



الجامعة الافتراضية السورية
SYRIAN VIRTUAL UNIVERSITY

القانون الدولي الخاص 2

الدكتور فؤاد ديب



Books

القانون الدولي الخاص ٢

الدكتور فؤاد ديب

من منشورات الجامعة الافتراضية السورية

الجمهورية العربية السورية ٢٠١٨

هذا الكتاب منشور تحت رخصة المشاع المبدع – النسب للمؤلف – حظر الاشتقاق (CC– BY– ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode.ar>

يحق للمستخدم بموجب هذه الرخصة نسخ هذا الكتاب ومشاركته وإعادة نشره أو توزيعه بأية صيغة وبأية وسيلة للنشر ولأية غاية تجارية أو غير تجارية، وذلك شريطة عدم التعديل على الكتاب وعدم الاشتقاق منه وعلى أن ينسب للمؤلف الأصلي على الشكل الآتي حصراً:

فؤاد ديب، الإجازة في الحقوق، من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨

متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة <https://pedia.svuonline.org/>

Private International Law 2

Fouad Deeb

Publications of the Syrian Virtual University (SVU)

Syrian Arab Republic, 2018

Published under the license:

Creative Commons Attributions- NoDerivatives 4.0

International (CC-BY-ND 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/legalcode>

Available for download at: <https://pedia.svuonline.org/>



الفهرس

- 1 المبادئ العامة في تنازع القوانين
- 1 الوحدة التعليمية الأولى: مفهوم تنازع القوانين
- 2 مشكلة تنازع القوانين وخصائصها
- 5 الجذور التاريخية لنظام تنازع القوانين وتطوره
- 6 أ.نظرية الأحوال
- 8 ب.نظرية الأحوال الفرنسية القائمة على (إقليمية الأحوال كمبدأ وامتدادها كاستثناء)
- 9 ج.نظرية الأحوال الهولندية القائمة على مبدأ إقليمية القوانين والمجاملة الدولية
- 12 الأفكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين
- 12 أ-فكرة الاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني عند سافيني
- 14 ب-مبدأ شخصية القوانين عند مانثيني 1817-1888
- 15 ج-فكرة المؤسسات الحقوقية عند بارتان
- 16 د-فكرة حماية المصلحة الوطنية والإقليمية عند نيبوايه
- 17 الشريعة الإسلامية وتنازع القوانين
- 17 أ-نظام شخصية القوانين في دار الإسلام
- 18 ب-نظام الامتيازات الأجنبية في ظل الخلافة العثمانية (وظاهرة امتداد القوانين)
- 19 تمارين
- 20 الوحدة التعليمية الثانية: حلول تنازع القوانين المعاصرة في القانون المقارن
- 21 أساليب حلول تنازع القوانين
- 21 الأسلوب التنازعي
- 22 أ-تعريف قواعد الإسناد وبنيتها
- 25 ب-خصائص قواعد الإسناد
- 28 القواعد المادية للقانون الدولي الخاص
- 29 تمارين
- 30 الوحدة التعليمية الثالثة: تحديد قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها والتكييف
- 31 القواعد الملزمة لقواعد الإسناد الوطنية
- 31 أ-في القانون المقارن
- 33 ب-في القانون الدولي الخاص السوري

35	التكييف القانوني (الوصف القانوني)
36	أ-الاتجاهات الفقهية
39	ب-التكييف في القانون الدولي الخاص السوري
43	تمارين
44	الوحدة التعليمية الرابعة: تحديد أحكام القانون الأجنبي الواجب تطبيقها منه ومشكلة الإحالة
46	آلية الإحالة وسببها ودرجاتها
48	مبررات الإحالة وانتقاداتها-والمواقف الأخرى بشأنها
48	أ-مبررات الإحالة عند أنصارها
49	ب-انتقادات الإحالة عند خصومها
50	ج-المواقف الفقهية الرامية إلى تلافي عيوب الإحالة
53	د-الإحالة في القانون الدولي الخاص السوري
53	تمارين
54	الوحدة التعليمية الخامسة: تحديد القانون الأجنبي والتعامل القضائي معه
55	تحديد الشريعة الداخلية المختصة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه (الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع)
55	دور القانون الأجنبي في تحديد الشريعة الداخلية المختصة
57	صعوبات تطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي
58	طبيعة القانون الأجنبي وتطبيقه أمام القضاء الوطني
59	طبيعة القانون الأجنبي
59	أ-الاتجاهات التقليدية
61	ب-الاتجاهات الفقهية الأخرى
62	ج-القانون الأجنبي في نظر القضاء والفقه
66	تمارين
67	الوحدة التعليمية السادسة: الاستثناءات على تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه
68	الاستثناءات على تطبيق القانون الدولي الواجب تطبيقه
69	النظام العام
69	أ-تعريف النظام العام ومعايير ودور القاضي في أعماله
72	ب-خصائص فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص
75	ج-آثار الدفع بالنظام العام

80	التحايل على القانون
81	أ-الأساس القانوني للدفع بالتحايل على القانون
82	ب-عناصر الدفع بالتحايل على القانون ونطاق تطبيقه
84	ج-آثار الدفع بالتحايل على القانون
84	تمارين
85	قواعد الإسناد السورية
85	الوحدة التعليمية السابعة: القانون الواجب تطبيقه على حالة الأشخاص
86	تعريف قواعد الإسناد ومصادرها
87	القانون الواجب تطبيقه على حالة الأشخاص
87	حالة الشخص الطبيعي
87	أ-قاعدة خضوع الحالة لقانون جنسية الشخص (القانون الوطني)
89	ب-مفهوم الحالة والعناصر المشمولة بالقانون الواجب تطبيقه عليها
91	حالة الشخص الاعتباري
92	أ-قاعدة خضوع النظام القانون للشخص الاعتباري للأجنبي لقانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي
93	ب-نطاق تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي
93	ج-الاستثناءات على قانون مركز الإدارة الرئيسي الأجنبي
94	تمارين
95	الوحدة التعليمية الثامنة: القانون الواجب تطبيقه على الأهلية والنيابة الشرعية
96	الأهلية
96	أ-قانون خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص (القانون الوطني)
97	ب-نطاق تطبيق القاعدة
99	ج-الاستثناء على القانون الوطني للشخص الأجنبي
102	النيابة الشرعية وقاعدة قانون الشخص الواجب حمايته
102	أ-قانون خضوع الولاية لقانون جنسية الولد الصغير-القاصر
104	ب-قانون خضوع الوصاية لقانون جنسية الموصى عليه
104	ج-قاعدة خضوع القوامة لقانون جنسية المحجور عليه
105	د-قاعدة خضوع الغياب لقانون جنسية الغائب
106	تمارين

107	الوحدة التعليمية التاسعة: الزواج المختلط
110	القانون الواجب تطبيقه الشروط الشكلية لعقد الزواج
110	أ-قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات عموماً
113	ب-نطاق فكرة الشكل في الزواج
115	ج-إثبات عقد الزواج
116	الزواج بين الأجانب شروطه الموضوعية وآثاره وانقضاؤه
116	أ-الشروط الموضوعية للزواج
119	ب-آثار الزواج
123	ج-طرق انحلال الزواج
127	دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على الزواج من حيث شروطه الموضوعية وآثاره وانحلاله
130	القانون الواجب تطبيقه على الزواج بين السوريين والأجانب
130	أ-تطبيق القانون السوري
130	ب-مبررات تطبيق القانون السوري وانتقاداته وكيفية تطبيقه
131	تمارين
132	الوحدة التعليمية العاشرة: النسب والنفقة
134	القانون الواجب تطبيقه على النسب الشرعي (أو البنوة الشرعية)
134	أ-قاعدة خضوع النسب الشرعي لقانون جنسية الأب
135	ب-نطاق تطبيق قانون الأب
136	القانون الواجب تطبيقه على النسب الطبيعي (غير الشرعي) أو البنوة الطبيعية
136	أ-قاعدة خضوع النسب الطبيعي لقانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه
137	ب-نطاق تطبيق القانون الذي يحكم النسب الطبيعي
138	القانون الواجب تطبيقه على التبني
138	أ-خضوع نشأة التبني، للقانون الوطني لكل من طالب التبني والمتبني
139	ب-قاعدة خضوع آثار التبني للقانون الوطني لطالب التبني
140	ج-دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على التبني
141	القانون الواجب تطبيقه على النفقة
141	أ-قاعدة خضوع النفقة بين الأقارب لقانون جنسية الشخص المدين بها
141	ب-نطاق تطبيق القانون الذي يحكم النفقة

142	تمارين
143	الوحدة التعليمية الحادي عشر: الميراث والوصية
144	القانون الواجب تطبيقه على الميراث أو التركات
144	أ-نظام القانون الواجب تطبيقه في القانون المقارن
145	ب-نظام القانون الواجب تطبيقه في القانون السوري
146	ج-نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث
148	د-مآل التركة الشاغرة في القانون الدولي الخاص السوري
150	القانون الواجب تطبيقه على الوصية
150	أ-القانون الواجب تطبيقه على الشروط الشكلية للوصية
151	ب-القانون الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية للوصية
154	دور النظام العام في استبعاد القانون واجب التطبيق على الميراث والوصية
155	تمارين
156	الوحدة التعليمية الثاني عشرة: الأموال المادية
157	العقار
157	أ-القانون واجب التطبيق (قاعدة: خضوع العقار لقانون موقعه)
158	ب-نطاق تطبيق قانون موقع العقار
161	المنقول
161	أ-المنقولات المادية
163	ب-المنقولات غير المادية (المعنوية)
169	تمارين
170	الوحدة التعليمية الثالث عشر: العقود
171	العقود من حيث الموضوع
171	أ-القانون الواجب تطبيقه وبنية قاعدة الإسناد
176	ب-نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين الأخرى المكمل له
180	ج-الاستثناءات من قانون الإدارة
182	شكل العقود
182	أ-القانون واجب التطبيق على الشكل (قاعدة الإسناد الانتقائية)
184	ب-نطاق تطبيق قانون الشكل

185	تمارين
186	الوحدة التعليمية الرابع عشرة: الالتزامات غير التعاقدية
187	القانون واجب التطبيق
188	أ-قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي
189	ب-صعوبة تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام
195	الاستثناء على قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام الأجنبي
196	نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام
196	أ-الالتزامات المترتبة على الفعل الضار
198	ب-الالتزامات المترتبة على الفعل النافع
199	ملحق -1- أحكام القانون المدني السوري المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان
202	تمارين
203	المراجع

المبادئ العامة في تنازع القوانين

الوحدة التعليمية الأولى

مفهوم تنازع القوانين

الكلمات المفتاحية:

تنازع القوانين - خصائص مفهوم تنازع القوانين - الجذور التاريخية لنظام تنازع القوانين - الأفكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين

المُلخَص:

تثور مشكلة تنازع القوانين بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي أو أكثر بالنسبة إلى دولة معنية أو ذات الطابع الدولي، لذلك لابد من حلّ هذا التنازع، وحسم التزاحم لمصلحة واحد منها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على معرفة مفهوم تنازع القوانين وتمييز خصائصه وجذوره التاريخية.

مشكلة تنازع القوانين وخصائصها

تنشأ مشكلة تنازع القوانين بصدد علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي أو أكثر بالنسبة إلى دولة معينة أو ذات الطابع الدولي، كالتنازع الذي ينشأ أمام القضاء السوري بصدد عقد توريد أبرم في بيروت بين شركة سورية وتاجر يوناني التزم بموجبه التاجر اليوناني بتوريد بضائع إلى الشركة السورية في دمشق، وذلك بسبب ارتباط هذا العقد بالقانون اليوناني لكون أحد طرفيه يوناني الجنسية، وبالقانون اللبناني بحكم إبرام العقد في بيروت، بالإضافة إلى ارتباطه بالقانون السوري بحكم كون الطرف الآخر سورياً ومكان تنفيذ العقد في سورية. وهذا الارتباط يجعل قوانين هذه الدول المختلفة قابلةً للتطبيق على العلاقة القانونية. وهذه القابلية تعني في واقع الأمر قيام تنازع أو تزاوج أو تنافسٍ بينها لحكم هذا العقد. لأنه من غير المتصور تطبيق هذه القوانين المختلفة مجتمعةً على هذه العلاقة التي يثور بصددها تنازع القوانين.

لذلك لا بدّ من حلّ هذا التنازع، وحسم هذا التزاوج لمصلحة واحد منها. فكيف يتمّ تحديد هذا القانون الذي يجب أن تخضع له هذه العلاقة القانونية من بين هذه القوانين المختلفة؟¹

وقبل أن نتطرق إلى أسلوب تحديد هذا القانون لا بدّ من التذكير بأهمّ خصائص مفهوم تنازع القوانين:

1- تعدّد الدول واختلاف تشريعاتها:

إنّ سبب قيام تنازع القوانين هو تعدّد الدول واختلاف تشريعاتها الوطنية. فلو كان المجتمع الدولي دولةً واحدة، أو لو كان المجتمع الدولي مؤلفاً من دول عدّة، ولكنّها ذات تشريعات متماثلة أو متشابهة، لما ظهرت مشكلة تنازع القوانين.

2- الصفة الخاصة في القوانين المتنازعة:

إنّ العلاقات التي يثور بصددها تنازع القوانين هي علاقات الأفراد. ونقصد بذلك العلاقات التي يحكمها القانون الخاص أصلاً كالقانون التجاريّ أو المدني، أو العمل أو الأحوال الشخصية...

¹ انظر في مفهوم القانون الأفضل: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية الراشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 4 وما بعدها. والدكتور ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005، ص 16.

الخ، أي العلاقات التي تقوم بين أشخاص القانون الخاص سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين.

والصفة الخاصة في تنازع القوانين لا تعني قيام تنازع بين القوانين الخاصة في دولة واحدة بل التنازع بين قانون خاص وطني وقانون خاص أجنبي، كالتنازع بين قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الأحوال الشخصية الفرنسي مثلاً .

كما أنّ دخول الصفة الأجنبية في العلاقة يفترض بالضرورة اعتراف نظام القانون الوطني بالشخصية القانونية للأجنبي اللازمة لدخوله في علاقات قانونية على قدم المساواة مع الوطنيين، ومنحه بعض الحقوق الخاصة التي لا تستقيم حياته من دونها. وهذا الأمر يُفسّر غياب مشكلة تنازع القوانين في الدول والمجتمعات التي كانت تُتكرّر على الأجنبي حقّ التمتع بهذه الحقوق.

3- العنصر الأجنبي في علاقات الأفراد:

إنّ دخول العنصر الأجنبي على علاقات الأفراد هو الذي يُخرِجها من نطاق القانون الداخلي ليُدخّلها في نطاق القانون الدولي الخاصّ، ويُخضعها بالتالي لقواعد تنازع القوانين التي تتولّى تحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها، وتشكّل جزءاً من قواعد القانون الدولي الخاصّ التي يضعها المُشرّع الوطني في كل دولة وفق اعتباراتها الوطنية. وهذه العلاقات لم تكن لتتشكل لولا الاعتراف للأجنبي بالحقوق اللازمة لوجوده.

أما العلاقات التي لم تتطرق إليها الصفة الأجنبية فتبقى خاضعة لأحكام القانون الوطني للقاضي الناظر في منازعات الأفراد.

4- الفصل بين المحكمة المختصة بنظر النزاع وبين قانونها في موضوع النزاع:

إنّ القانون الذي تدل عليه قواعد تنازع القوانين قد يكون قانوناً وطنياً، وقد يكون قانوناً أجنبياً. ولا يمكن معرفة هويته إلا بعد قيام النزاع، وبعد معرفة أطرافه، وتحديد عناصره ووقائعه. وعلى هذا يفترض لقيام مشكلة تنازع القوانين والوصول إلى تحديد القانون الذي يحكم النزاع، أن تسمح الأنظمة القانونية الوطنية في مختلف الدول لمحاكمها الناظرة في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي بتطبيق قانون أجنبي على هذه المنازعات. ويتعبّر آخر فإن مشكلة تنازع القوانين

ومتطلباتها المتعلقة بتحديد القانون الواجب تطبيقه لا تستقيم إذا لجأ القاضي دوماً إلى تطبيق قانونه الوطني على هذه العلاقات ذات الطابع الدولي.

5- الصفة الدولية في القوانين المتنازعة:

إنّ المقصود بتنازع القوانين، كواحد من موضوعات القانون الدولي الخاص، هو التنازع الدولي وليس الداخلي، أي التنازع الذي يقوم بين قوانين دول متعددة ومختلفة، تتمتع بالشخصية الدولية (وفق مبادئ القانون الدولي العام) وبصفة الدولة (وفق مبادئ القانون الدستوري) بأن واحد. ولذلك يُسمّى هذا التنازع: تنازع القوانين من حيث المكان.

أما التنازع الداخلي فهو التنازع الذي يقوم بين تشريعات الدولة الواحدة التي تتعدّد فيها الشرائع داخلياً بتعدّد شخصياً بتعدّد الطوائف في الدولة، كالتنازع الذي يحصل بين تشريعات الأحوال الشخصية للطوائف الإسلامية وغير الإسلامية في لبنان، أو تعدداً إقليمياً بتعدّد الأقاليم في الدولة الاتحادية، كالتنازع الذي يقوم بين تشريعات الأقاليم والدول التي تتألف منها هذه الدولة مثل سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

والتنازع الداخلي هو غير تنازع القوانين من حيث الزمان في الدولة الواحدة، الذي يقوم بين قانون سابق وقانون لاحق بصدد موضوع محدد.

6- التنازع الثابت والتنازع المتغير في تنازع القوانين:

ينشأ تنازع القوانين الدولي بمجرد نشوء العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا هو التنازع الثابت. وقد يطرأ على العلاقة بعد نشوئها تبدل في بعض عناصرها من حيث الزمان، كما لو غير الزوج جنسيته بعد الزواج وأصبح على جنسية أخرى عند الطلاق. ففي هذه الحالة يحصل تنازع بين قانون دولة الزوج وقت الزواج، وقانونه الجديد وقت الطلاق. وهذا التنازع يُسمّى تنازُعاً متغيراً أو متحركاً، وهو تنازع مكاني وتنازع زمني. تنازع مكاني لأنه تنازع بين قانونين لدولتين مختلفتين، وهو في الوقت نفسه تنازع زمني بين قانونين مختلفين؛ قانون سابق وقانون لاحق. ولهذا يلجأ المُشرّع في مثل هذه الحالات إلى ضبط عنصر الزمن في تحديد القانون الواجب تطبيقه عند وضع قواعد تنازع القوانين، هل هو قانون الزوج وقت الزواج، أم وقت رفع النزاع، أم وقت إيقاع الطلاق؟

الجذور التاريخية لنظام تنازع القوانين وتطوره²

غابت حلول التنازع في المجتمعات القديمة، التي سادت فيها العلاقات الحربية على العلاقات السلمية، فلم تعرف مظاهر مشكلة تنازع القوانين، مثل المجتمع الإغريقي والروماني، وإن كانت الدراسات التاريخية قد سجلت بعض الملامح لهذه المشكلة، ولكن دون أن تقدّم لنا نظاماً متكاملًا وموحداً لهذه الحلول.

كما سجلت هذه الدراسات غياب ظاهرة التنازع في ظل نظام الممالك الجرمانية التي ساد فيها نظام شخصية القوانين الذي كان يقضي بخضوع الفرد لقانون الجماعة التي ينتمي إليها بأصله، كما غابت في ظل نظام الإقطاع الذي كان قائماً على مبدأ الإقليمية المطلقة.

ولم تُطرح مشكلة تنازع القوانين بتّقلها إلا بعد أن توافر المناخ السياسي والقانوني والاقتصادي والعلمي لقيامها؛ الذي ساعد على تطوّر العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسة وتطوّر مواقف الدول من الأجنبي، وكان ذلك في شمال إيطاليا في مطلع القرن الثالث عشر للميلاد. وهذا ما قاد فقهاء إيطاليا من أساتذة كليّات الحقوق في مختلف المدن الإيطالية إلى وضع الفتاوى والحلول القانونية لمعالجة المشكلات المتعلقة بتنازع أحوال المدن الإيطالية المتعددة والمختلفة، أي تنازع القواعد المطبّقة لديها والمتعلقة بعلاقات الأفراد العائلية والاجتماعية والتجارية. ولقد شكّلت هذه الفتاوى والاجتهادات الفقهية ما يُسمّى نظرية الأحوال الإيطالية القديمة. ومن أشهر هؤلاء الفقهاء الإيطاليين الفقيه بارتول.

كما شكّلت الحلول التي وضعها الفقهاء الفرنسيون لمشكلة تنازع الأحوال في المقاطعات الفرنسية المختلفة في القرن السادس عشر، ما يُسمّى بنظرية الأحوال الفرنسية التي من أشهر فقهاءها شارل ديمولان وبرتران دار جنتريه.

وكذلك كان الأمر في هولندا والبلاد المنخفضة التي عرفت نظرية خاصة بها في تنازع الأحوال الهولندية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، سُمّيت نظرية الأحوال الهولندية، ومن أبرز

² من المراجع الأساسية في دراسة تنازع القوانين:

MEIJERS, l'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, Recueil des Cours de l' Académie de droit international de LA HYE, 1934, III p.t., III, p. 567

مفكرها الفقيه هوير. وسنستعرض مختلف هذه النظريات في المطلب الأول، ثم سنستعرض في المطلب الثاني الأفكار والحلول الحديثة.

أ - نظرية الأحوال:

أولاً - نظرية الأحوال الإيطالية القائمة على فكرة المجموعات:

ويُقصد بها مجموعة الحلول التي وضعها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة بزعامة بارتول لمشكلة تنازع أحوال المدن الإيطالية.

وتقوم هذه النظرية على فكرة المجموعات: أي تقسيم العلاقات القانونية من حيث القانون الواجب تطبيقه بشأنها إلى مجموعات بحيث تخضع كل مجموعة إلى قانون محدد يختلف باختلاف المجموعة التي تنتمي إليها العلاقة القانونية.

ومن أبرز هذه الحلول:

1- التمييز بين الإجراءات والموضوع من حيث القانون الواجب التطبيق، بحيث يسري قانون القاضي على الإجراءات التي لا يمكن بشأنها السماح بتطبيق قانون أجنبي. أما الموضوع فيمكن بصدده فقط تصوّر إمكانية تطبيق قانون أجنبي، وهذا القانون يمكن أن يختلف باختلاف موضوع المسألة التي يثور بشأنها التنازع.

2- العقود: وأخضعوها لقانون محل إبرامها سواء من حيث الشكل أم الموضوع، وذلك وفقاً لقاعدتهم الشهيرة "locus regit actum" وذلك باستثناء بعض المسائل الفرعية، مثل إجراءات تقديم دليل إثبات العقد، إذ ألحقوها بالإجراءات من حيث القانون واجب التطبيق، وكذلك الآثار غير المباشرة للعقد وتنفيذه؛ التي جعلوها من اختصاص قانون مكان التنفيذ أو قانون القاضي.

ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أنّ أحد الفقهاء الإيطاليين القدامى وهو (Curtius) قد فسّر قاعدة إخضاع العقد لقانون محل إبرامه على أساس رضا المتعاقدين الضمني. إذ عدّ أنّ اتفاق المتعاقدين على إبرام العقد في مكان معين يتضمن قبولاً ضمناً منهما بالخضوع لقانون هذا المكان. فكانت هذه الفكرة منطلقاً، فيما بعد، لبعض الفقهاء اللاحقين للقول صراحة بمبدأ إخضاع العقد لقانون الإرادة الصريحة.

3- الجرائم: ووضعوا لها قاعدة أخرى شهيرة "Lex loci delicti" تقضي بخضوعها لقانون محل وقوعها.

وهذه القاعدة وُضِعَتْ أصلاً للجرائم الجزائية، ثم طُبِّقَتْ، من بعدهم، على الالتزامات الناجمة عن الأفعال الضارة والنافعة. وما زالت هذه القاعدة مطبّقة في أيامنا هذه في كثير من الدول. يُضاف إلى هذه الفئات أو المجموعات (الإجراءات، العقد، والجرائم) فئتان ظهرتتا لاحقاً، وهما فئة الأموال وفئة الأشخاص.

4- الأموال: وطبقوا عليها قانون موقعها (Lex rei sitae).

وقد ظهرت هذه القاعدة أول ما ظهرت بشأن التّركّات، ثم مدّ الفقهاء نطاق تطبيقها إلى كل العلاقات التي تكون الأشياء محلاً لها. وبذلك توصل الفقهاء إلى مفهوم الأحوال العينية، ووضعوا لها نظاماً خاصاً يقوم على أساس إخضاع المال لقانون موقعه.

5- الأشخاص: وبالمقابلة مع الأحوال العينية المتعلقة بالأشياء استخلص هؤلاء الفقهاء مفهوم الأحوال الشخصية، أي الأحوال المتعلقة بالأشخاص، وجعلوا نظامها القانوني مرتبطاً بالموطن. وانتهوا بالتالي إلى إخضاع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه. ومما قاله الفقيه (Curtius) في تبرير الأخذ بقانون الوطن وتطبيقه ضمن مدينة أخرى "إنّ القانون يفقد كل قيمة له إذا كان بالإمكان مخالفته خارج مدينته".

بالإضافة إلى فكرة المجموعات قال الفقهاء الإيطاليون بضرورة التمييز بين الأحوال المستحسنة أو الملائمة وبين الأحوال المستهجنة أو البغيضة ضمن الأحوال الشخصية للمدن الأخرى. وسمحوا للقاضي بتطبيق أحوال المدن المستحسنة، أي الأحوال التي يُقصد منها حماية الشخص ومنفعته. أمّا الأحوال المستهجنة، أي التي تضرّ بالشخص ولا يقبلها المنطق والعدل فلم تكن تمتد خارج مدينتها لأنّه لم يكن مرخصاً للقاضي تطبيقها.

وبناءً على ما تقدم، يرجع الفضل إلى فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية في إظهار الصورة الأولى للتعبير عن فكرة النظام العام المعمول بها حالياً لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، بالإضافة إلى إسهامهم في غرس البذرة الأساسية لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد.

ب- نظرية الأحوال الفرنسية القائمة على (إقليمية الأحوال كمبدأ وامتدادها

كاستثناء):

تعتمد نظرية الأحوال الفرنسية بشكل رئيسي على أفكار الفقيه شارل ديمولان DIMOLAN وبرتران دارجنتريريه D'ARGENTERIER.

1- نظرية دار جنتريريه:

وتقوم هذه النظرية على مبدأ واستثناء. والمبدأ هو إقليمية الأحوال (إقليمية القوانين)، الذي كان يسود فرنسا في ظل نظام الإقطاع، ولكن بعد أن أدخل عليه الفقيه دار جنتريريه تحسينات أفسحت المجال لتطبيق أحوال الأقاليم الأخرى والقوانين الأجنبية بشكل عام، وبشكل يتلاءم مع الاعتبارات السياسية والاقتصادية التي كان سائدة في عصره. أما الاستثناء فكان يقضي بتطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً، بشكل يسمح بتطبيق أحوال الأقاليم والقوانين الأخرى الأجنبية. ولتحديد نطاق تطبيق القاعدة والاستثناء قسّم دار جنتريريه الأحوال إلى ثلاثة أنواع: الأحوال العينية، والأحوال الشخصية، والأحوال المختلطة.

وتعد الأحوال عينية في نظره إذا كانت خاصة بالعقار فقط. وهذه الأحوال يجب أن تطبق تطبيقاً إقليمياً عملاً بقاعدة عينية الأعراف (أي إقليميتها) الموروثة "Les statuts sont réels". وعلى هذا يجب أن يخضع العقار لقانون موقعه.

وتكون الأحوال شخصية إذا كانت متعلقة حصراً بحالة الشخص، أو بأهليته، أو بالمنقول. وهذه الأحوال تُطبّق تطبيقاً ممتداً، وتتبع قانون موطن الشخص على نحو ما قال به فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، أي أنها تلازم الشخص وتلاحقه أينما وجد، وذلك استثناء من مبدأ إقليمية الأحوال. غير أنّ دار جنتريريه ضيّق من نطاق هذا الاستثناء، فجعل فكرة الأهلية قاصرة على الأهلية العامة. لذلك فإنّ النصوص المتعلقة بها كانت وحدها تطبّق تطبيقاً ممتداً، وتخضع لقانون موطن الشخص. أمّا النصوص المتعلقة بالأهلية المقيدة (حالات عدم الأهلية الخاصة)، كالنصوص التي تمنع الهبات بين الزوجين، فكانت تُعتبر من الأحوال العينية، وتطبّق تطبيقاً إقليمياً بحيث لا تمتد خارج الإقليم.

أما الأحوال التي تتعلق بآن واحد بالعقار والأشخاص أو المنقول، فعدّها دارجنترية من الأحوال المختلطة. وقال إنّ هذه الأحوال تطبّق تطبيقاً إقليمياً على غرار الأحوال العينية انسجماً مع المبدأ الذي أقام عليه نظريته في تنازع الأحوال.

2- أفكار ديمولان

ومن أهم الأفكار التي جاء بها ديمولان، بالإضافة إلى إسهامه في بناء نظرية الأحوال الفرنسية، فكرة أهمية التكييف في تحديد القانون الواجب تطبيقه، وذلك في فتواه المتعلقة بالنزاع بين زوجين بصدد النظام المالي لزوجهما. وعدّ هذا النظام أقرب إلى نظام العقود منه إلى نظام الأموال.

وفكرة إرادة المتعاقدين كأساس لتحديد القانون الذي يحكم العقد، التي استمدها من فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة؛ والتي خلّص منها إلى القول: إذا كان مرّ تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعاقدين الضمنية فمن باب أولى أن نسمح لهما باختيار قانون آخر غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما. وهكذا أطلق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية.

وإذا كان فقهاء نظرية الأحوال الفرنسية قد تأثروا بأفكار نظرية الأحوال الإيطالية، فإنّ أفكارهم القائمة على مبدأ الإقليمية كان لها الأثر الهام على قيام نظرية الأحوال الهولندية.

ج- نظرية الأحوال الهولندية القائمة على مبدأ إقليمية القوانين والمجاملة الدولية:

تقوم النظرية الهولندية في تنازع الأحوال والقوانين على مبدأ إقليمية القوانين المطلقة، وعلى مبدأ المجاملة الدولية، بالإضافة إلى أفكار أخرى تُشكّل إضافاتٍ هامةً على نظرية الأحوال.

1. مبدأ الإقليمية المطلقة:

وبموجب هذا المبدأ تسري قوانين الإقليم وحدها دون غيرها ضمن هذا الإقليم. لأنّه لا سيادة للقوانين إلا ضمن حدود إقليم الدولة التي أصدرتها. وبالتالي فإنّ تطبيق أيّ قانون أجنبي داخل إقليم معين يُعدّ تعدياً على سيادة هذا الإقليم.

وهكذا أسس الهولنديون مبدأ الإقليمية على فكرة السيادة الوطنية على الإقليم، متأثرين في ذلك بالأوضاع السياسية التي كانت تمرّ بها بلادهم في مواجهة الاحتلال الإسباني.

وأعملوا ذلك أيضاً في مواجهة مشكلة التنازع الخارجي بين قوانينهم والقوانين الإسبانية الأجنبية، وربطوا بين مفهوم السيادة ومفهوم تنازع القوانين.

وبناءً على ذلك، رفض الهولنديون الأخذ بفكرة تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين، كما قال بذلك الفقهاء الفرنسيون.

2. مبدأ المجاملة الدولية:

غير أنّ الفقهاء الهولنديين شعروا بقسوة مبدأ الإقليمية المطلقة، وبناتجها السلبية على مصالح الأفراد، وعلى تطوّر علاقاتهم الخارجية، وكذلك على المصالح المشتركة والمتبادلة للدول، فأبدعوا فكرة المجاملة الدولية كأساسٍ لتطبيق القوانين الأجنبية في بلادهم، استناداً إلى الاعتبارات التالية:

تحقيق المنفعة المتبادلة والمصالح المشتركة للدول، ويشكل ينسجم مع اعتبارات السيادة الوطنية. وبذلك كان تطبيق القانون الأجنبي لديهم نابعاً من متطلبات السيادة الوطنية واعتباراتها الأساسية، ولهذا لم يكن في نظرهم شكلاً من أشكال الاستثناء على مبدأ الإقليمية.

وبموجب مفهوم المجاملة كان لا بدّ من مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل، في معرض تطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما تفرضه اعتبارات السيادة. ولقد كان نطاق تطبيق فكرة المجاملة الدولية لديهم يقتصر على المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والأموال المنقولة والتصرفات الإرادية. وبالتالي أصبح نطاق تطبيقها أوسع من نطاق تطبيق الأحوال الشخصية تطبيقاً ممتداً لدى الفرنسيين³.

3. التمييز بين الأحوال من حيث موضوعها ومن حيث نطاق تطبيقها:

لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الفقهاء الهولنديين اقتفوا آثار الفرنسيين في تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ومختلطة. إلا أنّهم ميّزوا في تقسيمها من حيث الموضوع، ومن حيث نطاق تطبيقها. فأوضحوا أنّ الأحوال تُقسّم من حيث موضوعها إلى عينية وشخصية ومختلطة. والأحوال العينية هي الأحوال التي يكون موضوعها الرئيس هو المال. أمّا الأحوال الشخصية فهي الأحوال التي

³ راجع في عرض الآراء المتعلقة بدور القاضي في إعمال فكرة المجاملة:

Emil TAYAN, Précis de droit international privé, Librairie Antoine, Beyrouth, 1977, p. 80 et s. n° 59.

يكون موضوعها الرئيس الشخص ولو تعلقت بالمال. وتكون الأحوال مختلطة إذا كان موضوعها يتعلّق بالشكل أو الإجراءات. وبذلك اختلف الهولنديون عن سابقهم الفرنسيين في تعريف الأحوال من حيث موضوعها. كما أنّ تقسيمهم للأحوال جاء شاملاً مستوعباً ما أغفله الفرنسيون، ونقصد بذلك الأحوال المتعلقة بالشكل والإجراءات وغيرها.

أما من حيث نطاق تطبيقها، فقالوا إنّ الأحوال أيّاً كان موضوعها لا يمكن أن تكون إلا إقليمية. وطبقوا هذا المبدأ على التنازع المحلي والتنازع الخارجي.

4. فكرة النظام العام:

لابدّ من الإشارة أيضاً إلى أنّ بعض الفقهاء الهولنديين تلمّس أيضاً فكرة النظام العام، كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب التطبيق، عندما طالبوا بالامتناع عن تطبيق قانون أجنبي إذا استدعت ذلك مصلحة النظام المحلي.

وعندما قالوا بضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تبدو بوضوح غير عادلة، وبضرورة تقيّد القاضي بالأحكام الناهية في قوانين بلاده.

الأفكار والحلول الحديثة لمشكلة تنازع القوانين⁴

في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين للميلاد ظهرت أفكار ودراسات جديدة تتضمن حلولاً أخرى لمشكلة تنازع القوانين، ولاسيما بعد أن حققت بعض الدول وحدتها السياسية مثل إيطاليا، وبعد أن ظهرت دول أخرى للوجود بفعل انتشار مبدأ القوميات. وترتب على ذلك الانتقال من التنازع المحلي ضمن السيادة الواحدة إلى التنازع الدولي أو التنازع الخارجي.

وكانت بعض هذه الأفكار ذات نزعة وطنية، وبعضها الآخر ذا نزعة دولية أو عالمية، وبعضها انطلق من مبدأ محدد، وبعضها الآخر اعتمد أسلوباً تحليلياً لا مبدئياً في استخلاص تلك الحلول.

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

وسنتناول تقديم هذه الأفكار بشكل مبسط فيما يلي:

أ- فكرة الاشتراك الحقوقي والتركيز المكاني عند سافيني " SAVINY " 1379-1861

وضع سافيني أفكاره في تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتابه الشهير "القانون الروماني" الصادر عام 1849. ومن أهم الأفكار التي جاء بها فكرة الاشتراك الحقوقي كأساس لقيام تنازع القوانين أي كأساس لتطبيق القانون الأجنبي. وفكرة التركيز المكاني للعلاقات القانونية كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق.

- الاشتراك الحقوقي:

وملخص فكرة الاشتراك الحقوقي عند سافيني هي أنّ المجتمعات الغربية يضمها اشتراك حقوقي بالاستناد إلى عنصرين أساسيين هما: الديانة المسيحية التي تدين بها هذه المجتمعات، والقانون الروماني الذي ورثته عن الرومان ومازال سائداً لديها. ومن شأن هذا الاشتراك في الديانة

⁴ ظهر تعبير تنازع القوانين لأول مرة في أدبيات القانون الدولي الخاص عند القاضي الأمريكي ستوري (Joseph STORY) في كتابه "تعليقات على تنازع القوانين" عام 1834. والذي تأثر فيه بأفكار المدرسة الهولندية ولاسيما أفكار الفقيه "هوبر".

والقانون لدى هذه المجتمعات أن يؤدّي إلى وحدة فكرة العدالة لديها، وإلى إيجاد قواعد مشتركة بينها ومقبولة عندها، مما يساعد بالتالي على تطبيق قوانين بعضها من قبل بعضها الآخر.

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

- التركيز المكاني:

أما فكرة التركيز المكاني فتعني تحديد مقر العلاقات القانونية، وتحديد مقر الأشخاص. وذلك لأنَّ تحديد القانون الواجب تطبيقه عند سافيني يتوقف على تحديد المقر المكاني للشخص، أو للعلاقة القانونية محل النزاع. ومن أجل تحديد هذا المقر اعتمد سافيني فكرة المجموعات التي لجأ إليها الإيطاليون القدامى؛ التي تقوم على تقسيم علاقات القانون الخاص إلى مجموعات. وهي:

الدعاوى، العقود، الأشياء، الأشخاص، والوقائع. وحاول أن يُبين المقر القانوني لكل فئة من هذه العلاقات القانونية، فوجد سافيني أنّ مقر الشخص هو موطنه لإرادته الاستقرار فيه، ولأنَّه الأداة الطبيعية التي يمكن بواسطتها ربط الشخص بمكان معين. لذلك يجب أن يخضع الشخص لقانون موطنه بالنسبة لجميع المسائل المتعلقة بحالته وأهليته.

وبناءً على ذلك قال بخضوع الترتبات لقانون موطن المتوفّي، والزواج لقانون موطن الزوج.

أما العلاقات الحقوقية المتعلقة بالأشياء فمقرها مكان وجود هذه الأشياء. وعلى ذلك يجب أن تخضع هذه العلاقات سواء تعلقت بالأموال المنقولة أم بغير المنقولة لقانون موقعها.

وبالنسبة إلى الالتزامات التعاقدية، وجد سافيني أنّ الالتزام، وهو شيء غير مادي، لا يشغل حيزاً مكانياً منظوراً. لذلك يجب البحث عن بعض المظاهر المنظورة التي يمكن أن نربط بها الالتزام غير المنظور بغية تجسيده مادياً.

ويمكن أن يتجلى الالتزام التعاقدية بمظهرين الإبرام والتنفيذ. وقد فضل سافيني الأخذ بمكان تنفيذ الالتزام الذي يُعيّنه المتعاقدان من أجل تحديد مقره. وعلى هذا قال بإخضاع الالتزام التعاقدية

لقانون محل تنفيذه. غير أنه أجاز مع ذلك للمتعاقدين إخضاع الالتزام لقانون آخر غير قانون مكان التنفيذ وفقاً لإرادتهما الحرة.

وإعمالاً لهذه الطريقة في التحليل قال سافيني: إنّ مقر الالتزامات الناشئة عن الأفعال الضارة هو محل وقوعها، ويجب أن تخضع بالتالي لقانون موقعها.

أما بالنسبة للدعاوى، ويقصد بذلك إجراءات التقاضي، فأخضعها لقانون القاضي باعتباره قانون محل تطبيقها.

ب- مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني MANCINI 1817-1888

- المبدأ:

يقوم مبدأ شخصية القوانين عند مانشيني الإيطالي على اعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التي أطلقها في محاضراته الشهيرة "الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة"، التي ألقاها كأستاذ للقانون الدولي العام في جامعة تورين بإيطاليا. وملخص هذه الفكرة أنّ كلّ مجموعة من الأفراد تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة والتقاليد تُكوّن أمةً (مبدأ القوميات)، ومن حقّها أن يكون لها دولة مستقلة. وتأسيساً على ذلك يجب أن تكون قوانين هذه الدولة مستمدة من عاداتها وتقاليدها وتراثها، وتتلاءم مع أوضاعها، وتعبّر عن إرادة الأمة وواقعها وتطلعاتها، فهي تتعلق أولاً وأخيراً بالأشخاص وليس بالإقليم. ولهذا يجب أن يخضع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أي لقانونه الوطني. وهذا هو مبدأ شخصية القوانين.

وهكذا خالف مانشيني مبدأ إقليمية القوانين، وأخذ على العكس بشخصيتها أي امتدادها خارج الإقليم.

غير أنّ مانشيني لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل أورد عليه الاستثناءات التالية:

- الاستثناءات:

1- تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبيقاً إقليمياً بحيثُ تسري على الوطنيين والأجانب على حد سواء. مثل قانون العقوبات وقوانين الملكية العقارية والقوانين العامة. لأن هذه

- القوانين تمثل المصالح العليا في الدولة، وتختلف عن حقوق الأفراد. لذلك يجب أن يتوقف تطبيق القانون الأجنبي الناظم لهذه الحقوق عندما يصطدم مع هذه القوانين.
- 2- خضوع العقد لقانون الإرادة دون النظر إلى القانون الشخصي للمتعاقدين. وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الذي كشف عنه ديمولان وأخذ به سافيني.
- 3- خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها.
- ومن أهم الانتقادات الموجهة لأفكار مانشيني أنّ حجم الاستثناءات ونطاقها في نظريته أكبر من حجم المبدأ نفسه.

ومع ذلك فقد كان لأفكار مانشيني الفضل في تعزيز موقع قانون الجنسية في مواجهة قانون الموطن لحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من جهة، وتوسيع نطاق هذه الأحوال من جهة أخرى. هذا بالإضافة إلى اتساع انتشار قانون الجنسية في العالم.

ج- فكرة المؤسسات الحقوقية عند بارتان

ربط بارتان الفرنسي نظام القانون واجب التطبيق على علاقة قانونية معينة بروح المؤسسة الحقوقية التي تنتمي إليها تلك العلاقة. ولا بدّ من أجل الوصول إلى ذلك من تحليل هذه العلاقة وبيان طبيعتها على ضوء القانون الداخلي الوطني تمهيداً لربطها بإحدى المؤسسات القانونية. وهذا ما أطلق عليه عملية (التكييف)، ودعاها إلى وضع نظريته الشهيرة حولها.

ولقد قسم بارتان المؤسسات القانونية إلى أربع مؤسسات، وخصّ كلاً منها بقانون معين يحكمها وهي:

- 1- المؤسسات التي تمسّ تكوين الأسرة أو التي تهتم بحماية الأفراد، وتخضع لقانون الجنسية.
- 2- المؤسسات المتعلقة بنظام الأموال، ويُطبّق عليها قانون موقع المال.
- 3- المؤسسات الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية وشكل التصرفات، وتخضع للقانون المحلي.
- 4- المؤسسات الخاصة بالتصرفات المالية، وتخضع لقانون الإرادة.

د - فكرة حماية المصلحة الوطنية والإقليمية عند نيبواييه

ومن الاتجاهات التي تُعدّ امتداداً لمذهب إقليمية القوانين نذكر فقه الأستاذ الفرنسي نيبواييه الذي تميز بنزعه الوطنية. إذ عدّ أنّ الغرض الأساسي من وضع قواعد الإسناد الفرنسية هو حماية المصالح الوطنية. وبناءً على ذلك فقد دعا إلى تطبيق القانون الفرنسي في كلّ مرة يكون فيها أحد الفرنسيين طرفاً في علاقة قانونية. كما دعا أيضاً إلى تطبيق قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب.

الشريعة الإسلامية و تنازع القوانين 5

سنبحث أولاً في نظام شخصية القوانين في دار الإسلام، ثم في القواعد التي كانت سائدة في ظل نظام الامتيازات الأجنبية.

أ- نظام شخصية القوانين في دار الإسلام:

عرفت الشريعة الإسلامية نظام شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام استثناءً من مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائداً فيها، إلا أنّ ظاهرة تنازع القوانين سجّلت مع ذلك غياباً تاماً على الصعيد الداخلي لأسباب عدّة:

أولاً: إنّ نظام شخصية القوانين كان قائماً على أساس التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. أي أنّ القاضي غير المسلم كان يجب عليه، إذا عُرض عليه نزاع يدخل في دائرة اختصاصه، أن يطبّق أحكام شريعته الخاصة.

وإذا كان القاضي المسلم بدوره مختصاً للنظر في نزاع معين كان عليه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع أيّاً كانت ديانة الخصوم، سواء أكانوا من الديانة نفسها أم من ديانتين مختلفتين، كما لو كان النزاع بين مسيحي وموسوي، باستثناء حالات محددة وضيقة جداً سمح فيها بعض فقهاء المذهب الحنفي للقاضي المسلم تطبيق أحكام ديانتهم في بعض المسائل الملحقة بالديانة إذا كانوا من أتباع ديانة أو طائفة مشتركة.

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

ثانياً: غلبة شريعة القاضي المسلم على غيرها من الشرائع المطبقة في دار الإسلام في حال دخولها في تنازع مع هذه الشرائع، كما لو كان النزاع يتعلق بزواج بين مسلم وغير مسلمة، أو بعقد آخر بين مسلم وغير مسلم، ففي هذه الحالة يكون القاضي المسلم مختصاً بفصل النزاع وفقاً للقاعدة التي تمنحه حقّ النظر في المنازعات كافة سواءً أكانت بين المسلمين أم غير

⁵ للمزيد انظر: الدكتور محمود عبد الكريم: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ص 26.

المسلمين، أم بين مسلم وغير مسلم، سواءً ترفعوا إليه متفقين أم بناءً على رفع النزاع إليه من قبل أحدهم. ومتى ثبت له هذا الاختصاص كان القاضي ملزماً باتّباع أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالقاعدة التي تقول " لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- نظام الامتيازات الأجنبية في ظل الخلافة العثمانية (وظاهرة امتداد القوانين):

في ظل الخلافة العثمانية التي كانت تحكّم بلاد المسلمين بما فيها سورية دخلت الدولة العثمانية في معاهدات ثنائية مع الأمم الأوروبية، وتضمنت هذه المعاهدات منح هذه الدول امتيازات كبيرة في الدولة العثمانية سياسية ومالية وقضائية، غير أنّ هذا التطور لم يساعد على ظهور تنازع بين قوانين هذه الدول، لأنّ الامتيازات القضائية والقانونية التي كانت تتمتع بها الدول الأجنبية شكّلت ما يُسمّى ظاهرة امتداد القوانين. بمعنى أنّ هذه الامتيازات أدّت إلى امتداد سلطان القضاء والقانون الأجنبي ضمن الأراضي العثمانية، فكان لكل دولة من الدول صاحبة الامتيازات محاكم قنصلية في هذه الأراضي العثمانية تتمتع بحق الفصل في الدعاوى المدنية والتجارية والجزائية التي تقوم بين رعاياها والرعايا الآخرين، وذلك وفقاً لقوانينها الوطنية.

وبذلك تمكّنت المحاكم القنصلية من امتصاص ظاهرة تنازع القوانين في الأراضي العثمانية. لأنّ الأجنبي (أو المستأمن) كان في هذه الأراضي يخضع بصورة دائمة وثابتة لقانون بلده. وكما قيل: فقد كان الأجنبي في الدولة العثمانية ينتقل حيثُ يشاء حاملاً معه قضاءه وقانونه الوطني، أي أنّه كان يتمتع بحصانة تحول دون إمكان مثوله أمام المحاكم العثمانية، ودون خضوعه للقانون العثماني. وهكذا أدّت الامتيازات الأجنبية، التي جاءت نتيجة انفتاح العالم الإسلامي على الغرب بصورة عكسية، إلى انغلاق النظم القانونية على نفسها وكرّست عزلتها السابقة.

غير أنّه كان من نتائج تطبيق نظام الامتيازات تشجيع مجيء الأجانب إلى البلاد العثمانية بأعداد كبيرة، مما ساعد على قيام نشاط تجاري كبير بين الشرق المسلم والغرب المسيحي، وأدّى بالتالي إلى قيام علاقات متطورة في مختلف الميادين تتنازعها القوانين العثمانية والقوانين الغربية، وهذا ما دفع السلطات العثمانية إلى التفكير في وضع تشريعات جديدة تكفل استيعاب هذه العلاقات الجديدة من جهة، وتؤكد سيادة الدولة العثمانية على أقاليمها من جهة أخرى.

فقامت بوضع قوانين مختلفة أهمها القانون التجاري والبحري، وقانون الأصول، وقانون الأراضي، ومجلة الأحكام العدلية. كما أنشأت المحاكم النظامية والمختلطة. وقد تضمنت بعض هذه القوانين قواعد في تنازع القوانين، ومنها قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه التي وردت في قانون الأراضي لعام 1867 (المادة 4)

وبعد إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية واستقلال سورية وسقوط عهد الانتداب لجأ المشرع إلى وضع نظام شبه متكامل في تنازع القوانين، وجد مكانه في الباب التمهيدي للقانون المدني السوري الصادر عام 1949.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: ستضمن تنازعاً مكانياً وتنازعاً زمانياً:

1- التنازع المتغير

2- التنازع الإيجابي

3- التنازع الزمني

4- التنازع الثابت

5- تنازع أنظمة التنازع

الإجابة الصحيحة 4

الوحدة التعليمية الثانية

حلول تنازع القوانين المعاصرة في القانون المقارن

الكلمات المفتاحية:

الأسلوب التنازعي - قواعد الإسناد - قواعد عامة ومجردة - قواعد وطنية - قواعد تنظيمية - القواعد المادية للقانون الدولي الخاص

الملخص:

يمكن التمييز ضمن الحلول المعروفة حالياً لمشكلة تنازع القوانين بين أسلوبين الأسلوب التنازعي وأسلوب القواعد المادية الخاصة بعلاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تمييز حلول تنازع القوانين المعاصرة في القانون المقارن.

أساليب حلول تنازع القوانين

يمكن التمييز ضمن الحلول المعروفة حالياً لمشكلة تنازع القوانين بين أسلوبين الأسلوب التنازعي وأسلوب القواعد المادية الخاصة بعلاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي.

الأسلوب التنازعي

يقوم الأسلوب المتبع حالياً لحل مشكلة تنازع القوانين في معظم النظم القانونية الوطنية على وضع قواعد تُسمّى قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين؛ التي تتولى تحديد القانون الواجب تطبيقه على مختلف علاقات الأفراد المتضمنة عنصراً أجنبياً.

ويقوم نظام قواعد الإسناد على تقسيم هذه العلاقات إلى مجموعات أو فئات مختلفة ومتعددة، وتخصيص كل فئة منها بقانون محدد يحكمها، بحيث تضم كل فئة مجموعة من العلاقات التي تجمعها وحدة النسيج الحقوقي، لأنه من الصعوبة بمكان حصر علاقات الأفراد بأنواعها المختلفة وتخصيص كل واحدة منها بقانون محدد. لهذا أبدع الفكر القانوني فكرة الفئات أو المجموعات القانونية التي يمكن أن تضم مختلف علاقات الأفراد. غير أن هذه المجموعات أو الفئات المعتمدة حالياً في تشريعات الدول لا يقتصر عددها على الفئات التي أوجدها فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية، بل عمل الفكر القانوني المعاصر على تطويرها وإيجاد فئات جديدة أو فئات تفصيلية لكل منها خصوصيتها التي تستدعي اختلاف القوانين التي تخضع لها، آخذاً بعين الاعتبار طبيعتها القانونية.

ومثال هذه القواعد القاعدة القائلة بخضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، والشكل لقانون محل الإبرام، والإجراءات لقانون القاضي، وحالة الأشخاص المدنية لقانون جنسية الشخص، والوقائع القانونية لقانون محل وقوع الفعل الضار أو النافع، والميراث لقانون جنسية المورث.

ويقوم بناء قواعد الإسناد في النظام القانوني الوطني لكل دولة على اعتبارات تخدم المصلحة الوطنية لكل دولة، وتلبي متطلبات سيادة الدولة على إقليمها والأشخاص التابعين لها من جهة، كما تأخذ بعين الاعتبار ضرورة استقرار تعامل الأفراد على الصعيد الدولي، وسلامة المعاملات من جهة أخرى.

ونظراً لاختلاف الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الإسناد يختلف مضمون بعض قواعد الإسناد بصدد مسألة محددة باختلاف الدول واختلاف فلسفتها التشريعية الوطنية، وبالتالي يختلف القانون الذي يحكم

هذه المسألة من دولة إلى أخرى. فالقانون الذي يحكم حالة الأشخاص وأهليتهم في القانون الدولي الخاص الفرنسي، وفي معظم الدول الأوروبية والعربية هو قانون جنسية الشخص، أما في النظم القانونية الإنكلوسكسونية هو قانون موطن الشخص. والقانون الذي يحكم الفعل الضار في بعض الدول هو قانون محل وقوع الفعل وفي بعضها الآخر قانون القاضي... الخ. فلكل دولة نظامها الوطني لتنازع القوانين.

وقد لجأ المشرع السوري إلى هذا الأسلوب التنازعي في وضع حلول تنازع القوانين، ونظم قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب تطبيقه على مختلف الفئات القانونية في صدر القانون المدني السوري تحت عنوان "قواعد تنازع القوانين من حيث المكان"، وهي المواد من 11 إلى 30 ضمناً منه. وتضم هذه القواعد إلى جانب قواعد الإسناد القواعد الأخرى المكتملة أو المفسرة لها أو الناظمة لحسن تطبيقها. ونقصد بذلك القواعد المتعلقة بتوصيف العلاقات القانونية والقانون الواجب اتباعه بشأنها (المادة 11)، والمصادر الأخرى لهذه القواعد (المعاهدات ومبادئ القانون الدولي الخاص (المادتان 25 و 26)، وتحديد جنسية الشخص في حال تعدد الجنسيات أو انعدامها (المادة 27)، وتحديد الشريعة الواجب تطبيقها في الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو إقليمياً (المادة 28)، وتحديد المقصود بالقانون الأجنبي الواجب تطبيقه، رفض الإحالة (المادة 29)، وحالة استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام (المادة 30).

وسنحاول لاحقاً شرح هذه القواعد بالإضافة إلى شرح مختلف قواعد الإسناد السورية وبنيتها وخصائصها، ثم ننتقل بعدها إلى الأسلوب الآخر لحل مشكلة التنازع، وهو أسلوب القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تُطبَّق على علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي مباشرة دون المرور بقواعد الإسناد.

أ- تعريف قواعد الإسناد وبنيتها

قواعد الإسناد هي قواعد قانونية يضعها المشرع عادة لتحديد القانون الواجب تطبيقه على فئة محددة من علاقات الأفراد القانونية.

ولو استعرضنا قاعدة الإسناد الوارد ذكرها في المادة 1/12 من القانون المدني التي تنص على أنه:

"يسري على حالة الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...". لوجدنا أنها تتكون من ثلاثة عناصر هي:

المادة المُسندة وهي (حالة الأشخاص وأهليتهم)، وعنصر الإسناد وهو الجنسية، والقانون المُسند إليه (وهو القانون الوطني).

1- مادة الإسناد:

ويقصد بها الفكرة المُسندة التي يمكن أن تتطوي تحتها العلاقة القانونية، وهي في قاعدة الإسناد المشار إليها سابقاً حالة الأشخاص بالإضافة إلى أهليتهم.

والحالة هنا مقصود بها الحالة المدنية للشخص، وهي تضمّ مختلف العناصر المتعلقة بالتعريف بالشخص بحد ذاته، وتميَّزه عن غيره من الأشخاص، مثل الاسم والنسب والموطن، بالإضافة إلى العناصر الأخرى المتعلقة بوضعه العائلي مثل الزواج والنبُوة أو النسب... الخ.

ولقد خص المشرّع السوري الأفكار التالية بقاعدة إسناد، وهي:

حالة الأشخاص وأهليتهم، النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، الشروط الموضوعية للزواج، آثار الزواج، الطلاق والتطليق والانفصال، النفقة بين الأقارب، نُظم النيابة الشرعية، (الولاية، الوصاية القوامة، الغياب) والميراث، والوصية، وشكل الوصية، والحياسة، والملكية، والحقوق العينية الأخرى، والالتزامات التعاقدية، وشكل التصرفات والالتزامات غير التعاقدية، وقواعد الاختصاص، وشكل الإجراءات، وأدلة الإثبات. وتُشكّل كلُّ فكرة من هذه الأفكار فئةً مستقلة للإسناد. وبالتالي يختلف القانون الواجب تطبيقه باختلاف المادة أو الفكرة المُسندة التي يمكن أن تتطوي تحتها العلاقة القانونية التي يثور بشأنها النزاع أمام القضاء الوطني. وبكفي لتحديد هذا القانون تحديد فئة الإسناد أو مادة الإسناد التي تجمعها بهذه العلاقة وحدة النسيج الحقوقي أو الطبيعة القانونية النوعية. ومتى تم تحديد هذه الفئة أو هذه الفكرة يتحدد القانون الذي يحكمها.

2- عنصر الإسناد (أو ضابط الإسناد):

لو دققنا قواعد الإسناد في القانون السوري لوجدنا أنّ كلّ قاعدة منها تتضمن عنصراً يدل على القانون المُسند إليه، أي القانون الواجب تطبيقه على الفئة أو المادة المُسندة، مثل جنسية الشخص، جنسية الزوج وقت الزواج أو وقت رفع النزاع، جنسية المدين، جنسية الشخص المطلوب حمايته، جنسية المورث أو

الموصّي، محل إبرام الوصية، محل إبرام العقد، الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، محل وقوع الفعل، محل سير الإجراءات، مكان إعداد الدليل، موقع العقار أو موقع المال. وهذا العنصر يسمى ضابط الإسناد أو عنصر الإسناد.

وهذا العنصر يمكن أن يكون شخصياً كالجنسية، أو إقليمياً كالموطن، ومحل العقار، أو محل وقوع الفعل، أو مكان الإبرام ... الخ .

وبعض هذه العناصر ثابت لا يتبدل مع الزمن، وبعضها الآخر قابل بطبيعته للتبدل أو التغير مع الزمن، مثل الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول، الأمر الذي من شأنه أن يولّد مشكلة أخرى هي مشكلة التنازع المتغير، التي أشرنا إليها سابقاً، والتي تجد حلاً لها في قاعدة الإسناد نفسها من خلال ضبط عنصر الزمن فيها، كما سنرى لاحقاً.

ويُمثّل عنصر الإسناد العنصر الأكثر أهمية من بين العناصر المكونة للعلاقة القانونية، ويُشكّل مركز الثقل فيها. ويتأثر اختياره باعتبارات مختلفة باختلاف الدول واختلاف فلسفتها التشريعية في بناء قواعد الإسناد.

ففي سورية أخذ المُشرّع الجنسية الشخص كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها، وبنسبة الزوج دون الزوجة في مسائل الزواج، في حين تأخذ دول أخرى بموطن الشخص أو بالجنسية المشتركة للزوجين أو بموطنهما المشترك.

ومن المفترض أن تقوم قاعدة الإسناد على ضابط وحيد للإسناد يتحدد به القانون واجب التطبيق. إلا أنه يُمكن أحياناً بناء قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط في الوقت نفسه، كما جاء في المادة 13 من القانون المدني السوري التي تقوم على أساس جنسية الزوج وبنسبة الزوجة، مما يؤدي إلى ازدواجية القانون واجب التطبيق في هذه الحالة.

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

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

ونظراً لقابلية بعض ضوابط الإسناد للتغيير والتبدل كالجنسية وموقع المنقول، فقد حرص المشرع في صياغة قواعد الإسناد على تحديد الوقت الذي يجب الاعتداد به لضبط عنصر الإسناد. فعندما تقرر قواعد الإسناد الاختصاص لقانون جنسية الموصي، مثلاً، لابدّ من معرفة هل المقصود بذلك قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أم قانون الموصي وقت الوفاة. لأنّه قد يغيّر الموصي جنسيته بعد الإيصاء، وقد يتوفى على جنسية أخرى غير الجنسية التي كان عليها وقت الإيصاء، مما يستدعي ضبط عنصر الزمن في عنصر الإسناد.

3- القانون المُسند إليه:

وهو القانون الذي يتحدد بموجب ضابط الإسناد، ويتولى حكم المادة المُسندة بموجب قاعدة الإسناد. ونطلق عليه القانون الواجب تطبيقه. وهذا القانون قد يكون قانون القاضي الوطني أو قانون دولة أجنبية. فإذا كان العقار في دمشق كان القانون السوري هو الواجب تطبيقه على ملكية هذا العقار. أمّا إذا كان في أنقرة فيكون القانون التركي هو الواجب التطبيق. وإذا كان الزوج سورياً وقت الزواج مثلاً كان القانون السوري هو القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج، وإذا كان لبنانياً كان القانون اللبناني هو الواجب تطبيقه على هذه الآثار. وهكذا...

ب- خصائص قواعد الإسناد

تتصف قواعد الإسناد عموماً، وقواعد الإسناد السوريّة خصوصاً، بكونها: قواعد عامة ومجردة، ووطنية، وتنظيمية وغير مباشرة، وثنائية الجانب.

1- قواعد عامة ومجردة:

بمعنى أنها تقرر أحكاماً عامة، ولا تتناول أوضاعاً أو حالات خاصة، بحيث تسري على كل ما يدخل ضمن مدلول فكرة الإسناد. فهي تُقرر مثلاً إخضاع العقار لقانون موقعه، والعقد لقانون الإرادة أيّاً كانت

جنسية أطراف العلاقة أو العقد، وأياً كان محل العقار أو محل إبرام العقد... الخ، ولا تتضمن تسمية دولة معينة بذاتها لحكم العلاقة محل النزاع.

وهي قواعد عامة مجردة بمعنى أنها غير متحيزة لقانون دولة معينة. ومن مظاهر هذه العمومية وهذا التجريد أنها توضع بصورة مسبقة على قيام النزاع أمام القاضي وبغض النظر عن هوية القوانين المتنازعة. فلا يمكن عملياً معرفة الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق على النزاع إلا بعد عرض النزاع على القضاء. وقد يكون هذا القانون هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية. وهذا لا يظهر إلا بعد تحديد قاعدة الإسناد وتطبيق هذه القاعدة وفق معطيات النزاع وعناصره.

والصفة العامة لقاعدة الإسناد تعني بالضرورة أن يكون الغرض منها تحديد أفضل القوانين وأنسبها لحكم العلاقة التي وضعت من أجلها.

2- قواعد وطنية:

وهذه الصفة الوطنية مستمدة من مصادر قواعد الإسناد ومن الاعتبارات والمصالح التي يبتغيها المشرع وفق فلسفته التشريعية الوطنية.

فهي من صنع المشرع الوطني أصلاً يضعها بملء حريته واستقلاله مراعيًا عند وضعها سيادة الدولة وحاجة التعامل الدولي، وبما يتوافق مع متطلبات طبيعة النزاع والعدالة، وعند غياب النص التشريعي بشأنها يتولى القضاء الوطني وضعها بالاجتهاد وفق الاعتبارات الوطنية: القانونية والاقتصادية والسياسية.

3- قواعد تنظيمية:

لا تنطوي قواعد الإسناد على أحكام مادية في موضوع النزاع بين الخصوم، فهي لا تُطبَّق مباشرة على هذا النزاع، ولا تقول إذا كان الزواج صحيحاً أو غير صحيح، ولا تقرر حقوقاً أو التزامات على أطراف النزاع، ولكنها تقود إلى تحديد القانون الذي يتولّى تحديد هذه الأمور، ويفصل في موضوع النزاع لمصلحة المدّعي أو ضده، ولذلك نقول عنها أيضاً بأنها قواعد غير مباشرة وغير مادية، كما نقول عنها أيضاً بأنها قواعد تنظيمية أو إسنادية، بمعنى أنّ دورها يقتصر على إخضاع مجموعة معينة من العلاقات القانونية لقانون محدد يشير إليه ضابط الإسناد فيها.

4- قواعد ثنائية الجانب:

لا تتضمن قواعد الإسناد تحديد حالات اختصاصات القانون الوطني فقط على المنازعات المنطوية على عنصر أجنبي، فهي ليست بقواعد أحادية الجانب مثل قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وإعمالها بالصيغة التي وردت بها في القانون السوري يؤدي إمّا إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ولهذا نقول عنها بأنها ثنائية الجانب، وهي بالتالي صلة الوصل بين النظام القانوني الوطني والنظم القانونية الأخرى في العالم، ولهذا يقول عنها الفقه الحديث بأنها تتولى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي بالتالي تمنح القانون الأجنبي الذي تدلّ عليه قوة النفاذ أمام القاضي الوطني، ومن دون الاعتراف لها بهذا الدور تفقد قواعد الإسناد الوطنية مبرر وجودها في النظام القانوني الوطني.

القواعد المادية للقانون الدولي الخاص

يأخذ بعض الفقه على قواعد الإسناد أو على الأسلوب التنازعي في حل مشكلة تنازع القوانين أنه يؤدي إلى تعميق النزعة الوطنية للقانون الدولي الخاص. كما يؤخذ على هذا الأسلوب إخفاقه في حل مشكلة تنازع القوانين السلبي، أي المشكلة الناجمة عن رفض القانون الأجنبي، الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، اختصاصه في موضوع النزاع، وذلك بموجب قواعد الإسناد لديه مما يعرض العلاقة موضوع النزاع لبقائها دون قانون يحكمها. يضاف إلى ذلك إخفاقه في معالجة التنازع الإيجابي، أي عندما تتعدد القوانين التي تقرر لنفسها، بموجب قواعد الإسناد لديها، الاختصاص بموضوع النزاع.

ولهذا ينادي هؤلاء بضرورة التخلي عن قواعد الإسناد ووضع قواعد مادية (موضوعية) تُطبَّق على مختلف علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي. وهذه القواعد هي غير القواعد التي تُطبَّق على العلاقات الوطنية، بحيث يكون للزواج بين الوطنيين نظامه وللزواج بين الوطنيين والأجانب أو بين الأجانب نظامه المختلف. ويكون للتجارة الداخلية قواعدها الخاصة وللتجارة الدولية قواعدها المختلفة.

1- تعريفها:

وهذه القواعد تُسمى "القواعد المادية، أي الموضوعية المباشرة للقانون الدولي الخاص" أو "القانون الدولي الخاص المادي". وتُطبَّق مباشرة على نزاعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي دون المرور على طريق قواعد الإسناد في قانون القاضي.

2- مصادرها:

يمكن أن يكون مصدر هذه القواعد وطنياً، كما يمكن أن يكون مصدرها دولياً. ويؤيد أصحاب هذا الأسلوب موقفهم بالإشارة إلى وجود بعض هذه القواعد المماثلة في التعامل الدولي الراهن، وفي تشريعات بعض الدول، وفي بعض المعاهدات، وفي القرارات التحكيمية الصادرة في منازعات التجارة الدولية. ومن الأمثلة على هذه القواعد المعمول بها في علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، القواعد الخاصة بالعقود التجارية الخارجية في القانون التشيكوسلوفاكي سابقاً، وقاعدة جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية رغم بطلانه في العقود الداخلية، والقاعدة التي تجيز صحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية في قوانين بعض الدول وغيرها. وكذلك اتفاقية جنيف لعام 1930 و 1931 الخاصة بالسفينة والشيكات، واتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالبيع الدولية للمنفولات المادية وغيرها من الاتفاقيات المتعلقة بالنقل البحري أو الجوي.

كما يؤكد هؤلاء على وجود قواعد من هذا النوع تُطبَّق في نطاق التجارة الدولية مستمدة من مصادر أخرى غير وطنية وغير رسمية، مثل التعامل التجاري، والعقود النموذجية، وأحكام المحكِّمين الدَّولية، والمبادئ العامة للقانون، والشروط التعاقدية أو ما يطلق عليه الفقه الحديث باللاتينية تعبير *Lex Mercatoria*

1

3- أهميتها:

وبتقديرنا لا يمكن إنكار وجود مثل هذه القواعد. كما لا يمكن إنكار توسع نطاق انتشارها وتزايدها ولاسيما في نطاق التجارة الدولية. ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أنّ المُشرِّع السوري قد أشار إلى وجود مثل هذه القواعد وإلى وجوب احترامها في المادة 38 من قانون التحكيم السوري الذي صدر مؤخراً في عام 2008، المتعلقة بالقواعد الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدَّولي، إذا اتفق الخصوم على ذلك.

غير أنه لا بدّ من الإشارة أيضاً إلى أنّ هذه القواعد محدودة العدد والنوع، ومازالت عاجزة لوحدها عن تكوين قانون دولي خاصّ مادي يُنظِّم علاقات الأفراد على الصعيد الدولي. ولكنها مع ذلك تظلّ إحدى الوسائل الممكنة لتنظيم بعض أوجه النشاطات التجارية على الصعيد الدَّولي، وتشكّل بالضرورة، ويحكم الواقع، جزءاً من قواعد القانون الدَّولي الخاص إلا أنّ قواعد الإسناد مازالت تحتلّ ضمنها مركز الصدارة في الوقت الراهن.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يقصد بالصفة التنظيمية لقواعد الأسناد أنها:

- 1- قواعد مباشرة
- 2- قواعد إجرائية
- 3- قواعد مادية
- 4- قواعد موضوعية
- 5- قواعد غير مباشرة

الإجابة الصحيحة رقم 5

¹ انظر في هذا المفهوم وفي القواعد غير الوطنية:

Pierre MAYER: droit international privé, 4^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1991, P. 20 ets, n°. 21-25

الوحدة التعليمية الثالثة

تحديد قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها

والتكييف

الكلمات المفتاحية:

القوة الملزمة لقواعد الإسناد الوطنية - التكييف القانوني (الوصف القانوني) - الإتجاهات الفقهية
- التكييف في القانون الدولي الخاص السوري

الملخص:

لابدّ للقاضي من المرور بعملية التكييف لتحديد قاعدة الإسناد التي ستدلّه على القانون الواجب تطبيقه في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، أي تحديد الوصف القانوني للعلاقة موضوع النزاع لبيان طبيعتها القانونية التي ستؤدّي إلى إلحاقها بإحدى قواعد الإسناد التي تدخل هذه العلامة تحت لواء مادة الإسناد فيها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها والتكييف.

كيف يتمكن القاضي الناظر في منازعات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي من تحديد قاعدة الإسناد التي ستدله على القانون الواجب تطبيقه؟

لمعرفة هذه القاعدة لابد للقاضي من المرور بعملية التكييف، أي تحديد الوصف القانوني للعلاقة موضوع النزاع لبيان طبيعتها القانونية التي ستؤدي إلى إلحاقها بإحدى قواعد الإسناد التي تدخل هذه العلامة تحت لواء مادة الإسناد فيها.

ولكن قبل ذلك لابد من أن نشرح القوة التي تتمتع بها قاعدة الإسناد تجاه القاضي الناظر في النزاع. هل هي من القواعد الملزمة له؟ أم إنها ملك الخصوم يتوقف تطبيقها من قبله على طلب من الخصوم؟

القوة الملزمة لقواعد الإسناد الوطنية

نبحث هذه المسألة في القانون المقارن أولاً، ثم في القانون الدولي الخاص السوري ثانياً.

أ- في القانون المقارن

تختلف النظم القانونية للدول في تحديد موقفها من القوة التي تتمتع بها قواعد الإسناد في قانون القاضي الناظر في النزاع. ويمكن في هذا الشأن أن نميز بين ثلاثة اتجاهات:

1- اتجاه لا يعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة ملزمة.

وهذا الاتجاه معمول به في بعض الدول الإنكلوسكسونية، وهو يقضي بوجوب تطبيق القاضي لقانونه الوطني على المنازعات كافة، بما فيها المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، ولا يجوز له من تلقاء نفسه المبادرة إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانونه إلا إذا تمسك بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة، ولكن بشرط أن يُثبت من يتمسك بتطبيقه أن أحكامه تختلف في مضمونها عن الأحكام المقررة في قانون القاضي.

يقوم هذا الاتجاه على أساس افتراض وجود تشابه بين القانون الأجنبي والقانون الوطني. فإذا أثبت الخصم خلاف ذلك يمكن عندها للقاضي تطبيق هذا القانون الأجنبي الذي يختلف في أحكامه عن أحكام القانون الوطني.

2- اتجاه يعترف لقاعدة الإسناد بقوة تلزم القاضي على تطبيقها.

وبموجب هذا الاتجاه لا يتوقف تطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي على طلب من الخصوم بل يجب عليه البحث عن القانون الواجب تطبيقه، وتطبيقه من تلقاء نفسه ولو كان قانوناً أجنبياً، سواءً طلب الخصوم ذلك أم لا، وسواءً كانت أحكام هذا القانون الأجنبي تخالف أحكام قانون القاضي الوطني أم تشابهه. وعند أصحاب هذا الاتجاه، المعمول به في بعض الدول الأوربية، تُعدّ قاعدة الإسناد من النظام العام، ويجوز التمسك بتطبيقها لأول مرة أمام محكمة النقض، ولو كانت تُشير بتطبيق قانون أجنبي.

3- اتجاه يقول بأن قاعدة الإسناد لا تتمتع بقوة تلزم القاضي على تطبيقها، ولكن يجوز له ذلك

من تلقاء نفسه.

عند أصحاب هذا الاتجاه من الفرنسيين لا تتمتع قاعدة الإسناد بصفة النظام العام على الأقل حين تُشير باختصاص قانون أجنبي، ولذلك على الخصوم التمسك بتطبيقها. ومع ذلك يجوز للقاضي الفرنسي من تلقاء نفسه تطبيق القانون الأجنبي الذي تُشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الفرنسية، ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك.

ولقد خضع موقف القضاء الفرنسي من قاعدة الإسناد إلى تقلبات متعددة وسريعة في الآونة الأخيرة تراوحت بين عدّها ملزمة وبين تخيير القاضي في إعمالها، حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي.

ولابدّ أخيراً أن نشير إلى موقف المُشرّع التونسي من قاعدة الإسناد الذي ورد في نصّ المادة 28 من القانون الدولي الخاصّ التونسي رقم 97 لعام 1998 التي تقضي بما يلي: " إنّ قاعدة الإسناد هي من النظام العام عندما يتعلق موضوعها بفئة من الحقوق التي لا يملك الأطراف بشأنها حرية التصرف. أمّا في الحالات الأخرى فإنّ قاعدة الإسناد هي ملزمة للقاضي إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على استبعاد تطبيقها"، أي إنّ الأصل أن يتصدّى القاضي لتطبيق قاعدة الإسناد ما لم يستبعدا الخصوم صراحة. وهذا موقف متطور ومتقدم في التشريعات العربية مقارنة بموقف القضاء العربي السائد حالياً.

ب- في القانون الدولي الخاص السوري

سكت المشرع حول هذا الموضوع، فهو لم يضع نصاً خاصاً صريحاً يحدد مدى قوتها الإلزامية للقاضي وللخصوم. ولكن صياغة قواعد الإسناد، كما جاءت في القانون المدني السوري، تدلّ على عدّها ملزمة للقاضي، فالمشرع لم يستخدم الصيغة الجوازية أو التخيرية أو التقديرية في صياغتها، وعباراتها تدلّ دلالة واضحة على الصفة الجوبية لها، فقد جاءت جميعها بصيغة "يسري" أو "تخضع".

غير أنّ محكمة النقض السورية قد تجاهلت هذه الصياغة وهذه الدلالات، ولم تعترف لقاعدة الإسناد السورية بأية قوة تُلزم القاضي بتطبيقها. وعلقت تطبيقها على طلب من الخصوم وتمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه. وهذا ما يُستفاد من قرارها (رقم 5/ أساس مدني 520 تاريخ 1979/7/17 - مجلة "المحامون" 1979 ص 181) الذي ينصّ على ما يلي: "إذا كان للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً فإنّ ذلك لا يتمّ إلا بناءً على طلب أحد أطراف الدعوى وإثباته وجوب تطبيق القانون الأجنبي...".

وفي قرار آخر خلعت على قواعد الإسناد الصفة الجوازية إذ جاء فيه: "إنّ القانون الأجنبي لا يجوز تطبيقه من قبل المحاكم الوطنية في حال جواز تطبيقه إلا بطلب من الخصوم وتمسكهم بنصوصه. (قرار رقم 163 - أساس مدني 722 تاريخ 1981/2/1، محامون 1981، ص 534) ولكن لم ترتب كامل النتائج المقررة للقواعد الجوازية أو التكميلية؛ والتي تقضي بوجوب تطبيقها ما لم يستبعدا الخصوم.

وبالإضافة إلى تعثر محكمة النقض في التعامل مع قواعد الإسناد الوطنية، تجاهلت وجود هذه القواعد ولم تتطرق إلى دورها أو وظيفتها بشكل مباشر وصريح. وتجاهلت ما أوضحه بشأنها واضع مشروع القانون المدني المصري كبير الفقهاء العرب عبد الرزاق السنهوري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في كتابه "الوسيط" عندما خلع عليها الصفة الأمرة بقوله:

"إنّ القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يُطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني،

ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي، كما هو في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض¹.

بتقديرنا أنّ القاضي السوريّ ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه دون انتظار طلب بذلك من الخصوم، وذلك لأسباب عدّة:

1. الصيغة الوجوبية لصياغتها في المواد 12 إلى 24 من القانون المدنيّ السوريّ. مما يدل على نية المشروع السوريّ في وجوب احترامها وعدم مخالفتها. وهذا يعني وجوب عدّها قواعد ملزمة.

2. إنّ قواعد الإسناد الوطنية تعبّر عن فلسفة المُشرّع السوريّ في ميدان تنظيم علاقات الأفراد على الصعيد الدوليّ. وهذه الفلسفة التشريعية تقوم على اعتبارات سياسية عليا وطنية فهي تتصل بمبدأ سيادة الدول على إقليمها من جهة، وبحماية علاقات الأفراد واستقرارها أيّاً كانت جنسيّتهم من جهة أخرى. كما تقوم على اعتبارات تتعلق بتحديد أفضل القوانين وأنسبها لحكم المسائل التي يثور بشأنها تنازع القوانين. ومثل هذه الاعترافات تُعدّ من النظام العام الوطني. وعدم التزام القاضي بها يُشكّل خروجاً عن فلسفة المُشرّع الوطني وعن سياسته التشريعية العليا.

صحيح أنّ قواعد الإسناد قد وضعت لتنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدوليّ إلا أنّ ذلك لا يعني أبداً أنّها وضعت من أجلهم، ولمجرد تحقيق مصالحهم الشخصية. وبالتالي فهي ليست ملكاً لهم يتوقف تطبيقها على إرادتهم، بل تفرضها متطلبات النظام العام. فهي بالتالي يجب أن تُعامل معاملة القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

ويترتب على تقرير الصفة الآمرة لها نتائج عدّة أهمها:

- وجوب خضوع القاضي لها، باعتبارها من أوامر المُشرّع الوطني، وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه.
- إنّ القانون الأجنبي يستمد قوة نفاذه في دولة القاضي من قواعد الإسناد الوطنية.
- يخضع الخطأ في تطبيق قواعد الإسناد الوطنية لرقابة محكمة النقض، ويجوز بالتالي التمسك بها لأول مرة أمام هذه المحكمة.

¹ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام عموماً)، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات، القاهرة 1956 ص 55.

التكييف القانوني (الوصف القانوني)

التكييف في القانون الدولي الخاص هو تحليل العلاقة القانونية لموضوع النزاع لمعرفة طبيعتها القانونية من أجل ربطها بإحدى فئات الإسناد التي تجمعها معها وحدة النسيج الحقوقي، أي بيان الطبيعة القانونية لها، وبالتالي تحديد قاعدة الإسناد بغية معرفة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع.

فالتكييف وتحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع، هو مسألة أولية أساسية لازمة لتطبيق قواعد الإسناد، أي لتحديد المسائل التي يمكن أن تدخل في نطاق الفكرة المُسندة. فالتكييف ليس في واقع الحال إلا تفسيراً لقاعدة الإسناد، وبالتالي لتحديد نطاق تطبيقها.

وقد كان لديمولان الفرنسي الفضل تاريخياً في إبراز أهمية التكييف في تحديد القانون الواجب تطبيقه، كما رأينا ذلك سابقاً.

ونظراً لاختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، واختلاف قوانين هذه الدول في تكييف المسائل القانونية وتحديد طبيعتها القانونية، فإنه يترتب على ذلك قيام تنازع بين قوانين هذه الدول بشأن تكييف موضوع النزاع. وهنا يُطرح السؤال: ما هو القانون الذي يجب على القاضي الرجوع إليه لتوصيف هذا النزاع وحل مشكلة تنازع التكييفات؟. وهذا ما يميز عملية التكييف في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي.

فما هو هذا القانون؟ في الفقه وفي القانون الدولي الخاص السوري.

أ- الاتجاهات الفقهية

يمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسة² تختلف في تحديد هذا القانون، هي:

أولاً- إخضاع التكييف لقانون القاضي:

من أبرز دعاة هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بارتان الذي وضع نظرية متكاملة في هذا الشأن، تقوم على قاعدة وتحفظ واستثناء.

أ- القاعدة:

وتقضي بإخضاع التكييف لقانون القاضي الذي يتولى فصل النزاع. ومعنى ذلك أنه على القاضي اتباع أحكام قوانين بلاده ومفاهيمها عند إجراء عملية التكييف. ولقد استخلص بارتان هذه القاعدة من مسلك القضاء الفرنسي في القضايا التي عُرِضت على المحاكم الفرنسية.

ولم يكتف بارتان بالكشف عن مسلك القضاء الفرنسي بهذا الشأن بل عمل على إيجاد السند القانوني لهذه القاعدة، ووجد ذلك في فكرة السيادة في تنازع القوانين.

يرى بارتان أن تنازع القوانين هو في حقيقة الأمر تنازع بين سيادات الدول، فإذا ما سمحت قاعدة الإسناد أحياناً بتطبيق قانون أجنبي فإنها تكون قد تنازلت عن قدرٍ من سيادة القانون الوطني لمصلحة القانون الأجنبي. والمشرع هو الذي يُنظّم حدود هذا التنازل وكيفيته عن طريق قواعد الإسناد ووفقاً للأفكار التي تقوم عليها هذه القواعد. ولما كان التكييف يتوقف عليه تحديد حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي، أي تحديد الحالات التي يتنازل فيها المشرع عن جزء من سيادته لمصلحة القانون الأجنبي، لذلك يجب أن يخضع للقانون الوطني الذي يُنظّم حدود هذه السيادة، أي لقانون القاضي.

ومن المعروف أن بارتان قد أخذ بقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي على إطلاقها، فقال باتباعها سواء أكان التنازع في التكييف قائماً بين قانون أجنبي وقانون وطني أم بين قانونين أجنبيين، ولم يقيدوها إلا بتحفظ واستثناء.

² انظر في هذه الاتجاهات: الدكتور ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص 42 وما بعدها.

ب-التحفظ:

ميّز بارتان بين التكييف الأولي السابق على تحديد القانون واجب التطبيق وبين التكييفات اللاحقة التي تظهر بعد معرفة هذا القانون، وسماها "التكييفات الثانوية". واقتصر إعمال قانون القاضي على التكييف الأولي السابق لتحديد القانون واجب التطبيق. أمّا التكييفات اللاحقة أو الثانوية فقد أوجب الرجوع بشأنها إلى القانون الواجب تطبيقه، لكونها لا تتعلق بفكرة السيادة التي بنى عليها بارتان قاعدته في إخضاع التكييف لقانون القاضي. ولهذا لا يعدّ بارتان هذا التحفظ استثناء من هذه القاعدة بل هو نتيجة منطقية للأساس الذي بُني عليه وهو فكرة السيادة. ومن الملاحظ أنّ أهمية هذا التمييز لا تظهر إلا إذا كان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، استناداً إلى التكييف الأولي، هو قانون أجنبي.

ج-الاستثناء:

إنّ الاستثناء الوحيد الذي قال به بارتان هو إخضاع تحديد وصف المال فيما إذا كان عقاراً أو منقولاً لقانون موقع المال لا لقانون القاضي. وحجّته في ذلك أنّ اكتساب الحقوق العينية يستلزم نوعاً من الاستقرار والطمأنينة في التعامل، وهذه الاعتبارات العملية لا يمكن تحقيقها إلا بإخضاع وصف المال لقانون موقعه.

ثانياً- إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

خلال سنة تقريباً من نشر بارتان نظريته في التكييف، كتب الأستاذ الفرنسي ديسبانييه مقالاً انتقد فيه هذه النظرية، ونادى على العكس بإخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع حتى لو كان هذا القانون قانوناً أجنبياً. وحجّته في ذلك أنّه إذا كانت علاقات الأفراد يجب أن تخضع للقانون الذي تُشير إليه قواعد الإسناد، وكان هذا القانون قانوناً أجنبياً، فإنّه من غير المقبول بعد ذلك أن نسمّح للقاضي بإجراء التكييف وفقاً لقانونه. لأنّ هذا القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يجب أن يحكم النزاع بكامله بما في ذلك عملية التكييف، أي تحديد الأوصاف القانونية للنزاع، بعدها جزءاً لا ينفصل عن مضمون هذا القانون.

والقول بغير ذلك وإخضاع التكييف لقانون القاضي مثلاً يمكن أن يؤدي عند ديسبانييه إلى تطبيق القانون الأجنبي في غير الحالات التي أراد المشرّع الأجنبي تطبيقه فيها أو عدم تطبيقه

في حالات يجب فيها هذا التطبيق، وبخاصة إذا كان تكييف القاضي لموضوع النزاع يختلف عن تكييف هذا القانون له.

غير أن نقطة الضعف القاتلة في هذا الاتجاه تتمثل في كونه يقوم على افتراض ما يُطلب إثباته، بمعنى افتراض النتيجة قبل السبب، أي افتراض معرفة القانون واجب التطبيق قبل إجراء عملية التكييف. لأنه من المُسلّم به أن إجراء التكييف، كما رأينا من قبل، يسبق من الناحية العملية تحديد القانون واجب التطبيق. فلا يمكن إذاً التسليم مع ديسبانييه بوجود إخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع في الوقت الذي يبحث فيه القاضي عن هذا القانون.

ثالثاً- إخضاع التكييف للقانون المقارن

ويُقصد بذلك عدم إجراء التكييف وفقاً لقانون محدد. بل لا بدّ من اتباع منهج ينسجم مع حاجة المعاملات الدولية، ويتلاءم مع طبيعة قواعد الإسناد التي وضعت أصلاً لمواجهة علاقات ذات طابع دولي، وذلك باعتماد مفاهيم عالمية موحدة ومجردة للأفكار المسندة التي تقوم عليها قواعد الإسناد تستمد من الدراسة المقارنة للنظم القانونية المختلفة.

ب- التكييف في القانون الدولي الخاص السوري

أولاً: قاعدة إخضاع التكييف للقانون السوري

أخذ المُشرِّع السوري بقاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي، وأدرجها في المادة 11 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي: "القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها". فإذا عُرض على القاضي السوري نزاع بشأن علاقة تتضمن عنصراً أجنبياً، يجب على هذا القاضي عند إجراء عملية التكييف، تمهيداً لتحديد القانون واجب التطبيق بشأنه، اتباع أحكام قانونه الوطني ومفاهيمه دون أيّ قانون آخر.

ثانياً: مبررات القاعدة

ولكن ما هي مبررات الموقف الذي اتخذه المُشرِّع السوري في اعتماد القاعدة التي كشف عنها الأستاذ الفرنسي بارتان، وهل يمكن اعتماد فكرة السيادة في تنازع القوانين لتبرير إخضاع التكييف أمام القاضي السوري لقانونه الوطني؟

إنّ فكرة تنازع سيادات الدول لا علاقة لها بعلاقات الأفراد، وبالتالي لا يمكن الأخذ بها حالياً لتبرير قاعدة إخضاع التكييف لقانون القاضي. وهذا ما استقر عليه الفقه الحديث الذي اعتمد أسساً أخرى (قانونية وعملية) لتبرير هذه القاعدة، وأهمها:

1- إنّ التكييف ينطوي في حقيقته على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وتحديد مضمونها. ولا يُعقل أن يُطلب تفسير قاعدة وطنية من قبل أيّ قانون سوى القانون الوطني الذي تنتمي إليه هذه القاعدة.

2- إنّ التكييف عملية أولية سابقة لعملية الإسناد. ولهذا لا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرّف على القانون واجب التطبيق قبل الانتهاء من عملية التكييف. لذا لا يمكن القول بإخضاعها للقانون الذي عينته قواعد الإسناد، لأنّ ذلك يؤدي إلى الوقوع في الحلقة المفرغة. فمن المتعذر عملياً معرفة هذا القانون قبل البدء في التكييف أو أثناءه أو قبل

الانتهاء منه. ولذلك لا بدّ من أن يلجأ القاضي إلى اتباع أحكام قانونه الوطني ومفاهيمه الأساسية.

بالإضافة إلى ذلك إنّ القول بإخضاع التكييف للقانون واجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد مثلاً، يؤدي إلى اختلاف تكييف المسألة الواحدة باختلاف القانون واجب التطبيق. وهذا ما لا يمكن القبول به، لأنّه من غير المستساغ أن يعتبر القاضي مسألة ما، عند تطبيق قانون معين، أنها من الشكل ثم يُكيّفها هي نفسها، عند تطبيق قانون آخر، على أنّها من الموضوع. ولهذا لا بدّ أن نأخذ بقاعدة تكفل وحدة التكييف، ولا يمكن تأمين هذه الوحدة إلا إذا أخذنا بقانون القاضي.

3- إنّ القاضي، كما قال القاضي الفرنسي لريبور بيجونبير، عندما يقوم بتكييف العلاقة المطروحة أمامه يتأثر بحكم تكوينه الحقوقي والثقافي بالمفاهيم والأحكام السائدة في قوانين بلاده.

ثالثاً - صعوبات تطبيق القاعدة:

وعلى الرغم من سلامة وجود هذه القاعدة في القانون الدولي الخاص السوري ومبرراتها إلا أنّ تطبيقها لدينا يصطدم ببعض الصعوبات في نطاق المنازعات المتعلقة بعلاقات الأفراد ذات الطابع الدولي المتعلقة بالأحوال الشخصية التي تتعدّد بشأنها الشرائع في سورية بتعدّد الطوائف، وأهمها تحديد ما المقصود بالقانون السوري كمرجع للتكييف.

أ- لا بدّ للإجابة عن هذا السؤال من العودة إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أصل السوري. وفي ضوء ما جاء في هذه المذكرة، وباعتبار أنّ الأوضاع في مصر وسورية تتشابه لجهة تعدّد الشرائع في كلا البلدين، يُقصد بالقانون السوري كمرجع للتكييف: القانون السوري في جملته، بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيّاً كان مصدر هذه القواعد، دون أن يقتصر القاضي على الأحكام التي يختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء".
وانسجاماً مع هذا الإيضاح يمكن القول: إنّ المقصود بالقانون السوري، بوصفه المرجع في التكييف، هو مختلف القواعد القانونية المطبّقة في سوريا سواء أكانت مكتوبة أم عرفية، أيّاً كان موضوعها، وأيّاً كان نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص.

وبناءً على ذلك يجب على القاضي السوري الالتزام بمجمل النصوص والتشريعات المطبقة في سوريا. ولكن إذا كان من اليسير تطبيق القانون السوري بهذا المعنى على تكييف منازعات الأفراد الدولية المتعلقة بالأموال والالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية، والتركات، وحالة الأشخاص وأهليتهم فإن الأمر يختلف تماماً عندما يتعلق الأمر بتكييف مسائل الأحوال الشخصية التي تتعدّد بشأنها الشرائع في بلادنا. فكيف يتيسّر للقاضي السوري إجراء عملية التكييف لمسألة معينة في ظل اختلاف هذه الشرائع وتباينها؟

مما لا شك فيه أنّ التكييف يمكن أن يكون يسيراً، رغم تعدّد التشريعات واختلافها، إذا كان الأمر يتعلق بمسائل يمكن بصدها استخلاص قواعد ومفاهيم مشتركة بين قانون الأحوال الشخصية وغيره من الشرائع الدينية.

ب- أما إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمسائل تختلف في تكييفها هذه الشرائع وتتنافر بحيث لا يمكن العثور بشأنها على قواعد ومفاهيم مشتركة، كما لو كان الأمر يُعَدّ في نظر قانون الأحوال الشخصية، الذي يمثل أحكام الشريعة الإسلامية، من موانع الزواج مثلاً، في حين تُعَدّ شريعة أخرى من أسباب الطلاق، فإنّه يصعب في هذه الحالة على القاضي إجراء عملية التكييف وفقاً للقانون السوري بمعناه المتقدم، أي وفقاً لمختلف القواعد القانونية المؤلفة للقانون السوري. أمام مثل هذه الصعوبة التي تواجه القضاء في كل من لبنان ومصر أيضاً حيث تتعدّد الشرائع الشخصية، فكّر الفقه اللبناني في هجر قاعدة قانون القاضي، وإخضاع التكييف للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع³.

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

ونحن نؤيد هذا الحل في سوريا، ويتربّب على القاضي السوري وفقاً له إخضاع التكييف لقانون الأحوال الشخصية السوري باعتبار القانون العام الذي يتمتع بولاية كاملة في هذا الصدد. لأنّ التشريعات الأخرى الشخصية الدينية المطبقة في سوريا ليست سوى استثناء من هذا القانون، ولأنّه يستحيل عملياً تطبيق مجمل الشرائع الشخصية المختلفة عند تكييف مسألة معينة.

³ انظر في ذلك وفي الدعوة للأخذ بمفهوم موسع لطوائف الإسناد في القانون اللبناني: الدكتور عكاشة محمد عبد العال عكاشة: أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، تنازع القوانين، دار الجامعة، بيروت ص 104 وما بعدها حتى ص 121.

وهذا الحل يتصف بالسهولة وينسجم بتقديرنا مع الأفكار الأساسية التي تحكم العلاقة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع في حال قيام تنازع بينها، والتي تقضي بتغليب الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع. لأن الأمر في حقيقته ليس إلا تنازعاً في التكيف بين هذه الشرائع المختلفة يحل لمصلحة الشريعة العامة في الدولة.

ويدفعنا منطق الواقع إلى قبول الرأي القائل في الفقه المصري بوجوب الرجوع إلى أحكام الشرائع غير الإسلامية في تكيف الروابط القانونية المعروفة لدى بعض هذه الشرائع المطبقة في سوريا، وغير المعروفة في قانون الأحوال الشخصية السوري، كالتفريق الجسماني والدوطة والتبني وغيرها.

وبذلك نكفل احترام تطبيق القانون السوري بمعناه الواسع في عملية التكيف.

رابعاً - نطاق تطبيق القاعدة

ومن الأسئلة التي تُطرح بصدد تطبيق المادة 11 المشار إليها سابقاً، السؤال المتعلق بنطاق تطبيق قانون القاضي السوري على التكيف، وهو هل يسري هذا القانون على التكييفات القانونية اللاحقة لتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، وبتعبير آخر هل أخذ المُشرع السوري بالتحفظ الذي قال به بارتان أم لا؟، وهل أخذ بالاستثناء المتعلق بتوصيف المال؟.

حرص المُشرع السوري على بيان نطاق القانون السوري بوصفه مرجعاً للتكيف في نص المادة (11 مدني) إذ جعله قاصراً على التكيف اللازم لمعرفة القانون واجب التطبيق. أما التكييفات اللاحقة لتحديد قاعدة الإسناد وبيان القانون الواجب تطبيقه، فتخضع للقانون الذي عينته هذه القاعدة لحكم النزاع سواء أكان قانون القاضي نفسه أم قانوناً آخر. وهذا ما قرره محكمة النقض السورية في حكم لها يعود إلى عام 1962، إذ جاء فيه أنّ "التكيف الذي يخضع لقانون القاضي ينحصر أثره في التكيف اللازم لتحديد قاعدة الإسناد وتعيين القانون الواجب التطبيق، فإذا تحدد هذا القانون تحتم الرجوع إليه في تكيف العلاقات اللاحقة".

وعلى هذا يجب على القاضي التمييز، من حيث القانون واجب التطبيق، بين التكييفات الأولية اللازمة لتحديد طبيعة العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بغية إدخالها في نطاق فكرة أو

مجموعة من الأفكار، أو المجموعات القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً كفكرة الشكل أو الأهلية أو آثار الزواج أو الالتزامات التعاقدية..، وبين التكييفات اللاحقة على تحديد قاعدة الإسناد وعلى تحديد القانون واجب التطبيق، وإخضاع التكييفات الأولية لقانون القاضي، والتكييفات اللاحقة للقانون واجب التطبيق.

وإذا كان من الواضح أنّ المُشرِّع السوري قد تأثر بنظرية بارتان عندما أخذ بالقاعدة والتحفظ إلا أنه سكت عن الاستثناء المتعلق بخضوع وصف المال لقانون موقعه، فلم يرفضه كما أنه لم يأخذ به.

ولابدّ من الإشارة بهذا الصدد إلى أنّ المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يأخذ به إلا أنّ نص هذا الاستثناء حُذِف من المشروع عند مناقشته في مجلس الشيوخ المصري، لأنّه "يتناول مسألة تفصيلية يُحسن أن تُترك للاجتهاد". ومن المؤسف غياب موقف واضح للاجتهاد القضائي والفقهي العربي من هذا الاستثناء.

وبتقديرنا أنّ مسألة تكييف المال لمعرفة ما إذا كان عقاراً أو منقولاً تُعدّ من التكييفات الأولية التي يتوقف عليها تحديد القانون الواجب تطبيقه في المنازعات المرتبطة بالعقود المتعلقة بعقار أو بمنقول. لاسيما وأنّ العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقع العقار، أمّا العقد المتعلق بمنقول فيخضع لقانون الإرادة باستثناء أثره في إنشاء حقّ عيني على هذا المنقول. وبالتالي لا نرى ما يبرر الخروج عن القاعدة العامة وإخضاع هذه المسألة لقانون موقع المال.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: فكرة المجموعات القانونية، أول من قال بها:

1- سافيني

2- فقهاء المدرسة الفرنسية

3- فقهاء المدرسة الإيطالية

4- بارتان

الإجابة الصحيحة رقم 4

الوحدة التعليمية الرابعة

تحديد أحكام القانون الأجنبي

الواجب تطبيقها منه ومشكلة الإحالة

الكلمات المفتاحية:

أحكام القانون الأجنبي - الإحالة

الملخص:

أشارت قواعد الإسناد الوطنية للقاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، لا بدّ في هذه الحالة من تحديد الأحكام الواجب تطبيقها في هذا القانون، إنّ القانون الخاصّ في كل دولة يتضمن، بالنسبة إلى كلّ فئة أو طائفة من المسائل التي يثور بشأنها التنازع، نوعين من القواعد: قواعد إسنادية تُبيّن القانون الواجب تطبيقه بشأن هذه الفئة أو الطائفة، ومواد مادية أخرى لهذه الفئة تتعلق بمادة النزاع.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تعريف الإحالة أسبابها، درجاتها، مبرراتها وانتقاداتها وتمييز الإحالة في القانون السوري.

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية للقاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، لا بدّ في هذه الحالة من تحديد الأحكام الواجب تطبيقها في هذا القانون، هل المقصود بالقانون الواجب تطبيقه كل ما فيه من قواعد تنظيمية (أو إسنادية) وقواعد مادية (أو موضوعية)؟

من المعلوم أنّ القانون الخاصّ في كل دولة يتضمن، بالنسبة إلى كلّ فئة أو طائفة من المسائل التي يثور بشأنها التنازع، نوعين من القواعد: قواعد إسنادية تُبيّن القانون الواجب تطبيقه بشأن هذه الفئة أو الطائفة، ومواد مادية أخرى لهذه الفئة تتعلق بمادة النزاع. ففي القانون السوري مثلاً توجد بشأن الزواج وآثاره وانحلاله قواعد تُبيّن القانون الواجب تطبيقه بهذا الشأن (المواد 13 و 14 و 15 من القانون المدني) وقواعد أخرى في قانون الأحوال الشخصية تحدّد شروط صحة الزواج وآثاره الشخصية والمالية وطرق انحلاله بالطلاق والتطليق وآثار هذا الانحلال، وكذلك الأمر بالنسبة إلى مسائل القانون الخاص الأخرى، وهذا الحال ينطبق أيضاً على مختلف القوانين العربية والأجنبية.

فإذا أشارت قاعدة الإسناد السورية إلى تطبيق قانون الزوج، وكان الزوج فرنسياً مثلاً، فهل يبدأ القاضي السوري بتطبيق قواعد الإسناد الفرنسية المتعلقة بالزواج، والتي تقضي مثلاً بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين، وكان هذا الموطن في لندن؟ أم يتجاهل وجود هذه القواعد، وينتقل إلى تطبيق أحكام الزواج في القانون الفرنسي مباشرة؟.

إذا قلنا إنّّه يجب على القاضي في هذه الحالة أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي، لأنّ المقصود به قواعد الإسناد فيه وقواعد الموضوعية، فإنّه لا بدّ أن ينتقل إلى تطبيق القانون الإنكليزي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين عملاً بما تقضي به قواعد الإسناد الفرنسية. ويترتب على ذلك انتقال الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الفرنسي إلى قانون أجنبي آخر عملاً بقواعد الإسناد في القانون الفرنسي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد السورية. وهذا الانتقال يسمى في لغة القانون الدولي الخاص "الإحالة".

أما إذا قلنا بأنّ المقصود بالقانون الأجنبي، أي الفرنسي في المثال السابق، أحكام الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه، فإنّ القانون الفرنسي الواجب تطبيقه يحتفظ باختصاصه، ويتابع القاضي تطبيق أحكامه دون أن تصادفه مشكلة الإحالة.

وقبل أن نبيّن المسلك الذي يجب على القاضي السوري اتّباعه في هذا النزاع في ضوء قواعد القانون الدولي الخاص السوري، لا بدّ من أن نعالج أسباب الإحالة، وأشكالها المختلفة، ومبرراتها، وحجج المعارضين لها، وموقف الفقه منها، وذلك فيما يلي:

آلية الإحالة وسببها ودرجاتها

أولاً- تعريف الإحالة

يتبين لنا مما تقدم أنّ مشكلة الإحالة تواجه القاضي الوطني عند وجود اختلاف في مضمون قاعدة الإسناد الوطنية عنه في قاعدة الإسناد الأجنبية لجهة القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، أي عندما تقرر قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى اختصاصه في موضوع النزاع، منح الاختصاص لقانون آخر. كما لو كان النزاع يتعلق بأهلية شخص بريطاني متوطن في بيروت. وكانت قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطني الناظر في النزاع تقضي باختصاص قانون الجنسية. وعندما ينظر هذا القاضي في القانون الانكليزي يجد أن قواعد الإسناد الإنكليزية تشير بتطبيق قانون الموطن أي القانون اللبناني.

وعلى هذا يمكن تعريف الإحالة بأنها تعني نقل الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي آخر وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

فالإحالة لا علاقة لها بالاختصاص القضائي ولا تعني نقل الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية إلى المحاكم الأجنبية. كما أنّ مفهوم الإحالة يختلف عن مفهوم الإسناد الذي يتضمن تحديد القانون الواجب تطبيقه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

ثانياً- سبب الإحالة

يتضح مما تقدم أنّ الإحالة ترجع بسببها إلى اختلاف قواعد الإسناد الوطنية عن قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي. وعلى هذا فإنّ الإحالة لا تظهر في حال تشابه هذه القواعد، كما لا تطرح نفسها على القاضي إلا إذا أخذ بعين الاعتبار قواعد الإسناد في القانون الأجنبي. ويمكن القول: إنّها ليست إلا تعبيراً عن وجود تنازع

قواعد الإسناد السلبي، أي عندما ترفض قواعد الإسناد في قانون القاضي وفي القانون الأجنبي الواجب تطبيقه منح الاختصاص لقانونها وتعطيه لقانون آخر.

ثالثاً - درجات الإحالة

والإحالة يمكن أن تأخذ أحد شكلين، فإما أن تقضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بردّ الاختصاص إلى قانون القاضي الذي ينظر النزاع، كما لو كان الشخص البريطاني في المثال السابق متوطناً في دمشق، فيرتدّ الاختصاص في هذه الحالة إلى القانون السوري، وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى، أو إحالة الرجوع كما يُسمّيها بعضهم، وهي كما نرى تتم من القانون الأجنبي واجب التطبيق إلى قانون القاضي. وإما أن تقضي قواعد الإسناد الأجنبية بإحالة النزاع إلى قانون دولة أجنبية أخرى، كما لو كان ذلك الشخص متوطناً في لبنان، فيصبح القانون اللبناني في هذه الحالة هو القانون المختص بحكم النزاع، وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية، وهي تتم، خلافاً للإحالة من الدرجة الأولى، من القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، إلى قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي.

مبررات الإحالة وانتقاداتها - والمواقف الأخرى بشأنها

ظهرت مشكلة الإحالة، في تاريخ القانون الدولي الخاص في بريطانيا عام 1841 وألمانيا عام 1861 وفي فرنسا عام 1878. ولكنها عندما أخذت بها محكمة النقض الفرنسية في قضية فوركو الألماني المقيم في فرنسا من قانون الموطن الأصلي، وهو القانون الألماني (القانون الواجب تطبيقه بموجب قواعد الإسناد الفرنسية)، إلى قانون الموطن الفعلي، وهو القانون الفرنسي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد في القانون الألماني، أثارت ضجة وعراكاً فكرياً بين مناصريها ومنتقديها.

أ- مبررات الإحالة عند أنصارها

1. إنَّ الحُجَّةَ الأساسية التي يستند إليها أنصار الإحالة تقوم على المبدأ التالي: يجب لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد إلى اختصاصه، بالنسبة لحالة معينة، أن يقبل هذا القانون باختصاصه لحكمها. فلا يكفي أن تُبين قاعدة الإسناد الوطنية القانون المختص بل لابد من أن يقبل هذا القانون باختصاصه. وعلى هذا لا يجوز تطبيق قانون أجنبي معين إلا إذا كانت قواعد الإسناد في هذا القانون تسمح بتطبيقه.
2. ويعزز هؤلاء موقفهم بالاستناد إلى نظرتهم للقانون الأجنبي كوحدة متكاملة لا تتجزأ، بحيث يجب أن يؤخذ به بكامله بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية. وعلى هذا لا يجوز، بنظرهم، تطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي إلا إذا كانت قواعد الإسناد في هذا القانون تسمح بذاتها بتطبيقها. وبالتالي فإنَّ تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي معين في غير الحالات التي حددها المُشرِّع الأجنبي لتطبيقه يُشكِّل خروجاً عن مبدأ اختصاص هذا القانون، كما حددته له قواعد الإسناد في بلاده، ويُعدّ بالتالي تعدياً على سلطان هذا القانون وسيادته. وبناءً على ذلك يجب على القاضي الوطني احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي بالخضوع لما تقضي به، وعدم تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه.
3. وبالإضافة إلى هذه المبررات، يتمسك بعض أنصار الإحالة من الفرنسيين بحُجج أخرى لتبرير قبولها في نظام القانون الفرنسي. مفادها أن الإحالة تخدم المصلحة الوطنية الفرنسية لأنها تحقق

تبادلاً في الحلول في الدول المعينة بها في بعض الحالات، وإنّ عدم الأخذ بها سيؤدي إلى تفويت الفرصة على القضاء الفرنسي لتطبيق القانون الفرنسي.

4. كما يضيفون حُججاً أخرى، منها فائدتها العملية، بمعنى أنّ الإحالة في نظرهم يمكن أن تؤدي إلى انسجام الحلول بين الدول التي تتصل بها العلاقة، وعدم اختلافها باختلاف المحكمة التي يرفع النزاع إليها.

ومنها أيضاً ضمان نفاذ الحكم الذي يصدره القاضي في النزاع، وذلك في الدولة التي تمتّ الإحالة منها، وفي الدولة التي تمتّ الإحالة إليها على الأقل، بالإضافة إلى تنفيذ الحكم في دولة القاضي.

ب- انتقادات الإحالة عند خصومها¹

من أهم انتقادات الإحالة عند خصومها ما يلي:

إنّ قبول الإحالة يعني خضوع القاضي الوطني لأوامر المُشرِّع الأجنبي ممثلة بقواعد الإسناد الأجنبية التي تقضي بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الوطنية. وهذا بنظرهم يُشكّل عيباً جوهرياً أساسياً فيها لا يسمح بقبولها في نظام القانون الوطني. لأنّها تنطوي على مخالفة للقانون الوطني وانتهاك لسيادته. ويؤيد أصحاب هذا الانتقاد موقفهم بقولهم: إنّ قواعد الإسناد تتولّى تحديد القانون الواجب تطبيقه سواء كان وطنياً أم أجنبياً، يضعها المُشرِّع الوطني وفق فلسفة تشريعية محددة لا تأخذ بعين الاعتبار المصلحة الوطنية فقط بل أيضاً متطلبات المجتمع الدولي للأفراد. وعندما تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون دولة معينة تكون قد فصلت نهائياً في مشكلة تنازع القوانين، ولا يجوز بالتالي النظر فيها مرة ثانية من وجهة نظر المُشرِّع الأجنبي. وعلى القاضي الوطني بعد أن تُبيّن قواعد الإسناد لديه القانون الواجب تطبيقه، وكان هذا القانون أجنبياً، الانتقال إلى تطبيق أحكامه الداخلية المتعلقة بموضوع النزاع دون قواعد تنازع القوانين فيه.

¹ راجع في انتقادات الإحالة في الفقه الفرنسي:

Henri BATIFFOL et Paul LAGARD, le droit international privé, T. I, L. G. D. J., Paris, 1970, P. 361 et s. N^o 301 et s.

لأنّ المقصود بالقانون الأجنبي الواجب تطبيقه هو قواعده الموضوعية، أي أحكامه الداخلية وليس قواعد الإسناد فيه.

ورداً على مقولة أنّ المقصود بالقانون الأجنبي واجب التطبيق قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، يقول خصوم الإحالة: إنّ المنطق القانوني يتطلب عدّ قانون القاضي الذي تتم الإحالة إليه كذلك. وهذا ما يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا مجال للخروج منها. ولهذا يشبهونها بلعبة المضرب أو بغرفة المرايا.

ويقولون أيضاً، رداً على فكرة انسجام الحلول التي يمكن أن تحققها الإحالة، إنّ هذه الفائدة ليست ثابتة وليست حقيقية، فهي لا تتيسر إلا إذا أخذ بها فريق من الدول دون الفريق الآخر، كما أنّ فائدتها في مجال تنفيذ الأحكام ليست دوماً مؤكدة عملياً، وهي مفترضة وليست واقعية.

ج- المواقف الفقهية الرامية إلى تلافي عيوب الإحالة

حاول بعض الفقهاء تلافي عيوب الإحالة عن طريق الأخذ بالنتيجة التي تؤدي إليها دون الأسس التقليدية التي بُنيت عليها، اعتماداً على أسس أو أفكار جديدة أهمها:

- فكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية

- فكرة الإقليمية

- فكرة التنسيق والتعايش المشترك بين النظم القانونية

أولاً: فكرة قاعدة الإسناد الاحتياطية

يرى القاضي الفرنسي لريبور بيجونيير إمكان قبول الإحالة استناداً إلى وجود قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي الوطني تؤدي إليها.

وبموجب هذه القاعدة إذا عرضت قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص على قانون دولة أجنبية، ولكنّ قواعد القانون الدولي الخاصّ في هذا القانون رفضت هذا العرض، فإنّ ذلك يستتبع تغيير مفهوم قاعدة الإسناد الوطنية الأصلية التي قدّمت هذا العرض، وإيجاد قاعدة إسناد تبعية أو احتياطية، تحقّق الاشتراك في وجهات النظر الوطنية والأجنبية بدلاً من قاعدة الإسناد الأصلية، بحيث يتحقّق الاشتراك المفترض مع قاعدة الإسناد الأجنبية. وبموجب هذه القاعدة الاحتياطية إذا

قررت قاعدة الإسناد الأصلية وجوب تطبيق قانون أجنبي معين، ولكن هذا القانون رفض الاختصاص المعروض عليه لحكم النزاع، فإنّ هذا الاختصاص يرتدّ في هذه الحالة إلى قانون القاضي، كما يمكن أن يرتدّ إلى قانون أجنبي آخر².

ثانياً- فكرة الإقليمية (وعلاقة بلا وطن)

ويرى الأستاذ الفرنسي نيبوايه قبول الإحالة أيضاً، ولكن على أساس فكرة الإقليمية. فهو يرى أنه عندما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لحكم مسألة معينة، فإنّ هذه المسألة تصبح بلا قانون يحكمها، أيّ كما يُسمّيها "علاقة بلا وطن".

ولتحاشي الوقوع في هذه الحالة يرى نيبوايه أنه يجب في هذه الحالة إعمال المبدأ الأساسي في تنازع القوانين عنده وهو مبدأ الإقليمية. وبموجب هذا المبدأ تخضع هذه العلاقة لقانون القاضي، باعتباره صاحب الاختصاص الرئيسي بحكم جميع المنازعات التي تنشأ على إقليم الدولة. والإحالة التي يقبل بها في هذه الحالة هي الإحالة من الدرجة الأولى.

ثالثاً- فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد والتعايش المشترك بين النظم القانونية³

قبل الأستاذ الفرنسي باتيفول الإحالة انطلاقاً من الهدف الذي تسعى إليه قواعد الإسناد في مختلف الدول ألا وهو التنسيق بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق التعايش المشترك بينهما.

ويرى أنّ هذا الهدف تفرضه الطبيعة الدولية للعلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاصّ التي تتجلى في ارتباط هذه العلاقات بدولتين أو أكثر. لأنه من غير المنطقي التفكير في حل مشكلة تنازع القوانين عن طريق قواعد تنازع القوانين الوطنية وحدها وتجاهل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بموجب قواعد الإسناد الوطنية. فإذا أشارت هذا القواعد الأجنبية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي معين وجب الأخذ بهذا القانون وتطبيقه، وهذا لا يعني، عند باتيفول، خضوع القاضي الوطني لأوامر المشرّع الأجنبي، وخضوع قواعد الإسناد الوطنية لقواعد الإسناد

Lerebours Pigeonnière et y. Ioussouarne, précis de droit international privé, 9ème éd. 1970, n° 364. ²
P. 471.

Batiffol et Iagarde, précité (1), n° 304, p. 365. ³

الأجنبية بل شكلاً من أشكال التنسيق بينها، وفكرة التنسيق هذه ليست مجرد كلمة بل هي حقيقة تمارسها الدول في حالة الإسناد إلى دولة تتعدّد فيها الشرائع، إذ يتم في هذه الحالة لتحديد الشريعة الواجب تطبيقها استشارة قواعد التنازع الداخلي في قانون هذه الدولة.

وعلى هذا يؤيد باتيفول فكرة قبول الإحالة إلى قانون القاضي، ولكنه يرفض الأخذ بها في الحالات التي يستحيل فيها التنسيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وهما حالتان: الحالة التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون الإرادة، والحالة التي تقضي فيها قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون محل الإبرام.

رابعاً- تقييد نطاق العمل بالإحالة

يرى الأستاذ الألماني فرانككتين قبول الإحالة وفق ما يلي:

- في نطاق مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب فقط.
- من قانون الجنسيّة إلى قانون الموطن وليس العكس.
- إذا كان قانون الموطن هو قانون دولة القاضي، أي الاكتفاء بالإحالة من الدرجة الأولى فقط.

فهو يؤمن بضرورة وجود إسناد أولي أو حقيقي يقضي بخضوع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الجنسيّة وإسناد ثانوي يقضي بخضوعها لقانون الموطن عند تعذر إعمال الإسناد الحقيقي.

ونشير أخيراً إلى أنّ الإحالة قد تحقق بنظرنا فائدة هامة بالنسبة لبعض النظم، ولاسيما في نظام القانون الواجب تطبيقه على التركة في فرنسا، إذ من شأنها أن تؤدي إلى وحدة القانون الواجب تطبيقه على أموال التركة بدلاً من تعدد هذه القوانين بموجب نظام ازدواجية القانون الواجب تطبيقه على التركة المعمول به حالياً في فرنسا.

د- الإحالة في القانون الدولي الخاص السوري

نصت المادة 29 من القانون المدني السوري على أنه "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". والمقصود بالأحكام الداخلية في القانون الأجنبي واجب التطبيق هو الأحكام المادية المتعلقة بموضوع النزاع. أما القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص فيقصد بها قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق. ويتضح من ذلك أن المشرع قد رفض بشكل واضح وصريح الأخذ بالإحالة، سواء إلى القانون الوطني أم إلى قانون أجنبي آخر، وبالنسبة لكل المسائل سواء تعلقت بالأشخاص أم بالأموال أم بالعقود ... الخ. وعلى هذا إذا أشارت قواعد الإسناد السورية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي على موضوع النزاع، ولنفرض أنه يتعلق بتركة شخص أجنبي، وجب على القاضي تطبيق أحكام الميراث في هذا القانون دون الالتفات إلى قواعد الإسناد فيه، سواء أكانت هذه القواعد تقبل الاختصاص لقانونها أم لا، أي سواء أكانت تطابق قاعدة الإسناد الوطنية في مضمونها أم تخالفها.

ولعل المشرع عندما رفض الإحالة، قد أخذ بعين الاعتبار انتقاداتها المتعلقة بمخالفتها لأوامر المشرع الوطني، وللأسف التشريعية التي تقوم عليها قواعد الإسناد الوطنية، باعتبار ذلك يشكل انتهاكاً لسيادة القانون الوطني.

غير أن المشرع السوري قد قبل بها مؤخراً في نطاق تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، بموجب المادة 38 من قانون التحكيم لعام 2008، وذلك إذا اتفق الطرفان على ذلك احتراماً لإرادتهما المشتركة التي تهيمن أصلاً على عملية التحكيم. إذ تنص الفقرة 1 من المادة 38 على ما يلي: "... تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

تمارين:

في نظام القضاء الفرنسي الحالي:

1- تتمتع قاعدة الاسناد بقوة تلزم القاضي على تطبيقها

2- لا يجوز له تطبيقها إلا بطلب من الخصوم

3- واجبة التطبيق ما لم يستبعدا الخصوم

4- لا تتمتع بأية قوة ملزمة له ولكن يجوز له تطبيقها من تلقاء نفسه

الوحدة التعليمية الخامسة

تحديد القانون الأجنبي والتعامل القضائي معه

الكلمات المفتاحية:

الشرعية الداخلية المختصة في القانون الأجنبي - التنازع الداخلي في القانون الأجنبي - القانون الأجنبي - القانون الوطني

الملخص:

قد يكون القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد السورية هو قانون دولة أجنبية تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً بتعدّد الأجناس أو الديانات أو الطوائف فيها، أو تعدّداً إقليمياً، بتعدّد الأقاليم والكيانات المكونة لها. تصدّى المشرّع السوري لهذه المشكلة الهامة ونظّم حلّها، متأثراً بالرأي السائد في الفقه والقانون المقارن.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد القانون الأجنبي والتعامل القضائي معه مواجهة صعوبات تطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي.

تحديد الشريعة الداخلية المختصة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه (الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع)

دور القانون الأجنبي في تحديد الشريعة الداخلية المختصة

قد يكون القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد السورية هو قانون دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً بتعدد الأجناس أو الديانات أو الطوائف فيها، أو تعدداً إقليمياً، بتعدد الأقاليم والكيانات المكونة لها. فكيف يهتدي القاضي السوري إلى تحديد هذه الشريعة الداخلية في هذا القانون الأجنبي؟.

تصدى المُشرِّع السوري لهذه المشكلة الهامة ونظّم حلّها، متأثراً بالرأي السائد في الفقه والقانون المقارن، وذلك في المادة 28 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة (المتعلقة بقواعد تنازع القوانين) أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرّر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها". وهي تشابه حرفياً نص المادة 26 من القانون المدني المصري.

ومن الواضح أنّ المُشرِّع السوري قد لجأ هنا إلى تفويض القانون الداخلي الأجنبي بتحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، لأنّ مهمّة قواعد الإسناد الوطنية تنتهي بتحديد قانون دولة معينة باعتبارها كذلك أي كدولة، وباعتبارها وحدة سياسية إقليمية تتمتع بالشخصية الدولية، ولأنّ الهدف من وجودها هو حل التنازع بين قوانين الدول وتعيين أحدها دون أن تتدخل بمشكلة التنازع الداخلي التي تقوم بين تشريعات الدولة الواحدة، التي تتكفل بحلها قواعد التنازع الداخلي في هذه الدولة.

وعملاً بالمادة 28 إذا أشارت قواعد الإسناد السورية إلى وجوب تطبيق القانون السويسري مثلاً، باعتباره قانون محل وقوع الفعل المنشئ للتعويض، فعلى القاضي الوطني، بموجب الحل الذي اختاره المُشرِّع السوري، استشارة القانون الداخلي السويسري، والمقصود بذلك قواعد التنازع الداخلي في القانون السويسري التي تتكفل بتحديد المقاطعة التي يجب تطبيق شريعتها.

ولكن هل يُعمل بهذا الحل في حال كان القانون، الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد السورية، قانون دولة تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً؟.

مما لا شك فيه أنّ نطاق تطبيق المادة 28 يشمل جميع أشكال التعدّد سواء أكان تعدّداً إقليمياً أم شخصياً، وسواء أكانت الدولة التي تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً شخصياً لديها قانون عام في المسائل التي تتعدّد بشأنها الشرائع إلى جانب الشرائع الخاصة، كما هو الحال بالنسبة لسوريا ومصر، أم لا يوجد لديها مثل هذا القانون كلبنان. لأنّ نصّ المادة 28 جاء مُطلقاً لا يسمّح لنا بالتمييز في تطبيقه بين التعدّد الإقليمي والتعدّد الشخصي، ولو أنّ المعايير المتبعة في حل التنازع الداخلي الشخصي، وهي ديانة الشخص أو طائفته أو جنسه (بمعنى أصله)، تتولى بحد ذاتها تعيين الشريعة المختصة.

وهل يعمل بقواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه حتى ولو كان ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية يسمح بحدّ ذاته بتعيين الشريعة الداخلية المختصة، كما لو كان هذا الضابط هو موقع المال أو موقع الفعل؟.

بتقديرنا أنّ نطاق تطبيق المادة 28، المذكورة سابقاً، يشمل مختلف الحالات أيّاً كان ضابط الإسناد. فلقد جاء نصّها مُطلقاً وواضحاً لا يسمح بالتمييز في أعمالها بين ضابط وآخر من ضوابط الإسناد. ولكن لا بدّ من مراعاة إرادة المتعاقدين في حال كان القانون الواجب تطبيقه هو قانون الإرادة، وكانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى اختيار شريعة داخلية محددة في دولة ما. إذ يجب في هذه الحالة تطبيق هذه الشريعة دون المرور بقواعد التنازع الداخلي في قانون هذه الدولة.

صعوبات تطبيق قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي

تواجه المادة 28 المذكورة سابقاً بعض الصعوبات في تطبيقها، وذلك في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى:

قد تشير قواعد التنازع الداخلي في قانون الدولة الأجنبية التي تتعدّد فيها الشرائع إلى تطبيق قانون موقع المال، وقد يكون مكان وجود المال في دولة أخرى. فهل يجب على القاضي السوري الناظر في النزاع تطبيق قانون هذه الدولة عملاً بقواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي، كما لو كان هذا القانون هو القانون السويسري، وكان قانون موقع المال هو القانون الياباني؟.

بتقديرنا، لا يمكن للقاضي السوري في هذه الحالة تطبيق القانون الياباني، لأنّ ذلك يُعدّ خروجاً عن قواعد الإسناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق القانون السويسري، كما ينطوي ضمناً على قبول الإحالة من قواعد التنازع الداخلي السويسرية إلى قانون أجنبي آخر.

وهذا القبول يُشكّل بدوره خروجاً عن أحكام المادة 29 من القانون المدني السوري المشار إليها سابقاً. ولهذا لا بدّ له، أي للقاضي، أن يبقى ضمن القانون السويسري، ويطبق قانون الوحدة الإقليمية الأكثر ارتباطاً من غيرها بموضوع النزاع.

الحالة الثانية:

قد لا يجد القاضي السوري في القانون الأجنبي المتعدّد الشرائع قواعد موحدة للتنازع الداخلي. فكيف يتم تحديد الشريعة المختصة من بينها في مثل هذه الحالة الافتراضية؟.

لا تُطرح هذه المشكلة إلا في حال الإسناد إلى دولة تتعدّد فيها الشرائع تعدّداً إقليمياً. لأنّ عوامل التعدّد الشخصي كالديانة أو الطائفة أو الجنس تسمح بحد ذاتها بتحديد هذه الشريعة دون صعوبة.

أما في حالة التعدّد الإقليمي فيمكن للقاضي الرجوع إلى ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية، لاسيما إذا كان هذا الضابط من الضوابط الإقليمية أو الإرادية، من أجل تحديد الشريعة

المختصة. أمّا إذا كان ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد هو ضابط الجنسيّة فإنّ المشكلة تظل قائمة.

ولقد تعدّدت الآراء الفقهية بصدد هذه الحالة¹. ومنها ما يقول بتطبيق فكرة الرعية المحلية. ومنها ما ينادي بالأخذ بشرعية موطن الشخص ضمن دولة القانون الواجب تطبيقه أو بشرعية آخر موطن فيها في حال كان موطنه الحالي خارجها، أو بشرعية الموطن الأصلي، وبقانون القاضي عند غياب الموطن كلياً. ومنها ما يقول بتطبيق قانون العاصمة.

وبتقديرنا أنّه من الأفضل، في هذه الحالة، تطبيق قانون الوحدة الإقليمية التي يوجد فيها موطن الشخص، أو قانون آخر موطن له في دولة القانون الواجب تطبيقه عند عدم معرفة الموطن الحالي، وإلا فيجب تطبيق قانون الوحدة الإقليمية في هذه الدولة التي ترتبط بموضوع النزاع وبشخص صاحب العلاقة أكثر من غيرها.

طبيعة القانون الأجنبي وتطبيقه أمام القضاء الوطني

بعد أن يتوصل القاضي السوري إلى تحديد هوية القانون أو الشريعة المختصة بحكم النزاع تثور أمامه إشكاليات جديدة تتعلق بدوره في الوصول إلى مضمون أحكام القانون الأجنبي ودور الخصوم بهذا الشأن، وبكيفية إثبات أحكام هذا القانون ووسائل إثباته، ويمدى خضوع الخطأ في تطبيقه لرقابة محكمة النقض.

تتوقف معالجة هذه المسائل على معرفة موقف النظم القانونية من القانون الأجنبي. هل تنظر إليه كواقعة أم كقانون؟

سنبحث أولاً في طبيعة القانون الأجنبي ثم نحاول الإجابة عن الأسئلة السابقة فيما يلي:

¹ انظر في مختلف هذه الاتجاهات: الدكتور هشام صادق، تنازع القوانين، دار المعارف، الإسكندرية ط 3 1974، ص 212 وما يليها. فقرة 57 مكرر وما يليها.

طبيعة القانون الأجنبي

أ- الاتجاهات التقليدية

يمكن التمييز فيها بين اتجاهين رئيسيين:

أولاً- القانون الأجنبي يفقد طبيعته القانونية ويتحول إلى مجرد واقعة أمام القضاء الوطني: يختلف أصحاب هذا الاتجاه في تبرير هذه الطبيعة وتحديد أساسها القانوني. وبهذا الصدد يمكن التمييز بين رأيين.

الاتجاه الفرنسي

ويقوده الأستاذ باتيفول الذي يرى أنّ القانون الأجنبي يفقد أمام القاضي الوطني مؤيد تطبيقه الخارجي، ويقصد بذلك عنصر الأمر الذي يتمتع به هذا القانون في بلاده.

لأنّ المُشرّع الذي أصدر هذا القانون ليس له أية سلطة على القاضي الوطني تُمكنه من إلزامه بتطبيقه. فالقانون يتكون من عاملين: العامل العقلي أو المضمون وعامل الإلزام أو الأمر بتطبيقه، والقانون الأجنبي يفقد خارج حدود بلاده هذا العامل الأخير وينقلب بالتالي إلى مجرد واقعة. ويتم تطبيقه أمام محاكم الدول الأخرى بناءً على أوامر المُشرّع الوطني في هذه الدول.

الاتجاه الإنكلوسكسوني

يرى الفقهاء الإنكلوأمريكيون أنّ القانون الأجنبي يُطبّق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج. فالقاضي لا يمكنه النظر في حقّ مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبيّ الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه. وبناءً على ذلك يظهر القانون الأجنبيّ كمجرد عنصر في واقعة مجردة من أيّة قوة في حد ذاتها، ولكنها تستمد قوتها القانونية من مبدأ الاحترام الدوليّ للحقوق المكتسبة في قانون القاضي.

ويتربّط على النظر إلى القانون الأجنبيّ كواقعة النتائج التالية:

أ- لا يُفترض في القاضي الوطنيّ العلم بأحكام القانون الأجنبيّ، ولا يجوز له البحث عنها من تلقاء نفسه.

- ب- يجب على الخصم الذي يتمسك به تقديم مضمونه وإثباته للمحكمة.
- ج- لا يخضع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره لرقابة محكمة النقض.

ثانياً- القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني (فكرة الإدماج):

يرى الفقه الإيطالي أنّ القانون الأجنبي لا يتحوّل أمام القاضي الوطني إلى واقعة، ويبقى محتفظاً بطبيعته القانونية عملاً بفكرة الإدماج أو الاستقبال. وبموجب هذه الفكرة الإيطالية عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي فإنّ ذلك يؤدي إلى دمج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني. وبذلك يستمدّ القانون الأجنبي الواجب تطبيقه قوة نفاذه في دولة القاضي من دمجها في النظام القانوني لهذه الدولة.

وأساس نظرية الإدماج هي فكرة خصوصية النظام القانوني، بمعنى أنّ كل ما يدخل في هذا النظام يتمتع بالطبيعة القانونية. وبالتالي فإنّ القانون الأجنبي يسترد طبيعته القانونية عند دمجها في النظام القانوني الوطني. وبموجب نظرية الإدماج تتقلب قاعدة الإسناد الوطنية إلى قاعدة مادية تتضمن أحكام القانون الأجنبي الواجب تطبيقه المتعلقة بموضوع النزاع، وبالتالي يطبق القاضي القانون الأجنبي وكأنه يطبق القانون الوطني، وهذا هو الإدماج المادي. أمّا الإدماج الشكليّ الذي يقول به بعض أصحاب نظرية الإدماج فيحافظ للقانون الأجنبي على كيانه ومقوماته التي يتمتع بها أصلاً في بلاده، بحيث يندمج في النظام الوطني شكلياً لا مادياً.

ويترتب على احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية النتائج التالية:

- 1- عدّ القانون الأجنبي جزءاً من القانون الوطني بحيث يُفترض في القاضي العلم بأحكامه.
- 2- يجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، كما يجب عليه تطبيقه وتفسيره عند اللزوم، كما يُطبّق القانون الوطني ولكن دون الخروج عن مضمونه الحقيقي.
- 3- يخضع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

ب-الاتجاهات الفقهية الأخرى

أولاً- فكرة التفويض

وكما لقي الاتجاه الأول من الاتجاهات السابقة نقداً فقهياً هاماً كذلك تعرض الاتجاه الثاني منها لانتقادات مماثلة. ولهذا نادى بعضهم بفكرة التفويض من أجل المحافظة على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبيّ الواجب تطبيقه أمام القضاء الوطنيّ مع المحافظة على صفته الأجنبيّة.

ومعنى هذه الفكرة أنّ القاضي الوطنيّ يطبق القانون الأجنبيّ الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية بموجب تفويض من المشرّع الوطني إلى المشرّع الأجنبي تعده له قواعد الإسناد الوطنية.

ثانياً - دور قاعدة الإسناد في تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبيّ

لم تلق فكرة التفويض رواجاً في الفقه الحديث باعتبارها تقوم على مجرد افتراض. ولهذا فإنّ الفقه المعاصر يرى بحق أنّ قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه. فهي التي تحافظ له على طبيعته القانونية وتزوده بالتالي بقوة النفاذ في بلد القاضي، كما قال بذلك كبير الفقهاء العرب الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يُضفي على قاعدة الإسناد الصفة الآمرة بقوله في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - : "على القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي أن يعتبر أحكام القانون الأجنبي جزءاً من قانونه الوطني. ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي، كما هو في تطبيقه لقواعد الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض ..."²

وهذا هو الهدف والغرض من وجود قواعد الإسناد التي تُشكّل صلة الوصل بين النظام القانوني الوطني والنظم القانونية الأجنبية بما يضمن قيام التعايش بين النظم القانونية المتعددة والمختلفة.

² - الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء 2، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص 55.

غير أنه لابدّ من الإشارة أخيراً إلى أنّ غالبية الفقهاء الذين يسلمون بهذا الرأي لا يقرّون بوجود معاملة القانون الأجنبي معاملة مماثلة ومساوية للقانون الوطني³، لا سيما وأنّ القانون الأجنبي يفتقر إلى علاقة مباشرة مع القاضي الوطني تسمح لهذا الأخير معرفته والوقوف على حقيقة أحكامه ومعانيها، فهو ليس موجّهاً إليه أصلاً لأنه لا ينشر في بلده ولا يصدر بلغته.

ومن شأن هذه الأمور أن تسلخ عنه بعض مظاهر المساواة مع القانون الوطني أثناء تطبيقه من قبل القضاء الوطني بخصوص الأمور المتعلقة بالتعرف على أحكامه وتفسيرها.

ولهذا فإنّ القضاء في معظم الدول قد سار على نهج خاص به في رسم أوجه هذه المعاملة وتحديدها. وهذا ما يقودنا إلى التعرّف إلى موقف القضاء السوري من القانون الأجنبي.

ج- القانون الأجنبي في نظر القضاء والفقهاء

أولاً- موقف محكمة النقض

لم يتضمن القانون السوريّ نصّاً تبيّن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وتحدد كيفية إعماله. غير أنّ محكمة النقض السورية قد استقرت في العديد من قراراتها على معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع، وعبرت عن ذلك بصورة صريحة في قرار لها مؤرخ في 1982/10/27، إذ جاء فيه:

"إنّ التثبّت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقلّ بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك. فليس على القاضي أن يطبّق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ويقع عليهم عبء إثباته. شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدّعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر لأنّ قاعدة (لا يُعذر أحد في الجهل بالقانون) هي قاعدة لا تنطبق إلا على القانون الوطني. فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبّقها من تلقاء نفسه. كما أنّ وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية"⁴.

³ انظر في الاتجاهات الرئيسية للنظم الوضعية بشأن التعرف على أحكام القانون الأجنبي وتفسيرها: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد: الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 79 فقرة 70 وما بعدها.

⁴ محكمة النقض السورية (ع.غ) القضية 1642 لعام 1982، قرار رقم 82/2008 تاريخ 1982/11/27. محامون 4/1983 ص 413. وانظر القرارات الأخرى المشار إليها في كتابنا تنازع القوانين ص 128- الهامش 1.

وهكذا لَحَّصت محكمة النقض السورية في هذا القرار النظرية القائلة بأن القانون الأجنبي ينقلب أمام القاضي الوطني إلى مجرد واقعة، وحددت النتائج كلها المترتبة عليها عملياً.

ومن الواضح أنّ محكمة النقض السورية قد منعت بذلك على المحاكم الوطنية تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها، وعلّقت إعماله على طلب الخصوم. معللة ذلك بعدم مقدرة القاضي على الإلمام بكل القوانين الأجنبية. ولكن يمكن أن نتساءل عما إذا كان يجوز له تطبيقه من تلقاء نفسه إذا كان يعرفه معرفة أكيدة؟ أو إذا كان قد سبق له أن أعمل أحكامه في دعوى سابقة؟. بتقديرنا أنّ مفهوم المخالفة لقرار محكمة النقض يسمح له بذلك إذا كان عالماً به ومطلعاً عليه بصورة أكيدة. ولا يمكن عدّ ذلك من قبيل الحكم بالمعارف الشخصية للقاضي، لأنّ الأمر لا يتعلّق بوقائع الدعوى وإثباتها بمعارف عامة يمكن الوصول إليها بمختلف السبل.

أمّا بخصوص إثبات القانون الأجنبي فلقد أَلقت محكمة النقض بكامل العبء على الخصوم، وذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك في موقفها السلبي منه عندما قررت أنّ: " لا وجه لتخطئة الحكم المطعون فيه إن هو رفض تطبيق القانون الأجنبي لعدم إبراز نصوصه، لأنّ المحكمة غير ملزمة بتكليف الخصوم لتقديم أدلتهم على دفعهم"⁵. فلا يكفي لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية أن يطلب الخصوم أو أحدهم ذلك، بل لابد لمن يتمسك بتطبيق هذا القانون أن يُثبِت مضمونه بإبراز نصوصه للمحكمة. وهكذا أعفت محكمة النقض القاضي من أي جهد للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، وحتى من مجرد تكليف الخصوم تقديم أدلتهم على القانون الذي يتمسكون بتطبيقه. وكأنّ التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، الذي أمرته بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، لا يسري إلا إذا وجد نص هذا القانون في ملف الدعوى وبين يديه!.

ويُستخلص من قرار محكمة النقض المشار إليه سابقاً أنّه يجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الوطني عند تعذر إبراز نصوص القانون الأجنبي أو استحالة التعرف على مضمونه.

⁵ المرجع السابق.

أما بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي، فمن الواضح أيضاً أنها لم تعترف لنفسها بحق الرقابة على تطبيقه وتفسيره من قبل قضاة الموضوع. كما أنها لم تجز للخصوم قبول الدفع بتطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة النقض⁶.

ثانياً - موقف الفقه العربي من طبيعة القانون الأجنبي ودور القاضي الوطني في تطبيقه

- الفقه المصري

إنّ القضاء السوري قد تأثر في موقفه هذا بالقضاء المصري، الذي تأثر بدوره بالقضاء الفرنسي السائد في القرن الماضي. غير أنّ أكثر الفقه في مصر يرى الأمر خلاف ذلك. فهو يؤيد صراحة أو ضمناً اعتبار تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني مسألة من مسائل القانون. وإنّ معاونة الخصوم في بيان أحكامه ليس من شأنها أن تنزل به إلى مستوى الواقعة⁷. ومن كبار مؤيدي هذا الاتجاه كبير الفقهاء العرب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري. الذي يقول بشأن هذه المسألة ما يلي:

"ونحن، مع ذلك، لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، فإنّ القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني، فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية. وله أن يصدر هذه الأحكام عن علمه الشخصي. ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم الاهتداء إليها، وإلا عدّ امتناعه نُكُولاً عن أداء العدالة. وبلى يكون في تطبيقه لقاعدة الإسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض"⁸.

⁶ أما التشريع التونسي فقد سار مؤخراً مع اتجاه مخالف يخضع الخطأ في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة التعقيب التونسية (المادة 34 من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998).

⁷ من أنصار هذا الموقف الدكتور عبد المنعم فرج الصده والدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتور حامد زكي والأستاذ أحمد نشأت والدكتور سليمان مرقص. وغيرهم من الفقهاء المشار إليهم في مؤلف الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام -2- للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت (ص 55. هـ1).

⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 55 و 56.

ونحن بدورنا، نؤيد هذا الموقف لأنه ينسجم مع المنطق القانوني ومع واقع الحال والدور الذي تلعبه قاعدة الإسناد الوطنية كصلة وصل بين القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه وبين القانون الوطني، وكذلك مع الطبيعة الثنائية لقاعدة الإسناد الوطنية التي يمكن أن تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني أو تطبيق قانون آخر باعتبارهما أمرين متكافئين. فلا يمكن أن تؤدي مرة إلى تطبيق قانون ومرة أخرى إلى تطبيق واقعة على واقعة. لأنه إذا كان القانون الأجنبي يفقد عنصر الإلزام ومؤيد تطبيقه أمام القضاء الوطني، فإن قاعدة الإسناد، كما يرى الأستاذ السنهوري والفقهاء الحديث حقاً، هي التي تزوّده بهذا المؤيد عندما تشير بوجوب تطبيقه. لأنها تعبّر عن رغبة المشرّع الوطني وتجسّد أوامره في تنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي. وباعتبار أنّ القانون الأجنبي يُطبّق بناء على أوامر المشرّع الوطني بمقتضى قواعد الإسناد، فإنّه يظل متمتعاً بطبيعته كقانون، أي كمجموعة قواعد قانونية ملزمة، كما يظل محتفظاً أيضاً بصفته كقانون أجنبي بوصفه صادراً عن سلطة غير وطنية. وعلى هذا لا يمكن القول: إنّ القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة بمجرد انتقاله خارج السيادة الإقليمية للدولة التي ينتمي إليها، كما لا يمكن بالتالي معاملته معاملة الوقائع.

وإذا كان القانون الأجنبي يفترق إلى صلة مباشرة مع القاضي الوطني، سواء من حيث لغته أو لجهة نشره، مما يسلخ عنه بعض أوجه المساواة التامة مع القانون الوطني، إلا أنّ ذلك لا يعفيه إطلاقاً من البحث عن مضمون القانون الأجنبي بمختلف الوسائل، ولا يحول دون طلب الاستعانة بالخصوم في الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي وبيان أحكامه الحقيقية (التي تبدو أمراً لازماً من الناحية العملية). فهو ملزم بموجب قواعد الإسناد الوطنية التي تنص بعبارات واضحة، كما أشرنا من قبل، على تطبيق قانون الجنسية أو الموطن أو موقع المال... الخ، بالسعي للتعرف على أحكام هذا القانون إذا كان أجنبياً، سواء بوسائله الخاصة أم بوسائل حكومته أم بمساعدة الخصوم. فيمكن له اللجوء إلى الطريق الدبلوماسي، كما يمكنه أيضاً الرجوع إلى التشريعات الأجنبية المتوافرة لدى وزارة العدل بموجب أحكام التبادل المنصوص عنها في عديد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها سوريا. ولعلّ وجود نصوص تتعلق بتبادل تشريعات الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقيات يؤكد حرص واضعيها على مساعدة القاضي الوطني على القيام بواجبه بصدد تطبيق

القوانين الأجنبية. ويمكن عدّ هذه النصوص الاتفاقية أسلوباً ملائماً للتغلب على الصعوبات المترتبة على الصفة الأجنبية لهذه القوانين، ووسيلة لتقريبها من القاضي الوطني، بالإضافة إلى غيرها من الوسائل المتاحة.

أما بشأن دور محكمة النقض من هذه المسألة فنعتقد مع الكثيرين من المؤلفين بأنّه لا مناص لمحكمة النقض من ممارسة رقابتها على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وذلك من أجل توفير الاحترام التام لقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيقه. لأنّ أيّة مخالفة لأحكامه من قبل قضاة الموضوع تُعدّ بتقديرنا مخالفة لقواعد الإسناد الوطنية بحد ذاتها. وكذلك لا بدّ لمحكمة النقض من أن تمارس رقابتها على تطبيق القوانين الأجنبية من أجل إزالة أسباب التباين والاختلاف بين أحكام المحاكم الوطنية عند تطبيقها للقوانين الأجنبية بما يحقق الانسجام بين أحكام المحاكم الوطنية بشأنها.

وعلى هذا يجب على القاضي الوطني الابتعاد عن إعمال آرائه الشخصية في التفسير، وتطبيق القانون الأجنبي بشكل مماثل أو أقرب ما يكون لتطبيقه أمام القضاء في بلاده الأصلية.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: قواعد التنازع الداخلي في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه:

- 1- لا يجوز للقاضي الوطني التعامل معها
- 2- يجوز للقاضي الوطني تطبيقها إذا تمسك بها الخصوم
- 3- يتوجب على القاضي الرجوع إليها في حال تعدد الشرائع فيه تعدداً إقليمياً أو شخصياً
- 4- تعد جزءاً من القانون الوطني

الإجابة الصحيحة رقم 3

الوحدة التعليمية السادسة

الاستثناءات على تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه

الكلمات المفتاحية:

القانون الأجنبي - النظام العام - الصفة الوطنية - الصفة الغامضة - الصفة المتغيرة أو النسبية - التحايل على القانون

الملخص:

إنّ الترخيص بتطبيق القانون الأجنبي، الذي يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، ينطوي ضمناً على تحفظ وطني أو على شرط عدم تعارضه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية التي لا يمكن السماح بمخالفتها. وهذا التحفظ عرفته جميع المجتمعات التي سمحت بتطبيق أحوال المدن والأقاليم الأخرى أو القوانين الأجنبية، وعبرت عنه بأشكال مختلفة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على الوقوف على الاعتبارات التي تستدعي استبعاد القانون الأجنبي وتحديد هذه الاعتبارات كأفكار وطنية أو كوسائل مشروعة تستخدم للوصول إلى نتائج مشروعة.

الاستثناءات على تطبيق القانون الأجنبي الواجب تطبيقه

إذا توصل القاضي إلى تحديد مضمون أحكام القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، هل يمكن له عندما ينتقل إلى تطبيق هذه الأحكام الامتناع عن تطبيقه أو استبعاد بعض أحكامه؟.

إنّ الترخيص بتطبيق القانون الأجنبي، الذي يمكن أن تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، ينطوي ضمناً على تحفظ وطني أو على شرط عدم تعارضه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية التي لا يمكن السماح بمخالفتها. وهذا التحفظ عرفته جميع المجتمعات التي سمحت بتطبيق أحوال المدن والأقاليم الأخرى أو القوانين الأجنبية، وعبرت عنه بأشكال مختلفة. وأولى مظاهر هذا التحفظ ظهرت عند فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية الذين ميزوا ضمن أحوال المدن بين الأحوال المستحسنة وغير المستحسنة، أو بين الأحوال الملائمة والأحوال غير الملائمة أو البغيضة، ومنعوا القاضي من تطبيق هذه الأخيرة.

ومن مظاهر ذلك عند فقهاء نظرية الأحوال الهولندية الاعتراف للقاضي بحق الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا استدعت ذلك مصلحة النظام المحلي، أو إذا كانت أحكامه تبدو بوضوح غير عادلة، بالإضافة إلى ضرورة تقيده بالأحكام النهائية في قانونه الوطني.

واستناداً إلى فكرة الاشتراك الحقوقي التي قال بها الأستاذ سافيني كأساس لقيام تنازع القوانين، يمكن عدّ فكرة عدم الاشتراك الحقوقي أساساً لفكرة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي التي يطلق عليها اليوم، وبشكل عام، تعبير "النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"، التي استقرت في معظم نظم تنازع القوانين الوطنية المختلفة، ومنها نظام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص السوري. فلقد نصت المادة 30 من القانون المدني، التي تعد جزءاً لا يتجزأ من هذا النظام، على ما يلي:

"لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة - أي قواعد الإسناد - إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في سورية". فهو إذاً بمثابة صمام الأمان على معبر دخول القانون الأجنبي ضمن النظام القانوني الوطني، بموجب قواعد الإسناد الوطنية. بالإضافة إلى ذلك فإنّ القضاء في بعض الدول قد عمل أيضاً الدفع بالغش نحو القانون كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

النظام العام

إذا كان القاضي ملزماً، بموجب المادة 30 المذكورة سابقاً، باستبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه عندما تكون أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب في سورية، فهل ذلك يعني أنّ الأمر متروك لسلطته التقديرية المطلقة في ضبط حالات تدخل النظام العام، أم أنّه ملزم بالنقيد كأسس ومعايير محددة في بيان أوجه المخالفة؟

أ- تعريف النظام العام ومعاييره ودور القاضي في إعماله

مما لا شك فيه أنّه من الصعوبة الاتفاق على تعريف موحد وشامل وجامع ودقيق للنظام العام. ولكن يمكن تعريف النظام كأحد آليات نظام تنازع القوانين، من الناحية التقنية، كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

كما يمكن تعريفه، ولكن بشكل عام، من حيث مضمونه، بأنّه مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية العليا المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وفكرية وتربوية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، سواء أكانت هذه الأفكار والمبادئ مجسّدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً، وسواء أكانت تُشكّل قواعداً لتنظيم تعامل الأفراد أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل.

أما الآداب العامة فهي مجموعة القواعد وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة في الجماعة. والآداب بهذا المعنى تُشكّل أحد جوانب فكرة النظام العام.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول: إنّ مجرد اختلاف مضمون أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الوطني للقاضي الناظر في النزاع لا يستدعي بالضرورة تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي إلا إذا كانت هذه المخالفة بنوعها أو حجمها سبباً جدياً لتدخل النظام العام؟.

من المتعذر عملياً، وبصورة قبلية، أي سابقة لتحديد القانون الواجب تطبيقه، تحديد الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي، نظراً لأنّ ذلك لا

يظهر إلا في المرحلة القضائية، أي عند عرض النزاع على القضاء وبالنسبة لكلّ نزاع على حدة، ويتوقّف تحديد ذلك على أمور عدّة، فهو يتوقف على نتائج تقييم القاضي لمضمون القانون الأجنبي وبيان مدى تعارضه مع النظام العام في بلده بالنسبة لكلّ نزاع بذاته من جهة، وعلى الآثار التي تترتب عملياً على تطبيق هذا القانون من جهة ثانية، على رأي بعض الفقهاء. وعلاوة على ذلك، فإنّ فكرة النظام العام، كما سنرى، ليست سوى نتيجة للأوضاع والأفكار السائدة في زمن معين، ولهذا ونظراً للصعوبات العملية التي تعيق تحديد حالات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلد القاضي، فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديد هذه الحالات لتقدير القاضي مع تقييد سلطته بهذا الشأن بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في أعمال الدفع بالنظام العام، ولكن مع اختلاف في تحديد هذا المعيار.

- يرى بعضهم وجوب استبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إذا كان يتعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة العليا للدولة، كالقوانين التي تخلّ بالسياسة النقدية مثلاً.

- ويرى بعضهم الآخر ضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المعتقدات المشتركة للمجتمع الإنساني ومبادئ القانون الطبيعي، وذلك حفاظاً على المبادئ الأساسية العليا السائدة في المجتمع المتمدن. كالقوانين التي تنظّم الرقّ أو التي تمنع الأم من الاعتراف بابنها غير الشرعي.

- ويقترح فريق آخر أعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية التي من شأنها أن تعكّر السياسة التشريعية في ميدان معين تتباين بشأنه المواقف بين الدول. وذلك من أجل حماية بعض الخيارات التشريعية الوطنية أو المؤسسات القانونية الخاصة التي تعبّر عن بعض المظاهر الأساسية للمجتمع القائمة فيه. ومن الأمثلة على هذه القوانين، المأخوذة من القضاء الفرنسي، القانون الأجنبي الذي يسمح بإقامة دعوى إثبات الأبوة الطبيعية في مدّة تفوق المدّة التي يحددها القانون الفرنسي، لأنّ ذلك يمسّ بالسياسة التشريعية الفرنسية الرامية إلى حماية الأب المزعوم من كل دعوى قد تقام ضده بعد مضي السنتين المحددتين في القانون الفرنسي، ويؤدي إلى اختلال النظام العام الفرنسي.

- ويقول فريق آخر بوجوب استخدام الدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القوانين الأجنبية التي تشتمل على نُظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، مثل القوانين التي تسمح بالتبني خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن الملاحظ أنّ مختلف هذه الآراء تتقارب حول فكرة أساسية هي وجوب استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والخُلقية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين. ولعلّ هذه الفكرة تُشكّل معياراً موضوعياً عاماً يُفضّل على غيره من المعايير المقترحة. ويمكن أن يكون بالتالي دليلاً للقاضي في إعمال فكرة النظام العام.

ومع هذا كلّه فإنّ القاضي يظلّ يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال إعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه. غير أنّ هذه السلطة التقديرية لا تعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته وقناعاته الذاتية، بل لابدّ له من إعمال معايير عامة موضوعية، وذلك على نحو ما قالت به المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنيّ المصريّ: "ويخلق به أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يفتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً".

ومما لا شك فيه أنّ القاضي يخضع في استلزامه لشعور الجماعة لرقابة محكمة النقض. لأنّه يترتّب على إعمال الدفع بالنظام العام، كاستثناء على القانون الأجنبي واجب التطبيق، تعطيل العمل بقواعد الإسناد الوطنية. ولذلك فإنّ الخطأ في إعمال النظام العام يُعدّ من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

ونظراً لتغيّر النظام العام من حيث الزمان فإنّه يجب على القاضي أن يعتدّ بوقت عرض النزاع من أجل تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلاده لا بوقت نشوء العلاقة. ويذهب فريق من الفقهاء إلى القول بوجوب الاعتداد بيوم النطق بالحكم.

ولابدّ أخيراً من تأكيد ما يقول به الفقهاء من ضرورة أن يكون استخدام الدفع بالنظام العام مقروناً بالحكمة والاعتدال، لا يلجأ إليه إلا في الأحوال التي تستدعي تدخله لحماية المبادئ

الأساسية العليا في المجتمع ضد القوانين التي يمكن أن تتال منها، وذلك للحيلولة دون تعطيل قواعد الإسناد دون مبرر حقيقي، لأنّ النظام العام سلاح ذو حدين، فإذا كان القصد منه حماية هذه المبادئ فإنّ سوء استخدامه أو التوسع فيه يمكن أن يؤدي إلى هدم نظام قواعد الإسناد الوطنية.

ب- خصائص فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

يمكن من خلال التعريف السابق أن نلتصّ الخصائص والصفات التالية التي يتمتع بها النظام العام في القانون الدولي الخاص كاستثناء على القانون الأجنبي واجب التطبيق:

أولاً- الصفة الوطنية:

إنّ النظام العام الذي يحول دون تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام الوطني، أي النظام العام في الدولة التي تتبعها المحكمة الناظرة في النزاع، لأنه يستهدف حماية الأوضاع الأساسية والمبادئ الجوهرية السائدة في النظام القانوني الوطني. فهو بمضمونه وأهدافه نظام وطني صرف، وهو لذلك يختلف من بلد إلى آخر، وحتى بين الدول التي يربطها نوع من الوحدة في التقاليد والأفكار والمعتقدات. فهناك نظام عام سوري ولبناني ومصري وفرنسي وأمريكي ... الخ. وإذا كان هناك حالات مشتركة أو متماثلة بين كثير من الدول يمكن أن يتدخّل فيها النظام العام للدفاع عن بعض القيم والمثل المشتركة التي تؤلف القيم المثالية للمجتمع الإنساني، كمبادئ حقوق الإنسان، وبخاصة المبادئ التي تقضي بعدم التمييز في اللون أو الجنس أو اللغة بين الأفراد، فإنّ ذلك لا يجعل من النظام العام نظاماً دولياً، لأنّه لا بد لذلك من هيئة دولية فوق الدول لها قوانينها ونظمها الخاصة بها، وهذا ما لا نعرفه بعد. ولكن هل هذا يعني أنّ النظام العام بمفهومه الوطني هذا، المستخدم في نطاق علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، هو ذاته النظام العام الذي نستخدمه في نطاق العلاقات الداخلية أم أنّه مفهوم أصيل متميز عنه؟.

لقد كان هذا الموضوع وما زال مثار خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يقول بوحدة النظام العام، ومنهم من يميز بين النظام العام الداخلي أو النسبي أو الشخصي، وبين النظام العام الدولي أو المطلق، أو بين النظام العام الدولي والنظام العام الدولي بحق .

ويتقديرن أن النظام العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والذي يطلق عليه بعضهم النظام العام الدولي، والنظام العام في العلاقات الداخلية هما في الحقيقة والواقع نظام عام واحد هو النظام الوطني أو النظام العام للدولة. غير أن هناك بعض أوجه التباين بينهما من حيث نطاق تطبيقهما وآثار استخدام كل منهما وشدته.

1- فبالنسبة لنطاق تطبيق كل منهما نجد أن نطاق تدخل النظام العام في العلاقات الداخلية هو أوسع بكثير من نطاق تدخله في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. ففي القانون الداخلي هناك مجموعة من القوانين والقواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، ومثال ذلك النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والأهلية والنسب، وتعدّ من النظام العام. أمّا في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي فإنّ مختلف هذه المسائل تخضع بالنسبة للأجانب لقانون جنسيتهم، وتتباين أحكامها تبايناً شديداً عما هي عليه في القانون الوطني، إلا أن النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي لا يتدخل في مواجهة هذه القوانين للحيلولة دون تطبيق جميع أحكامها المختلفة. وهناك أيضاً العديد من القواعد المتعلقة بغير هذه المسائل تعدّ من النظام العام على صعيد القانون الداخلي، إلا أنّها لا تعدّ كذلك على صعيد القانون الدولي الخاصّ.

2- يترتب على إثارة الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي إبطال العلاقة في حين أنه يترتب على إثارته في ميدان القانون الدولي الخاصّ استبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه وتطبيق القانون الوطني عوضاً عنه، ضمن الحدود التي يتعارض فيها مع النظام العام، دون أن يترتب على ذلك بالضرورة بطلان العلاقة أو عدم نشوئها، بل قد يؤدي تدخله أحياناً إلى قلب وضع العلاقة القانونية من علاقة باطلة وفق القانون الأجنبي إلى علاقة صحيحة في ظل القانون الوطني الذي يطبق عليها باسم النظام العام.

3- يظهر النظام العام في القانون الدولي الخاص بدرجات مختلفة من حيث آثاره، فأثره بالنسبة لعلاقة يراد إنشاؤها في بلد القاضي يختلف عن أثره بالنسبة للعلاقة التي نشأت صحيحة في الخارج، ويراد التمسك ببعض آثارها في بلد القاضي. ففي العلاقة الأولى يكون أثره مطلقاً يتناول نشأة العلاقة وآثارها، أمّا في العلاقة الثانية فيكون أثره مخففاً لا يتناول نشأتها ولا كل آثارها، أمّا النظام العام في القانون الداخلي فليس له مثل هذه الدرجات في الشدة.

إنّ النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، يبقى وطنياً ولا ينقلب إلى نظام عام دولي. صحيح إنّ النظام العام الدولي يأخذ بعين الاعتبار متطلبات التجارة الدولية والتعامل الدولي، إلا أنّ ذلك لا يقبله إلى نظام دولي. وإذا أطلقنا عليه الصفة الدولية فإنّ ذلك من باب تحديد ساحة تحرّكه، لتميزه عن النظام العام في القانون الداخلي.

ثانياً - الصفة الغامضة:

لقد أشرنا فيما سبق إلى صعوبة وضع تعريف دقيق لمضمون النظام العام، أو إيجاد معايير محددة من أجل ضبط هذه الفكرة المتبدلة والمتغيرة بتغير المكان والزمان، مما يضفي على مضمونه طابع الغموض وعدم الوضوح.

ويكفي للتدليل على جهالة مضمونه، وعدم معرفته بصورة مسبقة أن نعرف أنّ أعمال الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد، بل أنه يتم في المرحلة اللاحقة لتحديد القانون واجب التطبيق، وبعد الكشف عن مضمون أحكامه ومقارنتها مع أحكام القانون الوطني، والأفكار التي يقوم عليها. ومما يحول دون جلاء مضمون النظام العام أيضاً صفته المتغيرة.

ثالثاً - الصفة المتغيرة أو النسبية:

إنّ النظام العام ليس فكرة ثابتة ومستقرة إلى الأبد، فكما يختلف العام من حيث المكان أي من دولة إلى دولة ومن مجتمع إلى آخر، كذلك يختلف النظام العام من حيث الزمان من وقت إلى آخر ومن جيل إلى جيل داخل المجتمع والدولة الواحدة. وذلك بسبب تطور الأوضاع والظروف والأفكار، وما يستتبع ذلك من تغيير في التشريعات والمفاهيم المهيمنة في الدولة. فقد يحصل أن يُعدّ قانون أجنبي مخالفاً للنظام العام في بلد معين وفي وقت محدد، ثم يأتي زمن يصبح فيه هذا القانون الأجنبي نفسه متفقاً مع النظام العام في البلد نفسه.

ولقد عبّر الأستاذ السنهوري عن هذه الصفة في النظام العام بفكرة النسبية. بمعنى أنه لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا في أمة معينة وفي جيل معين.

ونستخلص من ذلك أنّ تحديد مدى معارضة القانون الأجنبي للنظام العام يتعلق بمضمون القانون الأجنبي، كما يتعلق بمضمون القانون الوطني. ونظراً لإمكان تغيير أحكام كلّ منهما عبر الزمان بفعل تطور المجتمع، فإنّ من شأن ذلك أن يؤثر أو يغيّر في حالات تدخل

النظام العام في الدولة الواحدة بين وقت وآخر. وهذا ما يضيف على النظام العام مرونة كبيرة فيضيق ويتسع وفقاً للأوضاع وتطور الزمان.

ويترتب على الصفة المتغيرة للنظام العام، كما قلنا سابقاً، وجوب قيام القاضي بتقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلاده وقت نظر النزاع، وليس وقت نشوء العلاقة التي ثار بشأنها هذا النزاع.

ونشير أخيراً إلى أنّ دائرة تدخّل النظام العام كاستثناء على القانون الأجنبي الواجب تطبيقه تنقلص كثيراً في الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً بتعدد الديانات أو الطوائف. والسبب في ذلك يعود إلى عدم إمكان إثارة الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي متى كانت أحكامه مخالفة للشريعة العامة المطبقة في دولة القاضي أو لإحدى الشرائع الخاصة الأخرى، ولكنها مطابقة أو مماثلة للأحكام المطبقة لدى الشرائع الخاصة الداخلية الأخرى أو لإحداها.

وهذا الأمر من شأنه أن يضيف على مفهوم النظام العام، الذي يتدخّل عملياً، طابعاً دينياً لا علمانياً من جهة، ويجعله أكثر وضوحاً وثباتاً من جهة أخرى، لأنّ مضمونه يكون مستمداً من قواعد دينية واضحة غير قابلة للتبدّل أو التغيير، ومن شأنها أيضاً أن تبدد الصفة الغامضة لهذا النظام. وهذا الأمر ينطبق على حالة تعدد الشرائع في سورية في مسائل الأحوال الشخصية.

ج- آثار الدفع بالنظام العام

ويترتب على أعمال الدفع بالنظام العام أثران: أثر سلبي، وهو استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وأثر إيجابي، وهو تطبيق قانون القاضي. والأثر السلبي للنظام العام إمّا أن يكون مطلقاً أو مخففاً.

أولاً: الأثر السلبي والأثر الإيجابي للنظام العام

أ- الأثر السلبي:

إنّ أعمال الدفع بالنظام العام في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي يؤدي إلى استبعاد القانون الواجب تطبيقه على النزاع. وهذا هو الأثر السلبي للنظام العام، لأنّه إذا كان هذا القانون

يتعارض في أحكامه مع المفاهيم والمبادئ الأساسية للمجتمع في بلد القاضي فيجب عليه الامتناع عن تطبيقها، كما لو كان هذا القانون يُجيز التوارث مع اختلاف الدين، ففي هذه الحالة تُستبعد أحكام هذا القانون باسم النظام العام، ولكن ضمن الحدود اللازمة لحماية الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها.

وعلى ذلك يمكن أن يكون استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق بصورة جزئية أو كلية بحسب الحالات.

ويكون الاستبعاد جزئياً إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطاً بنويماً وثيقاً ببقية أجزاء القانون واجب التطبيق، بحيث لا يتوقف على تطبيق هذا الجزء تطبيق بقية أجزاء هذا القانون، أي إن استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية أحكامه، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على التركة يُجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورث والوارث. فإن مثل هذا النص يخالف النظام العام في سوريا، ويترتب على أعمال الدفع به أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص فقط من التطبيق، وبالتالي استبعاد الوارث المختلف في ديانتته عن ديانة المورث.

أما الأحكام الأخرى في هذا القانون الأجنبي المتعلقة، مثلاً، بشروط الإرث ونصيب كل وارث وحالات المنع والحجب... الخ، فتطبق على موضوع النزاع إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام.

أما إذا كان الجزء المخالف للنظام العام يرتبط ببقية أجزاء القانون الأجنبي ارتباطاً وثيقاً، بحيث يترتب على عدم تطبيقه عدم إمكان تطبيق بقية أحكام هذا القانون، بمعنى أن أحكام القانون الأجنبي المختص تُشكّل كلاً لا يتجزأ في التطبيق، ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعاداً كلياً بمجمل أحكامه. وذلك كما لو كان القانون الأجنبي واجب التطبيق على العقد يُجيز هذا العقد استناداً إلى سبب معين، وكان هذا السبب مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي. ففي هذه الحالة إذا كان هذا السبب من الأهمية بحيث يرتكز وجود العقد عليه، فإن تدخل النظام العام في مواجهة هذا السبب يؤدي بالضرورة إلى هدم العقد بكامله، ولو أن بقية جوانب العقد الأخرى تعدّ صحيحة في نظر القانون واجب التطبيق على هذا العقد.

وكما لو كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يُجيز الزواج مع اختلاف الدين، وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة. فإنّ إعمال نصّ هذا القانون الذي يقضي بصحة الزواج مع اختلاف الدين يصطدم مع النظام العام السوري. وبناءً على ذلك يجب على القاضي عدم الأخذ به، أي استبعاده من التطبيق وإعمال قانونه عوضاً عنه، مما يترتب على ذلك منع قيام الزوجية.

وإذا كان الأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية في حالة تعارضه معه، فهل معنى ذلك أن يبقى موضوع النزاع بلا قانون يحكمه؟.

سارت المحاكم في بعض الدول، في حال استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، على إعلان عدم اختصاصها. غير أن هذا يؤدي إلى إنكار العدالة، ولهذا كان لابدّ من تطبيق قانون آخر محل القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، وهذا ما يُعبّر عنه بالأثر الإيجابي للنظام العام.

ب- الأثر الإيجابي:

ولقد استقر الفقه والقضاء في هذه الحالة على وجوب تطبيق قانون القاضي عوضاً عن القانون الأجنبي المختصّ بحكم النزاع، والذي استبعد باسم النظام العام. وهذا الاتجاه هو الأفضل، لأنّه الحل الذي تفرضه طبيعة الأمور، وينسجم مع منطق النظام العام بحد ذاته. ولهذا يمكن القول: إنّ النظام العام يعمل باتجاهين: الأول هو استبعاد القانون الأجنبي المختص، والثاني هو تطبيق قانون القاضي. وبناءً على ذلك يجب على القاضي، في المثال السابق، تطبيق قانونه الوطني (القانون السوري) على موضوع النزاع لسدّ الفراغ الناجم عن استبعاد القانون المختص أصلاً بحكم النزاع.

وإذا كان تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يؤدي إلى عدم قيام رابطة الزوجية، فإنّ تطبيقه باسم النظام العام يؤدي أحياناً، وعلى العكس، إلى نشوء العلاقة القانونية التي لا يُجيزها القانون الأجنبيّ المختص، كما لو كان الزوج في المثال السابق مسلماً والزوجة غير مسلمة، وكان هذا القانون لا يسمح بالزواج مع اختلاف الدين، فإنّ مثل هذا القانون يعدّ مخالفاً للنظام العام في

سوريا، ويستبعده القاضي السوري ليطبّق عوضاً عنه قانون الأحوال الشخصية الذي يسمح بمثل هذا الزواج.

على أنّ تطبيق قانون القاضي باسم النظام العام يجب ألا يتم إلا ضمن الحدود التي يستبعد فيها القانون الأجنبي الواجب تطبيقه. فإذا كان الاستبعاد جزئياً طبّق القاضي قانونه ضمن الجزئية التي استبعد فيها هذا القانون، بحيث يشترك قانون القاضي في هذه الحالة مع القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في حُكم النزاع، ضمن حدود الأحكام المستبعدة من هذا القانون. أمّا إذا كان الاستبعاد كلياً فعندها يستقلّ قانون القاضي بحُكم النزاع.

ويتحدّد تطبيق قانون القاضي، نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام، بطبيعته بالحالات التي يوجد لها حكم مناسب في هذا القانون. أمّا إذا كانت أحكامه غير قابلة للتطبيق على موضوع النزاع بحكم عدم ملاءمتها أو بسبب خلوها من أيّ حل للمسألة المعروضة، فلا بدّ في هذه الحالات من أن يترك الأمر للقضاء لإيجاد الحل المناسب مستعيناً بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وذلك بالنسبة لكلّ نزاع على حدة، دون تقييده بقاعدة عامة.

ثانياً – الأثر المطلق والأثر المخفف للنظام العام¹

1- الأثر المطلق:

يتميّز الفقه والقضاء الفرنسيّان بصورة خاصة، بصدد تحديد أثر الدفع بالنظام العام، بين الحالة التي يُراد فيها إنشاء حقّ في دولة القاضي، والحالة التي يُراد التمسكّ فيها بأثار معينة نتجت عن حق مكتسب أصولاً في الخارج، وذلك على أساس أنّه إذا كان إنشاء الحقّ في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها فإنّ أثار هذا الحقّ قد لا تتعارض بالضرورة مع هذا النظام فيما إذا نشأ هذا الحقّ صحيحاً في الخارج.

فبالنسبة للحقّ الذي يُراد إنشاؤه في بلد القاضي يبحث القاضي فيما إذا كان نشؤه وفقاً للقانون الأجنبي الواجب تطبيقه يتعارض مع النظام العام أم لا. فإذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة له ترتّب على ذلك استبعاده من التطبيق، كما رأينا سابقاً، وعدم السماح بنشوء هذا الحقّ أو العلاقة

¹ راجع في مفهوم الأثر المخفف في القضاء والفقه الفرنسيين:

BATIFFOL et LAGARD. Précité, p. 435 et s., 367 et s.

القانونية في بلد القاضي، كما لو أراد شخص تركي مسلم تبني شخصاً آخر سورياً في سوريا، فإنه لا يمكن له ذلك لأنّ هذا التصرف يخالف النظام العام في سورية. وهذا هو الأثر المطلق للنظام العام وهو الأثر العادي.

2- الأثر المخفف للنظام العام:

وهذا الأثر يرتبط بحقّ نشأ خارج بلد القاضي بشكل صحيح وفق القانون الواجب تطبيقه أصولاً، ولكنّ إنشاء هذا الحق في بلد القاضي يُخالف النظام الوطني.

فإذا أراد صاحب هذا الحق لاحقاً التمسك بآثار هذا الحق في بلد القاضي، فهل يمكن له ذلك؟.

في هذه الحالة يتدخّل النظام العام بشكل مخفف فلا يؤدي إلى نقض هذا الحق أو إبطاله إذا نشأ صحيحاً في الخارج، وبحيثُ يسمح بالتمسك بآثاره المترتبة عليه قانوناً إذا كانت هذه الآثار بحدّ ذاتها لا تخالف النظام العام الوطني دون تلك المخالفة له. وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام.

ويجد هذا الأثر أساسه القانوني في فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج. ولقد أخذ القضاء الفرنسيّ بها بصدد زواج الشخص المسلم بأكثر من امرأة في وقت واحد وفقاً لقانونه الوطني، والذي يُعدّ مخالفاً للنظام العام الفرنسيّ، فأجاز لمثل هذا الشخص، الذي تزوج من امرأة ثانية خارج فرنسا، وانتقل بعدها إلى فرنسا مع زوجته، التمسك بآثار هذا الزواج الثاني عملاً بفكرة الأثر المخفف للنظام العام.

والعمل بالأثر المخفف للنظام العام لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام إطلاقاً بالنسبة لهذه الآثار، بل يُمكن للنظام العام في بلد القاضي أن يتدخّل لاستبعاد الآثار المخالفة له، مثل تمسك الزوج بحقه وفق قانونه الوطني بتأديب زوجته.

أما في سورية فلم نعرث بعدُ على أحكام قضائية أخذت بفكرة الأثر المخفف. ولا يوجد بتقديرنا ما يحول الأخذ بهما عملاً بفكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج.

التحايل على القانون

يُقصد بالتحايل على القانون عموماً استخدام الأفراد لوسائل مشروعة بحد ذاتها بقصد الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته. وبهذا المعنى يمكن أن نتصور لجوء الأفراد إلى التحايل على القانون في ميدان القانون الدولي الخاص عن طريق استخدام قواعد الإسناد من أجل التهرب من تطبيق أحكام قانون معين، سواء أكان قانون القاضي أم قانون دولة أجنبية. ويحصل ذلك بإحداث تغيير في ضابط الإسناد الذي يتحدد بمقتضاه القانون واجب التطبيق، بحيث تصبح العلاقة خاضعة لقانون آخر يتفق مع مصالحهم الشخصية، كما لو غير الشخص جنسيته، واكتسب جنسية دولة معينة يسمح قانونها بالطلاق وصولاً إلى تطلق زوجته الذي لا يسمح به قانون جنسيته السابقة.

ويمكن أن يتحقق هذا التحايل في الأحوال كافة التي يكون فيها ضابط الإسناد متوقفاً على إرادة الأفراد، أي في الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد قابلاً للتغيير والتبدل وفق إرادة الأفراد، مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول. فقد يلجأ الأفراد إلى تغيير الجنسية، أو الموطن، أو إلى نقل المال المنقول إلى بلد آخر بقصد تطبيق قانون الجنسية الجديدة، أو الموطن الجديد، أو الموقع الجديد للتهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً فيما إذا كان يتضمن أحكاماً أمره أو مانعة لا تتفق مع مصالحهم.

في مثل هذه الأحوال لجأ القضاء في بعض الدول إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي أراد الأفراد إخضاع العلاقة له وتطبيق القانون الذي لجأوا إلى التهرب من أحكامه عن طريق إعمال الدفع بالتحايل على القانون، وبخاصة فيما إذا كان هذا القانون هو قانون القاضي أي القانون الوطني.

ومن أشهر القضايا التي أعمل فيها القضاء الفرنسي الدفع بالتحايل على القانون قضية الأميرة دي برفرومون التي تعود بتاريخها إلى عام 1878، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية استبعاد القانون الألماني الذي تمّ بموجبه تطلق هذه الأميرة من زوجها الفرنسي بعد أن اكتسب الجنسية الألمانية، وأبطلت هذا الطلاق الذي حصل عن طريق التحايل على القانون الفرنسي الذي لا يُجيز الطلاق.

أما المُشرِّع السوري فقد سكت عن الدفع بالتحايل على القانون في مواجهة القانون الأجنبي، ولعلّ القضاء في سورية لم تتح له الفرصة بعد ، على حد معرفتنا، لإبداء موقفه من هذا الدفع كاستثناء على القانون الذي يُراد إحلاله بالغش محل القانون الذي يجب تطبيقه أصلاً على موضوع النزاع. وليس هناك بتقديرنا ما يحول دون الأخذ به في نطاق علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي، طالما أنه أعمل هذا الدفع في نطاق العلاقات الداخلية.

ونظراً لأهمية هذا الدفع، كواحد من آليات القانون الدولي الخاص، سنحاول بيان أساسه القانوني، وعناصره، ونطاقه، وآثاره فيما يلي:

أ - الأساس القانوني للدفع بالتحايل على القانون

يرى قسم من الفقهاء في فكرة التحايل على القانون، كاستثناء على القانون الواجب تطبيقه، مظهراً خاصاً من مظاهر فكرة النظام العام التي تقوم على أساس الدفاع عن مصلحة النظام القانوني الوطني ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض معه. ويجد بعضهم الآخر في فكرة التحايل على القانون مفهوماً مستقلاً عن النظام العام، ولكنّه يقترب منه إلى حد كبير². فهما يتشابهان من حيث النتيجة وهي استبعاد القانون الواجب تطبيقه، ولكنهما يختلفان:

من حيث الاعتبارات: ففي الدفع بالتحايل على القانون يؤخذ بعين الاعتبار حيل وأفعال ذوي المصلحة، أما في النظام العام فيؤخذ بالاعتبار مضمون القانون الأجنبي.

ومن حيث الهدف: فالتحايل على القانون يستهدف المحافظة على مفعول القانون المختص الذي تمّ استبعاده والتحايل عليه سواء كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، أما النظام العام فيستهدف استبعاد القانون الواجب تطبيقه المخالف للنظام العام.

والفقه السائد يرى في التحايل على القانون مظهراً من مظاهر تطبيق مفهوم التعسف في استعمال الحق، ينطوي بشكل أساسي على فكرة الباعث غير المشروع. لأنه إذا كان من حقّ الشخص تغيير جنسيته أو موطنه فإنّه يكون متعسفاً في استخدام هذا الحقّ إذا كان القصد منه التهريب

² انظر في ذلك: الدكتور حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005. ص 197 وما بعدها، ص 200، وما بعدها.

من أحكام القانون المختص وصولاً إلى تحقيق مصلحة أو منفعة شخصية لا يقَرها هذا القانون أصلاً.

أما المُشرِّع التونسي فقد انفرد بين التشريعات العربية في إفراده نصّاً خاصّاً في القانون الدّولي الخاصّ التونسي لتكريس الدفع بالتحايل على القانون كاستثناء على القانون الأجنبي المختصّ، منسجماً بذلك مع الاتجاهات المعاصرة في هذا الصدد³.

ب- عناصر الدفع بالتحايل على القانون ونطاق تطبيقه

أولاً: عناصر الدفع بالتحايل على القانون

يقوم التحايل على عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي.

أ- العنصر المادي: وهو إجراء تغيير إرادي وحقيقي في ضابط الإسناد. فيجب أن يتم التغيير بفعل إرادة الفرد لا جبراً عنه. كما يجب أن يكون حقيقياً لا صورياً وسليماً من الناحية القانونية. فإذا كان التغيير احتمالياً أو صورياً أو غير مشروع فلا ينتج آثاره.

ب- العنصر المعنوي: وهو نية التحايل.

أي يجب أن يكون التغيير الإرادي والحقيقي مقترناً بنية التحايل على القانون، أي بقصد التهرب من أحكام القانون المختص أصلاً وصولاً إلى تطبيق قانون آخر يحقق الغاية من التغيير. فإذا كان التغيير مقصوداً لذاته، أي مجرداً من أية نية للتهرب فلا ينتج هذا التغيير أثره، ولا يُعدّ الفعل بالتالي تحايلاً على القانون.

ودون وجود هذه النية أو الدافع غير المشروع لا يتكامل مفهوم التحايل على القانون المختص.

ومن المعمول به قضاء أنّ الاستدلال على هذه النية يُعدّ من وسائل الواقع التي يستقلّ بها قاضي الموضوع، ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض، أمّا مسألة الأثر المترتب على وجود هذه النية كما استخلصها قاضي الموضوع، أي من حيث عدّ ذلك بمثابة تحايل، فتخضع لرقابة محكمة النقض.

³ فلقد نصت المادة (30) من القانون الدّولي الخاصّ التونسي على ما يلي: يقوم التحايل على القانون عن طريق تغيير مصطنع في أحد عناصر الإسناد المتعلقة بالوضعية القانونية الفعلية وذلك بقصد التهرب من تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي المسمّى من قبل قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها. وعند تحقق شروط التحايل لا يؤخذ بعين الاعتبار التغيير الذي طرأ على قاعدة الإسناد.

ثانياً: نطاق تدخل الدفع بالتحايل على القانون

هل يُعمل بالدفع بالتحايل على القانون لحماية القانون المختص، إذا كان وطنياً فقط (كما حصل في قضية دي بوفرمون) أم إذا كان وطنياً أو أجنبياً؟

أ- حماية القانون الوطني

يرى بعضهم وجوب قصر نطاق تدخل الدفع بالتحايل على القانون على حالات التهرب من أحكام القانون الوطني دون الأجنبي⁴.

ب- حماية القانون المختص وطنياً كان أم أجنبياً

ويرى آخرون وجوب إعمال الدفع بالتحايل على القانون لحماية القانون المختص سواء كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً⁵.

وهذا الاتجاه هو الأفضل بتقديرنا لأنه ينسجم مع المنطق التام لفكرة التحايل على القانون. ولأنّ التحايل أو الغش يُعدّ أمراً غير مشروع، ويخالف أخلاق التعامل، فيجب مكافحته بغض النظر عن صفة القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه، سواء أكان وطنياً أم أجنبياً. وعلاوة على ذلك فإنّ التحايل على القانون الأجنبي يُعدّ تحايلاً على القانون الوطني، أي تحايلاً على قواعد الإسناد الوطنية. وهذا ما تؤكدته الطبيعة الثنائية لقواعد الإسناد التي تشير إمّا بتطبيق القانون الوطني وإمّا بتطبيق القانون الأجنبي. فإذا ما أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لحكم النزاع، وحاول الأفراد التهرب من أحكام هذا القانون المختص، فإنّ هذا العمل يُعدّ في الوقت نفسه تهرباً مما تقضي به قواعد الإسناد الوطنية، أي تحايلاً على القانون الوطني بحد ذاته. ولهذا يجب إعمال الدفع بالتحايل على القانون من أجل حماية القانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد سواء أكان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، للحيلولة دون العبث بقواعد الإسناد الوطنية والخروج بها من غاياتها الأساسية.

⁴ P. Ierebours Pignonnière et y. LOUSSOUARN , Précis des droit international privé, 9 ème. Ed. 1970, Paris, P. n ° 70.

⁵ BATIFFOL et LAGARD, précité, P. 442 et s. n °. 373.

ج- آثار الدفع بالتحايل على القانون

يختلف الفقهاء حول مدى الجزاء الذي يترتب على إعمال الدفع بالتحايل على القانون، فيرى قسم منهم أنّ جزاء التحايل على القانون يجب أن لا يقتصر على عدم سرّيان أو عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي أَرادها المتحايل، بل يجب أن يتناول أيضاً عدم سرّيان وسيلة التحايل.

و لكنّ الرأي السائد في الفقه والقضاء لا يُسلم بذلك، ويجعل جزاء التحايل على القانون يتناول عدم سرّيان النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المشروعة⁶.

وعملاً بهذا الرأي يقتصر أثر الدفع بالتحايل على القانون، في المثال السابق، على عدم سرّيان النتيجة في بلد القاضي وهي الطلاق، أمّا تغيير الجنسية فيبقى صحيحاً ومنتجاً لبقية الآثار التي تترتب عليه، باعتبار أن هذا التغيير يُعدّ عملاً مشروعاً في حد ذاته.

ومع تأييدنا لهذا الرأي، إلا أننا نرى أنّ هذه المسألة ترتبط أصلاً بأثر الدفع بالتحايل على القانون بالنسبة للقانون الذي أراد الأفراد إحلاله بالغشّ محل القانون المختص أصلاً. وهذا الأثر هو استبعاد هذا القانون الذي عُقد له الاختصاص بصورة غير مشروعة، وبالمقابل تطبيق القانون المختص أصلاً بحُكم النزاع. ويكون إبطال النتيجة أو عدم سرّيانها بالتالي ليس إلا نتيجة لإعمال هذا القانون، دون أن يكون لأحكامه أيُّ أثر على وسيلة التحايل من حيث الاعتداد بها أو عدمه. وهذا ما يؤكد بدوره سلامة الرأي الذي سبق لنا تأييده بأنّ أثر الدفع بالتحايل على القانون يؤدي عملياً إلى عدم سرّيان النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة:

- 1- انصياح القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية
- 2- تطبيق القاضي له من تلقاء نفسه
- 3- عدم تطبيقه إذا لم يتمسك الخصوم به
- 4- عدم تطبيقه إلا إذا ثبت الخصوم تشابهه مع القانون الوطني

الإجابة الصحيحة رقم 1

⁶ انظر: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، مرجع سابق ص 166، فقرة 158.

قواعد الإسناد السورِيّة

الوحدة التعليمية السابعة

القانون الواجب تطبيقه على حالة الأشخاص

الكلمات المفتاحية:

حالة الشخص الطبيعي - قانون جنسية الشخص - الأسم واللقب - الغياب - حالة الشخص الإعتباري (النظام القانوني) - مركز الإدارة الرئيسي - مركز الاستقلال الرئيسي - قانون مركز الإدارة الرئيسي العقلي.

الملخص:

تحديد القانون الواجب تطبيقه على حالة الشخص الطبيعي عن قانون النظام القانوني للشخص الإعتباري وتخضع حالة الشخص الطبيعي إلى قانون جنسية الشخص أمام النظام القانوني للشخص الإعتباري فيخضع لقانون مركز الإدارة الرئيسي العقلي. ويتحدد نطاق تطبيق كل منهما على تحديد المسائل التي تدخل في مفهوم الحالة أو تلك التي تدخل في مفهوم النظام القانوني للشخص الإعتباري.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء على الطالب أن يكون قادراً على تطبيق القانون الواجب تطبيقه وتحديد مبرراته ونطاق تطبيقه والاستثناءات على هذا القانون.

تعريف قواعد الإسناد ومصادرها

يقصد بقواعد الإسناد السورية مختلف القواعد التي يجب على القاضي السوري اتباعها في تحديد القانون الواجب تطبيقه على المسائل التي يمكن أن يثور بصددتها تنازع بين قوانين الدول. والمصدر الأساسي والرئيس لهذه القواعد هو القانون المدني السوري.

حيث كرس المشرع قسماً خاصاً، في الفصل الأول من الباب التمهيدي من هذا القانون، لقواعد تنازع القوانين من حيث المكان. وهي المواد من 12 إلى 24 ضمناً، التي سبق لنا عرضها من قبل، والمتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل المشار إليها سابقاً.

ويُضاف إلى هذه القواعد التي جاءت في القانون المدني بعض القواعد الأخرى التي وردت في القوانين الأخرى، ومنها المادة 14 من قانون أصول المحاكمات، والمادة 5، والمادة 38 من قانون التحكيم الجديد لعام 2008.

ومن المصادر الأخرى الخاصة بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص السوري:

المعاهدات التي ورد ذكرها في المادة 25 من القانون المدني، والتي جعلها المشرع مرجحةً على القوانين اللاحقة لها عند قيام تعارض بينهما.

ومبادئ القانون الدولي الخاص التي أوجب المشرع اتباعها فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين. فلقد نصت المادة 26 من القانون المدني السوري على ما يلي: "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص". وتعدّ هذه المبادئ مصدراً تكملياً لقواعد تنازع القوانين يمكن اللجوء إليها لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على المسائل التي لم يخصّها المشرع بقاعدة إسناد. ومن هذه المسائل: بعض أنواع العقود مثل عقد العمل، والنسب غير الشرعي، والتبني، والأهلية المقيدة وغيرها.

وستنولى دراسة قواعد الإسناد التي ورد ذكرها في القانون المدني في الفصول التالية آخذين بعين الاعتبار إمكانية ضم بعضها في مجموعات متجانسة.

القانون الواجب تطبيقه على حالة الأشخاص

ميّز المُشرّع السوريّ من حيث القانون الواجب تطبيقه بين حالة الشخص الطبيعي وحالة الشخص الاعتباري.

حالة الشخص الطبيعي

أ- قاعدة خضوع الحالة لقانون جنسيّة الشخص (القانون الوطني)

تقضي الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدنيّ بما يلي:

"الحالة المدنيّة للأشخاص... يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيّتهم".

أي إنّ القانون الواجب تطبيقه على حالة الأشخاص هو قانون جنسيّة الشخص، أي قانونه الوطني، وليس قانون الموطن المعمول به في بعض الأنظمة الإنكلوسكسونية.

أ- مبرراتها:

ويقوم اختصاص قانون الجنسيّة في حكم المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وغيرها من المسائل المتعلقة بالشخصية في القانون الدولي الخاصّ السوريّ على الاعتبارات التالية:

1- إنّ الأحوال الشخصية وبخاصة الحالة والأهلية هي من الصفات التي تلحق الشخص على وجه الدوام لذلك يشترط فيها الاستقرار والثبات وعدم تبدّل النظم القانونية التي تحكمها. والقانون الذي يضمن لها ذلك هو قانون الجنسية. لأنّ رابطة الجنسيّة، كعلاقة قانونية بين فرد ودولة معينة، هي أكثر قوة واستقراراً من علاقة الموطن، وأقلّ عرضة للتغيير منه. لأنّ الموطن يتحدد مبدئياً بالإرادة ويتغيّر بتغيّرها.

2- ويضيف هؤلاء إلى ذلك حُجّة أخرى، مستمدة من أفكار مانشيني، تتصل بفكرة سيادة الدولة على رعاياها وبالشعور الوطني، مفادها: إنّ قوانين الدولة المتعلقة بالأحوال الشخصية إنّما وضعت لرعايا هذه الدولة بشكل يتوافق مع معتقداتهم وعاداتهم وتقاليدهم. ولهذا يجب أن تطبّق عليهم دون سواهم، وأن تلحقهم أينما وجدوا، لأنهم العنصر الشخصيّ لسيادتها وقوام كيانها. كما أن تطبيق قانون جنسيّة الأشخاص على المسائل المتعلقة بأحوالهم الشخصية يعزز من ارتباطهم

- بقوانين بلادهم ويؤدي في الوقت نفسه إلى تنمية الشعور الوطني لديهم. لاسيما وأن سورية هي من الدول التي يهاجر منها عديد من أبنائها إلى مختلف دول العالم.
- 3- بالإضافة إلى ذلك إنّ قانون الجنسية يلبي توقعات الأفراد، وينسجم مع أوضاعهم التاريخية والاجتماعية، وهو يتوافق مع الاتجاه السائد في أكثر دول العالم.
- 4- وكذلك يرى أنصار قانون الجنسية أن صعوبات تطبيق هذا القانون لا يمكن أن تؤدي إلى هجره، لأنّ تطبيق قانون الموطن يصطدم هو أيضاً بصعوبات مماثلة، وذلك في حالة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً، وفي حال عدم التعرف على الموطن "جهالة الموطن" أو انعدامه.
- ومن الملاحظ أنّ قانون الجنسية هو النظام المتبع في مختلف الدول العربية دون استثناء. ويرجع ذلك إلى وحدة الظروف والأوضاع والاعتبارات السائدة في الوطن العربي في نطاق المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

أما قانون الموطن فهو غير القانون الوطني للشخص إذا كان مقيماً خارج البلد الذي ينتمي إليه بجنسيته، وإخضاع حالته لقانون هذا الموطن قد يفوت الاعتبارات السابقة المتعلقة بتطبيق قانونه الوطني.

ب- انتقاداتها¹

غير أنّ بعضهم يرى أنّ الأخذ بقانون الجنسية بشكل عام قد يصطدم بصعوبات محددة في الحالات المتعلقة بتعدد الجنسيات وانعدامها والإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع. ولقد عالجتنا سابقاً هذه الحالات المختلفة وفق أحكام المواد 27 و 28 من القانون المدني. وهذه الصعوبات لا تُشكّل أبداً سبباً لهجر قانون الجنسية لصالح قانون الموطن².

¹ انظر في المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن:

الدكتور فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، 2009، ص 17 وما بعدها.

² انظر في صعوبات تطبيق قانون الجنسية، الدكتور فؤاد ديب، المرجع السابق، ص 179 وما يليها.

ب- مفهوم الحالة والعناصر المشمولة بالقانون الواجب تطبيقه عليها

المقصود بالحالة هنا الحالة المدنية للشخص الطبيعي، وهي مختلف العناصر القانونية الطبيعية المتعلقة بالتعريف بالشخص بحد ذاته وتمييزه عن غيره، مثل الاسم واللقب والموطن والجنس (ذكر أم أنثى) ولون الشعر والعلامات الفارقة الخ، وبتحديد مركزه من أسرته وعلاقاته العائلية كالزواج والنسب والطلاق والأبوة والبنوة³

أما الحالة السياسية للشخص فتتعلق بجنسيته وبمركزه من دولته، والجنسية ليست محلاً لتنازع القوانين، لأن كل دولة تتفرد بتحديد رعاياها بموجب قانون جنسيته. غير أن تعدد الجنسيات لدى الشخص أو انعدامها يمكن أن يثير تنازعاً بين هذه الجنسيات (تنازعاً إيجابياً في حال تعددها وسلبياً في حال انعدامها).

ولقد خصّ المشرع بعض العناصر القانونية لحالة الأشخاص بقواعد إسناد تفصيلية، مثل الزواج والطلاق والتطليق والانفصال. الأمر الذي يجعل المادة 12 المشار إليها سابقاً قاعدة عامة تسري على عناصر الحالة كافة التي لم يخصصها المشرع بقاعدة محددة، ومن هذه المسائل الاسم واللقب والموطن.

1- الاسم واللقب⁴

بموجب المادة 40 من القانون المدني السوري يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده، فالاسم واللقب إذاً من العناصر القانونية لحالة الأشخاص المدنية. والاسم هو ما يميّز به الشخص عن غيره، ويعطى له من قبل والديه عند ولادته، وبالتالي فإن الاسم يخضع لقانون جنسية الشخص، أي لقانونه الوطني، ويسري هذا القانون على اللقب وعلى إمكانية اكتساب الأسماء المستعارة وحملها واستخدامها وانتقالها إلى الغير وآثارها. صحيح أن اسم الشخص يتصل بالقانون العام نظراً لمصلحة الدولة في تمييز سكانها بالأسماء وتحديد التكاليف المترتبة عليهم. إلا أنه يُعدّ أصلاً أحد عناصر حالة الشخص الطبيعي الأساسية، ويرتبط بها أكثر من ارتباطها بالقانون العام.

³ انظر في هذا المعنى: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الأول، ص 242.
⁴ نصت المادة 42 من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998 صراحة على خضوع الاسم لقانون جنسية الشخص

أما الاسم التجاري فيعد من عناصر المتجر، ويخضع للقانون الذي يخضع له المتجر كمشروع تجاري يمثل حقاً مالياً فيه.

وسنرى لاحقاً أنّ اسم المرأة المتزوجة يخضع من حيث اكتسابه وتبدّله للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون الزوج وقت الزواج بخصوص الأجانب.

2- الموطن:

الموطن كما عرّفته المادة 42 من القانون المدني السوري هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وهو أحد العناصر القانونية المكونة لحالة الشخص الطبيعي. ومفهوم الموطن وعناصره في القانون السوري هي غير مفهومه في القوانين الأخرى⁵.

وكما يختلف مفهوم الموطن في القانون المقارن باختلاف النظم القانونية للدول المختلفة، كذلك يتخذ الموطن مفاهيم متعددة ومتباينة في القانون الداخلي، (كالموطن العام، والموطن الخاص، والموطن القانوني، والموطن المختار)، والموطن الأصلي للشخص هو غير محل إقامته وغير محل سكناه وغير مقر أعماله.

وعملياً يمكن أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وفي أكثر من دولة، وكلّ هذا من شأنه أن يعطي لمسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على الموطن أهمية كبيرة في التعامل على الصعيد الدولي.

وعملاً بالمادة 12 المشار إليها سابقاً يخضع موطن الشخص الطبيعي لقانونه الوطني، أي لقانون جنسيته، سواء بخصوص موطنه العام أم موطنه القانوني. أمّا الموطن المختار في العقود فيخضع للقانون الذي يحكم العقد.

غير أنّه لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الفقه الحديث يميل إلى إخضاع الموطن لا لقانون الجنسية ولكن لقانون المؤسسة القانونية التي يلعب فيها الموطن دوراً⁶. وهذا القانون لا يمكن معرفته بصورة مسبقة، لأنّه يختلف باختلاف المؤسسة أو النظام الذي رتبّ عليه أثراً. فموطن الشخص

⁵ أما الموطن في القانون السويسري فهو "المكان الذي يقيم فيه الشخص مع نية الاستقرار فيه" (م 33).

⁶ من كبار الفقهاء المنادين بذلك الأستاذ الفرنسي لوفاسور:

LEVASSEUR. La détermination du domicile en droit international privé Français, thèse, Paris, 1931.

الذي تتحدد بموجبه المحكمة المختصة مثلاً لا يكون خاضعاً لقانون الشخص بل لقانون القاضي الذي عقد الاختصاص القضائي لمحاكم موطن الشخص.

3- الغياب:

ومن المسائل التي تتعلق بحالة الشخص الطبيعي وتخضع لقانون جنسيته حالة الغياب، أي الحالة التي يُعدّ فيها الشخص غائباً وآثار الغياب على شخص الغائب، وعلى أمواله والنظم المقررة لحمايته.

ومن المعلوم أنّ تشريعات الدول تختلف في تنظيم مختلف هذه المسائل، فالشخص الذي يُعدّ غائباً عن موطنه ويعامل كذلك وفق قانون معين قد لا يُعدّ كذلك في قانون دولة أخرى. وقد يُحكم بموت الغائب حكماً بموجب قانون محدد، ولكنّه لا يُعدّ كذلك في نظر قانون آخر، مما يجعل من معرفة القانون الواجب تطبيقه على هذه المسائل أمراً في غاية الأهمية نظراً لاختلاف الدول في تحديد هذه الحالة وأحكامها.

وعملاً بأحكام المادة 1/12 من القانون المدنيّ يسري على الغياب وشروطه وآثاره المختلفة في القانون السوريّ قانون جنسية الغائب باعتبار هذه الحالة من أهم الصفات التي تتكون منها حالة الشخص المدنية، ويدخل في ذلك المدة التي يجب انقضاؤها حتى يُعدّ الشخص غائباً، وشروط إثبات الغياب وحكم رجوع الغائب، ومتى يُعدّ الغائب مفقوداً أو ميتاً حكماً؟، وكذلك آثاره على شخص الغائب وعلى علاقاته الأسرية، وتحديد مصير أمواله باستثناء ما تعلق منها بالميراث.

أما الإجراءات التحفظية والوقائية التي يمكن اتخاذها على أموال الغائب فتخضع لقانون موقع هذه الأموال حفاظاً على سلامة المعاملات وحماية لحقوق الغير، وغالباً ما يتطابق هذا القانون مع قانون القاضي.

حالة الشخص الاعتباري

أ- قاعدة خضوع النظام القانون للشخص الاعتباري لقانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي

بموجب الفقرة الثانية من المادة 12 المشار إليها أعلاه يخضع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية لقانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. وهذه القاعدة مقررة بحرفيتها في تشريعات بعض الدول العربية: كجمهورية مصر العربية والعراق وليبيا والكويت والأردن، باستثناء القانون الجزائري الذي يفرض إخضاع الأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطاً في الجزائر للقانون الجزائري، ولو كان مركز إدارتها الرئيسي في الخارج (المادة 10 من القانون المدني).

وعملاً بهذه القاعدة، إذا كانت إدارة الشخص الاعتباري موزعة في دول عدّة فإنه يؤخذ بمركز الإدارة الرئيسي دون غيره من المراكز الفرعية من أجل تحديد القانون الذي يحكم نظامه القانوني، ويشترط في هذا المركز أن يكون فعلياً لا صورياً.

ويطبّق هذا القانون بصفته قانون موطن الشخص الاعتباري لا بوصفه قانون جنسيته⁷. ويستدل على ذلك من أحكام المادة 10 من قانون الشركات السوري لعام 2011، التي أخذت بمكان التأسيس في سورية لاعتبار الشركة سورية بحكم القانون، ولو كان مركز إدارتها خارج سورية. ومن أحكام المادة 55 من القانون المدني المتعلقة بموطن الشخص الاعتباري، والتي بموجبها يُعدّ موطناً للشخص الاعتباري المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والمادة 27 من قانون التجارة رقم 33 لعام 2007 التي فصلت بين المركز الرئيسي للشركة وبين جنسيتها. والأخذ بقانون موطن الشخص الاعتباري، يعود إلى أهمية الموطن القانونية والاقتصادية والاجتماعية في وجود هذا الشخص.

Laurent LEVY, la nationalité des sociétés, L. G. J, Paris 1984.

⁷ راجع جنسية الشركات:

ب- نطاق تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي

يدخل في نطاق تطبيق هذا القانون المسائل كافةً المؤلفة للنظام القانوني للشخص الاعتباري، وأهمها:

- مدى تمتع الشخص الاعتباري بالشخصية الاعتبارية⁸.
- تنظيم الشخص الاعتباري وتكوينه وإدارته والتصرف المنشئ له.
- نشأة الشخص الاعتباري وتعديله وانحلاله أو اندماجه والآثار المترتبة على مختلف هذه المسائل.
- طرق انقضائه.

ج- الاستثناء على قانون مركز الإدارة الرئيسي الأجنبي

استثنى المشرع من قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي الأجنبي، حالة ما إذا كانت الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، التي مركز إدارتها الرئيسي خارج أراضي الجمهورية العربية السورية، تمارس نشاطها الرئيسي في هذه الأراضي. إذ أوجب في هذه الحالة خضوعها للقانون السوري باعتباره قانون مركز نشاطها الرئيسي وذلك وفق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 12 المشار إليها سابقاً، والتي تنص على ما يلي: "... ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في سوريا فإنّ القانون السوري هو الذي يسري".

وهذا الاستثناء المقرر لمصلحة القانون الوطني متبع في مختلف الدول العربية التي تأخذ بقانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، وهو يرتبط بمركز النشاط الرئيسي، وليس بمركز الإدارة الرئيسي. بمعنى أنه يجب تطبيق القانون السوري كلما كان مركز نشاط الشخص الاعتباري الرئيسي في سوريا، ولو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج. ويُعدّ مركز النشاط الرئيسي في سوريا إذا كان هذا الشخص قد جعل من أراضي الجمهورية العربية السورية مركز الاستغلال الرئيسي، أي مقراً لممارسة القسم الأكبر أو الأعظم من مشروعاته الاقتصادية أو من استثماراته المالية، وليس مجرد أي نشاط بسيط.

⁸ بموجب المادة 40/ من القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998 فتخضع أهلية الشخص الاعتبارية للتصرف لقانون الدول التي يمارس فيه نشاطه. أما بشأن الحقوق المتصلة بشخصية الشخص الاعتباري تخضع وفق أحكام المادة 43 من هذا القانون لقانون دولة التأسيس أو إلى قانون الدولة التي يمارس فيها نشاطه عندما يتعلق الأمر بهذا النشاط.

ويمكن تبرير هذا الاستثناء المقرر لمصلحة القانون السوري استناداً إلى اعتبارات وطنية تتعلق بتطبيق القوانين المحلية على الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها الاقتصادي الرئيسي في سورية، وسد الطرق أمامها للتهرب من أحكام القانون الوطني عن طريق جعل مركز إدارتها الرئيسي الفعلي في الخارج⁹.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يطبق قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي على الشخص الاعتباري بصفته:

1- قانون مركز نشاطه الرئيسي

2- قانون جنسيته

3- قانون مركز الاستغلال

4- قانون موطنه

الإجابة الصحيحة رقم 4

⁹ راجع في ذلك: الدكتور فؤاد ديب، مرجع سابق، (تنازع القوانين) ص 193 وما بعدها.

الوحدة التعليمية الثامنة

القانون الواجب تطبيقه على الأهلية والنيابة الشرعية

الكلمات المفتاحية:

الأهلية - أهلية الأداء - أهلية الوجوب - أهلية الأداء الخاصة - الأهلية المقيدة - أهلية التقاضي - أهلية الجنائية - أهلية المساءلة عن الفعل الضار - الولاية - الوصاية - القوامة - الغياب

الملخص:

لا بد من التمييز من حيث القانون الواجب تطبيقه على الأهلية بين مختلف أنواعها من جهة وبينها وفيها نظم النيابة الشرعية كالولاية والوصاية والقوامة والغياب.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على:

- تفهم قواعد الاسناد المختصة.
- تطبيق القانون الواجب تطبيقه وتحديد نطاقه والمسائل التي تدخل ضمنه بالنسبة إلى مختلف هذه النظم.

عملاً بأحكام المادة 1/12 المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، تخضع الأهلية والنظم المتصلة بها للقانون الشخصي، أي لقانون جنسيّة الشخص. ولكنّ المُشرّع السوري ولاعتبارات تتعلق بخصوصية هذه النظم وتعددتها فضّل تخصيص الأهلية، ونظّم النيابة الشرعية بقاعدتين للإسناد هما: المادة 12 والمادة 17 من القانون المدنيّ.

الأهلية

تنص المادة 12 من القانون المدنيّ السوريّ في فقرتها الأولى على أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيّتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سوريا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهّل على الطرف الآخر تبيّنه فإنّ هذا السبب لا يُؤثّر في أهليته". وهذا النص ينطوي على قاعدة واستثناء.

أ- قاعدة خضوع الأهلية لقانون جنسيّة الشخص (القانون الوطني)

بموجب هذه القاعدة تخضع أهلية الأشخاص الطبيعيين لقانونهم الوطني، أي لقانون جنسيّتهم، وبالتالي يكون الشخص كامل الأهلية أو ناقصها إذا كان قانونه الوطني يعدّه كذلك. وفي القوانين الداخلية للدول لا يُعدّ الشخص كامل الأهلية إلا ببلوغه سنّاً معينة، يطلق عليها سنّ الرشد. وهذه السنّ ليست واحدة في مختلف دول العلم، فهي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة في القانون السوري والقانون الفرنسي، وتسع عشرة سنة في القانون الجزائري، وإحدى وعشرون سنة في القانون المصري، وثلاث وعشرون سنة في هولندا مثلاً. فالشخص الذي يُعدّ كامل الأهلية وفق القانون السوري قد لا يُعدّ كذلك وفق القانون المصري، والشخص ناقص الأهلية وفق القانون المصري قد يُعدّ كامل الأهلية وفق القانون الجزائري، وهذا الاختلاف يجعل من مسألة تحديد القانون الذي يحكم أهلية الشخص في غاية الأهمية.

وهذه القاعدة بنصّها المشار إليه أعلاه موجودة في معظم التشريعات العربية باستثناء المُشرّع الجزائري الذي تأثّر في صياغة المادة 10 من القانون المدنيّ الجزائريّ المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على أهلية الشخص، بما جاء في المادة 3/3 من القانون المدنيّ الفرنسي، إذ تنص المادة 10 من القانون المدنيّ الجزائريّ على ما يلي:

"تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية". ومما يؤخذ على هذه القاعدة ما يؤخذ على مختلف قواعد الإسناد أحادية الجانب التي تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على أهلية الوطنيين دون الأجانب، مما يستدعي توليد قاعدة مماثلة بخصوص أهلية الأجانب، وعلى القضاء تقع مثل هذه المهمة.

وتقوم قاعدة إخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيّتهم على اعتبارات تتعلق بكون الجنسيّة من ألصق المسائل المتعلقة بشخص الإنسان، لأن أحكامها تهدف أصلاً إلى حماية الشخص نفسه من نقص قدرته على التمييز.

ب- نطاق تطبيق القاعدة

لتحديد مجال تطبيق قانون الجنسية لابدّ من بيان ما المقصود بالأهلية الوارد ذكرها في المادة 12 المشار إليها سابقاً؟.

ينصرف اصطلاح الأهلية، بشكل عام، إلى كل من أهلية الوجوب وأهلية الأداء. وأهلية الوجوب هي قابلية الشخص للتمتع بالحقوق والقيام بالواجبات، أمّا أهلية الأداء فهي قدرة الشخص نفسه على ممارسة هذه الحقوق والقيام بهذه الالتزامات، وأهلية الأداء إمّا أن تكون أهلية أداء عامة أو أهلية أداء خاصة، وهي ما يعرف بالأهلية المقيدة أو موانع التصرف. وتختلف أهلية الأداء العامة عن أهلية الأداء الخاصة من حيث المعيار والغاية، فمعيار أهلية الأداء العامة هو التمييز، أمّا معيار أهلية الأداء الخاصة فهو اعتبارات أخرى غير التمييز.

وتهدف قواعد الأهلية العامة إلى حماية الشخص نفسه من نقص قدرته على التمييز، بالنسبة للتصرفات القانونية كافة، أمّا القواعد الناظمة لأهلية الأداء الخاصة فلا تهدف إلى حماية شخص المتصرف بل حماية مصلحة اجتماعية أو غير ذلك، وهي تلحق الشخص بالنسبة إلى بعض الأعمال والتصرفات. ومن الأمثلة على أهلية الأداء الخاصة (أو الأهلية المقيدة أو موانع التصرف) في القانون السوري: منع القضاة والمساعدين العدليين والمحضرين والمحامين من أن يشتروا الحقّ المتنازع فيه (مادة 439 مدني)، ومنع النائب من أن يشتري لنفسه ما نيظ به بيعه ما لم يكن ذلك بإذن القضاء (مادة 477 مدني)، ومنع السماسرة والدلالين والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم بيعها أو تقدير قيمتها (448 مدني).

كما يشمل اصطلاح الأهلية أنواعاً أخرى مثل أهلية التقاضي، والأهلية الجنائية، وأهلية المساءلة عن الفعل الضار. فالى أي نوع من أنواع الأهلية المختلفة ينصرف حكم المادة 12 من القانون المدني السوري؟.

بالرجوع إلى مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، أصل القانون المدني السوري، نجد أن المُشرِّع قد قصد بتعبير الأهلية الوارد ذكرها في هذه المادة هي أهلية الأداء وحدها دون غيرها وأهلية الأداء العامة، أي قدرة الشخص على الالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية، دون أهلية الأداء الخاصة. إذ جاء في هذه المذكرة ما يلي: "على أنه لم ينص على خضوع الأهلية المقيدة أو الخاصة لقانون الجنسية، ... لأنّ لهذه الأهلية وضعاً خاصاً يُحسن أن يُترك لاجتهاد القضاء"¹.

وبناءً على ذلك فإنّ نطاق تطبيق قانون جنسيّة الشخص يشمل مختلف المسائل المتعلقة بتنظيم أهلية الأداء العامة كافة، مثل تحديد سنّ الرشد وعوارض الأهلية وحالات انعدامها الطبيعية والقانونية ونقصانها والآثار المترتبة على ذلك، سواء أكانت هذه الأهلية لازمة لممارسة الأعمال المدنية أم التجارية.

ولكن ما هو القانون الذي يحكم كلاً من أهلية الوجوب، وأهلية الأداء الخاصة، والأهلية الجنائية، وأهلية التقاضي، وأهلية المساءلة بالنسبة للأفعال الضارة؟.

تتعدد الاتجاهات التشريعية والفقهية بصدد أهلية الوجوب، فهناك اتجاه يقول بإخضاعها لقانون الجنسية على غرار أهلية الأداء بعدّها من مظاهر الشخصية القانونية للفرد، وهناك اتجاه آخر في الفقه العربي يقضي بإخضاعها للقانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج تحتها الحقّ الذي يُراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، ووفق هذا الرأي يمكن أن يختلف القانون الواجب تطبيقه على أهلية الوجوب باختلاف الفكرة التي ترتبط بها. ووفق اتجاه ثالث يجب أن تخضع للقانون الإقليمي. وأفضل هذه الاتجاهات بتقديرنا هو الاتجاه الأخير، لأنّه لا يمكن، على الصعيد الدولي، فصل أهلية الوجوب عن مسألة التمتع بالحقوق والمركز القانوني للأجانب.

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء الأول ص 243.

وبالنسبة لأهلية الأداء الخاصة أو موانع التصرف، فإنّ الاتجاه السائد في القانون الدولي الخاصّ المقارن، والذي نؤيده، يقضي بإخضاعها للقانون الذي يحكم التصرف الذي تقرر المنع بصدد.

فأهلية شخص ما لتلقي الوصية من مريضه تخضع للقانون الذي يحكم الوصية، وليس لقانون الشخص. فإذا كان القانون الواجب تطبيقه على الوصية هو القانون الفرنسي مثلاً، وكان الشخص الموصّى له طبيياً فإنّ الوصية لا تُعدّ صحيحة لأنّ هذا القانون لا يُجيز مثل هذه الوصية. أمّا إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو القانون السوريّ فإنّ مثل هذه الوصية تُعدّ صحيحة.

أما بالنسبة إلى أهلية المساءلة عن الفعل الضار فتخضع، كما سنرى لاحقاً، لقانون محل وقوع الفعل وليس لقانون جنسيّة الشخص، بعدها من أركان المسؤولية التقصيرية.

كما تخضع الأهلية الجنائية للقانون الإقليمي أي لمكان وقوع الجرم.

أما أهلية الأجنبي للتقاضي في سورية فتخضع، من حيث المبدأ، لقانون بلاده وللقانون السوري استثناءً، عملاً بأحكام المادة 14 من قانون أصول المحاكمات السوريّ، التي تنصّ على ما يلي: "يعتبر الأجنبي أهلاً للتقاضي في سوريا إذا توفرت له شروط الأهلية في القانون السوري ولو لم يكن أهلاً وفق قانون بلاده".

ج- الاستثناء على القانون الوطني للشخص الأجنبي:

إذا كان الشخص ناقص الأهلية بموجب قوانين بلاده فيمكن للقضاء السوري اعتباره كامل الأهلية في سوريا، وذلك وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون المدني السوري التي تنص على ما يلي: ". في التصرفات المالية التي تُعقد في سوريا وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته". كما لو أنّ مواطناً سورياً قد تعاقد مع شخص هولندي له من العمر تسع عشرة سنة على أنه كامل الأهلية دون أن يكون عالمياً بأحكام القانون الهولندي التي لا تُعدّ الشخص كامل الأهلية إلا ببلوغه سنّ الثالثة والعشرين، وبعد ذلك امتنع هذا الشخص عن تنفيذ الالتزام الواجب عليه بموجب العقد المبرم بينهما بحجّة أنه لم يكن

كامل الأهلية عند إبرام العقد وفقاً لأحكام قانون بلاده، ثم رُفِعَ النزاع أمام المحاكم السورية. ففي مثل هذه الحالة لا تعتدّ المحاكم بنقص أهليته، ويكون ملزماً بعقده فيما إذا توافرت الشروط الأخرى المقررة بموجب الفقرة 1 من المادة 12 من القانون المدني.

وهذا الاستثناء المقرر في القانون السوريّ مستمدّ أصلاً من القضاء الفرنسيّ الذي أعمله لأول مرة في قضية الشاب المكسيكي ليزاردي عام 1861. وقد أخذت به معظم التشريعات العربية.

وكانت الغاية منه حماية المتعاقد الفرنسي في تعامله مع شخص أجنبي، لأنّه كما قالت محكمة النقض الفرنسية، لا يفترض في الشخص الفرنسي العلم بقوانين دول العالم كافة، وخصوصاً النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد...، ويكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد دون خفة وبغير رعونة وبحسن نية."

أ- الغاية من هذا الاستثناء:

أما الغاية منه في القانون السوري فهي بتقديرنا حماية سلامة المعاملات التي تتم في سورية، وترتب آثارها فيها بين السوريين والأجانب أو بين الأجانب فيما بينهم، وليس مجرد حماية المتعاقد السوريّ لأنّ المُشرِّع لم يربط إعمال هذا الاستثناء بوجود طرف سوري.

ب- شروط إعمال هذا الاستثناء:

يشترط لإعمال الاستثناء المقرر بهذه المادة، أي لاعتبار ناقص الأهلية وفقاً لقانون بلاده كامل الأهلية في نظر القانون السوريّ، ما يلي:

1- أن يكون التصرف الذي أبرمه الشخص من التصرفات القانونية المالية، سواء أكانت مدنية أم تجارية أم غيرها. أمّا إذا كان التصرف من التصرفات القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، كالزواج والتبني، فلا يمكن إعمال الاستثناء بصدده. ويُعمل بهذا الاستثناء في التصرفات المالية والعقود ذات الأهمية الخاصة أو الكبيرة التي تتطلب الحيطة والحذر، كما يُعمل به في التصرفات المالية العادية أو الجارية سواء تعلق الأمر بعقار أو منقول نظراً لإطلاق النصّ (التصرفات المالية) دون اقتترانه أو تقييده بوصف محدد أو بعمليات نوعية محددة، ولو أنّه من الأفضل قصرُ نطاقه على التصرفات الهامة².

² من هذا الرأي: في مصر، الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 84 ص 238/ وفي فرنسا Batiffol et Lagarde, précité, t. II, no 492, p. 143.

2- أن يتم هذا التصرف في سوريا، وأن تترتب آثاره فيها. فإذا تمّ التصرف في سوريا، ولكنّ آثاره قد نتجت في الخارج، أو العكس، أي إذا أبرم في الخارج، ولكنّ آثاره قد تترتبت في سوريا، فلا مجال لإعمال الاستثناء، ويبقى ناقص الأهلية خاضعاً لقوانين بلاده من حيث أهليته، لأنّ الغاية منه هي حماية المعاملات التي تتمّ على الأرض الوطنية، وتنتج آثارها فيها.

3- أن يكون الشخص، ناقص الأهلية، أجنبياً بالنسبة إلى سوريا. أمّا إذا كان وطنياً فلا يمكن للمتعاقد الآخر حتى ولو كان أجنبياً التمسك بالاستثناء والاستفادة من الحماية المقررة بموجبه، لأنه يفترض فيه العلم بأحكام الأهلية في القانون السوري طالما أنّ التصرف قد تمّ في سوريا. ولكن هل يُشترط في المتعاقد الآخر أن يكون بالضرورة وطنياً؟. قد يفهم من عبارة: "إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية" أنّ الطرف الآخر يجب أن يكون وطنياً. غير أنّ هذا المعنى كان موضع شك عند الفقهاء، لأن عبارة "الطرف الآخر" الواردة في الفقرة الأولى من المادة 12 تحتمل معنى المتعاقد الوطني والمتعاقد الأجنبي، فهي لا تقطع في الدلالة على أنّ المراد بها هو المتعاقد الوطني، ولأنّ التصرفات المالية التي تعقد في سوريا وتترتب آثارها فيها لا تقتصر على التصرفات التي تقوم بين السوريين والأجانب، بل تشمل أيضاً التصرفات التي تقوم بين الأجانب أنفسهم. مما يدل على أنّ المُشرّع قد أراد من تقرير هذا الاستثناء حماية سلامة المعاملات التي تتم على الأرض السورية، بغضّ النظر عن جنسيّة المتعاقدين³. وبناءً على ذلك لا يُشترط أن يكون المتعاقد الآخر وطنياً بالضرورة. بمعنى أنّه يمكن للمتعاقد الأجنبي أن يستفيد من الحماية المقررة بموجب هذا الاستثناء إذا لم يكن قادراً على تبيّن نقص أهلية المتعاقد الأجنبي الآخر لسبب لم يسهلّ عليه اكتشافه فيما إذا كانت جنسيّته تختلف عن جنسيّة هذا الأخير. أمّا إذا كان يشترك معه في الجنسيّة فلا يحقّ له ذلك، لأنّه يُفترض به العلم بأحكام قانون بلاده.

4- أن يكون نقص الأهلية راجعاً إلى سبب خفي لا يسهلّ على الطرف الآخر تبيّنه، كما لو كان السبب الجهل بمضمون أحكام القوانين الأجنبية. أمّا إذا كان نقص الأهلية واضحاً وجلياً للعيان فلا يحقّ للطرف الآخر التمسك بهذا الاستثناء والتمتع بالحماية المقرر بموجبه. ويتطلب منطق هذا الشرط أن يكون الطرف الآخر قد تعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية بحسن نية، ويُعدّ هذا الأمر من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

Niboyet, Cours de droit international privé, no 549

³ انظر المعنى نفسه: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 163، ص 596 وما بعدها.

5- كما يفترض منطبق تطبيق هذا الاستثناء أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفق قانون بلاده كامل الأهلية وفق أحكام القانون السوري⁴.

النيابة الشرعية وقاعدة قانون الشخص الواجب حمايته

يُفصّد بالنيابة الشرعية مختلف النظم القانونية المقررة لحماية فاقد الأهلية وناقصيها. والنيابة الشرعيّة في القانون السوري تكون إمّا ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائية؛ الولاية على الولد القاصر، والوصاية على الولد اليتيم، والقوامة على المجنون والمعتوه والمغفل والسفيه، والوكالة القضائية عن الغائبين والمفقودين.

بموجب المادة 17 من القانون المدني السوري: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الواجب حمايته".

ويتربّط على تطبيق هذه القاعدة المحددة في المادة 17 اختلاف القانون الواجب تطبيقه باختلاف الشخص المقصود بالحماية، وفق ما يلي:

أ- قاعدة خضوع الولاية لقانون جنسية الولد الصغير - القاصر

إنّ الشخص المقصود بالحماية في الولاية هو الولد الصغير (القاصر)، وبالتالي تخضع الولاية لقانونه الوطني، أي لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، باعتباره القانون الشخصي الذي يُفترض فيه توفير الحماية اللازمة له في الفترة التي يكون خلالها ناقص الأهلية⁵.

ويدخل في مفهوم الولاية: الولاية على النفس والولاية على المال. والولاية على النفس تشمل سلطة التربية والتأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه والإذن بالتزويج أحياناً وسائر السلطات الأخرى التي يتمتع بها الوالدان للعناية بشخص القاصر، أمّا الولاية على المال فتتناول المسائل المتعلقة بمال القاصر لجهة حفظه وإدارته واستثماره والتصرف فيه.

⁴ راجع في المعنى نفسه: الدكتور عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 84، ص 236 والدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتور سامية راشد، مرجع السابق، فقرة 228 ص 248 و 249 والدكتور هشام علي صادق، مرجع سابق، فقرة 163، ص 598.
⁵ وبموجب المادة 50 من القانون التونسي تخضع الولاية للقانون الذي تم بموجبه انحلال رابطة الأمومة أو لقانون جنسية الصغير أو لقانون موطنه. وعلى القاضي تطبيق القانون الأفضل للصغير (المادة من القانون الدولي الخاص التونسي).

ونظراً لاختلاف مضمون كل منهما تميّز بعض الدول بينهما من حيث القانون واجب التطبيق، فبعض الدول تُخضع الولاية على النفس لقانون موطن الأب، أمّا الولاية على المال فتخضعها لقانون موقع المال⁶. أمّا عند بعضها الآخر فيأخذ بوحدة القانون الواجب تطبيقه على الولاية على المال وعلى الولاية على النفس، كما هو الحال في كثير من الدول اللاتينية، وهو قانون جنسيّة الأب، أي قانون الشخص القائم بالحماية، وليس الشخص المطلوب حمايته.

ولقد حاول جانب من الفقه المصري تقييد نطاق تطبيق هذه القاعدة، المعمول بها في مصر أيضاً، وجعلها قاصرة على الولاية على المال فقط دون الولاية على النفس التي يفضل إخضاعها لقانون جنسيّة الأب باعتبارها من النسب.

وبتقديرنا أنّ صياغة المادة 17، والتي أخذت بالولاية على إطلاقها، لا تسمح لنا بالتمييز، من حيث القانون الواجب تطبيقه بين الولاية على النفس والولاية على المال، وبالتالي يجب أن تخضع الولاية بشقيها في القانون الدولي الخاص السوريّ لقانون جنسيّة الصغير. ويسري هذا القانون على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية مثل، لمن تثبت له الولاية على الولد القاصر، وصلاحيات الوليّ وواجباته، وحالات نزع الولاية أو وقفها أو نزعها، أو حالات استمرارها بعد بلوغ القاصر سنّ الرشد، والحالات التي يجوز فيها للقاصر تسلّم أمواله وإدارتها. أمّا مسؤولية القاصر عن الديون الناجمة عن الديون الناشئة عن هذه الإدارة فتخضع للقانون الذي يحكم مصدر الدين.

وتُشير بصدد تحديد نطاق تطبيق قانون الولد القاصر إلى أنّ بعض الفقهاء وبعض الأحكام القضائية تميل إلى إخراج الحضانة من نطاق هذا القانون وإخضاعها للقانون الذي يحكم آثار النسب، أي لقانون الأب أو الزوج وقت الزواج.

ومما لا خلاف عليه أنّ المسائل غير الموضوعية من الولاية، كالمسائل الإجرائية أو الشكلية، تخرج من نطاق قانون القاصر، وتخضع للقانون الخاص بها بموجب قواعد الإسناد السوريّة.

⁶ راجع في موقف القضاء المصري: الدكتور عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 245 هامش 1، والدكتور هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 564، هـ 2 و 5.

ب- قانون خضوع الوصاية لقانون جنسيّة الموصّى عليه

الشخص المقصود بالحماية بموجب المادة 17 في الوصاية هو الشخص الموصّى عليه، أي القاصر اليتيم. وبالتالي فإنّ القانون الواجب تطبيقه على المسائل الموضوعية الخاصة بالوصاية هو قانون الولد القاصر اليتيم. ويدخل من نطاق هذا القانون المسائل الموضوعية الخاصة بالوصاية مثل:

حالات قيام الوصاية وشروط تعيين الوصي وموانع ذلك، وصلاحياته، وواجباته، والتصرفات التي يجوز له مباشرتها ومسؤوليته عنها، وحالات انتهاء مهمته وسبب عزله، أمّا أهليته لمباشرة الوصاية فتخضع لقانونه الوطني، وليس لقانون الموصّى عليه.

ويخرج من نطاق تطبيق قانون الموصّى عليه، الضرر الذي يمكن أن يلحق بالقاصر بسبب تقصير الوصي أو إخلاله بواجباته، ويخضع لقانون محل وقوع الضرر لتعلق ذلك بالمسؤولية التقصيرية.

ج- قاعدة خضوع القوامة لقانون جنسية المحجور عليه

القوامة نظام قانوني يسمح بمساعدة بعض الأشخاص الراشدين الذين أصاب ملكاتهم العقلية خلل خطير جعلها غير سليمة، مثل المجانين والمعتوهين والسفهاء والمغفلين، بحيث يجب منعهم من التصرف. ولذلك يُطلَق عليهم الممنوعون من التصرف، وبالتالي تخضع المسائل الموضوعية الخاصة بالقوامة لقانون جنسيّة الشخص الممنوع من التصرف، أي المحجور عليه. ويدخل في نطاق هذه المسائل المسائل كافة المتعلقة بحالات قيام القوامة وشروط تعيين القائم بالحماية، أي القيم، وموانع ذلك وصلاحياته وواجباته، وتحديد التصرفات التي يجوز أو يجب عليه القيام بها، وتلك التي لا يجوز له مباشرتها، ومسؤوليته عن أعماله وإدارته لأموال المحجور عليه وأسباب انتهاء مهمته وأسباب عزله.

أمّا أهليته لمباشرة القوامة فتخضع لقانون جنسيته، كما تخضع مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمحجور عليه لقانون محل وقوع الضرر، وتخرج بالتالي من نطاق قانون المحجور عليه أو الممنوع من التصرف.

د - قاعدة خضوع الغياب لقانون جنسية الغائب

الغائب، أي الشخص المقصود بالحماية هنا، هو الشخص الذي لا يوجد في موطنه المعتاد والذي لا يُعرف إذا مازال على قيد الحياة أم لا. أمّا المفقود فهو الذي تنطوي ظروف غيابه على وقائع تسمح بافتراض وفاته، كالغائب الذي سافر بحراً أو جواً ولم يصل إلى مقصده، والغائب بسبب مشاركته في العمليات الحربية أو في ظروف فيضانات أو زلازل أو حرائق ... الخ. ومن النُظم المعروفة لحماية الغائبين نظام الوكالة القضائية المعمول به في سورية.

ويسري قانون الغائب أو المفقود على كل المسائل الموضوعية المتعلقة بالغياب والفقدان مثل، نظام الحماية الواجب اتّباعه، ومتى يُعدّ الشخص غائباً أو مفقوداً، وهل يجوز للغائب تعيين وكيل عنه، ودور المحكمة في تعيين هذا الوكيل أو تثبيته، وشروط تعيينه وصلاحياته، وحالات انتهاء الوكالة القضائية وأسباب عزل الوكيل، وغير ذلك من الأمور المشابهة للشروط الموضوعية للصيانة. ولقد سبق لنا الإشارة إلى أنّ قانون جنسية الغائب يسري أيضاً على مختلف الآثار المترتبة على الغياب سواء بالنسبة لشخصه أم بالنسبة لأمواله⁷.

ونشير أخيراً إلى وجوب تطبيق القانون السوريّ بالنسبة للتدابير والإجراءات التحفظية كافة التي يُطلب اتخاذها على أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب الأجنبي الموجودة في سوريا، ولو لم يكن القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على مختلف هذه المسائل يسمح بها⁸.

كما يجب مراعاة القانون السوريّ بوصفه قانون موقع المال بالنسبة للمسائل الخاصة بالولاية، والصيانة، والقوامة، والغياب، والمتعلقة بنظام الأموال الموجودة في سوريا ونظام حيازتها وأحكام الشهر والتسجيل بشأنها.

⁷ أما في القانون التونسي فتضع شروط الفقدان والغياب وآثارهما لقانون آخر جنسية للغائب أو المفقود.
⁸ وهذا الحل مقرر بموجب المادة 9 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 5 تشرين أول 1961 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حماية القاصرين.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يسري على الأهلية المقيدة القانون الذي يحكم:

1- قانون أهلية الأداء العامة

2- قانون أهلية الوجوب

3- قانون جنسية الشخص

4- قانون موضوع التصرف

الإجابة الصحيحة رقم 1

الوحدة التعليمية التاسعة

الزواج المختلط

الكلمات المفتاحية:

الشروط الشكلية - الشروط الموضوعية - آثار الزواج - انقضاء الزواج - الطلاق - التطليق - الانفصال

الملخص:

يختلف القانون الواجب التطبيق على الزواج باختلاف جوانبه المختلفة كما يختلف هذا القانون باختلاف حالات الزواج: الزواج بين السوريين والأجانب والزواج بين الأجانب.

وتواجه هذه القوانين صعوبات مختلفة في تطبيقها أهمها تدخل قوانين أخرى في حكم بعض المسائل ذات الطبيعة الخاصة.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على التمييز بين مختلف جوانب الزواج والقانون الذي يحكم كل جانب منها وتحديد القانون الذي يحكمها وكيفية تطبيقه وتحديد نطاقه ودور النظام العام في استبعاد هذا القانون متى كان أجنبياً.

تأخذ مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على الزواج أهمية كبرى في القانون الدولي الخاص. وترجع هذه الأهمية إلى اختلاف نظم الزواج والأفكار التي يقوم عليها باختلاف الدول، لا بل باختلاف الجماعات والطوائف ضمن الدولة الواحدة. فهو في البلاد الإسلامية غيره في البلاد الغربية أو الشرق آسيوية أو الإفريقية. والزواج في بعض الدول يقوم على أساس وحدانية الزوجة، كما هو الحال في النظم غير الإسلامية، أمّا في النظم الإسلامية فيتميز بإمكان تعدد الزوجات في الأسرة الواحدة، وفي بعض النظم الغربية يُعدّ الزواج نظاماً دينياً تتدخل الكنيسة في انعقاده، وفي دول أخرى يُعدّ نظاماً مدنياً يتم بمجرد الإيجاب والقبول من قبل الزوجين وبحضور بعض الشهود، كما هو شأنه في الدول الإسلامية وغيرها. ولا يقتصر الاختلاف على شروط انعقاده بل يتناول أيضاً طرق انقضائه، فبعض النظم تسمح للزوج بفصم عرى الزوجية بإرادته المنفردة (الطلاق)، وبعض الدول تسمح للزوجين بالاتفاق على إنهاؤها، وبعضها الآخر يُعدّ الزواج رابطة مؤبدة لا تتحل إلا بالوفاة. والدول التي تسمح بالتطبيق تختلف فيما بينها في تحديد أسبابه وشروطه وآثاره.

ومما زاد في أهمية ذلك انتشار الزواج المختلط بشكل واسع نتيجة تطور العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ووسائل الاتصال بين الدول. ففي سوريا مثلاً أدى تطوّر العلاقات الثقافية والعلمية مع الدول الأجنبية الشرقية، سابقاً، والغربية منها إلى اتساع ظاهرة الزواج المختلط، ونقص ذلك زواج المواطنين العرب السوريين من أجنبيات أو العكس. كما ترتّب على تطور العلاقات مع الدول الأجنبية قيام حالات عديدة من الزواج بين أجنبيات من جنسيات مختلفة على الأرض الوطنية، ونجم عن ذلك كله قيام منازعات قضائية أمام المحاكم الوطنية، بشأن بعض حالات الزواج التي تمّت في سوريا أو خارجها، يتوقف الفصل فيها على تحديد القانون واجب التطبيق. فالزواج إذا كان صحيحاً وفق قانون الزوج قد لا يكون كذلك وفق قانون الزوجة، وإذا كان قانون الزوج لا يُجيز الطلاق فقد يسمح به قانون الزوجة، مما يتطلب والحالة هذه تحديد القانون الواجب تطبيقه على الزواج لمعرفة ما إذا كان الزواج صحيحاً والطلاق جائزاً أم لا إلى غير ذلك من الأمور؟

وفي سوريا يختلف القانون الواجب تطبيقه على الزواج باختلاف جوانبه وباختلاف أشخاصه. فشكل الزواج يخضع للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات عموماً والمحددة في المادة 21 من القانون المدني السوري.

أما بالنسبة لشروط انعقاد الزواج الموضوعية وآثاره وانقضائه، فقد ميّز المشرع من حيث القانون واجب التطبيق بين حالة الزواج بين السوريين والأجانب وحالة الزواج بين الأجانب. وأخذ في الحالة الأولى بوحدة القانون الواجب تطبيقه على مختلف هذه الجوانب، وأخضعها للقانون السوري (المادة 15 مدني).

أما في الحالة الثانية، فقد وضع قواعد إسناد تفصيلية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية مختلف جوانب الزواج من جهة، وإمكانية تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج من جهة أخرى، بحيث يمكن أن يخضع الزواج من حيث شروط انعقاده الموضوعية وآثاره وطرق انحلاله لقوانين مختلفة.

القانون الواجب تطبيقه الشروط الشكلية لعقد الزواج

نتناول بدايةً تحديد القانون الذي يحكم شكل الزواج، ثم نطاق فكرة الشكل.

أ- قاعدة الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات عموماً

جاء القانون المدني السوري حالياً من نصّ خاصّ يبيّن القانون الواجب تطبيقه على الشروط الشكلية لعقد الزواج. فهل يجب في هذه الحالة الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاصّ، عملاً بالمادة 26 من القانون المدني السوري، أم أنّه يجب معاملة شكل الزواج، من حيث القانون واجب التطبيق، معاملة الشروط الشكلية للتصرفات والعقود التي تتمّ بين الأفراد وفقاً لأحكام المادة 21 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمتّ فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك؟"

لقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمّن نصّاً خاصّاً بالشروط الشكلية لعقد الزواج، إلا أنّه حُذف نظراً لوجود قاعدة عامة تتعلق بالقانون الواجب تطبيقه على الشروط الشكلية للتصرفات عموماً¹. وكان المقصود بذلك القاعدة المحددة حالياً في المادة 20 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 21 من القانون المدني السوري المشار إليها سابقاً.

أولاً: مضمون القاعدة:

وبناءً على ذلك، يخضع شكل الزواج في القانون الدولي الخاصّ السوري للقواعد العامة المتعلقة بشكل التصرفات والمحددة في المادة 21 من القانون المدني التي أشرنا إليها سابقاً. وبموجبها يمكن أن يخضع شكل الزواج لأحد القوانين التالية:

- 1- قانون البلد الذي تمّ فيه عقد الزواج. أو
- 2- قانون جنسيّة كلّ من الزوج والزوجة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج). أو
- 3- قانون الجنسيّة المشتركة للزوجين. أو

¹ راجع في تبرير ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص 250 غير أن هذا الحل يفترق إلى إجماع الفقهاء في مصر. إذ يرى الدكتور عز الدين عبد الله أنّ نصّ المادة 20 مصري المقابل للمادة 21 سوري موجه أصلاً إلى شكل العقود الواقعة في نطاق المعاملات المالية، المرجع السابق، فقرة 94 ص 272 وبخاصة ص 279.

4- قانون الموطن المشترك للزوجين.

بمعنى أنّ الزواج يُعدّ صحيحاً من حيث الشكل، في نظر المُشرّع السوري، إذا تمّ وفق الأشكال المقرر في أيّ من هذه القوانين الأربعة حتى ولو كان مخالفاً للأوضاع التي يقرها أيّ قانون آخر من بينها. فمن الناحية العملية يمكن للزوجين، عند إبرام عقد الزواج، اختيار أحد هذه القوانين وإفراغ زواجهم وفق الأشكال المقررة فيه دون غيرها. كما يجب على القاضي الاعتراف بصحة الزواج، من حيث الشكل، إذا كان مطابقاً للأشكال المعروفة في أحد هذه القوانين ولو لم تتصرف إليه نية الزوجين أصلاً.

ثانياً- خصائص القاعدة:

تتميّز قاعدة الإسناد التي أخذ بها المُشرّع السوريّ بصدد شكل التصرفات بأنّها انتقائية، أي اختيارية، لا تُلزم المتعاقدين أو الزوجين بقانون معين. والغاية منها هي التيسير على المتعاقدين عموماً وعلى الزوجين بخاصة وتسهيل الاعتراف بصحة عقد الزواج احتراماً لإرادة الزوجين وضماناً للآثار الخطيرة المتولدة عنه، عن طريق تأمين أسباب صحته من حيث الشكل على الأقل، علاوة على بعض الاعتبارات الأخرى التي تبرر تطبيق كل قانون بحد ذاته. فقانون محل الإبرام تبرره الضرورات العملية، وقانون كلّ من الزوج والزوجة يكفل وحدة القانون واجب التطبيق على الزواج من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، وقانون الموطن المشترك هو قانون موطن الزوجية الذي يلبي تطلعات الزوجين، وقانون الجنسية المشتركة للزوجين هو القانون الذي يفترض معرفتهما به أكثر من غيره من القوانين.

وهذه القاعدة معمول بها في معظم الدول العربية باستثناء بعضها، مثل الكويت والأردن والجزائر. إذ تنصّ الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون الأردني على ما يلي: "أمّا من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عُقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمّ فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي يقرها قانون كلّ من الزوجين". وهي مشابهة لأحكام المادة 37 من القانون الكويتي، وقريبة من المادة 19 من القانون المدني الجزائري، والمادة 46 من القانون الدولي الخاص التونسي الخاصة بشكل العقود عموماً بما فيها عقد الزواج، التي تنص على خضوعها لقانون البلد الذي تمّت فيه أو للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.

وبموجب قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام.

يصح زواج السوريين في الخارج وفق الشكل المحلي الأجنبي إذا كان مدنياً، بالنسبة إلى المسلمين من السوريين، ودينياً بالنسبة إلى غير المسلمين من السوريين.

صحيح أنّ الزواج يُعدّ بالنسبة للمسلمين نظاماً مدنياً، ولكنّه في الواقع هو نظام ذو طبيعة مختلطة، فهو مدنيّ ودينيّ في بعض جوانبه من جهة أخرى.

فلا يصحّ زواج المسلم إلا على يد قاضي مسلم، ولا بد من أجل صحته من حضور شاهدين مسلمين. وعلى هذا لا يمكن إلا تغليب الصفة الدينية على المدنية في عقد الزواج، وبالتالي لا بد من مراعاة قانون كلّ من الزوجين ومعاملة المراسيم الدينية أو الصفة الدينية في الزواج معاملة الشروط الموضوعية من حيث القانون الواجب تطبيقه.

كما يصحّ زواج الأجنبي، من حيث الشكل، وفق الأشكال المقررة في القانون السوري والشرائع الخاصة بغير المسلمين بصفته قانون محل الإبرام باعتبار هذه الأشكال من الأشكال المحلية.

وعملاً بقانون الموطن المشترك للزوجين يصحّ زواج السوريين المتوطنين في الخارج من حيث الشكل وفق أحكام هذا القانون، مع مراعاة ما أشرنا إليه بخصوص الصفة الدينية للزواج والمراسم الدينية، أي بما لا يخالف أحكام القانون السوري بصفته قانون الزوجين.

كما يصحّ زواج الأجنبي من حيث الشكل وفق قانون موطنهما المشترك، ولو كان مخالفاً لقانونهما الوطني، كما يصحّ زواجهما من حيث الشكل إذا تم وفق قانونهما الوطني المشترك الذي يحكم في الوقت نفسه الشروط الموضوعية لزواجهما.

ومما لا شك فيه أنّ الزواج وفق قانون كلّ من الزوجين يضمن سلامة الزواج من حيث الشكل والموضوع سواء بالنسبة للسوريين أو الأجنبي، لاسيما إذا كان الزوجان من جنسية مشتركة. أمّا إذا كانا من جنسيتين مختلفتين فلا بدّ من حيث الشكل من مراعاة الشروط المطلوبة في قانون كلّ من الزوجين. ونُشير أخيراً إلى أنّ الزواج إذا تم وفق الأشكال أو الشكل المقرر في أيّ من القوانين المشار إليها سابقاً، والتي وردت في المادة 21، يُعدّ صحيحاً ولو كان مخالفاً للأشكال

المقررة في القوانين الأخرى، مع مراعاة الاعتبارات المتعلقة باعتبار المراسم الدينية للزواج أو شروطه الأخرى الدينية من الشروط الموضوعية للزواج، بحيث تُعامل معاملة هذه الشروط من حيث القانون الواجب تطبيقه.

كما لا بدّ أن نضيف إلى ما تقدم أنّه بإمكان السوريين في الخارج إبرام زواجهم أمام الجهات القنصلية الوطنية المعتمدة، كما يجوز للأجانب ذلك خارج بلادهم، إذا كانت قوانينهم الوطنية تُجيز ذلك وفق الأوضاع والشروط المقررة للزواج من حيث الشكل.

ب- نطاق فكرة الشكل في الزواج

يقتصر نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج، ونقصد بذلك نطاق القانون الذي يحكم الشكل، على المسائل المعتمدة من الشروط الشكلية للزواج دون غيرها من المسائل. ومما لا شك فيه أنّ تحديد ما يعتبر من الزواج شروطاً شكلية هي مسألة تكييف يتوقف عليها تحديد القانون واجب التطبيق.

وتخضع هذه المسألة وفق المادة 11 من القانون المدني للقانون السوري. ولقد سبق لنا أن بيّنا أنّ المقصود بالقانون السوري هو مجمل التشريعات المطبقة في سوريا، كما أشرنا إلى القانون الذي يمكن الرجوع إليه عند قيام تعارض في تكييف بعض المسائل بين مختلف هذه الشرائع، ألا وهو قانون الأحوال الشخصية باعتباره القانون العام في هذا الشأن. فما هي إذاً المسائل المعتمدة من الشكل وفق هذا القانون؟

من المعروف أنّ فكرة التمييز بين شكل الزواج² وموضوعه ضعيفة في قانون الأحوال الشخصية السوري. لهذا كان من الصعب حصر المسائل الشكلية في عقد الزواج، غير أنّه من الممكن مناقشة بعض المسائل التي تتأرجح بين شكل الزواج وموضوعه في ضوء القواعد العامة. ومن هذه المسائل المراسم الدينية للزواج، وشرط الشهادة، وشرط رضا الوالدين³.

² الدكتور احمد مسلم: الشكل والموضوع في الزواج، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مجلة التشريع والقضاء – السنة الخامسة – العددان 6 و 7 ص 1 وما بعدها.

³ يعتبر القضاء والفقهاء المصري شرط الطقوس الدينية من الشروط الشكلية للزواج. راجع: الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 94 ص 282 و 283 مع الهوامش. ومما يجدر ذكره في هذا الصدد أن القانون الكويتي قد حسم كل خلاف قد يقع حول هذه المسألة ونص صراحة على اعتبارها من الشروط الشكلية للزواج (المادة 37 من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961).

1. شرط المراسم الدينية للزواج

تشتد بعض النظم لصحة الزواج تدخل رجل الدين الذي يمثل الكنيسة في إبرام عقد الزواج، كما هو الحال في اليونان وعند الطوائف المسيحية في سوريا. فهل تُعدّ هذه الطقوس والمراسم الدينية من الشروط الموضوعية أم من الشروط الشكلية للزواج؟

في الدول والنظم التي تنظر إلى الزواج على أنه نظام ديني تُعدّ هذه الطقوس من الشروط الموضوعية الجوهرية، لأنه لا بد من تدخل رجل الدين في إبرام عقد الزواج، باعتباره ممثلاً عن الكنيسة صاحبة السلطة الدينية، وإلا فقد الزواج صفته الدينية، وبالتالي فقد أسباب صحته أصلاً.

أما في الدول التي تعتبر الزواج نظاماً مدنياً، فيكفي لصحته توافق إرادة الزوجين بحضور شهود أو أمام موثق مختص، فنُعدّ الطقوس والمراسم الدينية من الشروط الشكلية، أي من المسائل الخارجية للزواج.

وفي بلادنا يُعدّ الزواج بالنسبة للمسلمين نظاماً ذا طبيعة مختلطة. فهو نظام مدني ولكنه ذو مسحة دينية في الوقت نفسه. فلا يجوز لقاضي أو لقسيس غير مسلم إبرام عقد زواج لرجل مسلم. ولا بدّ من أجل صحته من حضور شاهدين مسلمين.

وعند غير المسلمين هو، بلا شك، نظام ديني لا يصحّ إلا إذا تمّ على يد كاهن من الطائفة التي ينتمي إليها أحد الزوجين. ولكن لو تأملنا دور رجل الدين المسيحي في إبرام عقد الزواج، لوجدنا أنه يقوم بدور مزدوج، فهو يبارك الزواج باسم الإرادة الإلهية بطقوس ومراسم دينية محددة له في ديانته، وهو يقوم أيضاً بدور الموظف الموثق لهذا العقد، مكلفاً بذلك من قبل السلطات العامة في الدولة. وهذا ما يضيف على الزواج عند المسيحيين في قطرنا أيضاً صفة مدنية، إلا أنها ضعيفة نسبياً أمام الصفة الدينية الغالبة عليه.

وعلى هذا، وفي ضوء الطبيعة المركبة لعقد الزواج ولشروطه المختلفة، ألا يمكن عدّ هذه الشروط من قبيل الشروط التي يمكن أن نطلق عليها "الشروط الشرعية" للزواج بالنسبة للمسلمين، والتي تلاحقهم أينما وجدوا سواء على الأرض الوطنية أم في الخارج إذا ما أرادوا الزواج، نظراً لكونها شديدة الالتصاق بالشخص وبعقيدته وبمضمون فكرة الزواج؟.

بتقديرنا أنّ كون الزواج في قانون الأحوال الشخصية هو عقد مدني في عمومه لا يحول دون معاملة شرط المراسم الدينية للزواج بالنسبة للأجانب معاملة "الشروط الشرعية" للزواج بالنسبة

للسوريين من حيث القانون واجب التطبيق، وبناءً على ذلك لا بد من إخضاعه للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية.

2. شرط الشهادة في الزواج

يميل الفقه المصري إلى عدّ هذا الشرط من المسائل الشكلية في الزواج على أساس أن الغاية منه هي مجرد تحقيق العلانية⁴. غير أننا لا نؤيد ذلك، لأنّ شرط الشهادة في القانون السوري يُعدّ بتقديرنا من الشروط الشرعية أيضاً التي تُعامل معاملة الشروط الموضوعية. وقد أشرنا من قبل إلى أنّ المُشرّع قد استلزم في الشهود الصفة الإسلامية، وهذه الصفة ليست شكلية، وإنّما تتصل بمضمون فكرة الزواج في الإسلام.

3. شرط رضاء الوالدين

أما شرط رضاء الوالدين الذي تستلزمه بعض القوانين لصحة زواج القاصر فيُعدّ في بعض الدول من الشروط الشكلية، ويُعدّ في بعضها الآخر من الشروط الموضوعية للزواج باعتباره جزءاً من الإرادة اللازمة لانعقاد الزواج، عند فريق منهم، وبوصفه شرطاً مكماً للأهلية عند آخرين. وأفضل هذه الاتجاهات، عندنا، هو الاتجاه الأخير من بينها. وبناءً على ذلك يجب تطبيق قانون الزوج القاصر على هذا الشرط باعتباره من الشروط الموضوعية للزواج التي تخضع لقانون كلّ من الزوجين.

ج- إثبات عقد الزواج

لابدّ لإثبات الزواج من الاستعانة بأدلة محددة تختلف باختلاف الدول. وتلحق مسألة إثبات عقد الزواج، من حيث القانون واجب التطبيق، بمسألة شكل الزواج للصلة الوثيقة بينهما، وذلك وفق الاتجاه السائد في أكثر دول العالم. وعلى هذا يخضع الإثبات في القانون السوري إمّا لقانون محل إبرام عقد الزواج، وإمّا لقانون كلّ من الزوج والزوجة، وإمّا لقانون موطنهما المشترك، وإمّا لقانونيهما الوطني المشترك. ويسري هذا القانون على الدليل المعدّ للإثبات وقوة هذا الدليل في الإثبات باستثناء إجراءات تقديمه إلى القضاء، إذ تخضع لقانون القاضي عملاً بالقاعدة العامة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الإجراءات.

⁴ الدكتور هشام علي صادق: المرجع السابق، فقرة 131، ص 487.

الزواج بين الأجانب

شروطه الموضوعية وآثاره وانقضاؤه

كما رأينا سابقاً يميّز المُشرّع، من حيث القانون واجب التطبيق على الجانب الموضوعي للزواج، بين شروطه الموضوعية وآثاره وانقضائه.

أ- الشروط الموضوعية للزواج

أولاً- قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكلّ من الزوجين

تنصّ المادة 13 من القانون المدنيّ السوريّ على ما يلي: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كلّ من الزوجين"

والمقصود بقانون كلّ من الزوجين هو القانون الوطني لكلّ منهما، أي قانون جنسيّتهما، وقت الزواج وليس وقت رفع النزاع أمام القاضي.

فإذا كان الزوجان من جنسيّة مشتركة (الزوج فرنسي والزوجة فرنسية) يطبّق القاضي قانون جنسيّتهما المشتركة، أي القانون الفرنسي. وإذا كانا من جنسيّتين مختلفتين، الزوج فرنسي والزوجة لبنانية، فلا بدّ في هذه الحال من تطبيق القانون الفرنسيّ والقانون اللبنانيّ.

وهذه القاعدة التي أخذ بها المُشرّع السوريّ معمول بها في معظم القوانين العربية، ومنها القانون التونسيّ الذي كرّسها مؤخراً في المادة 45 من القانون الدوليّ الخاصّ التونسيّ رقم 27 لعام 1998.

ويمكن القول: إنّ المُشرّع السوريّ قد أخذ بالقانون الشخصيّ لكلّ من الزوجين، باعتبار الزواج رابطة بين شخصين يجب أن تنشأ صحيحة وفقاً لقانون كلّ منهما، دون أن ينفرد قانون الزوج أو الزوجة بحكمها.

وإذا كان تطبيق القاعدة التي أخذ بها المُشرّع السوريّ لا يثير إشكالات محددة إذا كان الزوجان من جنسيّة مشتركة إلا أنّ اختلاف جنسيّتهما لا بدّ أن يضع القاضي أمام مشكلة حقيقية، وهي كيفية تطبيق قانون كلّ من الزوجين، فما هي الطرق المحتملة لتطبيقهما على الشروط الموضوعية للزواج.

ثانياً- كيفية تطبيق قانون كلّ من الزوجين (التطبيق الجامع والتطبيق الموزع)

هل يلجأ القاضي في حال اختلاف جنسيّة الزوجين الأجنبيين إلى تطبيق قانون كلّ منهما على الشروط الموضوعية للزواج، بحيث يطبّق على الزوج قانونه وعلى الزوجة قانونها الوطني؟، وهذا ما يسمى بالتطبيق الموزع، أم أنّه يجب عليه تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً، أي أن يطبّق على

الزوج قانونه الوطني وقانون جنسيّة زوجته، وعلى الزوجة قانونها الوطني وقانون جنسيّة زوجها في آن واحد؟.

أ- التطبيق الجامع

يرى فريق من الفقهاء والقضاء في بعض الدول وجوب تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً، بحيث لا يُعدّ الزواج صحيحاً إلا إذا توافرت في الزوج الشروط التي يتطلبها قانونه، والشروط التي يتطلبها قانون الزوجة، وأن تتوافر في الزوجة أيضاً الشروط التي يحددها قانونها الوطني، والشروط المقررة في قانون الزوج. وذلك على أساس أنّ الهدف من تطبيق هذه القاعدة هو حماية رابطة الزواج بحد ذاتها وليس حماية شخص كل من الزوج والزوجة. وهذا الرأي لا يسلم من النقد، لأنّه يؤدي عملياً، كما قال الفقهاء، إلى تطبيق القانون الأشد وإهمال القانون الآخر.

ب- التطبيق الموزع

تؤيد الأكثرية الساحقة من الفقهاء بحق الأخذ بالتطبيق الموزع⁵، ويناصرها في ذلك القضاء. كما أنّ بعض المُشرّعين الذين تبنوا قاعدة قانون كلّ من الزوجين، بشأن الشروط الموضوعية للزواج، حرص على بيان كيفية تطبيق هذين القانونين بالنص صراحة على وجوب الرجوع، بالنسبة إلى كلّ زوج، لقانون جنسيته عند اختلافها عن جنسية الزوج الآخر، كما جاء في المادة 36 من القانون الكويتي، والمادة 45 من القانون الدولي الخاصّ التونسيّ المشار إليها سابقاً. وبناءً على ذلك يُعدّ الزواج صحيحاً إذا توافرت في الزوج الشروط التي يقررها قانونه، وتوافرت في الزوجة الشروط التي يقررها قانونها. ويقوم هذا الرأي على أساس الولاية الشخصية للقانون الذي يحكم الزواج. فالقانون تقتصر ولايته وحمايته على وطني الدولة دون غيرهم، ولذلك ليس هناك من مبرر لتطبيق قانون الزوج على الزوجة أو العكس عند اختلاف جنسيتهما. غير أنّ بعض هؤلاء الفقهاء يستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج، ويرى وجوب إخضاعها للتطبيق الجامع⁶، بحيث يسري على الزوج الموانع المقررة في قانون الزوجة بالإضافة إلى الموانع المنصوص عنها في قوانين بلاده، وكذلك أيضاً بالنسبة للزوجة.

⁵ راجع في هذا الرأي: Batiffol et Lagarde, précité, t. II, P. 37, n° 414. ويؤيد ذلك الأكثرية الساحقة من الفقهاء المصريين.
⁶ سار القضاء المصري في هذا الاتجاه منذ 1954. محكمة النقض المصرية، 1 نيسان 1954، مجموعة الأحكام التي يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض، السنة الخامسة، ص 747. أما المُشرّع الكويتي فقد أخذ بالتطبيق الموزع على إطلاقه (المادة 36 المشار إليها سابقاً).

والواقع، أن كثيراً من موانع الزواج يتصل أحياناً، من حيث سببه، بأحد الزوجين إلا أن أثره يتناول الزوجين كليهما في آن واحد، مثل الموانع الصحية والدينية والقراية والزواج السابق والعدّة.. الخ. مما يستلزم بالضرورة تطبيق قانون الزوجين تطبيقاً جامعاً بشأنها⁷.

ثالثاً- نطاق تطبيق قانون كل من الزوجين

يتحدد نطاق تطبيق قانون كل من الزوجين بالشروط الموضوعية للزواج. وتحديد طبيعة الشروط التي يمكن أن تكون من المسائل الموضوعية للزواج هي مسألة تكيف تخضع، كما نعلم، لقانون القاضي أي للقانون السوري. غير أن فكرة التمييز بين شكل الزواج وموضوعه هي، كما أشرنا من قبل، ضعيفة في القانون السوري، مما يستدعي عدم تجاهل القانون الأجنبي في عملية التكيف، على نحو ما قلنا به سابقاً بصدد كيفية إجراء التكيف وفقاً للقانون السوري، أي الأخذ بالمفهوم الموسّع. وعلى هذا فلا يمكن، بصورة مسبقة، تحديد الشروط الموضوعية للزواج وحصرها، إلا أنه يمكن، مع ذلك، ذكر بعض الشروط التي تُعدّ من الشروط الموضوعية للزواج وهي:

أهلية كل من الزوج والزوجة للزواج، وصحة الرضا، والشروط الأخرى المتعلقة بإرادة الزوجين، والكفاءة، والولاية في الزواج، وشرط رضا الوالدين، وموانع الزواج، كالقراية والعدّة والطلاق والارتباط بزواج سابق والاعتداء على حياة الزوج الآخر أو الاشتراك في جريمة الزنا وموانع الزواج الصحية وغيرها من الموانع المبنية على أساس من اللون أو الدين.

أما بالنسبة لشرط الشهادة فقد سبق أن عرضنا أنه يمكن عدّه من "الشروط الشرعية" للزواج في القانون السوري، ولا بدّ من معاملته بالتالي معاملة الشروط الموضوعية للزواج، ولا يحول دون ذلك كون الغاية من الشهادة أصلاً هي تحقيق العلانية في الزواج، لأنّ الصفة الإسلامية المطلوبة في الشهود، في القانون السوري، تجعل شرط الشهادة أقرب إلى مضمون فكرة الزواج بحد ذاتها منها إلى فكرة العلانية. وقياساً على ذلك، أي قياساً على الصفة الدينية في شهود الزواج في القانون السوري، يمكن أيضاً إلحاق شرط الطقوس الدينية للزواج بالشروط الموضوعية.

وتُشير أخيراً إلى أنّ مسألة بطلان عقد الزواج تخضع للقانون الذي يحكم مسألة صحة انعقاده، لأنّه لا يمكن الفصل بين هاتين المسألتين من حيث القانون واجب التطبيق. أمّا الآثار المترتبة

⁷ راجع في اختلاف الفقهاء حول كيفية الأخذ بالتطبيق الجامع بصدد موانع الزواج وتفصيلات ذلك: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 123 ص 498 و 499.

على بطلان الزواج، وبخاصة الزواج الظني، فيختلف الفقه الغربي بشأنها، والرأي السائد يقضي بإخضاعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج وليس للقانون الذي يحكم بطلان الزواج⁸.

ب- آثار الزواج

أولاً - قاعدة خضوع آثار الزواج: للقانون الوطني للزوج وقت انعقاد الزواج
إذا نشأ الزواج صحيحاً بين الزوجين الأجبيين، ثم ثار نزاع بينهما حول الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، أو غيرها من آثار الزواج الشخصية أو المالية، وعُرض النزاع على القضاء السوري، فما هو القانون الذي يجب على القاضي تطبيقه على النزاع؟.
حدد المُشرّع السوري القانون الواجب اتّباعه بشأن آثار الزواج في الفقرة الأولى من المادة 14 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربّيها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال". وبناءً على ذلك يجب على القاضي تطبيق قانون جنسيّة الزوج وقت الزواج، وليس جنسيته وقت رفع النزاع فيما إذا غير جنسيته بعد الزواج.

وهذه القاعدة متبعة في معظم التشريعات العربية باستثناء تونس التي أخذت بقانون الجنسيّة المشتركة للزوجين لحكم الالتزامات المترتبة على الزوجين، ويقانون آخر موطنٍ مشتركٍ لهما عند اختلاف جنسيتهما، ويقانون القاضي عند غياب الموطن المشترك⁹.
تثير هذه القاعدة التي أخذ بها المُشرّع السوري الملاحظات التالية:

أ - لقد فضّل المُشرّع إخضاع آثار الزواج لقانون واحد هو قانون الزوج. وإذا كان من مزايا وحدة القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج تلافياً لصعوبات ومساوئ تطبيق أكثر من قانون على موضوع معين من جهة، وتأمين استقرار آثار الزواج من جهة أخرى، غير أنّ الأخذ بقانون الزوج وحده دون قانون الزوجة في حال اختلاف جنسيتهما من شأنه الإخلال بالمساواة بين الرجل والمرأة التي حرص المُشرّع على احترامها عندما أخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كلّ منهما.

ب - إنّ ما يبرر الأخذ بقانون الزوج دون الزوجة، هو الدور الاجتماعي والأسري الذي يلعبه الرجل في مجتمعنا العربي. فهو صاحب السيادة في الأسرة ورأسها ويتمتع بسلطات هامة فيها، ولهذا نجد هذه القاعدة في مختلف القوانين العربية مثل القانون المصري والليبي والعراقي

⁸ راجع في القانون الواجب تطبيقه على بطلان الزواج وآثار هذا البطلان. الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 138 مكرر و139 ص 527 وما بعدها.
⁹ المادة 47 من القانون الدولي الخاص التونسي.

والأردني والسوداني والكويتي والجزائري¹⁰. والواقع أنّ ما يميز قواعد الإسناد الخاصة بعلاقات الأسرة عموماً في القانون الدولي الخاص السوري والعربي هو الأهمية الخاصة التي يتمتع بها قانون الزوج في حكم هذه العلاقات. مما يُشكّل ظاهرة تكاد تتفرد بها التشريعات العربية.

3- واجه المُشرّع حالة التنازع المتغير التي يمكن أن تنجم عن تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج وأثر الأخذ بقانون جنسيّة الزوج وقت انعقاد الزواج وليس وقت رفع النزاع. وربما يرجع ذلك إلى رغبة المُشرّع في حماية الزوجة. باعتبار أنّ هذا القانون قد أطلعت عليه الزوجة، وقبلت به ضمناً بزواجها منه.

ثانياً- نطاق تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج

يُطبّق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج على مختلف آثار الزواج الشخصية والمالية دون تفريق.

أ- الآثار الشخصية:

والآثار الشخصية للزواج هي تلك الآثار المتعلقة بشخص كلّ من الزوجين وبنظام الأسرة. وتشمل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين كالمساكنة والمساعدة والإخلاص والنفقة والمهر وعدّة الوفاة وسلطة الزوج على زوجته، وغير ذلك من الحقوق والسلطات التي يتمتع بها كلّ من الزوجين في سبيل تنظيم الحياة داخل الأسرة واستمرارها. ويدخل في ذلك أيضاً، في نظر القضاء السوري، نفقة الأولاد وحضانتهم¹¹. وذلك على خلاف ما أخذ به المُشرّع السوري في هذا الصدد، كما سنرى لاحقاً.

يضاف إلى هذه الآثار حقّ الزوجة في أن تحمل اسم زوجها في أثناء الزواج، كما هو متبع في قوانين بعض الدول الأجنبية.

ب- المسائل الخلافية:

وهناك بعض المسائل الأخرى المختلف بشأن اتصالها بآثار الزواج الشخصية، ومنها المسائل التالية:

1- أهلية المرأة المتروجة لمباشرة بعض التصرفات القانونية:

من المعلوم أنّ بعض قوانين الدول تقيد حرية المرأة المتروجة لإجراء بعض التصرفات القانونية، وتستلزم حصولها على إذن من زوجها قبل مباشرة هذه التصرفات. فإذا كانت الزوجة تختلف في جنسيته عن جنسية الزوج، وكان قانون هذا الأخير يستلزم، خلافاً لقانون الزوجة، حصولها على إذن من زوجها لمباشرة بعض التصرفات القانونية، يمكن أن نتساءل فيما إذا كانت أهليتها تخضع لقانون جنسيّة الزوج أم تبقى خاضعة لقانون جنسيّتها؟

¹⁰ باستثناء تونس التي أخذت بشأن نظام الأموال بين الزوجين بقانون الجنسية المشتركة للزوجين عند الزواج، وفي حال اختلافها بقانون موطن الزوجية الأول، وفي حال عدم توفره بقانون محل إبرام عقد الزواج. المادة 48 من القانون الدولي الخاص التونسي.

¹¹ نقض سوري 427/419 تاريخ 1968/11/11. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في قضايا الأحوال الشخصية منذ عام 1953 وحتى عام 1970. منشورات وزارة العدل. رقم الاجتهاد 573 ص 278.

يختلف الفقهاء حول هذه المسألة¹²، فيرى فريق منهم أن تقييد حرية المرأة المتزوجة مقرر من أجل حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها، ويقرر بناء على ذلك خضوع أهليتها لقانون جنسيتها عملاً بالقواعد العامة في الأهلية. وهذا ما كان معمولاً به في قانون التجارة لعام 1949 لجهة أهلية المرأة المتزوجة لممارسة التجارة (المادة 24/هـ) ويرى فريق آخر أنّ هذا التقييد أو النقص، الذي يلحق أهلية المرأة لمباشرة التصرفات القانونية نتيجة زواجها، هو أثر من آثار الزواج، الغاية منه هو حماية الأسرة وليس حماية الزوجة، ويجب بالتالي خضوعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

ويرى فريق ثالث ضرورة التمييز بين حالة ما إذا كان نقص أهلية المرأة المتزوجة عاماً وبين حالة ما إذا كان هذا النقص خاصاً ببعض التصرفات. فإذا كان خاصاً، فإنّه يُعدّ حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة، ويخضع بالتالي للقانون الذي يحكم العلاقة التي تكون الزوجة طرفاً فيها. وإذا كان عاماً فإنّه يظلّ محكوماً بقانون جنسيتها.

أمّا المُشرّع السوري فقد عالج هذه المسألة في المادة 25 من قانون التجارة لعام 2007 ونصّ في البند هـ/ من الفقرة 2/ منها على ما يلي: " إذا كان الأمر يختص بمرأة متزوجة تابعة لجنسية أجنبي يقضي قانون الأحوال الشخصية الذي تخضع له بالألا تتعاطى التجارة إلا بترخيص صريح من زوجها، فيذكر الترخيص المعطى لها وفقاً للقانون المشار إليه."

أمّا في نظرنا فنُعدّ هذه المسألة من آثار الزواج، لأنّ نقص أهلية المرأة المتزوجة لممارسة بعض التصرفات، واشتراط حصولها على إذن من زوجها، يرجع بسببه إلى الزواج بحد ذاته، ويلحق بالمرأة منذ قيام هذا السبب. فهو نتيجة مباشرة لاكتساب المرأة صفة الزوجة، ينشأ مع هذه الصفة ويزول بزوالها عند انحلال رابطة الزوجية. ومما يؤكد هذا التوجه الغاية من تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة وهي حماية مصلحة الأسرة وضمان وحدة تدبير أمورها، وليس حماية المرأة بسبب نقص قدرتها على ممارسة بعض التصرفات.

ولهذا يجب، بتقديرنا، إخضاع نقص أهلية المرأة المتزوجة لممارسة بعض التصرفات (مثل ممارسة التجارة) للقانون الذي يحكم آثار الزواج، أي لقانون الزوج وقت الزواج، سواء أكان هذا النقص عاماً شاملاً سائر التصرفات أم خاصاً ببعضها.

2- البُنُوَّة الشرعية (النسب الشرعي):

البُنُوَّة الشرعية هي رابطة قانونية تربط الولد بأبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج. ونظراً لاتصال هذه الرابطة بحالة الابن من جهة، وبالوالدين (الأب والأم) من جهة أخرى،

¹² راجع في عرض مختلف الآراء: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 138/ج ص 515 وما بعدها.

ويتكوّن الأسرة عموماً، فقد تعددت آراء الفقهاء وتباينت اتجاهات المُشرِّعين بشأنها، كما سنرى عندما سنبحث في القانون واجب التطبيق على النسب. وتتوزع بين القوانين التالية: قانون الابن، قانون الأب، قانون الأم، قانون القاضي، قانون الجنسية المشتركة للوالدين أو قانون الموطن المشترك الخ.

وبرأينا، أنّ البُتوة الشرعية هي من آثار الزواج، ويجب أن تخضع بالتالي لقانون جنسيّة الزوج وقت الزواج. لأنّ آثار الزواج لا تقتصر فقط على العلاقة بين الزوجين بل تتناول أيضاً العلاقة بين الآباء والأبناء. والنسب هو أهم هذه العلاقات، وعلى أساسها تتحدد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء، كالحضانة والنفقة والسلطة الأبوية وغيرها.

3- المسؤولية المترتبة على إخلال الزوجين بالالتزامات المتبادلة بينهما:

قد يترتب على إخلال أحد الزوجين بالالتزامات، التي يترتبها عليه قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، حصول ضرر مادي أو أدبي للزوج الآخر. فهل يحقّ للزوج المتضرر رفع دعوى المسؤولية التقصيرية؟. وإذا كان يحق له ذلك، فما هو القانون الواجب تطبيقه على هذه الدعوى، هل هو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج أم قانون محل وقوع الضرر؟.

مما لا شك فيه أنّ حق الزوج في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية من عدمه يخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج لتعلّق هذا الأمر بمصلحة الحياة الزوجية وحمايتها. أمّا بالنسبة للقانون واجب التطبيق على دعوى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن إخلال أحد الزوجين بواجباته فالأمر محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يقول بإخضاعها للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الزواج، ومنهم من يقول بخضوعها للقانون المحلي، أي لقانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام (المادة 22 القانون المدني السوري). ونحن نؤيد الرأي الأخير لاتصال المسألة بفكرة المسؤولية التقصيرية أكثر من اتصالها بفكرة آثار الزواج.

ج- الآثار المالية:

والى جانب الآثار الشخصية للزواج هناك أيضاً آثاره المالية، ويقصد بذلك آثار الزواج على أموال الزوجين. وتختلف هذه الآثار باختلاف نظم الزواج.

ففي القانون السوري تبقى أموال كل من الزوجين بعد الزواج مستقلة ومنفصلة عن بعضها، وهذا ما يعرف بنظام انفصال الأموال، بحيث يمكن القول إنّ الزواج في القانون السوري لا يترتب عليه أي أثر بالنسبة لأموال الزوجين، باستثناء النفقة التي تُعدّ بحد ذاتها أيضاً من الآثار الشخصية ولكن ذات طابع مالي.

أما في بعض الدول فيترتب على الزواج آثار هامة بالنسبة لأموال الزوجين، تُشكّل ما يعرف بالنظام المالي للزوجين، ويتحدد هذا النظام بأشكال وطرق مختلفة. ففي فرنسا مثلاً يوجد نظام قانوني، هو نظام الاشتراك في الأموال، ونظم اتفاقية، هي: نظام عدم الاشتراك في الأموال، ونظام الانفصال، ونظام الدوطة. ويتم تحديد نظام أموال الزوجين غالباً باتفاق خاص يُبرم بين الزوجين عند الزواج، يُسمّى مشاركة الزواج، يختار الزوجان بموجبه نظاماً معيناً من النظم الاتفاقية، وفي حال عدم الاتفاق على نظام معين يطبق عليهما نظام الاشتراك القانوني.

وهذا النظام ذو طبيعة مختلطة فهو يتصل بآثار الزواج ونظام الأموال وبفكرة العقود في آن واحد، مما حمل بعض الفقهاء على القول بإخضاعه للقانون الذي يحكم آثار الزواج، ودفع بعضهم الآخر لإخضاعه لقانون موقع المال، كما قال فريق ثالث بتطبيق قانون إرادة الزوجين بشأنه.

ولقد حسم المُشرّع السوري هذا الخلاف ونصّ صراحة، كما رأينا من قبل، على إخضاع النظام المالي للزوجين، باعتباره أثراً من آثار الزواج، لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج¹³. غير أنّ الأخذ بهذا القانون يجب ألا يخلّ باختصاص القانون السوري بوصفه قانون موقع الأموال. فإذا كانت بعض العقارات الموجودة في سوريا تدخل في النظام المالي للزوجين الأجبيين، باعتبارها جزءاً من الدوطة مثلاً، وكان قانون الزوج لا يُجيز التصرف فيها، فإنّ هذا القانون لا يسري على العقارات الموجودة في سوريا إذا كانت أحكامه تخالف نظام الملكية العقارية في القانون السوري.

ج- طرق انحلال الزواج

أولاً - قاعدة خضوع طرق انحلال الزواج للقانون الوطني للزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

ينقضي الزواج في القانون السوري إمّا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالمخالعة أو بالتفريق. أمّا في بعض الدول، وهي قليلة جداً إن لم تكن نادرة، فيُعدّ الزواج رابطة مؤبدة لا تتحلّ إلا بالوفاة. غير أنّ بعض هذه الدول، التي لا تسمح بانحلال الزواج، تأخذ بما يسمى بالتفريق أو الانفصال بين الأجسام. والمقصود بذلك المباحة بين الزوجين والسماح لهما بالعيش منفصلين عن بعضهما مع الإبقاء على رابطة الزوجية بينهما، وبعض الدول الأجنبية تسمح بالانفصال بين الأجسام وبالتطليق في آن واحد ولأسباب مختلفة.

¹³ وأعمل القضاء السوري هذه القاعدة في بعض القضايا: (نقض مدني 1138 / 733 تاريخ 1977/1/31، مجلة المحامون 1977 ص 427.

ولقد واجه المُشرِّع مختلف هذه الطرق وخصَّ كلاً منها بقانون محدد. فنصَّ في المادة 2/14 من القانون المدني على ما يلي: " أمّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إيقاع الطلاق، ويسري على التطلق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

ويُقصد بالطلاق إنهاء رابطة الزوجية بإرادة الزوج على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية، أمّا التطلق فيراد به إنهاء رابطة الزوجية بحكم من القاضي.

ومن الواضح أنّه إذا كان الزوج قد غيّر جنسيّته بعد الزواج، واكتسب جنسيّة دولة أخرى فإنّه يُنظر إلى جنسيّته وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى، وليس إلى جنسيّته وقت انعقاد الزواج، دون الالتفات إلى جنسيّة الزوجة سواء كانت تطابق جنسيّة الزوج أم تختلف عنها.

وعلى هذا إذا طلق الزوج بإرادته المنفردة زوجته، يرجع القاضي إلى قانون هذا الزوج وقت إيقاع الطلاق لمعرفة ما إذا كان يحقّ لهذا الزوج طلاق زوجته أم لا، وللتحقق أيضاً من صحّة إيقاعه على النحو الذي تمّ فيه، إذا كان يحقّ له ذلك.

وكذلك أيضاً يجب على القاضي السوري تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى إذا كان الزوج الأجنبي قد رفع دعوى بتطبيق زوجته لمعرفة ما إذا كان يحقّ له طلب التطلق أو الانفصال، وما هي الأسباب التي تجيز ذلك؟.

وهذه القاعدة التي أخذ بها المُشرِّع السوري متبّعة أيضاً في قوانين الدول العربية، مثل مصر وليبيا والعراق والسودان والأردن والجزائر، باستثناء القانون الكويتي الذي أخذ بقانون آخر جنسيّة مشتركة كسبها الزوجان، وإلا بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وتونس التي أخذت بقانون آخر موطن مشترك للزوجين في حال اختلاف جنسيّتهما، وإلا بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج.¹⁴

ومما يبرر الأخذ بقانون الجنسيّة لحكم طرق انحلال الزواج اتصالها بالأحوال الشخصية. ويبرر اختيار قانون جنسيّة الزوج دون الزوجة ما يتمتع به الزوج من سيادة وسلطات هامة داخل الأسرة، من جهة، وأحكام القانون الداخلي التي تجعل انحلال رابطة الزوجية مرتبطاً بإرادة الزوج المنفردة، من جهة أخرى. أمّا بشأن مبررات تفضيل قانون الزوج وقت الطلاق أو التطلق، وليس قانون الزوج وقت الزواج، فريماً ترجع إلى رغبة المُشرِّع السوري في تمكين الزوج الأجنبي الذي غيّر جنسيّته بعد الزواج، واكتسب الجنسية العربية السورية من أن يطلق وفقاً لأحكام القانون السوري.

¹⁴ المادة / 49 / من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر عام 1998.

وبالرغم من وجهة الحُجج التي تقوم عليها هذه القاعدة إلا أنّها لا تسلم من النقد سواء من حيث انفراد قانون الزوج في حكم طرق انقضاء الزواج أم من حيث تطبيق قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلاق.

ثانياً- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم طرق انحلال الزواج

يسري قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى على مختلف شروط الطلاق أو التطلاق أو الانفصال والآثار المترتبة على هذه المسائل.

ويدخل في مفهوم شروط الطلاق و التطلاق والانفصال المسائل التالية: حقّ الزوج في أن يطلق أم لا، وأهلية إيقاع الطلاق، وكيفية إيقاعه، وهل يجوز التوكيل فيه أم لا، والقيود التي ترد عليه، وحقّ كلّ من الزوجين في أن يطلب التطلاق أو التفريق أو الانفصال من عدمه والأسباب التي تسمح بذلك، كجنون أحد الزوجين أو وجود بعض موانع الدخول (عنة الزوج) أو الزنى أو الغياب أو عدم الإنفاق أو الشقاق بين الزوجين، وغير ذلك من الأسباب الأخرى المعمول بها في القوانين الأجنبية، سواء تحققت هذه الأسباب قبل اكتساب الجنسية التي كان الزوج يتمتع بها وقت رفع الدعوى أم بعد الحصول على هذه الجنسية، أي سواء تحققت في ظل قانون الجنسية القديمة أم تحت سلطات قانون الجنسية الجديدة، فيما إذا كان الزوج غير جنسيته بعد الزواج، وسواء اختلف هذان القانونان بشأن هذه الأسباب أم لا. فإذا كان القانون الجديد يُقرّ الطلاق لسبب كان قد نشأ في ظلّ القانون القديم، فإنّه يؤخذ بهذا السبب، ولو كان القانون القديم لا يُعتدّ به كسبب للحكم بالتطلاق.

ويلحق بشروط الطلاق وأسبابه، من حيث القانون الواجب التطبيق، مسألة القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات هذه الشروط والأسباب، مثل محل الإثبات ومن يقع عليه من الزوجين عبء الإثبات وطرقه والأدلة التي تُقبل في الإثبات وقوتها. وذلك لأنّ هذه المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالجوانب الموضوعية في الطلاق والتطلاق والانفصال، بحيث لا يمكن فصلها عن جوهر الموضوع من حيث القانون الواجب تطبيقه. يستثنى من ذلك إجراءات تقديم الأدلة التي تخضع لقانون القاضي الذي ينظر في النزاع، باعتبارها من الإجراءات الصرفية.

كما تخضع لهذا القانون - أي لقانون القاضي - إجراءات التطلاق والانفصال، وفقاً لنص المادة 23 من القانون المدني السوري، ويتم التمييز بين الإجراءات والموضوع، لتحديد نطاق كلّ من قانون القاضي وقانون جنسية الزوج، وفقاً للقانون السوري باعتبار أن المسألة مسألة تكييف. ومن المسائل التي يختلف القضاء والفقهاء في تكييفها مسألة إجراء التطلاق أمام سلطة دينية، فالقضاء في فرنسا يعدها من المسائل الموضوعية في التطلاق، ويخضعها للقانون الذي يحكم

التطليق. أما الفقه الفرنسيّ والعربيّ فيميل إلى عدّها من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي¹⁵.

ويشمل اختصاص قانون القاضي في مسائل التطليق والانفصال مختلف الإجراءات التحفظية والوقائية، التي يمكن اتخاذها في أثناء سير الدعوى للحيلولة دون الإضرار بأيّ من الزوجين أو بأولادهما، مثل تحديد نفقة وقنية للزوجة، وتحديد محل إقامتها، وإمكان تسليمها بعض الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي، وذلك تأسيساً على ارتباط هذه الأمور بالأمن المدنيّ والسلامة العامة في الدولة.

كما يتضمّن أيضاً آثار الحكم بالتطليق أو الانفصال، مثل بدء سريان الحكم، وضرورة شهره وغير ذلك من الأمور المتصلة بالحكم بالتطليق أو الانفصال.

أما آثار الطلاق والتطليق والانفصال، التي تخضع لقانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال، فهي الآثار الشخصية التي تنصبّ على العلاقة الشخصية بين الزوجين المطلقين أو المنفصلين، مثل حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها بعد انقضاء الزواج، ونفقة الزوجة المطلقة، ونفقة الزوجين المنفصلين، وحق الزوج في أن يراجع مطلقته أو أن يجدد عقد الزواج في أثناء عدّة الزوجة.

غير أنّ آثار انحلال الزواج المترتبة على شخص كلّ من الزوجين المطلقين لا تخضع لقانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق، بل يسري عليها قانون المسألة التي تتصل بها. فحقّ الزوج المطلق في أن يعقد زواجاً جديداً لا يُعدّ من آثار الطلاق بل يُعدّ من الشروط الموضوعية للزواج الجديد، ويخضع لقانون كلّ من الزوجين.

وكذلك فإنّ آثار التطليق والانفصال على النظام المالي للزوجين تخرج من نطاق القانون الذي يحكم آثار انحلال الزواج، وتخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، لأنها أكثر اتصالاً بالنظام المالي للزوجين من فكرة الطلاق بحدّ ذاتها، ولاسيما أنّ التطليق يكون دائماً سبباً لانقضاء النظام المالي بين الزوجين¹⁶.

¹⁵ راجع الدكتور هشام علي صادق: المرجع السابق، فقرة 142 ص 542 وما بعدها.
¹⁶ قارن مع المادة 49 من القانون الدوليّ الخاصّ الجزائريّ.

دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على الزواج من حيث شروطه الموضوعية وآثاره وانحلاله

تنص المادة 30 من القانون المدني السوري على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة، ومن بينها المادتان 13 و 14، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في سوريا".

ولقد سبق لنا أن أوضحنا ما هو المقصود بالنظام العام والآداب في سوريا، وما هو معياره وخصائصه ومقتضيات تدخّله.

ونستطيع القول: إنّ الأحوال الشخصية، وبخاصة منها الزواج، تُعدّ ميداناً رحباً لتدخّل النظام العام الوطني في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على الزواج وآثاره وانقضائه. ويرجع ذلك إلى اختلاف تشريعات الدول في تنظيم الزواج اختلافاً بيناً من حيث شروط انعقاده وأسباب انحلاله، نظراً لارتباط الزواج باعتبارات دينية واجتماعية واقتصادية وفكرية تختلف من بلد إلى آخر.

ويمكن في هذا الصدد التمييز بين نوعين من النظم القانونية: النظام العلماني، وهو السائد في كثير من الدول الأجنبية، والنظام اللاعلماني، وهو السائد في بعض الدول العربية التي تتعدد فيها تشريعات الزواج بتعدد الديانات والطوائف، كما هو الحال في سوريا ولبنان ومصر.

والواقع أنّ الاعتبارات التي يقوم عليها كل من هذين النظامين تلعب دوراً أساسياً في تدخّل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي يحكم الزواج.

ففي فرنسا مثلاً يُعدّ القانون الأجنبي الذي يجيز تعدد الزوجات، أو لا يُجيز انعقاد الزواج مع اختلاف الدين بين الزوج والزوجة، أو يسمح للزوج أو الزوجة أن يطلق بإرادته المنفردة، مخالفاً للنظام العام الفرنسي.

أما في بعض الدول اللاعلمانية كمصر، فإنّ هذه المسائل تُعدّ، على العكس، من النظام العام بالنسبة للمسلمين الأجانب، فلقد لجأ القضاء المصري إلى استخدام فكرة النظام العام من أجل رعاية حقوق المسلمين الأجانب الخاضعة في بلادهم لقانون غير إسلامي.

وفي سوريا، حيث تتشابه الأوضاع التشريعية والدينية والاجتماعية مع الأوضاع المقابلة لها في مصر، فلا نجد في قضاء المحاكم السورية ما يدل على وجود نظام عام إسلامي واضح المعالم في نطاق الزواج المختلط. وعلى العكس تماماً يمكن القول، استناداً إلى بعض القضايا التي نظرت فيها محكمة النقض السورية، إنّ القضاء في سوريا قد رفض إعمال فكرة النظام العام الإسلامي من أجل الاعتراف بصحة الزواج الثاني لرجل إسباني اعتنق الإسلام وتزوج من امرأة

سورية. فلقد قررت محكمة النقض السورية في قرار لها مؤرخ في 1977/10/31 ما يلي: "إنّ الزواج الذي يُعقد بين سورية مسلمة وإسباني اعتنق الإسلام، رغم وجود زوجة أخرى على عصمته، إنّما يخضع لأحكام القانون المدني الإسباني التي تمنع تعدد الزوجات، وبالتالي فإنّه يكون غير معترف به إلاّ بدءاً من تسجيله بعد زوال المانع بوفاة الزوجة الأولى"¹⁷. وبناءً على ذلك رفضت الاعتراف بالآثار المترتبة على الزواج الثاني لأنه كان يُعدّ زواجاً غير صحيح من وجهة نظر القانون الإسباني نفسه.

ومهما يكن مستقبلاً توجهات القضاء السوري في هذا الشأن لا بدّ من القول إنّ تدخّل النظام العام لرعاية حقوق المسلمين الأجانب، على نحو ما أخذ به القضاء والفقهاء في مصر، ينقلب عملياً إلى قاعدة إسناد غير مكتوبة وملزمة تتضمّن وجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان أحد الزوجين الأجانب مسلماً. ولا نعتقد أنّ هذه هي رغبة المُشرّع السوري، لأنّ ضوابط الإسناد التي استخدمها لبيان القانون واجب التطبيق في مسائل الزواج مستمدة من روابط قانونية دون أي اعتبار لديانة الشخص. وكما جاء في قرار محكمة الإسكندرية المؤرخ في 9 نيسان 1951 أنّ قواعد الإسناد الخاصة بالطلاق والتطليق والانفصال مبيّنة على الجنسيّة وحدها دون اعتبار الدين¹⁸. علاوة على أنّ أعمال هذه القاعدة باسم النظام العام يؤدي في النهاية إلى هدم قواعد الإسناد السورية بشأن انعقاد الزواج وآثاره وانقضائه، والقائمة على أساس الجنسيّة، وإلى تعطيل العمل بها متى كان أحد الزوجين أجنبياً مسلماً، وكانت أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق تتعارض مع أحكام القانون السوري¹⁹.

ومما يؤيد هذا الاستنتاج أنّ المُشرّع قد قصّر رعايته وحمايته، على سبيل الحصر، على السوريين دون الأجانب، وذلك بتطبيق القانون السوري على الزواج وآثاره وانحلاله متى كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج (المادة 15 مدني).

يضاف إلى ذلك ما قيل في تبرير قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع الدعوى من أنّ الغاية من ذلك هي تمكين الزوج الأجنبي الذي يكتسب الجنسيّة السورية من أن يطلق زوجته وفقاً للقانون السوري. ولو أراد المُشرّع الوطني حماية المسلم الأجنبي لقال صراحة في المادة 15 المشار إليها سابقاً بتطبيق القانون السوري كلّما كان أحد الزوجين مسلماً.

¹⁷ قرار 1138 أساس مدني 733 تاريخ 1977/10/31 مجلة المحامون 1977 الصفحة 417.

¹⁸ مشار إليه من قبل الدكتور عز الدين عيد الله، المرجع السابق، ص 313 الهامش رقم 1.

¹⁹ وكما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية الصادر في 10 كانون الثاني 1946 والمشار إليه من قبل الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، الهامش 3 ص 546: "لا محل للتصدي بقاعدة المحافظة على النظام بمقولة أن دخول الزوج في الإسلام يجعل القانون واجب تطبيقه على أحواله الشخصية هو الشريعة الإسلامية لا القانون الأجنبي. فإنّ مجال هذه القاعدة هو مضمون النظام العام. والعمل بها إنما يكون على قدر ما تقتضيه مراعاة النظام العام في كل حالة. وإبطال نفقة المطلقة المسيحية على زوجها المسلم أو عدم إبطالها لا يمس النظام العام المصري في شيء. ومن ثمّ كان إسلام الزوج لا يترتب عليه في خصوص مسألة النفقة بالذات أن تكون الشريعة الإسلامية هي واجبة التطبيق دون قانون بلد الزوج وقت الزواج".

غير أنّ غياب فكرة النظام العام الإسلامي في القانون الدولي الخاصّ السوري لا يعني أبداً غياب فكرة النظام العام كلية أو انقطاع صلتها بالأفكار الإسلامية، بل إنّ النظام العام السوري يتدخل في مواجهة القانون الأجنبي واجب التطبيق كلّما كانت أحكامه تتعارض مع متطلبات هذا النظام. ومن المعلوم أنّ فكرة النظام العام في سوريا، وبخاصة في نطاق الأحوال الشخصية، تقوم على المبادئ الأساسية للزواج في الشريعة الإسلامية، بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية.

وبناءً على ذلك يُعدّ زواج المسلمة بغير المسلم باطلاً، ولو كانا من الأجنبي وكان قانون الزوجة يُجيز ذلك. إذ تُعدّ أحكام الفقرة 2 من المادة 48 من قانون الأحوال الشخصية، التي تنصّ على أن زواج المسلمة بغير المسلم باطل، من النظام العام لا في إطار العلاقات الوطنية فحسب، بل أيضاً بالنسبة للعلاقات ذات الطابع الدولي، كما تُعدّ موانع الزواج في القانون الأجنبي القائمة على أساس من اللون أو الجنس أو الدين، خلافاً لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ممثلة بقانون الأحوال الشخصية، مخالفة للنظام العام في سوريا، وكما يُعدّ القانون الأجنبي الذي لا يُجيز انحلال الزواج بأي شكل من الأشكال مخالفاً للنظام العام السوري أيضاً.

ومع ذلك تبقى حالات تدخل النظام العام السوري محدودة بعض الشيء في مواجهة القانون الأجنبي، الواجب تطبيقه على الزواج وآثاره وانقضائه، بسبب تعدد التشريعات النازمة لهذه المسائل في القانون السوري واختلاف أحكامها اختلافاً عميقاً، وذلك على نحو ما رأينا سابقاً.

القانون الواجب تطبيقه على الزواج بين السوريين والأجانب

أ- تطبيق القانون السوري

إذا تم زواج بين رجل وامرأة أحدهما يتمتع بالجنسية السورية فإنّ هذا الزواج يخضع من حيث انعقاده وآثاره وطرق انقضائه للقانون السوري، وذلك عملاً بالمادة 15 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي:

"في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين (المادة 13 المتعلقة بالشروط الموضوعية للزواج والمادة 14 المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله) إذا كان أحد الزوجين سوريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

وهذه القاعدة تُطبّق على الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج، سواء أكان الطرف السوري في الزواج هو الزوج أم الزوجة، وسواء أتمّ هذا الزواج في الجمهورية العربية السورية أم خارجها، باستثناء أهلية الزواج. فإذا كان الزوج سورياً وكانت الزوجة تركية فإنّ أهلية هذه الزوجة لا تخضع للقانون السوري بل للقانون التركي وفقاً للمادة 13 من القانون المدني المشار إليها سابقاً. كما يسري القانون السوري على آثار هذا الزواج الشخصية (بما فيها النسب) والمالية، وطرق انحلاله، حتى ولو غير الزوج جنسيته واكتسب جنسية زوجته التركية أو جنسية دولة أجنبية أخرى، وسواء أكان موطن الزوجية في سوريا أم خارجها.

ب- مبررات تطبيق القانون السوري وانتقاداته وكيفية تطبيقه:

أولاً- المبررات:

لقد أخذ المشرّع السوري بهذه القاعدة نقلاً عن المادة 14 من القانون المدني المصري الذي نقلها بدوره عن القانون الهنغاري، كما أخذ بها عدد كبير من المشرّعين العرب في ليبيا والعراق والكويت والأردن والجزائر والسودان.

ويعود سبب الأخذ بها، كما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، إلى الرغبة في إزالة التخوف من نتائج تطبيق قانون الزوجين على زواج الوطني المسلم من أجنبية غير مسلمة، فيما لو كان صحيحاً وفق القانون الوطني وباطلاً وفق قانون جنسية الزوجة الأجنبية، لذلك كان لابدّ من أجل حماية الزوج الوطني المسلم من تقرير إخضاع هذا الزواج للقانون الوطني.

ثانياً- انتقاداته والتعليق عليها:

غير أنّ نصّ المادة 14 من القانون المدني المصري كان محل نقد بعض الفقهاء لسببين: أولاً: إنّ حكم هذا النص يتجاوز مجرد الرغبة في إزالة هذا التخوف.

وثانياً: عدم جدواه عملياً.

إذ من الممكن في نظرهم حماية الطرف الوطني المسلم في الزواج عن طريق استخدام فكرة النظام العام. لذلك فهم يفضلون إلغاء هذا النص وترك الأمر لسلطان القضاء وفقاً لمقتضيات النظام العام.

غير أننا نجد أنّ لهذا النص ما يبرر التمسك به في القانون السوري والمصري أيضاً، فهو وإن كان بحكمه يتجاوز الغاية التي أملت وجوده إلا أنّ ذلك لا يستدعي التخلي عنه، فهو يضمن أيضاً حماية زواج الوطنيين من أبناء الطوائف غير الإسلامية، ويكفل وحدة القانون الذي يحكم الزواج من حيث شروطه الموضوعية وآثاره وانحلاله، إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج، كما أنه يسدّ الطريق أمام النظام العام لحماية زواج الوطنيين طالما أنّّه يمكن تحقيق هذه الغاية عن طريق أعمال قواعد الإسناد ذاتها، لأنّ النظام العام سلاح خطير إذا أسيء استخدامه. ثم إنّ حماية زواج الوطنيين، استناداً إلى فكرة النظام العام المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية، تكون قاصرة بطبيعتها على زواج الوطنيين المسلمين دون غيرهم، أمّا نص المادة 15 فيضمن حماية شاملة لزواج السوريين من الأجانب أيّاً كانت ديانتهم.

ثالثاً- تحديد الشريعة الواجب تطبيقها من القانون السوري:

ونشير أخيراً إلى أنّه إذا كان أحد الزوجين سورياً من أبناء الطوائف التي تخضع لشريعة خاصة بها، فعندئذ يجب الرجوع، من أجل تحديد الشريعة واجبة التطبيق من بين الشرائع المؤلفة للقانون السوري، إلى قواعد التنازع الداخلي في القانون السوري التي تقرر خضوع الزواج للقانون الذي احتفل بموجبه بالزواج، أو تمت، أو عقدت وفقاً له الصكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية.

ج- نطاق تطبيق القانون السوري والاستثناءات منها:

يُطبّق القانون السوري على جميع جوانب الزواج المذكورة في المادتين 13 و 14 أي على الشروط الموضوعية للزواج بين السوريين والأجانب وعلى آثار هذا الزواج الشخصية والمالية وعلى الطلاق والتطليق والانفصال بين الأجسام وتستبعد أحكام قانون الزوج الأجنبي (الزوج أو الزوجة) كلياً باستثناء مسألة أهلية الزوج أو الزوجة الأجنبية للزواج إذ تبقى خاضعة لقانون الزوج الأجنبي.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يسري على آثار التطليق المترتبة على أموال الزوجين:

1- قانون موقع المال

2- قانون الزوج وقت رفع الدعوى

3- قانون الزوج وقت الطلاق

4- قانون الزوج وقت الزواج

الإجابة الصحيحة رقم 4

الوحدة التعليمية العاشرة

النسب والنفقة

الكلمات المفتاحية:

النسب الشرعي - الطبيعي - التبني - نسب الزنى - النفقة

الملخص:

يخضع النسب المادي لمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً نظراً لأن المشرع السوري لم يخصصه بقاعدة أسناد ويختلف القانون تطبيقه باختلاف أنواع النسب. أما النفقة فتخضع لقانون الشخص المدين بها.

الأهداف التعليمية:

يجب أن يكون الطالب عند نهاية هذا الجزء قادراً على التمييز بين أنواع النسب وتحديد القانون الذي يحكمه ومبررات تطبيقه.

النسب رابطة قانونية تقوم بين الأب أو الأم والابن. فهي إذا ما نظرنا إليها من جهة الأب سُمّيت (أبوة)، وإذا نظرنا إليها من جهة الأم سُمّيت (أمومة)، وفي كلتا الحالتين إذا نظرنا إليها من جهة الابن سُمّيت (بنوة). وتوصف هذه الرابطة بأنها شرعية إذا كان الأبوان (الأب والأم) مرتبطين برابطة الزوجية، وجاء الولد في أثناء قيام هذه الرابطة أو نتيجة لها ضمن آجال محددة يعينها القانون. أمّا إذا كان الأبوان غير مرتبطين بزواج شرعي فتوصف بأنها طبيعية أو غير شرعية. وإلى جانب هذين النوعين (الشرعي والطبيعي) هناك نوع آخر يُطلق عليه الفقهاء اسم النسب الاصطناعي، وهو ما يعرف بالتبني، الذي بمقتضاه يصبح الولد المتبني بمثابة الولد الشرعي. ومن المعلوم أنّ أحكام النسب تتباين كثيراً في قوانين الدول من حيث أنواعه وإثباته وآثاره. ففي سوريا وكثير من الدول العربية والإسلامية لا يُعرف من النسب سوى الشرعي منه، ولا تُضمّ الأسرة من الأولاد سوى الشرعيين منهم. أمّا في بعض الدول الغربية فوجد قوانينها تسمح بقيام أنظمة أخرى إلى جانب النسب الشرعي هي النسب الطبيعي والتبني، مما يسمح باتساع الأسرة لتضمّ، بالإضافة إلى الأب والأم والأولاد الشرعيين، الأولاد الطبيعيين والأولاد بالتبني، كما هو الحال في فرنسا.

وهذا التباين من شأنه أن يزيد من أهمية مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على النسب بمختلف أنواعه، ويظهر ذلك بصدد المنازعات القضائية المتعلقة بالنسب. في الواقع، لا نجد في القانون السوري نصّاً يحدد القانون الواجب تطبيقه على النسب بمختلف أنواعه، مما يجب معه إعمال مبادئ القانون الدولي الخاصّ، أي المبادئ الأكثر شيوعاً بين دول العالم، وذلك عملاً بأحكام المادة 26 من القانون المدني السوري التي أشارت إلى وجوب تطبيق هذه المبادئ بالنسبة إلى كلّ ما لم يرد عليه نصّ من أحوال تنازع القوانين. أما بالنسبة للنفقة، التي تُعدّ عند كثير من الفقهاء من آثار النسب، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمه، فقد خصّها المشرّع بقاعدة إسناد خاصة بها هي المادة 16 من القانون المدني. وعلى هذا سنبحث في القانون الواجب تطبيقه على النسب بمختلف أنواعه: الشرعي والطبيعي والتبني والنفقة، كل في مبحث مستقل.

القانون الواجب تطبيقه على النسب الشرعي (أو البُنوة الشرعية)

أ- قاعدة خضوع النسب الشرعي لقانون جنسية الأب

النسب الشرعي، كما رأينا من قبل، رابطة قانونية تربط الولد بأبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج، وتشكل بالتالي أحد عناصر الحالة المدنية للشخص التي تحدد مركزه من أسرته، مما يدخلها في نطاق المسائل المتعلقة بالأشخاص. غير أنّ اتصال هذه الرابطة الأسرية بحالة الابن، من جهة، وبالوالدين، الأب والأم، من جهة أخرى، وبالأسرة عموماً، قد أدى إلى تعدد الآراء واختلافها بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها عند اختلاف جنسية أطراف هذه العلاقة.

فقال بعضهم بإخضاعها لقانون جنسية الابن¹ كونها تتعلق بحالته الشخصية، وقال بعضهم الآخر بتطبيق قانون جنسية الأب وقانون جنسية الابن² كونها تتصل بحالة الأب وحالة الابن في وقت واحد. ومنهم أيضاً من لجأ إلى تطبيق قانون جنسية الشخص الذي يُراد الانتساب إليه،³ أي قانون الأب أو الأم حسب واقع الحال، على أساس أنّ إثبات البُنوة الشرعية بالنسبة لشخص معين تجاه شخص آخر يُنسب إليه يترتب التزامات على عاتق هذا الشخص. وأخذ بعضهم أيضاً بقانون الأم وقت ميلاد الطفل بقانون الولد في حال عدم معرفة الأم⁴، كون الأم في غالب الأحيان هي المحور الأساسي في مختلف الدعاوى المتعلقة بنسب الطفل. واعتدّ بعضهم بقانون القاضي الذي ينظر في دعوى إثبات النسب الشرعي⁵.

غير أنّ الرأي السائد والأكثر شيوعاً يقضي بإخضاع النسب الشرعي للقانون الذي يحكم آثار الزواج مع اختلاف في تحديد هذا القانون. فهو في بعض الدول القانون الوطني المشترك للوالدين (الزوجين)⁶، وفي بعضها الآخر قانون جنسية الأب (الزوج) وقت الزواج بالنسبة لبعضها، كما هو عليه الحال في القوانين العربية، أو وقت ميلاد الطفل إذا غيّر الزوج جنسيته بعد الزواج، بالنسبة لبعضها الآخر، ولقانون الأب وقت الوفاة إذا مات قبل ولادة الطفل⁷.

¹ تقنين بوستامنت والقضاء المغربي راجع: موسى عبود، دروس في القانون الخاص المغربي، الرباط، ص 242 ومشروع القانون الدولي الخاص البولوني لعام 1961.

² عند بعض المحاكم في فرنسا. راجع:

Répertoire de droit international (Dalloz), t. VII, filiation, No 28, p. 407.

³ القانون المصري. (المادة 905 وما بعدها من قانون المرافعات).

⁴ القانون الفرنسي المادة 14/311 من القانون المدني المعدل بالقانون الصادر عام 1972.

أما المشرع التونسي فقد ألزم القاضي بتطبيق القانون الأفضل لمصلحة إثبات النسب للطفل من بين القوانين التالية: قانون الشخص المراد الانتساب إليه وقانون جنسية الولد أو موطنه وقانون الذي تمّ النسب بموجبه عندما يتعلق النزاع بإنكار النسب. (المادة 52) من القانون الدولي الخاص التونسي).

⁵ القانون السوفيتي سابقاً.

⁶ القضاء الفرنسي قبل العمل بالقانون الصادر في 3 كانون الثاني 1972. وفي حال اختلاف جنسية الزوجين قانون موطنهما المشترك وفي حال عدم تحققه قانون القاضي.

⁷ (المادة 41 من المرسوم الأميري الكويتي رقم 5 لعام 1961). وانظر في نفس المعنى الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الثاني فقرة 105 ص 324.

وأفضل الآراء عندنا، كما بيّنا سابقاً، هو الرأي الأخير القائل بإخضاع النسب الشرعي للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وهو في القانون الدولي الخاص السوري كما نعلم، قانون جنسية الزوج (الأب) وقت الزواج⁸. ومما يعزز الأخذ بقانون الزوج (أي الأب) كون النسب الشرعي رابطة تتعلق بكيان الأسرة تحدد حالتها من خلال حالة الأب الذي هو رأسها أكثر من كونها عنصراً في حالة الابن أو الأم الشخصية. هذا علاوة على طبيعة النسب كأثر من آثار الزواج المتعلقة بالعلاقة بين الآباء والأبناء إلى جانب العلاقة بين الزوجين. أما ما يبرر تطبيق قانون الأب وقت الزواج فهو وحدة نظام النسب في الأسرة وعدم تبدّله بتبدّل جنسيّة الأب.

ب- نطاق تطبيق قانون الأب

يسري قانون الأب (الزوج) وقت الزواج بالنسبة للنسب الشرعي على مختلف المسائل المتعلقة بإثبات النسب (دعوى إثبات النسب)، وإنكاره (دعوى الإنكار)، ومحل الإثبات، وعبء الإثبات. وكذلك تحديد الأدلة التي تُقبل في الإثبات وميعاد رفع الدعوى لارتباط هاتين المسألتين ارتباطاً وثيقاً بالموضوع.

كما يسري هذا القانون على تصحيح النسب، أي تغيير صفة المولود الطبيعي إلى مولود شرعي عن طريق الزواج اللاحق من الأم، وعلى الإقرار بالنسب المعروف في القانون السوري. ويتناول أيضاً آثار النسب المختلفة، باستثناء تلك التي خصّها المشرّع بقاعدة إسناد، ومنها النفقة التي تخضع لقانون المدين بها (المادة 16 مدني)، والولاية التي يحكمها قانون الصغير (المادة 17 مدني)⁹، والإرث الذي يسري بشأنه قانون المورث وقت الوفاة (المادة 18 مدني).

وهذا ما أخذ به أيضاً المشروع العربي الموحد في المادة 74 منه. منشور بالفرنسية في: Rév., Cri., 1984, p. 383.
⁸ ولقد أكدت هذا المعنى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: مجموعة الأعمال التحضيرية. الجزء (1) ص 260.
⁹ غير أنّ محكمة النقض السورية قد خالفت ذلك بالنسبة إلى الحضانة وطبقت بشأنها قانون الزوج وقت الزواج باعتبارها من آثار الزواج:

نقض مدني شرعي 427 أساس 419 تاريخ 1968/11/11 ونقض مدني شرعي 40 أساس 46 تاريخ 1968/2/6.

القانون الواجب تطبيقه على النسب الطبيعي (غير الشرعي) أو البُؤة الطبيعية

النسب الطبيعي هو رابطة قانونية بين الولد وأحد أبويه دون أن تقوم بين الأبوين رابطة زواج مشروعة. وإذا كان حكم النسب الطبيعي يماثل حكم النسب الشرعي، من حيث القانون واجب التطبيق في بعض الدول، إلا أنّ كلاً منهما يخضع لقانون مختلف عن الآخر في كثير من الدول.

أ- قاعدة خضوع النسب الطبيعي لقانون جنسيّة الشخص المراد الانتساب إليه

تتعدد الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية بصدد تحديد القانون واجب التطبيق على النسب الطبيعي. ويمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأول يأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق على النسب الشرعي والنسب الطبيعي، كما هو الحال في مصر، حيثُ يخضع كل منهما لقانون الشخص الذي يُراد الانتساب إليه من الوالدين (المادة 905 من قانون المرافعات المدنية)، وفي فرنسا، حيثُ يُطبّق بشأنهما قانون الأم، وفي حال عدم معرفتها قانون الولد. أمّا الاتجاه الثاني فينطوي على إخضاع النسب الطبيعي لقانون مختلف عن النسب الشرعي. فهو عند بعضهم قانون الولد، على غرار ما أخذ به تقنين بوستامنت، والمادة 22 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والقضاء الفرنسي قبل العمل بقانون عام 1972، على أساس أن البُؤة الطبيعية تتعلق بفكرة حماية الولد وضمان حقوقه ومصالحه، وليس بفكرة تكوين الأسرة، كما هو الأمر بالنسبة للبُؤة الشرعية¹⁰.

وهو عند بعضهم الآخر قانون الوالد أي قانون الشخص الذي يُراد الانتساب إليه سواء أكان الأب أم الأم. وأساس ذلك عندهم أنّ نظام البُؤة الطبيعية يهدف إلى ربط الولد بوالده قانوناً. ويترتب على قيام هذه الرابطة التزامات مختلفة على عاتق الوالد، مما يجب معه احترام قانونه وإلا فقد يُنسب الولد الطبيعي لشخص لا يسمح قانونه بذلك. وهو بالنسبة لفريق ثالث القانون الوطني المشترك للطرفين.

والرأي الراجح بتقديرنا هو إخضاع النسب الطبيعي لقانون جنسيّة الشخص المراد الانتساب إليه، وليس للقانون الذي يحكم النسب الشرعي وآثار الزواج، لأنّ النسب الطبيعي يتم خارج نطاق مفهوم الزواج، وبالتالي فإنّه لا يمكن معاملته معاملة آثار الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق. كما أنّ النسب الطبيعي يفترض بطبيعته قيام رابطة بين الولد وأحد الوالدين دون أن يستلزم ذلك بالضرورة انتسابه إلى الوالد الآخر. ونظراً لأنّه يترتب على قيام هذه الرابطة

Batiffol et Lagarde, précité, t. 11, No 475. p. 96. ¹⁰

التزامات عدّة على عاتق الوالد الطبيعي، فإنّه يجب الأخذ بقانون هذا الوالد الذي ينسب إليه الطفل، سواء أكان الأب أم الأم، دون النظر إلى قانون هذا الطفل.

ب- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم النسب الطبيعي

يُطبّق قانون الشخص الذي يُراد الانتساب إليه على مختلف المسائل المتعلقة بالنسب الطبيعي، وبخاصة تحديد مختلف أشكاله الواقعية، بما في ذلك تحديد نسب ولد الزنى وطرق إثباته، سواء بالاعتراف العفوي أم القسري، وشروطه بالإضافة إلى آثاره، ويقصد بذلك الحقوق والواجبات المتبادلة بين الولد والوالد الطبيعي ومدى انسحاب هذه الآثار بالنسبة لزوج الوالد. غير أنّ هذا القانون يجب استبعاده من قبل القاضي السوري إذا كان قانوناً أجنبياً مخالفاً للنظام العام. كما لو كان قانون الشخص الأجنبي الذي يُراد الانتساب إليه يسمح بإثبات نسب ولد الزنى من أبيه، لأنّ ذلك يتعارض مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الأسرة في مجتمعنا، أو كما لو كان هذا القانون يرفض الاعتراف للولد الطبيعي بحق الحصول على نفقة من والده.

القانون الواجب تطبيقه على التبني

التبني تصرف قانوني يُنشئ بين المتبني والمتبني علاقة أبوة وبُنُوّة دون أن تقوم بينهما رابطة الدم. وهو نظام معروف في قوانين كثير من الدول الأجنبية وبعض الدول العربية. كما كان مطبقاً في سوريا لدى الطوائف المسيحية قبل العمل بقانون الأحوال الشخصية لعام 1953. ومن المعلوم أن نظام التبني ليس متماثلاً في قوانين الدول التي تأخذ به، فبعض الدول لا تسمح إلا بتبني القاصرين، وبعضها لا يُجيز ذلك إلا للمتزوجين دون العزّاب، وللمتزوجين ممن ليس لهم أولاد شرعيون دون الذين عندهم مثل هؤلاء، ولمن بلغ سنّاً معينة دون غيره.

ومما هو جدير بالذكر أنّ ظاهرة التبني بين أشخاص من جنسيات مختلفة قد انتشرت بشكل واسع جداً، وبخاصة في أوربا على أثر هجرة العديد من أبناء جنوب شرقي آسيا إليها، وشجعت الدول ذلك لاعتبارات مختلفة اجتماعية وإنسانية وغيرها، مما نجم عنه ازدياد أهمية مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على التبني.

وعلى الرغم من أنّ القانون السوري لا يبيح التبني إلا أنّه من المتصور إمكان إجراء هذا التصرف بين الأجانب في سوريا أو قيام منازعات بشأنه أمام القضاء السوري. مما يتطلب تحديد القانون الواجب تطبيقه على التبني في ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص نظراً لخلو التشريع من نصّ بشأنه.

إنّ الاتجاه الغالب يقضي بضرورة التمييز من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على التبني بين نشأة التبني وآثاره.

أ- خضوع نشأة التبني، للقانون الوطني لكل من طالب التبني والمتبني

على الرغم من أنّ التبني تصرف أو عقد إلا أنّه لا يخضع للقاعدة العامة الخاصة بالعقود والتي تقضي بتطبيق قانون الإرادة، لأنّ التبني يُعدّ من التصرفات المتعلقة بالأشخاص أي بالأحوال الشخصية، ويجب أن يخضع بالتالي للقانون الشخصي أي لقانون الجنسية. ونظراً لأنّ هذا التصرف يتعلّق بشخص كلّ من المتبني والمتبني، ويمكن أن ينصرف أثره إلى الغير، فقد ثار خلاف بشأن تحديد هذا القانون، هل هو قانون المتبني أم قانون المتبني أم القانون الذي يحكم آثار الزواج¹¹.

غير أنّ الرأي السائد في القانون الدولي الخاص المقارن يقضي بتطبيق قانون جنسيّة كل من المتبني والمتبني على انعقاد التبني وشروط صحته الموضوعية. وهذه القاعدة تُعدّ، إذاً، من

¹¹ راجع في عرض مختلف الاتجاهات الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق. فقرة 154 ص 573.

القواعد الملزمة للقاضي السوري كونها تستند إلى مبادئ القانون الدولي الخاص عملاً بالمادة 26 من القانون المدني السوري.

وتقوم هذه القاعدة على أساس أنّ التبني تصرفٌ يتطلب رضا الطرفين أو ممثليهما مما لا بدّ معه من الرجوع إلى قانون كلّ منهما لمعرفة فيما إذا كان قادراً أو أهلاً لأن يكون أباً بالتبني أو متبنياً.

والسؤال الذي يُمكن أن يُثار حول هذا الحل هو كيفية تطبيق قانون المتبني (طالب التبني) وقانون المتبني (المطلوب تبنيه) عند اختلاف جنسيتهما. هل نطبقهما تطبيقاً مورّعاً، أي نطبق على المتبني قانونه وعلى المتبني قانونه الوطني¹²، أم تطبيقاً جامعاً؟.

إذا كان التطبيق الجامع من شأنه أن يؤدي دوماً إلى تطبيق القانون الأشد، فإنّ التطبيق الموزع يؤدي أيضاً، وفي بعض الحالات، إلى تعطيل التبني أو تعقيده، وخاصة فيما يتعلق بتطبيق بعض الشروط الثنائية المتعلقة بشخص المتبني أو المتبني عند اختلافها في قانون كل منهما، مثل شرط فارق العمر.

كما لو كان قانون المتبني، مثلاً، يشترط ألا يزيد فرق العمر بينهما عن اثني عشر عاماً، وكان قانون المتبني يتطلب ألا يزيد هذا الفارق عن عشرين عاماً، وكان فرق العمر الحقيقي بينهما خمسة عشر عاماً.

ولكن مما لاشك فيه وجوب مراعاة التطبيق الموزع في كل مرة يمكن فيها إعمال هذا التطبيق، ولاسيما بالنسبة للشروط الخاصة بشخص كلّ من طرفي رابطة التبني مثل شروط الرضاء والتمثيل.

أما بالنسبة للشروط الشكلية للتبني فتُطبق بشأنها القاعدة العامة الخاصة بشكل التصرفات والعقود والمحددة في المادة 21 من القانون المدني السوري، التي تنصّ على ما يلي: "العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ب- قاعدة خضوع آثار التبني للقانون الوطني لطالب التبني

يُقصد بآثار التبني مختلف النتائج والحقوق والالتزامات المتبادلة التي تترتب على التبني بالنسبة لكل من المتبني والمتبني، بما في ذلك أثر التبني على اسم المتبني ومدى بقاء ارتباطه بأسرته

¹² كما هو الحال في القانون الدولي الخاص التونسي (المادة 53).

الأصلية. وتتطلب هذه الآثار بحكم طبيعتها خضوعها لقانون واحد هو، وفق الاتجاه الأكثر شيوعاً في التشريع والفقهاء، قانون جنسية طالب التبني¹³ وليس قانون المتبني. ومما يعزز بتقديرنا الأخذ بقانون طالب التبني، بالإضافة إلى ما قال به الفقهاء، كون آثار التبني تقترب كثيراً، إن لم نقل ثمناً، آثار النسب الشرعي التي تخضع لقانون الأب، مما يضيف على هذا الحل أيضاً انسجامه مع الحلول المتبعة بشأن النسب الشرعي. ونشير أخيراً إلى أنه من المسائل التي تدخل في نطاق التبني وتخضع لقانون طالب التبني مسألة الرجوع عن التبني وشروطه وآثاره. أمّا آثار التبني على حقوق الإرث فتخضع لقانون المورث وقت موته عملاً بالمادة 18 من القانون المدني السوري.

ج- دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على التبني

إن عدم إجازة الشريعة الإسلامية للتبني لا تؤدي، بتقديرنا، إلى عدّه على صعيد علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي مخالفاً للنظام العام في سوريا بالنسبة للأجانب، بحيث لا يمكن انعقاده. ولو كان كذلك لما اعترف المشرع المصري بجواز إجرائه في المادة 911 من قانون المرافعات المدنية. وإنما يعني عدم إمكان انعقاده بالنسبة للوطنيين، وعدم جواز ذلك إذا كان أحد طرفيه سورياً.

غير أن ذلك لا ينطوي على استبعاد فكرة النظام العام كلية من نطاق التبني. إذ لا بدّ من استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إذا كان يُجيز التبني على أسس تخالف تلك التي تقوم عليها الأسرة في الشريعة الإسلامية، كما لو كان هذا القانون يسمح بتبني الولد غير مجهول النسب، لأنّ النسب الثابت لا يقبل الفسخ باتفاق الأفراد.

¹³ كما هو الحال في ألمانيا الاتحادية وإسبانيا وإيطاليا والنمسا واليونان وبولونيا والبرتغال وتشيكوسلوفاكيا والسنغال وغيرها، راجع: Batiffol et Lagarde, précité, t. 11, No 467, p. 114 note No 10. وكذلك الأمر في القانون الدولي الخاص التونسي (المادة 2/53).

القانون الواجب تطبيقه على النفقة

النفقة هي التزام يقع على عاتق شخص معين بتقديم معونة مالية أو عينية إلى قريب أو صهر معوز، وترتكز بسببها إما على رابطة القرابة بين المعوز والمدين سواء المباشرة منها أو قرابة الحواشي أو على رابطة المصاهرة بينهما.

ولو استعرضنا أحكام النفقة في قوانين الدول لوجدنا أنها تختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً، مما يجعل من الأهمية بمكان تحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها.

أ- قاعدة خضوع النفقة بين الأقارب لقانون جنسية الشخص المدين بها

نصت المادة 16 من القانون المدني السوري على ما يلي: "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها". وبناءً على ذلك، إذا كان الصغير الذي يطالب بالنفقة فرنسياً، وكان الأب المطالب بها جزائرياً، فيجب على القاضي السوري في هذه الحالة تطبيق القانون الجزائري على النفقة، لكونه قانون المدين بها أو بتعبير أكثر دقة قانون الشخص المطالب بها¹⁴.

والمقصود بالنفقة بين الأقارب النفقة العادية التي تتوجب بسبب القرابة المباشرة أو قرابة الحواشي، أي النفقة بين الأصول والفروع¹⁵، والنفقة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر بالإضافة إلى نفقة الأوصهار، لأن رابطة المصاهرة هي بحد ذاتها أيضاً رابطة قرابة، وذلك وفقاً لما جاء في المادة 49 من القانون المدني السوري، التي تنص على أن "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

ب- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم النفقة

يدخل في نطاق فكرة النفقة مختلف المسائل المتعلقة بها، كتحديد حالات توجبها وشروط استحقاقها وبدء سريانها وتوقيفها، وكذلك موانع النفقة. ففي القانون السوري مثلاً لا تتوجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع (المادة 161 من قانون الأحوال الشخصية). ويُعدّ هذا المانع من النظام العام، ويسري في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على النفقة.

¹⁴ أما المُشرّع التونسي فقد أخذ بقانون جنسية الدائن أو بقانون موطنه، أو بقانون جنسية المدين أو موطنه. وفي كل الأحوال يطبّق القاضي التونسي القانون الأفضل للدائن. (المادة 51 من القانون الدولي الخاص التونسي).

¹⁵ من المستغرب حقاً، أمام صراحة نص المادة 16 من القانون المدني والأحكام الأخرى المتعلقة بالقرابة، أن نجد محكمة النقض السورية تلجأ إلى إخراج نفقة الأولاد من نطاق مفهوم النفقة بين الأقارب، وتخضعها لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج باعتبارها في نظرها من آثار الزواج (نقض مدني شرعي 427 أساس 419 تاريخ 1968/11/11) مشار إليه سابقاً.

أما نفقة المرأة المتزوجة فتُعدّ، كما رأينا من قبل، أثراً من آثار الزواج، وتخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، كما أنّ نفقة المرأة المطلقة تخضع بدورها للقانون الذي يحكم آثار الطلاق أو التطلاق، وهو كما نعلم قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلاق. وكذلك تخرج النفقة الوقتية من نطاق مفهوم النفقة العادية، التي يحكمها قانون المدين بها، وتخضع لقانون القاضي، أي للقانون السوري، أيّاً كانت جنسيّة الشخص المدين بالنفقة باعتبارها من الإجراءات الوقتية.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يسري على موانع النفقة بين الأقارب:

1- قانون الأب

2- قانون الزوج

3- قانون المدين بها

4- قانون القاضي

الإجابة الصحيحة رقم 2

الوحدة التعليمية الحادي عشرة الميراث والوصية

الكلمات المفتاحية:

الميراث - الوصية - وحدة القانون الواجب تطبيقه - ازدواجية القانون - قانون جنسية المورث - قانون موقع المال - شكل الوصية.

الملخص:

يخضع الميراث والوصية لقانون جنسية المورث أو الموصي إلا أن هذا القانون يمكن أن يزاحمه قوانين أخرى. ولهذا لا بد من تحديد نطاق تطبيقه وتحديد المسائل التي تخرج من هذا النطاق وتحديد القانون الذي يحكمها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على استخدام منهجية التمييز بين مختلف المسائل التي تتصل بالميراث من حيث طبيعتها القانونية وتحديد القانون الذي يحكمها والاستثناءات على القانون ودور النظام العام الوطني في استبعاده.

يخضع الميراث الشرعي، في القانون الدولي الخاص السوري، للقانون نفسه الذي يسري على الميراث الإيصائي، ومع ذلك سنخصص لكل منهما مبحثاً مستقلاً نظراً لاختلاف خصائصهما، كما سنكرّس مبحثاً لدور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على الميراث والوصية.

القانون الواجب تطبيقه على الميراث أو التركات

ما من مسألة تعددت المواقف التشريعية والقضائية بشأن القانون الذي يحكمها كالميراث، ولهذا قد يكون من المفيد، قبل أن نبين موقف المشرع السوري، أن نستعرض مختلف الاتجاهات بهذا الشأن.

أ- نظام القانون الواجب تطبيقه في القانون المقارن

يمكن في الواقع أن نميّز بين اتجاهين رئيسيين في هذا الصدد: الأول يأخذ بازدواجية القانون الواجب تطبيقه على التركة، والثاني يأخذ على العكس بوحدة القانون الذي يحكم التركة.

أولاً- نظام ازدواجية القانون الواجب التطبيق

يميّز هذا الاتجاه بصدد تحديد القانون الواجب تطبيقه على التركة بين أموال التركة المنقولة وأموالها غير المنقولة. وعلى أساس ذلك يخضع الميراث في المنقول لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم الميراث في العقار. وإذا كانت الدول التي تأخذ بهذا الاتجاه تتفق في إخضاع الميراث في العقار لقانون موقع المال على أساس أنه يتعلق بالأحوال العينية ونظام الأموال، إلا أنها تختلف في تعيين القانون الذي يحكم الميراث في المنقول. فهو عند بعضها، كفرنسا، قانون موطن المورث بكونه قانون الموقع الحكمي للمنقولات، وهو عند بعضها الآخر قانون جنسيته على أساس ارتباط الميراث في المنقول بالأحوال الشخصية¹.

ومما هو جدير بالذكر أنّ بلادنا قد عرفت نظام ازدواجية القانون واجب التطبيق على التركة في ظل قانون الأراضي العثماني لعام 1867 (الذي ظلّ مطبقاً في سوريا حتى إلغائه في 12 تشرين الثاني سنة 1930 مع صدور قانون الملكية الصادر بالقرار رقم 3339)، والذي كان يقضي بخضوع التركة العقارية في البلاد العثمانية للقانون المحلي.

ثانياً- نظام وحدة القانون الواجب التطبيق

يقوم هذا الاتجاه على أساس إخضاع التركة بمجموعها، المنقولة وغير المنقولة لقانون واحد، غير أنّ الدول التي تؤمن بوحدة القانون واجب التطبيق على التركة تختلف في تحديد هذا

¹ ومما تجدر الإشارة إليه أنّ اتفاقية لاهاي لعام 1973 المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على تصفية التركات قد أخذت بقانون محل السكن المعتاد للمورث. مما يعني أن الالتزام بهذه الاتفاقية سيؤدي، بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام ازدواجية، إلى خضوع التركة لأكثر من قانونين اثنين في وقت واحد، فيما إذا كان محل السكن المعتاد يقع خارج دولة موطن المورث أو خارج إقليمه الوطني.

القانون، فبعضها يأخذ بقانون جنسيّة المورث، وبعضها الآخر يفضل الأخذ بقانون موطن المتوفى، وفريق ثالث من الدول يأخذ بقانون موقع المال الذي يؤدي تطبيقه، من الناحية العملية أيضاً، إلى تجزئة التركة فيما إذا كانت موزعة في دول عدّة، وإخضاع كلّ جزء منها يقع في دولة معينة لقانون مختلف عن قانون بقية الأجزاء.

ب- نظام القانون الواجب تطبيقه في القانون السوري

(قاعدة خضوع التركة لقانون جنسيّة المورث وقت الوفاة)

أخذ المُشرّع السوري بوحدة القانون الواجب تطبيقه على التركة، ونصّ على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصّي أو المتصرف وقت موته". وبذلك أصبحت التركة تخضع لقانون جنسيّة المورث دون تمييز بين أموال التركة المنقولة وأموال التركة غير المنقولة.

وهذه القاعدة متبعة في كثير من التشريعات العربية² والأجنبية، وتقوم على الاعتبارات التالية:

1- إنّ نظام الميراث في القانون السوريّ يتصل اتصالاً وثيقاً بنظام الأسرة، ويُعدّ بالتالي من أهمّ المسائل المتعلقة بالأشخاص في القانون السوريّ.

فنظام الميراث ليس إلا انعكاساً لمدى روابط المتوفى داخل أسرته، ولعلاقاته المتبادلة مع بقية أفرادها، وللدور الاجتماعي الذي يلعبه كلّ منهم فيها. وحقّ الإرث يجسد بحد ذاته وحدة الأسرة، ويسهم في المحافظة على علاقات أفرادها وحمايتها.

ويبدو ذلك من خلال الصفة الإلزامية للإرث في القانون السوريّ سواء بالنسبة للوارث أم المورث. فلا يملك المورث أن يمنع أحد ورثته من الإرث، والوارث يملك نصيبه جبراً عنه من غير اختيار منه.

2- وعلاوة على ذلك فإنّ أحكام الميراث في القانون السوريّ تتصل إلى حد كبير بالأفكار الدينية، فهي كما نعلم مستمدة من الشريعة الإسلامية، ومعظمها جاء ذكره في القرآن الكريم والأحاديث النبوية.

ولهذا كان لا بدّ من أجل ضمان احترام تطبيقها، على صعيد علاقات الأفراد ذات الطابع الدوليّ، بالنسبة للوطنيين وبخاصة المسلمين منهم، من إخضاع الميراث لقانون جنسيّة المورث.

3- ومن مزايا القاعدة التي اختارها المُشرّع السوريّ قدرتها على تأمين وحدة القانون الذي يحكم التركة، وتحاشي المساوئ الخطيرة التي تترتب على تطبيق قوانينٍ متعددةٍ ومختلفةٍ على التركة.

² باستثناء تونس التي أخذت بقانون جنسيّة المورث وقت وفاته أو بقانون موطنه الأخير أو قانون دولة موقع الأموال. (المادة 54 من القانون الدولي الخاص التونسي)

4- ومما يبرر الأخذ بقانون المورث وقت الوفاة، أنّ الوراثة لا تتحقق إلا بموت المورث، وبالتالي يجب الاعتداد في تحديد جنسيته بالوقت الذي تنتهي فيه شخصيته. وبناءً على ذلك إذا غير المورث جنسيته خلال حياته، يؤخذ بالجنسية الأخيرة التي مات المورث عليها، أيًا كانت هذه الجنسية، سواء أكانت وطنية أم أجنبية.

وإذا كان المورث وقت الوفاة متمتعاً بجنسيات عدّة في وقت واحد، وكان من بينها الجنسية السورية، يُطبّق القانون السوري. وإذا كانت هذه الجنسيات كلّها أجنبية بالنسبة لسوريا يؤخذ بقانون الجنسية الفعلية للمورث، عملاً بالمادة 27 من القانون المدني السوري.

ج- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث

يُميز المُشرّع السوري بين نظامين: نظام المواريث، الذي جاءت أحكامه في قانون الأحوال الشخصية، ونظام التركات، الذي وردت أحكامه في القانون المدني. ويشمل نظام المواريث مختلف المسائل المتعلقة بتحديد شروط الإرث، وتعيين الورثة، ونسبة حصص كلّ منهم، وحالات الحجب وموانع الميراث، وأهلية الوارث. أمّا نظام التركات فيتضمّن المسائل المتعلقة بموضوع التركة وما تشتمل عليه، وكيف تنتقل إلى الورثة؟، وما هو حقّ الدائنين فيها؟، ومتى يتعلق بالتركة؟، ونظام إدارة هذه التركة وتصفياتها.

ومما لاشك فيه أنّه لا يمكن الفصل بين هذين النظامين من حيث القانون واجب التطبيق، لأنّه لا يمكن الفصل بين الحقّ في حد ذاته وبين موضوعه. فإذا كان نظام المواريث يحدد حق الإرث في ذاته فإنّ نظام التركات يحدد موضوع هذا الحقّ. ومردّد هذا التمييز في القانون السوري هو اختلاف المصدر الذي استقى المُشرّع منه أحكام كلّ نظام منهما، فنظام المواريث مستمد من الشريعة الإسلامية، ولهذا جاءت أحكامه في قانون الأحوال الشخصية، أمّا نظام التركات فأخوذ من مصادر تختلف عن مصادر نظام المواريث. ولهذا لم ترد في قانون الأحوال الشخصية، وجاءت في القانون المدني.

وعلى ما تقدم فإنّ قانون المورث وقت الوفاة يسري على مختلف المسائل التالية:

- 1- القواعد العامة لاستحقاق الإرث المتعلقة بموت المورث، هل يعتد بالموت الحقيقي - أم الحكمي ، وتلك المتعلقة بتحقيق حياة الوارث، هل يرث الحمل وما هو حكم اثنين لا يعلم أيهما مات أولاً؟
- 2- تحديد الورثة ومراتبهم وحصصهم.
- 3- حالات الحجب وموانع الإرث.

4- صفة حقّ الإرث، هل هو إجباري أم اختياري؟ أي بيان ما إذا كان الوارث حراً في قبول التركة (دون قيد أو شرط أو قبولها بشرط الجرد أو التنازل عنها)، وكيفية ممارسة الوارث لحقّ الخيار وشروطه وآثاره؟.

5- مدى حقّ المورث في تعيين منقذ للوصية، والحالات التي يمكن فيها تعيين مدير للتركة وتحديد اختصاصاته؟.

6- مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة. غير أنّ هذه المسألة بالذات قد أثارت خلافاً شديداً في الفقه المصري بشأن القانون الذي يحكمها. وبتقديرنا أنّ إخضاع هذه المسألة لقانون موقع المال، كما يقول بعضهم³ يؤدي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة وإلحاق الأذى بحقوق الورثة أو بحقوق الدائنين أحياناً أخرى حسب توزع أموال التركة وتوزع الدائنين في دول متعددة ومختلفة، لاسيما وأنّ تطبيق قانون موقع المال على هذه المسألة من شأنه أن يعطل بعض قواعد تصفية التركة القائمة على أساس وحدة أموالها، كما يعطل دور المصفي أحياناً. لذلك فإننا نرى أنّ يبقى قانون موقع المال قاصراً نطاقه على المسائل المتعلقة بنظام الأموال، ومنها تلك المتعلقة بإنشاء التأمينات على عقارات التركة وأموالها الموجودة في سوريا لصالح دائني التركة، وعلى انتقال أموال التركة إلى الورثة، وتنظيم حالة الشيوخ بينهم، ومدتها، وإدارتها، وانفصالها، وقسمة التركة، وآثارها، وتسجيل حق الإرث، والعلانية، والآثار المترتبة عليها، لتعلّق ذلك كلّه بنظام الأموال وحماية حقوق الغير.

أما المسائل المتعلقة بإجراءات تصفية التركات، باستثناء تلك المتعلقة بالموضوع، فتخضع لقانون القاضي، وكذلك التدابير الاحتياطية والمستعجلة للحفاظ على أموال التركة.

³ الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق الجزء الثاني، فقرة 111 ص 342 وانظر في هذا المعنى. الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 170 ص 620. والدكتور منصور مصطفى منصور. مذكرات في القانون الدولي الخاص، القاهرة 1956/1957، ص 226.

د- مآل التركة الشاغرة في القانون الدولي الخاص السوري

تنص المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي:

"1- يؤدّي من التركة حسب الترتيب الآتي:

أ- ما يكفي لتجهيز الميّت، ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع.

ب- ديون الميّت.

ج- الوصيّة الواجبة.

د- الوصيّة الاختيارية.

هـ- المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون.

2- إذا لم توجد ورثة فُضي من التركة بحسب الترتيب الآتي:

أ- استحقاق من أقر له الميّت بنسب على غيره.

ب- ما أوصى به فيما زاد عن الحد الذي تُنفذ فيه الوصيّة.

3- إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزنة العامة". ويتبين من ذلك

بوضوح أنّ التركة الشاغرة، ونقص ذلك التركة التي لا وارث لها، تؤول إلى الخزنة العامة، أي

للدولة. وهذه القاعدة مطبّقة في مختلف قوانين دول العالم.

وإذا كان هذا الحكم لا يثير أيّة مشكلة بالنسبة لأموال تركات الوطنيين في سوريا إذ تؤول إلى

الدولة السورية دون منازع لها في ذلك، إلا أنّ التساؤل يُطرح بالنسبة لأموال تركات الأجانب في

سوريا وهو: لمن تؤول هذه الأموال؟.

هل تؤول إلى دولة المورث الأجنبي، أي إلى الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها المورث بجنسيته،

أم إلى دولة موقع المال، أي إلى الدولة السورية؟.

قبل الإجابة عن هذا السؤال لابدّ من الإجابة عن السؤال التالي: متى تُعدّ التركة شاغرة؟ هل تُعدّ

كذلك وفقاً لقانون جنسيّة المورث وقت الوفاة أم وفقاً لقانون موقع المال؟.

إنّ الرأي المستقر في القضاء والفقهاء حول هذا الموضوع يقضي بتطبيق القانون الذي يحكم

الميراث، أي القانون الذي يحدد الورثة ونصيب كلّ منهم، وهو بالنسبة لبلادنا قانون جنسيّة

المورث وقت الوفاة. وبناءً على ذلك إذا توفي شخص يوناني تاركاً بعض أمواله في سوريا، فإنّ

تركته لا تُعدّ شاغرة إلا إذا كان لا يوجد أحد من الورثة الذين يحددهم القانون اليوناني وليس

القانون السوري.

وعندئذ يمكن أن نتساءل لمن تنتقل أمواله التي تركها في سوريا بعد وفاته، هل تؤول إلى الدولة

اليونانية أم إلى الدولة السورية؟. يتوقف الفصل في هذه المسألة، وفق الرأي السائد في الفقهاء،

على تحديد طبيعة حقّ الدولة في تلقي أموال التركة التي لا وارث لها، أي على تكييف هذا الحقّ.

في الواقع تختلف نظرة النظم القانونية إلى حقّ الدولة في تلقي أموال التركة الشاغرة، فبعضها يعدّ أنّ هذا الحقّ حقّ إرثي، أي أنّ الدولة تتلقى أموال المورث المتروكة على أراضيها دون زوج أو قريب وارث لكونها وارثة تأتي في الدرجة الأخيرة من سلم الورثة. ويرى بعضها الآخر، أنّ حقّ الدولة في هذه التركة هو من حقوق السيادة الإقليمية، أي أنّ الدولة تتلقى أموال هذه التركة الموجودة على إقليمها بموجب سيادتها على هذا الإقليم.

أما بالنسبة لسوريا فلا تُعدّ الدولة وارثة قانونية لأموال المورث الذي توفيّ دون أن يترك ورثة، بدليل ما جاء في المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية المشار إليها سابقاً، فقد ميّزت بوضوح بين الورثة، وهم الذين ورد ذكرهم في نظام الموارث، وبين غيرهم المشار إليهم في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة، وهم من أقرّ له الميّت بنسب على غيره، والموصى له بما زاد عن الحد الذي تُفدّ فيه الوصية والخزانة العامة (الدولة).

وهذا الموقف ينسجم تماماً مع رأي جمهور فقهاء المسلمين، وبخاصة فقهاء المذهب الحنفي السائد في بلادنا، الذي يرى أنّ أموال التركة الشاغرة في دار الإسلام تؤول إلى بيت المال بصفتها أموالاً ضائعة، لا بصفتها وارث لمن لا وارث له، كما قال بذلك فقهاء المالكية والشافعية.

وعلى هذا فإنّ أموال التركة الشاغرة لأجنبيّ في سورية تؤول إلى الخزانة العامة للدولة بموجب حقّ السيادة على الإقليم، وبغض النظر عن موقف القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على التركة⁴. وبالتالي فإنّ ما صدر ويصدر عن جهات رسمية خلافاً لذلك، أي لأحكام المذهب الحنفي، يخالف إرادة المشرّع، ويضر بالمصلحة المادية الوطنية كما شرحنا ذلك في مؤلفات سابقة⁵.

⁴ انظر مؤلفنا القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، طبعة 2008/2009، المشار إليه سابقاً، ص 275 وما بعدها مع الهوامش.
⁵ انظر المرجع السابق ص 276 والهامش رقم 1.

القانون الواجب تطبيقه على الوصية

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ذو طبيعة مختلطة، فهي ليست مجرد تصرف قانوني تستقل الإرادة بحكمه بل هي أيضاً من طرق الخلافة بسبب الموت تتصل اتصالاً وثيقاً بالميّراث. لهذا تختلف الاتجاهات الفقهية والتشريعية بصدد تحديد القانون واجب التطبيق بشأنها. فهي عند من ينظر إليها كتصرف إرادي تخضع لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يعينه المورث، وعند من يتمسك بصلتها الوثيقة بالميّراث تخضع للقانون الذي يحكم التركة، على اختلاف اتجاهات الدول بهذا الشأن، على نحو ما عرضناه من قبل.

ولكن على الرغم من اختلاف الاتجاهات الفقهية والتشريعية حول القانون الذي يحكم موضوع الوصية، إلا أنّ مختلف هذه الاتجاهات تُخضع شكل الوصية لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم موضوعها، كما فعل المشرّع السوري الذي ميّز من حيث القانون الواجب تطبيقه على الوصية بين شروطها الشكلية وشروطها الموضوعية.

أ- القانون الواجب تطبيقه على الشروط الشكلية للوصية

(قاعدة خضوع شكل الوصية لقانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون محل إبرام الوصية)

نصّت الفقرة 2 من المادة 18 من القانون المدني السوري على ما يلي:

"... يسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". بمعنى أنّ الوصية تُعدّ صحيحة من حيث الشكل إذا تمت وفق الشكل المقرر في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو وفق أي من الأشكال المقررة في قانون بلد إنشاء الوصية ولو لم تُعدّ كذلك وفق أحكام القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية، ونقصد بذلك قانون الموصي وقت الوفاة. وتشكّل القاعدة التي اختارها المشرّع السوري بصدد شكل الوصية استثناءً من القاعدة العامة المتعلقة بشكل التصرفات المنصوص عنها في المادة 21 من القانون المدني. وبهذه القاعدة أخذ المشرّع في كثير من الدول العربية، كمصر وليبيا والعراق والسودان والجزائر والأردن والكويت.

1- قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء

ويقوم اختصاص قانون جنسية الموصي في حكم شكل الوصية على أساس أنّها من التصرفات المتعلقة بالأشخاص، أي بالأحوال الشخصية. ويبرر الأخذ بقانون الموصي وقت الإيصاء لا وقت الوفاة، لأنّ العبرة في شكل الوصية هي بوقت إنشائها، أي بوقت صدور إرادة الموصي، لا بوقت نفاذها.

2- قانون محل إبرام الوصية:

أما قانون بلد إبرام الوصية فيستند إلى رغبة المشرع في التسهيل على الموصي من حيث إنشاء الوصية.

وبناءً على ما تقدم يمكن للسوريين إجراء وصاياهم في الخارج، إما وفقاً للشكل المقرر في قانون بلد إنشاء الوصية الأجنبي أو وفقاً للأشكال المقررة في القانون الوطني للموصي. ونشير أخيراً إلى أن نطاق تطبيق القاعدة المقررة في الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني، المشار إليها من قبل، يقتصر على المسائل التي تُعدّ من الشكل في نظر القانون السوري، والمقصود بذلك الأشكال التي تظهر من خلالها إرادة الموصي إلى العالم الخارجي. أما موضوع الوصية فيخضع لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة كما سنرى في المطلب التالي.

ب- القانون الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية للوصية

أولاً - قاعدة خضوع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة:

بموجب أحكام الفقرة الأولى من المادة 18، المشار إليها سابقاً، يسري ... على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون... الموصي أو من صدر عنه التصرف وقت موته". وبإخضاع الوصية من حيث الشروط الموضوعية للقانون الذي يحكم الميراث، يكون المشرع قد نظر إلى الوصية بكونها من طرق الخلافة بسبب الموت، وتتصل بالتالي بالميراث أكثر من كونها مجرد تصرف إرادي، بحيث تدخل في نطاق المسائل المتعلقة بالأشخاص لا المسائل المتصلة بالتصرفات القانونية.

وفي الواقع أن الوصية على غرار الميراث تؤدي إلى الخلافة بسبب الموت، كما أنها ترتبط به ارتباطاً وثيقاً، لأن حرية الموصي ليست مطلقة بل هي مقيدة بحدود معينة، الغاية من وضعها هي حماية حقوق الورثة، ولا يمكن المحافظة على هذا الارتباط بينهما، في إطار علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي، إلا بإخضاعهما لقانون واحد مشترك. ولهذا أحسن المشرع السوري صنعا بإخضاع الوصية للقانون نفسه الذي يحكم الميراث.

وبناءً على ذلك، يمكن القول إن خضوع الوصية لقانون الموصي، أي لقانون جنسيته، يبرره كونها من الأحوال الشخصية. أما خضوعها لقانون الموصي وقت الوفاة فيبرره اتصالها الوثيق بالميراث.

وهذه القاعدة التي أخذ بها المشرع السوري سائدة في كثير من الدول العربية وبعض الدول الأجنبية.

ثانياً - نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للوصية

هل يسري قانون الموصي وقت الوفاة على مختلف الجوانب الموضوعية في الوصية، ونقصد بذلك مختلف الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الوصية، أم أنه يقتصر بتطبيقه على الجانب الموضوعي المرتبط بالميراث دون الجانب الموضوعي المتعلق بتنظيم الوصية بوصفها تصرفاً إرادياً؟⁶

في مصر، حيث يُعمل بنص مماثل لنص المادة 18 من القانون المدني السوري، اختلف الفقهاء حول هذه المسألة. فذهب فريق منهم إلى أن قانون الموصي وقت الوفاة يحكم فقط الجانب الموضوعي للوصية الذي يرتبط بالميراث⁶، ويشمل خاصة المسائل التالية: حق المورث في التصرف بطريق الوصية، وتحديد المقدار الذي يجوز الإيصال به من التركة، والمقدار المحفوظ منها للورثة، وما هي شروط صحة الوصية للورث، والآثار التي تترتب على الوصية بما في ذلك الالتزامات التي يتحملها الموصي له. أما المسائل الأخرى المتعلقة بتنظيم الوصية بوصفها تصرفاً إرادياً، وهي أهلية الموصي للإيصال وأركان الوصية من رضا ومحل وسبب، وبخاصة عيوب الرضا، فتخضع عندهم إلى قانون الموصي وقت الإيصال، وذلك على أساس أن هذه المسائل لا علاقة لها بالميراث، علاوة على أن الوصية هي تصرف إرادي يلزم لصحته كمال أهلية الموصي، وسلامة الرضا وقت إبرام الوصية، وليس وقت وفاة الموصي⁷.

ويرى بعض الفقهاء إخضاع أهلية الموصي للإيصال لقانون جنسيته وقت الإيصال، ولقانون جنسيته وقت الوفاة فيما إذا غير الموصي جنسيته بعد عمل الوصية، وذلك بحيث يجب اكتمال أهليته للإيصال عند إبرام الوصية، وعند الوفاة أيضاً.

كما يتجه عدد من الفقهاء إلى القول بضرورة تطبيق القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية على عيوب الرضا، وذلك تأسيساً على أن أركان الوصية ليست من الأحوال الشخصية، ولا تتصل بالميراث وإنما هي من الأمور الجوهرية في تكوين التصرفات الإرادية⁸.

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى وجوب تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة على مختلف جوانب الوصية باستثناء ناحية الشكل فيها⁹.

وأفضل هذه الآراء عندنا هو الرأي الأخير من بينها، أي الرأي القائل بخضوع مختلف الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة، وذلك دون تمييز بينها. وتشمل هذه الشروط المسائل المتعلقة بتكوين الوصية، وشروط صحتها، وبطلانها، والرجوع عنها، وقبولها، وردّها،

⁶ راجع في هذا المعنى: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 177 و 178 ص 636. وما بعدها. والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 116 ص 360 وما بعدها.

⁷ الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 116 ص 360 وما بعدها. ويصدد عيوب الرضا 1 الدكتور منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص. 1956-1957 القاهرة ص 277.

⁸ الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 178 ص 638.

⁹ الدكتور شمس الدين الوكيل. مشار إليه من قبل الدكتور هشام علي صادق المرجع السابق، ص 639، الهامش رقم 2.

وموانعها، والشروط المتعلقة بالموصي له، بما في ذلك تحديد الأشخاص الذين لا يجوز الإيحاء لهم، والشروط المتعلقة بالموصي به، وتحديد القدر الجائز للإيحاء به، والآثار التي تترتب على الوصية كافةً.

وذلك على أساس أن نصّ الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني جاء بالنسبة للوصية مطلقاً، لا يسمح بإجراء تمييز بين جوانب الوصية المختلفة باستثناء ناحية الشكل التي استبعدتها المشرع وحدها دون غيرها من نطاق تطبيق قانون الموصي وقت الوفاة، وأخضعها لقانونه وقت الإيحاء أو لقانون بلد إبرام الوصية.

يضاف إلى ذلك أن الوصية وإن كانت من التصرفات الإرادية التي يُنظر من أجل صحة انعقادها إلى وقت إبرامها، إلا أنها تختلف عن غيرها بأنها من التصرفات غير اللازمة التي يجوز الرجوع فيها ما دام الموصي على قيد الحياة، أي أنها لا تُنقذ منذ إتمامها بل من تاريخ الوفاة.

ومن مزايا القاعدة التي أخذ بها المشرع السوري أنها تؤمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على مختلف الشروط الموضوعية للوصية. وتجنب مساوئ تطبيق قوانين متعددة ومتباينة على هذه الشروط وصعوباتها.

ويسري هذا القانون على الوصية سواء أكان الموصي به عقاراً أم منقولاً، ولكن دون إخلال بأحكام قانون موقع المال المتعلقة بإنشاء حقّ عينيّ على مال أو تعديله أو إلغائه. فإذا كانت وصية الأجنبي تتعلق بعقارات في سوريا وجب في هذه الحالة مراعاة أحكام القانون السوري الناظمة لإنشاء الحقوق العينية بشكل عام، ولاكتسابها بالنسبة للأجانب بشكل خاص.

أما بالنسبة للتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت، كعقود التوريث وغيرها، فيسري بشأنها أيضاً قانون المتصرف وقت الوفاة، بحيث يسري على الشروط الموضوعية للمتصرف كافة، نظراً لإطلاق النص، على نحو ما أشرنا إليه من قبل بالنسبة للوصية.

دور النظام العام في استبعاد القانون واجب التطبيق على الميراث والوصية

عملاً بأحكام المادة 30 من القانون المدني السوري، المشار إليها سابقاً، يجب استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على الميراث والوصية إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب في سوريا. وبناءً على ذلك يجب استبعاد القانون الأجنبي الذي يحكم الميراث فيما إذا كان يُجيز الميراث مع اختلاف الدين، أو يُجيز الميراث للوارث الذي قتل مورثه عمداً، سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً، أو للوارث الذي تسبب قصداً في قتل مورثه، أو إذا كان يقرر حق الإرث لولد الزنى من أبيه أو العكس، أو كان يُمنع من استحقاق الميراث لأسباب أخرى تخالف القانون السوري، كمنع الميراث بسبب اختلاف الجنس أو اللون، لأن موانع الميراث في القانون السوري تقوم على أسس دينية واجتماعية وخلقية وإنسانية عليا لا يجوز للقانون الأجنبي مخالفتها على الإطلاق.

أما في غير ذلك من المسائل فلا يُعدّ مجرد اختلاف القانون الأجنبي عن القانون الوطني سبباً لتدخل النظام العام السوري، كما لو كان القانون الأجنبي واجب التطبيق يساوي بين الذكر والأنثى في الميراث، على نحو ما أخذت به بعض المحاكم المصرية. وذلك لأن المُشرّع في بلادنا قد خرج عن مبدأ "للذكر مثل حظ الأنثيين" المقرر في الشريعة الإسلامية، وأخذ بمبدأ المساواة بينهما في قانون انتقال الأراضي الأميرية لعام 1330 للهجرة.

أما بالنسبة للوصية فإنّ القانون الأجنبي واجب التطبيق عليها يجب استبعاده أيضاً إذا كان يجيز الوصية لقاتل الموصي، سواء أكان فاعلاً أم شريكاً أم متسبباً، على نحو ما أشرنا إليه بصدد الميراث، أو إذا كان يجيزها لسبب أو باعث مخالف للنظام العام، أو كان يسمح بها إذا كانت معلقة على شرط يُعدّ مخالفاً للنظام العام السوري.

ولكن هل يجب استبعاد القانون واجب التطبيق على الوصية إذا كان يجيز الوصية لوارث أو لغير الوارث بما زاد عن الثلث خلافاً لأحكام القانون السوري المتعلقة بالقدر الجائز الإيضاء به؟. حول هذا الموضوع قررت محكمة النقض المصرية في نزاع يتعلق بوصية بين لبنانيين مسيحيين ما يلي: " لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمسّ كيان الدول أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة. ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في الدعوى¹⁰.

ويستخلص من ذلك أنه لو تعلق الأمر بالمسلمين لتعيّن استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق على الوصية إذا كان يخالف أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بتحديد القدر الجائز الإيضاء به،

¹⁰ نقض مصري 26 يوليو 1967، منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة عشرة، أكتوبر - ديسمبر 1970، ص 968.

أو إذا كان يخالف الأحكام الأخرى التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية متى كان الموصي أو الموصي له من المسلمين.

وبتقديرنا أنه لا يمكن مسايرة محكمة النقض في اتجاهها هذا، وفي النتائج المترتبة على هذا الاتجاه في سوريا وذلك لأسباب عدّة:

أولاً: لقد أجاز المشرع السوري صحة الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه، وذلك بالنسبة لأبناء الطائفة الدرزية. وعلى هذا إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق يُجيز مثل هذه الوصية فلا يمكن عدّه مخالفاً للنظام العام السوري طالما أنّ المشرع قد أجاز ذلك في القانون الداخلي بالنسبة لطائفة معينة من السكان لاعتبارات دينية (المادة 307 من قانون الأحوال الشخصية).

ثانياً: علّق المشرع نفاذ الوصية للوارث ولغير الوارث بما زاد عن الثلث على إجازة الورثة، أي على إرادة الأفراد. ومن المعلوم أنّ المسائل المعتبرة من النظام العام لا تتعلق بإرادة الأفراد، وبالتالي لو كان الثلث، وهو القدر الجائر الإيضاء به، من النظام العام في القانون السوري لما جعل المشرع نفاذ الوصية بما زاد عنه، أي على الثلث، مرتبطاً بإرادة الورثة (المادة 2/238 من قانون الأحوال الشخصية).

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: تخضع الشروط الموضوعية للوصية:

- 1- لقانون الموصي وقت الإيضاء
 - 2- لقانون إرادة الموصي وقت موته
 - 3- لقانون الموصي وقت موته
 - 4- للقانون الذي يحكم شكل الوصية
- الإجابة الصحيحة رقم 3

الوحدة التعليمية الثاني عشرة الأموال المادية

الكلمات المفتاحية:

العقار - المنقول - الحيازة - الملكية - الحقوق العينية - الحقوق التبعية

الملخص:

يخضع العقار والمنقول لقانون موقع المال، إلا أن المنقول بحكم طبيعته القابلة لعدم تحديد مكان الفعلي يتطلب تحديد القانون الذي يحكمه في زمن معين وبالتالي فإن دراسة القانون الواجب تطبيقه على المنقول لها خصوصيتها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذا الجزء يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد القانون الذي يحكم المال سواء في العقار المنقول وتحديد الحالات التي يمكن أن يتدخل فيها قانون آخر لحكم بعض الحقوق العينية والتبعية والأموال المعنوية أو الشخصية.

من القواعد الأساسية التقليدية في القانون الدولي الخاص خضوع المال لقانون موقعه، وبهذه القاعدة أخذ المشرع السوري بالنسبة للأموال المنقولة وغير المنقولة. ونظراً لأنّ المشاكل القانونية التي تثيرها المنقولات، وبخاصة تلك الناجمة عن إمكانية نقلها من مكان إلى آخر، تختلف عن المشاكل التي تثيرها العقارات كان من الضروري أن نبحث في القانون واجب التطبيق على كلّ من النوعين في جزئين منفصلين.

العقار

أ- القانون واجب التطبيق (قاعدة: خضوع العقار لقانون موقعه)

كرّس المشرع قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه في المادة 19 من القانون المدني السوري التي تنصّ على ما يلي: " يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختصّ بالعقار... " وقبل صدور هذا القانون وردت هذه القاعدة، بصورة ضمنية، لأول مرة في التشريعات العثمانية التي كانت مطبّقة في بلادنا (قانون الأراضي لعام 1867) على أثر منح الأجانب حقّ الملكية العقارية في أراضي الدولة العثمانية. ثم أكدتها التشريعات اللاحقة وبخاصة القانون المتعلق بحقوق الأجانب في البلاد العثمانية لعام 1333 للهجرة. إذ كانت المادة 4 منه تنصّ على خضوع دعاوى الأجانب المتعلقة بالأموال غير المنقولة أمام المحاكم العثمانية للقوانين العثمانية.

ولو رجعنا إلى تاريخ تنازع القوانين لوجدنا أنّ قاعدة خضوع المال لقانون موقعه كانت من أولى القواعد التي ظهرت للعالم. فقد وجدت جذورها الحقيقية في ظل إقليمية القوانين التي سادت في عصر الإقطاع، ثم أخذ بها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة دون تردد. وفي القرن السادس عشر برزت قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه عند الفقيه الفرنسي دار جنتريه بشكل مستقل، كما أخذ بها (الفقيه الألماني) سافيني ثمّ الفقيه الإيطالي مانشيبي كاستنثاء على مبدأ شخصية القوانين، وبعدها دخلت في تشريعات معظم الدول بما فيها سورية.

ومما لا شك فيه أنّ استقرار هذه القاعدة واستمرارها وانتشارها الواسع يعبر عن سلامة الاعتبارات وقوة الأسباب التي تبرّر الأخذ بها من جميع الدول. وهي في الواقع متعددة: قانونية وعملية وسياسية واقتصادية وفنية.

فمن الناحية القانونية والعملية، يؤمّن قانون موقع العقار وحدة القانون الذي يخضع له العقار وثباته. فهو لا يتبدّل بتبدّل مالكيه، ويسمح أيضاً بضمان حقوق الغير وسلامة المعاملات، إذ يكون من السهل على الأفراد التعرف على حالة العقار والالتزامات المترتبة عليه، والتحقق من

الحقوق العينية التي يتمتع بها الشخص المتصرف بالـعقار، والاطمئنان على حقوقهم أيضاً بفضل الترتيبات المتخذة في موقع العقار لشهر التصرفات، وتسجيل الحقوق العينية التي تترتب على العقار.

ومن الناحية السياسية، تتطلب اعتبارات السيادة الوطنية الإقليمية عدم السماح للقوانين الأجنبية بالتدخل لتحديد نظام الأموال الموجودة على إقليمها.

ومن الناحية الاقتصادية، يُعدّ العقار جزءاً من إقليم الدولة، وتحدد كلّ دولة نظام الحقوق العينية التي تلحق به، وكيفية استثمارها بما يتلاءم مع مصالحها الوطنية وفلسفتها الاقتصادية.

يضاف إلى ذلك اعتبارات فنية تتعلق بتركيز العقارات. فالعلاقات القانونية التي يكون موضوعها المال بصورة عامة، والعقار بصورة خاصة، لا يمكن تركيزها إلا بالاستناد إلى موضوعها، وهو المال (العقار) بكونه مركز الثقل الأساسي والهام فيها.

وعلى الرغم من استقرار قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، تختلف الدول في تحديد نطاق تطبيقه. ويمكن في هذا الصدد التمييز بين ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول، يعطي قانون موقع العقار اختصاصاً شاملاً يحكم الحقوق والعلاقات المتعلقة بالعقار بعناصرها وجوانبها المختلفة بما في ذلك شروط تكوينها وأهلية المتعاقدين. وهذا الاتجاه متبع في انكلترا وغيرها من الدول الإنكلوسكسونية.

الاتجاه الثاني، وتأخذ به بعض قوانين الدول الأوروبية، يميل إلى قصر نطاق تطبيق موقع العقار على النظام القانوني للعقار بحد ذاته، أي على تحديد الحقوق العينية التي تترتب على العقار ونظامها دون أن يشمل أهلية المتعاقدين وأسباب كسبها مثل العقد وغيره¹.

الاتجاه الثالث، فهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين، وبموجبه يسري قانون موقع العقار على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى كما يسري على العقود المتعلقة بالعقار، ولكن دون أن يتناول أهلية المتعاقدين وشكل العقد، وذلك وفق ما جاء في المواد (12 و 19 والفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني السوري) على نحو ما سنبينه فيما يلي:

ب- نطاق تطبيق قانون موقع العقار

يشمل نطاق تطبيق قانون موقع العقار المسائل التالية:

1. تحديد وصف المال فيما إذا كان منقولاً أو عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص.
2. بيان مركز العقار من حيث جواز التعامل فيه أو عدمه.
3. بيان أسباب كسب الحياة وطرق انتقالها وزوالها والآثار المترتبة عليها.

¹ انظر بالنسبة للقانون الفرنسي:

Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 513, P. 139et s.

4. بيان الحقوق العينية التي تترتب على العقار مثل:

- الحقوق العينية الأصلية: وتتناول حق الملكية من حيث تحديد مضمونه والسلطات التي يخولها للمالك، من تصرف واستغلال واستعمال، ونطاقه ووسائل حمايته والحقوق المنفردة عنه، كحق الانتفاع وحقوق الارتفاق وغيرها، والقيود التي ترد عليه، من قانونية وطبيعية واتفاقية، وكذلك حالات نزع الملكية بالتأميم أو غيره.

- الحقوق العينية التبعية المترتبة على العقار: كالرهن العقاري والتأمين العقاري وحقوق الامتياز. غير أن هذه الحقوق، كما يدل عليها اسمها، تكون دائماً تابعة لحق شخصي. ولذلك فإن نظامها القانوني وبخاصة وجودها يتأثر بالقانون الذي يحكم هذا الحق. بحيث يجب لنسئها أن يقرها كل من قانون موقع المال والقانون الذي يحكم هذا الحق أو قانون آخر.

غير أنه ينبغي التمييز بين الحقوق العينية التبعية التعاقدية، أي الرضائية، كالرهن العقاري وبين الحقوق العينية التبعية الجبرية أو القانونية. فالحقوق العينية التبعية التعاقدية يستقل قانون موقع المال بحكمها، وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني التي تقضي بتطبيق قانون موقع العقار على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار. أما الحقوق العينية التبعية الجبرية أو القانونية فيستلزم لقيامها أن يقرها كل من القانون الذي يحكم الحق الشخصي وقانون موقع المال.

فإذا كان قانون القاصر أو الممنوع من التصرف يقرر قيام تأمين جبري على عقارات الوصي أو القيم لضمان حقوق القاصر أو المجنون، فإن هذا التأمين لا يسري على عقارات الوصي أو القيم الموجودة خارج الدولة التي ينتمي إليها القاصر أو المجنون إلا إذا أقره قانون موقعها إن اختلفا. كما لا يكفي لنشوء التأمين القانوني على عقارات الزوج ضماناً لحقوق زوجته، مثلاً، أن يقره القانون الذي يحكم آثار الزواج (قانون الزوج وقت الزواج)، بل لابد أيضاً من أن يقره قانون موقع عقارات الزوج، ولابد أيضاً لسريان التأمين الجبري على عقارات المحاسبين الموجودة خارج إقليم الدولة التي يقرر قانونها هذا التأمين لصالح ديونها وديون البلديات والإدارات العامة من أن يقره أيضاً قانون دولة موقعها.

وكذلك بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية، إذ يستقل قانون موقع العقار بحكم حقوق الامتياز الخاصة العقارية الناجمة عن العقود على أساس أن العقود التي تتعلق بعقار تخضع لقانون موقع هذا العقار، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 20 المشار إليها من قبل. أما حقوق الامتياز العقارية الأخرى الخاصة والعامة، كحق الامتياز المقرر للنفقة المستحقة في ذمة المدين لأفراد أسرته وأقربائه، فيتعين أن يجيزها القانون الذي يحكم الحق أو الدين (القانون الذي يحكم النفقة)، ويقرها قانون موقع المال.

غير أنّ قانون موقع المال ينفرد وحده بحكم التأمينات العقارية، الرضائية والجبرية، من حيث مضمونها وشروط نفاذها في مواجهة الغير وآثارها، ولاسيما حقّ التبع والأفضلية، وطرق انقضائها وكذلك أيضاً بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية.

5. أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية وانتقالها وطرق انقضائها:

تخضع أسباب الاكتساب الخاصة بالحقوق العينية كالحيازة والتقدم والاستيلاء والالتصاق وغيرها لقانون موقع العقار. على اعتبار أنّ هذه الأسباب لا يمكن فصلها عن الحقوق العينية التي تتعلق بها من حيث القانون واجب التطبيق. ولقد نصّ المُشرّع صراحة على خضوعها لقانون موقع العقار.

أما بالنسبة لأسباب الاكتساب المشتركة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، ونقصد بذلك الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فتخضع لقانون خاص بها يحكمها. فالميراث والوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت يسري عليها، بموجب أحكام المادة 18 من القانون المدني كما سبق بيانه، قانون المورث أو الموصي أو المتصرف وقت الوفاة. باستثناء ما يترتب على هذه الأسباب من أثر ناقل للحقّ العينيّ إذ يخضع لقانون موقع العقار.

أما العقد المتعلق بعقارٍ فيخضع، بموجب أحكام الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون المدني، لقانون موقع العقار وليس لقانون الإرادة. ويسري قانون موقع العقار على مختلف جوانب العقد، ولاسيما الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده وآثاره سواء تلك المتعلقة بإنشاء حقّ عينيّ أم شخصيّ على العقار باستثناء أهلية المتعاقدين التي تخضع، وفقاً للقاعدة العامة المحددة في المادة 12 من القانون المدني، لقانون جنسية الشخص وشكل العقد الذي تسري عليه القاعدة العامة الخاصة بشكل التصرفات عموماً، والمحددة في المادة 21 من القانون المدني. ويسري على الهيئة المتعلقة بعقار ما يسري على العقد من حيث القانون واجب التطبيق لكونها من التصرفات الإرادية.

وكذلك تخضع طرق انتقال الحقوق العينية وانقضائها لقانون موقع العقار²، بالإضافة إلى وسائل الشهر والعلانية المتعلقة بها والآثار المترتبة عليها.

² وهذا ما أكدته وزارة العدل السورية في كتاب موجه إلى مديرية المصالح العقارية. وبناءً على ذلك ترتب سقوط حق الانتفاع الذي تملكه الزوجة السورية على عقارات زوجها التركي المتوفى الموجودة في سوريا بموجب قانون هذا الزوج. وذلك عملاً بأحكام المادة 2/936 من القانون المدني السوري باعتباره قانون موقع المال. كتاب رقم 20892 تاريخ 1964/12/13 منشور في مجلة القانون لعام 1965 ص 24.

المنقول

أ- المنقولات المادية

أولاً: القانون واجب التطبيق (قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه) يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى بالنسبة للمنقول، كما جاء في المادة 19 من القانون المدني، "قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

فالمنقول يخضع إذاً لقانون موقعه، وتأخذ دول كثيرة بهذه القاعدة حالياً.

وقد ظلت الأموال المنقولة، منذ دار جنترية وحتى وقت ليس ببعيد، تخضع لقانون موطن الشخص، إما باعتبارها من الأشياء التي تتبع الشخص، وإما باعتبار موطن الشخص هو المكان الذي يفترض تواجد أموال الشخص المنقولة فيه.

تقوم هذه القاعدة على الاعتبارات القانونية والعملية والسياسية والاقتصادية والفنية نفسها التي تقوم عليها قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه التي سردناها من قبل. ومن الملاحظ أن المشرع السوري قد تصدى لمشكلة التنازع المتغير الناجمة عن تبدل موقع المنقول وانتقاله من دولة إلى أخرى، واعتد في تحديد قانون موقعه بمكان وجوده وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحق العيني على المنقول. والمقصود بالسبب هنا هو السبب المكسب أو المفقود للحيازة أو الحق العيني، كالاستيلاء على منقول ليس له مالك، والالتصاق، والعقد، والتقادم المكسب، بالإضافة إلى الميراث والوصية.

والمنقولات المادية، باعتبارها ذات كيان حسي ظاهر ومستقل، يكون من السهل تعيين موقعها الفعلي. إلا أنّ هناك بعض المنقولات دائمة الحركة بحكم وظيفتها أو طبيعتها، كوسائل النقل الدولية والبضائع في أثناء النقل، بحيث يصعب تحديد موقعها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية أو فقدها، مما يدفعنا للتساؤل عن كيفية تعيين موقعها وتحديد القانون الذي يحكمها.

أ- بالنسبة لوسائل النقل الدولية³

إنّ الطائرات وسفن البحار والأنهار الدولية هي منقولات من نوع خاص، لأنها معدة أصلاً للتنقل بين مختلف الدول مروراً بأعالي البحار أو الفضاء الجوي الذي يعلوها. لذلك فإنّ الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في كثير من دول العالم هو عدم الاعتراف بمكان وجودها

³ بموجب المادة 59 من القانون الدولي الخاص التونسي تخضع المنقولات الخاضعة للتسجيل أو الترخيص لمكان التسجيل. أما المنقولات خلال انتقالها عبر الحدود فتخضع لقانون محل وجودها (المادة 60).

الفعلي وإخضاعها لقانون العلم أو المريرب⁴، أي لقانون الدولة التي تسجل فيها الطائرات والسفن وترفع علمها على أساس أنها تُعد موجودة على إقليم هذه الدولة بصورة دائمة. وبناءً على ذلك فإن التصرفات التي ترد على السفينة من بيع ورهن⁵، وهبة ووصية تخضع، من حيث أثرها في إنشاء الحق العيني عليها، لقانون مكان تسجيلها، أي لقانون علمها⁶.

ب- بالنسبة للبضائع في أثناء النقل

وكذلك فإن البضائع في أثناء النقل، ونقصد بذلك البضائع المشحونة من بلد إلى آخر والبضائع التي يحملها المسافرون، لا يمكن تحديد موقعها الفعلي وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب حق عيني عليها. فقد تُباع البضاعة المشحونة من قبل مالكها في أثناء نقلها براً أو بحراً أو جواً مما يتعذر معه تحديد موقعها الفعلي وقت البيع. وإذا كان بالإمكان معرفة هذا المكان فإنه يكون في أغلب الأحيان عرضياً ليس له أية صلة حقيقية بعقد البيع، كما أنه يتعذر على المتعاقدين العلم بأحكام قانون هذا المكان، ولهذا يميل الفقه السائد إلى عدم الاعتراف بقانون موقعها الفعلي.

غير أن الآراء قد اختلفت في تعيين القانون الذي تخضع له، فمنهم من قال بتطبيق القانون الشخصي لمالك البضاعة، ومنهم من يطالب بتطبيق قانون العلم، ومنهم من يأخذ بقانون البلد المصدرة إليه، وفريق رابع يفضل التمييز بين البضائع المشحونة براً والبضائع المشحونة بحراً بحيث تخضع الأولى لقانون الدولة التي تتجه إليها، أو لقانون مكانها الحقيقي إذا توقفت البضاعة لفترة معينة في هذا المكان، ودعت الضرورة لاتخاذ بعض التدابير التحفظية على هذه البضاعة، والثانية لقانون العلم الذي تحمله السفينة⁷.

والرأي السائد في الفقه المعاصر وفي قوانين بعض الدول الغربية يقضي بخضوع البضائع التي يحملها المسافرون على ظهر سفينة أو طائرة لقانون علم وسيلة النقل، باعتباره قانون المكان الذي تتواجد فيه هذه البضائع، علاوة على أنه أكثر ملاءمة من غيره، وبخضوع

⁴ راجع Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 508, p. 130

وراجع أيضاً في مفهوم علم السفينة: الدكتور صلاح محمد المقدم: تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة في القانون البحري، بيروت - دار الجامعة 1981، فقرة 52 وما بعدها ص 60.

⁵ تنص المعاهدات الدولية، كمعاهدة جنيف لعام 1958 ومعاهدة بروكسل لعام 1926، صراحة على تطبيق قانون العلم بالنسبة للرهن البحري.

⁶ و بالنسبة للسيارات يفضل الفقه الراجح قانون محل وجودها الفعلي: Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 509, p. 132

أما القطارات وعربات السكك الحديدية فقد حددت اتفاقية برن نظامها القانوني. راجع بشأنها:

⁶ Répertoire de droit international, Dalloz, t. III, Chemins de fés, No 8, 14 et 15.

⁷ راجع هذه الآراء وغيرها معروضة من قبل الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة 124 ص 390 وما بعدها.

البضاعة المشحونة لقانون البلد المصدرة إليه، وهو ما يطلق عليه الفقهاء قانون المقصد، على أساس أن هذا المكان هو المستقر النهائي للبضاعة والأسهل تحديداً من غيره.

ثانياً: نطاق تطبيق قانون موقع المنقول

يدخل في مجال قانون موقع المنقول الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى التي تترتب على هذا المنقول، من أصلية وتبعية، وأسباب كسبها وانتقالها وطرق انقضاءها، على نحو ما أشرنا إليه بصدد تحديد نطاق تطبيق قانون موقع العقار مع الإشارة إلى ما يلي:

إنّ العقد المتعلق بمنقول، كواحد من أسباب كسب الحقوق العينية على المنقول، يخضع من حيث شروطه الموضوعية المتعلقة بتنظيم العقد وتكوينه وآثاره لقانون إرادة المتعاقدين، أو لقانون موطنهما المشترك في حال غياب إرادتهما الصريحة أو الضمنية، أو لقانون محل الإبرام في حال عدم وجود الموطن المشترك، وذلك وفقاً لأحكام المادة 20 من القانون المدني السوري على نحو ما سنراه فيما بعد، باستثناء أثر العقد في إنشاء حقّ عينيّ على المنقول، إذ يخضع لقانون موقع المنقول طبقاً لأحكام المادة 19 من القانون المدني المشار إليها من قبل.

أما أهلية المتعاقدين وشكل العقد فتخضع كل مسألة منهما للقانون الذي تحدده القواعد العامة، وهو بالنسبة للأهلية قانون الجنسية، وبالنسبة للشكل قانون محل الإبرام أو أي من القوانين التي حددتها المادة 21 من القانون المدني السوري.

ب- الأموال غير المادية (المعنوية)

الأموال غير المادية هي الأموال المعنوية أي الأشياء غير الحسية، كالأفكار والألحان والمخترعات وغيرها من أشكال الإنتاج الفكري، التي يمكن أن تكون محلاً للحقّ العينيّ. وتمثل هذه المنقولات المعنوية مجرد حقوق مُنطرة بشخص معين، كحقّ المؤلف أو الفنان أو الملحن، التي تُعرف بالملكية الأدبية والفنية، وحقّ المخترع أو الرسام أو المصمم، التي يُطلق عليها الملكية الصناعية. يضاف إلى ذلك بعض الحقوق الشخصية التي تصلح لأن تكون محلاً للتعامل، كالديون، باعتبارها تمثل قيمة مالية.

ونظراً لأنّ هذه الحقوق هي من المنقولات غير الحسية التي لا تشغل حيزاً مكانياً، فإنّه يكون من الصعب، إن لم يكن من المستحيل أحياناً، تعيين موقع لها وحصرها في مكان معين، مما يحول دون القول بإخضاعها لقانون موقعها، لاسيما وأنّ نطاق تطبيق القاعدة المحددة في المادة 19

من القانون المدني السوري المتعلقة بالمنقول يقتصر على المنقول المادي دون المنقول المعنوي⁸. لذلك كان لا بدّ من تحديد القانون الذي يحكمها⁹، وهو يختلف باختلاف نوعه وطبيعته. وعلى ذلك سنبحث أولاً في القانون الواجب تطبيقه على الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وثانياً في القانون الذي يحكم الديون أو الحقوق الشخصية.

أولاً: القانون واجب التطبيق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية: تتمتع مسألة القانون الواجب تطبيقه على مختلف حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية بأهمية خاصة بسبب سعة انتشارها على الصعيد الدولي واتصالها بدول متعددة، فهي تولد غالباً في دولة معينة، ويتم استثمارها في دولة أو دول عدة أخرى. كما أنها تثير مشكلات كبيرة في القانون الدولي الخاص بسبب صعوبة تركيزها في مكان معين. وتهتمّ الدول بتنظيم حماية حق المؤلف أو الفنان أو المخترع على أفكاره وإنتاجه الأدبي والفني والعلمي بموجب تشريعاتها الداخلية¹⁰ وفق أسس وشروط تختلف من دولة إلى أخرى. ونظراً لأهميتها الدولية فقد لجأت عديد من الدول إلى المعاهدات الدولية لتأمين حماية مشتركة وواسعة لها على الصعيد الدولي. ومن الاتفاقيات التي أبرمت بهذا الصدد: اتفاقية برن لعام 1866¹¹ وتعديلاتها الخاصة بالملكية الأدبية والفنية (اتحاد برن)، واتفاقية جنيف العالمية لعام 1952 المتعلقة بحق المؤلف، واتفاقية باريس لعام 1883 الخاصة بحماية الملكية الصناعية وتعديلاتها المتكررة (وأهمها ما جاء في وثيقة ستوكهولم لعام 1967 والمنقحة في عام 1979)، واتفاقية مدريد لعام 1891 وتعديلاتها المتعلقة بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية والصناعية، ومعاهدة لاهاي لعام 1925 وتعديلاتها الخاصة بالإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية. ولعل من أهم الاتفاقيات المتعلقة بحماية حق المؤلف معاهدة الويبو التي تمّ بموجبها إحداث المنظمة العالمية للملكية الفكرية عام 1996¹².

ولقد انطوت هذه الاتفاقيات الدولية على بعض القواعد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على الحقوق التي نظمتها هذه الاتفاقيات. إلا أنّ هذه القواعد الاتفاقية المشتركة لا تسري إلا ضمن الدول المتعاقدة. كما أنّ فقه القانون الدولي الخاص مازال مختلفاً بشأنها. لذلك لا بدّ من

⁸ راجع المعنى: الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة 127 ص 402 و 403.

⁹ انظر بهذا الشأن: عكاشة محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الدار الجامعية، بيروت 1988، ص 217 وما بعدها.

¹⁰ بالنسبة للملكية الأدبية والفنية تمّ تنظيمها في عهد الانتداب بالقرار رقم 2385 تاريخ 17 تموز 1924. وبالنسبة للملكية الصناعية حدد المشرع في سوريا نظام حمايتها في المرسوم التشريعي رقم 28 تاريخ 22 أيلول 1944 والمرسوم التشريعي رقم 47 تاريخ 9 تشرين أول 1946 وتعديلاته.

¹¹ المكملّة بباريس في 4 أيار 1896 والمعدّلة في برلين عام 1908 وعام 1914 والمعدّلة تبعاً في روما عام 1928 وفي بروكسل عام 1948 وستوكهولم عام 1967 وباريس عام 1971 وعام 1979. وهي منشورة بالعربية من قبل منظمة الويبو برقم 287/A. وقد انضمت إليها سوريا اعتباراً من 25 حزيران 1933.

¹² التي انضمت إليها الجمهورية العربية السورية بالقانون رقم 16 تاريخ 2004/5/30.

استعراض الحلول الفقهية والاتفاقية الراجحة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق بالنسبة لأهم حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

أ- حق المؤلف¹³

إنّ الاتجاه الفقهي السائد حالياً يقضي بإخضاع حق المؤلف أو الفنان لقانون مكان النشر الأول، أي لقانون المكان الذي تمّ فيه نشر الإنتاج الأدبي أو الفني أولاً، ولقد سبق لاتفاقية برن أن أخذت به بالنسبة لبعض المسائل الخاصة بحماية حق المؤلف عندما أخضعتها لقانون بلد الأصل. كما أخذت به اتفاقية جنيف في بعض الحالات. ومن التشريعات التي تأثرت به القانون الكويتي (المادة 57 من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961).

وتقوم قاعدة خضوع حق المؤلف لقانون مكان نشر إنتاج المؤلف على أساس أهمية النشر بالنسبة للإنتاج الأدبي أو الفني. فهو الذي يعطيه قيمته في التعامل بين الأفراد ويجعله مالا قابلاً للاستثمار، إذ بوساطته يمكن للمؤلف استثمار إنتاجه والاستفادة منه. وبناءً على ذلك إذا نشر المؤلف إنتاجه في دولة معينة ثم قام بنشره مرة ثانية في دول أخرى، فإنّ حماية حقوقه على هذا الإنتاج يحكمها قانون الدولة التي تمّ فيها نشر إنتاجه لأول مرة، ولاسيما بالنسبة لمدة الحماية ونطاقها وموضوعها.

غير أنّه قد يكون من العسير تطبيق هذه القاعدة في بعض الحالات، كما لو أنّ الإنتاج الأدبي أو الفني لم يكن قد نُشر بعد، أو إذا كان هذا الإنتاج قد نُشر في وقت واحد في دول عدّة، مما حمل الفقهاء على اقتراح قواعد تبعية مكتملة لها.

ففي الحالة الأولى، أي في حالة عدم النشر، يميل الفقهاء إلى تطبيق قانون مكان وجود الشيء المادي الذي تتحدد فيه أفكار المؤلف، ويُقصد بذلك مكان وجود النسخة الأصلية، على اعتبار أنّ هذه النسخة، سواء أكانت مُعدّة لتكون كتاباً أم لوحة أم تمثالاً أم غير ذلك، تمثل بحد ذاتها مالا مادياً يخضع لقانون موقعه الفعلي. وذهب فريق آخر إلى وجوب تطبيق القانون الوطني للمالك أو المؤلف في هذه الحالة¹⁴، وهذا ما أخذت به اتفاقية برن أيضاً.

وفي الحالة الثانية، أي في حالة النشر في وقت واحد في دول عدّة، فقد فضّل بعضهم تطبيق قانون مكان النشر الرئيسي. ويتم تحديد هذا المكان بالاستناد إلى أهمية الحجم المادي للنشر، بحيث يؤخذ بالمكان الذي تمّ فيه النشر بأوسع الحدود. وإذا لم يتيسر ذلك فبالاستناد إلى قصد

¹³ نظم المشرّع السوري حماية حق المؤلف بالقانون رقم 12 تاريخ 2001/2/27. وبموجب المادة 2 منه تتمتع بالحماية:

- 1- المصنفات التي ينتجها وينشرها مواطنو الجمهورية العربية السورية ومن في حكمهم داخل البلاد وخارجها.
- 2- المصنفات التي ينتجها وينشرها في الجمهورية العربية السورية مؤلفون اتخذ منها محلاً لإقامتهم
- 3- المصنفات التي تشملها أحكام الاتفاقيات الثقافية والاتفاقيات الأخرى التي تلزم بها الجمهورية العربية السورية.

¹⁴ راجع في عرض هذه الاتجاهات: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 215 ص 813-814.

المؤلف أو المالك آخذين بعين الاعتبار موطنه أو جنسيته. أما اتفاقيتا برن وجنيف فقد أخذتا في هذه الحالة بقانون الدولة التي تُعيّن للحماية مدة أقصر من غيرها.

ب- حق المخترع (براءة الاختراع)

من القواعد المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص أيضاً وفي التشريعات الحديثة إخضاع براءة الاختراع لقانون الدولة مانحة هذه البراءة¹⁵. فمن المعلوم أن الدول تتدخل من أجل حماية حقوق الاختراع وتنظيمها، وذلك عن طريق منح براءة للمخترع الذي قام بتسجيل اختراعه لديها، تثبت بموجبها أولويته على هذا الابتكار. وبعض الدول التي تأخذ بهذه القاعدة تعامل براءة الاختراع معاملة المنقولات المادية، وتطبق عليها قانون الدولة مانحة براءة الاختراع بوصفه قانون موقعها. غير أنّ هناك اتجاهاً متتامياً في الفقه يفضّل تطبيق قانون الدولة التي يطالب فيها الشخص بحقه في الاختراع، وذلك استناداً إلى اعتبارات الأمن الصناعي. ولا بدّ من الإشارة إلى أنّه لا يمكن، من الناحية، العملية، أن تتمتع براءة الاختراع الصادرة عن سلطة عامة في دولة ما بأية قيمة دولية خارج إقليم هذه الدولة إلا إذا اعترفت بها الدول الأخرى. ولهذا لا يمكن تجاهل قانون الدولة التي يطالب فيها الشخص بالحماية على اختراعه.

ج- الرسوم والنماذج الصناعية¹⁶:

تخضع الرسوم والنماذج الصناعية في كثير من الدول لنظام التسجيل أو الإيداع، وبالتالي فإنّ حمايتها ترتبط بتسجيلها. ولهذا فإنّ هذه الرسوم والنماذج تخضع وفق الاتجاه الفقهي الغالب لقانون البلد الذي أودعت أو سُجّلت فيه. ويطبّق هذا القانون في نظر بعضهم، كما رأينا بالنسبة لحقوق الاختراع، على أنّه قانون موقع الرسوم والنماذج الصناعية. ولكن يميل قسم من الفقهاء، مع ذلك، إلى ضرورة مراعاة قانون الدولة التي يتمسك فيها الشخص بحقه على الرسم أو النموذج، ولو لم يتمّ تسجيل هذا الرسم أو النموذج لديها، على أساس اعتبارات تتعلق بأمن الصناعة والتجارة وبالطابع الإقليمي للنظم المتعلقة بالرسوم والنماذج الصناعية¹⁷.

¹⁵ تقضي المادة 58 من المرسوم الأميري الكويتي رقم 5 لعام 1061 بأنه "يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والاسم التجاري قانون موقعها ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها...".

¹⁶ انضمت الجمهورية العربية السورية إلى اتفاقية لاهاي عام 1933 في عهد الانتداب.

¹⁷ Jean Derruppé, Repertoire de droit international, Dalloz t., I 1968, V. Brevet d'invention, No 4, p. 244.

د- العلامات الفارقة والأسماء التجارية:

وتأسيساً على أنّ العلامات والأسماء التجارية هي وسيلة للحماية من المنافسة غير المشروعة، يستمد الحقّ فيها من الأسبقية في استعمالها، فإنها تخضع، في رأي الكثيرين، لقانون مكان منشأة الاستغلال¹⁸ أو المشروع الذي يستعملها أو يتمييز بها. أمّا في القانون الفرنسي فتخضع لقانون مكان التسجيل على غرار الرسوم والنماذج الصناعية. وذلك بعد أن أصبح الحقّ في العلامات الفارقة معلقاً على تسجيلها وليس على استعمالها لأول مرة. كما أنّ الفقهاء الذين يتمسكون باعتبار الأمن الاقتصادي والصناعي والتجاري يميلون إلى تطبيق القوانين المتعلقة بهذه العلامات والأسماء، وغيرها من المسائل المتعلقة بالملكية الصناعية والتجارية كافة، تطبيقاً إقليمياً.

ثانياً: القانون واجب التطبيق على الديون أو الحقوق الشخصية

أ- إنّ الحقوق الشخصية، والديون منها خاصةً، الناجمة عن العقود أو الوقائع القانونية أو الثابتة بأوراق قابلة للتداول تمثّل مالاً معنوياً يمكن لصاحبه، أي للدائن، التصرف فيه بنقله ورهنه دون الاعتداد بإرادة المدين، فهل تخضع هذه الحقوق من حيث انتقالها ورهنها للقانون الذي يحكم المصدر الذي انحدرت منه؟، أي هل تخضع هذه الديون الناجمة عن العقد لقانون الإرادة والديون المتولّدة من الأفعال الضارة أو النافعة لقانون محل وقوع الفعل المولّد للالتزام، أم أنّها تخضع لقانون آخر؟.

بالنسبة للديون، يمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين: الأول ينظر إلى الديون، من حيث القانون واجب التطبيق، بصورة مستقلة عن مصادرها ويخضعها لقانون خاصّ بها هو قانون موقعها، وذلك على غرار الأموال المادية. ويرى أكثرية القائلين بهذا الرأي تركيزها مكانياً في موطن المدين لا الدائن، بحيث تخضع بالتالي لقانون موطن المدين.

أما الاتجاه الآخر، فلا يفصل بينها وبين مصادرها، ويقرر إخضاعها للقوانين التي تحكم هذه المصادر، أي التي تحكم التصرفات والوقائع القانونية التي تنحدر منها¹⁹.

والرأي السائد حالياً في الفقه والقضاء هو الرأي الأخير الذي يقضي بوجوب خضوع انتقال الدين (حوالة الحقّ) لقانون مصدره. ومن الواضح أنّ هذا الرأي يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون الذي يحكم الدين ومصدره نظراً للصلة الوثيقة بينهما من جهة، ويتحاشى صعوبة تعيين محل الحقوق

¹⁸ المادة 58 من القانون الكويتي (المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961). ولقد نظم المشرع السوري حماية العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة بالقانون رقم 8 تاريخ 2007/3/12. كما انضمت الجمهورية العربية السورية إلى وثيقة ستوكهولم المعدلة لاتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية بالمرسوم التشريعي رقم 17 تاريخ 2002/7/7، كما انضمت إلى اتفاقية لاهاي للتسجيل الدولي للنماذج الصناعية بالمرسوم رقم 404 تاريخ 2007/9/26.

¹⁹ Bartiffol et Lagarde, précité, t. II, No 538 et s., 170 et s.

الشخصية (الديون) باعتبارها من العناصر المعنوية التي لا تستقر في مكان معين، من جهة أخرى.

وبناءً على ذلك إذا كان الدين متولداً من عقد فإن قانون الإرادة هو الذي يسري على حوالة الحق بما في ذلك علاقة المحال له بالمحال عليه (المدين) إضافة إلى علاقة المحيل (الدائن) بالمحال عليه. أما علاقة المحيل بالمحال له فتُعدّ علاقة تعاقدية مستقلة عن العقد الأصلي، وتخضع للقانون الذي تحدده إرادتهما، ولا يسري بشأنها قانون هذا العقد، أي قانون مصدر الدين، إلا في حال تخلف هذه الإرادة.

كما يُستثنى من نطاق تطبيق مصدر الدين مسألة الإجراءات الواجب اتباعها لنفاد حوالة الحق، سواء في مواجهة المدين أم في مواجهة الغير. إذ تخضع لقانون موطن المدين بوصفه القانون الذي يسهل عليه التعرف على أحكامه²⁰.

ب- الحقوق الشخصية الثابتة في سندات أو أوراق قابلة للتداول، ويُقصد بذلك الأوراق لحاملها والأوراق الرسمية والأوراق الأذنية فتخضع من حيث تداولها، أي من حيث انتقال الديون الثابتة فيها لقوانين مختلفة على النحو الآتي:

الأوراق لحاملها، مثل السند لحامله والسهم لحامله، تُعدّ منقولات مادية تخضع لقانون موقعها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه نقل الحق الثابت بها.

وذلك على أساس أنّ هذا الحق يندمج في المنقول المادي وهو الورقة الثابت بها، ويخضع للقانون الذي يحكم المنقول المادي. ويسري قانون موقع السند أو السهم لحامله على مسألة انتقاله، وعلى علاقة الحاملين المتعاقبين بعضهم ببعض. أما علاقة الحامل مع الهيئة أو الشخص الاعتباري الذي أصدره، فتخضع للقانون الذي يحكم النظام القانوني لهذه الهيئة، وهو كما نعرف قانون مركز الإدارة الرئيس الفعلي.

أما الأوراق الاسمية كالسندات والأسهم الاسمية فتخضع، وفق الاتجاه السائد، لقانون الهيئة التي أصدرتها، أي لقانون مركز إدارتها الرئيس الفعلي، على أساس أنّ هذه الأوراق هي بمثابة شهادة بالحق الذي يملكه صاحبه في رأسمال الشركة التي أصدرتها. وفي مركز هذه الشركة تتواجد السجلات التي تبين حركة تداول هذه الأوراق، وما يرد عليها من بيع أو رهون أو غيرها²¹.

وبالنسبة للأوراق الأذنية، أي السندات لأمر، كالسفنتجة والشك، التي تنتقل من يد شخص إلى آخر بطريقة التطهير، فقد اختلفت المواقف بشأن القانون الذي يحكمها. فقد أخذت اتفاقيتا جنيف

²⁰ راجع في المعنى نفسه: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 220 ص 820.

²¹ مع مراعاة قانون محل البورصات بالنسبة لبعض المسائل. راجع في ذلك: Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 546, p. 177.

لعام 1930 و 1931 باتجاه يقضي بإخضاع كل التزام في هذه السندات لقانون البلد الذي تمّ فيه، بحيث يخضع التزام الساحب في السفتجة لقانون مكان السحب، والتزام المظهر لقانون مكان التظهير، والتزام المسحوب عليه لقانون مكان القبول، مما يؤدي عملياً إلى تعدد القوانين التي يمكن أن تطبّق على السند الواحد. ولا يُخفى ما لهذا التعدد من مساوئ. لذلك فإنّ الفقه والقضاء في كثير من الدول يميل إلى إخضاع السندات لأمر لقانون واحد هو بالنسبة للكثيرين منهم قانون بلد الوفاء²²، وبالنسبة لبعضهم قانون مكان الإنشاء.

ونظراً لأهمية مكان الوفاء، بالنسبة للتحقق من تنفيذ الالتزام والتثبت من وجود الحق واتخاذ التدابير التحفظية والتنفيذية بشأنه، فإننا نفضّل الأخذ بقانون بلد الوفاء على تداول السندات لأمر والحقوق الثابتة بها. أمّا قانون محل إنشاء السند فيبقى نطاقه قاصراً على تحديد شكل هذه السندات²³.

تمارين:

ظهرت قاعدة إخضاع العقار لقانون موقعه في بلادنا مع ظهور:

- 1- قانون الملكية العقارية لعام 1930
- 2- القانون المدني 1949
- 3- في قانون الأراضي لعام 1867
- 4- مجلة الأحكام العدلية

الإجابة الصحيحة رقم 3

²² Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 547, p. 179 et s..

²³ راجع بالنسبة للالتزام المصرفي شروطه وآثاره وتنفيذه: الدكتور هشام علي صادق: المرجع السابق فقرة 225 وما بعدها ص 826 وما بعدها.

الوحدة التعليمية الثالث عشرة

العقود

الكلمات المفتاحية:

قانون الإرادة الصريحة - قانون الإرادة الضمنية - قانون الموطن المشترك - قانون محل الإبرام
العقد الدولي شكل العقد موضوع العقد آثار العقد العقود المتعلقة بعقار عقد العمل.

الملخص:

يخضع العقد لقاعدة أسناد مبنية على ضابط أصلي وضابط احتياطي أول وضابط احتياطي ثاني.

ويستثنى من نطاق تطبيق قانون الإرادة عقود مختلفة مثل عقد العمل والعقد المتعلق بعقار، وعقود البورصات وبيع العروض... إلخ

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على التمييز بين الإرادة الصريحة والمفترضة وتحديد حالات تطبيق قانون الإرادة والقوانين الإحتياطية الأخرى له وتحديد نطاق تطبيق العقد والاستثناءات على هذا القانون.

إنّ العقود التي تُثير تنازُعاً بين القوانين الوطنيّة والأجنبيّة أو بين القوانين الأجنبيّة فيما بينها هي العقود التي تتضمن في تكوينها أو في آثارها عنصراً أجنبياً بالنسبة للجمهورية العربية السورية. وقد يكون هذا العنصر الأجنبي مستمداً من شخص المتعاقدين، أو متعلقاً بمكان إبرام العقد، أو بتنفيذه، أو بموضوعه.

وتتميزاً لهذه العقود عن العقود الوطنية، التي تقوم بين الوطنيين، وتخضع للقانون الوطني، يُطلق عليها العقود الدولية.

وكما تلتقي تشريعات الدول على خضوع المال لقانون موقعه فإنّها تلتقي أيضاً، على صعيد المبدأ، حول إخضاع العقد الدولي من حيث الموضوع لقانون الإرادة، ومن حيث الشكل لقانون محل إبرامه، مع اختلاف في التفاصيل والتطبيق.

و نظراً لاختلاف القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الموضوع، ومن حيث الشكل فسنعرض لكل منهما فصلاً مستقلاً.

العقود من حيث الموضوع

تنصّ المادة 20 من القانون المدني السوريّ على ما يلي: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه.

2- على أنّ قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار".
وسنتاول شرح هذه المادة من خلال ثلاثة أجزاء:

الأول: ويتناول القانون الواجب تطبيقه

والثاني: لمعالجة نطاق تطبيقه

والثالث: للاستثناءات على هذا القانون

أ- القانون الواجب تطبيقه وبنية قاعدة الإسناد

يتبيّن من نصّ المادة 20 من القانون المدني، المشار إليها من قبل، أنّ المُشرّع قد لجأ في بناء قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية إلى ضابط أساسي للإسناد هو إرادة المتعاقدين وضابطين تكميليين احتيابيين: الأول الموطن المشترك للمتعاقدين والثاني مكان إبرام العقد. سندرس أولاً: قانون الإرادة بوصفه القانون الأساسي وثانياً: القوانين التكميلية أو الاحتياطية.

أولاً: القاعدة الأساسية (قانون الإرادة)

أ- مفهوم قانون الإرادة ونشأته:

إنّ القاعدة التي اختارها المُشرّع السوري هي إذا إخضاع العقد للقانون الذي اختاره المتعاقدان بإرادتهما الحرّة المشتركة، بصورة صريحة، كأن يذكر في العقد عبارة "يسري أو يخضع العقد للقانون الفرنسيّ أو للقانون السوريّ أو للقانون الألمانيّ.. الخ"، أو بصورة ضمنيّة، كما سنرى بعد قليل.

وتقوم هذه القاعدة على أساس احترام مبدأ سلطان الإرادة لا في إطار القانون الداخلي فحسب، وإنّما أيضاً في إطار علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي التي تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص. لأنّ الإرادة قادرة على خلق التزامات والتقيّد بها داخل إطار التعامل الوطني أو خارجه. لذلك كان لا بدّ من حماية هذه الإرادة بموجب القانون، أي عن طريق قواعد الإسناد،

بتمكين الأفراد من اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، سواء من حيث شروط الانعقاد أم الآثار، طالما أنّ ذلك يحقق مصالحهم ولا يؤدي إلى الإضرار بالغير أو بسيادة الدولة. وهذه القاعدة تأخذ بها كثير من الدول في صلب تشريعاتها، كما تطبقها محاكم بعضها على الرغم من عدم وجود نص تشريعي لديها يقضي بها. فهي من القواعد الشائعة والتي ترجع جذورها إلى ما قبل القرن الخامس عشر للميلاد، عندما بيّن الإيطالي كورسيوس أنّ الأساس الفكري لتطبيق قانون بلد الإبرام على العقد، على نحو ما أخذ به فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، هو خضوع المتعاقدين الإرادي الضمني لهذا القانون. وبعدها تطورت هذه القاعدة على يد الفقيه الفرنسي ديمولان الذي حقق الانتقال من الإرادة الضمنية إلى الإرادة الصريحة. ولم يتجاهلها لاحقاً سافيني بل منحها دوراً إيجابياً في نظرية التركيز المكان. ثم جعل مانشتي الإيطالي من قانون الإرادة استثناء على مبدأ شخصية القوانين. وبعدها استقرت هذه القاعدة في قضاء الدول المختلفة وتشريعاتها على اختلاف نزاعاتها السياسية والاقتصادية والفلسفية. ووجدت مكاناً لها في القانون المدني السوري. ومؤخراً برزت هذه القاعدة في قانون التحكيم السوري لعام 2008، ووجدت مكانها في المادتين 5 و 38 من هذا القانون.

ب- كيفية تحديد قانون الإرادة وإعماله:

إنّ إرادة المتعاقدين يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية، كما يمكن أن تكون، على حد قول بعضهم، مفترضة. فهل أخذ المشرّع السوري بالإرادة الصريحة وحدها، كما فعل المشرّع الجزائري¹، أم أنه أخذ الإرادة الضمنية والمفترضة أيضاً؟.

أخذ المشرّع السوري وغيره من المشرّعين العرب بالإرادة الصريحة، أي "باتفاق المتعاقدين" على اختيار قانون العقد، كما أخذ أيضاً بالإرادة الضمنية، إذا تبين للقاضي من ظروف عملية التعاقد أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وإذا كان من السهل على القاضي التعرف على قانون الإرادة عند اتفاق الطرفين على تطبيق قانون محدد إلا أنّ الاستدلال على الإرادة الضمنية من الظروف المحيطة بعملية التعاقد وشروطها قد يكون أمراً صعباً. فكيف يمكن للقاضي الاستدلال عليها.

من القرائن التي لجأ إليها القضاء للكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية، الأمور التالية: إذا كان العقد من العقود المسماة، وكان يتصل بدولتين، إحداها تأخذ به والأخرى تجهله، كان هذا عند القضاء في بعض الدول يدلّ على أنّ المتعاقدين قصدا إخضاعه لقانون الدولة الأولى.

¹ الذي أخذ باتفاق المتعاقدين دون ظروف عملية التعاقد في تحديد قانون العقد.

كما أنّ اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة محددة يُعدّ عند القضاء في مصر قرينة على إرادتهما الضمنية في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة.

ويرى الفقه عموماً أنّ مجرد اتفاق المتعاقدين على جعل النزاع المتعلق بالعقد خاضعاً لمحاكم دولة معينة يشكل قرينة على إرادتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة، وأنّ استخدام المتعاقدين للاصطلاحات المقررة في قانون معين أو الإشارة إلى نصوص قانون معين في العقد أو تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة، أو تحريره بلغة دولة معينة، أو انتماء المتعاقدين لجنسية دولة معينة، يُعدّ أيضاً من القرائن التي تسمح بالكشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية. وتحدد بعض التشريعات القرائن التي يجب على القاضي الاعتماد عليها بشكل حصري، وتجعلها على درجات، بحيث يجب مراعاتها بالترتيب الذي وردت فيه للكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

والواقع أنّ مسألة استخلاص الإرادة الضمنية هي من مسائل الواقع التي يستقلّ قاضي الموضوع في تقديرها، وتخرج من نطاق رقابة محكمة النقض، لأنّها تتصل في الحقيقة بتفسير العقد وظروف عملية التعاقد ولا شأن لها بمسائل القانون.

ويمكن أن نتساءل إذا كان للقاضي السوري حقّ البحث عن الإرادة المفترضة إذا لم يتوصل إلى معرفة الإرادة الضمنية.

في الواقع ليس في صياغة المادة 20 المذكورة سابقاً ما يسمح له بذلك. لا بل ألزمه عند تخلف الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية بتطبيق قوانين محددة وبضوابط دقيقة تنصّ على وجوب تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، وقانون محل الإبرام في حال اختلاف هذا الموطن².

وقبل البحث في هذه القوانين التكميلية أو الاحتياطية لابدّ من الإجابة عن السؤال التالي: هل يُشترط لتطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان بصورة صريحة أو ضمنية، أن يكون على صلة بالعقد أم لا يُشترط ذلك؟. وتعبير آخر هل يحق للمتعاقدين اختيار أيّ قانون كان، أم أنّه لابدّ من وجود رابطة بين هذا القانون والعقد؟

ج- في مدى الصلة بين قانون الإرادة والعقد:

مما لا شكّ فيه أنّ حرية المتعاقدين في اختيار قانون أجنبي تتوقف على وجود عنصر أجنبي في العقد. فلا يجوز لمتعاقدين سوريين استبعاد تطبيق القانون السوريّ على العقد المبرم بينهما عن طريق اختيار قانون أجنبي معين إذا كان العقد قد تمّ في سوريا، وكان تنفيذه مشروطاً فيها

² أما المُشرّع الجزائري فقد أخذ بقانون محل الإبرام فقط عند عدم اتفاق الخصوم على قانون محدد (المادة 18).

أيضاً. كما لا يجوز لهما التهرب من أحكام القانون السوري عن طريق اصطناع العنصر الأجنبي في العقد والاتفاق على تطبيق قانون آخر على هذا العقد، إذ لا بدّ أن يكون اختيار القانون عن حسن نية، وليس بقصد التحايل على القانون.

أما إذا كان العقد منطوياً على عنصر أجنبي فقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة³، فمنهم من قال إنّ المتعاقدين يتمتعان بحرية مطلقة غير مقيدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد، حتى ولو لم يكن له أية علاقة بالعقد. كما لو كان القانون المختار لا صلة له بجنسية المتعاقدين أو بموطنهما أو بموقع المال أو بمكان إبرام العقد أو بتنفيذه... الخ.

بينما ذهب فريق آخر إلى وجوب قيام صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد. كأن يكون قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو قانون موطنهما المشترك، أو قانون موقع المال، أو قانون محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه.. الخ.

غير أنّ قسماً كبيراً من هؤلاء يرى أنّ القانون المختار يكون على صلة بالعقد أيضاً، ولو لم يكن أحد هذه القوانين، إذا كان هذا القانون هو قانون دولة اشتهرت بوضع عقود نموذجية تتصل بموضوع العقد.

أما في القانون السوري فإننا نرى أنّ نصّ المادة 20 من القانون المدني لم يقيّد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب تطبيقه بأيّ قيد أو بأي اعتبار. غير أنّه بتقديرنا لا بدّ من مراقبة هذا الاختيار، بحيث لا يؤدي إلى التهرب من الأحكام الآمرة في قانون معين كنوع من التحايل على القانون.

ولا بدّ بهذا الصدد من الإشارة إلى أنّ الفقه المعاصر والتشريعات الوطنية تؤيد حالياً اختيار قواعد لا تنتمي إلى دولة محددة، ولا سيما في نطاق التحكيم التجاري الدولي باعتبارها من القواعد الملائمة لطبيعة النزاع. وهذا ما نلاحظ آثاره في المادة 38 من قانون التحكيم السوري الجديد.

د- مدى حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم مختلف جوانب العقد؟

من المسائل التي تطرح نفسها في معرض ممارسة المتعاقدين لحيثهما في اختيار القانون الواجب تطبيقه، مسألة إمكانية تجزئة العقد وإخضاع كلّ جزء أو جانب منه لقانون معين؟

يرى بعض الفقهاء إمكانية قيام المتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم العقد بصدد عقود معينة، مثل العقود المركبة أو تلك التي تسمح عناصرها بتمركزها في أكثر من مكان.

³ راجع في مختلف هذه الاتجاهات: Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 574, p. 219 et s. avec les notes وبخاصة نظرية الإسناد باتيفول في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل القاضي استناداً إلى إرادة المتعاقدين في تحديد مقر العقد. الفقرة 572 وما بعدها ص 214.

ويرى آخرون أنّ العَقْد يُعدّ عملية واحدة من الناحيتين النفسية والاقتصادية، ويجب أن يخضع بالتالي لقانون واحد.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري نجد أنّها أكدت على فكرة "وحدة القانون الواجب تطبيقه على العَقْد"، وعلى استبعاد فكرة "تحليل عناصر العَقْد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كلّ منها".

ولهذا لا نرى أنّه بإمكان أطراف العَقْد تجزئة العَقْد واختيار أكثر من قانون يحكمه في مفهوم القانون السوري.

ثانياً: القوانين التكميلية:

1- قانون الموطن المشترك للمتعاقدّين:

يطبّق قانون الموطن المشترك للمتعاقدّين في حال عدم اتفاق المتعاقدّين الصريح على قانون معين، وعدم التوصل إلى الكشف عن الإرادة الضمنية لهما. ويرجع سبب أخذ المُشرّع بقانون الموطن المشترك للمتعاقدّين، وليس بقانون الجنسية المشتركة، إلى أهمية الموطن في المعاملات المالية والعلاقات التعاقدية.

ونرجع في تحديد الموطن المشترك إلى وقت إبرام العَقْد، وليس إلى وقت تنفيذه أو إلى وقت المنازعة فيه، وفق ما قرره محكمة النقض السورية بقرارها رقم 410 أساس 88 تاريخ 15/5/1961، الذي جاء فيه: "إنّ حل التنازع على القانون الواجب تطبيقه يستتبع التحقق من اتحاد المتعاقدّين في الموطن أو اختلافه عند صدور الإيجاب والقبول، باعتبار أنّ التشريع المحلي أثر تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدّين إذا اتحدا موطناً، وأنزله على حكم قانون الدولة التي تمّ فيها العَقْد عند الاختلاف في الموطن"⁴.

2- قانون بلد الإبرام:

إذا اختلف موطن المتعاقدّين، كما لو كان موطن أحدهما في دمشق والآخر في عمان، وكان العَقْد قد تمّ في قبرص، ففي هذه الحالة يُطبّق القانون القبرصي بوصفه قانون محل إبرام العَقْد. ويبرر الأخذ بهذا القانون الرغبة في التيسير على المتعاقدّين ومراعاة حاجة المعاملات الدولية. كما أنّ من مزايا الأخذ بهذا القانون في هذه الحالة تحقيق وحدة القانون الذي يحكم العَقْد من حيث الشكل والموضوع.

غير أنّ تطبيق هذا القانون يصطدم بمشكلة تعيين مكان إبرام العَقْد في حال التعاقد بين غائبين، أي حين لا يقع الإيجاب والقبول في مكان واحد. في مثل هذه الحالة لا بدّ من الرجوع إلى اتفاق

⁴ نقض مدني سوري أساس 88 تاريخ 15/5/1961، مجلة القانون العام 1961 ص 645. أما إذا كانا وقت إبرام العَقْد متوطنين في دولتين مختلفتين ثمّ توطنوا في دولة واحدة، فلا يعتد بهذا الموطن الجديد لتحديد القانون واجب التطبيق.

الطرفين (العقد)، فإذا تضمن هذا الاتفاق ما يفيد تحديد مكان العقد وزمانه يطبق قانون هذا المكان، أما إذا كان الاتفاق خالياً من الإشارة إلى مكانه وزمانه فيجب عندئذ تطبيق قانون القاضي أي القانون السوري لتحديد مكان العقد وزمانه، وذلك بوصفه القانون المرجع في تكييف العلاقات القانونية.

ب- نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين الأخرى المكتملة له

هل يقتصر نطاق تطبيق قانون الإرادة والقوانين الأخرى، المحددة في المادة 20 من القانون المدني السوري وهي قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وقانون محل إبرام العقد على النحو والترتيب الذي بيّناه من قبل، على الالتزامات التعاقدية أم أنه يشمل جوانب العقد بما في ذلك تكوين العقد وتنفيذه وآثاره وطرق انحلاله؟.

وبتعبير آخر ما هو المقصود بعبارة "الالتزامات التعاقدية" الواردة في هذه المادة، والتي تخضع لقانون الإرادة. هل المقصود بها آثار العقد وحدها، على أساس أن هذه الالتزامات تمثل آثار العقد، أم العقد بمجمله ومن نواحيه المختلفة؟

وفق ما استقر عليه العمل لدى الفقه وأمام القضاء في مصر وسورية وغيرها من الدول العربية التي أخذت بنص مماثل لنص المادة 20 المذكورة سابقاً: إن المقصود بتعبير "الالتزامات التعاقدية" ليس فقط آثار العقد وإنما العقد بمجمله بحيث يشمل بالإضافة إلى آثار العقد تكوينه وانحلاله. ومما يؤيد ذلك تبويب القانون المدني، الذي أدخل تحت عنوان الالتزامات، "مصادر الالتزام"، ومنها العقد بكل جوانبه وعناصره المختلفة.

وعلى هذا فإن القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية بموجب المادة 20 من القانون المدني هو قانون العقد، أي قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام بحيث يسري على العقد من مختلف جوانبه باستثناء مسألتين أساسيتين هما: أهلية المتعاقدين وتخضع لأحكام المادة 1/12، وشكل العقد ويخضع لأحكام المادة 21 من القانون المدني السوري.

أما بالنسبة لتكوين العقد وآثاره وانحلاله فيحكمها قانون العقد، أي قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام، حسب الحال، وذلك على النحو الآتي:

1- تكوين العقد:

يقصد بتكوين العقد أركانه، أي الرضا والمحل والسبب.

التراضي: يميز كثير من الفقهاء، من حيث القانون واجب التطبيق، بين وجود الإرادة والتعبير عنها، بحيث يبقى وجود الإرادة خاضعاً لقانون جنسية المتعاقد لاتصالها اتصالاً وثيقاً بالأهلية، أما أشكال التعبير عن الإرادة ومظاهرها وصحة وجودها، ولاسيما عيوب الإرادة، فتخضع لقانون

العقد نظراً لاتصالها بعملية التعاقد وتكوين العقد أكثر من اتصالها بفكرة الأهلية، وهذا ما نميل إليه.

غير أنّ بعضهم لا يفصل بين وجود الإرادة، المرتبط بأهلية الشخص، وصحة التعبير عنها، ويرى وجوب إخضاع عيوب الإرادة إلى قانون جنسية الشخص كون الأحكام الناظمة لها تهدف، على غرار الأحكام المتعلقة بالأهلية، إلى حماية الشخص في ذاته.

كما أنّ بعض الفقهاء يميل إلى استبعاد بعض المسائل الأخرى من نطاق تطبيق العقد، مثل مسألة حكم السكوت عن الرد، ويفضلون إخضاعها لقانون مركز أعمال الشخص الذي وجّه إليه الإيجاب أو لقانون محل إقامته، وذلك بغية حمايته وعدم مفاجأته بقانون غير مطلع عليه.

أما بالنسبة لمسألة تحديد مكان العقد وزمانه بين غائبين فلقد سبق لنا أن بيّنا ضرورة خضوعها لقانون القاضي بوصفه مرجعاً للتكييف. ذلك لأنّ الأمر يتعلق كما قال بعضهم، بتحديد ما إذا كُنّا بصدد علاقة تعاقدية أم لا. ويترتب على ذلك بالتالي تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العلاقة. بالإضافة إلى ذلك يتعدّر أحياناً تطبيق القانون الذي حددته المادة 20 من القانون المدني السوري إذا كان هذا القانون هو قانون مكان الإبرام، طالما أنّ الأمر يتعلق بتحديد هذا المكان وطالما أنّ تعيين هذا القانون يتوقف على تحديد محل إبرامه.

- المحل: يخضع محل العقد من حيث قابليته للتعامل والتعيين والوجود والإمكان لقانون العقد كونه من الأركان الأساسية للعقد، وذلك باستثناء العقود التي يكون محلها عقاراً التي تخضع لقانون موقع العقار عملاً بالمادة 20 من القانون المدني. أمّا العقود التي يكون محلها مالاً منقولاً فتخضع لقانون موقع المنقول فيما يتعلق فقط بأثر العقد في إنشاء حقّ عينيّ على هذا المنقول وفقاً للمادة 19 منه. وكذلك تخضع العقود التي يكون محلها عملاً، وفقاً للرأي السائد في الفقه، لقانون محل تنفيذها، كما سنرى فيما بعد.

- السبب: يخضع السبب أيضاً، باعتباره من أركان عملية التعاقد، للقانون الذي يحكم العقد فيما يتعلق بوجوده ومشروعيته مع مراعاة اعتبارات النظام العام في بلد القاضي.

وكنتيجة منطقية لما سبق يجب الاعتراف باختصاص قانون العقد بصدد تحديد مصير هذا العقد، وذلك في حال تخلف ركن من أركانه، أو شرط من شروط صحته. هل ذلك يجعل العقد باطلاً أم قابلاً للإبطال؟، ومن يحق له التمسك بالبطلان وغير ذلك من المسائل المرتبطة به؟.

- أما بالنسبة لآثار بطلان العقد، مثل الردّ والتعويض، فإنّها تخضع للقانون المحلي، أي لقانون محل تنفيذ العقد الباطل، على أساس أنّ هذه الالتزامات ليست ناجمة عن العقد، لأنّ العقد الباطل لا وجود له، وإنما هي من قبيل الالتزامات غير التعاقدية المترتبة على واقعة قانونية، مثل

الإثراء غير المشروع ودفع غير المستحق...، وتخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية وفقاً لأحكام المادة 22 من القانون المدني السوري.

2- آثار العقد:

مما لا شك فيه أن آثار العقد يسري عليها قانون العقد سواء فيما يتعلق بآثاره بالنسبة للأشخاص أم بالنسبة لموضوع الالتزامات المتولدة عن العقد، ولكن وفق الإيضاحات التالية: تشمل آثار العقد بالنسبة للأشخاص تحديد الأشخاص الملزمين بالعقد والمستفيدين منه، ومسألة التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، وانصراف أثر العقد على الخلف العام، وأثره بالنسبة للخلف الخاص، وآثار تصرف النائب بالنسبة للأصيل.

وتشمل آثار العقد بالنسبة للموضوع تحديد مضمون الالتزامات التي يولدها العقد ونطاقها وتنفيذها، وإسما تحديد حالات التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، وأحكامها، وتنظيم المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وبناءً على ذلك تخضع دعوى التعويض لعدم التنفيذ لقانون العقد، وليس للقانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، لأنّ التعويض ليس مصدره هنا الفعل الضار وإنما الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وهو يقوم مقابل عدم التنفيذ. كما يخضع أيضاً الشرط الجزائي في العقود لقانون العقد لارتباطه بمسألة التنفيذ.

أما حالات التنفيذ الجبري فتخضع لقانون القاضي لاتصالها بمدى سلطته في إجرائها. ومن الأمور التي تلحق بالالتزامات المتولدة عن العقد تحديد أوصافها وطبيعتها المدنية أو التجارية، والآثار المترتبة على هذه الطبيعة، وبخاصة من حيث انقضاؤها، وكذلك الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، كالشرط والأجل، وتعدد محل الالتزام، وتعدد أطرافه، وأحكام التضامن بين الدائنين أو المدينين، ومتى يكون الالتزام غير قابل للانقسام. وتخضع كلّ هذه المسائل بالتالي لقانون العقد، كما تخضع لهذا القانون مسألة انتقال الالتزام عن طريق حوالة الدين أو حوالة الحق، باستثناء الإجراءات الواجب اتباعها لنفاذها في مواجهة المدين إذ تخضع لقانون موطنه.

3- وكذلك أيضاً تتبع مسألة طرق انقضاء الالتزام مضمون الالتزام الذي يولده العقد وتنفيذه من حيث القانون واجب التطبيق بشأنها.

فالوفاء أو التنفيذ الاختياري يخضع من حيث شروط صحته ومحلّه وزمانه ومكانه لقانون العقد، باستثناء مسألة تحديد العملة التي يجب الوفاء بها فتخضع لقانون بلد الوفاء لتعلقها باعتباريات النظام العام في هذا البلد ونظام القطع فيها.

وكذلك يسري قانون العقد على انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ويدخل في ذلك الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة واتحاد الذمة. أما بالنسبة للمقاصة فيختلف القانون الذي يحكمها باختلاف طبيعتها. فالمقاصة القضائية تخضع لقانون القاضي لاتصالها باختصاصات القاضي الذي ينظر في النزاع. والمقاصة الاتفاقية تخضع للقانون الذي اختاره أطرافها. نظراً لكونها تعتبر عقداً مستقلاً يسري عليه ما يسري على بقية العقود من حيث القانون واجب التطبيق. والمقاصة القانونية تخضع للقانون المشترك الذي يحكم الدينين إذا كان واحداً أما إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة. غير أن الرأي الراجح في الفقه يقضي بعدم إمكان إجرائها إلا إذا أجازها القانونان اللذان يحكمان الدينين⁵.

كما يسري قانون العقد على طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به باستحالة التنفيذ أو بالإبراء أو بالتقادم المسقط. غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن قانون العقد يسري على الإبراء فيما يتعلق بمدى كفاية إرادة الدائن وحدها لحصول الإبراء وبضرورة الاتفاق على الإبراء. أما الإبراء بحد ذاته كعقد مستقل فيخضع للقانون الذي يحدده طرفاه. كما لا بد أيضاً أن نذكر بأن هناك اتجاهات فقهية تميل إلى إخضاع التقادم المسقط إلى قوانين أخرى. فبعضها يأخذ بقانون القاضي على أساس أن التقادم يعتبر من مسائل الإجراءات. وبعضها يفضل قانون موطن المدين استناداً إلى الهدف من التقادم وهو حماية المدين نفسه. غير أن الاتجاه السائد حالياً يقضي بإخضاع التقادم من حيث مدته وآثاره وأسباب وقفه وانقطاعه لقانون العقد.

⁵ راجع في عرض مختلف الآراء: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 287 ص 680.

ج- الاستثناءات من قانون الإرادة

1. العقود المتعلقة بعقارات

استثنى المُشرِّع صراحة من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد المحددة في الفقرة الأولى من المادة 20 العقود المتعلقة بالعقارات. إذ نصّت الفقرة الثانية من هذه المادة على "أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار". وبناءً على ذلك إذا تبايع شخصان عقاراً موجوداً في سوريا، واتفقا على تطبيق القانون التركي على العقد المبرم بينهما، ففي هذه الحالة لا يُعتدّ بالقانون المختار (أي بقانون الإرادة)، ويطبق القانون السوري بوصفه قانون موقع العقار. ولكن هل يسري قانون موقع العقار على مختلف جوانب العقد بما في ذلك أهلية المتعاقدين وشكل العقد؟.

عملاً بالقواعد العامة، تخضع أهلية المتعاقدين، أيّاً كان محل العقد سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وأياً كان موضوع الالتزام لقانون جنسيّة المتعاقدين (المادة 12 من القانون المدني). كما يخضع شكل العقد لقانون بلد الإبرام وفق ما جاء في المادة 21 من القانون المدني السوري.

- أما العقود المتعلقة بمنقول فتبقى خاضعة لقانون الإرادة باستثناء أثر العقد في إنشاء حقّ عينيّ على هذا المنقول، إذ يخضع لقانون موقع المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتّب عليه كسب الحقّ العينيّ أو فقده، وذلك وفقاً لأحكام المادة 19 من القانون المدني السوري، باستثناء الأهلية والشكل، وفقاً لما بيّناه بصدد العقود المتعلقة بعقارات.

2. عقود العمل

كما يُستثنى من قانون الإرادة، وفق الاتجاه الفقهي السائد، بعض أنواع العقود التي لا تتلاءم بحكم طبيعتها الخاصة مع قانون الإرادة مثل عقود العمل.

في الواقع، لقد تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على عقد العمل⁶. ومن أهم هذه الاتجاهات الرامي إلى إخضاع عقد العمل لقانون مركز الأعمال أو لقانون بلد الإبرام. والاتجاه الذي جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والقاضي بتطبيق قانون مركز إدارة الأعمال، وهو ما أخذ به المُشرِّع الكويتي في المادة 62 من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961، ومحكمة النقض المصرية أيضاً. والاتجاه القائل بخضوع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ. ويميل بعض أنصار هذا الاتجاه إلى تطبيق هذا القانون بوصفه تعبيراً عن إرادة المتعاقدين المفترضة. وهناك اتجاه يرمي إلى التوفيق بين قانون دولة التنفيذ وقانون الإرادة، بحيث تخضع القواعد التنظيمية في عقد العمل المتعلقة بالأمن المدني لقانون مكان التنفيذ وما عداها لقانون الإرادة.

⁶ راجع في مختلف هذه الاتجاهات: الدكتور هشام على صادق، المرجع السابق، فقرة 190 ص 691 وما بعدها.

وعلى الرغم من وجهة هذه الاتجاهات المختلفة إلا أنّ أفضلها بتقديرنا هو إخضاع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ⁷. لأنّ من شأنه تأمين وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد من جهة، ومراعاة الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها تنظيم العمل في كل دولة من الدول من جهة أخرى. فمن المعلوم أنّ كثيراً من قواعد العمل هي قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأفراد مخالفتها، وهذه الأحكام يجب مراعاتها بغض النظر عن مكان إبرام العقد أو مركز إدارة الأعمال أو جنسيّة المتعاقدين. وبناءً على ذلك يجب بتقديرنا تطبيق القانون السوري على مختلف عقود العمل التي تُنفذ في سوريا، وعلى العلاقات الناجمة عنها، ولاسيما حوادث العمل التي تقع على أراضيها.

أما بالنسبة لعقود العمل التي يجري تنفيذها في أكثر من دولة فتخضع، وفق الرأي السائد في الفقه المعاصر، لقانون مركز إدارة الأعمال.

3. بعض أنواع العقود

ونشير أخيراً إلى أنّ مشروع القانون المدني المصري كان ينصّ على إخضاع بعض أنواع العقود لقوانين معينة في حال عدم اتفاق أطرافها على قانون محدد، مثل العقود التي تتمّ في البورصات والأسواق العامة وعقود بيع العروض. فكانت المادة 43 منه تنصّ على إخضاع العقود التي تتمّ في البورصات والأسواق العامة لقانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق. كما كانت الفقرة الأولى من المادة 45 منه تنصّ على تطبيق قانون موطن البائع على عقد بيع العروض من حيث شروط صحته، وما يترتّب عليه من آثار. غير أنّ الفقرة الثانية من هذه المادة قد نصّت على تطبيق قانون موطن المشتري في حالات معينة. كما أنّ المادة 46 منه نصّت على تطبيق قانون الجهة التي يجب معاينة العروض فيها بالنسبة لبعض المسائل.

ومما هو جدير بالذكر بالنسبة للعقود التي تتمّ في البورصات والأسواق العامة، أنّ المُشرّع الكويتي قد استثنى صراحة من قانون الإرادة. فنصّ في المادة 60/ من المرسوم الأميري رقم 5 لعام 1961 على خضوعها مباشرة لقانون البلد الذي توجد فيه البورصات والأسواق العامة بغض النظر عن إرادة المتعاقدين.

وباعتقادنا أنّ هذا القانون ينسجم مع الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود التي تتصف بالسرعة واعتياد المتعاملين بشأنها على أحكام قانون المكان الذي تتمّ فيه.

⁷ وهذا ما أخذت به المادة 67 من القانون التولي الخاص التونسي.

شكل العقود

يسري على العقود من حيث شكلها في القانون الدولي الخاص السوري القاعدة العامة المتعلقة بشكل سائر التصرفات، والمحدد في المادة 21 من القانون المدني السوري التي تنص على ما يلي:

"العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ويسري حكم هذه القاعدة على مختلف أنواع العقود سواء تلك المتعلقة بالمعاملات المالية أم بالأحوال الشخصية. ولقد سبق لنا أن تناولنا كيفية تطبيقها بالنسبة للزواج، ونعود الآن لدراستها كقاعدة عامة تهتم مختلف أنواع العقود والتصرفات القانونية. فندرس في المطلب الأول القانون واجب التطبيق على الشكل، وندرس في المطلب الثاني نطاق تطبيق قانون الشكل.

أ- القانون واجب التطبيق على الشكل (قاعدة الإسناد الانتقائية).

تسمح قاعدة الإسناد التي اختارها المشرع السوري بشأن شكل العقود باختيار أحد أربعة قوانين يمكن أن تحكم شكل العقد، فهي من نوع قواعد الإسناد الانتقائية التي لا توجب إعمال قانون معين دون غيره. وهذه القوانين هي: قانون محل إبرام العقد، والقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية، وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون جنسيتيهما المشتركة. وبموجب هذه القاعدة يجوز للمتعاقدين إفراغ شكل العقد وفق الأشكال المقررة في أحد هذه القوانين. كما يجب على القاضي السوري اعتبار العقد صحيحاً من حيث الشكل إذا كان مطابقاً للأشكال المعتمدة في أي من القوانين الأربعة، ولو كان مخالفاً للقوانين الأخرى.

والحكمة بتقديرنا من إضفاء الطابع الانتقائي على قاعدة الإسناد التي اختارها المشرع السوري هي الرغبة في تسهيل الاعتراف بصحة العقد من حيث الشكل، وذلك بعدم إلزام المتعاقدين إفراغ عقودهم بالأشكال المقررة في قانون معين قد يصعب عليهم أحياناً اتباعها.

أولاً: قانون محل إبرام العقد (نشأة القاعدة وتطورها وطابعها ومبرراتها)

عملاً بالمادة 21 من القانون المدني السوري يُعدّ العقد صحيحاً من حيث الشكل إذا تم وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه العقد.

وهذه القاعدة التي أخذ بها المشرع السوري قديمة جداً كما نعلم. فلقد أخذ بها الفقه والقضاء في إيطاليا من القرن الثالث عشر، وطبقت على العقد من حيث الشكل والموضوع، ثم خضعت هذه القاعدة لتطور هام في اتجاهات عدة:

- 1- فلقد تقلص نطاقها بعد ظهور قانون الإرادة، وأصبحت قاصرة على شكل العقد دون الموضوع الذي أصبح تحت سلطان قانون الإرادة.
- 2- وتطور نطاق تطبيق قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، وامتد ليشمل شكل الوصية وغيرها من التصرفات.
- 3- وتحولت من قاعدة ملزمة إلى قاعدة اختيارية.

واستقرت هذه القاعدة في تشريعات معظم الدول، ومنها القانون السوري في المادة 21 من القانون المدني السوري، كقاعدة عامة واختيارية، وفي المادة 2/18 من هذا القانون بشأن شكل الوصية. وتقوم هذه القاعدة على اعتبارات تتعلق بالتيسير على المتعاقدين ومراعاة حاجة التعامل الدولي.

ثانياً: القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للعقد (قانون الإرادة)

يجوز للمتعاقدین إفراغ عقدهما أيضاً وفق الشكل المقرر في القانون الذي يسري على الأحكام الموضوعية للعقد. وهذا القانون إما أن يكون، وفق أحكام المادة 20 من القانون المدني السوري، قانون إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، أو قانون موطنهما المشترك، أو قانون بلد الإبرام. ولعل المقصود بقانون الأحكام الموضوعية هو قانون الإرادة حصرياً، عند وجوده، لاسيما أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدین وقانون محل الإبرام هما أيضاً من جملة القوانين الأخرى التي تحكم شكل العقد، وإلا كان القول خلاف ذلك فيه شيء من التكرار ضمن أحكام المادة 21، وهذا ما لا يمكن التسليم به في لغة التشريع.

ثالثاً: قانون الموطن المشترك للمتعاقدین

مما لا شك فيه أن الموطن يتمتع بأهمية خاصة في مجال المعاملات المالية التعاقدية، ولاسيما فيما يتعلق بتنفيذ العقود. غير أنه نادراً ما يكون هذا الموطن خارج قانون بلد الإبرام. ولقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الأخذ بهذا القانون بأن "بعض الدول تستبدل بولاية قانون الجنسية المشتركة قانون الموطن" مثل بريطانيا وغيرها، علاوة على "أن في هذه الإضافة تيسيراً يماشي أهمية الموطن في تنفيذ العقود، ولاسيما التجارية منها"⁸.

⁸ الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول ص 293 وما بعدها.

رابعاً: القانون الوطني المشترك للمتعاقدين

يفترض في المتعاقدين أن يكونا عالمين بقانون جنسيتها المشتركة أكثر من علمهما بغيره من القوانين، ولذلك فقد أدرجه المشرع بين القوانين التي يجوز للمتعاقدين إجراء عقودهم وفقاً للأشكال المقررة فيه. كما أنّ بعض الدول تجعله في أهمية مساوية لقانون محل إبرام في حكم شكل العقد وتحصر الاختيار بينهما فقط⁹.

ب- نطاق تطبيق قانون الشكل

يُقصد بالشكل مختلف الوسائل المستخدمة للتعبير عن الإرادة وإظهارها إلى العالم الخارجي، غير أنّ لفظ "الشكل" أو الأشكال، يُطلق على مسائل مختلفة. فهناك الأشكال اللازمة لانعقاد التصرف والأشكال المطلوبة لإثباته أو لإعلانه أو شهره. وهناك الأشكال المكتملة للأهلية، أي الأشكال اللازمة لصحة صدور التصرف الإرادي من ناقص الأهلية أو من نائبه، وهناك الأشكال المكتملة للإجراءات. فهل تُعدّ كلّ هذه المسائل من الشكل وتخضع لقاعدة الإسناد المذكورة في المادة 21 من القانون المدني؟.

من المعلوم أنّ مسألة التمييز بين الشكل والموضوع في العقود هي مسألة تكييف، وتخضع لقانون القاضي الناظر في النزاع. غير أنّ الدول تختلف في تحديد المسائل التي تدخل في نظام الشكل، كما تختلف آراء الفقهاء بشأنها. وعملاً بما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري: "إنّ اختصاص القانون الذي يسري على الشكل... لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أمّا الأوضاع الجوهرية في الشكل، وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني مثلاً، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع".

وهذا التوجه منتقد لأنّه يؤدي إلى تقليص نطاق فكرة الشكل، وتقويت الاعتبارات المتعلقة بالتيشير على المتعاقدين في هذه الأمور.

أمّا بالنسبة للأشكال المطلوبة لإثبات التصرف، فإنّها تخضع، وفق الرأي السائد في الفقه، لقانون محل إبرام التصرف بما في ذلك مسألة لزوم الدليل أو عدم لزومه لإثبات التصرف، ومسألة قوة الدليل في الإثبات، سواء أكان محرراً عرفياً أم رسمياً، وكذلك ثبوت تاريخ المحرر¹⁰.

⁹ تنص المادة 19 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين".

¹⁰ راجع كتاب وزارة العدل الموجه إلى وزارة الإصلاح الزراعي تاريخ 1959/4/25 المنشور في مجلة القانون لعام 1961 العدد 1/22.

غير أنه مما لا شك فيه أنّ الأشكال الأخرى تخرج من نطاق فكرة الشكل وتخضع للقانون الخاص بها على النحو الآتي:

– الأشكال المكتملة للأهلية: والمقصود بذلك الإجراءات اللازمة لصحة صدور التصرف الإرادي من ناقص الأهلية أو من نائبه، مثل ضرورة حصول القاصر على إذن من القاضي للتصرف في بعض أمواله أو وجوب حصول الوصي على إذن للتصرف بأموال القاصر، وكذلك لزوم حصول الزوجة على إذن من زوجها لممارسة بعض الأعمال. وتخضع هذه الأشكال للقانون الذي يحكم الفكرة الأساسية التي ترتبط بها وفق ما أشرنا إليه سابقاً.

– الأشكال الخاصة بالإجراءات: ويقصد بذلك الأشكال اللازمة لتنفيذ إجراءات التقاضي والسير في الدعوى، وتخضع لقانون القاضي، لأنها تتعلق بتنظيم القضاء وتنفيذ الإجراءات، وذلك عملاً بالمادة 23 من القانون المدني السوري، التي تقضي بما يلي: "يسري على جميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد التي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

– الأشكال المتعلقة بالعلانية: وهي مختلف الوسائل اللازمة لشهر التصرفات، مثل التسجيل في السجل العقاري، وتخضع لقانون موقع المال، لأنّ القواعد الناظمة لها هي من القواعد التي تطبق تطبيقاً إقليمياً.

ونشير أخيراً إلى أنّ القاعدة المحددة في المادة 21 في القانون المدني تسري على مختلف العقود والتصرفات الإرادية أيّاً كان موضوعها مثل عقد الهبة، وعقد الزواج، وعقد الشركة، وعقد العمل، وعقد الرهن .. الخ، باستثناء العقود التي خصّها المشرع بقاعدة إسناد، ونقصد بذلك الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. (الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني).

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يخرج من نطاق تطبيق الإرادة (العقد):

- 1- دعوى التعويض لعدم التنفيذ
- 2- التقادم المسقط
- 3- حكم السكوت عن الرد
- 4- عيوب الإرادة

الإجابة الصحيحة رقم 3

الوحدة التعليمية الرابع عشرة الالتزامات غير التعاقدية

الكلمات المفتاحية:

- الفعل الضار - الفعل النافع - الإرادة المنفردة - قانون محل وقوع الفعل - المشروعية - الفضالة - دفع غير المستحق - الإثراء بلا سبب

الملخص:

تخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل إلا بعض الأفعال يصعب تحديد محلها، وهذا ما يحصل في حالات مختلفة يختلف الفقه والقضاء في معالجتها من حيث تحديد موقعها ومن ثم تحديد القانون الواجب تطبيقه بشأنها.

الأهداف التعليمية:

في نهاية هذه الوحدة التعليمية يجب أن يكون الطالب قادراً على تحديد مختلف الأفعال وتحديد القانون الذي يحكمها ونطاق تطبيقه والاستثناءات على هذا القانون.

يُقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناجمة عن الوقائع القانونية التي إمّا أن تكون أفعالاً ضارة (غير مشروعة) أو أفعالاً نافعة (مشروعة).

والالتزام غير التعاقدى ينطوي على عناصر مختلفة شخصية وغير شخصية. والعناصر الشخصية هي المتضرر ومحدث الضرر، بالنسبة للفعل الضار، والدائن والمدّين، بالنسبة للفعل النافع. أمّا العناصر غير الشخصية فهي الفعل والضرر الناجم عن الفعل، بالنسبة للفعل الضار، والافتقار والاعتناء، بالنسبة للفعل النافع، وهذا يعني، في الواقع، إمّكان توزّع هذه العناصر المختلفة دولياً واتصالها بقوانين دولة مختلفة. مما يؤدي إلى قيام تنازّع بين هذه القوانين. نتناول في المبحث الأول مسألة القانون واجب التطبيق على هذه الالتزامات، ونبحث في المبحث الثاني الاستثناء على القانون المحلي الأجنبي، ثم نعالج في المبحث الثالث نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

القانون واجب التطبيق

نصت المادة 22 من القانون المدني السوري على ما يلي "1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام 2- على أنّه فيما يتعلّق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في سوريا وإن كانت تُعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". غير أنّه يتبيّن من ذلك أنّ المُشرّع السوري لم يأخذ بقاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المولد لها على إطلاقها، بل أورد عليها استثناءً لمصلحة القانون السوري.

أ - قاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي

عملاً بقاعدة خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي يجب على القاضي السوري تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام. والمقصود بالفعل المنشئ للالتزام الواقعة التي ترتب عليها الالتزام بالتعويض أو الرد أو

فإذا كان الفعل جريمة وقعت في قبرص ففي هذه الحالة يجب على القاضي تطبيق القانون القبرصي فيما يتعلق بالالتزامات المترتبة على هذا الفعل، ولاسيما التعويض ولو كان المتضرر أو مرتكب الفعل سورياً.

وهذه القاعدة قديمة جداً ترجع بجذورها إلى مبدأ خضوع الجرائم لمكان وقوعها لقانون محل وقوع الجريمة"، الذي قال به فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة منذ القرن الثالث عشر الميلادي، إلا أنها كانت قاصرة في الأصل على الجرائم الجنائية، ثم مدَّ الفقهاء نطاقها لتشمل الالتزامات المدنية المترتبة عليها.

ثم استقرت هذه القاعدة حتى وصلت إلينا كواحدة من القواعد التقليدية في تنازع القوانين. ووجدت مكاناً لها في المادة 22 من القانون المدني السوري¹. ولكن ما هي الأسس أو الحجج التي تقوم عليها هذه القاعدة؟.

- يرجع الفقهاء في تبرير اختصاص قانون محل وقوع الفعل إلى اعتبارات وحجج مختلفة. فلقد استند فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة، كما نعلم، إلى الصفة الطبيعية للرابطة بين الفعل المادي، أي الجريمة، وبين قانون مكان وقوعها. وبتقديرهم وتقدير غيرهم من الفقهاء أيضاً أنّ هذه الرابطة الطبيعية بين الفعل ومكان وقوعه هي من القوة بحيث تجعل قانون هذا المكان أولى بالتطبيق من القوانين الأخرى ذات العلاقة.

- أما الفقهاء المعاصرون فيستندون في ذلك إلى فكرة التوازن بين حقوق الأفراد. فهم يرون أنّ القانون في دولة معينة عندما يرتب أثراً قانونية على الأفعال المادية، فإنّه يقرر ذلك بغض النظر عن إرادة مرتكبيها، ويقصد تحقيق بعض التوازن في حقوق الأفراد. ولا بدّ من أجل تحقيق هذا التوازن من تطبيق القانون المحلي على مختلف الوقائع التي تحدث على الإقليم. وهذا التوازن لا يستقيم معناه ولا يحقق هدفه ما لم يكن عاماً، أي ما لم يطبق هذا القانون على مختلف الأفعال التي تحصل على إقليم الدولة².

¹ وهي معمول بها في معظم الدول العربية باستثناء تونس التي سمحت أيضاً بتطبيق قانون محل وقوع الضرر إذا كان مختلفاً عن محل وقوع الفعل الضار وبناءً على طلب الضحية. أو قانون السكن المعتاد المشترك بين محدث الضرر والضحية، أو لقانون القاضي إذا اتفق الطرفان على تطبيقه أمام محكمة الدرجة الأولى (المادتان 70 و 71) من القانون الدولي الخاص التونسي.

² Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 557, p. 193 et s.

- كما يرى هؤلاء الفقهاء: أنّ المصدر الأساسي للالتزامات الناجمة عن الأفعال هو العمل الضار بحدّ ذاته، وليس الحكم بالتعويض. صحيح أنّ حكم القاضي هو الذي يقرر قيمة التعويض إلا أنه ليس أبداً مصدر الالتزام.

وبناءً على ذلك يرى أنصار القانون المحلي أنّ العلاقة القانونية المتولدة عن الفعل المادي لا يمكن تركيزها أو إسنادها بالاعتماد على أطرافها أو موضوعها (الالتزام بالتعويض)، وإنما يجب أن يتم ذلك بالاستناد إلى مصدرها، أي إلى الواقعة المنشئة لها، وهي الفعل المولد للالتزام. وبالتالي يجب تطبيق قانون محل وقوع هذا الفعل على العلاقة القانونية المتولدة عنه.

- ويرى فريق آخر تأسيس تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية استناداً إلى أنّ القواعد التي تحكم الأفعال الضارة هي من القواعد المتعلقة بالبوليس والأمن المدني في الدول التي وقعت هذه الأفعال على إقليمها، نظراً لأنها تهدف إلى تأمين حماية الأشخاص وأموالهم. غير أنّ ذلك لا يمكن التسليم به إطلاقاً، لأن هذه الاعتبارات تصلح أصلاً لتبرير تطبيق قانون القاضي، ولا تسمح بتبرير تطبيق القانون المحلي الذي يكون غالباً قانوناً أجنبياً³. ولكن على الرغم من سلامة الاعتبارات التي يقوم عليها قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام إلا أن تطبيقه يثير بعض الصعوبات العملية في بعض الحالات.

ب- صعوبات تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

إنّ الفعل المنشئ للالتزام سواء أكان فعلاً ضاراً أم نافعاً قابل بطبيعته لأن تتوزع عناصره المؤلفة له في أكثر من دولة. كما أنّ بعض الأفعال يمكن أن تقع في عرض البحر أو في مكان قد لا يتبع لدولة معينة، كما يمكن أن تقع في المياه الإقليمية أو على ظهر سفينة في البحر أو على متن طائرة في الفضاء، فكيف يتم تحديد القانون المحلي الذي يحكم الالتزامات المتولدة عن هذه الأفعال في مثل هذه الحالات؟

أولاً- حالة توزّع عناصر الواقعة القانونية في أكثر من دولة
نميز بهذا الصدد بين الفعل الضار والفعل النافع.

أ- الفعل الضار:

قد تتوزع العناصر المكونة للفعل الضار في دول عدّة . فقد يقع الفعل أو الخطأ في دولة، ويحدث الضرر في دولة أخرى، وقد تتعدد أماكن وقوع الضرر وتتصل بدول مختلفة، كما لو أنّ إحدى الشركات العاملة في فرنسا، مثلاً، قد صنعت في معاملها في هذا البلد مسحوقاً طبيياً

³ Tyan, précité, No 245, p. 333 et s.

(كالبودرة)، ولكنها أخطأت في عملية التصنيع، وترتّب على ذلك حصول ضرر للأطفال الذين استخدموه في كل من فرنسا وسوريا ولبنان وألمانيا وغيرها. ففي هذه الحالة كيف يتم تحديد مكان وقوع الفعل الضار المنشئ للالتزام؟، هل نعتدّ بمكان وقوع الخطأ (فرنسا) أم بمكان حصول الضرر من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه؟

لقد تتبّه واضعو المشروع التمهيدي للقانون المدنيّ المصريّ لهذه المسألة إلا أنّهم لم يحاولوا حسم الخلاف الفقهي بشأنها، وفضلوا ترك ذلك لاجتهاد القضاء. لذلك ونظراً لعدم تمكننا من العثور على اجتهادات المحاكم السورية في هذا الصدد، لا بدّ من استعراض مختلف الاتجاهات القضائية والفقهيّة المتبعة في تحديد القانون المحلي في هذه الحالة.

1- حالة توزع الوقائع والعناصر المكونة للفعل الضار في دول عدّة 4.

يمكن التمييز بهذا الصدد بين اتجاهين رئيسيين في الفقه الأجنبي:

الأول فرنسي ينادي بوجود الأخذ بقانون مكان الواقعة الأساسية *Evenement essentiel*. غير أنّ هذا الاتجاه منقّد لجهة عدم ملاءمته في حالات معينة، ولجهة صعوبة تحديد مكان هذه الواقعة عندما تكون وقائع هذا الفعل متماثلة في الأهمية.

والثاني أمريكي يُفضّل الأخذ بقانون المكان الذي تحققت فيه آخر واقعة قبل حصول النتيجة.

2- حالة تحقق الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى.

تتعدد الاتجاهات الفقهيّة والقضائية بهذا الصدد. ويمكن أن نميّز بين أربعة اتجاهات رئيسية:

الأول: قانون محل وقوع الخطأ:

ذهب فريق من الفقهاء، في هذه الحالة، إلى وجوب الاعتداد بمكان وقوع الخطأ، على أساس أنّه يجب مساءلة الفاعل وفق القانون الذي كان بالإمكان معرفته أو العلم به، أو كان من المفروض أن يعلم به عندما أقدم على ارتكاب الفعل⁵. وهذا القانون هو قانون مكان وقوع الخطأ. لأنّ من الصعب تحديد مكان وقوع الضرر بصورة مسبقة، وقد يكون هذا الضرر عارضاً، كما أنّه قد يتوزّع ما بين دول عدّة.

ويرى بعض أنصار قانون مكان وقوع الخطأ أنّ أساس تطبيق هذا القانون يرجع أيضاً إلى تنظيم المسؤولية، ويرتكز على الخطأ أكثر مما يرتكز على الضرر الذي يترتّب عليه، وإنّ الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسؤولية.

⁴ Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 561, p. 199

⁵ للدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الثاني، الفقرة 141 ص 518 وما بعدها. ومن أنصار هذا الرأي عدد من الفقهاء المشار إليهم من قبله في الهامش 2 و 3 من الصفحة 519.

وبالتالي فإنّ قانون البلد الذي وقع فيه الخطأ هو الذي يجب أن يحكم سلوك مرتكبيه. ومن الدول التي تأخذ بقانون محل وقوع الخطأ في تشريعاتها الحديثة البرتغال والنمسا.

الثاني: قانون محل وقوع الضرر:

وذهب فريق آخر إلى وجوب الأخذ بمكان وقوع الضرر، وذلك على أساس أنّه في هذا المكان تتجسد بصورة ظاهرة عناصر الفعل، وفيه أيضاً يتحقق الإخلال بالتوازن بين حقوق الأفراد الذي يهدف المشرّع إلى حمايته.

ويؤكد أصحاب هذا الرأي من الفرنسيين على أنّ التطور الحديث لنظام المسؤولية قد أدى إلى التركيز على التعويض، أو إصلاح الضرر، أكثر من التركيز على محاسبة سلوك مرتكب الخطأ. وعلى ذلك يجب تطبيق قانون محل وقوع الضرر على الالتزامات المترتبة على الأفعال الضارة.

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه من الأمريكيين أنّ المسؤولية لا تتكامل إلا بتحقق الضرر، ولذلك يجب الاعتداد بمكان وقوع الضرر لكونه المكان الذي يتحقق فيه آخر عنصر تتكامل به المسؤولية.

غير أنّ بعض الفقهاء من أنصار قانون محل وقوع الضرر لا يؤيدون تطبيق هذا القانون متى كان محل وقوع الضرر عرضياً. كما أنّ بعضهم يرى عدم إمكان تطبيق قانون محل وقوع الضرر إلا إذا كان الفعل يُعدّ غير مشروع وفق قانون محل وقوعه.

ومن الدول التي أخذت بقانون محل وقوع الضرر في تشريعاتها ألمانيا الديمقراطية. كما أخذ به القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا.

الثالث: القانون الأصلح للمضرور:

وذهب فريق ثالث إلى أنّه " يتعين الرجوع كقاعدة عامة إلى القانون الأصلح للمضرور، سواء أكان هو قانون محل وقوع الضرر أم قانون المكان الذي ارتكب فيه الفعل أم قانون المكان الذي أتخذ فيه النشاط الذي ترتبت عليه المسؤولية". وبهذا الحل أخذ القانون الهنغاري لعام 1979.

الرابع: التمييز بين المسؤولية القائمة على خطأ والمسؤولية دون خطأ:

وقال فريق رابع بوجوب التمييز بين المسؤولية القائمة على الخطأ والمسؤولية دون خطأ، وإخضاع الأولى لقانون موقع الخطأ والثانية لقانون موقع الضرر⁶.

⁶ راجع في مختلف هذه الاتجاهات: الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، مرجع سابق ص 326، فقرة 293.

وبتقديرنا أنّ قانون مكان وقوع الضرر هو أنسب القوانين وأفضلها. فهو يلبي أكثر من قانون محل وقوع الخطأ الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الالتزام غير التعاقدى لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام الذي أشارت إليه المادة 22 من القانون المدني السوري. ولأنّه في مكان وقوع الضرر يتحقق الفرض المبتغى من تنظيم المسؤولية ألا وهو الموازنة بين حقوق الأفراد.

ب- بالنسبة للفعل النافع:

كذلك يمكن في الإثراء بلا سبب أن يقع الافتقار في مكان والاعتناء في مكان آخر. في هذه الحالة يُفضل الفقه السائد حالياً وجوب الأخذ بمكان الاعتناء وتطبيق قانون هذا المكان على الإثراء بلا سبب. كما يُفضل الأخذ بقانون محل الدفع بالنسبة لدفع غير المستحق (أو قبض غير المستحق، كما جاء في القانون الأردني)، ويقانون محل أداء الفضالة بالنسبة لعمل الفضالة. وهذه الحلول تتسجم، وبتقديرنا، مع الحل الذي قلنا به بالنسبة للفعل الضار. لأنّ الإثراء كنتيجة يقابل الضرر من حيث كونه الأساس القانوني للالتزام.

وتطبيقاً لقاعدة خضوع الإثراء لقانون محل الإثراء يجب أن تخضع حوادث إنقاذ السفن التي تتم في أعالي البحار، من حيث التعويض عن الإنقاذ، لقانون الميناء الذي اقتيدت إليه السفينة التي أنقذت لكون هذا الميناء هو المكان الذي تحقق فيه الإثراء.

ثانياً - حالة وقوع الفعل في مكان لا يتبع لدولة معينة

كالتصادم بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي الذي يعلو وسط البحار.

في مثل هذه الحالة يتعذر فعلاً التمسك بقاعدة القانون المحلي، لأنّ أعالي البحار أو الفضاء الذي يعلوها من الأماكن التي لا تخضع لقانون دولة محددة.

ولهذا تعددت الاتجاهات بشأنها، فقال بعضهم بتطبيق قانون علم السفينة التي لحقها الضرر باعتبارها قانون محل تحقق الضرر.

وقال آخرون بوجوب تطبيق قانون علم إحدى السفينتين المتصادمتين. فمنهم من يرى تطبيق علم السفينة التي لحقها الضرر، ومنهم من يرى الأخذ بقانون علم السفينة التي ارتكبت الخطأ، ومنهم من يرى تحويل مالك السفينة المتضررة الخيار بينهما، لأنّ أساس أحكام المسؤولية ترمي إلى حماية المضرورة.

ويرى فريق آخر تطبيق قانون كلّ من السفينتين (المتضررة والتي ارتكبت الخطأ)، ويُفضل فريق رابع تطبيق قانون القاضي الذي يُرفع إليه النزاع في هذه الحالة، لأنه يتجاوز كل الصعوبات والانتقادات التي تواجه العمل بالاتجاهات السابقة⁷.

أمّا بتقديرنا، فإنّ أفضل الحلول الواجب اتباعها في هذه الحالة هو الحل السائد في الفقه المعاصر، والذي يقضي بوجوب تطبيق قانون العَلم المشترك للسفينتين أو الطائرتين المتصادمتين في حال انتمائهما إلى دولة واحدة⁸. أمّا في حال اختلاف علمهما فلا بدّ في هذه الحالة من تطبيق قانون القاضي. ويبرر تطبيق قانون العلم المشترك كونه أكثر القوانين ارتباطاً بموضوع النزاع، وبالتالي فهو أكثر القوانين ملاءمة لحكم الالتزامات الناجمة عن حوادث التصادم، ويبرر تطبيق قانون القاضي كونه صاحب الولاية التشريعية في الحالات التي يتعذر فيها إعمال قواعد الإسناد الأساسية.

ثالثاً- الأفعال التي تقع في المياه الإقليمية أو الفضاء الإقليمي لدولة معينة

مما لا شك فيه أنّ الالتزامات المتولدة عن هذه الأفعال تخضع لقانون الدولة التي تتبعها هذه المياه، لكونها جزءاً من إقليم هذه الدولة. وكذلك الأمر بالنسبة للالتزامات الناجمة عن الأفعال التي تقع في المدى الجوي الإقليمي.

رابعاً - الأفعال التي تقع على ظهر السفن أو الطائرات

إنّ الرأي السائد في الفقه يقضي بخضوع الالتزامات الناجمة عن هذه الأفعال لقانون علم السفينة أو الطائرة، فيما إذا كان الفعل قد وقع على ظهر سفينة في عرض البحر أو على متن طائرة في المدى الجوي الذي يعلو البحار العامة، على أساس أنّ السفينة أو الطائرة في هذه الحالة تُعدّ جزءاً من إقليم الدولة التي تحمل علمها.

أمّا إذا كان الفعل قد تمّ على ظهر سفينة في المياه الإقليمية أو على متن طائرة في الفضاء الإقليمي لدولة أجنبية بالنسبة لهذه السفينة أو الطائرة، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة. فقال بعضهم بوجوب تطبيق قانون الدولة التي تتبعها هذه المياه أو هذا الفضاء، بوصفه قانون محل وقوع الفعل.

⁷ راجع في مختلف هذه الآراء والاتجاهات: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 199، ص 745 وما بعدها. وكذلك الدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 141 ص 520

⁸ Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 560, p. 245 والدكتور عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة 141 ص 521 و 522. كما أخذت به محكمة النقض الفرنسية.

ومنهم من قال بوجوب تطبيق علم السفينة أو الطائرة، على أساس أنه أقرب القوانين وأكثرها علماً بالنسبة لأصحاب العلاقة من أي قانون آخر، ويحول دون تعدد القوانين التي تحكم الأفعال التي تقع على متن السفن أو الطائرات في أثناء انتقالها من بلد إلى آخر⁹.

وبرأينا أنّ قانون علم السفينة أو الطائرة هو أولى بالتطبيق من قانون الدولة التي تتبّعها هذه المياه أو هذا الفضاء، طالما أنّ الفعل لم يتجاوز من حيث آثاره ونتائجه شفير السفينة أو المركبة الهوائية.

أمّا إذا تجاوزت بعض آثاره أو نتائجه هذا الشفير واتصلت بالبحر الإقليمي أو بالفضاء الإقليمي ففي هذه الحالة لا بد من تطبيق قانون الدولة التي يتبّعها هذا البحر أو هذا الفضاء، نظراً لقيام صلة فعلية بين هذا القانون وبين الفعل الموجب للمسؤولية.

ومما يؤيد ذلك في القانون السوري القواعد الناظمة لتطبيق القانون الجزائري من حيث المكان، التي استثنت أصلاً هذه الأفعال من النطاق الإقليمي لتطبيق القانون السوري، (المادة 18 من قانون العقوبات العام).

⁹ راجع في هذه الاتجاهات: الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 199 ص 752 وما بعدها.

الاستثناء على قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام الأجنبي

تقضي الفقرة الثانية من المادة 22 من القانون المدني المشار إليها سابقاً بما يلي:
"على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في سوريا، وإن كانت تُعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". ويُستفاد من ذلك، وفي ضوء القاعدة المقررة بموجب الفقرة الأولى من هذه المادة، المشار إليها سابقاً، أنه يجب استبعاد القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على الوقائع التي حدثت خارج الجمهورية العربية السورية إذا كانت هذه الوقائع تُعدّ مشروعة بموجب القوانين السورية.

وبناءً على ذلك يجب على القاضي السوري عند النظر في نزاع يتعلق بواقعة، تُعدّ غير مشروعة بموجب قوانين الدولة الأجنبية التي وقعت فيها، الرجوع إلى القانون السوري فإذا تبين له أنّ هذه الواقعة تُعدّ مشروعة، أي لا عقاب عليها، أهمل تطبيق القانون الأجنبي. وترتب على ذلك بالمقابل تطبيق القانون السوري الذي يؤدي عملياً إلى عدم اعتبار مرتكب الفعل أو الواقعة مسؤولاً عما سببه للغير من ضرر.

ويقوم هذا الاستثناء على اعتبارات تتعلق بالنظام العام. فلقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنّ "الحاق وصف المشروع لواقعة من الواقع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام"¹⁰.

ويقتصر نطاق أعماله على الالتزامات المتولدة من الفعل الضار فقط دون الفعل النافع. وهذا الاستثناء ينسجم في الواقع مع الاتجاهات التشريعية والقضائية الحديثة التي تترك، رغم إيمانها بمبدأ خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي، مجالاً لتدخل قانون القاضي، على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، كما هو الحال في القانون الألماني والقانون الانكليزي. وهناك اتجاه متنام، وبخاصة في الاتفاقيات الدولية، يميل إلى التسليم ببعض الاستثناءات على القانون المحلي لا لصالح قانون القاضي (القانون الوطني)، وإنّما لصالح قانون محل تسجيل السيارات أو لقانون محل السكن أو لصالح قوانين أخرى¹¹.

¹⁰ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص 300.
¹¹ انظر اتفاقية لاهي المؤرخة في 2 تشرين أول لعام 1973 (في مجموعة الاتفاقيات 1951-1977 ص 192) والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على عمل المنتجات. وانظر أيضاً اتفاقية لاهي المؤرخة في 4 أيار 1971 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث المرور على الطرق.

نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام

يتحدد نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل، وفق ما جاء في المادة 22 من القانون المدني السوري، بالالتزامات غير التعاقدية، أي بالالتزامات الناجمة عن غير العقد. ومن المعروف أن مصادر الالتزام هي العقد والإرادة المنفردة والوقائع القانونية والقانون. ولقد رأينا من قبل أن الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة، أما الالتزامات التي مصدرها القانون فليس لها قانون معين يحكمها¹². وإنما تخضع للقانون الذي يحكم العلاقة التي تدخل هذه الالتزامات في نطاقها¹³. وكذلك فإن الالتزامات المترتبة على الإرادة المنفردة تخرج من نطاق قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف. فإذا كان التصرف الانفرادي تملياً خضع لقانون موقع المال، وإذا كان وعداً منصباً على عقد أو عمل فيحكمه قانون هذا العقد أو قانون هذا العمل. وبناء على ذلك فإن نطاق مصادر الالتزامات غير التعاقدية يقتصر على الوقائع القانونية. والوقائع القانونية إما أن تكون أفعالاً ضارة (أعمال غير مشروعة) كالجريمة وشبه الجريمة، أو أفعالاً نافعة (مشروعة) وهي عمل الفضالة ودفع غير المستحق (شبه العقد) والإثراء دون سبب. يُستثنى من ذلك طبعاً الوقائع المولدة للحقوق العينية كالحيازة والاستيلاء، التي تخضع كما رأينا من قبل لقانون موقع المال، كما يُستثنى منها أيضاً الالتزامات المتعلقة بوقائع الأحوال الشخصية كالنفقة وغيرها.

أ- الالتزامات المترتبة على الفعل الضار

ترتبط الالتزامات المدنية الناشئة عن جريمة أو شبه جريمة بفكرة المسؤولية التقصيرية أي بدعوى المسؤولية المدنية التقصيرية. وبالتالي فإن هذه المسؤولية تخضع لقانون محل وقوع الجريمة (الفعل) المولد للالتزام من حيث أركانها وآثارها وأنواعها. ويسري هذا القانون على مختلف المسائل المتعلقة بشروط هذه المسؤولية وبخاصة: تحديد فكرة الخطأ، أي بيان العمل أو السلوك الذي يُعدّ فعلاً غير مشروع، وما هي درجة أهمية الخطأ الموجب المسؤولية، ومدى قيامها دون خطأ، وتحديد فكرة الضرر من حيث معناه وأنواعه المختلفة التي تستوجب التعويض، وكذلك تحديد مدى قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر (المباشرة وغير المباشرة) التي تتحقق بموجبها المسؤولية.

¹² راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص 300.

¹³ راجع في هذا المعنى الدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 200 ص 756 وغيره من الفقهاء المشار إليهم من قبله.

كما يسري على كل ما يتصل بآثار المسؤولية من أمور، ومن أهمها تحديد التعويض من حيث مده وكيفية تقديره وطريقة تأديته وكيفيةها، وكذلك تعيين الشخص الذي يستفيد من التعويض، والشخص الذي يجب عليه هذا التعويض، ومتى تكون المسؤولية تضامنية، ومتى تكون مجتمعة عند تعدد الملتزمين بالتعويض.

ويشمل نطاق قانون محل وقوع الفعل أيضاً حالات المسؤولية بأنواعها المختلفة، المسؤولية عن التصرفات والأخطاء الشخصية، والمسؤولية عن عمل الغير، مثل مسؤولية من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة عن الأعمال الصادرة عن هذا الشخص، والمسؤولية عن حراسة الأشياء، مثل مسؤولية حارس البناء عما يحدثه انهيار البناء من ضرر، ومسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للغير.

غير أنّ هناك بعض المسائل التي تتصل بشكل مباشر أو بغير مباشر بتنظيم المسؤولية التقصيرية قد أثارت خلافاً بين الفقهاء حول مدى خضوعها للقانون المحلي، وهي:

الأهلية الجرمية:

في الواقع أنّ هذه الأهلية تختلف عن أهلية الأداء العامة، لأنّها تتعلق بالإدراك الذي يتوقف عليه وجود الخطأ، وبالتالي قيام المسؤولية. ولهذا لا بدّ من إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه المسؤولية وهو قانون محل وقوع الفعل الجرمي¹⁴ باعتبارها أحد شروطها. وبناء على ذلك إذا كان الفعل قد وقع في الأراضي الأردنية، وكان الفاعل سورياً، فإنّ أهليته للمساءلة عن الأضرار التي ترتبت على حصول الفعل تخضع للقانون الأردني، وليس للقانون السوري.

مسؤولية الأب والأم عن أفعال أولادهما

يتصل واجب رقابة الأب والأم على أفعال أولادهما القاصرين بالسلطة الأبوية، كما أنّه يتصل أيضاً في الوقت نفسه بالمسؤولية التقصيرية. وهذا ما دفع بعض الفقهاء للقول بإخضاع مسؤولية الأب والأم للقانون الشخصي الذي يحكم الولاية على النفس باعتبارها تدخل في نطاق هذه الولاية¹⁵. كما حمل بعضهم الآخر للقول بإخضاعها للقانون الذي يحكم هذه المسؤولية، أي

¹⁴ راجع في هذا المعنى:

Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 563, p. 202

وغيرهم من الفقهاء والاتفاقيات المشار إليها من قبلهما في الهامش رقم 1 في ص 250 والدكتور هشام علي صادق، المرجع السابق، فقرة 202 ص 762. الذي أشار أيضاً إلى أن القضاء المصري قد لجأ إلى استبعاد القانون المحلي الأجنبي الذي يحكم أهلية المساءلة، إذا كان لا يجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية مدنياً عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة.

¹⁵ Bartin, précité, t. 11, No 340

للقانون المحلي¹⁶. في الواقع أنّ المسؤولية في هذه الحالة تتوقف على إثبات الرابطة القانونية التي تجعل الأب أو الأم مسؤولين عن أفعال أولادهما القاصرين، ألا وهي رابطة الأبوة أو النسب. ومما لا شك فيه أنّ هذه الرابطة تخضع للقانون الذي يحكم النسب، وهو قانون الأب كما رأينا. أمّا فيما يتعلق بالمسؤولية بحد ذاتها فإنّها ترتبط بتنظيم المسؤولية التقصيرية أكثر من تعلقها بالولاية على النفس، نظراً لامتداد واجب الرقابة إلى خارج نطاق الأسرة، ولأهمية الآثار المترتبة على ممارسة هذا الواجب بالنسبة للغير، مما يتطلب إخضاعها للقانون المحلي.

مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع

تقوم العلاقة بين التابع والمتبوع بموجب عقد (مثل عقد الخدمة أو العمل). ولهذا يرى بعض الفقهاء اتصال مسؤولية المتبوع عن الأفعال التي يقوم بها تابعه بالعقد الذي ينظم العلاقة بينهما وخضوعها بالتالي للقانون الذي يحكم هذا العقد باعتبارها أثراً من آثاره. غير أنّ القضاء والفقهاء الغالب يرى بحق وجوب خضوع هذه المسؤولية للقانون المحلي، وليس للقانون الذي يحكم العقد الذي يربط التابع بالمتبوع¹⁷ على أساس أنّها تتصل بتنظيم المسؤولية وليس بأثار العقد، ولأنّ هذه المسؤولية يمكن أن تقوم أحياناً دون عقد. أمّا بالنسبة لمسألة حق المتبوع في الرجوع على التابع فتخضع للقانون الذي ينظم العلاقة التي تربط بينهما¹⁸.

وكذلك تخضع، بتقديرنا، مسألة قيام رابطة التبعية التي تستند عليها المسؤولية للقانون الذي يحكم العلاقة الأصلية باعتبارها مسألة أولية مرتبطة بها.

ب- الالتزامات المترتبة على الفعل النافع

ونقصد بهذه الالتزامات، الالتزامات المتولدة من الإثراء بلا سبب، أو من دفع غير المستحق، أو من عمل الفضالة. وتخضع جميعها لقانون مكان وقوع الفعل النافع. فيسري قانون محل الإثراء على مختلف المسائل المتعلقة بتحديد أركان الإثراء، من افتقار واغتناء وانعدام السبب، ومعنى هذه الأركان ومضمونها ودعوى الإثراء عموماً، ولاسيما تحديد مقدار التعويض.

ويتناول اختصاص قانون مكان دفع غير المستحق مختلف شروط ما قبض دون حق، وشروط استرداد منفعه وفوائده، وتحديد ما يمكن ردّه، وكيفية الرد وحالات الاسترداد. ويشمل نطاق تطبيق قانون محل أداء عمل الفضالة أركان الفضالة وآثارها المتعلقة بالالتزامات المترتبة على كلّ من الفضولي، ورب العمل، ونطاق هذه الالتزامات، ومدى انتقالها إلى الورثة.

¹⁶ Batiffol et Lagarde, précité, t. II, No 563, p. 203

¹⁷ من أنصار ذلك الأستاذ الفرنسي ليون كان. وهذا ما أخذت به اتفاقيات لاهاي والقضاء في أمريكا وفرنسا. راجع في ذلك:

Batiffol et Lagarde, précité, t. 11, No 563, p. 203 et s. avec les notes

¹⁸ Bourel, Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, Thèse, Paris 1961, p.223.

ملحق -1-

أحكام القانون المدني السوري المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان

المادة 11

القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

المادة 12

- 1- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تُعقد في سورية، وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيئته، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته.
- 2- أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية، فإنّ القانون السوري هو الذي يسري.

المادة 13

يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كلّ من الزوجين.

المادة 14

- 1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.
- 2- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة 15

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

المادة 16

يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها.

المادة 17

يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

المادة 18

- 1- يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.
- 2- ومع ذلك يسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الإيلاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

المادة 19

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها.

المادة 20

- 1- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه.
- 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار.

المادة 21

العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

المادة 22

- 1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
- 2- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في سورية، وإن كانت تُعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

المادة 23

يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بإجراءات المحاكمة قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات.

المادة 24

يسري في شأن الأدلة التي تُعدّ مقدماً قانون البلد الذي أُعد فيه الدليل.

المادة 25

لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نصّ على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية.

المادة 26

تتبع فيما لم يرد شأنه نصّ في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص.

المادة 27

- 1- يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسيّة، أو الذين تثبت لهم جنسيّات متعددة في وقت واحد.
- 2- على أنّ الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى سورية الجنسية السورية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو دول عدّة أجنبية جنسيّة تلك الدول، فالقانون السوري هو الذي يجب تطبيقه.

المادة 28

متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

المادة 29

إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبّق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

المادة 30

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في سورية.

تمارين:

اختر الإجابة الصحيحة: يطبق على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية قانون مركز إدارته:

- 1- جنسية الشخص
- 2- قانون موطنه
- 3- قانونه الوطني
- 4- قانون مركز نشاطه

الإجابة الصحيحة رقم 4

المراجع

أ- المؤلفات والمقالات

أ- باللغة العربية:

- 1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، منشورات جامعة الملك سعود 1418 هـ.
- 2- د. أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1956.
- 3- د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 1966.
- 4- د. حسن بغدادي: الإسناد إلى قانون دول متعددة الشرائع، مجلة الحقوق - السنة الرابعة العددان 1 و 2 ص 3 وما بعدها و 3 و 4 ص 159 وما بعدها.
- 5- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة - دار التقانة، عمان 2005.
- 6- د. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، 1987.
- 7- د. صلاح الدين المقدم: تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بيروت 1981.
- 8- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة 1954.
- 9- د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة 1977 الطبعة الثانية.
- 10- د. عكاشة محمد عبد العال عكاشة، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت (دون عام النشر).
- 11- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في الأوراق المالية، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
- 12- د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد: الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1981.
- 13- د. فؤاد ديب: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات جامعة دمشق 1986.
- 14- د. ماجد حلواني: القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت 1973-1974.
- 15- د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار التقانة، عمان 2005.

- 16- د. ممدوح عبد الكريم حافظ: القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد 1970.
- 17- د. منصور مصطفى منصور: مذكرات في القانون الدولي الخاص، القاهرة 1956، 1957.
- 18- موسى عبود: دروس في القانون الدولي الخاص المغربي، الرباط.
- 19- نعوم سيوفي: محاضرات وأمالي في القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة حلب 1968.
- 20- د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1974.
- بالإضافة إلى:
- 21- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرية، الجزء الأول، منشورات وزارة العدل المصرية. وغيرها من المراجع المشار إليها داخل الكتاب.

ب- باللغة الفرنسية:

- AGO (Roberto) Règles, générales de Conflits de lois, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. 1936 IV (58). P. 247.
- BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul).
- Droit international privé, t. I, 7 éd. 1981, t. II 7 éd., Paris 1983.
- DIB (Fouad), Les Conflits de lois en matière de successions en France et en Syrie, thèse, aix-en-Provence, 1976.
- ELGEDDAWY (Ahmad Kismat), Relations entre systèmes laïque et confessionnel en droit international privé, Paris 1970.
- FRANCESCAKIS (Phocion) La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Paris 1958. et
- Repertoires (daloz) de droit international, t. II, 1969. Renvoi, p. 751.
- ISSAD (Mohand), Droit international privé, (I) Les règles de Conflits- Alger 1980.
- LAGARDE (Paul), Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris 1959.
- LEREBOURS PIGEONNIERE (P.) et LOUSSARN (Yvon), Précis de droit international privé, 9 éd., Paris 1970.
- LEVY (Laurent), La nationalité des sociétés, Paris 1984.
- LOSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) Précis de droit international privé, Paris 1978.
- MEIJERS (E. M.), L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe

SAVATIER (René), Cours de droit international privé, 2 éd., Paris, 1953.
TIMBAL et MEIJERS, Etudes historiques du droit international privé, Paris
1967.
TYAN (Emil), Précis de droit international, privé, Beurouth. 1974.

ج- باللغة الانكليزية:

CHESHIRE, Private international Law, 8 th ed., London 1970.
WOLFF (Martin), Private international Law. Oxford 1945.

المجلات والدوريات

أ- باللغة العربية

- مجلة "القانون" التي تصدرها وزارة العدل السورية.
- مجلة "المحامون" التي تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية بالإضافة إلى بعض المجلات والدوريات المصرية المشار إليها داخل الكتاب.

ب- باللغة الفرنسية

Journal du droit international (Clunet) زورمزنا إليها أحياناً بـ
Révue Critique de droit international privé, (Rév. Cri.) ورمزنا إليها بـ
Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international t, (10 vol.)
Dalloz – Peridique. D. P. الرموز الأخرى المستخدمة أحياناً:
Cour de Cassation – Chambre civile C. civ.