القانون الواجب التطبيق على المسائل الاولية
(دراسة في تنازع القوانين)

أ.م.د.كريم مزعل علي شبي **هند مهند علي**

المقدمة

مضمون الموضوع:

إذا كانت نظرية تنازع القوانين هي النظرية العامة في القانون الدولي الخاص والذي يرتكز عليها وتعد الأساس الذي تنبثق منه أغلب المسائل القانونية فإن هذه النظرية قد احتوت، وتضمنت العديد من المشاكل القانونية ،والأفكار الفقهية والتي أثارت جدلاً فقهياً واسعاً ولعل أهم تلك المشاكل القانونية ما يعرف بالمسائل الأولية والتي لم تبرز كنظرية قانونية إلا في عهد قريب على يد فقهاء القانون الدولي الخاص في ألمانيا والذين أبرزوا العديد من الجوانب العلمية والفنية التي كونت نظرية المسائل الأولية في مؤلفاتهم كما كانت الأساس الذي اعتمدته المحاكم في القضايا المعروضة عليه بحيث أسهمت إلى حد كبير في تمييز أي مسألة أولية تنشأ في ظل المسألة الأصلية المعروضة أمام القاضي مما بلور الأفكار القانونية والفقهية لوضع الحلول الملائمة و المناسبة لهذه المشكلة.

اهمية البحث

نظرا لتشعب العلاقات الخاصة الدولية وازديادها بصورة مطردة مما أدى الى تشعب العلاقات وترابطها و من ثم ازدياد المسائل القانونية والقضايا المعروضة أمام المحاكم والتي تؤدي بالنتيجة الى نشوء مسائل أخرى مرتبطة بها ومتلازمة معها تعرف بالمسائل الأولية أو الاحتياطية بحسب ما يطلق عليها جانب من الفقه المقارن لذا فقد وقع الاختيار على موضوع المسائل الأولية كمشكلة فنية لم تستقر التشريعات وكذلك المحاكم على حل موحد حول القانون الواجب التطبيق عليها والاتجاهات الفقهية والتطبيقات القضائية بالشكل الذي يتناسب واهمية الموضوع . إضافة الى أن المسائل الأولية كفكرة قانونية في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين تعد من أكثر المسائل القانونية تعقيدا خاصة إذا علمنا أن أغلب الأبحاث الفقهية القانونية التي تدور في أطار القانون الدولي الخاص لم تتطرق إليها ولم تعطها حقها من البحث العلمي إضافة إلى عدم النص عليها في اغلب القوانين ومنها العربية مما زاد من تعقيدها وغموضها حتى عدها كثيرون مجرد عقبة لا فائدة منها أو عامل تعقيد يؤسف له لأن النظرة الغالبة إلى أية مسألة إنما تكون إلى موضوعها وذاتها بغض النظر عن كونها أولية أو أصلية .

اشكالية البحث:

إن الاشكالية الرئيسة في هذا الموضوع هي١- إذا كانت المسالة الأصلية تخضع لقواعد الإسناد في قانون القاضي الذي ينظر النزاع فإن الفقه قد انقسم إلى أكثر من اتجاه بشأن النظام القانوني الذي تخضع له المسائل الأولية . ويمكننا أن نميّز بشأن ذلك اتجاهين

الأول :- لاتجاه التقليدي الذي يتضمن النظريات التقليدية آو الجامدة ، وهو يُخضع المسائل الأولية إما لقواعد الإسناد لقانون القاضي أو لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية .

الثاني :- الاتجاه التحليلي المرن او الحديث الذي يخضع المسألة الأولية لقانون مركز الثقل أو يخضعها بحسب ما تتطلبه حالة كل مسألة على حده ٠

٢- عدم اكتراث المحاكم ببيان هذه المسائل أثناء نظر القضايا بصورة بارزة وواضحة ومن ثم فأن هذه النظرية محاطة بالغموض خاصة في موضوع القانون الواجب التطبيق عليها والنظريات الفقهية والقانونية والقضائية التي اثيرت بهذا الصدد٠

منهجية البحث

(نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي والوصفي المقارن من خلال عرض القوانين المعنية لدول مختلفة بينها وآراء الفقه بشأنها وعرض مختلف أحكام القضاء والتعليق عليها وبيان رأينا فيها) .

Abstract :-

The primary is sues are considered the most important lawful problems that have come out few years ago by the jurists the private inter national law in Germany who showed many of sciontitic artistically sides that constructed the theory of the primary issues in their works which were the presented cases in which contributed in a large range to dieting wish any primary is sue that come out within the original is sue that presented to the judge and that was the cause of clarifying the lawful and jurisprudential concepts to put the appropriate solutions for this problem.
the law that is obliyatory to apply on the primary issues , and that in two topics:The first topic was specialized to search the tradionctl theories or directious that is followed to solve the primary issues be applying the supportence roles on the judged law the natioual supportenceroles or by applying the supportence rote on the foreign law which speciallze with observing the original issues.The second topic was put to discss the modern or the flexible diresction to now the primary issues.

المبحث الأول
تعريف المسائل الأولية ونشأتها

حينما تعرض مسألة معينة أمام القاضي فإن أهم ما يقوم به هو البحث عن معرفة جوانب تلك المسألة ومضمونها وتحديدها وعملية البحث في مضمون ومحتويات المسألة ذات العلاقة بالنزاع لابد أن يؤدي إلى ظهور العديد من المسائل الأخرى الجانبية التي لابد من تقصي طبيعتها نظراً لتلازم عملية البحث والتفسير القانوني للمسألة ٠

تلك المسائل قد تكون إحداها على درجة كبيرة من الارتباط بالمسألة ذات العلاقة بالنزاع المعروض أمام القضاء بحيث يتطلب البت فيها لكي تتم بعد ذلك عملية الفصل في القضية الأولى أو المباشرة أو الأصلية أمام القضاء[١] هذه المسألة تعرف بالمسألة الأولية ،والتعرف على مثل هذه الفكرة القانونية .أو النظرية القانونية فإننا سوف نعرض لتعريف المسائل الأولية من حيث أنها مشكلة في إطار تنازع القوانين كما سنعرض لتطورها القانوني ومن ثم تمييزها عن غيرها من الأوضاع القانونية المشابهة لها وذلك في مطلبين:-

المطلب الأول :- تعريف المسائل الأولية.

المطلب الثاني :- نشأة المسائل الأولية وتطورها القانوني .

المطلب الأول
تعريف المسائل الأولية

قبل التطرق الى تعريف المسائل الأولية في الاصطلاح القانوني فإننا نعرض المعنى اللغوي لهذه الكلمة وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب ثم في فرع ثاني نتطرق إلى التعريف الاصطلاحي٠

الفرع الأول
المعنى اللغوي

كلمة (مسألة) على وزن مفعلة متأنية من الفعل الثلاثي {سأل،يسأل،سؤال ومسألة ،والعرب قاطبة تحذف همزة سل فإذا وصلت بفاء أو واو همزت كقولك فسأل واسأل --}٠{وجمع المسالة مسائل فإذا حذفوا الهمزة قالو:- مسلة،والفقير يسمى سائلا }[٢] وأيضا سأل يسأل سؤالاً ومسألة و سأله وتساؤل وسألة،والتسؤل :- ما يسأله الإنسان كقوله تعالى (أوتيت سؤلك ياموسى)بالهمز وبغيره وسأله الشيء وسائلة عن الشيء[٣].قال تعالى (سأل سائل بعذاب واقع)

اماعن المعنى اللغوي لكلمة (اولية) فهي مشتقة من اول وتاسيس بنائها من همزة وواو ولام او تشتق من واوين بعدهما لام الاول والاولى بمنزلة افعل فعلى ، وجمع اول اولون وجمع اولى اوليات واول الشئ بدايته واصله ومنها جاءت كلمة التأويل اي التفسير اي رد المعنى الى اصله واساسه.

الفرع الثاني
التعريف الاصطلاحي.

يعرف فقهاء القانون الدولي الخاص المسائل الأولية بأنها تلك المسائل القانونية التي يكون الفصل فيها لازماً للفصل في المسائل الأصلية[٤]. أي أن البت فيها وتقصي إبعاد ها القانونية والتحديد القانوني لطبيعتها

---

[١] د.حفيظة السيد الحداد/القانون الدولي الخاص/ منشورات الحلبي الحقوقية / ٢٠٠٢.

[٢] ابن منظور /لسان العرب /بيروت دار إحياء التراث العربي /ج٦/ط٣/ ٣٠١.
و الخليل بن احمد الفراهيدي / كتاب العين / ترتيب ومراجعة د.داود سلوم و اخرون / ط ١ /٢٠٠٤ بيروت / باب حرف السين (٣٠١/٧) باب سأل / ص٣٤٥-٣٤٦.

[٣] مختار الصحاح للشيخ الرازي /دار الفكر العربي /بيروت / ١٩٨١ /باب س أ ل(س) /ص٢٨١.

[٤] الخليل بن احمد / مصدر سابق / ص٤. د٠ جمال الكردي/ تنازع القوانين /دار النهضة العربية ٢٠٠٦ م

والحكم فيها ضرورياً للفصل في المسألة الأصلية التي يتم نظرها من قبل القضاء نظراً لوجود تلازم وترابط بين المسألتين الأولية والأصلية فيكون لزاماً على قاضي الموضوع النظر في المسائل تلك والفصل فيها من اجل تمهيد الطريق للمسألة الأصلية لكي تصبح جاهزة من الناحية القانونية للفصل فيها ومثل هذه الأمور دائمة الحصول ومستمرة في فروع القانون كافة وعلى نطاق واسع ولا تثير إشكالاً معيناً في إطار القانون الداخلي إذا كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة بعناصرها كافة ولم يدخل إليها عنصر أجنبي بحيث يجعل منها علاقة تتعدى حدود الدولة الواحدة وتخضع ومن ثم لأحكام القانون الدولي الخاص وتثير تنازعاً بين القوانين .
أما لو كانت العلاقة ذات إبعاد دولية فإن الأمر فيه اختلاف قانوني كبير إذ كما هو معروف ان العلاقة ذات الإبعاد الدولية أو الأجنبية ترتبط بأكثر من نظام قانوني بأحد عناصرها.

ومن ثم فإنها تثير ما يعرف بظاهرة التنازع ولذلك فإن المسألة الأولية المرتبطة بأكثر من نظام قانوني سوف تثير تنازعاً بين القوانين أيضا [1].
وللمسألة الأولية تسميات مختلفة ،ففي الفقه الانكلوسكسوني تدعى بالمسائل التمهيدية وهو تعبير غير دقيق من وجه نظر اغلب الفقهاء إذ أن إطلاق مثل هذه التسمية والمصطلح على المسائل الأولية ،يجعل من القضية التي تعرض على المحكمة كأنها تمر بأكثر من مرحلة في ذات الوقت وهي المرحلة التمهيدية ثم المرحلة النهائية[2]والأمر في ذاته مختلف عن هذا الوضع إذ إن المسألة الأصلية لا تمر بهذه المرحلة ،بل أنها قضية مستقلة.
والمسألة الأولية مستقلة عن المسألة الأصلية في حد ذاتها إلا أن إجراءات رفع الدعوى هي التي جعلت منها مسألة أولية ليس إلا فوجودها لازم فقط للبت في المسالة الأصلية .
كما يطلق عليها بعض من الفقه الانكلوسكسوني ويشاطره بعض من الفقه أللاتيني تعبير (المسائل الاحتياطية)وهو تعبير مجانب للصواب من عدة وجوه أهمها:-
إن هذا التعبير يوحي بأن دور المسائل الأولية إنما هو دور أحتياطي ٠ أي حينما يتعطل العمل بالمسائل الأصلية ينهض العمل والبت بالمسائل الأولية وهو أمر غير متوافق مع مضمون فكرة المسائل الأولية.
إضافة إلى تسميات أخرى تعرضت للنقد منها المسائل الثانوية وكذلك المسائل الفرعية ٠ إلا أن التسمية الأكثر شهرة ودقة هي المسائل الأولية question prealable [3] .ومن اجل توضيح فكر ة المسائل الأولية في تنازع القوانين فأننا نسوق الأمثلة الآتية :-
كان المدعو(س)العراقي الجنسية الذي يدين بالديانة الإسلامية متزوج من امرأة عراقية مسلمة وله منها ولدان ثم سافر الى كندا حيث تزوج بامرأة عربية وأنجبت له ولداً واحداً وقد تم إبرام الزواج في كندا وذلك حسب مبادئ الشريعة الإسلامية ثم عاد بعد ذلك إلى العراق حيث توفي فيه فرفعت المرأة العربية دعوى ميراث (مسألة أصلية)أمام المحاكم الكندية فقررت المحكمة بعد أن دفع بعدم صحة الزواج الثاني وعدم شرعية الولد ان تتثبت من صحة هذا الزواج (مسألة أولية) وكذلك التثبت من شرعية الولد من تلك المرأة العربية (مسألة أولية) ليتسنى للمحكمة بعد ذلك البت في المسألة الأصلية (دعوى الميراث)
والأمثلة على المسائل الأولية كثيرة في الحياة الدولية نأخذ مثلاً ما أورده القضاء الاسترالي حيث تزوج المدعو عبده الهندي الجنسية والمسلم الديانة والمتوطن في استراليا من المدعوة عذراء الهندية المسلمة بموجب عقد زواج ابرم في استراليا طبقا لإحكام الشريعة الإسلامية المطبقة في الهند والتي تختلف عن القانون الاسترالي هذا في الوقت الذي كان فيه الزوج متزوجا بزوجة أخرى وله منها ولدان بعدها عاد ذلك الزوج الى موطنة في الهند حيث توفي هناك تاركاً ثروة منقولة في استراليا فرفع ولداه دعوى ميراث

---

[1] دحفيظة السيد الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق/ص٣ ٠

. Gotlieb:- The incident question in anglo-American conflct of laws/ con/pur - rev/33/1955/p523.

-Cheshire–private international law\ p.72-73.

[2]) Dicey & Morris:- conflict of laws\ 9th ed \ London 1973 \ ch 4 \p.70..

[3] د. احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية في تنازع الدولي بين القوانين/ بحث منشور في مجلة القانون الدولي المصري العدد -٤٧-/لسنة ١٩٩١/ص٢-٣.

أمام القضاء الاسترالي (تلك هي المسألة الأصلية التي قرر القضاء إخضاعها للقانون الهندي (قانون موطن المتوفى) .
وطبقا لإحكام الشريعة الإسلامية في هذا القانون لا يرث من الأولاد إلا من كان ولداً شرعيا هنا طرحت على القضاء مسألة أولية Incidental questions هي التثبت من شرعية نسب الأولاد ،وثار التساؤل وفقاً لأية قاعدة تنازع تخضع تلك المسألة حتى يتحدد القانون واجب التطبيق عليها ؟
هل قاعدة التنازع في القانون الهندي واجب التطبيق على المسألة الأصلية طبقاً للقانون الاسترالي أو قاعدة التنازع في هذا الأخير باعتباره قانون القاضي المعروض عليه النزاع ؟[١].
وللمسائل الأولية تعريفات عديدة ليس في فقه القانون الدولي الخاص فقط بل و في القانون الداخلي أيضا إذ أن اغلب القوانين عرفتها لاسيما قانون المرافعات لكن فكرة المسائل الأولية كمشكلة في تنازع القوانين تختلف عنها في القوانين الداخلية وان كان المضمون واحداً فهي المسائل التي يكون البت فيها لازما للبت في المسألة الأصلية نظراً لوجود ترابط بين المسألتين أما في أطراف العلاقة أو موضوعها أو السبب المنشئ لها.
ففي القانون العراقي وعلى الرغم من خلوه من نص صريح يحدد المقصود بالمسائل الأولية إلا أن الفقه قد عرف هذه المسائل تعريفاً عاماً من دون تمييز بين المسائل الأولية في إطار نظرية تنازع القوانين وبين المسائل الأولية في إطار القوانين الداخلية وخاصة قانون المرافعات .
فنجد أن الغالبية [٢]يعرفون المسائل الأولية على أنها (تلك المسائل التي يجب البت فيها قبل البت في الدعوى) [٣].
و لا يختلف تعريف القضاء العراقي عن هذا التعريف خاصة إذا علمنا ندرة قضايا المسائل الأولية في مجال تنازع القوانين المعروضة على هذا القضاء كمشكلة ونظرية متميزة بل أن هذه المسائل ينظر إليها كمسائل إجرائية في إطار القانون الداخلي وليست كمسائل أولية موضوعية .أما الفقه في مصر فنجد أنه يعرف هذه المسائل على أنها (كل مسألة قانونية صالحة في حد ذاتها لأن توجد بشكل مستقل والتي يتعين البت فيها من أجل الفصل في المسألة الأصلية) [٤].
كما ويعرفها على أنها (كل مسألة ناشئة من النصوص المادية والقانونية للمسألة الأصلية وقادرة على أن تكون مستقلة ومحتفظة بذاتيتها وتكون لازمة للفصل في المسألة الأصلية التي نشأت بمناسبتها[٥].
أما الفقه الغربي فأنه اهتم بمشكلة المسائل الأولية وإبرازها سواء على الصعيد الفقهي أم على الصعيد القضائي خاصة في ألمانيا وايطاليا كما وضع أكثر من تعريف للمسائل الأولية تميزت هذه التعاريف بإظهار الفارق بين المسائل الأولية الموضوعية والمسائل الأولية الأخرى التي تبحثها القوانين الداخلية فالفقه في الدول اللاتينية كألمانيا وايطاليا وفرنسا يعرف المسائل الأولية على أنها (تلك المسائل القانونية المتعلقة بمركز قانوني معين أو بمنازعة في حق معين يتوقف على الفصل فيه الفصل في المركز القانوني أو الحق المتنازع عليه في المسألة الأصلية) [٦].
أما الدول الأنكلوسكسونية فان الفقه فيها يشير الى المسائل الأولية Prellminary Questions إشارات طفيفة فنجد أنه يعرفها على إنها (كل مسألة ثانوية تتعلق بالمسألة الأصلية والفصل فيها) [٧].

---

[١] د. احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ .نقلآعن
P.enych :-conflict of laws in Australia 3rd /ed-
Butter worths. Sydney. 1976 .p.164 .
[٢] د. حسن الهداوي وغالب الداودي / القانون الداودي / القانون الدولي الخاص /ط١/ ١٩٨٨م.
ود. جابر الراوي / أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي/بغداد١٩٨٠م.
[٣] د. حسن الهداوي وغالب الداودي / ذاتن المصدر.
[٤] د. حفيظة الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق /ص٣.
[٥] د. جمال الكردي /تنازع القوانين/ مصدر سابق/ص٥ .
و د. أحمد عبد الكريم سلامه / مشكلة المسائل الأولية / مصدر سابق/ص٧.
[6]Francescakis :- Droit international prive compare \ Rep .Dalloz de droit international \ p.67-687 . spec, p.67.
[7]Gotlieb :- The incidental question in Anglo-american law \ p.735.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نعرف المسائل الأولية على أنها (كل علاقة أو مركز قانوني مستقل أثير أمام القضاء بمناسبة علاقة قانونية معروضة عليه لارتباطها به وتعلق حسمها على الفصل والبت فيه).

المطلب الثاني

نشأة المسائل الأولية وتطورها القانوني

المسائل الأولية كمشكلة قانونية ليست حديثة النشأة كما يعتقد بعض من فقهاء القانون الدولي الخاص .بل أنها قديمة ظهرت مع ظهور مشاكل تنازع القوانين ،إلا أنها لم تكن ذات جوانب متميزة من الناحية الفنية على أقل تقدير كنظرية قانونية ،بل كانت ترافق القضايا التي تعرض إمام القاضي من دون أن يلتفت إليها الفقه بصورة واضحة ومحددة ٠ فأي قضية ترفع أمام المحكمة تحمل بين طياتها العديد من المسائل الشائكة والتي لابد للقاضي المرفوع إمامة النزاع من النظر فيها وحسمها لكي تحصر القضية الرئيسة تمهيدا لإصدار الحكم المناسب بشأنها٠

من هنا كانت المسائل الأولية موجودة وملازمة للقضايا الرئيسية التي ترفع امام المحاكم وفي أي فرع من فروع القانون وكان هذا في إطار العلاقات الداخلية إذا أنها نشأت في البداية ضمن إطار العلاقات الداخلية وعقب التطورات التي شهدتها الحياة الاقتصادية بالدرجة الأولى والاجتماعية والسياسية ونتيجة تنامي العلاقات بين الشعوب نشأت كثير من الروابط التي تعدت إقليم الدولة الواحدة بحيث صارت العلاقات القانونية ترتبط بأكثر من نظام قانوني بهذا العنصر أو ذاك من العناصر المكونة لها[١].إلا أنها في إطار القانون الداخلي والعلاقات الوطنية لم تلق أي اهتمام فقهي ولكن بعد أن تبلورت مبادئ القانون التي تتعلق بالروابط القانونية الخاصة وما تثيره من مشاكل فنية من بينها مشكلة المسائل الأولية صارت الفكرة أكثر وضوحا من الناحية الفنية إذا أنها ظهرت بصورة متميزة نظرا لما أثارته من مشاكل كان من الصعب إيجاد الحل الملائم لها والذي يحقق العدالة اللازمة للأطراف المتخاصمة في إطار العلاقات الخاصة الدولية ففكرة المسائل الأولية وجدت جذورها في القانون الداخلي بينما نمت وتطورت في القانون الخاص الدولي وفي إطار تنازع القوانين بشكل خاص . إن هذه النظرية نشأت وتطورت على يد الفقيهين الالمانيين وينغر (Wengler) ومالكور (Melchior) كما يتفق على ذلك أغلب الفقهاء[٢]على حين يرى آخرون ان الفقيه الايطالي (Anilities) هو أول من اكتشف هذه النظرية بجوانبها المتميزة [٣]و في الحقيقة أن كل من هؤلاء الفقهاء هو مكتشف نظرية المسائل الأولية ذلك أنها ظهرت في جوانب متعددة او صور متعددة فكل فقيه من هؤلاء أكتشف جانبا من جوانبها المعقدة والمتشعبة فنظرية المسائل الأولية لاتختص في تنازع القوانين فقط وهو المجال الذي يعمل عليه كل من الفقيهين الالمانيين (وينغلر ، ومالكور) بل ظهرت في مجال اختصاص المحاكم وهو الجانب الذي تكلم عنة الفقيه الايطالي (أنزيلوتي) وتوجهت إليه بحوثه ودراسته٠ وأيضا ظهرت فكرة المسائل الأولية كفكرة قانونية في مجال الجنسية وهو ما تناوله الأستاذ (زتلمان) في بحوثه القانونية [٤].

وجدير بالذكر ان هذه النظرية ظهرت في الفقه والقضاء المقارن في كل من ألمانيا والنمسا وسويسرا، وهي ترمي في عمق فكر ها الى تضييق نطاق التطبيق المكاني لقاعدة التنازع في قانون القاضي[٥].

المبحث الثاني

---

[١] د. احمد عبد الكريم سلامة / علم قاعدة التنازع / مصدر سابق /ص٣.

[٢] د.حفيظة السيد الحداد / مشكلة المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص / اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة نيس Nice /١٩٨٤ / ص ١٩.

[٣] د. احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق /ص٧ ومابعدها نقلا عن :-

- Anzilotti :- I I diritto internationale nei giudizi interni \ 1950 \p.192 .

ود.جمال الكردي /مصدر سابق.

[4]) Zitelmann :- Internationales privatrechts , Munchen Leipzig \ tome I I \ 1912 \ p.836 ..

[٥] د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية/ مصدر سابق /ص٧.

و د. حفيظة الحداد /القانون الدولي الخاص/ مصدر سابق /ص٣.

الاتجاه التقليدي أو الجامد في القانون الواجب التطبيق

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن المسائل الأولية تخضع في حلها إلى نوعين من قواعد الإسناد فهي إما أن تحل وفقا لقواعد الإسناد الوطنية أي قواعد الإسناد في قانون القاضي الذي ينظر النزاع في المسالة الأصلية . وإما إن تحل وفقآ لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسالة الأصلية والذي أثارت قواعده الموضوعية المسالة الأولية .ومن اجل توضيح كلا الحلين أو الاتجاهين فسيتم تقسيم المبحث إلى مطلبين **كالتالي :-**

المطلب الأول :- إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد الوطنية

المطلب الثاني :- اخضاع المسائل الاولية لقواعد الاسناد الاجنبية

المطلب الأول

إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد الوطنية .

يرى غالبية الفقهاء أن تنازع القوانين المتعلق بالمسائل الأولية يتم حله بإعمال قواعد تنازع القوانين في القانون الوطني للقاضي الذي ينظر النزاع فهذا الاتجاه يعامل المسألة الأولية كمسالة مستقلة عن المسألة ألأصلية ويطبق عليها ما يطبق على المسائل الأولية فمثلما تخضع المسالة الأصلية لقواعد الإسناد لقانون القاضي فالمسألة الأولية تخضع بدورها لذات القواعد وقد قدم مؤيدو هذا الاتجاه العديد من الحجج لتأييد وجهة نظرهم أهمها ضرورة احترام قاعدة الإسناد في قانون القاضي وأيضا رفض فكرة الإحالة إما الحجة الثالثة فهي تحقيق وحدة الحلول وتناسقها على الصعيد الداخلي إضافة إلى شمولية الاختصاص والترابط بين المسالتين[1] وعليه فأننا سنوضح حجج هذا الاتجاه والرد عليها إضافة إلى أهم التطبيقات والإحكام القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه وذلك في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول :- حجج هذا الاتجاه والرد عليها .

الفرع الثاني :- التطبيقات القضائية .

الفرع الاول

حجج هذا الاتجاه والرد عليها

أ- الحجج :-

وضع الفقه المدافع عن هذا الاتجاه أكثر من سند وحجة لتبرير وجهة نظره لعل أهمها:-

١- احترام قواعد الإسناد الوطنية :-

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اختصاص قواعد الإسناد في قانون القاضي الذي ينظر النزاع هو اختصاص أصيل و ذلك لكون منح الاختصاص لقواعد القانون الأجنبي فيما يتعلق بالمسائل الأولية كان من قبل قواعد الإسناد الوطنية شأنها في ذلك شأن المسألة الأصلية إضافة إلى أن خضوع المسألة الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص فيه تحدي على قاعدة الإسناد الوطنية وعدم احترام لها لأنها قواعد ذات اختصاص أصيل فاختصاص القانون الأجنبي يكون بحدود ما منح من اختصاص بشأن المسألة الأصلية فقط أما المسألة الأولية فتخضع لقواعد الإسناد الوطنية[2].

---

[1] د٠حفيظة السيد الحداد/القانون الدولي الخاص/ مصدر سابق/ص٣

د. احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧

-A.H.Robertson:-characterization in conflict of laws /Cambridge har vard university pres 1940 ;p 135 et/ p141etss

-Wolff:-private international law/2nd ed/ 1950 /p206-212

وكذلك –B.graulich :- principles dedroit international prive p.172

.

[2] د٠حفيظة السيد الحداد/القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣

٢-شمولية الاختصاص الذي تتصف به قواعد الإسناد [١]:-
عند التدقيق في طبيعة المسألة الأولية نجد أنها لا تختلف عن المسألة الأصلية الا أن إلية التقاضي هي التي جعلت منها مسألة أولية بشان المسألة الأصلية المرفوعة أمام المحكمة ذلك أنها علاقة قانونية مستقلة يتوقف على حلها الفصل في المسألة الأصلية وبما أن أي نظام قانوني لابد وأن يتضمن الى جانب قواعده الموضوعية قواعد إسناد فان المشرع الوطني ونظراً لغياب المشرع الدولي لحل مشكلة تنازع القوانين قد جعل لقواعد الإسناد الوطنية صفة الشمولية والعمومية في الاختصاص بمعنى انها ذات اختصاص عام وشامل بنظر جميع المسائل القانونية التي يثار بشأنها تنازع بين القوانين سواء كانت تلك المسألة أصلية أم أولية فلا تأثير للعملية التعاقبية في عرض المسالة إمام القضاء والتي تجعل منها أصلية أو أولية في خضوعها لقواعد الإسناد الوطنية وتشكل مثل هذه العمومية مساهمة من قبل المشرع الوطني في حل مشكلة تنازع القوانين [٢].
٣-رفض الإحالة :-
إذا كان النظام القانوني للقاضي الذي ينظر النزاع في المسالة الأصلية لا يأخذ بالإحالة فان ذلك يعتبر أساساً ومبرراً فنياً لعدم إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد الأجنبية وإخضاعها لقواعد إسناد القاضي لأن ذلك يشكل التزاما قانونياً على عاتق القاضي في تطبيق قواعد إسناد قانونه بمعنى آخر أن القاضي سيكون ملتزماً بأمرين:-
الأول :- تطبيق قواعد الإسناد الوطنية على جميع المسائل القانونية التي تثير تنازعا بين القوانين من دون تمييز بين ما يكون منها مسألة أصلية أو أولية .
الثاني :- تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية فيما يتعلق بالمسألة الأصلية من دون قواعد الإسناد الأجنبية [٣].
هذا و إن التنازع بين القوانين بشأن المسألة الأولية مختلف عن التنازع بشأن المسألة الأصلية رغم الترابط بين المسألتين و إن اختيار القانون الأجنبي انما تم لوضع حل للمسألة الأصلية من الناحية الموضوعية ولم يتم من أجل حل التنازع بشأن المسألة الأولية فهو تنازع مختلف يحتاج الى اختيار آخر جديد ونظراً لوجود العديد من القوانين التي ترفض الأخذ بالإحالة [٤]فإن إمكانية تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي الذي ينظر النزاع على المسالة الأولية كبيرة .
٤- تناسق القوانين :-
يذهب الفقه المناصر لهذا الاتجاه الى أن تطبيق قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي يحقق وحدة الحلول وتناسقها على المستوى الإجرائي الداخلي فأي مسألة قانونية ترفع للقضاء يجب أن يتم حلها وفقا لقانون القاضي من دون النظر الى الطريقة الإجرائية التي تم رفعها بها للقضاء فالعنصر المهم هو جوهر المسألة وليس الشكل الإجرائي الذي عرضت به أمام القضاء فمن غير الصحيح أن تعرض مسألة معينة تتعلق بصحة زواج مثلاً على أنها مسألة أصلية فيطبق بشأنها قواعد التنازع في القانون الوطني على حين يطبق بشأنها قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فيما لو عرضت كمسألة أولية فالعبرة بجوهر المسألة

و د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧
و د. احمد عبد الكريم سلامة/علم قاعدة التنازع /مصدر سابق/ص٣

[1] R.vander els t:- droit international prive/ p.310 -322.

[٢] يذكر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة نقلاً عن الأستاذ MAURY في مؤلفه دروس في القواعد العامة في تنازع القوانين ج٣/ لاهاي / ١٩٣٦ / ص ٣٢٩. [أن إخضاع المسالة الأولية لقواعد التنازع الأجنبية دون القواعد الموضوعية فيه يعني أنها تثير تنازع بين القوانين وحينما يتعلق الأمر بالتنازع فان قواعد الإسناد الوطنية أي قواعد قانون القاضي تختص بحلها دون غيرها] راجع د.احمد سلامه/ مشكلة المسائل الأولية.

[٣] د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية / المصدر ذاته.
ود. احمد الهواري /الوجيز في تنازع القوانين / القاهرة /١٩٩١م.

[٤] كالقانون المدني السوري لعام ١٩٤٩م في المادة ٢٩ منه والقانون المصري في المادة ٢٧ منه والليبي لعام ١٩٥٣ م في المادة ٢٧ والقانون اليوناني لعام ١٩٤٦م في المادة ٣٢ منه والقانون الايطالي لعام ١٩٤٢م في المادة ٢٠ منه راجع حول ذلك د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧.
-E.Deby .Gerard :- Lerole de la regle de conflict dans le reglement les rapports internationaux ./ paris. Dalloz /1973.

وليس بطريقة طرحها هذا ويذكر الدكتور أحمد عبدا لكريم سلامة أنه [ليس هناك اختلافٌ في الطبيعة الجوهرية للمسألة التي قد تكون محلاً للمنازعة أصلية أو أولية فالأمر يتعلق بأسبقية زمنية ومنطقية في عرض المسألة على القضاء والطبيعة التعاقبية Consecutive Nature لعرض المسألة على القضاء لا تعني بالضرورة اختلافاً في قواعد التنازع واجبة التطبيق وأن القول بغير ذلك يعد منافياً للعدالة والمنطق ومؤدياً الى تضارب الأحكام في القانون الداخلي][1].

٥ – الصلة بين المسألتين الأولية والأصلية :-

لاشك أن هناك ترابطاً بين المسألتين الأولية والأصلية ذلك أن المسألة الأولية إنما هي تلك المسألة التي يتوقف حسم المسألة الأصلية على حسمها ، ومن ثم فإن خضوع المسألة الأصلية لقواعد التنازع الوطنية في قانون القاضي سيجعل من خضوع المسألة الأولية لذات القواعد أمراً وارداً هذا و إن خضعت المسألة الأولية لقواعد الإسناد الأجنبي إلا أن ذلك لا يعني ان القانون والقضاء الوطني قد فقد تأثيره عليها بل أنها تدخل بشكل أو بأخر داخل دائرة اهتمام القاضي الوطني وان قيام عملية الانفصال أو الاستقلال بين المسألتين الأولية والأصلية لا ينهي الترابط بينهما ولتوضيح تلك الروابط بين المسألتين نأخذ المثال التالي من القضاء الفرنسي بشأن قضية عرفت بقضية ميراث الهندي وتتلخص وقائعها بأن هندياً توفي في فرنسا تاركاً شركة عقارية كبيرة وكان لهذا الهندي أولاد وله أيضا ولد بالتبني فطالب هذا الأخير بحقه في ميراث أبيه بالتبني حيث رفع دعوى ميراث أمام القضاء الفرنسي (المسألة الأصلية) وهي تخضع لقواعد الإسناد في القانون الفرنسي ولأجل التبيين من أحقية أو عدم أحقية المتبنى للميراث لابد للمحكمة من التحقق من صحة التبني (مسألة أولية) إذ تتوقف عليها حسم المسألة الأصلية وبما أن المادة ٣٤٤ من القانون المدني الفرنسي تشترط لصحة التبني عدم وجود أولاد بقولها (لا يكون التبني صحيحا إلا إذا لم يكن للمتبني أولاد في اللحظة ألتي حصل فيها التبني) فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في ٢٤/نيسان /١٩٣٠م بعدم أحقية الولد المتبنى للميراث[2]فمن خلال هذه القضية التي احتوت على مسألتين أصلية وأولية تتعلق بصحة التبني نلمس وبشكل واضح مدى الترابط بين المسألتين إذ أن خضوع المسألة الأصلية للقضاء الفرنسي أسهم وبشكل كبير في وضع ملامح حل المسألة الأولية إذ خضعت هذه الأخيرة من حيث التكييف للقانون الفرنسي الذي كيفها على انها مسألة استحقاق تركات وبالتالي خضعت للقانون الفرنسي على حين لو تم تكييفها على أنها مسألة أحوال شخصية لخضعت للقانون الانكليزي والمطبق على الهند في حينها فالتأثير والترابط متبادل بين المسألتين بحيث يؤدي إيجاد حل لإحداهما يؤثر في حل الأخرى .

ب- الرد على حجج هذا ألاتجاه (ألانتقادات) :-

على الرغم من الحجج التي تقدم بها أصحاب هذا الاتجاه القائلين بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية على المسائل الأولية ورغم ما جاءوا به من تبريرات الا أنها لم تسلم من النقد من قبل المناهضين لهذا الرأي حيث وجهوا العديد من الانتقادات والحجج المناهضة لهذا الرأي منها ما يتعلق بحجة احترام قواعد الإسناد الوطنية فإن القاضي الوطني وهو يطبق قانونه على مسألة سواء كانت أصلية أو أولية فإن التزامه هذا يشكل احتراماً لقواعده الوطنية وفي جميع المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي يلزم لبحث عن القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل وبحثه هذا يكون عن طريق قواعد الإسناد في قانونه بغض النظر عن طبيعة المسألة فمجرد هذا الالتزام هو الذي يشكل الاحترام الصريح للقانون وللقاعدة الوطنية حتى وأن أدى ذلك الى تطبيق قواعد قانون أجنبي ونظراً لأن أساس وجود مشكلة المسائل الأولية هو الترابط القائم بين القواعد القانونية المنتمية إلى ذات النظام القانوني والمتصلة بذات الوقت بالقواعد الأجنبية فإن إخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد الوطنية أمر في غير محله ذلك أن دور قواعد الإسناد الوطنية قد انتهى بتعيين القانون المختص و إن مجرد تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية يشكل احتراما لقواعد الإسناد الوطنية

---

[1] يذكر د٠ أحمد عبد الكريم سلامه أن المحاكم المصرية قد تفصل في قضايا النسب أكثر من مرة فإذا عرضت عليها قضية ثبوت نسب بصفة أصلية فأن القواعد واجبة التطبيق هي قواعد الإسناد ألمصرية وقد تنتهي القضية الى اعتبار النسب شرعي ويتحدد القانون الواجب التطبيق عليها فيما لو عرضت كمسألة أولية والذي قد يعتبره غير شرعي ويتحدد القانون الواجب التطبيق عليها فيما لو عرضت كمسالة اولية والذي قد يعتبره غير شرعي وامر كهذا يؤدي الى تضارب في الاحكام .راجع بحثه مشكله المسائل الاولية /مصدر سابق الهامش (٣٩).

[2] كريم الساعدي /التكيف في تنازع القوانين /رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٢/ص٤٣ هامش ١١.

التي انتهى دورها في هذه المرحلة[١]أما في ما يتعلق بالحجة القائلة بشمولية قاعدة الإسناد الوطنية فإن القول بأن المشرع الوطني قد اعترف لقاعدة الإسناد الوطنية بالاختصاص الشامل لا يعني أن هذه القاعدة تحكم العلاقات كافة حتى تلك التي لا تدخل في نطاقها وغياب المشرع الدولي لا يعطي الحق للمشرع الوطني في سلب اختصاص القانون الأجنبي فيما لو عقد له الاختصاص ففي ذلك تعدٍ على القانون الأجنبي و إن القول بإسهام القانون والمشرع الوطني في فض مشكلة التنازع لا يعني أن هذه المشكلة منتهية بل أنها في حدوث مستمر طالما كانت العلاقات مستمرة بين الدول أما بالنسبة للحجة المتعلقة بالإحالة فكما تذكر الدكتورة حفيظة السيد الحداد [أن هذه الحجة لا وزن لها ذلك أن هناك اختلافاً جوهرياً بين كل من المسائل الأولية ومشكلة الإحالة وبالتالي فأن الحل الذي يتخذه مشرع ما بالنسبة للثانية لا تأثير له على الحل الواجب الإتباع بالنسبة للأولى والذي يؤيد وجهة النظر هذه أن جانبا من الفقه الايطالي الرافض للإحالة وفقاً للمادة ٣٠ من القانون المدني الايطالي أسند حل ألمسألة ألأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي][٢]
إما بالنسبة للحجة المتعلقة بتناسق الحلول فإن هذا التناسق أو الوحدة و إن كان أمر ضرورياً ولا مفر منه ويشكل حجر الزاوية الذي يستند إليه الفقهاء القائلون بهذا الاتجاه إلا أن هذه الحجة او المبرر لا يجب أن يُتخذ منه أساس لإخضاع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في قانون القاضي إذ لا تتمتع هذه الحجة بالإقناع الكافي . لأن مسألة الرجوع إلى القانون الأجنبي أمر قد يكون لابد منه في أغلب العلاقات ذلك أن سعي أي دولة لتوحيد الحلول بشأن كافة العلاقات القانونية التي تتم على إقليمها سيصطدم بالواقع الذي يرفض وحدة الحلول المطلقة إذ أن هذه الوحدة سوف تمس بشكل أو بآخر من الناحية الواقعية عن طريق أحكام ألقضاء أو النصوص التشريعية والتي تلغي بدورها الصفة المطلقة لوحدة وتناسق الحلول [٣]
أما فيما يتعلق بالصلة بين المسألتين كمبرر لخضوع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في قانون القاضي فإنها حجة غير كافية لأن خضوع المسائل الأولية للقانون الأجنبي المختص لا يمنع هذا الارتباط ولا يعني خروجها عن دائرة اهتمام القاضي .

الفرع الثاني
التطبيقات القضائية

إن هذا الاتجاه الفقهي المؤيد لأعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي الذي ينظر النزاع وجد له تأييداً في بعض الأحكام القضائية نظراً للتبريرات التي تقدم بها واضعوه ولعل أهم الأحكام أو التطبيقات القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه هي :-
١-ألحكم الصادر في قضية Dal Bosco [٤].
كان السيد Bruno Lorenzo Dal Bosco الايطالي الجنسية الذي يعيش في سويسرا متزوجاً من السيدة سلفيا Sylvia السويسرية الجنسية التي رفعت قضية طلاق أمام محكمة (برن) في سويسرا مطالبة بإصدار حكم الطلاق ا لذي حكمت به هذه المحكمة في ١٥/آذار /١٩٦٣ م وذلك وفقاً لأحكام القانون السويسري القانون الشخصي للزوجة وذلك بناء على الطلب الذي تقدمت به أمام القضاء السويسري وبعد

---

[١] د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ .
و د.حفيظة الحداد /القانون القضائي الخاص الدولي /مصدرةسابق/ص٣.
[٢] د احمد عبد الكريم سلامة / مشكلة المسائل الاولية / مصدر سابق /ص ٧ ود٠ حفيظة الحداد / القانون القضائي الخاص الدولي /مصدر سابق /ص٣
تذكر الدكتورة الحداد [أن العديد من الدول الرافضة للإحالة أخذت بتطبيق قواعد الإسناد ألأجنبية على المسائل الأولية وتدلل على ذلك بحكم محكمة أثنا بشأن الحق بالميراث للطفل المتبنى على التركة المتأتية من الأب كمسألة أصلية حيث يتوقف حسمها على حسم المسألة الأولية (صحة التبني) حيث أن ألمسألة ألأخيرة أثارتها القواعد الموضوعية في القانون المختص ويتعين الفصل فيها وفقا لقواعد الإسناد في ذات القانون المختص وفي قضية أخرى لنفس المحكمة (أثينا) بشأن دعوى بطلان زواج ثان حيث كانت هذه ألمسألة هي ألأصلية وأثيرت بشأنها مسألة أولية تتعلق بصحة الزواج الأول وكانت المسألة ألأصلية خاضعة للقانون الفرنسي حيث أخضعت ألمحكمة المسألة ألأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية] راجع في ذلك د. حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣.
[٣] د.احمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧.
[٤] د. حفيظة الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق /ص٣.

طلاق الزوج الايطالي من السيدة سلفيا تزوج بامرأة سويسرية أيضا كانت متزوجة سابقاً ومطلقة بحكم صادر عن القضاء السويسري عام ١٩٦١م وقد تم زواجهما في مدينة Tondern الدنماركية حيث طالبت الزوجة بتسجيل عقد الزواج في مقاطعة Lajouxعلى اعتبار أنها موطنها الأصلي إلا أنها واجهت رفضا من قبل الجهات الإدارية المسؤولة في تلك المقاطعة وكان رفضها بناء على حكم سابق من المحكمة الفدرالية السويسرية في ١١/تشرين الثاني / ١٩٥٤م بشأن قضية كاليارو وقد ردت الزوجة السويسرية الثانية على قرار الرفض بأن رفعت دعوى أمام مجلس الدولة التابعة لمقاطعة برن إلا انه رفض دعواها في القرار الذي أصدره في ١١/آب /١٩٧٠ م وقد اعتمد في رفضه إلى أن القنصلية الايطالية الموجودة في مدينة برن قد أكدت ان السلطات الايطالية لا يمكن لها أن تعترف بزواج السيد Dal Bosco منها وقد طعن بهذا القرار أمام المحكمة الفدرالية السويسرية التي أكدت أن معاهدة لاهاي الموقعة في ٢/حزيران /١٩٠٢ لا تشمل القضية كون الزواج لم يعقد في إقليم دولة متعاقدة وقد أكدت هذه المحكمة على أنه من غير الصحيح أن يكون الطلاق الصادر من قبل القضاء السويسري ذو أثر على أحد الزوجين على حين يبقى الزوج الأخر مرتبط بهذا الزواج لأن قانونه الشخصي يرفض الاعتراف بالطلاق . فأمر كهذا مخالف لتناسق ووحدة الحلول على الصعيد الداخلي [١].

٢-الحكم الصادر من المحكمة الدستورية الألمانية في الرابع من ايار ١٩٧١.

صدر هذا الحكم بشأن الأسباني Jose الذي يعيش في ألمانيا منذ العام ١٩٦٢ م ويدين بالديانة المسيحية الكاثوليكية وقد انفصل عنها عام ١٩٦٧م وكان غير متزوج وهو يرغب بالزواج من السيدة Hilde المتزوجة سابقاً من ألماني والمطلقة منه إلا أن الزواج في ألمانيا للأجانب محكوم بنص المادة ١٣ /الفقرة ١ /من القانون الدولي الخاص الألماني إضافة الى نص المادة ١٠ من القانون الخاص بالزواج والصادر في العشرين من شباط لعام ١٩٤٦م إذ يجب على الأجانب الذين يرغبون بالزواج في ألمانيا أن يتقدموا بشهادة أهلية للزواج إلى الموظف الألماني المختص إلا إذا كانت الدولة التي ينتمي إليها ذلك الأجنبي لا يعرف القانون فيها مثل هذه الشهادة حيث يعفى ألأجنبي من تقديمها إلا أنه يجب لإعفائه أن يتقدم بطلب الى رئيس محكمة ألاستئناف وكانت هذه الحالة تنطبق على السيد Jose إذ لم تكن أسبانيا تعرف شهادة أهلية الزواج هذه وفعلاً تقدم السيد Jose إلى محكمة استئناف هامّ (Hamm) لإعفائه من تلك الشهادة الا أن المحكمة رفضت طلبه لأن قانونه الشخصي يحظر عليه الزواج من امرأة مطلقة وقد أيدت محكمة استئناف هامّ حكم رئيسها معتمدة على الزواج السابق للسيدة الألمانية الذي اعتبرته عائقاً أو مانعاً يمنع زواجها مجدداً وهذا المانع مؤيد من قبل القانون المدني الألماني والقانون الكنسي [٢].

ولما كان الدستور الالماني وفي المادة ١/٦ ينادي بالأختيار الحر للشريك فقد طعن بقرار المحكمة على اعتبار انه مخالف للدستور الألماني على حين أن المحكمة فيما لو أعملت نص الفقرة ١ من المادة ١٣ من القانون الدولي الخاص الألماني بما يتلاءم والدستور الألماني لكانت قد توصلت الى حل المسألة الأولية والمتعلقة بانحلال رابطة الزوجية السابقة وفقاً للقانون الألماني وحده الذي يعد الزواج منحلاً وفقاً لحكم الطلاق الصادر منه سابقا وقررت المحكمة بعد ذلك أن نص المادة ١/١٣ من القانون الدولي الخاص الألماني متفقة مع الدستور ألألماني وأكدت أن تطبيق الحكم المطعون فيه للقانون ألأسباني يتعارض مع نص المادة ١/٦ من الدستور ألألماني وكان تبرير المحكمة لقرارها ألأخير استناداً الى فكرة وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي حيث قررت أن رئيس محكمة ألاستئناف والموظف المختص يعتبران أن السيدة Hilde في علاقتها مع السيد Jose كما لو كانت متزوجة على حين تعتبر مطلقة بالنسبة للحقوق الأخرى[٣].

---

[١] د.حفيظة الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣.

-Schurind :-(Problems of coulification of privat International Law) Inter Comp L- Q / 1968 /P' 428 /spec.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد /المصدر ذاته/ نقلا عن

-Gotlib :- The incidental Question revisited Theory and practice in the conflict of laws /1977/p'735.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق /ص٣.

المطلب الثاني

تطبيق قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المختص

ذهب جانب من الفقه في كل من ألمانيا وايطاليا وفرنسا (١)إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بالنظر في المسألة الأصلية على المسألة الأولية ذلك أن تقرير اختصاص القانون الأجنبي لحكم المسألة الأصلية يعني بحسب رأي هذا ألاتجاه أن توضع جميع المسائل ألأصلية و الأولية تحت كنفه فإذا حدث نزاع ونشأ عنه مسألة أولية فإنها تفض بموجب قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص ذلك أن دور قانون القاضي قد انتهى باختيار القانون المختص لحكم المسألة الأصلية وعلى هذا لو ادعت امرأة فرنسية أمام القضاء المصري بأحقيتها في تركة زوجها العراقي الجنسية المتوفى (المسألة الأصلية) التي تخضع وفقاً لقواعد الإسناد في القانون المصري للقانون العراقي م/٢٢ /من القانون المدني العراقي .

فاذا أثيرت مسألة أولية تتعلق بصحة رابطة الزوجية من قبل الورثة الآخرين لكي ينفوا صفة الزوجية عن الزوجة فهذه المسألة حسب هذا ألاتجاه تخضع للقانون العراقي على اعتبار أنه القانون المختص بنظر المسألة الأصلية.

ولأجل توضيح أهم الحجج التي اعتمد عليها أصحاب هذا الاتجاه والرد عليها من قبل المناهضين له وأهم التطبيقات القضائية التي أخذت بهذا الاتجاه فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على ما يأتي :-

الفرع الأول :- حجج هذا الاتجاه والرد عليها :-

الفرع الثاني :- التطبيقات القضائية .

الفرع الأول

حجج هذا الاتجاه والرد عليها

ا- الحجج:-

استند هذا الاتجاه الى العديد من الحجج والأسانيد التي اعتمدها لتدعيم رأيه لعل أهمها :-

١- احترام منطق القانون الأجنبي الداخلي المختص :-

يرى أنصار هذا الاتجاه أن من بين أهم التبريرات التي يعتمدونها لتبرير وجهة نظرهم هي الحجة القائلة بضرورة احترام المنطق الداخلي للقانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية وهي حجة كما يذكر البعض [٢].مركبة من أفكار عدة فمن جهة هناك ترابط بين القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص وقواعد الإسناد في ذات القانون التي تطبق على المسائل الأولية التي أثيرت من قبل القواعد الموضوعية في القانون نفسه . بمعنى أن هناك نوعاً من الاختصاص غير المباشر أو الاختصاص المشتق Competence Derivee لقواعد الإسناد من أجل حل مشكلة التنازع بين القوانين الواجبة التطبيق على المسائل ألأولية .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هناك وحدة في النتيجة[٣]يمكن أن يتم التوصل اليها فيما لو أتبع هذا الاتجاه أي طبقت قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص بمعنى أن القاضي الوطني لو طبق قواعد

---

(١) لعل من أبرز الفقهاء في ألمانيا المساندين لهذا الرأي او الاتجاه الأستاذ Melchior في مؤلفه
(Die Grundlagen des deutschen Internationales privatrechts) . Berlin \ 1957 \ 3ed\ p.132.

أما في فرنسا فقد أخذ بهذا الاتجاه الفقيه P.Lagarde في مؤلفه
(La regle de conflict applicable aux questions prealables) .1966 /p'464-465.

راجع حول ذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه /مشكلة المسائل ألأولية /مصدر سابق هامش ٨-٩-١٠-١١.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامه /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق /ص٧.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق /ص٣/ نقلا عن
- Melchior :- Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts , Berlin Leilpzig /1932/p' 247.

التنازع الأجنبية على المسائل الأولية فإنه يتوصل إلى ذات النتيجة التي يمكن أن يتوصل اليها القاضي الأجنبي فيما لو عرضت عليه المسألة الأصلية .
كذلك فإن فكرة الإحالة بما تحمله من احترام المنطق الداخلي للقانون الأجنبي تدعم تطبيق هذا الاتجاه ذلك أنها تعتمد أساس الإسناد الإجمالي Rattachement Global إذ أن الإشارة الى قانون معين بالاختصاص في نظر مسألة أصلية يعني أنه أسند إليه بصورة كاملة النظر في المسائل كافة التي تنشأ لحسم تلك المسألة فحجة احترام المنطق الداخلي تقوم على فكرة بسيطة مؤداها احترام القانون المختص نصاً وروحاً. وجدير بالذكر أن المفاهيم التي تثار من قبل القانون الأجنبي عند النظر في مسألة معينة تكون على نوعين من المفاهيم ، مفاهيم مادية وأخرى قانونية ؛ فالمفاهيم المادية فأنها لا تثير صعوبة تذكر إذ أن القانون الأجنبي وحده هو المختص بتفسير تلك المفاهيم وإعطائها المعنى الذي إليه سعى القانون لإضفائه عليها . ومن ثم فأن قواعد الإسناد في قانون القاضي مستبعدة تماماً من تفسير المفاهيم المادية فمثلاً إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما يتعلق بصحة الزواج يتطلب شروطاً موضوعية محددة في نصوص صريحة فما على القاضي الوطني ومن أجل احترام منطق القانون الأجنبي الداخلي ألا أن يشير الى تلك النصوص في القانون الأجنبي وحدها من دون غيرها من أجل الفصل في مسألة صحة الزواج .لكن ألأمر لا يحل بهذه الطريقة فيما لو أثارت المسألة الأصلية المحكومة بالقانون الأجنبي في قواعده الموضوعية مسألة قانونية أولية -أي مفهوم قانوني - بل على القاضي أن يحل هذه المسألة بالطريقة نفسها والكيفية التي يتبعها القاضي الأجنبي وكأن المسألة معروضة على القاضي الأجنبي مما يؤدي الى إعمال قواعد الإسناد في هذا القانون لأن إعمال قواعد إسناد قانون القاضي فيه إهدار للرابطة بين القواعد القانونية الموضوعية وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي ويحوي أيضا جانباً كبيراً من التشويه للقانون الأجنبي .
لذا فأن بعضهم[1]يرى أن تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي من شأنه أن يقضي على الروابط والصلات بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في القانون المختص كذلك أن إعمال قواعد إسناد قانون القاضي يؤدي الى الاعتراف بحقوق لم يكن ألاعتراف بها جائزا فيما لو طبقت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي مما يؤدي الى إيجاد نتائج غير منطقية خاصة إذا علمنا أن إعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي من شأنه أن يمنح الأشخاص مكنة إجراء بعض التصرفات في الوقت الذي يحظر فيه القانون الأجنبي المختص بنظر المسألة ألأصلية القيام بمثلها.
٢- تنسيق الحلول على المستوى الدولي (تحقيق الحد ألأدنى من التنازع بين القوانين):-
يرى أنصار هذا الاتجاه أن مجرد تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق على المسألة الأصلية ليس هو الهدف الوحيد بل هناك الى جانبه هدف غير مباشر يأخذ مأخذه من الأهمية ألا وهو تحقيق التناسق الدولي بين الحلول الموضوعة لحل مشكلة التنازع بين القوانين بشأن المسائل القانونية ومنها المسائل ألأولية وهذا المبدأ الذي اتخذ حجة أو مبرراً لهذا الاتجاه أول من نادى به هو الفقيه الألماني سافيني (Savginy) [2]وعقبه الفقيه الألماني (Winglet) الذي أغنى فقه القانون الدولي الخاص بأبحاثه ودراساته عن هذا الموضوع إذ أنه وضح معالمه والأحوال التي يجب إعماله فيها ومنها المسائل الأولية ولأجل توضيح هذا ألمبدأ وإبراز دوره في توحيد الحلول وتنسيقها على المستوى الدولي والحد من التنازع بين القوانين نفترض أن محكمتين في دولتين مختلفتين مختصتين بالنظر في قضية نفقة رفعتها زوجة على زوجها . فلو فرضنا أن قواعد التنازع في قانون كلا البلدين متشابهة بشأن القانون الواجب التطبيق على النفقة حيث تخضع لقانون المدين بها وهو الزوج فيطبق بذلك قانون واحد هو القانون المختص لكن إذا أثارت القواعد الموضوعية في القانون المختص مسألة أولية تتعلق بصحة الزواج فلو أن كل قاضي عمل بقواعد إسناد قانونه لتم التوصل الى حلول متعارضة فقد يقر بصحة الزواج في أحد القانونين على حين لا يقرّ بذلك في القانون الأخر لذا فإن إسناد المسألة الأولية الى قانون القاضي يؤدي الى نتائج متعارضة على الرغم من وحدة الحل بالنسبة للمسألة الأصلية في حين أن إسنادها إلى القانون الأجنبي المختص يحكم المسألة الأصلية يؤدي الى وحدة الحلول على المستوى الدولي .

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامه /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ /نقلا عن :- لاجا رد /قاعدة التنازع / ص٤٧٠.
[2] د٠ حفيظة الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق /ص ٣.

وكذلك في قضية الهندي (عبده) المسلم الذي توطن في استراليا وتزوج من (عذراء) الهندية المسلمة في استراليا حسب مبادئ الشريعة الإسلامية في استراليا وكان قد سبق له الزواج من امرأة في الهند وله منها أولاد وبعد عودته الى الهند توفي فيها فرفع أولاده دعوى ميراث أمام القضاء الاسترالي فأثيرت مسألة أولية تتعلق بشرعية نسب الأولاد فتم إخضاع هذه المسألة للقانون الهندي على اعتبار أنه القانون المختص بالمسألة الأصلية[1].

٣- قبول الإحالة :-

تستند هذه الحجة الى الفكرة القانونية القائلة بقبول الإحالة وذلك من أجل إسناد ألرأي القانوني الذي يذهب الى إخضاع المسائل الأولية للقانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية وأول من نادي بهذه الحجة هو الفقيه الألماني Melchior على الرغم من عدم وجود رابطة أو علاقة بين المشكلتين القانونيتين (الإحالة والمسائل الأولية) ورغم المحاولات الفقهية العديدة التي أسندت إلى إيجاد نوع من الشبه بينهما والذي لا يستند على أساس منطقي عند أول عملية تدقيق وتمحيص لكن قبول الإحالة كحجة إنما اتخذت لا على أساس الشبه الموضوعي وإنما لأن الإحالة بنيت على فكرة الإسناد الإجمالي فكانت هذه الفكرة الأخيرة أساسا لإلهام أصحاب هذا الاتجاه لبناء وتدعيم اتجاههم حيث انهم يسندون كل قضية الى قانون معين إسناداً إجمالياً بما تثيره من مسائل أولية [2]بمعنى أن الفكرة التي أقيمت عليها الإحالة استلهمت لتكون أساساً لخضوع المسائل الأولية للقانون الأجنبي المختص وهي فكرة الإسناد الإجمالي .

٤- ارتباط المسألة الأولية بالمسألة الأصلية وبالقانون المختص :-

إن قانون القاضي لا يهمه الا المسألة الأصلية التي رفعت إليه و إن اهتمامه هذا ينتهي بمجرد معرفة القانون الواجب التطبيق عليها.

لذا فإن أي مسألة أولية قد تنشأ بعد ذلك تكون قد ابتعدت عنه بإسناد المسألة الأصلية إلى القانون الأجنبي المختص بمعنى أن صلتها قد انتفت بقانون القاضي وهو ما يوجب عدم تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي عليها وانتفاء تلك ألصلة بين المسألة وقانون القاضي أنما يستند إلى أمور عدة منها أن المسألة غالباً ما تتعلق بأوضاع كالزواج أو النسب أو ألميراث نشأت في ظروف لا تمت الى قانون دولة القاضي بصلة ولم يفكر أطراف ألعلاقة وقتها بقانون القاضي كذلك أن في إخضاع المسائل الأولية لقواعد التنازع في قانون القاضي فيه تفويت الحقوق و إهدار المصالح المكتسبة لأطراف ألعلاقة على حين في تطبيق القانون الأجنبي تأكيداً واحتراماً لتلك ألحقوق سيما وأنها على صلة به ولا مجال لإنكارها فلا يجوز حسب هذا ألاتجاه إخضاع ألمسائل الأولية لقواعد إسناد قانون القاضي لمجرد أن ألمسألة الأصلية رفعت أمام محاكمه[3].

وتدليلاً على ذلك نضرب المثل التالي المستمد من القضاء النمساوي ففي عام ١٩٥٠ م تزوج شخص بلغاري الجنسية في السفارة البلغارية بالنمسا من امرأة نمساوية في الوقت الذي لم يكن القانون النمساوي يجيز الزواج بالشكل الدبلوماسي فثارت أمام القضاء النمساوي قضية تتعلق بشرعية نسب الأولاد كمسألة أصلية ولما كانت قواعد التنازع النمساوية المختصة بحكم المسألة تشير إلى اختصاص القانون البلغاري

---

(1)P.E. Nych :- conflict of laws in Australia / 3rd ed /Butter Worths /Sydney 1976 /P'74.

(2)J. Maury :- Regles genrales des conflicts de lois / 1936 ,III/p' 329-554 .

- Dicy & Morris :- P'35 etss.

(٣) د.أحمد عبد الكريم سلامة /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ .

و د. حفيظة السيد الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق/ص٣ .

- جدير بالذكر أن النظام القانوني ألانكلو امريكي يرتكز على فكرة الحقوق المكتسبة والتي وفقا لها لا يجوز للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً وإنما له فقط أن يعترف بالحق المكسب في القانون الأجنبي . ويرد على ذلك بان نظرية الحقوق المكتسبة إذا تم التسليم بها ستؤدي إلى اختفاء نظرية تنازع القوانين لأن كل دولة ستقوم بتطبيق قانونها داخل حدود إقليمها فحسب أما القوانين ألأجنبية فلا يمكن تطبيقها وإنما ألاعتراف بالحقوق المكتسبة في الدول الأجنبية . ولاشك أن نظرية الحقوق المكتسبة لا تصمد أمام ألنقد وذلك لأنها لا تغطي الحالات كافة التي تعرض لتنازع القوانين بل بعض الحالات النادرة فقط إذ قد لا يتم طلب الاعتراف في دولة القاضي بحق مكتسب في الخارج وإنما يراد تكوين حق في دولة القاضي ألأمر الذي يتطلب تطبيقاً فعلياً للقوانين الأجنبية من قبل القاضي الوطني .

راجع في ذلك د. أشرف وفا محمد /استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف (نظام ألاتفاق ألإجرائي) بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي /المجلد ٦٠ لسنة ٢٠٠٤/ص ٥١-٥٢.

على اعتبار أنه قانون دولة الأب ولكي يتوصل الى حكم المسألة الأصلية (شرعية نسب الأولاد) كان لابد من حسم المسألة الأولية المتعلقة بصحة الزواج لذا فأن المحكمة العليا في النمسا قضت بإعمال قواعد التنازع في القانون البلغاري على المسألة الأولية الخاصة بصحة الزواج حيث أكدت اختصاص القانون البلغاري ذاته لحكمها والذي بدوره يجيز الزواج بالشكل الدبلوماسي ومن ثم فإن الزواج صحيح مما يؤدي الى الحكم بشرعية نسب الأولاد فيتضح من هذا أن إعمال قواعد الإسناد في القانون المختص (البلغاري) قد حفظ توقعات الأطراف وحقوقهم المكتسبة[١]لكن مسألة خضوع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات عديدة وضعها أنصار هذا الاتجاه في محاولة منهم لجعل نظريتهم أكثر قبولاً وواقعية ولعل أهم هذه الاستثناءات ، حينما تخضع ألمسألة الأولية للقواعد الموضوعية في قانون القاضي بموجب قواعد الإسناد فيه لو عرضت في قضية أخرى . ومثالها أن تقضي ألمحكمة بعدم شرعية نسب الأولاد وذلك وفقاً لأحكام قانون القاضي الذي ينظر النزاع وبموجب قواعد الإسناد فيه فهنا لا يجوز أن يعدّ النسب شرعيا اذا ما أثير كمسألة أولية وذلك بموجب قواعد الإسناد في القانون المختص بحكم ألمسألة الأصلية (الميراث) عندما يوجد أثر قانوني معين يتبعه أثر أخر وفقاً لقواعد قانون القاضي الذي ينظر النزاع فمثلا أن توجد رابطة زوجية صحيحة حسب قواعد الإسناد في قانون القاضي فلا يجوز في هذه الحالة إنكار صفة الأولاد الشرعيين على الأولاد الناتجين من تلك الرابطة. وعلى ذلك يكون من المتعين استبعاد قواعد التنازع في القانون واجب التطبيق على مسألة صحة الزواج إذا اتضح أن القانون الذي ستختاره لحكم مسألة شرعية نسب الأولاد كمسألة أولية سيقود إلى اعتبارهم أولاد غير شرعيين لبطلان الزواج وفقاً لإحكامه[٢]عند تطبيق قواعد الإسناد في قانون القاضي على مسالة معينة بحيث توجد أثراً قانونياً يكون شرطاً لأثرٍ أخر عندها يكون من الواجب الاعتراف به في ذلك القانون ومثالها الحالة التي تحكم فيها المحكمة وبموجب قواعد التنازع في القانون المختص الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي إذ لا يمكن في هذه الحالة للزوجة إبرام زواج جديد حتى لو كان القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد إسناد القانون المختص بتنظيم مسألة انحلال الزوجية على المسألة الأولية وهي أصلية للزواج يعتبر أن الزوجية قد انحلت على نحو سليم قانوناً.

٤ – كون المسألة الأولية مرتبطة أكثر بقانون القاضي ، وهو استثناء عام فكما أن من مبررات خضوع المسألة الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية هو ارتباطها به ، فإن ارتباط المسألة الأولية بقانون القاضي يكون مبرراً أو سبباً لخروجها من نطاق القانون المختص ودخولها في دائرة اختصاص قانون القاضي[٣].

هذا وتكون المسألة الأولية مرتبطة بقانون القاضي إذا نشأت في ظله وتكونت في أغلب جوانبها ذلك أن من فوائد إخضاع المسائل الأولية لقواعد إسناد قانون القاضي على سبيل ألاستثناء من الأصل القاضي بإخضاعها لقواعد إسناد القانون المختص هو لحفاظ على لأوضاع القائمة والحقوق المكتسبة ذلك أن ارتباط المسألة الأولية بقانون القاضي يعني أن توقعات لأفراد وحقوقهم لمكتسبة إنما تكونت في ظل ذلك ألقانون ومن ثم فإن الحفاظ عليها انما يتم بتطبيقه .

أما لو كانت ألمسألة مرتبطة بصورة هامشية أو غير رصينة بقانون القاضي فلا تحكم من قبل قواعد الإسناد فيه كما لو طلب تنفيذ ألآثار المادية لحكم تطليق أجنبي في دولة القاضي فسلامة التطليق كمسألة أولية تتوقف عليها إمكانية الزواج ثانية لا يندرج في نظام القاضي القانوني[٤].

ب - الرد على حجج هذا الاتجاه (ألانتقادات):-

---

[١] د. أحمد عبد ألكريم سلامه /علم قاعدة التنازع /مصدر سابق /ص٣/ نقلا عن Wengler ص١١٠ .
(حكم المحكمة العليا النمساوية الصادر في ٢٥ /تشرين الثاني / ١٩٥٢ / منشور في R E V . crit .

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامه /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق /ص٧.

[3] P. Lagarde :- La reglede conflict applicable aux question prealables /p' 479.

[٤] يصاغ هذا ألاستثناء لدى البعض بالتمييز بين ألآثار المباشرة أو القانونية للمسألة الأولية أو بالتمييز كون ألمسألة الأولية مصدر Source أم مجرد شرط Condition للمسألة الأصلية .فالآثار ألمباشرة أو المصدر في ألمسألة الأولية كما يسميها أصحاب ألنظرية –ألمركبات ألضرورية Composantes Necessaires – للمسألة الأصلية تخضع لقواعد إسناد قانون القاضي أما غيرها فهي من نصيب قواعد إسناد القانون المختص)
راجع في ذلك د.أحمد عبد ألكريم سلامه /مصدر سابق/ص٧ .

واجه هذا الاتجاه العديد من الانتقادات التي صيغت في شكل رد على هذه الحجج التي جاء بها أنصاره فمن جهة ألحجة القائلة بضرورة احترام المنطق الداخلي للقانون واجب ألتطبيق على المسألة الأصلية فإن هناك العديد من الانتقادات بشأنها منها أن القاضي الوطني لا يأخذ أوامره الا من مشرعه الوطني وليس من المشرع الأجنبي . وفي تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي هدر لمنطق قانونه الذي يجب أن يحافظ عليه وبالذات إذا علمنا أن هذا المنطق لا يحافظ عليه عندما تعامل ألمسألة بصورة تفريدية بحيث تطبق عليها قواعد إسناد قانون القاضي لو عرضت كمسألة أصلية على حين تطبق قواعد الإسناد الأجنبية على ذات المسألة أو عرضت كمسألة أولية ومن جهة أخرى فإن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة الأصلية إنما تم اختياره من قبل قواعد إسناد قانون القاضي لحكم ألمسألة الأصلية ليس الا وليس لحكم غيرها من ألمسائل .

أما ألمبرر أو ألحجة ألقائلة بأن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم ألمسألة الأصلية يحقق تناسق الحلول ووحدتها على المستوى الدولي فإن تحقيقها صعباً إن لم يكن مستحيلاً ولا يجب أن يعد مبرراً لترك قاعدة الإسناد في قانون القاضي لأجله وعلى ذلك فإن تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية تحقق التناسق الداخلي الذي يعد أكثر أهمية وأسهل تحققا من التناسق الدولي[١].

إضافة إلى ما تقدم فأن الاعتماد على مبرر كقبول الإحالة في العديد من الدول لأجل تبرير خضوع المسائل الأولية لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية اعتماداً على فكرة (الإسناد الإجمالي) واجه رفضاً شديداً إذ على الرغم من المحاولات الفقهية للتقريب بين المسائل الأولية و الاحاله لكنها لم تفلح في ذلك فكان الاعتماد عليها أمراً يعدّ غير منطقي [٢].

كذلك ليس صحيحاً عدم وجود صلة أو ارتباط بين المسألة الأولية وقانون القاضي مما يوجب ابتعادها منه ذلك أن ارتباط المسألة الأولية بالمسألة الأصلية يؤدي وبالضرورة الى وجود صلة بينهما وبين قانون القاضي و إن كانت صلة غير مباشرة . إضافة الى أن عدم تطبيق قواعد إسناد قانون القاضي يؤدي الى فقدانها لوظيفتها وتعطيل لها بصورة كلية إذ قد لا توجد صلة بين المسألة الأولية وقانون دولة ما إلا رفعُها أمام محاكمها كذلك يؤدي إلى خلط بين المسائل الأولية وما يسمى بالحقوق المكتسبة على الرغم من الفوارق بين الفكرتين إضافة الى أن المحافظة على هذه الحقوق والتوقعات قد لا يكون أمراً مؤكداً .

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية

أيد القضاء في كثير من الإحكام التي أصدرها هذا الاتجاه فطبق على المسائل الأولية قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق على المسالة الأصلية ومن ثم فإنه جعل من المسألة الأولية مسألة غير مستقلة عن المسألة الأصلية[٣].

ولعل من أشهر الإحكام القضائية التي أخذت بهذا ألاتجاه ، الحكم الصادر عن القضاء الكندي في قضية شيفبل Schwebel . وكذلك حكم المحكمة الفدرالية السويسرية في قضية Caliaro اضافه إلى حكم القضاء الألماني الصادر العام ١٩٧٣ م عن Oberlandes gericht de hamm وسنعرض لهذه الأحكام بشيء من التفصيل .

١- حكم القضاء الكندي في قضية (شيفيبل) Schwebe ضد (يونجر) Ungar العام ١٩٦٢ م [٤].

تتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين يهوديين متوطنين في المجر قررا التوطن والاستقرار في فلسطين وحينما كانا في ايطاليا وفي طريقهما الى فلسطين طلق الزوج زوجته طبقاً لأحكام الديانة

---

(1) P.Lagarde:-la reglede \p.479.

(2) Francescakis:- La theorie du renvoi et le conflits de systemes en droit international prive, paris,sirey-1958-n-223-etss.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامه / مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧.

(٤) د. أحمد الهواري / الوجيز في تنازع القوانين/مصدر سابق/ص١٦ و د. أحمد عبد الكريم سلامه / مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ . و د. جمال الكردي/ مصدر سابق/ص٥ .

- J.H.C. Morris :- The conflict of laws \2ed\1966\ CH 4 \p' 36 .

-Robertson :- characterization in the conflict of laws , Cambridge ,Harvard University pres \1940 \p' 148-149.

اليهودية و بعد أن استقرا في فلسطين واكتسبا موطناً فيها غادرت المرأة إلى كندا وبالتحديد الى اونتاريو حيث تزوجت من رجل أخر بعد ذلك ثار خلاف بينها وبين الزوج الجديد على أثره رفع الزوج أمام محكمة او نتاريو دعوى مطالباً فيها إبطال الزواج بحجة أن الزوجة لا تزال مرتبطة بالزواج الأول فكانت هذه هي المسألة الأصلية وهي إبطال الزواج الثاني حيث خضعت لقواعد التنازع في القانون الكندي التي أشارت بدورها إلى قانون الموطن على اعتبار أنه القانون المختص بحكم المسألة الأصلية و هو هنا القانون (الإسرائيلي) وقد ثارت نتيجة لذلك مسألة أولية تتعلق بصحة تطليق هذه المرأة من زوجها الأول هنا كان التساؤل حول القواعد التي تطبق عليها هل هي قواعد الإسناد في قانون القاضي وهو القانون الكندي أم قواعد الاسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية وهو هنا القانون (الإسرائيلي) الذي طبقت قواعده من قبل المحكمة على هذه المسألة في النهاية .[١]

٢- حكم المحكمة الفدرالية السويسرية لعام ١٩٥٤م في قضية Calaiaro .

كان السيد Calairo ايطالي الجنسية متزوجاً من امرأة سويسرية هي السيدة Dorotha Badmer منذ العام ١٩٣٨ ودام زواجهما عشرة أعوام ففي العام ١٩٤٨م انتهت الرابطة الزوجية بينهما وذلك بموجب الحكم الصادر من محكمة Bienne ، بعد أن تقدمت الزوجة بطلب ذلك بعدها تزوج السيد Caliaro من امرأة أخرى سويسرية الجنسية أيضا وذلك في العام ١٩٥٣ م و عقد هذا الزواج في بريطانيا بعد ذلك قدم الزوجان طلباً إلى المحكمة الفدرالية العليا في سويسرا لتسجيل عقد الزواج واعتبار طفلهما ميشيل Michel طفلاً شرعياً ، لكن المحكمة رفضت طلبهما الأمر الذي دعا الزوجان إلى الطعن بقرار المحكمة هذا علما أن المعاهدة التي وقعت في ١٢/ حزيران ١٩٠٢م وهي معاهدة لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين في مسائل الزواج غير متحققة الشروط بالنسبة لهذه المسألة فلم تطبقها المحكمة الفدرالية السويسرية وإنما طبقت بشأن صحة الزواج المادة (٧/ح/١) من القانون الفدرالي السويسري الصادر في ٢٥/حزيران/١٨٩١ م بشأن العلاقات المدنية المتعلقة بالأشخاص المقيمين أو الموجودين بصورة عارضة في سويسرا. حيث تقرر هذه المادة في حالة امتلاك الخطيب أو الخطيبة جنسية أجنبية فإن مسائل الزواج تخضع لقانونها الشخصي[٢].

وبما أن السيد Caliaro يحمل الجنسية الايطالية لذا فإن تقدير صحة الزواج يخضع للقانون الايطالي الذي بدوره يقرر عدم إمكانية عقد الزواج الثاني ذلك أن القانون الايطالي لم يكن يعترف بالطلاق من الزواج الأول الذي حدث في سويسرا من أجل ذلك رأت المحكمة السويسرية الفدرالية العليا أن الزواج الثاني الذي تم زواجا ً غير صحيح ولذا فأن الطعن فيه بالبطلان جائز من قبل الأطراف ذوي العلاقة بمعنى إذا كان الزواج غير معترف به في قانون الزوج الشخصي فإنه لا يمكن أن يعترف به في سويسرا [٣]

٣- حكم القضاء الالماني في ١٠ /اب /١٩٧٣ م في قضية Oberlandes gericht de Hamm[٤].

تتعلق وقائع هذه القضية بامرأة ألمانية متزوجة من رجل عراقي مسلم طلبت الطلاق منه أمام القضاء الألماني ولأن الزوج العراقي كان راغباً بالزواج ثانية من امرأة ألمانية أيضا طلب من رئيس محكمة استئناف (هام) إعفاءه من تقديم شهادة صلاحية الزواج التي كان القانون الألماني يشترط الحصول عليها إذا أراد الشخص أن يتزوج وذلك وفقاً للمادة العاشرة من قانون الزواج الألماني وكان الشخص العراقي معتمداً في طلبه على أن القانون العراقي وهو قانونه الشخصي لم يكن يعرف شهادة صلاحية الزواج هذه وبما أن القانون العراقي لم يكن يعترف بالطلاق الذي حكمت به محكمة (هام) الألمانية فقد رفض رئيس محكمة استئناف (هام) طلبه هذا على اعتبار أنه لا يزال متزوجاً بنظر قانونه الشخصي أي القانون العراقي مما جعل الزوجين يقدمان طعناً بقرار هذه المحكمة التي ردت بدورها بالتأييد لقرار رئيسها ذلك

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامه /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ / نقلا عن

- Ontario Court of appeal \ 1964 \42 D.L.R. \2nd \1964 \O.R \p' 430 .

-Supreme Court of Canda \ 1965 \S.C.R.\ p' 148 \ 1964 \ 48D.L.R. \2nd \p' 644.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص / مصدر سابق/ص٣ .

-P.Graulich :- principels de droit international prive \ p' 170 -185.

[3]G.C . Cheshire :- Private international law \p' 70-88.

[٤] د. حفيظة السيد الحداد / القانون الدولي الخاص / مصدر سابق/ص٣.

أن قبول أو عدم قبول الإعفاء من هذه الشهادة يحدد وفقاً للغاية من نص المادة (١٠) من القانون الألماني المنظم للزواج ؛

ولما كانت الغاية هي التحقق من عدم وجود مانع يمنع الزواج وأن الشخص ذو صلاحية للزواج ووفقاً للقانون الألماني فأن الهدف لم يكن متحققاً إذ أن عدم اعتراف القانون العراقي بالطلاق قد أوجد مانعاً من قيام الزواج الثاني وبالتأكيد الصلاحية له أضف إلى ذلك أن اعتراف القانون العراقي بحكم المحكمة الألمانية

محكوم بالقانون رقم ٥٠ لعام ١٩٢٨ م ووفقاًلهذا القانون فإن المحاكم الشرعية هي المختصة بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين حصراً ومن ثم فإن القضاء الألماني الطلاق الصادر عنه مخالفاً للنظام العام في العراق لأنه لم يحترم حقوق الزوج المسلم [١].

المبحث الثالث

الاتجاه التحليلي المرن في القانون الواجب التطبيق

لعل أهم الأسباب التي دفعت التشريعات الحديثة والقضاء نحو إيجاد وسائل واليات مرنة لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الأولية هي العيوب التي تشوب الطريقة التقليدية. فمن المعروف أن قاعدة تنازع القوانين تعتد من القواعد المزدوجة الجانب Le caractere bilateral de la regle de conflit ويعني هذا أن القانون الواجب التطبيق الذي ينتج عن إعمال هذه القاعدة قد يكون قانوناً وطنياً للقاضي الذي ينظر النزاع كما قد يكون قانوناً أجنبياً فإذا ما أشارت قاعدة التنازع على سبيل المثال الى تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية كقانون الجنسية بوصفه هو القانون الواجب التطبيق على مسألة الأهلية فأن تطبيق قاعدة التنازع هذه قد يقود الى تطبيق القانون الوطني إذا كان الشخص يتمتع بجنسية الدولة التي ينتمي إليها القاضي كما قد يطبق القاضي قانون أجنبي في الحالة ألعكسية ويترتب على ذلك نتائج مهمة منها المساواة بين القانون الوطني والأجنبي بالنسبة لقاعدة التنازع من حيث امكانية التطبيق ومن ثم لا ينبغي على المشرع أن يتخذ إجراءات من شأنها تفضيل تطبيق القانون الوطني على القانون الأجنبي إذ أن قاعدة التنازع قاعدة غير مباشرة تشير إلى تطبيق قانون معين قد يكون قانون القاضي أو قانوناً آخر [٢]هذا ويعد منهج الإسناد هو الطريقة التقليدية لحل تنازع القوانين بشأن المسائل ذات العنصر الأجنبي وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها إلا أن العديد من الانتقادات وجهت لهذه الطريقة .

فهي و إن كانت تتمتع بالطابع التجريدي [٣]الذي يؤدي إلى تحقيق حالة من عدالة توزيع الاختصاص التشريعي لكنها لا تكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني La Securite Juridique في بعض الحالات التي يؤدي فيها إعمال قواعد التنازع المعدة سلفا الى نتائج غير مرغوب فيها .فكل ما تهدف إليه قواعد الإسناد هو تحديد القانون المختص بغض النظر عن نتائج إعمال هذا القانون وتطبيقه لذا فأن الفقه الانكلوسكسوني يرى أن قاعدة التنازع تتسم بالجمود حيث يتم تحديد القانون واجب التطبيق استناداً الى نظام قانوني معين وليس إلى اختيار قاعدة موضوعية محددة وينعكس هذا على عدم عدالة الحلول التي يفضي إليها منهج التنازع المزدوج الجانب بسبب عدم معرفة محتوى القانون المطبق وهذا المحتوى لا يظهر الا في مرحلة تالية حينما يتم الرجوع إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع المختصة ومن هنا يعيب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب أنها قاعدة آلية وعمياء Une regle mecanique et aveugles . ومن أجل تلافي العيوب التي تعتري المبدأ المسبق في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية ومنها المسائل الأولية وجدت العديد من الوسائل التي تهدف الى التغلب على ما قد يؤدي اليه تطبيق المنهج التقليدي من عدالة . ولعل من أهم هذه الوسائل هي ، ترك تحديد القانون المختص لإرادة

---

[1] G.C.cheshire :-privat international laws \p'70-79.

[٢] د. أشرف وفا محمد /استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الاطراف (نظام الاتفاق الاجرائي)/ المجلة المصرية للقانون الدولي/المجلد٦٠لسنة٢٠٠٤م.

[٣] ينص مجمع القانون الدولي الخاص صراحة على وجوب عدم التفرقة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في هذا الشأن وذلك وفقاً للفقرة (١) /من قراره الصادر في ١٩٥٢/٤/٢٥ م. راجع د. أشرف وفا محمد /استبعاد تطبيق قاعدة التنازع / مصدر سابق/ص٤٠.

أطراف العلاقة القانونية أنفسهم بحيث لا تنطبق قاعدة الإسناد إلا في حالة عدم اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق . ولعل أهم المجالات التي تطبق فيها الإرادة هي العقود فمن المعروف دولياً أن العقد يخضع للقانون الذي يحدده الطرفان (مبدأ سلطان الإرادة Principe d'autonomie de la volonte) . هذا وقد يهتم المشرع ليس فقط بتحديد القانون المختص لحكم العلاقة أو المسألة الأولية وإنما بتحقيق نتيجة معينة أو هدف معين عن طريق قاعدة التنازع ذاتها من ذلك أن يعين المشرع ولأجل تحقيق هدف مادي معين أو نتيجة مادية ما كسلامة التصرف القانوني من حيث الشكل عدة قوانين يكون تطبيق أحدها خاضعاً لاختيار أطراف العلاقة القانونية بحيث يكفي لسلامة التصرف من حيث الشكل اتباع الشكل المنصوص عليه في أحد هذه القوانين المحددة على سبيل الحصر ومن هنا سميت قاعدة التنازع هذه بقاعدة التنازع التخييرية Regle de conflit alternative[1] ولا يؤثر على سلامة التصرف من حيث الشكل عدم إتباع الأشكال المنصوص عليها في القوانين الأخرى التي لم يتم اختيارها من قبل الأطراف . والاتجاه الحديث أو المرن لا يعتقد بضرورة وجود أو اعتماد مبدأ معد سلفاً لحل العلاقة القانونية وبالذات فيما يتعلق بمشكلة المسائل الأولية فمن وجهة نظره أن الأسلوب المنهجي يحمل بين ثناياه عيوباً تجعل من الهدف الذي يسعى إليه أي تشريع ألا وهو تحقيق العدالة أمرا غير متيسر فاتبع الفقه الحديث أسلوباً جديداً لحل المسائل الأولية يتسم بالمرونة التي من شأنها إيجاد حل ملائم للمسائل الأولية بالكيفية التي تضمن عدم تعارض الإحكام وتحقق العدالة اللازمة .وهذا الأسلوب أو الاتجاه اتخذ صورتين الأولى ،تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة أي قانون مركز الثقل بالنسبة للعلاقة القانونية التي ظهرت كمسألة أولية . والثانية تطبق القانون الذي يحقق أفضل النتائج المادية (العدالة المادية) وهاتان الصورتان نتناولهما في هذا المبحث في مطلبين بما يأتي :-

المطلب الأول :- تطبيق القانون ألأكثر صلة بالعلاقة (قانون مركز الثقل) .

المطلب الثاني :- تطبيق القانون الأفضل (العدالة المادية) .

المطلب الأول

تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة (قانون مركز الثقل)[2]

إن من بين أهم الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها عن طريق تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة القانونية المكونة للمسألة الأولية هو تلافي عيوب الاتجاه التقليدي الذي يضع حلولاً مسبقة للمسائل الأولية يتصف بالحيادية والتجريد .وذلك عن طريق قيام القاضي بدراسة كل حالة أو علاقة على حده في تحديد قوانين الدول التي تتصل بها العلاقة ثم اختيار قانون الدولة الذي يشكل مركز الثقل في المسألة الأولية .

ومن ثم فأن الفرق بين المنهج التقليدي والمنهج الحديث أو المرن هو أن هذا الأخير يعدّ مذهباً أو اتجاهاً واقعياً يأخذ بعين الاعتبار – لتحديد مركز ثقل المسألة الأولية – كل العناصر المكونة والمحيطة بها أما الاتجاه التقليدي فإنه اتجاه تجريدي يحدد مسبقاً القانون الواجب التطبيق مفترضاً أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالمسألة الأولية ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع وهو النقد الأساسي الذي وجه إلى الاتجاه التقليدي في تنازع القوانين بشأن المسألة الأولية ومن الملاحظ أن قاعدة التنازع في ظل هذا الاتجاه تتسم بالمرونة

---

[1] د. أشرف وفا محمد /استبعاد تطبيق قاعدة الاسناد /مصدر سابق/ص٤٠ .
- Lagarde :- La regle de conflit \ p' 196 etss.

[2] إن فكرة إسناد الرابطة القانونية ومنها تلك الرابطة المكونة للمسألة الأولية إلى القانون الأكثر صلة ترجع في أصولها إلى القضاء الانكليزي . فكان هذا الأخير يفضل اعتناق أسلوب مرن قائم على البحث في كل حالة عن أكثر القوانين مناسبة لها وأكثرها صلة بها وذلك حسب ظروف التعاقد وملابساته (The proper law) خاصة في الروابط العقدية إذ تحولت أنظار الفقه نحو فكرة إسناد الرابطة العقدية في حالة غياب الاختيار إلى القانون الأوثق صلة بتلك الرابطة وذلك بتركيز الرابطة في إطار نظام قانوني معين من خلال الظروف والملابسات ومن ثم إسنادها إلى القانون الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة راجع في ذلك :-

- J.H.G.Morris :- The conflict of laws \p'304 .

و د. حسام الدين فتحي ناصف / المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة) /دار النهضة العربية /١٩٩٨.

لأنها ليست محددة مسبقاً حيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق بحث كل مسألة على حده[١]وبما أن المسائل الأولية في تنازع القوانين وفي ظل القانون الدولي الخاص متصلة بأكثر من نظام قانوني على اعتبارها علاقة قانونية ذات أبعاد دولية فإن عملية التعرف على القانون الأكثر صلة بالمسألة الأولية يكون عن طريق تحليل المسألة الأولية الى عناصرها ومعرفة مدى ارتباط تلك العناصر بالأنظمة القانونية التي تتزاحم في حكمها وهذا التحليل يؤدي إلى معرفة مركز ثقل المسألة الأولية الذي قد يكون في نظام القاضي القانوني الذي ينظر النزاع ومن ثم فأن تطبيقه سيؤدي الى وحدة الأحكام على الصعيد الداخلي . كما قد تكون المسألة الأولية مرتبطة في الوقت نفسه وعلى حد سواء بقانون القاضي الذي ينظر النزاع وبالقانون الأجنبي المختص . وفي هذه الحالة نطبق قواعد الإسناد في قانون القاضي وذلك تغليبا لوحدة الإحكام على الصعيد الداخلي نظراً لكونها تفوق في أهميتها وحدتها على الصعيد الدولي[٢]وبذلك فإننا نكون أمام فرضين لتحديد مركز ثقل المسألة الأولية وبالتالي إسنادها هما :- إسناد المسألة الأولية لقواعد الإسناد الوطنية إذا كانت أكثر صلة بالنظام القانوني الوطني أو إسنادها لقواعد الإسناد الأجنبية إذا كانت أكثر صلة بها ولتوضيح كلا الفرضين فإننا سنوردهما تفصيلاً في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول :- إسناد المسائل الأولية لقواعد الإسناد الوطنية .

الفرع الثاني :- إسناد المسائل الأولية لقواعد الإسناد الأجنبية .

الفرع الأول

إسناد المسائل الأولية لقواعد الإسناد الوطنية

قد ترتبط المسألة الأولية بالنظام القانوني لدولة القاضي الذي ينظر النزاع بصورة أوثق من ارتباطها بالقانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية.

وتقدير مدى ارتباط المسألة الأولية بهذا القانون أو بغيره مسألة تقديرية يرجع فيها الى المحكمة التي تنظر النزاع وبدورها تقرر الأمر وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها .ولعل من أهم الأحكام القضائية التي أخضعت فيها المسألة الأولية لنظام القاضي القانوني الذي ينظر النزاع ، حكم المحكمة الألمانية العليا (Bundes gerichtshof) في التاسع من نيسان ١٩٧٢م ويتعلق هذا الحكم بشخص يحمل الجنسية الاسبانية ويدين بالمسيحية الكاثوليكية وكان متزوجاً من ألمانية طلقت منه بموجب حكم صادر عن القضاء الألماني بعد ذلك رغب بالزواج من امرأة ألمانية أخرى فتقدم إلى رئيس محكمة استئناف Karlsruhe بطلب لإعفائه من تقديم شهادة الصلاحية هذه التي تثبت أهليته للزواج (المسألة الأصلية) والتي تخضع وفقا لقواعد الإسناد الألمانية لقانون الزوج الشخصي وهو هنا القانون الاسباني وقد أثارت هذه المسألة مسألة أولية تتعلق بوجود الزواج السابق والتي أخضعت للقانون الأجنبي المختص (القانون الاسباني) ولما كان هذا الأخير لا يعترف بالطلاق كطريق لإنهاء الرابطة الزوجية وأن هذه الأخيرة لا تنتهي إلا بالوفاة وعليه فأن الرابطة الزوجية السابقة وفقاً للقانون الاسباني القانون المختص لا تزال مستمرة ومن ثم إن تعدّ مانعاً وفقاً للقانون الألماني من الزواج ثانية مما أدى ذلك إلى رفض محكمة الاستئناف الألمانية طلب الإعفاء من تقديم الشهادة مما جعل الطرفين الراغبين في الزواج يطعنان في هذا الحكم فقامت محكمة الاستئناف بإحالة القضية إلى محكمة النقض الألمانية[٣].

لكن أحكام القانون الاسباني التي لا تنهي الرابطة الزوجية الا بالوفاة ، وهي إحكام متصلة بالنظام العام الاسباني الذي يتعارض في هذه المسألة مع النظام العام الألماني على الرغم من أن المسألة متصلة بالنظام القانوني الألماني بصورة وثيقة إذ أن الشخص الاسباني صاحب القضية سبق له وان تزوج في ألمانيا من

---

(1) Paul Lagarde :- Le principe de proxinit dans le droit international prive contemporain\1986 \p'29 .

و د. أحمد عبد ألكريم سلامه /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص٧ .

[٢] د. أشرف وفا محمد / استبعاد تطبيق قاعدة التنازع / مصدر سابق/ص٤٠

و د. حفيظة الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣ . وكذلك

-J.H.G. Morris :- The conflict of laws \p'304.

[٣] د. حفيظة الحداد / مشكلة المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص١٢.

امرأة ألمانية كما أن زواجه انحل وفقاً للقضاء الألماني إضافة الى إقامته في ألمانيا مما جعل مركز ثقل المسألة الأولية المتعلقة بوجود الزواج السابق في ألمانيا كل هذه الأواصر جعلت الصلة أوثق بين المسألة الأولية والقانون الألماني ودعت محكمة النقض الألمانية الى إعادة النظر في الحكم والفصل فيه بذات الكيفية التي ذهبت اليها المحكمة الدستورية الألمانية حيث حصل هذا الاسباني على إعفاء من تقديم شهادة صلاحية الزواج[١].

ومن الإحكام القضائية الأخرى التي اتبعت النهج نفسه قضية الأميرة (دي بوفرمون) الشهيرة التي تتلخص وقائعها بأن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفرمون De peauffremont واكتسبت الجنسية الفرنسية بناءاً على ذلك الزواج . ولما أرادت الطلاق منه لاحظت أن أحكام القانون الفرنسي تقف عقبة دون إمكانية تحقيق ذلك إذ لم يكن القانون الفرنسي يجيزه آنذاك لذا قامت تلك الأميرة بالتجنس بالجنسية الألمانية لإحدى الدويلات التي يسمح قانونها لها بالطلاق وبذلك حصلت على الطلاق وبعدها تزوجت من أمير روماني يدعى (ببسيكو) وأقامت معه في فرنسا .

فأقام الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا إبطال الزواج الجديد على اعتبار أنها لاتزال متزوجة منه وان علاقة الزوجية بينهما لا تزال مستمرة.

فنشأت مسألة أصلية عن مدى صحة الطلاق والتي بدورها أثارت مسألة أولية ثانية تتعلق بصحة التجنس[٢]

حيث أخضع القضاء الفرنسي المسألة الأولية للقانون الفرنسي على اعتباره أكثر صلة بالمسألة وعليه فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية ببطلان الطلاق ومن ثم الزواج وذلك في حكمها الصادر في ١٨ /آذار / ١٨٧٨ م[٣].

الفرع الثاني

إسناد المسألة الأولية لقواعد الإسناد الأجنبية

إذا كانت المسألة الأولية تتصل أو ترتبط بصورة وثيقة بالنظام القانوني للقانون الأجنبي المختص بحكم المسألة الأصلية فإنها تخضع وفقاً لهذا الاتجاه لقواعد الإسناد في هذا القانون .

وقد أخذ بهذا الاتجاه في العديد من المحاكم ولعل من أهم الأحكام التي أخذت به هو الحكم الصادر من محكمة استئناف Hamm في ٢٥/تشرين الأول /١٩٧٢ م والمتعلق بشخص ايطالي الأصل ولد في النمسا عام ١٨٩٥م وتزوج في ٨ /كانون الأول /١٩٢٠ م، بامرأة ألمانية في مدينة Essen وإمام موثقها المدني ولم يكتب لهذه الرابطة الزوجية الاستمرار حيث انحلت بينهما في ١٩/ حزيران ١٩٤٣م وفقاً لنص المادة (٣/١٧) من القانون الدولي الخاص الألماني – أي أن قانون القاضي هو القانون الألماني .

بعدها طلب الشخص نفسه من محكمة الاستئناف إعفاءه من شهادة الأهلية أو صلاحية الزواج التي كان القانون الألماني يطلبها ممن كان أجنبياً يريد الزواج في ألمانيا (المسألة الأصلية) وكان هذا الطلب متعلقاً حسمه بحسم المسألة الأولية والمتعلقة بصحة الطلاق من الزوج الأول ، وبما أن الطلاق يخضع لقانون الزوج الشخصي وهو القانون الايطالي وكان هذا الأخير لا يعترف بالطلاق أي أن الزواج وفقا له كان قائما ومن ثم يعد مانعاً من الزواج الثاني وفقا للقانون الألماني ولذا فقد رفضت المحكمة طلبه معللة رفضها بأن الحكم الألماني بالطلاق لم يعترف به في ايطاليا ولم يسجل في السجل المدني ، إضافة إلى أنه لا يتعارض مع النظام العام الألماني . بمعنى آخر أن صحة الطلاق استندت الى القانون الايطالي على اعتباره أكثر صلة بها [٤].

---

(١) P.Lagarde :- la regle conflit -----\ p'180 etss.

(٢) كريم الساعدي / التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة في تنازع القوانين) / أطروحة دكتوراه مقدمة الكلية القانون جامعة بغداد ٢٠٠٠.

(٣) د. جمال الكردي /تنازع القوانين / مصدر سابق/ص٥.
و د. حسن الهداوي وغالب علي الداودي / القانون الدولي/ص٨.

(٤) د. حفيظة السيد الحداد / مشكلة المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص / مصدر سابق/ص١٢.

ومن الإحكام القضائية الأخرى ، الحكم الصادر من محكمة Stuttgart الابتدائية في ١٩/حزيران ١٩٦٩ م[١] .

وتتعلق وقائع هذا الحكم بامرأة بولندية هي السيدة راشيل اليهودية الديانة والمولودة في الخامس من أيلول عام ١٩١١ والتي تزوجت من شخص يهودي لكنه لا جنسية له حيث عقد زواجهما وفقاً للتقاليد المتبعة في الديانة اليهودية في مدينة Ulm ولم يكن ذلك العقد رسمياً حيث لم يتم إبرامه أمام الموظف المدني ولم يكن كلا الزوجين لحظة الإبرام متجنسين بجنسية معينة إذ كانا عديمي الجنسية لكنهما بعد ذلك اكتسبا الجنسية (الإسرائيلية) بعد أن هاجرا إليها .

وفي العاشر من كانون الثاني من عام ١٩٦٦م توفيت السيدة راشيل وفي ١٩ أيلول من ذات السنة أقرت محكمة حيفا صحة زواج السيدة راشيل ، بعد ذلك ثارت أمام القضاء الألماني مسألة تتعلق بصاحب الحق في تركة السيدة راشيل فكانت هذه هي المسألة الأصلية التي قررت محكمة Stuttgart الألمانية إخضاعها للقانون الإسرائيلي رقم (٥٧٢٥) بوصفه القانون الشخصي للمتوفية ووفقاً للمادة ١٠ /١ منه الخاصة بالتركة يعتبر وارثاً الشخص الذي يعدّ زوجا للمتوفى لحظة وفاة الزوج شرط ألا يوجد وارث معه .

لكن المسألة الأصلية هذه قد أثارت مسألة أولية تتعلق بصحة الزواج وقد أحدثت تنازع بين القانون الألماني وهو قانون القاضي والقانون (الإسرائيلي) وهو القانون المختص بحكم المسألة الأصلية .

فعلى الرغم من أن الزواج الذي أبرم بين الشخصين المذكورين تم وفقاً للشكل الذي تتطلبه الديانة اليهودية وأقرته محكمة حيفا الا أنه لم يكن معترفا به وفقا للقانون الألماني إذ أن الفقرة (١٣ /٣) من القانون الدولي الخاص الألماني تخضع صحة الزواج من حيث الشكل للقانون الألماني وعليه فلا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام فيها ، وهذه هي القاعدة العامة لكن محكمة Stuttgart الابتدائية الألمانية استثنت هذه القضية نظراً لعدم ارتباطها بالنظام العام الألماني وأكدت أن عدم الارتباط هذا يعدّ مبرراً لاستثنائها من تطبيق المادة (٣/١٣) وإخضاعها للقانون الأجنبي المختص وهو القانون (الإسرائيلي)لارتباطها الوثيق به نظراً لأن كلا الزوجين غير مقيمين في ألمانيا وإنما في ما يسمى (إسرائيل) منذ العام ١٩٤٩ م كما أنهما يدينان بالديانة اليهودية وأن الزواج المبرم بينهما معترف به من قبل القضاء (الإسرائيلي)[٢].

من ذلك نلحظ أن اقتراب المسألة القانونية هذه من نظام قانوني معين كالقانون (الإسرائيلي) أدى الى استبعاد تطبيق نص قانوني كان واجب التطبيق ألا وهو نص المادة ٣/١٣ من القانون الدولي الخاص الألماني وتطبيق نص القانون الأكثر صلة بالمسألة الأولية وهو القانون (الإسرائيلي) [٣] ويتعين استبعاده لاصطدامه بالنظام العام وعلى الرغم من إبراز هذا الاتجاه وبيانه لضرورة عدم اتباع منهج أو مبدأ معد

---

[١] د. حفيظة الحداد /مشكلة المسائل الأولية /المصدر ذاته

نقلا عن :- Fam.R .Z /1969 .542 SPR .1968 -69 /N73 .Clunet 1971 /590 OBS ,Wengler -

[٢] د . حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣.

[٣] تشترك فكرة القانون الأكثر صلة بالمسألة الأولية مع فكرة النظام العام بأن كلتا الفكرتين القانونيتين تؤديان الى استبعاد تطبيق قانون معين كان واجب التطبيق . ففكرة النظام العام تؤدي الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص نظراً لمخالفته المبادئ الأساسية للنظام العام لدولة القاضي وكذلك فكرة القانون الأكثر صلة تؤدي الى تطبيق القانون الذي تفرضه العدالة القانونية وملابساتها . وتذكر الدكتورة الحداد أن [الوظيفة الاستبعادية للنظام العام ترتبط سيما في بعض الدول كألمانيا وسويسرا بضرورة وجود صلة قوية بين العلاقة المعنية والنظام القانوني بعدها يتدخل النظام العام ويتم استبعاد القانون الأجنبي المختار لحكم العلاقة نظراً لعدم موافقته المبادئ الأساسية لهذا النظام القانوني للقاضي الذي يتصل به وبالعلاقة اتصالاً وثيقاً] .

ولم يقتصر الأمر على القضاء الألماني والسويسري بل أن أغلب محاكم الدول استقر قضاؤها على ضرورة وجود رابطة بين إعمال الدفع بالنظام العام وتطبيق فكرة أو نظرية القانون الأكثر صلة على المسألة الأولية هذا وتكشف فكرة الارتباط عن نسبية النظام العام فيأخذ القاضي في الاعتبار مدى تعلق النزاع بقانونه فإذا كان لا يرتبط بدولته امتنع عن إبداء الدفع .

راجع حول ذلك :-

د . حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣.

و د. محمد حمدي بهنسي / النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص /بدون سنة طبع . نقلا عن :-

-Bucher (A) :- Droit international prive Suisse, T.II \ Nos \ p' 35.

سلفا لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الأولية و إنما تحل كل مسألة أولية تعرض أمام القضاء في ضوء الظروف والملابسات التي تحيط بها وبالطريقة التي تضمن تحقيق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون .
لكن العديد من العقبات و الصعوبات تواجه تطبيق هذا الاتجاه عملياً لاسيما حينما تكون المسألة الأولية معقدة أي متصلة بأكثر من نظام قانوني خاصة وأن فكرة القانون الأكثر صلة كمصطلح لا يزال غير محدد بالمعنى أو الطريقة التي تسمح بإتباع هذا النهج بصورة أكثر بساطة.
أضف إلى ذلك التعارض الذي قد يحصل في الحلول الموضوعة لوقائع متشابهة مما يؤدي إلى تعارض في الإحكام وتضاد في المفاهيم [1] كذلك فإن عدم دقة مصطلح القانون الأكثر صلة واعتماد هذا الاتجاه في معرفة مدى صلة المسألة الأولية بهذا القانون أو ذاك على فكرة فضفاضة تعدّ من أكثر نظريات وأفكار القانون الدولي الخاص مرونة وغموضاً ألا وهي النظام العام قد زاد من الانتقادات التي وجهت إليه مما جعل الفكر القانوني يتجه صوب حل أخر يعتمد حل تنازع القوانين بشأن المسائل الأولية اعتماداً على النتائج المادية الملموسة لكل حالة على حدة .

[1] لمزيد من التوضيح حول الانتقادات الموجهة إلى هذا الاتجاه راجع أطروحة الدكتورة حفيظة الحداد / مشكلة المسائل الأولية/ مصدر سابق/ص١٢.

المطلب الثاني
تطبيق القانون الأفضل

قد تفرض بعض الاعتبارات على المحكمة تطبيق قانون معين على المسألة الأولية غير القانون المختص أصلا بحكمها وهذه الاعتبارات قد تكون اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية ، وقد تكون هذه الاعتبارات متعلقة بحماية حقوق الأفراد ومصالحهم وكل هذا متروك للسلطة التقديرية للمحكمة وهذا الاتجاه في الحقيقة مستمد من النظرية التي نادى بها الفقيه (Cavers) [١]وهي نظرية (العدالة في كل حكم ومبادئ الأفضلية) والتي ثار بشأنها جدلاً فقهياً واسعاً حيث عرضت لأول مرة عام ١٩٣٣م ثم عدلت سنة ١٩٦٥م وقد مرت هذه النظرية بمرحلتين :-

المرحلة الأولى :- تحديد القانون الواجب التطبيق من دون أي اعتبار لمضمون القوانين المتنازعة وبمرونة تتطلب من القاضي البحث في كل حالة عن النتيجة الأكثر عدالة وفي ضوء ذلك يتعين على المحكمة أن تأخذ في الاعتبار عدد معين من العناصر تمثل أهداف القانون الدولي الخاص (تناسق العلاقات الدولية ، التوقع الشرعي للأطراف كذلك السياسات التشريعية محل القضية) وهذا المجموع من العناصر يسمح للمحكمة بأن تحدد – في كل حالة – القانون المفضل Perfeable .

ولما كانت هذه النظرية – على هذا الوجه – تترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي وهو ما يتضمن تبعية الوصول إلى حلول متنوعة جدا وهو ما قد يحدث نوعاً من الاضطرابات أو الفوضى Anarchie كانت المرحلة التالية

المرحلة الثانية :- تحضير مبادئ ألأفضلية Principels de preference قد أوصى Cavers القضاة في هذه المرحلة بتحضير ما أسماه بمبادئ الأفضلية أو التفضيل[٢] [١] لاستخدامها كأدلة في القضايا المستقبلية التي تطرح أمامهم والمبادئ التي أعطى لها Cavers أمثلة ويتعلق بالمحاكم خلقها ليست على الإطلاق قواعد مادية للتنازع تتولى توطين العلاقة القانونية بشكل مجرد وإنما هي مبادئ للتوصية Orientation تأخذ في الاعتبار مضمون القوانين محل النزاع .

ومن ثم فإن هذا الاتجاه أو هذه النظرية إذا كانت تؤدي الى عدالة القاضي Justice de cadi فإنها مع ذلك تنقل للقانون الدولي الخاص الأساليب التقليدية لنظام القانون القضائي أو العرف القانوني الانكليزي العام وبصفة خاصة البحث عن حل عادل يبدأ من تحليل تفصيلي لوقائع القضية وإعدادها السابق .

ولكي تقوم المحكمة بدورها بصورة أفضل وأكثر سهولة من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على المسألة الأولية لابد أن تستلهم مجموعة من الاعتبارات[٣] [٢] حتى لو لم تعلن صراحة يبدو حسب الظاهر Apparemment انها تطبق قاعدة التنازع التقليدية ومن هذه الاعتبارات توقعية النتيجة Previsibilite du resttat وتناسق العلاقات الدولية وتسهيل مهمة القاضي وإعلاء مصالح دولة القاضي وتطبيق القاعدة الأفضل والاعتبار الأخير هو الذي يثير الجدل ففي كل نزاع يتعين على القاضي أن يكشف عن ماهية الأهداف الراجحة إضافة إلى أن الأهمية الخاصة لكل من تلك الأهداف تختلف باختلاف المسألة محل القضية تختلف باختلاف المسألة محل القضية[٤].

وعلى الرغم من الجدل الفقهي الذي أثاره هذا الاتجاه باستناده إلى نظريات تمنح المحكمة سلطة تقديرية لكنه لاقى نجاحاً في أغلب الدول على الصعيد القضائي حيث ساندت أحكام القضاء هذا الاتجاه بتطبيقها إياه نظراً لعدالة النتائج التي تحققها المحاكم فهي قد تطبق قانون القاضي إذا كان ذلك أكثر تحقيقاً للعدالة وقد تطبق القانون الأجنبي في الحالة العكسية حيث نجد أن أغلب التطبيقات التي أخذت بهذا الاتجاه تلك المتعلقة بمسائل الزواج خاصة ما يعرف منها بالزواج الأعرج الذي يكون صحيحاً وفقاً لقانون دولة

---

[١] د. حسام الدين فتحي ناصف / المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة /مصدر سابق/ص٤٣.

[٢] Evrigenis :- Tendances doctrinales actuelles en D.I.P \ مقال منشور في Rec Cours Lahaye /١٩٦٦ م/ج٢/ص٣١٣ وما بعدها وبالذات ص٣٣٩.

[3] Mayer :- prive international law --- p'422.

[٤] د. حسام الدين فتحي ناصف /المرونة المتطلبة /مصدر سابق/ص٤٣.

القاضي[1] وباطلاً وفقاً للقانون الأجنبي ففي مثل هذه المسائل تؤدي اعتبارات العدالة دوراً كبيراً في تحديد وتعيين القانون المختص بحكم المسألة فقد تطبق المحكمة القانون الأجنبي حينما يكون هذا القانون معترفاً بهذا الزواج وقد تطبق قانون القاضي عندما يكون هذا الأخير معترفا بالزواج وذلك مراعاة لاعتبارات عدة تقدرها المحكمة وعلى ذلك فإذا كان القانون اليوناني هو قانون جنسية الزوجين لا يعترف بالزواج الذي ينعقد بالشكل المدني في ألمانيا لأنه يتطلب الشكل الديني و يكون القانون الألماني هو الواجب التطبيق كونه يتماشى مع اعتبارات العدالة ولكن في الحدود التي يكون فيها زواج من هذا الشكل خاضعاً للقانون الألماني فالمحاكم الألمانية تكون مختصة بنظر المنازعات المتعلقة بهذا الزواج الحل نفسه يقره الفقه الفرنسي ويرى أنه إذا كان القانون الفرنسي هو الذي أضفى على هذا الزواج الشرعية وبعدها تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة بالفصل في دعوى الطلاق التي يتم رفعها أمامها تأسيسا على أن هذا الزواج غير معترف به أصلاً في دولة الزوجين وذلك لتخلف ركن من أركانه [2].

ومن الأحكام القضائية التي أخذت بفكرة تطبيق القانون الأفضل استناداً إلى العدالة المادية التي يحققها هو حكم المحكمة الدستورية الألمانية عام ١٩٨٢م المتعلقة بصحة الزواج المبرم بشكل لم يعترف به القانون الألماني ويعترف به القانون الأجنبي [3] ووقائع هذه القضية متعلقة بأرملة كانت متزوجة من شخص انكليزي . أبرم عقد زواجهما في إحدى المقاطعات الألمانية التي كانت خاضعة للاحتلال الانكليزي ووفقاً للقانون الانكليزي الحاكم ، وبعد وفاة زوجها رفعت دعوى أمام القضاء الألماني للحصول على حقها في التأمين المتعلق بالعجز والإصابة الخاص بنظام العاملين حيث كان زوجها الانكليزي متمتع به لكن القضاء الألماني رفض طلبها لأن زواجها من ذلك الانكليزي لم يكن معترفاً به في ألمانيا إذ أنه كان مخالفاً لنصوص القانون الدولي الخاص الألماني الذي يوجب عقد الزواج أمام الموظف المدني المختص فطعنت المرأة بعدم دستورية المادة (١٢٦٤) التي استند اليها قرار الرفض أمام المحكمة الدستورية الألمانية العليا ذلك أنها تحرمها كأرملة من التأمين الذي كان يتمتع به زوجها فذهبت المحكمة إلى أن الدستور الألماني ولاعتبارات عدة يحمي أشكال الزواج كافة ومنها الزواج الأعرج ، فالعدالة وحماية توقعات الإفراد وحق هذه المرأة في الحصول على التأمين جعل تطبيق القانون الأجنبي هو الواجب و إن كان غير مختص لكنه يعترف به ومن ثم فأنه يطبق على هذه الحالة [4].

---

[1] د. حسام الدين فتحي ناصف / تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق /دار النهضة العربية ١٩٩٧.

[2] د. عز الدين عبد الله /القانون الدولي الخاص المصري ج٢ (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)/ ط ٣ / مكتبة النهضة العربية ١٩٥٨.

و د. حسام الدين فتحي ناصف /تأثير وتأثر المحكمة /مصدر سابق/ذات المصدر.

[3] د. حفيظة السيد الحداد /القانون الدولي الخاص /مصدر سابق/ص٣.

[4] د. حفيظة السيد الحداد /مشكلة المسائل الأولية /مصدر سابق/ص١٢ .

و د. إبراهيم أحمد ود. أحمد الجداوي /القانون الدولي الخاص –الاختصاص القضائي وتنفيذ ألأحكام الأجنبية /١٩٩٢.

الـخـاتـمـة
الاستنتاجات والمقترحات

تبين من خلال البحث مشكلة المسائل الأولية في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين أن هذه المشكلة تعد من أكثر المشاكل القانونية تعقيداً وغموضاً كما أنها كمشكلة واجهت المحاكم والقضاة تعدّ قديمة من الناحية التاريخية لكن ظهورها كنظرية متميزة الجوانب لا تعتبر كذلك فهي حديثة العهد حيث برزت على يد الفقهاء الألمان في مؤلفاتهم وبحوثهم .

وعلى الرغم مما احتواه البحث من توضيحات لمفهوم هذه النظرية وما تضمنته من عرض لأهم الاتجاهات الفقهية والطرق المتبعة لفض التنازع بشأنها وان كنا لم نتمكن بالالمام بكل الجوانب التشريعية والفقهية لها ؛ بل يمكن أن نكون قد أسهمنا مساهمة بسيطة في إزالة بعض من الاشكالات القانونية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق ، خلاصة ذلك أن توصلنا إلى عدد من النتائج كان أهمها:-

١- إن المسائل الأولية التي يعنى بها البحث هي كل مسألة يتوقف على الفصل فيها الفصل في المسألة الأصلية التي نشأت المسألة الأولية بمناسبتها .
والمسائل الأولية معروفة في القانون الداخلي وفي فروع القانون كافة وليس فقط في القانون الدولي الخاص .

٢- أسهم القضاء بشكل لا يمكن إغفاله في إبراز مشكلة المسائل الأولية كنظرية قانونية في القانون الدولي الخاص وذلك عن طريق القضايا التي عرضت أمامه والتي تمكن من خلالها من عرض هذه المشكلة بالصورة العملية والتي أسهمت إلى حد كبير في تكوين النظرية فقهياً وتطورها.

٣- على الرغم من تعدد النظريات والاتجاهات الفقهية التي اتبعت في حل تنازع
القوانين بشأن المسائل الأولية ورغم ما يحويه أي اتجاه منها من عيوب ومزايا إلا أن الاتجاه الحديث أو المرن المتبع في حل مشكلة المسائل الأولية قد تفوق على غيره من الاتجاهات الأخرى نظرا لكونه يفرد لكل مسألة أو حالة الحل الملائم لها من دون التقيد بمبدأ معد سلفاً وهذا من شأنه أن يحقق العدالة التي يرمي إليها القانون .

ولكي يكتسب هذا البحث أهميته في إطار القانون الدولي الخاص فإننا نتقدم ببعض المقترحات التي نأمل أن تأخذ بعين الاعتبار وهذه المقترحات هي :-

١- ضرورة أن يسن في العراق قانون دولي خاص يختص بوضع الحلول الموضوعية والإجرائية بمختلف موضوعات القانون الدولي الخاص وحلول تنازع القوانين ومنها ما تتعلق بالمسائل الأولية وكيفية حل تنازع القوانين بشأنها بما يضمن الوصول إلى أحكام ومبادئ عامة لمشكلة المسائل الأولية القانون الواجب التطبيق.

٢- تنظيم دراسات قانونية فقهية فيما يتعلق بهذا الموضوع وإعداد البحوث القانونية بشأنه تحت إشراف أساتذة مختصين في القانون الدولي الخاص بما يكفل تطوير الجانب العلمي لدى الطالب والباحث وتطوير هذه النظرية فقهياً .

٣- إبراز الدور المهم الذي قام به القضاء في تطوير هذه النظرية وذلك عن طريق حث المحاكم العراقية ومطالبتها بضرورة الاهتمام بالقضايا المعروضة أمامها والتي تثير مسائل أولية يتطلب الفصل فيها قبل الفصل في المسائل الأصلية وذلك لكي نضمن وجود مسائل قضائية تسهم مع الاتجاهات الفقهية والتشريعية كافة في إيجاد حلول متطورة لهذه النظرية .

والله الموفق

الـمصـادر والـمـراجع

١- المصادر العربية.

ا- الكتب .

١- أبن منظور / لسان العرب / بيروت ،دار إحياء التراث العربي ج٣ /ط٣.
٢- د. إبراهيم أحمد و د. أحمد الجداوي /القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية) القاهرة ١٩٩٢م .
٣- د.أحمد عبد الكريم سلامة / علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع/ مكتبة الجلاء في المنصورة ط١ / ١٩٩٦م .
٤- د.أحمد الهواري / الوجيز في تنازع القوانين / القاهرة / ١٩٩١م .
٥- د. جابر جاد عبد الرحمن / القانون الدولي الخاص ج٢ / ط١/ ١٩٤٩ م.
٦- د.جابر إبراهيم الراوي /أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي/ بغداد ١٩٨٠م
٧ - د. جمال الكردي /تنازع القوانين / دار النهضة العربية ٢٠٠٦م .
٨- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي / القانون الدولي الخاص /ط١ /١٩٨٨م .
٩- د. حسام الدين فتحي ناصف /- المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسئولية التقصيرية المعقدة دراسة مقارنة / دار النهضة العربية / ١٩٩٨ م .
- تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق / دار النهضة العربية ١٩٩٧ م .
١٠- د. حفيظة الحداد / القانون الدولي الخاص /منشورات الحلبي الحقوقية /٢٠٠٢.
- القانون القضائي الخاص الدولي / ١٩٩٠ م .
١١- الخليل ابن أحمد الفراهيدي / العين /مراجعة د.داود سلوم وآخرين/ ط١ بيروت ٢٠٠٤م.
١٢- الرازي / مختار الصحاح /دار الفكر العربي /بيروت/ ١٩٨١ م.
١٣- د. عز الدين عبد الله / القانون الدولي الخاص المصري ج٢ (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) / ط٣/ مطبعة النهضة العربية ١٩٥٨م .
١٤- د. محمد حمدي بهنسي / النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص / من دون سنة طبع.

ب- الرسائل الجامعية .

١- د. حفيظة السيد الحداد / مشكلة المسائل الأولية في القانون الدولي الخاص / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة نيس Nice ١٩٨٤ م .
٢- كريم الساعدي / التكييف في تنازع القوانين / رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد ١٩٩٢ م .
- التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق / أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد / ٢٠٠٠ م .

ج- البحوث.

١- د.أحمد عبد الكريم سلامة / مشكلة المسائل الأولية في التنازع الدولي بين القوانين المجلة المصرية للقانون الدولي / المجلد السابع والأربعون ١٩٩١م .
٢- د. أشرف وفا محمد / استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف (نظام الاتفاق الإجرائي) / المجلة المصرية للقانون الدولي / المجلد ٦٠ لسنة ٢٠٠٤ م .