

# تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية

الأستاذ الدكتور عز الدين عبد الله  
أستاذ كرسي القانون الدولي الخاص  
والعميد السابق لكلية الحقوق  
بجامعة عين شمس

مقدمة — اختيار تشريع كل من الاتحاد السوفيتي وتشيكوسلوفاكيا وبولندا  
موضوعا للدراسة ، سبب هذا الاختيار .

**بإب تمهيدى :**

(أ) الأفكار العامة الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص  
في الدول الاشتراكية .

(ب) موضوع القانون الدولي الخاص ومصادره وطبيعة قواعده ، أهمية  
القواعد الموضوعية أو القواعد المباشرة في ميدان تنازع القوانين .

**الباب الأول :** كيفية أعمال قواعد الإسناد .

**الفصل الأول :** مشكلة التكييف .

**الفصل الثاني :** مشكلة الإحالة .

**الباب الثاني :** قواعد الإسناد .

**الفصل الأول :** قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية .

أولا - الحالة والإهلية .

ثانيا - روابط الأسرة : (أ) الزواج - (ب) علاقات الوالدين والأولاد .

ثالثا - الميراث والوصية .

**الفصل الثاني :** قواعد الإسناد في الأحوال العينية ، العقار ، المنقول ،

مشكلة التأميم .

**الفصل الثالث :** قواعد الإسناد في التصرفات والوقائع القانونية .

أولا - التصرفات القانونية

ثانيا - الوقائع القانونية

**الباب الثالث :** استبعاد تطبيق القانون الاجنبى .

**الفصل الأول :** الدفع بالنظام العام .

**الفصل الثاني :** الدفع بالغش نحو القانون .

## الباب الرابع : كيفية اعمال القانون الاجنبى :

- ١ - هل يطبق القاضى القانون الاجنبى من تلقاء نفسه .
- ٢ - اثبات القانون الاجنبى .
- ٣ - هل يخضع أعمال قاعدة الاسناد وأعمال القانون الاجنبى لرقابة المحكمة العليا .

\* \* \*

**مقدمة - اختيار تشريع كل من الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا موضوعا للدراسة ، سبب هذا الاختيار :**

١ - ظهرت مشكلة تنازع القوانين ، بصورة واضحة الحدود والمعالم ، فى القرن الثالث عشر فى شمال ايطاليا . وكان ظهورها فى مجال « العلاقات الخارجية » وعلى وجه أخص فى مجال « النشاط التجارى الخارجى » ، فيما بين وحدات اقليمية داخل البلد الواحد ، بحيث يوصف التنازع بين قوانين مختلف هذه الوحدات بأنه « تنازع داخلى » . وهو التنازع الذى عالجه فقهاء « نظرية الاحوال » فى عمق ، متخذين من عصارة الفكر مداد القلم ، تاركين لخلفائهم ثروة علمية بقيت على الزمن . عالجه فقهاء المدرسة الايطالية القديمة بطريقتهم التحليلية المتخيرة العالمية . وعالجه فقهاء المدرسة الفرنسية بطريقتهم التأصيلية غير المتخيرة الوطنية . وعالجه فقهاء المدرسة الهولندية بهذه الطريقة الثانية ، ولكنهم اختلفوا بما وصلوا اليه من نتائج عن فقه المدرسة الفرنسية . وما أشرف القرن السابع عشر على الانتهاء حتى استجدت صورة للعلاقات الخارجية أو النشاط التجارى الخارجى ، وهى العلاقات بين بلد وآخر . وجرى التنازع بين قانون بلد وقانون بلد آخر ، فتحقق تنازع القوانين فى صورته الدولية ، وأدركه فقهاء المدرسة الهولندية فعنوا بدراسته . وأخذت أهمية هذا التنازع فى الازدياد خلال القرن الثامن عشر . ثم حدث فى أواخر هذا القرن وفى أوائل القرن التاسع عشر ان انتصرت الثورات البورجوازية فى أوروبا وتحطمت النظم الاقطاعية ونشأت دول موحدةزادت العلاقات فيها بين بعضها والبعض ، ونشطت العلاقات الخاصة الدولية ونمت التجارة الخارجية واستقرت دعائم النظام الرأسمالى فى مجتمع أصبح الانتاج والاستهلاك يقدران فيه على المستوى الدولى .

وقد اتسمت مشكلة تنازع القوانين خلال هذه الحياة الجديدة بالسمات الآتية:  
 اولاً - ان العلاقات التى ينشأ بصدها تنازع القوانين هى علاقات أطرافها الاشخاص الطبيعيون أو الاشخاص الاعتبارية الخاصة . وثانياً - انها علاقات فى مجال الحقوق الخاصة ويحكمها القانون الخاص . وثالثاً - ان تنازع القوانين لا يتحقق الا بين قوانين بلاد يضمها « اشتراك قانونى » أى تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانونى وتكون فكرة العدالة عندها واحدة . وليس معنى توافر الاشتراك القانونى بين عدة دول تماثل النظم القانونية المقررة فيها ، والا لفقدت مشكلة تنازع القوانين أهميتها . كذلك فانه وان كانت وحدة المصدر التاريخى لقوانين عدد من الدول له أثره فى توافر الاشتراك القانونى فيما بينها ، الا أنه مما لا شك فيه أن توافر هذا الاشتراك

يتوقف أيضا على ما يجرى فى هذه الدول من تيارات خلفية واجتماعية واقتصادية وسياسية . كما أن الاختلاف فى المدنية بين دولة وأخرى اختلافا أساسيا . ينعقد معه الاشتراك القانونى بينهما . وقد جرى على السنة رجال الفقه قولهم « أن تنازع القوانين لا يتحقق الا بين قوانين تقوم على المبادئ المسلمة فى بلاد العالم المتمددين » . بمعنى أن قانون أية دولة لا يقوم على هذه المبادئ لا يصلح طرفا فى تنازع القوانين ، او على الاقل لا يمكن تطبيقه ولو قضت قواعد تنازع القوانين بتطبيقه . هذا القول الذى اتخذته محاكم بعض البلاد ، كفرنسا ، الى ما قبل الحرب العالمية الثانية ، أساسا لرفض تطبيق القانون السوفيتى .

٢ - وقد ظلت السمات المتقدمة ملازمة لمشكلة تنازع القوانين فى مختلف بلاد العالم الى أن انتصرت الثورة الاشتراكية فى روسيا مستحدثة نظما اجتماعية واقتصادية وقانونية استقرت فى الاتحاد السوفيتى وظلت حبيسة حدوده الى أن قامت الحرب العالمية الثانية ونشأت بعدها دول الديمقراطية الشعبية فامتدت اليها هذه النظم واستقرت فيها ، فى حدود مختلفة . وبذلك تغير وجه العالم ، فوجدت بجانب الدول الرأسمالية التى يقوم نظامها القانونى على احترام الملكية الخاصة دول اشتراكية يقوم نظامها القانونى على الملكية العامة أو الاشتراكية لوسائل الانتاج ، ويتغير موضوع القانون المدنى فيها ومضمون أنظمتها عما عليه الحال فى الدول الرأسمالية . وقد اقتضى هذا الوجه الجديد للعالم أن تقوم فى الحياة الدولية علاقات بين هذين النوعين من الدول ، وعلاقات فيما بين الدول الاشتراكية بعضها والبعض . وأصبحت مشكلة تنازع القوانين فى مجال هذه العلاقات وتلك لا تحتفظ بالسمات التقليدية السابقة الاشارة اليها . فلم يعد أطراف العلاقة التى تتنازع القوانين حكمها هم الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية الخاصة فحسب ، بل أصبح من بينهم الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهو أمر اقتضاه احتكار الدولة للتجارة الخارجية فى البلاد الاشتراكية ، ولم تعد الحقوق المتولدة من هذه العلاقات حقوقا خاصة يحكمها القانون الخاص فحسب ، إذ أنكر وصف « الخاص » لكل من « الحق » و « القانون » فى الدول الاشتراكية ، وهو أمر اقتضاه انكار الملكية الخاصة واقامة الملكية العامة لوسائل الانتاج فى هذه الدول . كذلك لم يعد تنازع القوانين مقصورا على الدول التى يضمها « اشتراك قانوى » بل أصبح هذا التنازع ممكنا قيامه بين قوانين دول لا يجمعها هذا الاشتراك . وقد اقتضى كل ذلك إعادة النظر فى الاسس التى تقوم عليها معالجة مشكلة تنازع القوانين عند الدول الاشتراكية . وقد بادر الفقهاء السوفيت بحمل هذا العبء ، ثم تبعهم فقهاء الدول الاشتراكية الأخرى مستفيدين من مجهود الأولين . وبات متعيينا على فقهاء القانون الدولى الخاص فى الجانب الآخر من العالم أن يوجهوا عنايتهم الى دراسة قواعد تنازع القوانين فى الدول الاشتراكية . وفى سبيل تحقيق هذه الغاية تقوم بهذا البحث متخبرين موضوعه - من بين قوانين هذه الدول - القانون السوفيتى والقانون التشيكوسلوفاكى والقانون البولونى . ويرجع هذا الاختيار الى أن القانون السوفيتى هو قانون الدولة الاشتراكية الاولى التى آتت - وفقا للنظرة الماركسية اللينينية - بناء الاشتراكية ، وهى بسبيل بناء الشيوعية ، وقد تأصل

افتراق نظمها القانونية عن النظم القانونية السائدة فى الدول الرأسمالية ، و طال على هذا الافتراق العهد . أما القانونان التشيكوسلوفاكى والبولونى فهما يمثلان قوانين الدول التى لا تزال فى مرحلة الانتقال من الرأسمالية إلى الاشتراكية ، وبعبارة أخرى لا تزال فى مرحلة بناء الاشتراكية . وهى دول لم يتم انفصال حاضرها عن ماضيها فى الميدان القانونى ، ولم يتأصل بعد افتراق نظمها القانونية عن النظم السائدة فى الدول الرأسمالية ولم يطل على هذا الافتراق العهد (١) وتتخذ قواعد تنازع القوانين فى القانون السوفيتى موضعاً لها المواد من ١٢٢ الى ١٢٩ التى يضمها القسم الثامن من التشريع المدنى السوفيتى الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، ليعمل به ابتداء من أول مايو سنة ١٩٦٢ بعنوان « مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة » . وهو تشريع يتناول المبادئ تاركاً التفاصيل لتصدر بها — فى حدود هذه المبادئ — القوانين المدنية لمختلف أجزاء الاتحاد والجمهوريات المتحدة (٢) أما قواعد تنازع القوانين فى القانون التشيكوسلوفاكى فيضمها تشريع « القانون الدولى الخاص والمرافعات » . الصادر فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٦٣ ليعمل به ابتداء من أول أبريل سنة ١٩٦٤ (٣) . وتأتى قواعد تنازع القوانين فى القانون البولونى فى تشريع « القانون الدولى الخاص » الصادر فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ليعمل به ابتداء من أول يولية سنة ١٩٦٦ (٤) .

(١) راجع فى هذا المعنى مقال Kazimierz Grzybowski عن مشروع القانون المدنى البولندى ، ومقال Lasok عن القانون الدولى الخاص البولندى وهما منشوران فى مجموعة Law in Eastern Europe التى يصدرها مركز وثائق قوانين أوروبا الشرقية بجامعة « ليدن » بهولنده . المجلد ٦ طبعة سنة ١٩٦٢ ص ١١ و ١٢١ على التوالى .

(٢) راجع الترجمة الإنجليزية للمواد المشار إليها فى المجلد رقم ٧ من المجموعة التى يصدرها مركز وثائق قوانين أوروبا الشرقية بجامعة « ليدن » بعنوان Law in Eastern Europe ، ص ٢١٧ . وراجع ترجمتها بالفرنسية فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص Revue critique de dr. int. pr. عدد ٤ سنة ١٩٦٤ ص ٨١٠ .

(٣) راجع الترجمة الفرنسية لهذا القانون فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص Revue Critique de dr. in. pr. عدد ٣ سنة ١٩٦٥ ص ٦١٤ .

(٤) راجع الترجمة الفرنسية لهذا القانون فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص عدد ٢ سنة ١٩٦٦ ص ٢٢٢ .

## باب تمهيدى

(١) الافكار العامة الاساسية التى يقوم عليها القانون الدولى الخاص فى الدول  
الاشتراكية :

٣ - عندما انتصرت الثورة الاشتراكية الروسية واستقر النظام السوفيتى، أحاطت دول الاقتصاد الحر الاتحاد السوفيتى بما عرف باسم «الستار الحديدي» . ومع ذلك فقد حرص السوفيت من أول الامر على المساهمة فى الحياة الدولية ، وأدركوا أهمية التجارة الخارجية بالنسبة لهم، وهى تجارة تحتكرها الدولة ، كما أنها هى الميدان الرئيسى الخصب لتنازع القوانين . وصارت العلاقات التى يتناولها هذا التنازع طرفها من جانب (الاتحاد السوفيتى) الدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة ، تنكر نظمه وصف «الخاص» بالنسبة للقانون وللحق . وطرفها من الجانب الاخر ( دول الاقتصاد الحر) الاشخاص الطبيعيون أو الاشخاص الاعتبارية الخاصة ، تتمسك نظمه بوصف « الخاص » للقانون وللحق .

وقد قدر السوفيت وهم يمارسون التجارة الخارجية ويعالجون مشكلة تنازع القوانين عدة أمور وهى : أولاً - افتراق نظمهم القانونية عن النظم القانونية المقابلة لها فى الدول الرأسمالية ، مثل نظام الملكية ونظام الاسرة ، ونظام التجارة الخارجية . وثانياً - كون العلاقات التى يحكمها القانون الدولى الخاص يتمثل فيها الصراع والتعاون بين الدول الاشتراكية والدول الرأسمالية . وثالثاً - أن وظيفة القانون الدولى الخاص هى تحقيق التعايش بين نظم قانونية مختلفة ، الملكية والاسرة والتجارة الخارجية ، فى علاقات طرفها من جانب الدول الاشتراكية مؤسسات عامة ، وطرفها من جانب الدول الرأسمالية أشخاص القانون الخاص (١) ( وستنجلي فكرة التعايش هذه عند عرض معالجة الفقه السوفيتى مشكلة التكييف والنظام العام ) . وبجانب تقدير هذه الامور جرى فى ذهن السوفيت سوء المظنة بالقانون الدولى الخاص فى الدول الرأسمالية ، فهم قد حسبوا ان هذه الدول اتخذت من قواعد قوانينها الدولية الخاصة وسيلة لنبدق قوانين الاتحاد السوفيتى وأخذها على قطيعة وجفاء . ليست محاكم هذه الدول هى التى جرت - الى ما قبل الحرب العالمية الثانية - على رفض تطبيق القانون السوفيتى عندما تقضى قواعد الاسناد فى

(١) راجع Kazimierz Grzybowski فى مؤلفه فى القانون الدولى الخاص السوفيتى المجلد رقم ١٠ من مجموعة Law in Eastern Europe المشار اليها ص ٨ و ١٦ وما بعدها وأيضاً Szaszy فى مقاله فى « تطور المبادئ العامة للقانون الدولى الخاص فى دول الديمقراطية الشعبية » ، فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص عدد ١ سنة ١٩٦٣ ص ١ و ١٥ .

قانون القاضى بتطبيقه حملا على أن ذلك القانون « يهدد أهم المبادئ الأساسية التى تقوم عليها القوانين الحديثة ، وهو مبدأ احترام الملكية الخاصة ، ومن ثم فهو لا يستفيد من قواعد تنازع القوانين » . وليس فقهاء هذه الدول هم الذين أقاموا شرطا فى قانون أية دولة حتى يدخل طرفا فى تنازع القوانين ، مؤداه أنه يجب ان يكون هذا القانون قائما على « المبادئ المسلمة فى بلاد العالم المتقدمين » . وألم تتخذ نظرية التكييف والدفع بالنظام العام وسيلة لمسح النظم السوفيتية واستبعاد تطبيقها لدى محاكم تلك الدول ، مثل انكار وصف « الزواج » على الزواج السوفيتى واعتباره أقرب الى معاشره الخلان ، ومثل اعتبار قوانين التأميم السوفيتية قوانين عقابية لا تمتد خارج الإقليم السوفيتى ، ومثل عدم الاعتراف بالوجود القانونى للمؤسسات السوفيتية .

على أن حرص السوفيت على مزاوله التجارة الخارجية مع دول الاقتصاد الحر ، ومراعاة الامور التى قدروها على النحو السابق بيانه ، قد جعلهم يحرصون على تحقيق قدر من « التصالح » بين قواعد القانون الدولى الخاص السوفيتى وقواعد القانون الدولى الخاص فى دول الاقتصاد الحر ، وأن تكون الصورة العريضة للقانون الدولى الخاص السوفيتى « مشابهة » ، للصورة العريضة للقوانين الدولية الخاصة لهذه الدول . على أنه مهما يكن من أمر ذلك « التصالح » وهذا « التشابه » ومهما يكن من أمر السعى الى تحقيق « التعايش » . بين نظم قانونية مختلفة ، فان « نظرية القانون الدولى الخاص السوفيتى » يجب أن تبدأ من مراعاة السياسة الخارجية للاتحاد السوفيتى وأن تتحدد قواعده حسب مختلف وجوه هذه السياسة التى تتمثل فى المحافظة على السلام الدولى ، والاعتراف بالمساواة فى السيادة والحقوق بين الدول ، وتدعيم التعاون الدولى المبني على احترام وسيادة الشعوب واحترام حقوق ومصالح الاطراف فى هذا التعاون ، وكذلك الاعتراف بحقوق الدولة الاشتراكية فى احتكار التجارة الخارجية . وبالنسبة للدول الاشتراكية تبادل المساعدة فيما بين بعضها البعض والتنسيق بين مصالحها . وحماية المصالح الخاصة الاجنبية ، مهما كان أمرها ، لا تقف حائلا امام حماية المصالح الوطنية للاتحاد السوفيتى (١) .

هذه هى الافكار العامة الأساسية التى يقوم عليها القانون الدولى الخاص السوفيتى . وقد قام الفقه بدور هام فى بنائها وتطويرها وتجديتها وانزالها على مختلف جوانب هذا الفرع من فروع القانون ، مما سنعرض له عند دراسة مصادره . وجاءت قمة التطور التشريعى فى نطاق هذه الافكار مترجمة فى النصوص الخاصة بتنازع القوانين والواردة فى المواد من ١٢٢ الى ١٢٩ من « مبادئ التشريع المبنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة » السابقة الاشارة اليه ، وفى النصوص الخاصة بتنازع الاختصاص القضائى والواردة

(١) راجع Szaszy فى مقاله المشار اليه فى المجلة الانتخابية للقانون الدولى الخاص عدد ١ سنة ١٩٦٢ ص ١٥ .

في المواد من ٥٩ الى ٦٤ من تشريع «مبادئ المرافعات المدنية للاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة» الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٦٢ ليعمل به ابتداء من أول مايو سنة ١٩٦٢ . وقد كان المشرع السوفيتي في معالجة قواعد القانون الدولي الخاص على هذا الوجه حذرا وضمننا بالنصوص لما سنبينه من الاسباب عند عرض مصادر هذا الفرع من فروع القانون .

٤ - هذا عن الاتحاد السوفيتي . واذا ما انتقلنا الى تشيكوسلوفاكيا وبولندا وجدناهما في ظروف تختلف عن الظروف التي وجد فيها الاتحاد السوفيتي . فأولا - لم تقع هاتان الدولتان تحت ضغط الستار الحديدي الذي حاصر الاتحاد السوفيتي قبل الحرب العالمية الثانية ، وذلك بالنظر الى دخولهما في نطاق دول الديمقراطية الشعبية بعد هذه الحرب . وثانيا - أن هاتين الدولتين لاتزالان في مرحلة الانتقال من الرأسمالية الى الاشتراكية ، على خلاف الاتحاد السوفيتي الذي أتم بناء الاشتراكية وهو بسبيل بناء الشيوعية . وقد احدث هذا الاختلاف في الظروف أثره في اقتراح القانون الدولي الخاص السوفيتي عن كل من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي والقانون الدولي الخاص البولوني . فبينما يتسم الاول بالحذر والفقر في النصوص التشريعية واتساع الشقة بين ماضيه وحاضره ، نجد كلا من الثاني والثالث يتجرد من هذه السمات فنصوصه كثيرة ولم تتسع بعد الشقة بين ماضيه وحاضره . والذي حدث في تشيكوسلوفاكيا أن المشرع أصدر في سنة ١٩٤٨ «القانون الدولي الخاص ومركز الاجانب في مواد القانون المدني» ثم حدث بعد صدوره أن فقد القطاع الخاص دوره الكبير في الميدان الاقتصادي وتم احتكار الدولة للتجارة الخارجية ، وصدر التقنين المدني الجديد في سنة ١٩٥٠ ، وصدر دستور جديد في سنة ١٩٦٠ . وازاء كل ذلك كان لا بد من تعديل القانون الدولي الخاص فصدر في ٤ ديسمبر سنة ١٩٦٣ تشريع « القانون الدولي الخاص والمرافعات » وهو يضم قواعد كل من تنازع القوانين ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي ، وكانت هذه الاخيرة - من قبل - واردة في تقنين المرافعات . وقد استبقى المشرع في قانون سنة ١٩٦٣ البعض من أحكام قانون سنة ١٩٤٨ واستحدث الجديد الذي اقتضاه تغيير النظم القانونية والاقتصادية (١) .

وفيما يتعلق ببولندا ، كان قد صدر فيها في سنة ١٩٢٦ قبل التحول الاشتراكي ، قانون خاص بتنازع القوانين بعنوان « القانون الواجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية » . وفي أول يناير سنة ١٩٦٥ بدأ العمل بالتقنين المدني وتقنين المرافعات الجديدين وقد امتد تيار التغييرات التشريعية التي تقتضيها النظم الاجتماعية والاقتصادية الجديدة في الدولة الى ميدان القانون الدولي الخاص . وبدأ العمل في هذا الميدان بمشروع تمهيدي وضعه الاستاذ ( K. Przybyłowski ) في سنة ١٩٥١ . ثم شكلت لجنة لدراسته في سنة ١٩٥٦ وأخرجت اللجنة مشروعها في سنة ١٩٦١ ليعرض على

(١) راجع تعليقا على القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي عقب نصوصه المنشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص عدد ٣ سنة ١٩٦٥ ص ٦٣١ .

الناقشة العامة . وفي ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٥ صدر القانون الدولي الخاص « ليعمل به ابتداء من أول يولية سنة ١٩٦٦ . وجاءت نصوصه ضامة لقواعد تنازع القوانين دون غيرها من قواعد القانون الدولي الخاص ، واستقيت بعض أحكامها من أحكام قانون سنة ١٩٢٦ المشار إليه . وينوه الشراح بأن طول مدة اعداد هذا القانون الجديد تعبر عن الصعوبات التي واجهت القائمين باعداده ، وهي صعوبات واجهت مشرعى سائر دول الديمقراطية الشعبية الذين اقدموا على تغيير التشريع بما يوائم النظم الاجتماعية والاقتصادية الجديدة (١) .

٥ - ومهما يكن من أمر وجود الخلاف بين القانون الدولي الخاص السوفيتي من ناحية ، وبين القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي والقانون الدولي الخاص البولوني من الناحية الاخرى ، فلا شك أن هناك من الافكار العامة الاساسية ما يسود هذه القوانين جميعا ، بل ويسود القوانين الدولية الخاصة لسائر دول الديمقراطية الشعبية ، وهي : **أولا** : أن تتحدد قواعد القانون الدولي الخاص بمراعاة مقتضيات السياسة الخارجية للدولة ، وقد سبق بيانها . **وثانيا** : أن تحقق هذه القواعد التعايش بين نظم قانونية مختلفة ، يقوم جانب منها في دول الاقتصاد الحر ، ويقوم الجانب الاخر في الدول الاشتراكية . وهو تعايش ينهض على اساس المعاملة بالمثل في مجال التعاون الدولي بين هذه الدول وتلك . وتقتضى هذه المعاملة أن تعترف دول الاقتصاد الحر بما تجرى عليه الدول الاشتراكية من الملكية الجماعية لوسائل الانتاج واحتكار التجارة الخارجية . ولا تقتصر المعاملة بالمثل على ميدان نشاط الدولة في التجارة الخارجية بل أنها تمتد الى مجال مركز الاجانب في الدولة ، بمعنى أنه يجب أن تعترف الدول الرأسمالية للتابعين للدول الاشتراكية بالحقوق التي تقرها لرعاياها . وذلك بالمقابلة لما تجرى عليه الدول الاشتراكية من قاعدة كفاءة « النظام الوطني » للاجانب في اقليمهما ( régime national ) **وثالثا** : أن تجرى الدولة على مبدأ عدم التفرقة في تطبيق القوانين الاجنبية بين قوانين الدول الرأسمالية والدول الاشتراكية . **ورابعا** : الحد من مجال أعمال الدفع بالنظام العام وأن لا يتخذ هذا الدفع وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي لدى قاضي الدولة الاشتراكية لمجرد كونه قانون دولة رأسمالية ، أو لاستبعاد تطبيقه لدى قاضي الدولة الرأسمالية لمجرد كونه قانون دولة اشتراكية (٢) .

(١) راجع تعليق Wyrwa على نصوص القانون الدولي الخاص المنشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص عدد ٢ سنة ١٩٦٦ ص ٢٢٧ .  
(٢) راجع Szaszy في مقاله المشار اليه المنشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص وكذلك مؤلفه Private int. law in the European peoples democracies طبعة سنة ١٩٦٤ ص ١٥ . وايضا Lunz في مقاله « قواعد تنازع القوانين في تشريع مبادئ القانون المدني في الاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة » منشور في المجلة المشار اليها عدد ٤ سنة ١٩٦٤ ص ٦٢٩ .

وليس ثمة من شك في أن هذه الافكار العامة تنبسط آثارها على مختلف جوانب القانون الدولي الخاص . فهي تتناول موضوعه ومصادره وطبيعته قواعده ، ثم تمتد الى نظرية التكيف ومشكلة الاحالة وقواعد الاسناد ذاتها وحالات استبعاد القانون الاجنبى الواجب التطبيق بالدفع بالنظام العام أو بالدفع بالغش نحو القانون ، وتمتد أخيراً الى كيفية اعمال القانون الاجنبى الذى تقضى قاعدة الاسناد بتطبيقه . وعلينا انن أن نتناول هذه المسائل تباعاً فيما يلى . وانه لجدير بالذكر قبل هذا البيان ما يقرره الفقه القانونى الماركسى من تعريف القانون بأنه «التعبير عن ارادة الطبقة الحاكمة ، أو التعبير عن ارادة الشعب» . وأن عملية انشاء القانون أو تعديله أو اصلاحه ، ان هى الامجرى اجتماعى تتمثل فيه الطبقة الحاكمة ما يجب أن يكون على أساس التعرف على ما هو كائن ، ويتحول الشعور به الى ارادة كامنة لاتلث ان تصبح ارادة معلنة ، هى القاعدة القانونية . ويتولد تطور القانون فى الجماعة من « الجدلية » فى العلاقة بين القانون والروابط الاجتماعية التى يحكمها . وهى جدلية تكمن فى كون القانون المعمول به غير متغير ، فى حين ان الروابط الاجتماعية متغيرة على الدوام . واذا كان القانون يتحدد بالروابط الاجتماعية (وبالتالى بالروابط الاقتصادية) الا أنه يؤثر بدوره فى هذه الروابط وفى تحركها التاريخى (١) . ولكى يكون اصلاح القانون مفيداً يجب أن يركز على التحقق من الحاجة اليه . ويشترط لاصلاح القانون فى الدول الاشتراكية اجراء تحليل علمى للبواعت الدافعة اليه . ويبدأ هذا التحليل بالمعرفة العميقة بالروابط الاجتماعية التى سوف يحكمها القانون الجديد وبأثر القانون القائم عليها . هذا وينوه الفقهاء بالتفرقة بين الثورة القانونية ( la révolution juridique ) وبين « اصلاح القانون » ( la réforme du droit ) . فبينما الاولى — بوصفها جزءاً من الثورة الاجتماعية — هى تغيير طابع أو خصائص النظام القانونى كله فى الدولة ، نجد الثانى لا يقتضى هذا التغيير ، بل يقف عند حد اجراء تعديلات — قلت أو كثرت — فى الاصول أو المبادئ القانونية . وكان الفارق بين الاثنى ان ليس مجرد فارق « كمى » (٢) بل هو فارق « كفى » (٣) .

(ب) موضوع القانون الدولي الخاص ومصادره وطبيعته قواعده :

## ٦ - موضوع القانون الدولي الخاص

من المعروف أن الخلاف يجرى عند الفقه فى دول الاقتصاد الحر حول موضوع القانون الدولي الخاص . فهو فى بعض الدول ، مثل ألمانيا والنظر الغالب عند الفقه الايطالى ، مقصور على تنازع القوانين . وهو فى البعض الاخر من الدول يشمل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى ، كما هو الشأن فى البلاد الانجلو أمريكية . ويمتد موضوع القانون الدولي فوق ذلك ،

(١) راجع فى ذلك Knapp فى مقال

La technique de la réforme du droit dans les pays socialistes

المنشور فى Revue int. de droit comparé عدد ١ سنة ١٩٧٠ ص ٥ وما بعدها .

différence de quantité (٢)

différence de qualité (٣)

فى طائفة ثالثة من الدول ليشمل الجنسية والموطن ومركز الاجانب ، كما هو الشأن فى فرنسا وبلجيكا وأسبانيا . وفى نطاق تنازع القوانين يجرى خلاف فيما اذا كان ما يدخل منه فى موضوع القانون الدولى الخاص هوالتنازع الدولى وحده ، مما عليه الحال فى غالبية بلاد القارة الاوربية أم أنه يدخل فى هذا الموضوع ، فوق ذلك ، التنازع الداخلى ، مما عليه الحال فى البلاد الانجلو أمريكية .

وإذا انتقلنا الى دول الديمقراطية الشعبية ، وجدنا هذه الوجة من الخلاف فى موضوع القانون الدولى الخاص ، ولا يزال الفقه موزع الرأى فى شأنه . ففى الاتحاد السوفيتى نجد من الفقهاء من يدخل فى هذا الموضوع الجنسية ومركز الاجانب وتنازع القوانين ( مثل A. G. Gohbarb ) ونجد منهم من يجعل هذا الموضوع مقصورا على تنازع القوانين ومركز الاجانب ( مثل Lunz ) . ويجرى خلاف مماثل عند الفقه فى تشيكوسلوفاكيا وبولنده وسائر دول الديمقراطية الشعبية (١) . ومهما يكن من أمر هذه الخلافات فلا شك أن الحد الأدنى لموضوع القانون الدولى الخاص هو تنازع القوانين (٢) . وتنازع القوانين الذى يدخل فى موضوع القانون الدولى الخاص فى كل من الدول الثلاث هو التنازع الدولى . وفيما يتعلق بالمواد التى يتناولها هذا التنازع نجد أن القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر فى سنة ١٩٦٣ ينص فى المادة الاولى منه على أن « الغرض من هذا القانون هو تحديد القانون الذى يحكم علاقات القانون المدنى وعلاقات الاسرة وعلاقات العمل وغيرها من العلاقات المشابهة التى تحتوى على عنصر دولى . . . . . » . كما تقضى المادة الاولى فقرة ١ من القانون الدولى الخاص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ بأن « يحدد هذا التشريع القانون الواجب التطبيق فى العلاقات الدولية للأشخاص والاموال فى مجال القانون المدنى وقانون الاسرة والوصاية وكذلك فى مجال قانون العمل » . وسبب ايراد كل من النصين على هذا الوجه هو اختلاف مدلول اصطلاح القانون المدنى فى هاتين الدولتين ، وفى سائر دول الديمقراطية الشعبية عنه فى دول الاقتصاد الحر وكذلك هجر وصف « الخاص » فى تلك الدول ، للقانون أو للحق . كذلك فإن نصوص تنازع القوانين الواردة فى تشريع « مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة ، الصادر فى سنة ١٩٦١ » إنما تسرى على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى والداخلة فى نطاق هذا التشريع . والواقع أنه فى دول الديمقراطية الشعبية ، وعلى خلاف دول الاقتصاد الحر ، قد جرى اعتبار كل من قانون الاسرة وقانون العمل فرعا قائما بذاته مستقلا عن القانون المدنى . ومع ذلك فالقانون الدولى الخاص فى تلك الدول يحكم العلاقات

(١) راجع Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ٢٣ .

(٢) ويضم تشريع مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٦١ نصا يعالج التنازع الداخلى بين القوانين هو نص المادة ١٨ منه ، ومما تضمه من قواعد ما يماثل قواعد التنازع الدولى ، مثل قاعدة خضوع المسال لقانون موقعه . أما فى بولنده وتشيكوسلوفاكيا فلا مجال للتنازع الداخلى بعد دخولها فى الكتلة الشرقية .

المشتبهة على عنصر أجنبي ، سواء أكانت من علاقات القانون المدني أم قانون الأسرة أم قانون العمل بحسب مفهوم كل منها فيها (١) .

## ٧ - مصادر القانون الدولي الخاص

المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص ، وفقا لما هو سائد في مختلف بلاد العالم هي التشريع والعرف والاتفاقات الدولية ، يضاف إليها القضاء في بلاد السابقة القضائية مثل بريطانيا . على أن أهمية هذه المصادر ليست على سواء في مختلف موضوعات القانون الدولي الخاص ، كما أن أهمية الواحد منها أو الآخر قد تغيرت على الزمن . مثل ذلك أن العرف ظل هو المصدر الهام لقواعد تنازع القوانين حتى منتصف القرن الثامن عشر . ثم أخذت هذه الأهمية تقل بقدر نشاط المشرع . وما أن انتهى القرن التاسع عشر وبدأ القرن العشرون إلا وقد تم انتزاع التشريع من العرف المكان الأول بين مصادر هذا الفرع من فروع القانون ، وأصبح العرف في كثير من قواعده مجرد مصدر تاريخي للتشريع ، وإن بقي خارج هذا النطاق مصدرا رسميا .

### ( أ ) مصادر القانون الدولي الخاص في الاتحاد السوفيتي :

وهذه النظرة العامة في مصادر القانون الدولي الخاص كانت تصدق على روسيا القيصرية . وكانت هذه الدولة في أواخر أيامها مضطربة بحركة اصلاح تشريعي وتم اعداد مشروع تمهيدى للقانون المدني ضم العديد من النصوص التي تعالج تنازع القوانين ، ولكن الثورة الاشتراكية هبت وانتصرت قبل صدوره . وحدث في السنوات الاولى لللاحقة لهذه الثورة ان لم يتجه النظر نحو وضع قواعد لتنظيم التجارة الخارجية سعيا الى تحقيق التعاون الاقتصادي مع الدول الاخرى ، مما ترتب عليه ابداء القلة من العناية بمشكلة تنازع القوانين . وحدث أيضا تحت تأثير الظروف التي سادت الاتحاد السوفيتي في تلك السنوات أن أبدى رجال القانون قلة في العناية بدراسة مصادر القانون ، وقدروا أن الاتفاقات الدولية والعرف الدولي سيعبران لفترة ما أهم المصادر لقواعد تنازع القوانين . ولكن ما أن اكتمل بناء النظام القانوني السوفيتي المترتب على النظم الاجتماعية والاقتصادية الجديدة إلا واتخذ التشريع مكانته بين مصادر القانون الدولي الخاص السوفيتي . وأصبح المتردد على السنة رجال الفقه السوفيتي أن مصادر هذا الفرع من فروع القانون هي : الاتفاقات الدولية والعرف الدولي والتشريع الداخلى والقضاء وخاصة قرارات « لجان التجارة الخارجية والتحكيم البحري » (٢) .

### ١ - الاتفاقات الدولية والتشريع :

على أن هذه المصادر ليست على سواء من حيث النطاق والأهمية . وأخذنا بهذا الاعتبار تجيء الاتفاقات الدولية في مكان الصدارة منها . وذلك لسببين ،

(١) راجع في ذلك Szaszy في مؤلفه المشار إليه ص ٣٣٦ و ٣٤١ .  
 (٢) راجع Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٤٤ ، أيضا Szaszy في مقاله في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص والسابقة الإشارة إليه ص ١٨ .

توافر أولهما قبل الحرب العالمية الثانية وتوافر ثانيهما بعدها . فقبل هذه الحرب كانت الاتفاقات الدولية هى الوسيلة الفعالة التى ينفذ بها الاتحاد السوفيتى الى ميدان التجارة الخارجية مع دول عالم الاقتصاد الحر . وقد شارك فى عدد قليل من الاتفاقات الدولية الجماعية ، سواء منها ما يضم قواعد اسناد أو قواعد موضوعية موحدة أم خليطا من هذين النوعين ، مثل اتفاقات بروكسل الخاصة بالملاحة البحرية والمعقودة فى سنة ١٩١٠ واتفاق وارسو الخاص بالنقل الجوى والمعقود فى سنة ١٩٢٩ واتفاقات جنيف الخاصة بالأوراق التجارية والمعقودة فى سنة ١٩٣٠ . كذلك عقد الاتحاد السوفيتى عددا من الاتفاقات الثنائية مع دول الاقتصاد الحر مثل ألمانيا وإيطاليا والنرويج وتركيا ، تتناول الملكية الانببية والصناعية ( وخاصة العلامات التجارية ) والتجارة الخارجية والنقل البحرى . هذا هو شأن الاتفاقات الدولية بنوعها قبل الحرب العالمية الثانية . أما بعد هذه الحرب — فبجانب ما شارك فيه الاتحاد السوفيتى من قليل من الاتفاقات الجماعية ومن عدد من الاتفاقات الثنائية مع دول الاقتصاد الحر — انفتحت آفاق جديدة لابرام الاتفاقات الدولية ، الا وهو نطاق دول الديمقراطية الشعبية التى لجأت الى هذه الاتفاقات فى مجال التجارة الخارجية بصفة خاصة والمعاملات الدولية بصفة عامة . وهى تعالج مشكلة تنازع القوانين فى الاغلب بقواعد موضوعية تحكم العلاقة المختلطة بصفة مباشرة ، وفى الاقل بقواعد تنازع قوانين تعين القانون الواجب التطبيق . ومن أهم الاتفاقات الجماعية فى هذا الصدد التى شارك فيها الاتحاد السوفيتى مع دول الديمقراطية الشعبية اتفاق « الشروط العامة لتسليم البضائع » (١) المعقود فى سنة ١٩٥٨ ، وهو يضم قواعد موضوعية تحكم مسائل التجارة الخارجية وقاعدة اسناد تقضى بتطبيق قانون البائع فى كافة المسائل التى لا يتناولها الاتفاق ولا يتناولها بتنظيم كاف (٢) . ومن الاتفاقات الثنائية الهامة التى عقدها الاتحاد السوفيتى مع مختلف دول الديمقراطية الشعبية وعقدت فيما بين هذه الدول بعضها والبعض « اتفاقات المساعدة القضائية فى المواد المدنية والتجارية » (٣) وموضوعها أوسع مما ينم عنه عنوانها ، نهى تعالج ، بجانب مسائل المساعدة القضائية والانابة القضائية ، مسائل مركز الاجانب ومسائل الاحوال الشخصية وخاصة روابط الاسرة وكذلك مسائل الميراث ، وتضم قواعد اسناد فى شأنها (٤) . والاتفاقات الثنائية تكاد تكون متماثلة فى أحكامها فيما عدا استثناءات قليلة .

على هذا النحو عظم شأن الاتفاقات الدولية بوصفها مصدرا للقانون الدولى الخاص ، وعلى وجه أخص بوصفها مصدرا لجانب من مسائله وهى مشكلة تنازع القوانين ، بالنسبة للاتحاد السوفيتى وبالنسبة لسائر دول الديمقراطية

(١) Conditions générales de livraison de marchandises.

(٢) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٤٦ .

(٣) Conventions sur l'assistance judiciaire civile et commerciale.

(٤) راجع Szaszy فى مقاله فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص السابقة

الإشارة اليه عدد ١ سنة ١٩٦٣ ص ٢٢ .

الشعبية . فبفضل هذه الاتفاقات حلت مشاكل العلاقات المختلطة على خير وجه ، بما تضمنه من قواعد موضوعية مباشرة تحكم هذه العلاقات وبما تضمنه من قواعد اسناد موحدة تبين القانون الواجب التطبيق فيما لا تخصه منها قواعد موضوعية . ولهذا كله سبقت الاتفاقات التشريعية فى الاهمية بين مصادر القانون الدولى الخاص . على أنه منذ الاربعينات أخذ التشريع يعلو فى مدارج الاهمية بين هذه المصادر ، وذلك لان الحكومة السوفيتية بدأت فى ابراز اهمية التشريع السوفيتى فى مجال المعاملات الدولية وربما كان مرجع ذلك المكانة الجديدة التى تبوأها الاتحاد السوفيتى فى الحياة الدولية بعد الحرب العالمية الثانية . ولذلك فاننا نجد الكثير من النصوص التشريعية التى تتعلق بمركز الاجانب فى الاتحاد السوفيتى ، وبحالة السوفيت ، أفرادا ومنظمات اقتصادية ، فى الخارج ، ونجد نصوصا تتعلق بتنازع القوانين فى مجال التجارة الخارجية وسائر المعاملات الدولية . وجاء تشريع « مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة » الصادر فى سنة ١٩٦١ ضاماً لنصوص تنازع القوانين فى العلاقات التى يحكمها القانون المدنى ، كما جاء تشريع « مبادئ المرافعات المدنية للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة » الصادر فى سنة ١٩٦٢ ضاماً لنصوص تنازع الاختصاص القضائى الدولى (١) .

## ٢ - العرف :

وأذا ما وصلنا الى العرف ، وجدنا أن الفقه السوفيتى يرى أن « العرف الدولى » يعتبر مصدراً من مصادر القانون الدولى الخاص ، وذلك بشرط أن

(١) راجع Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٥٦ . هذا وينوه الشراح بأن المشرع السوفيتى ظل لفترة طويلة لا يساهم فى تطور القانون الدولى الخاص ، وذلك لان التجارة الخارجية كانت محكومة ، وخاصة فى العهد الستالينى بالتنظيمات والتعليمات الادارية ، وكانت المشاكل القانونية تعالج بمناسبة ظهورها ، وذلك بجانب أحكام الإنفاذ الدولية . ولما بدأت ممارسة التجارة الخارجية بواسطة الممثلين التجاريين للاتحاد السوفيتى فى الخارج ظهرت أهمية مشكلة تنازع القوانين وفرصة تطبيق قواعد تنازع القوانين والخضوع للقضاء الاجنبى . وعندما أخذت مؤسسات التجارة الخارجية فى موسكو تمارس هذه التجارة جاءت فرصة التنازع مع القانون السوفيتى وكثر الالتجاء الى التحكيم . هذا وينوه الفقهاء السوفيت بان قواعد تنازع القوانين التى يضمها تشريع مبادئ القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٦١ أن هى الا تقنين لما جرى عليه القضاء ولجان التحكيم ، وبهأن هذه القواعد لا تتناول الا الاكثر أهمية من مسائل تنازع القوانين ، ويبقى بعدها عدد آخر من المسائل ليس له حل تشريعى . ولا مناص من سد هذا النقص بالرجوع الى حكم المادة ١٢ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية التى تقضى فى فقرتها الثانية بأن « تطبق المحكة قواعد القانون الاجنبى التى يوجب التشريع ( أى التشريع السوفيتى ) تطبيقها » وتضيف فقرتها الثالثة « اذا لم يوجد تشريع يحكم العلاقة محل النزاع ، تطبق المحكة التشريع الذى يحكم العلاقات المماثلة لها ، فان لم يوجد تقضى المحكة بما يتفق مع روح التشريع وبمبادئه العامة » . وتأسيساً على هذا النص اذا لم يجد القاضى قاعدة تشريعية تعين القانون الواجب التطبيق ، وعين هذا القانون حسب ما تقضى به المبادئ العامة للقانون السوفيتى ويختار الحل الذى يتفق ونكرة التسامح والتعايش بين دول مختلفة نظماً الاجتماعية والاقتصادية ، مما قد يؤدى الى الاعتراف بحقوق مدنية تستند الى تشريع اجنبى . راجع فى ذلك Lunz فى مقاله « قواعد الاسناد فى تشريع مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة » منشور فى Revue Critique de dr. int. privé عدد ٤ سنة ١٩٦٤ ص ٤٢ .

يقره الاتحاد السوفيتى ، بادماجه فى تشريع أو فى اتفاق دولى أو بتطبيقه لدى القضاء أو لجان التحكيم للتجارة الخارجية . وتوافق هذا الشرط هو الذى يجعل العرف الدولى جزءاً من النظام القانونى السوفيتى (١) . وهذا الوضع يقرب مما تراه غالبية رجال الفقه فى دول الاقتصاد الحر من أن القول بوجود قواعد من قواعد القانون الدولى الخاص مصدرها « العرف الدولى » ليس معناه أن الدول تلتزم التزاماً دولياً بهذه القواعد ، وإنما معناه هو « شيوعها » فى دول الجماعة الدولية ، فهو فى حقيقته « عرف شائع » وليس عرفاً دولياً . وهو ملزم داخل الدولة باعتباره جزءاً من قانونها الوضعى ، لا باعتباره عرفاً دولياً . ولذلك فلا غرابة فيما يقوله الشراح من أن العرف الدولى لا يلزم إلا عندما يتناولوه القضاء الوطنى بالصقل والضبط فيصبح مصدراً وطنياً . وما يقولونه من أن المشرع الوطنى يستطيع أن يخالف القاعدة التى تصدر عن العرف الدولى فيلزم القاضى بتطبيق التشريع ضارباً الصفح عن قاعدة العرف ، وهذه أقوال ينتج منها أن ما يسمونه عرفاً دولياً ليس مصدراً لقانون دولى وضعى ( droit positif international ) بل مصدر لقانون موحد فى دول العالم أى لقانون عالمى ( droit universel ) (٢) وينوه بعض الشراح بأن الفقه فى دول الديمقراطية الشعبية فى القارة الأوروبية ينكر كون العرف الداخلى مصدراً للقانون ، لأن القانون عنده هو القانون المكتوب .

### ٣ - القضاء :

وفىما يتعلق بالقضاء فالاصل أنه ليس مصدراً للقانون . على أن بعض رجال الفقه يرى أن المحاكم العليا فى الاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة وهى تمارس وظيفة شبه تشريعية فيما تصدره من قواعد توجيهية للمحاكم ولرجال القانون ، يعتبر قضاؤها ، فى هذه الحدود ، مصدراً للقانون الدولى الخاص . وينوه الفقه أيضاً بأهمية قرارات لجان التحكيم الخاصة بالتجارة الدولية واعتبارها مصدراً لقواعد هذا القانون ، فهى مرتفعة المستوى فى تشكيلها ، وهى مجال يتحقق فيه الاتصال بالقوانين الاجنبية وباحكام المحاكم الاجنبية بصدد علاقات يحكمها قانون وطنى بمصدره دولى بوظيفته ، مما يحدث أثره فى النظم القانونية السوفيتية فى مجال هذه العلاقات (٣) .

وجدير بالذكر أن التشريع السوفيتى يحوى عدداً من النصوص تعالج مسألة التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلى ، ولعل أخصها ذكراً هما المادة ١٢٩ من مبادئ التشريع المدنى السابقة الاشارة اليه ، والمادة ٦٤ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية السابقة الاشارة اليه كذلك . وتقضى المادة الاولى بأن تسرى القواعد الواردة فى معاهدة أو اتفاق دولى ، الاتحاد السوفيتى طرف فيه ، بالافضلية على مختلف القواعد السارية طبقاً لاحكام التشريع المدنى

- (١) راجع Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٥٨ .  
 (٢) راجع فى ذلك Lerebours-Pigeonnière فى الدولى الخاص طبعة ٧ سنة ١٩٥٩  
 فترة ٦٣ وكذلك طبعة ٨ لسنة ١٩٦٢ ، و Bartin ج ١ فقرة ٧٦ . وفى القانون  
 السوفيتى Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ٥٦ وفى مقاله المشار اليه فى الجلة  
 الانتقادية للقانون الدولى الخاص عدد ١ سنة ١٩٦٢ ص ٢٦ .  
 (٣) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski ص ٦١ .

السوفيتى . ويطبق الحكم ذاته فى اقليم الجمهورية العربية المتحدة بالنسبة لما تكون طرفا فيه من معاهدة أو اتفاق ولو خالفت أحكامه أحكام تشريعها المدنى . وتضم المادة الثانية حكما مماثلا لحكم المادة ١٢٩ مدنى بالنسبة لتشريع المرافعات .

#### ٤ - الفقه :

ليس ثمة من شك فى أن القانون الدولى الخاص ولد على أيدي رجال الفقه واقتضى من قرائحهم بذلا منه لا يعلو عليه بذل آخر فى الميدان القانونى . ويرجع مجهود الفقهاء فى هذا الفرع من فروع القانون الى أيام المحشين ثم المحشين اللاحقين من فقهاء القانون الرومانى والى أيام الفقهاء الفرنسيين من القرن السادس عشر الى وقت وضع المجموعة الفرنسية ، والفقهاء الهولنديين ، والمان والايطاليين . وكان عمل الفقيه الى ما قبل وضع التقنيات الاوروبية التى اعقبت الثورة الفرنسية عملا مضميا وجهدا شاقا بغية التحليل والتأصيل وتخريج الحلول . كانت عصارة فكر الفقيه هى مدار قلمه . ولذلك فليس بمستغرب ما يقوله بعض الشراح من أن « علم القانون الدولى الخاص » هو مصدر لقواعد القانون الدولى الخاص . وان كان لا يصل الى حد أن يكون مصدرا رسميا للقانون الدولى الخاص .

وكان فقهاء القانون الدولى الخاص فى روسيا القيصرية على صلة وثيقة بالفقه الاوروبى وخاصة الفقه الالمانى والفقه الفرنسى ، وظهر تأثرهم بهذا الفقه فى مؤلفاتهم التى ظهرت فى الخمسينيات من القرن الثامن عشر ، وزادت عنايتهم بهذا الفرع من فروع القانون فى أواخره . وينوه الشراح بأن فكر الفقهاء السوفيتى ظل متأثرا الى حد ما بالفقه الاوروبى خلال العشر السنوات الاولى للثورة وذلك بطريق غير مباشر هو تأثرهم بفكر أسلافهم الفقهاء الروس . على أن الفقه السوفيتى لم يلبث أن يشغل نفسه باعادة النظر فى مبادئ القانون الدولى الخاص فى ضوء النظم الاجتماعية والاقتصادية الجديدة فى الدولة . وقدموا لهذا العمل بتوجيه النقد الى القانون الدولى الخاص بوضعه السائد فى الدول الاوروبية ومانحا منحاهما ، فوصفوه بأنه يكون فرعاً من فروع القانون فى الدول الرأسمالية ، وقواعد تنازع القوانين فيه تدعم مصالح الاحتكارات ، والبخل فى هذه القواعد بصدد الالتزامات التعاقدية يمكن الرأسمالى من الحفاظ على رأسماله ، والتفصيل فى هذه القواعد بصدد روابط الاسرة مبناه النظر الى رابطة الزوجية بوصفها رابطة ذات طابع مالى ، والترحيب بقانون الوطن بوصفه القانون الشخصى الذى يحكم الاحوال الشخصية يقصد به المبادعة ما بين الاجنبى فى الدولة وبين وطنه . وانكار فكرة الاحالة ، يقصد به الاستعلاء على الدول الاخرى فى مجال المعاملات الدولية . ورفع قدر الدفع بالنظام العام يقصد به استبعاد تطبيق قوانين الدول الاشتراكية (١) .

كذلك شغل الفقه السوفيتى باله بمشاكل واجهت الاتحاد السوفيتى ، بوصفه الدولة الاشتراكية الوحيدة - قبل الحرب العالمية الثانية - فى مجال المعاملات الدولية ، التى يباشرها مع دول تختلف معه فى النظم الاجتماعية

(١) راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ٩٨ .

والاقتصادية • من ذلك مركز الدولة بعد أن تملك كافة وسائل الانتاج واحتكرت التجارة الخارجية • ومركز المنظمات التجارية السوفيتية ، والبحث فى آثار التأميمات التى أجرتها الحكومة السوفيتية وامتداد هذه الآثار الى الاموال التى كانت تملكها الشركات الروسية أو الافراد الروس فى الدول الأخرى . وكذلك البحث فى مركز الاجانب فى الاتحاد السوفيتى ومركز الرعايا السوفيت فى الدول الأجنبية • وهذه كلها أمور تتصل بالمصالح الحيوية للدولة • ولذلك فيجب أن تكون نقطة البداية فى علم القانون الدولى الخاص هى انه وسيلة من وسائل سياسة الدولة فى التجارة الخارجية ، بل من وسائل سياستها الخارجية بصفة عامة ، وانه ينبغى تحقيق التعايش بين الدول الاشتراكية ودول الاقتصاد الحر والمحافظة على استمرار وتطور العلاقات فيما بين دول تختلف نظمها الاجتماعية والاقتصادية • ويجب أن يراعى قدر من التصالح بين القانون الدولى الخاص السوفيتى والقوانين الدولية الخاصة لدول الاقتصاد الحر • وينبغى فى تعديل الاسس التى يقوم عليها القانون الدولى الخاص السوفيتى مراعاة محاولة تبريز ما يفتقر من قواعده عن المبادئ المسلمة فى الدول الأخرى •

وسنبين آراء الفقه السوفيتى فى مختلف مسائل تنازع القوانين فى مواضعها المناسبة من هذا البحث • ونكتفى هنا بالكشف عن سمتين هامتين يتسم بهما هذا الفقه وهما : أولاً - التأثير باحتياجات الواقع أكثر من التأثير بالنظريات • وذلك لان الغاية من العلم هى حل مشكلة اجتماعية أو اقتصادية ويجب أن يتجه كل خلاف نظرى نحو تحقيق هذه الغاية • وثانياً - محاولة الوصول الى اتجاه موحد فى المسائل الاساسية ( وهى ظاهرة تسود سائر فروع القانون ) وذلك لان المجتمع السوفيتى مجتمع مقاد قيادة علمية • ولذلك فان الاساتذة والباحثين يعملون فى منهج بحث تشرف عليه جهة أعلى ، له غاية عملية ، ولكن ليس معنى هذا أنه لا يوجد خلاف فى الراى بين القائمين بالبحث . ان هذا الخلاف قد يوجد وقد يشهد . ولكن عند وجوده لا تكون الموازنة على أساس الحجج النظرية ، وانما على أساس ما يحقق الغاية المتبتغا (١) .

**(ب) مصادر القانون الدولى الخاص فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا :**  
 وإذا ما وصلنا الى الكلام فى مصادر القانون الدولى الخاص فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا ، وجدنا انها هى الاتفاقات الدولية والتشريع والعرف الدولى • ولاشك أن الاتفاقات الدولية تتخذ المقام الاول بين هذه المصادر فى علاقات الدول الاشتراكية فيما بين بعضها والبعض • وقد شاركت هاتان الدولتان فى عدد من الاتفاقات الجماعية المعقودة بين هذه الدول ، وفى عدد من الاتفاقات الزوجية طرفها الاخر دولة اشتراكية ، على النحو الذى وضحناه عند الكلام عن الاتحاد السوفيتى (٢) • كما انهما تشاركان فى بعض الاتفاقات الجماعية المشتركة فيها دول الاقتصاد الحر (٣) . وفيما يتعلق بالتشريع نجد

(١) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابقة الاشارة اليه ص ٢٧ .

(٢) راجع بيانا بهذه الاتفاقات فى مؤلف Szaszy بعنوان Private Int. Law in the European Peoples Democracies سنة ١٩٦٤ ص ٥٨ .

(٣) راجع بيانا بهذه الاتفاقات فى هامش ٣ على ص ١٩ من مقال Szaszy المشار اليه المنشور فى المجلة الانتداعية للقانون الدولى الخاص عدد ١ سنة ١٩٦٣

أمره يختلف في كل من الدولتين المذكورتين عنه في الاتحاد السوفيتي . ذلك انه قد توافرت لدى كل منها ثورة تشريعية عريضة في مسائل القانون الدولي الخاص ، وعلى الاخص في ميدان تنازع القوانين . وكان التشريع — الى ما قبل التحول الاشتراكي — هو المصدر الاول للقانون الدولي الخاص ، شأنه في ذلك مثل شأنه في سائر دول الاقتصاد الحر التي كانت تشيكوسلوفاكيا وبولندا في عداها . وعندما أقدم المشرع في كل من الدولتين على تعديل قواعد القانون الدولي الخاص لم يهجن النصوص التشريعية القديمة هجرا كاملا ، بل انه اعتمد على كثير منها واقتبس منه . وربما كان مرجع ذلك هو أن الدولتين لا تزالان في مرحلة بناء الاشتراكية أو مرحلة التحول من الرأسمالية الى الاشتراكية (١) . وسنكتشف عن هذه المسألة عند الكلام في مختلف جوانب تنازع القوانين في مواقعها المناسبة من هذا البحث . هذا ويحمل « العرف الدولي » على المعنى الذي سبق ذكره عند الكلام في مصادر القانون الدولي الخاص السوفيتي . أما العرف الداخلي والذي كان يعد مصدرا للقانون قبل التحول الاشتراكي فهي منكور بهذا الوصف بعد هذا التحول . كذلك لا يعد القضاء في كل من الدولتين مصدرا رسميا للقانون الدولي الخاص (٢) .

واذما هو مصدر تفسيري ، وللمحكمة العليا في بولندا اصدار قرارات تفسيرية ملزمة (٣) . ولم يفت المشرع التشيكوسلوفاكي والمشرع البولندي معالجة التعارض بين المعاهدة والتشريع الداخلي . فتقضى المادة ٢ من القانون « الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي والمرافعات » الصادر في سنة ١٩٦٣ بأن « لا تسرى أحكام هذا القانون الا حيث لا توجد قاعدة أخرى تخالفها في معاهدة دولية تكون جمهورية تشيكوسلوفاكيا الاشتراكية طرفا فيها » . كما تقضى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥ بأن « لا تسرى أحكام هذا القانون اذا ما نص على خلافها في اتفاق تكون جمهورية بولندا الشعبية طرفا فيه » .

وفيما يتعلق بالفقه فلا شبهة في أنه ليس مصدرا رسميا لقواعد القانون الدولي الخاص في كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا . ومع ذلك فلا شبهة أيضا في أن له دورا هاما في تطور هذا الفرع من فروع القانون . وينوه الشراح بأن الفقه في كل من هاتين الدولتين ، شأنه شأن الفقه في سائر دول الديمقراطية الشعبية ، قد مر في مرحلتين : **أولاهما** — المرحلة السابقة على التحول الاشتراكي . وكان التأثر بالفقه الاوروبي بالغا شأوه وأهميته القصوى . وقد تأثر الفقه التشيكوسلوفاكي ، بنوع خاص ، بالفقه الالماني والفقه النمساوي ، وتأثر الفقه البولندي ، بنوع خاص ، بالفقه الفرنسي والفقه الالماني . وثانيهما — المرحلة اللاحقة على التحول الاشتراكي وقد أخذ فيها رجال الفقه بمعالجة

Szaszy

(١) راجع بيانا بالتشريعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في مؤلف

السابقة الاشارة اليه ص ٧٢ .

(٢) راجع في ذلك Szaszy في مقاله المشار اليه ص ١٩ .

(٣) راجع في ذلك Lasok في مقاله عن القانون الدولي الخاص البولندي ، منشور

في مجموعة Law in Eastern Europe التي يصدرها مركز وثائق قوانين

أوروبا الشرقية بجامعة « ليدن » المجلد رقم ٦ طبعة سنة ١٩٦٢ ص ١٢١ .

مسائل القانون الدولي الخاص طبقاً لمقتضيات النظم الاجتماعية والاقتصادية الجديدة ، ونظروا الى هذا القانون بوصفه من الأدوات الفعالة فى تحقيق السياسة الخارجية للدولة ومراعاة ضرورة الحفاظ على العلاقات الاقتصادية مع دول الاقتصاد الحر . واتجهوا الى الفقهاء السوفيت يستفيدون من تجاربهم ويتأثرون بأرائهم (مثل Lunz و Pereterski و Krylov و Lovitin و Lisovski) دون أن يغمضوا العين عن مؤلفات فقهاء أوروبا الغربية ، ومع الاستفادة من اتباع الطريقة المقارنة فى الدراسة . وأخذ الفقه فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا يفترق عن ماضيه المتفق مع فقه أوروبا الغربية . من ذلك أن فقهاء كل منهما أخذوا يعدون مسائل ذات أهمية ثانوية ، هى فى فقه أوروبا الغربية مسائل ذات أهمية كبيرة ، مثل مشكلة التكييف ومشكلة الاحالة ، وينظرون بغير عين الرضالى ما يعتقدونه من افراط القضاء فى الدول الرأسمالية فى اعمال قانون القاضى فى التكييف واعمال الدفع بالنظام العام على نحو يضر بمصالح الدول الاشتراكية ، كما أنهم لا يتقبلون تقييد سلطان الارادة فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الالتزامات التعاقدية اذ من شأنه تمكين هذا القضاء من الاضرار بهذه المصالح أيضا ، ولا يرتاحون ، وهم متأثرون بنزعة وطنية ، الى اعتبار قانون الوطن هو القانون الشخصى . هذا من ناحية . ومن الناحية الاخرى أخذ أولئك الفقهاء يعدون مسائل أكثر أهمية مما يأخذها به الفقه فى أوروبا الغربية ، مثل مسألة حصانة الدول الأجنبية . وازاء كل ذلك يصل بعض الشراح الى حد القول بان المرحلة الاولى السابق ذكرها تعد بالنسبة للمرحلة الثانية فى تطور الفقه مجرد مرحلة تاريخية (١) . وترى هل جاوز الفقه التطور التشريعى ! قد تتكشف جوانب الاجابة عن هذا السؤال عند استعراض النصوص التشريعية فى مختلف مسائل القانون الدولي الخاص .

#### ٨ - طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص ، أهمية القواعد الموضوعية أو القواعد المباشرة :

يجرى البحث عند الفقه فى أوروبا الغربية فى طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص ، ويقصدون به التعرف عما اذا كانت قواعد هذا النوع من فروع القانون هى من القانون الدولي (الخارجى) أو من القانون الوطنى (الداخلى) واذا عدت من القانون الوطنى ففي أى قسم من قسميه تدخل ، أفى القانون العام أم فى القانون الخاص . ثم هل تعتبر هذه القواعد قواعد موضوعية أو قواعد أسفار ، أو مزيجاً من الاثنين . وربما كانت نهاية المطاف فى هذا البحث أن ساد الرأى القائل بأن القانون الدولي الخاص هو من القانون الوطنى وعلى الرغم من ذلك فان نمو العلاقات الدولية ، وخاصة بعد الحرب العالمية الاولى ، قد أحدث أثره فى التمسك بالتضامن والتعاون بين الدول ، وصار لهذا الاثر وقعته فى توجيه الجهد الفقهي والسياسى نحو تحقيق أغراض ثلاثة : أولها ، اثبات أن من مبادئ القانون الدولي الخاص ما له صبغة

(١) راجع Szaszy فى مقاله السابقة الاشارة اليه ص ٣٧ . واقرأ به أيضا عرضا للاعمال الفقهية فى تشيكوسلوفاكيا وبولندا وسائر دول الديمقراطية الشعبية . وأيضا Lasok المرجع السابق ص ١٢٤ .

دولية • وثانيها ، توجه الحركة التشريعية نحو توحيد قواعد القانون الدولي الخاص ، وكان ذلك بتوجيه من عصبة الأمم • وثالثها ، تفسير نصوص القانون الدولي الخاص بنظرة دولية • كذلك صار البحث في علاقة القانون الدولي الخاص بالقانون الدولي يأخذ طريقا جديدا هو البحث في مدى تأثير القانون الدولي العام في قواعد القانون الدولي الخاص • وفيما يختص بوضع القانون الدولي الخاص من قسمى القانون العام والقانون الخاص ، لا يزال الفقه الغربي موزع الراى فى شأنه وان شاع رآى يعتبره فرعا قائما بذاته ، قواعد على آية حال خليط من قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية •

(أ) وليس ثمة من شك فى أن هذا الفكر الاوروبى انتقل الى روسيا القيصرية ، ثم اضطلع فقهاء الاتحاد السوفييتى بمختلف هذه المسائل ، واختلف أوائلهم فى مسألة هل القانون الدولي الخاص هو من القانون الدولي أو من القانون الداخلى • فرأى البعض منهم أنه جزء من القانون الدولي العام الذى يحكم جميع العلاقات الخارجية بين الدول الاشتراكية ودول الاقتصاد الحر • بينما رأى البعض الاخر ادماج القانون الدولي الخاص والقانون الدولي العام معا فى كل يضم مجموعة من القواعد القانونية الجديدة تقوم على مجموعة من الافكار القانونية الجديدة • ورأى فريق ثالث أن قواعد القانون الدولي الخاص هى جزء من القانون الداخلى ، ولكنه لا يستاهل ان يكون فرعا قائما بذاته ، على أنه حدث - منذ العهد الستالينى - أن أخذ القانون المدنى يسترد مكانته ، وكان لهذا أثره فى النظر الى القانون الدولي الخاص بوصفه أداة نافعة فى تنظيم النشاط الحكومى والاجتماعى • وما ان وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها حتى عاد الاهتمام بالتساؤل عن مدى استقلال القانون الدولي الخاص ، وساعد على الاجابة عليه أن لم يعد هناك شك فى أن هذا القانون يمثل مجموعة من القواعد التى لها وظيفتها الخاصة فى حكم جانب هام من العلاقات • وبدت نقطة تحول فى تطور الفقه الوطنى السوفييتى برزت خلال البرنامج الشامل للاصلاح التشريعى اذ اتسم فيها جهد الفقهاء بالاهمية السياسية ، وأصبحت الغزعة الوطنية الموحدة فى القانون الدولي الخاص ضرورة عملية • وازاء كل ذلك غلب الراى القائل باعتبار هذا القانون قانونا وطنيا • يضاف الى ذلك أن العودة الى تقدير دور القانون المدنى فى المجتمع الاشتراكى ، كان من شأنها تأثر الفقه السوفييتى بما جرى فى الدول الاشتراكية الاخرى من اتباع فقائها ومشرعيها الطريقة التقليدية فى معالجة مشكلة تنازع القوانين (١) ، وها هو ذا المشرع البولندى يفيد من التشريع الخاص بتنازع القوانين الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، أى قبل التحول الاشتراكى وان لم يعده فى ذاته تشريعا اشتراكيا ، فى اصدار تشريع خاص بالقانون الدولي الخاص فى سنة ١٩٦٥ ، كما أن المشرع التشكوسلوفاكى أصدر تشريعا مستقلا لقواعد القانون الدولي الخاص فى سنة ١٩٦٣ ، على النحو السابق عرضه •

أما البحث عن القسم من القانون الداخلى الذى يدخل فيه القانون الدولي الخاص فلم يجرى فى نطاق التساؤل عما اذا كان هذا الفرع من فروع القانون يدخل فى القانون العام أوفى القانون الخاص ، اذ أن اصطلاح « قانون خاص »

(١) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٣٠ •

قد استبعد من اللغة القانونية في الاتحاد السوفيتي . ذلك لان الفقه السوفيتي بعد الثورة لم يعد يعنى بمواد الحقوق والعقود بقدر عنايته بمواد الادارة والتوجيه بعد التوسع الهائل فى سلطة الحكومة مما ترتب عليه تغير فكرة الوظيفة العامة والمسئولية العامة . وكان على الفقهاء اذن تخريج مسائل الملكية والتوجيه الاجتماعى والاقتصادى فى نطاق أفكار القانون العام ، وبذلك ذابت التفرقة بين الحقوق الخاصة والحقوق العامة ، كما ذابت التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام . وقد حدث فى سنة ١٩٥٥ أن عقد اجتماع مشترك بين قسمى القانون المدنى وقانون المرافعات فى كل من «معهد علم القانون للاتحاد

السوفيتي (١) ومعهد القانون باكاديمية العلوم « (٢) ، ونوقش فى هذا الاجتماع وضع القانون الدولى الخاص فى النظام القانونى السوفيتي ، وسادت فكرة عدده جزءا من القانون المدنى . على أن المناقشات التى جرت فى هذا الاجتماع كانت فاتحة مناقشات أخرى أوسع نطاقا تناولت وضع القانون المدنى ذاته . ووجد رأى يقضى بأن تستبدل به تشريعات أو تقنينات اقتصادية حسب ما يقتضيه تنوع مختلف جوانب النشاط الاقتصادى . ولكن غلب الرأى الاخر الذى يقضى بالاحتفاظ بالقانون المدنى وشمول موضوعه لكافة العلاقات المالية أيا كان أطرافها ، هم الاشخاص الطبيعىون أو الاشخاص الاعتبارية من مؤسسات ومنظمات اقتصادية عامة وغيرها ، ومن المتصور أن تكون هذه العلاقات بين الاشخاص الطبيعيين بعضهم والبعض ، أو بينهم وبين المؤسسات والمنظمات الاقتصادية وغيرها ، أو فيما بين هذه المؤسسات والمنظمات بعضها والبعض . وعبروا عن شمول موضوع القانون المدنى لكل هذه العلاقات «بوحدرة القانون المدنى» . وقد عللوا هذا النظر بأن الضرورة تفرضها فى علاقة الاتحاد السوفيتي فى مجال التجارة الخارجية بدول مختلفة عنه بنظمها الاجتماعية والاقتصادية ، ان يجب أن يكون بيده قانون لا يفرق فى هذا المجال بين علاقات أطرافها أشخاص طبيعىون وعلاقات أطرافها مؤسسات ومنظمات اقتصادية عامة (٣) وها هو ذا القانون المدنى السوفيتي الصادر فى سنة ١٩٦١ والسابقة الاشارة اليه(٤) يعبر فى المادة الثانية منه عن فكرة شمول موضوع القانون المدنى بقوله « يحكم التشريع المدنى السوفيتي العلاقات المنصوص عليها فى المادة الاولى ( العلاقات المالية والعلاقات غير المالية المتداولة بها ) التى تنشأ فيما بين الدولة والمنظمات التعاونية والمنظمات العامة بعضها والبعض ، أو بينها وبين المواطنين ، أو فيما بين المواطنين بعضهم والبعض . ويجوز ، فى الحالات التى ينص عليها تشريع الاتحاد السوفيتي أن تكون المنظمات الأخرى أطرافا فى العلاقات التى يحكمها التشريع المدنى السوفيتي ، ولا يسرى التشريع المدنى للاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة على العلاقات المالية التى تقوم على خضوع أحد الطرفين للأخر من الناحية الادارية ، أو

All Union Institute of Legal Science (١)

Law Institute of the USSR Academy of Science (٢)

Bratus رأى Kazimierz Grzybowski مفروضا فى المرجع السابق (٣)

ص ٢٣ .

(٤) راجع نصوص تشريع سادىء التشريع المدنى للاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة فى المجلد رقم ٧ من مجموعة Law in Eastern Europe التى يصدرها مركز وثائق

قوانين أوروبا الشرقية ، بجامعة ليدن ، ص ٢٦٢ .

علاقات الضرائب أو الميزانية . أما مسائل الاسرة والعمل والارض والمزارع الجماية فيخضع كل منها للتشريع الخاص به » . وتقضى الفقرة الثالثة من المادة الثالثة بأن يسرى على علاقات التجارة الخارجية تشريع الاتحاد السوفيتى الخاص بالتجارة الخارجية والتشريع المدنى العام للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة ، . وينوه الشراح بأنه بعد هذا الوضع الذى صار اليه القانون المدنى السوفيتى ، لم يعد الفقه يعنى بالبحث فى طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص - هل هى من القانون العام أو من القانون الخاص - بقدر عنايته بدراسة الاعتبارات العملية التى تملى الحلول التشريعية الملائمة فى المسائل التى يضمها موضوع هذا القانون . ويكاد الرأى عنده يتفق على أن هذه القواعد تكون مجموعة مستقلة بكيانها داخل النظام القانونى المدنى (١) .

(ب) وقد تناول الفقه فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص بالبحث وغلب عنده اعتبار القانون الدولى الخاص من القانون الداخلى ، وهذه نظرة سائدة فى جميع دول الديمقراطية الشعبية (٢) . أما عن موضع ذلك القانون من أقسام القانون الداخلى ، فلم يعد هناك محل ، فى الدولتين ، بعد التحول الاشتراكى ، للترقية بين القانون العام والقانون الخاص . وجرى البحث عند الفقه فى كل منهما وفى الدول الاشتراكية الاخرى وخاصة ألمانيا الديمقراطية ، فى شمول القانون المدنى لكافة المعاملات المالية أو أفراد جانب منها بفرع جديد من فروع القانون هو « القانون الاقتصادى » (٣) . يحكم العلاقات فيما بين المشروعات والمنظمات العامة بعضها والبعض ، وقد راجت فى ألمانيا الديمقراطية فكرة انشاء هذا الفرع الجديد ، وكان لهذه الفكرة صداها وتقبلها فى تشيكوسلوفاكيا ، ولم يرحب بها الفقه فى بولندا (٤) . وترتب على هذه الفكرة عند الفقه الالمانى التفرقة فى صدد العلاقات الخارجية ( أى المشتملة على عنصر أجنبى ) ، بين القانون الدولى الخاص أو القانون المدنى الدولى ، وهو يحكم علاقات الاحوال الشخصية والاحوال العينية فيما بين الافراد من دول مختلفة ، وبين « القانون الاقتصادى الدولى » (٥) وهو يحكم العلاقات فيما بين المشروعات والمنظمات العامة التابعة لدول مختلفة . وهذه التفرقة التى نادى بها وروج لها الاستاذ ( Weimann ) ورحب بها سائر الفقهاء الالمان ، كان لها صداها فى دول الديمقراطية الشعبية الاخرى ، ولكنها لم ترج فيها ، وإن تقبلها بعض رجال الفقه فى تشيكوسلوفاكيا (٦) . ومهما يكن من أمر هذه الوجهات من النظر فلا شك أن السائد عند الفقه فى تشيكوسلوفاكيا وبولندا هو اعتبار القانون الدولى الخاص فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون الداخلى . وقد سبق أن ذكرنا ما فعله المشرع فى كل من هاتين الدولتين من اصدار تشريع قائم بذاته بقواعد القانون الدولى الخاص .

- (١) راجع Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٢٤ .  
 (٢) راجع Szaszy في مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ٤١ وفى مقاله فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص ، السابقة الاشارة اليه عدد ١ سنة ١٩٦٣ ص ١٤ .  
 (٣) droit économique .  
 (٤) راجع Szaszy في مؤلفه المشار اليه ص ٥١ .  
 (٥) droit économique international .  
 (٦) راجع Szaszy فى مقاله فى المجلة المشار اليها ص ١٢ وفى مؤلفه المذكور ص ٥١ .

## أهمية القواعد الموضوعية أو القواعد المباشرة :

وأنة لجدير بالذكر ما يجرى من تساؤل عند الفقه فى دول الديمقراطية الشعبية عن موضع القواعد الموضوعية أو « القواعد المباشرة » التى تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى ، وهل تعد من قواعد القانون الدولى الخاص أو لا تعد منها . وقد سبق أن ذكرنا أن الفقه فى دول الاقتصاد الحر ، وهو يبحث فى طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص يلقى سؤالا - بجانب الاسئلة الاخرى السابق الكلام فيها - عما اذا كانت هذه القواعد قواعد موضوعية أم قواعد اسناد . وتتوقف الاجابة عن هذا السؤال على مدى ما يؤخذ به موضوع هذا الفرع من فروع القانون . واذا ما نظر الى جوانب هذا الموضوع كل على حدة ، كان الجواب هو ان قواعد الجنسية وقواعد مركز الاجانب وقواعد الاختصاص القضائى هى جميعا قواعد موضوعية ، وأن القواعد التى تحل مشكلة تنازع القوانين هى قواعد اسناد (١) . والقواعد التى تعالج هذه المشكلة الاخيرة هى التى استجد فى شأنها فى دول الديمقراطية الشعبية التساؤل المشار اليه ، والذي يرجع سبب اثرته الى ما جرى فى نطاق هذه الدول من عقد اتفاقات دولية جماعية وثنائية تضم بصفة أساسية قواعد موضوعية تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى بما يعنى عن قواعد تعيين القانون الواجب التطبيق ، مما أشرنا اليه فيما تقدم فى مقام الكلام فى الاتفاقات الدولية بوصفها مصدرا من مصادر القانون الدولى الخاص ، ومما يجعل هذه الاتفاقات تأخذ المكان الاول بين هذه المصادر (٢) .

ويغلب عند الفقه فى ألمانيا رأى حمل لواء الدفاع عنه والترويج له الاستاذ (Weimann) يقضى بأن القواعد الموضوعية (٣) أو « القواعد المباشرة » (٤) التى تحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى ، تكون الجانب الاساسى الهام من القانون الدولى الخاص ، وأن بقيت بجانبها قواعد الاسناد تقوم بدور ثانوى وتنتظر مصير الزوال . والقواعد المباشرة قسما ، أولهما ، القواعد الاتفاقية ، أى التى ترد فى اتفاق دولى . وثانيهما ، القواعد غير الاتفاقية التى ترد فى القانون الداخلى وتكون خاصة بالعلاقات المشتملة على عنصر أجنبى . وهذه القواعد بدورها نوعان ، نوع منها يعتمد على قواعد الاسناد أى يطبق عندما تقضى قاعدة اسناد بتطبيقه (٥) مثل القواعد الخاصة بالاوراق التجارية فى القانون السوفيتى ، ونوع لا يعتمد على قواعد الاسناد أى يطبق دون حاجة الى قاعدة اسناد تقضى بتطبيقه (٦) ، مثل القواعد الخاصة بمركز الاجانب .

(١) راجع تفصيل ذلك فى الجزء الاول من مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ فقرة ٤٧ .

(٢) راجع ما تقدم ص ١٥ .

règles substantielles

(٣)

règles directes

(٤)

(٥) Weimann الأستاذ هذه القواعد من الفرع من القواعد

(٦) ويسمى الأستاذ Weimann هذا النوع من القواعد independent direct rules

وقد أخذ هذا الرأي الذي يعد « القواعد المباشرة » هي الجانب الاساسى من القانون الدولى الخاص يجذب نظري بعض رجال الفقه فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبلغاريا . ولكنه لم يلق القبول الحسن فى سائر دول الديمقراطية الشعبية ووجهت اليه حملة من النقد . من ذلك ما يقوله الناقدون من أن من شأن هذا الرأى اذشاء ما يماثل « قانون الشعوب » عند الرومان ، وايجاد قسم من قواعد القانون المدنى لا يسرى على علاقات الوطنيين ( فيما بين بعضهم والبعض ) ، الامر الذى يخل بمبدأ المساواة فى الحقوق بينهم وبين الاجانب ، أى يخل بمبدأ « النظام الوطنى » (١) ، الذى هو من الاسس الهامة التى يقوم عليها القانون الدولى الخاص فى دول الديمقراطية الشعبية ، وهذا كله معناه العودة خطوة الى الوراء فى تطور القانون . يضاف الى ذلك أن المصدر الهام للقواعد المباشرة هو الاتفاقات الدولية ، ويحتاج ابرام هذه الاتفاقات الى تماثل فى النظم الاجتماعية والاقتصادية فى الدول الاطراف فيها . كما أن ابرامها ان كان ميسرا فى مجال التجارة الخارجية ، الا أنه غير ميسر فى مجال الاحوال الشخصية وخاصة روابط الاسرة ومسائل الميراث . وحتى فى مجال التجارة الخارجية أثبتت التجربة العملية عدم الاستغناء عن قواعد الاسناد . والذى حدث فى محيط دول الديمقراطية الشعبية أن وفقت الدول الاوروبية منها فى ابرام اتفاقيين جماعيين فى مجال التجارة الخارجية تضمان قواعد مباشرة أى قواعد موضوعية وهما « اتفاق الشروط العامة لتسليم البضائع » المبرم فى سنة ١٩٥٨ (٢) و « الاتفاق الدولى لنقل البضائع بالسكة الحديدية » المبرم فى سنة ١٩٥١ (٣) ، ولم يستغن فى الاتفاق الاول عن الالتجاء الى قاعدة اسناد هامة اذ نص به على أنه فى الحالات التى لا توجد فى الاتفاق قواعد موضوعية صريحة يطبق قانون البائع . أما فى مجال مسائل روابط الاسرة فلم تنجح تلك الدول فى ابرام اتفاقات جماعية يستبدل فيها بقواعد الاسناد قواعد موضوعية . وكل ما أمكن الوصول اليه هو ابرام اتفاقات ثنائية (فى الفترة من سنة ١٩٥٠ الى سنة ١٩٦١ ) بين الاتحاد السوفيتى ودول الديمقراطية الشعبية فى أوروبا وفيها بين هذه الدول بعضها والبعض ، تضم قواعد اسناد موحدة (٤) . وليس ثمة من شك أنه فى مجال علاقات دول الديمقراطية الشعبية مع الدول الرأسمالية وفى مجال علاقات هذه الدول بعضها مع البعض لا تزال قواعد الاسناد محتفظة بوظيفتها ومكانتها فى حل مشكلة تنازع القوانين ، وبالتالي محتفظة بمكانتها من سائر قواعد القانون الدولى الخاص .

(١) régime national ، راجع ما تقدم ص ١٢ .  
 (٢) عقد هذا الاتفاق بين دول مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة  
 Conseil de l'assistance économique mutuelle (C.A.E.M.)

وذلك لمدة عام لا تزال تتجدد .

(٣) Accord international du transport des marchandises par Chemin de fer.

(٤) وتحمل هذه الاتفاقات عنوان « اتفاق المساعدة القضائية »  
 Convention d'assistance judiciaire  
 Szaszy ، راجع ما تقدم ص ١٥ ، وأيضا

فى مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ٢٤ ، وفى مقاله المنشور فى المجلة الامتدادية للقانون الدولى الخاص السالفة الاشارة اليه كذلك عدد ١ سنة ١٩٦٣ ص ٨ . واقرأ فى شرح هذه الاتفاقات مقال G. Markoff فى المجلة ذاتها عدد ٤ سنة ١٩٦٦ ص ٥٧٥ .

والواقع أن المرأى الذى لا يزال سائداً فى دول الديمقراطية الشعبية ، عدا المانيا الديمقراطية ، هو عدم ادخال القواعد المباشرة فى نطاق القانون الدولى الخاص ، وذلك بالنظر الى ما وجه من نقد الى نظر القائلين بادخالها فى هذا النطاق ، مما عرضناه آنفاً على أن هذا المرأى الثانى لقي بدوره نقداً مأخذه الاساسى هو أن السؤال الذى يثار بشأن العلاقات المشتملة على عنصر اجنبى ليس هو « قانون اية دولة بحكم العلاقة » بل هو « على أى وجه تنظيم هذه العلاقات » . وقد يأتى هذا التنظيم من طريق تعيين القانون الذى تخضع له العلاقة ، ووسيلة ذلك هى قاعدة الاسناد ، وقد يأتى ايضا من طريق وضع قواعد موضوعية تحكم العلاقة مباشرة . ويصل الناقدون بعد الفراغ من النقد الى رأى وسط بين الرأىين المتقدمين ، مضمونه أن القواعد المباشرة تدخل مع قواعد الاسناد فى نطاق القانون الدولى الخاص (١) .

ونحن نرى أن القواعد الموضوعية أو المباشرة الواردة فى اتفاق دولى بشأن العلاقات المختلطة ، أى المشتملة على عنصر اجنبى ، تدخل فى نطاق قواعد القانون الدولى الخاص ، ما دام تنظيم هذه العلاقات هو من موضوع هذا الفرع من فروع القانون . على أننا نلاحظ أن الالتجاء الى هذه القواعد يكون قليل الجدى إذا لم تضمه اتفاقات جماعية ، وإذا ما ضمتها هذه الاتفاقات اختلف قدر فائدتها انخفاضاً او ارتفاعاً بقدر عدد الدول المشتركة فيها . وهى بعد تكسب صبغة الدولية ، وان كانت دولية نسبية . ويصعب - إذا ما زاد حجمها - اعتبار القانون الدولى الخاص من القانون الداخلى . وقبل كل ذلك فإن ابرام هذه الاتفاقات لا يكون ميسوراً الا بين دول تتمثل نظمها الاجتماعية والاقتصادية . أما القواعد الموضوعية أو المباشرة التى يوردها المشرع فى التشريع الداخلى ويرصدها لحكم العلاقات المشتملة على عنصر اجنبى ، فهى لا تعد فى نظرنا من قواعد القانون الدولى الخاص ما دام تطبيقها لا يأتى الا حيث تقضى به قاعدة اسناد . تبقى القواعد الموضوعية أو المباشرة التى تحكم مسائل لا تدخل فى مجال تنازع القوانين ، مثل مركز الاجانب فهى تدخل فى نطاق قواعد القانون الدولى الخاص متى عدت هذه المسائل من موضوعه (٢) .

وبعد فإذا كان كل ما تقدم هو بيان لموضوع القانون الدولى ومصادره وطبيعة قواعده فما شأن تسميته ؟ . ينوه الفقه فى دول الديمقراطية الشعبية بنقد هذه التسمية . فهذا الفرع من فروع القانون ليس - فى الرأى السائد - دولياً ، وأن كان هذا الوجه من النقديته يزعمه من يدخل القواعد الموضوعية الاتفاقية فى عداد قواعد القانون الدولى الخاص . وهو ليس خاصاً ، لأن

(١) من القائلين بهذا الرأى Szaszy فى مقاله المشار اليه ص ١١ .  
 (٢) واقرأ مع ذلك مقال Bauer بعنوان - Les traités et les règles de droit international privé matériel فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص عدد ٤ سنة ١٩٦٦ ص ٣٦ . حيث يطلق على القواعد الاتفاقية الموضوعية أو المباشرة أى التى تحكم مباشرة العلاقات المشتملة على عنصر اجنبى ( ويسمىها règles matérielles وتسميها غالبية الفقهاء (règles substantielles) القانون الدولى الخاص الموضوعى ، ويشترط لاسباغ هذا الوصف على تلك القواعد أن يكون من شأنها استبعاد تنازع القوانين وبعبارة أخرى عدم تحقق مشكلة تنازع القوانين .

التفرقة بين العام والخاص قد ذابت - فى هذه الدول - فى مجال وصف الحقوق ووصف القوانين . واذا ما فرغ الكلام فى أثر الافكار العامة الاساسية السابق عرضها فى موضوع ومصادر وطبيعة قواعد القانون الدولى الخاص فى كل من الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا ، يتعين بعد ذلك بيان أثر تلك الافكار فى قواعد تنازع القوانين فى مختلف هذه الدول ، ابتداء من مشكلتى التكيف والاحالة الى قواعد الاسناد ذاتها ، ثم موانع تطبيق القانون الاجنبى ، وكيفية اعمال هذا القانون اذا لم يوجد ما يوجب استبعاده .

## الباب الاول كيفية اعمال قواعد الاسناد

### الفصل الاول مشكلة التكيف

#### ٩ - نظرة عامة :

ليس ثمة من شك فى أن القضاء قد اضطلع بمشكلة التكيف أو الاوصاف القانونية منذ أن اضطلع بحل مشكلة تنازع القوانين ، وذلك فى مختلف البلاد ، سواء فى ذلك بلاد القارة الاوروبية أو البلاد الانكلو أمريكية . وجرى القضاء فى هذه البلاد وتلك ( قبل تحول بعضها الى نظام الديمقراطية الشعبية ) على الرجوع الى قانونه لاعطاء الوصف القانونى لاية مسألة يلزم فى شأنها اعطاء هذا الوصف لمعرفة قاعدة الاسناد وتعيين القانون الواجب التطبيق . وفى اواخر القرن التاسع عشر أخذ الفقه يكشف عن هذا الذى يفعله القضاء ، ثم يصور المشكلة ويسميتها ويضع القاعدة التى تلها . ويذكر الشراح أن من أوائل من عنوا بهذه المشكلة الفقيه الالماني ( Kahn ) والفقيه الفرنسى ( ) وقد صاغوا القاعدة التى تقضى باخضاع التكيف لقانون القاضى (١) ، وكان عمل ثانيهما ملفتا نظر رجال الفقه فى مختلف بلاد العالم الى أهمية المشكلة ، وأخذت آراؤهم فى حلها تتنوع بين الاخذ بما جرى عليه القضاء ، الى الاخذ بوضده ، ثم الى اقتراح بحل يعلو على الاثنين ، ثم الى اغراق المشكلة فى نطاق غيرها من المشاكل القانونية . مما نجمله فيما يلى بالمقدر اللازم للتمهيد لموضوع بحثنا : ١ - رأى يقضى باخضاع التكيف لقانون القاضى ( على خلاف فى القانون الذى يخضع له تكيف المال ) حملا على أن المشرع وهو يضع قواعد الاسناد انما يضبط حدود سيادة الدولة ، وهو حينما يسمح بتطبيق القانون الاجنبى على اقليم الدولة فى بعض المسائل يجتزئ من السيادة الاقليمية لقانونها ، ويكون تحديد طبيعة هذه المسائل ما هو الا بيان للحالات التى تسمح فيها الدولة بالحد من سيادة قانونها لانفساح المجال لتطبيق القانون الاجنبى وبعبارة أخرى يكون تحديد طبيعة هذه المسائل تحديدا لقواعد تنازع القوانين وبالتالي تحديدا للسيادة يخضع للقوة الامرة الاقليمية ، أى يخضع للقانون الوطنى ، أى يخضع لقانون القاضى . وهذا رأى هو السائد

(١) أبدي Kahn رايه فى مقال نشر سنة ١٨٩١ فى الجزء ٣٠ من *Ihrings Laherücher* وأبدي *Bartin* رايه فى مقال نشر سنة ١٨٩٧ فى مجلة *Clunet* .

فتقها في معظم بلاد العالم (١) ٢ — رأى آخر يقضى باخضاع التكييف للقانون المختص يحكم العلاقة وذلك لان لكل قانون تكييفاته . وحينما تقضى قاعدة الاسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانون اجنبى على علاقة قانونية معينة وجب أن يكون تحديد طبيعة هذه العلاقة هو ذلك الذى يقضى به هذا القانون الاجنبى لانه هو الذى سيحكمها . واذا ما حددنا هذه الطبيعة وفقا لقانون القاضى ، وعلى خلاف ما يقضى به القانون الاجنبى لكانت النتيجة اما تطبيق هذا القانون على العلاقة حيث يجب ألا يطبق ، واما تعطيله عن التطبيق حيث يجب تطبيقه (٢) .

٣ — ورأى ثالث يقضى بأنه يجب أن يكون النظام القانونى الذى تسنده قاعدة تنازع القوانين فى قانون القاضى لقانون اجنبى ليس هو النظام المحسوس الوارد فى ذلك القانون بل هو الفكرة المجردة لذلك النظام المستقاة من مقارنة قوانين الدول المختلفة . ويجب أن تكون للقانون الدولى الخاص تكييفاته المنطبقة بالعالمية ، والتى يمكن الوصول اليها بالطريقة المقارنة (٣) ٤ — رأى رابع يلقى بمشكلة التكييف فى ميدان تفسير القانون ، فهو يعتبر التكييف ما هو الا تفسير لقاعدة الاسناد ، والقاضى لا يلجأ فى هذا التفسير الى القوانين الاجنبية ، بل يلجأ الى قانونه . وظاهر أن من شأن هذا الرأى قفل باب الجدل فى القانون الذى يخضع له التكييف . وهو رائج فى المانيا وايطاليا (٤) . وكل ما تقدم هو عن الفقه ، ومن قبل عن القضاء . واما عن موقف المشرع من مشكلة التكييف فهو فى غالبية الدول لا يعرض للمشكلة بنص تشريعى ، وهو فى القليل يورد نصا بخضوع التكييف لقانون القاضى ، مثل المشرع المصرى ، ومثل تقنين بوستامنت ، ومشروع تقنين قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى .

١٠ — على أن تحول بعض الدول الى نظام الديمقراطية الشعبية كان له فيها أثر فى مشكلة التكييف . وبيان ذلك انه فيما يتعلق بالاتحاد السوفيتى لا يوجد نص تشريعى يعالج مشكلة التكييف . وقد بدأ الفقه بسوء المظنة بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى ، وحسبوا ان القضاء فى دول الاقتصاد الحر قد اتخذ من هذه القاعدة وسيلة لانكار النظم القانونية الاشتراكية ومسح القوانين السوفيتية والميل بها عن حقيقة مضمونها ووصف تشريعات التأميم بأنها تشريعات عقابية والاستمرار فى الاعتراف بالشخصية القانونية للشركات التجارية والبنوك السوفيتية التى جرى تأميمها وعدم الاعتراف بالزواج

- (١) راجع فى شرح هذا الرأى Bartin فى مؤلفه « مبادئ القانون الدولى الخاص » ج ١ ص ٢٢٨ . وراجع هامش ١ على ص ١٢٤ من الجزء الثانى من مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ لثرى أساء من أخذوا بهذه الرأى فى بعض دول العالم .
- (٢) قال بهذا الرأى Despagnet فى مقاله المنشور فى Clunet سنة ١٨٩٨ ص ٣٥٢ ويدافع عن هذا الرأى فى انجلترا Wolff وأخذ به فى ايطاليا Pachioni . راجع فى ذلك مؤلفنا المشار اليه هامش ٣ على ص ١٢٧ .
- (٣) قال بهذا الرأى Rabel فى مؤلفه فى تنازع القوانين طبعة ٢ سنة ١٩٥٨ ص ٥٤ .
- (٤) راجع فى ذلك Morelli فى مؤلفه فى القانون الدولى الخاص طبعة ٣ ص ٢٧ و Ago فى مؤلفه فى القانون الدولى الخاص طبعة سنة ١٩٢٤ ص ١٣٦ .

السوفيتي (١) . على أنه بعد أن هدأت نفوس رجال الفقه السوفيتي من أثر هذا القضاء ، راق الفكر ، واخذوا يضطلعون ببيان القانون الذى يخضع له التكييف ، ورأت غالبيتهم اتباع طريقة « متخيرة » بمعنى اخضاع التكييف لقانون القاضى ( القانون السوفيتي ) فى بعض الاحوال ، واخضاعه للقانون الذى يحكم العلاقة ( Lex Causae ) فى البعض الآخر منها . وذلك « لان التنازع فى التكييف يرتبط بمسألة أخرى أعم نطاقا ، الا وهى بيان الحدود التى تقر فيها المحاكم السوفيتية اعمال القانون الاجنبى . وان الاختيار ما بين قانون القاضى والقانون الذى يحكم العلاقة ليتوقف على تفسير قاعدة الاسناد التى تقضى بتطبيق قانون اجنبى مما يترتب عليه عدم امكان التقيد بقاعدة موحدة فى التكييف تتبع فى كافة المجالات وبالنسبة لكافة قواعد الاسناد » (٢) . هذا ويعرض الفقه هذه الطريقة المتخيرة بقوله أن المادة ١٢ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية للاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة الصادرة فى سنة ١٩٦٢ ، تقضى بأن « تطبق المحاكم ( أى المحاكم السوفيتية ) القانون الاجنبى وفقا لما تقضى به التشريعات السوفيتية » ، وأن الرجوع الى التشريعات السوفيتية فى هذا الصدد يتضمن أن يرجع فى تحديد طبيعة العلاقات القانونية ( أى تكيفها ) الى النظم القانونية السوفيتية ، اى يرجع الى قانون القاضى ، على أنه اذا كان الرجوع الى هذا القانون هو الاصل العام عند معالجة مشكلة التكييف فى صورة مجردة ، الا أن الامر قد يختلف عند التطبيق والاضطلاع باعمال مختلف قواعد الاسناد ، فيرجع الى قانون القاضى فى بعض الحالات ويرجع الى قانون العلاقة فى البعض الآخر منها . وهذا وضع يمليه قيام علاقات مشتملة على عنصر اجنبى يتنازع حكمها القانون السوفيتي وقوانين دول أخرى تختلف نظهما الاجتماعية والاقتصادية مع الاتحاد السوفيتي . ولذلك فان تعيين القانون الواجب التطبيق فى علاقة من هذه العلاقات يستلزم أول الامر الرجوع الى القانون السوفيتي لمعرفة النظام القانوني الذى تتصل به العلاقة هل هو النظام السوفيتي أم نظام دولة من دول الاقتصاد الحر . وأذا ما تحدد هذا النظام جرى تحديد طبيعة العلاقة وفقا للنظام القانوني الذى تتصل به ، سواء أكان هو قانون القاضى ام القانون الاجنبى . مثل ذلك أن ايلولة مال عضو فى مزرعة جماعية بعد وفاته لا تعتبر حيراثا طبقا للقانون السوفيتي ، ولذلك فلامجال بالنسبة لها لتطبيق قاعدة أسناد قد تقضى بتطبيق قانون اجنبى . فى حين أن ايلولة ملكية ارض زراعية خارج الاتحاد السوفيتي بسبب الوفاة تعتبر فى نظر المحاكم السوفيتية ميراثا لان القانون الاجنبى الواجب التطبيق يعتبرها كذلك . والاتجاه فى تحديد طبيعة العلاقة حيننا الى قانون القاضى وحيننا آخر الى قانون العلاقة ، على هذا الوجه ، هو أمر توجبه فكرة التعايش — فى ميدان المعاملات الدولية — بين

(١) راجع Szaszy فى مقاله فى تطور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فى بلاد الديمقراطية الشعبية منشور فى مجلة Revue critique de dr. int. Privé عدد ٢ سنة ١٩٦٣ ص ٢٤١ .

(٢) قال بهذا النظر Lunz ، راجعه فى مقال Szaszy المشار اليه .

نظم قانونية يختلف بعضها عن البعض بوصفها نظماً لدول تختلف نظمها الاجتماعية والاقتصادية بعضها عن البعض كذلك ، على أن الفقه ينبه الى أنه يتعين التقيد بالتكييف الذي يأخذ به قانون القاضى فى ميدان التجارة الخارجية لان مسائلها تتعلق بالنظام العام فى الاتحاد السوفيتى (١) . ولعل الالتجاء فى التكييف الى القانون الاجنبى على هذا الوجه يقرب مما ينوبه به بعض الفقهاء فى دول الاقتصاد الحر من أن اعمال قانون القاضى فى التكييف يبقى معه مجال لاعمال القانون الاجنبى ( المحتمل التطبيق ) ، لان التكييف يضم مرحلتين : اولاهما ، مرحلة تحليل النظام القانونى ، وهو ما يجرى وفقا للقانون الاجنبى الذى يضم القاعدة الموضوعية التى تحكم هذا النظام . وثانيتهما ، مرحلة « البت » فى طبيعة ذلك النظام و « تصنيفه » أى وضعه فى طائفة من طوائف النظم القانونية الواردة فى قانون القاضى ، وهذا التصنيف يتم وفقاً لقانون القاضى (٢) . ويقول بعض الفقهاء السوفيت أن محتوى الافكار القانونية ومعانى المصطلحات القانونية ليست جامدة بل أنها تتأثر بظروف كل مجتمع فى مختلف حقب تطوره التاريخى . واذا كان ذلك المحتوى وهذه المعانى تختلف من مجتمع الى مجتمع فيما بين المجتمعات التى يسودها نظام اجتماعى واقتصادى واحد ، فان هذا الاختلاف يعظم شأنه اذا ما جرت المقارنة بين مجتمع اشتراكى ومجتمع رأسمالى . وها هو ذا الاتحاد السوفيتى ينشئ نظماً قانونية وافكاراً قانونية جديدة غير معروفة بمضمونها فى دول الاقتصاد الحر ، وان جرى التعبير عنها — فى بعض الاحيان — بألفاظ مستخدمة فى هذه الدول . وفى مثل هذه الظروف لابد أن يختلف تكييف أى تحديد طبيعة النظام القانونى من دولة الى أخرى وان كان يحمل فيهما اسماً واحداً . وهذا وضع يتعذر معه التزام الرجوع الى قانون واحد فى عملية التكييف (٣) .

١١ — هذا عن مشكلة التكييف فى الفقه السوفيتى . وينوبه بعض الشراح بأن هذا الفقه رحب به عند الغالبية من رجال الفقه البولندى حيث لا يوجد نص تشريعى يعالج مشكلة التكييف (٤) . أما فى تشيكوسلوفاكيا — وحيث لا يوجد كذلك نص يعالج مشكلة التكييف — يرى جانب من الفقهاء اتباع الطريقة المقارنة فى التكييف للوصول الى تكييفات موحدة خاصة بالقانون الدولى الخاص ، يكون من شأنها اختفاء مشكلة التنازع فى التكييف . والى أن تتحقق هذه الغاية لا مناص من الرجوع الى قانون القاضى فى التكييف (١) وينقد جانب آخر من الفقه هذا النظر من حيث تعذر الوصول الى تكييفات موحدة ، لانه لا توجد لغة

- (١) راجع هذا الفقه معروضاً فى Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٤٧ .  
 (٢) راجع فى هذا Batiffol فى الدولى الخاص طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٢٩٤ ، وأيضا Lerebours-Pigeonnière فى الدولى الخاص طبعة ٨ سنة ١٩٦٧ فقرة ٣٦١ ، وكذلك مؤلفنا فى الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ٥٩ مكررة .  
 (٣) راجع رأى Krylov و Pereterskii معروضاً فى Kazimierz Grzybowski ص ١٤٩ .  
 (٤) راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ١٣٥ ومع ذلك ينوبه Lasok المرجع السابق ص ١٢٦ بأنه يغلب عند الفقه البولندى اعتبار التكييف مسألة تفسير لقاعدة الاسناد .

قانونية موحدة تفرضها سلطة عليا فوق الدول . ثم يضيفون الى ذلك قولهم أن التكييف ليس مشكلة قائمة بذاتها تسبق تفسير وتطبيق قاعدة الاسناد وتكون منفصلة عنه . والقاضى لا يكيف الوقائع التى تتنازعها القوانين قبل هذا التفسير والتطبيق ( a priori ) بل بعدد ( a posteriori ) لان أول ما يضطلع به ليس هو تكييف هذه الوقائع وانما هو تفسير قاعدة الاسناد . ويجب الا يلتزم القاضى فى شأن هذه القاعدة تفسيرا مجردا يأخذ به فى كافة الحالات — سواء رجع فيه الى قانون القاضى أو قانون العلاقة — والا كان عمله تطبيقا آليا للقانون ، وهو حينما يضطلع بتطبيق قانون أجنبى ينبغى أن ينظر الى النظام القانونى ( système juridique ) الأجنبى برمته وليس الى ما يضمه من أنظمة قانونية ( institutions ) كل على حدة ، كنظام الاسرة ونظام الميراث ونظام الالتزامات . وينوه الشراح بأن هذا النظر هو السائد عند الفقه التشيكوسلوفاكى المعاصر (٢) . وبعد الا يقرب هذا النظر من الرأى السائد عند الفقه الالمانى والفقه الايطالى من اغراق مشكلة التكييف فى ميدان تفسير القانون كملا بما يراه بعض الفقهاء من أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يستعين القاضى فى فهم وتحديد طبيعة العلاقة التى تتنازعها القوانين بالقانون الأجنبى المحتمل تطبيقه !! .

(١) رأى Krémar و Zimmermann ، راجعه معروضا فى Szaszy المرجع السابق ص ١٢٢ وفى مقاله المشار اليه المنشور فى R. critique de dr. int. privé عدد ٢ سنة ١٩٦٢ ص ٢٤٢ .  
(٢) قال بهذا الرأى Bystricky وتبعه فيه بعض الفقهاء ، راجعه معروضا فى مرجع Szaszy المشار اليها .

## الفصل الثانى

### مشكلة الاحالة (١)

#### ١٢ - نظرة عامة :

نرجع مشكلة الاحالة الى تنازع قواعد الاسناد فى قانون القاضى مع قواعد الاسناد فى القانون الاجنبى الواجب التطبيق بمقتضى تلك القواعد الاولى . وبيان ذلك أن قواعد الاسناد قد تختلف من دولة الى دولة وخاصة فى مواد الاحوال الشخصية ، اذ بينما يخضعها بعض الدول لقانون الجنسية ، يخضعها البعض الاخر لقانون الموطن . ومتى وجد هذا الاختلاف وكانت قواعد الاسناد مزدوجة الجانب ، أى تحدد حالات تطبيق القانون الوطنى وكذلك حالات تطبيق القانون الاجنبى ، أمكن وقوع التنازع بين قواعد الاسناد فى القانون الوطنى (قانون القاضى) وقواعد الاسناد فى القانون الاجنبى ، ويأخذ هذا التنازع احدى صورتين . اولاهما ، التنازع الايجابى ، وهو يتحقق بأن تقرر قاعدة الاسناد فى كل من هذين القانونين الاختصاص التشريعى لقانونها . ولا يثير هذا التنازع أية صعوبة اذ أن كل قاض يطبق قاعدة الاسناد فى قانونه لانه يأنمر بأمر مشرعه . ثانيتهما ، التنازع السلبى ، وهو يتحقق بأن تقرر قاعدة الاسناد فى كل من القانونين المذكورين الاختصاص التشريعى لقانون القاعدة الاخرى أو لقانون ثالث . وهذا الوضع يثير السؤال الاتى :

اذا عرض نزاع على قاض وقضت قاعدة الاسناد فى قانونه بتطبيق قانون اجنبى معين ، ولكن هذا القانون رفض حكم العلاقة (بمقتضى قاعدة الاسناد فيه) وأحالها على قانون القاضى أو على قانون اجنبى آخر ، فهل يقبل القاضى هذه الاحالة ؟ ينوه رجال الفقه فى معظم البلاد الاوربية بأن هذا السؤال اثير أمام المحاكم من قديم وأن من بين أحكام المحاكم فى هذه البلاد ما يفيد وجود فكرة الاحالة واعمالها عند القضاء دون الافصاح عنها (٢) على أن هذه الفكرة لم تتبلور تماما وتجذب نظر رجال الفقه وتحظى بالمزيد من عنايتهم ومحتاجتهم الا فى الربع الاخير من القرن التاسع عشر . وصار للاحالة مؤيدون وناقدون ، وصار هؤلاء أكثر من اولئك . وجرى ذلك فى عدد من الدول مثل فرنسا وايطاليا

Renvoi

Niboyet, Cours

(١)

(٢) راجع فى ذلك Wolff فى

الدولى الخاص ص ١٩٠ و

Batiffol

طبعة ٤ سنة ١٩١٧ فقرة ٣٠٠ ، وإقرأ

فى الدولى الخاص فقرة ٤٨٥ ، ما هو مذكور بهذه المراجع من أن الفقيه الفرنسى Froland الذى عاش فى أواخر القرن السابع عشر وأوائل القرن الثامن عشر قد تنبه لمشكلة الاحالة ورفض بصفة عامة الاخذ بها .

وهولندا والمانيا وسويسرا وبلجيكا واليونان والولايات المتحدة الامريكية وانجلترا ، رغم ثبات القضاء في بعض هذه البلاد على الاخذ بها ، مثل القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكى والقضاء الانجليزى ( الذى أخذ بها فى صورة الاحالة المزدوجة ) ورغم وجود نصوص تشريعية فى البعض الاخر منها تقضى بالاخذ بها أيضا ( مما سنبينه فيما بعد ) . وربما كانت الحجة الاساسية لمؤيدى الاحالة هى أنه يجب النظر الى القانون الاجنبى ، الذى تسند اليه قاعدة الاسناد فى قانون القاضى ، باعتباره كلاً واحداً لا يتجزأ يضم قواعد الاسناد وكذلك القواعد الموضوعية . وربما كانت الحجة الاساسية للمناقدين أن الاخذ بالاحالة فيه انصياع لأمر المشرع الاجنبى ، وفيه تفويت للغاية التى ابتغها المشرع الوطنى بقاعدة الاسناد فى قانونه ، هذه القاعدة التى بناها على أساس المفاضلة بين القواعد الموضوعية فى قانونه والقواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى . وقد حاول بعض الفقهاء انقاذ الاحالة مما تردت فيه بمعاول النقد التى اعملت فيها ، وذلك بالوصول الى نتيحتها بصياغة اخرى . من تلك ما يقولونه من أن المشرع الوطنى وهو يسند العلاقة الى قانون اجنبى لا يقصد أن يفرض على هذا القانون اختصاصا تشريعيا لا يقره لنفسه . ولذلك فاذا ما اتضح أن القانون الاجنبى لا يقبل الاختصاص الذى تقره له قواعد الاسناد الوطنية ( أى قواعد الاسناد فى قانون القاضى ) وجب تعيين قانون آخر يصبح هو الواجب التطبيق ، وذلك بمقتضى قاعدة اسناد احتياطية أو تبعية ( règle de conflit subsidiaire ) تقع فى نطاق تفسير القانون الدولى الخاص الوطنى (١) .

كل ما تقدم هو عن الاحالة عند القضاء وعند الفقه . وأما عن الاحالة عند المشرع فاذا ما استعرضنا تشريعات مختلف الدول لوجدنا أن منها ما ينص على قبول الاحالة بنوعيتها ، أى سواء أكانت لقانون القاضى أم لقانون اجنبى ، كالقانون البولونى الخاص بتنازع القوانين والصادر فى سنة ١٩٢٦ ( وقد ألغى على ما سنبينه فيما بعد ) . ومنها ما ينص على قبول الاحالة لقانون القاضى فى حالات معينة ، مثل القانون الالمانى ( م ٢٧ من قانون اصدار التقنين المدنى ) ومثل القانون اليابانى ( م ٢٩ من قانون سنة ١٨٩٨ ) وأخيراً من التشريعات ما ينص على رفض الاحالة ، مثل القانون اليونانى ( مادة ٣٢ من التقنين المدنى الصادر سنة ١٩٤٠ ) والقانون الايطالى ( م ٣٠ من التقنين المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٢ ) والقانون البرازيلى ( قانون ٤ سبتمبر سنة ١٩٤٢ ) والقانون المصرى ( م ٢٧ من التقنين المدنى ) .

١٢ - وإذا ما فرغ الكلام فى العرض العام لمشكلة الاحالة على هذا الوجه ووصلنا الى قوانين البلاد موضوع هذا البحث : الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا ، وجدنا أنه فيما يتعلق بالاتحاد السوفيتى لا يضم التشريع السوفيتى نصا بحكم عام يقضى بقبول الاحالة أو برفضها ، فقد جاءت

(١) قال بهذا رأى Lerebours-Pigeonnière فى الدولى الخاص طبعه ٧ سنة ١٩٥٩ فقرة ٣٦٤ واقرأ آراء أخرى معروضة فى مؤلفنا فى الدولى الخاص ج ٢ ، طبعه ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ٦٩ ، ٧٠ .

المواد الخاصة بتنازع القوانين فى تشريع مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة الصادر فى سنة ١٩٦١ خالية من مثل هذا النص . ومع ذلك فليست الأحالة مجهولة تماما فى التشريع السوفيتى فالمادة ٣٦ من «قانون الشيكات» تنص على الأخذ بالأحالة ، سواء أكانت الى قانون القاضى أم الى قانون أجنبى . ثم ان الاتفاقات الخاصة بالتجارة الخارجية والملاحة البحرية التى يعقدها الاتحاد السوفيتى تضم نصوصا تقضى بالأخذ بالأحالة مثل ذلك الاتفاق المعقود مع فرنسا فى سنة ١٩٥١ ، والاتفاقية الجماعية المعقودة بين دول الديمقراطية الشعبية فى سنة ١٩٥٨ والمعروفة باسم «اتفاقية الشروط العامة لتسليم البضائع» ، تضم بدورها نصا يقضى بقبول الأحالة ( م ٧٤ ) وإذا ما اتجهنا الى الفقه وجدنا من الفقهاء من يؤيد الأحالة ومن يرفض الأخذ بها . ويقول المؤيدون ، وهم الأكثر عددا ، ان تطبيق القانون الأجنبى ( الذى تقضى قاعدة الإسناد فى القانون السوفيتى بتطبيقه ) إنما يأتى على سبيل الاستثناء من الاصل العام الذى يقضى بتطبيق القانون السوفيتى بوصفه قانون القاضى . وإذا ما رفض ذلك القانون الأجنبى الاختصاص المعقود له بقاعدة الإسناد فى القانون السوفيتى وأحاله الى القانون السوفيتى أو الى قانون أجنبى آخر ، فليس ثمة ما يمنع من قبول هذه الأحالة ، ويتعين احترام قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى ، ما دام السماح بتطبيق القانون الأجنبى أمرا تمليه الرغبة فى تدعيم السلام والتجارة الدولية والتعاون الاقتصادى الدولى . وبنوه بعض المؤيدين للأحالة على هذا النحو بأنهم لا ينسون ذكريات عندهم عما يعتقدونه من أن محاكم دول الاقتصاد الحر سبق أن استخدمت الأحالة وسيلة للأضرار بمصالح الاتحاد السوفيتى فى المشروعات المؤممة وفى أموال الرعايا السوفيت المقيمين فى الخارج ، حيث جرت تلك المحاكم على عدم الاعتراف بملكية الاتحاد لما آل اليه من هذه المشروعات والأموال بمقتضى التشريع السوفيتى . وقد توصلت الى ذلك بعدة وسائل من بينها قبول الأحالة من القانون السوفيتى الى قانون القاضى ( قانون الدولة الرأسمالية ) ( ١ ) .

أما الناقدون للأحالة الراضون الأخذ بها ، وهم الأقل عددا فهم يقولون أن المحاكم السوفيتية لاتطبق القانون الأجنبى الا عندما تقضى بتطبيقه قاعدة اسناد فى القانون السوفيتى وليس عندما تقضى بتطبيقه قاعدة اسناد فى قانون أجنبى ، وذلك لان التقيد بقاعدة الاسناد السوفيتية يحقق الغاية منها ، الا وهى أعمال قانون أجنبى فى علاقة قدر المشرع صلتها الوثيقة به فى أحكامه الموضوعية . ويضيفون الى ذلك قولهم انه وأن كان قد نص على الأخذ بالأحالة فى قانون الشيك وفى بعض الاتفاقات الدولية التى عقدها الاتحاد السوفيتى . الا أن التشريع السوفيتى لا يضم نصا يجعل الأحالة جزءا من النظام القانونى السوفيتى ، أى يجعل الأحالة قاعدة عامة ، ثم ان قبول الأحالة ان هو الا مظهر

(١) من المؤيدين للأحالة Lunz, Korecki, Krylov, Pereterski راجع ذلك  
نعروضاً فى Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٤٩ ، وأيضاً Szaszy  
فى مقاله المشار اليه المنشور فى Revue critique de droit int. privé عدد ٢ سنة  
١٩٦٣ ص ٢٤٤ .

من مظاهر النزعة الوطنية فى معالجة مسائل القانون الدولى الخاص التى تتفق وفكر رجال القانون فى دول الاقتصاد الحر . كذلك يردد ناقدو الاحالة ما سبق ذكره من اعتقاد الفقهاء السوفيت بأن محاكم دول الاقتصاد الحر استخدمت الاحالة وسيلة للاضرار بمصالح الاتحاد السوفيتى (١) .

١٤ - واذا ما انتقلنا الى تشيكوسلوفاكيا وجدنا أن المشرع اصدر ، لأول مرة فى سنة ١٩٤٨ تشريعا خاصا بالقانون الدولى الخاص يضم قواعد تنازع القوانين الدولى والداخلى ومركز الاجانب فى مواد القانون الخاص ، لم يرد به نص بقبول الاحالة أو برفضها (٢) . وفى سنة ١٩٦٣ أصدر المشرع تشريعا آخر خاصا بالقانون الدولى الخاص بعنوان « القانون الدولى الخاص والمرافعات » (٣) نص به على الغاء قانون سنة ١٩٤٨ . وقد عالج المشرع فى القانون الجديد التنازع الدولى بين القوانين ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ( مما عبر عنه المشرع بالمرافعات قاصدا قانون المرافعات الدولى ) . ويضم هذا القانون نص المادة ٣٥ منه تحت عنوان « فى الاحالة والاحالة ذات الدرجة الثانية » وهو يقضى بأنه « عندما توجب نصوص هذا القانون تطبيق قانون اجنبى تحيل احكامه الى القانون التشيكوسلوفاكى أو تحيل بدرجة ثانية الى قانون دولة اخرى ، فانه يمكن قبول الاحالة متى كان ذلك يتفق والتنظيم المعقول العادل للعلاقة » (٤) . وواضح من هذا النص أن المشرع ترك للقاضى تقدير الاخذ بالاحالة أو رفضها سواء اكانت للقانون التشيكوسلوفاكى أم لقانون آخر ، حسب ما يراه ملائما لحكم العلاقة المطروح النزاع فيها أمامه ، من حيث ما هو معقول وما هو عادل . ولعله قصد بذلك ان يتف موقفا وسطا بين مؤيدى الاحالة وناقديها أو بين مزايا الاحالة وعيوبها .

ومن الفقهاء التشيكوسلوفاكى من يؤيد قبول الاحالة بقوله « ان قبول الاحالة هو النتيجة الضرورية المنطقية لبدأ التنظيم المعقول للعلاقات القانونية ، لانه متى كان القانون الاجنبى ( الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد فى قانون القاضى ) لا يستوجب تطبيقه على العلاقة ، فليس ثمة ما يدعو الى تطبيقه عليها خلافا لحكمه » (٥) .

أما المشرع البولونى فقد سبق أن أورد نصا فى القانون الخاص بتنازع القوانين الدولى الصادر فى سنة ١٩٢٦ يقضى بقبول الاحالة بنوعها ، أى

(١) من ناقدى الاحالة Levitin ، راجع رأيه معروضا فى Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٥٠ .

(٢) راجع نصوص هذا القانون فى Revue Critique de droit int. privé عدد ٢ سنة ١٩٤٩ ص ٢٨١ .

(٣) راجع نصوص هذا القانون فى المجلة المشار اليها عدد ٣ سنة ١٩٦٥ ص ٦١٤ .  
(٤) règlement raisonnable et équitable

(٥) رأى Bystireky ، راجعه معروضا فى مقال Szaszy المشار اليه ص ٢٤٦ .

سواء أكانت للقانون البولوني أم لقانون أجنبي ( المادة ٣٧ ) وفى سنة ١٩٦٥ أصدر « القانون الدولى الخاص » ناصا به على الغاء قانون سنة ١٩٢٦ وموردا به نسا خاصا بالاحالة تضمنه المادة الرابعة التى تقضى بأنه « ١ - اذا كان القانون الاجنبى الواجب التطبيق طبقا لهذا القانون يحيل الى القانون البولونى ، فان هذا الاخير هو الذى يجب تطبيقه ٠ ٢ - اذا كان القانون الاجنبى الواجب تطبيقه طبقا لهذا القانون يحيل الى قانون أجنبي آخر ، فان هذا الاخير هو الذى يجب تطبيقه » . وكان قبول الاحالة بنوعيتها قد أصبح تقليداً تشريعياً فى بولندا حتى بعد دخولها فى نطاق دول الديمقراطية الشعبية . والرائج فى الفقه البولندى هو قبول الاحالة ، ويقول بعض الفقهاء أن دول الاقتصاد الحر تكره الاحالة وترفضها ، لأنها تبتغى فرض أفكارها الاقتصادية والاجتماعية والقانونية على الدول الاخرى وبذلك تتمكن من سيطرة رأى المال على التجارة الدولية (١) .

(١) راجع Szaszy فى مقاله المشار اليه المنشور فى Revue critique de dr. int. privé عدد ٢ سنة ١٩٦٣ ص ٢٤٥ حيث يذكر من بين مؤيدى الاحالة Ludwiczak وراجع فى عرض فكرة الاحالة فى الفقه البولندى Lasok المرجع السابق ص ١٢٩ .

## الباب الثانى

### قواعد الاسناد

١٥ - تمهيد :

عندما يضطلع المشرع بوضع قواعد الاسناد ، أى قواعد تنازع القوانين ، لبيان القانون الواجب التطبيق فى مختلف طوائف المسائل القانونية ، يراعى فى هذا البيان وجود صلة بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه . وهويتخذ هذه الصلة من عنصر من عناصر العلاقة وهى : أشخاص العلاقة (صاحب الحق والمتزم به) وموضوعها ( الاموال ) وسببها ( الوقائع والتصرفات القانونية) . وعلى ذلك فانه يمكن أن يعتد فى بيان القانون الواجب التطبيق بجنسية الشخص ( فيطبق قانون جنسيته ) وهو ما يسمى أيضا قانونه الوطنى ( Lex Patriae ) أو بموطنه ( فيطبق قانون موطنه Lex domicii أو بمحل اقامته ( فيطبق قانون محل الإقامة Lex residentiae ) ) أو بمركز الشخص الاعتبارى ( Siège social ) أو بموقع المال ( فيطبق قانون هذا الموقع Lex resitae ) أو بمحل ابرام التصرف ( فيطبق قانون هذا المحل Lex loci actus الضار ) أو بمحل وقوع العمل الضار ( فيطبق قانون هذا المحل Lex loci delicti commissi ) أو بمحل تنفيذ الالتزام ( فيطبق قانون هذا المحل Lex loci solutionis ) أو بارادة الشخص ( ينطبق قانون الإرادة Lex pro voluntate ) أو بعلم السفينة ( فيطبق قانون العلم ) أو بمقر المحكمة ( فيطبق قانون القاضى ( Lex fori ) ويمكن تسمية الصلة بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه « ضابط الاسناد » . وهذا الذى نعدده من ضوابط الاسناد معروف وشائع فى مختلف الدول ، سواء فى ذلك دول الاقتصاد الحر ودول الديمقراطية الشعبية ، يتخير منها مشرع كل دولة ما يراه محققا للعدالة ، وحاجة المعاملات الدولية مراعيًا ظروف بلده ومصالحها وتراثها من تاريخ القانون .

١٦ - على أن الفقه فى دول الديمقراطية الشعبية يبدى فى شأن ضوابط الاسناد الافكار العامة الاتية : ١ - أن الدولة تتخذ من ضوابط الاسناد ما يحقق مصالح الطبقات المسيطرة على الحكم ، إذ أنه بناء على هذه الضوابط يتم تحديد القوانين الواجبة التطبيق على الوجه الذى يحقق هذه المصالح . وهذا هو ما يفسر اختلاف ضوابط الاسناد بين دول تختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية ، وبالتالي النظم القانونية ، فى الواحدة منها عنها فى الاخرى . ٢ - أنه لا يوجد من ضوابط الاسناد ( وبالتالي من قواعد الاسناد ) ما له قيمة دولية ، أى ما يلزم الدول الاخذ به ، وذلك على نقيض ما يراه قليل من فقهاء دول الاقتصاد الحر من وجود ضوابط لها هذه القيمة . ٣ - أنه يجب عدم

التوسع فى اختصاص قانون القاضى توسعا مبالغا فيه ، ويجب انكار ما تفعله المحاكم فى سبيل هذا التوسع باسءاء استخدام التكييف طبقا لقانون القاضى واسءاء استخدام الدفع بالنظام العام والامتناع عن تطبيق القانون الاجنبى متى كان قانون دولة لم تعترف بها دولة القاضى ، وبتطبيق قانون القاضى حملا على عدم امكان اثبات محتوى القانون الاجنبى الواجب التطبيق (١) .

وعلىنا أن نستعرض فيما يلى قواعد الاسناد فى مختلف طوائف المسائل القانونية من قوانين الدول الثلاث، الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا، مراعين فى ذلك تقسيما ثلاثيا لهده القواعد حسب عناصر العلاقة القانونية الثلاثة، مؤداه التفرقة بين قواعد الاسناد فى الاحوال الشخصية وقواعد الاسناد فى الاحوال العينية (بمعنى مقصور على المال) وقواعد الاسناد فى التصرفات والوقائع القانونية وهذا التقسيم الثلاثى هو المتبع عادة فى فقه بلاد القارة الاوروبية وفى مصر أيضا . ويبقى بجانب ذلك التنبيه الى أن مدلول الاصطلاح «احوال شخصية» ليس واحدا فى مختلف الدول، ولسنا نضطلع فى هذا البحث بتحديدده . ونكتفى بالتنويه بأنه بالنسبة لدول الاقتصاد الحر، نجد نطاق هذا الاصطلاح فى غالبية هذه الدول مقصورا على حالة الشخص واهلية الاداء العامة، ونجده يمتد فى البعض الاخر منها ليشمل الميراث والوصية، ثم ليشمل فى قليل منها الهبة أيضا . أما فى دول الديمقراطية الشعبية فيبدو أن التفرقة بين الاحوال الشخصية والاحوال العينية ليست بذات بال، وخاصة بعد تغير مدلول «القانون المدنى» واستقلال قانون الاسرة وقانون العمل عنه . وعلى أية حال فليس المقصود من اتباع التقسيم الثلاثى المشار اليه اقامة تفرقة بين مجموعة القواعد التى يضمها القسم وتلك التى يضمها كل من القسمين الاخرين على أساس التفرقة الفقهية بين الاحوال الشخصية والاحوال العينية، وانما هو تجميع لقواعد الاسناد بالنظر الى عناصر العلاقة القانونية الثلاثة .

(١) راجع فى ذلك Szaszy المرجع السابق ص ١١٩ وفى مقاله المشار اليه  
المشور فى Revue Critique de dr. int. privé عدد ٢ سنة ١٩٦٣ ص ٢٢٧

## الفصل الاول

### قواعد الاسناد في الاحوال الشخصية

١٧ — يمكن القول بصفة عامة أن الفقه في دول الديمقراطية الشعبية يفضل اسناد مسائل حالة الشخص وأهليته وروابط الاسرة الى القانون الوطنى للشخص أى قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته، على اسنادها الى قانون موطن الشخص مع الالتجاء الى هذا الاخير فى بعض الحالات ، وذلك فيما عدا الاتحاد السوفيتى الذى يفسح مجالاً لتطبيق هذا القانون الاخير على ماسيلى بيانه . وينقد الفقه فى هذه الدول الاسناد الى قانون الموطن بقولهم أن الدول الرأسمالية تتخذ منه وسيلة لكى ينسى العمال الاجانب فى الدولة وطنهم . والواقع من الامر أن المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن تشغل بال الفقهاء فى دول الاقتصاد الحر ، ومنهم من يقرر أن ليس فى هذا المفاضلة حقيقة مطلقة ، بل أن الامر يختلف بحسب ظروف كل دولة ، وقد يكون الانسب للدولة المصدرة للسكان الاخذ بقانون الجنسية ، ويكون الانسب للدولة المستوردة للسكان الاخذ بقانون الموطن . ولنستعرض الان قواعد الاسناد فى المسائل السابق ذكرها .

### ١٨ — أولاً : الحالة والاهلية :

يحسن ، قبل بيان قواعد الاسناد الخاصة بالحالة الاهلية فى تشريعات الدول الثلاث التى نحن بصدها ، أن نتوه بالخلاف الذى يدور حول تحديد مدلول كل من هذين الاصطلاحين . ففى فقه دول غرب القارة الاوروبية ، يقصد بالحالة المدنية للشخص الطبيعى (١) «جولة الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته ، وهى صفات تقوم على أسس من الواقع ، كالسن والذكورة والانوثة والصحة ، أو على أسس من القانون ، كالزواج والحجر » (٢) . أما الاهلية فتجب التفرقة فى شأنها بين أهلية الوجوب وأهلية الاداء . ويقصد بالاولى صلاحية الشخص للتمتع بالحق أى كونه صاحب حق ، بينما يقصد بالثانية صلاحية الشخص لصدور التصرف الإرادى منه . أما فى الفقه الانجلو أمريكى فليس لختلف هذه المصطلحات هذا القدر من الضبط والتحديد . ففى الفقه الانجليزى مثلاً يأخذ بعض الفقهاء اصطلاح « الحالة المدنية » ( civil status ) على معنى واسع يشمل الاهلية بنوعيتها ،

(٢) وتسمى أيضاً « الحالة الخاصة » ويقابلها « الحالة العامة » أو الحالة السياسية « ويقصد بها بيان مركز الشخص من دولته ، وهى عبارة عن صفة الوطنية ويقابلها صفة الاجنبية .

(٣) ورد هذا التعريف بذكره المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ح ١ ص ٢٤٢ ، وهو متأثر بمدلول اصطلاح « الحالة » فى فقه أوروبا الغربية .

أهلية الوجوب وأهلية الاداء (١) بينما يأخذها البعض الآخر على معنى يشمل ما يعرف بالحالة فيقته بلاد القارة الأوروبية على النحو السابق بيانه ، كما يشمل أهلية الاداء (٢) . وهذا الخلاف في محتوى اصطلاح « الحالة المدنية » يثير الكثير من الصعوبات في بيان القانون الواجب التطبيق في مختلف مسأله . ولذلك فانه وان كانت القاعدة العامة هي خضوع الحالة المدنية لقانون الموطن ، الا أن انزال هذه القاعدة العامة على مختلف عناصر الحالة يقتضى الضبط وقد يقتضى الاستثناء من القاعدة ومن ذلك أمر القانون الذى يحكم أهلية الاداء ، فهو ليس واحدا بالنسبة لكل التصرفات القانونية ( مثل التفرقة بين الأهلية اللازمة للزواج والأهلية اللازمة لبرام العقود التجارية ) وهو ليس واحدا عند الفقه والقضاء . ويمكن القول بصفة عامة أن هناك رأيا يقضى باخضاع الأهلية لقانون الموطن ، وان وجدت آراء أخرى ، بعضها يقضى باخضاعها لقانون محل العقد والبعض الآخر يقضى باخضاعها للقانون الذى يحكم العقد (٣) ويغلب على فقهاء وقضاء الولايات المتحدة الأمريكية ( فيما عدا ولاية لويزيانا ) اخضاع أهلية الاداء لقانون محل العقد وان وجد رأى يقضى باخضاعها للقانون الذى يحكم العقد وعلى أن تخضع أهلية ترتيب حق عبنى في العقار لقانون موقعه (٤) . أما بلاد القارة الأوروبية فيغلب فى معظمها اخضاع الحالة والأهلية بالمعنى المفهوم فيها لقانون جنسية الشخص ، وهو ما أخذ به المشرع المصرى والمشرع السورى . أما أهلية الوجوب فمن المقرر فقها فى هذه البلاد خضوعها للقانون الاقليمى ، وهو قانون الدولة التى يدعى الشخص المتمتع بالحق فيها . وتعمل هذه القاعدة فى صد مركز الاجانب فى الدولة ، ويعبر عنها بقول الفقه انه يشترط لتمتع الاجنبى بحق أن يقره له قانون الدولة التى يريد التمسك به فيها . على أن هذا الشرط لا يخلص بوحدانيته فى ذهن بعض الفقهاء فيقرنونه بشرط آخر وهو وجوب كون قانون دولة الاجنبى يقر للشخص المتمتع بالحق فى الوقت ذاته . فلكى يتمتع اجنبى فى الدولة بحق الارث مثلا يجب أن يكون هذا الحق معترفا له بالتمتع به فى قانون هذه الدولة وفى قانون الدولة التى يتبعها هذا الاجنبى . ويرى الاستاذ ( نيبوايه ) ان مسألة مدى ما يتمتع به الاجنبى فى الدولة من حقوق طبقا لقانونها ، هي مسألة من مسائل مركز الاجانب وتهم القانون الدولى الخاص . واذا ما كان هذا القانون يقر للاجنبى المتمتع بالحق ، جاء دور قاعدة

- (١) راجع فى ذلك Dicey فى مؤلفه The conflict of laws طبعة ٨  
مسنة ١٩٦٧ ص ٢٢٥ .
- (٢) راجع فى ذلك Schmitthoff فى مؤلفه The English Conflict of laws  
طبعة ٣ سنة ١٩٥٤ ص ٢٧٧ ويفرق الفقه الانجليزى بين الحالة المدنية والحالة السياسية ،  
وتتضمن هذه الاخيرة الجنسية وصفة الاجنبى وصفة العدو .
- (٣) راجع فى ذلك Cheshire فى مؤلفه فى الدولى الخاص طبعة ٧ سنة ١٩٦٥ ص  
٢٠٠ وكذلك Dicey المرجع السابق القاعدة ١٣٠ ص ٧٤٤ من طبعة ٨ سنة ١٩٦٧ .
- (٤) راجع فى ذلك Rabel فى مؤلفه The Conflict of laws ج ١ طبعة  
سنة ١٩٥٨ ص ١٩٧ .

الاسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق فيه، وعند اعمال هذا القانون تثار مسألة من يتمتع بالحق ، وهى مسألة لا تهم القانون الدولى الخاص (١) .

١٩ - وفيما يتعلق بدول الديمقراطية الشعبية محل بحثنا ، نجد أنه بالنسبة للاتحاد السوفيتى تقضى المادة ١٢٢ من مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى والجمهوريات المتحدة الصادر فى سنة ١٩٦١ بأن « يتمتع الأجانب فى الاتحاد السوفيتى بالاهلية المدنية ذاتها (civil law capacity) التى يتمتع بها المواطنون السوفيت ، ويمكن بتشريع من الاتحاد السوفيتى ايراد استثناءات خاصة من ذلك ، وإذا فرضت دولة أجنبية قيودا خاصة على الاهلية المدنية للمواطنين السوفيت ، كان لمجلس وزراء الاتحاد السوفيتى فرض قيود مقابلة على الاهلية المدنية للمواطنى تلك الدولة». وتقضى المادة ١٢٣ بأن يتمتع عديمو الجنسية الذين يعيشون (Living) فى الاتحاد السوفيتى بالاهلية المدنية ذاتها التى يتمتع بها المواطنون السوفيت ، ويمكن أن تفرض استثناءات خاصة من ذلك بتشريع من الاتحاد السوفيتى . واصطلاح « الاهلية المدنية » مستخدم فى هاتين المادتين بمعنى عام يشمل أهلية الوجوب للأجانب. أى مركز الاجانب فى الاتحاد السوفيتى ، وكذلك أهلية الاداء ومختلف عناصر الحالة . وهو المعنى الذى أخذ به جانب من الفقه الانجليزى هذا الاصطلاح ، مما يبناه فيما تقدم . والمقصود بالنظام الوطنى « (national regime) (٢) ليس هو النظام القانونى فى الدولة التى يتبعها الشخص بجنسيته (Lex Patriae) وانما هو « النظام القانونى السوفيتى » أى « النظام الاقليمى (Loi territoriale) وربما لا يكون فى تطبيق « النظام الوطنى » بهذا المعنى على الاجانب فى الاتحاد السوفيتى أية غرابة فيما يتعلق بمركز الاجانب ، أى مدى تمتع الاجانب بالحقوق ، اذ ان تطبيقه فى هذه المسألة يؤدى الى تشبيه الاجانب بالوطنيين . وطريقة تشبيه الاجانب بالوطنيين فى معالجة مدى تمتع الاجانب بالحقوق ، هى طريقة مأخوذ بها فى بعض دول اوربا الغربية ، بجانب الطريقتين الاخرين وهما طريقة المعاملة بالمثل وطريقة شرط معاملة الامة الاكثر رعاية . على ان بعض الشراح ينوه بأنه وان كان تطبيق «النظام الوطنى» على الاجانب فى الاتحاد السوفيتى يؤدى الى مساواة الاجانب بالوطنيين فى التمتع بالحقوق ، مما يبدو أنه يحقق ميزة للأجانب ، الا أنه يقصد به فى الحقيقة الى استبعاد مساهمة المشروع الخاص الاجنبى عن ميدان النشاط الاقتصادى فى الاتحاد السوفيتى، واستبعاد تطبيق النظم القانونية الاجنبية التى تتعارض مع أساسيات النظام السوفيتى . هذا ويلجأ الاتحاد السوفيتى فى بعض ما يعقده من اتفاقات دولية الى « شرط معاملة الامة الاكثر رعاية » وينوه بعض الشراح بان الالتجاء الى هذا الشرط يتمخض فى النهاية عن تطبيق « النظام الوطنى » على التابعين للدولة الأخرى الطرف فى الاتفاق. ويسرى «النظام الوطنى» على الاجانب المقيمين فى الاتحاد السوفيتى (resident) سواء كانت اقامتهم

(١) راجع Niboyet فى مؤلنه المطول فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة سنة ١٩٥١ فقرة ٥٨٥ .

régime national

(٢)

دائمة permanently resident او عارضة ( temporarily resident ) وذلك بصفة عامة ، اذ يوجد بين التوعين قليل من التفريقات ، مثلها أن الاجنبي المقيم اقامة عارضة يمكنه أن يمثل منظمة تجارية دولية ، الامر غير الجائز للاجنبي المقيم اقامة دائمة . كما أن شرط معاملة الامة الاكثر رعاية لا يسرى الا على الاجانب المقيمين اقامة دائمة في دولتهم ويقيمون في الاتحاد السوفيتي اقامة عارضة .

على أنه اذا كان تطبيق « النظام الوطنى ، على الاجانب فى الاتحاد السوفيتي قد يبدو مبررا فى مجال تمتع الاجانب بالحقوق ، الا أنه قد يبدو محل نظر بالنسبة لأهلية الاداء ولمختلف عناصر الحالة ، اذ هى مسائل لصيقة بشخص الانسان ويجب أن يتوافر لها قدر من الثبات باخضاعها لقانون يتمتع ولو بثبات نسبي . ويذكر الشراح أمثلة لما يؤدى اليه تطبيق «النظام الوطنى» على الاجانب ، منها أن الفرنسية الزائرة فى الاتحاد السوفيتي والبالغة سن الزواج وفقا للقانون الفرنسى لا تستطيع ابرام الزواج ما دامت لم تبلغ سن الزواج المقرر فى القانون السوفيتي . ويستطيع الفرنسى المقيم اقامة دائمة فى الاتحاد السوفيتي أن يبرم فى فرنسا زواجا من فرنسية بالغة سن الزواج طبقا للقانون الفرنسى وان لم تكن بالغة هذه السن طبقا للقانون السوفيتي . كذلك فان القيود التى ترد على أهلية المرأة بسبب الزواج طبقا للقانون الوطنى للزوجين لا يعتد بها فى الاتحاد السوفيتي حتى بالنسبة لاثار ما تباشره من تصرفات قانونية تتناول حقوقا خارج الاتحاد السوفيتي . ويتحدد سن الرشد للاجنبي فى الاتحاد السوفيتي بالنسبة لسائر التصرفات القانونية طبقا للقانون السوفيتي (١). ولا شك ان اخضاع مسائل الحالة واهلية الاداء للنظام الوطنى ، أى للقانون الاقليمى هو مبالغة فى اقليمية القانون بالنسبة لهذه المسائل ، مما لم يصل اليه أكثر الفقهاء تعصبا للاقليمية . ومن المعروف أن الفقه جرى على اخضاعها للقانون الشخصى منذ فقه المدرسة الايطالية القديمة وعند فقه المدرسة الفرنسية وفقه سافيني وفقه المدرسة الايطالية الحديثة وعند من جاء بعدها من الفقهاء - وذلك فيما عدا ما عليه الحال فى البلاد الانجلو امريكية مما سبق بيانه - وكل ما وصل اليه الفقه من تطور هو التفرقة بصدد أهلية الاداء بين الاهلية العامة ، وتخضع للقانون الشخصى ، والاهلية الخاصة ، وتخضع للقانون الذى يحكم العلاقة ( lex causae ) (٢) وكذلك الاخذ بما سماه الفقه الفرنسى فكرة « المصلحة الوطنية » (٣) والتى تقضى بأن تصبح تصرفات الحياة الجارية ( أى اليومية ) فى مجال المعاملات المالية التى تبرم فى الدولة مادام الشخص كامل الاهلية طبقا لقانون هذه الدولة ولو كان ناقص الاهلية طبقا لقانونه الشخصى . ومؤدى هذه الفكرة ايجاد استثناء من قاعدة خضوع أهلية الاداء العامة للقانون الشخصى سعيا وراء تأمين المعاملات من الضرر

(١) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١١٦ .  
 (٢) راجع فى التفرقة بين أهلية الاداء العامة وأهلية الاداء الخاصة مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص جزء ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ٨١ .  
 (٣) راجع فى شرح هذه الفكرة مؤلفنا المشار اليه فقرة ٨٤ .

الذى يترتب على ابطال هذه التصرفات بسبب نقص الاهلية المقرر فى القانون الشخصى ، ولذلك فان هذا الاستثناء لا يتناول التصرفات بالغة الاهلية والخطر كرهن العقار وبيعه . على أنه يمكن القول ، من الناحية الاخرى ، أن اخضاع اهلية الاداء عند الاجنبى للقانون السوفيتى قد لا يكون بالغ الخطر اذا ما تصورنا ان ما يباشره الاشخاص من تصرفات هو عادة مما يصح أن يطبق عليه « تصرفات الحياة الجارية » التى تدخل فى مجال فكرة المصلحة الوطنية . هذا وسريان « النظام الوطنى » على الاجانب فى الاتحاد السوفيتى يشمل الاشخاص الطبيعيين والاشخاص الاعتبارية . كذلك فان الشراح يلاحظون ان المادة ١٢٢ من مبادئ التشريع المدنى السابق ذكرها تبين حكم الاهلية المدنية للاجانب فى الاتحاد السوفيتى ، ولكنها لا تبين حكم الاهلية المدنية للسوفيت خارج الاتحاد السوفيتى ، اى وهم يقيمون فى دولة اخرى . ويقولون أن المنطق يقضى باخضاع السوفيت فى هذه المسألة « للنظام الوطنى » فى الدولة التى يقيمون بها ، وان كان من شأن ذلك ان يواجه الفقه السوفيتى مشقة بصدد آثار التأميمات التى تجريها الحكومة السوفيتية (١) . وان بعض الفقهاء يرى خضوع الاهلية المدنية للسوفيت خارج الاتحاد لقانونهم الوطنى (Lex patriae) (٢) .

٢٠ - كل ما تقدم هو شأن « الاهلية المدنية » فى التشريع السوفيتى . واذا ما انتقلنا الى التشريع التشيكوسلوفاكى والتشريع البولونى وجدنا أنهما يختصان فى هذا الموضوع عن التشريع السوفيتى ، مما يمكن رده الى ما سبق ذكره فى مقام استعراض الافكار العامة الاساسية فى هذه التشريعات الثلاثة من أن الاتحاد السوفيتى اتم بناء الاشتراكية بينما لا تزال تشيكوسلوفاكيا وبولندا فى مرحلة التحول من الرأسمالية الى الاشتراكية (٣) . وبالرجوع الى تشريع « القانون الدولى الخاص والمرافعات » التشيكوسلوفاكى الصادر فى سنة ١٩٦٣ نجد أنه يضم نصا خاصا بأهلية الوجوب للاجانب فى الفصل الخاص بمركز الاجانب هو نص المادة ٣٢ الذى يقرر مبدأ مساواة الاجانب بالوطنيين فى الحقوق والواجبات فى مجال الحقوق غير المالية (Droits extra-patrimoniaux) ما لم تقض نصوص هذا القانون أو نصوص خاصة اخرى بغير ذلك . واذا اتضح أن دولة أجنبية تعامل المواطنين التشيكوسلوفاك بغير ما تعامل به التابعين لها، كان لوزير الخارجية بالاتفاق مع الجهات التشيكوسلوفاكية المختصة أن يقرر عدم تطبيق مبدأ المساواة بالنسبة لهؤلاء التابعين . وتسرى هذه الاحكام ، بطريق القياس على ما تباشره الاشخاص الاعتبارية من علاقات مالية (rapports d'ordre pécunier) ونحن لانحوض فى دراسة نص هذه المادة لخروجه عن نطاق بحثنا . أما اهلية الاداء فقد جاءت بشأنها قاعدة اسناد مزدوجة الجانب تضمها المادة ٣ الواردة فى الفصل الخاص بتنازع القوانين وهى تقضى بأنه :

(١) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١١٩  
 (٢) راجع رأى Lunz معروفا فى Szaszy فى مؤلفه المشار اليه  
 ص ١٩٢ .  
 (٣) راجع ما تقدم ص ٧ .

١ - تخضع أهلية الشخص لاستعمال الحقوق ومباشرة التصرفات القانونية لتشريع الدولة التي يتبعها (١) ، ما لم ينص هذا القانون على غير ذلك .

٢ - وإذا باشر اجنبي تصرفا قانونيا في جمهورية تشيكوسلوفاكيا الاشتراكية ، فإنه يكفي أن يكون صالحا (٢) ( أهلا ) لمباشرة طبقا للقانون التشيكوسلوفاكي ، ما لم ينص هذا القانون على غير ذلك » .

وأما القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥ فتنص المادة ٩ منه بما يأتي :

١ - « تخضع الاهلية القانونية (capacité juridique) (٣) وأهلية الاداء (capacité d'exercice) عند الشخص الطبيعي لقانونه الوطني .

٢ - تخضع أهلية الشخص الاعتباري لقانون الدولة التي يوجد بها مركز ادارته الرئيسي (siège social) .

٣ - ومع ذلك اذا باشر شخص اعتباري أو طبيعي تصرفا قانونيا يتصل بتنشغيل مشروعه (٤) فان اهليته تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها مركز هذا المشروع » .

ثم تقضى المادة ١٠ من ذلك القانون بأنه « اذا باشر اجنبي ، ناقص أهلية الاداء حسب قانونه الوطني ، تصرفا قانونيا في بولنده تترتب آثاره في اقليمها ، خضعت أهليته القانونية للقانون البولندي ، متى كان هذا التصرف يدخل في نطاق مبادئ حماية الاشخاص الذين يتصرفون بحسن نية . ولا يسرى هذا الحكم على التصرفات القانونية الخاضعة لقانون الأسرة أو الوصاية ، وكذلك قانون الميراث » .

ويمكن القول بصفة عامة أن القاعدة في كل من القانونين التشيكوسلوفاكي والبولوني هي خضوع حالة الشخص الطبيعي وأهلية الاداء عنده لقانونه الوطني ، أي لقانون الدولة التي يتبعها بجنسيته . وذلك مع ايراد استثناء بنص التشريع على هذه القاعدة فيما يتعلق بأهلية الاداء يتناول هذه الاهلية بالنسبة للتصرف الذي يبرمه في الدولة شخص ناقص الأهلية طبقا لقانونه الوطني ، وكامل الاهلية طبقا لقانون هذه الدولة وهو الاستثناء الذي اشتهر عنه الفقه الفرنسي باسم «فكرة المصلحة الوطنية» . على أن المشاهد هو أن نص القانون البولوني ، في صدد هذا الاستثناء جاء أكثر تقييدا من حيث شروطه عنه في القانون التشيكوسلوفاكي . فهو لا يكتفى بأن يكون التصرف قد أبرم في بولندا بل يستلزم فوق ذلك أن تكون آثار التصرف تترتب في بولندا كذلك ، كما انه يوجب

dont elle est la ressortissante

(١)

والمقصود ان يكون أهلا لمباشرة التصرف . apte

(٢)

legal capacity

(٣)

lié au fonctionnement de son entreprise

(٤)

أن يكون التصرف فى مجال العلاقات المالية ، وأن يكون من التصرفات التى يلزم فى شأنها حماية حسن نية المتعاملين ، وبالتالي تأمين المعاملات فى بولندا . وهذه كلها أمور لم يفسح عنها نص القانون التشيكوسلوفاكى ، وهى تتفق معها هو مأخوذ به فى فرنسا قضاء وثقها ، وما هو مأخوذ به فى مصر تشريعا . وفيما يتعلق بالشخص الاعتبارى جاء نص القانون البولونى صريحا فى خضوع أهليته لقانون الدولة التى يوجد بها مركز ادارته الرئيسى ويوجب الفقه أن يكون هذا المركز هو مركز الادارة الحقيقى أو الفعلى . أما نص المادة ٢ من القانون التشيكوسلوفاكى المشار إليها فهو غير صريح فى بيان ما اذا كان حكمه يتصرف الى أهلية الشخص الطبيعى والشخص الاعتبارى على سواء أم أنه يتصرف الى الاولى دون الثانية ، اذ جاء به « تخضع أهلية كل شخص ( La capacité de toute personne ) . . ومع ذلك ينوه الشراح بأن الفقه التشيكوسلوفاكى يفضل اعتبار القانون الشخصى للشخص الاعتبارى هو قانون الدولة التى يوجد بها مركز ادارته الرئيسى الفعلى (١) .

ويمكن القول ان ما أخذ به كل من القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى والقانون الدولى الخاص البولونى فى صيد الحالة الاهلية لا يختلف كثيرا عن ماضى كل منهما قبل دخول تشيكوسلوفاكيا وبولندا فى نطاق دول الديمقراطية الشعبية .

ولكنه من الناحية الاخرى يختلف عما عليه الحال فى الاتحاد السوفيتى مما سبق بيانه الامر الذى اقتضى معالجته فى الاتفاقات الثنائية المسماة « اتفاقات المساعدة القضائية فى المواد المدنية والتجارية » (٢) التى عقدها الاتحاد السوفيتى مع مختلف تلك الدول ، وذلك بالنص فى هذه الاتفاقات على خضوع الحالة والاهلية للقانون الوطنى للشخص ( Lex patriae ) فيخضع لهذا القانون مسائل علاقة المولود خارج فراش الزوجية بوالديه وثبوت النسب والحضانة والتبني والاشهاد بالوفاة . على أن الشراح ينوهون بقلة « أهلية التفرقة بين قاعدة الخضوع للنظام الوطنى المتبعة فى الاتحاد السوفيتى وقاعدة الخضوع للقانون الوطنى المنصوص عليها فى هذه الاتفاقات وفى تشريعات بعض دول الديمقراطية الشعبية وذلك لان الاصلاح التشريعى فى هذه الدول قد جرى على أساس محاكاة التشريع السوفيتى مما ترتب عليه تشابه بينهما وبينه فى سن الرشد ونظام الاسرة وشكل الزواج ونظام الميراث ونظام الملكية وتملك الدولة لوسائل الانتاج ونظام القطاع العام (٣) . وربما روعى فى استيفاء قاعدة خضوع الحالة والاهلية للقانون الوطنى للشخص فى التشريعين التشيكوسلوفاكى والبولونى ، يواجهه حاجة علاقات تشيكوسلوفاكيا وبولندا مع دول الاقتصاد الحر .

(١) راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه السابقة الاشارة اليه ٢٠٩

(٢) راجع ما تقدم ص ١٥ .

Conventions sur l'assistance judiciaire civile et commerciale

(٣) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski فى مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ١١٧ وهو يذكر ان تيليا من اتفاقات المساعدة القضائية قد نص فيه على اتباع « النظام الوطنى » مثل الاتفاق المعقود بين الاتحاد السوفيتى ومنغوليا .

## ٢١ - ثانياً - روابط الأسرة

من المعروف أن مدلول اصطلاح الحالة ، عند فقه أوروبا الغربية وفي مصر أيضاً ، يشمل روابط الأسرة . على أن تعدد هذه الروابط وتنوعها يجعل المشرع لا يكتفى في شأنها من حيث الاسناد بقاعدة الاسناد التي تخص الحالة ، بل انه يضع العديد من القواعد بحسب ما تقتضيه العدالة والملاءمة . وهذا المنحى هو ما يجرى عليه المشرع فى دول أوروبا الشرقية . ونحن نكتفى بأن نتخير للدراسة من هذه الروابط ، رابطة الزوجية وعلاقات الوالدين والاولاد . وننوه فى هذا المقام بما سبق ذكره من أن قانون الأسرة ان كان يعد جزءاً من القانون المدنى فى دول الاقتصاد الحر ، الا أنه لا يعتبر كذلك فى دول الديمقراطية الشعبية حسب مفهوم القانون المدنى فيها . ولذلك فانه بالنسبة لهذه الدول توجد قواعد الاسناد الخاصة بوابط الأسرة فى قانون الأسرة ، وذلك فيما عدا الدول التى أصدرت تشريعا خاصا بقواعد القانون الدولى الخاص ، مثل تشيكوسلوفاكيا وبولندا ، وفيما يتعلق بالاتحاد السوفيتى يوجد قانون أسرة خاص بكل جمهورية يضم قواعد تبين القانون الواجب التطبيق فى علاقات الأسرة بالنسبة للاجانب ، ويمكن أن تقيد هذه القواعد بما يبرمه الاتحاد السوفيتى من اتفاقات دولية (١) .

وأنة لجدير بالذكر ، قبل أن ندرس قواعد الاسناد الخاصة بروابط الأسرة فى الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا ، أن نعرض ما يقوله فقهاء هذه الدول بل وسائر دول الديمقراطية الشعبية ، من وجود فارق أساسى بين فكرة الأسرة فى هذه الدول وفكرتها فى دول الاقتصاد الحر . فالأسرة فى هذه الدول الاخيرة تقوم على سلطة الزوج على زوجته وأولاده باعتبارها رب الأسرة ، وينظر الى الأسرة باعتبارها أصغر وحدة اقتصادية تنهض على الملكية الخاصة وتراعى فى تنظيمها اعتبارات اقتصادية وترتيب انتقال المال بين أفرادها بالميراث . وعلى النقيض من ذلك تقوم الأسرة فى دول الديمقراطية الشعبية على الاختيار الحر عند كل من الرجل والمرأة والمساواة بينهما فى الحقوق ، دون ما أثر للاعتبارات الاقتصادية ومع توفر أكبر رعاية وحماية للاولاد ، دون ما تفرقة بين من يولد فى فراش الزوجية ومن يولد خارجه . كذلك ينوه أولئك الفقهاء بأن الخلاف فى قواعد الاسناد بين دول الديمقراطية الشعبية بعضها والبعض لا يبلغ ذات الاهمية بين دول الاقتصاد الحر بعضها والبعض كما ينوهون بأن تطبيق القانون الشخصى فى روابط الأسرة له مجاله - فى حدود مختلفة - فى دول الديمقراطية الشعبية ، فيما عدا الاتحاد السوفيتى حيث تعتبر قواعد قانون الأسرة ، بصفة عامة ، متعلقة بالنظام العام ، حتى بالنسبة للاجانب (٢) ونفصل ذلك فيما يلى ، فيما يتعلق برابطة الزوجية وبالعلاقات الوالدين والاولاد .

(١) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٢٥ ، وأيضاً Szaszy فى مؤلفه السابقة الإشارة اليه ص ٣٤٠ .  
(٢) راجع ذلك Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ٣٤٠

## ٢٢ - (أ) الزواج :

ليس شمة من شك فى أن الزواج هو من موضوعات الاحوال الشخصية الذى يبلغ فيه الخلاف فيما بين قوانين مختلف الدول حدا كبيرا . ذلك لان الفكرة الاجتماعية التى يقوم عليها الزواج تختلف من مجتمع الى مجتمع ، وهو فى بعض المجتمعات متصل بالدين . ويظهر كل ذلك من مقارنة قوانين دول العالم الغربى بعضها البعض ، ومن مقارنتها بقوانين دول العالم الشرقى . ويبدأ ذلك الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ويمتد الى انعقاده وآثاره وانقضائه . فمن زواج يقوم على الوحدة الى زواج يقوم على التعدد ، تعدد الزوجات أو تعدد الأزواج (١) . ثم هل يعتبر الزواج نظاما دينيا أم نظاما مدنيا (٢) . وما الشروط الموضوعية للزواج ، وهل هناك شكل تجب مراعاته أم لا واذا كان هناك شكل يتعين افرغ الزواج فيه ، فما هو . وهل تترتب للزواج آثار ، وما هى . وهل تتناول الاشخاص فقط أو تمتد الى المال . ويم ينقضى الزواج . وهل هو عقدة مؤبدة أم يمكن أن تنحل . وبم تنحل ، هل بالارادة وحدها أم بحكم القاضى . وبالنظر الى كل هذه الالوجه من الخلاف تبدو أهمية البحث عن القانون الذى يحكم الزواج عندما يريد شخصان من جنسية واحدة أن يتزوجا فى دولة غير دولتهما أو عندما يتزوجان فى دولتهما ويريد أحدهما أو كلاهما التمسك بالزواج فى دولة أخرى ، أو عندما يريد شخصان من جنسيتين مختلفتين أن يتزوجا وأن يتمسكا بزواج تم فى دولة واحد منهما أو فى دولة ثالثة .

وأول ما يعرض بصدد تنازع القوانين فى مسائل الزواج هو تكييف الرابطة التى تعتبر زواجا ، وهى مسألة يرجع فيها الى قانون القاضى ، على أن يأخذ القاضى الزواج فى قانونه بمعنى واسع بالغ التجريد بحيث يتسع لان تندرج فيه النظم التى تسمى زواجا فى قوانين مختلف الدول ، والتى ان اختلفت فى تفصيلاتها عن معنى الزواج فى قانونه الا انها لا تختلف معه فى جوهر هذا المعنى (٣) على أنه مهما أخذ القاضى الزواج بمعنى واسع فان هذا المعنى قد لا يستوعب كافة النظم التى تسمى زواجا فى مختلف انحاء العالم . وآية ذلك مقارنة فكرة الزواج فى العالم الذى تسوده الديانة المسيحية والمدنية الغربية مع فكرة الزواج فى العالم الاسلامى . فالزواج فى الاول رابطة بين المرأة والرجل لمدى الحياة لا تنحل بالارادة ولا تتعدد ، وهى فى الثانى رابطة يمكن أن تتعدد ويمكن أن تنحل بارادة الرجل وحده . وقد أثار الزواج السوفيتى قبل قانون سنة ١٩٤٤ ، اذ كان رابطة غير مؤبدة يمكن أن تنحل بارادة أى من الطرفين ، خلافا عند الفقه والقضاء ، فى مختلف دول أوروبا . فلم يعتبره الفقه الفرنسى زواجا

(١) يطلق على الزواج الذى لا يتعدد Monogamous والزواج الذى يتعدد Polygamous ، وعلى تعدد الزوجات ، وعلى تعدد الأزواج polyandrous . (كما هو الشأن فى التبت وبعض اجزاء الهند) . راجع فى ذلك Wolff سنة ١٩٥٠ ص ٣١٣ ، ومؤلفنا فى الدولى الخاص ج ٢ سنة ١٩٦٩

فقرة ٨٨ .

(٢) نظام مدنى Worldly institution ، ونظام دينى Sacrament

(٣) راجع فى ذلك Rabel فى تنازع القوانين ج ١ طبعة سنة ١٩٥٨ ص ٢٢١ .

اذ هو أقرب الى معايشة الضلان . وهذا هو ما سار عليه القضاء فى المجر وما جرى عليه كثير من المحاكم فى انجلترا ، وان كان بعض هذه المحاكم اعترف بهذا الزواج على أساس أنه ، على أية حال ، يتضمن قصد الطرفين أن يعيشا معيشة مشتركة مدى الحياة رغم امكان حله بارادة أيهما . وقد اعترفت المحاكم الالمانية بهذا الزواج (١) . أما بعد العمل بقانون سنة ١٩٤٤ المشار اليه فلا شبهة فى كون الزواج السوفيتى زواجا يتسع له تكييف رابطة الزوجية حسب قانون القاضى فى مختلف الدول ، فو زواج يقوم على الوحدانية ولاينحل بارادة أى من الطرفين . اذ أن هذا القانون قد أتى بتغير أساسى فى مسألتى الزواج والطلاق ، عما كانت عليه الحال فى التشريعات السابقة عليه ، فقد أوجب إبرام الزواج لدى موثق الحالة المدنية وصار الزواج الواقعى ، وهو ما يتم بالارادة دون اتخاذ هذا الشكل ، الذى كانت تقرره تلك التشريعات ، لا يترتب عليه أى اثر قانونى . كذلك أوجب هذا القانون أن يطلب التطلق بدعوى ترفع لدى محكمة أول درجة ، ولا تختص هذه المحكمة الا بمحاولة التوفيق بين الزوجين ، فهى لا تستطيع الحكم بالتطلق ، واذا لم يتيسر التوفيق طرحت الدعوى أمام المحكمة الاعلى التى تستطيع الحكم بالتطلق ، ولم يقيد المشرع بأسباب معينة للتطلق ، بل ترك الأمر لتقديرها مراعاة لظروف كل قضية . واذا ما صدر الحكم بالتطلق تعين قيده بسجلات الحالة المدنية ، والا لما أنتج الحكم اثره . ويبين من نقص أحكام القضاء فى هذا الشأن ميل المحاكم الى التشدد فى اجابة طلب التطلق (٢) .

٢٢- هذا هو من حيث تكييف الرابطة بين الرجل والمرأة التى تعتبر زواجا . وأما من حيث الاسناد ففى دول الاقتصاد الحر يغلب فى عدد منها وخاصة دول القارة الأوروبية اخضاع الزواج من حيث شروطه الموضوعية وشئنه وآثاره وانقضائه للقانون الشخصى الذى هو فى بعض الدول قانون الجنسية وفى بعضها الآخر قانون المواطن ، وذلك مع تعدد قواعد الاسناد لمواجهة حالة اختلاف الطرفين فى الزواج جنسية أو موطن ، وحالة التنازع المتغير المترتب على تغير الجنسية أو الموطن بعد انعقاد الزواج ، لمواجهة ضرورة تنوع الحلول بحسب ما اذا كانت المسألة من موضوع الزواج أم من شكله أم من آثاره أم من انقضائه ، ومع مراعاة تعلق المسألة بالنظام العام فى بلد القاضى أو عدم تعلقها به . وبجانب الدول التى تأخذ بالقانون الشخصى توجد دول أخرى (مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبعض دول أمريكا اللاتينية كالارجنتين وجواتيمالا ونيكاراجوا) تأخذ باخضاع انعقاد الزواج لقانون محل الإبرام (Lex Loci celebrationis) ، واخضاع اثاره لقانون محل الإقامة (Law of the residence) ، وهو عادة قانون القاضى واخضاع حل رابطة الزوجية لقانون القاضى ، على اعتبار توطن الطرفين أو

المرجع السابق ج ١ طبعة ٢ سنة ١٩٥٧

Rabel

(١) راجع فى التفصيلات

ص ٢٢١

David et Hazard, Le droit

(٢) راجع تفصيلات هذه المسألة فى

Soviétique, t. 2 1954, p. 293

أيضا مؤلفنا فى الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦

سنة ١٩٦٩ هامش ١ على ص ٢٣٧ .

أحدهما فى بلد القاضى ، أو على أساس أن حل رابطة الزوجية يمس النظام العام والأداب فى بلد القاضى فيتمتع أفراد قانونه بحكمه (١) .

٢٤ - وفيما يتعلق بتشريعات الدول التى يتناولها هذا البحث ، نجد أنه بالنسبة للاتحاد السوفيتى توجد قواعد الاسناد الخاصة بالزواج فى قوانين الاسرة لمختلف الجمهوريات على ما سبق ذكره ، وهى ليست قواعد موحدة . وإنما يمكن القول بصفة عامة وإذا ما اتخذنا نموذجا لهذه القوانين قانون الزواج والاسرة الصادر فى روسيا السوفيتية فى سنة ١٩٢٦ ، ان الزواج الذى يبرم فى الاتحاد السوفيتى فيما بين أجناب أو بين طرف وطنى وطرف أجنبى يخضع للقانون السوفيتى ، وذلك من حيث الشروط الموضوعية ومن حيث الشكل . على أنه يجوز - على سبيل الاستثناء - وبشرط المعاملة بالمثل أن يبرم الأجناب زواجهم لدى قناصل دولهم مع ضرورة مراعاة الاحكام الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج المقررة فى القانون السوفيتى . أمازواج الأجناب خارج الاتحاد السوفيتى فيعتبر صحيحا متى كان كذلك طبقا لقانون محل الإبرام (١) . يبقى الزواج الذى يبرم فى الخارج ويكون أحد طرفيه مواطنا سوفيتيا والآخر أجنبيا ، وهو يخضع من حيث الشروط الموضوعية ، للقانون السوفيتى وأما من حيث الشكل فتعقد قوانين بعض الجمهوريات الاختصاص به لقانون محل الإبرام ، بينما توجب قوانين البعض الآخر منها أن يبرم الزواج لدى قناصل الاتحاد السوفيتى . وفيما يتعلق بزواج مواطنين سوفيتيين فى الخارج فلا يوجد نص تشريعى يبين القانون الواجب التطبيق فيه ، ويميل القفه الى استباره صحيحا متى تم فى الشكل المقرر فى قانون محل الإبرام وبشرط أن يكون مستوفيا الشروط الموضوعية طبقا للقانون السوفيتى . هذا وقد أبرمت عدة اتفاقات بين الاتحاد السوفيتى وسائر دول الديمقراطية الشعبية فى أوروبا تخول قناصل الدول الطرف فى الإتفاق إبرام الزواج بين مواطنى الدولة الموفدة ، وإبرام الزواج على هذا الوجه لا يعفى الزوجين من قيد الزواج لدى الجهات المحلية المختصة .

وتخضع الآثار الشخصية لزواج الأجناب ( حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ) للقانون السوفيتى ، كما تخضع له الآثار المالية ( النظام المالى للزوجين ) لزواج الأجناب المقيمين فى الاتحاد السوفيتى . فيسرى عليهم «نظام الاشتراك فى الأموال» ولو كان قانونهم الشخصى يجهل هذا النظام أو كان يجيز لهم اختيار نظام آخر اختاروه ويرى بعض الفقهاء السوفيتى تطبيق القانون الأجنبى على النظام المالى للزوجين إذا كانت أموالهما واقعة فى الخارج - وينوه الشراح بخلو التشريع السوفيتى من نصوص تبين القانون الواجب التطبيق فى التطبيق وبطلان الزواج . ومع ذلك تخضع دعوى التطبيق والبطلان المرفوعة لدى المحاكم السوفيتية فيما بين أجناب للقانون السوفيتى دون القانون الأجنبى .

(١) راجع فى التعميلات Rabel المرجع السابق ج ١ طبعة ٢ سنة ١٩٥٨ ص ٢٦٤ و ٢٢٢ و ٤٥٧ ، Wolff المرجع السابق طبعة ١٩٥٠ ص ٢٢٤ و ٢٥٢ ومؤلفنا فى الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ الفقرات ٩١ ر ٩٦ ر ٩٩ .  
(٢) راجع فى ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٢٥ وأيضا Szaszy فى مؤلفه السابقة الإشارة اليه ص ٢٤١ .

٢٥ - وظاهر مما تقدم أن زواج الاجانب فى الاتحاد السوفيتى يخضع من جميع الوجوه ( انعقاده وآثاره وانقضاؤه ) للقانون السوفيتى ، وهو ما يعمله الفقهاء بتعلق الزواج بالنظام الاجتماعى السوفيتى . وهذا المنحى يكاد ينفرد به الاتحاد السوفيتى بين دول الديمقراطية الشعبية فى أوروبا ، وهو يفتقر بصفة خاصة عما جرى عليه كل من المشرع التشيكوسلوفاكى والمشرع البولونى . وقد أورد الاول قواعد الاسناد الخاصة بالزواج فى المواد من ١٩ الى ٢٢ من تشريع « القانون الدولى الخاص والمرافعات » الصادر فى سنة ١٩٦٢ والسابقة للإشارة اليه . وتتخلص أحكامها فى أن تخضع أهلية الشخص لابرام الزواج وشروط صحته لقانون الدولة التى يتبعها هذا الشخص ( م ١٩ ) أى قانونه الوطنى . ويحكم شكل الزواج قانون محل ابرامه ، ويتعين اتباع الشكل المبنى فى زواج كل مواطن تشيكوسلوفاكى ( م ٢٠ ) . ويسرى على العلاقات الشخصية والمالية (١) بين الزوجين قانون الدولة التى يتبعانها ( أى قانونهما الوطنى ) ، فإذا كانا يتبعان دولاً مختلفة ، سرى على هذه العلاقات القانون التشيكوسلوفاكى . ويخضع النظام المالى (٢) الذى يختاره الزوجان للقانون الذى كان سارياً على العلاقات المالية بينهما وقت اختيار هذا النظام ( م ٢١ ) . ويسرى على حل رابطة الزوجية بالتطليق قانون الدولة التى يتبعها الزوجان وقت بدء الاجراءات ، فإذا كانا يتبعان دولاً مختلفة طبق القانون التشيكوسلوفاكى . ويسرى القانون التشيكوسلوفاكى فى حالة ما يكون القانون الاجنبى الواجب التطبيق لا يجيز حل الزواج بالتطليق أو لا يجيزه الا بشروط شديدة على وجه غير عادى ، وذلك متى كان الزوجان أو أحدهما على الاقل يعيش منذ مدة طويلة فى جمهورية تشيكوسلوفاكى الاشتراكية . وتسرى هذه الاحكام على ابطال الزواج وعلى اثبات وجوده أو انعدامه ( م ٢٢ ) .

وأنه لووضح من هذه الاحكام ان المشرع التشيكوسلوفاكى وان عقد الاختصاص بمسائل الزواج للقانون الشخصى ، وهو عنده قانون الجنسية ، الا انه عمل على العودة ببعضها الى اختصاص القانون التشيكوسلوفاكى ، وذلك عند عدم وحدة جنسية الطرفين ، متبعاً فى هذا الصدد أسلوب القفز بدل أسلوب الخطى الرتبية . فقد كان فى امكانه أن يعقد الاختصاص - فى حالة عدم الوحدة فى الجنسية - لقانون آخر جنسية مشتركة كانت تجمع الطرفين ثم لقانون آخر موطن مشترك لهما ان لم يسبق تمتعهما بجنسية واحدة . فان لم يتحقق كل ذلك ، عقد الاختصاص للقانون التشيكوسلوفاكى . ويبدو أن المشرع التشيكوسلوفاكى قد تأثر فى الاسلوب الذى اتبعه بما عليه الحال فى الاتحاد السوفيتى من فرض سلطان القانون السوفيتى على زواج الاجانب على الوجه السابق بيانه .

٢٦ - أما المشرع البولونى فلم يكن بهذا القدر من التلف على فرض سلطان القانون البولونى على زواج الاجانب فى بولندا . وبيان ذلك أنه أورد قواعد الاسناد الخاصة بمسائل الزواج ( انعقاده وآثاره وانقضاؤه ) فى المواد من ١٤

Les rapports personnels et pécuniers  
régime matrimonial

(١)

(٢)

الى ١٨ من القانون الدولى الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥ والتي تتلخص أحكامها فيما يلى : لتحديد شروط صحة الزواج طبقا للقانون الوطنى لكل من الطرفين ( م ١٤ ) ، ويخضع شكله لقانون الدولة التى يبرم بها ، ومع ذلك اذا أبرم الزواج خارج بولندا فانه يكفى مراعاة الشكل المقرر فى القوانين الوطنية للزوجين (١) (م ١٥) ، وتسرى هذه الاحكام على حل رابطة الزوجية (dissolution du mariage) (م ١٦) . ولعل المقصود هو ابطال الزواج لنقص فى الشروط الموضوعية أو لعيب فى الشكل أو فسخ الزواج . وتخضع العلاقات الشخصية والمالية (٢) بين الزوجين لقوانينهما الوطنية، وتبين هذه القوانين امكان عقد مشاركة زواج بين الزوجين وامكان تعديلها أو فسخها (٢) . ويسرى على العلاقات المالية المترتبة على مشاركة الزواج القانون الوطنى للزوجين وقت ابرامها . واذا لم يكن للزوجين قانون وطنى مشترك طبق قانون الدولة التى يوجد بها موطنهما ، فان لم يكن لهما موطن فى دولة واحدة طبق القانون البولونى (م ١٧) . ويسرى على التطبيق القانون الوطنى للزوجين وقت رفع دعوى التطلاق ، فان لم تكن لهما جنسية مشتركة ، طبق قانون الدولة التى لهما فيها موطن مشترك ، واذا لم يكونا متوطنين فى دولة واحدة ، طبق القانون البولونى (م ١٨) . وظاهر من هذه الاحكام أن المشرع البولونى يخضع مسائل الزواج للقانون الشخصى للطرفين، وهو عذده قانون الجنسية . ثم يواجه بالنسبة لبعض هذه المسائل ، حالة اختلاف الطرفين جنسية بأن يحل قانون الموطن المشترك محل قانون الجنسية المشتركة . فان افترق الطرفان موطننا طبق القانون البولونى .

٢٧ - واذا ما قارنا التشريعات الثلاثة المتقدمة بعضها ببعض ، لوجدنا أن التشريع السوفيتى يفرض سلطان القانون السوفيتى على مسائل زواج الاجانب . وأن القانون التشيكوسلوفاكى يجعل هذه المسائل من اختصاص القانون الشخصى ، وعند عدم اشتراك الطرفين جنسية يرجع ببعضها الى اختصاص القانون التشيكوسلوفاكى . وأن المشرع البولونى يجعل الاختصاص معقودا لقانون الجنسية بوصفه القانون الشخصى ، وعند اختلاف الطرفين جنسية يعقد الاختصاص (بالنسبة لبعض مسائل الزواج) . لقانون الموطن المشترك للزوجين ، وعند عدم وجود هذا الموطن يرجع بالاختصاص الى القانون البولونى . على أن هذا الخلاف بين التشريعات الثلاثة ان كان يبدو كبير الاهمية فى العلاقات مع دول الاقتصاد الحر ، الا أنه ليس بذى بال فى علاقات دول الديمقراطية الشعبية بعضها ببعض ، وذلك بالنظر الى تقارب الاحكام الموضوعية فى قوانين الاسرة فى هذه الدول والى ما تضمه الاتفاقات الدولية المعقودة فيما بينها من قواعد اسناد خاصة بروابط الاسرة على النحو السابق بيانه .

Les lois nationales des époux

(١)

Les rapports personnels et patrimoniaux

(٢)

(٣) مشاركة الزواج هى الاصطلاح الذى جرى عليه الفقه المصرى مقابلا للاصطلاح Contrat de mariage الفرنسى وهو العقد الذى يتفق فيه الزوجان على ترتيب نظام أموالهما .

## ٢٨ - (ب) علاقات الوالدين والاولاد :

ليس ثمة من شك فى أن أهم علاقة من علاقات الوالدين والاولاد هى علاقة البنوة . ويجرى خلاف فى دول الاقتصاد الحر بشأن القانون الذى يحكم هذه العلاقة . فيوجد رأى فى الفقه والقضاء فى بعض الدول ، وأخذ به فى تقنين بوستامنت (١) يقضى باخضاع البنوة للقانون الشخصى للابن حذلا على أن البنوة ان كانت من مسائل الحالة فهى بالذات من مسائل حالة الابن فتخضع لقانونه الشخصى . وهذه حجة غير مقنعة لانها تصلح أيضا فى جانب القول بتطبيق القانون الشخصى للاب اذ أبوة الابن هى أيضا من مسائل حالة الاب . يضاف الى ذلك أن الاخذ به قديودى الى الوقوع فى حلقة مفرغة فى البلاد التى تجعل القانون الشخصى هو قانون الجنسية ، إذ يكون الوضع فى هذه الحالة هو : تخضع البنوة لقانون جنسية الابن ، وتحدد جنسية الابن بثبوت بنوته من الاب (٢) . ويوجد بجانب هذا الرأى الاول رأى ثان يقضى باخضاع البنوة لقانون الاب وقانون الابن مع تطبيقهما تطبيقا جامعا . وعيب هذا الرأى أنه يؤدى فى واقع الامر الى تطبيق الاحكام المتفقة فى القانونين دون تلك المعارضة ، مع أن الحرج الذى يتعين الخروج منه هو بالنسبة لهذه الاخيرة (٣) . ويوجد بجانب هذين الرأين رأى ثالث مأخوذ به فقها وقضاء وتشريعا فى عدد من الدول ، يقضى باخضاع البنوة للقانون الشخصى للاب ، وهو فى انجلترا وبعض بلاد القارة الاوروبية كالدانمرك قانون الموطن ، وفى سائر بلاد القارة الاوروبية وفى الجمهورية العربية قانون الجنسية . ويستند هذا الرأى الى أن الاب هو الذى أوجد الابن ، والى أن اثبات البنوة يهم الاب أكثر من الابن ، كما أن البنوة فى حقيقتها ما هى الا أثر من آثار الزواج فينبغى أن يحكمها القانون الذى يحكم هذه الآثار ، وهو قانون الزوج الاب وهو رب الاسرة . وهذا هو ما أخذ به فى القانون الايطالى (مادة ٢٠ من القواعد العامة فى التقنين المدنى) والقانون الالمانى (م ١٨ من قانون اصدار التقنين المدنى) والقانون البولونى القديم (م ١٨ من قانون سنة ١٩٢٦ الخاص بتنازع القوانين) ولأثرة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فى مصر (م ٢٩) .

٢٩ - وإذا ما انتقلنا الى دول الديمقراطية الشعبية وجدنا انه فى الاتحاد السوفيتى ينظر الى علاقات الوالدين والاولاد ، بل وسائر روابط الاسرة ، برصفها من مسائل النظام الاجتماعى السوفيتى التى لا تكون موضعا لتنازع القوانين ولا يسمح فى شأنها بتطبيق قانون أجنبى . ولذلك فإن القانون السوفيتى يسرى على هذه العلاقات ولو كانت مشتملة على عنصر أجنبى ، بما فيها مسألة البنوة . ولم يكن هذا الوضع مثيرا للصعوبات وقت أن كان الاتحاد السوفيتى يتبع سياسة تقييد دخول الاجانب واقامتهم فيه . على أن دخول عدد

(١) هو تقنين للقانون الدولى الخاص وصفه الاستاذ Bustamente من كوبا فسمى باسمه وقد أقره الاتحاد الأمريكى ، وهو يسرى فى بعض دول امريكا اللاتينية . راجع فى التعريف به مؤلفنا فى الدولى الخاص ج ١ طبعة ٨ سنة ٣٤ .  
 (٢) راجع فى ذلك Rabel المرجع السابق ج ١ طبعة سنة ١٩٥٨ ص ٦٠٤ .  
 (٣) راجع فى التفصيلات Répertoire de dr. int. ج ٨ كلمة Filiation  
 فقرة ٢٨ ص ٤٠٧ .

من الدول الأوروبية في نطاق الديمقراطية الشعبية كان من شأنه ازدياد وفود الأجانب على الاتحاد السوفيتي ، مما اقتضى ضرورة معالجة مسألة القانون الواجب التطبيق في علاقات الوالدين والأولاد عندما يتصل الأمر برعايا هذه الدول . وكانت الوسيلة الى ذلك هي الاتفاقات الدولية . ولذلك فقد أبرم الاتحاد السوفيتي اتفاقات ثنائية مع مختلف هذه الدول ، لا يضم بعضها قواعد موضوعية تحكم تلك العلاقات أو قواعد اسناد تبين القانون الواجب التطبيق فيها ، بل يضم قواعد تعيين الاختصاص القضائي ، ومتى ثبت الاختصاص لمحاكم دولة كان قانونها هو الواجب التطبيق . على أن البعض الآخر من الاتفاقات يضم قواعد اسناد تبين القانون الواجب التطبيق وعلى أساسه يتحدد الاختصاص القضائي (١) .

٢٠ - وقد عالج المشرع التشيكوسلوفاكي علاقات الأقارب والأولاد في المواد من ٢٢ - ٢٧ من القانون الدولي الخاص والمرافعات الصادر في سنة ١٩٦٣ . وتتلخص أحكامها فيما يلي : يكون اثبات الأبوة أو انكارها من اختصاص قانون الدولة التي تمتع الولد بجنسيتها بسبب الميلاد . وإذا كان الولد يعيش في جمهورية تشيكوسلوفاكيا الاشتراكية أمكن اثبات الأبوة أو انكارها وفقا لأحكام القانون التشيكوسلوفاكي متى كان ذلك في صالحه . ويكفي لصحة الاعتراف بالأبوة أن يكون قد تم وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها ( م ٢٣ ) . ويسرى قانون الدولة التي يتبعها الولد على العلاقات بين الأقارب والأولاد بما في ذلك النفقة والتربية . وإذا كان الولد يعيش في تشيكوسلوفاكيا أمكن تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي على هذه العلاقات متى كان ذلك في مصلحة الولد ( م ٢٤ ) . وتخضع ادعاءات أم الولد قبل والده الذي لم تتزوج به لقانون الدولة التي تتبعها الأم وقت ميلاد الولد . وتخضع هذه الادعاءات للقانون التشيكوسلوفاكي متى كانت اجنبية متوطنة في تشيكوسلوفاكيا وكان والد الولد مواطنا تشيكوسلوفاكيا ( م ٢٥ ) (٢) . وظاهر من هذه الأحكام أن المشرع التشيكوسلوفاكي يفضل أخضاع علاقات الوالدين والأولاد ( عدا البنوة الطبيعية ) للقانون الشخصي الولد ، وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها ، وذلك حملا على أن البنوة انما تتصل ، بصفة أساسية ، بمصلحة الولد وهو بذلك يسير في اتجاه تشريعي حديث أخذ في النمو في أوائل النصف الثاني من القرن العشرين . ولكن المشرع مع ذلك يفتح الباب لعقد الاختصاص للقانون التشيكوسلوفاكي ، متى كان تطبيقه في مصلحة الولد . وربما كان هذا المنحى التشريعي ينبعث من فكرة كون روابط الأسرة من نظام المجتمع . وهي الفكرة التي لها أثرها أيضا في بيان القانون الواجب التطبيق في مسائل الزواج ، على ما رأيناه ، ومما يعبر عن ميل نحو ما عليه الحال في الاتحاد السوفيتي .

٣١ - وبين المشرع البولوني قواعد الاسناد في علاقات الوالدين والأولاد في المواد من ١٩ - ٢٢ من القانون الدولي الخاص البولوني ، والتي تتلخص

المرجع السابق

Kazimierz Grzybowski

(١) راجع في التفصيلات

ص ١٢٩ .

(٢) أما المادتان ٢٦ و ٢٧ فهما خاصتان بالبنى ، وهو ما لم تناوله في هذا البحث .

أحكامها فيما يلى : يسرى على علاقات الأمارب والاولاد لقانون الوطنى للولد . ويخضع الاعتراف بالابوة أو بالامومة وانكارهما للقانون الوطنى للولد وقت ميلاده . ومع ذلك يخضع الاعتراف بالولد لقانون الدولة التى يتمتع بجنسيتها وقت حصول الاعتراف . ويسرى على الاعتراف بالحمل الذى لم يولد بعد للقانون الوطنى للام (م ١٩) . ويسرى على حقوق الام قبل الاب فيما يتعلق بالحمل بالولد وميلاده خارج فراش الزوجية للقانون الوطنى للام (م ٢١) . وواضح من هذه الاحكام أن المشرع البولونى يخضع علاقات الوالدين بالاولاد للقانون الشخصى ، وهو قانون الجنسية . وهو يعينه ، مجاريا لاتجاه التشريعى الحديث السابقة الاشارة اليه ، بكونه قانون الولد ، وذلك فيما عدا حالة الاعتراف بالحمل وحالة حقوق الام بشأن الولد الطبيعى اذ قضى فيهما بتطبيق قانون الام . على أنه لم يفتح الباب لتطبيق القانون البولونى مخالفا فى ذلك الاسلوب الذى اتبعه المشرع التشيكوسلوفاكى .

٢٢ - ويتبين من مقارنة التشريعات الثلاثة المتقدمة فى صدد علاقات الوالدين والاولاد ، أن التشريع السوفيتى يتمتع باقليمية كاملة ، فيما عدا المجال الذى تعمل فيه الاتفاقات الدولية ، وأن التشريع التشيكوسلوفاكى يعقد الاختصاص للقانون الوطنى للشخص ، مع ايجاد السبيل للعودة بالاختصاص الى القانون التشيكوسلوفاكى ، وأن المشرع البولونى يعقد الاختصاص للقانون الوطنى للشخص دون محاولة العودة به الى القانون البولونى .

### ٢٢ - ثالثا - الميراث والوصية :

ليس نظام الخلافة بسبب الموت واحدا فى مختلف الدول سواء من حيث القواعد الموضوعية ومن حيث قواعد الاسناد . ويجرى الخلاف قبل ذلك فى بيان معنى الميراث . ففى تشريعات بعض الدول يطلق اصطلاح « الميراث » على الخلافة بسبب الموت ، سواء أكان مرجعها نص القانون ، وهذا هو « الميراث القانونى » (١) ، أم كان مرجعها تصرفا اراديا من المتوفى ، وهذا هو « الميراث الايصائى » (٢) ، وهذا هو ما عليه الحال فى القانون الايطالى . وعلى انقبض من ذلك نرى تشريعات البعض الاخر من الدول يقصر الميراث على الخلافة بسبب الموت استنادا الى حكم القانون . وهذا هو ما عليه الحال فى القانون الفرنسى والقانون المصرى . ولاشك أن القانون الشخصى للمتوفى هو الذى يبين ما اذا كانت خلافة الوارث للمورث تتم بحكم القانون أم بطريق الوصية . ولكن اذا عرض نزاع على القاضى فى الخلافة بسبب الموت ، اخص قانونه ببيان معنى « الميراث » ومعنى « الوصية » اذ الامر هنا من التكييف اللازم لتحديد قاعدة الاسناد . ونحن نقرر ذلك وان كنا لا ننكر قلة أهميته من الناحية الواقعية اذ غالبا ما يضع المشرع للميراث والوصية (من حيث شروطها الموضوعية) قاعدة اسناد واحدة . واذا ما افترق الميراث عن الوصية جرى بشأن اسناد الميراث خلاف حول وحدة القانون الذى يحكم الميراث أو تعدد

Succession légitime ou ab intestat

(١)

Succession testamentaire

(٢)

القوانين التى تحكمه . واذا ما أخذ بمبدأ وحدة هذا القانون جرى خلاف فى الاختيار بين قوانين ثلاثة ، وهى قانون موقع المال وقانون موطن المتوفى وقانون جنسية المتوفى . ولكل من هذه القوانين ما يبرر تطبيقه . فتطبيق قانون موقع المأى يستند الى أن الميراث سبب لاكتساب الحق العيني ، وتطبيق قانون موطن المتوفى يستند الى أن موطن المتوفى هو المكان الذى تتركز فيه علاقة الميراث تركيزا مكانيا أو هو الموقع الحكيمى لاموال التركة ، ويستند تطبيق قانون جنسية المتوفى الى اعتبار الميراث متصلا بنظام الاسرة . وأما تعدد القوانين التى تحكم الميراث فيؤدى الى التفرقة بين الميراث فى العقار والميراث فى المنقول ، يخضع الاول دون خلاف لقانون موقع العقار ، وأما الثانى فقد يخضع لقانون موطن المتوفى ، كما قد يخضع لقانون جنسيته . والواقع أن الاخذ بأى مذهب من هذه المذاهب فى مختلف الدول لم يجر فى مجال الموازنة الفقهية بقدر ما أحدثته من أثر ظروف كل دولة وتراثها من تاريخ القانون . كذلك فان تعيين القانون الواجب التطبيق فى الوصية يجلب المشقة التى مرجعها كون الوصية هى من ناحية تصرف ارادى ، ومن ناحية أخرى تتصل بالميراث من حيث كونها طريقين للخلافة بسبب الموت . ويقتضى النظر الى الناحية الاولى أن يعتد فى بيان القانون الواجب التطبيق فى الشروط الموضوعية للوصية ( الاهلية وصحة الارادة والحل والسبب ) بالوقت الذى تتحرك فيه الارادة لاجراء هذا التصرف . ويقتضى النظر الى الناحية الثانية ومراعاة أن من الشروط الموضوعية ما يبتغى به حماية الورثة ، وأن الوصية تصرف غير لازم ، ان يعتد فى بيان القانون الذى يحكم تلك الشروط بوقت وفاة الموصى . وتتنوع المذاهب التشريعية فى الاخذ بهذا الاتجاه أو ذاك (١) .

ويمكن القول بصفة عامة انه فى دول الاقتصاد الحر يمكن النظر الى الميراث بوصفه سببا من أسباب كسب الحقوق فى المال ، فيدخل فى نطاق الاحوال العينية ، أو بوصفه ينظم انتقال المألى من المتوفى الى ورثته على أساس مراعاة علاقات الاسرة وحمايتها ، فيدخل فى نطاق الاحوال الشخصية . ولكل من هاتين النظرتين أثرها فى تعيين القانون الواجب التطبيق فى الميراث . واذا كان حق الارث معترفا به فى هذه الدول فهو معترف به كذلك فى دول الديمقراطية الشعبية وهذه نتيجة منطقية للاعتراف فى هذه الدول «بالملكية الشخصية ( personal property )» (٢) وحمايتها قانونا . على أن فقهاء دول الديمقراطية الشعبية يقولون أن الميراث فى دولهم هو «مجرد انتقال ملكية مال» ، وهو بذلك يختلف عن الميراث فى دول الاقتصاد الحر حيث يكون الميراث «انتقال رأسمال» ، وحيث تأثر نظام الميراث بالتقاليد واتسم بطابع المحافظة ، شأنه فى ذلك شأن نظام الاسرة ، وبقيت به لمسات اقطاعية . كما أنهم يتجهون نحو الاخذ بمبدأ وحدة القانون الذى يحكم الميراث ، ويقصدون بالميراث الخلافة بسبب الموت بحكم القانون . أما الخلافة بسبب الموت بالتصرف الارادى ، أى بالوصية ، فلها قاعدة اسناد تخصها مؤداها أن تخضع الشروط

(١) راجع فى التفصيلات مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ نقرة ١١٠ ، ١١٦ .

(٢) اصطلاح personal property فى القانون الانجليزى يقصد به ملكية المنقول ، وذلك بالمقابلة لاصطلاح real property بمعنى ملكية العقار ، أرضا كان أو بناء ، أما فى بلاد الديمقراطية الشعبية فالملكية الشخصية معنى آخر ، راجعه فيها يلى . ص ٦٧

الموضوعية للوصية لقانون الموصى وقت عمل الوصية ، وأن يخضع شكل الوصية لقانون الموصى وقت الايصاء أو لقانون محل اجراء الوصية أو لقانون التقاضى (١) .

٣٤ - وإذا ما انتقلنا من هذه النظرة العامة الى دراسة قواعد الاسناد الخاصة بالميراث والوصية فى تشريعات الدول الثلاث محل بحثنا ، لوجدنا أنه فيما يتعلق بالاتحاد السوفيتى كان التشريع السوفيتى - قبل العمل بتشريع مبادئ التشريع المدنى الصادر فى سنة ١٩٦١ - خاليا من قواعد تبين القانون الواجب التطبيق فى الميراث . واضطر الفقهاء أمام هذا الاغفال الى التعويل على فكرة « النظام الوطنى » السابق بيانه فى وضع هذه القواعد . وهى تتلخص فى أن يسرى القانون السوفيتى على مواريث التابعين للاتحاد السوفيتى وعلى مواريث الاجانب الذين يتوفون متوطنين فى الاتحاد وكذلك على الميراث فى العقار ( المبنى ) الواقع فى الاتحاد بصرف النظر عن جنسية المتوفى وأيا كان موطنه . ولا يطبق القانون الاجنبى لدى القضاء السوفيتى الا فى ميراث الاموال المنقولة متى كان المتوفى أجنبيا توفى متوطنا خارج الاتحاد ، وذلك مع جريان الخلاف فيما اذا كان القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى هذه الحالة هو قانون جنسية المتوفى أو هو قانون موطنه (٢) . أما بالنسبة لميراث المواطنين السوفيتى فى الخارج فيقول الفقهاء أنه وان كان الاصل العام هو خضوع «الاهلية المدنية» ( بمعناها فى الفقه السوفيتى السابق بيانه ) (٣) للسوفيت المقيمين فى الخارج للقانون الاقليمى ( قانون الدولة التى يقيمون بها ) - وهى النتيجة المنطقية لفكرة «النظام الوطنى» (٤) - الا أن مواريثهم تخضع للقانون السوفيتى . ويعلل بعض الشراح هذا النظر بقوله انه يمكن الحكومة السوفيتية من أن ترث من يتوفى من رعاياها دون أن يترك وارثا ، خاصة وأن نطاق الورثة القانونيين فى القانون السوفيتى أضيق منه فى القوانين الاجنبية (٥) .

على أنه اذا كان هذا النقص فى التشريع السوفيتى غير بالغ الخطر ، فى الوقت الذى كان يقل فيه الاجانب المقيمون فى الاتحاد السوفيتى ، وتقل فيه أهمية ما يملكونه من أموال ، فانه ما أن تغير هذا الوضع حتى اتجهت عناية المشرع بوضع قاعدة اسناد تبين القانون الواجب فى الميراث والوصية اتخذ مكانها فى المادة ١٢٧ من تشريع «مبادئ التشريع المدنى» الصادر فى سنة ١٩٦١ ، والتى تقضى بأن «تخضع مسائل الارث لقانون البلد الذى كان به للمتوفى آخر محل اقامته الدائمة» ويسرى على الاهلية لعمل الوصية أو للرجوع فيها، وعلى شكل الوصية والعمل الذى يجرى به الرجوع عنها لقانون البلد

(١) راجع هذا الفقه معروضاً فى مؤلف Szaszy السابقة الاشارة اليه ٣٧٢ .  
 (٢) راجع فى ذلك Lunz فى مقاله السابقة الاشارة اليه والنشور فى Revue critique de dr. int. privé عدد فى سنة ١٩٦٤ ص ٦٤٢  
 (٣) راجع ما تقدم ص ٢٢ .  
 (٤) راجع ما تقدم ص ١٥ .  
 (٥) راجع ذلك معروضاً فى Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٢٥ .

الذى كان فيه للمتوفى محل اقامة دائمة وقت مباشرة التصرف . ومع ذلك فلا تبطل الوصية أو الرجوع فيها لعدم مراعاة الشكل المقررة فى ذلك القانون ، متى كان الشكل مستوفيا الشروط المقررة فى قانون محل الابرام أو فى القانون السوفيتى . ويخضع الميراث فى العقارات المبنية الواقعة فى الاتحاد السوفيتى للقانون السوفيتى فى جميع الاحوال . ويسرى القانون ذاته على الاهلية لعمل الوصية أو للرجوع فيها وعلى شكلها ، متى كان الايصاء بعقار واقع فى الاتحاد السوفيتى ، « وظاهر أن هذا النص يفرق من حيث الاسناد بين الميراث والوصية . وفيما يتعلق بالميراث يلزم أن يجرى القاضى عملية التكيف طبقا لقانونه ، وفى هذه المناسبة ينزه الفقه السوفيتى بأن حق المستفيد المقرر فى بوليصة تأمين على الحياة لا يعتبر ميراثا . كما لا يعتبر ميراثا حق المستفيد فى صندوق الادخار وحق المودعة لحسابه وديعة فى بنك ما ، ولو كان الحق فى الحائث مرتبطا بوفاء المشترك فى الصندوق أو المودع (١) وأما من حيث الاسناد فلم يأخذ المشرع فى المادة ١٢٧ المذكورة بمبدأ وحدة القانون الذى يحكم الميراث ، بل انه أمام قاعدة خاصة بالمنقول وأخرى خاصة بالعقار المبنى الواقع فى الاتحاد السوفيتى . وقاعدة المنقول تقضى بخضوع الميراث فيه لقانون البلد الذى كان يوجد به آخر محل اقامة دائمة للمتوفى وهو يعتبر القانون الشخصى للمتوفى ، وهذه قاعدة مزدوجة الجانب . ويلزم بشأن أعمالها بيان القانون الذى يتحدد طبقا لاحكامه محل الإقامة الدائمة . ويرى الفقهاء السوفييت أن تحديد وجود هذا المحل فى الاتحاد السوفيتى أو عدم وجوده فيه يخضع للقانون السوفيتى . وإذا ما ثبت عدم وجوده فى الاتحاد واقتضى الامر البحث عن وجوده فى بلد أجنبى أو عدم وجوده فيه « طبقت فكرة الموطن المأخوذ بها بصفة عامة فى العلاقات الدولية » ، ويؤدى تطبيقها الى الاخذ بالقانون الاقليمى أى قانون الدولة التى يدعى بأن المتوفى كان له فيها محل اقامة دائمة (٢) . أما الميراث فى العقار فقد جاءت قاعدة الاسناد فى شأنه مفردة الجانب إذ أن المادة ١٢٧ المذكورة تقضى بأن « يخضع الميراث فى العقارات المبنية الواقعة فى الاتحاد السوفيتى للقانون السوفيتى فى جميع الاحوال » . وبقي محتاجا الى بيان حكم الميراث فى العقارات الواقعة خارج الاتحاد السوفيتى . وهو مايمكن أن يؤخذ فى شأنه — من طريق القياس — بخضوعه لقانون موقع العقار (٣) . ويدخل فى اختصاص القانون الذى يحكم الميراث (فى العقار أو المنقول) بيان الورثة القانونيين ومراتبهم ودرجاتهم وانصبتهم والقدر الجائز للمورث التصرف فيه بالوصية والميعاد الذى يتعين فيه ابداء الرغبة فى قبول الارث أو رفضه ، واختصاصات منفذ الوصية أو مدير التركة ، وحق الدولة فى التركة التى لا وارث لها (٤) .

ما تقدم هو عن الميراث . أما عن الوصية فان المادة ١٢٧ المشار اليها تفرق — مثل ما جاءت به بالنسبة للميراث — بين الوصية بالمنقول والوصية بعقار مبنى .

- |        |                                       |          |
|--------|---------------------------------------|----------|
|        | Lunz                                  | راجع (١) |
|        | Lunz                                  | راجع (٢) |
|        | Kazimierz Grzybowski                  | راجع (٣) |
| Lunz و | Szaszy                                | راجع (٤) |
|        | المرجع السابق ص ٦٤٣ ،                 |          |
|        | المرجع السابق ص ٦٤٤ .                 |          |
|        | المرجع السابق ص ٦٤٣ .                 |          |
|        | المرجع السابق ص ١٢٨ .                 |          |
|        | فى مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ٢٦١ ، |          |
|        | المرجع السابق ص ٦٤٣ .                 |          |

وجعلت قاعدة الاسناد بالنسبة للمنقول قاعدة مزدوجة الجانب ، تقضى بخضوع الوصية بمنقول والرجوع فى الوصية ، من حيث الشروط الموضوعية ومن حيث الشكل ، لقانون البلد الذى كان يوجد به محل الإقامة الدائمة للموصى وقت عمل الوصية أو الرجوع على حسب الاحوال ، وهو ما يعتبر القانون الشخصى للموصى . على أن نص هذه المادة يقضى بصحة الوصية أو الرجوع فيها من حيث الشكل - وبصرف النظر عما يقضى به هذا القانون فى خصوص الشكل ، متى استوفى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى بوشر فيه التصرف ( قانون محل الابرام ) أو الشكل المقرر فى القانون السوفيتى ( قانون القاضى ) . أما الوصية بعقار فقد جاءت قاعدة الاسناد فى شأنها مفردة الجانب ، حيث تقضى بخضوع الايصاء بعقار واقع فى الاتحاد السوفيتى ، من حيث الموضوع والشكل . للقانون السوفيتى . ويتحدد محل الإقامة الدائمة للموصى على الوجه السابق بيانه بالنسبة للميراث .

٢٥ - وفيما يتعلق بتشيكوسلوفاكيا نجد المشرع قد أورد قواعد الاسناد الخاصة بالميراث والوصية فى المادتين ١٧ و ١٨ من تشريع « القانون الدولى الخاص والمرافعات » الصادر فى سنة ١٩٦٣ . وتقضى المادة ١٧ بأنه « يسرى على علاقات الارث لقانون الدولة التى يتبعها المتوفى وقت موته » . كما تقضى المادة ١٨ بأن « ١ - يسرى على الاهلية لعمل الوصية أو للرجوع فيها وكذلك الاثار المترتبة على عيوب الارادة و اعلان الارادة قانون النية التى كان يتبعها المتوفى وقت اعلان الارادة . ويعين القانون ذاته التصرفات الاخرى المضافة الى ما بعد الموت التى تجوز مباشرتها ٢٠ - ويسرى على شكل الوصية قانون الدولة التى كان المتوفى يتبعها وقت عمل الوصية ومع ذلك فانه يكفى أن تكون الوصية صحيحة طبقاً لقانون الدولة التى أجريت فى اقليمها . وتسرى القاعدة ذاتها على شكل الرجوع فى الوصية . وواضح من هذه النصوص أن المشرع يفرق بين الميراث والوصية ويأخذ الميراث بمعنى الخلافة بسبب الموت بحكم القانون . ويأخذ فى شأنه من حيث الاسناد بمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق ، ويجعل هذا القانون هو القانون الشخصى للمتوفى وقت موته ، وهو قانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته فى هذا الوقت . وجاءت قاعدة الاسناد فى هذا الصدد مزدوجة الجانب . كذلك اتى المشرع بقاعدة الاسناد الخاصة بالوصية دون ما تفرقة بين الوصية بمنقول والوصية بعقار ، وجعلها مزدوجة الجانب ، أى تبين متى يطبق القانون الوطنى ومتى يطبق القانون الاجنبى . كما جعلها ذات شقين ، أحدهما خاص بالجانب الموضوعى والاخر خاص بشكلها . وأخضع الشروط الموضوعية للوصية أو للرجوع فيها ( الاهلية والارادة و عيوبها ) لقانون الدولة التى كان يتبعها الموصى وقت الايصاء أو الرجوع ، مغلباً بذلك كون الوصية تصرفاً ارادياً على كونها متصلة بنظام الميراث . وقانون الدولة التى يتبعها الشخص يقصد به القانون الوطنى للشخص أى قانون الدولة التى يتبعها بجنسيته وجعل المشرع من اختصاص هذا القانون بيان ما يجوز للشخص أن يباشره من تصرفاته مضافة الى ما بعد الموت ، بجانب الوصية . أما شكل الوصية أو الرجوع فيها فقد أخضعه المشرع للقانون الذى يحكم الجانب الموضوعى منها أو منه أو لقانون محل الابرام .

٢٦ - وقد أورد المشرع البولونى قواعد الاسناد الخاصة بالميراث والوصية

في المادتين ٣٤ و ٣٥ من القانون الدولي الخاص الصادر في سنة ١٩٦٥ .  
 فتقضى المادة ٣٤ بأن « يسرى على المواريث القانون الوطنى للمتوفى وقت موته » .  
 وتقضى المادة ٣٥ بأن « تتحدد صحة الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت طبقا للقانون الوطنى للمتوفى وقت مباشرة هذه التصرفات ،  
 ومع ذلك فانه يكفى مراعاة الشكل المقرر فى قانون الدولة التى تمت فيها هذه  
 التصرفات » .  
 وها هو ذا المشرع البولونى يفرق بدوره بين الميراث والوصية ،  
 ويأخذ فى شأن الميراث بمبدأ وحدة القانون الذى يحكمه ، سواء تعلق بمنقول أو  
 بعقار ، وهو قانون الدولة التى كان ينتمى اليها المتوفى وقت موته ، كما أنه  
 يورد قاعدة الاسناد فى صورة مزوجة الجانب .  
 وفيما يتعلق بالوصية أخذ المشرع  
 بوحدة القانون الذى يحكم الوصية فى العقار والوصية بمنقول ، وجعله  
 هو قانون الدولة التى كان ينتمى اليها الموصى وقت عمل الوصية ، وجعل هذا  
 القانون هو المختص « بصحة الوصية » سواء من حيث الشكل أو من حيث  
 الموضوع ، وان أجاز اجراء الوصية فى الشكل المحلى ، وجعل هذه القواعد  
 تسرى على سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

٣٧ - واذا ما قارنا التشريعات الثلاثة المتقدمة وجدنا ان التشريع السوفيتى  
 يفترق عن التشريعين الآخرين من حيث انفراجه عنهما بالتفرقة فى الميراث  
 والوصية بين العقار والمنقول ، ومن حيث اعتباره القانون الشخصى الذى يحكم  
 الميراث فى المنقول والجانب الموضوعى فى الوصية بمنقول وشكلها .  
 هو قانون الوطن ، ومن حيث اجازة ابرام الوصية فى الشكل المقرر فى قانون القاضى ،  
 ومن حيث كون قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث فى العقار أو الوصية بمفردة  
 الجانب .  
 ولكنه يتفق معهما فى الاعتداد بوقت اجراء الوصية فى تعيين القانون  
 الواجب التطبيق ليس فقط فى شكل الوصية بل وفى جانبها الموضوعى أيضا .  
 اما التشريعان الاخران ، التشيكوسلوفاكى والبولونى ، فهما متفقان فى  
 الاحكام ، وان جاء اولهما أكثر تفصيلا فى البيان ، وجاء ثانيهما أحكم فى الصياغة .

## الفصل الثاني

### قواعد الاسناد في الاحوال العينية

٢٨ - نظرة عامة :

يقصد بالاحوال العينية هنا نظام الاموال . ويشمل نظام الاموال تقسيم الاشياء وبيان ما يمكن أن يكسب فيها من الحقوق العينية وتحديد طبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق كسبها وانقضائها . والقاعدة التقليدية العتيدة التي سلم بها فقهاء نظرية الاحوال مذد أن اضطلعوا بمشكلة تنازع القوانين هي «خضوع المال لقانون موقعه» (Lex rei sitae) ، وذلك سواء منهم من اتبع الطريقة التحليلية ، أى تحليل مختلف المسائل القانونية واختيار القانون الأنسب من غيره لحكمها (فقه المدرسة الايطالية القديمة) أو من اتبع الطريقة التأصيلية ونقسيتم القوانين ذاتها الى عينية وشمخصية ومختلطة ، مع الاختلاف في بيان ما يدخل في كل قسم منها (فقه المدرسة الفرنسية وفقه المدرسة الهولندية) ومع مراعاة أن مقالته بعض هؤلاء الفقهاء من خضوع المنقول لقانون موطن مالكه . قد حمل على أن هذا الموطن هو الرابطة المكانية الثابتة نسبيا للمنقول ، وهى موقعه الحكى . على أنه وان كانت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه تشمل العقار والمنقول الا أن أعمالها ليس واحدا بالنسبة لهما ، وذلك بالنظر الى أن المنقول ، على خلاف العقار ، يمكن نقله من مكان الى مكان ، وهو قد يكون ماديا وقد يكون معنويا . وفيما يتعلق بالعقار لم تثر أية صعوبة في تعليل القاعدة المتقدمة ، فقد بناها المتعصبون لاقليمية القوانين في العهد الإقطاعى على أساس مزج فكرة السيادة بفكرة الملكية ، وعللها سافينى بفكرة الخضوع الإرادى وعللها مانثسينى بفكرة النظام العام ، وانه ليكنى تبريرا لها كون العقار جزءا من اقليم الدولة وهو المسقط الاول لسيادتها ، واعتبار كون سلامة المعاملات العقارية تستلزم وحدة القانون الذى تخضع له هذه المعاملات، وان انسب القوانين الذى تخضع له العلاقات فى العقار هو قانون المكان الذى يتركز فيه موضوعها (العقار) وهو قانون موقع العقار (١) . ويدخل فى اختصاص قانون موقع العقار : ١ - بيان ما يصح من الاشياء ان يكون محلا للحقوق المالية ، وبيان ما يعتبر من الاشياء منقولا وما يعتبر عقارا ، وذلك لان تقسيم الاشياء يعتبر من نظام الاموال ويدخل فى اختصاص سلطان قانون الموقع على هذا الاساس . ويرى الشراح فى هذه المسألة ( عندما تكون لازمة لاعمال قاعدة الاسناد ) مسألة تكييف واختلغوا فى شان القانون الذى تخضع له ، أهو قانون القاضى ، المختص وفق القاعدة فى التكييف ، ام هو قانون موقع المال ، على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة ٢٠ - بيان أحكام الحيازة وتحديد الحقوق العينية التى يمكن أن تكسب فى الاشياء ، من اصلية وتبعية ، وبيان نطاق كل

(١) راجع فى ذلك Niboyet ج ٤ ، فقرة ١١٤٧ ، و Bartin ج ٢ ص ١٠ ، وقرأ التصيلات فى مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ١٢١ .

منها وإثاره . ٣ - بيان طرق كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها سواء أكانت خاصة بهذه الحقوق ، كالأستيلاء والتقادم المكسب ، أم غير خاصة بها كالعدد . ٤ - يخضع شهر التصرف المتعلق بعقار لقانون الموقع لان الغاية من الشهر هي تأمين المعلومات العقارية ، وهي غاية لا تدرك الا بمراعاة احكام قانون الموقع .

هذا عن العقار . وأما عن أعمال القاعدة المذكورة بالنسبة للمنقول (١) ، فنجد المنقول يثير صعوبة في تحديد موقعة ، ماديا كان او معنويا ، كما تقدر صعوبة في تعيين موقع وسائل النقل والبضائع أثناء النقل . وقد يتغير موقع المال ، فينتقل من سلطان القانون الى سلطان قانون آخر مما يستدعى التساؤل عن تحديد اختصاص قانون الموقع القديم واختصاص قانون الموقع الجديد والتساؤل عن مصير الحقوق التي اكتسبت في المنقول وفقا لقانون موقعه وقت تحقق أسباب اكتسابها ، اذا ما نقل المنقول الى موقع جديد ، إذ تثور في هذه الحالة مشكلة « التنازع المتغير Conflit mobile » مما رأى فيها بعض الفقهاء ان نعالج بفكرة الاثر المباشر لقانون الموقع الجديد ، وأنه يجب دائما الاعتداد بالموقع الحالى للمنقول ، إذ أن هذا الموقع وحده هو الذى يستقر عليه نظام الاموال بالنسبة للمنقولات وتتوافر بالنظر اليه سلامة المعاملات ، لان قانون هذا الموقع هو الذى يعرفه المتعاملون فى المنقول ويطمئنون اليه . على ان البعض الآخر من الفقهاء يرى في معالجة هذه المشكلة التفرقة بين حالتين وهما: أولا ، اذا لم يكن الحق تم تولده وفقا لاحكام قانون الموقع القديم بناء على العمل القانونى الذى صدر متعلقا بالمنقول ، لما كان من شأن نقل المنقول الى موقع جديد أن يرتب قانون هذا الموقع حقا فى المنقول بناء على ذلك العمل القانونى . وثانيا ، انه اذا كان الحق تم تولده تحت سلطان قانون الموقع القديم ، ظل هذا الحق قائما ومولدا لآثاره رغم وقوع المنقول تحت سلطان قانون الموقع الجديد ، وذلك ما لم يتعارض ذلك الحق مع النظم القانونية المقررة فى هذا القانون . والواقع من الامر أن كلا من هذين الرأيين انما يقوم على أساس ما يفضل من اعتبارين هامين وهما: اعتبار سلامة المعاملات فى الموقع الجديد ، واعتبار الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى المنقول طبقا لقانون الموقع القديم (٢) .

٣٩ - هذا كله عن الوضع الفقهى لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه . أما من الناحية التشريعية فيندر أن يتصدى مشرع لوضع قواعد تنازع القوانين ويغفل النص على هذه القاعدة وأن اختلفت صياغتها من تشريع الى آخر من حيث النص عليها فى صورة عامة أو ايراد بعض التفاصيل التى تيسر وتضبط تطبيقها . ويعنى الفقه فى دول الديمقراطية الشعبية ، بدراسة القانون الواجب

(١) ويقصد بالمنقول فى هذا المقام المنقول الذى ينظر اليه بمغردا ut singuli دون المنقولات التى تكون مجموعة ut universi كما هو الشأن فى ميراث المنقول إذ يحكمه القانون الذى يحكم الميراث . راجع مؤلفنا المشار اليه ج ٢ طبعة ٦ فقرة ١٢٣ .  
(٢) راجع فى التفصيلات مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ١٢٦ .

التطبيق في المال ، كما أن المشرع في أغلبها لم يفته النص على قاعدة اسناد تخص المال . وبنوه الشراح بأن التشريع والفقهاء والقضاء في هذه الدول يعملون جميعا على الاعتراف المطلق بنظام الملكية الاشتراكية ، ويعنون ببيان القانون الواجب التطبيق في الملكية لانها محور النظم المدنية التي تنعكس عليها آثار النظم الاجتماعية والاقتصادية ، وهم قلما يختلفون في بيان القانون الواجب التطبيق في الملكية وسائر الحقوق العينية . ويمكن القول بصفة عامة أن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه مسلمة في هذه الدول (١) .

٤ - وإذا ما انتقلنا من هذا التعميم الى دراسة القاعدة المذكورة في التشريعات الثلاثة : السوفيتي والتشييكوسلوفاكي والبولوني ، وجدنا أن المشرع السوفيتي لم يورد من بين قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في تشريع « مبادئ التشريع المدني » الصادر في سنة ١٩٦١ ، قاعدة تبين القانون الواجب التطبيق في المال . ويقول الفقهاء السوفييت أنه اذا لم يجد القاضي نصا تشريعا في مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص ، وجد ملاذ في نص الفقرة ٣ من المادة ١٢ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية الصادر في سنة ١٩٦٢ والتي تقضى بأنه « في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم العلاقة المتنازعة ، ترجع المحكمة الى النصوص التي تحكم العلاقات المشابهة لها ، فان لم توجد ، استوحت المحكمة المبادئ العامة وروح التشريع السوفيتي » . وتخير المحكمة من الحلول - وهي بسبيل اعمال هذا النص - ما يلائم التعاون الدولي والتعايش السلمي بين دول تختلف نظمها الاجتماعية . وقد يؤدي ذلك الى الاعتراف بحقوق مدنية ترتب طبقا لاحكام قانون اجنبي ، بشرط ألا تكون متعارضة مع « النظام السوفيتي » (٢) . وبالرجوع الى المادة ١٨ من تشريع « مبادئ التشريع المدني » السابقة الاشارة اليه نجد أنها تضم قاعدة الاسناد الخاصة بالتنازع الداخلي ، أي التنازع فيما بين قوانين مختلف الجمهوريات التي يضمها الاتحاد ، وتقضى الفقرة الأولى منها بأن « يسرى على العلاقات المترتبة على حق الملكية قانون المكان الذي يوجد فيه المال » . وهذه القاعدة يمكن اعمالها في التنازع الدولي ، اما بطريق القياس عليها ، او من طريق النظر اليها باعتبارها من مبادئ التشريع السوفيتي .

٤١ - أما المشرع التشيكوسلوفاكي فقد عالجتنازع القوانين في المال بافاضة وورد في شأنه عددا من قواعد الاسناد اودعها في المواد من ٥ الى ٨ من تشريع « القانون الدولي الخاص والمرافعات » الصادر في سنة ١٩٦٣ . فتقضى المادة ٥ بأن « يسرى على الحقوق العينية في الاشياء المنقولة والعقارية قانون المكان الذي يقع فيه الشيء » ، ما لم ينص على خلاف ذلك في هذا القانون أو في قوانين خاصة » . وتقضى المادة ٦ بأن « يسرى على انشاء الحقوق العينية في الاشياء المنقولة وانقضائها قانون المكان الذي وجد فيه الشيء وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه انشاء الحق أو انقضاؤه » . واذا كان الشيء في حالة نقل تنفيذا

(١) راجع Szaszy في مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ٤٢٠ .  
(٢) راجع في ذلك Lunz في مقاله السابقة الاشارة اليه والمنشور في Revue critique de dr. int. p. عدد ٤ سنة ١٩٦٤ ص ٦٢١ .

لغعد ، سرى على انشاء هذه الحقوق وانقضائها قانون المكان الذى صدر منه الشيء « (١) . وتقضى المادة ٧ بأنه « فيها يتعلق بالقيود فى السجلات العامة ، تطبق الاحكام المعمول بها فى المكان الواقع به العقار حتى ولو كان سبب انشاء أو انقضاء أو انتقال الحق المقيّد بالسجل العام أو القيود الواردة عليه خاضعة لقانون آخر » . وتنص المادة ٨ على أن « يسرى على التقادم المكسب (٢) قانون المكان الذى وجد فيه شيء وقت بداية مدة التقادم . ومع ذلك يجوز للحائز أن يتمسك بقانون الدولة التى اكتملت مدة التقادم فى اقليمها ، اذا ما كانت شروطه قد توافرت طبقاً لقانون هذه الدولة منذ وجوده فى اقليمها » . وواضح من هذه النصوص أن المشرع التشيكوسلوفاكى قد أخذ بقاعدة خضوع المال لقانون موقعه ، معممًا حكماً على المنقول والعقار ومورداً حكماً خاصة بالتنازع المتغير الذى يترتب على نقل المنقول من مكان الى آخر يقضى بالاعتداد فى انشاء الحق أو انقضائه بقانون موقع المال وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه انشاء الحق أو انقضاؤه ، مؤثراً بذلك الاحترام الدولى للحق على تأمين سلامة المعاملات فى بلد الموقع الحالى للمنقول على أنه فيما يتعلق بالتقادم المكسب أجاز للحائز أن يتمسك بقانون الموقع الجديد . وقد أورد حكماً يبين القانون الواجب التطبيق فى المنقول أثناء نقله يقضى بالاعتداد بقانون البلد الذى صدر منه المنقول ، مخالفاً هى ذلك ما يغلب الأخذ به فى عدد من الدول الأخرى ، وهو الاعتداد بقانون البلد المصدر اليه (٣) . ويدخل فى اختصاص قانون موقع المالى بيان أحكام الحيابة والحقوق العينية التى تكسب فيه وبيان أسباب انشائها وانتقالها وانقضائها ، وان كان السبب قد يخضع لقانون آخر غير قانون الموقع ، كما يدخل فى اختصاص قانون الموقع ما يلزم اجراؤه من علانية . والاحكام المتقدمة تتفق مع القواعد العامة ، فيما عدا مسألة القانون الذى يحكم المنقول أثناء نقله اذ يغلب فى شأنها الاعتداد بقانون البلد المصدر اليه المنقول .

٤٢ - وقد عالج المشرع البولونى تنازع القوانين فى المال فى المادة ٢٤ من القانون الدولى الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥ ، وهى تقضى بأن : « ١ - تخضع الملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون الدولة التى توجد بها هذه الاموال (٤) . ٢ - يسرى على كسب أو فقد الملكية والحقوق العينية المشترى وكذلك التغيير فى مضمونها أو فى ترتيب الاولوية لهذه الحقوق الاخيرة ، قانون الدولة التى وجدت فيها الاموال وقت تحقق السبب الذى ترتبت عليه هذه الاثار القانونية . ٣ - كما تسرى أحكام هذه الفقرة على الحيابة » . وواضح من هذا النص أن المشرع البولونى لم يتبع طريقة التفصيل فى الاحكام التى انصهها المشرع التشيكوسلوفاكى ، فهو لم يخص المنقول أثناء النقل بحكم معين ولم ينسب التقادم المكسب بحكم معين كذلك ، وأورد صيغة المادة ٢٤ لتحكم « المال » دون وصف « العقار » أو « المنقول » مما يمكن معه تجريد حكمها فى الصيغة

La loi du lieu d'où la chose a été expédiée (١)

Prescription acquisitive, usucapio (٢)

، راجع فى تفصيلات ذلك مؤلفنا فى pays de destination (٣)

القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ١٢٤ .

La loi de l'Etat ou se trouvent ces biens (٤)

التقليدية « يخضع المال لقانون موقعه » على أنه واجه مشكلة التنازع المتغير بالنص على الاعتداد في كسب الحقوق العينية أو فقدها بقانون موقع المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده . وعلى أية حال فإن القواعد التي تضمنها المادة ٢٤ المذكورة تتفق مع القواعد العامة .

٤٣ - وانه لجدير بالذكر أنه يجري خلاف عند الفقهاء في دول الديمقراطية الشعبية في القانون الذي يرجع اليه في التفرقة بين العقار والمنقول أى في تكييف المال . ويغلب الرأى القائل بالرجوع الى قانون موقع المال ، وان وجد رأى يقضى بالرجوع الى قانون القاضى ، وهذا خلاف له نظيره في دول الاقتصاد الحر . كذلك يجرى عندهم خلاف في القانون الذى يسرى على المنقول أثناء نقله ، يغلب الرأى القائل بتطبيق قانون الجهة المصدر اليها المنقول . وفيما يتعلق بالتقادم المكسب يوجد رأى يقضى بخضوعه لقانون الموقع وقت اكتمال مدة التقادم أخذ به القانون البولونى الصادر سنة ١٩٢٦ والملغى بقانون سنة ١٩٦٥ ، ورأى يقضى بخضوعه لقانون الموقع وقت بدء التقادم مع اجازة التمسك بقانون الموقع وقت اكتمال التقادم ( أخذ به القانون التشيكوسلوفاكى )، ورأى ثالث يقضى بخضوعه لقانون الموقع وقت اكتمال التقادم مع اجازة التمسك بقانون الموقع وقت بداية التقادم (١) .

وانه لجدير بالذكر كذلك أنه في دول الديمقراطية الشعبية تجرى التفرقة بين الملكية الاشتراكية ( Social property ) والملكية الشخصية ( personal property ) . وتشمل الاولى ملكية الدولة وملكية المزارع الجماعية والمنظمات التعاونية وغيرها من المنظمات العامة . اما الملكية الشخصية فهي لا تكون الا للاشخاص الطبيعيين ، وهى تشمل الاشياء المعدة لاشباع حاجاتهم المادية والمعنوية ، مثل منزل الاسرة والادوات والمفروشات المنزلية ، والسيارة والاشياء المعدة للاستعمال الشخصى (٢) . ولعل التفرقة بين هذين النوعين من الملكية تقابل التفرقة ، في دول الاقتصاد الحر ، بين الملكية العامة والملكية الخاصة .

٤٤ - هذا ومما يقترن في الذهن بمناسبة قاعدة خضوع المال لقانون موقعه مسألة أثر « التأميم » فى أموال الاجانب اذا ما كان قانون الموقع يجيزه وقد أثرت هذه المسألة لدى الفقه والقضاء فى دول الاقتصاد الحر بمناسبة أثر التأميمات التى أجراها الاتحاد السوفيتى عقب الثورة والى الحرب العالمية الثانية وقبل الاعتراف بالحكومة السوفيتية وكان القضاء فى بعض

(١) راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه السابقة الاشارة اليه ص ٢٢٦ .

(٢) راجع فى التفرقة بين هذين النوعين من الملكية فى بولندا مقال Kazimierz Grzybowski عن مشروع القانون المدنى البولندى منشور فى مجموعة Law in Eastern Europe السابقة الاشارة اليها ، مجلد ٦ طبع سنة ١٩٦٢ ص ٢٩ .  
وراجع المادتين ٢٠ و ٢٥ من تشريع « مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى » الصادر فى سنة ١٩٦١ . وتحدد المادة ٢٠ انواع الملكية الاشتراكية كما تحدد المادة ٢٥ ما يدخل فى نطاق الملكية الشخصية .

الدول ( المحاكم الفرنسية والمحاكم الانجليزية والمحاكم البلجيكية والمحاكم المختلطة في مصر ) يرفض تطبيق التشريعات السوفيتية لانها تشريعات صدرت من سلطة سياسية ( أى الحكومة السوفيتية ) لا وجود لها قانونا ، ومن ثم فهي لا تستفيد من قواعد تنازع القوانين . وان كان هذا النظر لم يرق لدى قضاء الجانب الاخر من الدول ( مثل المانيا وسويسرا والولايات المتحدة الامريكية ) ولم ير أن يرتب على عدم الاعتراف بحكومة الدولة عدم تطبيق قانونها اذا ما قضت قواعد تنازع القوانين بتطبيقه . وذلك لان العبرة فى هذه الحالة هى بالقانون المطبق فعلا فى هذه الدولة ، وهو بالطبع القانون الذى أصدرته الحكومة القائمة فيها والتي لم يعترف بها ، دون القانون الصادر من الحكومة السابقة عليها والذى لا وجود له فى الواقع . وقد حدث بعد الاعتراف بالحكومة السوفيتية أن رفض قضاء بعض الدول تطبيق التشريعات السوفيتية على أساس أنها لا تقوم على المبادئ المسلمة فيما سموه بدول العالم المتمددين . ثم وجد القضاء وسيلة أخرى لتعطيل تطبيق هذه التشريعات ، الا وهى الدفع بالنظام العام . وهو يعطل بهذا الدفع تطبيق قانون موقع المال اذا ما كان هذا القانون يجيز التأميم ، والواقع أن المشكلة التى يثيرها التأميم فى الميدان القانونى هى العلاقة بين التأميم وبين احترام الملكية الخاصة ، وهذا بحث فى مشروعية التأميم فى نطاق القانون الداخلى ، ثم العلاقة بين التأميم وما يتمتع به الاجانب من حقوق ، وهذا بحث فى مشروعية تأميم ملكية الاجانب فى نطاق أحكام القانون الدولى ، وبعبارة أخرى بحث فى احترام الملكية الخاصة من الوجهة الدولية . وفيما يتعلق بالمسألة الاولى فلا شبهة فى مشروعية التأميم من وجهة القانون الداخلى ، ويعتبر التأميم « عمل سيادة » . وقد لجأ عدد من الدول الى التأميم ، مثل انجلترا وفرنسا ومانيا وذلك بجانب الدول الاشتراكية . وفيما يتعلق بالمسألة الثانية فقد استقرت حضانة الملكية الخاصة فى فقه القانون الدولى ، حتى أن كانت الحرب العالمية الاولى فاهتزت هذه الفكرة بسبب ما جرت عليه الدول من الحراسة والمصادرة لاموال الاعداء دون ما تفرقه بين الملكية العامة والملكية الخاصة ، وهو أيضا ما حدث بمناسبة الحرب العالمية الثانية ، وما أقرته المعاهدات الدولية التى أعقبت هاتين الحربين . وقد كان ذلك الاهتزاز ميسرا لمشروعية التأميم حتى بالنسبة للاجانب من وجهة القانون الدولى ، وهو ما يجد أساسه فى كون التأميم « عمل سيادة » وما يدخل فى نطاق فكرة السيادة يقره القانون الدولى فى حدود قواعده . على ان المسألة التى لا تزال محل خلاف هى «مسألة الاثار الدولية للتأميم» وهل تكون هذه الاثار اقليمية فلا تتناول الاموال الواقعة خارج اقليم الدولة التى اجرت التأميم أم أنها تمتد اليها . فىرى بعض الفقهاء عدم الاعتراف بآثار التأميم فى اموال تقع خارج اقليم الدولة التى أجرتة ، وذلك اما على أساس اقليمية التأميم أو على أساس تعارضه مع النظام العام فى البلد الواقعة به تلك الاموال . ويرى البعض الاخر من الفقهاء أن هذا الرأى انما يقوم على الخلط بين المصادرة والتأميم ، وهو بعد لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع ازاء التأميم الذى يهدر العدالة ، كما لو كان بغير تعويض . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فانه يوجد عند الفقه والقضاء تيار يتجه صوب أمرين : **أولهما** ، ان يكون للقاضى المطروح امامه النزاع النظر فى مشروعية التأميم الذى أجرتة دولة أخرى ، وذلك من

حيث مدى احترام الالتزامات الدولية . وثانيهما أن تخضع الآثار الدولية للتأميم لقواعد القانون الدولي الخاص ، سواء تعلقت هذه الآثار بالمشروع المؤمم ذاته أو بما يملكه من أموال .

٤٥ - وقد شغل رجال الفقه في الاتحاد السوفيتي وسائر دول الديمقراطية الشعبية بالهم بالوجهة الدولية للتأميم من ناحيتين أولاهما ، مدى صحة التشريع الذي تم به تأميم أموال الاجانب ( من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية ) الواقعة في الدولة التي أجرتة . وثانيهما ، مدى صحة التشريع الذي أمنت به الدولة أموال التابعين لها ( من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية ) الواقعة في الخارج وهل يعترف في الخارج بملكية الدولة لهذه الاموال ، سواء كان التأميم قد أجرى قبل نقلها الى الخارج أم أجرى وهي موجودة في الخارج ، وبعبارة أخرى هل تمتد آثار التأميم في الخارج . ويبدأ هؤلاء الفقهاء بابرار التفرقة بين التأميم من جانب وبين المصادرة confiscation ونزع الملكية expropriation من الجانب الاخر فالمصادرة عقوبة تتم بحكم قضائي ، وينظر فيها الى شخص المالك وسلوكه السياسي المعاقب عليه أو المعيب ، في حين أن التأميم يتم بتشريع وهو ليس عقوبة ولا ينظر فيه الى شخص المالك بل الى طبيعة ما يملك . ثم ان نزع الملكية يتناول مالا معيناً مفرداً ويترتب عليه استخلاف خاص (١) في حين أن التأميم يترتب عليه استخلاف عام (٢) وطريقة التأميم ليست واحدة في مختلف دول الديمقراطية الشعبية ، فهي في الاتحاد السوفيتي وبعض هذه الدول طريقة فناء الشخصية القانونية المستقلة للمشروع وأيلولة أمواله للدولة ، وهي في البعض الاخر من هذه الدول ، مثل المجر ، طريقة الإبقاء على الشخصية القانونية للمشروع المكون في شكل شركة مساهمة ، وتتملك الدولة المشروع بتأميم الاسهم . ثم يقرر هؤلاء الفقهاء صحة التأميم الذي يتناول أموال الاجانب في الدولة ( ويذكرون أن فقهاء اوربا الغربية يقرون ذلك ) كما يقرون امتداد آثار التأميم بحيث يتناول أموال الاجانب التي كانت واقعة في الدولة وقت اجراء التأميم ثم نقلت خارجها ، وكذلك أموالهم الواقعة في الخارج وقت اجرائه . ويستعرضون في هذا المقام الحجج التي يقيمها فقهاء اوربا الغربية لانكار امتداد آثار التأميم الذي تم بالطريقة التي اتبعها الاتحاد السوفيتي مما سبق ذكره ، وتتلخص هذه الحجج في أن تشريعات التأميم تشريعات عقابية اقليمية الاثر ، وأنه لو فرض لهذه التشريعات أثر ممتد خارج الاقليم ، فإنه لا يمكن

singular succession

(١)

راجع Szaszy ، في مؤلفه

Universal succession

(٢)

السابق ص ٢٢٢ . والواقع ان المصادرة تختلف عن التأميم ، بجانب كونها عقوبة ، أنه لا يصاحبها تعويض ، ويفترق التأميم عن نزع الملكية من حيث أن نزع الملكية يقع على العقار وحده ، وذلك على خلاف التأميم الذي قد يقع على مجموعة عقارات أو مجموعة منقولات أيضا كانت طبيعتها ، كما قد يقع على المشروع الخاص في جملته . راجع في ذلك Leyon Caen في مقاله في « الصور المختلفة للتأميم » ، منشور في مجلة Droit social . عندد فبراير سنة ١٩٤٥ ص ٤١ .

الاعتراف به لتعارضه مع النظام العام فى الدولة التى يراد التمسك به فيها . ثم ان تشريعات التأمين ذاتها حددت نطاق اثرها بالتليم الدولة التى صدرت فيها ، يضاف الى ذلك ان الشخصية القانونية للمشروع المؤم تبقى بالنسبة للاموال الواقعة خارج الدولة التى اجرت التأمين ، ورغم فنائها بالنسبة للاموال الواقعة فى هذه الدولة . وفيما يتعلق بالتأمين الذى اجرى بالطريقة الثانية المشار اليها ، أى مع الابقاء على الشخصية القانونية للمشروع المؤم ، لم يعترف فقهاء اوربا الغربية وقضاؤها بامتداد آثاره ، وحتى لو سلم له بهذا الامتداد يتعطل الاعتراف به لتعارضه مع النظام العام فى الدولة التى يراد التمسك به فيها (١) ثم يأخذ فقهاء دول الديمقراطية الشعبية فى الرد على هذه الحجج وذلك بقولهم انه لا يمكن معاملة تشريعات التأمين معاملة الاجراءات العقابية كالمصادر ونزع الملكية ، وان تحديد الأشخاص الذين يسرى عليهم تشريع التأمين يبنى على مجال سيادة الدولة ، ولذلك فهو يسرى على كافة الأشخاص فى اقليم الدولة ، وطنيين كانوا أو أجانب كما يسرى على وطنى الدولة الموجودين فى الخارج . ثم ان انكار امتداد آثار التأمين يهدد قواعد القانون الدولى الخاص . وينبغى أن لا يقف النظام العام حائلا دون الاعتراف بأثر قانونى ترتب فى الخارج ، خاصة اذا ما كان هذا الأثر قد أصبح حقيقة واقعة ، ويجب أن يكون الدفع بالنظام العام وسيلة لحماية مركز قانونى قائم وليس مركزا قانونيا انقضى . ثم انه مادام تأمين المشروع معناه انتقال « مجموعة أموال » الى الدولة ، فان هذا الانتقال يجب أن يخضع بالنسبة للشخص الاعتبارى لقانون الدولة التى يوجد بها مركز ادارته الرئيسى وهى الدولة التى اجرت التأمين . ولا شك أن الاعتراف بالتشريعات الاشتراكية المملوكة للملكية الخاصة لوسائل الانتاج يقتضى الاعتراف فى الخارج بنظام الملكية الاشتراكية (٢) التى من وسائل اكتسابها التأمين ، وهذا الاعتراف هو من المسائل اللازمة لتحقيق التعاون الاقتصادى بين الدول الاشتراكية والدول الرأسمالية ولتحقيق التعايش بين نظم مختلفة ، ويجب أن يتجه العلم والتطبيق فى كل دولة نحو هذه الغايات ، حتى تتمكن قواعد القانون الدولى الخاص من المساهمة فى انماء المعاملات الدولية . والواقع أن مشكلة التأمين تتصل بأكثر من جانب من جوانب هذه القواعد . فهى تتصل بقواعد مركز الاجانب فى الدولة ، وقد تم تدليل صعوبات هذا الجانب واستقر أمن الاعتراف بحق الدولة فى تأمين أموال الاجانب الواقعة فى اقليمها ، وان جرى خلاف فى التفاصيل مثل ضرورة التعويض وقيمتها وطريقة ووقت ادائه . ثم تتصل تلك المشكلة بقواعد تنازع القوانين من حيث بيان القانون الواجب التطبيق فى التأمين ، وهل

(١) ويرى هؤلاء الفقهاء أنه فيما يتعلق بالمصادرة ونزع الملكية يجب الاعتراف فى الخارج بخيار الحكم الصادر بأبها فى أموال واقعة فى الدولة وقت المصادرة أو نزع الملكية . ولو كانت مملوكة لاجانب . ولا يعترف فى الخارج بأثر المصادرة أو نزع الملكية الذى يقتضيه القانون فى الخارج وقت حصوله ، وهذا معناه أن هذه الآثار لا تمتد . راجع فى ذلك Szaszy المرجع السابق ص ٢٣٢ .

(٢) socialist system of ownership ، راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه المشار اليه

لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه مجال اعمال واذا كان مجال اعمالها مقصورا على المنقول المفرد *ut singuli* فما القانون الواجب التطبيق اذا ما تناول التأميم مجموعة أموال *ut universi* واذا ما تحدد القانون الواجب التطبيق فما مجال اعماله وهل يمكن تعطيله بالدفع بالنظام العام ، وهل يكون أثر هذا الدفع مخففا عندما يتم التأميم والمال واقع في اقليم الدولة التي أجرته ثم ينقل خارجها ، ثم الا يشير هذا النقل مشكلة «التنازع المتضرة». كل هذه مسائل لا يزال الفقه في دول الاقتصاد الحر مشتبك الرأي في شأن عدد منها .  
وانه لما يبسر الاعتراف بالاثار الدولية للتأميم أن يصل تطور العلاقات القانونية الى حد ايجاد مفهوم دولي للتأميم يوفق بين مقتضيات الحياة القانونية الداخلية وبين النظام الدولي (١) .

(١) راجع في التفصيلات مؤلفنا في القانون الدولي الخاص ج ١ طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ فقرة ٢٤٤ و ١٨٨ مكررة و ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ١٤٨ وخاصة ص ٥٤٠ .

### الفصل الثالث

#### قواعد الإسناد فى التصرفات والوقائع القانونية

٤٦ — التصرفات والوقائع القانونية هى مصدر الحقوق والالتزامات ، وهى سبب العلاقة القانونية . وقد كان القانون الواجب التطبيق فيها جميعا فى مستهل نظرية الاحوال هو القانون المحلى . فالعقد يخضع لقانون محل ابرامه ، والواقعة القانونية تخضع لقانون محل وقوعها . ولكن تطور هذه النظرية كان من شأنه أن اختصت التصرفات القانونية بقاعدة اسناد وبقيت الواقعة القانونية فى نطاق سلطان القانون المحلى . ولذلك فاننا نفرق ما بينهما فى هذا البحث .

#### أولا — التصرفات القانونية

##### ٤٧ — نظرة عامة :

سبق الكلام فى قاعدة الاسناد الخاصة بالتصرفات المضافة الى ما بعد الموت . ويبقى الكلام هنا فى بيان قاعدة الاسناد الخاصة بالتصرفات فيما بين الاحياء . ولا نتناول عن هذه التصرفات سوى التصرفات التى ترتب حقوقا مالية دون تلك التى تتعلق بالاحوال الشخصية والتى سبق الكلام فيها . وقد كانت القاعدة السائدة منذ فجر نظرية الاحوال فى خضوع التصرف القانونى لقانون محل ابرامه *locus regit actum* وكان نطاق هذه القاعدة واسعا يتناول التصرف من حيث موضوعه ومن حيث شكله ، ولا يحده قيد من حيث نوع التصرف . ولكن ما أن اخذت التفرقة ما بين الاحوال العينية والاحوال الشخصية فى التجسم حتى امتد سلطان القانون الشخصى ليحكم التصرفات المتعلقة بالاحوال الشخصية ، مع استبقاء اختصاص قانون المحل ليحكم شكل هذه التصرفات . كما امتد سلطان القانون الاقليمى ليحكم ترتيب الحق العينى فى المال كأثر للتصرف القانونى . وبذلك انكمش نطاق اعمال قانون محل ابرام التصرف بقدر ما خرج منه ، وبقي سلطانه فيما عدا هذا الذى خرج منه يتناول شكل التصرف وموضوعه . وقد صهدت قاعدة قانون المحل تحكم التصرف عند فقهاء القانون الكنسى وعند فقهاء المدرسة الايطالية القديمة ، وان كان البعض من الاولين قد رأى قصر مجال اعمال هذه القاعدة على حالة ما يكون المتعاقدان عالين بقانون المحل . كما أن أحدا الاخيرين وهو *Ruchus Curtius* الذى عاش فى القرن الخامس عشر ، علل خضوع التصرف لقانون محل ابرامه بفكرة الخضوع الضمنى ، بمعنى ان المتعاقدين وهما بيزنمان تصرفا ما فى بلد يعتبران قد قبلتا ضمنا الخضوع لقانون هذا البلد . وكان اختصاص قانون محل ابرام التصرف اختصاصا آمرا . وقد ظلت الحال كذلك حتى القرن السادس عشر وقد عاش فيه الفقيه الفرنسى ديمولان *Dumoulin* الذى لاحظ هذا الاختصاص الأمر ، كما لاحظ ان العقد نظام قانونى اقليمى *statut légal territorial* فالعقد الذى يتم

في مقاطعة لا ينتج أثرا في مقاطعة أخرى، فسعى إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون وتوصل إلى هذه الغاية بدور الإرادة في العقد ، فهي التي توجه العقد أي أنها هي مصدره وليس القانون ، وهي التي تحدد القانون الذي يجرى اتفاقهم على وفق أحكامه . وقد تكون إرادة المتعاقدين في هذا التحديد صريحة ، وهذا هو الأقل حدوثا ، وقد تكون ضمنية تستقى من ظرف الحال ، وهذا هو الأكثر حدوثا ، وقد لا توجد. هذه ولاتلك فيعتقد بالإرادة المشابهة للإرادة الحقيقية ، وهي ما سماه الفقهاء فيما بعد الإرادة المفروضة . وعلى الجملة فإن العقد يخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدان ، ويحدث العقد أثره حتى خارج محل الأبرام ، مادام هو وليد الإرادة وليس وليد القانون ، ولأن الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية ، على خلاف سلطان القانون الذي يقف عند هذه الحدود . وقد كان من شأن هذا الذي قرره ديمولان أن انكمش مجال أعمال قاعدة خضوع العقد لقانون محل إبرامه مرة ثانية بحيث اقتصر على شكل العقد دون موضوعه . وعاشت قاعدة ديمولان في عصره وتأسلت عند القضاء لاستجابتها لحاجة الحياة العملية ، ورحب بها فقهاء القرن الثامن عشر ، وامتدت حياتها حتى القرن التاسع عشر حين أطلق عليها ، وبالاستيحاء من فقه القانون المدني في فكرة سلطان الإرادة وبالتأثر بفلسفة (« كانت » Kant ) قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ( Loi de l'autonomie de la volonté ) التي سادت معظم بلاد العالم فقها وقضاء ، كما تلقفها المشرعون في بعض الدول ونصوا عليها قريبا وضعوه من تشريعات مثل القانون البولوني ( م ٧ من قانون سنة ١٩٢٦ الخاص بتنازع القوانين الدولي و م ٢٥ من القانون الدولي الخاص الصادر في سنة ١٩٦٥ ) والقانون المدني اليوناني ( م ٢٥ ) والقانون المدني الإيطالي ( م ٢٥ ) والقانون المدني المصري ( م ١٩ ) والقانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي ( م ٩ وقد صدر في سنة ١٩٦٣ ) والقانون السوفيتي ( م ١٢٦ من تشريع مبادئ التشريع المدني للاتحاد السوفيتي الصادر في سنة ١٩٦١ ) . وقد صار يطلق على قانون إرادة المتعاقدين « قانون العقد » أو « القانون الخاص بالعقد » ( ١ ) .

على أن الأخذ بقاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين أثار الكثير من الصعوبات . أولاها ، مسألة مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، وهل يشترط وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة وقد رأى فيها بعض الفقهاء ، وأغلبهم من فقهاء القارة الأوروبية ، أن القانون الذي يختاره المتعاقدان يجب أن لا يكون مقطوع الصلة بالعقد ، لأن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر اختياره ، مثل الصلة بين العقد وقانون الدولة التي يتبعها المتعاقد أو المتعاقدان بالجنسية أو يرتبط بها بالتوطن في إقليمها ، وقانون الدولة التي أبرم فيها العقد ، وقانون الدولة الواجب تنفيذ العقد فيها . وجرى القضاء في بعض الدول على ضرورة توافر الصلة بين العقد وقانون

( ١ ) the proper law of the contract وبالفرنسية la loi du contrat

الارادة كما هو الشأن فى الولايات المتحدة الامريكية وفى ألمانيا وسويسرا . على أن البعض الاخر من الفقهاء ، وأغلبهم من الانجليز يرى أن حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد غير مقيدة بالصلة التى يقول بها أصحاب الرأى الاول . ولكنهم يضيفون الى ذلك قولهم أن اطلاق حرية المتعاقدين على هذا الوجه هو الصورة النظرية للقاعدة ، وأن استقراء الواقع يفيد أن المتعاقدين لا يختاران لحكم العقد قانونا مقطوع الصلة به وأن هذه الصلة كثيرا ما تتوافر ، وأن لم يكن توافرها آتيا من حيث جنسية المتعاقدين أو موطنهما أو محل العقد أو محل تنفيذه ، فهى على الاقل تأتى من حاجة التجارة الدولية ، اذ كثيرا ما يحدث فى ميدان التجارة الدولية أن يستقر عقد خاضع لقانون دولة معينة ويصير عقدا نموذجيا لتجارة معينة ، كالقطن أو الحبوب أو الصوف ، وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقدين أن يبرما عقدهما وفقا للعقد النموذجى ويخضعونه للقانون الذى يخضع له هذا الاخير ولو لم تتوافر صلة بين الاول وبين هذا القانون من حيث جنسية المتعاقدين أو موطنهما أو محل ابرام العقد أو محل تنفيذه . كذلك تثير قاعدة قانون الارادة التساؤل عما اذا كان للمتعاقدين أن يختارا أكثر من قانون لحكم العقد . ونجد فى هذه المسألة رأيين ، أولهما يقضى بجواز تجزئة العقد واخضاع كل جانب منه لقانون معين ، وذلك لان العقد رابطة متعددة الجوانب ، فهناك تكوين العقد وآثاره وزواله ، وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين مادامت تتوافر صلة ما بين الجانب والقانون الذى يختارانه لحكمه . وثانيهما ، يقضى بأنه يجب أن ينظر الى العقد باعتبارها عملية واحدة من الناحيتين النفسانية والاقتصادية ، يجب أن تخضع فى مجموعها لقانون واحد ، وهو ما يتفق مع ما بين أجزائها من التجانس ، وهذا الرأى الثانى هو الاكثر رواجاً عند الفقه .

كذلك يثير اعمال قانون الارادة صعوبة كيفية التعرف على ارادة المتعاقدين لتحديد هذا القانون . ويتلخص نظر الفقه فيها فى انه اذا لم تكن ارادة المتعاقدين صريحة فى اختيار القانون الذى يحكم العقد، جرى الاعتماد بارادتهما الضمنية ، وهى ارادة حقيقية كالارادة الصريحة ، ولكنها غير معلنة ويستخلصها القاضى من ظروف التعاقد ، وهو فى تقصيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض لانه فى الحقيقة يقوم بتفسير العقد ، وهو ما لا يخضع بصفة عامة لرقابة هذه المحكمة . ومن أمثلة هذه الظروف النص فى العقد على جعل المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة أو اخضاعها للتحكيم لدى دولة معينة ، وكذلك الموثق الذى أبرم العقد لديه واللغة التى حرر بها والعملية المتفق على الوفاء بها واتحاد جنسية الخصوم . واذا لم تكن هناك ارادة صريحة ولم يتيسر استخلاص الارادة الضمنية من ظروف الحال ، جرى تعيين القانون الواجب التطبيق فى العقد بالنظر الى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا ارادتهما الى تحديد القانون الذى يحكم العقد . والقاضى فى هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على « ما قصده المتعاقدان ، وإنما هو يعين » ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان » وبعبارة أخرى هو لا يبحث عن ارادة للمتعاقدين موجودة فعلا وان كانت ضمنية ، بل يفرض عليهما ارادة غير موجودة فعلا وقيمهها على قرائن مستمدة من ظروف العقد ، وهى ما أطلق عليه « الارادة المفروضة » .

وتشر قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة صعوبية أخرى من حيث ما إذا كانت عامة التطبيق على كل العقود ، أم أن هناك من العقود ما يمكن أن يخرج عن مجال تطبيقها ، مثل العقد المتعلق بعقار وعتد العمل وعقد القرض والالتزامات النقدية والعقود التي تبرم بين الدول . ويثير أعمال قانون الإرادة في العقد التساؤل عما إذا كان هذا القانون يحكم العقد من كافة نواحيه ، أي من حيث تكوينه ( التراضي والمحل والسبب وما يترتب على مخالفته قواعدهما وهو جزاء البطلان ) ومن حيث آثاره ( أثر العقد بالنسبة للأشخاص ، وأثره من حيث الموضوع ) ومن حيث زواله ( فسخ العقد لعدم التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ وانقضاء الالتزامات المتولدة من العقد ) ، أم أن هناك من المسائل ما يخرج عن مجال أعمال ذلك القانون ، مثل تعيين زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين ، وقيمة السكوت وعيوب الإرادة . وما مدى تأثير قانون الإرادة بالدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام . وهل يخضع شكل العقد لقانون محل إبرامه فحسب ، أي بصفة أمرة ، أم يجوز للمتعاقدين أن يبرما العقد في شكل آخر غير الشكل المقرر في قانون محل الإبرام ، كالشكل المقرر في القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو في قانون موطن المتعاقدين المشترك . ثم ماذا يكون الحكم عندما يفترق القانون الذي يحكم موضوع العقد عن القانون الذي يحكم شكله ويختلف القانونان الواحد منهما مع الآخر في مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه ، ونوع الشكل اللازم وأوضاع الشكل .

هذا عرض عام لل صعوبات العديدة التي تعرض في شأن قاعدة خضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين ، مما تنوعت فيه آراء الفقهاء وأتجاهات القضاء في مختلف الدول . وقد تصدى المشرع في بعض الدول لمعالجة صعوبية أو أكثر من هذه الصعوبات بنص في التشريع . مثل النص على ضرورة وجود صلة بين العقد وقانون الإرادة ( م ٢٥ من القانون الدولي الخاص البولوني ) والنص على قرائن تقييد القاضي في تحديد الإرادة المفروضة ( م ١٩ مدنى مصرى ) والنص على استثناء عقود معينة من مجال قاعدة قانون الإرادة ( م ١٩ مدنى مصرى وم ٢٨ من القانون الدولي الخاص البولوني ) والنص على الصفة الاختيارية لقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه ( م ١٩ مدنى مصرى وم ١٢ من القانون الدولي الخاص البولوني ) .

٤٨ - وإذا ما اتجهنا . بعد هذه النظرة العامة في القانون الواجب التطبيق في العقد ومشاكله ، صوب بلاد الديمقراطية الشعبية ، وجدنا الشراح يبنوهون بأن رجال الفقه في الاتحاد السوفيتى وسائر هذه البلاد يبدون المزيد من العناية بتنازع القوانين في العقود ، وخاصة عقود البيع والشراء في ميدان التجارة الدولية ولا غرو في ذلك فقد نشأت مشاكل القانون الدولي الخاص ، وأخصها مشكلة تنازع القوانين ، في هذا الميدان . على أن هؤلاء الفقهاء يقدررون أن قواعد تنازع القوانين في العقود في دول أوروبا الغربية مشوبة بعدم الضبط والتحديد ، لأنها جاءت نتيجة جهد الفقه وعمل القضاء وقلما تدخل المشرع لتنظيمها ، فتضاربت في شأنها الآراء الفقهية والاحكام القضائية ، وأن عدم

اقدام المشرع على معالجتها علاجاً كانيا بقواعد واضحة ومحددة ليس مجرد مضادفة ، بل هو أمر مقصود خشية أن تكون هذه المعالجة فى غير صالح الطبقة المسيطرة على الحكم والاحتكارات القوية . وانه ليترتب على هذا الوضع عدم الاطمئنان على سلامة المعاملات الدولية مما حاول الكثير من المؤتمرات الدولية معالجته ، بتوحيد القواعد الموضوعية أو قواعد الاسناد ، دون أن يحالفها التوفيق الا فى القليل وفى أضيق الحدود (١) . ثم يضيف أولئك الفقهاء قولهم أن دول الديمقراطية الشعبية قد وفقت فى توحيد القواعد الخاصة بعقد البيع فى ميدان التجارة الدولية ، فقد أبرمت الدول الاعضاء فى « مجلس المساعدة الاقتصادية المتبادلة » فى سنة ١٩٥٨ « اتفاق الشروط العامة لتسليم البضائع » الذى يعالج عقد البيع الدولى بقواعد موضوعية موحدة ، وبقاعدة اسناد يرجع اليها بصفة استثنائية عند عدم كفاية تلك القواعد . وتقضى هذه القاعدة بتطبيق قانون البائع . وانه وان كانت أوجه الخلاف فى قواعد الاسناد المقررة فى القانون الداخلى بين دول الديمقراطية الشعبية بعضها والبعض ليست بذات القدر القائم بين دول الاقتصاد الحر بعضها والبعض ، الا أنه ليس شئمة من شك فى أن من أوجه الخلاف بالنسبة لتلك الدول ما يبلغ من الاهمية قدراً . مثل ذلك مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق فى العقد ، فهى تختلف سعة أو ضيقاً من دولة الى أخرى ، وكذلك كيفية تحديد قانون الارادة اذ القرائن التى يعول عليها فى هذا الشأن تختلف من دولة الى أخرى أيضاً . ويرجع سبب هذا الخلاف الى أن من الدول ، مثل تشيكوسلوفاكيا وبولندا ، له ماض تشريعى فى قواعد الاسناد كان له أثره فيما وضع من قواعد جديدة بعد التحول الاشتراكى ، فى حين أن البعض الآخر من الدول ، مثل بلغارياً والبنانيا ، ليس له مثل هذا الماضى فتأثر بالفقه السوفيتى الجديد . على أن هذه الخلافات قد قل شأنها بعد إبرام « اتفاق الشروط العامة لتسليم البضائع » السابقة الاشارة اليه . هذا الاتفاق لم يقتصر اثره على عقد البيع الدولى ، بل ان هذا الاثر قد انعكس على ميدان تنازع القوانين فى الالتزامات ذات العنصر الدولى . مثل ذلك ما يجرى عليه القضاء من تطبيق قانون البائع على سائر عقود التجارة الدولية ويمكن القول بصفة عامة أن قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة مأخوذ بها فى دول الديمقراطية الشعبية ، سواء بنص تشريعى أو بعمل القضاء .

٤٩ - ويحسن قبل أن نعرض لدراسة قواعد الاسناد الخاصة بالعقد الواردة فى تشريعات الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا ، أن ننبه الى أنه فى هذه الدول وفى سائر دول الديمقراطية الشعبية ، يعطون أهمية خاصة لطائفة من العقود المشتملة على عنصر أجنبى ، ألا وهى « عقود التجارة

(١) راجع فى تفصيلات هذه المحاولات Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ٢٢٨ وراجع مجهودات مؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص فى مؤلفنا السابقة الاشارة اليه ج ١ طبعة ٨ سنة ١٩٦٨ فقرة ٢٢ .

الخارجية» (١)، ومن أكثر هذه العقود أهمية «عقد بيع البضائع». ويشترط في عقود هذه الطائفة أن يكون في العقد طرف أجنبي على الأقل، وأن يكون موضوعه أى أموال منقولة تصلح محلا للتجارة الدولية. ولا تدخل في نطاقها على سبيل المثال العقود التي تبرمها البنوك بشأن المعادن النفيسة، وعقد بيع البضائع لأجنبي في الدولة بالعملة المحلية

٥. - وفيما يتعلق بالاتحاد السوفيتي عالج المشرع قواعد الاسناد الخاصة بالعقود في المادتين ١٢٥، ١٢٦ من «مبادئ التشريع المدني» الصادر في سنة ١٩٦٩ فتقضى المادة ١٢٥ بأن يخضع شكل التصرف المبرم في الخارج لقانون المكان الذي أبرم فيه. ومع ذلك لا يعتبر التصرف باطلا لعدم مراعاة الشكل اذا ما روعيت فيه الشروط التي توجبها تشريعات الاتحاد السوفيتي والجمهورية المتحدة المختصة ويخضع شكل التصرفات الخاصة بالتجارة الخارجية التي تبرمها المنظمات السوفيتية وطريقة التوقيع عليها لتشريعات الاتحاد السوفيتي بصرف النظر عن المكان الذي أبرمت فيه. ويخضع شكل التصرفات المتعلقة بعقارات مبنية في الاتحاد السوفيتي لتشريعات الاتحاد السوفيتي والجمهورية المتحدة المختصة. وتقضى المادة ١٢٦ بأن «تحدد حقوق والتزامات الأطراف في تصرف خاص بالتجارة الخارجية طبقا لتشريعات المكان الذي أبرم فيه التصرف، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. ويتحدد مكان ابرام التصرف طبقا للتشريع السوفيتي». وواضح من هذه النصوص أن المادة ١٢٥ تبين القانون الواجب التطبيق في شكل التصرف القانوني الذي يبرم في الخارج وتجعله هو قانون «محل الابرام» أو «قانون القاضي» (القانون السوفيتي) بحيث يكفي أن يكون الشكل صحيحا طبقا لاي واحد منهما. وقد جعلت المادة من هذا البيان قاعدة عامة، أوردت بجانبها حكيم خاصين. أولهما، خاص بشكل التصرفات الخاصة بالتجارة الخارجية التي تعقدتها المنظمات السوفيتية، وهي يقضى بخضوعه، وكذلك طريقة التوقيع على هذه التصرفات، لتشريعات الاتحاد السوفيتي، بصرف النظر عما يقضى به قانون محل الابرام. وثانيهما، خاص بشكل التصرفات المتعلقة بعقار مبنى واقع في الاتحاد، وهو يقضى بخضوعه لتشريعات الاتحاد السوفيتي والجمهورية المتحدة المختصة. ويوجب القانون السوفيتي الكتابة شكلا لعقود التجارة الخارجية التي تبرمها المنظمات السوفيتية ويبين طريقة التوقيع عليها، ولو كان ابرامها في الخارج. ويرى الفقه والقضاء أنه لا مجال في هذا الصدد لتطبيق ما يقضى به قانون أجنبي من الاكتفاء بالمشافهة في ابرام العقد، وذلك لان هذه العقود انما تبرم في نطاق ممارسة الدولة احتكار التجارة الخارجية التي يحكمها القانون السوفيتي. . وقد قررت اللجنة الاتحادية للتحكيم في التجارة الخارجية أن مراعاة الشكل وطريقة التوقيع هي شرط صحة Condition de validité

(١) Foreign Trade Contracts ، راجع Szaszy في مؤلفه السابقة  
الإشارة اليه ص ٢٠٤ ، والترجمة الفرنسية للقانون السوفيتي  
Actes de commerce extérieur  
أي التصرفات الخاصة بالتجارة الخارجية ، راجع Lunz  
في مقاله المشار اليه ص ٦٣٦ .

فى عقود التجارة الخارجية المذكورة أيا كان القانون الذى يحكم حقوق والتزامات الطرفين ، أهو القانون السوفيتى أم قانون أجنبى .

هذا عن القانون الذى يحكم شكل التصرف . وأما عن القانون الذى يحكم جانبه الموضوعى ، فان المادة ١٢٦ المشار إليها تخضع حقوق التزامات الاطراف فى تصرف قانونى فى التجارة الخارجية لقانون المكان الذى أبرم فيه التصرف ما لم يقض اتفاق الطرفين بغير ذلك . ويدخل الفقه السوفيتى فى هذه التصرفات العقد الذى يكون أحد أطرافه على الاقل أجنبيا ، ويكون موضوعه استيراد بضائع أو تصديرها ، وكل عملية تابعة للاستيراد أو للتصدير ، مثل العمولة والنقل والتأمين والقرض . ولا يدخل فى مدلول تلك التصرفات العقد الذى يبرم بين منظمة سوفيتية للتجارة الخارجية ومشروع سوفيتى يعد البضاعة المطلوب تصديرها . أما عن القانون الواجب التطبيق فيها فهو قانون إرادة المتعاقدين *Lex voluntatis* ولم يضع المشرع أى قيد على حرية المتعاقدين فى اختيار هذا القانون . على أنه ينبغى الاعتداد بالإرادة الفعلية أو الحقيقية للمتعاقدين (*Volonté effective*) دون الإرادة المفترضة (*Volonté hypothétique*) لهما . وإذا لم يحدد المتعاقدان قانونا يحكم التصرف طبق قانون محل الإبرام ويثير تعيين هذا المحل مشقة فى حالة التعاقد بين غائبين ، وهى مسألة رأى فيها جانب من الفقه كونها من التكييف ومن ثم تخضع لقانون القاضى (١) . وقد ذهب القضاء السوفيتى - قبل العمل بمبادئ التشريع المدنى الصادر فى سنة ١٩٦١ - الى اخضاعها لقانون بلد من صدر عنه الإيجاب . ولكن المادة ١٢٦ المشار إليها تقضى باخضاعها للقانون السوفيتى (وهو يعدد بالبلد الذى تم فيه استلام القبول) . ويدخل فى مجال اعمال القانون الذى يحكم الجانب الموضوعى فى التصرف بيان حقوق والتزامات أطرافه ، وما يترتب على التأخر فى التنفيذ أو التنفيذ الناقص وبراءة ذمة المدين والتقديم المسقط . ولا يدخل فى هذا المجال الاهلية لمباشرة التصرف وشكل التصرف (الذى تحكمه م ١٢٥) ومسائل الرقابة على النقد وتسعير البضائع . وتخضع أهلية المنظمة السوفيتية للتجارة الخارجية للقانون السوفيتى (٢) . وإذا ما ثبت أن القانون السوفيتى هو الواجب التطبيق فى التصرف الخاص بالتجارة الخارجية ، جرى التساؤل عن أى جانب من قواعده هى التى تطبق . ويجب عليه الفقهاء السوفيتية بأن الذى يطبق هو قواعد القانون المدنى العادية (*droit civil commun*) ، ويقصد بها القواعد ذات الطابع العام التى تحكم علاقات القانون المدنى والواردة فى تشريع « مبادئ القانون المدنى للاتحاد السوفيتى » وتقتنيات الجمهوريات ، مع استبعاد النصوص الخاصة بما يسمى « بالعقود الاقتصادية (*contrats économiques*) التى تبرم بين مختلف المنظمات الاشتراكية .

(١) راجع فى تفصيلات هذه المسألة مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ ص ٤٦٠ .

(٢) راجع Lunz فى مقاله السابقة الإشارة اليه ص ٦٣٥ ، Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٨٦ .

كذلك تسرى على ذلك التصرف القواعد الخاصة باحتكار الدولة للتجارة الخارجية . هذا ويتقيد العمل بالمادة ١٢٦ بما يرد على خلاف أحكامها في اتفاق دولي (١) . وينوه بعض الشراح بأن اطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كثيرا ما تحدها الاتفاقات الدولية، كما تحدها . من الناحية العملية . القواعد والتعليمات المنظمة للتجارة الخارجية (٢) .

ولعله يتضح من دراسة أحكام المادتين ١٢٥ و ١٢٦ الميل بالاختصاص في مسائل العقود نحو القانون السوفيتي ، وآية ذلك أن شكل التصرف المبرم في الخارج يصح متى اتفق مع أحكام القانون السوفيتي ولو خالف أحكام قانون محل الأبرام ، وان شكل التصرفات المتعلقة بالتجارة الخارجية يخضع للقانون السوفيتي بصرف النظر عما يقضى به قانون محل الأبرام ، وان تحديد مكان إبرام التصرف يتم وفقا للقانون السوفيتي .

والواقع أن الاتحاد السوفيتي وهو يمارس التجارة الخارجية يسلك طريقين . أولهما ، مع دول الاقتصاد الحر ، التي تنظم تجارتها استنادا الى قوانينها المدنية ، وهو آمن كان له أثره في شكل ونطاق التشريع المدني السوفيتي . ويحكم عقود التجارة الخارجية بين الاتحاد السوفيتي وهذه الدول ( عندما يكون القانون السوفيتي هو الواجب التطبيق ) مجموعتان من القواعد وهما ، تنظيمات التجارة الخارجية وخاصة ما يتعلق « بحالة » منظمات التجارة الخارجية ( Statutum personale ) . ويدخل في نطاق هذه المجموعة كافة الاحكام الخاصة بكيفية إبرام عقود التجارة الخارجية مع طرف أجنبي . أما المجموعة الثانية فهي تشمل قواعد القانون المدني العادية الواردة في تشريع القانون المدني للاتحاد السوفيتي وتشريعات مختلف جمهوريات الاتحاد . والطريق الثاني في ممارسة التجارة الخارجية هو المتبع مع دول الديمقراطية الشعبية . وهنا تقل أهمية الرجوع الى قواعد القانون المدني وذلك بالنظر الى ما أبرم من اتفاقات دولية فيما بين هذه الدول اتفق فيها على قواعد مدنية موحدة ، والى أهمية التنظيمات الادارية ، في مجال التجارة الخارجية والتي حاكت فيها هذه الدول الاتحاد السوفيتي (٣) .

٥١ - واذا كان المشرع السوفيتي ضنينا بالنصوص في قواعد الاسناد الخاصة بالعقود على النحو المتقدم ، فان المشرع التشيكوسلوفاكي أورد في هذا الصدد العديد من القواعد التي أودعها في المادة ٤ والمواد من ٩ الى ١٦ عدا المادة ١٥ من تشريع « القانون الدولي الخاص والمرافعات » الصادر في سنة

- (١) راجع Lunz المرجع السابق ص ٦٤٨ وتنقضى م ٣ فقرة ٣ من مبادئ التشريع المدني بأن يسرى على علاقات التجارة الخارجية تشريع الاتحاد الخاص بالتجارة الخارجية والتشريع المدني العام للاتحاد والجمهوريات المتحدة .
- (٢) راجع في ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٨٩ وهو يذكر أن Krynlov و Pereterskii ، يرى ان ينحصر الاختيار في قوانين الدول التي يتبعها أطراف التصرف .
- (٣) راجع في ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ٨٢ .

١٩٦٣ . فتقضى المادة ٤ بأن « تخضع صحة التصرف القانونى وكذلك النتائج التى تترتب على بطلانه للتشريع ذاته الذى يسرى على آثار التصرف ، مالم توجد قاعدة أخرى يوردها نص أو يوجبها التنظيم المعقول للعلاقات (١) ومع ذلك فإنه يكفى ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يكون التصرف مستوفيا الشروط المقررة فى تشريع المكان الذى أعلنت الارادة فيه ، مع استثناء حالة ما يكون التشريع الذى يحكم العقد يجعل من الشكل الكتابى شرطا فى صحة التصرف » وتضم هذه المادة حكمين هامين: أولهما ، حكم يجعل القانون الذى يحكم الحق الشخصى ومصدره واحدا . وبيان ذلك أن بعض المشرعين يصوغ قاعدة الاسناد بشأن « الالتزامات التعاقدية » وليس بشأن « العقد » ، ومثل ذلك المشرع اليونانى (م ٢٥ من القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٠) والمشرع الايطالى (م ٢٥ من القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٢) والمشرع السوفيتى (م ١٢٦ من مبادئ القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٦١) والمشرع البولونى (م ٢٥ من القانون الدولى الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥) والمشرع المصرى (م ١٩ من القانون المدنى) ولعل السبب فى هذا المنحى التشريعى هو التفرقة السائدة فى القانون المدنى بين الحق ، عينيا كان أو شخصا ، وبين مصدره . وهى تفرقة لو انتقلت كاملة الى ميدان القانون الدولى الخاص ، لكان من المتعين بيان القانون الواجب التطبيق فى الحق وبيان القانون الواجب التطبيق فى مصدره . وهذا هو ما يتبعه المشرعون عادة بالنسبة للحق العينى بالنظر الى أهمية هذه التفرقة فى شأنه ، فهم يبينون القانون الواجب التطبيق فيه ، وهو عادة قانون موقع المال ، كما يبينون القانون الواجب التطبيق فى مصدره ، وهو متنوع بقدر تنوع هذه المصادر : العقد أو الميراث أو الوصية أو التقادم أو غيرها من طرق اكتساب الحقوق . أما بالنسبة لاحق الشخصى فإن المنحى التشريعى المذكور يكتفى ببيان القانون الواجب التطبيق فى الحق الشخصى ، وهو هنا الالتزام التعاقدى ، دون ذكر قاعدة اسناد تخص مصدره وهو « العقد » ، وذلك نظرا لقلّة أهمية تلك التفرقة ، وبحيث يكون القانون الواجب التطبيق فى الالتزام هو القانون الواجب التطبيق فى العقد . وهذه التسوية بين الالتزام التعاقدى ومصدره من حيث القانون الواجب التطبيق يوردها بعض المشرعين فى نصوص التشريع ، وهذا هو ما فعله المشرع التشيكوسلوفاكى بنص المادة ٤ المشار اليها ، وهو ايضا ما جرى عليه المشرع اليابانى (م ٧ من قانون سنة ١٨٩٨ الخاص بالقواعد العامة فى تطبيق القوانين) والمشرع الارجنطينى (م ١٢٠٥ من القانون المدنى الصادر فى سنة ١٨٦٩) . أما الحكم الثانى الوارد فى المادة ٤ فهو خاص بشكل التصرف ويقضى بخضوعه للقانون الذى يحكم موضوع التصرف أو لقانون محل الابرام ، مع جعل مكان الصدارة للاول . ويستثنى من الاختيار بين هذين القانونين حالة ما يكون القانون الذى يحكم موضوع التصرف يجعل من الشكل الكتابى فى التصرف شرطا لصحته اذ يتعين اتباع حكمه .

«indispensable pour régler raisonnablement les rapports».

(١)

ويبعد أن سوت المادة ٤ المشار إليها بين الالتزام ومصدره من حيث القانون الواجب التطبيق تجيء المواد من ٩ الى ١٦ عدا المادة ١٥ لتبين القانون الواجب التطبيق في « الالتزامات » التعاقدية . فتقتضى المادة ٩ بأن « ١ — للمتعاقدين اختيار القانون الذى يحكم علاقتهما المالية المتبادلة (١) ، ويمكن أن يكون اختيارهما هذا القانون ضمنياً بمراعاة الظروف ، اذا لم يقر شك فى موضوع الإرادة المعلنة ٢٠ — لا يعمل بقواعد الإسناد المنصوص عليها فى القانون الذى اختاره المتعاقدان ، ما لم تقضى إرادتهما المعلنة بغير ذلك » . وتقتضى المادة ١٠ بأنه « ١ — اذا لم يختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق خضعت التزاماتهما للقانون الذى يتفق تطبيقه مع تنظيم معقول للعلاقة المعنية (٢) » ثم تورد المادة بياناً بالقوانين الواجبة التطبيق بناء على هذا الاعتبار فى عدد من العقود ، مثل العقود المتعلقة بعقار وتخضع لقانون الموقع ، وعقود التأمين ، بما فيها عقود التأمين المتعلقة بعقار وتخضع لقانون مركز أعمال المؤمن وقت إبرام العقد ، والعقود المتعلقة بالنقل ، وتخضع لقانون المكان الذى يوجد به مركز أو موطن ( Siège ou domicile ) الناقل أو المرسل وقت إبرام العقد ، وعقود التبادل التجارى المتعددة الاطراف وتخضع للقانون الذى يتفق تطبيقه على أحسن تنظيم لهذه العلاقات فى مجموعها ٣٠ — وتخضع العقود الأخرى ( أى غير ما ذكر فى الفترة الثانية من المادة ذاتها ) بصفة عامة ، لقانون الدولة التى يوجد بها موطن المتعاقدين ، فإذا لم يكن لهما موطن فى دولة واحدة وكانا حاضرين عند إبرام العقد ، سرى على العقد قانون محل إبرامه . وإذا أبرم العقد بالمراسلة خضع لقانون موطن من قبل الأيجاب ، وواضح من هذه النصوص أن المشرع يأخذ بقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، دون ما قيد على الإرادة ، وتديعين المتعاقدان القانون الواجب التطبيق فى العقد بارادة صريحة أو بارادة ضمنية . فان لم توجد هذه ولا تلك جرى الاعتداد فى تعيين ذلك القانون بما سماه المشرع « التنظيم المعقول للعلاقة » مما فهمه الشراح على الاعتداد بالقانون الذى تربطه بالعلاقة « أوثق صلة حقيقية ، ومع مراعاة التقيد بقواعد الإسناد التى أوردها المشرع بصدد بعض العقود فى الفقرة الثانية من المادة ١٠ ، وان كان بعض الشراح يرى أن هذه القواعد تقوم على قرائن غير مقيدة للقاضى اذا ما كان الاخذ بها لا يحقق « التنظيم المعقول للعلاقة » الذى يراعى فيه القاضى ظروف العقد (٣) . وفيما عدا كل ذلك ( أى حالة الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والحالات الواردة فى المادة ١٠ فقرة ٢ ) يكون القانون الواجب التطبيق فى العقد هو قانون موطن المتعاقدين المشترك ، فان لم يوجد فقانون محل إبرام العقد اذا ما أبرم بين حاضرين . ولعل هذين القانونين هما قانوننا « الإرادة المفروضة » التى أقمها المشرع على الموطن المشترك للمتعاقدين أو على محل الإبرام .

leurs rapports patrimoniaux mutuels

un règlement raisonnable du rapport respectif.

(١)

(٢)

(٣) راجع هذه الأراء معروضة فى Szaszy المرجع السابق ص ٢٨١ بصدد النصوص المغالطة للمواد المذكورة فى المتن من القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر فى سنة ١٩٤٨ .

أما التعاقد بين غائبين فقد أخضعته المادة ١٠ فقرة ٣ لقانون الدولة التى يوجد بها موطن من قبل الإيجاب . وتتضى المادة ١٤ بان تخضع العلاقات القانونية المتولدة من التصرفات القانونية بارادة منفردة لقانون الدولة التى يوجد بها موطن المدين .

هذا وتتضى المادة ١١ بأن « القانون الواجب التطبيق طبقا لاحكام المادتين ٩ و ١٠ يسرى أيضا على التعديلات والتأمينات والنتائج المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد (١) ، مالم يتبين من قصد المتعاقدين أو من طبيعة المسألة أعمال قاعدة أخرى » وتضيف المادة ١٢ النص على أن « يسرى على التقادم المسقط للالتزامات القانون ذاته الذى يحكم الالتزام وتخضع المقاصة للقانون ذاته الذى يخضع له الدين الذى ينقضى بها ، مالم تقتض بغير ذلك مقتضيات التنظيم المعقول للعلاقة » وتنص المادة ١٢ على ادخال بعض المسائل المتعلقة بالتصرفات التى تتناول أشياء منقولة ، وفى العلاقات بين المتعاقدين فى اختصاص القانون الواجب التطبيق طبقا لاحكام المواد ٩ و ١٠ و ١١ ، مثل بيان وقت انتقال الملكية ، ووقت تملك الحائز ثمار الشئ ، ووقت انتقال تحمل التبعة اليه . وتتضى المادة ١٦ بأن « ١ — يسرى على العلاقات المتولدة من عقد العمل قانون مكان أداء العمل ، مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك . ومع ذلك اذا كان أداء العمل فى دولة ما مترتبا على عقد عمل أبرم مع منظمة تتخذ مركز ادارتها فى دولة أخرى ، فان قانون هذه الدولة هو الذى يسرى ، مالم يتعلق الامر بعامل متوطن فى الدولة التى ينفذ فيها العمل .

٢ — تخضع علاقات العمل المتعلقة بعمال مشروعات النقل لقانون مركز ادارة المشروع فيما يخص النقل بالسكك الحديدية والنقل البرى ، ولقانون مكان القيد فيما يخص النقل النهري أو الجوى . ولقانون العلم ، بالنسبة للنقل البحرى » وظاهر من هذا النص أن المشرع يعقد الاختصاص بعقد العمل لقانون الإرادة فان لم تكن الإرادة بيان القانون الواجب التطبيق طبق قانون محل أداء العمل ، أى محل التنفيذ . ولا يعتد بهذا المحل فى حالة ما يكون العقد قد أبرم مع مشروع يتخذ مركز ادارته فى دولة غير دولة التنفيذ ، اذ يعتد هنا بقانون هذا المركز . ويستثنى من ذلك أن يكون العامل متوطنا فى دولة التنفيذ ، فيطبق فى هذه الحالة قانونها . ثم خص المشروع عقود العمل مع المشروعات التى تقوم بالنقل بالاحكام السابق بيانها .

وأنه لجدير بالنظر ما سبق ذكره من أن الفقرة ٢ من المادة ٩ تقضى بأن لا يؤخذ بقواعد الاسناد المنصوص عليها فى القانون الذى اختاره المتعاقدان ، مالم تقض ارادة الطرفين المعلنة بغير ذلك . وهذا نص يجعل القاعدة هى رفض الاحالة من قانون الإرادة الى قانون آخر غيره . ولكنه يجيز للمتعاقدين الاتفاق على قبولها . وهذه المسألة الاخيرة تبدو صعبة التعليل ، لان قبول الاحالة أو رفضها أمر يتعلق بقانون القاضى المطروح امامه النزاع .

(١) aux modifications, aux sûretés et aux conséquences de l'inexécution des obligations visées par le contrat.

٥٢ - وإذا ما انتقلنا الى التشريع البولونى وجدنا المشرع قد عالج تنازع القوانين فى العقود باسهاب فى المواد من ٢٥ الى ٣٣ عدا المادة ٣١ من القانون الدولى الخاص الصادر فى سنة ١٩٦٥ . فتتضى المادة ٢٥ بأنه « ١ - للمتعاقدين ، فى مواد الالتزامات التعاقدية ، اخضاع العلاقة القانونية للقانون الذى يختارانه بشرط أن تكون بينه وبين العلاقة صلة . ٢ - ومع ذلك اذا تعلق الالتزام بعقار سرى قانون الدولة التى يقع بها هذا العقار . » وتتضى المادة ٢٦ بأنه « اذا لم يختَر المتعاقدان القانون الواجب التطبيق خضع الالتزام لقانون الدولة التى يوجد بها موطن المتعاقدين وقت إبرام العقد . ولا يسرى هذا الحكم على الالتزامات المتعلقة بعقارات » . هاتان المادتان تضمان القاعدة العامة فى خضوع العقد لقانون الإرادة ، مع استثناء العقود المتعلقة بعقار اذا خضع لقانون موقع العقار . وقد تكون ارادة المتأقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق صريحة أو ضمنية . فان لم توجد هذه ولا تلك عين القانون الواجب التطبيق على أساس موطن المتعاقدين المشترك ويكون هذا القانون هو قانون الإرادة المفروضة . ثم يواجه المشرع حالة عدم اختيار المتعاقدين قانونا يحكم العقد وعدم وجود موطن مشترك لهما فيورد فى الفقرة الاولى من المادة ٢٧ عددا من قواعد الاسناد لبعض العقود بنا كلا منها على موطن أحد المتعاقدين ( مثل اخضاع عقد بيع المنقولات لقانون موطن البائع وقت إبرام العقد ، واخضاع عقد التأمين لقانون موطن المؤمن وقت إبرام العقد ، وخضوع عقد النقل لقانون موطن الناقل ) ثم يواجه فى الفقرة الثانية من المادة ذاتها حالة عدم امكان تحديد موطن المتعاقد الذى عين على أساسه القانون الواجب التطبيق ، فينص على تطبيق قانون الدولة التى أبرم بها العقد . ثم يورد فى الفقرة الثالثة من المادة ذاتها أيضا قاعدة اسناد خاصة بها سماه « العقود المرتبطة بتشغيل مشروع » يقضى بأن يسرى على هذه العقود قانون الدولة التى يوجد بها مركز المشروع ( *siège de l'entreprise* ) بدل قانون الدولة التى يوجد بها مركز الشخص الاعتبارى أو موطن الشخص الطبيعى صاحب المشروع . وينص فى المادة ٢٨ على أن « يسرى على الالتزامات المتولدة من تصرفات قانونية أبرمت فى البورصات ، قانون البورصة ، ما لم يكن المتعاقدان قد اختارا القانون الواجب التطبيق . وتسرى هذه الأحكام أيضا على العقود التى تبرم فى الاسواق العامة » وتأتى بعد ذلك المادة ٢٩ لتتضى بأن « يسرى على الالتزامات التعاقدية التى لم يرد ذكرها فى المادتين ٢٧ و ٢٨ قانون الدولة التى أبرم فيها العقد ، ما لم يكن المتعاقدان قد اختارا القانون الواجب التطبيق » وتضيف المادة ٣٠ قولها « القواعد الخاصة ببيان القانون الواجب التطبيق فى الالتزامات التعاقدية تسرى أيضا على الالتزامات المتولدة من تصرفات قانونية بارادة منفردة » وقد خص المشرع عقد العمل بأحكام أوردها فى المادتين ٢٢ و ٣٣ . فتتضى المادة ٣٢ على أنه « للمتعاقدين اخضاع علاقة العمل بينهما للقانون الذى يختارانه ، بشرط توافر صلة بينه وبين العلاقة » ثم يواجه المشرع فى المادة ٢٢ حالة عدم اختيار المتعاقدين قانونا يحكم عقد العمل ، وهى تتضى بأنه « ١ - اذا لم يكن المتعاقدان قد اختارا قانونا يحكم علاقة العمل طبق فى العلاقة قانون موطنهما وقت انشائها ، فان كان العمل يجب أدائه أو كان قد أدى فى مشروع

رب العمل ، طبق قانون مركز (siège) هذا الاخير بدل قانون موطنه .  
٢ - واذا لم يكن للمتعاقدین موطن مشترك وكانا لم يختارا القانون الواجب التطبيق ، طبق قانون الدولة التى أدى العمل فيها أو كان واجبا أداءه فيها .  
وظاهر من هذه النصوص أن المشرع جعل الاصل العام هو دخول عقد العمل فى نطاق القاعدة العامة فى خضوع العقد لقانون الإرادة ، صريحة كانت أو ضمنية ، ثم لجأ فى حالة عدم تحقق الإرادة بالاختيار ، الى قرينة الموطن المشترك ، وعند عدم توافره الى قرينة محل أداء العمل ، يعين على أساسها القانون الواجب التطبيق ، وذلك فيما عدا الحالة الخاصة الواردة فى الفقرة الاولى من المادة ٣٣ السابق ذكرها . ونص فى المادة ١٣ على أن الحقوق التى تتقادم يسرى عليها القانون الذى يحكم الموضوع .

كل ما تقدم هو عن قواعد الاسناد الخاصة بالجانب الموضوعى للتصرف . أما عن شكل التصرف فقد اورد المشرع قاعدة الاسناد الخاصة به فى المادة ١٢ التى تنص على أن « يحكم شكل التصرف القانونى القانون الذى يحكم الموضوع . ومع ذلك فانه يكفى مراعاة الشكل المقرر فى قانون الدولة التى أبرم فيها التصرف » .

٥٣ - وانه لينجلى مما تقدم مدى التقارب بين التشريع التشيكوسلوفاكى والتشريع البولونى فى قواعد الاسناد الخاصة بالتصرفات القانونية . فهما يتفقان فى الاخذ بالارادة الصريحة والارادة الضمنية للمتعاقدین ، وفى الاعتداد بالارادة المفروضة المبينة على الموطن المشترك ، وعند عدم توافر فعلى محل الابرام ، كما يتفقان فى ايراد الكثير من التفاصيل التى تتناول بيان قواعد الاسناد الخاصة بأنواع معينة من العقود فى حالة عدم اختيار المتعاقدین قانونا يحكمها . ولكنها مع ذلك يختلفان فى بعض المواضع ، التى منها أن القانون التشيكوسلوفاكى لم يرد به نص يوجب توافر صلة بين العقد والقانون الذى يختاره المتعاقدان ، فى حين أن القانون البولونى ينص صراحة على ضرورة توافر هذه الصلة ، كما أنهما يختلفان فى بعض قواعد الاسناد الخاصة بأنواع معينة من العقود التى لم يختار المتعاقدان قانونا يحكمها . ويتفق القانونان فى قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرف ، إذ أنهما يخضعان للقانون الذى يحكم الموضوع أو لقانون محل الابرام ، وان كان التشريع التشيكوسلوفاكى يضم نصا يصرح بأن الشكل الكتابى الذى يستلزمه القانون الذى يحكم التصرف ويجعله شرطا لصحته يخضع لهذا القانون دون قانون محل الابرام .

ولاشك أن القواعد التى يضمها كل من التشريع التشيكوسلوفاكى والتشريع البولونى تباعد عما اخذ به المشرع السوفيتى وتتمشى لابعد الحدود مع ما هو متبع فى دول الاقتصاد الحر . ولعل السبب فى ذلك هو أن المشرع فى كل من تشيكوسلوفاكيا وبولندا تأثر بماضيه الغنى بقواعد تنازع القوانين ، وقدر أنه يواجه بالتشريع الذى يضعه دول الاقتصاد الحر وأنه فى علاقة دولته مع سائر دول الديمقراطية الشعبية يعول بصفة أساسية على «القانون الانفاقى» أى القواعد القانونية التى مصدرها الاتفاقات الدولية ، موضوعية كانت أو قواعد اسناد ، مما سبق بيانه

## ثانيا - الوقائع القانونية

٥٤ - نظرة عامة :

نبحث هنا عن القانون الواجب التطبيق في الواقعة القانونية (بمعنى العمل المادى ( acte matériel ) بالمقابلة للتصرف القانونى بمعنى العمل الإرادى ) بوصفها مصدرا للالتزام ، سواء أكانت عملا غير مشروع ( العمل المادى الضار وتترتب عليه المسئولية التقصيرية ) أم كانت عملا مشروعا ( العمل المادى النافع وتترتب عليه الإثراء بلا سبب ) . وإذا ما رجعنا الى الماضى وجدنا ان فقهاء نظرية الاحوال ، منذ القرن الثالث عشر ، أخضعوا العمل المادى الضار لقانون محل وقوعه ، وكانوا يطلقون عليه « قانون محل وقوع الجريمة ( lex loci delicti commissi ) فقد أخذ بهذه القاعدة « بارتول » فقيه المدرسة الايطالية القديمة « وديمولان » الفقيه الفرنسى «ودارجنتريه» فقيه المدرسة الفرنسية ، كما أخذ به فقهاء المدرسة الهولندية فى الاحوال . على أنه ما حل منتصف القرن التاسع عشر الا ووجدت بجانب هذه القاعدة قاعدة أخرى نادى بها فقهاء المدرسة الالمانية ، مدرسة « سافينى » وهى خضوع العمل الضار لقانون القاضى لان القواعد التى تحكم العمل الضار هى قواعد أمره يتقيد بها القاضى ضاربا الصفع عما يرد بشأنها فى قانون محل وقوع العمل . على أن معظم الفقهاء وخاصة فى البلاد اللاتينية وما نحا منحاهما ، ومعهم القضاء ، وكذلك المشرعون الذين اضطلعوا بوضع قاعدة اسناد للالتزامات غير التعاقدية يفضلون جعل حكم العمل الضار من اختصاص قانون محل وقوعه وهو ما أطلق عليه الاستاذ (Bartin) « القانون المحلى » (loi locale) . على أن اختصاص هذا القانون ليس فى الحقيقة اختصاصا مطلقا . ذلك أن رجال الفقه والقضاء والمشرعين قد اعترفوا بهجالت ينطبق فيه قانون القاضى ، وهو مجال قد يترك لتقدير القاضى وهو بسبيل أعمال فكرة النظام العام — كما هو الشأن فى فرنسا — وقد يحدده المشرع كما هو الشأن فى المانيا واليابان ومصر . وهو مجال يتدرج من الضيق الى السعة من دولة الى دولة . وإذا ما استعرضنا مختلف التشريعات وجدنا ان القانون البولونى ( م ٧ من قانون سنة ١٩٢٦ م و ٣١ من قانون سنة ١٩٦٥ ) والقانون الايطالى ( م ٢٥ فقرة ٢ مدنى ) ينصان على اختصاص قانون محل وقوع الفعل دون قيد ( وقد يجد القضاء هذا القيد وهو بسبيل أعمال فكرة النظام العام ) ولوجدنا أن القانون الالمانى ( م ١٢ من قانون اصدار القانون المدنى ) ينص على أنه فى حالة المطالبة بالمسئولية عن عمل غير مشروع وقع خارج المانيا لا يطالب الالمانى بأكثر مما يحمله به القانون الالمانى . اما المادة ٢١ من القانون المدنى المصرى فهى تخضع بحكم فقرتها الاولى للالتزام غير التعاقدى لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام ، وتورد فى فقرتها الثانية قيدا مؤداه أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسرى أحكام الفقرة الاولى على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وأن كانت تعد غير مشروعة فى

البلد الذى وقعت فيه . كما أن المادة ١١ من القانون الملحق بالتقنين المدنى اليابانى تعقد الاختصاص بالالتزام الناشئ عن فعل لقانون محل وقوعه، وتستثنى من هذا الحكم حالة ما يكون الفعل مشروعاً وفقاً للقانون اليابانى ، وتقيد حقوق المضرور بما هو مقرر فى القانون اليابانى كذلك . وأخيراً نجد القاعدة فى انجلترا تقضى بأنه لا تجوز فى انجلترا المساءلة عن فعل صار وقع فى الخارج إلا إذا كان هذا الفعل يعتبر فعلاً ضاراً إذا وقع فى انجلترا وفقاً للقانون الأنجليزى ، وبشرط أن لا يكون الفعل مبرراً *not justifiable* أى جائزاً وفقاً لقانون محل وقوعه ، بمعنى أن القاضى يطبق قانونه ويقتضى شرطاً وفقاً للقانون المحلى .

وإن فقانون القاضى يعمل بجانب القانون المحلى فى ترتيب أحكام الالتزام الناشئ عن فعل (عمل مادى) وكل ما فى الأمر أن معظم التشريعات يصوغ قاعدة الإسناد فى صورة تجعل الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون محل وقوع الفعل ومقيداً استثناءً بقانون القاضى على أساس النظام العام (فى حدود مختلفة من دولة إلى دولة) . فى حين أن القاعدة فى القانون الأنجليزى مصابغة فى صورة تجعل الاختصاص معقوداً أصلاً لقانون القاضى ومقيداً بقانون محل وقوع الفعل . وقد تتفق أو تقترب الحلول عند تطبيق القاعدة بهاتين الصورتين . هذا وقد مد رجال الفقه اختصاص القانون المحلى ليشمل أيضاً العمل المادى النافع فهذا القانون يحكم إذن الالتزامات غير التعاقدية على العموم (فما عدا الالتزامات التى يكون مصدرها القانون) وقد أخذت بذلك التشريعات التى تضم قواعد اسناد لهذه الالتزامات (١) . على أنه قد تثار صعوبات فى تحديد القانون المحلى عندما يقع الخطأ فى مكان ويتحقق الضرر فى مكان آخر ، وعندما يفترق مكان الافتقار عن مكان الأثر ، وكذلك بالنسبة للأفعال ، ضارة أو نافعة ، التى تقع فى المياه الإقليمية أو فى عرض البحر (مثل حوادث تصادم السفن وحوادث الانقاذ) والأفعال التى تقع على ظهر سفينة ، وحوادث الملاحة الجوية . وهذه كلها مسائل قلما يعرض لها المشرع بنص تشريعى تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء . ويدخل فى مجال اختصاص القانون المحلى ، بالنسبة للفعل الضار ، أركان المسؤولية التقصيرية ، بما فيها أهلية المساءلة عن الفعل الضار ، وآثار المسؤولية ومداهما ، وبالنسبة للفعل النافع أركان الأثر بلا سبب وآثاره (٢) .

٥٥ - وإذا ما انتقلنا بعد هذه النظرة العامة إلى تشريعات الدول الثلاث موضوع هذا البحث ، لوجدنا أنه فيما يتعلق بالتشريع السوفيتى ، ليس من بين قواعد تنازع القوانين الدولية الواردة فى تشريع « مبادئ التشريع المدنى » الصادر فى سنة ١٩٦١ قاعدة تبين القانون الواجب التطبيق فى العمل المادى على أنه بالنسبة للفعل الضار نجد المادة ١٨ فقرة ٤ من هذا التشريع تضم قاعدة إسناد فى تنازع القوانين الداخلى فى الاتحاد السوفيتى تقضى بأن يسرى على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار قانون المكان الذى وقع فيه الفعل . ولعله يمكن الأخذ بهذه القاعدة فى التنازع الدولى بين القوانين باعتبارها تعبير

(١) راجع فى حلول هذه المسائل مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ نسخة ١٩٦٩ فقرة ١٤ .

(٢) راجع فى التفصيلات مؤلفنا المشار إليه فقرة ١٤٢ .

عن « المبادئ العامة وروح التشريع السوفيتي » اذ جاء بالفقرة الاخيرة من المادة ١٢ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية الصادر في سنة ١٩٦٢ انه « اذا لم يوجد نص تشريعي يحكم العلاقة ، تطبق المحكمة التشريع الذي يحكم العلاقات المماثلة ، فان لم توجد تحكم المحكمة بما يتفق مع المبادئ العامة للتشريع السوفيتي وروحه » . وينوه الشراح بأن الفقه السوفيتي يأخذ بقاعدة خضوع الفعل الضار للقانون المحلي ، على أنه يشترط أن يكون هذا الفعل معتبرا غير مشروع طبقا للقانون السوفيتي (١) ولعله يمكن مد اختصاص القانون المحلي ليشمل الفعل النافع .

٥٦ - وفيما يتعلق بالتشريع التشيكوسلوفاكي نجد نصا يضم قاعدة اسناد تخصص الفعل الضار ، وهو نص المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص الصادر في سنة ١٩٦٣ ، وهي تقضى بأنه « فيما عدا الإخلال بالتزام ناشئ من العقود أو التصرفات القانونية الأخرى ، يسرى على الحقوق في التعويض قانون المكان الذي تحقق فيه الضرر أو المكان الذي وقع فيه الفعل الذي ولد الحق في التعويض » . فهذه المادة تضم قاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل وقوعه *lex loci delicti commissi* وتجعل هذا القانون هو قانون محل وقوع الخطأ أو قانون محل تحقق الضرر ، وللمضرو أن يختار من بينهما . وينوه الشراح بأن القضاء في تشيكوسلوفاكيا يجرى على اشتراط أن يكون الفعل الواقع في الخارج معتبرا غير مشروع أيضا وفقا للقانون التشيكوسلوفاكي . وهو يصل الى ذلك من طريق الاستناد الى النظام العام (٢) . ولا يوجد بذلك التشريع نص يبين القانون الواجب التطبيق في العمل النافع .

٥٧ - أما المشرع البولوني فقد عالج تنازع القوانين بشأن الالتزامات « الناشئة عن فعل ، أي عمل مادي ، ضارا كان أم نافعا ، وذلك في المادة ٣١ من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة ١٩٦٥ ، وهي تنص على أن « ١ - يسرى على الالتزامات التي لا تنشأ من تصرفات قانونية قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام » ٢ - ومع ذلك اذا كان الطرفان يتمنعان بجنسية واحدة ولهما موطن مشترك في دولة ما ، طبق قانون هذه الدولة » ٣ - ويبين القانون الواجب التطبيق طبقا للفقرتين السابقتين ما اذا كان شخص مقيد الاهلية (٣) ويعتبر مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن عمل غير مشروع . وظاهر أن الفقرة الاولى من هذه المادة تضم قاعدة تسرى على الفعل الضار والفعل النافع ، وهي خضوعهما للقانون المحلي ، وتستثنى الفقرة الثانية من هذه القاعدة حالة ما يكون الطرفان (مرتكب الخطأ والمضرو أو من لحقه الإثراء ومن أصابه الإفطار ) من جنسية واحدة ولهما موطن مشترك في دولة ما ، اذ يطبق في هذه الحالة قانون هذه الدولة دون القانون المحلي . أما الفقرة الثالثة من تلك المادة فهي تخضع أهلية المساءلة عن الفعل الضار للقانون الذي يحكم

المراجع السابق ص ٢٨٥ .

المرجع السابق ص ٢٨٥ .

une personne à capacité restreinte

Szaszy راجع في ذلك

Szaszy راجع في ذلك

(٣)

المسئولية التقصيرية وفقاً لما يسفر عنه تطبيق الفقرتين الأولى والثانية من المادة ذاتها . هذا ويلاحظ أن النص لم يأت بحكم يبين القانون الواجب التطبيق في حالة افتراق مكان الخطأ من مكان الضرر ، وحالة افتراق مكان الافتقار من مكان الإثراء . وهى أمور يتركها المشرعون عادة لاجتهاد الفقه والقضاء . ولا شك أنه يبقى مجال لاشرارة القانون البولونى ، بوصفه قانون القاضى ، فى المسئولية التقصيرية عن فعل ضار وقع فى الخارج ، وذلك من طريق استخدام فكرة النظام وبالنظر أن وصف الفعل بالمشروعية أو بعدم المشروعية أمر يتعلق بالنظام العام .

٥٨ - وظاهر مما تقدم أن ما يجرى عليه القضاء والفقه فى الاتحاد السوفيتى ، وما يأخذ به التشريعان ، التشيكوسلوفاكى والبولونى ، فى بيان القانون الواجب التطبيق فى الإلزام الناشء عن فعل ، ضار أو نافع ، يتفق مع مختلف المذاهب الفقهية والاتجاهات القضائية والتشريعية فى دول الاقتصاد الحر .

## الباب الثالث

## استبعاد تطبيق القانون الاجنبى

## الفصل الاول

## الدفع بالنظام العام

٥٩ - نظرة عامة :

قد يتضح للقاضى عندما يقدم على تطبيق القانون الاجنبى المختص وفقا لقاعدة الاسناد فى قانونه ، فى النزاع المطروح لديه ، أن أحكام ذلك القانون التى يراد الاخذ بها فى هذا النزاع تعتبر « غير مقبولة » ( inadmissible ) فى بلده لأنها تقع فى « عدم توافق مطلق » ، وبعبارة أخرى لأنها تتنافر مع الافكار الاساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع الاعلى فى بلده ، ولذلك فانه يمتنع عن تطبيقها ويعمل فى النزاع القواعد الموضوعية فى قانونه . ويذكر فقهاء القانون الدولى الخاص أن امتناع القاضى عن تطبيق القانون الاجنبى لهذا السبب ليس جديداً فى ميدان تنازع القوانين ، بل أنه صاحب مشكلة تنازع القوانين منذ ظهورها ، وأن بعض فقهاء نظرية الاحوال ومن اتى من بعدهم من عبر عنها بتعبيرات مختلفة . من ذلك ما قاله « يارتول » وفقهاء مدرسته (المدرسة الايطالية القديمة فى الاحوال) من أن الاحوال « المستهجنة » مثل تلك التى تقضى بأن البنت لا تترث ، تبقى حبيسة حدود الاقليم ولا تتبع الشخص خارج بلده ، فلا يطبقها فقهاء البلاد الأخرى . ومنه أيضاً ما قاله الفقيه الفرنسى « بوهيه » ( Bouhier ) فى القرن الثامن عشر ، وهو يسمح بامتداد المعرف ، فى بعض الحالات ، من استثناء قواعد المعرف التى يبدو عدم عدالتها صارخاً فى نظر القاضى . ومن تقييد القاضى بالاحكام النهائية فى بلده . ومنه كذلك ما قاله « سافينى » من أن القاضى يمتنع عن تطبيق القانون الاجنبى عندما تكون أحكام قانونه « مؤكدة الالزام » أى حتمية التطبيق . على أن الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبى لم يبلغ قدراً من الاهمية وحداً من الاتساع ابان أن كان التنازع فيما بين القوانين تنازعا محليا ، وابلان أن كان القانون الشخصى هو قانون الموطن ، اذ غالباً ما يكون هذا القانون هو عينه قانون القاضى ، كما أن الاستقاء من مبادئ القانون الرومانى وشمول وحى الديانة المسيحية لبلاد أوروبا كان من شأنها تقليل أوجه الخلاف ما بين الافكار والمبادئ الاساسية التى تقوم عليها قوانين هذه البلاد . ولذلك فانه ما لُن تغيرت هذه الظروف والعوامل حتى زاد الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبى قسراً واتساعاً . ذلك أن التنازع بين القوانين صار تنازعا دولياً ما بين قوانين تفيض من سيادات مختلفة ، وهو ما من شأنه اتساع مجال الخلاف فيما بين الافكار والمبادئ الاساسية التى تقوم عليها هذه القوانين . كما أن القانون

الشخصى صار فى أغلب بلاد العالم هو قانون الجنسية ، وهو ما يفترق بالنسبة للاجانب عن قانون القاضى ، ثم أن ازدياد نشاط حركة التقنين فى العالم الغربى كان من شأنه « توطن » القواعد القانونية فى كل دولة وابتعادها أو انفصالها ، فى مواضع وفى حدود مختلفة ، عن العوامل التى كانت سببا فى تقريب ما بين المبادئ التى تقوم عليها قوانين بلاد هذا العالم . وقد كان امتناع محاكم هذه البلاد عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مبنيا على فكرة تعارض هذه الأحكام مع نظام المجتمع الأعلى فى بلد القاضى . وهى الفكرة ذاتها التى استندت إليها محاكم بعض تلك البلاد فى الامتناع عن تطبيق القانون السوفيتى عقب نجاح الثورة السوفيتية ، وذلك بعد زوال أسس آخر لهذا الامتناع فى صورة كلية ، وهو عدم اعتراف دولة القاضى بالحكومة السوفيتية ، أو كون القانون السوفيتى لا يقوم على المبادئ المسلمة فى بلاد العالم المتمدين .

وقد عنى رجال الفقه بدراسة امتناع القاضى عن تطبيق أحكام القانون الاجنبى المختص واستخدموا فى هذه الدراسة اصطلاحا - كان جديدا فى لغة القانون - ألا وهو اصطلاح « النظام العام » وقالوا بتعطيل القانون الاجنبى عن التطبيق متى تعارضت أحكامه مع النظام العام فى بلد القاضى . ذلك أن المشرع الفرنسى طالع اللغة القانونية ، ولاول مرة على ما ظهر ، باصطلاح «النظام العام» الذى ورد فى بعض نصوص القانون المدنى الفرنسى ، وأعمها حكما هو نص المادة ٦ الذى يقضى بأنه «لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب» . وقد رأى رجال الفقه فى حكم هذا النص قيادا على سلطان الإرادة فى ترتيب أحكام الالتزامات التعاقدية ورأوا تقسيم القوانين الى قوانين يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وقوانين لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ، وهذا القسم الثانى يضم القوانين المتعلقة بالنظام العام . واذن فهم قصدوا فى الحقيقة القوانين المتعلقة بالنظام العام القوانين الامرة ، وذلك بالمقابلة للقوانين الاختيارية أو المفصرة . وجاء فقهاء القانون الدولى الخاص والتقطوا بدورهم فكرة النظام العام وأعملوها فى ميدان تنازع القوانين على وجوه مختلفة . فاستخدمها بعضهم لصياغة قاعدة اسناد للقوانين الاقليمية ، فهم يطلقون اصطلاح «قوانين متعلقة بالنظام العام» على كافة الحالات التى ينطبق فيها قانون القاضى وكافة الحالات التى ينطبق فيها القانون فى دائرة اقليمية معينة ، مثل قوانين الامن المدنى والقوانين التى تعين مركز المال (نظام الاموال) والقوانين التى تحكم المسئولية التقصيرية . واستخدم البعض الآخر من الفقهاء فكرة النظام العام ليراد استثناء مما يقررونه من أن الاصل العام فى سلطان القانون هو الشخصية ، بمعنى الامتداد ، مؤداه أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تكون اقليمية ، مثل قوانين البوليس والامن المدنى والقوانين الخاصة بالعقارات . على أن المطاف قد انتهى بفقهاء القانون الدولى الخاص الى عدم استخدام فكرة النظام العام على أى وجه من هذين الوجهين ، وجعلوا استخدامها فى ميدان تنازع القوانين مقصورا على تعطيل تطبيق القانون الاجنبى الذى عينته قواعد الاسناد فى قانون القاضى متى كانت أحكامه غير مقبولة فى بلد القاضى . ويأخذ أعمال هذه الفكرة على هذا النحو صورة دفع هو « الدفع بالنظام العام » . وهو دفع مسلم به فى مختلف بلاد العالم ، بما فى ذلك البلاد الانجلو أمريكية ، وان كان تحركها فى هذه الاخرة أقل منه فى

غيرها بالنظر الى ما تجرى عليه من اسناد الاحوال الشخصية (وهي اوسع مجال لتطبيق القانون الاجنبى) الى قانون الوطن . وقد حرص مشرعو بعض الدول على النص على استبعاد تطبيق القانون الاجنبى متى تعارض مع النظام العام فى بلد القاضى ، مثل المشرع الايطالى (م ٣١ من باب القواعد العامة فى التقنين المدنى) والمشرع اليابانى (م ٣٠ من القانون المحق بالتقنين المدنى) والمشرع اليونانى (م ٣٣ من التقنين المدنى) والمشرع المصرى (م ٢٨ من التقنين المدنى) . ويشترط لاعمال الدفع بالنظام العام توافر شرطين : أولهما ، أن يكون قانون اجنبى واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الاسناد فى قانون القاضى . وثانيهما أن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام ، وهى تختلف باختلاف المكان وهى متغيرة على الزمان ، يقدرها القاضى بمعياري «المصالح الحيوية للدولة» أو «المصلحة العامة العليا» فى الدولة . وهو معيار موضوعى يطبق منه القاضى مذهباً عاماً تدين به الجماعة لا مذهباً فردياً خاصاً . وتقدير القاضى توافر مقتضيات النظام العام هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . وإذا ما توافر شرطا الدفع بالنظام العام استبعد القاضى القانون الاجنبى الواجب التطبيق وأحل محله قانونه ، متى كان الامر يتعلق بعلاقة نشأت فى بلده ، ويترتب على ذلك بطلان العلاقة أو انشاؤها صحيحة . ويتحقق بطلانها فى حالة ما اذا كان القانون الاجنبى يجيز أمراً وتكون هذه الاجازة متعارضة مع النظام العام ، ويتحقق انشاؤها فى حالة ما يكون القانون الاجنبى يمنع أمراً ويكون هذا المنع متعارضاً مع النظام العام . أما اذا أثير الدفع بالنظام بصدد علاقة نشأت خارج بلد القاضى ويراد الاحتجاج بآثارها فى هذا البلد ، فان أثر الدفع يكون فى هذه الحالة ، على ما يراه الفقيه والقضاء ، مخففاً ، بحيث يجوز الاحتجاج بهذه الآثار اذا لم يكن الاحتجاج بها متعارضاً مع نظام المجتمع الاعلى فى بلد القاضى ، وأن تحقق هذا التعارض كان أثر الدفع هو «عدم سريان» هذه الآثار (inopposabilité) وليس بطلان العلاقة .

٦٠ - وفيما يتعلق بتشريعات الدول الثلاث التى يتناولها هذا البحث ، نجد أن المشرع السوفيتى عقب على قواعد تنازع القوانين التى أوردها فى تشريع «مبادئ التشريع المدنى» الصادر فى سنة ١٩٦١ ، بنص المادة ١٢٨ التى تنص بأنه لا يجوز تطبيق قانون اجنبى اذا كان تطبيقه يضر بأسس النظام السوفيتى «(١)» . وأول ما يلفت النظر فى هذا النص أن المشرع لم يستعمل اصطلاح النظام العام ، بل أورد بالنص «محتواه» مما يقرب ما هو مأخوذ به فى دول أوروبا الغربية وغيرها من دول العالم ، ألا وهو نظام المجتمع الاعلى فى الدولة . وهذا الاسلوب الذى اتبعه المشرع السوفيتى جرى عليه عدد من مشرعى دول الديمقراطية الشعبية ، على ما سنبينه عند الكلام فى التشريعين النيشيكوسلوفاكى والبولونى . ولاشك أن استبعاد تطبيق القانون الاجنبى متى كان تطبيقه يضر بأسس النظام السوفيتى إنما يتم بدفع (exception) تماثل شروطه وآثاره ما سبق أن ذكرناه بشأن الدفع بالنظام العام . هذا ويسلم الفقه السوفيتى بأن أثر الدفع باستبعاد تطبيق القانون الاجنبى بشأن علاقة نشأت فى

(١) «les fondements du régime soviétique» وبالانجليزية «fundamentals of the Soviet System» أى أساسيات النظام السوفيتى .

بلد القاضى يختلف عنه بشأن علاقة نشأت خارج هذا البلد ويراد التمسك بها فيه ، فهو قد يكون فى هذه الحالة الثانية مخففا بحيث يجوز الاحتجاج بآثار العلاقة فى بلد القاضى ، متى كان التمسك بها لا يضر بأساسيات النظام السوفيتى . ويضربون مثلا لذلك أنه ان كان الزواج المتعدد لا يمكن ابرامه فى الاتحاد السوفيتى لتعارضه مع نظام الاسرة الذى يتعلق بهذه الاساسيات ، إلا أنه اذا ما أبرم فى الخارج وكان صحيحا طبقا للقانون الواجب التطبيق ، فليس ضروريا عدم الاعتراف بآثاره فى هذا الاتحاد ( وهذا هو ما جرى عليه الفقه والقضاء فى دول أوروبا الغربية وغيرها من دول الاقتصاد الحر ) ويوصل الفقه السوفيتى الى هذه النتيجة بقوله أن نص المادة ١٢٨ يوجب للاخذ بحكمه أن يكون « تطبيق » القانون الاجنبى وليس « القانون الاجنبى ذاته » هو الذى يضر بأساسيات النظام السوفيتى (١) .

٦١ - كذلك نجد المشرع التشيكوسلوفاكى بعد أن أورد قواعد تنازع القوانين فى « القانون الدولى الخاص والمرافعات » الصادر فى سنة ١٩٦٣ ، عقب عليها بالمادة ٣٦ التى تنص على أن « لا يجوز تطبيق أى نص قانونى لدولة اجنبية متى كانت آثار تطبيقه تتعارض مع مبادئ النظام الاجتماعى والسياسى لجمهورية تشيكوسلوفاكيا الاشتراكية وتشريعها ، التى يجب الحفاظ عليها دون أى تحفظ » (٢) ويلاحظ على هذا النص ، وهو ما ذكرناه ايضا بشأن التشريع السوفيتى ، أن المشرع لم يستعمل فيه اصطلاح « النظام العام » واتخذ بديلا له يعتبر « النظام الاجتماعى والسياسى لتشيكوسلوفاكيا وتشريعها » وهى مسائل تدخل فى مفهوم « نظام المجتمع الاعلى للدولة » الذى يعبر عنه فى دول الاقتصاد الحر « بالنظام العام » ولا شك أن أعمال نص المادة ٣٦ هذه يكون « بدفع » تماثل الدفع بالنظام العام فى شروطه وآثاره . وعبارة النص تساعد على فهم أن أثر الدفع يمكن أن يكون مخففا اذا ما أثر بشأن علاقة نشأت فى الخارج ويراد التمسك بها فى تشيكوسلوفاكيا وذلك على النحو السابق بيانه .

٦٢ - يبقى التشريع البولونى ، ونقصد القانون الدولى الخاص البولونى الصادر فى سنة ١٩٦٥ ، وهو يضم بدوره نصا على حالة استبعاد القانون الاجنبى الا وهو نص المادة ٦ التى تقضى بأن « لا يجوز تطبيق أحكام القانون الاجنبى التى تتعارض مع المبادئ الاساسية للنظام القانونى لجمهورية بولندا الشعبية (٢) وظاهر من هذا النص أن المشرع البولونى لا يستعمل اصطلاح « النظام العام » بل تعبير « المبادئ الاساسية للنظام القانونى لجمهورية بولندا » وقد يبدو هذا التعبير لاول وهلة أضيق نطاقا من معنى « النظام العام » من حيث اقتصراره على ذكر « النظام القانونى » للدولة؛

(١) راجع فى هذا المعنى Lunz في مقاله السابقة الاشارة اليه المنشور فى Revue critique de dr. int. privé عدد ٤ سنة ١٩٦٤ ص ٦٢٢ .

(٢) «Régime social et politique de la République Socialiste tchécoslovaque et de sa législation».

(٣) «l'ordre juridique de la République Populaire de Pologne».

فى حين أن النظام العام يشمل نظام المجتمع الاعلى بمختلف جوانبه ، الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والخلقية ، ولكن يمكن دفع هذا الفهم بالقول أن « النظام القانونى » وخاصة فى دول الديمقراطية الشعبية ، إنما يأتى ترجمانا لنظم المجتمع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والخلقية ، وأنه على هذا الاساس يكون المقصود بنص المادة ٦ المذكورة يتفق فى « محتواه » مع النصوص المقابلة لها فى قوانين الدول الاخرى والخاصة باستبعاد تطبيق القانون الاجنبى متى تعارضت أحكامه مع النظام العام . هذا ويتحقق أعمال هذه المادة بدفع يماثل الدفع بالنظام العام فى شروطه وآثاره على النحو السابق بيانه .

٦٣ - هذا وربما كان عدم استخدام المشرع اصطلاح « النظام العام » فى التشريعات الثلاثة المتقدمة ، يرجع الى سوء الذكرى وخاصة فى الاتحاد السوفيتى ، عن فكرة النظام العام عند دول الاقتصاد الحر اذ يقول الفقهاء السوفيت وغيرهم من فقهاء دول الديمقراطية الشعبية ، أن القضاء فى تلك الدول اتخذ من هذه الفكرة وسيلة للتحكم وتعطيل تطبيق قوانين البلاد الاشتراكية وتهديد سلامة المعاملات الدولية . وينوه الشراح بأن الفقه السوفيتى . والفقه فى سائر دول الديمقراطية الشعبية لم يتوصل حتى الان لبناء الفكرة الاشتراكية « عن النظام العام ، وأنه لا يتقبل الفكرة السائدة عنه فى دول الاقتصاد الحر ، وأنه يرى أنه ينبغى أن لا يكون من شأن كون قوانين دول تسودها نظم اجتماعية واقتصادية غير تلك التى تسود فى بلاده ما يجعل هذه القوانين مخالفة للنظام العام فى هذه البلاد . بل أن الذى قد يحقق هذه المخالفة هو « الاثر الفعلى » (l'effet effectif) لتطبيق القانون الاجنبى فى حالات معينة . وهذا المنحى هو ما يقتضيه التعايش بين نظم اجتماعية واقتصادية مختلفة . ويميل الفقه بصفة عامة الى تضيق مجال أعمال الدفع بالنظام العام (١) .

وأنة لجدير بالذكر ما جرى عليه المشرعون ، السوفيتى والتشييكوسلواكى والبولونى من عدم النص على تعارض تطبيق أحكام القانون الاجنبى . مع « الاداب » فى مجتمع الدولة . وهو الاصطلاح الذى جرت غالبية تشريعات دول الاقتصاد الحر على ذكره مع « اصطلاح النظام العام » ونحن لا نعتبر اغفال « الاداب » نقصا فى البيان لانها جانب من جوانب « نظام المجتمع الاعلى » فى الدولة الذى تجب حمايته . وقد ابدينا هذا النظر فى شأن دراسة المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى التى رأى بها المشرع استبعاد تطبيق القانون الاجنبى متى تعارضت أحكامه مع النظام العام والاداب (٢) .

(١) راجع فى ذلك Szaszy Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٥٢ ، وايضا Lasok ص ١٢٨ .  
(٢) راجع فى ذلك مؤلفنا فى القانون الدولى الخاص ج ٢ طبعة ٦ سنة ١٩٦٩ فقرة ١٤٧ وقد أغفل النص على « مخالفة الاداب » فى مشروع قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى الواردة فى مشروع تنقيح القانون المدنى اذ تنص المادة ٥٥ منه على أنه « لا تطبق فى فرنسا كافة الاحكام التشريعية الاجنبية التى تصر بالنظام العام فى العلاقات الدولية » .

## الفصل الثاني

## الغش نحو القانون

٦٤ - نظرة عامة :

يقصد بالغش نحو القانون التدبير الإرادى لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها الى أغراض تحالف أوامر القانون ونواهيته . وهو بهذا المعنى يعمل في ميادين مختلف فروع القانون ، بما فيها القانون الدولى الخاص ، وتعظم أهميته في جانب من جوانب هذا الفرع من الفروع ، الا وهو تنازع القوانين ، حيث يعمد ذوى المصلحة ، والذين تخضع علاقتهم القانونية لقواعد أمرة في قانون معين ، الى التغيير في عناصر العلاقة — الأشخاص أو السبب أو الموضوع — بحيث تصبح وفقا لقواعد الاسناد خاضعة لقانون آخر وبذلك يتمكنون من تجنب تلك القواعد الأمرة . وأنه لما يمكن لهم من استخدام قواعد الاسناد لتحقيق هذه الغاية أن كثيرا من ضوابط الاسناد ، أى «نقط الاتصال» التى تركز عليها قواعد الاسناد ويتعين بالنظر اليها القانون الواجب التطبيق ، يكون لإرادة الأشخاص دخل فيه ، مثل تغيير الجنسية والموطن وموقع المنقول ومحل إبرام التصرف ، إذ يستطيع الشخص الطرف فى العلاقة تغيير جنسيته أو موطنه أو موقع المنقول ( موضوع العلاقة ) فيعتبر تبعا لذلك القانون الواجب التطبيق ، كما أن المتعاقدين يختاران محل إبرام التصرف فيكون لإرادتهما دخل في تعيين القانون المحلى الواجب التطبيق . وإذا كان المشرع وهو يعين القانون الواجب التطبيق في مختلف المسائل القانونية يراعى اعتبار حاجة المعاملات واعتبار العدالة ، فهو يراعى إذن مصلحة عامة . كما أنه وهو يجعل بعض القواعد الموضوعية ذات طبيعة أمرة إنما يبغي رعاية مصلحة عامة كذلك . في حين أن الأشخاص وهم يتجنبون الاحكام الأمرة باستخدام قواعد الاسناد ، على الوجه المتقدم ، إنما يبتغون تحقق مصالحهم الخاصة . لذلك فإن الغش نحو القانون يكون مظهرا من مظاهر الصراع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وبعبارة أخرى يكون مظهرا من مظاهر الصراع بين حرية الافراد فى ترتيب علاقاتهم القانونية وبين الاجبار الملازم توفيره لبعض القواعد القانونية . وليس ثمة من شك فى أنه فى هذا الصراع يجب أن تغلب المصلحة العامة وأن تتوافر وسيلة قانونية لحمايتها عند العبث بها ، وهذه الوسيلة هى الدفع بالغش نحو القانون (١) . والغش نحو القانون ليس هو الصورية ، وليس هو بواقع فى دائرة اعمال فكرة النظام العام . وهو فى الحقيقة يقع فى دائرة فكرة أوسع منه مجالا ، ألا وهى فكرة التعسف فى استعمال الحق ، ويكون أساسه إذن هو أساس هذه الفكرة الاخيرة ، وهو المسئولية التقصيرية ، وكل ما فى الامر أن التعسف فى استعمال الحق فى حالة الغش نحو القانون ليس هو التعسف فى استعمال مركز فردى ، بل هو تعسف فى استعمال رخصة ( faculté ) مثل رخصة تغيير

exception de fraude à la loi

(١)

الجنسية أو تغيير الموطن أو رخصة اجراء التصرف القانونى فى الشكل المحلى . واذا مازدنا الامعان فى النظر لوجدنا أن الغش نحو القانون يقع فى دائرة أوسع نطاقا من التعسف فى استعمال الحق أو التعسف فى استعمال السلطة، دائرة لا تقتصر على فرع دون غيره من فروع القانون ، ولا تقتصر على العقد وحده ، ألا وهى الدائرة التى تعمل فيها فكرة السبب غير المشروع ، وبعبارة أخرى الباعث الدافع غير المشروع . ومن كل هذا ينكشف عنصرا الغش نحو القانون ، وهما استخدام وسيلة مشروعة وقصد الوصول بها الى غاية غير مشروعة (١) .

ويشترط لاعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطين وهما : التغيير فى الاختصاص التشريعى باستخدام قواعد الاسناد، على الوجه السابق بيانه، وقصد تجنب الاحكام الأمرة فى القانون الواجب التطبيق (قبل تغيير عناصر العلاقة) . وترى غالبية رجال الفقه الفرنسى ، ومعها القضاء ، اقتصار مجال أعمال هذا الدفع على حالة قصد تجنب الاحكام الأمرة فى قانون القاضى دون تلك المقررة فى القانون الاجنبى ذلك لان تجنب الاحكام الأمرة فى قانون القاضى هو الذى يمس المصالح العامة فى بلد القاضى ، كما أن هذا النظر يتفق مع الرأى القائل باعتبار القانون الاجنبى من مسائل الواقع ، على خلاف قانون القاضى الذى يتعين على القاضى العمل على حماية سلطانه ، وكل هذا يتفق — كما يراه بعض الفقهاء الفرنسيين — مع الفكرة الاقليمية الوطنية التى تصيغ الدفع بالغش نحو القانون كما طبقه القضاء (٢) . على أن بعض الفقهاء الفرنسيين المعاصرين يرى أعمال هذا الدفع حتى عندما يكون قصد الغش هو تجنب الاحكام الأمرة فى القانون الاجنبى الواجب التطبيق بجعل القانون المختص بحكم العلاقة هو قانون القاضى . ووجهته فى ذلك أن الفكرة الخلقية أو الادبية التى يقوم عليها هذا الدفع تتحقق على سواء فى حالتى الغش نحو قانون القاضى والغش نحو القانون الاجنبى . ثم أن فكرة التعاون بين الدول تفرض على كل دولة العمل على احترام قوانين الدول الأخرى . يضاف الى ذلك أنه متى كانت قاعدة الاسناد فى قانون القاضى مزدوجة الجانب وتعين وفقا لها القانون الواجب التطبيق وكان قانونا أجنبيا، كان الدفع واجب الأخذ به بمقتضى هذه القاعدة ذاتها وبالنظر الى الغرض الذى استخدمت فى الوصول اليه (٣) وظاهر أن هذه الحجة الاخيرة تجعل الدفع بالغش نحو القانون جزءا من قواعد حل تنازع القوانين وتتخذ منه وسيلة لفرض جزاء على العيب بقواعد الاسناد والانحراف بها عن الغاية التى قصدها المشرع بتعيين الاختصاص التشريعى فى مختلف طوائف المسائل القانونية (٤) هذا وجزء الغش نحو القانون ، متى أثير الدفع

- (١) راجع فى ذلك Niboyet  
مقرة ٥٤٥ و Ligeropoulo  
مقرة ١٣ .  
(٢) راجع فى ذلك Verpleaste  
الخاص ، سنة ١٩٢٨ ص ١٩٧ .  
(٣) راجع فى ذلك Batiffol  
مقبرة ٣٧٢ .  
(٤) راجع Niboyet ج ٣ مقرة ١٠٩٥ .

وتوافرت شروطه ، ليس هو بطلان العلاقة بل هو « عدم السريان » inopposabilité وهو فى نظر بعض الفقهاء الفرنسيين ، يتناول الوسيلة والغاية معا . ولكن الغالب فقها وقضاء فى فرنسا هو أن الجزاء يتناول الغاية دون الوسيلة .

على أن اعمال فكرة الغش نحو القانون فى ميدان تنازع القوانين وايجاد جزاء على الغش ، على النحو السابق بيانه ، ليس أمره على سواء فى مختلف الدول . فقد لقيت هذه الفكرة مزيدا من العناية عند الفقه الفرنسى . كما أن القضاء الفرنسى افسح لها المجال بقدر لم تحظ به عند قضاء الدول الاخرى . واذا كان الفقه والقضاء فى بعض دول القارة الأوروبية ، مثل بلجيكا وإيطاليا ، قد أعمالا الفكرة مع خلاف فى نشأتها وتضييق فى تطبيقاتها عما عليه الحال فى فرنسا ، فإن الفقه فى البعض الاخر من هذه الدول ، مثل ألمانيا ، كان أكثر تنكرا أو وجودا لها ، والقضاء فى تطبيقاته أكثر بخلا وتضييقا (١) ، واذا ما انتقلنا الى البلاد الانجلى وأمريكية وجدنا الفكرة لا تكاد تثير اهتمام رجال الفقه ، ويفدر أن يطبقها القضاء (٢) . واذا اتجهنا الى ميدان التشريع وجدنا أن الغش نحو القانون لم يحظ بعناية المشرع فى مختلف الدول ، وان من تصدى منهم لمعالجته ، عالجه فى حالات معينة دون أن يضعوا قاعدة عامة فى شأنه . مثل ذلك ما يقضى به القانون السويسرى (م ٥٩ من الباب النهائى فى القانون المدنى) من أنه يعترف فى سويسرا بالزواج الذى يتم فى الخارج وفقا للقوانين السارية فيه ، متى كان ابرامه فى الخارج ليس حاصلًا بقصد تجنب أسباب البطلان المقررة فى القانون السويسرى (٣) . على أن مشروع قواعد القانون الدولى الخاص الفرنسى الواردة فى مشروع تنقيح القانون المدنى ، يضم نصا بقاعدة عامة فى الغش نحو القانون ، وهو نص المادة ٥٧ الذى يقضى بأنه « لا يجوز التمسك بمركز قانونى نشأ بتطبيق قانون أجنبى لم ينعقد اختصاصه به الا بالغش نحو القانون الفرنسى » .

٦٥ - واذا ما رجعنا الى قواعد تنازع القوانين الواردة فى كل من تشريع مبارئى التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى (الصادر فى سنة ١٩٦١) وتشريع « القانون الدولى الخاص والمرامعات » التشيكوسلوفاكى (الصادر فى سنة ١٩٦٣) وتشريع « القانون الدولى الخاص » البولونى (الصادر فى سنة ١٩٦٥) ، وجدناها جميعا خالية من نص خاص بالدفع بالغش نحو القانون فى ميدان تنازع القوانين . ويبقى المجال اذن مفتوحا لاجتهاد الفقه والقضاء على هدى الافكار العامة التى تسود القانون ومن بينها فكرة الباعث الدافع غير

(١) راجع القضاء البلجيكى فى Verpleaste المرجع السابق ص ٥٥ ، والقضاء الايلى ص ٦٩ ، وأيضا Répertoire de dr. int. ج ٨ تحت كلمة fraude à la loi مقرة ١٧٤ لرى القضاء الايطالى ومقرة ١٣٩ القضاء الالمانى .  
(٢) راجع القضاء فى البلاد الانجلى وأمريكية فى Verpleaste ص ٩٤ و Rép. de dr. int. المرجع السابق لرى القضاء فى الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا مقرة ١٥٥ و ١٦٧ ، Wolff سنة ١٩٥٠ ص ١٤٣ .  
(٣) راجع Rép. de dr. int. المرجع السابق مقرة ١٨٧ .

المشروع ، والتي يمكن أن يؤدي تطبيقها الى فرض جزاء على الغش نحو القانون . وينوه الشراح بأن الفقه السوفيتي يغلب عنده الترحيب بفكرة الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين ، وهو يتوافق في هذا المجال بالعبث بقواعد الاسناد وتغيير القانون الواجب التطبيق بقصد مخالفة القانون . ولهذا الفقه أثره في دول الديمقراطية الشعبية ، وإن رأى بعض الفقهاء في هذه الدول أن الغش ان هو الا حالة خاصة من تطبيقات الدفع بالنظام (١) .

في مقاله السابقة الاشارة اليه والمنشور في  
عدد ٢ سنة ١٩٦٣ ص ٢٦٠ .

(١) راجع في ذلك Szaszy  
Revue critique de dr. int. privé

## الباب الرابع

### كيفية اعمال القانون الاجنبى

٦٦ - نظرة عامة :

عندما تقضى قاعدة الاسناد بتطبيق قانون اجنبى معين ، ولا يوجد ما يوجب استبعاده ، يثير رجال الفقه عدة أسئلة وهى : هل يطبق القاضى القانون الاجنبى ( اعمالا لقاعدة الاسناد فى قانونه ) من تلقاء نفسه ، أم انه يتعين أن يطلب الخصم تطبيقه . وهل يسعى القاضى الى التعرف على أحكام القانون الاجنبى ، أم يتعين على الخصوم أن يقدموا له هذه الاحكام . وهل يخضع الخطأ فى تطبيق قاعدة الاسناد والخطأ فى القانون الاجنبى لرقابة محكمة النقض أم انهما يفلتان من هذه الرقابة ؟ وليست الاجابة على هذه الامثلة معقدة الطريق ومراد الصعوبة فيها هو تعدد القوانين الاجنبية والتباين فيما بين أحكامها والعنت الذى يلقيه القاضى الوطنى فى التعرف على هذه الاحكام والحرج الذى يقع فيه اذا ما افترض علمه بهذه القوانين ، مع أن وسائل اعلامها لا تتخذ فى بلده ، كما انها ليست فى الحقيقة خطابا له . ثم هناك قواعد المرافعات وما تفرضه من دور القاضى فى الخصومة أوقف منها موقفا سلبيا أم يتخذ فيها دورا ايجابيا . وما وظيفة المحكمة العليا ، ايطعن أمامها بالخطأ المتعلق بالوقائع وبالخطأ فى القانون ، أم يقتصر الطعن أمامها على الخطأ فى القانون وحده باعتبار أن وظيفتها الاساسية هى تقرير القواعد القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بشأنها .

وقد حاول جانب من الفقهاء أن يتخذ نقطة البداية فى الاجابة عن هذه الاسئلة البحث عن « مدى القوة الملزمة للقانون الاجنبى ، أو على حد تعبير البعض « طبيعة القانون الاجنبى » ، وتوافر بشأنها رأيان :

**الرأى الاول :** وهو يقضى بأن القانون الاجنبى لا يطبق بوصفه كذلك : يقول أصحاب هذا الرأى أن القانون الاجنبى لا يسرى فى بلد القاضى الوطنى « بقوة نفاذه » ( Proprio vigore ) أى باعتباره أمرا صائرا من السلطان الاجنبى . وعلل بعض الفقهاء هذا النظر ( وجم غالبية الفقهاء الانجلىو أمريكيين ) بفكرة الحرق المكتسبة ، فهم يقولون ان القاضى الوطنى لا يطبق القانون الاجنبى أبدا ، وان ما يظهر لاول وهلة انه تطبيق لهذا القانون ، هو فى حقيقته عبارة عن اعتراف القاضى الوطنى بالحق الذى اكتسب تحت سلطان القانون الاجنبى ( Vested right ) . ويحيث يبدو هذا القانون فى نظر ذلك القاضى مجرد عنصر فى واقعة هى « الحق الذى نشأ تحت سلطان القانون الاجنبى ، وهذه الواقعة ليست لها أية قوة قانونية فى بلد القاضى ، وانما الذى يمنحها هذه القوة هو قانون القاضى وليس القانون الاجنبى الذى نشأت الواقعة

تحت سلطانه . ويعبر بعضهم عن هذا المعنى بقوله « ان القاضى يخرج حقا وطنيا على واقعة هي الحق الاجنبى » . على أن هذا التعليل قد أصبح مهجورا عند غالبية رجال الفقه الانجلو أمريكى المعاصرين ومنفذا عند الفقه الفرنسى . وبجانب هذا التعليل نجد البعض الاخر من الفقهاء الانجلو أمريكيين ، ومعهم الكثرة من الفقهاء الايطاليين يتخذون أساسا آخر للقول بأن القانونى الاجنبى لا يسرى فى بلد القاضى بقوة نفاذه ، لتجرده من « عنصر الامر » ، وهو أنه يجب أن يكون من شأن قواعد الاسناد الوطنية أن تندمج قواعد القانون الاجنبى فى النظام القانونى الوطنى ، أى فى قانون القاضى ، وهذا الاندماج هو الذى يروى هذه القواعد بالعنصر الأمر وبقوة النفاذ ، على أن القائلين بهذه الفكرة لم يخرجوها جميعا فى صورة واحدة ، إذ رأى بعضهم أن هذا الادمج هو « ادمج مادى » ، بمعنى أن قاعدة الاسناد وهى تقضى بتطبيق قانون اجنبى تنشئ فى الحقيقة احكاما قانونية وطنية مطابقة لاحكام هذا القانون الاجنبى ، ويكون معنى القانون الاجنبى الواجب التطبيق هو « القانون الوطنى المتفق فى احكامه مع القانون الاجنبى » ومقتضى هذا النظر أن القانون الاجنبى يفقد مقوماته بمجرد ادمجه فى قانون القاضى . وقد رأى البعض الاخر من الفقهاء الايطاليين أن الادمج هو « ادمج شكلى » بمعنى أن القانون الاجنبى وان اندمج فى قانون القاضى ، الا أنه يحتفظ مع ذلك بمعناه ومقوماته التى يمنحه اباها النظام القانونى الذى انشئ له ، أى النظام القانونى الاجنبى .

**أما الرأى الثانى :** فهو يقضى بأن القانون الاجنبى يطبق بهذا الوصف : يرى أصحاب هذا الرأى ، وأغلبهم من الفرنسيين والالمان ، أن القانون الاجنبى لا يفقد طبيعته لدى القاضى الوطنى ، فهو يظل قانونا ، ولا يفقد صفته فيظل أجنبيا . ولا غرابة فى انصياح القاضى الوطنى لأمر المشرع الاجنبى ، إذ أن هذا الامر يصدر من المشرع الاجنبى بتفويض من المشرع الوطنى بمقتضى قاعدة الاسناد . وكان تطبيق القانون الاجنبى لا يأتى من طريق اختيار المشرع الوطنى قانونا أجنبيا معينا بل من طريق عقد الاختصاص التشريعى للمشرع الاجنبى . وكان القانون الوطنى يسرى فى بلد القاضى بقوة نفاذه .

والواقع من الامر ، فى نظرنا ، أن القانون الاجنبى يطبقه القاضى الوطنى بوصفه « قانونا » ، فهو لا يفقد هذه الطبيعة بحال لدى هذا المتأذى ويصبح مجرد « واقعة » . والقول بأن القانون الاجنبى يعتبر عند القاضى الوطنى مجرد واقعة من شأنه القول بأن القاضى « يطبق واقعة على وقائع » وهو ما لا معنى له . كذلك فإن القانون الاجنبى لا يفقد صفته الاجنبية ، بل أنه يحتفظ بهذه الصفة . والقاضى يطبقه انصياحا لأمر المشرع الوطنى الواردة فى قاعدة الاسناد ، دون أن يكون من شأن هذا الامر ادمج ذلك القانون فى قانون القاضى .

٦٧ - وإذا ما طرحنا جانبا هذا الجهد الفقهي فى البحث فى « مدى القوة الملزمة للقانون الاجنبى » أو « طبيعة القانون الاجنبى » ، كنقطة بداية للإجابة عن الاسئلة السابقة اثارها ، واتجهنا الى القضاء فى مختلف الدول لنرى ما فعله فى الإجابة عليها لوجدنا ما يلى :

**أعمال قاعدة الإسناد ، دور القاضي ، رقابة محكمة النقض :** يجرى القضاء فى فرنسا ، ومعه جانب من الفقه ، على أنه ليس مفروضاً على القاضي العلم بالقانون الاجنبى ، فلا تنطبق بشأن هذا القانون قاعدة « يجب على القاضي العلم بالقانون » ( Jura novit curia ) ، وكذلك قاعدة « لا يعذر أحد فى الجهل بالقانون » ، وأنه ليس على القاضي تطبيق القانون الاجنبى من تلقاء نفسه ، بل يتعين أن يطلب الخصوم تطبيقه . وهم يستطيعون طلب تطبيقه أمام محكمة الدرجة الاولى وكذلك أمام محكمة الاستئناف ، لأن التمسك به أمام هذه المحكمة لا يعتبر طلباً جديداً ( demande nouvelle ) بل مجرد وسيلة دفاع . ووسائل الدفاع الجديدة moyens nouveaux يجوز ابدائها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية . ولا يجوز التمسك بتطبيق قانون اجنبى لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ القاعدة هى أنه لا يجوز التمسك أمام هذه المحكمة بوسيلة دفاع جديدة لم يسبق عرضها على المحكمة المطعون فى حكمها . ولاشك ان مرجع كافة هذه القواعد هو اعتبار القانون الاجنبى مجرد واقعة ، وهو ما شأن نغطة البناء عند القضاء الفرنسى . على أن هذا القضاء ومعه بعض رجال الفقه ، يرى أن قاضى الموضوع ليس سلبى الموقف بصفة مطلقة ، فله ، متى طلب الخصوم تطبيق قانون اجنبى ، أن يكلفهم بتقديم مصدره ، وله كما تراه محكمة النقض الفرنسية ، أن يستخلص المعنى الصحيح والحكم الصحيح لنص القانون الاجنبى . وليس فى تقرير ذلك أى تعارض مع اعتبار القانون الاجنبى مجرد واقعة ، لأن اعتباره كذلك لا يغير من شأن كونه قاعدة عامة . وذهب الفقهاء الى أكثر من ذلك فأجازوا للقاضى أن يسعى بنفسه الى التعرف على حقيقة حكم القانون الاجنبى ، ولا يمنعه من هذا ، القول بأن ليس للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى ، لأن علم القاضى الذى يأخذ به فى هذه الحالة هو علم بوقائع عامة يستطيع الكافة التعرف عليها ، وليس علماً بوقائع المنازعة أى الاحداث التى يتنازل فيها الخصوم . هذا واذا لم يتمسك الخصوم بالقانون الاجنبى أو اذا تمسكوا به ولم يثبتوه ، طبق القاضى قانونه ، أما على أساس أن لهذا القانون خاصة الاحتياطية ، وأما على أساس اطلاق الاختصاص التشريعى له فى بلد القاضى وكونه الاصل فى سلطان القانون من حيث المكان .

وهذا الاتجاه الذى يأخذ به القضاء الفرنسى ، وبعض الفقهاء الفرنسيين ، يلقى الزواج ايضا فى البلاد الانجلو امريكية ، مع ميل الى الامعان فى اعتبار القانون الاجنبى مجرد واقعة ومع التشدد فى سلبية موقف القاضى . فليس للقاضى أن يقضى بعلمه بالقانون الاجنبى ، بل هو يقضى بما يثبته الخصوم أمامه ، وليس له أن يقضى فى دعوى بما سبق أن أثبتته الخصوم عن القانون الاجنبى فى دعوى أخرى : واذا عجز الخصوم عن اثبات القانون الاجنبى طبق القاضى قانونه ، وهو ما يعمله الفقهاء الانجليز بقولهم أن المفروض هو مطابقة القانون الاجنبى للقانون الانجليزى الى أن يثبت العكس .

وعلى النقيض من كل ما تقدم نجد اتجاهها آخر لدى القضاء فى المانيا والنمسا ، ومعه جانب من رجال الفقه ، وفى إيطاليا ، حسب المأخوذ به فى جزء من الاحكام والسائد فقها ، يقضى بأن على القاضى أن يطبق القانون الاجنبى من تلقاء نفسه ومن واجبه أن يسعى الى التعرف على أحكام هذا القانون ، ولا

حرج عليه ان شاء ، أن يستعين بجهد الخصوم فى هذا الصدد فيطلب اليهم السعى الى اثبات هذه الاحكام . واذا استعصى عليه التعرف على القانون الاجنبى ، طبق فى الرأى الراجح قانونه .

هذان هما الاتجاهان السائدان فى مختلف بلاد العالم . على أننا لو تدبرنا حقيقة الامر لوجدناه ايسر مما خرج به الفقه والقضاء — وأن الذى عقد المسألة لهو الصورة التى عرضت بها ، ألا وهى التساؤل : هل يطبق القاضى القانون الاجنبى من تلقاء نفسه . مع أن الصورة الصحيحة لهذا التساؤل هى : «هل يطبق القاضى قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه» . فهذه القاعدة هى التى تضم أمر المشرع القاضى بتطبيق القانون الاجنبى ، وهى جزء من قانون القاضى فيتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه ، سواء أكانت تقضى بتطبيق قانونه أم بتطبيق قانون أجنبى ، إذ البحث عن حكم القانون وتطبيقه على الوقائع الثابتة واجب على القاضى يجريه من تلقاء نفسه . وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون من واجب القاضى أن يسعى الى التعرف على أحكام القانون الاجنبى ، وأن يكون خطوه فى أعمال قاعدة الاسناد ، بتطبيق قانونه حيث تقضى هذه القاعدة بتطبيق قانون أجنبى أو بتطبيق قانون أجنبى حيث تقضى بتطبيق قانونه خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وهذه الرقابة مسلمة عند أصحاب الاتجاهين المتقدمين ، أى عند من يرى أن القاضى لا يطبق القانون الاجنبى من تلقاء نفسه وعند من يرى أنه يطبقه من تلقاء نفسه . ونرى الاخذ بها ، وقد أخذت بها محكمة النقض المصرية (١) . وان كانت هذه المحكمة سبق ان قضت بأن التمسك بتطبيق أجنبى أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها ، ولا يغنى فى اثباتها تقديم صورة عرفيه تحوى أحكام هذا التشريع (٢) ، وهذا نظر يصعب التوفيق بينه وبين ما تجرى عليه المحكمة ذاتها من فرض رقابتها على تطبيق القانون الاجنبى مما سنبينه فيما بعد . واذا لم يستطع القاضى التعرف على القانون الاجنبى طبق قانونه حملاً على ما لهذا القانون من خاصة «الاحتياطية» فى العلاقات الخاصة الدولية . وكان مشروع القانون المدنى المصرى الحالى يضم نصاً يقضى بأنه «فى جميع الحالات التى يتقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق ، يطبق القانون المصرى اذا كان وجود القانون الاجنبى أو مدلوله غير ممكن اثباته» . ولكن هذا النص لم يظهر فى التقنين . وقد عالج بعض المشرعين هذه المسألة بنصوص تشريعية ، مما سنعرضه عند الكلام فى تشريعات بعض دول الديمقراطية الشعبية .

**أعمال القاضى الاجنبى ، ورقابته لحكمة النقض :** خلصنا مما تقدم ان على القاضى أن يعمل قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ، ومتى قضت بتطبيق قانون أجنبى كان عليه أن يطبقه ، وكان عليه فى الرأى الذى رجحناه ، السعى الى

(١) نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٦٣ ، مجموعة المحكة س ١٤ عدد ٢ ص ٩١٣ .  
(٢) نقض ٧ يونية سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المحكة س ٦ ص ٨٢١ ، وكان القضاء المختلط من قبل ، قد قضى بأنه لا يصح لخصم أن يتمسك بأية بقانون أجنبى الا اذا أمكه أن يثبت وجوده ويبرز نصوصه ، استئناف مختلط فى ٩ يونية سنة ١٨٩٣ ، مجلة التشريع والقضاء س ٤ ص ٢٥٥ ، ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ س ٤٥ ص ٢٩٧ .

التعرف على أحكامه ، وكان خطؤه في أعمال قاعدة الاسناد خاضعا لرقابة محكمة النقض . ولنفرض الان أن القانون الواجب التطبيق كان قانونا أجنبيا ، وأن القاضى تعرف على أحكامه ( أو أثبت له الخصوم عند من يلقى عليهم عبء اثباته ) ولكنه أخطأ فيها ، بمعنى عام ، أى خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها ، فهل يخضع خطؤه هذا لرقابة محكمة النقض .

يجرى القضاء ومع جانب من الفقه ، فى معظم بلاد القارة الأوروبية ، مثل فرنسا وبلجيكا وهولندا وسويسرا واليونان ، على أن الخطأ فى تطبيق أحكام القانون الأجنبى لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لان القانون الأجنبى يعتبر واقعة ، ولان وظيفة هذه المحكمة هى تقرير القواعد القانونية الصحيحة فى القانون الوطنى وتثبيت القضاء بشأنها ، ولانه من الناحية العملية يصعب أن يلقى على كاهلها عبء القيام بمثل هذه الوظيفة لمختلف القوانين الأجنبية . وقد تصدى المشرع الهولندى لمعالجة هذه المسألة بنص تشريعى فأصدر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٦٢ قانونا عدل به المادة ٩٩ من قانون نظام القضاء بحيث صار نصها « تنقض محكمة النقض الاحكام لمخالفة القانون ، فيما عدا القوانين الأجنبية » . على أن البعض من رجال الفقه الفرنسى ، وان كان يسلم بهذه الوجهة من النظر ، الا أنه يرى أنه يحسن أن تتشدد محكمة النقض فى فرض رقابتها على تسبب قضاة الموضوع لإحكامهم وهم بسبيل مباشرة سلطتهم المطلقة فى تفسير القانون الأجنبى . وبذلك تتوافر رقابة غير مباشرة على هذا التفسير . ويبدو أن المحكمة استجابت لهذا الرأى (١) . كذلك دعا بعض هؤلاء الفقهاء محكمة النقض الى أن تفرض رقابتها على قضاة الموضوع فى حالة « مسخ » (dénaturalisation) القانون الأجنبى وهم بصدد تفسيره وقد استجابت المحكمة لهذه الفكرة فقضت فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦١ بأن « يكون محالا للنقض الحكم الذى يتجاهل ويمسح المعنى الواضح المحدد لوثيقة تشريعية أجنبية قدمت أثناء نظر الدعوى وقام عليها الاستئناف » (٢) . على أن دور محكمة النقض انما يقتصر فى الحالتين المذكورتين ، على نقض الحكم المطعون فيه دون القيام بتفسير هذا القانون . وتقضى المادة ٥٤٩ من قانون المرافعات الالمانى فى فقرتها الاولى بقصر الطعن بالنقض على أساس الخطأ فى القانون الالمانى . وذلك لان وظيفة محكمة النقض هى تقرير القواعد القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء فيها بالنسبة للقانون الوطنى دون القاضى الأجنبى .

وعلى النقيض مما جرى فى البلاد المذكورة نجد القضاء ومع جانب من الفقه فى البعض الآخر من بلاد القارة الأوروبية يأخذ برقابة محكمة النقض على تطبيق أحكام القانون الأجنبى . فقد جرى قضاء محكمة النقض الايطالية على التسوية ما بين الخطأ فى القانون الأجنبى والخطأ فى القانون الايطالى من حيث

(١) نقض فرنسى فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٥٠ ومع تعليق الاستاذ « لوروبور بيجيونير » عليه ، فى Revue critique de dr. int. privé. سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٩ .

(٢) راجع هذا الحكم فى المجلة المشار اليها عدد ٢ سنة ١٩٦٢ ص ٢٢٩ .

خضوع الخطأ فيهما لرقابتها (١) . وكذلك استقرت هذه الوجهة من النظر في النمسا والبرتغال (٢) . كما أخذ بها في تقنين « بوستامنت » (Bustamente) حيث تنص المادة ١٢٤ منه بأن « في كل دولة من الدول المتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض أو أى نظام آخر يشابهه ، يمكن الطعن بسبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره أو تطبيقه ، وذلك بنفس الشروط وفى الحالات ذاتها الخاصة بالقانون الوطنى » . ويرى بعض رجال الفقه فى مصر الاخذ بهذا الرأى الثانى ، استنادا الى أن « القاضى يعتبر أحكام القانون الاجنبى بالنسبة الى القضية التى يطبق فيها هذه الاحكام جزءا من قانونه الوطنى ، ويكون فى تطبيقه لها ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الاسناد التى امرته فى تطبيق هذه الاحكام خاضعا لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الاجنبى ، لا طبقا لرأىها الشخصى ، بل وفقا لما تفسره به محاكم البلاد الذى ينسب اليه هذا القانون ، وبخاصة المحكمة العليا منه (٣) . فهذا الرأى يستند اذن الى طبيعة القانون الاجنبى ، وكون هذا القانون من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع وقد أقرت محكمة النقض المصرية لنفسها الحق فى الرقابة على تفسير القانون الاجنبى وتطبيقه (٤) . والواقع أن هذه المسألة لم تثر أمامها بشكل ضريح . واننا نفضل أن تسلك محكمتنا فى شأن تطبيق القانون الاجنبى مسلك محكمة النقض الفرنسية ، فلا يكون لها رقابة مباشرة على هذا التطبيق ، وإنما تتشدد فى رقابتها على تسبب الحكم وعلى حالة «مسخ» القانون الاجنبى، وبذلك توفر رقابة غير مباشرة على ما ترك لتقدير محكمة الموضوع، وأنه لما يسترعى النظر أن تجرى هذه المحكمة على بسط رقابتها على تفسير القانون الاجنبى وتطبيقه ، فى حين أنها ترى أن التمسك بتشريع اجنبى أمامها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها ، والواقع من الامر أن استبعاد الرقابة على تفسير القانون الاجنبى وتطبيقه من مجال رقابة محكمة النقض انما يرجع الى وظيفة هذه المحكمة وعدم شمولها لتقرير القواعد القانونية وتثبيت القضاء فى القوازين الاجنبية . كما أنه لا يغيب عن البال الصعوبات الكثيرة التى تواجهها محكمة النقض فيما لو ألقى عليها عبء رقابة تطبيق أحكام القانون الاجنبى .

٦٨ - ويعد هذه النظرة العامة عن اتجاهات الفقه والقضاء فى دول أوروبا الغربية والدول الانجلو أمريكية ، فى مسألة كيفية اعمال القانون الاجنبى ، يمكننا أن نتجه صوب دول الديمقراطية الشعبية لنرى ما عليه الحال فيها فى هذه المسألة ، وهو ما دلخصه فيما يلى

- (١) راجع Lewald فى مقالة فى رقابة المحاكم العليا على تطبيق القانون الاجنبى ، منشور فى Recueil des Cours de l'Acad. de dr. int. سنة ١٩٣٦ مجلد ٣ ص ٢٧٨ .
- (٢) راجع Lewald المرجع السابق ص ٢٨٨ .
- (٣) راجع فى ذلك عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط فى شرح القانون المدنى سنة ١٩٥٦ مجلد ٢ ، وفى الوجيز فى شرح القانون المدنى مجلد ١ سنة ١٩٦٦ فقرة ٥٨٩ .
- (٤) نقض ٨ يناير سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المحكمات ص ٤ عدد ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٦ يونيه سنة ١٩٦٣ المجموعة ذاتها ص ١٤ عدد ٢ ، ص ٩١٣ ، أول مارس سنة ١٩٦٤ ص ١٥ عدد ١ ص ٢٢٢ ، ٣ يونيه سنة ١٩٦٥ ص ١٦ عدد ٢ ص ٦٧١ .

١ - هل يطبق القاضى القانون الاجنبى من تلقاء نفسه : الاتجاه المأخوذ به فى الاتحاد السوفيتى وسائر دول الديمقراطية الشعبية هو أن تطبيق القانون الاجنبى لا يتوقف على طلب الخصوم ، بل أن على القاضى أن يطبقه من تلقاء نفسه ( ex officio ) لان قاعدة الاسناد فى قانونه تأمره بتطبيقه . يستثنى من ذلك على ما يقوله بعض الشراح أن يكون الاختصاص المعقود للقانون الاجنبى قد جاء بناء على اتفاق أطراف العلاقة كما هو الشأن عندما يختار المتعاقدان قانونا أجنبيا معينا يحكم العقد ، اذ يكون تطبيق القانون الاجنبى فى هذه الحالة مبنيا على ارادة الأشخاص وليس على القانون . وينوه الشراح بأن الاخذ بهذا الاتجاه هو أكثر قبولا فى دول الديمقراطية الشعبية عنه فى دول الاقتصاد الحر ، وذلك بالنظر الى أنه وان كانت حرية الخصوم فى التصرف فى خصومتهم ، موضوعها واجراءاتها ، مسلمة فى كل من هاتين المجموعتين من الدول ، الا أن هذه الحرية هى أكثر تقيدا فى دول الديمقراطية الشعبية بما هو واجب على القاضى أن يفعله لحماية حقوق الدولة وحقوق الطبقة العاملة وله ، بل وعليه ، فى هذا السبيل أن يأمر باتخاذ اجراء وأن يزود الخصم بمعلومات أو بنصيحة وأن يقر أو يرفض التنازل عن الحق أو الاعتراف به أو التصالح عليه ، وله أن ينهى الخصومة أو أن يمد نطاقها الى ما لم تتناوله طلبات المدعى (١) . وقد اتضح من مراجعة قواعد تنازع القوانين فى كل من مبادئ التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى ، والقانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى ، والقانون الدولى الخاص البولونى ، انه لا يوجد نص تشريعى يعالج مسألة هل يطبق القاضى القانون الاجنبى من تلقاء نفسه . فالاخذ بالاتجاه المتقدم اذن هو عمل فقهي وقضائى

٢ - اثبات القانون الاجنبى : هل يسعى القاضى الى التعرف على احكام القانون الاجنبى ، أم يتعين على الخصوم أن يقدموا له هذه الاحكام؟ ينوه الشراح فى دول الديمقراطية الشعبية بأن الاجابة عن هذا السؤال من طريق البحث فى طبيعة القانون الاجنبى وهل يعامل معاملة الواقع أو معاملة « القانون » ، مما جرت عليه الحال فى دول الاقتصاد الحر ، هو امر قليل الجدوى . وذلك بالنظر الى قلة أهمية التفرقة فى تلك الدول بين الواقع والقانون امام القاضى . اذ ان دور القاضى هو البحث عن « الحقيقة الموضوعية » لصالح الجماعة ، سواء فى ذلك أن يكون بصدد مسائل القانون أو مسائل الواقع . فهو بالنسبة للاخيرة لا يقف مكتوف اليدين يتلقى طلبات الخصوم وتوجيهاتهم ، ويتقيد بما يطرحوه من وقائع وما يقدموه من أدلة اثبات ، بل ان له ان يأخذ فى الاعتبار غير هذه الوقائع وأن يجمع غير هذه الأدلة (٢) ، وهذا هو ذى المادة ١٨ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية للاتحاد السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٦٢ تقضى بأنه « يتعين على كل خصم أن يثبت الوقائع التى يبنى

(١) راجع Szaszy فى مؤلفه المشار اليه ص ١٤٨ ، وفى مقاله المشار اليه المنشور فى Revue critique de dr. int. privé. عدد ٢ سنة ١٩٦٣ ص ٢٥٠ .

(٢) راجع Szaszy فى مقاله المشار اليه ص ٢٥٨ وهو يرى التفرقة بين مسألة كون قانون اجنبى لا يزال معمولاً به أولا ، وهى مسألة واقع ، وبين مسألة معرفة احكام القانون الاجنبى ، وهى من مسائل القانون وينوه Lasok المرجع السابق ص ١٢٧ بأن القانون الاجنبى يعتبر فى بولندا من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع .

عليها طلباته ودفاعه . وتقدم الأدلة من الخصوم وغيرهم من الأشخاص الذين يشتركون في الخصومة ، فإن كانت الأدلة المقدمة منهم غير كافية ، كان للمحكمة أن تكلف الخصوم أو هؤلاء الأشخاص بتقديم أدلة أخرى ، أو أن تتولى هي جمع مثل هذه الأدلة » . وتقضى المادة ١٥٢ من قانون المرافعات في روسيا السوفيتية بأن للمحكمة أن تكلف الخصوم بتزويدها بنصوص القانون الاجنبي الذي يتمسكون به ، ولها أن تستعين في هذا الشأن بالخبراء وأن تعين الخصوم فيما تكلفهم به . ولها ، طبقا للمادة ٨ من القانون المذكور أن تلجأ الى وزارة العدل لتتصل بالحكومة الاجنبية المختصة طالبة الرأي فيما يعترض تطبيق القانون الاجنبي من صعوبات (١) . وتقضى المادة ٥٣ من تشريع « القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي والمرافعات » الصادر في سنة ١٩٦٣ بأنه « يتعين على كل جهة قضائية اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية للتحقق من القانون الاجنبي، ويمكنها ، في حالة عدم التعرف على محتوى القانون الاجنبي أن تلجأ في شأنه الى وزارة العدل » . ويمكن القول بصفة عامة أن النظرة الغالبة عند الفقه في دول الديمقراطية الشعبية هي اعتبار القانون الاجنبي « قانونا » وليس « واقعا » ، لان طبيعته ينبغي ألا تتغير وهو بين القاضى الوطنى . وعلى القاضى أن يسعى الى التعرف على أحكامه ، بجانب جهد الخصوم في هذا الشأن . وهو يفسره ويطبقه - حسب الرأى الغالب فقها - كما هي عليه الحال في البلد الاجنبي (٢) . هذا واذا تعذر تحديد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، أو أمكن تحديده ولم يتيسر معرفة أحكامه ، طبق القاضى قانونه (٣) . وهذا هو النظر المأخوذ به فقها ، دون نص تشريعى ، في الاتحاد السوفيتى (٤) ، وفي تشيكوسلوفاكيا ، وهو أيضا ما أخذ المشرع البولونى بصريح نص المادة ٧ من القانون الدولي الصادر في سنة ١٩٦٥ ، والتي تقضى بأنه « اذا استحال تحديد أحكام القانون الاجنبي أو ضوابط الاسناد اليه ، طبق القانون البولونى » . وتطبيق قانون القاضى في هذه الحالة يتفق مع اعتبار القانون الاجنبي « قانونا » وليس « واقعا » على أنه يوجد رأى فقهي غير مرحب به يقضى بأنه اذا تعذر التعرف على أحكام القانون الاجنبي ، حكم القاضى برفض الدعوى ، وهو يتفق مع النظر الى هذا القانون على أنه من مسائل الواقع . (٥) .

٣ - هل يخضع أعمال قاعدة الاسناد وأعمال القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا : لم يخذل الفقه في دول الديمقراطية الشعبية في تقرير فرض رقابة المحكمة العليا (أى محكمة النقض أو أية محكمة تحمل اسما آخر وتقوم وظيفتها) على أعمال قاعدة الاسناد لدى المحاكم الأدنى . لان هذه القاعدة هي جزء من قانون القاضى ، ومن أسباب الطعن بالنقض « مخالفة القانون » (بمعنى عام) . واتخذ الفقه سندا لرأيه النصوص الخاصة بالطعن بالنقض مثل المادة ٤٥ من تشريع مبادئ المرافعات المدنية للاتحاد السوفيتى

- (١) راجع في ذلك Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ١٥٢ .  
 (٢) راجع في ذلك Szaszy في مقاله المشار اليه ٢٥٥ .  
 (٣) راجع Szaszy المرجع السابق ص ١٥٦ وفي مقاله المشار اليه ص ٢٥٥ .  
 (٤) راجع Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٥٢ .  
 (٥) راجع Szaszy في مقاله المشار اليه ص ١٥١ .

الصادر فى سنة ١٩٦٢ واللى تقضى بأن «تتحقق المحكمة المطعون لديها عند نظر الطعن بالنقض من أن المحكمة المطعون فى حكمها قد أصدرت الحكم طبقا للقانون ومسيبا، على أساس ما تضمنه الدعوى من مستندات وما قدمه الخصوم أو غيرهم من الاشخاص من مستندات تكميلية .» .

هذا هو عن رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الاسناد . أما رقابتها على تفسير وتطبيق القانون الاجنبى فمختلف فى أمره عند الفقه . بحسب ما يتقبله الفقيه من مسألتين : أولاها ، هل القانون الاجنبى يعد من مسائل القانون أو من مسائل الواقع ، وثانيهما ، هل تقتصر وظيفة المحكمة العليا على مراقبة الخطأ فى تطبيق القانون الوطنى وحده ، أم تمتد الى مراقبة الخطأ فى تطبيق القانون الاجنبى . ويغلب الرأى القائل بمد رقابة محكمة النقض الى هذا القانون الاخير ، وذلك لقلّة أهمية التفرقة بين الواقع والقانون فى نظم هذه الدول ، ولأن القانون الاجنبى يؤخذ فى الرأى الغالب على أنه « قانون » ، ولأنه يمكن حمل النص الخاص بوظيفة المحكمة العليا وكونه يقضى برقابتها على القانون ، على أنه يقصد القانون وطنيا كان أو اجنبيا . ومن الشراح من يكتفى بالنسبة للقانون الاجنبى بأن تتشدد المحكمة فى فرض رقابتها على تسبب الحكم وتوفر بذلك طريقة غير مباشرة على تفسير وتطبيق القانون الاجنبى (١) .

٦٩ - ويخلص مما تقدم أن الاتجاه الغالب فى كل من المسائل الثلاث المتقدمة يكون كلا متوافقا : فعلى القاضى من تلقاء نفسه أعمال قاعدة الاسناد وتطبيق القانون الاجنبى الذى تقضى بتطبيقه ، وعليه أن يسعى الى التعرف على أحكام القانون الاجنبى - وان كان له أن يستعين بجهد الخصوم فى هذا الصدد - وعلى المحكمة العليا أن تفرض رقابتها على تطبيق قاعدة الاسناد وعلى تفسير القانون الاجنبى وتطبيقه .

٧٠ - هذه دراسة لتنازع القوانين الدولى فى التشريعات الحديثة لثلاث دول اشتراكية ، وهى الاتحاد السوفيتى وتشيكوسلوفاكيا وبولندا . وهى دراسة تكشف عن أن انقسام العالم الى كتلتين ، شرقية وغربية ، يسود كلا منهما نظم اجتماعية واقتصادية وسياسية غير تلك التى تسود الاخرى ، قد ترتب عليه أن يسود كلا منهما نظم قانونية تختلف فى مبادئها الاساسية عن النظم التى تسود الاخرى ، وبخاصة نظام الملكية ونظام الاسرة ونظام التجارة الخارجية وانه وان كان الاتحاد السوفيتى قد أحيط بستار يحجبه عن العالم الخارجى وعوامل من دول هذا العانم على قطيعة وجفاء ، الا أن تطور العلاقات الدولية بعد الحرب العالمية الثانية واعتناق عدد من الدول الاوروبية المذاهب الاشتراكية ، قد اقتضى التعاضد ما بين الكتلتين المذكورتين ، كما اقتضى نمو العلاقات الدولية الخاصة بينهما ، وخاصة التجارة الدولية ، وبذلك عظم شأن مشكلة تنازع القوانين - وقد اتخذ علاج هذه المشكلة فى علاقات دول أوروبا الاشتراكية (أو دول الديمقراطية الشعبية فيما بين بعضها والبعض طابعا متميزا . ذلك لأنه وان

(١) راجع فى ذلك Szaszy فى مؤلفه السابقة الإشارة اليه ص ١٥٧ ، وفى مقاله السابقة الإشارة اليه كذلك ص ٢٥٦ ، وايضا Kazimierz Grzybowski المرجع السابق ص ١٥٢ .

سادت هذه الدول نظم اجتماعية واقتصادية وسياسية متشابهة ، الا أنها ليست على سواء فيما يتعلق بما صعدهته فى درج الاشتراكية ، اذ بينما أتم الاتحاد السوفيتى التحول الاشتراكى ، لا تزال الدول الاخرى فى مرحلة بناء الاشتراكية . كما أن لهذه الدول ، على خلاف الاتحاد السوفيتى ، تاريخ تشريعى مجيد فى ميدان تنازع القوانين لا يسهل الانفصال عنه . وقد اقتضى هذا الوضع ، ورغبة فى تيسير العلاقات الدولية الخاصة وانماها ، أن تلجأ دول الكتلة الاشتراكية الاوروبية الى « القانون الاتفاقى » تمنع به نشأة مشكلة تنازع القوانين أو تيسر فضها ان هى نشأت . فأبرمت اتفاقات جماعية تضمها جميعا ، وأبرمت اتفاقات ثنائية فيما بين بعضها والبعض . ويضم ما يتعلق منها بالتجارة الخارجية قواعد أكثرها موضوعى وأقلها قواعد اسناد ، ويضم ما تعلق منها بمسائل الاسرة قواعد اسناد .

أما فيما يتعلق بمشكلة تنازع القوانين فى علاقات الدول الاشتراكية مع دول الاقتصاد الحر ، فقد كانت نقطة البداية عند الدول الاشتراكية العمل على تحقيق قدر من التعايش بين نظم قانونية مختلف بعضها عن البعض . وحرص السوفيت على تحقيق قدر من التصالح بين قواعد القانون الدولى الخاص السوفيتى وقواعد القانون الدولى الخاص فى دول الاقتصاد الحر ، واخراج الاولى فى صورة عريضة مشابهة لصورة الثانية واما التشيكوسلوفاكيون والبولنديون فلم يكونوا بحاجة الى هذا الجهد نظرا الى ماضيهم التشريعى فى ميدان قواعد الاسناد الذى عولوا على الاقتباس منه فى قوانينهم الدولية الخاصة الحديثة . ولعلمهم رأوا الامغبة فى ذلك ، بل أن فيه الخير ليواجهوا بهذه القوانين علاقاتهم مع دول الاقتصاد الحر ، ومع حرصهم بدورهم على تحقيق التعايش بين نظمهم القانونية والنظم القانونية فى هذه الدول . وقد رأينا أن من أهم وسائل هذا التعايش فقه الدول الاشتراكية فى التكيف ، وفكرهم فى استبعاد القانون الاجنبى اذا ما تعارض مع النظم الاساسية فى الدولة ، ( أى التعارض مع النظام العام الوطنى ) ، فهم لايتشبثون بتطبيق قانون القاضى فى التكيف فى كافة الحالات ليفسحوا المجال لتطبيق القانون الاجنبى ، وهم يضيّقون فى حالات استبعاد القانون الاجنبى ، وذلك بالقول بأن هذا الاستبعاد لا يقوم على مجرد تعارض أحكام هذا القانون مع قانون القاضى ، بل أنه يقوم على تعارض « الاثر الفعلى » لتطبيق هذه الاحكام فى النظم الاساسية فى الدولة .

وبعد ، فقد تصدنا بهذا البحث أن نفتح الباب ونخطو خطوة فى سبيل دراسة قواعد القانون الدولى الخاص فى جانب من دول العالم اتخذ لنفسه نظما اجتماعية واقتصادية وسياسية تحقق آمال شعوبه ، ولم يحبس نشاطه الاقتصادى والعلمى والثقافى داخل حدوده ، بل أنه يتشبث بانماء علاقاته فى مختلف الميادين مع سائر دول العالم ومن بينها بلدنا ، فحق على الفقه المصرى أن يعنى بدراسة نظمة القانونية . وهى دراسة تحتاج الى دقة فى الفهم ودقة فى المقارنة ، فهم القاعدة ، منظورا الى النظام القانونى الذى تتصل به وفى ضوء البيئة التى نشأ فيها هذا النظام استجابة لحاجتها . ومقارنة كل نظام وظروفه مع النظام المقابل له وظروفه . وربما كانت دراسة مشكلة تنازع

القوانين أكثر مشقة من دراسة غيرها من المسائل القانونية ، لما تحتاجه من تفهم القواعد القانونية الموضوعية في مختلف النظم القانونية ، والتي تتنازع حكم العلاقة القانونية .

تبقى كلمة نقولها لوجه العلم والحق : لقد أصبحت الدراسة القانونية المقارنة محتاجة الى جهد العصبية من الباحثين ، يتقن كل منهم لغة أو أكثر ويجيد دراسة نظام قانوني أو أكثر ، وبذلك يتوافر لجماعتهم اتقان العديد من اللغات والعديد من الدراسات ، وتخرج الجماعة ، وليس الفرد وحده ، نتاجا علميا موفورا القيمة .

ليس الفقه هو « معرفة القانون » وإنما هو « الحكمة فى القانون » .