ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

-القانون الدولي الخاص التونسي أنموذجاً-

The Notion of Codifying the Principles of Private International Law

-Tunisian Private International Law as a Model -

عدنان باقي لطيف*
جامعة السليمانية/ كلية القانون
adnan.latif@univsul.edu.iq

تاريخ إرسال المقال: 2021/07/23 تاريخ قبول المقال: 2021/08/11 . تاريخ نشر المقال: 2021/09/01

الملخص

إنقسمت التشريعات في مسألة تقنين قواعد القانون الدولي الخاص بين، تلك التي ضمنت القوانين المدنية بعض قواعد دولية خاصة ترشد القاضي والمتقاضيين الى القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وبين تلك التي دونت كل ما يتصل بهذه المنازعات من علاقات في تشريع جامع مانع مستقل، كما وإنقسم الفقه بشأن مسألة تقنين هذه القواعد بين من يرى ضرورته لمستلزمات الأمن واليقين القانوني ومن يأبى التضحية بحرية القاضي ويتمسك بمرونة حلول كل حالة على حدة. بين هذا وذاك تتسم هذه الدراسة بالتقريب والتوفيق بين الإنقسامات القانونية والفقهية، فهي إذ تنطلق من حقيقة إكتساب التقنين أهمية كبرى تفرضها الحياة الدولية للأشخاص التي تتطلب وضوحاً وإستقراراً في القواعد المنظمة لمعاملاتها فانها تدرك في الوقت نفسه بأن من مقتضيات التقنين المعاصر أن يتضمن قواعد مرنة تقدم حلولاً تشريعية وتكفل تدخلاً قضائياً إن لزم الأمر، وهي إذ تتضمن فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص فأنها لا تنشد ذلك بطفرة واحدة بل رويداً رويدا وبالتدرج من خلال تدوين بعض هذه المبادئ الأكثر شيوعاً وذلك على غرار ما فعله المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بالقانون عدد(97) لسنة 1998، ومن ثم فإن هذه الدراسة تكتسي أهمية خاصة كونها تأتي في إطار السعي لتحقيق الهدف من قواعد تنازع القوانين والذي يتمثل في حماية التوقعات المشروعة للمخاطبين بها بالنسبة للقانون الذي سيطبق على علاقاتهم الخاصة الدولية والتسهيل على القضاة في إيجاد

*المؤلف المرسل

الحلول الواضحة والحاسمة للنزاع المنبثق من هذه العلاقات.

الكلمات المفتاحية/ التقنين، مبادئ القانون الدولي الخاص، الأمن القانوني، الجنسية الفعلية، الأحوال الشخصية.

Abstract

The legislations are divided on the issue of codifying the rules of private international law between those that included in the civil laws some private international rules guiding the judges and litigants to the law applicable to disputes which involve a foreign element, and those that codified all the concerned relations with these disputes in a comprehensive, sufficient and independent legislation. The jurisprudence is also divided on the same issue between those who necessitate the codification as part of the requirements of the legal security and certainty, and those who reject to sacrifice the freedom of the judges and rather they adhere to the flexibility of the individual solution of each case. Between this and that, this study is characterized by approximation and reconciliation between the legal and jurisprudential divisions, as it proceeds from the fact that codification has acquired a great importance necessitated by the international life of the individuals that requires clarity and stability in the rules regulating their transactions. In addition, it is understood that one of the requirements of a contemporary legalization is to include flexible rules that provide legislative solutions and ensure judicial intervention when necessary and additionally it includes the notion that codifying the principles of private international law won't occur in a single step, but rather it happens gradually and step by step by codifying some of these most common principles, similar to what the Tunisian legislator did in the Journal of Private International Law issued by Law No. (97) of 1998. Therefore the importance of this study comes up in its seeking to achieve the goal of the conflict of laws' rules in protecting the legitimate expectations of the addressees in relation to the law that will apply to their international private relations and also facilitating the judges to find clear and decisive solutions to the conflicts emanating from these relationships.

Key words/ codification, principles of private international law, legal security, de facto nationality, personal status.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

المقدمة

أولاً/ التعريف بموضوع الدراسة

حين نبحث مسألة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص فإننا ننطلق من حقيقة مفادها أن المشرع الوطني يتعامل، بوجه عام، بحذر شديد عندما يتعلق الأمر بصياغة قواعد الإسناد التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية أي المشوبة بعنصر أجنبي، فهو يتيح للقاضي الوطني قواعد إرشادية تدله على قانون الدولة التي يبدو أن العلاقة محل النزاع وثيقة الصلة به، ومن ثم لايمنح القاضي وسيلة مباشرة للدلالة على الحل المطلوب، لكنه يتخلى في بعض الأحيان عن هذا الحذر عندما يترك للقاضي حرية الاجتهاد لإستنباط الحلول المباشرة والموضوعية بالسماح له بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين في ظل عدم وجود أي تحديد ايجابي للإجراء الذي يتخذ بالنسبة إلى كل حالة نوعية ولا بالنسبة إلى كل حالة خاصة، وفي هذه الحالة يتحرك ذكاء القاضي وفطنته بالتحول من الحلول المقننة في نصوص لا إجتهاد في موردها الى تلك المستوحاة من مبادئ عامة مشتركة شائعة رسى عليها القانون الدولي الخاص، ومن ثم فإن هذا التصور لمهمة القاضي من حيث تمتعه بالسلطة التقديرية الوافرة يعتمد من ناحية على كفاءة القضاة للقيام بهذه المهمة الخطيرة، ومن ناحية أخرى فهذا التصور يتعارض مع توحيد الحلول والمفهوم الحديث للتقنين، الى ذلك تثار مسألة مدى وجاهة تقنين بعض مبادئ القانون الدولي الخاص وتقييد القضاة بهذا التقنين ومساندته في أداء مهمته بالحكم وفق ما يرتاح إليه فهمه ويطمئن إليه ضميره، لذلك تبحث هذه الدراسة إمكانية وجود دواع لتقنين بعض مبادئ القانون الدولي الخاص تصل من القوة إلى حد التضحية بحرية القاضي في الإجتهاد ،على غرار ما فعله المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بالقانون عدد (97) لسنة 1998.

ثانياً/ أهمية موضوع الدراسة وأسباب إختياره:

تثير مسألة تقنين قواعد القانون عامة، وقواعد القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص، إنقسامات قانونية وفقهية حادة، فمسالك المشرعين نحوها لاتزال متناقضة بين تضمين القوانين المدنية بعض قواعد دولية خاصة ترشد القاضي والمتقاضيين الى القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي وبين إصدار تشريع جامع مانع مستقل يعالج كل ما يتصل بالعلاقات الخاصة الدولية من منازعات، وعلى الطرف الآخر لاتزال المناقشات الفقهية بشأن التقنين محتدمة بين مؤيد ومعارض، فأبواب البحوث والدراسات مفتوحة على مصراعيها دونما حسم لتلك الخلافات نظراً لتباعد الإتجاهات والطروحات بين مرونة حلول كل حالة على حدة ومستلزمات الأمن واليقين القانوني. في خضم هذه المعادلة الشائكة والمعقدة تنطلق هذه الدراسة من حقيقة إكتساب التقنين

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

أهمية كبرى تفرضها الحياة الدولية للأشخاص التي تتطلب وضوحاً وإستقراراً في القواعد المنظمة لمعاملاتها الدولية لتشرع بمحاولة التقنين رويداً رويدا بخطوات متأنية ثابتة ومتدرجة من خلال تدوين بعض مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً والتي إستقرت المواقف القضائية على تبنيها، ومن ثم فان أهمية هذه الدراسة تكمن في أنها تمثل محاولة جادة للتقارب والتوفيق في الإنقسامات القانونية والفقهية وتعكس رغبتنا الشديدة في الإسهام ببحث متخصص في مجال قواعد تنازع القوانين التي تتناول مسائل شائكة وغاية في التعقيد ما أثر على ندرة الدراسات بشأنها فإنصب إختيارنا في هذه الدراسة على موضوع " فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص– القانون الدولي الخاص التونسي أنموذجاً–. "

ثالثاً/ مشكلة الدراسة

إذا كان الهدف من قواعد تنازع القوانين هو حماية التوقعات المشروعة للمخاطبين بها بالنسبة للقانون الذي سيطبق على علاقاتهم الخاصة الدولية والتسهيل على القضاة في إيجاد الحلول الواضحة والحاسمة للنزاع المنبثق من هذه العلاقات، فإن هذا الهدف يبقى صعب المنال في ظل المنهج المتبع لهذه القواعد في القانون الدولي الخاص العراقي، إذ أن قواعد التنازع العراقية ليست سوى نصوص تتصف بالعمومية والتجريد المفرط فهي لاتتضمن حلولاً خاصة لكل حالة على حدة ومن ثم لايمكن التنبوء بالأحكام التي ستصدر في كل قضية. الأمر الذي تطرح معه إشكاليات عجزت هذه القواعد في معالجتها، إذ ماهو مصير القانون الذي يتم التوصل اليه لحكم العلاقة لو كان تحديده ناتجاً عن التحايل على القانون؟ وكيف يعيّن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة إذا كان المعني بالنزاع يحمل جنسية أكثر من دولة ليست من ضمنها جنسية دولة القاضي؟ وماهو نوع التطبيق المراد عند خضوع الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى القانون الشخصي لكل من الزوجين، هل المقصود هنا هو التطبيق الجامع أم التطبيق الموزع؟ فضلاً عن ذلك تثور مشكلة التزاحم بين العرف ومبادئ القانون الدولي الخاص عند تعذر قاعدة التنازع عن حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فهل يرجع القاضي الى العرف أولاً إستناداً الى أحكام المادة(1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ؟ أم يطبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً مباشرة بعد قاعدة التنازع بالإعتماد على نص المادة(30) من القانون المذكور؟ هذه الإشكاليات ترك المشرع العراقي معالجتها للقضاة وهي بالتأكيد تثقل كاهلهم في ظل شحة الأحكام المتاحة وكثرة المنازعات المطروحة أمامهم، كما أن هذا التجاهل يبعد قواعد تنازع القوانين العراقية كثيراً عن تحقيق مستلزمات الأمن واليقين القانوني لأطراف النزاع ومن ثم المساس بإستقرار المراكز القانونية والآمال المشروعة بما لا يخطر على البال.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

رابعاً / أهداف الدراسة

تكمن أهداف هذه الدراسة فيمايلي :

1- تحديد المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص .

2- تعيين المرتبة التي تحتلها مبادئ القانون الدولي الخاص بين المصادر القانونية الرسمية التي تحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي .

3- رجحان مستلزمات الأمن واليقين القانوني على مرونة حلول كل حالة من خلال وضع الضوابط التي تجعل التضحية بمبدأ حرية القاضي في الإجتهاد وعرض التقنين بديلاً اضطرارياً له، في أضيق نطاق.

4- التقنين الجزئي لمبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً من خلال تحليل قواعد تنازع القوانين التونسية للتحري عن الحلول التي يتضمنها والتي بالإمكان إرشاد المشرع العراقي لتبنيها من أجل معالجة مشكلة هذه الدراسة.

خامساً/ فرضية الدراسة

تنطلق الدراسة من فرضية أساسية مقتضاها عجز قواعد تنازع القوانين العراقية عن صيانة التوقعات المشروعة للأشخاص المعنيين بها هذا من جهة، وعدم معالجتها للإشكاليات التي نوهنا عنها في مشكلة الدراسة من جهة أخرى.

سادسا/ نطاق الدراسة

يقتصر نطاق هذه الدراسة على محاولة التقنين الجزئي من خلال تبني الحلول الموضوعية في بعض مبادئ القانون الدولي الخاص دون البعض الآخر، وتحديداً المبادئ الأكثر شيوعاً والتي قام المشرع التونسي بتقنينها في مجلة القانون الدولي الخاص والتي تتمثل بتطبيق نظرية التحايل على القانون في ميدان تنازع القوانين وكذلك بعض الحلول الأخرى ذات الصلة بمسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم لا تسعى هذه الدراسة الى التخلي تماماً عن قواعد التنازع التقليدية وتقنين كل ما يتصل بالعلاقات الخاصة الدولية من منازعات تقنيناً مانعاً جامعاً مستقلاً.

سابعاً/ منهج الدراسة

إرتأينا ان نستخدم في ثنايا هذه الدراسة المنهج التحليلي لتحديد طبيعة المشكلة واستعراض الأحكام القانونية ذات الصلة بها وتحليلها لغرض التحري عن المزايا التي يتمتع بها موقف المشرع التونسي والمثالب التي تعتري موقف المشرع العراقي.

أما المنهج المقارن، فإن طبيعة المشكلة والمواضيع التي تتناولها هذه الدراسة تتحكم في عدم إعتمادها بشكل مباشر، ذلك أن القواعد المقننة في القانون الدولي الخاص التونسي والتي تشكل محور هذه الدراسة لاوجود لها في القانون الدولي الخاص العراقي، لذلك يقتصر حضور هذا المنهج على موضوع خصوصية مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر لحكم النزاع عند المقارنة بين القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 – والقوانين التي سارت على منواله – مع القانون المدني العراقي النافذ.

ثامناً/ هيكلية الدراسة

من أجل تحقيق أهداف الدراسة والتحقق من فرضيتها نتولى تقسيمها الى مبحثين رئيسين، نخصص المبحث الأول لدراسة مسوغات تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص وذلك من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص، وفي المطلب الثاني فكرة التقنين بين مقتضيات مرونة حلول كل حالة ومستلزمات الأمن واليقين القانوني. بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة المبادئ الأكثر شيوعاً المقننة في القانون الدولي الخاص التونسي ومن خلال مطلبين أيضاً، يتضمن المطلب الأول تطبيق نظرية التحايل على القانون في تنازع القوانين، فيما يتضمن المطلب الثاني المبادئ المقننة في مسائل الأحوال الشخصية ، ونختتم الدراسة بأهم ما نتوصل اليه من استنتاجات وتوصيات.

المبحث الأول

مسوغات تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص

ألزمت غالبية تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع العراقي، القضاء بضرورة إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين[1]، ولعل الخشية من عدم ولوج المشرع هذا المجال، ناجم من الإعتقاد من عدم الإلمام وإحتواء كل العلاقات ذات العنصر الأجنبي في نصوص قانونية، بسبب طبيعة الموضوعات التي تتناولها قواعد تنازع القوانين، فضلاً عن التسارع في نمو وتطور العلاقات الخاصة الدولية، بسبب تطور الوسائل، مما تولد لدى المشرع هاجس، بأنه غير قادر على مواكبة هذا التطور

[1] حيث نصت المادة(30) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه:" تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً". وتقابلها المواد(24) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 و(25) من القانون المدني الأردني رقم(43) لعام1976 و(26) من القانون المدني السوري رقم(84) لسنة 1949.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

مفضلاً ترك هذا المجال مفتوحاً أمام القضاء لإعمال مبادئ القانون الدولي الخاص[2]. ولكن في الوقت الذي نشيد فيه بهذا الموقف ووجاهة الإعتبارات التي إستند عليها لما تتسم بها مشكلات تنازع القوانين بطبيعتها من تعقيد الأمر الذي يصبح من العسير معه صياغة قواعد القانون الدولي الخاص وجمعها وتسجيلها رسمياً في وثائق تشريعية تصلح للتطبيق المتكرر كأية قاعدة قانونية أخرى، وما يؤدي اليه هذا الموقف في فتح باب الإجتهاد أمام القاضي وهو ما نصبوا اليه دوماً، الاّ أن محاكاة الواقع والبحث عن الحلول الناجعة لمشكلات تنازع القوانين في بلادنا تدفعنا بلا تردد الى القول بأن إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص إستناداً الى السلطة التقديرية للقضاء يحتاج الى قضاء متخصص يؤدي هذه المهمة في ضوء ما يختزنه من خبرات قانونية وهو ما نفتقر اليه – من وجهة نظري المتواضع– في الوقت الحاضر، كذلك فهو يترك القاضي العراقي أمام إمتحان صعب، خصوصاً وأن النظام القضائي العراقي لم يعتد على أن يمارس دوراً إنشائياً يعتمد على السوابق القضائية نظراً لإنتمائه الى منهج العائلة الرومانية الجيرمانية [3]الذي يتبنى التشريع كمصدر قانوني رئيس وأول، وبالتالي ثمة دواع جادة لتقنين بعض مبادئ القانون الدولي الخاص وإن كان ذلك على حساب حرية القاضي في الإجتهاد.

الى ذلك نقسم دراسة هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لتحديد المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص، أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة فكرة التقنين بين مقتضيات مرونة حلول كل حالة ومستلزمات الأمن واليقين القانوني.

[2] د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1978، ص36، وكذلك: د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العدد العشرون ، كانون الأول، 2016، ص314.

[3] وتسمى شرائع القانون المكتوب، حيث نشأت الشرائع في أوروبا، ويرجع أصلها إلى القانون الروماني القديم الذي تركت مبادئه بعض بصماتها على قواعد القانون سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ، تضم هذه العائلة مجموعتين أساسيتين من القوانين، أولهما المجموعة اللاتينية والمتمثلة في النظام القانوني الفرنسي والأنظمة القانونية المستمدة منه : كالقانون الإسباني والبرتغالي والإيطالي ودول أمريكا اللاتينية، ثم المجموعة الجرمانية المتمثلة في النظام القانوني الألماني وقوانين البلدان الجرمانية المستمدة منه: كالقانون المجري والنمساوي، على أن هذا التمييز بين النظامين لا يعني التعارض بينهما، فكلاهما يقوم على أساس واحد من المبادئ العامة والقواعد الكلية. لمزيد من التفاصيل يراجع : أ.عبدالباقي البكري و د.علي محمد بدير وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق،1982، ص ص20و21.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

المطلب الأول

المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص

بما أن أحد أهم الخصائص التي تتمتع بها مبادئ القانون الدولي الخاص هي أنها غير مكتوبة، لذلك يصعب حصرها في اطار حدود معينة، ومع ذلك جرت محاولات فقهية لغرض بيان مفهوم هذه المبادئ وتحديد نطاقها. كذلك أثارت مسألة ترتيب هذه المبادئ ضمن مصادر القانون الدولي الخاص خلافاً فقهياً مؤثراً ، لذا نقسم دراسة هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول/ مفهوم مبادئ القانون الدولي الخاص

بعدما أقرت المادة (24) من القانون المدني المصري إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص في أحوال تنازع القوانين التي لم يرد بشأنها نص خاص، إنشغل الفقه المصري بجملة من المسائل التي أثارها هذا النص، لعل في مقدمة هذه المسائل بيان المراد بهذه المبادئ بما أن المشرع ترك هذه المهمة للفقه والقضاء، فهناك من ذهب [4]في تعريف مبادئ القانون الدولي الخاص بأنها:" جملة الحلول التي تستخلص من الأصول الفنية لمادة التنازع، مقرونة أحياناً بإعتبارات سياسية".

ويفهم من عبارة (جملة الحلول) أن مبادئ القانون الدولي الخاص هي مبادئ إسنادية أو حلول موضوعية ملائمة لطبيعة العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، بمعنى أن الطابع العملي هو عنصر أساسي في تكوين هذه المبادئ وهي قائمة على الأسس الفنية لفكرة تنازع القوانين ومنها ملائمة القانون الواجب التطبيق للعلاقة التي سيحكمها واحترام الحقوق المكتسبة وتنشيط العلاقات التجارية وحركة الأموال والأشخاص وتوخي العدالة في القانون المراد تطبيقه.[5]

أما وصف فكرة المبادئ العامة بأنها مقرونة بإعتبارات سياسية فمردها ما صدر من أحكام التحكيم الدولية مستنداً الى فكرة المبادئ العامة للقانون في بعض القضايا الشهيرة التي ترتبط بشكل أساسي مع موضوع الإستثمار والعقود المبرمة بين الشركات الغربية العملاقة ودول العالم الثالث التي كانت واقعة تحت الإستعمار الغربي وكان

[4] د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص36.

[5] المصدر السابق، الصفحة نفسها.

في تلك الأحكام مراعاة ومحاباة لمصالح الشركات الغربية، والحقيقة أن هذه هي صفة مرحلية ووقتية وليست صفة دائمة لهذه المبادئ .[6]

على أنه إذا كانت قواعد تنازع القوانين قد تميّزت منذ القدم عن بقية قواعد القانون الدولي الخاص بقيامها على بعض الأسس المشتركة التي نجم عنها مبادئ شائعة بين الدول كما هو الحال بخصوص نظرية التكييف ونظرية الإحالة وفكرة التحايل على القانون وغيرها، فإنه يجب أن لايفهم من ذلك أن مبادئ القانون الدولي الخاص قد وصلت إلى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة، وبهذا الإعتبار عرفت هذه المبادئ بأنها مجموعة من القواعد المشتركة بين النظم القانونية الوطنية المختلفة، فهي مجرد مبادئ مستخلصة من نظم وطنية[7] ، أو هي مجموعة حلول تنازع القوانين ذات الطبيعة المشتركة بين جميع الأنظمة القانونية والمتجردة من الخصوصيات الوطنية، ولها قيمة عقلانية ومنطقية أكسبتها طابعاً عالمياً .[8]

وإذا كان الفقه المصري قد إظطر الى الإستنجاد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني ليبين أن المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص هو المبادئ العامة الأكثر شيوعاً بين الدول[9]، فلاحاجة الى ذلك فيما يخص موقف المشرع العراقي الذي كان أكثر إبانة في تحديد المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص، حيث نص صراحة في المادة(30) من القانون المدني رقم(40) لسنة1951 على أنه :"تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".[10]

---

[6] د. وسام توفيق عبدالله، مبادئ القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد(16)، العدد(57)، السنة(18)، 2013، ص42.

[7] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط2 ، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1974، ص101.

[8] د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين المناهج أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996، ص162.

[9] يراجع بهذا الصدد : د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1997، ص99، وكذلك: د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص ص 61 و62.

[10] وكانت المادة (54) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد جاءت بلفظ " مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" ولكن لم يؤخذ بها حينما شرع القانون.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

وإنتقد رأي[11]موقف المشرع العراقي مطالباً إيّاه بحذف عبارة" الأكثر شيوعاً" على إعتبار أن أثر وجود هذه العبارة هو تقييد القاضي العراقي بإتباع ما هو أكثر شيوعاً عند وجود أكثر من مبدأ شائع دولياً ولايترك للقاضي حرية إنتقاء المبدأ الأكثر ملاءمة لحكم النزاع. أما عند غياب هذه العبارة فإن للقاضي الحرية عند وجود أكثر من مبدأ شائع دولياً أن يختار أحد هذه المبادئ ويطبقه على النزاع المعروض.

وعلى الرغم من وجاهة المبرر الذي ساقه صاحب هذا الرأي لتعضيد مطالبته، فإن الحقيقة الغائبة عنه هي ؛ أن مبادئ القانون الدولي الخاص موضوع بحثنا هذا، وان كانت قد وصفت بالدقة والوضوح لتخصصها في موضوع معين بالذات، الاّ أن دقتها ووضوحها لايظهران في الواقع الاّ بتطبيقها أمام القضاء وهو ما لايمكن أن يتم الاّ بعد كشفها واقتباسها من مظانها وإعمال الرأي فيها، ومعرفة هذه القواعد ليس بالأمر السهل، فهي مبادئ عامة منثورة في كتب الفقه وإجتهادات المحاكم الوطنية والدولية يتطلب الوصول اليها ثقافة حقوقية ممتازة وتتبعاً مستمراً ، وهي غالباً ما تتأثر بإعتبارات سياسية تبعدها عن الدقة والوضوح وعن أن تكون واحدة في شتى الدول[12]. لذلك نرى بخلاف الرأي السابق أنه لاضير من الإبقاء على عبارة" الأكثر شيوعاً" الواردة في نص المادة (30) من القانون المدني العراقي خصوصاً وأننا لانستهدف من هذه الدراسة تقنين جميع مبادئ القانون الدولي الخاص في وثائق رسمية على شكل نصوص مكتوبة بل بعض ما هو ضروري في الوقت الراهن، كما سنبيّن ذلك لاحقاً.

الفرع الثاني / خصوصية مبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر لحكم النزاع

تثير مسألة سكوت النصوص التشريعية عن حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض أمام القاضي إشكالية التزاحم في منح الأولوية في التطبيق لأحد المصادر القانونية الرسمية الأخرى بعد التشريع، إذ يثور التساؤل عمّا إذا كان إلزام المشرع القضاء بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في هذه الحالة يفيد إغفال الترتيب الوارد لمصادر القانون في القوانين المدنية [13]وتجاهل العرف كمصدر إحتياطي يرجع اليه عند عدم وجود

---

[11] د. وسام توفيق، مصدر سابق، ص46.

[12] د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1973-1974، ص55.

[13] حيث تنص المادة (1) من القانون المدني المصري على أنه:" " 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

كما ونصت المادة(1) من القانون المدني العراقي على أنه" 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

قاعدة تشريعية لحكم النزاع أم يتعيّن على القاضي إتباع ترتيب مصادر القانون بأن يتحرى الحكم في العرف وفي فرض غيابه اللجوء الى إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص؟

للإجابة على هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه[14] بمناسبة التعليق على حكم المادة (24) من القانون المدني المصري الى أن سكوت النصوص التشريعية عن حكم المسألة المعروضة وإلزام القاضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص،لايعني إغفال الحكم الوارد في المادة(1) من القانون المدني التي تعدد مصادر القاعدة القانونية بوجه عام وتجاهل العرف كمصدر إحتياطي يرجع اليه عند عدم وجود قاعدة تشريعية لحكم النزاع، بل أن المشرع لم يقصد بحال من الأحوال أن يضع المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في مرتبة تسمو على العرف عند عدم وجود قاعدة إسناد تشريعية كما قد يستفاد من نص المادة (24) لأول وهلة، ذلك أن المذكرة الإيضاحية للنص أشارت صراحة الى "أن القاضي يرجع أولاً الى العرف إن وجدت قاعدة عرفية تعين القانون الواجب تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين ، لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضي عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص".[15]

وهكذا فضل المشرع أن يرجع القاضي الى مبادئ القانون الدولي الخاص عند عدم وجود قاعدة عرفية تحل محل التشريع بدلاً من رجوعه الى المصدر الإحتياطي العام الذي نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني بالنسبة لمنازعات القانون الخاص بصفة عامة وهو" مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ". ذلك أن مبادئ القانون الدولي الخاص – كما تقول المذكرة الإيضاحية لنص المادة 24/مدني بحق– لها " من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون".[16]

فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعدالعدالة...". _

[14] د.هشام علي صادق، مصدر سابق،1974 ، ص100 و د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص48، وكذلك : د. ماجد الحلواني، مصدر سابق، ص 54.

[15] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص306.

[16] د. فؤاد عبدالمنعم ود.سامية راشد، مصدر سابق، ص47.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد قطعت الشك باليقين من ان إعمال مبادئ القانون الدولي الخاص عند عدم وجود نص لايعني امكانية إستغنائه عن الأعراف[17]، فإن هذه المبادئ تحظى بخصوصية كمصدر لحكم النزاع في ظل النظام القانوني العراقي وتحديداً فيما يخص قواعد الإسناد(تنازع القوانين) فهي – حسب إعتقادنا– تأتي بعد التشريع مباشرة متقدمة على العرف للأسباب الآتية:

1– خص المشرع العراقي في المادة(30) من القانون المدني مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا بتنازع القوانين دون بقية مواضيع القانون الدولي الخاص(كالجنسية والموطن والإختصاص القضائي الدولي....الخ) ، فأراد بذلك أن يمنح خصوصية في ترتيب وإعمال مصادر تنازع القوانين بإعطاء الأولوية لهذه المبادئ بعد التشريع مباشرة إستثناء على ترتيب مصادر القانون في فروع القانون الخاص الوارد في المادة (1) في صدر الباب التمهيدي للقانون المدني ، وهذا هو من مقتضيات القاعدة القانونية المتعارف عليها بأن:" الخاص يقيّد العام".

2– يختلف موقف المشرع العراقي عن موقف المشرع المصري والدول التي سارت على نهجه من حيث أن المشرع العراقي حدد على وجه الدقة بأن المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص هو" الأكثر شيوعاً" وهو بذلك يقدر الطابع المميز للعلاقات القانونية الخاصة الدولية التي تحتاج إلى مصدر ذو طابع دولي له صفة الاشتراك بين الدول ليتم إحالة القاضي مباشرة اليه عند عدم وجود نص وهذا يتحقق بنظر المشرع بتخطي مصدر العرف وإستعاضته بمبادئ القانون الدولي الخاص .

3– إدراكاً من المشرع بتميز مواضيع تنازع القوانين بخاصية تطور الأفكار فيها بسرعة، وصعوبة مسايرة العرف للتطورات التي تلحق هذه المواضيع وضرورة أن يكون تحت يد القضاء وسيلة مرنة تحاكي هذه التطورات حين تعجز النصوص التشريعية عن إستيعاب بعض فروض التنازع فوجد ذلك في فسح المجال بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، إذ أن وجود هذه المبادئ في شروحات الفقهاء وأحكام المحاكم يجعلها أكثر إبانة وإستجابة للتطورات مقارنة بالأعراف.

4– يقتصر تطبيق نص المادة (1) من القانون المدني العراقي– وكذا القانون المدني المصري والقوانين العربية الأخرى التي سارت على نهجه– بشأن تعداد وترتيب مصادر القاعدة القانونية بوجه عام، على تنظيم

[17] ويلاحظ في نفس الإتجاه: د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السادسة، جامعة دمشق، 1997 – 1998، ص15، وذلك بمناسبة التعليق على نص المادة (26) من القانون المدني السوري والمطابقة لنص المادة (24) من القانون المدني المصري، وكذلك : د. ماجد الحلواني، مصدر سابق، ص 54.

المعاملات المالية فقط دون الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الخاص بها[18]، فحتى في فرض التسليم بتقدم العرف على مبادئ القانون الدولي الخاص متى كانت الفكرة المسندة في النزاع المعروض على القاضي تدخل في إطار المعاملات المالية، فلا وجه لإعمال هذا الفرض فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية التي تشكل بدورها نطاقاً واسعاً لإنطباق قواعد وأحكام تنازع القوانين، ومن ثم فإن منح الأولوية في التطبيق على هذه المسائل لصالح العرف على حساب مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً يفتقر الى أي مسوغ تشريعي.

وأخيراً نقول أن كل هذه المبررات لأولوية مبادئ القانون الدولي الخاص على العرف لاتغني عن مطالبتنا للمشرع العراقي بالنص صراحة على هذه الأولوية لصالح تلك المبادئ في فروض التنازع التي يستحيل أو يكون من الصعب تقنينها وذلك على غرار مافعله المشرع التونسي الذي عالج مسألة ترتيب مصادر القانون الدولي الخاص في نص المادة(26) من مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بالقانون عدد(97) سنة 1998 عندما ألزم القاضي في العلاقة القانونية الدولية بإتباع التشريع أولاً وعند تعذر الحصول على حكم الحالة المعروضة إستخلاصه من خلال النظرة الموضوعية للعلاقة القانونية المسندة.[19]

المطلب الثاني

فكرة التقنين بين مقتضيات مرونة حلول كل حالة ومستلزمات الأمن واليقين القانوني

يعرف التقنين، بوجه عام، بأنه: "إدماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون– بعد أن ترتب وتبوب ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض– في مدونة واحدة(Code) تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون (Loi)سواء كان مصدر تلك القواعد عرفاً أو تشريعاً أو غير ذلك"[20]. وتواجه المساعي من أجل تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص الإشكاليات النظرية والعملية ذاتها التي رافقت التقنين في ميادين القانون المختلفة[21] والتي أسفرت عن إنقسام فقهي بين معارض له خوفا على إغلاق باب الإجتهاد وفقدان مرونة حلول كل حالة على حدة ومؤيّد له

[18] كما هو الحال في العراق حيث تخضع المسائل المتعلقة بالأشخاص الطبيعية الى قانون الأحوال الشخصية رقم(188) لسنة 1959 المعدل.

[19] حيث نصت المادة (26) المذكورة أعلاه على أنه:" إذا كانت العلاقة القانونية دولية، يطبق القاضي القواعد الواردة بهذه المجلة، وعند التعذر، يستخلص القاضي القانون المنطبق بتحديد موضوعي لصنف الإسناد القانوني ".

[20] د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا و د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص191.

[21] د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2002، ص272.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

باعتباره ضرورة من ضرورات العصر في الأمن واليقين القانوني، واستدل كل منهما على ما ذهب إليه بكثير من الأدلة القانونية والمنطقية، لذا نقسم دراسة هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول دراسة مقتضيات المحافظة على مرونة حلول كل حالة وفي الفرع الثاني تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص لمستلزمات الأمن واليقين القانوني.

الفرع الأول/ مقتضيات المحافظة على مرونة حلول كل حالة

لاقت فكرة التقنين، بوجه عام، معارضة شديدة من جانب أنصار المذهب التأريخي [22]تخوفاً من أن يؤدي جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وتخلفه عن مسايرة التطور في الجماعة، الأمر الذي ينافي وظيفة القانون[23]، فقد لا توفق السلطة المختصة بالتقنين في بيان ظروف المجتمع وتقدير حاجته فتأتي القواعد القانونية التي تسنها في قوالب محددة غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة عن الوفاء بهذه الحاجات، بل أنه إذا جاءت هذه القواعد حين وضعها ملائمة لتلك الظروف فإن صبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضفي عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها[24]، بخلاف ذلك عند عدم وجود تقنين يكون أمام القاضي حرية معالجة كل حالة بما يناسبها دون التقيّد بقالب محدد مصنوع مسبقا، فالتقنين مهما كان متقناً يظل ناقصاً وتكتشف

---

[22]ظهرت بوادر المذهب التاريخي أو مذهب التطور التاريخي منذ القرن الثامن عشر في فرنسا، إذ أظهر بعض الفقهاء والفلاسفة أثر البيئة والظروف المحيطة بها في اختلاف القوانين ورأوا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة الفقيه منتيسكيو في كتابه روح الشرائع، وكذلك الفقيه بورتاليس أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في القرن التاسع عشر الذي عبر عن مبدأ من المبادئ التي قام عليها فيما بعد المذهب التاريخي ومحتواه هو : أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية ، وقد تبلورت هذه الأفكار في مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الألماني سافيني سمي بالمذهب التاريخي الذي جعل من مبادئه وأسسه بديلا للاعتراض على الفكرة التي ظهرت في ألمانيا سنة 1814 والتي تدعو إلى تقنين القانون المدني الفرنسي الذي جمعه نابليون في مجموعات سميت تقنينات والتي كانت تتفق مع مبادئ القانون الطبيعي. لمزيد من التفاصيل حول هذا المذهب يراجع: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا و د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص54 ومابعدها.

[23]د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا و د. أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص192، و د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(القانون، وفقا للقانون الكويتي)، مطبوعات جامعة الكويت، المكتبة العصرية، 1972، ص433، وكذلك : د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1993، ص261 .

[24]يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية القانون، نظرية الحق)، ط1، كوميت للتوزيع، القاهرة،1997، ص88.

ثغراته يوما بعد يوم، إذ أن التطور الاجتماعي المستمر تقف أمامه القاعدة القانونية جامدة حتى يتبين للأجهزة التشريعية تخلفها عن مسايرة هذا التطور فتعمد إلى تعديلها بعد فوات الكثير من المصالح وقد يقعد المشرع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضات التطور، بينما القاضي يستطيع مسايرة هذا التطور في حالة عدم وجود تقنين من يوم الى يوم ومن حالة إلى أخرى دون انتظار مضي وقت طويل وما يصحبه من وقوع مظالم نتيجة عدم ملاءمة القاعدة الجامدة للتطور المستمر.[25]

ومن جانبنا لايمكن أن ننكر بأي حال من الأحوال أن مشكلة المرونة في ميدان القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، وفي ظل الإنفتاح على القوانين الأخرى والتنسيق والتفاعل بين مختلف القوانين المعاصرة وضرورة التقارب بين نتائج تطبيق القانون المحلي في بلد معين مع التطبيقات العملية في البلدان الأخرى، ربما تكون من أهم العقبات أمام عملية التقنين، ذلك أن قواعد التنازع غير المكتوبة تتميز بمرونتها وإستجابتها لمتغيرات الظروف مما يترك للقاضي حرية التقدير وفقاً لواقع وملابسات كل حالة، وهي من المزايا المطلوبة التي تتيح للقاضي البحث عن الحل الذي يستجيب للتطورات المستحدثة بما يلائم طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، وهذه الحقيقة هي التي لاتزال تتحكم وتتسبب بعدم وجود تنظيم متكامل ومفصل لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص والركون الى المبادئ العامة في هذا القانون في كل مرة تعجز تلك القواعد عن تقديم الحلول المطلوبة.

الفرع الثاني/ مستلزمات الأمن واليقين القانوني

يعد مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي تقوم على اساسها دولة القانون، والذي يعني أن تكون المراكز القانونية واضحة وفعالة غير معرضة للإهتزاز والمفاجآت[26]، وهو ينطوي على عنصرين؛ أولهما أن يعرف المتقاضي مسبقاً ما هو السلوك الذي سيتبناه، ذلك إن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضي عقلاً وعدالةعلمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها[27]، وثانيهما احترام القواعد القانونية وعدم خرقها من قبل الشعب وكذلك

[25] جمال الدين عطية، مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر، العدد 12، سبتمبر– أيلول ، 1977 ، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<<https://almuslimalmuaser.org>> last visited (13-03-2021).

[26] د. محمد بوكماش و خلود كلاش، مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، جامعة العويد، الجزائر، العدد 2، السنة(14)، صيف 2017، ص139، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/202>> last visited (23-06-2021) .

[27] د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت ، بلا سنة الطبع، ص105.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

من قبل السلطة والقضاة[28]. من هنا أصبح واضحاً أن الأمن القانوني يرتبط في جانب مهم منه بقدرة المكلف على التنبؤ مسبقاً بالقانون الذي سيحكمه ، وهذه القدرة تستلزم وجود قواعد قانونية يتم إفراغها في نصوص تشريعية مبوبة مرتبة ومضمون تشريعي محدد يكون الرجوع إليها سهلاً لا يشق على القضاة والمتقاضين فضلاً عن عامة الناس الذين تطبق عليهم.[29]

ولما تفتقر قواعد تنازع القوانين الى القواعد الموضوعية التي تمنح القاضي وسيلة مباشرة للدلالة على الحل المطلوب، فهي تعزز بذلك من فرضية غياب اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ. لذلك يصبح من اللازم وجود قواعد تشير بعبارة صريحة الى القانون الواجب التطبيق في متن تشريعي يدفع أي إحتجاج ينكر العلم بها، فكل شخص يكون طرفاً في نزاع يثير مشكلة تنازع القوانين، سيتحقق لديه يقين بشأن القاعدة القانونية التي سيطبقها القاضي وقدرة على توقع مسبق للقانون المختص نتيجة لقرينة العلم .[30]

وللترجيح بين مقتضيات مرونة حلول كل حالة ومستلزمات الأمن واليقين القانوني لابد من أن نستبعد كلياً فكرة تبني قواعد التنازع غير المكتوبة رغم المزايا التي تنطوي عليها، لأن النظام القانوني العراقي – كما أسلفنا– ينتمي لمنهج العائلة الرومانية الجيرمانية الذي يستلزم إفراغ القواعد القانونية في نصوص مكتوبة، الأمر الذي يحقق مقتضيات مبدأ "الفصل بين السلطات" [31]بتجنب ممارسة القاضي اختصاصاً تشريعياً بجانب إختصاصه القضائي بعدم ترك الحرية المطلقة له بإختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية والتحكم بنتيجة الدعوى. كذلك فإن مرونة حلول كل حالة تثير مشكلة التنبؤ المسبق لدى المخاطبين، إذ كيف لهم أن يتوقعوا مسبقاُ القانون المختص والقاعدة الموضوعية بحكم النزاع مادام القاضي سيحكم بإجتهاده، لذلك فإن القواعد

( )[28] خيرالدين كاظم الأمين، نظرة إنتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد8، 2018، ص105.

()[29]جمال الدين عطية، مصدر إلكتروني سابق.

( )[30] د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع) لكلية الحقوق ، جامعة تكريت، أيلول 2016، الجزء 2، ص 338.

( )[31] حيث تنص المادة (47) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على أنه:" تتكون السلطات الاتحادية، من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهماتها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات".

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

القانونية المنشورة تحمي توقعات المخاطبين المشروعة، وهي التي تحقق الشفافية والوضوح وهما من أساسيات عدالة القانون والقضاء.

وإذا كانت النتيجة المترتبة على ما تقدم تقضي بالتضحية بمبدأ حرية القاضي في الإجتهاد وعرض التقنين بديلاً اضطرارياً له، فلابد من وضع الضوابط التي تجعل هذه التضحية في أضيق نطاق، وهذا يتطلب معالجة ما وجه إلى مبدأ التقنين ذاته من انتقادات، وعلى الوجه التالي :[32]

1- مما أخذ على فكرة التقنين أنه يضع القاعدة القانونية في قوالب محددة، وأنه يجمد القاعدة القانونية ويقف دون مسايرتها للتطور الاجتماعي. ويمكن علاج هذه الانتقادات إذا روعي في التقنين وضع الإطار العام للقاعدة القانونية دون الدخول في التفاصيل بأن يترك للقاضي –ضمن الإطار العام– سد الثغرات ومراعاة ظروف كل حالة ومسايرة التطور، إذ لابد من تضمين التقنين قواعد مرنة تقدم حلولاً تشريعية وتكفل تدخلاً قضائياً، إن لزم الأمر. وبذلك نختار الطريق الوسط بالجمع بين ميزات حرية القاضي وميزات التقنين.

2- أن توضع لمواد التقنين مذكرات توضيحية، تفصل الحالات وتذكر الاحترازات، وتستدرك ما لم تتضمنه هذه المواد من تفصيل، على نفس الطريقة التي اتبعت في كتابة المواد، فيما يجب أن تخضع مواد التقنين للمراجعة بعد مرور وقت كافٍ، يؤخذ فيه رأي القضاة وأهل العلم الذين يقدمون مسوغات كافية لإعادة النظر في المواد التي قيّدت.

3- أن التقنين مهما كان متقنا يظل ناقصا مليئا بالثغرات، لأنه عمل بشري قابل للتغيير، متى ما تغيرت الظروف واقتضى الأمر، فمن الممكن في هذه الحالة تعديل النص المقنن بما يتناسب مع المصلحة العامة،الأمر الذي يعني عدم توقف الاجتهاد في فرض التقنين.

إذن أصبح من الواضح أننا مع فكرة التقنين، ولكننا نؤكد مرة أخرى بأن ذلك لا يعني، بأي حال من الأحوال، المطالبة بإلغاء المادة(30) من القانون المدني العراقي او حتى تعديلها ولا التخلي كلياً عن قواعد الإسناد التقليدية وتبني قواعد موضوعية تقدم حلولاً مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي الخاص، بل التقنين الجزئي الذي يتمثل بتبني الحلول الموضوعية في بعض مبادئ القانون الدولي الخاص دون البعض الآخر، وذلك تسهيلاً لمهمة القاضي في تطبيق تلك المبادئ، ولمهمة الفقيه في معرفتها ودراستها ومناقشتها والاستشهاد بها في مؤلفاته

[32] للمزيد حول هذه الضوابط يراجع: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا و د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص194، ومحمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007، الهامش رقم(9)،ص ص34و35 ، و كذلك: جمال الدين عطية، مصدر إلكتروني سابق.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

القانونية والعلمية، و الأفراد في الإلمام بها واتباع أحكامها، ولنقدم لمشرعنا حلولاً لبعض المشاكل المتكررة في العلاقات الخاصة الدولية بالإستفادة من التجارب القانونية في الدول الأخرى التي سبقتنا في هذا المجال والتي يتشابه النظام القانوني لتعاملاتها المالية والشخصية مع نظامنا القانوني، ولعل التجربة التونسية في هذا المجال تمثل أقرب التجارب الى نظامنا القانوني وأفضلها كما يبدو ذلك من مجلة القانون الدولي الخاص الصادر بالقانون عدد (97) لسنة 1998 التي حددت العلاقات الخاصة الدولية في تقنين مستقل لايخلو من التفصيل لكثير من المنازعات المتولدة والمشتملة على عنصر أجنبي لاسيما وضع بعض الحلول الموضوعية بتقنين المبادئ الأكثر شيوعاً في ميدان تنازع القوانين مبدداً بذلك الشكوك حول القدرة على وضع ما يناسب واقع الحال في تونس لحسم المنازعات الخاصة الدولية. الى ذلك سوف تكون المبادئ الأكثر شيوعاً المقننة في القانون الدولي الخاص التونسي موضوعنا التالي في هذه الدراسة.

المبحث الثاني

المبادئ الأكثر شيوعاً المقننة في القانون الدولي الخاص التونسي

يتضمن القانون الدولي الخاص التونسي قواعد موضوعية لاتزال القوانين العربية الأخرى، ومنها القانون العراقي، تعدها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، لعل أبرز هذه القواعد تلك التي إستبعد بها تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كان تعيين هذا القانون قد تم بناءً على التحايل، وكذلك القواعد التي عالج من خلالها بعض مسائل الأحوال الشخصية والتي تحدد ضابط الإسناد في إختيار القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل فضلاً عن آلية تطبيق القانون المختار. لذا نقسم دراسة هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تطبيق نظرية التحايل على القانون في تنازع القوانين وفي المطلب الثاني المبادئ المقننة في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

تطبيق نظرية التحايل على القانون في تنازع القوانين

قد يتعمد بعض الأشخاص في خلق ظروف للإنتفاع بحقوق أو للتخلص من إلتزامات مترتبة عليهم وفقاً لقانون ما كان ليطبق لولا تحايلهم، الأمر الذي يستوجب إستبعاد هذا القانون الذي تعيّن عن سوء نية، لأن أساس تطبيقه هو الغش ومن المعلوم ان الغش يفسد كل شيء.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

ورغم أن نظرية التحايل على القانون هي نظرية عامة في القانون مقتضاه منع الأشخاص من إكتساب الحقوق أو التخلص من الإلتزامات عن سوء نية، الاّ أن المشرع التونسي قام بتكييفها مع خصائص مادة تنازع القوانين بوصفها مادة لاتنظم مباشرة القواعد المحددة لحقوق وإلتزامات الأشخاص وإنما تهدف الى تعيين النظام القانوني الذي سيقع إستيفاء تلك القواعد منه وذلك عبر وسيط متمثل في قواعد الإسناد(أو قواعد تنازع القوانين)، بذلك فإن التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص لايتسلط مباشرة على القواعد الداخلية وإنما يستهدف قواعد التنازع ، فبالتأثير على هذه القواعد يستطيع الشخص التأثير على القواعد الداخلية وبالتالي الوصول الى الغاية التي يرمي اليها، فهو تحايل على قواعد التنازع وليس تحايلاً على القواعد الموضوعية(الأصلية) .[33]

وفي هذا السياق نصت المادة (30) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه:" يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة. وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد".

ويبدو من هذا النص أن المشرع التونسي قد حدد شروط التحايل على القانون، ثم بيّن أثر إعمال فكرة التحايل، لذا سوف نتناولهما تواليا في فرعين.

الفرع الأول/ شروط التحايل على القانون

إستناداً الى النص المشار اليه أعلاه، يشترط لإعمال الدفع بالتحايل على القانون توافر شرطين أولهما مادي (إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد) والثاني معنوي(توافر نية التحايل على القانون لدى القائم به)، لذا نتناولهما تباعاً:

أولاً/ الشرط المادي:

ويتحقق هذا الشرط بتغيير إرادي وفعلي لضابط الاسناد الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق، بمعنى أن يكون تغيير الضابط بإرادة الشخص وليس مفروضاً عليه كأن يتم تغيير الجنسية نتيجة ضم اقليم الدولة لسيادة دولة أخرى، فذلك لا يعد غشاً نحو القانون[34] . كما يجب أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعلياً بحيث يؤدي إلى انتقال الاختصاص التشريعي، إذ لو كان التغيير صورياً لما كنا في حاجة الى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، بل

[33] د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص(معلق عليها)، بدون دار النشر، تونس، 2008، ص 438.

[34] د.سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص187.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير. فإذا غير الشخص من موطنه تغييراً صورياً من دون أن يكون مستقرا فيه و يباشر شؤونه منه، فإن العبرة في هذه الحالة هي بالموطن الفعلي .[35]

ويشترط أيضاً أن يكون التغيير مشروعاً، فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به، و يبطل دون حاجة لأعمال نظرية الغش نحو القانون[36]. فإذا ما أقدم شخص على تغيير جنسيته بالتزوير للتهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد، فإن التمسك بتطبيق أحكام جريمة التزوير يكون سبباً كافياً للقاضي لعدم تطبيق القانون الجديد، من غير حاجة لإثبات الغش نحو القانون. ولهذا قيل أن الدفع بالغش نحو القانون دفع إحتياطي لا يلجأ اليه القاضي الاّ إذا لم يستطع تطبيق الأحكام الآمرة في قانونه بصفة مباشرة .[37]

ويمكن تجسيد الركن المادي للتحايل في القضاء التونسي بالرجوع الى حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية بـ(سسوسة) في 24نوفمبر/تشرين الثاني 2001[38]، إذ أن شخصاً مصرياً مقيماً ومتزوجاً بتونس من إمرأة تونسية أراد التزوج ثانية من إمرأة تونسية تقيم أيضاً بتونس فسافر معها الى مصر حيث تزوجا ثم رجعا الى تونس، حيث إشتكت ضده زوجته الأولى لإرتكابه جريمة التزوج بثانية، فطرح الإشكال حول صحة الزواج الثاني بإعتباره قد إبرم في مصر التي تجيزه. لم يفت المحكمة أن في الأمر تحايلاً بإعتبار أن الزوج المصري وزوجته الثانية قد تعمدا الإنتقال الى مصر حتى يتمكنا من الزواج هناك، بذلك فقد تمثل العنصر المادي للتحايل في تسليط فعل مادي على عنصر الإسناد الواقعي وهو مكان إبرام الزواج وذلك بنقله من دولة الى أخرى أي من تونس التي تمنع تعدد الزوجات الى مصر التي تجيزه، وقد تسلط التحايل على قاعدة الإسناد التي تخضع الشروط الشكلية للزواج الى قانون مكان إبرامه مع ضرورة إدلاء الزوج بشهادة تثبت أنه في حل من كل رابطة زوجية أخرى إذا كان من بلد يسمح بتعدد الزوجات[39]، ومن الواضح أنه لم يكن من الممكن إبرام الزواج بتونس طالما أنه يستحيل على

---

[35] د.هشام علي صادق، مصدر سابق، 1974، ص348 .

[36] بيار أميل طوبيا، التحايل على القانون(دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان، 2009، ص 174.

[37] د.محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص524، وكذلك: د.أحمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص558 .

[38] المحكمة الإبتدائية بسوسة، حكم جناحي عدد 9672 مؤرخ في 24نوفمبر 2001، مشار اليه لدى: د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مصدر سابق، الهامش رقم (1)، ص 439.

[39] علماً أن قانون الأحوال الشخصية المصري رقم(25) لسنة 1920 المعدل بالقانون (25) لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم (100) لسنة 1985، تسمح بتعدد الزوجات وذلك بحسب المادة (11 مكررا) منه التي تنص على أنه:" على الزوج أن يقر في

الزوج الإدلاء بشهادة العزوبية المذكورة، فكان الحل الذي توصل اليه هو التزوج بمصر حتى ينطبق القانون المصري الذي عيّنه عنصر الإسناد الجديد المتمثل في إبرام الزواج بمصر وبالتالي تقع إزاحة القانون التونسي الذي كان سيطبق لو أبرم الزواج بتونس.[40]

ثانياً/ الشرط المعنوي

لا يكفي أن يقوم الشخص بالتغيير الإداري في ضابط الإسناد لقيام الغش نحو القانون، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا[41]، كما هو الحال في المثال الذي تم ذكره سابقاً.

وهنا يشترط أن يكون الباعث الرئيسي من تغيير ضابط الاسناد هو نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة أخرى؛ أي التهرب من أحكام قانون والإلتجاء إلى قانون آخر تعينه قاعدة الإسناد[42]. وللمحكمة سلطة تقديرية في تقرير وجود نية الغش من عدمها وهذا ما قد يثير صعوبة من الناحية النظرية إذ أن المعيار الشخصي في البحث عن النية صعب التحقق ولذلك يلجأ القاضي إلى معيار موضوعي بحيث يستخلص النية من وقائع كل قضية على حدة ومن خلال بعض القرائن من ذلك على سبيل المثال:[43]

1- التزامن بين تغيير ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا الضابط.

2- التسهيلات التي ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الشخص الذي قام بتغيير ضابط الإسناد.

وقد كرست المادة(30) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الشرط المعنوي من خلال تأكيده أن يكون تغيير عنصر الإسناد تغييراً" مصطنعاً" بنية "تجنب" تطبيق القانون الذي تعيّنه قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني: أثر إعمال فكرة التحايل نحو القانون

وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين فى الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول...".

[40] د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مصدر سابق، ص ص 438 و439.

[41] د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،1994 ص172، وكذلك: بيار إميل طوبيا، مصدر سابق، ص 133.

[42] د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص564.

[43] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص(مركز الأجانب وتنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991-1992، ص 605، وكذلك: د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص229.

اختلف الفقهاء فيما يتعلق بهذا الأثر إلى فريقين:

أولًا: يرى الإتجاه الغالب في الفقه[44]، بأن الأثر الذي يرتبه إعمال فكرة التحايل على القانون ينصب على النتيجة بإستبعاد "تطبيق القانون الأجنبي" فقط دون الوسيلة وهي "الأفعال التي أدت الى تغيير ضابط الاسناد"، ذلك أن الوسيلة في الأصل مشروعة ما دامت من حق الشخص وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب، وبما أن دولة أخرى قررتها فيعترف فيها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلى قانون آخر.

ويوجه الانتقاد إلى هذا الرأي باعتبار أنه سينشئ مراكز قانونية متناقضة، فمن إرتكب التحايل يبقى خاضعاً للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الاسناد.[45]

ثانيًا: هناك من يرى[46] أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معاً، فإذا تم التحايل على ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية مثلا فإنه يحكم ببطلانه؛ حتى لو كان هذا التغيير مشروعاً من حيث الأصل، لأن القصد من وراءه غير مشروع وهو التحايل على القانون فلا يعترف القانون وفقا لهذا الرأي بالجنسية الجديدة وكأنها لم تكن. بالإضافة إلى عدم الإعتراف بالأثر المترتب على التحايل أي عدم تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية على موضوع النزاع .

والانتقاد الذي يوجه إلى هذا الرأي، أن الحكم في صحة هذه الوسيلة من عدمها هو للقانون الذي رتب هذا المركز القانوني وليس لقانون القاضي فليس للأخير أن يسحب الجنسية مثلا.[47]

---

[44] د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق ، ص190، و د. عكاشة محمد عبدالعال، مصدر سابق، ص 512، و بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص(ترجمة علي محمود مقلد)، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع "مجد" ، بيروت، 2008،ص254، وجمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 235، وكذلك: عبدالكريم رسول أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 1، العدد 19، 2010، ص 95.

[45] د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق ، ص190.

[46] Niboyet، الفقرة 431 ، مشار اليه لدى: د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1997، الهامش رقم (1)، ص205.

[47] محمد خالد عوده، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص الفلسطيني "دراسة تحليلية"، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 45، ديسمبر-كانون الأول2020 ، ص94. متاح على العنوان الإلكتروني للمجلة:

<http://journals.jilrc.com/legal-depth-research> last visited(06-08-2021).

ونحن بدورنا نذهب مع من يرى[48] بأن أثر إعمال فكرة التحايل نحو القانون لا يمكن أن يكون هو البطلان؛ لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحًا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وغاية ما تملك الدولة أن تعتبره غير نافذ في اقليمها . وهذا هو المقصود به في المادة (30) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والتي عبرت عن أثر الغش بعبارة ".. فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد"، وذلك عند تحقق التحايل .[49]

المطلب الثاني

المبادئ المقننة في مسائل الأحوال الشخصية

أقرت قواعد تنازع القوانين في البلدان العربية إسناد العلاقات الدولية الخاصة ذات الصلة بمسائل الأحوال الشخصية الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته[50]، وذلك بهدف ضمان خضوع الشخص في هذه المسائل بصورة دائمة الى قانون واحد، يحقق الإستقرار والثبات، ويعكس صورة صادقة لعادات وتقاليد الأمة التي ينتمي اليها[51]، لكن النهج الذي إتبعه المشرع التونسي في تنظيم وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن مسائل الأحوال الشخصية يختلف بعض الشيء عن النهج المتبع في بقية قوانين البلدان العربية الأخرى، ففي الوقت الذي إعتمدت فيه هذه القوانين الأخيرة على مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً لحل بعض المشاكل التي

---

[48] د. عباس زبون العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية– دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن واحكام القانون العراقي– مكتبة السنهوري، بغداد،2014 ، ص225، ود.كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، جامعة العويد، الجزائر، المجلد 6، العدد(2)، جوان–حزيران،2009، ص79 ، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
< https://www.asjp.cerist.dz/en/Articles/202> last visited(14–06–2021)
وكذلك: أمينة مقدسي ،استبعاد القانون الاجنبي في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة العويد، الجزائر، المجلد10، العدد(1)،أبريل–نيسان،2019، ص،1595 متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
< https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/110>last visited(14–06–2021)

[49] محمد خالد عوده، مصدر سابق ، ص93.

[50] يلاحظ على سبيل المثال: المواد (18 و19و20 و21و22و23) من القانون المدني العراقي، و(11) من القانون المدني المصري، و(12) من القانون المدني الأردني والسوري .

[51] د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973، ص36.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

ترافق مسألة تعدد الجنسيات، ينفرد المشرع التونسي بالنص صراحة على تطبيق الجنسية الفعلية في حل هذه المشاكل. كذلك أقر المشرع التونسي التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين بصدد الشروط الموضوعية للزواج منفرداً بموقفه هذا مقارنة بالقوانين الأخرى النظيرة. بناء عليه نقسم دراسة هذا المطلب الى فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة تطبيق الجنسية الفعلية عند تعدد الجنسيات، ونخصص الفرع الثاني للتطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين.

الفرع الأول/ تطبيق الجنسية الفعلية عند تعدد الجنسيات

نظم المشرع التونسي تطبيقات تنازع القوانين بالتطرق أولاً وقبل كل شيء لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية بإخضاعها للقانون الشخصي للمعني بالأمر، حيث قضت المادة(39) من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي. وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية. وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي".

وإنطلاقاً من عمومية العبارات المستخدمة في هذه المادة يرى رأي[52] أن المشرع التونسي قد وضع حلاً مبدئياً لكل مسائل الأحوال الشخصية طالما لم ترد فيها قاعدة تنازع خاصة بها. و أن هذه المادة ستجد كمجال طبيعي للإنطباق"حقوق الأشخاص" وهي حقوق متصلة بذات الشخص تمكن من تعريف الشخص(إسم، لقب، جنسية ، موطن) وتأطير ما يتعلق بذاتيته وشخصيته القانونية(مثل مسائل الأهلية)، وقد إستند أصحاب هذا الرأي على العبارات المستعملة في المادة (39) نفسها التي تشير للمعني بالأمر مما يدل على أن الشخص في حد ذاته هو المقصود أساساً وليس في إطار علاقاته العائلية، خاصة وأن هذه المادة تندرج ضمن الباب الثاني المعنون بـ" حقوق الأشخاص".

وبإعتقادنا ان المشرع التونسي لم يكن موفقاً في إستخدامه لفظ "قانونه الشخصي" في صدر هذه المادة، للتعبيرعن القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للمعني بالأمر وهو قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته، وذلك لتعدد ضوابط الإسناد التي يحدد بموجبها القانون الشخصي فهي تشمل ضابطي الجنسية والموطن الى جانب الضابط المختلط بين الجنسية والموطن حيث يختار كل مشرع ضابط الإسناد الأرجح في تقديره، وإن كان المشرع

[52]() د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مصدر سابق، ص 556.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

التونسي يوضح من خلال العبارات والجمل اللاحقة في المادة المذكورة، بأن المقصود بالقانون الشخصي للمعني بالأمر هو قانون جنسية الشخص .

وقد آثر المشرع التونسي مواكبة تطورات قواعد تنازع القوانين بالحلول التي أقرها لحالة تعدد جنسيات المعني بالأمر ونظم كيفية إسنادها بالتمييز بين وضعيتين لتعدد الجنسيات، وذلك بخلاف مشرعي باقي البلدان العربية الأخرى:[53]

الوضعية الأولى/ الحالة التي يحمل فيها المعني بالأمر عدة جنسيات، وليس من ضمنها الجنسية التونسية، أي أن كل جنسياته أجنبية، هنا لابد من إختيار إحدى الجنسيات حتى نصل الى قانون منطبق على المعني بالأمر وفي هذا الإطار تنص المادة (39) على أنه:"... وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية...."

وهذه العبارة "الفعلية" تبدو ظاهرياً واضحة وتخفي في باطنها معاني مختلفة ، وخاصة معنيين:

معنى يرجعنا الى مبدأ القرب أي الجنسية الفعلية للقرب، وهي تعني أنه سيقع تحليل وضعية الشخص بصفة موضوعية وتبين ما هي البلاد التي هو "أقرب"اليها من خلال توافر عدة عناصر منها الوقت الذي يقضيه فيها، اللغة التي يستعملها...الخ. أما المعنى الثاني فهي الجنسية الفعلية للولاء وهي تهدف الى بيان لأي سيادة يخضع هذا الشخص ويظهر ذلك من خلال العناصر المرتبطة بالسيادة وعلى سبيل المثال: في أي بلد أدى واجبه العسكري،الى أي قضاء يلتجأ...الخ.

ويرى رأي[54] أن تكون الجنسية الفعلية للولاء هي التي وقع تكريسها في المادة سالفة البيان، وذلك بالنظر الى المنطق العام لمجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي رفضت مبدأ القرب الا إستثناء ، وبالنظر أيضاً الى

[53] فمشرعوا بقية البلدان العربية وضعوا حلاً لحالة واحدة فقط وهي تعدد الجنسيات إذا كانت من بينها جنسية دولة القاضي حيث يكون الإختصاص لصالح قانون القاضي مطلقاً، بينما أناطوا بالمحكمة تعيين القانون الواجب الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات عندما لاتكون من بينها جنسية دولة القاضي . فعلى سبيل المثال نصت المادة (33) من القانون المدني العراقي على أنه:" 1 – تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف فهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. 2 – على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه." تقابلها المواد(25) من القانون المدني المصري، و (26) مدني أردني ، و (27) مدني سوري.

[54] د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مصدر سابق، ص 565.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

منطق المادة(39) حيث أنه لم يعتمد منهج "القرب" لتعيين القانون المنطبق، والذي يفترض ترك تعيين القانون المنطبق للقاضي على أساس تعيين القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع ، بل إعتمد المنهج السافيني الكلاسيكي، وذلك بالاعتماد على عنصر إسناد مجرد وهو الجنسية ، يضاف الى ذلك أن المشرع قد إعتمد على السيادة بوضوح لاعلى منهج القرب وذلك في الحالة التالية.

ونرى من جانبنا أن من مقتضيات التقنين المعاصر – كما أوضحنا– أن يتضمن قواعد مرنة تقدم حلولاً تشريعية وتكفل تدخلاً قضائياً إن لزم الأمر، وهذا يعني أن المهمة التشريعية إنتهت بتحديد الجنسية الفعلية ضابطاً لإختيار القانون الواجب التطبيق، أما المفاضلة بين الجنسية الفعلية للقرب والجنسية الفعلية للولاء فيستحسن تركها للسلطة التقديرية للقاضي ليختار بينهما وفقاً لواقع وملابسات كل حالة.

الوضعية الثانية / الحالة التي يكون فيها المعني بالأمر حاملاً لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية. وفي هذه الحالة ينص الشطر الأخير من المادة(39) على أنه:"... وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي". وبذلك فهو يغلب دوماً الجنسية التونسية والقانون التونسي.

وهناك من إنتقد هذا الحل[55]، لأنه يرتب نتائج غير مقبولة، ذلك أن الإعتداد بجنسية دولة القاضي في هذا الفرض بصرف النظر عمّا اذا كانت الدلائل تفيد وجود الولاء والاحساس بالإنتماء تجاه هذه الدولة أم لا، وبصرف النظر عمّا اذا كان هذا الشخص مرتبطاً روحياً بهذه الدولة من عدمه، لايخلو من مجافاة للحقيقة والواقع، فوق ذلك فإن هذا الحل سيترتب عليه تباين في الجنسية التي سيعتد بها بالنسبة لمتعدد الجنسية بحسبما اذا ثار النزاع أمام قضاء هذه الدولة أو تلك من الدول التي يحمل جنسيتها، فكل قضاء سيتقيد بقانون دولته فحسب، وبصرف النظر عن الجنسيات الأخرى المتراكمة، ومعنى ذلك ان القانون الذي سيحكم الأحوال الشخصية سيكون مختلفاً بحسب الدولة التي تعرض امام محاكمها المنازعة، فيصبح من ثم مصير العلاقة ذات الطابع الدولي الخاص مشوباً بالقلق والإضطراب، مما قد يهدد خضوع مسائل الأحوال الشخصية الى قانون الدولة الأكثر تعلقاً بها، والأكثر ثباتاً. لذا يفضل صاحب هذا الرأي الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية (أو الفعالة) حتى لو كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتراكمة.

[55]() د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1995، ص ص118 و121.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

ولكن في المقابل يرى آخر[56] إن هذا النقد رغم وجاهته لايبدو من شأنه أن يمنع من القول أن المنطق العام للنص، والجنسية بصفة خاصة، يسود فيه عنصر السيادة وليس فقط التوجه " السافيني" الكلاسيكي الذي يحاول تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع. فالجنسية رابطة تمارس الدولة بمقتظاها سيادتها على الأشخاص ، وأن السماح للقاضي بإعتبار أن جنسية الدولة التي ينتمي اليها المعني بالأمر غير فعلية من شأنه أن يجعل القاضي في تنازع مع السلطة والدولة التي أسندته وظيفة القضاء ومن شأن ذلك المساس بمبدأ الفصل بين السلطات . ولهذا يرى هذا الرأي أن هذا الحل وإن لم يكن الأمثل فإنه الحل الوحيد الذي يمكن أن يتلاءم مع منطق المجلة و"الجنسية".

على اننا نرى أن تبني معيار الجنسية الفعلية في هذه الحالة أيضاً يحقق ميزة توحيد الحلول بشأن الوضعيتين السابقتين، كما أن تطبيق قانون دولة القاضي بصورة مطلقة في كل مرة تكون جنسية هذه الدولة ضمن الجنسيات المتنازعة بحجة حماية المصلحة الوطنية يؤدي، من جهة، إلى إنحسار المعايير الدولية داخل القوانين الوطنية، ويتناقض، من جهة أخرى، مع فلسفة وإستراتيجية قواعد تنازع القوانين المعاصرة القائمة على إمكانية اللجوء الى القانون الأجنبي كلما إقتضت مبادئ العدالة وحاجة المعاملات الدولية ذلك فيما إذا كان هو القانون الأنسب والأكثر ملاءمة لحكم النزاع .

الفرع الثاني / التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين

إستهلت مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الباب الثالث منها تحت عنوان (حقوق العائلة) بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج مسمياً إياها بالشروط الأصلية[57]، حيث نصت المادة (45) من المجلة على أنه :" تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة" .[58]

---

[56] د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مصدر سابق، ص 566.

[57] ويستدل على إستخدام المشرع التونسي مصطلح"الشروط الأصلية" للتعبير عن "الشروط الموضوعية للزواج" أنه أتبع هذه الشروط بالشروط الشكلية للزواج في المادة(46) من المجلة ، التي نصت على أنه :" تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج...".

[58] وفي موقف متميّز ومشابه لموقف المشرع التونسي تبنى المشرع الكويتي هذا الحل أيضاً في القانون رقم (5) لسنة 1961 المؤرخ 27 / 2 / 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حيث نصت المادة((36منه على أنه:"يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية وصحة الرضاء وشرط الخلو من موانع الزواج، إلى

وبتفريد كل زوج بتطبيق القانون الذي تعينه جنسيته عند إبرام الزواج(أي التطبيق الموزع) يكون المشرع التونسي قد أجاب صراحة عن السؤال الذي كان قد أثار جدلاً فقهياً واسعاً بصدد كيفية تطبيق القانون الشخصي للزوجين على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو إختلفت جنسية كل من الزوجين.[59]

ويقصد بالشروط الموضوعية أو الأصلية للزواج كافة الشروط الأساسية لصحته كعقد [60]أي الأركان والشروط اللازمة لتكوين عقد الزواج[61]. وتنقسم هذه الشروط الى قسمين: القسم الأول ويحوي ما يطلق عليه الشروط

قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج، لقانون جنسيته. وإذا كان أحد الزوجين كويتياً وقت انعقاد الزواج، سرى القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الأهلية".

[59] إذ يتنازع إتجاها التطبيق الجامع والتطبيق الموزع الإجابة عن السؤال المطروح بصدد كيفية تطبيق القانون الشخصي للزوجين على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو إختلفت جنسية كل من الزوجين، بمعنى هل تخضع الشروط الموضوعية للزواج حينئذ لقانون جنسية كل من الزوجين بحيث يجب أن تتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته وقانون جنسية الزوجة، ويستلزم أيضا أن تتوفر في الزوجة كافة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيتها وقانون جنسية الزوج. أم أنه يكفي أن تتوافر شروط الزواج بالنسبة لكل زوج استنادا إلى قانون جنسيته؟

وفي ذلك ينادي أصحاب التطبيق الجامع (Application cumulative) بأنّ الزواج لا يكون صحيحا من الناحية الموضوعية، إلاّ إذا استوفى كل زوج الأحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني، وكذا الأحكام المنصوص عليها في قانون جنسية الطرف الآخر.غير أنّ هذا الرأي انتقد، لأنّه يجعل العلاقة القانونية مستحيلة الانعقاد، بمجرد تخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في كلا القانونين .

بينما يرى أنصار التطبيق الموزع (Application distributive) أنّ كل طرف عليه أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني بصورة مستقلة عن قانون الزوج الاخر أي يطبق على الزوج قانون جنسيته لحكم الشروط الموضوعية للزواج وكذلك الزوجة يطبق عليها قانون جنسيتها دون أن تطبق على الزوج. وقد تم تبني الاتجاه الثاني على مستوى التطبيقات القضائية ذلك لان التطبيق الجامع يفضي الى تطبيق القانون الاشد بينما يسهل التطبيق الموزع على الزوجين اجراء عقد الزواج.

لمزيد من التفاصيل حول الإتجاهين يراجع: د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص ص 538 و 539، و: د. فؤاد عبدالمنعم ود.سامية راشد، مصدر سابق،1994، ص206 ومابعدها، وكذلك: د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص ص 240 و 241.

[60] د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع " مجد "، بيروت،2008، ص264.

الإيجابية، كالأهلية(أي أهلية طرفي الزواج)، والتراضي(أي توافق إرادتي الطرفين)، ورضاء الوالدين، وموافقة الولي، والكفاءة، وشروط الصلاحية في الزوجين كالبلوغ.أما القسم الثاني، فيتضمن الشروط السلبية وأهمها ما يسمى بموانع الزواج كوجود قرابة موجبة للتحريم بين الزوجين، أو وجود المرأة في فترة العدة، أو إختلاف الدين،...الخ[62]، أو تعدد الزوجات الذي لايبيحه قانون الأحوال الشخصية التونسي[63]. وبذلك يتوقف وجود الزواج على وجود الشروط الموضوعية، وينعدم في حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.[64]

ويبدو ان الشروط الإيجابية هي شروط فردية تخص كل زوج على حدة وبالتالي لا يثير التطبيق الموزع للقانون بشأنها أية صعوبات تذكر، مادام أنه يستلزم أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه، وينطلق من مقتضيات تطبيق قانون كل دولة على مواطنيها. اما الشروط السلبية فهي شروط مزدوجة تخص العلاقة الزوجية في ذاتها، ومن ثم فإن التطبيق الموزع بشأنها يثير نتائج غير مقبولة، كما إذا كان أحد الزوجين تونسياً والآخر عراقياً فإن تطبيق القانون الشخصي للزوجين كلّ على حدة قد يؤدي الى تعدد الزوجات

---

[61] مبروك بنموسي، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، ط1، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، تونس، 2003، ص406.

[62] د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص ص278 و279.

[63] إذ تنص المادة (18) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:" 1-تعدّد الزوجات ممنوع.

2- كلّ من تزوّج وهو في حالة الزوجية وقبل فكّ عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدّة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

3- ويعاقب بنفس العقوبات كلّ من كان متزوّجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجه الأولى.

4- ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمّد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقرّرة بالفقرتين السابقتين.

5- ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقرّرة بهذا الفصل".

(نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 وبالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفرى 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964).

[64] د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 1998، ص 19.

ردمد ورقي: 9971-2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 7404-2661
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

الذي يبيحه القانون العراقي[65] ويحرمه القانون التونسي كما أسلفنا. وكذلك الحال فيما لو نص قانون جنسية أحد الزوجين على منع الزواج بسبب درجة القرابة أو اختلاف الدين وحدث وأن تحققت هذه الموانع فإن الزواج لا يكون صحيحا حتى ولو كان هذا المانع غير مقرر في قانون أحد الزوجين، وذلك لأن هذه الموانع تتعلق بجوهر الزواج ذاته، ولايمكن أن تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين دون أن تمس الزوج الآخر، فهي تتعلق بالزواج كوحدة لاتتجزأ، لذا يكفي أن يتضمن أحد القانونين هذا المنع، حتى يحول دون إنعقاد الزواج صحيحاً[66]. وعلى هذا فإذا كان التطبيق الموزع هو الأصل في الشروط الموضوعية الإيجابية للزواج فإنه يتعين تطبيق قانون كل من الزوجين معاً(التطبيق الجامع) على الشروط الموضوعية السلبية ذات الصلة بموانع الزواج تلافياً لقيام العلاقة الزوجية صحيحة بنظر دولة أحد الزوجين، وغير صحيحة بنظر دولة الزوج الآخر. ولا نعتقد بأن مقتضيات التفرقة بين الشروط الموضوعية الإيجابية والسلبية للزواج كانت غائبة عن ذهن المشرع التونسي عندما إكتفى بالنص على التطبيق الموزع للقانون الشخصي للزوجين على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو إختلفت جنسية كل من الزوجين، إذ أنه آثر عدم النص على التطبيق الجامع عند تحقق الشروط الموضوعية السلبية(موانع الزواج)لإنتفاء الحاجة اليه على إعتبار أن القاضي الوطني مكلف بإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ومنع الزواج عند تحقق هذه الشروط(الموانع) لمخالفته النظام العام في دولته.

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي أخضع بما لايقبل اللبس الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى القانون الشخصي لكل من الزوجين وذلك بموجب الشطر الأول من الفقرة(1) من المادة (19) من القانون المدني، الاّ أنه لم يشر الى نوع التطبيق المراد هنا، هل هو التطبيق الجامع أم التطبيق الموزع؟

وبالنظر لصعوبة التطبيق الجامع، وإقتصار مجال إعماله على الشروط الموضوعية السلبية(موانع الزواج)، نطالب المشرع العراقي بضرورة تعديل النص القانوني المشار اليه أعلاه بشكل يقطع الخلاف الفقهي المثار حول المسألة، على غرار ما نص عليه المشرع التونسي صراحة، بأن يضيف الى النص ما يفيد بأن المقصود بتطبيق قانون جنسية الزوجين هو التطبيق الموزع. والى أن ياخذ هذا الإقتراح طريقه الى التشريع فإنه لا مانع من الأخذ

---

[65] إذ تنص المادة(4/3) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(188) لسنة1959 المعدل على أنه:" لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الاّ بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أ- ان تكون للزوج كفاية مالية لإعالة اكثر من زوجة واحدة.

ب- ان تكون هناك مصلحة مشروعة" .

[66] د.سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، ط 1، بيروت، 1987، ص44.

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

بالتطبيق الموزع من قبل المحاكم العراقية في كل حالة تختلف فيها جنسية الزوجين عند انعقاد الزواج، وذلك إستناداً الى نص المادة (30)من القانون المدني الذي يقضي بإتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا في كل ما لم يرد بشانه نص خاص من أحوال تنازع القوانين.

الخاتمة

في ضوء ما تقدم، توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات يمكن تلخيص أهمها فيما يأتي:

أولاً/ الإستنتاجات:

1- يتميّز موقف المشرع العراقي عن موقف المشرع المصري وباقي البلدان العربية التي حذت حذوه بأنه كان أكثر إبانة في تحديد المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص، حينما وصفها صراحة بأنها الأكثر شيوعاً بين الدول.

2- ان إلزام القاضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص، عند سكوت النصوص التشريعية عن حكم المسألة المعروضة، لايعني بحال من الأحوال أن التشريع المصري والتشريعات العربية الأخرى التي سارت على نهجه يضع المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في مرتبة تسمو على العرف عند عدم وجود قاعدة إسناد تشريعية، وبخلاف ذلك طرحنا أسانيد عدة تبرهن إغفال المشرع العراقي الحكم الوارد في المادة (1) من القانون المدني التي تعدد مصادر القاعدة القانونية بوجه عام بالإحتكام الى مبادئ القانون الدولي الخاص وتجاهل العرف كمصدر إحتياطي يرجع اليه عند عدم وجود قاعدة تشريعية لحكم النزاع.

3- ان رجحان مستلزمات الأمن واليقين القانوني على مقتضيات مرونة حلول كل حالة مردها أن القواعد القانونية المنشورة تحمي توقعات المخاطبين المشروعة، وهي التي تحقق الشفافية والوضوح وهما من أساسيات عدالة القانون والقضاء، بخلاف مرونة حلول كل حالة التي تثير مشكلة التنبؤ المسبق لدى المخاطبين، إذ كيف لهم أن يتوقعوا مسبقاُ القانون المختص والقاعدة الموضوعية بحكم النزاع مادام القاضي سيحكم بإجتهاده.

4- ان مساندتنا لفكرة التقنين لا يعني، بأي حال من الأحوال، المطالبة بإلغاء المادة(30) من القانون المدني العراقي او حتى تعديلها ولا التخلي كلياً عن قواعد الإسناد التقليدية وتبني قواعد موضوعية تقدم حلولاً مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي الخاص، بل التقنين الجزئي الذي يتمثل بتبني الحلول الموضوعية في بعض مبادئ القانون الدولي الخاص دون البعض الآخر مقتدين بمجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي وضعت المبادئ الأكثر شيوعاً في ميدان تنازع القوانين في قوالب تشريعية .

ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1258-1295

5- ان عدم معالجة المشرع العراقي لمسألة التحايل على القانون يخلق فراغاً تشريعياً ويترك القاضي أمام إمتحان صعب في كيفية مواجهة هذا الفرض إن حدث، وإذا كانت مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً تشكل مخرجاً لإختيار القاضي أحد هذه المبادئ فإن الحلول الموضوعية بقواعد مباشرة، على غرار ما قدمه المشرع التونسي، تسهل على القاضي مهمته وتجنب الإشكاليات التي قد ترافق حرية إختيار هذه المبادئ .

6- ان أثر إعمال فكرة التحايل نحو القانون يقتصر على عدم نفاذ التصرف في دولة القاضي وليس البطلان؛ لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحًا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وهذا الذي عبّر عنه المشرع التونسي في المادة (30) من مجلة القانون الدولي بعبارة ".. فلا عبرة لتغير عنصر الإسناد"، وذلك عند تحقق التحايل.

7- ان من مقتضيات التقنين المعاصر أن يتضمن قواعد مرنة تقدم حلولاً تشريعية وتكفل تدخلاً قضائياً إن لزم الأمر، وهذا يعني أن المهمة التشريعية تنتهي بتحديد الجنسية الفعلية ضابطاً لإختيار القانون الشخصي الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للمعني بالأمر عندما تكون الجنسيات المتنازعة كلها أجنبية، أما المفاضلة بين الجنسية الفعلية للقرب والجنسية الفعلية للولاء فيستحسن تركها للسلطة التقديرية للقاضي ليختار بينهما وفقاً لواقع وملابسات كل حالة.

8- يحقق تطبيق معيار الجنسية الفعلية في الحالة تكون جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة ميزة توحيد الحلول بشأن تنازع تعدد الجنسيات، ويؤدي إلى تكريس المعايير الدولية داخل القوانين الوطنية، فضلاً عن التناغم مع فلسفة وإستراتيجية قواعد تنازع القوانين المعاصرة القائمة على إمكانية اللجوء الى القانون الأجنبي كلما إقتضت مبادئ العدالة وحاجة المعاملات الدولية ذلك فيما إذا كان هو القانون الأنسب والأكثر ملاءمة لحكم النزاع .

9- يقتصر نطاق التطبيق الموزع للقانون الشخصي لكل من الزوجين على الشروط الموضوعية الإيجابية للزواج، أما الشروط الموضوعية السلبية ذات الصلة بموانع الزواج فإنه يتعين تطبيق قانون كل من الزوجين معاً(التطبيق الجامع) بشأنها تلافياً لقيام العلاقة الزوجية صحيحة بنظر دولة أحد الزوجين، وغير صحيحة بنظر دولة الزوج الآخر.

ثانيا / التوصيات:

بناء على الاستنتاجات التي توصلنا اليها خلال هذه الدراسة نوصي المشرع العراقي بما يأتي:

1- وضع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في مرتبة تسمو على العرف أو أي مصدر آخر عند عدم وجود قاعدة إسناد تشريعية في فروض التنازع التي يستحيل أو يكون من الصعب تقنينها، ونقترح في هذا السياق إضافة عبارة " إستثناء من أحكام المادة الأولى من هذا القانون" الى صدر المادة (30) من القانون المدني العراقي لتحمل المضمون التالي:" إستثناء من أحكام المادة الأولى من هذا القانون تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

2- سن قاعدة تنازع خاصة، تضاف الى قواعد تنازع القوانين الأخرى، تعالج مشكلة التحايل على القانون، ونقترح لذلك النص الآتي:" يتكوّن التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون العراقي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة، وإذا توافرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد".

3- تعديل المادة (33) من القانون المدني بإخضاع جميع فروض تعدد الجنسيات الى معيار الجنسية الفعلية بغض النظر عمّا إذا كانت جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة من عدمه، ونقترح لهذا الأمر بعد حذف الفقرة(2) منها إعادة صياغة المادة لتصبح على النحو الآتي:" تطبق المحكمة في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد الجنسية الفعلية".

4- تعديل الشطر الأول من الفقرة(1) من المادة (19) من القانون المدني بإضافة ما يفيد بأن المقصود بتطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو التطبيق الموزع، ونقترح لأجل ذلك أن يكون مضمون هذا الشطر وفق الآتي:" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون جنسية الزوجين كلاً على حدة...".

قائمة المراجع والمصادر

أولاً/ الكتب

1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص(مركز الأجانب وتنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991- 1992.

2- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين المناهج أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996.

3- بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون(دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان، 2009.
4- بيار ماير و فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص(ترجمة علي محمود مقلد)، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
5- د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة دار السلام، بغداد، 1973.
6- د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
7- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1997.
8- د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1993.
9- د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2002.
10- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
11- د.سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، ط 1، بيروت، 1987.
12- د.سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.
13- د. عباس زبون العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن واحكام القانون العراقي- مكتبة السنهوري، بغداد،2014.
14- أ.عبدالباقي البكري و د.علي محمد بدير وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق،1982.
15- د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(القانون، وفقا للقانون الكويتي)، مطبوعات جامعة الكويت، المكتبة العصرية، 1972.
16- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري باشا و د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.

17- د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت ، بلا سنة الطبع.
18- د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع " مجد "، بيروت،2008.
19- د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
20- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1995.
21- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
22- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السادسة، جامعة دمشق، 1997 – 1998.
23- د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
24- د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،1994.
25- د. لطفي الشاذلي ومالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص(معلق عليها)، بدون دار النشر، تونس، 2008.
26- د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1973-1974.
27- مبروك بنموسي، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، ط1، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، تونس، 2003.
28- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1978.
29- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007.

30- د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،.1998

31- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط2 ، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1974.

32- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1997.

33- يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية القانون، نظرية الحق)، ط1، كوميت للتوزيع، القاهرة،1997.

ثانياً/ البحوث والدراسات

1- المنشورة

34- د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العدد العشرون ، كانون الأول، 2016.

35- خيرالدين كاظم الأمين، نظرة إنتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد8، 2018.

36- عبدالكريم رسول أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، المجلد 1، العدد 19، 2010.

37- د. نافع بحر سلطان، الضمان التشريعي لمبدأ قابلية التوقع في ميدان تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع) لكلية الحقوق ، جامعة تكريت، أيلول 2016، الجزء 2.

38- د. وسام توفيق عبدالله، مبادئ القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد(16)، العدد(57)، السنة(18)، 2013.

2- الإلكترونية

39- أمينة مقدسي ،استبعاد القانون الاجنبي في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة العويد، الجزائر، المجلد10، العدد(1)،أبريل-نيسان،2019، ص،1595 متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:

< https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/110>last visited(14-06-2021)

40- جمال الدين عطية، مسألة تقنين الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر، العدد 12، سبتمبر- أيلول ، 1977 ، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي: <<https://almuslimalmuaser.org>> last visited (13-03-2021).

41- د. محمد بوكماش و خلود كلاش، مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، جامعة العويد، الجزائر، العدد 2، السنة(14)، صيف 2017، ص139، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
<<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/202>> last visited (23-06-2021)

42- محمد خالد عوده، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص الفلسطيني "دراسة تحليلية"، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 45، ديسمبر-كانون الأول2020 ، ص94. متاح على العنوان الإلكتروني للمجلة:
<http://journals.jilrc.com/legal-depth-research> last visited(06-08-2021).

43- ود.كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، جامعة العويد، الجزائر، المجلد 6، العدد(2)، جوان-حزيران،2009، ص79 ، متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:
< https://www.asjp.cerist.dz/en/Articles/202> last visited(14-06-2021)

ثالثاً/ التشريعات

1- العراقية

44- دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

45- القانون المدني رقم (40) لسنة 1951.

46- قانون الأحوال الشخصية رقم(188) لسنة 1959 المعدل.

2- العربية

47- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم(25)لسنة 1920 المعدل.

48- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

49- القانون المدني السوري رقم(84) لسنة 1949.
50- مجلة الأحوال الشخصية التونسية المنقحة بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 وبالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفرى 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964.
51- القانون الكويتي رقم (5) لسنة 1961 المؤرخ 27 / 2 / 1961 بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
52- القانون المدني الأردني رقم(43) لعام1976.
53- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بالقانون عدد (97) لسنة 1998.