فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين

أ . حمزة قتال *

مقدمـــة:

قد تنشأ إلى جانب العلاقات التي يحكمها القانون الداخلي علاقات خاصة يعتريها عنصر أجنبي في أطرافها أو في محلها أو في سببها، هذه العلاقات التي يفرضها تنوع الحاجيات واختلافها، قد يحدث أن ينشأ عنها نزاع يعرض على القاضي الوطني الذي سوف يطبق أحد قواعد الإسناد الوطنية، والتي قد تعقد الاختصاص بحكم هذا النزاع إلى القانون الوطني، أو إلى قانون أجنبي.

لكن قد يحدث أن تثار بمناسبة حل البعض من هذه النزاعات مسألة أولية يقتضي البت فيها أولا للفصل في النزاع الأصلي، ففي مثل هذه الحالة إذا انعقد الاختصاص بحكم النزاع للقانون الوطني فيبدو الأمر طبيعيا أن تحل مشكلة المسألة الأولية في إطاره، وهذا مالا يثير صعوبة، لأن كلتا المسألتين الأولية والأصلية تخضعان لسلطان قانون واحد[1].

أما إذا انعقد الاختصاص لقانون أجنبي، فيبدو أن في الأمر صعوبة، ذلك أنه سوف يثار التساؤل حول كيفية تحديد القانون الذي تخضع له المسألة الأولية، فهل يتم إعمال قواعد الإسناد الوطنية، أم يتم إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع الأصلي، هذا الحل الأخير نادت به نظرية تدعى نظرية المسائل الأولية، التي ترمي في جوهرها إلى التضييق من نطاق التطبيق المكاني لقاعدة الإسناد الوطنية، فحاولت التمييز بين نوعين من المسائل، المسائل الأصلية والمسائل الأولية، عن طريق إخضاع الأولى لقواعد الإسناد الوطنية، والثانية لقواعد إسناد القانون الأجنبي المختص.

وقد أثارت هذه النظرية جدلا فقهيا صاخبا بين مؤيد ومعارض، وبالأخص حول الأهمية التي تكتسيها المسألة الأولية وكيفية حلها، حتى أصبحت تعتبر من أصعب المشاكل الفنية في تنازع القوانين، ومحاولة منا لتسليط الضوء على هذا الموضوع سوف نتناول المفاهيم العامة لفكرة المسائل الأولية (المبحث الأول)، ثم القانون الواجب التطبيق عليها (المبحث الثاني).

---

* قسم الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة.

(1) رشا علي الدين، أحمد علي تقي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، في نظرية تنازع القوانين والقانون الدولي الاتفاقي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص356.

المبحث الأول: مفهوم فكرة المسائل الأولية

إن فكرة المسائل الأولية لا تقتصر على القانون الداخلي فقط، إنما تعدت ذلك إلى القانون الدولي الخاص، حيث دعت ضرورة الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي أن تطرح هذه الفكرة في إطار تنازع القوانين، وإظهار دورها في هذا النطاق، وهذا ما يقتضي تحديد مفهوم هذه الفكرة ودراستها بصفة شاملة، ولأجل ذلك نتناول مضمون فكرة المسائل الأولية (المطلب الأول)، ثم إن القانون الدولي الخاص ومن أجل تحديد القانون المختص لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي يستخدم العديد من الآليات الفنية قد تتشابه مع المسائل الأولية، وهناك من الآليات الفنية التي يعتمدها القانون الداخلي قد تتشابه معها أيضا، يقتضي تمييزها عنها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون فكرة المسائل الأولية

يستدعي تحديد مضمون فكرة المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين أن نتعرض إلى تعريف المسائل الأولية (الفرع الأول)، ثم إن ظهورها كمشكلة في تنازع القوانين متوقف على توافر عوامل أو شروط يقتضي التعرف عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية

إن لكل قاعدة قانونية ركنين، ركن الفرض وركن الحكم[1]، وقد يحدث في بعض الحالات أن تستخدم القاعدة القانونية في ركن الفرض مفهوما قانونيا يتوقف تحديده على إعمال قاعدة قانونية أخرى، قد تنتمي إلى ذات الفرع من فروع القانون الذي تنتمي إليه القاعدة الأولى وقد تنتمي إلى فرع آخر، كالقاعدة القانونية التي تعطي للابن الشرعي الحق في ميراث أبيه، تفترض مسبقا تحديد ما هو المقصود بالبنوة الشرعية[2]، فإذا ما عرضت مسألة استحقاق هذا الابن الشرعي للميراث(مسألة أصلية)، فقد تثار مسألة إثبات بنوته الشرعية لأبيه، وهذه الأخيرة يتوقف الفصل في مسألة الميراث على البت فيها أولا، وهي ما يطلق عليها تسمية المسألة الأولية « Question préalable »، فهي إذن المسألة التي يتوقف على الفصل فيها الفصل في المسألة الأساسية

(1) ركن الفرض هو وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع الواقعية، يحتوي على شروط انطباق القاعدة القانونية، فهو الذي يحدد النطاق أو الإطار لعمل هذه القاعدة، أما ركن الحكم فهو الأثر القانوني أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي، والقاعدة القانونية تقيم علاقة شرطية بين هذين الركنين، بحيث إذا توافرت شروط الفرض وجب إعمال الحكم، راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2008، ص119.

(2) راجع : د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص240.

« Question principale » المطروحة أمام القاضي[1].

ذلك شأن القانون الداخلي،أما في إطار تنازع القوانين فإن المسألة الأولية ورغم كونها أيضا تعد مسألة يتوجب الفصل فيها أولا للفصل في المسألة الأساسية المثارة أمام القاضي،إلا أن الأمر هنا يتعلق بالحالة التي يحدد فيها القاضي القانون واجب التطبيق بحكم مسألة ما وذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية،ثم تثار أمامه مسألة أولية، يتوقف الفصل في المسألة الأصلية على الفصل فيها،فهل يطبق عليها القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد بالنسبة للمسألة الأساسية أم لا[2].

وبمعنى أدق قد يتطلب تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص وجود علاقة قانونية والتي بدونها لا يمكن تطبيق تلك الأحكام،وهذا بسبب الارتباط القائم بين قواعد النظام القانوني الواحد،وهو الركن القاعدي المفجر لمشكلة المسائل الأولية[3].

وقد نشأت مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين نشأة فقهية،إلا أن هناك اختلاف فقهي حول أول من ساهم في ظهورها،وهذا راجع بالأساس إلى وجود صور متعددة لهذه المشكلة،كظهورها في إطار تنازع جهات القضاء،والتي ساهم في بروزها الفقيه الإيطالي « *Anzilotti* »،فذهب اتجاه فقهي بأن هذا الفقيه هو أول من ساهم في اكتشافها،وظهورها في إطار مادة الجنسية،والتي ساهم في بروزها الفقيه « *Zitelmann* »،فذهب اتجاه فقهي آخر بأن هذا الفقيه هو أول من لفت الانتباه إليها[4].

والحقيقة أن مشكلة المسائل الأولية في إطار تنازع القوانين يرجع الفضل في ظهورها إلى الفقيهين الألمانيين « *Melechior* » سنة 1932 و « *Wengler* » سنة 1934،فقد أبرزا في مؤلفاتهما الجوانب الفنية المميزة لها،وعبرا عن وجود هذه المشكلة وأهميتها وكيفية حلها[5].

الفرع الثاني: شروط قيام مشكلة المسائل الأولية

إن قيام مشكلة المسائل الأولية،بالمعنى الفني لهذا المصطلح،في نطاق تنازع القوانين،متوقف على توافر ثلاثة شروط وهي: أن تكون المسألة الأصلية

(1) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2005 ، ص130.
(2) د. أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين، دون دار نشر، ط2007، ص121.
(3) راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص240.
(4) راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص242.
(5) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص242.
Mayer(P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005, p185.

خاضعة لقانون أجنبي(أولا)، وأن تكون المسألة الأولية مستقلة ذاتيا(ثانيا)، وأن تكون النتائج التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية مختلفة عن النتائج التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية(ثالثا).

أولا: خضوع المسألة الأصلية لقانون أجنبي

لا تثور مشكلة حل المسائل الأولية في تنازع القوانين إلا بتوافر شرط أساسي هو أن تكون المسألة الأصلية خاضعة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية لقانون أجنبي، ذلك أن خضوعها لقانون القاضي يحل المشكلة، إذ سوف تخضع حتما لقواعد الإسناد الوطنية[1].

أما عندما تكون المسألة الأصلية خاضعة لقانون أجنبي، ونظرا لوجود ارتباط بين قواعد هذا القانون، يتطلب تطبيق قواعده الموضوعية وجود علاقة قانونية، بدونها لا يكون محلا لتطبيق هذه القواعد، وهذا الارتباط هو سبب نشوء مشكلة المسائل الأولية[2].

ثانيا: استقلال ذاتية المسألة الأولية

يقتضي هذا الشرط أن تكون المسألة الأولية مستقلة الإسناد ، أي أن تكون قادرة بذاتها على أن تكون مسألة أصلية في حالة ما إذا طرحت كنزاع قضائي بشكل مستقل ، فهي في حقيقتها مسألة أصلية مستقلة ، لكن آلية التقاضي هي التي جعلت منها مسألة أولية في خصوص المسألة الأصلية ، حيث يتوقف على الفصل فيها الفصل في هذه الأخيرة التي سبق عرضها على القضاء ، فأصبحت مسألة أولية بالمقارنة بالمسألة الأصلية[3].

ثالثا: اختلاف قاعدتي الإسناد الوطنية والأجنبية

يعتبر هذا الشرط حجر الزاوية في قيام مشكلة المسائل الأولية، وبدون وجوده تنعدم أهمية مشكلة المسائل الأولية، فهذه المشكلة لا تقوم إلا إذا كان تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية يؤدي إلى نتائج تختلف عن النتائج التي يرتبها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، لأنه إذا كانت النتائج واحدة، فسيكون تطبيق أي منهما سواء، وبالأولى تطبق قاعدة الإسناد الوطنية لأنها الأصل، وهنا ينتفي التنازع، ونكون بصدد ما يعرف بالتنازع الكاذب، ولا تثور مشكلة المسائل الأولية[4].

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص340.
(2) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص249.
(3) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص250.
(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص341؛ د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص251.

المطلب الثاني: المسألة الأولية والآليات الفنية المشابهة

رأينا سابقا بأن المسائل الأولية موجودة في القانون الداخلي، وتعرضنا فقط إلى المسائل الموضوعية دون التعرض للمسائل الأولية الإجرائية والتي قد تلتبس مع المسائل الأولية في تنازع القوانين مما يقتضي التمييز بينهما(الفرع الأول)، كما أن النظرية العامة لتنازع القوانين تستخدم العديد من الآليات الفنية بغية تحديد القانون المختص، هذه الآليات قد تختلط بالمسائل الأولية، كالتكييف(الفرع الثاني)، والإحالة(الفرع الثالث)، والمسائل المركبة(الفرع الرابع).

الفرع الأول: المسألة الأولية بين تنازع القوانين والإجراءات

تتشابه المسألة الأولية في تنازع القوانين والمسألة الأولية الإجرائية، من حيث مضمونهما، وهو أن الفصل في الدعوى الأصلية متوقف على الفصل فيهما.

إلا أن الاختلاف بينهما يتمثل في أن المسائل الإجرائية تثير مشكلة الاختصاص القضائي للمحاكم في حكمها، حيث يستوجب على القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى أن يتم الفصل في المسألة الأولية، فتعتبر المسألة أولية حينما يتعين عرضها على محكمة مختصة لتفصل فيها بحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، أي يجب الفصل في موضوعها بحكم موضوعي[1]، بينما لا تثير المسألة الأولية في نطاق تنازع القوانين مشكلة الاختصاص القضائي، حيث ينظر ذات القاضي في المسألة الأولية ولو كان غير مختص[2].

الفرع الثاني: المسألة الأولية والتكييف

يتشابه التكييف مع المسائل الأولية في أن كليهما يعتبر تفسيرا لفكرة قانونية، فالتكييف هو تفسير لفكرة أساسية وهي الفكرة المسندة[3]، والمسائل الأولية هي تفسير لفكرة فرعية، إلا أن نقطة الالتقاء هذه لا تخفي الاختلاف

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط2006، ص134.

(2) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 337.

(3) إن المراكز والعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي كثيرة بحيث لا يمكن لأي مشرع حصرها، لذلك يتم جمع المراكز المتقاربة أو المتشابهة في أوصافها ضمن فكرة أو فئة قانونية واحدة ويرصد لها قاعدة إسناد خاصة بها، فالفكرة المسندة إذن هي تجمع لمراكز وعلاقات قانونية من صنف واحد أو من نوع واحد، فهي تأخذ فئة من العلاقات الإنسانية يعبر عنها بعبارات قانونية، كحالة الأشخاص، شكل التصرفات، الإجراءات، راجع: د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص95، 168؛ د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط 1994، ص98؛ Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit, p115.

الجوهري الموجود بينهما[1]، الذي يبرز من عدة نواحي هي:

ـ أنهما يختلفان في محل التفسير، إذ يعتبر التكييف في إطار تنازع القوانين « تحديد لطبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد »[2]، فهو تفسير لقاعدة الإسناد، بينما المسألة الأولية، وإن عدت فرضا على أنها تفسير، فهي لا تتعلق بقاعدة الإسناد الوطنية، وإنما تتعلق بالقاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي المختص.

ـ أنهما يختلفان من حيث وقت بروزهما، فالتكييف عملية أولية تثور في بدء مرحلة الإسناد، من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق[3]، بينما لا تثور مشكلة المسألة الأولية إلا بعد الانتهاء من عملية التكييف والإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق.

ـ أنهما يختلفان في الغاية، فغاية التكييف هي تحديد من بين قواعد الإسناد الوطنية، قاعدة الإسناد الملائمة للمسألة المثارة لتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، بينما غاية إثارة مشكلة المسألة الأولية هي تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق عليها بذاتها، فيما إذا يتم ذلك طبقا لقواعد الإسناد الوطنية، أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص[4].

وعليه فالمسألة الأولية في إطار تنازع القوانين مشكلة مختلفة عن مشكلة التكييف من عدة نواحي، تستوجب عدم الخلط بينهما.

الفرع الثالث: المسألة الأولية والإحالة

وجه الشبه بين الإحالة والمسألة الأولية هو أن في كليهما يكون هناك تدخل من قبل قواعد الإسناد الأجنبية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق[5]، إلا أنه مع هذا التشابه هناك اختلاف جوهري بينهما من عدة نواحي هي[6]:

ـ أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد تثور في الإحالة بخصوص المسألة الأصلية محل النزاع ذاتها، على خلاف الشأن في المسألة الأولية التي تثور بشأنها هي دون المسألة الأصلية.

ـ أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد تثور في الإحالة بناء على إشارة قاعدة

(1) راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص246.

(2) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، ط 1958، ص156.

(3) راجع : د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص100.

(4) راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص246.

(5) ينحصر مضمون الإحالة في التساؤل الآتي أنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، ماذا يطبق القاضي الوطني من قواعد هذا القانون، قواعده الموضوعية أم قواعد الإسناد فيه؟

(6) راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 33؛ د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص247.

الإسناد الوطنية، على خلاف أن مسألة تطبيق قواعد الإسناد في المسائل الأولية تثيرها القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي.

ـ أن مشكلة الإحالة تثور عند تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة على القاضي، على خلاف مشكلة المسائل الأولية التي تثور في وقت لاحق على هذا التعيين بل عند تطبيق هذا القانون الذي تم تعيينه بواسطة قاعدة الإسناد.

ـ أنه في الإحالة تثور مشكلة تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية بخصوص مسألة قانونية خضعت فعلا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه هذه القواعد، على خلاف ما نجده في المسائل الأولية من أن تحديد قواعد الإسناد واجبة التطبيق عليها يثور في وقت لم نعرف بعد لأي قانون تخضع تلك المسائل.

ـ أن هناك نوع من تنازع النظم تسببه الإحالة، أي تعدد نظم قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة، على خلاف ما هو كائن بالنسبة للمسائل الأولية فإن القصد هو تحاشي هذا التنازع، بجعل القاضي يفصل في المسائل الأولية كما لو كان هو قاضي الدولة الأجنبية التي اختص قانونها بحكم المسألة الأصلية.

وعليه فالمسألة الأولية في إطار تنازع القوانين مشكلة مختلفة عن مشكلة الإحالة من عدة نواحي، تستوجب عدم الخلط بينهما.

الفرع الرابع: المسائل الأولية والمسائل المركبة

المسائل المركبة « *Question complexes*» هي مسائل تدخل في نظام قانوني واحد، لكن يمكن تجزئتها، والبت في إحداها غير لازم لباقي المسائل، بل يمكن إخضاع كل مسألة لقانون مختلف[1].

فالمسائل الأولية تتشابه مع المسائل المركبة في تعدد المسائل المطروحة على القاضي الوطني للفصل فيها، بتعيين القانون الواجب عليها بواسطة تطبيق قواعد الإسناد، إلا أن هناك اختلافا بينهما، يتجلى في ما يأتي:

ـ أن الفصل في المسألة الأولية لازم للفصل في مسألة أصلية معروضة مسبقا على القاضي، بينما المسائل المركبة والتي هي مسائل يمكن تجزئتها، لا يكون الفصل في إحداها لازم للفصل في باقي المسائل.

ـ أن ظهور المسألة الأولية مستقلة عن المسألة الأصلية يستتبع تعدد الأنظمة القانونية لإسنادها، بينما تجزئة المسائل المركبة ليس مبررا لإفلاتها من تحديد القانون الواجب التطبيق على كل جزء منها، طبقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي[2].

(1) ففي العقد مثلا نجد أن الأهلية تخضع للقانون الشخصي، وصحة التراضي تخضع إلى قانون الإرادة، وشكل العقد إلى قانون محل إبرامه، وهكذا...، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص338.

(2) فالعقد مثلا، سوف ينظر إليه القاضي كمجموع، ويتم إسناد كل جزء منه(أهلية، تراضي، محل، سبب...)

المبحث الثاني: قواعد الإسناد المطبقة على المسائل الأولية

إذا كان تنازع القوانين يتم حله عن طريق إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فحل مشكلة المسألة الأولية يثير نقاشا فقهيا حول تحديد قواعد الإسناد الواجب إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، أهي قواعد الإسناد في دولة القاضي، أم هي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وهذا ما حاولت أن تجيب عليه عدة نظريات منها التي انطلقت من مبدأ عام وهو إما خضوع هذه المسائل لقواعد الإسناد الوطنية، وإما خضوعها لقواعد الإسناد الأجنبية، وهذه النظريات التقليدية(المطلب الأول)، غير أن نظريات حديثة قد ظهرت وهي تعتمد منهجا انتقائيا « eclectique »وذرائعيا « pragmatique »[1] (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظريات التقليدية تعتمد مبدأ عاما

واجهت النظريات التقليدية فكرة المسائل الأولية بحل قطعي ومسبق، هو حتمية الرجوع إلى نظام قانوني بعينه، فهو بالنسبة لرأي جانب من الفقه النظام القانوني للقاضي (فرع أول)، وهو بالنسبة لرأي جانب آخر من الفقه النظام القانوني للقانون الأجنبي المختص(فرع ثاني).

الفرع الأول: تطبيق قواعد الإسناد الوطنية

ذهب جانب من الفقه[2] إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية يجب أن يتم وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، بأن تعامل في ذلك كأنها مسألة مستقلة عن المسألة الأصلية، ويدعم هذا الاتجاه لتدعيم رأيه بعدة حجج هي:

1. احترام قاعدة الإسناد الوطنية:

إن قاعدة الإسناد وضعت خصيصا لفض تنازع القوانين، عن طريق اختيار القانون الأنسب للمسائل ذات العنصر الأجنبي التي تعرض على القضاء الوطني، واختصاصها هذا شامل لكافة هذه المسائل(ومن بينها المسائل الأولية)، وهو الذي يحقق العدالة والأمن القانوني للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولذا فإن انتزاع الاختصاص في حكم المسائل الأولية عنها يتعارض مع هذه الغاية[3].

إلى القانون الواجب التطبيق عليه، بمقتضى نظام تنازع واحد، وهو قواعد الإسناد الوطنية، راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص339.

(1) راجع : د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص135.

(2) وممن يأخذ بهذا الرأي "Maury"، "Robertson"، "Wolwff"، "Graulich"، "Francescakis"، راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص349؛ د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص136. .Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit, p185

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص350؛ د. أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص122.

ومن ناحية أخرى فإن القانون الأجنبي قد منح له الاختصاص للفصل في المسألة الأصلية وفي هذا الإطار فقط، ولا اختصاص له في المسألة الأولية، التي يجب أن تحكمها قواعد الإسناد الوطنية صاحبة الاختصاص الأصيل، وإلا عد ذلك اعتداء على هذه القواعد[1].

2. وحدة الحلول على المستوى الداخلي:

إن تحقيق وحدة الحلول وتناسقها على المستوى الداخلي يقتضي أن تختص قاعدة الإسناد الوطنية بحكم المسائل الأولية ، ذلك أنه من غير المعقول أن تخضع ذات المسألة إلى قواعد الإسناد الوطنية إذا عرضت كمسألة أصلية ، في حين تخضع لقواعد إسناد أجنبية إذا عرضت كمسألة أولية ، لا لشيء إلاّ لأن المسألة الأصلية أسبق من المسألة الأولية في عرضها على القضاء[2] ، فالزواج الصحيح وفقا للقانون الفرنسي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية سيظل صحيحا ، مهما تكن المسائل الأصلية التي تتطلب وجود هذا الزواج كمسألة أولية.

3. رفض الإحالة:

إن رفض الإحالة يقتضي أن يطبق القاضي القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد الإسناد فيه ، وهذا يؤدي إلى أن قواعد الإسناد الوطنية هي التي تختص وحدها بالمسائل التي تثير تنازعا في القوانين لا فرق بين أن تكون أصلية أو أولية[3].

وعليه لا يتصور أن نظاما قانونيا يرفض الإحالة سوف يوافق على إعمال قواعد إسناد أجنبية غير تلك الصادرة عن مشرعه الوطني.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات عديدة، رغم أن له أنصارا في الفقه وقد اعتمده القضاء الفرنسي[4]، وتتمثل هذه الانتقادات فيما يأتي:

ـ فبالنسبة للحجة الخاصة بوجوب احترام قاعدة الإسناد الوطنية، فصحيح أن احترام قاعدة الإسناد الوطنية يقتضي إعمالها على كل ما يعرض على القاضي

(1) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص254؛ د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص135.

(2) د. أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص122.

(3) راجع : د. جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(4) par ex, Civ. 1re, 22 avril 1986: Rev. crit. DIP 1988. 302, not Bichoff.
ففي هذا القرار مثلا رفضت محكمة النقض صراحة خضوع المسألة الأولية لقواعد الإسناد للقانون واجب التطبيق على المسألة الأصلية، حيث أنه في هذا القرار تعلق الأمر بتحديد ما إذا كان للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية على الميراث(مسألة أصلية) صلاحية تحديد ما إذا كان الشخص المعني يتمتع بصفة الزوج أم لا (مسألة أولية)، فقضت محكمة النقض بأنه ليس له هذه الصلاحية، لمزيد من التفصيل في هذا القرار راجع: Lousouarn (Y) et Bourel (P), Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993, p198.

من مسائل ذات عنصر أجنبي، لكن القول بأن المسائل الأولية تدخل في هذا المجال قول في غير محله، لأن أساس مشكلة المسألة الأولية هو ظاهرة الارتباط القائم بين القواعد القانونية المختلفة المتصلة بذات النظام القانوني، وهو هنا القانون المختص بحكم المسألة الأصلية.

وعليه فإن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولية لا محل له، لأن النظام القانوني للقاضي قد أنهى مهمته بتعيين القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فإذا ما أخضعت المسألة الأولية لهذا الأخير فإن ذلك يعد في حد ذاته نوعا من الاحترام لقواعد الإسناد الوطنية التي لم يعد لها أي اختصاص في هذه المرحلة[1].

ـ وبالنسبة للحجة الخاصة بوحدة الحلول على المستوى الداخلي، فإنه بالرغم من أهميتها لكون كل دولة تسعى إلى هذا الهدف، إلا أن المساس به سواء بنصوص تشريعية أو بمقتضى أحكام قضائية جعل منه مبدأ نسبيا يجوز التغاضي عنه.

ـ أما بالنسبة إلى الاستناد إلى رفض الإحالة لرفض تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية على المسائل الأولية، فإن الفارق الواضح بين المسألة الأولية والإحالة يجعل من الحل الذي يتخذه المشرع في أي منهما لا يؤثر على الأخرى[2].

الفرع الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية

على خلاف الاتجاه السابق، ذهب جانب آخر من الفقه[3] إلى القول بأن النظام القانوني الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية هو القانون الأجنبي المختص للفصل في المسألة الأصلية، كمبدأ عام(1)، ولتأكيد هذا الرأي أورد عليه أنصاره عدة استثناءات تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي[2].

1. المبدأ العام:

إن المبدأ العام هو أن تتولى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص للفصل في المسألة الأصلية، تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية، فقواعد الإسناد في قانون القاضي قد انتهى دورها بمجرد تحديد القانون المختص في حكم المسألة الأصلية، وبهذا نكون قد وضعنا كلا المسألتين الأصلية والأولية في كنف هذا القانون[4]، ويدعم هذا الاتجاه رأيه بالحجج الآتية:

(1) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص261.
(2) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص259.
(3) مثل "P. Lagarde"، "Melchior"، "G. Sperduti"، أشار إليهم، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص342.
(4) راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص342.

1.1. احترام القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية:

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، فيجب على القاضي أن يحترم هذا القانون في وحدته الموجودة بين قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه التي يجب تطبيقها على المسائل الأولية إذا ما أثيرت بسبب ولأجل تطبيق قواعده الموضوعية، فقواعد الإسناد هذه تحدد إطار عمل القواعد الموضوعية(1).

وبهذه الطريقة يكون القاضي الوطني قد قام بحل المسألة الأولية المثارة بذات الطريقة والكيفية التي يتبعها القاضي الأجنبي، كما لو كانت هذه المسألة قد عرضت على هذا الأخير كمسألة أصلية(2)، والقول بغير ذلك يعتبر تشويها للقانون الأجنبي المختص وتغييرا لطبيعته، لقطع الوحدة بين قواعده القانونية(3).

2.1. انقطاع الصلة بين المسألة الأولية وقانون القاضي:

إن انقطاع الصلة بين المسألة الأولية وقانون القاضي تؤكده أمور عدة، منها أن المسألة الأولية تتعلق بأوضاع تكونت في ظل قانون أجنبي، كالزواج أو النسب مثلا، وفي ذلك الحين لم يكن في تصور الأطراف تحديد المحكمة التي سوف تفصل فيما قد ينشأ من نزاع بشأنها(4).

كما أن المسألة الأولية لم توجد إلا بمناسبة وجود المسألة الأصلية، فهي تتعلق بها وجودا وعدما، ولذا يتعين أن تتبعها في القانون الواجب التطبيق، ولأن قانون القاضي لا يهمه إلا المسألة الأصلية، فإنه من اللازم ألا يتعدى هذا الاهتمام إلى المسألة الأولية وهي غير ذات صلة به(5).

3.1. تحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين:

إن تطبيق قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص على المسألة الأولية ليس هدفا في حد ذاته، إنما هو وسيلة لتحقيق التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين(6)، وهذا التناسق يتحقق إذا ما طبق القاضي الوطني قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص، كما لو كان هو قاضي دولة هذا القانون، فيعطي الحل ذاته الذي سيأخذ به هذا الأخير، وبهذا الشكل لن يختلف حل النزاع باختلاف المحكمة المختصة بالفصل فيه(7).

---

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص343.
(2) د. أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص122.
(3) د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص133؛ د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص135.
(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص344.
(5) د. أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص121.
(6) يعد الأستاذ "Savigny"، أول من أشار إلى هذا المبدأ، حيث قرر بأن الحكم الذي يصدر بشأن مسألة محل تنازع بين القوانين، يجب أن يكون حكما واحدا أيما كانت محكمة الدولة التي يصدر عنها، راجع: د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص266.
(7) ولتبرير هذه الحجة أعطى أنصار هذا الرأي المثال الآتي، أن هناك محكمتين في دولتين مختلفتين اختصتا في

2. الاستثناءات:

لأجل أن يكون هذا الرأي أكثر قبولا أورد عليه أنصاره عدة استثناءات، حيث تخضع فيها المسائل الأولية إلى قانون القاضي، وهذه الاستثناءات هي:

1.2. خضوع المسألة الأولية لقانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية:

إذا كانت المسألة الأولية سوف تخضع للقواعد الموضوعية في قانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية في قضية أخرى، فإنها لن تخضع لغير قانون القاضي ولو بوصفها مسألة أولية، ومثال ذلك حالة بطلان زواج طبقا للقواعد الموضوعية الوطنية المختصة بموجب قواعد الإسناد الوطنية، فلا يجوز النظر في صحته كمسألة أولية طبقا لقواعد الإسناد للقانون المختص لحكم مسألة نسب الابن مثلا[1].

2.2. الأثر القانوني الصحيح يستتبع أثرا آخر صحيحا:

في الحالة التي يوجد فيها أثر قانون معين وفقا لأحكام قانون القاضي ويستتبع بالضرورة أثرا آخر يعتد به هذا القانون، يتعين عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إذا اتضح بأن القانون الذي ستختاره سوف يحكم بعدم صحة الأثر الثاني، مثال ذلك أن وجود زواج صحيح حسب القانون المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، يستتبع صحة نسب الأبناء من هذا الزواج، وعليه إذا عرضت مسألة صحة النسب هذه، وأثيرت مسألة صحة الزواج كمسألة أولية، فينبغي استبعاد قواعد الإسناد في القانون المختص بحكم النسب إذا أشارت إلى قانون يقضي ببطلان الزواج[2].

3.2. الأثر القانوني اللازم لوجود أثر آخر:

وهي الحالة التي يوجد فيها أثر قانوني معين، بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية ويكون ذلك الأثر شرطا ضروريا لأثر آخر عندما يكون من اللازم الاعتراف به في ذلك القانون.

ومثال ذلك أنه في دعوى انحلال زواج قضى القانون الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية بعدم الانحلال السليم لهذا الزواج، وعليه فلا يمكن للزوجة إبرام زواج جديد.

الفصل في نزاع يخص حق ولد بالتبني في ميراث، وأن قاعدتي الإسناد في قانون كل منهما لهما نفس الضابط لفئة الميراث، وعليه سوف يختص القانون الأجنبي نفسه بإعمال أي منهما، ومن ثم تطبيق القواعد الموضوعية ذاتها.
فإذا ما أثيرت مسألة أولية بخصوص صحة التبني، وطبق كل قاض في المحكمتين قواعد إسناد هذا القانون الأجنبي، فسوف يكون الحل نفسه، بينما لو طبق كل من القاضيين قواعد الإسناد في قانونه الوطني فسوف تتعارض الحلول، إذ قد يقر أحد القانونين بصحة التبني، بينما يقرر الآخر عدم صحته ومن ثم عدم أحقية الابن في الميراث، راجع: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص346؛ د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص347.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

ورفعت الزوجة دعوى لأجل صحة الزواج الثاني، فأثيرت مسألة أولية وهي أهليتها للزواج فطبقنا قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتنظيم انحلال الزواج، فأشارت إلى قانون آخر يرى بأن الزواج قد انحل بشكل سليم، وأن لها أهلية الزواج من جديد.

إن هذا الحل الأخير لا يعتد به لأنه يرى بتحقق شرط قضي من قبل بعدم توافره، لذلك وجب لاستبعاد هذه النتيجة أن تطبق قواعد الإسناد الوطنية على المسألة الأولية[1].

4.2. المسألة الأولية الأكثر ارتباطا بقانون القاضي:

إذا كان غياب الصلة بين المسألة الأولية والنظام القانوني الوطني هو الذي يبرر الاختصاص المبدئي لقاعدة الإسناد الأجنبية، فإن هذا الاختصاص ينبغي أن يتوقف ويترك مكانا لقاعدة الإسناد الوطنية في كل مرة توجد فيها تلك الصلات وتندرج فيها المسألة الأولية في النظام القانوني الوطني، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الوطنية.

مثال ذلك أن يتعلق الأمر بتبني طفل تم في فرنسا فالقضاء الفرنسي يجعله ينتج كل آثاره حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق عليه ينتمي إلى نظام قانوني يختص بحكم المواريث ولا يقبل صلاحية هذا التبني، فالأمر يتعلق بمسألة فرنسية ولا يهم بعد ذلك أن يكون أحد آثر هذه المسألة خاضعا لقانون لا يعترف بهذه المسألة الأولية[2].

وقد تبنى هذا الرأي جانب من الفقه، وأخذ به القضاء في بعض الدول[3]، ذاك نظرا لبعض ما فيه من إيجابيات منها:

ـ إن اعتماد هذا الرأي على ضرورة احترام القانون الأجنبي المختص يعد أمرا إيجابيا، لأن هذا الاحترام يقتضي الحفاظ على الوحدة القائمة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد لهذا القانون، وذلك يكون عن طريق تطبيق قواعد

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص348.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، موضع نفسه .

(3) كالقضاء الألماني، حيث صدر حكم عن محكمة استئناف "Hamm" في 1973/08/10 ويتعلق بشخص عراقي طلق من زوجته الألمانية بحكم من القضاء الألماني، ولما أراد الزواج من جديد بألمانية أخرى، تعين عليه طلب إعفائه من تقديم شهادة الصلاحية للزواج، لكونه من دولة لا تشترط مثل هذه الشهادة، فرفض طلبه، بحجة أن القانون العراقي لا يعترف بحكم الطلاق، وعليه فالزواج السابق ما زال قائما، فطعن أمام المحكمة التي أيدت قرار رئيسها، بحجة أن المبادئ التي تحكم قبول أو رفض هذا الإعفاء تحسم في ضوء الهدف من هذا الإجراء وهو ألا يقف دون إتمام الزواج مانع من موانع الزوجية في القانون الشخصي للزوج المحتمل، ومادام القانون العراقي لا يعترف بحكم الطلاق من الزوجة السابقة، فإن ذلك يؤدي إلى استحالة زواج جديد، وهو ما يحقق وحدة الأحكام على المستوى الدولي، عن طريق التأكد من أن الزواج الذي سوف يبرم في ألمانيا سيكون معترفا به في كل دولة، وهو ما كان متخلفا في هذه القضية، راجع د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص269.

الإسناد هذه على المسألة الأولية، وبذلك يتحقق ضمان الرابطة المنطقية بين هذين النوعين من القواعد[1].

فإذا طبقنا على المسألة الأولية قواعد الإسناد الوطنية سوف ينشأ خليط غير متجانس بين القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص والقواعد الموضوعية للقانون الأخر الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية لحكم المسألة الأولية، ويؤدي هذا الخلط إلى نتائج غريبة، مثل الاعتراف لشخص بالحق في التركة في حين أن لا يحق له ذلك طبقا للقانون الأجنبي الذي يحكم التركة، وهذه النتيجة الشاذة ترجع إلى تشويه هذا القانون[2].

ـ أن احترم وحدة وتناسق القانون الأجنبي المختص لا يمس بالاحترام الواجب لقاعدة الإسناد الوطنية، لأن هذه الأخيرة قد أنهت مهمتها باختيار القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فكل ما يثار بعد ذلك يعد خارجا عن نطاق اختصاص قانون القاضي.

ـ أن اعتماد وحدة الحلول على المستوى الدولي رغم إيجابياته، كأن تلقى المسألة الواحدة المعاملة نفسها أيما كان القاضي الذي سيعرض أمامه النزاع، إلا أن هذا الهدف صعب المنال خاصة أمام اختلاف الدول في وضع ضوابط الإسناد وفي حالة تشابهها فهناك اختلاف في فهمها، ناهيك أن السعي وراء هذا الهدف من شأنه أن يمس بوحدة الأحكام على مستوى القانون الداخلي، ولعل هذا ما دفع بأنصار هذا الرأي بضرورة وضع استثناءات على نظريتهم من أجل تحقيق وحدة الأحكام على المستوى الداخلي[3].

لكن ورغم ما سبق فقد تعرض هذا الرأي لانتقادات عديدة، أهمها أن الأخذ بهذا الرأي تعترضه عدة صعوبات، وتوصف نظريته في الفقه بأوصاف غير مشجعة على تبنيها منها أنها نظرية معقدة، وغير سهلة التطبيق، وغير حقيقية وغير مألوفة، وأن مساوئها مؤكدة[4]، كما أن أنصار هذا الرأي قد وضعوا العديد من الاستثناءات

(1) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص271؛ وقد رد الأستاذ "Mayer "على الحجة المتمثلة في خشية تحريف القانون الأجنبي المطبق على المسألة الأصلية، إن حكمت قاعدة الإسناد الوطنية المسألة الأولية الجواب عليه بأنه دائما إذا طبقنا القانون المختص بحكم المسألة الأصلية، فإن قاعدة الإسناد الوطنية لا تسأله إلا حول مضمون قاعدته لا حول موقف اختصاص ومحاكمة، ولا يمكننا إثارة مسألة التماسك بين القواعد المطبقة على المسألة الأصلية والقواعد المطبقة على المسألة الأولية، لأنهما لا ينتميان إلى نفس القانون، راجع : Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit, p185.

(2) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص271.

(3) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص272.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص348؛ د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص136؛ Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit, p185.

على نظريتهم، وذلك ما أدى إلى الاضطراب والتردد القانوني بشأنهم[1].

فالملاحظ إذن على النظريتين السابقتين أنهما تعرضتا إلى انتقادات أدت إلى إعراض الفقه عنهما ودفعته إلى التوجه نحو نظريات أخرى لا تعتمد مبدأ عاما لتحديد قواعد الإسناد المختصة بحكم المسائل الأولية، إنما تعتمد منهجا عمليا تجريبيا، يراعي ظروف وملابسات كل نزاع على حدة، والتي سوف نتناولها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: اعتماد المنهج الانتقائي والذرائعي

ظهرت في مقابل النظريات السابق بيانها نظريات أخرى حديثة، تنطلق من نقطة أساسية هي أن إيجاد حل لمشكلة المسائل الأولية يجب أن يتم وفقا لظروف كل حالة على حدة، ودون التقيد المسبق بمبدأ معين، كتطبيق قواعد الإسناد الوطنية أو تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، وفي إطار هذا المنهج هناك رأيان، أحدهما يسعى إلى تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص من خلال تسكين المسألة الأولية في النظام القانوني الذي يوجد فيه مركز الثقل لهذه المسألة (الفرع الأول)، والثاني يسعى إلى تحقيق العدالة المادية من خلال تتبع النتائج المادية الملموسة الخاصة بكل حالة، ويكون الحل المختار هو الحل الذي يحقق أفضل النتائج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص

يرى هذا الاتجاه بأن إيجاد حل للمسألة الأولية يتوقف على التعرف على مركز الثقل للمسألة الأولية ومدى ارتباطها بنظام قانوني بشكل أوثق من نظام قانوني آخر[2].

فإذا كانت المسألة تتركز في النظام القانوني الوطني، ولا تتصل بروابط وثيقة إلا بهذا النظام، فإن مركز الثقل للمسألة الأولية يتحدد في هذا النظام، فيتعين إعمال قواعد الإسناد الوطنية لحكمها، ونفس الحكم إذا كانت تتصل بكل من النظامين القانونين الوطني والأجنبي في ذات الوقت وبنفس القوة، إذ يتعين ترجيح إعمال قواعد الإسناد الوطنية لحكمها، أما إذا كانت المسألة الأولية لا تتصل بتاتا بالنظام القانوني الوطني، فيتعين إعمال قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص، والملاحظ أنه في كل الحالات تتحقق وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي[3].

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه، وطبقه القضاء في بعض الدول أبرزها

(1) د. جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، الموضع نفسه.
(2) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص275.
(3) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

القضاء الألماني[1]، وهذا راجع إلى أن هذا الرأي قد اعتمد وسيلة إيجابية في حل مشكلة المسائل الأولية، فهو قد أبرز ضرورة عدم الاعتماد على مبدأ مسبق لحل مشكلة المسائل الأولية، وإنما يتم ذلك في ضوء ظروف كل حالة على حدة، واعتمد فكرة مدى اتصال المسألة الأولية بالنظام القانوني للقاضي أو اتصالها بالنظام القانوني للقانون الأجنبي المختص، وهذا أمر إيجابي.

لكن يؤخذ على فكرة الارتباط هذه أنها قد تثير صعوبة في تحديد مفهومها خاصة عند ارتباط المسألة الأولية بعدة أنظمة قانونية، بالإضافة إلى أن تطبيق هذه الفكرة قد يؤدي إلى نتائج مادية تتعارض مع مصالح الأطراف المعنية[2]، وهذا ما جعل الفقه يتجه نحو رأي آخر يعتمد أساسا آخر وهو فكرة العدالة المادية.

الفرع الثاني: تحقيق العدالة المادية للقانون الدولي الخاص

طبقا لهذه النظرية يتم إسناد المسائل الأولية إلى قواعد الإسناد الوطنية أو إلى قواعد الإسناد الأجنبية على ضوء النتائج المادية الملموسة التي يحققها إعمال قاعدة الإسناد الوطنية والتي يحققها إعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص لحكم المسألة الأصلية، فيتم إسناد المسألة الأولية إلى النظام القانوني الذي يترتب على إعماله تحقيق النتيجة الأفضل[3].

وقد أخذ بهذا الرأي جانب من الفقه، وقد طبقه القضاء في بعض الدول

(1) للقضاء الألماني العديد من التطبيقات لهذا الرأي سوف نرى نموذجين هما: ـ حكم المحكمة الفيدرالية الألمانية الصادر في 1972/04/09 الذي قررت فيه منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج لإسباني سبق له الزواج والطلاق في ألمانيا، وذلك استنادا لفكرة الارتباط الوثيق بين هذا الشخص والنظام القانوني الألماني، فقضت بأن المسألة الأولية(وجود الزواج السابق) لا يمكن حسمها إلا بمقتضى القانون الواجب التطبيق المعين من طرف قواعد إسناد القانون الأجنبي المختص بالمسألة الأصلية(أهلية الزواج) وهو القانون الإسباني.

ـ الحكم الصادر عن محكمة استئناف "Hamm" في 1972/10/05 الذي أسست فيه حكمها الرافض لطلب الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج من ألمانية، المقدم من شخص إيطالي ما زال زواجه قائما وفقا لأحكام قانونه الشخصي، بسبب عدم اعترافه بالحكم الألماني بالطلاق من الزوجة الألمانية السابقة، بأنه يتعلق بمسألة تتصل بالعديد من الروابط بنظام قانون آخر غير النظام القانوني الألماني، راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(2) وقد أشارت د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص282، إلى حكم للمحكمة الفيدرالية الألمانية صادر في 1972/04/09 يؤكد هذا المعنى، حيث قررت فيه منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزواج لإسباني سبق له الزواج والطلاق في ألمانيا، استنادا لفكرة الارتباط الوثيق بين هذا الشخص والنظام القانوني الألماني، وإذا قارنا ذلك بحكم آخر لمحكمة استئناف "Hamm" بألمانيا في 1972/10/5 بنفس الوقائع غير أن الشخص إيطالي، الذي حكم فيه برفض منح الإعفاء من تقديم شهادة الصلاحية للزوج، استنادا لنفس الفكرة وهي الارتباط لكن بتفسير مغاير، بأنه قائم بين هذا الشخص والنظام القانوني الأجنبي، فهذا الاختلاف في الحلول رغم تماثل الوقائع يؤدي إلى نتائج شاذة، فالأول يستطيع الزواج ثانية والثاني لا يستطيع، وهذا ما يثبت صعوبة وضع معيار منضبط لتحديد ما المقصود بالرباط الأوثق صلة في بعض الحالات.

(3) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص283.

أبرزها القضاء الألماني[1]، وهذا راجع إلى أن هذا الرأي قد اعتمد النتائج الملموسة التي تترتب على تطبيق نظام قانوني معين على المسائل الأولية، أو لكون هذا القانون هو الأفضل.

والملاحظ أن كلا الرأيين قد تعرض للنقد ممن يدعون إلى تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، ذلك أن القضاء لا يملك في مرحلة النظر في الدعوى إلا أن ينطلق من قاعدته الوطنية لحل النزاع، بغض النظر عن طبيعة المسألة، ما إذا كانت أصلية أو أولية، وما دام النزاع ذو عنصر أجنبي فيتعين لحله تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية، وليس من سبب يبرر الخروج عن هذه القاعدة، فكيف يمكن للعلاقة القانونية الواحدة أن تخضع لقواعد مختلفة في النزاع بحسب أن تكون المسألة أصلية أم مسألة أولية، فالمسألة هي نفسها في الحالتين[2].

خاتمة:

رغم الانتقادات التي تعرضت لها نظرية المسائل الأولية في نطاق تنازع القوانين، إلا أن هناك اعتبارات عديدة تدعم الأخذ بها، كاعتمادها من طرف القضاء في بعض الدول كألمانيا والنمسا وسويسرا، والقضاء في النظم الأنجلوسكسونية الذي أخذ بها أيضا فيما يسمى بنظرية المحكمة الأجنبية، وتداعي عقبة هامة تحول دون الأخذ بها وهي رفض الإحالة، حيث بدأت العديد من الدول تتجه نحو تبني فكرة الإحالة.

وعليه نستطيع أن نستخلص النتائج الآتية:

ـ أنه يمكن إعمال نظرية المسائل الأولية في نظامنا القانوني، والذي يؤكد ذلك هو اعتماد القانون المدني صراحة للإحالة في المادة 23 مكرر من القانون المدني، فهو لا يمنع القاضي الوطني من تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص، فإذا نظرنا في نظرية المسائل الأولية نجد أن إعمالها أيضا يستوجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص.

ولأن المادة 23 مكرر قد أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى، أي اكتفت بحالة الرجوع، فلم تبح للقاضي الوطني تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلا

(1) يعتبر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في 1982/11/30 من أبرز الأحكام التي أخذت بفكرة العدالة المادية، حيث قضى بصحة زواج قد أبرم في شكل تم طبقا للقانون الانجليزي، لكنه غير معترف به في القانون الألماني، وذلك كمسألة أولية في شأن طلب أرملة ألمانية لزوج انجليزي الحصول على تأمين خاص بنظام العاملين لزوجها، وذلك لاعتبارات العدالة المادية وحماية الأسرة اقتصاديا، وتقرير حق الأرملة في الحصول على الضمان الاجتماعي يقتضي الاعتراف بالزواج حتى ولو كان لم يتم وفقا لقواعد القانون الألماني طالما كان معترفا به في قانون أجنبي، راجع : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص286.

(2) راجع : د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص136.

إذا كانت تشير باختصاص القانون الوطني، فنستطيع أن نسقط ذلك على المسائل الأولية فنقول بأنه يجوز تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص في حكم المسألة الأصلية إذا أشارت إلى اختصاص القانون الجزائري لحكم المسألة الأولية.

ـ أن إعمال نظرية المسائل الأولية يكون في حدود معينة وفي ظروف كل قضية، فمن الأسلم عدم وضع قاعدة عامة تطبق في كل الأحوال، إنما ما تستدعيه اعتبارات العدالة وحماية توقعات الأشخاص والتبصر بمصالحهم من ناحية، ومن ناحية ثانية مراعاة الروابط والصلات الموضوعية بين المسألة الأولية المعروضة وقواعد الإسناد الوطنية أو بينها وبين قواعد الإسناد الأجنبية، وبناء على ذلك قد يطبق القاضي قواعد الإسناد الوطنية أو يطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي يحكم المسألة الأصلية.

قائمة المراجع / أولا: المراجع باللغة العربية: 1. الكتب:

ـ د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2008.
ـ د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، ط2008.
ـ د. أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين، دون دار نشر، ط2007.
ـ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط2007.
ـ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2005.
ـ د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط 1994.
ـ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، ط 1958.
ـ د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط2006.

2. الرسائل:

ـ رشا علي الدين، أحمد علي تقي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، في نظرية تنازع القوانين، والقانون الدولي الاتفاقي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2002.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

ـ Lousouarn Yvon et Bourel Piere, Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993.
ـ Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.