

## تعريف القانون الدولي الخاص :

"يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه :  
مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقة  
مشوبة بعنصر أجنبى من خلال تحديد القانون  
**المنطبق والمحكمة المختصة**".<sup>١</sup>.

كما عرفه اتجاه آخر من الفقه بأنه " مجموعة  
القواعد القانونية ذات الصبغة الفنية التي تحكم  
النظام القانوني للعلاقات الخاصة الدولية".<sup>٢</sup>.

من كل ما تقدم يتضح بأن القانون الدولي  
الخاص :

" فرع من فروع القانون ولكنه ذو طبيعة مختلفة  
هدفه الرئيس تنظيم علاقات الأفراد ذات العنصر  
الأجنبي عن طريق قواعد موضوعية وقواعد  
اسنادية تعمل على تحديد القانون الواجب  
التطبيق على هذه العلاقات".

## • اختلاف تسمية موضوعات القانون الدولي الخاص :

- على الرغم من إجماع الدول على أهمية ومكانة هذا الفرع من القانون إلا أن تبني تسمية مشتركة بين كل الدول لم يكن محل إجماع،
- حيث تبنت الدول التي تتبع **النظام القانوني اللاتيني** على رأسها فرنسا تسمية تنازع القوانين وهي إحدى مواضيع (ق د خ)<sup>٣</sup>
- بينما الدول التابعة **للنظام الانجلوسكسوني** على رأسها بريطانيا استعملت اصطلاح (القانون الدولي الخاص).

## • المواضيع التي يدرسها القانون الدولي الخاص:

- أولاً : **نزع القوانين** : ونعني بذلك مشكلة تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي وخاصة إذا كانت العلاقة القانونية ذات عناصر تخضع لأكثر من دولة وهنا تثور بينها منازعة قانونية حول القانون الذي يحكم هذه العلاقة والفصل بها
- ومثال ذلك كان يبيع فلسطيني أردنيا بيتاً في لبنان وتم التعاقد في مصر وقد ثار نزاع بينهما حول ملكية هذا العقار .

- ثانياً: تنازع الاختصاص القضائي الدولي : ونعني بذلك تحديد المحكمة المختصة دولياً لانظر في منازعات الأفراد التي تنشأ بصددها هل هي المحكمة الوطنية أم المحكمة الأجنبية
- وهذا يعني انه لا تلازم بين الاختصاص القضائي والتشريعي.

- **ثالثاً : تحديد المراكز القانونية للأجانب :** وهذه المشكلة لا يمكن أن تنشأ إلا إذا تم الاعتراف للأجنبي ببعض الحقوق في الدولة التي ثار فيها النزاع والمثال على ذلك انه لا يمكن إثارة مشكلة تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في فلسطين حول ملكية عقار إذا كان احد أطراف النزاع الأجنبي لا يتمتع بحق التملك في فلسطين.
- **رابعاً : الجنسية :** والتي يعني بها تحديد تبعية الفرد السياسية لدولة معينة فالعلاقة أو المشكلة ذات الطابع الدولي يمكن أن تكون بهذه الصفة متى كان احد اطرافها متمتعاً بجنسية دولة أجنبية.

## **• خصائص القانون الدولي الخاص<sup>٤</sup> :**

• يتمتع القانون الدولي الخاص بجملة من المميزات التي يختص بها بالمقارنة مع غيره من الفروع وهي على النحو التالي :

**١. قانون ملزم<sup>٥</sup> :** لأن بعض قواعده تشتمل على جزاء يحكم به القضاء . (التعويض)

**٢. قانون حديث النشأة :** والمغزى من ظهوره تحقيق العدالة من خلال التنازل على جزء من السيادة وقبول تطبيق قوانين أجنبية.

**٣. قانون وطني داخلي :** (مثل : القانون التجاري، المدني.....) لكن يتميز بأن به عنصر أجنبي "مثال : جنسية أحد الطرفين، مكان العقار، مكان تنفيذ العقد.....".

٤ - فرع من فروع القانون الخاص :، لأنه ينظم العلاقة بين الأفراد بالنسبة لروابطهم الشخصية والمالية أو مع الدولة بصفتها شخص عادي .

٥ - ليس للقانون الدولي الخاص ولاية على فروع القانون العام مثل : القانون الدستوري والإداري والجنائي والمالي ...

٦- لا يتدخل نهائيا في المسائل الجنائية التي ترجع بالنظر إلى الدولة بشكل حصري.

٧- الموضوع الأساسي الذي ينظمها مادة (تنازع القوانين) أي فض الاشتباك بين القوانين عن طريق قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.

٨- النصوص القانونية المنظمة للقانون الدولي الخاص متاثرة في عدة فروع من فروع القانون مثل : قانون الجنسية، قانون التحكيم، قانون تشجيع الاستثمار ، القانون المدني ، قانون الإيجارات ، قانون أصول المحاكمات

## **• مصادر القانون الدولي الخاص**

• مصدر الشيء هو المنبع أو الأصل الذي استمد منه الشيء، وتكمن الفائدة من دراسة مصادر (ق د خ) في التعرف على الأسس التي سيسند إليها القاضي لإصدار حكمه في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، ويمكن الحديث عن ثلاثة مصادر للقانون الدولي الخاص وهي على النحو التالي:

- **أولاً : المصادر الداخلية**

- **ثانياً : المصادر الدولية**

- **ثالثاً : المصادر الاسترشادية**

• أولاً : المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص<sup>6</sup>:

- يمكن اختزال المصادر الداخلية للقانون الدولي الخاص في ثلاثة مصادر وهي: (التشريع والعرف والقضاء).

١. التشريع:

- يتمثل في مجموعة القواعد العامة والملزمة الصادرة عن جهة رسمية بشكل مكتوب (يشمل ما يصدر عن المجلس التشريعي من قوانين وما يصدر عن السلطة التنفيذية من أنظمة ولوائح) ويعتبر التشريع المصدر الأول والأقوى للتطبيق القضائي، فالمشرع الوطني يستأثر بوضع قواعد قانونية تنظم العلاقات التي يكون بها عنصر أجنبي.



- والجدير ذكره بأن هناك بعض الأنظمة القانونية تبنت قانون خاص للقانون الدولي الخاص مثل **(المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص لسنة ٢٠٠١)**
- حيث اخترلت في كتاب واحد كافة الأحكام المتعلقة بالتنازع والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

## ٢ - العرف الداخلي:

- هو تواتر وتكرار سلوك محدد فيعتقد الناس بإلزاميته، ويتميز بأنه مصدر غير مكتوب ولكن أساس قوته أنه نابع من إرادة الجماعة ويشكل أقدم مصادر القانون، ونظراً لقلة التشريعات في مجال (ق د خ) تلجأ المحاكم للقواعد العرفية ونذكر على سبيل المثال القواعد العرفية التالية:
  - خضوع الأهلية لقانونه الجنسية.
  - خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفى.

- ويقوم العرف بدورين:
  - **الأول** الدور المساعد للتشريع من خلال مؤازة تشريعات القانون الدولي الخاص عندما تحيل النصوص إلى العرف، أما الدور **الثاني** الدور المكمل من خلال سد النقائص والثغرات التي تعترى نصوص القانون الدولي الخاص القليلة.
  - واللافت للنظر أن أغلب القوانين المتعلقة بالقانون الدولي الخاص أساسها عرفي، وبالتالي تتجه الدول الآن إلى (التقنين) من خلال وضع الأعراف ضمن قوالب مكتوبة مثل : "الجنسية، تنازع القوانين، تنفيذ الأحكام الأجنبية".

### ٣- السوابق القضائية الوطنية:

- هي مجموعة الأحكام القضائية الاباتة والنهائية الصادرة عن المحاكم الوطنية في نزاعات يكون بها طرف أجنبي.
- وتتبوا السوابق القضائية في قطاع غزة المرتبة الثانية بعد التشريع من حيث أولوية التطبيق وت تكون السوابق القضائية عندما يعجز القاضي عن إيجاد نص شريعي أو عرف ينظم المسألة ذات العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي فيضطر القاضي إلى الاجتهاد استناداً إلى المبادئ العامة للقانون ويصدر حكماً، فيتكرر تبني نفس الحكم بنفس الظروف فيتحول إلى سابقة.

- وبالتالي فإن الأنظمة الإنجلوسكسونية تعتبر السوابق القضائية مصدراً أساسياً
- بينما الأنظمة اللاتينية مثل (الضفة الغربية) تضع السوابق القضائية ضمن المصادر الاسترشادية.

- ثانياً: المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص:
- تتمثل المصادر الدولية فيما يلي:

١. المعاهدات الدولية

٢. العرف الدولي

٣. القضاء الدولي

## ١. المعاهدات الدولية :

- هو الاتفاق الدولي المبرم كتابيا بين الدول أو بين الدول والمنظمات الدولية لتنظيم شأن محدد وتكمن أهمية المعاهدات والاتفاقات الدولية في مجال (ق د خ) في تحقيق الانسجام بين الدول وتوحيد الحاول وتقليل فجوة الخلافات بينها في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي.

• **مثال :**

- الاتفاقية العربية للتعاون القضائي المبرمة في الرياض لسنة 1983.
- اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول المغرب العربي لسنة 1991.
- اتفاقية ثنائية بين سوريا والجزائر في مسألة تنازع القوانين.
- اتفاقية جنيف الخاصة بحقوق المؤلف لسنة 1952.
- اتفاقية الإقامة والتوطين بين بلجيكا وفرنسا 1967.
- اتفاقية **تنقل الأيدي العاملة** بين دول مجلس الوحدة الاقتصادية العربي 1970.

## - مكانة المعاهدات ضمن التشريع الداخلي:

- تثار إشكالية خلال التطبيق العملي لمعاهدة على النحو التالي : ما هو مآل الاتفاقية الدولية التي تتعارض مع القانون الوطني؟
- حيث ينشأ النزاع إذا تبنت الاتفاقية الدولية لحل يتعارض مع نص القانون الداخلي فأيهما له الأسبقية؟
- **مثال :** إذا نص القانون الداخلي على أن القانون الذي يحكم الطلاق بين زوج فلسطيني وزوجته الأجنبية هو قانون الزواج أثناء الطلاق، بينما نصت المعاهدة أن القانون الفيصل هو قانون الزوجة فأيهما نرجح ؟

- مما لا شك فيه أن الأفضلية لاتفاقيات ومعاهدات الدولية التي تطغى على التشريعات الوطنية بالنظر إلى صبغتها الدولية وقد تأيد هذا التوجه بقرارات قضائية عديدة مثال : القرار الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بلاهاري لسنة 1932 " الدولة لا يمكنها الاستناد إلى دستورها بقصد التهرب من الالتزامات الملقاة على عاتقها بسبب المعاهدات السارية " ذلك قضت محكمة التمييز السورية في قرارها المؤرخ 1931/12/30 بأنه:

"ليس للقانون الداخلي أن يأتي بقواعد مخالفة لأحكام معاهدة دولية أو أن يغير ولو بصورة غير مباشرة في أحكامها "

• والجدير ذكره أن المعاهدات الدولية لا تصبح نافذة إلا بعد المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية ونشرها في الجريدة الرسمية كشرط صحة نفاذها.

## ٢ - العرف الدولي :

- هو عبارة عن سلوكيات تكررت من قبل الدول في شأن متصل بالقانون الدولي الخاص حتى اعتقادت الدول بإلزاميتها، لاسيما أن النصوص الداخلية والمعاهدات تعجز عن الإحاطة بكل العلاقات ذات العنصر الأجنبي وبالتالي تنشأ قواعد عرفية تتكرر لاسيما ما يتعلق بتنظيم وضعية الأجانب والحسانة القضائية وكذلك قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه...
- ويشار إلى أن أغلب القواعد التشريعية كان أساسها عرف دولي مثل : إخضاع الأهلية لقانون الجنسية، نزاعات العقد يخضع لقانون الذي يختاره طرف العقد.

### ٣- القضاء الدولي :

- يتمثل في الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الدولية وأحكام التحكيم الدولية في مسائل القانون الدولي الخاص ذات العنصر الأجنبي.
- ويشرط أن يصدر حكم قضائي دولي فيقع تكراره لاحقاً ويصبح **(سابقة قضائية)** تحدى المحاكم الدولية حذوها،
- حيث أصدرت المحكمة الدائمة للتحكيم التي أنشأت بموجب اتفاقية لاهاي لسنة 1899 أصدرت العديد من الأحكام ذات العلاقة بـ (ق د خ).

- كما أصدرت محكمة العدل العليا بلاهاري قرارات عديدة منها القرار الصادر لسنة 1945 في قضية (ناتيام) جاء فيه "لا يجوز للدولة أن تمنح جنسيتها لشخص لا تكون هناك رابطة حقيقة بينها وبين الشخص تبرر منحه هذه الجنسية".
- والجدير ذكره بأن أحكام القضاء الدولي ليست ملزمة فهي تبقى على سبيل الاستئناس وتصدر غالبا عن محكمة العدل الدولية بصفتها الاستشارية عند تعين القانون المنطبق على علاقة معينة، تبقى قرارات المحاكم الدولية نادرة في مجال (ق د خ) لقلة اللجوء إليها.

- ثالثاً: المصادر الاسترشادية للقانون الدولي الخاص :
- تمثل المصادر الاسترشادية للقانون الدولي الخاص في "الفقه" وتصف كذلك بالمصادر الاحتياطية.
- والمقصود بالفقه مجموعة الدراسات النظرية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص بحيث تشمل المؤلفات والأبحاث والمؤتمرات والمقالات كما تشمل رسائل الماجستير والدكتوراه.

- ولعل أهمية الفقه كمصدر احتياطي يكمن في دوره الرئيس في تفسير النصوص القانونية التي يعترف بها الغموض، كذلك يساهم في توجيه قناعة القاضي وابتکار الحلول لمسائل لم يرد فيها نص، بل لا بالغة بالقول أن أغلب التشريعات الخاصة بالقانون الدولي الخاص وفروع القانون الأخرى تخرج من رحم الدراسات الفقهية.
- فقد كان الفضل في بلوة نظرية تنازع القوانين للفقهاء الأوروبيين مثل : "سافيني" "مانشيني" وكذلك وضع حلول لإشكاليات الجنسية.
- ولكن تبقى الدراسات الفقهية غير ملزمة واسترشادية ولا يعود دورها سوى توجيه القاضي إلى الحل الأسلم.

## • نظرية تنازع القوانين

- يعتبر موضوع تنازع القوانين جوهر مادة القانون الدولي الخاص، باعتبار أنه يعالج إشكالية فض الاشتباك الذي ينشأ بين عدة قوانين في علاقة يشوبها عنصر أجنبي.
- سنتناول دراسة نظرية تنازع القوانين من خلال التطرق إلى المباحث التالية :
  - **المبحث الأول:** تعريف عام بنظرية تنازع القوانين.
  - **المبحث الثاني:** التكييف وتنازع القوانين.
  - **المبحث الثالث:** نظرية الإحالة وتنازع القوانين.
  - **المبحث الرابع:** إثبات القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه.
  - **المبحث الخامس:** موانع تطبيق القانون الأجنبي.

## المبحث الأول

### تعريف عام بنظرية تنازع القوانين

- سيتم التعريف بنظرية التنازع من خلال استعراض المطلب التالية:
  - **المطلب الأول:** أسباب تنازع القوانين.
  - **المطلب الثاني:** أمثلة على تنازع القوانين.
  - **المطلب الثالث:** موقف الشريعة الإسلامية من تنازع القوانين.
  - **المطلب الرابع:** الاتجاهات الحديثة والمعاصرة لنظرية تنازع القوانين.
  - **المطلب الخامس:** شروط قيام تنازع القوانين.
  - **المطلب السادس:** قاعدة الإسناد وتنازع القوانين.

# المطلب الأول

## أسباب تنازع القوانين

• يمكن أن نعزّو حدوث التنازع بين القوانين إلى سببين رئيسيين :

### أ- سيادة الدولة :

• أدى تمسك الدول بتطبيق تشريعاتها الوطنية على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية الخاصة داخل الإقليم وخارجه إلى نشوء التنازع والتضارب بين القوانين وذلك من منطق بسيط هو الحفاظ على سيادة الدولة،

• **مثال :** يطبق القانون الفلسطيني على جميع المواطنين داخل فلسطين وخارجها وعلى الأجانب داخل فلسطين، وبالتالي سينشأ تداخل في القوانين، ويمكن تجنب هذه التنازع بالحد من السيادة المطلقة وقبول تطبيق قوانين أجنبية على علاقات أجنبية داخل أراضيها.

## بــ اختلاف التشريعات :

- تحتوي التشريعات الوطنية لكل دولة على أحكام مختلفة وفق ما ينسجم مع توجهاتها وديانتها
- مثال: سن الرشد في الكويت مختلف عنه في لبنان...  
وبالتالي لو كانت التشريعات موحدة لما حدث التنازع أساساً، ولكن يحصل التنازع نتيجة تبني أحكام موضوعية مختلفة وسعي الأجانب إلى تطبيق قوانينهم الخاصة بهم.

- وكل ما تقدم يطرح التساؤل : كيف يمكن الحد من تنازع القوانين في إطار القانون الدولي الخاص؟
- الوسيلة الأنجح لتحقيق ذلك في تكثيف الاتفاقيات الدولية لتنظيم العلاقات الوطنية التي يشوبها العنصر الأجنبي لاسيما بين الدول التي بينها علاقات فاعلة مثل: لبنان وسوريا، دول الخليج ودول آسيا
- من جهة أخرى يمكن للدول الحد من تنازع القوانين عبر سن قانون خاص لمادة القانون الدولي الخاص يشتمل على قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.

## المطلب الثاني

### أمثلة على تنازع القوانين

- ✓ زواج فلسطيني من هولندية مقيمة في بريطانيا. فما هو القانون الذي سيحكم آثار الزواج سواء النفقة أو الحضانة أو الطلاق؟
- ✓ اتفاق بين شركة فلسطينية مع شركة يابانية على إنشاء محطة تحلية مياه البحر فتشب نزاع بين الشركتين حول بنود العقد ما هو القانون الواجب التطبيق وما هي المحكمة المخولة بالنظر بالنزاع؟
- ✓ فلسطيني توفي في النرويج، ما هو القانون المنطبق لتوزيع التركة؟
- ✓ مصرى اشتري عقارا في غزة وابرم عقد البيع في الإمارات، وحدث خلاف حول التنفيذ العيني لعقد البيع فما هو القانون الواجب السريان؟

### المطلب الثالث

## موقف الشريعة الإسلامية من تنازع القوانين

هل عرفت الشريعة الإسلامية فكرة تنازع القوانين؟ وهل كان القاضي المسلم يطبق إلى جانب الشريعة الإسلامية مجموعة الشرائع لغير المسلمين في منازعاتهم؟

لابد بدايةً من تصنيف الأفراد في ديار الإسلام إلى الفئات التالية:

■ **المسلمون** : يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط.

■ **الذميون** : من رعايا الدولة الإسلامية من النصارى واليهود ويقيمون بشكل دائم في ديار الإسلام.

■ **المحاربون** : لا يؤمنون بالإسلام وتجب محاربتهم وقتالهم.

■ **المستأمنون** : يأتون إلى دار الإسلام بشكل مؤقت بموجب عقد أمان.

• من خلال ما تقدم يمكن القول أن الكثير من كتب الفقه تعتبر أن الشريعة الإسلامية تجاهل فكرة تنازع القوانين وتعتبر أن السيادة للشريعة الإسلامية، إلا أن هذه الفكرة غير دقيقة، حيث يعترف الإسلام لغير المسلمين بحقهم في الاستناد إلى شرائعهم لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية ولا تطبق الشريعة الإسلامية<sup>9</sup>.

• وإذا كان الفقه الإسلامي لم يحصر الحالات التي تسمح للقاضي المسلم تطبيق أحكام غير إسلامية فإن الشواهد تدل على أن هناك حالات ومعايير تخول القاضي المسلم تطبيق أحكام غير إسلامية وإن تعلق الأمر بتصرفات مالية وبالتالي القول بأن الشريعة الإسلامية اعتقدت فكرة الإقليمية المفرطة ي جانب الصواب لأن القاضي المسلم طبق مبدأ شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين<sup>10</sup>.

• في المقابل يتمسك اتجاه فقهي بـأن السيادة للشريعة الإسلامية في كل النزاعات التي تعرض على القاضي المسلم مستندين في ذلك إلى قوله تعالى "وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم مما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا" <sup>11</sup>

• ويذهب تيار فقهي إلى تبني حلّاً وسطاً بالقول أن النزاع إذا كان ناشباً بين اثنين من ملة واحدة فعلى القاضي المسلم أن يطبق شريعتهما إن طلبَا ذلك، وإن سكتا عليه أن يطبق الشريعة الإسلامية <sup>12</sup>.

## • خلاصة القول /

- أن العلاقة التي تنشأ بين المسلمين وغير المسلمين كانت تخضع من حيث الأصل لأحكام الشريعة الإسلامية (إقليمية القوانين)،
- إلا أن القاضي المسلم اعترف في جوانب عديدة بالشرائع غير الإسلامية في النزاعات التي تتشبّه بين الذميين وبالتالي فإن مسألة تنازع القوانين مقبولة في ديار الإسلام.

## المطلب الرابع

### الاتجاهات الحديثة والمعاصرة لنظرية تنازع القوانين

#### • فقه سافيني 1779-1861

من أهم الأفكار التي جاء بها :

١. فكرة الاشتراك الحقوقي كأساس لقيام تنازع القوانين، وملخص هذه الفكرة هي أن المجتمعات الغربية يضمها اشتراك حقوقي بالاستناد إلى عنصرين أساسيين:

• الديانة المسيحية - و القانون الروماني و من شأن هذه الاشتراك في الديانة و القانون أن يؤدي إلى وحدة فكرة العدالة و إلى إيجاد قواعد مشتركة بينها و مقبولة عندها.

• وعملاً بفكرة الاشتراك الحقوقي لا يعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يضمه اشتراك حقوقي مع قانون القاضي من قبيل الاستثناء أو المجاملة وإنما مجرد أعمال لهذه الفكرة التي تشكل عند سافيني المبدأ الأساسي لتنازع القوانين.

٢. فكرة التركيز الماكياني: أي يتعين القانون الواجب تطبيقه على الأشخاص و العلاقات القانونية بتعيين مقر الشخص و مقر العلاقة القانونية .

• ووجد سافيني أن مقر الشخص هو موطنه لإختياره الاستقرار فيه ولأنه الأداة الطبيعية التي يمكن بواسطتها ربط الشخص بمكان معين لذا يجب أن يخضع الشخص لقانون موطنه بالنسبة لجميع المسائل المتعلقة بحالته وأهليته أما العلاقات الحقوقية المتعلقة بالأشياء فمقرها هو مكان وجود هذه الأشياء ولا بد أن تخضع هذه العلاقات لقانون موقعها سواء كانت أموال منقوله أو غير منقوله.

• أما بالنسبة للالتزامات التعاقدية فقال سافيني أن الالتزام هو شيء غير مادي لا يشغل حيزاً مكانياً منظوراً لذا يجب البحث عن بعض المظاهر المنظورة التي يمكن أن نربط بها الالتزام غير المنظور بغية تجسيده مادياً ويمكن أن يتجلى الالتزام التعاقدى بمظاهرىن الإبرام والتنفيذ وقال بإخضاع الالتزام التعاقدى لقانون محل تنفيذه أو إخضاع لقانون آخر وفقاً لإرادتهما الحرة.

• قال سافيني أن مقر الالتزام الناشئة عن الأفعال الضارة هو محل وقوعها ويجب أن تخضع لقانون موقعها.

• أما بالنسبة للدعوى فإخضاعها لقانون القاضي باعتباره قانون محل تطبيقها.

## • فقه مانشيني 1888-1817

- يتمثل فقه مانشيني في تنازع القوانين بمبدأ شخصية القوانين أي أن الشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أينما وجد سواء على إقليمها أم خارج هذا الإقليم وبغض النظر عن موضوع العلاقة التي يكون طرفاً فيها.
- ويقوم هذا المبدأ على اعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التي أطلقها في محاضرته الشهيرة ((الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة)) التي ألقاها كأستاذ لقانون الدولي العام في جامعة تورين بإيطاليا وملخصها أن كل مجموعة من الأفراد تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد تكون امة ومن حقها أن تكون دولة مستقلة.

• ترك مانشيني بمبدأ إقليمية القوانين واخذ بشخصيتها

• **المطلب الخامس : شروط قيام تنازع القوانين<sup>13</sup>:**

- لا يتحقق التنازع بين القوانين إلا بتحقق الشروط التالية مجتمعة:
  - أولاً: وجود عنصر أجنبى في العلاقة القانونية.
  - ثانياً: نشأة التنازع بين قوانين دول ذات سيادة.
  - ثالثاً: نشأة التنازع بين قوانين خاصة.
  - رابعاً: وجود اختلاف بين القوانين المتنازعة.

## • أولاًً: وجود عنصر أجنبى في العلاقة القانونية :

- ينشأ التنازع عادة بين القوانين إذا وُجد عنصر أجنبى في العلاقة وذلك بسبب:
- " اختلاف جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال " .
- وبالتالي تسعى كل دولة إلى سريان قانونها على بكل العلاقة الأمر الذي يترب عنه تزاحم القوانين، مثال : عقد مبرم بين فلسطينيين لكن محل تنفيذه في دبي هنا المكان أجنبى، أو اتفاق بين فلسطيني مع طبيب مصرى على إجراء عملية جراحية في مصر، أو عقد بيع بين سوري ولبناني لعقار كائن في السعودية وبالتالي كلما ازداد افتتاح الدولة كلما ازداد وجود العنصر الأجنبي في العلاقات مثل : دول الخليج والأيدي العاملة فيها.

## • ثانياً: نشأة التنازع بين دول ذات سيادة:

- يجب أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة وفق معايير القانون الدولي العام (الشعب - الإقليم - السلطة السياسية) وبالتالي لا يمكن تصور حدوث تنازع قوانين في إطار القانون الدولي الخاص بين العديد من الدول العربية وإسرائيل لأن هذه الأخيرة غير معترف بها كدولة في إطار القانون الدولي.
- أيضاً لا يمكن الاعتراف بالتنازع الذي ينشأ بين قوانين الولايات في الدولة الواحدة (الدولة الاتحادية) مثل: تنازع بين قوانين شيكاغو مع نيويورك، لأنه تنازع بين قوانين داخلية، في المقابل يمكن حصول التنازع بين قوانين شيكاغو وقوانين الأردن مثلاً لوجود العنصر الأجنبي الدولي في العلاقة ويسري على التنازع (ق د خ).

- كذلك لا يعتبر من قبل التنازع بين القوانين اختلاف التشريعات في البلد الواحد بسبب التنويع الطائفي مثل : لبنان واختلاف التشريعات في مادة الأحوال الشخصية بالنسبة للشيعة والسنّة والدروز والموارنة، فلا يعتبر ذلك من قبل تنازع قوانين دولي وإنما تنازع داخلي في القوانين.
- من جهة أخرى فقد رفضت المحاكم البريطانية الاعتراف بالعادات والتقاليد الشائعة لدى القبائل أو العائلات، واعتبرت أن هذه السلوكيات لا تعدو أن تكون سوي تقاليد لا ترقى إلى قوانين صادرة عن دولة ذات سيادة.

### • ثالثاً: نشأة التنازع بين قوانين خاصة:

- يقتصر تنازع القوانين فقط وحصرا على فروع القانون الخاص<sup>14</sup> مثل : القانون المدني، التجاري، العمل، الأحوال الشخصية، قانون الشركات...
- وذلك لأن قواعدها مكملة يمكن الاتفاق على مخالفاتها باعتبار أنها تنظم مصالح خاصة ولا تمد سيادة الدولة والنظام العام.
- وبالتالي لا يمكن نهائيا حدوث تنازع قوانين بشأن نصوص القانون العام مثل : القانون الجنائي أو الإداري أو المالي التي ترتبط بمبدأ الإقليمية المطلقة لاتصالها بالنظام العام والسيادة.

• **مثال:** لا يمكن لمصري يقيم في الإمارات التمسك بتطبيق قانون الضريبة المصري على تجارتة في دبي، كما لا يمكن لبريطاني موجود في غزة المطالبة بتطبيق القانون الجنائي البريطاني على جريمة ارتكبها على أرض غزة.

## • رابعاً: وجود اختلاف بين محتوى القوانين المتنازعه:

- إذا كانت قوانين الدولة موحدة ومتتشابهة فان الحكم سيكون موحدا وبالتالي لما نشأ التنازع أساسا، لكن التباين في الحلول بشأن الزواج والعقارات والالتزامات والمسؤولية التقصيرية بين قوانين الدول أفضى إلى وجود اختلافات في الحلول القانونية وبالتالي رغبة وميل كل طرف إلى تطبيق قانونه وبالتالي ينشأ النزاع بين القوانين بسبب ذلك.
- مع مراعاة أن لا يكون الاختلاف بين القوانين جوهريا، لأنه سيقع استبعاد القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد إذا ثبت تناقضه كليا مع القانون الوطني والسيادة.

- **مثال:** قانون الجنسية هو الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية في أوروبا، لكن إذا أراد مصرى الزواج بثانية أو ثالثة حسب قانونه هل تقبل بذلك المحاكم الأوروبية ؟
- بالطبع سترفضه وتطبق قوانينها الداخلية، كذلك لو أقدم فرنسي يقيم في غزة على الزواج المثلى (الزواج من نفس الجنس) فإن المحاكم في غزة سترفض تطبيق قانون الأحوال الشخصية الفرنسي على الرغم من قاعدة الإسناد تحيل تنظيم الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية لأن العلاقة تتنافى مع النظام العام الفلسطيني.

## **• المطلب السادس : قاعدة الإسناد وتنازع القوانين.**

- تعتبر قاعدة الإسناد الأداة الأساسية لفض التنازع بين القوانين في إطار القانون الدولي الخاص، وهي بمثابة أداة التوجيه والإرشاد للقاضي الذي يتعهد بنزاع يشوبه العنصر الأجنبي.
- ولتسليط الضوء على دور وقيمة قاعدة الإسناد يجدر التعرض إلى :
  - أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد.
  - ثانياً: عناصر قاعدة الإسناد.
  - ثالثاً: خصائص قواعد الإسناد.

## • أولاًً: مفهوم قاعدة الإسناد:

- هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي<sup>15</sup>.
- في حين يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "قواعد غير مباشرة تهدف إلى تعين القانون الواجب التطبيق على المسألة ذات العنصر الأجنبي"<sup>16</sup>.
- وبالتالي يمكن أن نكتشف بأن قاعدة الإسناد بمثابة المؤشرات أو البوصلة التي تحيل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع الأجنبي المعروض عليه<sup>17</sup>.

## • ثانياً: عناصر قواعد الإسناد:

ت تكون قواعد الإسناد من ثلاثة مكونات على النحو التالي:

### أ- الفكر المسندة :

- هي الفكرة التي نبحث عن القانون الواجب التطبيق بشأنها أي مادة العلاقة القانونية التي يثور بصددها التنازع كالأهلية أو الشروط الموضوعية للزواج أو الشروط الشكلية، أو الالتزامات التعاقدية، أو الالتزامات غير التعاقدية أو الوصية....
- بحيث تؤلف كل مسألة مسندة مجموعة أو فئة خاصة مستقلة عن غيرها بالنسبة للقانون الذي يحكمها، وهي كذلك حصر المسائل المقاربة والمت Başabhe (ميراث، مسؤولية تصريرية، التزامات، زواج...) المشوبة بعنصر أجنبى ثم ربط كل فئة بضابط إسناد يحيل العلاقة إلى قانون أجنبى.

- **مثال:** نصت المادة (1/27) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن : "يسري على الميراث قانون دولة المورث عند موته".
- وبالتالي : الفكرة المسندة (الميراث) وضابط الإسناد هو قانون دولة المورث.
- كذلك فيما يتعلق بمسائل الولاية والوصاية والقوامة (فكرة إسناد) جعل المشروع ضابط الإسناد لها هو قانون الجنسية (المادة26) مشروع القانون المدني الفلسطيني.

## بـ - ضابط الإسناد:

- ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة أو معيار يعتمد المشروع للربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه (ويقع تحديد ضابط الإسناد في الغالب استناداً إلى الأطراف أو المحل أو السبب).
- مثال: - تخضع أهلية الشخص إلى قانون جنسيته (جعل المشروع ضابط الإسناد الجنسية).
- - يسري على الحيازة والملكية قانون موقع العقار (ضابط الإسناد موقع العقار).
- - يسري قانون الدولة الذي تقام فيه الدعوى على قواعد الاختصاص (ضابط الإسناد مكان التقاضي).

• وفي جميع الأحوال يعكس ضابط الإسناد وجهة نظر المشروع وفلسفته التعامل مع العلاقة القانونية<sup>18</sup>، وذلك باختبار الضابط الأكثر صلة بالموضوع، مثال: في الدول التي تكثر الهجرة إليها نجدها تعتمد ضابط إسناد المواطن في مجال الأحوال الشخصية، بينما الدول التي يهاجر مواطنوها للخارج بكثرة تميل لتبني ضابط إسناد الجنسية لتمكن من تطبيق قوانينها على مواطنوها<sup>19</sup>.

## ج- القانون المسند إليه:

- هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية والمحددة بموجب ضابط الإسناد.
- **مثال:** يسري على الميراث قانون دولة المورث وقت موته (القانون المسند إليه قانون دولة المورث).
- يسري قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوج وقت انعقاد عقد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج.

القانون

المسند إليه

القانون المعين سواء الوطني  
أو الأجنبي

ضابط إسناد

فكرة مسندة

صنف قانوني: الطلاق/ الميراث/التعقد.....

(معيار يحدد القانون الواجب الانطباق على العلاقة)

## • ثالثاً: خصائص قواعد الإسناد:

### أ-قواعد غير مباشرة:

- لا تتكلف قواعد الإسناد بإعطاء حل نهائي للنزاع وإنما تبين القانون الذي تخضع له، وفي هذا القانون نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه فمثلاً قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكلف ببيانها<sup>20</sup>.

## أ- قواعد مزدوجة:

- أي أنها إما تجعل الاختصاص ينعقد للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي، وفائدة هذه الميزة أنها لا ترك فراغا في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة لمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه أو القانون الأجنبي.
- مثال: نصت المادة (20) مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه (يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إداراتها الفعلي).
- فإذا كان مقر الشركة الفعلي في الأردن يطبق عليها القانون الأردني إن كان مقر الشركة الفعلي في غزة يسري القانون الفلسطيني.

## أ- قواعد محابدة:

- لا تميز قاعدة التنازع بين القوانين المتنافسة وتتظر إلى مختلف القوانين على السواء، عندما يعمل القاضي قاعدة الإسناد فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانوناً أجنبياً.
- وبالتالي فإن قاعدة الإسناد في نهاية المطاف لا بد أن توجه القاضي إلى أحد القوانين لتطبيقه، فإن عينت القانون الوطني فلن تثور أية إشكاليات، وبالتالي سيقع التركيز على تطبيق القانون الأجنبي ومراته، والمرحلة الأولى لتطبيق القانون الأجنبي تتمثل في تكييف الواقعة من خلال تصنيفها.

## أ-قواعد ملزمة:

- تتسم قاعدة الإسناد بالإلزامية لأنها صادرة عن المشرع الوطني وبالتالي إذا غرض على القاضي الوطني نزاع يشوبه عنصر أجنبي وجب عليه إعمال قاعدة الإسناد التي رسمها المشرع من تلقاء نفسه وإلا اعتبر مخالفًا للقانون.
- وبالتالي فإن تطبيق قاعدة الإسناد واحترام مضمونها يحقق الهدف الرئيس من هذه القاعدة وهو تحقيق الاستقرار في المعاملات بين الأفراد عبر الحدود، ناهيك عن أن هذه القاعدة من القواعد القانونية الداخلية التي تعتبر نتاج لسياسة التشريعية للمشروع و اختياراته الأساسية.

## المبحث الثاني

### التكيف وتنازع القوانين

يحتاج أي تصرف سواء يشوبه العنصر الأجنبي أو لا يشوبه إلى بيان طبيعته ووصفه وتصنيفه ضمن أحد القوالب القانونية المعروفة، ومسألة التكيف لا ينفرد بها القانون الدولي الخاص فقط إنما تحتاجها كل الفروع القانونية.

ولبيان ماهية التكيف في القانون الدولي الخاص وخصوصيته سنتناول ما يلي:

المطلب الأول: تعريف التكيف.

المطلب الثاني: أهمية التكيف في إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الثالث: إشكالية تنافع التكيفات.

المطلب الرابع: مظاهر التنازع في التكيفات.

المطلب الخامس: تعدد الاتجاهات حول تحديد القانون المسؤول عن التكيف.

المطلب السادس: موقف المشرع الفلسطيني من التكيف.

# المطلب الأول

## تعريف التكييف

- هو تحديد طبيعة المسألة (إسماع الوصف القانوني) التي تتنازعها القوانين لوضعها ضمن أحد الأصناف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة.
- وهناك من عرفه بأنه:  
« تحليل للواقع والتصيرات القانونية تمهدًا لإعطائهما الوصف الحقيقي من بين التقسيمات السائدة بين فروع القانون ».»

## المطلب الثاني

### أهمية التكييف في إطار القانون الدولي الخاص

- يكتسب التكييف في مادة القانون الدولي الخاص أهمية خاصة، باعتبار أنه لا يمكن لأدوات الإسناد القيام بدورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي قبل تحديد نوع العلاقة وتصنيفها ضمن الأصناف القانونية (مسؤولية تقصيرية، عقدية، أحوال شخصية، حق عيني،....)
- وبناءً على تحديد طبيعة العلاقة يمكن لقاعدة الإسناد توجيه القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.
- ولعل أهمية التكييف تبرز في أن بعض الدول تتحدد في قواعد الإسناد لكنها تختلف في التكييف مثل المسؤولية عن المنتجات يعد تكييفها في ألمانيا مسؤولية تقصيرية لكنها في فرنسا مسؤولية عقدية.

## المطلب الثالث

### إشكالية تنازع التكييفات

- في إطار القانون الدولي الخاص لا تثار إشكالية حول أسلوب التكييف في حد ذاته، وإنما الإشكالية تكمن في «تنازع التكييفات»، أي وقوع القاضي في حيرة بشأن وضع العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ضمن أحد الأصناف القانونية المعروفة.
- مثال: إخلال طبيب مصري بواجبه المهني تجاه مريض فلسطيني ، هل يكيف هذا الإخلال على أنه مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ؟ وهل يقع التكييف بالاستناد إلى قانون القاضي أو قانون الأطراف المتنازعة أم القانون المقارن؟

## ونسق بعض النماذج التي عرفها التطبيق القضائي بشأن تنازع التكييفات:

### ❖ قضية زواج اليوناني المسيحي الكاثوليكي:

- تتلخص في أن يوناني مسيحي ينتمي إلى المذهب الكاثوليكي تزوج من فرنسية أمام دائرة الأحوال المدنية الفرنسية، وقد ثار نزاع حول صحة الزواج، تبين أن القانون اليوناني يعبر الطقوس الدينية من الشروط الجوهرية لصحة انعقاد الزواج، بينما يعتبرها القانون الفرنسي شرط شكلي لا يؤثر على صحة الزواج.
- وبالرجوع إلى قاعدة الإسناد فإنها تحيل النزاع حول صحة الزواج إلى قانون موطن الزوجين (اليوناني والفرنسي).
- حسب القانون اليوناني يعتبر الزواج باطل لأنه شرط جوهرى يتمثل في الطقوس الدينية، أما حسب القانون الفرنسي فإن الزواج صحيح لأنه يعتبر الطقوس الدينية إجراءات شكالية لا تبطل الزواج، وبالتالي هذا المثال يبين الأثر الهام والخطير للتكييف في تحديد مآل العلاقة.

## **❖وصية الهولندي:**

- حرر هولندي وصية في فرنسا وفقاً للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، بينما يشترط القانون الهولندي تحرير الوصية بحجة رسمية - قام نزاع بشأن صحة الوصية.
- فإذا تم التكييف وفقاً لقانون القاضي (الفرنسي) تعتبر الوصية صحيحة بشكلها العرفي، وإذا تم التكييف وفقاً لقانون الهولندي اعتبرت الوصية باطلة لافتقارها إلى الصفة الرسمية، إلا أن المحكمة الفرنسية كيفت العلاقة وفقاً لقانون القاضي الفرنسي بأنها من الشروط الشكاية.
- **استنتاج:** يتضح من المثالين السابقين أن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يأتي إلا بعد تحديد التكييف القانوني أمام القضاء، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق مختلف تبعاً لتكيف النزاع على هذا الوجه أو ذاك.

## المطلب الرابع

### مظاهر التنازع في التكيفات

- مسألة إثبات نسب الابن غير الشرعي، تذهب بعض الدول إلى تكييفه بأنه ( فعل غير مشروع) ويخضع لقانون **موقع الفعل غير المشروع** ، بينما دول أخرى تضعه ضمن (الحقوق العائلية) ويخضع لقانون جنسية الابن غير الشرعي.
- دعوى التعويض المتولد عن فسخ الخطوبة يقع تكييفها في بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية وبالتالي تخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار ، وأنظمة أخرى تكييفها على أساس الأحوال الشخصية وتخضع لقانون العائلة (الجنسية).

■ وصف المال يختلف من دولة لأخرى، ما يعتبر منقول في دول أخرى قد يعتبر عقار في دول أخرى مثل: أسهم بنك فرنسا يخلع عليها القانون الفرنسي وصف العقار، بينما كل الدول تصنف الأسهم بأنها منقولات، كذلك (المباني والأشجار مستحقة الإزالة) إذا بيعت بهذه الصفة فإنها تخضع لأحكام المنقول، بالإضافة لما يتصل بالعقار بالتخصيص مثل الآلات والماشية المخصصة لخدمة العقار.

■ من الدول من تصنف الحضانة من آثار الزواج، بينما دول أخرى تتضمنها ضمن آثار الطلاق، ففي الأولى يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، أما في الثانية يسري عليها قانون الزوج وقت رفع الدعوى.

## المطلب الخامس

### تعدد الاتجاهات حول تحديد القانون المسؤول عن التكيف

- السؤال الذي يطرح في هذا السياق:
- ما هو القانون الذي سيستند إليه القاضي للقيام بتكييف العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي؟
- تتعدد الخيارات لدى الفقه المختص في القانون الدولي الخاص على النحو التالي:

#### ١. التكيف استناد لقانون القاضي:

- يميل هذا الاتجاه إلى إخضاع التكيف لقانون القاضي فعليه إتباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكيف (السيادة التشريعية).
- تبرير هذا الاتجاه: تطبيق القانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاص لسيادتها التشريعية.
- أضف لذلك أن التكيف متمم لقواعد الإسناد التي وضعها المشرع الوطني وبالتالي من باب أولى أن يقوم القاضي بتكييف النزاع كمرحلة أولية وفق قانونه الوطني استناد لفكرة السيادة التشريعية.

## • الاستثناءات:

- - وصف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً فإنه يخضع لقانون موقعه.
- - وصف الفعل الضار: يخضع للقانون الذي وقع فيه الفعل الضار.
- - التكييفات الواردة في معاهمدة يطبقها القاضي كما هي.
- لكن يثور التساؤل حول كيفية تكيف مسائل مجحولة في قوانين الدول الأخرى؟
- فكيف سيتعامل القاضي مع تكيف مسألة لم ينظمها قانونه؟
- مثال: مسألة المهر في الشريعة الإسلامية؟ لو ثار النزاع أمام القاضي الفرنسي سيواجه مشكلة تحديد الصنف القانوني هل هو شرط جوهري أم شكلي كي يطبق عليه قاعدة الإسناد الملائمة.
- حيث أن القاضي الفرنسي لا يعرف هذه المسألة (المهر) فعليه تقريب المسألة إلى واقعة مشابهة ويقيس عليها من خلال تأويل موسع كي يدخل المهر ضمن قاعدة الإسناد المقاس عليها.

## ٢. التكييف استناداً للقانون المختص بحكم النزاع:

- أن الفكرة الرئيسية عند هذا الاتجاه أنه يجب إجراء التكييف وفقاً للقانون الذي يحكم المسألة المتنازع فيها.
- تبني هذا الرأي الأستاذ الفرنسي "ديسبانييه" الذي نادى إلى إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع حتى لو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً
- وحجته في ذلك انه إذا كانت علاقات الأفراد يجب أن تخضع للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد وكان هذا القانون قانوناً أجنبياً، فإنه من غير المقبول بعد ذلك أن نسمح للقاضي الوطني بإجراء التكييف وفقاً لقانونه لأن هذا القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يجب أن يحكم النزاع بكامله بما في ذلك عملية التكييف أي تحديد الأوصاف القانونية للنزاع باعتبارها جزءاً لا ينفصل عن مضمون هذا القانون.

- مثال: وصية الهولندي يجب أن يتم التكييف وفقاً للقانون الهولندي الذي حددته قاعدة الإسناد.
- ولعل الدافع لطرح هذه النظرية أن العديد من المسائل يتغدر على القاضي الوطني فهمها وبالتالي يجهل تكييفها على غرار المهر الذي يختص به الفقه الإسلامي.
- النقد: أهم نقد وجه لها الاستحالة العملية فالتكيف كما هو معروف عملية سابقة على تحديد القانون المختص أي قبل القيام بالتكيف لا يمكن الجزم بأي القانونين سنأخذ .

### ٣. التكييف استناداً للقانون المقارن:

- يرى هذا الاتجاه أنه لا ينبغي أن يكون القاضي أسير قانون معين عند قيامه بالتمكين وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن ليستخلص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصبغة خاصة.
- ويرى هذا الاتجاه أساسه في فكرة وهي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة.
- ويرى هذا الاتجاه أنه يهدف إلى إزالة مشكلة التنازع في التكييفات وذلك بجعل قضاة مختلف الدول يتوصّلون إلى نفس المفاهيم للفئات المسندة .
- النقد: من الصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية لاستقى منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف.

## المطلب السادس

### موقف المشرع الفلسطيني من التكيف لعلاقة يشويها العنصر الأجنبي

- أخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ الرجوع إلى قانون القاضي المطروح عليه النزاع لتحديد طبيعة العلاقة حينما تختلف القوانين بشأن الوصف القانوني للمنازعة ذات الطابع الدولي، وهذا المبدأ يؤيده فقه القانون الدولي الخاص الحديث.
- ويعني ما سبق أنه إذا عرضت منازعة ذات طابع دولي أمام القضاء في فلسطين يجب أن يرجع القضاء إلى القانون الفلسطيني لتحديد الوصف القانوني للمنازعة لغاية إدخالها في نطاق طائفة من النظم القانونية التي وضع لها قواعد إسناد تبين القانون المختص في التطبيق عليها.
- وهذا يعني أن القانون الفلسطيني هو الذي يحدد الطائفة الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص، أو المواريث، أو الوصية أو المركز المالي...الخ.

- ومتنى حدد القاضي الوصف القانوني للنزاع وفق القانون الفلسطيني، فإن عليه أن يطبق قواعد الإسناد التي يأمر بها القانون الفلسطيني، وعلى ضوء ذلك يتحدد القانون الواجب التطبيق، وما على القاضي إلا أن يقوم بتطبيق هذا القانون، وهذا التوجه ينسجم مع ما تبناه نص المادة 10 مصرى، 11 سوري، 11 أردني.
- أما بالنسبة للوضعيات التي يعجز القاضي الفلسطيني عن تكييفها أو إدراجها ضمن أحد الأصناف المعروفة فالأرجح الاستعانة بالقانون الأجنبي الذي تنتهي إليه هذه الأنظمة.
- وأحياناً ترد الأوصاف القانونية مباشرة وواضحة ضمن الاتفاقيات الدولية وبالتالي التكييف هنا يكون وفق المنهج الذي رسمته الاتفاقيات وليس وفق قانون القاضي الوطني لأن الاتفاقيات تسمو على القوانين الوطنية.
- وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن التكييف من المسائل التي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها تدرج ضمن الخطأ في تطبيق القانون

### المبحث الثالث

## نظريّة الإحالّة وتنازع القوانين

إذا قام القاضي الوطني بتكييف النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي، فإنه سينتقل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بمساعدة قاعدة الإسناد، إلا أن القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد قد يرفض الاختصاص ويحيل النزاع إلى قانون آخر، هذه المشكلة أصطلاح على تسميتها (بـالإحالّة) وتعد من أهم موضوعات النظرية العامة لـ تنازع القوانين، ولتوسيع مضمون الإحالّة علينا أن نبحث في:

- المطلب الأول: ماهية الإحالّة وإشكالياتها في إطار تنازع القوانين.
- المطلب الثاني: أنواع الإحالّة.
- المطلب الثالث: موقف الفقه من الإحالّة.
- المطلب الرابع: موقف المشرع الفلسطيني من فكرة الإحالّة.

## المطلب الأول

### ماهية الإحالة وإشكالياتها في إطار تنازع القوانين

#### أولاً: ماهية الإحالة:

- يمكن تعريف الإحالة على النحو التالي:  
« قيام القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد برد ورفض الاختصاص وإحالته لقانون آخر ».
- وهناك من عرفها بأنها :

« إحالة الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع الذي ينظره القاضي من القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون آخر وذلك عملاً بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه »

- السبب الرئيس لقيام هذه المشكلة: هو اختلاف قواعد الإسناد المطبقة في قانون القاضي عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق من حيث مضمونها.
- مثال: قاعدة الإسناد قالت بأنه "يسري على الميراث قانون دولة المتوفي".
- فإذا كان المتوفي مكسيكي مات في هولندا، فإن القانون المكسيكي هو المختص بتحديد الميراث، وبرجوع القاضي الهولندي إلى أحكام الميراث في القانون المكسيكي وجدتها تنص على ما يلي:  
**"يحكم الميراث المشوب بعلاقة أجنبية قانون مكان الوفاة"**
- أي أنه أحال النزاع من القانون المكسيكي المحدد بقاعدة الإسناد إلى القانون الهولندي.

## **ثانياً: إشكاليات الإحالة في إطار تنازع القوانين:**

- **تتلخص فكرة الإحالة في** أن قاعدة الإسناد الوطنية تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي، إلا أن القانون المحدد بقاعدة الإسناد (يشرط أن يكون أجنبياً) يرفض الاختصاص ويحيله إلى قانون آخر.
- وتكمّن إشكالية الإحالة في أن القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد شأنه شأن القانون الوطني يشتمل على نوعين من القواعد القانونية: قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتکفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.
- **فمثلاً إذا** عرض على القضاء المصري نزاع حول الطلاق طرفيه زوجة ألمانية وزوج بلجيكي، فوجد القاضي المصري أن قاعدة الإسناد تنص على التالي: "يسري على الطلاق المشوب بعنصر أجنبي قانون الزوج" هل يجب على القضاء المصري تطبيق القواعد الموضوعية للطلاق في القانون البلجيكي مباشرة أم عليه أن يرجع لقواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون؟

- الواقع أن إتباع هذا المنهج أو ذاك سيترتب عنه تغيير في الحل النهائي للنزاع، ذلك أن قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي قد تشير إلى تطبيق قانون غير قانونها لأن تقضي بتطبيق قانون القاضي الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى.
- وقد أثار تحديد ما إذا كان القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي أو على العكس من ذلك يقتصر التزامه على تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء،
- وقد أطلق على المسألة في فقه القانون الدولي الخاص **اسم الإحالة**، وذلك باعتبار أن القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد لا يكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع وإنما يحيل حسم النزاع إلى قانون آخر، وقد بدأ الفقه في الاهتمام بمشكلة الإحالة على أثر قضية شهيرة ثارت أمام القضاء الفرنسي معروفة (بقضية فورجو).

• وتألخص وقائع هذه القضية في أن شخص مجهول النسب يُدعى "فورجو" ولد في بافاريا، وبعد فترة انتقل مع أمه إلى فرنسا حيث أقام بها فترة طويلة إلى أن توفي بها وترك وراءه ثروة طائلة منقوله دون أن يكون له زوجة أو أولاد، وحينئذ ثار النزاع بين أقاربه من الحواشي وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول إليه الثروة. وكان محور الخلاف هو تعين القانون الواجب التطبيق على الميراث: هل هو القانون البلغاري بوصفه قانون الموطن الأصلي للمتوفى، أم القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفى؟

• فإذا أخذنا بالقانون البلغاري آلت التركة إلى الحواشي لأنه يسمح لهم بالإرث، أما لو أخذنا بالقانون الفرنسي آلت التركة إلى الدولة الفرنسية بوصفها تركة شاغرة نظراً لأن القانون الفرنسي لا يورث الحواشي.

• وبتاريخ ٢٤ مايو ١٨٧٦ قضت محكمة استئناف بوردو بحق أقارب المتوفى من الحواشي في الإرث بتطبيقها للقانون البلغاري وذلك عملاً بقاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بالمواريث والتي تقرر اختصاص قانون الموطن الأصلي للمتوفى في شأن الميراث.

• إلا أن الحكومة الفرنسية طعنت بالنقض في هذا الحكم ولم تؤيد محكمة النقض ما ذهبت إليه محكمة استئناف بوردو، وقضت بأنه كان يتعين على هذه المحكمة أن تطبق قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون البلغاري حيث تشير تلك القاعدة باختصاص قانون الموطن الفعلي، وهو القانون الفرنسي ولما كان القانون الفرنسي لا يورث الحواشي، فقد اعتبرت المحكمة أن الأمر يتعلق بتركة شاغرة لا وارث لها، وقضت بأيلولة ملكية التركبة إلى الدولة، بما لها من سيادة على الأموال التي لا مالك أو وراث لها، وذلك بمقتضى حكمها الصادر في ٢٤ يونيو ١٨٧٨.

• ويتبين من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض الفرنسية أقرت الأخذ بنظرية الإحالة.

## المطلب الثاني

### أنواع الإحالة

إذا كان النظام القانوني لدولة القاضي المختص بنظر النزاع ذي الطابع الدولي يأخذ بالإحالة، فإن الإحالة التي تقررها هذه القواعد لها نوعين هما:

#### أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى (البسيطة):

نكون بصدور إحالة من الدرجة الأولى في الحالة التي يؤدي فيها أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير (يتخلّى عن اختصاصه) وإحالته أو رده إلى قانون القاضي بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه.

مثال ذلك: أن يعرض على القاضي المصري نزاع بين قطري وفلسطيني يقيمان في القاهرة حول (عقد مقاولة) أبرم في قطر ومقرر تنفيذه في القاهرة، بحيث أن قاعدة الإسناد المصرية تحدد مرجع النظر إلى قانون محل تحرير العقد (القانون القطري) وبالرجوع إلى أحكام القانون القطري نجد أنه يحيل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقود إلى قانون مكان تنفيذها (القانون المصري) أي أعاد النزاع وأحله إلى قانون القاضي.

## ثانياً: الإحالة من الدرجة الثانية (المركبة).

- نكون بصدد إحالة من الدرجة الثانية في الحالة التي يؤدي فيها إعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير وإحالته لا إلى قانون القاضي، بل لقانون دولة ثالثة .
- مثال ذلك: قيام علاقة مديونية بين فلسطيني (دائن) وعرافي (مددين) يقيمان في دبي ، ومكان حدوث المديونية غزة ، وعرض النزاع على محكمة دبي التي وجهت القاضي إلى قانون المدين (العرافي) وبالرجوع إلى هذا الأخيرة وجدنا أن قاعدة الإسناد المتعلقة بالديون تحيل إلى قانون مكان حدوث المديونية (القانون الفلسطيني).
- وقد تتوالى الإحالة من هذا النوع من قانون آخر حتى ينتهي المطاف بقبول قانون معين للاختصاص.
- **وأيا كان نوع الإحالة فما هو موقف الفقه منها؟**

## المطلب الثالث

### موقف الفقه والقانون المقارن من الإحالة

- أولاً: موقف الفقه من الإحالة:
- انقسم الفقه في شأن الإحالة إلى فريقين، أحدهما يقبل الإحالة والأخر يرفضها على النحو التالي:
  - الاتجاه الأول: المؤيدون للأخذ بالإحالة:
    - يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب على القاضي أن يعتمد بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبالتالي لا يجوز له أن يطبق القواعد الموضوعية مباشرة في ذلك القانون

## ويستند أنصار الإحالة إلى العديد من الحجج لتبرير وجهة نظرهم :

١. أن القانون الأجنبي كل واحد لا يتجزأ، بحيث إذا قررت قاعدة الإسناد الوطنية اختصاص قانون محدد فعلى القاضي أن يبدأ بـأعمال قواعد الإسناد الموجودة فيه وهي التي تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحويل لهذا القانون وتغيير لطبيعته وعلى إهدار لإرادة المشرع الأجنبي).
٢. تطبيق الإحالة من شأنه تسهيل تنفيذ الأحكام الوطنية في الدول التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونها، إذ أن هذه الدول قد تشترط لتنفيذ الأحكام أن يكون القاضي الأجنبي قد أعمل قاعدة الإسناد التي يقضي بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

## الاتجاه الثاني: المعارضون للأخذ بالإحالة:

- لم ترق فكرة الإحالة للكثير من الفقهاء وقالوا بوجوب التطبيق المباشر للقوانين المحددة بقاعدة الإسناد دون الرجوع إلى قواعد الإسناد بها من جديد، واستندوا للعديد من الحجج :
  ١. أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الوطنية وتفریغها من محتواها ومخالفة صريحة لأوامر المشرع الوطني، باعتبار أن المشرع لما وضع قواعد الإسناد إنما قصد من خلالها الوصول لتطبيق القواعد الموضوعية وليس قواعد الإسناد للقانون المحدد.
  ٢. إن الإحالة تؤدي إلى الوقع في حلقة مفرغة أو إلى توالي الإحالة لا نهاية له وهو ما يؤدي إلى القلق وعدم الاطمئنان مقدما على القانون الواجب التطبيق مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وبالتالي أطلق الأستاذ الألماني كاين ((kahn)) على الإحالة ((غرفة المرايا)) كما أطلق عليها الأستاذ الإيطالي BUZZATTI ((العبة التنس)).

٣. إن تطبيق الإحالة سيترتب عنه تشتت القوانين وتغذية التنازع بينها،  
مثال: لو أن مصرى مقيم في بريطانيا ورفعت ضده قضية أهلية بسبب  
(السفه) فإن القانون المصرى هو الذى المختص لأنه قانون جنسية  
السفيه، إلا أن القانون المصرى يحيل إلى قانون محل الإقامة أي  
القانون الإنجليزى الذى يرفض فكرة الحجر من أساسها.

٤. إن الأخذ بمبدأ الإحالة من شأنه المساس بسيادة الدولة لأن لكل  
تشريع فلسفة خاصة في وضع قواعد الإسناد، وبالتالي من غير  
المنطقي أن يطبق القاضي قواعد الإسناد المعتمدة في قانون غير  
قانونه.

- ثانياً: موقف القانون الوضعي المقارن من الإحالة:
- ترفض معظم قوانين الدول العربية الأخذ بالإحالة فذلك هو موقف كل من مصر والعراق وسوريا والأردن ولibia إضافة إلى دول أجنبية مثل: بريطانيا، هولندا، الoinان، البرازيل، الولايات المتحدة الأمريكية...، أما الدول الغربية فهناك من أخذت بالإحالة ففرنسا في قضية (فوجو) وألمانيا وإنجلترا وبلجيكا والنمسا واليابان وبولونيا ويوغوسلافيا، إلا أنه بالإجمال معظم الدول لم تأخذ بالإحالة.

## المطلب الرابع

### موقف المشرع الفلسطيني من الإحالة

- نصت المادة (٣٤) من القانون المدني الفلسطيني على التالي:  
«إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب تطبيقه، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص».
- **والمقصود بالأحكام الداخلية** هي الأحكام المادية المتعلقة بموضوع النزاع أما القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص فيقصد بها قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.
- وبالتالي يمكن أن نستنتج مما تقدم بأنه إذا حددت قواعد الإسناد المنصوص عليها سابقاً قانوناً أجنبياً واجب التطبيق، فإن أحكامه الموضوعية هي التي تطبق، ولا تطبق قواعد القانون الخاص الموجودة فيه، ويتبين أن المشرع قد رفض بشكل واضح وصريح الأخذ بالإحالة

• ويرجع موقف المشرع الفلسطيني في الرفض إلى رغبته الأكيدة في توفير الاحترام التام للفلسفة التشريعية التي يقوم عليها نظام تنازع القوانين وقبول الإحالة لن يؤدي إلا إلى تقويض هذا النظام ونقض هذه الفلسفة ومراميها التي تجسدها قواعد تنازع الإسناد.

• وهذا يظهر أن المادة لا تجيز الإحالة في كل الحالات حتى ولو كانت الإحالة تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، أو قانون أجنبي معين، ويرجع ذلك إلى أن قواعد الإسناد تراعي اعتبارات خاصة حين تعدد الاختصاص التشريعي لقانون معين، وفي قبول الإحالة تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة ما يقرره القانون الذي تحدده قواعد الإسناد من أحكام.

• وهذا التوجه يطابق المادة ٢٧ مصري، ٢٩ سوري، ٢٨ أردني، ١٠ عربي موحد.

## المبحث الرابع

### إثبات القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه

- بمجرد أن ينتهي القاضي من تكييف النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي وبعد أن تحدد قاعدة الإسناد القانون المسند إليه، فإذا كان نظامه القانوني يتبنى الإحالة فإنه ينتقل إلى القانون المحال إليه، وإذا كان يرفض الإحالة فعليه تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القانون المسند إليه مباشرة
- فإذا كان القانون المحدد بقاعدة الإسناد هو القانون الوطني فلا تثار أية إشكاليات لأنه قانون القاضي الذي اعتاد عليه، أما إذا حددت قاعدة الإسناد القانون الأجنبي فإن القاضي الوطني سيشرع في مرحلة جديدة تتمثل في الكشف عن مكونات القانون الأجنبي ومحاولة إثبات أحكامه تمهدًا لتطبيقها على الواقعة المشوبة بالعنصر الأجنبي.

## المطلب الأول

### إثبات القانون الأجنبي

- إثبات القانون الأجنبي يتمثل في إقامة الحجة والدليل على صحة مضمون القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد، لأن القاضي سيد نفسه أمام قانون غريب لم يألف أحكامه وتزداد المشكلة تعقيداً إذا لم يجد نصوص القانون المسند إليه أو وجدتها لكن تشكك في مضمونها بأنها خضعت للتعديل أو الإلغاء، كما قد تكون هذه النصوص غامضة تحتاج إلى التفسير، إزاء كل ذلك يثار التساؤل:
- من هي الجهة المنوط بها إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، القاضي أم الخصوم؟ وهل يتم التفسير وفقاً لقواعد التفسير في القانون الوطني أم حسب أحكام التفسير في القانون الأجنبي الذي حدده قاعدة التنازع؟

## تختلف الإجابة عن السؤال لدى الفقه وانقسموا إلى طائفتين:

• **الطائفة الأولى:** القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد (مجرد واقعة).

• تذهب بعض الأنظمة القانونية إلى وصف القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بأنه مجرد واقعة ولا يرقى إلى منزلة القانون الملزم الواجب التطبيق، ويترتب على ذلك بأن القاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون هذا القانون المسند إليه، ويقع على كاهل الخصم الذي تمسك بالقانون الأجنبي البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتقديمه للقاضي، وقد تبني هذا الرأي قوانين كل من لبنان وتركيا وبريطانيا والولايات المتحدة...

• حيث نصت المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات اللبناني "لا تطلب البينة على مضمون القانون اللبناني، لكن يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون القانون الأجنبي".

• وقد اعتقدت هذا التوجه محكمة النقض المصرية والسويسرية وبالتأكيد على أن "التمسك بالقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها".

• وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الراوح في مصر يرى أنه يجب على القاضي الوطني إثبات مضمون القانون الأجنبي وإقامة الدليل على صحته من تلقاء نفسه لأن قاعدة الإسناد هي التي حددته وأشارنا سلفاً إلى إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية وأنها قاعدة قانونية وجوبية، ويضيف الفقه إلى أن مسألة إثبات القانون الأجنبي يجب أن يكون بالاشتراك بين الخصوم والقاضي الأمر الذي سيسرع بالفصل بالدعوى فضلاً عن أن هذا الأسلوب من شأنه أن يحول دون تذرع الخصوم بجهل القانون الأجنبي.

## - سلبيات اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة:

- منح الصلاحية المطلقة لمحامي الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي لإثباته قد يدفعه ذلك لتحريره وفق مراده وبما يخدم مصالحه.
- التكاليف الباهظة التي سيتكبدها من يقوم بالإثبات للقانون الأجنبي من نفقات ترجمة والاستعانة بالمختصين وتوكيل محامين أجانب واتصالات وربما السفر ...
- تفريغ قاعدة الإسناد من قيمتها، حيث الإسناد إلى القانون الأجنبي هو بمثابة توجيه إلزامي من المشرع إلى القاضي لتطبيق قانون معين بشكل مباشر دون التذرع بصعوبة أحكامه.
- اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يترب عنده النظر إلى ذلك القانون باستخفاف وبالتالي السعي لتطبيق قانون القاضي.
- اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يعفي القاضي من رقابة المحكمة العليا لأنها محكمة قانون فقط.

• الطائفة الثانية: اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بمنزلة القانون الوطني.

• يترتب على هذا الرأي اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد (سواء تشريع أم عرف محلي أو سابقة قضائية....) ليس مجرد واقعة بل قانون متكامل يوازي منزلة القانون الوطني من حيث الإلزامية والخصائص وبالتالي فهو واجب التطبيق من القاضي الوطني دون انتظار إثبات مضمونه من أحد الخصوم، ويستمد القانون الأجنبي هذه المكانة باعتبار أن الذي اختار هذا القانون هي قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع كقاعدة قانونية ملزمة

# وهذا الرأي هو المعمول به لدى جل الأنظمة القانونية وتدعمه الحجج التالية:

- اعتبار القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بمنزلة القانون الوطني هو تنفيذ لرغبة المشرع الوطني الذي اختار هذا القانون من خلال قاعدة الإسناد الوطنية.
- إعادة الاعتبار لقاعدة الإسناد التي وضعها المشرع ضمن سياسة تشريعية تراعي خصوصية كل حالة الأمر الذي ستحقق الانسجام القانوني.
- حصر مهمة إثبات القانون الأجنبي في جانب القاضي الوطني سيترتب عنها الحد من تحويل مفاهيم القانون المحدد بما يخدم مصالح الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي وبالتالي تحقيق العدالة المنشودة.
- وضع القانون الأجنبي المحدد بمنزلة القانون الوطني سيجعل إجراءات إثباته وتطبيقه تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن من اختصاصها الأصيل السهر على حسن تطبيق القوانين.

- والجدير ذكره أن الفقه الحديث يؤكد أن البحث عن القانون الأجنبي التزام على القاضي بمساعدة الخصوم، كما يضيف أنه ليس المطلوب من القاضي الإحاطة الكاملة بمضمون القانون الأجنبي ولكن مطلوب منه التعامل معه كما يتعامل مع العرف (لأن هذا الأخير غير مكتوب ويتطابق بذلك جهد من القاضي)،
- ولا يبرأ القاضي من التزامه بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا أثبت أنه استحال عليه التوصل لمضمون القانون الأجنبي وذلك من خلال تعليل مستساغ وإنما كان حكمه معرضًا للنقض من محكمة النقض.
- وبالتالي فإن إلزام القاضي الوطني بإثبات القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد لا يعني بالضرورة عدم تدخل الخصوم، بل أن المسألة تستدعي إسهام الخصوم في تقديم الحجج والوثائق التي تعين القاضي على الكشف عن مضمون القانون الأجنبي وتبقى له سلطة تقييم هذه المستندات.

## المطلب الثاني

### موقف المشرع الفلسطيني من إثبات وتطبيق القانون الأجنبي

- لم يتضمن القانون الفلسطيني نصوصاً تبين مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وتحدد كيفية إعماله، غير أن المحكمة العليا الفلسطينية ذهبت في إحدى قراراتها إلى معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقع وعبرت في قرار مؤرخ في ٢٧/١٠/١٩٨٢ ((إن التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يسْتَقِلُ بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك))
- فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ويقع عليهم عبء إثباته
- وقدّمة ((لا يعذر أحد في الجهل بالقانون)) هي قاعدة لا تتطبق إلا على القانون الوطني، فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه، وهذا لخصت المحكمة في هذا القرار بأن القانون الأجنبي ينقلب أمام القاضي الوطني إلى مجرد واقعة..

- من واجب القاضي أن يستفيد من الوسائل المتاحة له في التعامل الدولي و بموجب الاتفاقيات الثنائية والجماعية للتعرف على أحكام القانون الأجنبي
- فهناك العديد من الاتفاقيات القضائية المعقدة بين الدول التي نصت على إمكان تبادل المعلومات المتعلقة بالأحكام القانونية النافذة لدى الدول المتعاقدة وتبادل الجرائد الرسمية التي تنشر فيها القوانين وكذلك المجالات التي تنشر فيها الأحكام القضائية
- وفي ذات السياق بخصوص طبيعة القانون الأجنبي والاعتراف به يؤكد د/ أمين دواس أن محكمة العدل الفلسطينية أصدرت قراراً في قضية التشيكوسلوفاكي عام ١٩٣٥ أن على المستأنف عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي.

- وعلاوة على ما تقدم يمكن الاستئناس بنص المادة (٣٧) من القانون المدني الفلسطيني التي نصت على التالي:
- "يُطبق القانون الفلسطيني إذا تعذرت معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه أو تعذر تحديد مدلوله إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية، أما إذا كان النزاع يتعلق بالمعاملات المالية فتطبق مبادئ القانون الدولي الخاص".
- حيث تبين المادة أن القانون الفلسطيني هو الذي يطبق أي قانون القاضي إذا تعذر معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، أو تعذر تحديد دلالته، وهذا الحكم ولئن لم يشر صراحة إلى تبني فكرة الصفة الأصلية للقانون الأجنبي، إلا أنه أحال القاضي إلى تطبيق القانون الفلسطيني إذا تعذر عليه الكشف عن مدلول وأحكام القانون الأجنبي المعين، وبالتالي يمكن أن نستشف مما تقدم بأن المشرع يوجه دعوة للقاضي الوطني بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وإن فشل في استخلاص الحكم منه يطبق قانونه الوطني.

• ويعزز هذه الرؤية استخدام المشرع في النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لمفردات تنطوي على صيغة آمرة للقاضي لا تقبل الالتفاق على مخالفتها على غرار (يسري، يرجع، يطبق، تخضع، لا تسري...). يمكن أن نستشف منها أن المشرع يلزم القاضي بالالتزام بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد .

## ❖ طبيعة القانون الأجنبي وكيفية تطبيقه:

- القانون الأجنبي يطبق بناءً على أوامر المشرع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد، فالقانون الأجنبي يفتقر إلى علاقة مباشرة مع القاضي الوطني تسمح لهذا الأخير معرفته والوقوف على معانيه عن كثب
- أما بالنسبةدور المحكمة العليا لدينا في فلسطين في الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره فاعتقد بأنه لا مناص لهذه المحكمة من إعمال رقابتها سواء بسبب مخالفة هذا القانون أم بسبب الخروج على معناه الحقيقي أم بسبب نقص التعليل أو التسبيب وذلك من أجل توفير الاحترام التام لقواعد الإسناد الوطنية الإلزامية، لهذا يجب على القاضي الابتعاد عن إعمال آرائه الشخصية في التفسير وتطبيق القانون الأجنبي بشكل مماثل أو أقرب ما يكون لتطبيقه أمام القضاء في بلاده الأصلية.

### المطلب الثالث

#### طرق إثبات القانون الأجنبي المختص

طالما أسلمنا أنه يقع على كاهل القاضي الوطني إثبات مضمون القانون الأجنبي فإنه يجدر التنويه إلى أن عملية البحث عن المضمون يجب ألا توقف النظر بالدعوى وإلا كان القاضي معطلاً لسير العدالة، أي أن البحث يجب ألا يؤثر على السير بالدعوى.

وتعذر المصادر التي يمكن للقاضي الاستناد إليها لإثبات القانون الأجنبي:

- الاستعانة بالمجلات والمؤلفات العلمية المختصة في القانون الدولي الخاص.
- مقررات المؤتمرات الدولية بشأن القانون الدولي الخاص.
- الأحكام والسوابق القضائية المنشورة في الدولة ذات العلاقة.
- تبادل المذكرات التفسيرية للتشريعات.
- الاستفادة من الحجج والوثائق التي يقدمها الخصوم.
- الاستعانة بالسفارات والتواصل مع وزارة الخارجية.
- الاتفاقيات الدولية بين الدول.
- تبادل الإنابة القضائية من القاضي الوطني لنظيره الأجنبي.

• لكن على الرغم من وجاهة هذه المصادر إلا أنه تعترضها العديد من الصعوبات لعل أبرزها:

❖ الترجمة الحرفية للقوانين الأجنبية قد تحرف عن المراد الحقيقي للمشرع.

❖ قد يكون القانون المعين غير مستوف للإجراءات الدستورية (مثلاً لم ينشر).

❖ ليس من السهل تحديد حجية التشريع المحدد فقد تكون السوابق القضائية أسبق من العرف أو أحكام العدالة تتقدم على الفقه

## المطلب الرابع

### تفسير القانون الأجنبي المختص

- التفسير للقانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد يتمثل في إزالة الغموض الذي يعترى النص القانوني الأجنبي وتحديد المقاصد الحقيقة للمشرع باعتبار أن القاضي الوطني لم يستطع استجلاء الأحكام التي تضمنها القانون الأجنبي بشكل واضح، سنتناول أسلوب التفسير للقانون الأجنبي ثم نناقش الرقابة القضائية على التفسير.

## أولاًً: أساليب تفسير القانون الأجنبي:

- تتنوع أساليب التفسير لتوضيح مقاصد المشرع الأجنبي إلا أن الإشكالية التي تطرح في هذا السياق تتمثل في:
  - ماهية الأساليب التي يمكن أن يتبعها القاضي لاستجلاء حقيقة النصوص القانونية الأجنبية؟
  - وهل يرکن القاضي إلى أساليب التفسير الوطنية؟ أم يعتمد على أساليب التفسير المعتمدة لدى القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد؟

• هناك رأيين حول مسألة التفسير المعتمد لبيان مضمون القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد:

١. إتباع نفس أسلوب القاضي الوطني في التفسير:

- يتبع القاضي الوطني في تفسير نصوص القانون الأجنبي الغامض ذات الأسلوب الذي يسلكه في تفسير النصوص الوطنية
- وهذا الرأي له أسانيد لعل أبرزها: أن قاعدة الإسناد منشأها وطني والتكييف مستند إلى قانون القاضي والتطبيق للقانون الأجنبي من واجبات القاضي الوطني وبالتالي فإن التفسير يجب أن يكون وفقاً لقانون القاضي، وهذا الأسلوب له إيجابياته من حيث أنه سيجعل النزاع في عهدة القاضي الوطني في مختلف مراحله وبالتالي سيتحقق الانسجام بين كل المراحل، ولكن يعيب على هذا الأسلوب أنه سيسليخ القانون من واقعه ويضعه لمفاهيم مختلفة.

## ٢. إتباع أساليب التفسير المحددة في القانون الأجنبي المعين:

- يتوجب على القاضي أن يلتزم بأساليب التفسير التي حددتها القانون المعين بقاعدة الإسناد
- وهذا الرأي له مبرراته باعتبار أن لكل قانون خصوصية من حيث المضمون ومن حيث طرق تفسيره
- وأشار الفقه بأنه على الرغم من التطابق الحرفي للقوانين فإن ذلك لا يعني اتحادها في الدلالة ، لأن مقاصد المشرع تتفاوت بحسب خصوصية المكان، **وهذا الرأي هو الراجح فقهاً قضاءً.**
- وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أنه تكتنفه صعوبات مثل: عدم قدرة القاضي على مجاراة ومتابعة كافة الأنظمة القانونية، وتعذر الإطلاع على المذكرات الإيضاحية لتلك القوانين الأجنبية لمعرفة مقاصدها والاهداف التي ارادت تحقيقها.

## ثانياً موقف المشرع الفلسطيني من أسلوب تفسير القانون الأجنبي؟

- لم يشر القانون الفلسطيني إلى أسلوب محدد يمكن إتباعه لتفسير القانون الأجنبي إلا أنه يمكن أن نستشف أنه تبني صيغة التفسير وفقاً لمفاهيم القاضي ويتبين ذلك من خلال ما نصت عليه المادة (٣٦) من القانون المدني الفلسطيني:  
"لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص".
- حيث يستفاد من النص المذكور بأن على القاضي إثبات وتفسير مضمون القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد والتأكد من أن أحكامه منسجمة ومتوافقة مع النظام العام والآداب في فلسطين، وبالتالي لن تتحقق هذه الغاية للقاضي إلا وفقاً لمفاهيم القاضي وخصوصية المجتمع الفلسطيني، لأن ما يعتبر مباح لدى الغير قد يكون مخالف لدينا.

## المطلب الخامس

### الرقابة القضائية على تفسير القانون الأجنبي

- لا يمكن للمحكمة العليا لدينا في فلسطين بسط رقابتها على حسن تفسير القانون الأجنبي إلا إذا كان النظام القانوني يعترف بالقانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بصفة (القانون الكامل بمنزلة القانون الوطني) وبالتالي لا تسري الرقابة القضائية على الأنظمة التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة.
- وقد خلصنا إلى أن القانون الفلسطيني يرجح نظرية التعاطي مع القانون الأجنبي باعتباره قانون كامل الأركان على غرار القانون الوطني، وبالتالي يجدر بنا التساؤل عن الأساس القانوني الذي يخول القاضي الفلسطيني لبسط رقابته على دستورية القوانين؟ ثم من هي السلطة القضائية المؤهلة للرقابة؟

• نصت المادة (١٠٣) من القانون الأساسي لسنة ٢٠٠٣ على التالي:

١. تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون **وتتولى النظر في :**
  - أ- دستورية **القوانين واللوائح أو الانظمة** وغيرها.
  - ب- تفسير نصوص القانون الأساسي **والتشريعات.**
  - ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
٢. يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها.

- في حين نصت المادة (٤٠) من القانون الأساسي على التالي:
- « تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا »
- وبالتالي يستفاد مما تقدم :
- بأن المشرع أوكل صلاحية الرقابة على التشريعات للمحكمة الدستورية العليا ، إلا أن المشرع أولى للمحكمة العليا صلاحيات المحكمة الدستورية العليا إلى حين تشكيل هذه الأخيرة.
- ويلاحظ أن كلمة (التشريعات) و(القوانين) اللتين وردتا في الفقرتين (أ،ب) وردتا على سبيل الإطلاق بحيث تنسب على الوطني والأجنبي من جهة أخرى يمكن أن تستشف من الأساس القانوني المتقدم بأن المشرع عندما حصر مهمة التفسير بالمحكمة الدستورية العليا إنما أقصى دور القاضي الوطني بالتفسير وذلك على خلاف التشريعات المقارنة مثل التشريعين الأردني والمصري اللذان يبيحان للقاضي الوطني كاختصاص أصيل الرقابة على حسن تفسير المحكمة الأدنى درجة لقانون الأجنبي.

## أ-أهداف الرقابة القضائية:

- تهدف الرقابة القضائية إلى التدقيق والثبت من حسن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي وعدم انحرافه عن مقاصد المشرع الأجنبي
- أيضا للرقابة دور في وقف العمل بالقانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد إذا ثبت أن أحکامه تتنافى مع دستور بلد القانون الأجنبي .

## ب / مجال الرقابة القضائية:

- يمكن للقاضي الوطني أن يوجه رقابته على القانون المحدد بقاعدة الإسناد من الزاويتين الشكلية والموضوعية.

## أ- الرقابة على شكل القانون الأجنبي:

- من حيث الشكل يتبع على المحكمة العليا التثبت من أن القاضي الوطني قد تعاطى مع قانون أجنبي استوفى كافة الإجراءات الشكلية لسن القانون على غرار القراءات المقررة للقانون والمصادقة والنشر.
- والجدير ذكره بأن لكل دولة المسار الخاص بها لسن التشريع ولا يشترط التطابق بين الأنظمة القانونية المختلفة في الإجراءات.
- ويشير الفقه إلى أنه من حق القاضي الوطني الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ولئن لم يدفع به الخصوم لأن المسألة تمس النظام العام.

## ب/ الرقابة على موضوع القانون الأجنبي:

- يتعين على المحكمة العليا فرض رقابتها والتأكد من أن القاضي الوطني طبق القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد بشكل ينسجم مع التدرج التشريعي المعتمد في تلك الدولة
- **مثال** إذا حددت قاعدة الإسناد القانون الياباني يجب القاضي التثبت إلى أن هذا النظام يشمل التشريع والعرف والسوابق وقواعد العدالة في ذلك النظام ، وبالتالي يتوجب عليه التثبت من تدرج هذا المصادر من حيث الأولوية في التطبيق.
- من جهة أخرى يتعين على المحكمة العليا التأكد من أن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي ينسجم مع الهرم التشريعي، حيث يعتبر تفسيراً منقوصاً ويستحق النقض التفسير الذي يعتمد على اللوائح والأوامر والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية وتجاهل القانون العادي الصادر عن السلطة التشريعية، أو يطبق قانون مخالف للدستور .

محمد فلسطيني الجنسية، يقيم الصين ، وتوفي في الامارات ، ترك عقارا في قطاع غزة ، وكان الورثة له فقط ابن عم ، فعرض النزاع على القضاء في غزة فحكم القاضي بأن التركة شاغرة وتعود للدولة وذلك باستناد القاضي للقانون الاماراتي .

في ضوء ما درست/ي ما رأيك في حكم القاضي ؟

## المبحث الخامس:

### موانع تطبيق القانون الأجنبي

- ❖ بعد انتهاء القاضي الوطني من إثبات وتفسير القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد وتصبح أحكامه جلية واضحة جاهزة للاستناد مع ذلك فقد يطرأ سبب يحول دون تطبيق القانون الأجنبي على الواقعه
- ❖ **مثال:** أشارت قاعدة الإسناد إلى القانون السويدي في قضية طلاق سويديين كلا طرفيه ذكرأً (زواج مثلي) فهل القاضي ملزم بتطبيق القانون السويدي الأجنبي ؟
- ❖ لقد أتاح المشرع للقاضي الوطني السلطة التقديرية للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد إذا ثبت أن أحكام هذا القانون تتعارض مع النظام العام لبلاد القاضي أو شاب القانون المحدد غش واحتيال .

- لذلك سنتناول في هذا المحور الموانع التشريعية لتطبيق القانون الأجنبي وهي تتحصر في مانعين:
  - المانع الأول: الدفع بالنظام العام.
  - المانع الثاني: الدفع بالغش في القانون الأجنبي.

### المطلب الأول

#### الدفع بالنظام العام

- يعتبر الدفع بالنظام العام من قبل القاضي الوطني بمثابة أسلوب احتجاج يعبر من خلاله عن اعتراضه على تطبيق القانون الأجنبي الذي حدده قاعدة الإسناد على النزاع المشوب بالعنصر الأجنبي بسبب التعارض الجوهرى بين القانون الأجنبى المحدد وبين قانون القاضى.

• سنعرض في إطار بحثنا في الدفع بالنظام العام كمانع لتطبيق القانون الاجنبي إلى الفروع التالية :

- ❖ أولاً: تعريف النظام العام.
- ❖ ثانياً: خصائص النظام العام.
- ❖ ثالثاً: نطاق النظام العام.
- ❖ رابعاً: شروط الدفع بالنظام العام.
- ❖ خامساً: آثار الدفع بالنظام العام.
- ❖ سادساً: موقف المشرع الفلسطيني من الدفع بالنظام العام.

## • أولاً: تعريف النظام العام.

- يعتبر الوصول لتعريف جامع للنظام العام من أبرز الصعوبات التي واجهت فقهاء القانون، لأن التشريعات خلت من تعريف النظام العام وتركوا الأمر للفقه بحسب المكان والزمان.
- إلا أن جل التعريفات تحوم حول فكرة واحدة مفادها أن "النظام العام يتمثل في مجموع الاختيارات الأساسية للمشرع الوطني في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تمثل المصلحة العليا للمجتمع".
- ويمكن أن نعرفه الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وفق الفقه المصري بأنه: "دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي".

• ولئن كانت كل فروع القانون العام من النظام العام باعتبارها قواعد آمرة تتصل بالمصلحة العليا للمجتمع، إلا أن هذا لا يعني استبعاد فروع القانون الخاص من مظلة النظام العام مثل: الميراث، تسجيل العقارات، وعقود العمل، الترکات المستقبلية، الحضانة، الزواج....

- **ثانياً: خصائص النظام العام:**
- يتصف النظام العام **بثلاثة خصائص** وهي: **المرونة-الغموض-التنوع**.
- وتعني "**المرونة**" أن النظام العام متغير بحسب الزمان والمكان وبالتالي لا يمكن الحديث عن نظام عام مشترك لكل الدول والمجتمعات، حتى داخل الدولة يختلف النظام العام من منطقة لأخرى.
- أما "**الغموض**" يعني ضبابية النظام العام وعدم القدرة على تحديد ملامح دقة له أو معايير محل إجماع وما يؤكد ذلك اختلاف مفهوم النظام العام من النقيض إلى النقيض في الدول (نموذج: تعدد الزوجات).
- أما "**التنوع**" فيعني أن النظام العام يطال كل فروع القانون، ولئن كانت كل فروع القانون العام من النظام العام، فإن بعض فروع القانون الخاص تتصل بالنظام العام مثل: سن الرشد، تسجيل العقارات، المواريث

### ثالثاً: نطاق النظام العام.

- درج الفقه التقليدي على التفرقة بين (النظام العام الداخلي) و (النظام العام الدولي)، ويقيم الفقه هذه التفرقة على اختلاف الوظيفة التي يضطلع بها النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص **ففي القانون الداخلي** يتکفل النظام العام بإبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة لذلك يبدو النظام العام في هذا الصدد **كسياج حامي لقاعدة القانونية الوطنية**
- أما في مجال علاقات **القانون الدولي الخاص** فإن النظام العام مهمته استبعاد القانون الأجنبي بالرغم من أنه القانون الواجب التطبيق على النزاع بمقتضى القانون الوطني لذلك يبدو النظام العام في هذا المجال **ك قريب على قاعدة القانونية الأجنبية.**

### نماذج على النظام العام:

- تتبّين نشأة النظام العام من دولة لأخرى بحسب الديانة والمذهب السياسي والعادات والتقاليد والظروف السائدة في تلك الدولة، ولتسليط الضوء على أبرز ملامح النظام العام **لا بد من تناول بعض النماذج:**

- يعتبر **اباحة تعدد الزوجات** من النظام العام في الدول العربية وأغلب الدول الإسلامية إلا أنه في المقابل يعتبر **حظر وتجريم تعدد الزوجات** من النظام العام في الدول الأوروبية وبعض الدول الإسلامية.
- الطلاق كان يعتبر في فرنسا محظماً ومن النظام العام، إلا أنه منذ 1884 بات الطلاق مباحاً.
- في تركيا كان تعتبر قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث من النظام العام ثم ما لبثت أن تبدلت.
- في هولندا يعتبر الزواج المثالي (من نفس الجنس) مباحاً، إلا أن تجريمه في الدول الإسلامية من النظام العام .
- في تونس يعتبر التبني مباحاً إلا أنه في الدول العربية حراماً ومن النظام العام.
- **والخلاصة** أن مفهوم النظام العام يتسع ويضيق بحسب توجهات الدولة، حيث يلاحظ أن الدول التي تعتمد **المذهب الاشتراكي** يتضاعف بها النظام العام ويكون تدخل الدولة كثيف، أما تلك التي تأخذ **بالمذهب الرأسمالي** يتراجع بها النظام العام لأن تدخل الدولة محدود.

## ٤. رابعاً: شروط الدفع بالنظام العام.

- لا يمكن إثارة النظام العام من قبل القاضي الوطني بهدف استبعاد القانون الأجنبي إلا إذا توفر شرطين:

### ١. أن يكون القانون المسند إليه قانون أجنبي:

- على ذلك لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وذلك حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلية، باعتبار أن كافة هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحد.

- أما إذا كانت الدولة تتبنى الشكل الاتحادي (مثلاً الإمارات و USA) فإن تشريعاتها تكون مختلفة، وبالتالي فمن المتصور وجود اختلاف في المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية مما يبرر إعمال النظام العام بمفهومه في القانون الداخلي، ويمكن التمثيل على ذلك بمنع الزواج بسبب اختلاف اللون، فإذا ما تقرر هذا المانع في إحدى الولايات الأمريكية وأراد أمريكي أسود الزواج من بيضاء في ولاية أخرى لا تعتد بهذا المانع فمن الممكن استبعاد قانون الولاية الأولى باعتباره مخالفاً للنظام العام.

## ٢. تعارض ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي:

- هذا ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي، فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون أيا كانت النتيجة المترتبة على ذلك وإنما يتعمّن ألا يمس ذلك التطبيق بمقتضيات النظام العام في دولته.

### « من هي الجهة المخولة بتحديد كون العلاقة القانونية من النظام العام؟ »

- مما لا شك فيه أن المشرع هو الذي يحدد اختياراته الأساسية في شتى المجالات ويسبغ على علاقات محددة صفة الأهمية لأنها تتصل بالمصلحة العليا للمجتمع ولا يسمح للغير بالاتفاق على مخالفتها.

- إلا أن تحديد ما هو نظام عام لا يستقيم دائمًا بسبب الأمور المستجدة وتلك التي يغفل المشرع عن الإحاطة بها، وبالتالي يميل غالب الفقه إلى ترك مسألة تقييم العلاقة إذا ما كانت تتضمن تحت النظام العام أم لا إلى قاضي الموضوع مع إخضاع هذا التقييم إلى رقابة المحكمة العليا (محكمة القانون).

- إلا أن هذا الرأي على الرغم من وجاهته باعتبار أنه يرمي إلى تحصين المجتمع من تسلل أحكام غير منسجمة مع الواقع الاجتماعي للقاضي، إلا أنه يخشى من تصاعد نفوذ القاضي الوطني وإطلاق العنان إلى حد إساءة السلطة التقديرية المسندة إليه وتدخل البعد الشخصي لأن القاضي يميل إلى تطبيق قانونه الوطني.

• وبالتالي فإن القاضي الوطني الذي ينظر في نزاع مشوب بالعنصر الأجنبي يتوجب عليه أن يستقرئ الواقع العام لبلده ويراعي المصالح المتماشية مع مجتمعه ويتجدد من تصوراته الشخصية مع التعليل المستساغ للحكم الذي توصل إليه، وكل ذلك يبقى خاضعا لرقابة المحكمة العليا كأي مسألة قانونية، ويجب التتويه إلى أن القاضي الوطني مدعو إلى عدم الغلو في تطبيق النظام العام وأن يضيق من هذه الأخيرة كي يزيد من فرص التعايش بين الأنظمة القانونية.

• وقد أكدت محكمة النقض المصرية شرط مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام عندما أكدت في حكمها الصادر في 19 يناير 1977 "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الوجب التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة" ويلحق بالنظام العام فكرة (الآداب) وهي مجموعة المثل العليا التي توافق عليها المجتمع فيما يتعلق بالأخلاق الحميدة التي تبين الحسن والقبح.

• وتوصف الآداب على غرار النظام العام بالمرونة والتغير بحسب الزمان والمكان، ففي الدول الإسلامية يعتبر باطلأ لتعارضه مع الآداب الترخيص لبيوت الدعارة وكذلك الملاهي الليلية ونوادي القمار والعرى ...، بينما في الدول الأوروبية قانونياً ويخضع للترخيص.

## ٥. خامساً: آثار الدفع بالنظام العام:

- ما هي النتائج التي سترتب على دفع القاضي الوطني بالنظام العام؟ إذا كان الاستبعاد للقانون الأجنبي هو الحل فما هو البديل، هل القانون الوطني أم قانون مشابه للقانون المستبعد أم مبادئ القانون الدولي الخاص؟
- هناك عدة آثار تترتب على استعمال القاضي للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية:

### ١. **الأثر السلبي: استبعاد القانون الأجنبي:**

- إن الهدف من فكرة النظام العام هو حماية المبادئ العليا والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الذي يكون من شأن تطبيقه تهديد هذه المبادئ والأسس.

### • **ويثير التساؤل عن مدى استبعاد القانون الأجنبي:**

- هل نستبعد القانون الأجنبي برمته أم نقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلاً من النظام العام الوطني في هذا القانون؟

- انقسم الفقه حول حجم أو مدى الاستبعاد للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام إلى طائفتين:

### أ- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي:

- ويرى جانب من الفقه أن القاضي يتبعه أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع أحكامه طالما تعارضت أحد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني، ويستند هذا الفريق إلى القول بأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فلا يصح للقاضي أن يستبعد قاعدة معينة بحجة التعارض مع النظام العام ويطبق القواعد الأخرى في ذلك القانون، والقول بغير ذلك ينطوي على مساس بوحدة القانون الأجنبي، وقد يقود إلى تشويه ومسخ هذا القانون، **فمثلاً**: إذا كان القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير مسلم، فإنه يجب على القاضي استبعاد هذا القانون في جملته لمخالفته للنظام العام.

## بـ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي:

- غالبية الفقه ترى وجوب أن يكون الاستبعاد في الحدود الالزمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام، أي أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون استبعادا جزئيا فقط ينصب على القاعدة الأجنبية المخالفة دون باقي القواعد، ذلك أن إعمال الدفع بالنظام العام يهدف إلى تجنب تسلل أفكار مخالفة للمصلحة العليا للمجتمع وإذا كان بالقدر تجنب هذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبي فقط كان من غير الضروري استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام
- وعلى هذا فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الميراث يسوى بين الابن والبنت المسلمين في الميراث لوجب استبعاد حكم هذا القانون الأجنبي فيما يتعلق بنصيب كل من الابن والبنت فقط مع الإبقاء على سائر أحكام القانون الأجنبي بالنسبة لبقية قواعد الميراث، وهذا يجب على القاضي أن يتذكر دائما أن الدفع بالنظام العام هو وسيلة استثنائية لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم فلا يجب استعماله إلا بقدر وفي حدود ضيقه .

## ٢. الأثر الإيجابي: تطبيق قانون القاضي:

- إذا استبعد القاضي الجزء المخالف من القانون الأجنبي، فما هو البديل؟ ووفقاً لأي قانون يفصل في النزاع؟
- هناك ثلاثة آراء في هذا الصدد:

### أ- البحث عن حل مقبول في نفس القانون الأجنبي المستبعد:

- هذا الحل فيه احترام لقاعدة الإسناد الوطنية التي تعقد الاختصاص للقانون الأجنبي، وبالتالي يفترض بالقاضي البحث في القانون الأجنبي نفسه على قاعدة أخرى لحكم النزاع، خصوصاً أن القاضي لا يستبعد القانون الأجنبي برمته فهو يظل واجب التطبيق في أحکامه الأخرى.
- وقد أخذت بالفعل بهذا الرأي إحدى المحاكم الألمانية، إذ قضت محكمة الرايخ الألماني في حكم شهير لها بتاريخ 19 ديسمبر 1922 بأن استبعاد إحدى قواعد القانون السويسري الواجب التطبيق والتي تقرر عدم تقادم نوع معين من الديون، لمخالفتها النظام العام الألماني، لا يستتبع إحلال القواعد الألمانية الخاصة بالتقادم محل القاعدة المستبعدة، بل ينبغي البحث في القانون السويسري نفسه عن قاعدة أخرى خاصة بالتقادم، وبالفعل أخذت المحكمة بالقاعدة التي تقرر أطول تقادم في القانون السويسري.

## ب- تطبيق قانون القاضي الوطني:

- عند استبعاد إحدى قواعد القانون الأجنبي المختص نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام يجب على القاضي أن يستمد حله من قانونه الوطني، ويبدو أن الفقه الغالب يميل إلى تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده باعتباره أسلم الحلول، وهذا هو الحل الذي كرسه كثير من النظم القانونية كالنظام القانوني الفرنسي والألماني والنمساوي والنظام القانوني المصري، وقد قضت محكمة دبي الشرعية في 1992/11/7 في قضية مواريث بين هندوس يقيمون في دبي بأن قانون الميراث الهنودسي يساوي بين الذكر والأنثى في الميراث بما يخالف الشريعة الإسلامية مما يوجب استبعاده وتطبيق القانون الإماراتي محله.

## ج- تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص:

- قد يحدث أحياناً أنه لا يمكن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي لعدم وجود أحكام في القانون الأول يمكن تطبيقها على النزاع، في هذه الحالة ذهب القضاء إلى خلق هذه الأحكام مسترشداً في ذلك بمبادئ القانون الطبيعي، وهو الاتجاه الذي تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني صلب المادة (36) والذي سنتناوله بالتحليل لاحقاً.

### ٣. الأثر المخفف للنظام العام:

- يتناول الأثر المخفف للنظام العام حالة نشوء مركز قانوني في الخارج يخالف النظام العام لدولة القاضي، ولكن يراد الاعتراف ببعض آثاره في دولة القاضي.
- **مثال:** أن يثور أمام القاضي الفرنسي نزاع حول نفقة زوجية تطالب بها الزوجة الثانية لزوج مسلم سبق أن تزوجا في قطر مثلاً، بالطبع يعد إنشاء الزواج الثاني في فرنسا أمراً مخالفًا للنظام العام الفرنسي ويستلزم الحكم ببطلانه. ولكن إذا كان هذا الزواج الثاني قد أبرم خارج فرنسا فإن مجرد امتداد آثاره إلى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة، لذلك يقع التخفيف من وطأة النظام العام (يصاب النظام العام بشلل جزئي)، والأمثلة على الأثر المخفف للنظام العام كثيرة، في حالة ما إذا عرض على المحاكم الفلسطينية نزاع حول حضانة ابن ولد من علاقة سفاح (ابن زنا) فلا يمكن للقاضي الفلسطيني الدفع بالنظام العام لأن المكان الذي نشأت به هذه العلاقة بسمح ببنوة أبناء السفاح.
- ويفسر **الأثر المخفف للنظام العام** في هذه الأمثلة بضرورة احترام الحقوق التي تم اكتسابها بطريقة صحيحة في الخارج وفقاً لقانون أجنبى، فاحترام هذه الحقوق هو الذي يدفع القضاء الفرنسي إلى الاعتراف في فرنسا بآثار الزواج الثاني الذي نشأ في الخارج وما يتربّى على ذلك من تقرير حق الزوجة الثانية في الإرث وحقها في نفقة الزوجية، في حين أن نفس القضاء كان سيقضي ببطلان الزواج الثاني لو نشأ في فرنسا.

- سادساً: موقف المشرع الفلسطيني من الدفع بالنظام العام:
  - نصت المادة (36) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه:

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص.
  - يلاحظ أن المشرع الفلسطيني استهل المادة بكلمة (لا يجوز) التي تتطوّي على الصفة الامرة التي تلزم القاضي الوطني باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت لديه بموجب السلطة التقديرية المسندة إليه بأن القانون المحدد بقاعدة الإسناد يتعارض مع الاختيارات الأساسية للمشرع أو يتناهى مع الآداب العامة في فلسطين.
  - ويحسب للمشرع الفلسطيني أنه ذكر الآداب بالتفصيص ولئن كانت مشمولة ضمن النظام العام نظراً للمكانة التي تتبوأها الأخلاق في المجتمعات العربية والإسلامية عامة والفلسطيني خاصة.

- إلا أن الملفت أن المشرع الفلسطيني لم يقرر القانون الفلسطيني كبديل عن القانون المستبعد (كما ذهبت أغلب القوانين الأجنبية والعربية المقارنة) إنما وجه القاضي إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص وهو الحل الذي تسير عليه جل القوانين المقارنة مثل القانون المصري 28 مدني، والسوسي 30 مدني والليبي 28 مدني، والعراقي 32 مدني.
- ونرى أن المشرع قد جانب الصواب باعتبار أن القانون الوطني هو البديل الأنسب والبحث في مبادئ القانون الدولي الخاص إن كانت تترك هامش من الحرية للقاضي الوطني إلا أنها ستتقل كاذهلة لأنها غير محددة ومتناولة.
- ولكن ما هي مبادئ القانون الدولي الخاص؟ وكيف يمكن الاستدلال عليها؟
- مبادئ القانون الدولي الخاص من المفاهيم الغامضة غير محددة التعريف، لكن يمكن القول بأنها مجموعة القواعد التي يمكن للقاضي أن يستلهمها من روح التشريع، وهي قابلة للتطور والتغيير.
- **مثال:** عدم التعسف في استعمال الحق، بطلان التصرفات نتيجة الإكراه، تفوق المعاهدات على القانون الداخلي، الأصل براءة الذمة، عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، عدم جواز الالتزامات المؤبدة، ...

## المطلب الثاني

### الغش نحو القانون

- يندرج الغش أو الاحتيال نحو القانون في **موانع تطبيق القانون** الذي حددته قاعدة الإسناد إلى جانب الدفع بالنظام العام:
  - **أولاً:** تعريف الغش نحو القانون
  - **ثانياً:** نماذج على الغش نحو القانون
  - **ثالثاً:** موقف الفقه من الدفع بالغش نحو القانون
  - **رابعاً:** شروط قيام الغش نحو القانون
  - **خامساً:** آثار تحقق الغش نحو القانون
  - **سادساً:** موقف المشرع الفلسطيني من الدفع بالغش نحو القانون

## ▪ أولاً: تعريف الغش نحو القانون

- تعمد أحد أطراف نزاع أجنبى إلى تطبيق قانون آخر غير الذي حدده قاعدة الإسناد باتباع وسائل الغش والاحتيال وذلك بهدف التهرب من القانون الذي حدده قاعدة الإسناد (الأصلية)، في حين يذهب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه:  
”تدبير إرادى لوسائل تؤدى إلى الخلاص من قانون الدولة الذى حدده قاعدة التنازع لتصبح العلاقة من اختصاص دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتواخة“

## ▪ ثانياً: نماذج على الغش نحو القانون

١. تنص **قاعدة الإسناد** على أنه: (يسري على الطلاق قانون الزوج)، فلو فرضنا أن ايطاليا يعتزم التطبيق إلا أن قانونه يمنع الطلاق، وبالتالي سيقوم الزوج الايطالي باكتساب الجنسية الألمانية لإحداث الطلاق، وذلك كالتغافل على قانونه والاستفادة من الجنسية الألمانية التي تبيح الطلاق.
٢. (يسري على الوصية قانون مكان تحريرها) مكان تحريرها اليابان الذي يضع شروطاً صارمة، وبالتالي يلجأ الموصى إلى تايوان التي تضع شروط سيرة لتحرير الوصية.

٣. (يسري على الميراث قانون الميت) فلو أراد الشخص أن يورث أحفاده بينما قانونه لا يسمح بذلك، فيقوم باكتساب الجنسية الروسية التي تسمح بتوسيع الأحفاد للاستفادة من هذه الخاصية.

٤. إذا كان قانون مكان الولادة يحظر تسجيل مجهولي النسب (اللقطاء) فتقوم الأم بتغيير محل الولادة في بلده يسمح قانونه بتسجيل المواليد مجهولي النسب.

«**الخلاصة**»: يتعمد البعض تغيير ضابط الإسناد بشكل عمدى للهروب من القانون الذى تحدده قاعدة الإسناد الأصلية ولتحقيق مصلحة يتغيرها الأجنبى.

### • ثالثاً: موقف الفقه من الدفع بالغش نحو القانون:

• انقسم الفقه تجاه الدفع بالغش نحو القانون إلى تيارين أحدهما مؤيد والآخر معارض على النحو التالي:

## ١. الاتجاه المؤيد لفكرة الدفع بالغش نحو القانون

- يرى تيار من الفقهاء أن الغش نحو القانون حالة واقعية ومتكررة وحجتهم في ذلك أن القانون يرفض فكرة (التعسف في استعمال الحق) أو سوء استعمال السلطة وفق مفهوم القانون الإداري، حيث يعتبر هذا التيار أن تغيير ضابط الإسناد ولئن كان مشروعًا إلا أنه ينطوي في نفس الوقت على التناقض على قاعدة الإسناد الأصلية وبالتالي تفريغها من مضمونها.
- الدفع بالغش نحو القانون سيقطع الطريق على فئة الأغنياء الذي باتوا يحترفون التلاعب بقواعد الإسناد لمجرد عدم توافقها مع مصالحهم فيقع الجوء إلى تبديل الجنسية أو الديانة أو طبيعة المال...
- لذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي بضرورة التمسك بالدفع بالغش نحو القانون بشكل جدي لدى القاضي الوطني من كل من له مصلحة.

## ٢. الاتجاه المعارض لفكرة الدفع بالغش نحو القانون

- يرى هذا الاتجاه الفقهي أن فكرة الغش نحو القانون هي فكرة وهمية وصورية ولا تستحق التهويل من مخاطرها ويجب الاعتماد على أن الأصل في التصرفات حسن النية، وليس من واجب القاضي تتبع تحرك ضوابط الإسناد وتغييرها فمن حق الشخص مثل تبديل محل الإقامة أو تبديل الجنسية، ناهيأك عن أن تبديل المراكز القانونية قد يكون بحسن نية مثل تغير الجنسية بسبب اندماج إقليمين، أو تغير محل الإقامة بسبب إبعاد شخص قسراً، أو إشهار شخص غير مسلم إسلامه بسبب اقتناعه برسالة الإسلام، وبالتالي ليس كل تغيير في ضوابط الإسناد معناه غش واحتيال **والأشد من ذلك صعوبة إثبات الغش نحو القانون.**

## **٤. رابعاً: شروط تحقق الغش نحو القانون**

- يتحقق الغش نحو القانون بتوفّر ثلاثة شروط:

### **١. الشرط المادي**

- إجراء تغيير أو تعديل إرادي وحقيقي في قاعدة الإسناد يهدف إلى الالتفاف على قاعدة الإسناد الأصلية التي وضعها القانون مثل: تغيير الجنسية، وتتجدر الإشارة إلى أن التعديل في قاعدة الإسناد المشار إليه يجب أن يكون وفق القانون فإذا قام شخص بتغيير جنسيته بطريق التزوير فلا يقبل الدفع بالغش نحو القانون.

## ٢-أن تكون العلاقة المتأثرة بالغش من القواعد الآمرة

• حصر الفقه نطاق الغش في القواعد القانونية الآمرة لأن القواعد المكملة قابلة للتغيير بسهولة وبالتالي لن يكون مثار جدل أو تنازع لأن الأصل في تغييرها مباح وجائز ، أما القواعد القانونية الآمرة تحمل أفكار تتصل بالنظام العام وبالتالي يجب الامتثال لها ، وهذا ما يدفع البعض إلى الالتفاف عليها للهروب من نتائجها ، مثال: أن يكون أحكام الميراث الفرنسية تتعارض مع مصالح فرنسي فيقوم باكتساب جنسية إسبانية لتحقيق مصالحه .

• **٣- الشرط المعنوي /** يتمثل في توفر سوء النية لدى الشخص للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا ، وهذه المسألة يجب أن تترك بالمطلق للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع، لأن العديد من العلاقات قد يكون ظاهرها سوء نية لكنها تتحقق بحسن نية **مثال:**

أ- الوفاة فجأة في دولة فيتغير ضابط الإسناد.  
ب- الإبعاد القسري.

ت- اكتساب جنسية بحسن النية بالوراثة أو طول الإقامة في دولة.  
ث- انضمام إقليم لدولة أخرى فتتغير الجنسية.

• وبالتالي سواء النية يتطلب تبييت النية لتغيير ضابط الإسناد لتحقيق مأرب خاصة لا تتوفّر في القانون الأول، وهذا الأمر كان مثار انتقاد جانب من الفقه الذي وصف الغش نحو القانون بأنه غير مقيّد بمعايير كما أنه من المسائل المعنوية التي تعتمد على البواعث الداخلية التي لا يسهل إثباتها على النحو اليقيني.

• ويمكن للقاضي وفقاً للفقه أن يستشف التحايل على القانون وفقاً لعدة قرائن مثال: التزامن بين التغيير الطارئ على ضابط الإسناد وطلب تطبيق القانون الجديد مثال أن يكون القانون الذي حدّدته قاعدة التنازع يفرض ضرائب مرتفعة على المنقول فيعمد إلى تغيير المكان، أو أن يقدم القانون الجديد تسهيلات فيغير الأطراف الإسناد باتجاه هذا القانون، أو الانتباه إلى طبيعة الجنسية التي يسعى الطرف المتهايل إلى التحويل إليها.

## ٥. خامساً: آثار تحقق الغش نحو القانون:

- بتحقيق الشروط المذكورة يقع إبطال النتيجة التي تحققت بناء على أساليب الغش وإعادة الاعتبار لقاعدة الإسناد الأولى الطبيعية والأصلية التي وضعها المشرع الوطني وبالتالي إلغاء حالي (الهروب، الالتفاف)، **وهذا الرأي هو الراجح** لدى الفقه العربي.
- وبالتالي سيقع رد الاختصاص إلى القانون المتهرب وإعادة الاعتبار له،
- على سبيل المثال لن يعترف بالجنسية الجديدة في حالة ثبوت الحصول عليها لأغراض الالتفاف على الجنسية الأصلية التي لا تمنح الميراث للصديقه.

## **• سادساً: موقف المشرع الفلسطيني من الغش نحو القانون**

- لم يرد أثر في القانون الفلسطيني على تبني المشرع الفلسطيني لفكرة الدفع بالغش نحو القانون، وبالتالي هل يعتبر إغفال وسكت وسكت المشرع الفلسطيني على تقنين الغش نحو القانون بأنه معارضاً للفكرة؟
- لئن لم يتبن المشرع الدفع بالغش نحو القانون، إلا أن للقاضي الفلسطيني صلاحية الدفع بالغش نحو القانون بالاستناد إلى (النظام العام) فإذا تبين للقاضي أن الفعل الذي قام به الأجنبي للاتفاق والإفلات من قاعدة الإسناد ينطوي على مساس بالنظام العام ونيل من المصالح العليا والأساسية للمجتمع (مثل التلاعب بالدين الإسلامي للهروب من أحكامه) فيمكن آنذاك الدفع بالنظام العام.
- من جهة أخرى يمكن للقاضي التمسك بالمبادئ العامة للقانون للتصدي للغش نحو القانون، وهذه المبادئ كما أسلفنا يمكن استلهامها من روح القانون وبالتالي ترك القاضي السلطة التقديرية لملازمة الغش مع إحدى هذه المبادئ مثل التعسف في استعمال الحق، والأصل في المعاملات حسن النية.
- وبدورنا ندعو مشروعنا الفلسطيني إلى تلافي هذا النقصان في القانون المدني وتنظيمها على غرار الدفع بالنظام العام كمانع لتطبيق القانون الأجنبي حتى لا يتسع القضاء في استبعاد عديد الحالات لمجرد الشك في سلوكها التحايل أو الغش نحو القانون.