



1



في كل وقت وفي أي مكان



Contact Us



01121320428

01009525047

01508750726

الفرقة الرابعة - القانون الدولي الخاص

قسم تنازع القوانين



<http://www.gam3ety.net>

س1 - حتى يكون هناك تنازع قوانين لابد من وجود عدة مفترضات اشرح ذلك ؟

١ - ارتباط فكرة تنازع القوانين بإمكان تطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانونه :

لما كانت مشكلة تنازع القوانين تنطوي على عملية مفاضلة يقوم بها القاضي الوطني لاختيار أنسب القوانين لحكم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي فإنه لم يكن من المتصور قيامها إلا بعد وصول الفكر القانوني إلى درجة من التطور تسمح بقبول تطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضي المطروح عليه النزاع .

ولقد ظهر ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول، وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الذي يحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، وأصبح من الضروري السماح أحياناً بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته إذ لو تشبثت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات ذات الطابع الدولي، أي تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية ، لأدى ذلك إلى إمكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى وإلى ارتباك المعاملات الدولية .

فلو أخضعنا مثلاً اكتساب ملكية عقار موجود بإنجلترا للقانون المصري فإن حق الملكية الذي سينشأ وفقاً للقانون المصري لن يعترف به في إنجلترا .

٢ - يتعين أن تتعلق المنازعة بإحدى علاقات القانون الخاص :

فتنازع القوانين لا يثور إلا بصدد نوع محدد من العلاقات (علاقات القانون الخاص)، فهي وحدها التي تشير عملية اختيار أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بحكم ارتباطها بها، ومن ثم احتمال تطبيق قانون أجنبي . يستوي أن تكون هذه العلاقة مالية أو متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

على النقيض من ذلك فإن مسائل القانون العام لا تطرح مشكلة تنازع القوانين، إنها وحسب تثير مسألة أخرى (تحديد نطاق القانون من حيث المكان) .

فقانون العقوبات المصري مثلاً لا يثير تطبيقه تنازاً بين القوانين . إنه يحدد وحسب الجرائم التي يعاقب عليها وهي بحسب الأصل تلك التي تقع على الإقليم المصري .

٣ - اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني (ظاهرة الحدود):

يعرف هذا الشرط بين جموع الفقه بشرط "الصفة الدولية لتنازع القوانين" . ويتحقق ذلك في كل مرة تتعدى فيها المسألة القانونية المثارة نطاق حدود قانون دولة القاضي وتكون متصلة بنظام أجنبي آخر أو أكثر. فإذا اتصلت المسألة بروابط مع دولتين أو أكثر تحقق وصف الدولية للمسألة المطروحة بما يثير تنازع القوانين.

وقد أوضحنا سلفاً أن العلاقة قد تتصل بنظام قانوني أجنبي أو أكثر متى تخللها عنصر أجنبي سواء من جانب أطرافها أو موضوعها أو السبب المنشئ لها .

س2 - تكلم عن خصائص قاعدة الإسناد ؟

١ - قاعدة الإسناد غير المباشرة :

تتسم قاعدة الإسناد عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص بأنها قواعد لا تكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع وإنما هي قواعد تقوم بالإشارة إلى القانون الذي تتكفل قواعد إعطاء الحل النهائي للنزاع . وبعبارة أخرى فإن قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة في حين أن سائر القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولي هي عادة من قبيل القواعد المباشرة .

- مثال ذلك قواعد الجنسية تتكفل بصفة مباشرة ببيان من هم رعايا الدولة ولا تقوم بمجرد الإشارة إلى القانون الذي يتكفل بتحديد هذا الأمر .

كذلك تقوم قواعد مركز الأجانب بتحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجانب داخل إقليم الدولة ولا تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تحدد هذه الحقوق بمقتضاه .

٢- قاعدة مزدوجة الجانب :

وظيفة قاعدة الإسناد هي الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي، وفي ذهن واضع القاعدة أن القانون المشار إليه هو أنسب القوانين ملائمة لحكم العلاقة دون اعتبار لما إذا كان هذا القانون وطنياً أجنبياً. فمن الثوابت في ميدان تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ومن ثم، إذا كان القاضي المصري مختصاً بنظر النزاع فلا يعني بالضرورة أن يطبق قانونه الوطني .

- فعلى سبيل المثال : أهلية الشخص يحكمها قانون جنسيته، فإن القانون الواجب التطبيق قد يكون هو القانون المصري إذا كان الشخص مصرياً كما يكون هو القانون السعودي إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية السعودية .

هذا وقد نادى بعض الفقهاء قديماً وحديثاً في فرنسا وألمانيا وإيطاليا بضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجانب يقتصر دورها على بيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون دولة القاضي . وجوهر هذا الفكر مفاده أن ليس للدولة - أي دولة - أن تحدد قانون دولة أخرى أجنبية . ولا ريب أن هذا الاتجاه يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية التي تقضي بضرورة التعاون بين الدول في مجال تطبيق قوانين بعضها البعض .

٣ - أنها قاعدة محايدة (مجردة) :

يتضح هذا الحياد من آلية عمل قاعدة الإسناد . فصفة الحيادية تعني أن القاعدة تشير إلى أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة ، وبصرف النظر عن مضمون هذا القانون ، أي عن النتيجة المادية المتحققة على أثر هذا الإرشاد الذي تقوم به القاعدة، فيستوي أن يكون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي ، كما أنها لا تفضل بين قانون أجنبي وآخر .

- الاتجاه الحديث نحو تخطي قواعد الإسناد لطابعها المحايد :

قواعد الإسناد لا تنطبق مباشرة على النزاع المطروح على القاضي وإنما هي تشير فقط إلى القانون الواجب التطبيق وذلك بصرف النظر عن مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه وهذا هو ما يقصده الفقه التقليدي بالطابع المحايد لقواعد الإسناد فهي **قواعد "عمياء"** .

ولكن التطور المعاصر للقانون الخاص قد كشف عن نماذج متعددة لقواعد إسناد تخطت الطابع المحايد وفقاً للمعنى السابق .

- من ذلك **على سبيل المثال** المادة ٣٢ من القانون الدولي الخاص المجري التي أخضعت المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الخطأ أو قانون محل تحقق الضرر أيهما أصلح للمضرور .

كما أنه من ناحية أخرى فقد أخضع المشرع المصري شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، أو قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانون جنسيتها المشتركة وأساس هذه القاعدة ذات الطابع الاختياري هو التيسير على المتعاملين في إطار الحياة الدولية الخاصة .

ولا ريب أن أعمال حكمة الإسناد على هذا النحو تقتضي من القاضي الكشف عن مضمون كل من القوانين المختصة قبل تطبيقها ويجري الفقه على تسمية مثل القواعد السابقة بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية لكونها تتخطى الطابع المحايد لقواعد التنازع التقليدية .

س3 - اكتب في عناصر قاعدة الإسناد ؟

أ - موضوع قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة) :

من المتعارف عملاً على أي مشروع أن يضع حصراً للمراكز والعلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية، ولذلك فقد يعمد المشرع إلى جمع المراكز التي تتشابه في أوصافها ضمن طائفة أو فكرة قانونية واحدة ويرصد لها قاعدة إسناد خاصة بها. ويلاحظ في هذا الصدد ما يأتي :

١ - أن موضوع الإسناد قد يكون مسألة قانونية واحدة. مثال ذلك قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع الأموال لقانون موقعها .

٢ - كما يلاحظ أنه قد يكون موضوع قاعدة الإسناد أكثر من مسألة قانونية لها قاعدة إسناد واحدة تشير إلى تطبيق قانون يسري بشأن هذه المسائل. مثال ذلك ما تقرره المادة ١١ من القانون المدني المصري من أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري بشأنهما قانون جنسية الشخص .

٣ - كما أن المسألة القانونية الواحدة - والفرض أنها مسألة متعددة الجوانب - قد يتم تنظيمها بأكثر من قاعدة إسناد، وتتعدد القوانين الواجبة التطبيق بشأنها ومثال ذلك الزواج والقانون الذي يحكمه. فالمشرع في جمهورية مصر العربية مثلاً وضع قاعدة إسناد خاصة بالشروط الموضوعية للزواج وأخرى خاصة بالشروط الشكلية فيه وثالثة متعلقة بآثاره المالية والشخصية ورابعة موضوعها إنهاء الرابطة بالطلاق أو التطبيق أو الانفصال الجسماني .

ب - ضابط الإسناد :

ويقصد به المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشداً إلى القانون الواجب التطبيق . فهو أداة الوصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند إليه .

أداة الوصل تلك - التي تسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق - تسمى ضابط الإسناد لأنها تسند المسألة القانونية المطروحة إلى نظام قانوني معين، فإن قلنا مثلاً بأن الإرث يحكمه قانون جنسية المورث وقت الوفاة فإنه يتعين تطبيق قانون الجنسية التي كان عليها المورث وقت وفاته . وهنا ضابط الإسناد هو " الجنسية " التي تُثبت للشخص عند وفاته .

كيفية تحديد ضابط الإسناد :

وظيفة قاعدة الإسناد هي اختيار القانون الذي يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي. ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالاً بالعلاقة.

ويثور السؤال عن كيفية القيام بهذا الربط، أي عن المعيار الذي يتم بمقتضاه تفضيل نظام قانوني معين ليتكفل بحكم العلاقة .

ولما كانت العلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر، فإنه من البديهي أن يستمد المعيار أو الضابط الذي يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة عن طريق أحد هذه العناصر .

- فإذا تبين مثلاً عن عنصر الأطراف هو مركز الثقل في العلاقة القانونية كما هو الشأن بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، تعين الأخذ بمعيار أو ضابط يتصل بهذا العنصر لاختيار قانون الدولة الواجب إخضاع العلاقة له كضابط جنسية أطراف العلاقة مثلاً .

- وإذا تبين أن العنصر الرئيسي في العلاقة هو عنصر الموضوع ، كما هو الحال مثلاً في مجال الحقوق العينية ، تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المال .

- وإذا كان عنصر السبب هو مركز الثقل في العلاقة القانونية ، كما هو الحال في مجال التصرفات القانونية ، تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر ، كضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقوع الفعل بالنسبة للمسئولية التقصيرية .

ولا يكفي أن تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً يشير إلى القانون الواجب التطبيق ، بل يتعين أيضاً تحديد اللحظة التي يجب فيها إعمال هذا الضابط .

ج - القانون المسند إليه :

القانون المسند إليه هو ذلك القانون الذي يحكم الفكرة المسندة، أي موضوع النزاع، فإن قلنا أن الأهلية يحكمها قانون جنسية الشخص، فإن قانون الجنسية يكون هو المسند إليه المختص بحكم العلاقة .

- وأخيراً قواعد الإسناد ليست الوسيلة الفنية الوحيدة لحل النزاع :

قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية المعتادة التي يلجأ إليها المشرع لحل مشكلة النزاع إلا أن التطور قد كشف لنا الآن عن وجود قواعد موضوعية تقدم حلولاً مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، حيث يلاحظ من وجهة أولى حرص بعض الدول على وضع تشريعات وطنية تتضمن قواعد موضوعية لتحكم أساساً العلاقات الخاصة الدولية، ويلاحظ من



جهة أخرى أن تطور العلاقات الخاصة الدولية قد دفع الدول إلى إبرام المعاهدات التي تشتمل على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق مباشرة على المراكز القانونية الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً.

أضف إلى ما تقدم أن القضاء الوطني الحديث قد اتجه نحو خلق قواعد موضوعية خاصة بالعقود الدولية. من ذلك أن القضاء الفرنسي قد أقر شرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان مثل هذا الشرط إذ ما تضمنه عقد داخلي .

س4 - وضح إلى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيق قواعد الإسناد وهل يجوز له تطبيقها من تلقاء نفسه ؟

باستعراض ما ذهب إليه القضاء في بعض النظم القانونية الرئيسية يتضح لنا وجود اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول : عدم جواز تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه (النظام القانوني الإنجليزي) :

فيما يتعلق بالنظام القانوني الإنجليزي، ليس ثمة ما يلزم القاضي صراحة بالامتناع عن تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وليس ثمة ما يلزمه صراحة كذلك بتطبيقها. غير أن القضاء لجأ إلى حيلة قانونية من شأنها من الناحية العملية منع القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد تلقائياً، إذ افترض (أي القضاء الإنجليزي) تطابق أحكام القانون الأجنبي تطابقاً كاملاً مع أحكام القانون الإنجليزي. وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يقوم بتطبيق أحكام القانون الإنجليزي الموضوعية على كافة ما يعرض عليه من منازعات مشتملة على عنصر أجنبي ما لم يثبت الخصوم المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي .

الاتجاه الثاني : جواز تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون التزامه بذلك (النظام الفرنسي) :

إن المتأمل في الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية أن القضاء الفرنسي لا يعتبر القاضي ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ولكنه لا يحرمه في الوقت ذاته من هذا الحق لو أراد هو ذلك .
ويترتب على كون القاضي الفرنسي غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه عدم جواز تمسك الأفراد بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة أمام محكمة النقض .
وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون الدولي الخاص المكمل للقانون المدني الفرنسي قد حسم الموقف بالنص صراحة على وجوب تطبيق القاضي لقواعد الإسناد الفرنسية من تلقاء نفسه .

الاتجاه الثالث : التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه (النظام الألماني) :

النظام الجرمانى له شأن آخر حيث استقر القضاء الألماني منذ أواخر القرن الماضي على التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، أي حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم. وترتب على ذلك أنه في جميع المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد، ولا يجوز له التخلص من هذا الالتزام حتى ولو كان الحل النهائي للنزاع الذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الوطني، مطابقاً للحل الذي سيؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع وفقاً لقاعدة الإسناد .

٤ - موقف القضاء المصري :

القضاء المصري لا يمكن إدراجه بصورة مؤكدة ضمن أحد النظم السالفة الذكر. ذلك أن القضاء لم يتصد صراحة لبحث مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية بصورة عامة، غير أن محكمة النقض تعرضت، في حكم حديث لها، لمدة القوة الإلزامية لإحدى قواعد الإسناد بالذات. ففي نزاع يتعلق بتطبيق المادة ١٤ من القانون المدني من حيث الزمان قررت المحكمة أن "نص المادة ١٤ نص أمر يتعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري".

وقد هدف المشرع من وراء النص على هذا الحكم وهو بسط نطاق تطبيق القانون المصري في مجال الزواج كلما كان أحد الزوجين مصري لارتباط الأسرة بالمجتمع المصري. ومن ثم فقد يكون السبب في اعتبار المحكمة أن نص المادة ١٤ من القانون المدني نصاً أمراً هو تعلق هذه النص بمسألة تمس السياسة التشريعية التي تهدف إلى التوسع في الحالات التي يحكمها القانون المصري .

س 5- تكلم عن آراء الفقهاء حول أساس القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد ؟

الرأي الأول :

ذهب فريق من الفقه إلى أن القوة الإلزامية لقواعد الإسناد تستمد أساسها من وظيفة قاعدة الإسناد، تنازع القوانين هو في حقيقته تنازع بين السيادة، وقواعد الإسناد هي التي تتكفل بحسم هذا التنازع. ومن ثم يجب على القاضي تطبيق هذه القاعدة من تلقاء نفسه في جميع الحالات لأن مخالفته لها تنطوي على انتهاك لسيادة دولته التشريعية وسيادة الدول الأخرى .

الرأي الثاني :

يرى فريق آخر أن مناطق القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد هو تعلقها بالنظام العام، غير أنهم يختلفون عن الفريق الأول في رفضهم اعتبار كافة قواعد الإسناد من النظام العام .

الرأي الثالث :

يذهب رأي ثالث إلى أن أساس القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد ينبع من كونها القواعد الوطنية الأصل، فالقاضي الوطني يلتزم بتطبيق جميع القواعد الوطنية من تلقاء نفسه، بما فيها قواعد الإسناد .

الرأي الرابع :

ويرى فريق رابع أن القوة الإلزامية لقاعدة الإسناد يجب أن تستمد من الأساس الذي تقوم عليه القاعدة. فقواعد الإسناد إنما وجدت في رأيهم لتحقيق أكبر قسط من العدالة للأفراد في منازعاتهم ذات الطابع الدولي. وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد في جميع الحالات للوصول إلى أكثر الحلول عدالة .

رأي الدكتور :

إذا كان لهذه الآراء وجاهتها بيد أن جانباً من الفقه يرى وبحق أن تحديد مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد يجب أن يحكمه في رأينا الهدف من قواعد الإسناد. ولا يمكن في ظل الوضع الراهن لحياة الجماعة الدولية القول بأن قواعد الإسناد إنما تهدف إلى مجاملة الدول الأجنبية عن طريق السماح بتطبيق القاضي لقوانينها .

كذلك فإنه من غير المستطاع القول بأن الهدف من قواعد الإسناد هو تحقيق العدالة في علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي .

فالهدف الحقيقي لقواعد الإسناد هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ولتحقيق هذه التعايش يقوم المشرع الوطني بوضع القواعد الكفيلة بتحديد مجال تطبيق مختلف النظم القانونية .

وغني عن البيان أن إعمال القاضي لقواعد الإسناد يخضع لرقابة محكمة النقض. فإذا أغفل القاضي تطبيق قاعدة الإسناد كان حكمه موجباً للنقض. ولا يجوز الاحتجاج في هذه الصدد بأنه الخصوم لم يتمسكوا بتطبيق القاعدة أو اتفقوا صراحة على مخالفتها، إذ أن هذه القواعد جميعها من قبيل القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.