت به بعض التشريعات الأجنبية، أو حتى العربية[187].

2 – تميز هذه المادة في سياق انحلال الزواج ما بين الطلاق والتطليق والانفصال، فيقصد بالطلاق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة الزوج على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية، أما التطليق فهو إنهاء تلك العلاقة بحكم من القاضي، بينما يقصد بالانفصال المباعدة بين الزوجين والسماح لهما بالعيش منفصلين عن بعضهما[188].

وباعتبار الطلاق يقع بإرادة الزوج المنفردة فيتم إسناده لقانون الزوج وقت إيقاعه، ولاعتبار ما يحتاج له كل من التطليق والانفصال الجسماني من تدخل للقضاء لذا يتم إسنادهما لقانون الزوج وقت رفع الدعوى.

3 – يفترض أن يشمل الإسناد الوارد في م2/14 كل من أسباب إنهاء العلاقة الزوجية مضافاً إليها الآثار الناتجة عن ذلك الإنهاء، **وهذا ما يستفاد – باعتقادنا – من توجه المشرع ذاته،** فلو كان لدى المشرع رغبة بإخضاع آثار الطلاق لقانون آخر غير

---

[187] كالقانون الدولي الخاص الألماني، الذي أحال إنهاء الزواج لجهة القانون المختص على آثار الزواج بالصورة المشار إليها سابقاً، راجع في هذا السياق د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 427. وعلى صعيد القوانين العربية نصت م40 من القانون الكويتي على أن (يسري على الطلاق والتطليق والانفصال **قانون أخر جنسيته مشتركة كسبها الزوجان** أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال..).

[188] راجع في معرض التعريف السابق، د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 236.

القانون الناظم لشروطه وأسبابه لفعل ذلك كما فعل حين ميّز في الإسناد صراحة ما بين الشروط الموضوعية لقيام الزواج حسب م13 وبين آثاره حسب م1/14.

وبالتالي يسري قانون جنسية الزوج (وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى) على: **أسباب** إنهاء العلاقة الزوجية، كجنون أحد الزوجين أو الزنا أو الغياب أو عدم الإنفاق أو لعلة الشقاق واستحكام الخلاف، وعلى **آثاره** كذلك، كنفقة الزوجة المطلقة[189].

4 –تشمل المادة لجهة الأشخاص المعنيين الأجانب فقط، أما إذا كان أحد الزوجين سورياً فيجب تطبيق القانون السوري على انحلال الزواج حسب ما ذهبت إليه المادة (15)، والتي تحل محل المادة 2/14 في هذا الموضع أيضاً.

على أن يبقى **الوقت المعتد** به في تحديد جنسية الزوجين– كما قيل في شرح م1/14 – هو وقت الزواج بدلالة نص م15.

5 – واستكمالاً لحديثنا عن الوقت المعتد به يؤخذ بقانون جنسية الزوج كقانون واجب التطبيق بناءً على جنسيته وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وذلك تبعاً لطريقة انتهاء العلاقة الزوجية، وهذا ما يستفاد من صراحة نص م2/14 قيد التحليل.

ويؤخذ على هذا الحل ما يمكن مفاجأة الزوجة به من أسباب لإنهاء العلاقة الزوجية أو من آثار مترتبة على ذلك الإنهاء مما لم تكن على اطلاع أو علم بها أثناء الزواج، نتيجة احتمال تغيير الزوج لجنسيته قبل إنهاء العلاقة الزوجية، هذا ما لم يُقدِم الزوج تحايلاً على تغيير جنسيته ليتمكن من طلاق زوجته أو تطليقها بموجب قانون جنسيته الجديدة فيما لو كان قانون جنسيته وقت الزواج لا يسمح له بالطلاق مثلاً. و لعل هذا ما يبرر بعض التوجهات التشريعية التي ذهبت في سياق قضايا الطلاق والتطليق إلى

---

[189] يرى د. فؤاد ديب أن الآثار المشمولة هنا هي الآثار الشخصية دون المالية لأن الأخيرة أكثر اتصالاً بالنظام المالي للزوجين، لذا تخضع لقانون آثار الزواج، مشار إلي رأيه في مرجعه السابق – ص 242.

ضبط ظرف الإسناد المتمثل بجنسية الزوج **بوقت الزواج، لا بوقت الطلاق أو بوقت رفع الدعوى**[190].

المطلب الثالث

الشروط الموضوعية لصحة زواج السوريين والأجانب وآثاره وانحلاله

نصت **المادة (15) من القانون المدني السوري على أنه: (في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج).**

بالعودة الى الخصائص العامة لقواعد الاسناد يمثل الشطر الأول لهذه المادة استثناء على تلك الخصائص، وتحديداً على خاصتي الحيادية (التجرد)، والثنائية، إذ أنّ للشطر المذكور طابع أحادي يتحيز للقانون السوري بشأن المنازعات المتعلقة بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، وبآثاره، وبانحلاله، فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج، مُغيباً بذلك القانون الواجب التطبيق بموجب المادتين (13) و (14) من القانون المدني السوري، وهذا ما سار عليه العمل في سورية[191].

---

[190] حيث تابعت م40 من القانون الكويتي المشار إليها سابقاً (.. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى **قانون الزوج وقت انعقاد الزواج)**

[191] تم الرد على كتاب وزارة الخارجية رقم 7088/1/844 تاريخ 1963/9/11 بشأن زواج إحدى السوريات المسلمات من الطائفة العلوية من أحد اللبنانيين من الطائفة المارونية الجاري أمام السلطة الروحية المارونية في لبنان: بتبني المشرع بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون كل من الزوجين؛ أما إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج فيسري القانون السوري.. على أنه يرجع في تحديد المقصود بالشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون المحكمة أي إلى القانون السوري.. وبما أنه يعتبر من الشروط الموضوعية لصحة الزواج كل مانع يقف حائلاً دون الزواج، كالمانع الديني بالنسبة للدول الخاضعة في تشريع أحوالها الشخصية إلى أحكام الشريعة الإسلامية.. وبما أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تجيز زواج المسلمة من غير المسلم.. وبما أنه لا يمكن إعطاء عقد الزواج موضوع الكتاب

• **ويبدو أن الراجح في تبرير الشطر الأول** من المادة (15)، وما يقابله من نصوص مماثلة له في قوانين الدول العربية[192]، هو بالدرجة الأولى ضمان الاعتراف بصحة زواج المسلم السوري من أجنبية غير مسلمة يقرر قانونها بطلان الزواج مع اختلاف الدين، ذلك أن تطبيق قانون جنسية الزوجين حسب الإسناد الوارد في م(13) على الشروط الموضوعية للزواج من شأنه أن ينتهي لإقرار بطلان هذا الزواج ،حتى وان تمَّ اعتماد الأسلوب الموزع للقانونين على اعتباره أكثر يسراً من التطبيق الجامع، وهذا ما يتعارض بالنهاية مع الشريعة الإسلامية التي تُقرّ بصحة زواج المسلم من غير المسلمة.

• **ومع ذلك يبدو أن المادة (15) في شطرها المذكور تقصر حمايتها** على المسلم السوري فقط، دون المسلم الأجنبي، وذلك بدليل تحديد المشرع بقوله: ".. إذا كان أحد الزوجين **سورياً**.." ولو أراد حماية المسلم الأجنبي لقال: .. إذا كان أحد الزوجين مسلماً.

• **وهنا نعتقد أن المشرع السوري أراد حماية زواج السوريين** بما فيهم المسلمون حماية مؤكدة **في المرحلة التشريعية**، ولم يرغب بترك هذه الحماية– نظراً لأهميتها– ليقررها **القاضي** في **مرحلة لاحقة باسم النظام العام**، خاصة وأن مضمون هذا الأخير، أي النظام العام، ما زال حتى يومنا الراهن يتسم بالغموض وعدم الدقة والثبات. ويخضع تقديره لسلطة القاضي وإن تمَّ تقييدها بمعيار موضوعي مجرد.

أما ما عدا ذلك، كزواج المسلمين الأجانب، فلم يجد المشرع مانعا من تركها للمرحلة القضائية اللاحقة حيث يتدخل صمام الأمان المتمثل بالنظام العام.

وبهذا التمييز ربما نجد مبرراً لوجود نص المادة (15)، وما يقابله من نصوص في قوانين الدول العربية، وبذلك **نتحاشى** – إلى حد ما – مختلف الانتقادات الفقهية

أي أثر قانوني في سورية لبطلانه.. لذلك لا يمكن تسجيل هذا الزواج في سجلات الأحوال المدنية السورية (كتاب رقم 17232 تاريخ 1963/11/12).

[192] المادة (14) مثلاً في كلّ من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي، والتقنين المدني المصري.

القائلة بإمكانية الاستغناء عن مثل تلك النصوص من خلال استبعاد القضاء لجميع القوانين الأجنبية المخالفة للنظام العام، وتطبيق القانون الوطني عوضاً عنها، هذا **عدا عن مبرر** ما يكفله وجود مثل هذا النص من حدة القانون المطبق على نشأة الزواج وآثاره وانحلاله، وذلك دون الدخول في تفاصيل احتمالات التداخل بينه وبين النصوص السابقة المعنية بالزواج[193].

• **والعبرة في تطبيق القانون السوري** حسب الشطر الأول من المادة (15) هي **التمتع بالجنسية السورية وقت انعقاد الزواج**، ويستوي في ذلك أن يكون الطرف السوري في ذلك الوقت هو الزوج أم الزوجة.

وهذا يعني أن تغيير الطرف السوري (الزوج/ الزوجة) لجنسيته بعد الزواج لن يؤثر على القانون السوري، كقانون مختص بنظر نشأة الزواج، أو آثاره، أو انحلاله[194].

ونعتقد في هذا السياق أن منطقية النص تقتضي تطبيق القانون السوري على آثار الزواج وانحلاله أيضاً فيما لو اكتسب أحد الزوجين الجنسية السورية بصورة لاحقة على انعقاد الزواج، باعتبار أن آثار الزواج وانحلاله هي من الأمور التي ترد أصلاً بصورة لاحقة زمنياً على انعقاده.

• وأخيراً **اختتمت المادة (15) في شطرها الثاني بما يمثل العودة لخصائص قواعد الإسناد** المشار لها سابقاً، إذ أسندت أهلية الطرف الأجنبي للزواج إلى قانون

---

[193] ونقصد هنا مثلاً التداخل بين نص المادة (15) ونص المادة (1/14) المتعلقة بآثار الزواج ذلك لأنه إذا كان الزوج تحديداً هو الطرف السوري وقت الزواج، فإن القانون الواجب التطبيق سيكرر نفسه باعتبار القانون السوري هو قانون جنسية الزوج وقت الزواج ، أي القانون الذي أشارت إلى تطبيقه م1/14، وهو أيضاً القانون الذي أشارت إليه م15 في شطرها الأول.

[194] أما إذا كان الزوج تحديداً أجنبياً وقت الزواج ثم تجنس بالجنسية السورية، فإن القانون الواجب التطبيق على إنهاء الزواج هو القانون السوري، وذلك إعمالاً لنص م2/14، ولا شأن للمادة 15 هنا، لأن الحالة المذكورة تقع خارج تحديدها الزمني.

جنسيته على اعتبار الأهلية من أكثر المسائل اللصيقة بالشخص المعني، على نحو يعيدنا إلى إطار المادة (12) المذكورة سابقاً.

وبالتالي إذا كان القانون السوري سيطبق على عقد زواج سوري (سورية) من فرنسية (فرنسي) فيما يتعلق بشروطه الموضوعية وآثاره وانحلاله، فإن القانون الفرنسي يبقى القانون المختص بنظر أهلية الطرف الفرنسي للزواج، سواء أكان هذا الطرف هو الزوج أم الزوجة.

المبحث الثالث

النفقة بين الأقارب والنيابة الشرعية عن الغير(المادتان: 16و17)

المطلب الأول

النفقة بين الأقارب (المادة 16):

نصت المادة 16 من القانون المدني السوري على أنه: (يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها).

وفي معرض شرح هذه المادة نسجل الملاحظات التالية:

أولاً: النفقة المقصودة في المادة 16 هي «النفقة العادية»، أي النفقة المستحقة بين الأقارب والأصهار، وفي تفصيل ذلك يمكن القول إن للقرابة نوعين:

– **قرابة نسب:** وهي إما قرابة نسب مباشرة بين مَن يجمعهم دم واحد، وهم الأصول والفروع[195]. أو قرابة نسب غير مباشرة (قرابة حواشي) بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر، كالعلاقة بين أخوين، أو بين الشخص وخاله.

---

[195] ونعتقد في سياق هذه القرابة بضرورة استبعاد النفقة بين الأب وابنه، فيما لو كان الأب هو المدين بها، وذلك باعتبارها أقرب هنا لآثار النسب الذي يمكن تكييفه – خاصة إن كان شرعياً – كأثر من آثار الزواج، ولا يؤثر في قولنا السابق إن كانت النتيجة ذاتها لجهة القانون الواجب التطبيق، وهو – فيما لو

– **قرابة مصاهرة:** وهي القرابة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. وقد حرصت بعض القوانين على ذكر قرابة الأصهار بشكل صريح في المسألة المسندة الخاصة بالنفقة، كما في المادة 45 من القانون الكويتي الناظم للعلاقات ذات العنصر الأجنبي .

ثانياً: النفقة غير المقصودة في المادة 16: إذ يخرج استناداً للتحديد السابق من نطاق المادة (16) المتعلقة بالنفقة العادية بين الأقارب، كلّ من:

1 – النفقة الزوجية: باعتبارها من آثار الزواج ،لذا تدخل في نطاق المادة (1/14)، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، ما لم يكن أحد الزوجين سورياً وقت الزواج إذ تخضع حينها للقانون السوري وفقاً لنص المادة (15).

2 – نفقة المطلقة: باعتبارها من آثار انحلال الزواج، لذا تدخل في نطاق المادة (2/14)، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو وقت رفع الدعوى حسب الحال، ما لم يكن أيضاً أحد الزوجين سورياً وقت الزواج فتخضع حينها للقانون السوري وفقاً لنص لمادة (15).

3 – النفقة الوقتية: باعتبارها من الإجراءات الوقتية التي يُقضى بها لحين الفصل في الدعوى الأصلية، وتخضع باعتبارها من تدابير الأمن المدني لقانون القاضي. ولقد لجأت بعض قواعد الإسناد – كما في الكويت – إلى إخراج هذه النفقة من إطار النفقة العادية، وإخضاعها بصراحة النص للقانون الوطني.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على النفقة العادية المشمولة بنطاق المادة (16) هو قانون **جنسية المدين** بالنفقة، أي قانون جنسية الشخص المطالب بأدائها.

*ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق ما ذهبت إليه بعض التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، ويناصرها في ذلك جانب من الفقه، من ضرورة التحيز في معرض الإسناد التشريعي **لدائن النفقة**، وذلك بتطبيق قانون دولة موطنه أو إقامته على اعتباره

تركنا جانباً مسألة التنازع المتغير – قانون جنسية الأب باعتباره قانون جنسية المدين بالنفقة، وقانون جنسية الزوج، ذلك أن التكييف مختلف في الحالتين.

الطرف الأضعف أو الآولى بالرعاية[196]،ولا سيما أن الاختصاص القضائي الدولي عادةً ما ينعقد لمحاكم تلك الدولة[197].

المطلب الثاني

النيابة الشرعية عن الغير (الولاية – الوصاية – القوامة – الوكالة القضائية)

نصت **م17 من القانون المدني السوري على أن: «يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته».**

وفي شرح هذه المادة نسجل الملاحظات التالية:

أولاً: يقتصر نطاق مادة الإسناد في المادة (17) على المسائل الموضوعية الخاصة بالنيابة الشرعية عن الغير، مما يعني خروج كلّ من المسائل الشكلية والمسائل الإجرائية من نطاق المادة المذكورة، وضمن هذا التحديد تغطي المادة المذكورة كلاً من مسائل الولاية على الصغير القاصر، ومسائل الوصاية على اليتيم القاصر، ومسائل القوامة على المجنون والمعتوه والسفيه والمغفل، ومسائل الوكالة القضائية عن المفقود أو الغائب.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق حسب نص م(17) هو قانون جنسية عديم الأهلية أو فاقدها، وهو تبعاً للمسألة المسندة قانون جنسية: إما الصغير القاصر، أو اليتيم القاصر، أو المجنون أو المعتوه أو السفيه أو المغفل، أو المفقود أو الغائب.

---

[196] كالقانون الفرنسي، واتفاقية لاهاي لعام 1973 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة، راجع حول ذلك د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 434 و 435.

[197] **ومثال ذلك نص المادة 8/ج من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 1 لعام 2016 ، والذي مفاده: (يجوز رفع الدعوى في سورية.. ج – إذا كانت الدعوى بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير، وكان هؤلاء يقيمون في سورية).**

وقد فضّل المشرع الأخذ بهذا القانون لما يفترض أن يوفره من حماية لعديم الأهلية أو لناقصِها، باعتباره الطرف الأضعف و الآولى بالرعاية.

ثالثاً: يختلف نطاق تطبيق قانون جنسية من تجب حمايته باختلاف المسألة المسندة:

1 –فيما يتعلق بالولاية:

يسري القانون الواجب التطبيق على مسائل الولاية على المال لجهة حفظه واستثماره والتصرف به، **أما بالنسبة لمسائل الولاية على النفس**، كسلطة التأديب، والتطبيب والتعليم **فنعتقد** – مع جانب من التوجهين الفقهي والقضائي في مصر – **بإمكانية إخراجها من نطاق المادة (17)، وإلحاقها بنطاق المادة (1/14)** القائلة بتطبيق قانون جنسية الزوج(الأب)، باعتبارها من آثار النسب، الذي يعد من آثار الزواج [198].

ومما يؤكد قناعتنا السابقة صراحة بعض المشرعين في تبني هذا التكييف، كالمشرع الكويتي الذي ذكر قبل قاعدة إسناده المطابقة للمادة (17)[199] قاعدة إسنادية تنص صراحة على أن (يسري **قانون جنسية الأب في الولاية على النفس** وفي الحضانة)[200].

***وبذلك نبرر خروجنا عن الرأي القائل بخضوع الولاية بشقيها (الولاية على النفس والولاية على المال) في القانون الدولي الخاص السوري لقانون جنسية الصغير،** مستنداً في ذلك على اعتبار أن نص المادة (17) جاء على ذكر الولاية بشكل مطلق[201].

---

[198] ما لم يكن أحد الزوجين سورياً وقت الزواج على نحو يؤدي إلى تطبيق القانون السوري عملاً بنص المادة (15).

[199] طابقت م46 من القانون الكويتي ما ورد في م17 من القانون السوري.

[200] المادة 43 من القانون الكويتي الناظم للعلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً.

[201] راجع رأي أستاذنا الدكتور فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 208.

2 – فيما يتعلق بالوصاية والقوامة والوكالة القضائية:

يطبق قانون من تجب حمايته على مسائل مثل: حالات قيام الوصاية والقوامة، ومتى يعتبر الشخص غائباً أو مفقوداً، ومَن يجوز تعيينه وصياً أو قيماً أو وكيلاً، وما هي سلطات وصلاحيات هؤلاء وواجباتهم..، ويخرج بالمقابل من نطاق التطبيق كل ما يتعلق بشخص النائب الشرعي أكثر من تعلقه بموضوع حماية من ينوب عنهم، كأهلية الوصي أو القيم لمباشرة الوصاية أو القوامة، فهذه تخضع لقانون جنسية الوصي أو القيم باعتبارها من المسائل اللصيقة بهما على نحو يبرر العودة بشأنها إلى نطاق المادة (12) المذكورة سابقاً[202].

المبحث الرابع: التركات (المادة 18)

نصت المادة (18) من القانون المدني السوري على أن

(1 – يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

2 – ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت).

ومن استقراء سريع للمادة المذكورة نلاحظ أن المشرع السوري لم يلجأ في معرض إسناد المنازعات المتعلقة بمسائل التركات للتمييز في معرض تحديد القانون الواجب التطبيق فيما لو كانت أموال التركة عقارات أم منقولات، مما يعني تجاهله لمبدأ (ازدواجية القانون الواجب التطبيق على التركة) لصالح مبدأ (وحدة القانون المطبق على التركات).

ولشرح هذه المادة يفترض التمييز ما بين: الميراث والجانب الموضوعي للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من جهة، وبين شكل الوصية وشكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من جهة أخرى.

---

[202] لمزيد من التفاصيل د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 209 و 210.

المطلب الأول

الميراث والجانب الموضوعي للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (م1/18)

* من استقراء عام للمادة 1/18 نلاحظ ما يلي:

– **إن تميز م1/18 ما بين مصطلحي (الميراث) و (الوصية)** يدلّ على رغبة المشرع بعدم استخدام مصطلح (الميراث) للدلالة على الخلافة بسبب الموت على إطلاقها، أي سواء كان مصدرها نص القانون (الميراث القانوني أو الشرعي)، أو كان مصدرها تصرفا إراديا (الميراث الإيصائي)، وبالتالي يذهب قصد المشرع لحصر مصطلح (الميراث) بالخلافة بسبب الموت استناداً إلى حكم القانون.

وربما تقل أهمية التمييز السابق على الأقل من منظور نظام تنازع القوانين السوري باعتباره يقوم على وحدة قاعدة الإسناد الناظمة لكل من الميراث والجانب الموضوعي للوصية.

– **إن إسناد المشرع السوري** مسائل الميراث والجانب الموضوعي للوصية إلى قانون جنسية المورث أو الموصي، يعني ترجيحه لاعتبار تلك المسائل من متعلقات **نظام الأسرة** أكثر من اعتبارها سبباً لنقل الحق في المال، فتخرج من نطاق الأحوال العينية لتدخل في نطاق الأحوال الشخصية[203].

---

[203] ومن مبررات تطبيق قانون جنسية المورث هو اتصال أحكام الميراث بالشريعة الإسلامية، مما يستلزم ضمان تطبيقها بالنسبة للمواطنين المسلمين في علاقاتهم الدولية الخاصة. راجع: **د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام 1986م**– ص 336، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 268.

* وفي بيان تفصيل المادة 1/18 يجب التمييز ما بين كل من: الميراث الشرعي، والجانب الموضوعي للوصية، والجانب الموضوعي لسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

أولاً: الميراث الشرعي:

جاء في م1/18 (يسري على الميراث... قانون المورث وقت موته)، وللوقوف على تفاصيل هذا النص يفترض بيان نطاق تطبيق قانون جنسية المورث، وذلك دون تجاهل لحالات تدخل بعض القوانين في سياق تطبيق القانون المذكور، ولما يخرج من مسائل عن نطاق ذلك التطبيق :

1 – يشمل نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة كلاً من:

أ – نظام المواريث، وقد وردت أحكامه في قانون الأحوال الشخصية، ومثاله: تحديد شروط الإرث، وتعيين الورثة، ونسبة الحصص، وحالات الحجب، وموانع الميراث..

ب – نظام التركات، وقد وردت أحكامه في القانون المدني، ومن قبيله: نظام إدارة التركة وتصفيتها، وحقوق الدائنين[204].

ج – مسألة التركة التي لا وارث لها، أي مسألة متى تعتبر التركة شاغرة، حيث يذهب الرأي السائد فقهاً وقضاء لإخضاعها لقانون جنسية المورث وقت الوفاة.

وبالتالي إذا توفي فرنسي تاركاً بعض أمواله في سورية، فإن تركته تعتبر شاغرة في حال عدم وجود أحد من الورثة ممن يحددهم قانونه الفرنسي.

– إلا أن تحديد مآل التركة بعد ذلك عادة ما يتوقف على مسألة تكييف حق الدولة في تلقي أموال التركة التي لا وارث لها، فإن تمَّ تكييف ذلك الحق بالحق الإرثي كانت عائدية الأموال لدولة المتوفي، أما إن تم تكييفه كأحد حقوق السيادة الإقليمية فإن عائديتها تتبع لدولة موقع المال.

---

[204] راجع د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 269.

– ومما يجدر ذكره في هذا السياق الحكم الصريح الذي أتى به المشرع الإماراتي في نص المادة 5/17 من تقنين المعاملات المدنية، والقائم على تكييف حق الدولة على التركة الشاغرة بالحق السيادي. حيث جاء في هذا النص (..تؤول إلى الدولة الحقوق المالية الموجودة على إقليمها والخاصة بالأجنبي الذي لا وارث له)[205].

2 – في سياق الحديث عن قانون جنسية المورث كقانون واجب التطبيق لا يمكن تجاهل **حالات تدخل بعض القوانين**، وعلى رأسها:

أ – قانون موقع المال: إذ يتدخل قانون موقع المال بصدد العديد من المسائل مثل: شهر حق الإرث بالنسبة للعقارات، وآثار الشهر، وجزاء عدم الشهر، أو إنشاء تأمينات على أموال التركة لصالح دائنيها، وطرائق انتقال الحقوق العينية، وانقضائها..، ويعزى سبب ظهور قانون موقع المال في جملة المسائل السابقة لتعلقها بنظام الأموال وحماية حقوق الغير[206].

• **وقد سجّل الواقع العملي السوري عدة محاولات لضبط تداخل قانون جنسية المورث وقت الوفاة مع قانون موقع العقار**، وتحديداً لضبط تداخل م1/18 مع الشطر الأول من م19، وذلك في سياق مسألة انتقال الحقوق العينية وانقضائها[207].

---

[205] وهذا ما ينسجم مع رأي جمهور فقهاء المسلمين، وبخاصة المذهب الحنفي لاعتبار تلقي بيت المال لأموال التركة الشاغرة على أنها من (الضوائع). راجع د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 440، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 275.

[206] **د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995 – ص278.**

[207] كتاب وزارة العدل السورية رقم 20892 تاريخ 1964/12/13 الموجه لمديرية المصالح العقارية المتعلق بمعاملة لعدد من العقارات في منطقة مسجد الأقصاب كانت مسجلة باسم شخص تركي، وبعد وفاته اختارت الزوجة حق الانتفاع من نصف عقارات التركة عملاً بأحكام القانون المدني التركي، وذلك باعتبار قانون المورث يسري حسب م1/18 على مسائل مثل شروط استحقاق الإرث وبيان الورثة ومراتبهم، والمسائل المتعلقة بالتركة مثل كيفية انتقالها للورثة.. على أن ينتهي حكم هذا القانون عند

ب – قانون الوارث الأجنبي: إذ يظهر قانون جنسية الوارث الأجنبي في معرض تطبيق شرط المعاملة بالمثل، فيما لو كان الوارث من جنسية تختلف عن جنسية المورث، وكان تمتعه بحق الإرث في سورية مشروطاً بأن تمنح بلاده مثل هذا الحق للسوريين. مما يعني أن آثار الأخذ بشرط المعاملة بالمثل لا تنعكس على مسألة تمتع الأجانب بالحقوق (المركز القانوني للأجانب) فحسب، بل تمتد أيضاً إلى موضوع (تنازع القوانين)، مفسحةً المجال لتطبيق قانون الوارث الأجنبي[208].

رغم **أننا نعتقد بأن شرط المعاملة بالمثل من شأنه أن يعطّل قواعد الإسناد فيما لو انتهى إلى عدم منح الأجنبي الحق بالإرث ، ما لم يمنع قيام التنازع من أصله مع الأجانب ممن يحملون جنسية الوارث على الأقل**، باعتبار تمتع الأجنبي بالحقوق الخاصة، كحق الإرث هو أحد المقومات القانونية لقيام ظاهرة التنازع. وفي هذا القول عودة على بدء، وتحديداً فيما يتصل بعلاقة مفردات القانون الدولي الخاص مع بعضها البعض، ولا سيما العلاقة ما بين موضوعي (مركز الأجانب) و (تنازع القوانين).

3– وبالمقابل تخرج من نطاق تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة مسائل من قبيل: إثبات مركز معين في الوارث، كصفة الزوج مثلاً، ذلك أن تحديد صحة قيام الرابطة الزوجية كشرط في الميراث تخضع للقانون الواجب التطبيق على صحة الشروط الموضوعية للزواج، مما يعني العودة إلى المادة (13) أو المادة(15) حسب الحال،

هذا الحد ليبدأ بعد ذلك تطبيق قانون موقع العقار، وخاصة على ما تعلق منه بطرائق انقضاء الحقوق العينية، وهذا ما يقدم إجابة على الخلاف الذي نشأ بعد وفاة الزوجة حول سقوط حق الانتفاع بوفاة المنتفعة حسب القانون المدني السوري، أم ينقل هذا الحق لأسماء ورثة الزوجة حسب القانون المدني التركي، إذ إن **ضبط التداخل على النحو السابق يجعل من القانون السوري القانون الواجب التطبيق،** وبالتالي سقوط حق الانتفاع المقرر للزوجة بوفاتها. (مجلة القانون ص 24 لعام 1965).

[208] د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 273 و ص 286.

وكذلك الأمر لجهة تقرير النسب الشرعي لمن يطالب بالحق في الإرث، إذ يفترض إخضاعه لقانون جنسية الزوج (الأب) وقت الزواج، وفقا للمادة (1/14)[209].

– **أما بالنسبة إلى الوقت المعتد به** للأخذ بقانون جنسية المورث، فهو بصراحة نص م (1/18) وقت وفاة المورث، لأنَّ الوراثة لا تتحقق إلاّ بموت المورث، لذا يجب الأخذ بجنسية المورث في الوقت الذي تنتهي فيه شخصيته[210].

– **ومما تجدر الإشارة إليه** ما تعرض له قانون جنسية المورث وقت الوفاة من **نقد طاله في أساسه**، بغرض استبعاده لصالح قانون (موطن) المتوفى، الذي لاقى بدوره تأييداً واسعاً باعتباره غالباً ما يكون قانون موقع المال، نظراً لتواجد أموال الشخص عادة في دولة موطنه، عدا أن هذه الدولة غالباً ما تكون موطناً لعائلة المورث [211].

ثانياً: الجانب الموضوعي للوصية:

نص المشرع في م1/18 (يسري على... الوصية... قانون الموصي وقت موته)، وفي سياق بيان هذا النص نسجل الملاحظات الآتية:

– **اعتبر المشرع السوري الوصية لجهة الشروط الموضوعية** أكثر ارتباطاً بنظام الإرث، وهذا ما يُستنتَج من إخضاعها لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وليس لقانون الإرادة الذي يحكم التصرفات القانونية العادية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، كسائر التصرفات الإرادية.

– **يشمل نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة** حسب إطلاق النص القانوني للمادة(1/18) كلاً من: الجانب المتعلق بتكوين الوصية لجهة أركانها وشروط صحتها من جهة، بالإضافة إلى الجانب الموضوعي للوصية المرتبط بالميراث من جهة أخرى، ومن

---

[209] راجع في القانون الإماراتي د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 439.

[210] راجع في هذا الرأي د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 268.

[211] د. فؤاد رياض – مرجع سابق – ص 379.

أمثلة الجانب الأخير تحديد المقدار الذي يجوز الإيصاء به من التركة، والمقدار المحفوظ منها للورثة، وشروط صحة الوصية لوارث..

ويجد أصحاب الاتجاه القائل بشمولية الجانبين السابقين سنده بقولهم: لو أراد المشرع استثناء أي من الجانبين لفعل ذلك، كما فعل حين استثنى شكل الوصية بموجب الفقرة الثانية من المادة ذاتها[212]. **إلاَّ أننا نميل من جهتنا لرأي آخر لا يعتمد على ظاهر الصياغة التشريعية فحسب** ، إذ يذهب هذا الرأي لإخراج كل من أهلية الموصي للإيصاء، وعيوب الرضا، وصحة الإرادة والمحل والسبب من نطاق تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، ويقرر إخضاعها لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، باعتبار أن الوصية ما هي إلاّ تصرف إرادي يتعين تقرير سلامته وقت صدور الإرادة لا وقت وفاة المتصرف[213]. ولعلّ في ذلك القول ما يمثل العودة لزمن تطبيق م12 من القانون المدني السوري.

– **ولا خلاف في مجمل الأحوال على خروج** ما يتصل بشهر الوصية المتعلقة بعقار وتسجيلها، من نطاق تطبيق قانون الجنسية، وإخضاعه لقانون موقع المال، على غرار ما سبق بيانه في معرض الحديث عن تدخل قانون موقع المال في سياق الإرث الشرعي.

ثالثاً: سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

نص المشرع في م1/18 (يسري على.. سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون.. من صدر منه التصرف وقت موته). على أن المقصود هنا الجانب الموضوعي لسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت دون الجانب الشكلي الذي أشارت إليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 18. ويعد **من قبيل تلك التصرفات:** تصرف

---

[212] ومنهم رأي أستاذنا د. فؤاد ديب – وارد في المرجع السابق – ص 282.

[213] يؤكد هذا الاتجاه على أن العبرة في استيفاء شروط تكوين الوصية باعتبارها تصرف إرادي هو **الوقت الذي تصدر فيه الإرادة**، وهذا خلافاً للشروط الموضوعية للوصية المرتبطة بالميراث، إذ يبقى هناك ما يبرر نص م1/18 لجهة تطبيق قانون الجنسية **وقت الوفاة**. راجع حول هذا الرأي مثلاً د. فؤاد رياض – مرجع سابق – ص 288.

شخص ما لأحد ورثته واحتفاظه بحيازة العين المتصرف بها بحقه في الانتفاع مدى حياته، أو التصرف الذي يصدر عن المريض مرض الموت ويكون المقصود به التبرع[214]..

– **أما بالنسبة للهبة** يبدو أن المشرع السوري فضّل إلحاقها بقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الواردة في المادة (20)، باعتبارها أقرب في تكييفها للعقد المالي بين الأحياء أكثر من اعتبارها إحدى مسائل الأحوال الشخصية[215]. **رغم أننا كنا نفضل أن يتبنى المشرع السوري موقفاً صريحاً يُبيّن فيه القانون الواجب التطبيق على الهبات** متجاوزاً بذلك مسألة تكييفها، وذلك **كما فعل بعض المشرعين**، كالمشرع الكويتي على سبيل المثال[216].

---

[214] د. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص285.

[215] إلا أن **الهبة حين تتصل بحقوق الورثة**، كتحديد القدر الجائز التبرع به ومدى نفاذه بحقهم، يتعين الرجوع بشأنها إلى قانون الواهب وقت موته باعتباره **القانون الذي يحكم الميراث**. د. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 293.

[216] نصت م49 من القانون الكويتي على أن: (يسري على الهبات قانون جنسية الواهب وقت الهبة، أما أحكام المقدار الذي يجوز التبرع به والمقدار الذي يجب إبقاؤه للورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت، ويخضع شكل الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة أو قانون البلد الذي تمت فيه).

المطلب الثاني

شكل الوصية وشكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (م2/18)

– **لا خلاف بدايةً على أن تحديد فيما لو كان النزاع متعلقاً بشكل الوصية أم بموضوعها** يُعدُّ مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي الناظر في النزاع. ومثالها تكييف حظر إجراء الوصية في الشكل العرفي الخطي المقرر في بعض القوانين[217].

– **إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة (18) يمكن للشخص أن يجري وصيته في الشكل** الذي يقضي به قانون جنسيته وقت الإيصاء، أو في الشكل الذي يقضي به قانون بلد الإبرام، وقد لا يستلزم أي من هذين القانونين شكلاً معيناً لإنشاء الوصية، إذ قد تنعقد الوصية بالعبارة، أو بالكتابة، أو بالإشارة المفهمة إن كان الموصي عاجزاً عن العبارة والكتابة. وبالتالي تعدُّ الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من حيث الشكل إن تمت مراعاة متطلبات الشكل المطلوب في أيّ من: قانون محل الإبرام، أو قانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الإيصاء أو وقت القيام بالتصرف.

– **ولا يخفى ما للمشرع من رغبة في التيسير على الموصي من خلال تبنيه الطابع الانتقائي** لضابطي الإسناد (محل الإبرام وجنسية الموصي).

ويبرر الأخذ بقانون محل الإبرام لما فيه من تيسير على المتصرف نظراً لسهولة معرفة الشكل الذي يقرره هذا القانون، كما يبرر الأخذ بقانون جنسية الموصي أو المتصرف وقت الإيصاء أو القيام بالتصرف باعتباره القانون الذي تمَّ في ظله التعبير عن إرادة الشخص المعني[218].

---

[217] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 367.

[218] د. فؤاد رياض – مرجع سابق – ص 286.

المبحث الخامس

الأموال المادية (العقارات والمنقولات)

نصت المادة (19) من القانون المدني السوري على أن:

(يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها).

بداية لا بد من الإشارة إلى أن حكم النص السابق يقتصر على الأموال المادية دون الأموال المعنوية، كحقوق الملكية الفكرية أو الحقوق المالية، كما يميز هذا النص بشطريه الأول والثاني ما بين العقارات والمنقولات. ذلك أن ضابط الإسناد المتمثل في موقع العقار هو ضابط ثابت لا تفلح إرادة الأفراد في تغييره بخلاف ضابط موقع المنقول الذي يعد ضابطاً متغيراً تبعاً لتغير تلك الإرادة، مما يستلزم ضبطه زمنياً لتمكين القاضي من تحديد القانون المختص، ولمنع تحايل الأفراد المحتمل بصدد تطبيقه.

ويستلزم شرح نص المادة (19) المشار إليه أعلاه التمييز ما بين الشطر الأول منه المتعلق بالعقار، وبين الشطر الثاني المتعلق بالمنقولات المادية:

المطلب الأول: العقارات:

نص الشطر الأول من المادة (19) على أن

(يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار).

ويستلزم بيان الإسناد إلى قانون موقع العقار حسب النص المدرج أعلاه الوقوف على كل من مبررات هذا الإسناد من جهة، وعلى نطاق إعماله من جهة أخرى.

أولاً: مسوغات الأخذ بقانون موقع العقار:

يعدُّ انتشار قاعدة "خضوع العقار لقانون موقعه" واستقرارها دليلاً على قوة ما تقوم عليه من مبررات، فمن الناحية العملية يؤمن قانون موقع العقار وحدة القانون الناظم للعقار وثباته ، باعتباره لا يتبدل بتبدل مالكيه، كما يضمن الأخذ بهذا القانون حقوق الغير وسلامة المعاملات، نظراً لسهولة الوقوف على الالتزامات المترتبة على العقار، نتيجة ما تتخذه دولة الموقع من ترتيبات تضمن شهر التصرفات والحقوق العينية، وغير ذلك من تلك الالتزامات، كما يبرر ترجيح قانون الموقع من وجهة نظر سياسية واقتصادية ما يمثله العقار من السيادة الإقليمية والقوة الاقتصادية في الدولة المعنية[219].

***ونعتقد أنه من الطبيعي الأخذ بهذا القانون** لما يمثله موقع العقار من مركز ثقل في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مقارنة بباقي عناصر الإسناد، كعامل جنسية المتعاملين مثلاً. **ونضيف إلى ذلك اعتباراً لا يقلّ أهمية** عما يُذكر في سياق تنازع القوانين، وهو ما يتعلق بمسألة الاختصاص القضائي الدولي، لجهة تنفيذ الأحكام الأجنبية، نظراً لأن الحكم القضائي الصادر بصدد عقار يقع خارج الحدود الإقليمية لدولة ما يفترض طلب إكسائه صيغة النفاذ في بلد موقع ذلك العقار، لذا يغدو من الحكمة إصدار هذا الحكم بناء على مقتضيات قانون موقع العقار، لتيسير تنفيذه خارج حدود دولة القاضي الناظر في النزاع.

ثانياً: نطاق تطبيق قانون موقع العقار:

اختلفت الدول التي أخذت بقانون موقع العقار حول مسألة نطاق تطبيق هذا القانون، وقد أمكن التمييز عموماً في معرض ذلك الاختلاف ما بين ثلاثة اتجاهات رئيسية: **الأول** منها يذهب إلى منح قانون موقع العقار اختصاصاً شاملاً لجميع العلاقات المتعلقة بالعقار، بما في ذلك أهلية العاقدين، وسبب التصرف المنشئ للحق سواء من حيث موضوعه أم من حيث شكله. بينما يقصر الاتجاه **الثاني** نطاق تطبيق قانون موقع

---

[219] د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص293.

العقار على الحقوق العينية دون أهلية المتعاقدين، أو أسباب كسبها كالفقد. ومن جانبه نحا **التوجه السوري منحى الاتجاه الثالث** القائم على تطبيق قانون موقع العقار على كُلٍّ من:

- **أسباب الاكتساب الخاصة بالحقوق العينية**، كالحيازة والتقادم والاستيلاء والالتصاق وغيرها[220].
- **الحقوق العينية الأصلية**: ولا سيما لجهة ما يخوله حق الملكية من سلطات مثل: التصرف والاستغلال والاستعمال، والحقوق المتفرعة عنه، كحق الانتفاع، وحقوق الارتفاق، وغيرها.
- **الحقوق العينية التبعية**، كالرهن العقاري والتأمين العقاري وحقوق الامتياز[221].

كما يسري قانون موقع العقار على العقود المتعلقة بعقار. ولكن هذه المرة بدلالة نص المادة (2/20) من القانون المدني السوري، والتي سيرد بيانها لاحقاً. على أن تُستثنى من نطاق التطبيق مسألتا: أهلية العاقدين وشكل العقد، وذلك بدلالة المادتين: (12) للمسألة الأولى، و(21) للمسألة الثانية.

---

[220] أما أسباب الاكتساب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، مثل الميراث مثلاً، فتخرج عن نطاق قانون موقع العقار لصالح قانونها الخاص، أي قانون جنسية المورث وقت الوفاة حسب م1/18، باستثناء ما يترتب على هذه الأسباب من أثر ناقل للحق العيني. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 296.

[221] أما **الحقوق العينية التبعية الجبرية أو القانونية**، فهذه يستلزم لقيامها تظافر الإقرار من قانون موقع المال مع القانون الذي يحكم المسألة المعنية، فمثلاً لنشوء تأمين قانوني على عقارات الزوج ضماناً لحقوق الزوجة، لا بُدَّ من إقراره من قانون الزوج وقت الزواج (باعتباره القانون الناظم لمسألة آثار الزواج) حسب المادة 1/14 ، ومن قانون موقع عقارات الزوج أيضاً.

لمزيد من الأمثلة د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 295 وما بعد، ود. فؤاد رياض وسامية راشد – مرجع سابق – ص 302 – 303.

المطلب الثاني

المنقولات المادية

نص الشطر الثاني من المادة (19) على أن: (.. **يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها).**

ولشرح هذا النص يفترض الوقوف على النقاط التالية:

1 – أهم ما ينطوي عليه النص السابق هو معالجته لمشكلة التنازع المتغير الناتجة عن احتمال تغير موقع المنقول بعد تحقق سبب كسب الحق العيني عليه أو فقده.

وبموجب هذا النص لو أن بضاعة معينة كانت موجودة في دولة ما وقت إبرام عقد بيعها لوجب تطبيق قانون هذه الدولة على ما يمكن أن ينشأ من منازعات حول صحة انتقالها وملكيتها، حتى ولو تمَّ نقل البضاعة من تلك الدولة إلى دولة أخرى بعد إبرام العقد، وقبل طرح النزاع أمام القضاء السوري. ويصدق الحكم ذاته فيما لو تعلّق الأمر بصحة حيازة منقول أو بصحة رهنه، وما إلى ذلك من أسباب لكسب الحيازة أو الملكية أو سائر الحقوق العينية الأخرى.

2 – لا يمكن بصدد الحديث عن القانون الواجب التطبيق على المنقولات المادية أن نغفل الانقسام الفقهي والقضائي حول تحديد ذلك القانون، فيما لو كان قانون الموقع القديم للمنقول، أم قانون موقعه الجديد، لا سيما بالنظر لمسألة استكمال الحق لعناصر نشوئه في ظل القانون القديم من عدمه. ذلك أن التمسك بمبدأ (الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة) من شأنه ألاَّ يفقد الشخص ملكية المنقول الذي اشتراه دون أن يتسلمه في بلد ينصّ قانونه على انتقال الملكية بمجرد التعاقد ودون حاجة للتسليم، حتى لو تمّ نقل ذلك المنقول إلى دولة تستلزم (التسليم) لنقل الملكية. **وهذا خلافاً للحق الذي لم يستكمل جميع عناصر نشوئه في ظل القانون القديم**، كما لو اشترى شخص منقولاً دون أن يتسلمه في بلد يشترط قانونها لنقل الملكية التسليم، فإن الملكية لا تنتقل، ولو تم نقل المنقول إلى بلد يقرر انتقالها بمجرد إتمام العقد. بينما الأخذ بفكرة (تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر

مباشر على الحقوق المترتبة على المنقول) من شأنه أن ينتهي لإقرار نقل الملكية في الفرض الأخير، أي في حالة نقله دون تسلمه من دولة تشترط التسليم إلى دولة لا تشترطه[222].

والواقع أن الاحترام الدولي للحق المكتسب أمر تفرضه حاجة المعاملات الدولية، كما أن الاعتراف بسلطان قانون الموقع الحالي أمر تفرضه سلامة المعاملات في بلد الموقع الحالي، وفي الحقيقة أن التوفيق بين الأمرين لا يخلو من الحرج والدقة، **ولعل هذا ما دفع بعض التشريعات إلى عدم تخصيص المنقولات المادية بقاعدة إسناد** تواجه التنازع المتغير، مفضلةً ترك الأمر لتدبر القضاء[223].

3 – ثمة حالة خاصة تتعلق بالمنقولات المادية دائمة الحركة، حيث يصعب تحديد الجهة التي تتواجد فيها المنقولات المادية دائمة الحركة وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، ومثالها: البضائع أثناء النقل، ووسائل النقل بين الدول، كالسفن والطائرات، إذ يصعب تحديد موقع تلك المنقولات وقت إيراد تصرفات عليها، من قبيل بيعها أو رهنها، أو حين تكون في مناطق لا تخضع لسيادة دولة معينة، كحالة السفن في أعالي البحار.

– **ونعتقد أن التطبيق الحرفي للشطر الثاني من المادة (19) كفيل بإخراج هذه المنقولات من نطاق إعماله**، مما يجعلنا في فرض غياب قاعدة الإسناد على نحو يدفعنا للبحث عن الحلول من خلال مبادئ القانون الدولي الخاص، تطبيقاً لنص المادة (26) من القانون المدني السوري. وبالعودة إلى تلك المبادئ يبدو أن الحل الأكثر شيوعاً هو الأخذ بقانون العلم أو المربط بالنسبة للتصرفات والحقوق الواردة على وسائل النقل بين

---

[222] لمزيد من التفاصيل **د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية – 1992** – ص 576، أو د. فؤاد رياض و د. سامية راشد – مرجع سابق – ص 304 ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 448 ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 301 وما بعد ود. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 396 وما بعد.

[223] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 402/401.

الدول، والأخذ بقانون المقصد بالنسبة للبضائع المشحونة، أي بقانون الدولة المصدرة إليها تلك البضائع، باعتباره قانون المستقر النهائي لها[224].

المطلب الثالث

الأموال المعنوية

الأموال المعنوية هي أشياء لا تقع تحت الحس إلاَّ أنها تصلح محلاً للحق العيني، وبما أن هذه الأموال ليس لها كيان مادي يمكن معرفة موقعه فإنها تخرج من نطاق تطبيق الشطر الثاني من المادة (19) الواردة في القانون المدني السوري.

– **ومما يؤكد خروج الأموال المعنوية من نطاق المادة (19)**، أو من نطاق ما يماثلها من مواد في التشريعات المقارنة، هو **ما ذهب إليه بعض المشرعين**، كالمشرع الكويتي الذي أعقب قاعدة الإسناد المتعلقة بالمنقولات المادية[225] بعدة قواعد إسنادية خاصة بالأموال المعنوية[226].

---

[224] للاطلاع على الآراء الأخرى راجع د. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 306 – 307، د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 300، أو د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 390 وما بعد.

[225] المادة (52) من القانون الكويتي رقم 1961/5 لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حيث أفرد المشرع قاعدة إسناد خاصة بالمنقولات المادية، خلافاً لتوجه المشرع السوري الذي جمعها مع العقارات في المادة (19).

[226] وهي: المادة (53) يسري على انتقال الدين في ذاته قانون موطن المدين.

المادة (54): يسري على انتقال الأسهم الاسمية والأذنية قانون الهيئة التي أصدرتها.

المادة (55) يسري على انتقال الكمبيالة والسند الأذني والشيك قانون بلد الوفاء.

المادة (56) يسري على انتقال الصكوك لحاملها قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت لها.

المادة (57) يسري على انتقال الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول، أو قانون بلد الإخراج الأول.

المادة (58) يسري على انتقال براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري، قانون موقعها. ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الاسم والنموذج الصناعي

– وخروج الأموال المعنوية من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال يجعلنا، كما في حالة المنقولات المادية دائمة الحركة، في فرض المسائل التي لم يخصها المشرع بقاعدة إسناد، على نحو يدفعنا للبحث عن الحلول وفقاً للمادة (26)، أي من خلال مبادئ القانون الدولي الخاص، وذلك دون الخروج عن الحلول المقررة في الاتفاقات الدولية التي تعدُّ سورية طرفاً فيها، نظراً لأنَّ المادة (25) من القانون المدني السوري قد منحت المعاهدات الدولية سمواً على قواعد تنازع القوانين في حال وجودها، لذا يغدو – من باب أولى– احترام نصوص تلك المعاهدات في حال غياب قواعد الإسناد الوطنية.

– ويمكن التمييز بصدد الأموال المعنوية ما بين حقوق الملكية الفكرية من جهة، وما بين الديون والحقوق الشخصية من جهة أخرى. ونظراً لسهولة العودة إلى نصوص الاتفاقات الدولية ذات الصلة، سنكتفي بعرض الحلول الأكثر شيوعاً في توجهي: الفقه والقضاء.

أولاً: حقوق الملكية الفكرية:

يميز عادة في سياق الحديث عن حقوق الملكية الفكرية ما بين: حقوق الملكية الأدبية والفنية، و حقوق الملكية الصناعية

1 – حقوق الملكية الأدبية والفنية، ومثالها: الأعمال الفنية، كاللوحات والمصنفات الموسيقية، والمؤلفات الأدبية، كالكتب. ويذهب التوجه الراجح فيما يتعلق بتلك الأعمال والمؤلفات إلى الأخذ بقانون مكان (النشر الأول)، أما في حالة عدم النشر فيؤخذ عادة بقانون مكان وجود النسخة الأصلية، وفي حالة النشر في عدة دول في وقت واحد يؤخذ بالمكان الذي تم فيه النشر بأوسع الحدود، وهو ما يصطلح عليه بمكان (النشر الرئيسي أو الأصلي).

2 – حقوق الملكية الصناعية، وأهمها:

أ – براءات الاختراع: وتخضع عادة لقانون الدولة مانحة البراءة.

بلد الإيداع أو التسجيل، وموقع العلامة التجارية بلد منشأ الاستغلال، وموقع الاسم التجاري بلد المركز الرئيسي للمحل التجاري.

ب – الرسم والنموذج الصناعي: ويخضعان غالباً لقانون الدولة التي سُجِّل فيها الرسم أو النموذج.

ج – العلامات الفارقة والأسماء التجارية: يطبق بشأنهما على الراجح قانون مكان المشروع أو المنشأة التي تستعملها.

ثانياً: الديون والحقوق الشخصية:

ينظر للحق الشخصي على أنه مال معنوي في ذمة الدائن يجوز لصاحبه التصرف فيه بنقله، أو برهنه، عن طريق الحوالة، دون التقيد بإرادة المدين.

وتخضع الديون عموماً لجهة انتقال الدين لقانون مصدرها، فإذا كان الدين متولداً عن عقد، فإن قانون الإرادة هو الذي يسري على حوالة الحق بما في ذلك علاقة المحال له بالمحال عليه، إضافة إلى علاقة المحيل بالمحال عليه، أما إذا كان مصدره واقعة، فيخضع حينها لقانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة.

– **أما الحقوق الشخصية الثابتة في سندات قابلة للتداول**، فيمكن التمييز ما بين: السند لحامله، والسند الاسمي، والسند لأمر، حيث يخضع السند لحامله، والذي يُعدُّ بمثابة منقول مادي، لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه نقل الحق الثابت به، بينما يخضع السند الاسمي لقانون الهيئة التي أصدرته، أي لقانون مركز الإدارة الرئيسي والفعلي ، وذلك تطبيقا لنص م 2/12، كما تخضع حسب التوجه الراجح الأوراق الأذنية، أي السندات لأمر (كالسفتجة والشيك) لقانون بلد الوفاء[227].

---

[227] حول القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية، راجع مثلاً د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 450 وما بعد، أو د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 305 وما بعد، أو د. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 311 وما بعد.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث السادس

الالتزامات التعاقدية

(الجانب الموضوعي للعقود الدولية الخاصة /م20/)

نصت **المادة (20) من القانون المدني السوري على أن:**

(1 – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تمَّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه.

2 – على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار).

ولشرح هذه المادة يجب الوقوف على: مضمون المسألة المسندة، وبيان ضوابط الإسناد، وتحديد نطاق تطبيق القانون المسند إليه.

المطلب الأول

المسألة المسندة

في معرض تحديد المضمون العام للمسألة المسندة الواردة في م1/20 لا بد من تحديد المقصود أولاً بعبارة الالتزامات التعاقدية، ثم تحديد ما هي المسائل المشمولة، والمسائل غير المشمولة في مادة الإسناد.

أولاً: تحديد المقصود بعبارة (الالتزامات التعاقدية) الواردة في المسألة المسندة في المادة 1/20:

من المتفق عليه في سورية، وفي الدول التي أخذت بقاعدة إسناد شبيهة للمادة (1/20)، إن النص ولو كان صريحاً بإشارته إلى القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إلا أنه ليس هناك أية شبهة في سريان مضمونه على **العقد بوصفه مصدراً لهذه الالتزامات**، ولعل خير دليل على ذلك منحى التبويب في القوانين المدنية، والقائم

على ذكر مصادر الالتزام، ومنها العقد، تحت عنوان الالتزامات[228]. أضف إلى ذلك دليل الصياغة القضائية لبعض اجتهادات محكمة النقض السورية، كتلك القائلة: **(إن الالتزامات التعاقدية** تخضع في **موضوعها** وآثارها لقانون الدولة التي تم فيها العقد عند اختلاف المتعاقدين في الموطن، ما لم يتبين أن الطرفين اختارا قانوناً آخر)[229].

ثانياً: المسائل المشمولة في مادة الإسناد (الجانب الموضوعي للعقد):

تشمل المسائل المشمولة في مادة الإسناد المشار إليها باصطلاح (الالتزامات التعاقدية) وفقاً للتفسير الراجح، كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية، من حيث: تكوينها، وآثارها، وانقضاؤها[230].

1 – تكوين العقد:

تشمل مادة الإسناد قيد التحليل تكوين العقد لجهة أركانه المتمثلة بالرضا والمحل والسبب، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

أ – التراضي:

يذهب التوجه الفقهي الراجح لاستبعاد ما يتعلق بمسألة (وجود الإرادة) من نطاق مادة الإسناد بالتحديد الوارد هنا، ويقرر بقاء خضوعها لقانون جنسية الشخص المعني، لاتصالها بأهليته، مما يعني العودة بشأنها إلى نطاق م1/12 من القانون المدني السوري. أما (عيوب الإرادة) فتعدُّ من الجانب الموضوعي الخاضع لقانون العقد لاتصالها بعملية

---

[228] كتبويب القانونين المصري والسوري. راجع في ذلك د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 393، ود. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 430، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 325.

[229] نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15، مجلة القانون، ص 645، لعام 1961.

[230] ومن الفقه المصري مَن يؤكد صحة هذا التفسير من خلال العودة إلى المذكرة الإيضاحية. راجع مثلاً د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 393، وهناك من المشرعين، كالمشرع الكويتي تصدى للمسألة صراحة بأن ذكر في م(59) "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار..."، وأعفى بذلك الفقه والقضاء من الاجتهاد.

التعاقد. ومع ذلك ثمة من يرى في القواعد المتعلقة بهذه العيوب ما يذهب إلى حماية الشخص الذي صدرت إرادته معيبة، مما يفترض العودة بها إلى قانونه الشخصي[231].

ب – المحل:

يتفق الفقه في غالبه على شمولية مضمون الفكرة المسندة لمحل العقد، وذلك من حيث: شروطه، كالوجود، والإمكان، والتعيين، والقابلية للتعيين، والقابلية للتعامل.

ج – السبب:

يدخل السبب في مادة الإسناد فيما يتعلق بوجوده ومشروعيته، مع الاحتفاظ بحق التدخل لقانون القاضي فيما لو كان السبب غير مشروع وفقاً لهذا القانون، إذ لا يتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في بلد القاضي إذا كان العقد يقوم على سبب غير مشروع في ذلك البلد.

– وفي نهاية الحديث عن أركان التعاقد يجب ملاحظة أن الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، يدخل كذلك في مضمون الفكرة المسندة، والذي يغطي بدوره من جملة أشياء أخرى مسألة تحديد مصير هذا العقد، فيما لو كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، ومسألة تحديد مَنْ يجوز له التمسك بالبطلان[232].

2 – آثار العقد:

تدخل في مضمون المادة المسندة آثار العقد، سواء لجهة الموضوع، أم لجهة الأشخاص، ومثالها:

أ – بالنسبة للموضوع: تحديد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، وتحديد طبيعتها ونطاقها وتنفيذها، وتنظيم أحكام المسؤولية العقدية المترتبة على عدم التنفيذ.

---

[231] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 472، ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 460.

[232] أما آثار البطلان، مثل الرد والتعويض، فتخضع لقانون محل تنفيذ العقد الباطل، باعتبار أن العقد الباطل لا وجود له، وان ما ينجم عنه يعدّ بمثابة التزامات مترتبة على واقعة قانونية. راجع د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 398. ود. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 474.

ب – بالنسبة للأشخاص سواء المتعاقدين أم الغير: يدخل في مضمون المسألة المسندة تحديد الأشخاص الملتزمين بالعقد والأشخاص المستفيدين منه، وفيما عدا ذلك من مسائل ذات صلة، كآثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل.

3 – انقضاء العقد:

يدخل في نطاق المادة المسندة لجهة انقضاء الالتزامات:

أ – الوفاء أو التنفيذ الاختياري، وخاصة من جهة شروط صحته، ومحله، وزمانه، ومكانه[233].

ب – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، كالوفاء بمقابل والإنابة، وكيفية تقدير التعويض وعناصره.

ج – انقضاء الالتزام دون الوفاء لاستحالة التنفيذ، ويدخل كذلك في نطاق المسائل المسندة وفقاً للتوجه الراجح، التقادم المسقط ، وذلك لجهة مدته، وآثاره، وأسباب وقفه، وانقطاعه[234].

ثالثاً: المسائل المستبعدة من مادة الإسناد:

لا يوجد خلاف على استبعاد كل من مسألتي: أهلية التعاقد، وشكل العقد، من نطاق (الالتزامات التعاقدية) باعتبارها موضوع قاعدة الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني السوري.

1 – أهلية التعاقد:

رغم أن الأهلية شرط لصحة العقد، إلاّ أنها كصفة لصيقة بالشخص على نحو يستلزم ثباتها، تبقى جزءاً من نظام الأهلية بما له من استقلالية لجهة القانون الواجب

---

[233] فيما عدا تحديد عملة الوفاء، حيث تخضع لقانون بلد الوفاء، وذلك لتعلقها باعتبارات النظام العام ونظام القطع في ذلك البلد. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 329.

[234] راجع حول التقادم وانقضاء العقد عموماً د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – 479، ود. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 402 – 404.

التطبيق، والمحدد بقانون جنسية الشخص المعني، حسب ما تمَّ بيانه في المادة (1/12) من القانون المدني السوري، والخاصة بأهلية الشخص الطبيعي.

2 – شكل العقد:

إذ يتعدى الشكل هنا دائرة نظام العقد ليدخل في دائرة أوسع هي دائرة نظام شكل التصرفات الإرادية بما له أيضاً من استقلالية لجهة القانون الواجب التطبيق، والمحدد على نحو انتقائي في المادة (21) من القانون المدني السوري، كما سيرد بيانه لاحقاً.

Damascus University

المطلب الثاني

ضوابط الإسناد

بالعودة إلى صياغة م1/20 من القانون المدني السوري، نلحظ التدرج الملزم في البناء التشريعي لضوابط الإسناد. إذ يلزم القاضي السوري بداية بإرادة المتعاقدين كضابط أصيل، وفي حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية يتم الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الأول، وهو الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، أما في حال غياب الإرادة مع اختلاف المتعاقدين في الموطن، وهو فرض ممكن تصوره، فلا مناص حينها من الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني، وهو ضابط محل إبرام العقد[235].

أولاً: الضابط الأصيل: الإرادة: في معرض الحديث عن ضابط الإرادة لا بُدَّ من بيان صور الإرادة المعتد بها، وتحديد ضوابط الأخذ بها:

1 – صورة الإرادة: تتجلى صور الإرادة المقبولة، كضابط إسناد أصيل بموجب م1/20 ، بكل من : الإرادة الصريحة، والإرادة الضمنية

أ – الإرادة الصريحة: تظهر الإرادة بصورتها الصريحة حين يذكر المتعاقدون بعبارة صريحة في العقد قانون دولة معينة كقانون واجب التطبيق، فلا صعوبة تذكر في هذا الفرض.

ب – الإرادة الضمنية: وهي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة، يستدلّ القاضي عليها عادةً من خلال ظروف عملية التعاقد، وذلك بالاعتماد على عدة قرائن، لعل أكثرها شيوعاً: استخدام المتعاقدين لمصطلحات معروفة في قانون معين، أو تحرير العقد بلغة دولة معينة، أو بمعرفة موثق تابع لها، أو حرص المتعاقدين على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة، أو تنفيذه في دولة معينة، كما تعدّ من القرائن، حالة

---

[235] راجع ما سبق تحليله في معرض الحديث عن هيكلية قواعد الإسناد السورية.

اتصال العقد بقانون دولتين، يتضمن أحدهما أحكاما لتنظيم العقد خلافا لقانون الدولة الأخرى ، أو يقرُّ أحدهما بصحته في الوقت الذي يقضي به الآخر ببطلانه[236].

– وواضح من النص أن المشرع السوري لم يقيد القاضي بتدرج ملزم لقرائن الإرادة الضمنية، كما ترك أمر استخلاصها لتقديره دون أن يخضع مسألة استخلاصها لرقابة محكمة النقض، باعتبارها مسألة موضوعية تتعلق بتفسير العقد وبظروف التعاقد، لا بتطبيق القانون.

– أما في حال غياب الإرادة الصريحة والضمنية على القاضي السوري الانتقال إلى الضوابط الاحتياطية المقررة تشريعياً دون البحث عن الإرادة المفترضة، والتي تستهدف البحث عما كان من الممكن أن تتجه إليه إرادة المتعاقدين من خلال معيار موضوعي قوامه (الرجل المعقول)[237]، **ونؤمن من جهتنا بمنحى المشرع لجهة استبعاده الإرادة المفترضة، لما يرافق تقصّيها** من مشقة وحرج، عدا عن احتمال الخلط ما بين إرادة المتعاقدين وإرادة القاضي نفسه في معرض افتراضها قضائياً.

2 – ضوابط الإرادة:

أ – الوقت المعتد به للأخذ بالإرادة:

اشترط الفقه التقليدي أن يكون اتفاق المتعاقدين على القانون الواجب التطبيق عند التعاقد، سواء ورد في صلب العقد الأصلي أم في اتفاق مرفق، إلاّ أن مِن الفقه الحديث

---

[236] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 430 وما بعد ود. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 378.

[237] لأبعد من ذلك، رفض جانب من الفقه الفرنسي الحديث عن الإرادة الضمنية، واعتقد أنها من قبيل الإرادة المفترضة، وبرر تصوره بأنه في غياب الإرادة الصريحة ما يدلّ على اختلاف المتعاقدين حول القانون الواجب التطبيق، د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 379.

مَن أجاز هذا الاتفاق بعد إبرام العقد، ومنهم مَن أجازه بعد نشأة النزاع، ولو تضمن الاتفاق المذكور تعديلاً لاتفاق سابق، شريطة رعاية حقوق الغير[238].

ب – حرية الإرادة بين نظرية (تركيز العقد) ونظرية (العقد الطليق):

تقوم فكرة تقييد الإرادة حسب نظرية تركيز العقد على ضرورة قيام صلة حقيقية بين العقد وبين قانون الإرادة باعتباره القانون الواجب التطبيق، وتتحقق هذه الصلة عند تركيز إرادة الأفراد بمركز الثقل في علاقتهما.

ويدعم المناصرون لتقييد حرية الإرادة بما اشترطته بعض التشريعات من ضرورة قيام مثل هذه الصلة من حيث المبدأ[239]، إلا أن جانباً مهماً من هؤلاء واحتراماً منه لتوقعات المتعاقدين لا يشترط لقيام الصلة تركيز الإرادة بمركز الثقل على وجه التحديد.

– وبالمقابل يذهب جانب من الفقه لإطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون الإرادة، وهذا ما ينسجم باعتقادهم مع طبيعة العقد الدولي المرتبط أصلاً بأكثر من قانون على نحو يتيح له الإفلات من الخضوع لقانون دولة محددة، بل ثمة من يذهب لتحرير العقد من قوانين الدول ليغدو طليقاً، فيقبل الخضوع لشروطه التعاقدية، أو للعادات وللأعراف السائدة[240].

– **ومن جهتنا نرى أن إطلاق نص م(1/20) دون ذكر صريح لقيد (الصلة)، ربما يعبر عن قناعة المشرع السوري** باعتبار أي قانون تختاره إرادة الأفراد، فيما لو كان منسجماً مع احتياجات العلاقات الدولية الخاصة، أو محققاً لأي مصلحة مشروعة تنفي

---

[238] على أن تظل هذه الحقوق خاضعة للقانون الذي كان يحكم العقد من البداية، د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 378.

[239] كالمادة (25) من القانون الدولي الخاص البولوني لعام 1965، حيث اشترطت وجود صلة بين الرابطة القانونية وبين القانون الذي يختاره المتعاقدان لحكمها.. د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 443.

[240] د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 371 – ص 372، ود. فؤاد رياض، ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 326.

نيـة التحايـل لـدى المتعاقدين، يعدُّ قانونـاً قائمـاً علـى صـلة مفترضـة بالعقد، وإن لـم يكـن قانون مركز ثقله على وجه التحديد.

وبالمقابل نعتقد أن في صراحة نص م(1/20) لجهة استخدامه كلمة (قانون) في سياق عبارة: (هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه) ما يفيد برغبة المشرع السوري بتطبيق قانون دولة معينة على وجه التحديد، بما يعنيه ذلك **من رفض لمفهوم العقد الدولي الطليق** بالتصور المشار إليه أعلاه.

ج – تجزئة العقد بإرادة المتعاقدين:

ثمة رأي فقهي يعترف لإرادة الأفراد باختيار أكثر من قانون لحكم العقد، كأن يخضع تكوين العقد لقانون محل إبرامه مثلاً، بينما يخضع تنفيذه لقانون محل التنفيذ. وإذا ما تعددت الدول التي يتم فيها التنفيذ تظهر واحدة من أعلى صور تعدد القوانين الناظمة للعقد[241].

ويغدو هذا الرأي أكثر قبولاً كلما كنا أمام عقد مركب، كبعض عقود نقل التكنولوجيا التي تتسم بطول أجلها وبطبيعتها المتطورة مما يستلزم تجزئتها إلى عدة مراحل، على أن يقرر المتعاقدون في نهاية كل مرحلة فيما لو رغبوا بالانتقال للمرحلة التالية، أم لا [242].

إلا أن الرأي السائد في غالبية التوجهات الفقهية، وبعض الاجتهادات القضائية، وفي تقارير المؤتمرات الدولية ذات الصلة، يذهب إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على

---

[241] راجع حول هذا الرأي د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 476، أو د. فؤاد رياض – مرجع سابق – ص 327.

[242] راجع **مؤلفنا د. وفاء مزيد فلحوط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –2008**، ص132

العقد باعتبار الأخير عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية مما يستوجب خضوع مجموعه إلى قانون واحد[243].

وهذا هو التفسير الراجح في منحى المشرع السوري حسب ما سبق بيانه لجهة شمولية مادة الإسناد لكل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية سواء من حيث: تكوينها، أم من حيث آثارها، أم من حيث انقضاؤها، مع الاحتفاظ بهامش من الاستثناءات غير مخلّ بقاعدة (عدم التجزئة).

د – تقييد حرية الإرادة بحسن النية وعدم الغش:

إنّ تقييد إرادة المتعاقدين باعتبارات حسن النية وعدم التحايل يفترض إعمال نظرية الغش نحو القانون كلما تبين للقاضي سعي المتعاقدين لاختيار قانون ما بهدف التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة في قانون آخر على عقدهم المتضمن فرضاً عنصراً أجنبياً أو أكثر. بل يمكن لأبعد من ذلك إعمال نظرية الغش نحو القانون فيما لو اصطنع المتعاقدان ظهور العنصر الأجنبي نفسه، وذلك بتوجيه إرادتهما غشاً لتحويل العقد من عقد وطني بحت تتركز مختلف عناصره في دولة واحدة إلى عقد دولي خاص، كما لو سافر مواطنان إلى دولة ما لإبرام عقد قرض بينهما، واتفقا على إخضاعه لقانون تلك الدولة، وذلك بقصد التهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد في قانونهما الوطني[244].

ومن جهتنا نحرص على بيان الفارق بين الفرضين، ذلك أن الغش في الفرض الأول وقع في معرض تطبيق قواعد الإسناد بهدف التلاعب بالقانون المسند إليه مما استوجب الدفع به لإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلاً وطنياً كان أم أجنبياً، بينما استهدف الغش في الفرض الثاني إمكانية الوصول لتطبيق قواعد الإسناد مما استوجب الدفع به لإعادة الاختصاص للقانون الوطني على وجه التحديد.

---

[243] راجع حول هذا التوجه في الفقه والقضاء وتقارير المؤتمرات الدولية، كالمؤتمر السادس للقانون الدولي الخاص في لاهاي. د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 468.

[244] لمزيد من التفاصيل، وخاصة لضبط العلاقة ومنع الخلط بين فكرة عدم الأخذ بقانون الإرادة لانعدام الصلة، وفكرة الغش نحو القانون.. راجع د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 374.

هـ – مراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة الأجنبية المرتبطة بالعقد:

لا صعوبة تذكر في معرض الحديث عن ضرورة مراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة الأجنبية التي يتضمنها القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، وعلى رأسها قانون الإرادة، ذلك أن التزام القاضي بتطبيق مثل تلك القواعد ما هو إلا تطبيق لجزء لا يتجزأ من قانون العقد الذي أشار إليه المشرع الوطني من خلال قواعد الإسناد.

إلا أن الصعوبة تظهر بمناسبة الحديث عن قواعد البوليس الأجنبية وكذلك القوانين العامة التي تشكل جزءاً من نظام قانوني أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد الإسناد في بلد القاضي، حيث يتجه الفقه الحديث في سبيل تنفيذ الأحكام القضائية خارج حدود دولة القاضي المصدرة لها، إلى إلزام القاضي بمراعاة قواعد البوليس والقوانين العامة المرتبطة بالعلاقة، ولو لم تكن جزءاً من قانون العقد[245].

ثانياً: الضابط الاحتياطي الأول: الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً

ويبرر الأخذ بهذا الضابط ما للموطن من أهمية في العلاقات التعاقدية والمعاملات المالية. ويفترض أن الوقت المعتبر لاتحاد المتعاقدين في الموطن هو وقت إبرام العقد، وعلى ذلك سارت بعض اجتهادات محكمة النقض السورية[246].

---

[245] وتسوق د. حفيظة الحداد مثالاً على هذا الفرض، العقد المبرم بين لبناني وفرنسي استورد من خلاله الأول بضائع من الثاني، واتفقا على القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق، فعلى فرض قيام المستورد اللبناني بشراء البضائع لتسويقها في السودان، يثور التساؤل عن التزام القاضي اللبناني الناظر في النزاع بقوانين الاستيراد ورقابة النقد المقررة في القانون السوداني رغم أنه غير مختص بحكم العقد حسب قواعد الإسناد اللبنانية التي منحت الاختصاص للقانون الفرنسي. راجع في التفاصيل د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 386.

[246] ومن تلك الاجتهادات نقض مدني سوري 41 تاريخ 1961/5/15 (مجلة القانون العام 1961– ص 645) وكانت القضية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق بصدد نزاع حول تنفيذ التزام تعاقدي، وفيما لو كان هذا القانون هو القانون السوري الذي يعتبر الالتزام تجارياً، أم كان القانون الفلسطيني الذي يعتبره ذا طبيعة مدنية، حيث قرر الحكم المطعون فيه الأخذ بالقانون السوري باعتباره قانون الموطن المشترك (الضابط الاحتياطي الأول) في غياب قانون الإرادة. وقد تمّ تأسيس الطعن بأن القانون السوري لا يعد القانون الواجب التطبيق، لأن المتعاقدين لم يتحدا في الموطن (سورية) وقت إبرام العقد، بل حلَّ أحدهما

ثالثاً: الضابط الاحتياطي الثاني: محل إبرام العقد

ويبرر الأخذ بهذا الضابط لما فيه من تيسير على المتعاقدين، وتلبية لحاجات التعامل الدولي، كما أنه يحقق إحدى احتمالات وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد لجهتي الشكل والموضوع، وذلك فيما لو تمَّ انتقاءه لإقرار صحة الشكل باعتباره أحد القوانين الواردة في المادة (21) ، مع اعتماده لحكم الجانب الموضوعي، وذلك فيما لو لم يتحد المتعاقدان في الموطن رغم غياب إرادتهما الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق.

ومع ذلك يبقى هذا الضابط أكثر أهمية في مسائل شكل العقد مقارنة بجوانبه الموضوعية، خاصة أن مكان إبرام العقد كثيراً ما يتحدد بمحض الصدفة، وهذا ما دفع جانباً من الفقه للقول بعدم كفاية هذا الضابط منفرداً كأداة لوصل العقد بالقانون الواجب التطبيق، وفضلوا دعمه بضوابط أخرى، كأن يكون محل الإبرام مثلاً محلاً لتنفيذ أحد الالتزامات الرئيسية في العقد[247].

– وفي ختام الحديث عن الضابطين الاحتياطيين السابقين، تجدر الإشارة إلى توجه فقهي ذهب لانتقاد المشرع في تصديه لمهمة التركيز الموضوعي للعقد في حال غياب إرادة المتعاقدين، معتبراً أنّ هذا الحل رغم كفالته لعلم المتعاقدين المسبق بالقوانين

في سورية بصورة لاحقة. مما يعني غياب هذا الضابط، وبالتالي كان من المفروض الانتقال إلى الضابط الاحتياطي الثاني، أي قانون محل إبرام العقد (القانون الفلسطيني) . لذا انتهى القضاء إلى انه: «... من حيث أن الحكم المطعون فيه الذي أعمل حكم القانون المحلي في النزاع، بناء على وجود الطرفين في الإقليم السوري، قد جانب الصواب، لأن الطرفين متفقان على أن العقد أبرم في فلسطين في وقت لم يكونا فيه متحدين في الموطن، وأن المدعي الطاعن حلَّ في الإقليم السوري بعدئذ. ومن حيث أنه يتعين، في مثل هذه الحالة، الرجوع إلى القانون الفلسطيني الذي أبرم العقد في ظل نفاذه من أجل التعرف على طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية.. ومن حيث أن الحكم المطعون فيه، الذي استبعد تطبيق قانون الدولة التي تم فيها التعاقد على واقعة الدعوى، قد خالف أحكام المادة (20).. فهو منسوب بعيب مخالفة القانون مما يعرضه للنقض».

[247] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 434.

الاحتياطية هو حل غير ملائم لجميع العقود، نظراً لأن مركز الثقل يختلف حسب طبيعة العقود من عقد إلى آخر. لذا كان من الأفضل – حسب التوجه المذكور – تخلي المشرع عن هذه المهمة لصالح القضاء ليتولى من جانبه تحديد القانون الأوثق، وذلك بالنظر إلى كل حالة على حدة، ولو تمت التضحية بتوقعات الأفراد، لانّ هذا – برأي أنصار هذا التوجه – أقل ضرراً من الإسناد التشريعي الجامد والموحد.

– **ومن جهتنا نناصر في رأينا مَن اعتبر أفضل الحلول؛ هو ما لجأت إليه بعض التشريعات الحديثة** باتخاذها موقفاً وسطاً يحقق اعتبارات الملاءمة من جهة، ويخدم توقعات الأفراد من جهة أخرى، وذلك **بتجزئة الإسناد** بحيث يخصص لكل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ضابط إسناد يلائم طبيعتها[248].

ويبرر اختلاف طبيعة العقود من جانبه ذلك المقترح في الدول التي تتبنى مواد مشابهة للمادة (1/20) من القانون المدني السوري، والقائل بتدخل القضاء في معرض إسناد العقود التي لا تتلاءم بطبيعتها مع الضوابط الاحتياطية المحددة بالنص التشريعي، والتوجه إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص للبحث عن إسناد ضمن معايير ملائمة كمعيار (الأداء المميز)[249].إلا أننا **نرى في هذا المقترح تجنباً لقاعدة الإسناد المحددة بالمادة (1/20)** في مثل هذه الحالات لدرجة تلغي وجودها، وتبرر العودة إلى نص المادة (26) من القانون المدني السوري القائمة في **أساسها على غياب قواعد الإسناد**، وفي هذا القول خير تمهيد للحديث عن نطاق تطبيق القانون المسند إليه، وخاصة لجهة ما يمكن استبعاده من هذا النطاق.

---

[248] كما فعل القانون الدولي الخاص السويسري الجديد، والقانون الدولي الخاص الألماني. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 382.

[249] د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 383.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق قانون العقد (القوانين المسند إليها)

* **لا خلاف** من حيث المبدأ على أن **العقود المشمولة بنطاق تطبيق قاعدة الإسناد** الواردة في المادة (20) من القانون المدني السوري هي **العقود الدولية**، إذ يطبق قانون العقد بما يعنيه من(قانون الإرادة ، وإلاَّ قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، وإلاَّ قانون محل إبرام العقد) على العقود الدولية دون العقود الوطنية، لأن العقود الداخلية البحتة لا تثير ظاهرة تنازع القوانين على اعتبار مجمل عناصرها وطنية ترتبط بقانون واحد هو القانون الوطني، والذي يصحُّ – إن صدق تعبيرنا – وصفه بـ(القانون المطبق) أكثر منه بـ(القانون الواجب التطبيق)، باعتبار ما يفترضه المصطلح الأخير من وجود عدة قوانين متنازعة قابلة للتطبيق.

* **إلا أن الخلاف قد ظهر في سياق تحديد ما هو المقصود بالعقود الدولية،** حيث اختلف الفقه حول تعريف العقد الدولي، كما اختلف المشرعون حول إمكانية صياغة تعريف محدد له، فمنهم من تبنى تعريفاً محدداً، ومنهم من امتنع عن ذلك، تاركاً الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، حتى أمكن القول إن تحديد المقصود بالعقد الدولي لم يكن في اهتمام المشرعين بقدر ما كان في اهتمام الفقهاء، الذين تبنوا من جانبهم معايير لإقرار دولية العقد، كان أولها **معياراً قانونياً** قوامه العناصر القانونية للعلاقة العقدية، بحيث يعد العقد دولياً إذا اتصلت عناصره بأكثر من نظام، ويستوي عند أنصار المعيار القانوني التقليدي تطرق العنصر الأجنبي لأي من عناصر العقد، بينما يشترط أنصار المعيار القانوني الحديث تطرق الصفة الأجنبية لعنصر عقدي فاعل على وجه التحديد.

– ونظراً للانتقادات التي طالت المعيار القانوني بشقيه التقليدي والحديث، وجد جانب من الفقه أن المعيار الأفضل لتقرير الطابع الدولي للعقود يتمثل في **معيار اقتصادي** يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية باعتبار ما ينطوي عليه من بيان لحركة المدّ والجزر للقيم الاقتصادية عبر الحدود متجاوزاً بذلك نطاق الاقتصاد الوطني للدول.

– **وسبق أن انتهينا في معرض ضبط العلاقة ما بين المعيارين القانوني والاقتصادي** لإمكانية الاكتفاء بالمعيار القانوني الضيق في معرض إقرار الطابع الدولي للعقود طالما أنه يفضي حكماً للمعيار الاقتصادي[250].

– **إلى جانب المعيارين السابقين** أي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ظهر في الأوساط الفقهية **معيار ثالث مزدوج** يقوم على الجمع ما بين هذين المعيارين، بحيث يشترط وجود العنصر الأجنبي في العقد مع ضرورة تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية.

وقد وجد هذا المعيار الجامع سنده في العديد من الاجتهادات القضائية، وفي بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بل ويمكن القول في بعض التوجهات التشريعية، كما في **قانون التحكيم السوري** رقم 4 لعام 2008 في معرض تحديده لمفهوم التحكيم التجاري الدولي في المادة الأولى منه [251].

---

[250] ذلك أن الأخذ بالمعيار القانوني على إطلاقه على نحو يشمل المعيار القانوني الواسع من شأنه إقرار دولية العقد بناء على عناصر غير فاعلة، وهذا ما يجافي المنطق، كما أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي منفرداً من شأنه إلقاء العبء على نتيجة العقد، وإهمال أساس العملية أي التصرف القانوني المتجسد بالعقد ذاته.

حول جملة ما يتعلق بالعقود الدولية، بما في ذلك وجهة نظرنا بالشخصية، راجع مؤلفنا بالمشاركة **د احمد عبد العزيز و د. وفاء فلحوط : العقود الدولية، منشورات جامعة دمشق (نظام التعليم المفتوح)،2020/2019**، ص 13 – ص 15 – ص 41.

[251] **رغم أن المادة المذكورة لم تدرك حقيقة العلاقة بين معياري دولية العقد، ذلك أنها بدأت بتعريف التحكيم التجاري الدولي على أساس المعيار الاقتصادي، ثم قامت بتعداد حصري لبعض الحالات المنتمية للمعيار القانوني** وصولاً إلى البند 3 الذي ذكر حالة ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة، **وهذا ما يثبت عدم إدراك النص لحقيقة أن المعيار الاقتصادي منتج حكماً للمعيار القانوني، أي أن موضوع النزاع المتعلق بالتجارة الدولية حسب ما جاء في استهلال المادة (1) هو حكماً مرتبط بأكثر من دولة، وإلا كيف سيتعلق بمصالح التجارة الدولية !**، راجع انتقادنا في هذا الشأن الوارد في مؤلفنا العقود الدولية، المشار إليه سابقاً – ص 43.

*** وفي سياق الحديث عن العقود الدولية كثيراً ما يثار التساؤل: فيما لو كانت عقود الدولة مع أشخاص القانون الخاص من العقود التي تخضع لقانون الإرادة،** شأنها بذلك شأن العقود الدولية بين الأفراد العاديين[252].

وسبق أن انتهينا –من جانبنا– إلى أن الوصول إلى تصنيف جامد للعقود الدولية لا يقلُّ صعوبةً عن صعوبة الاتفاق على تعريف موحد للعقد الدولي، أو عن صعوبة تحديد معايير دوليته.

– إذ لا يمكن تجاهل الخلاف الذي يظهر بصدد تصنيف العقود الدولية في حالة تدخل الدولة كطرف عقدي، خاصة في معرض تدخلها كسلطة عامة بهدف تحقيق إحدى وظائفها الأساسية على نحو يجعل عقدها من قبيل (عقود التنمية الاقتصادية)، مما يثير تساؤلاً عن مدى خضوع هذه العقود لقواعد القانون الدولي الخاص.

– وقد لاحظنا أن التساؤل يزداد تعقيداً كلما صادفنا مصطلح (اتفاقيات) كمصطلح مستخدم للدلالة على مثل هذه العقود، أما على أرض الواقع فقد لاحظنا حالة من الصدّ والردّ بين العاقدين، باعتبار ما يخشاه المتعاقد الخاص من اعتبارات السيادة لدى الدولة، مقابل ما تخشاه الدولة من مقدرات مالية وتقنية لدى المتعاقد الخاص، وهذا ما برر تحيز الدول لتطبيق قانونها الوطني، في الوقت الذي سعى فيه المتعاقد الخاص للتنصل من ذلك القانون، إما لصالح قواعد تنتمي للقانون الدولي العام لرفع سقف مسؤولية الدول المتعاقدة عند الضرورة، أو لصالح قواعد أخرى أسهم في إعدادها وتكوينها على نحو يخدم مصالحه في التجارة الدولية، كقواعد وأعراف التجارة الدولية، أو ما يعرف بـ (Lex Mercatoria)[253].

---

[252] راجع حول هذا الجدل مثلاً د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق– ص 462 ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 464 ود. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 337.

[253] راجع ما انتهينا إليه في مؤلف العقود الدولية المشار إليه سابقاً – ص 97 وما بعد، بما تضمنه من إشارات ذات صلة لمؤلفنا (المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية) المشار إليه سابقاً.

*** وبالمقابل أهم ما يمكن استبعاده– من جملة العقود الدولية– من نطاق تطبيق قانون العقد بالتحديد الوارد في المادة (1/20):**

1 – عقود الأحوال الشخصية:

حسب الصياغة التشريعية لنظام تنازع القوانين السوري لعله من أوضح عقود الأحوال الشخصية المستبعدة من نطاق تطبيق المادة 1/20 ، هي عقود الزواج، حيث تخضع في شروطها الموضوعية لقوانين مغايرة لقانون العقد المحدد بنص هذه المادة بقانون أصيل وقانونين احتياطيين، وهي كما سبق بيانها إما قانون جنسية الزوجين، فيما لو كانا من جنسية أجنبية، بناء على المادة (13)، أو القانون السوري، فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج، بناء على المادة(15) من القانون المدني السوري.

2 – العقود المتعلقة بعقار:

جاء استثناء هذه العقود صراحة بنص الفقرة الثانية من المادة (20)، التي مفادها إخضاع العقود المتعلقة بعقار لقانون موقع العقار، وليس لقانون العقد المحدد بالفقرة الأولى من المادة المذكورة.

3 – عقود العمل:

يعدُّ عقد العمل نموذجاً للعقود التي تتنافى بطبيعتها مع قاعدة الإسناد العامة القائمة على خضوع الالتزامات التعاقدية إلى قانون الإرادة، وذلك بسبب تدخل المشرعين بالتنظيم الآمر لعلاقات العمل مما يضيّق من دور الإرادة، وخاصة في الجانب التنظيمي لعقد العمل، والذي يفترض أن يخضع لقانون دولة التنفيذ، وذلك خلافاً للجانب غير التنظيمي الذي يمكن إخضاعه – في نظر جانب من الفقه – لقانون الإرادة.

ومن جهتنا نميل للرأي القائل بإخراج عقود العمل من نطاق إعمال المادة (1/20) التي تشير باختصاص قانون الإرادة في العقود بصفة عامة، ونرى – مع أصحاب هذا الرأي – أنه إذا اختار المتعاقدون قانوناً معيناً لينطبق على عقد العمل فلا ينطبق من أحكامه إلاَّ ما كان منها أصلح للعامل، على أن تطبيق تلك الأحكام لا يتم

بوصفها قانون الإرادة المشار إليه في المادة (1/20)، إنما باعتبارها (شروطا عقدية) لا تتعارض مع الأحكام الآمرة في قانون دولة التنفيذ باعتباره قانون العقد[254].

4 – العقود التي تتم في البورصات وعقود بيع العروض:

تنبهت بعض التشريعات لخصوصية مثل هذه العقود فأفردت لها قواعد إسناد مستقلة لبيان القانون الواجب التطبيق عليها، وخير مثال على ذلك ما ذهب إليه المشرع الكويتي في القانون رقم 1961/5 ، إذ بعد صياغته للمادة (59) بصياغة مماثلة على مستوى الضوابط للمادة (20) من القانون المدني السوري، نصّ في المادة (60) على أن: (يسري على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق).

ثم نص في المادة (61) على أن: (يسري على بيع العروض قانون موطن البائع، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون موطن المشتري أو قانوناً آخر هو الذي يسري).

---

[254] د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 413/412. أما في حال التنفيذ في عدة دول، فيمكن الأخذ بقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ بصفة أساسية، أما إذا تم التنفيذ بين الدول على قدم المساواة، فيمكن الأخذ بقانون مركز إدارة الأعمال: مشار إلى هذا الرأي والتوجهات القضائية ذات الصلة في مصر لدى د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 414/413، ود. فؤاد رياض ود. سامية راشد – مرجع سابق – ص 336.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث السابع

الالتزامات التعاقدية (شكل العقود: المادة/21/)

جاء في **المادة 21 من القانون المدني السوري:**

«العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

– **يتضح من نص المادة السابقة الطبيعة الانتقائية لضوابط الإسناد،** على غرار ما اتضح لنا سابقاً في معرض إسناد شكل الوصية، مما يكشف عن منهج تشريعي مفاده إضفاء الطابع الانتقائي كلما تعلق الأمر بشكل التصرفات بهدف التيسير على الأشخاص المعنيين، وذلك من خلال تسهيل الاعتراف بصحة تصرفهم عقداً كان أم وصية لجهة الشكل[255].

– وهذا يعني وفقاً لصياغة نص المادة (21) إقرار القضاء السوري بصحة شكل العقد فيما لو كان مطابقاً لأي من الأشكال المعتمدة في: قانون دولة إبرام العقد، أو في القانون الناظم لأحكامه الموضوعية، أو في قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو في قانون جنسيتهما المشتركة فيما لو اتحدا في الجنسية. إذ يكفي لإقرار صحة الشكل أن يكون صحيحاً بموجب قانون واحد فقط من هذه القوانين الأربعة، وإن لم يكن كذلك في القوانين الثلاثة الأخرى.

– **ولشرح هذه المادة يستلزم بيان** تحديد المقصود بشكل العقد باعتبارها المسألة المسندة، ومن ثم بيان القوانين الانتقائية المسند إليها:

---

[255] تقصدنا الحديث عن التصرفات عموماً لأننا نفضل الحديث عن الوصية كتصرف قانوني أحادي الجانب لتمييزها عن العقد، **مما قد يشكل تحفظاً على ما ورد في بعض المؤلفات** لجهة **تبرير استبعاد شكل الوصية من نطاق تطبيق المادة 21**، إذ صادفنا القول أحيانا: بإن القاعدة المحددة في المادة (21) تسري على مختلف العقود... **باستثناء العقود التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، ويقصد بذلك الوصية** وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت..

المطلب الأول

تحديد المقصود بشكل العقود باعتبارها المسألة المسندة:

إن تحديد المقصود بشكل العقود، أو تمييز الشكل عن الموضوع، يعدُّ مسألة تكييف أولي تخضع لقانون القاضي، وفقاً للمادة (11) من القانون المدني السوري.

أولاً: ما يدخل في مفهوم الشكل:

يقصد بالشكل عموماً مختلف الوسائل المستخدمة للتعبير عن الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي، إلاّ انه يجب التمييز هنا ما بين:

1 – الأشكال المطلوبة لانعقاد التصرف:

قد يتطلب المشرع شكلاً معيناً للتصرف، كوجوب إفراغه في مستند رسمي مكتوب وذلك بهدف حماية الإرادة، مما يستوجب اعتبار هذا الشكل من مسائل الموضوع، فاشتراط المشرع مثلاً الرسمية في الرهن التأميني يتجاوز مفهوم الشكل الخارجي ليغدو من الأوضاع الجوهرية في الشكل التي تعد ركناً في انعقاد التصرف، مما يعني خضوعها لقانون موضوع التصرف، وبالتالي العودة لقانون الموضوع لبيان فيما لو كانت الرسمية مطلوبة لانعقاد التصرف من عدمه. ولم يسلم هذا التوجه من النقد لأنه يذهب بالاعتبارات العملية المتعلقة بضرورة التيسير على المتعاقدين[256].

---

[256] ترى د. حفيظة الحداد أن الرجوع إلى القانون الذي يحكم الموضوع في مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه **لانعقاد التصرف** قد يؤدي لاستحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، فإذا لم يجد المتعاقدون مثلاً في بلد الإبرام موظفاً مختصاً بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي، ولم يكن في هذه الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، لامتنع عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يتواجدون فيها، لذلك إذا ما تطلب قانون الموضوع الشكل الرسمي، بينما اكتفى قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، يفترض انعقاد التصرف صحيحاً ما دام قد أفرغ بالشكل العرفي. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 342.

2 – الأشكال المطلوبة لإثبات التصرف:

يجمع الفقه على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف تخضع للقانون الذي يحكم شكل هذا التصرف، كما يخضع لهذا القانون أيضاً قوة الدليل في الإثبات[257].

ومن جهتها أشارت وزارة العدل السورية إلى الصلة الوثيقة ما بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ ذكرت في إحدى الكتب الصادرة عنها: (.. إن المشرع وإن كان لم ينص على القانون الذي يرجع إليه في ثبوت تاريخ العقد، غير أن الاجتهاد في حقل القانون الدولي الخاص ذهب إلى إخضاع ثبوت العقد للقانون الذي يحكم شكله، وذلك نظراً لوجود صلة وثيقة بين شكل التصرف وإثباته. إذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للعقد هو لتيسير إثباته..)[258].

ثانياً: ما يخرج عن مفهوم الشكل:

1 – الأشكال الخاصة بالمرافعات: خلافاً للأشكال التي تدخل في نطاق المادة (21) ذات الطابع الانتقائي، فإن الأشكال الخاصة بإجراءات التقاضي، والسير في الدعوى، لا تقوم على طابع اختياري بل يلزم خضوعها لقانون القاضي لتعلقها بتنظيم مرفق القضاء، وهذا ما أكدته المادة (23) من القانون المدني السوري، والتي نصت على أن: (يسري على... جميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي... تباشر فيه الإجراءات).

2 – الأشكال المتعلقة بالعلانية: أي جميع المسائل اللازمة لشهر التصرفات، سواء كان الشهر لازماً لنشأة الحق كما في الحقوق العينية الأصلية، أو مطلوباً لنفاذ الحق في مواجهة الغير، كما في الحقوق العينية التبعية، ذلك لأن الأشكال الخاصة

---

[257] المرجع السابق – ص 343.

[258] كتاب رقم 4022 تاريخ 1959/4/25 جواباً على كتاب وزارة الإصلاح الزراعي رقم 337 (مجلة القانون لعام 1960 ص 22).

بالشهر، كالتسجيل والقيد، تبقى خاضعة لقانون موقع المال على اعتبار الغرض منها إعلام الغير، وحماية استقرار المعاملات.

3 – الأشكال المكملة للأهلية: بما تعنيه من إجراءات لازمة لصحة التصرف، كضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها للقيام بتصرف ما، أو ضرورة حصول القاصر على إذن لمباشرة بعض أعمال الإدارة أو التجارة، أو الإذن للوصي في التصرف بأموال القاصر.. فمثل هذه الأشكال تدخل في فكرة موضوع التصرف مما يعني بقاءها في نطاق القانون الواجب التطبيق على الموضوع[259].

---

[259] د. حفيظة السيد الحداد – مرجع سابق – ص 338 – ص 340، د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 342.

المطلب الثاني

القوانين المسند إليها

وفقاً لصياغة المادة (21) من القانون المدني السوري، يجوز إقرار صحة شكل العقود فيما لو توافقت شكلاً مع أحد القوانين الأربعة التالية:

أولاً: قانون محل إبرام العقد:

تعد قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة جداً[260]، وقد ثار في معرض الأخذ بها خلاف واضح حول طبيعتها الإلزامية، إذ يرى فيها البعض قاعدة آمرة تحمي مصلحة عامة تتمثل بالاطمئنان على شكل التصرفات، فيما يعدها آخرون، ومنهم المشرع السوري، قاعدة اختيارية تهدف من جهة للتيسير على المتعاقدين بتمكينهم من تطبيق القانون الذي يسهل التعرف عليه[261]، وتراعي من جهة أخرى حاجة التعاملات الدولية، بمعنى أنه إذا كان الهدف من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فيبدو من غير الحكمة إجبارهم بهذا الشكل، فيما لو كانوا على علم بأحكام قانون أكثر ارتباطاً بالتصرف، خاصة إن تعذر عليهم العلم بقانون بلد الإبرام نظراً لإبرام التصرف أثناء مرورهم العارض بذلك البلد[262].

---

[260] لم يبدأ التمييز بين القانون الذي يحكم شكل التصرف والقانون الذي يحكم موضوعه إلا مع تبلور قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين إثر التفسير الذي أعطاه (كورسيوس) لقاعدة خضوع العقد لقانون بلد الإبرام على أساس الخضوع الإرادي للأفراد، وبعد أن حدد الفقيه الفرنسي (ديمولان) ما ينتج عن ذلك التفسير من إمكانية السماح للأفراد باختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام. وهكذا حتى أصبح قانون محل الإبرام قاصراً على شكل التصرف مقابل خضوع الموضوع لقانون الإرادة. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 336، أو د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 333.

[261] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 466.

[262] د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 336.

– ومن الجدير ذكره أيضاً أن الدول التي أقرت ببناء قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على عدة ضوابط انتقائية توافقت بالعموم على وجود ضابط محل الإبرام، إلا أنها اختلفت في تحديد الضوابط الأخرى[263].

ومن جهتنا نرى في صياغة المادة (21) من القانون المدني السوري، وما يماثلها من نصوص مشابهة، تحيزاً لضابط محل الإبرام، ظهر لجهة تصدره بالذكر أولاً، وباستهلاله بكلمة (تخضع)، إلا أن التعقيب يليه بجملة (يجوز أيضاً) يجعل من هذا التحيز تحيزاً على مستوى الصياغة لا أكثر، لأنه لم ينل بالنتيجة من البناء الانتقائي لإجمالي القاعدة.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية:

نظراً لأن نص المادة (21) جاء مطلقاً يشمل شكل مختلف العقود سواء تمت في نطاق المعاملات المالية، أم في نطاق الأحوال الشخصية، كعقود الزواج، ومع غياب إسناد مستقل لشكل عقود الزواج؛ يغدو المقصود بالقانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية– وفقاً لنظام تنازع القوانين السوري– **إما (قانون الإرادة) أو (قانون جنسية الزوجين)، وهذا ما تحدده طبيعة العقد:**

– فإذا كنا أمام عقد من قبيل العقود المالية يغدو المقصود بقانون الأحكام الموضوعية قانون الإرادة، وذلك نتيجة التعويض بالقوانين المنصوص عليها في المادة (20) الخاصة بموضوع هذه العقود، وهي كما بيناها سابقاً (قانون الإرادة، وإلا قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإلا قانون محل إبرام العقد)، ونظراً لأن القانونين الأخيرين من ضمن القوانين الانتقائية الأربعة المشار إليها في نص المادة (21)، فيظهر نتيجة اختزال هذين القانونين– تحاشياً للتكرار– (قانون الإرادة) باعتباره القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية.

---

[263] فمثلاً سجلت م1/19 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي غياباً لضابط (الجنسية المشتركة) للمتعاقدين مقارنةً بنص م21 من القانون المدني السوري.

– أما إذا كنا أمام عقد زواج فيجب التعويض هنا بدلاً عن القانون الواجب التطبيق على الأحكام الموضوعية بالقانون المشار إليه في المادة (13) من نظام تنازع القوانين، أي قانون جنسية كل من الزوجين (ما لم يكن أحدهما سورياً وقت الزواج)[264]:

وإذا ما أردنا توخي المزيد من الدقة لأمكن تحديد القانون المقصود هنا بـ (قانون جنسية الزوجين إن لم يتحدا في الجنسية) باعتبار أن قانون الجنسية المشتركة للزوجين (الوطني المشترك للمتعاقدين) هو أحد القوانين المشار لها صراحة في نص المادة (21).

– وفي سياق الحديث عن غياب إسناد مستقل لمسألة شكل عقد الزواج ضمن قواعد الإسناد السورية تجدر الإشارة إلى اختلاف مسلك المشرع السوري عن مسلك أقرانه من المشرعين العرب ممن صاغوا قواعد إسناد تقرُّ بصحة شكل عقد الزواج المبرم بين أجنبيين، وبين أجنبي ووطني، فيما لو أبرم العقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين[265].

– إلا أننا نعتقد – نتيجة المقارنة – بأن التوجه السوري أكثر ملاءمة ويسراً في هذا السياق باعتبار ما يقدمه – على الأقل فيما لو كان الزوجان أجنبيين– من ضابط انتقائي إضافي يتمثل بموطن الزوجين المشترك، المشار إليه في نص المادة (21).

– وبغض النظر عن المقصود بقانون الموضوع فيما لو كان قانون الإرادة أم قانون الجنسية المشتركة للزوجين، فإنه من المتفق عليه ما يحققه الأخذ بهذا القانون في سياق تطبيق المادة (21) من ميزة وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد شكلاً وموضوعاً.

---

[264] في هذا الفرض سيظهر القانون السوري نتيجة وجوب إعمال المادة (15) من القانون المدني السوري.

[265] على سبيل المثال م2/12 معاملات إماراتي، وم37 مرسوم كويتي رقم 5 لعام 1961.

ثالثاً: قانون المواطن المشترك للمتعاقدين:

لا يخفى ما للموطن من أهمية خاصة في مجال المعاملات المالية التعاقدية، أو ما للأخذ بقانون الموطن من تيسير يتماشى مع أهمية الموطن في تنفيذ العقود، ولا سيما التجارية منها[266].

ومما تجدر الإشارة إليه في معرض تحديد القوانين الانتقائية المسند إليها في نص المادة (21) التحديد التلقائي لقانون موطن المتعاقدين بقانون موطنهما المشترك، رغم إمكانية اختلافهما في الموطن. وهذا يفترض- باعتقادنا- إعادة النظر بالصياغة الحالية لنص المادة المذكورة في هذا الموضع، لتصبح:

(.. كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين المشترك، أو لقانونهما الوطني المشترك) أو لتصبح: (..**كما يجوز أن تخضع لقانون " موطن المتعاقدين أو المتعاقدين الوطني " المشترك**). بدلاً من القول (..كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

رابعاً: القانون (الوطني المشترك)أو(الجنسية المشتركة) للمتعاقدين:

يعدُّ قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين من القوانين ذات الصلة بالعقد، وتظهر أهميته على وجه الخصوص باعتبار علم المتعاقدين به جيداً أكثر من علمهما بغيره من القوانين.

---

[266] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 466.

المبحث الثامن

الالتزامات غير التعاقدية

(الوقائع الضارة والمفيدة: المادة/22/)

نصت **المادة (22) من القانون المدني السوري على أن :**

«1 – يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. 2 – على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سورية وإن كانت تعدُّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه».

ويتضح من نص المادة (22) أنها تقوم على قاعدة تسري على الوقائع الضارة والنافعة على حد سواء، وعلى استثناء خاص بالوقائع الضارة فحسب.

ولشرح هذه المادة يستلزم الوقوف على تحديد المقصود بالالتزامات غير التعاقدية باعتبارها المسألة المسندة، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق، وصعوبات الأخذ به، والوقوف أخيراً على شروط الاستثناء المقرر في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، وعلى نتيجة الأخذ بهذا الاستثناء.

المطلب الأول

تحديد المقصود (بالالتزامات غير التعاقدية) كمسألة مسندة

بداية قد تلتبس المسؤولية عن الفعل الضار بالمسؤولية التعاقدية، كما لو نشأ التزام بالتعويض بمناسبة إبرام عقد أو تنفيذه، فيكون على القاضي التحقق أولاً فيما لو كان مردّ الالتزام بالتعويض خللا بالتزام تعاقدي، أم مرده واقعة قائمة بحد ذاتها حدثت بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه.

– وتعدُّ هذه المسألة مسألة تكييف أولي تخضع لقانون القاضي[267].فإذا ما حدد طبيعة موضوع النزاع كالتزام غير تعاقدي، يقوم بالإسناد إلى القانون الواجب التطبيق

---

[267] د. محمد كمال فهمي – مرجع سابق – ص 601.

حسب المادة (22)، أما بالنسبة للالتزامات القانونية فيرجع في شأنها إلى القانون الذي يفرضها[268].

– وتمثل الوقائع القانونية ضارة كانت أم نافعة مصادر الالتزامات غير التعاقدية[269]. فالالتزام غير التعاقدي قد يترتب على عمل غير مشروع ارتكبه الشخص وولّد مسؤوليته التقصيرية، كما قد يترتب على عمل مشروع أدى إلى إثرائه بلا سبب.

* **إذ يمتد نطاق الالتزامات غير التعاقدية المترتبة على الفعل الضار ليشمل عدة مسائل**، ولاسيما ما يتعلق بـ:

– شروط المسؤولية: كتحديد فكرة الخطأ والضرر ومدى قيام رابطة السببية بينهما.

– حالات المسؤولية: كالمسؤولية عن الأخطاء الشخصية، والمسؤولية عن عمل الغير، ومسؤولية حراسة الأشياء، كمسؤولية حارس البناء عما يحدثه انهياره من ضرر، ومسؤولية حارس الحيوان عما يتسبب به هذا الحيوان من ضرر للغير.

– كل ما يتصل بآثار المسؤولية: كتحديد مقدار التعويض، وكيفية تقديره، وطريقة الوفاء به، والشخص المستفيد من التعويض، والشخص المتوجب عليه أداؤه.

* **أما الالتزامات المترتبة على الفعل النافع:** فيقصد بها الالتزامات المتولدة عن الإثراء بلا سبب، كتلك الناجمة عن الدفع غير المستحق، أو عن عمل الفضالة، ويمتد نطاق هذه الالتزامات لتشمل مسائل من قبيل: تحديد أركان الإثراء من افتقار واغتناء وانعدام السبب، وتحديد مقدار التعويض، وشروط رد ما دفع بغير حق، وما يجب رده

---

[268] وغالباً ما تنشأ هذه الالتزامات بموجب أحكام القانون العام، كالالتزام بدفع الضرائب مثلاً، وتلك الأحكام تطبق تطبيقاً إقليمياً، ولكنها قد تنشأ أيضاً بمقتضى أحكام القانون الخاص، فيرجع في شأنها إلى القانون المختص وفقاً لما تقرره قواعد الإسناد، ففي الالتزام بالنفقة يرجع إلى قانون المدين بها إذا كنا بصدد نفقة الأقارب، ويرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت الزواج فيما يتعلق بالنفقة الزوجية، وهكذا.. راجع د. محمد كمال فهمي – مرجع سابق – ص 600.

[269] تخرج من نطاق المادة (22) الوقائع المولدة للحقوق العينية، كالحيازة والاستيلاء، والتي تخضع بدورها حسب المادة (19) لقانون موقع المال، كما تخرج الالتزامات المتعلقة بوقائع الأحوال الشخصية، كالنفقة مثلاً، على النحو المشار إليه في الهامش السابق. د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 358.

بالنسبة للدفع غير المستحق، وتحديد أركان الفضالة، والالتزامات المترتبة على كل من الفضولي ورب العمل فيما يتعلق بعمل الفضالة[270].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الوقائع، وصعوبات الأخذ به:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الوقائع:

حسب القاعدة الواردة في المادة (1/22) تخضع الوقائع ضارة كانت أم نافعة لقانون مكان وقوعها. وما هذه القاعدة حقيقةً إلاَّ امتداد لمبدأ قديم جداً، وهو مبدأ «خضوع الجريمة لقانون محل وقوعها»، ثم قام الفقه لاحقاً بمدِّ نطاقه ليشمل الالتزامات المدنية المتولدة عن الجرائم الجنائية، مع الاختلاف على الأسس المساقة لتبرير الإسناد المذكور: فمن الفقه من برره بمبدأ الإقليمية، باعتبار قانون محل وقوع الفعل هو من يجعل منه واقعة قانونية ذات آثار معينة، ومنهم من ردّه لاعتبارات تتعلق بتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد، باعتبار قانون محل وقوع الفعل هو المعني بتحديد فيما لو كان من شأن الفعل تعكير ذلك التوازن أم لا.

إلا أننا نرى مع جانب من الفقه مبرر الإسناد من خلال منطق تركيز العلاقات القانونية، فإذا كان الأشخاص مركز ثقل مهيّمن في العلاقات الدولية الخاصة المتعلقة بمسائل الأشخاص، فإنّ عنصر السبب هو مركز الثقل في العلاقات الناشئة عن الفعل المادي، إذ لا يمكن تركيز هذه العلاقات بالاعتماد على أطرافها، أو بالاعتماد على موضوعها(الالتزام بالتعويض)، بقدر ما يفترض تركيزها بالاعتماد على مصدرها، أي على الواقعة المنشئة للالتزام[271].

---

[270] د. فؤاد ديب – المرجع السابق – ص 358 – 361، ود. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 473.

[271] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 468، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 347.

وأياً كان تبرير الإسناد لا نشكك –من جهتنا– بفعالية إسناد الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، إلا أننا نتحفظ على الإشارة لهذا القانون بالقانون المحلي حسب ما درجت عليه العديد من مؤلفات القانون الدولي الخاص. إذ ليس بغريب في عرف ما اصطُلح عليه في القانون الدولي الخاص أن يشير (القانون المحلي) إلى (القانون الوطني) أي إلى (قانون القاضي الناظر في النزاع) خلافاً للمقصود هنا. لذا نعتقد أن إيجاز (قانون محل الواقعة) بالقانون المحلي يعدُّ إيجازاً غير ملائم وغير مبرر طالما أنه يخلق خلطاً في ذهن المتلقي المعني.

ولدعم وجهة نظرنا يمكن الإشارة إلى بعض التوجهات الفقهية – بصرف النظر عن غياب قناعتنا بما انتهت إليه – ممن نادت بفهم القانون المحلي على أنه القانون الذي (يحكم الوسط الاجتماعي الذي حصلت فيه الواقعة)، مع العلم أن هذا القانون ربما لا يكون هو نفسه قانون محل حدوثها[272].

ثانياً: صعوبات تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:

تعدّ من أهم صعوبات الأخذ بقانون مكان الواقعة، مسألة توزع عناصرها في أكثر من دولة، ومسألة وقوعها في مكان لا يتبع لسيادة دولة معينة:

1 – توزع عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة: وفي هذا الصدد تثار عادة صعوبتان: **الصعوبة الأولى** حينما ينتج الفعل الضار عن عدة أفعال تتم في أكثر من دولة، كحالة التركيب الخاطئ لدواء معين على عدة مراحل توزعت على أكثر من دولة، وفي هذا الفرض ثمة من يقترح الأخذ بمكان الواقعة (المرحلة) الرئيسة، بينما يرى

---

[272] لتبرير فهم القانون المحلي بالتصور السابق، يضرب أصحاب هؤلاء التوجه مثالاً: لو أن إحدى المدارس الأمريكية أقامت معسكراً صيفياً لطلبتها في مكان ناءٍ بعيد عن العمران في كندا مثلاً، وحصل أن وقعت في المعسكر واقعة ضارة، وكان المخطئ والمضرور والمشرفين على المعسكر من الجنسية الأمريكية، فهنا لا يجب فهم قانون محل حدوث الواقعة على أنه (القانون الكندي)، لأن وقوع الفعل كان عارضاً في إقليم كندا، ولا يصلح كمحل للإسناد.

مشار إلى هذا الجانب الفقهي في مؤلف د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ،مرجع سابق – ص 357.

آخرون ضرورة الأخذ بمكان آخر واقعة (المرحلة الأخيرة)، باعتبارها الأكثر ارتباطاً من الناحية الزمنية بالالتزام[273].

ومن جهتنا نؤيد التوجه الأخير، لأن الواقعة الرئيسية فيما لو أمكن تمييزها أصلاً عن الوقائع الأخرى باعتبارها الأكثر أهمية، يبقى **شأن أهميتها مرهوناً بتمام المرحلة الأخيرة**، ومن هذا المنظور تعدُّ هذه المرحلة هي الأكثر فاعلية. **ومع ذلك نفضل للأخذ بمكان المرحلة الأخيرة تلازم هذا المكان مع مكان حصول الضرر**، مما يحقق انسجاماً مع الحل الراجح في معرض التصدي **للصعوبة الثانية**، والتي تظهر فيما لو حصل الخطأ في دولة ونتج الضرر في دولة أخرى[274]، كما لو تمّ تصنيع الدواء بشكل خاطئ حسب المثال السابق في فرنسا مثلاً، ثم تمَّ تصديره واستخدامه في لبنان[275].

– فحسب الرأي الراجح يتم الأخذ بالقانون اللبناني باعتباره مكان تحقق الضرر، ذلك أن الهدف الرئيسي من نظام المسؤولية هو جبر الضرر وتعويض المضرور، وليس توقيع الجزاء أو معاقبة المخطئ. وهذا ما يبرر الإلزام بجبر الضرر، ولو لم يترتب هذا الضرر على خطأ بمفهومه التقليدي، كما هو الحال في المسؤولية عن الأشياء مثلاً[276].

– **وقياساً على التوجه الراجح السابق فيما يتعلق بالوقائع النافعة**، إن وقع الافتقار في مكان، والاغتناء في مكان آخر، يغدو من الأفضل الأخذ (بمكان الاغتناء) في معرض الإثراء بلا سبب، وبمكان الدفع بالنسبة للدفع غير المستحق، وبمكان أداء الفضالة بالنسبة لعمل الفضالة. وذلك على اعتبار الإثراء نتيجة تقابل الضرر من حيث

---

[273] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 469.

[274] كأن تُقلد علامة تجارية في دولة، ويتمّ بيع البضاعة في دولة أخرى.

[275] وقد يكون الضرر معنوياً، كما لو كتب شخص وهو في دولة معينة خطاباً يتضمن قذفاً في حق شخص آخر، وأرسله له بالبريد إلى دولة إقامته.

لمزيد من الأمثلة راجع مثلاً د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 516.

[276] ويدعم هذا التوجه بدء مدة تقادم دعوى المسؤولية من وقت تحقق الضرر، عدا عن تبني هذا التوجه من جانب العديد من التشريعات الحديثة.

د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 470 وما بعد.

كونه الأساس القانوني للالتزام[277]. أما الافتقار فما هو إلا ظاهرة سلبية تمثل السبب المباشر للإثراء الذي يعد كظاهرة إيجابية الأكثر جدوى في تحديد القانون المختص[278].

2 – وقوع الفعل المنشئ للالتزام في مكان لا يتبع لسيادة دولة معينة:

تعدّ من أمثلة هذه الصعوبة تصادم سفينتين في أعالي البحار، أو تصادم طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلو أعالي البحار.

والرأي الراجح في مثل هذه الحالات يذهب إلى تطبيق قانون العلم المشترك للسفينتين، أو للطائرتين، إن اتحدا علماً، وذلك باعتباره القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وإلاّ فلا مناص من تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الرديف في حال تعذر الأخذ بقواعد الإسناد الأساسية[279].

---

[277] د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 351.

[278] د. كمال فهمي – مرجع سابق – ص 605.

[279] د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 472، ود. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 353.

المطلب الثالث

الاستثناء على قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام:

تضمنت الفقرة الثانية من المادة (22) استثناءً على مبدأ إسناد الوقائع لقانون مكان حدوثها، جاء كالتالي: «على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سورية وإن كانت تُعدُّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه».

ويستفاد من هذا النص شروط قيام الاستثناء، ونتيجة قيام تلك الشروط:

أولاً: شروط قيام الاستثناء المنصوص عليه في المادة (2/22):

يشترط حسب النص المذكور أعلاه:

- أن تكون الواقعة من قبيل الوقائع الضارة لا النافعة.
- أن تحدث الواقعة خارج سورية.
- أن تكون الواقعة مشروعة في سورية، وغير مشروعة في الدولة التي وقعت فيها[280].

ثانياً: نتيجة تحقق شروط الاستثناء المشار إليه في المادة (2/22):

ينتج من قيام الشروط المشار إليها أعلاه استبعاد قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام باعتباره القانون المسند إليه وفقاً للقاعدة التي تمثل المبدأ في إسناد الوقائع والمنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، ومن ثم تطبيق القانون السوري بدلاً عن ذلك القانون، وعدم اعتبار مرتكب الواقعة مسؤولاً عما سببه من ضرر للغير باعتبار الواقعة مشروعة وغير معاقب عليها في سورية.

ويجد هذا الاستثناء سنده من اعتبار إلحاق وصف المشروعية بواقعة ما أو نفي هذا الوصف عنها يعدُّ من الأمور المتعلقة بالنظام العام[281].

([280]) كما لو كان قانون القاضي لا يحمي الحقوق الفكرية، ولا يعتبر الاعتداء عليها عملاً غير مشروع أو موجباً للمسؤولية. راجع حول ذلك د. كمال فهمي – مرجع سابق – ص 603.

– **ومن الجدير ذكره أن تدخل قانون القاضي قد يتعدى مسألة مشروعية الواقعة من عدمها** ليطال ما هو أبعد من التوجه الرئيسي للاستثناء، فلو تعقبنا التوجهات القضائية في بعض الدول لوجدنا منها ما يشترط أن يكون التعويض مقرراً في نفس الوقت في كل من (قانون مكان وقوع الفعل) و (قانون القاضي)، على غرار ما ذهب إليه القضاء الإنكليزي، وكذا الأمر فيما لو تعقبنا بعض التوجهات التشريعية، كالقانون الألماني الذي رفض الحكم على شخص ألماني بتعويض يزيد عن التعويض المقرر بهذا القانون بسبب فعل ارتكبه خارج ألمانيا[282].

---

[281] هذا التبرير مستمد من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري – مشار إليه في مؤلف د. أحمد الهواري – المرجع السابق – ص 473.

[282] لمزيد من التفاصيل د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 511.

المبحث التاسع

قواعد الاختصاص وإجراءات المحاكمة وأدلة الإثبات [283]

(المادتان 24/23)

المطلب الأول

القواعد الناظمة للإجراءات المتبعة بصدد المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي

لقد جرت العادة منذ وقت طويل على إجراء التفرقة ما بين المسائل المتعلقة بالإجراءات، والمسائل الأخرى المتصلة بالموضوع[284]، بحيث أخضعت الأولى لقانون القاضي في الوقت الذي طُبِقَ فيه القانون الذي يحكم موضوع الحق على المسائل الموضوعية.

ورغم تبني هذه القاعدة من غالبية مشرعي دول العالم، بما في ذلك المشرع السوري حين صياغته نص المادة (23) من القانون المدني كقاعدة إسناد عامة ومحايدة تقضي بخضوع قواعد المرافعات : سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضي لقانون القاضي، حيث **نصت المادة المذكورة على ما يلي: «يسري على قواعد الاختصاص [285] وجميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات»**.رغم ذلك فقد استمرَّ الخلاف حول موضوعين أساسيين يتعلقان بتلك القاعدة أولهما: تمَحور حول مسألة تحديد أساسها القانوني، أما الثاني فتمثل

---

[283]– **هذا ما سبق وتعرضنا إليه في سياق حديثنا الخاص بنظام الاختصاص القضائي الدولي الخاص .راجع الاختصاص القضائي الدولي : د فؤاد ديب و د . وفاء فلحوط** – مرجع سابق – من ص129 إلى ص 139

[284] **J.H.C.Morris: Cases on private international law: «Substance and procedure» Fourth Edition – oxford. At the clarendon press, 1968** . . P.522.

[285] _ تتصرف عبارة قواعد الاختصاص إلى الاختصاص الولائي و النوعي و المكاني والشخصي ...

بالخلاف حول إمكانية تبني معيار دقيق لتميز المسائل الإجرائية عن المسائل الموضوعية في معرض تحديد القانون المختص.

أولاً: الأساس القانوني لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي:

بالرغم من اعتبار مسألة إخضاع الإجراءات إلى قانون القاضي من أقدم المسائل التي تمَّ حسمها في إطار القانون الدولي الخاص وأكثرها ذيوعاً على مستوى ذلك القانون إلاَّ أن تبرير هذا الإسناد كثيراً ما مثَّل محل خلاف ما بين الفقهاء، حيث ظهرت في معرض ذلك التبرير عدة توجهات ،كان أهمها التوجهات الثلاثة التالية:

التوجه الأول: يذهب إلى اعتبار قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي إنما هي قاعدة مستمدة من قاعدة أخرى مستقرة في القانون الدولي الخاص، وفي قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون دولة محل الإبرام.

إلاَّ أن هذا التوجه قد تعرض لمجموعة انتقادات جاءت في محلها من جهة تركيزها على مدى الاختلاف ما بين هاتين القاعدتين، أي قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، وقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام.

ذلك أن القاعدة الأولى تتعلق بنشاط الدولة المتمثل هنا بأداء العدالة في الوقت الذي تتعلق فيه القاعدة الثانية بنشاط الأفراد ضمن محاولة الدولة لتيسير تصرفاتهم القانونية[286].

وهذا ما برر من جهته إلزامية القاعدة الأولى خلافاً للقاعدة الثانية، والتي كثيراً ما اتسمت بالطابع الاختياري حسب ما تبنته تشريعات بعض الدول صراحة، ومثال ذلك قاعدة الإسناد الانتقائية التي تبناها المشرع السوري بموجب المادة (21) من القانون

---

[286]– د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مرجع سابق – ص794.

ود. حفيظة الحداد : النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005– ص 226.

المدني، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد، حيث لم يلزم المتعاقدين بإتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام بل أجاز لهما إخضاع الشكل إما لقانون الإرادة أو لقانون موطنهما المشترك أو لقانون جنسيتهما المشترك[287].

التوجه الثاني: استند هذا التوجه على فكرة «النظام العام» لتبرير قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، إلاَّ أن ضعف هذا الاتجاه يكمن في أن تطبيق قانون القاضي بناء على هذه الفكرة إنما يفترض عقد الاختصاص بحكم مسألة معينة لقانون أجنبي ومن ثم استبعاده نتيجة الدفع بالنظام العام في قانون القاضي لإنزال هذا الأخير محله، إلا أننا نتعامل في دراستنا هذه مع قانون القاضي على اعتباره القانون صاحب الاختصاص الأصيل بقواعد الإجراءات وليس على اعتباره استثناء على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص العادي[288].

التوجه الثالث: وقد برر هذا التوجه أساس قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي على اعتبار قواعد الإجراءات قواعد تنظيمية تهدف إلى تحديد آلية أداء السلطة القضائية لوظيفتها حيث لا يمكن لسلطة عامة أن تؤدي وظيفتها إلاَّ وفقاً للقواعد المقررة في قانون دولتها[289].

ويبدو أن هذا التوجه هو السند الحقيقي لتبرير القاعدة محل الدراسة، ذلك أن القضاء هو أحد أهم وظائف الدولة ومظهر من مظاهرها السيادية؛ مما يستوجب مباشرته حسب ما يصوغه المشرع الوطني من قواعد لهذا الغرض.

---

[287]– نصت م (21)– كما سبق بيانه – على ما يلي: «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

[288]– د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص 793.

[289]– د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص 791. ود. حفيظة الحداد – النظرية العامة في القانون القضائي – المرجع السابق، ص 230.

وبصرف النظر عن السند القانوني لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي فإن هذه **القاعدة تسير باتجاهين معاً:** أولهما يذهب إلى منح الاختصاص لقانون القاضي فيما يتعلق بإجراءات الدعاوى المرفوعة في دولته، أما الثاني فيتعلق بحالة طلب تنفيذ حكم أجنبي في دولة القاضي إذ يتوجب عليه التحقق من صدور ذلك الحكم بموجب الإجراءات المنصوص عليها في قانون البلد الأجنبي الذي رفعت فيه الدعوى[290].

ثانيا: معيار التمييز بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية:

يذهب الرأي السائد في القانون الدولي الخاص إلى اعتبار مسألة تحديد طبيعة القواعد فيما لو كانت قواعد موضوعية أم قواعد إجرائية هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، وهذا ينسجم مع ما انتهى إليه الفقه الراجح من اعتبار قاعدة «خضوع الإجراءات لقانون القاضي» هي قاعدة إسناد شأنها في ذلك شأن القواعد الإسنادية الأخرى المعمول بها في إطار القانون الدولي الخاص.

ويمكن القول عموماً: إن القواعد الموضوعية هي تلك القواعد المتعلقة بتقرير الحق أو بنشأته أو بانتقاله أو بانقضائه، بينما قواعد الإجراءات هي القواعد المتعلقة بسير مرفق القضاء أو الناظمة لأداء وظيفته.

ولئن كانت بعض المسائل لا تثير طبيعتها الموضوعية أو الإجرائية أي شك أو خلاف إلاَّ أن بعضها الآخر يملك طبيعة مختلطة تجعل من عملية تكييفها مهمة صعبة إلى حد ما بالنسبة للقضاء الناظر فيها.

وفيما يلي سنتعرض لأهم تلك المسائل في محاولة للوقوف على الجانب الراجح من طبيعتها ، مما يعني تحديدنا للقانون المختص فيما لو كان قانون القاضي أم القانون الناظم لموضوع النزاع:

---

[290] نصت **م310/ب من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 1 لعام 2016 على أنه: «لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلاَّ بعد التحقق من إن الخصوم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً».**

1- المطالبة القضائية والخصومة والحكم:

مما لا شك فيه إنَّ الإجراء الذي تباشر فيه الدعوى وهو «**المطالبة القضائية**» يخضع لقانون القاضي، كما تخضع له جميع الإجراءات التي تكوّن في مجموعها **الخصومة**، أي مختلف الإجراءات التي تتخذ أثناء نظر الدعوى ابتداءً من المطالبة القضائية إلى حين صدور حكم في الموضوع أو إلى وقت انقضاء الحالة القانونية المترتبة على المطالبة القضائية بغير حكم[291].

وكذلك يخضع لقانون القاضي **الحكم الصادر في دولته بصدد منازعة مشتملة على عنصر أجنبي**، وذلك على اعتباره أحد إجراءات المرافعة، حيث يحدد ذلك القانون حجّية الحكم فيما لو كانت مطلقة أم قاصرة على الخصوم، كما يبين طرائق الطعن فيه ومواعيدها...[292].

2 – الأهلية والصفة والمصلحة:

فيما يتعلق **بالأهلية** يجب التمييز هنا بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

فأهلية الوجوب: هي حقيقة حق التقاضي، أي حق لجوء الأجانب (هنا) إلى محاكم دولة معينة مما يعني خضوعها لقانون تلك الدولة (قانون القاضي)[293].

أما **أهلية الأداء** فيقصد بها أهلية الشخص لاستعمال الدعوى بالإجراء اللازم وهو المطالبة القضائية، وتخضع هذه الأهلية عادة (لقانون جنسية الشخص) وقت رفع الدعوى مما ينفي طبيعتها الإجرائية[294].

---

[291] د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص798.

[292] تخضع إجراءات تنفيذ الحكم جبراً لقانون الدولة محل التنفيذ، لأن هذا التنفيذ يقتضي تدخل سلطة عامة على أن يتم ذلك ضمن حدودها الإقليمية.

د. محمد المبروك اللافي – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، «دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي»، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994– ص239. ود. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص813.

[293] م15/ب من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري.

[294] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص798.

أما شرط **الصفة** والذي يعبر عنه بلزوم رفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة فهناك شبه إجماع فقهي على خضوعه (للقانون الذي يحكم موضوع النزاع) نظراً للروابط الوثيقة بين فكرة الصفة في الدعوى وبين موضوع الحق المعتدى عليه.

ومن أمثلته: إن القانون الذي يحكم دعوى إنكار النسب هو الذي يحدد من له صفة في رفعها، وعلى من ترفع، وقانون جنسية المطلوب الحجر عليه هو الذي يبين من له الصفة في رفع دعوى الحجر، والقانون الذي يحكم العقد هو الذي يحدد من له صفة في رفع دعوى إبطال ذلك العقد بسبب عيب من عيوب الإرادة...[295].

أما **المصلحة** فتدخل في قانون القاضي مسألة بيان معناها، كما لو اشتُرِطَ لقبول الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة وحالة أو يُكتَفى لقبولها قيامها على أساس من المصلحة المحتملة[296].

ويذهب بعض الفقهاء في صدد الحديث عن المصلحة إلى أن مسألة تحديد قانونيتها أي أن يكون لرافع الدعوى حق يريد حمايته إنما هي مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الحق المدعى به[297].

---

[295] فيما يتعلق بشرط الصفة في الدعوى في حالة ما إذا كان رافع الدعوى ممثلاً قانونياً لصاحب الحق المعتدى عليه وليس هو صاحب الحق فإن القانون الذي يحكم علاقة التمثيل بين رافع الدعوى وصاحب الحق هو المرجع في تحديد ما إذا كان لذلك الممثل سلطة تمثيل الأصيل، ومثاله: إنَّ القانون الذي يحكم الولاية على النفس هو من يحدد الشخص الذي ينطبق عليه وصف الممثل ويحدد سلطته في تمثيل ناقص الأهلية أو عديمها. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص255.

[296] د. عز الدين عبد الله – مرجع سابق – ص 801.

[297] د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 264.

المطلب الثاني

الإثبات

الإثبات عموماً هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، ولأن الإثبات بصدد العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً يثير مجموعة من المسائل ينتمي بعضها إلى الجانب الموضوعي بينما يعتبر بعضها الآخر من قواعد الإجراءات، لذلك آثرنا التعرض لتلك المسائل كلاً على حدة، ولعل أهمها ما يلي:

أولاً : محل الإثبات وعبء الإثبات

يخضع محل الإثبات وعبء الإثبات للقانون الذي يحكم الموضوع على اعتبارهما مسألتين وثيقتي الصلة بالموضوع؛ فعلى الشخص الذي يتمسك بحق ما أن يثبت العمل القانوني أو الفعل المادي الذي رتَّب ذلك الحق، فإذا ما ادعى شخص بأنه دائن لآخر كان عليه إقامة الدليل على ذلك بأن يثبت الوقائع أو الأعمال القانونية مصدر ذلك الدين (الحق) سواء أتمثلت في عقد أم في فعل نافع أو ضار، وبالتالي يكون قانون الموضوع (قانون العقد أو قانون محل وقوع الفعل) هو القانون الذي يحكم الواقعة محل الإثبات.

وكذلك الحال بالنسبة إلى **عبء الإثبات** حيث يخضع بدوره إلى قانون الموضوع الذي يبين مَنْ مِنَ الخصوم يتحمل واجب تقديم الدليل[298].

ومع ذلك يحتفظ قانون القاضي بعددٍ من الحالات يتمكن خلالها من التدخل في مسألة عبء الإثبات، ومن قبيل ذلك: الحالة التي تعتبر فيها القرينة القانونية عنصراً من العناصر المكونة لقاعدة الإسناد الوطنية، ومثالها: ما تذهب إليه تشريعات بعض الدول

---

(298) لاحظ بعض الفقهاء هنا أن إخضاع عبء الإثبات لقانون الموضوع أمر لا يثار له عادة بسبب وجود شبه إجماع في التشريعات الوطنية على إقامة ذلك العبء على عاتق المدعي، على ألا يفهم من وصف المدعي أنه رافع الدعوى بل يقصد به كل خصم يدعي على خصمه أمراً معيناً، ولا فرق بعد ذلك بين شاكٍ ومشكو عليه. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 283–284.

Ghulam Murtaza Azad: Judicial system of Islam, Kitab Bhavan, New Delhi, 1994. P.88

مـن خضـوع الالتزامـات التعاقديـة لقـانون الإرادة الضـمنية وذلـك فـي ظـل غيـاب الإرادة الصريحة، حيث تقرر مجموعة من القرائن يستهدي بها القاضـي للكشف عن تلك الإرادة الضمنية ومن هنا يجد قانون القاضي سبيله للتدخل في بيان هذه القرائن.

ثانياً : طرائق الإثبات

يراد بطرائق الإثبات عموماً ما يُقبل به من الأدلة مثل الشهادة والإقرار واليمين والخبرة والمعاينة، فهذه الأدلة غير المعدة مقدماً يسري عليها – حسب التوجه الغالب، وخاصة في الفقه الفرنسي – قانون القاضي نظراً لأن المسألة تتعلق هنا بحرية القاضي في تكوين قناعاته وعقيدته[299].

أما أدلة الإثبات المعدة سلفاً أي تلك التي يتم إعدادها منذ حدوث الواقعة المنشئة للحق تحوطاً لما قد ينشأ بسببها من منازعات ، كالمحرر المكتوب المعد لإثبات التصرفات القانونية كعقد البيع الدولي أو عقد الزواج أو الوصية... فهذه الأدلة تخضع لقانون محل إبرام التصرف.

---

[299] ترى د. حفيظة الحداد هنا أن هذا الرأي غير جدير بالتأييد لأن مسألة قبول الدليل من عدمه لا تعتبر ذات طبيعة إجرائية هدفها الوحيد تكوين عقيدة معينة لدى القاضي.

إلا أنها تستثني كلاً من الشهادة والقرائن القضائية، حيث تعتقد بضرورة خضوعهم لقانون القاضي، ذلك أن القاضي غير ملزم بشهادة لم يطمئن لها، وكذلك الحال بالنسبة للقرائن القضائية التي تستند على استنباط حقائق معينة من قبل القاضي نفسه. د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 290 وما بعد.

والقرائن القضائية عموما هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن...

بينما القرينة القانونية هي تلك المنصوص عليها في القانون، ومثالها من قانون التجارة «إن قبول المسحوب عليه للسفتجة دليل على وجود مقابل الوفاء لديه إلاَّ إذا ثبت العكس».

راجع حول هذا الموضوع **د. صلاح الدين سلحدار – أصول المحاكمات المدنية، منشورات جامعة حلب (كلية الحقوق) 1992**– ص 337 وما بعد.

وقد **أشارت المادة (24) من القانون المدني السوري إلى قاعدة إسناد صريحة في هذا الشأن جاء نصها كالآتي: «يسري في شأن الأدلة التي تعدُّ مقدماً قانون البلد الذي أُعدَّ فيه الدليل»**[300].

ثالثاً : إجراءات تقديم الأدلة وإدارتها

يقصد بإجراءات تقديم الأدلة مختلف الأوضاع التي يجب مراعاتها عند تقديم الدليل. وتعتبر هذه المسألة حسب الرأي السائد فقهياً من صميم المسائل الإجرائية التي لا تمس موضوع النزاع أو تؤثر في الحكم فيه[301]، ومن هنا فإنها تخضع لقانون القاضي وحده[302].

وأياً كان الأمر فقد تقتضي ظروف الدعوى اتخاذ إجراء معين من **إجراءات المرافعة خارج** إقليم الدولة، كسماع أقوال شاهد في دولة أجنبية أو أداء عمل من أعمال الخبرة، أو إجراء تحقيق، أو حلف يمين مما يستدعي اللجوء إلى **الإنابة القضائية** للسلطة المختصة في الدولة المراد اتخاذ الإجراء فيها[303].

---

(300) **تظهر هنا ضرورة التمييز بين فكرة لزوم الدليل من عدم لزومه، وهذا هو المقصود من سياق م(24)، أما شكل التصرف نفسه فيظل خاضعاً لقاعدة الإسناد الانتقائية المنصوص عليها في م (21) من القانون المدني.**

(301) ظهر في الحقيقة خلاف في تفاصيل مسألة الشهادة تحديداً، ففي الوقت الذي اتُفِقَ فيه على تطبيق قانون القاضي ليشمل مسائل مثل كيفية أداء الشهادة، سماع الشاهد في الجلسة أم لدى قاضي التحقيق، حلفان الشاهد يميناً وكيفية أداء ذلك اليمين، فقد ظهر خلاف على مسألة تعيين مَن تقبل شهادته.

د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص812.

(302) إذا كان لأحد الخصوم مصلحة في إخضاع إعمال أدلة الإثبات لقانون أجنبي فإن على القاضي التضحية بمثل تلك المصلحة مقارنة بما قد يتسبب به من أضرار من جراء إعماله لأدلة معينة بطريقة يجهلها.

د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 298.

(303) للإنابة القضائية طريقان: أحدهما دبلوماسي أو قنصلي يلجأ القاضي بمقتضاه إلى ممثلي دولته الدبلوماسيين في الدولة المراد اتخاذ الإجراء فيها. إلاَّ أن هذا الطريق غير مضمون عملياً نظراً

وإذا ما قبلت الدولة الأجنبية الإنابة فإنها تتخذ «الإجراء» موضوع الإنابة وفقاً لقانونها.

بمعنى أنه إذا كان طلب الإنابة يخضع لقانون القاضي الذي طلبها على اعتباره إجراء من إجراءات الخصومة فإن تنفيذ ذلك الإجراء يدخل في اختصاص قانون دولة التنفيذ[304].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق مصادقة الجمهورية العربية السورية في عام 1956 على اتفاقية «الإعلانات والإنابة القضائية» التي وافق عليها مجلس جامعة الدول العربية عام (1952).

وقد نصت المادة الثانية من هذه الاتفاقية على ما يلي: «يجري الإعلان طبقاً للإجراءات المقررة لذلك بقوانين الدولة المطلوب إليها الإعلان، على أنه إذا رغبت الدولة الطالبة في إجرائه وفقاً لتشريعها أجيبت إلى رغبتها، ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة المطلوب إليها الإعلان»[305].

لافتقار الممثل الدبلوماسي أو القنصلي لسلطة الإجبار في الدولة المعتمد لديها، إذ ليس له مثلاً إكراه شاهد على الحضور لسماع أقواله... ومن هنا يتم اللجوء إلى الطريق الأخر المتمثل في إنابة **السلطة القضائية** في الدولة المراد اتخاذ الإجراء فيها.

د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 301 وما بعد.

(304) د. محمد المبروك اللافي – المرجع السابق – ص 238.

ولا يجوز عموماً أن تستهدف الإنابة القضائية توقيع حجز على أموال موجودة في الخارج، أو وضع أختام عليها، أو تسليم طفل لمن له الحق في حضانته... لأن القضاء الأجنبي لن يقبل تنفيذ مثل تلك الإنابات لما فيه من مساسٍ بسيادة الدولة. د. حفيظة الحداد – المرجع السابق – ص 310.

(305) نصت المادة (7) من اتفاقية «الإعلانات والإنابة القضائية» على أن: «يقدم طلب الإنابة القضائية بالطريق الدبلوماسي». مشار إلى هذه الاتفاقية لدى د. عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص 815-816.

ملحق بنظام تنازع القوانين
في الجمهورية العربية السورية

القانون المدني الصادر بتاريخ 18- 5-1949
الباب التمهيدي – الفصل الأول (القانون و تطبيقه)
-2- تطبيق القانون- تنازع القوانين من حيث المكان :

المادة (11)

القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها .

المادة (12)

1- الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد وتنتج آثارها في سوريا وترتب آثارها فيها ، إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته .

2- أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية ، من شركات و جمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سوريا ، فان القانون السوري هو الذي يسري .

المادة (13)

يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

المادة (14)

1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

2- أما الطلاق فيسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق و الانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة (15)

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون السوري وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

المادة(16)

يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها.

المادة (17)

يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين ، قانون الشخص الذي تجب حمايته .

المادة (18)

1- يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته

2- ومع ذلك يسري على شكل الوصية ، قانون الموصي وقت الإيصاء ، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

المادة (19)

يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسري بالنسبة إلى المنقول ، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها .

المادة (20)

1- يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ،فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه .

2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبُرمت بشأن هذا العقار .

المادة (21)

العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك .

المادة (22)

1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام .

2- على انه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ،لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سوريا وان كانت تعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

المادة (23)

يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات .

المادة (24)

يسري في شأن الأدلة التي تعدّ مقدماً قانون البلد الذي أعدّ فيه الدليل .

المادة (25)

لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سوريا .

المادة (26)

تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص .

المادة (27)

1- يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية ، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد .

2- على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى سوريا الجنسية السورية و بالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، فالقانون السوري هو الذي يجب تطبيقه .

المادة(28)

متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ،فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

المادة (29)

إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق ، فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية ،دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص .

المادة(30)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سوريا.

المراجع

د. الرسول كريم: الإسناد إلى قانون الدولة متعددة الشرائع، كلية القانون، جامعة الكوفة

د. أحمد محمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي– دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م

د. أحمد حسين جلاب: النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد /3118م، تاريخ 2016/9/27

د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969

د. جمال بن عصمان: مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014

د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط2

د. حفيظة الحداد : النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي– الكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)– منشورات الحلبي الحقوقية– لبنان– 2005 م

د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007م

د. سامي منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1994

سهام سادي ، عيدة سايفي : استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2015، تاريخ المناقشة 2016/6/22

د. صلاح الدين سلحدار : أصول المحاكمات المدنية- منشورات جامعة حلب -كلية الحقوق- 1992 م

د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م

د. عكاشة محمد عبد العال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة) – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان -2007م

د. فؤاد ديب : القانون الدولي الخاص – الجنسية – الطبعة الخامسة – منشورات جامعة دمشق – 1994 م

د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 م

د. فؤاد ديب . د. وفاء فلحوط: الاختصاص القضائي الدولي – منشورات جامعة دمشق – نظام التعليم المفتوح-2010 م

د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995م

د. محمد المبروك اللافي : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي- «دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي»- منشورات الجامعة المفتوحة- 1994م

محمد خالد عودة: التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص الفلسطيني، دراسة محلية، مقال نشر في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعممة، العدد /45/

د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص- الطبعة الثانية- مؤسسة الثقافة الجامعية- الإسكندرية – 1992م

د. ممدوح عبد الكريم حافظ: القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط2، 1977،

د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993

د. وفاء مزيد فلحوط : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية – منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –2008 م

د. وفاء مزيد فلحوط و د. ساجر الخابور :العقود الدولية– منشورات جامعة دمشق (نظام التعليم المفتوح)–2020/2019م

د . وفاء مزيد فلحوط : بحث بعنوان مفهوم الأجنبي، وما للأجنبي (الحالي والسابق) من حقوق سياسية – دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية – مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– تاريخ قبول النشر 2019/1/31م.

د. وفاء مزيد فلحوط : بحث قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم – دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص (السوري ، الكويتي ، الإماراتي ، المصري) – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – المجلد (42)– العدد (3)–عام 2018م

القوانين:

قانون الجنسية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي 1969/276م

قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019 م

القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18م

قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم (1) لعام 2016م

القانون الكويتي المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961م

قانون المعاملات المدنية الإماراتي: القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م

مراجع أجنبية

J.H.C.Morris: Cases on private international law

«Substance and procedure» Fourth Edition – oxford. At the clarendon press, 1968

Ghulam Murtaza Azad: Judicial system of Islam, Kitab Bhavan, New Delhi, 1994

Damascus University

اللجنة العلمية :

أ.د. ياسر الحويش

أ.د.جاسم زكريا

أ.د.أمل يازجي

المدقق اللغوي

د. علي كردي

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات