رقابة محكمة النقض على تطبيق قواعد الإسناد

للباحثة / هبة احمد عبد الله الهادى

الملخص

إن الصعوبه الأساسية في موضوع تنازع القوانين تكمن في حالة عرض نزاع ذا عنصر أجنبي على القاضي ، في تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتعتبر قواعد الإسناد بإعتبارها جزءاً من القانون الداخلي ، هي وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإن امتنعت المحكمة أو أخطأت في تطبيقها ، قد يؤدي ذلك إلى تطبيق قانون ليس له صلة بموضوع النزاع وهنا تثور مشكلة رقابة محكمة النقض في الرقابة على تطبيق قواعد الإسناد ، ومدى إلزامية تلك القاعدة بالنسبة للقاضي ، وهو ما سنعرض له في هذا البحث نظراً لأهمية تلك الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي .

Abstract

The main difficulty in the issue of conflict of laws lies in the case of submitting a dispute of a foreign element to the judge, in determining the applicable law, and the rules of attribution are considered as part of the internal law, it is a means of determining the applicable law. This is due to the application of a law that is not related to the subject of the dispute, and here the problem of the Court of Cassation's oversight arises in overseeing the application of attribution rules, and the extent to which this rule is binding on the judge, which we will discuss in this research given the importance of this control over the application of foreign law.

رقابة محكمة النقض على تطبيق قواعد الإسناد

مقدمة:

إن قاعدة الإسناد لا تختلف من زاوية تحليلها الهيكلي عن أية قاعدة قانونية أخرى مستخدمة في نطاق القانون ، فمن المعروف أن أية قاعدة قانونية تتحلل إلى ركنين أساسيين ، ركن الإفتراض Ese-presupposel'hypoth من جهة،وركن الأثر القانوني Le dispositive-effet juridique المترتب على تحقيق هذا الإفتراض من جهة أخرى .(١)

و من الثوابت في ميدان تنازع القوانين عدم التلازم بين المحكمة المختصة وبين القانون الواجب التطبيق، بمعنى ان ثبوت الاختصاص للقاضي الوطني بنظر النزاع ذي العنصر الأجنبي لا يعني بالضرورة تطبيق القاضي لقانونه الوطني على النزاع المعروض . (٢)

و إن الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص هي كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة حيث ان العلاقات القانونية في مجال القانون الدولي الخاص ترتبط بأكثر من دولة وبالتالي بأكثر من قانون الأمر الذي يتحتم معه تحديد القانون المختص الذي يحكم تلك الروابط . (٣)

وتعد قواعد الإسناد شقاً في القانون الداخلي لكل دولة، ولذا لم يثر الشك حول مبدأ رقابة المحكمة العليا على تطبيقها ، لا تمييز في هذا الشأن بينها والقواعد المادية في ذلك القانون ، ويستوي في فرض الرقابة أن تكون محكمة الموضوع قد أخطأت فطبقت القانون الوطني حيث يجب تطبيق قانون أجنبي أو ان تكون قد طبقت قانوناً أجنبياً حيث يكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق،أو تكون قد طبقت قانوناً أجنبياً حيث يثبت الإختصاص لقانون أجنبي أخر.(٤)

وبناء عليه سوف نعرض لرقابة محكمة النقض على تطبيق قواعد الإسناد في المباحث التالية :

المبحث الاول : الرقابة على مخالفة الإلزام لقاعدة الإسناد .

المبحث الثاني : الرقابة على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد .

---

(١) د/هشام صادق و د/ حفيظة الحداد :الموجز في القانون الدولي الخاص،دار المطبوعات الجامعية،٢٠١٩،ص ١٩.

(٢) ميثم فليح حسن:طبيعة قواعد الإسناد،مفهوم الإزدواجية في قاعدة الإسناد ص٩٣

(٣) د/كريم مزعل شبي الساعدي: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة كربلاء المجلد الثالث ،العدد الثالث عشر ، كانون الأول ٢٠٠٥ .

(٤)د/محمد كمال فهمي :رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين،مجلة القانون والأقتصاد للبحث في الشئون القانونية والإقتصادية،العدد الثالث،السنة الثالثة والثلاثون،سبتمبر١٩٦٣،ص ٣١١

المبحث الأول

الرقابة على مخالفة الإلزام لقاعدة الإسناد

عندما يعرض على القاضي الوطني نزاعاً ذا عنصر أجنبي، قد لا يحترم القوة الملزمة لقاعدة الإسناد، وذلك بأن يهمل تطبيقها حيث يطبق القواعد الموضوعية الوطنية رغم ظهور العنصر الأجنبي في هذا النزاع ، فقد ثار الخلاف قديما حول مدى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني ، فهل يلتزم بتطبيقها من تلقاء نفسه أم يتعين عليه أن ينتظر تمسك أحد الأطراف بالقانون الأجنبي المشار إليه بمقتضاها ومن ثم يطبقها. (١)

وقد انقسم الرأي حول مدى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي ، إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول : لا يعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة ملزمة . والدول التي تسلك هذا الاتجاه تمنع محاكمها من تطبيق قاعدة الإسناد وتوجب عليها تطبيق القانون الوطني على المنازعات كافة ، بما فيها المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي ، ما لم يتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تدل عليه قاعدة الإسناد ، أي أن القاضي ليس ملزما ولا واجبا عليه من تلقاء ذاته البحث في قاعدة الإسناد والعمل بموجبها ، ومن هذه الدول بريطانيا وكندا والولايات المتحدة الامريكية والبلاد الانجلوسكسونية بصفة عامه . (٢)

الاتجاه الثاني : ذهب إلى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي ، وهو ملزم بتطبيقها والأخذ بمدلولها من تلقاء نفسه ، ومن الدول التي أخذت بهذا الرأي ألمانيا،حيث جعلت ذلك واجبا على القاضي في جميع المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي ، سواء طلب الخصوم ذلك أم لم يطلبوا ،كما أنه يمكن التمسك بتطبيق قاعدة الاسناد لاول مرة امام محكمة النقض الالمانية بوصفها مسأله قانون يخضع لرقابه هذه المحكمة ، كما ان هذا الموقف تبنته العديد من التشريعات الحديثة بنصوص صريحة مثل القانون النمساوي المادة (٢،٣) والقانون المجري المادة (٥) والقانون السويسري المادة (١٦)، كما اوصي بإتباع هذا الموقف مجمع القانون الدولي في دورته لعام ١٩٨٩ حيث اوصي بتطبيق القاضي لقاعدة الاسناد تلقائيا وبتطبيق القانون الاجنبي الذي تعينه من جهه اخري ويؤسس هذا الاتجاه موقفه علي اساس أن قاعدة الاسناد الوطنية

---

(١) د/ حسام أسامة : معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء البحريني " دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص" مجلة الشريعة والقانون بجامعة الأزهر،العدد ١٩ –٢٠١٧، ص ١٩٣.

(٢) ضيوف عادل:مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء بعنوان،القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ،ص٢٣.

قاعدة أمرة ، ومتعلقة بالنظام العام في جميع الحالات . (١)

وهناك اتجاه ثالث وسطي يرى أن قاعدة الإسناد لا تتمتع بقوة ملزمة للقاضي ولكن له أن يأخذ بها من تلقاء ذاته ، أو بناءا على طلب الخصوم وهذا الاتجاه سائد في فرنسا . (٢)

و هناك اجتهادات لمحكمة النقض الفرنسية أكدت على إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي فيما لو أثارها الخصوم وتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي تماشيا مع الاتجاهات العالمية والأوروبية خاصة، فهل يجب على الخصوم التمسك بإعمال قاعدة الإسناد استنادا إلى وجود عنصر أجنبي ظاهر في العلاقة محل النزاع حتى يقوم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد أم أنه يجب عليه تطبيقها من تلقاء نفسه حتى وإن لم يتمسك بها الخصوم ؟

هذا ما سوف نعرض له في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : حالة تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي .

المطلب الثاني : حالة عدم تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي .

---

(١) د/ هشام صادق : دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ٢٠٠٣ .

(2) Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Droit international privé, DALLOZ, 2013, p330

المطلب الأول

حالة تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي

عندما يتمسك الخصوم بإعمال قاعدة الإسناد استناداً إلى وجود عنصر أجنبي ظاهراً في العلاقة محل النزاع لا تكون مسألة تطبيق قاعدة الإسناد مسألة خيار بالنسبة للقاضي وإنما مسألة قانون يلتزم بإعمالها فعندما يرفض القاضي تطبيق قاعدة الإسناد رغم تمسك الخصوم بها،أو لم يعر اهتماماً لتضمن المسألة محل النزاع لعنصر أجنبي وطبق القواعد الموضوعية مباشرة على النزاع يعد قد خالف مقتضيات القانون. (١)

وقد ترددت الآراء الفقهية والقضائية حول الأساس الذي يستند إليه هذا الرأي ونعرض لها فيما يلي:

أولاً:جرى القضاء الفرنسي التقليدي قديماًعلى تعليق إلتزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بإختصاصه على شرط تمسك الخصوم بأحكام هذا القانون . (٢)

فيرى البعض أن القاضي غالبا ما يكون لديه ميل فطري وطبيعي لتطبيق قانونه وبالتالي لا يجب عليه أن يطبق القانون الأجنبي إلا إذا استند الأطراف إلى تطبيقه ، فإذا ما أثبت الأطراف القانون الأجنبي فإنه يجب عليه تطبيقه بحكم منصبه ، وهذا ما اتجهت إليه المحاكم الإنجليزية منذ القرن الثامن عشر، حيث أنها عاملت القانون الأجنبي معاملة الواقع الذي يجب مناقشته وإثباته لحماية الأطراف أثناء المحاكمة من أي مفاجئه بالتنفيذ التلقائي للقانون الأجنبي . (٣)

فإن كان النظام الإنجليزي يلزم القاضي من الناحية النظرية حال تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي بإعمال قاعدة الإسناد إلا أنه في الوقت ذاته يفترض أن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة مماثل لمضمون القانون الإنجليزي ، وهذه الحيلة التي لجأ إليها النظام الإنجليزي ترفع عن القاضي عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، بمعنى أنه إذا إدعى أحد الخصوم أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يختلف عن حكم القانون الإنجليزي ، فعلى هذا

(١)حمزة قتال:رسالة دكتوراه،دورالقاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن سنة٢٠١٠، ص١٠٣.

(2) Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Droit international privé, DALLOZ,2013 , p328 .

(3) C. David, La loi étrangère devant le juge du fond Revue internationale de droit comparé Année 1965 17-1pp. 250-254 https://www.persee.fr

الخصم اثبات هذا الإختلاف بإقامة الدليل على المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي . (١)

وقد أتجه البعض في فرنسا إلى إعتبار القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الواقع ،أو أنه يعامل على الأقل معاملة الواقع،إذ أن المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات أن على الخصوم التمسك بوقائع الدعوى،أما القانون فمن واجب القاضي ان يطبق احكامه من تلقاء نفسه،وقد كانت السوابق القضائية تقرر أن تطبيق قواعد التنازع يعد اختيارياً ويتعين على الأطراف المطالبة به،وأنه لا يمكن انتقاد القاضي الفرنسي لعدم تطبيقه تلقائياً للقانون الأجنبي.(٢)

فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم Bisbat الذي تواتر عليه قضاؤها بعد ذلك ، الطعن الذي نعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأسباني من تلقاء نفسها، وبررت رفضها للطعن بقولها " أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير بإختصاص القانون الأجنبي ، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون ، وعلى ذلك فلا ينعى على محكمة الموضوع عدم

تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، ورجوعها إلى القانون الفرنسي الداخلي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص" فكأن المحكمة لم تستند في موقفها السابق على إعتبار القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع ،وإنما أقامت

المحكمة قضاءها على الصفة المكملة لقواعد الإسناد الفرنسية،على الأقل حين تشير بإختصاص قانون أجنبي. (٣)

و لطالما أثر حكم Bisbat على السوابق القضائية الفرنسية فكان إتجاه محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر وفقاً لذلك الحكم يرى أن القاضي غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ما لم يتمسك بها أحد الخصوم وإستنادا إلى عدم تعلق تلك القاعدة بالنظام العام . (٤)

بمعنى ان الأمر متروك للأطراف للمطالبة بتطبيقه وأنه لا يمكن انتقاد قضاة المحكمة لعدم تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الفرنسي الذي يهدف إلى تطبيق جميع علاقات القانون الخاص في حال صمت الأطراف وهو مبدأ يطلق عليه الطابع الإختياري لقاعدة التنازع . (٥)

---

(١) د/فؤاد رياض و د/سامية راشد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ،١٩٧٤ ص ٨٨ .

(2) Le juge et la circulation des règles nationals, Chapitre 1

(٣) د/ هشام صادق : تنازع القوانين ،المرجع السابق ص ١٥٦

(4) Gutman (D) : Droit international privé, 2ème édition, DALLOZ, Paris,2000,p79.

(5) Monica-Elena Buruianã.L'application de la loi étrangère en droit international privé. Droit.Université de Bordeaux, 2016.Français.p200.

وقد عارض جانب من الفقه الإتجاه السابق إستناداً إلى أنه لا يمكن إطلاق حكماً عاماً على كافة قواعد الإسناد بأنها غير متعلقة بالنظام العام،واستندوا في ذلك إلى أن هذا الحكم قد جعل من قاعدة الإسناد قاعدة غير ملزمة،وهو أمر يختلف عن القاعدة المكملة،فتلك الأخيرة يطبقها القاضي من تلقاء نفسه طالما لم يجد اتفاقاً بين الخصوم يخالفها، أما قاعدة الإسناد فقد أصبحت بمقتضى هذا الحكم قاعدة لا يلزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه،حتى لو لم يجد إتفاقاً بين الخصوم يخص تطبيقها من عدمه،وهو الأمر الذي قد يجعل منها قاعدة مهملة أو غير ملزمة ، ولذلك فقد اتجه الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر إلى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، وبهذه المثابة لا يمكن وصف كافة قواعد الإسناد بأنها قواعد غير متعلقة بالنظام العام،وإنما الأمر يتوقف على طبيعة المسألة المتنازع عليها،وما

إذا كانت مسألة مرتبطة بالنظام العام أم لا، ولعل هذه الإنتقادات أدت إلى تغيير القضاء الفرنسي لإتجاهه السابق على النحو التالي . (١)

ثانياً: اعترفت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليست كل قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام ، وأن هناك فارق بين قواعد الإسناد المرتبطة بالحقوق القابلة للتصرف فيها droits disponible، وبين تلك المتعلقة بالحقوق غير القابلة للتصرف فيها droits indisponible ، فتلك الأخيرة فقط هي التي تكون فيها قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي لأنها تتعلق بالنظام العام ،ففي قضية شهيرة تعرف بإسم قضية AMERFORD أقرت محكمة النقض الفرنسية في ١٦نوفمبر١٩٩٣بمبدأ إلتزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه بالنسبه للحقوق الغير قابلة للتصرف فيها droits indisponible ، ويبدو أن السبب في ذلك هو تعلق تلك الحقوق بالنظام العام ، أما إذا كانت الحقوق قابلة للتصرف فيها droits disponible ، فهي حقوق غير متعلقة بالنظام العام ، وبالتالي فلن يطبق القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، بل سيطبق القانون الفرنسي مباشرة طالما لم يتمسك أحد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي . (٢)

وقد تبنى القانون الوضعي الفرنسي حلا معتدلاً من خلال حكم شركةSoc. Mutuelle du mans الصادر عن محكمة النقض في ٢٦ مايو ١٩٩٩والذي نصت فيه أنه"فيما يتعلق بالحقوق القابلة للتصرف فيها droits disponible ، وحيث لم يحتج أي من الطرفين بإتفاقية

(١) د/حسام أسامة : المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

(2)Lequette (Y):les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,4 èm édition, DALLOZ, Paris 2001,p734-736.

لاهاي المؤرخة في ١٥ يونيو ١٩٥٥ للمطالبة بتطبيق قانون أجنبي ، فإنه وفقا للمبدأ الإختياري لقاعدة التنازع التي لم يعد لها تأثيرعلى دور القاضي طالما ان الأطراف تتصرف بحرية كاملة في حقوقهم وتلتزم الصمت بشأن زوال التنازع، فإن للقاضي ببساطة خيار إثارة تنازع القوانين من

عدمه ، وهو خيار يصبح إلتزاماً عندما يطالب به أحد الأطراف". (١)

وبذلك سيلتزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء تفسه في كافة منازعات الأسرة من طلاق وزواج ونسب بإعتبارها من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها droits indisponible بينما لن يطبق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في مسائل العقود ودعاوى المسئولية التقصيرية ، بإعتبارها من الحقوق القابلة للتصرف فيها droits disponible . (٢)

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر لها صادر في ٢٨ يناير ٢٠٠٣ ، حيث ذهبت إلى أنه بالنسبة للحقوق القابلة للتصرف فيها droits disponible ، فإن القاضي لا يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد وما ينشأ عنها من قانون أجنبي إلا في حالة التمسك به صراحة من جانب احد

الخصوم ، أما بالنسبة للحقوق غير القابلة للتصرف فيهاdroits indisponible فإن القاضي يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد وما ينشأ عنها من قانون أجنبي حتى ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك . (٣)

إلا أن جانب من الفقه قد إنتقد هذا الإتجاه إستناداً إلى معيار قابلية أو عدم قابلية الحق للتصرف فيه لا علاقة له بآلية تطبيق قاعدة الإسناد كقاعدة قانونية منتمية لقانون القاضي ، وهل قاعدة الإسناد هنا قاعدة ملزمة أم غير ملزمة ، وكون تلك القاعدة ملزمة فكيف يهملها القاضي الوطني عند تطبيق نزاع ذو طبيعة دولية ، وكيف يمكن للقاضي إذا لم يتمسك أطراف النزاع بتطبيق القانون الأجنبي أن يحول نزاع ذو طبيعة دوليه إلى نزاع ذو طبيعة داخلية ، وهذا ما دفع الفقه إلى التفكير في إلزام القاضي بتطبيق كافة قواعد الإسناد من تلقاء نفسه دون تفرقه بين حقوق قابلة للتصرف فيها وحقوق غير قابلة للتصرف فيها (٤) .

(1) Monica-Elena Buruianã: L'application de la loi étrangère en droit international privé. OP.CiT.p204.

(٢) د/ حسام أسامة – المرجع السابق ص ١٩٨

(3)Cour de cassation (1re Ch. civ.). 28 janvier 2003,Note BERTRAND ANCEL, N3, Trimestrielle, DALLOZ, PARIS, Juillet-septembre 2003, pp462-465.

(4). Le juge et la circulation des règles nationals, Chapitre 1, https://www.courdecassation.fr

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بتاريخ ٢٨ يونيو ٢٠٠٥ بأن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة التنازع سواء كان الأمر متعلقاً بحقوق قابلة للتصرف فيهاdroits disponible أو غير قابلة للتصرف فيهاdroits indisponible وتطبيق القانون الذي حددته تلك القاعدة والبحث عن محتواه ، على الأقل إذا كان الأمر يتعلق بحالة الأشخاص أو المسائل المتعلقة بالنظام العام فإن لديه إلتزام مزدوج بتطبيق القانون الأجنبي والسعي إلى محتواه بمساعدة الأطراف وشخصياً إذا لزم الأمر من أجل توفير حل للمسألة المتنازع عليها وفقاً للقانون الأجنبي الوضعي . (١)

(1) Gaudemet-Tallon (H): De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé, in le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005,p303-309

المطلب الثاني

حالة عدم تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي

الفقه والقضاء الحديث يؤكدان إلتزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه حيث يؤكد الفقه الحديث في كل من فرنسا ومصر أن على القاضي أن يفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي تستوجب تطبيق القواعد المناسبة على المسألة المطروحة وما دامت قواعد الإسناد وضعت خصيصا لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي، فهي الواجبة التطبيق دون القواعد الموضوعية، مما يجعل عدم تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد رغم توافر شروط تطبيقها، ولو بحجة أن الخصوم لم يتمسكوا بها ، موجبا للنقض، لأنه يعد مخالفا للقانون وهو وجه من أوجه الطعن يستوجب رقابة المحكمة العليا. (١)

وفي القول بغير ذلك تجاهل للقوة الملزمة لقاعدة الإسناد وهو ما لا يجوز التسليم به، فقد أسس الفقه موقفه على أساس أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وطنية تنتمي إلى قانون القاضي، وبالتالي عليه أن يطبقها دون إنتظار تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي من عدمه ، فبمجرد الكشف عن دولية العلاقة المطروحة يجب على القاضي أن يطبقها مباشرة دون حاجة لإنتظار تمسك أحد الخصوم بها.(٢)

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه في حكمين لها صادرين بتاريخ١١و١٨ أكتوبر١٩٨٨،وكان قضاة الموضوع قد تجاهلوا تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد

بإختصاصه والذي لم يتمسك به الخصوم وفصلوا فـي النزاع وفقاً لأحكام القانون الوطني(الفرنسي) ،فقررت محكمة النقض أن مسلك محكمه الموضوع على هذا النحو يشكل خرقا لقاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت بإختصاص القانون الأجنبي والتي كان يتعين على محكمة الموضوع إعمالها من تلقاء نفسها وبالتالي الفصل في النزاع في ضوء أحكام القانون الأجنبي الذي تشير بإختصاصه، ولم تشترط محكمة النقض الفرنسية لقيام التزام القاضي في هذا الصدد أن يتمسك احد الخصوم بالعناصر الواقعية المؤكدة للصفة الدولية للنزاع، وإنما هي اكتفت لإلزام القاضي بالإعمال التلقائي لقاعدة الإسناد أن تتضمن أوراق الدعوى ومستنداتها هذه

(١) د/ عكاشة عبد العال : تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٧، ص ٣٤١ ،٣٥٣ وايضا د / أحمد عبد الكريم سلامة : الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية .– ص ٥٣٤ .

(2) Motulsky(H):L'évolution recente de la loi étrangère en france, Mélanges Savatier, Paris https://www.worldcat.org/ ets1965 p387,

العناصر الواقعية ولو لم يتمسك بها الخصوم ، أما إذا لم تتضمن أوراق الدعوى ما يفيد الصفة الدولية للعلاقة المطروحة فلم يعد القاضي ملزما بإعمال قاعدة الإسناد ، ومن ثم يبدو من الطبيعي أن يفصل في النزاع عملاً بأحكام القانون الوطني. (١)

كما اكدت الغرفة الأولى المدنية بتاريخ ٢٨ يونيو ٢٠٠٥" أن القاضي هو الذي يجب أن يسعى بحكم منصبه أو بناء على طلب من الأطراف بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي، فهو لديه إلتزام مزدوج بتطبيق القانون الأجنبي والسعي إلى محتواه شخصياً وبمساعدة الأطراف إذا لزم الأمر من أجل توفير حل للمسألة المتنازع عليها وفقاً للقانون الأجنبي الوضعي " . (٢)

كما أكد القانون الألماني بأن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي حتى ولو تمسك الخصوم بتطبيق القانون الألماني متى كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بموجب قواعد التنازع ، كما ان النظام القانوني السوفيتي يلزم القاضي بتطبيق أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، ويؤكد أيضا القضاء الإيطالي الحديث على إلتزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، فبعد ان كانت محكمة النقض الإيطالية تكتفي بتقرير إلتزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي إذا كان يعلمه ، ذهبت إلى ان مبدأ علم القاضي بالقانون يفرض عليه تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه. (٣)

فقد قضت المحكمة العليا الإيطالية بأنه " يفرض على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد كما أن عليه أن يطبقه وفقاً لمعاييره الخاصة بالتفسير ، كما أقّرت المحكمة العليا بأن القاضي الإيطالي لا يمكنه تجاهل مراعاة التطورات الفقهية التفسيرية وذلك إعمالاً لنص المادة ١٥/٢١٨ من القانون الصادر عام ١٩٩٥ . (٤)

وقد استقرت أيضاً محكمة النقض المصرية منذ زمن بعيد على وجوب تطبيق القاضي للقانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد فقد قضت في حكم لها بجلسة ١٢ إبريل ١٩٧٢ بأن " على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد، سواء كان مصدره

---

(١) د/ هشام صادق : المرجع السابق ، ص ١٥٧-١٦٠ .

(2)Le juge et la circulation des règles nationals,Chapitre

(٣) د/ فؤاد رياض و د/ سامية راشد ، المرجع السابق ١٩٧٤ ص ٩١، ص٩٤

(4) FEDERICA RIZZO, APPLICAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO STRANIERO DA PARTE DEL GIUDICE NAZIONALE: LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE DETTA LE REGOLE Cass. Civ., I^, n. 21712-2015 7 Dicembre 2015،

التشريع أم غيره من المصادر، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظني على واقعة الدعوى أخذاً بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية في ظل القانون البيزنطي بهذا الخصوص و التي تقضي المادة الأولى من قرار ٢٣/ ٢/ ١٨٣٥ – الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذي يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله – باتباعها. لما كان ذلك فإن النعي يكون على غير أساس." (١)

---

(١) أحكام النقض :المكتب الفني،مدني،العدد الثاني، السنة ٢٣، الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية جلسة ١٢ من إبريل سنة ١٩٧٢ صـ ٦٩٨ .

المبحث الثاني

الرقابة على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد

إن الخطأ في إعمال ضابط الإسناد يعتبر خطأ في مسألة قانونية ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض ، ومتى ما تقرر مبدأ رقابة المحكمة العليا على إعمال قاعدة الإسناد فإن تلك الرقابة تمتد للعناصر الثلاث لتلك القاعدة الفكرة المسندة ، وضابط الإسناد ، والقانون المسند إليه ، إما إذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الإسناد على وقائع الدعوى كما لو أعمل القاضي ضابط الموطن ولكنه أخطأ في تحديد هذا الموطن من الناحية الواقعية ، فإن ذلك يعد خطأ في تقدير الوقائع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ولما كان مضمون الفكرة المسندة يختلف من تشريع إلى آخر وقد ترتب على ذلك أن أصبح تحديد القانون المختص يتطلب من القاضي مبدئياً تعيين الفكرة المسندة التي تندرج تحتها تلك الحالة ، وعلى هذا برزت مشكلة اساسية من مشكلات القانون الدولي الخاص وهي مشكلة التكييف ، وغني عن البيان أن تصنيف القاضي للحالة القانونية المعروضة أمامه يقتضي منه تحديد لمضمون الفكرة المسندة التي تتردد بينها تلك الحالة، وهذا هو مرد اعتبار عملية التكييف عملية تفسير لقواعد الإسناد في شقها الخاص بالفكرة المسندة والتي تعد فكرة قانونية أي انها تستمد مفهومها من احكام القانون فإذا أخطأ القاضي في تكييف الحالة المعروضة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (٢)

وسوف نعرض لذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الرقابه علي التكييف

المطلب الثاني : الرقابه علي الاسناد

---

(١) د/ فؤاد رياض و د/ سامية راشد : المرجع السابق ١٩٧٤ ص ٩١، ص٩٤ .

(٢) د/ محمد كمال فهمي : رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي ، المرجع السابق ص١ .

المطلب الأول

الرقابة على التكييف

التكييف القانوني كقاعدة عامة هو من واجب المحكمة حيث يجب على القاضي أن يكيف الدعوى التكييف الصحيح تاركا تكييف الخصوم جانبا لذلك يقع التكييف الخاطئ بسبب المحكمة اما بسبب عدم الدقة في تقدير وقائع الدعوى او بسبب الخطأ في تطبيق نصوص القانون وقواعد القانون الاخرى.(١)

و يختلف التكييف في القانون الداخلي عن التكييف في القانون الدولي الخاص من حيث إن التكييف في القانون الداخلي يهدف إلى تحديد القاعدة القانونية التي تطبق في النزاع المعروض

على القاضي لإيجاد حل نهائي له، في حين أن التكييف في القانون الدولي الخاص يهدف إلى ربط النزاع بإحدى مجموعات الإسناد، وذلك لتحديد قاعدة الإسناد واجبة التطبيق، والتي تبين القانون الواجب التطبيق على النزاع. وبمعنى آخر، إن التكييف في القانون الدولي الخاص لا يهدف إلى تحديد الأحكام القانونية التي تطبق على النزاع لحله بصورة نهائية، وإنما يهدف إلى بيان قاعدة الإسناد الصحيحة التي تدل القاضي على القانون الواجب التطبيق . (٢)

و التكييف La qualification في القانون الدولي الخاص هو أحد أكثر الموضوعات التي نوقشت،وتنشأ مشكلة التكييف على وجه الخصوص من الإنقسامات الجذرية بين المصطلحات المختلفة بين الواقع والقانون ، والنظر إليها من وجهات نظر مختلفة لتحليلها من خلال التفسير ، وإن قيمة دراسة التكييف في القانون الدولي الخاص مشوبة بالخلط الذي يحدث بين التكييف والتفسير ، حيث أنه يفترض عند تحديد القانون المنطبق على نزاع في القانون الدولي الخاص المعرفة به ، أي تحديد طبيعته القانونية ومن ثم تكييفه وهذا يتطلب المقارنة بين مفهوم الواقع المراد تكييفه ، ومضمون القاعدة القانونية ، والهدف من هذه المقارنة هو التحقق من المعيار الذي يكشف سياق التكييف ، فإن حقيقة ان النظم القانونية تنتمي إلى عوالم مختلفة تعطي للتكييف أهمية خاصة ، فالتكييف قد يخدم سياسة تشريعية معينة علاوة على ذلك فهو يعكس قيم قانون القاضي الذي يحكم النزاع ، والتي لا تستبعد كليا في عملية التكييف (٣).

(١) د/غني ريسان جادو:أسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية،كلية القانون جامعة البصرة ، مجلة دراسات البصرة السنة الثالثة عشرة / العدد (٣٠) ٢٠١٨

(٢) د/ ليلى الجنابي : مصطلحات ومفاهيم في القانون الدولي الخاص ، 2014 .

(3)Ridha Baukhari:La qualification en droit international prive,July 20,2010

أولاً :تعريف التكييف وأهميته:

إذا ما أردنا تعريف التكييف تعين علينا معرفة موضوعه أو ما ينصب عليه التكييف فمن الفقه من يراه ينصب على النظم القانونية ويرى هذا الرأي أن التكييف هو تحديد طبيعة النظام القانوني، والبعض الأخر يراه ينصب على العلاقات القانونية والتكييف عندهم هو تحديد طبيعة العلاقة القانونية فهو ينصب على الواقعة أو المركز الواقعي وتكون هنا وظيفة التكييف هي أعطاء الواقعة الطابع القانوني، وفيما بين هاذين الإتجاهين يوجد فريق من الفقهاء يرى بأن التكييف ينصب على موضوع النزاع أو أنه ينصب على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي . (١)

وبالنظر لكل تلك الإعتبارات يكون تعريف التكييف هو :

تحليل الوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون . (٢)

أهمية التكييف :

إن تنوع الوقائع في الحياة الإجتماعية وكثرتها يجعل من حصرها عملا مستعصيا لذلك تحاول التشريعات قدر المستطاع أن تستوعب هذه الوقائع في قواعد قانونية تتكفل بتنظيمها ، وهنا تكمن أهمية التكييف ، بوصفه عملية أولية ولازمه لإخضاع التصرف أو الواقعة القانونية محل النزاع لنص القانون الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة (٣)

فأول ما يعرض له القاضي عندما تقدم له مسألة تشتمل على عنصر أجنبي ، أن يدخل العلاقة المعروضة عليه في نظام من النظم القانونية ، حتى يعرف ما هو القانون الذي يسند إليه حكمها، أي أن مرحلة التكييف تسبق بالضرورة مرحلة الإسناد ومن هنا كان الخطأ في التكييف مسألة قانونية تخضع دائما لرقابة المحكمة العليا ، فإذا ما أراد القاضي أن يتحقق من طبيعة المسألة محل النزاع فوفقاً لأي قانون يتعين إجراء هذا التكييف ؟ (٤)

---

(١) د/ عز الدين عبد الله:القانون الدولي الخاص،الجزء الأول،دار النهضة العربية،الطبعة الثامنة،١٩٨٦ص١١٢

(٢) د/ هشام صادق ،ود/حفيظة الحداد: دروس في القانون الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي،١٩٩٩، ص ٥٣.

(٣) حمزة قتال: دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص٥٢.

(٤) د/ أحمد عشوش : القانون الدولي الخاص ، بدون اسم ناشر، وبدون سنة نشر ، ص ٢٦٣ .

وأيضا مما يبرز أهمية التكييف في إطار تنازع القوانين هو اختلاف قوانين الدول في تكييف المسائل القانونية التي يثيرها النزاع المطروح على القاضي ، فنجد مثلا أن قوانين الدول الإسلامية تدخل الميراث ضمن الأحوال الشخصية ، ويخضع بالتالي إلى قانون الجنسية ،بينما تدخله قوانين الدول الغربية في الأحوال العينية ويخضع لقانون موقعه إذا كان عقار ولقانون أخر موطن للمالك إذا كان منقول ، هذا الإختلاف في التكييف يجعل من تحديد القانون الذي يتم التكييف طبقا لأحكامه عمليه بالغة الأهمية في عملية الإسناد ومعرفة القانون المختص ، إذ سوف يختلف القانون المختص بإختلاف القانون الذي اتخذ مرجعا في التكييف، وهذا ما يطلق عليه تنازع التكييفات ، وهو ما يميز التكييف في إطار تنازع القوانين عن التكييف في القانون الداخلي . (١)

ثانياً : القانون الذي يخضع له التكييف:

أختلف الفقه أختلافاً كبيرا حول القانون الذي يحكم التكييف وقد ظهرت عدة نظريات نعرضها فيما يلي:

١- نظرية تطبيق القانون الذي يحكم النزاع : La Lex causae

يذهب البعض إلى أخضاع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع وعلى رأسهم Despegnet، وبهذه المثابة إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى خضوع الشكل لقانون بلد الابرام فإن قانون هذه الأخيرة هو الذي يحدد لنا مفهوم الشكل في هذا الصدد. (٢)

ويرى البعض أن هذا الرأي منطقياً حيث يمكن القول بأن إعطاء الوصف القانوني للمسألة يعد جزأ لا يتجزأ من قاعدة الإسناد الوطنية ، وأن عدم تكييف النزاع وفقاً لقانون القاضي من شأن خرق قاعدة الإسناد وتطبيقها على حالات لم يقصد المشرع الوطني تطبيقها عليها ، كما أنه من الممكن القول بأن إعطاء الوصف القانوني للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من القاعدة الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع . (٣)

ويعاب على هذا الإتجاه أنه يؤدي إلى المصادرة على المطلوب فكيف يتم تكييف المسألة محل النزاع،وفقاً للقانون المختص بحكمها في حين أن التحديد المتقدم يتوقف على تكييفها . (٤)

(١) حمزة قتال:المرجع السابق ، ص٥٣ .

(٢) د/عز الدين عبدالله : القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ص١٢٧ .

(٣) د/فؤاد رياض و د/سامية راشد:الوسيط في القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،دارالنهضة العربية،١٩٩٢،ص٦٥.

(٤) د/هشام خالد : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين – تنازع الإختصاص،دار الفكر الجامعي، ٢٠١٤،ص٥٥٧.

٢- نظرية تطبيق القانون المقارن :La droit compare

يرى جانب اخر من الفقه وعلى رأسهم" رابل Rabe أن التكييف يجب أن يتم وفقاً للقانون المقارن.(١)

إذ يتعين إستخدام المنهج المقارن لإستخلاص مفاهيم عالمية موجودة للأفكار المسندة التي تتضمنها قواعد القانون الدولي الخاص ، والفكرة الاساسية التي تحكم هذا الإتجاه أن قاعدة الإسناد وضعت لمواجهة علاقات دولية ، ومن ثم فيجب أن يتحدد مضمون الفكرة المسندة على أساس مفهوم عالمي موحد ، ولهذا فقد أخذ الأستاذ رابل على النظريات القائلة بإخضاع التكييف لقانون معين ، مثل قانون القاضي أو القانون الذي يحكم النزاع لا تتلائم وحاجة المعاملات الدولية. (٢)

" ويعاب على هذا النظر إسرافه في التفاؤل، فالثابت أن علماء القانون المقارن لم ينجحوا حتى الآن في استخلاص مفاهيم مجردة للمسميات السابقة ، وعلى هذا الأساس ، لا يمكن لنا التعويل على النظرية

المتقدمة رغم اتجاهها التقدمي الذي يرمي إلى عالمية القانون الدولي الخاص ، ويقترب مما تقدم نظرية "كوادري" والذي ذهب لإخضاع التكييف لعلم القانون المجرد ويصادف النظر السابق ذات أوجه النقد التي وجهت إلى النظرية الأولى سالفة البيان." (٣)

٣- نظرية تطبيق قانون القاضي: Le Lex Fori

يرى جانب من الفقه إخضاع التكييف لقانون القاضي وهذه النظرية قد وضعها الفقيه الفرنسي Bartin وقد سبقه إليها الفقيه الألماني كاهن Kahn ، وقد استند بارتان Bartin في نظريته إلى حجة مستمدة من فكرة السيادة ، فالقاعدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات

---

(1) La qualification en droit international,Mars 29,2019 , OP.Cit. Rabel avait propose une solution differente.Il disait qu'il ne fallait pas choisir mais qu'il fallait supprimer le conflit en faisant en sorte que tous les Etats aient les memes categories.

(٢) د/ هشام صادق و حفيظة الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ، ص ٧٩ . وايضا

La qualification en droit international ,Mars 29,2019

Ces conflits ont ete mis en lumiere pas Kahn (Allemagne, 1891) et Bartin (Frnce, 1897).Ils ont montre qu'il fallait choisir entre la qualification lega fori (selon les conceptions du juge saisi) et la qualification lege causae (selon le droit applicable a la cause). Ils ont tous les deux propose la meme solution, il fut qualifier lege fori, c'est a dire partir des categories juridiques posees par les regles du confilit de lois du for.

(٣) د/ هشام خالد:القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص ،دار الفكر الجامعي ،٢٠١٤ ،ص ٥٥٨.

الطابع الدولي، أي قاعدة الإسناد إنما ترسم حدود السياسة التشريعية للدولة ، فإذا ما سمحت هذه القاعدة بتطبيق القاضي لقانون أجنبي فإنها تكون قد انتقصت بذلك من سيادة قانون القاضي لصالح قانون الدولة الأجنبية ، ولا شك أن المشرع الوطني هو الذي يحق له وحده الحد من سيادة دولته التشريعية ، فإذا تركنا هذا التحديد لقانون أخر فإنما نكون قد تركنا لهذا القانون تحديد الإطار الذي تمارس فيه السيادة التشريعية لدولة القاضي . (١)

وقد وضح بارتن Bartin نظريته في التكييف بعد تحليل للقضاء الفرنسي السابق وقد أستند إلى قضيتين أصبحتا من القضايا الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص ، وهما قضية ميراث الملطي وقضية وصية الهولندي . (٢)

ويلقى هذا الإتجاه قبولاً حسنا لدى العديد من المشرعين والفقهاء ، كما أن المحاكم الوطنية تقوم بإعماله في الغالبية الساحقة من الحالات . (٣)

كما يرى ايضا Bartin أن هناك استثناء هام يخرج عن الإختصاص العام لقانون القاضي ، وهو تحديد الطبيعة القانونية للأموال ، فتكييف المال لا يخضع لقانون القاضي ، بل لقانون موقعه Lexsitus ، فهو الذي يضمن وحدة التكييف بشأن المال محل النزاع ، بما يحقق الأمن والإستقرار في المعاملات الواردة عليه ، وقد درج الفقه المؤيد لنظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي على التفرقة بين نوعين من التكييف وهما :

ا- التكييف الأولي :Qualification primaire وهو الذي يرجع فيه لقانون القاضي .

ب- التكيف اللاحق أو الثانوي :Qualification secondaire وهو يخضع للقانون الواجب التطبيق على النزاع .

فمثلاً إذا إنتهى القاضي إلى تكييف المسألة المعروضة على أنها من مسائل الإلتزامات التعاقدية وإخضاعها لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية ، فإن تحديد نوع العقد الذي تولد عنه الإلتزام يعد تكييفاً ثانوياً qualification secondaire غير لازم لإعمال قاعدة التنازع ولا يخضع لقانون القاضي ، بل للقانون واجب التطبيق على العقد .(٤)

وقد إنتقد فيرى P.Eek مبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي بقيلة أنه سوف يجعل له سلطة

(١) د/ فؤاد رياض و د/ سامية راشد : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق،١٩٩٢ ص٥٨-٦٠ .

(٢) د/ هشام صادق و د/ حفيظة حداد: دروس في القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ، ص٥٦ .

(٣) د/ هشام خالد : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص ،المرجع السابق ،ص ٥٥٨ .

(٤) د/أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ص٦٨٨ – ص٦٩٠

تعديل القانون الأجنبي الذي من المفترض أن يطبقه وفقاً للإعتبارات المتعلقة به ، فيبدو الأمر صعباً من وجهة نظره ، والذي أصر فيه على وجوب تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي بطريقة عادلة وذلك بالرجوع إلى التكييف في القانون الأجنبي من اجل الحصول علي نتيجة معقولة ، ويعد ذلك حماية ضد التجاوزات القضائية .(٢)

كما يرى البعض أن التكييف في مفهوم نظرية التنازع بين القوانين لا يقصد به سوى التكييف اللازم لتحديد قاعدة التنازع الملائمة للمسألة محل النزاع تمهيدا لمعرفة القانون واجب التطبيق ، أما ما يسمى بالتكييف اللاحق ، فهو ليس تكييفاً بالمعنى الدقيق وإنما هو من قبيل التفسير interpretation اللازم لحسن تطبيق القانون الذي حددته قاعدة التنازع .(٣)

موقف المشرع المصري من خصوص التكييف :

نصت المادة العاشرة من القانون المدني المصري على أن " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها ،فكأن المشرع المصري قد أخذ بالتفرقة التي قال بها بارتن بين التكييف الأولي أو السابق والذي يخضع لقانون القاضي ، وبين التكييف الثانوي أو اللاحق والذي يرجع في شأنه للقانون المختص بحكم النزاع ،وهذا ما اوضحته المذكرة الأيضاحية : من أن المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري هو التكييف الأولي أو السابق ، إذ جاء بها " أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانون القاضي في مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد إختصاصاً تشريعياً معيناً كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص .... ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون " ، ويلاحظ أن التكييف الثانوي أو اللاحق لا يعد تكييفاً بالمعنى المفهوم في القانون الدولي الخاص وإنما هو مجرد تطبيق لأحكام القانون المختص بحكم النزاع . (٤)

وقد وأحتدم الجدل بين الفقهاء حول نطاق رقابة محكمة النقض على التكييف بشكل عام الأمر الذي انعكس على موقف محكمة النقض في القضاء المقارن ، فتباينت حلولها وذلك على

La recherche de la solution équitable en droit : (2)Hugh Thirlway international privé Travaux du Comité français de droit international privé Année 1985 p 94.

(٣) د/أحمد عبد الكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ،ص٦٩١ .

(٤) د/ هشام صادق ود/حفيظة الحداد:دروس في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ص ٨٣،٨٤.

التفصيل الأتي :

اولا : الرقابة المقيدة لمحكمة النقض على التكييف:

حاول انصار هذا الإتجاه تقييد نطاق رقابة محكمة النقض على مسألة التكييف ، ويمكن رد هذه الآراء على تعددها إلى مجموعتين رئيسيتين :

١- التمييز بين الإصطلاحات والألفاظ التي حدد القانون معناها وتلك التي لم يحدد معناها:

تعتبر هذه النظرية أول النظريات التي عنيت بنطاق رقابة محكمة النقض على مسألة التكييف بشكل عام وقد استحدثها المستشار Barris في سنة ١٨٣٣وقد خلص فيها إلى ان الإختلاف في الفن أو التكتيك التشريعي يحدد نطاق رقابة محكمة النقض على التكييف ، فحيث يكيف قاضي الموضوع واقعة معينة على ضوء اصطلاح قانوني معين لم يحدد القانون معناه فإنه يتمتع حيال هذا التكييف بسلطة تامة

دون معقب عليه من محكمة النقض ،أما حينما يحدد القانون معنى المصطلح أو اللفظ الذي يستخدمه فإنه يتعين على القاضي ان يلتزم عند تكييفه للواقع بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح كما حدده المشرع فلا يدخل في مدلوله واقعة لا ينطبق عليها وإلا كان مخالفاً للقانون، لذا تراقب محكمة النقض عمله في مثل هذه الأحوال،وقد كانت هذه النظرية محل نقد شديد من الفقه ذلك أنها لم تقدم معيارا يمكن على ضوئه القول بإجراء التفرقة بين المصطلحات والألفاظ التي حدد المشرع معناها وتلك التي لم يحدد معناها، وهكذا توصلنا هذه النظرية عملاً في النهاية إلى عدم رقابة محكمة النقض على التكييف كلية.

٢–التفرقة بين التقدير القانوني وبين التقدير غير القانوني :

يذهب انصار هذه النظرية إلى ان رقابة محكمة النقض على مسالة التكييف بشكل عام تبنى على أساس طبيعة تقدير القاضي وقد نادى بهذه النظرية كل من Bore والنائب العام dupin والفقيه Chenon،وقد تعرضت هذه النظرية لنقد عنيف من جانب الفقه فعاب عليها انها لا تصلح معياراً لتحديد نطاق رقابة محكمة النقض على مسألة التكييف حيث أنها تتجاهل طبيعة عملية التكييف . (١)

فالتكييف دائماً عمل قانوني يترتب على الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون ، ومن ثم يتعين خضوع كل تكييف يقوم به القاضي لرقابة محكمة النقض ، وقد امتنعت المحاكم الفرنسية لفترة

---

(١) د/أحمدالسيد الصاوي:نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دارالنهضة العربية من ص٢١٦–٢٢٧ .

طويلة عن المشاركة في الجدل العقائدي حول مشكلة التكييف،لذلك لم يتم توضيح المبدأ، بالخضوع لرقابة محكمة النقض من عدمه لفترة طويلة ،ثم أرست المحكمة العليا مبدأ الأهلية القانونية لقانون القاضي وخضوع التكييف الذي يقوم به لرقابة محكمة النقض وذلك في حكمها الصادر في قضيةBartholo والذي قضت فيه بأنه "عندما يكيف نظامان قانونيان نفس النزاع بشكل مختلف في مسألة القانون ، أي لا يصنف النزاع الذي سيتم حله فيه في نفس الفئة ، فإنه يؤدي إلى تباعد يؤدي إلى تنازع القوانين المختلفة المنفصلة و يسمى هذا الاختلاف صراع التكييفات ، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن التكييف المنصوص عليه في القانون الدولي لا يلغي أي تدخل من قبل القانون الأجنبي بمجرد تحديده ، فإذا تم تعيين قانون أجنبي لحكم النزاع ، في مسألة ميراث مثلاً، وكان النزاع على ممتلكات موجودة في الخارج ، فإن تكييف طبيعة هذه الممتلكات عقار أو منقول يسمى التكييف الفرعي أو الثانوي يرجع فيه إلى قانون موقع المال".(١)

ثانياً: الرقابة العامة على التكييف :

تقوم هذه النظرية على محصلة ما انتهى اليه الجدل الفقهي حول طبيعة التكييف من انه دائما عملية قانونية تعني إلباس الواقعة كما أثبتها قاضي الموضوع ثوبا قانونياً ملائما ، وذلك بتشخيص الواقعة على

ضوء نص قانوني معين تندرج الواقعة تحته ويتسع لها مدلوله دون غيره من نصوص القانون ، يستوي في ذلك ان تكون عبارات النص محددة المعنى ام غير محددة ، وسواء كان هذا التشخيص يصدر عن القاضي كما قدمنا نتيجة فهم منطقي أو اجتهاد فقهي أو أنطباع لما يستشعره ويحسه ، فالتكييف دائماً عمل قانوني يترتب على الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون ، ومن ثم يتعين خضوع كل تكييف يقوم به القاضي لرقابة محكمة النقض . (٢)

وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على فرض رقابتها على التكييف بشكل عام فقد قضت بأنه " يمكن للقاضي تغيير الوصف القانوني للدعوى كما عرضه أطراف النزاع بإعطاء وصف قانوني مختلف مستمد من وقائع النزاع أو استنباط سبباً قانونياً ينطبق على النزاع أو استبدال التكييف غير الصحيح الذي اعتمده قضاة أول درجة بالتكييف الصحيح الذي يؤكد تلك النتيجة أو استكماله إن كان ناقصاً ، فإلزام القاضي بالتكييف أو النص أو المبدأ القانوني الذي يحدده

---

(1)Jézabel JANNOT:Droit international privé,15décembre2006,

(٢) د/أحمد السيد الصاوي:نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع ،المرجع السابق، ص٢١٦-٢٢٧

أطراف النزاع يفترض منع القضاء من تغيير الوصف أو استنباط نص أو استبداله أو إكماله فلا يكون أمامه إذا كان النص الذي تمسك به الطالب لا يصلح للتطبيق على وقائع الدعوى كما حددها الخصوم إلا أن يرفض الطلب ، وهو ما يتناقض مع طبيعة العمل القضائي" . (١)

أما المشرع المصري فقد نص صراحة على خضوع التكييف لقانون القاضي في المادة ١٠ من القانون المدني " القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها."

وقد استقرت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها على تطبيق هذا المبدأ القانوني وفرض رقابتها على تطبيقه فقد قضت بأنه :

"لما كان المرجح في تكييف ما إذا كانت المسألة معروضة على المحكمة هي من مسائل الأحوال الشخصية أم ليست كذلك هو القانون المصري وفقاً للمادة ١٠ من القانون المدني، وكان البين من المادة ١٣ من القانون المدني والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلًا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص ، ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الابتدائي لعدم تدخل النيابة في هذه المسألة استنادًا إلى المادة ٩٩ مرافعات قد

أخطأت في تطبيق القانون، كما يكون في غير محله استناد الطاعنين إلى القانون السويسري في تكييف النظام المالى بين الزوجين تكييفًا يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليها ولا يغير من هذا النظر أن تكون الدعوى رفعت أصلًا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قسمتها متى كانت قد أثيرت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضى تدخل النيابة في الدعوى. أما القول بأن المسألة تركزت في عيوب الرضا الخاصة بالاتفاق على النظام المالي بين الزوجين من حيث وجود الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال في هذا الخصوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شابه قصور إذ أغفل الواقعة الجوهرية التي أثارها الطاعنون وهي أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه، كل هذه الاعتراضات لا تخرج المسألة المتنازع عليها من جيزها القانوني الصحيح وهو أن النظام المالي الذي يخضع له

---

(١) د/ سامي بديع منصور :الوسيط في القانون الدولي الخاص،دار العلوم العربية،بيروت ،١٩٩٤،ص ٧١٦، ٧١٧.

الزوجات هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية.(١)

وأيضا قضت بأنه "إذ كان المرجع في تكييف التفريق بين الزوجين بسبب إعتناق الزوجة الإسلام و إباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية بإعتبارها القانون المصرى العام في مسائل الأحوال الشخصية و ذلك وفقاً للمادة ١٠ من القانون المدني ، و هذا التفريق ،و على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة – يعتبر طلاقاً و ليس بطلاناً للزواج يعود إلى بداية العقد و كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدني اليوناني تنص على أنه : " إذا حكم بالطلاق حال حياة الزوجين فإن حضانة الطفل تكون لمدعي الطلاق إذا لم ينسب إليه خطأ ما " و إذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون عليها بعد أن إعتنقت الإسلام أقامت الدعوى رقم ... كلى أحوال شخصية أجانب الإسكندرية ضد الطاعن للحكم بالتفريق بينهما بسبب إبائه الإسلام و قضى لها بالتفريق أي بالطلاق و لم يكن في جانبها أي خطأ فإن حضانة إبنها من الطاعن تكون لها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٣ من القانون المدني اليوناني المشار إليها ، و إذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر و أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بحقه في حضانة الأبن على قوله : "...." فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون."(٢)

(١) نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ طعن ٤٢٣ س ٢١ ق https://www.alrayacls.com .

(٢) الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/١/٢٧ س ٣٨ ص ١٧٣ /https://www.alrayacls.com

المطلب الثاني

الرقابة على الاسناد

قواعد الاسناد هي وسيلة القاضي التي يلجأ إليها من أجل حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، وهذه القواعد رغم انها لا تفصل في النزاع إلا أنها هي أساس حل هذا النزاع بتحديد القانون الواجب التطبيق فهي ليست قواعد موضوعية،وقد اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد قواعد الإسناد وتعريفها وتحديد البناء الهيكلي لها وسوف نعرض فيما يلي لتعريف قواعد الإسناد وفقاً لبعض الآراء الفقهيه ثم لتحليل تلك القاعدة في ضوء تلك التعريفات .(١)

أولاً : تعريف قواعد الإسناد :

يرى Bartain أن قواعد الإسناد هي القواعد التي يمكن عن طريقها تحديد الولاية القضائية للنزاع ومعرفة ما إذا كان قانون القاضي هو المختص أم القانون الأجنبي أو السلطة القضائية الأجنبية.(٢)

و يرى دكتور هشام صادق ان قواعد الإسناد هي" القواعد التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي" . (٣)

ويرى دكتور إبراهيم أحمد إبراهيم أنها هي"القواعد التي تكون وظيفتها الأساسية هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي ". (٤)

ويعرفها دكتور جابر جاد عبد الرحمن بأنها " قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية ". (٥)

(1) BATIFFOL (Henri), LAGARDE (Paul): INTERNATIONAL PRIVÉ DROIT,les conflits de lois, les regles de rattachement,

https://www.universalis.frDROIT INTERNATIONAL PRIVÉ – Encyclopædia Universalis

(2)M.Gérard Couchez:Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence international، Travaux du Comité français de droit international privé Année 1980 2 pp. 113-152

(٣) د/ هشام صادق و د/ حفيظة الحداد :دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي ،١٩٩٩، ص٨ .

(٤) د/إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ، ص ١٥٣.

(٥) د/جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ١٩٦٩ ،ص ١٩٩ .

ثانيا : طبيعة قواعد الإسناد :

قواعد الإسناد تتميز من حيث مضمونها فهي :

١- قواعد غير مباشرة : Règles Indirectes

بمعنى أنها لا تنطبق على النزاع مباشرة وإنما هي تحدد فقط القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً، وهذا القانون هو الذي يتولى تقديم الحل للنزاع محل البحث ، فمثلاً قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا توضح لنا السن الذي ببلوغه يكون الشخص كامل الأهلية ، وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي يوضح لنا هذا السن ، وذلك بخلاف قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للنزاع كالقواعد المنظمة للجنسية .(١)

٢-قواعد مزدوجة ذات جانبين من حيث أثارها : Régle bilatérale

لا تقتصر قاعدة الإسناد هنا على بيان حالات تطبيق القانون الوطني وإنما تقوم أيضا ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي ، فعندما تقضي قاعدة الإسناد مثلاً بخضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج فإن ذلك قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني إذا كان الزوج وطنياً ، كما يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الزوج أجنبياً بما يعني أن قاعدة الإسناد تحمل بداخلها مضموناً مزدوجاً من شأنه إمكان تطبيق القانون الوطني والقانون الأجنبي على حد سواء، غير أن فريقاً من الفقه قد ذهب إلى وجوب إقتصار القواعد المنظمة لتنازع القوانين على بيان حالات تطبيق القانون الوطني فقط دون القانون الأجنبي ، وفضلاً عن أن هذا الرأي يتنافى مع وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية ، فإنه أيضاً لا يعطي لنا وسيلة لحل تنازع القوانين في الحالة التي تعطي فيها عدة قوانين أجنبية لنفسها الإختصاص بحكم النزاع .(٢)

٣-قواعد تخطت الجانب المحايد : Rattachement a Iternatif

يبدو ذلك بصفة خاصة في شأن قواعد التنازع التي تتحدد فيها ضوابط الإسناد على نحو يربط العلاقة بأكثر من قانون بحيث يطبق القاضي أكثر هذه القوانين تحقيقاً لحكمة الإسناد،ويجري الفقه على تسمية مثل هذه القواعد بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية لكونها تتخطى الطابع المحايد لقواعد التنازع التقليدية،فهي لا تكتفي بمجرد تحقيق العدالة الشكلية واختيار القانون

(١) قواعد الاسناد ودورها في التنازع وكيفية اثبات القانون الاجنبي في تنازع القوانين،بحث منشور، جامعة المستنصرية ٤ مارس٢٠١٩، بدون اسم باحث. https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lectures و أيضا https://cours-de-droit.net/cours-de-dip-droit-international-prive

(٢)د/فؤاد رياض ود/سامية راشد:الوسيط في القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني،دارالنهضة العربية،١٩٩٢ ص٣١

الأقرب للعلاقة،وإنما هي تسعى إلى إدراك العدالة المادية كما يتصورها المشرع الوطني مثال المادة٢٠ من القانون المدني المصري (١)

والتي اخضع المشرع فيها شكل التصرفات لقانون بلد إبرامها أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية أو قانون موطن المتعاقدين المشترك أو قانون جنسيتها المشتركة ". (٢)

وعليه فإن قواعد الإسناد لا تختلف من حيث تكوينها عن أية قاعدة قانونية أخرى مستخدمه في نطاق القانون الدولي الخاص فهي تتركب من ثلاثة عناصر وهي :

ما يسند أو الفكرة المسندة ، ضابط الإسناد ، القانون المسند إليه .

مثال ذلك " المادة ١١ من القانون المدني المصري التي تقضي بأن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".

نجد في هذه القاعدة " ما يسند أو الفكرة المسندة " وهو الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم ، وتجد أيضاً "ضابط الإسناد" وهو جنسية الشخص ، ونجد أخيراً " القانون المسند إليه " وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. (٣)

١- الفكرة المسندة : Notion Rattach

لما كانت المراكز والعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا لا تدخل تحت حصر فقد تكلفت قواعد الإسناد بتصنيف هذه المراكز وتلك العلاقات إلى فئات مختلفة ، تسمى كل فئة منها بالفكرة المسندة وتتضمن كل فئة أو فكرة مسندة المراكز أو العلاقات المتقاربة أو المتشابهه ، ويضع المشرع لكل فكرة أو فئة عن المراكز المتجانسة على هذا النحو ضابطا خاصا يسندها إلى قانون معين .

٢ – ضابط الإسناد: Re de choxecrit

إن المشرع قد جرى على تصنيف المراكز الخاصة المتضمنة عنصراً اجنبياً إلى فئات أو أفكار مسندة تتضمن كل فئة أو فكرة مسندة منها المراكز القانونية المتشابهة، ويجري المشرع إلى إسناد

---

(١) م(٢٠) مدني مصري "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد التي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المتشترك"

(٢) د/هشام صادق و د/ حفيظه الحداد:دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص ١٠،١١.وايضا د/بليغ حمدي محمود: الوجيز في القانون الدولي الخاص ، جامعة طنطا، ص١١.

(٣) د/عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص ، ص ١٦١.

كل فئة من المراكز المتجانسة إلى قانون معين عن طريق أداة قانونية هي ضابط الإسناد ، وتعد بمثابة المرشد إلى القانون الواجب التطبيق . (١)

٣- القانون المسند إليه : Droit appliceble

يمثل القانون المسند إليه أو الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد من خلال ضابطها الغاية من وراء إعمال تلك القاعدة ، ولئن كانت قاعدة الإسناد قاعدة محايدة بمعنى أنها قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي كما قد تشير أيضاً إلى تطبيق قانون القاضي إلا أن المشرع ولإعتبارات يقدرها قد يغلب قانونه على ما عداه من قوانين وهذا ما تؤكده المادة ١٤ من القانون المدني المصري بإشارتها إلى تطبيق القانون المصري بشأن الشروط الموضوعية للزواج وكذا اثاره وانقضاؤه متى كان أحد الزوجين مصرياً لحظة انعقاد هذا الزواج . (٢)

ولما كانت قاعدة الإسناد لا تقتصر على بيان حالات تطبيق القانون الوطني ، وإنما تقوم ايضاً ببيان الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي ، فهي بذلك تحمل في طياتها مضموناً مزدوجاً ، والذي بدوره تتطلبه وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية بوصفها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين ، ويلاحظ أن الطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولي الخاص ، فوظيفة قاعدة الإسناد هي اختيار القانون الذي يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالاً بالعلاقة ، ويثور التساؤل هنا عن مدى رقابة المحكمة العليا على القاضي عند إعماله لتلك القاعدة . (٣)

أولا: الرقابة على إعمال ضابط الإسناد:

ظرف الإسناد هو المعيار الذي يحدد قانونا معينا يكون هو الاكثر ملائمة لحكم الحالة المعروضة ، وكما هو الشأن في الخطأ في التكييف فإن الخطأ في ظرف الإسناد يرد على شق من قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها وبالتالي يقع في المقدمة الكبرى لعملية القياس المنطقي ، غير أنه من الجوهري أن يراعى

أن الخطأ في عملية التكييف يعتبر خطأ في تطبيق القانون في كل الأحوال ، أما الخطأ في عملية الإسناد فلا يتخذ صورة خطأ في تطبيق القانون إلا إذا أنصب على طبيعة المعيار الواجب إتباعه أومفهوم ظرف الإسناد القانوني ، أما تطبيق المعيار على

---

(١) د/هشام صادق و د / حفيظه الحداد : دروس في القانون الدولي الخاص ،المرجع السابق ص ١٢،١٣.

(٢) د/ بليغ حمدي محمود: المرجع السابق، ص ١٢،١٣ .

(٣) د/ فؤاد رياض و د/سامية راشد: ١٩٩٢،المرجع السابق، ص ٢٩-٣٥ .

وقائع الدعوى وما قد يؤدي إليه من نتائج غير سليمة فلا يعتبر الخطأ فيه خطأ في تطبيق القانون بل في تقدير الوقائع . (١)

لذا فإن الخطأ في تحديد ضابط الإسناد كما لو أعمل القاضي هنا ضابط محل الإبرام بشأن نزاع متعلق بإلتزام تعاقدي في حين أنه كان يتعين عليه إعمال إرادة المتعاقدين الصريحة ، وكانت هذه الإرادة واضحة في العقد ، فمثل هذا الخطأ يخضع لرقابة محكمة النقض ، وقد يقع الخطأ في تحديد مدلول ضابط الإسناد ، كما لو كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل الضار ، فإعتد القاضي بمحل حدوث الضرر في حين أن قانونه يقضي بوجوب الإعتداد بمحل وقوع الخطأ ، ففي هذه الحالة يكون الحكم خاضعاً لرقابة محكمة النقض كذلك لتعلقه بتفسير القاعدة القانونية ، أما إذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الإسناد على وقائع الدعوى كما لو أعمل القاضي ضابط الموطن ولكنه أخطأ في تحديد هذا الموطن من الناحية الواقعية ، فإعتبر موطن الخصوم في دولة غير تلك التي تم لهما الإستقرار فيها فعلاً ، فإن ذلك يعد خطأ في تقدير الوقائع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض . (٢)

ثانياً : الرقابة على القانون المسند إليه :

إذا انتقلنا بعد ذلك إلى العنصر الثاني من قاعدة الإسناد وهو القانون المسند إليه نلاحظ أن تفسير القاعدة في شقها هذا يثير مسألتين :

الأولى: أن القانون المسند إليه الذي يفضي إلى تحديده إعمال ظرف الإسناد لابد ان يكون قانون دولة معينة ، ويعتبر تطبيق القاضي لقانون دولة أجنبية لم تعترف بها دولة القاضي ليس فقط خطأ في تطبيق قاعدة الإسناد وإنما ايضا يتضمن عدم الإعتراف بالسلطة القائمة في الدولة وإنكار لصفتها التشريعية .

الثانية : تتعلق بتحديد نطاق هذا القانون، ذلك انه من المعلوم ان كل قانون يشتمل على طائفتين من القواعد ، قواعد موضوعية أو مادية ، وقواعد تنازع أو قواعد اسناد فإذا ما أخطأ قاضي الموضوع في تطبيق قاعدة القانون الوضعي التي تحدد الموقف الذي يجب ان يتخذه القاضي من الإحالة إلى قانون

دولة أخرى فإن مثل هذا الخطأ تمتد إليه رقابة المحكمة العليا متى سلمنا بفرض تلك الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد . (٣)

(١) د/ محمد كمال فهمي : رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، المرجع السابق ص ١٣-٢٢ .

(٢) د/ فؤاد رياض و د/سامية راشد : المرجع السابق ،١٩٩٢ ص ٣٩ .

(٣) د/ محمد كمال فهمي:رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي ،المرجع السابق ص ٣٠-٣٥ .

الخاتمة

خلاصة القول ، إن أهمية موضوع قواعد الإسناد بإعتبارها جزأ من القانون الداخلي ، وحيث أنه لا تمييز بينها وبين القواعد المادية في القانون الداخلي ، ونظراً لأهميتها في موضوع تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق ، لذلك فإن المحكمة العليا تراقب تطبيق القاضي لها، وذلك بوصفها قاعدة قانونية وطنية، فالقاضي ملزم بحسن تفسيرها وتطبيقها، سواء تعلق الأمر بإغفال تطبيق القاضي لها، رغم توافر شروط تطبيقها، أو تطبيقها تلقائيا ، أو تعلق الأمر بالخطأ في تطبيقها بوصفها قاعدة قانونية وطنية، سواء في تكييف المسألة القانونية محل النزاع، أو تطبيق ضابط الإسناد فيها تطبيقا سليما، أو تحديد نطاق القانون المسند إليه ومراقبة شروط تطبيقه، وسواء كانت قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب أو مفردة ، وأيا كانت طبيعة الحقوق التي تنظمها، فإذا ما أخطأ القاضي في ذلك فإن حكمه يكون معرضا للنقض.

المراجع العربية

١. إبراهيم أحمد إبراهيم القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٢.

٢. أحمد السيد الصاوي نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية .

٣. أحمد عبد الكريم سلامة الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية .

٤. أحمد عبد الكريم سلامة القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى.

٥. أحمد عشوش القانون الدولي الخاص ، بدون اسم ناشر ، بدون سنة نشر .

٦. بليغ حمدي محمود الوجيز في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق ، جامعة طنطا .

٧. جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .

٨. حسام أسامة معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء البحريني " دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص " ، مجلة الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، العدد ١٩ ، ٢٠١٧ .

٩. حمزة قتال دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والمقارن ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١ .

١٠. سامي بديع منصور الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار العلوم العربية ، بيروت ،١٩٩٤ .

١١. ضيوفي عادل القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، جمهورية الجزائر ، ٢٠٠٥/٢٠٠٦ .

١٢. عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ،الطبعة الثامنة ،١٩٨٦.

١٣. عكاشة عبد العال تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.

١٤. غني ريسان جادو أسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية ، كلية القانون جامعة البصرة ، مجلة دراسات البصرة السنة الثالثة عشرة ، العدد (٣٠) ٢٠١٨ https://www.iasj.net

١٥. فؤاد رياض ــ سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ،١٩٧٤.

١٦. فؤاد رياض ــ سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص،الجزء الثاني، دارالنهضة العربية،١٩٩٢ .

١٧. كريم مزعل شبي الساعدي مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة كربلاء ، البحوث الإنسانية ، المجلد الثالث ، العدد الثالث عشر ، كانون الأول ٢٠٠٥.

١٨. ليلـــى الجنابـــي مصطلحات ومفاهيم في القانون الدولي الخاص، 2014 http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=553058&r=0

١٩. محمد كمال فهمي رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين ، مجلة القانون والإقتصاد للبحث في الشئون القانونية والإقتصادية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة والثلاثون ، سبتمبر ١٩٦٣

٢٠. ميثم فليح حسن طبيعة قواعد الإسناد مفهوم الإزدواجية في قاعدة الإسناد ، ص٩٣ http://almerja.net/reading.php

٢١. هشام خالد القانون الدولي الخاص تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي ، دار الفكر الجامعي ،٢٠١٤.

٢٢. هشام صادق دروس في تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٣.

٢٣. هشام صادق ، حفيظة الحداد دروس في القانون الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي،١٩٩٩.

٢٤. هشام صادق ، حفيظة الحداد الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٩.

٢٥. بحث بدون اسم باحث قواعد الاسناد ودورها في التنازع ، وكيفية اثبات وتفسير القانون الاجنبي في تنازع القوانين، بحث منشور ، جامعة المستنصرية ٤ مارس٢٠١٩.

https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lectures

أحكام النقض

١. نقض ٤٢٣ لسنة ٢١ ق ١٩٥٣/٣/٢٦ https://www.alrayacls.com .

٢. مجموعة المكتب الفني ، مدني ،العدد الثاني ، السنة ٢٣ ، الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية جلسة ١٢ من إبريل سنة ١٩٧٢ .

٣. الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٨٧/١/٢٧ س ٣٨ . https://www.alrayacls.com/

المراجع الاجنبيه

1. (Henri), LAGARDE (Paul): INTERNATIONAL PRIVÉ DROIT,les conflits BATIFFOL de lois, les regles de rattachement, DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ , Encyclopædia Universalis

https://www.universalis.fr

2. C.David: La loi étrangère devant le juge du fond Revue internationale de droit comparé Année 1965. https://www.persee.fr/doc/ridc

3. FEDERICA RIZZO, APPLICAZIONE E INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO STRANIERO DA PARTE DEL GIUDICE NAZIONALE: LA SUPREMA CORTE DI Cass. Civ., I^, n. 21712-2015 7 Dicembre 2015، CASSAZIONE DETTA LE REGOLE

https://www.piselliandpartners.com/news

4. Gaudemet-Tallon (H): De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé, in le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005,

5. Gutman (DANIEL) : Droit international privé, DALLOZ, 2ème édition, Paris,2000,

6. La recherche de la solution équitable en droit international privé ، Hugh Thirlway

Année 1985 . Travaux du Comité français de droit international privé

7. Jézabel JANNOT: Droit international privé,15décembre2006.

https://fdv-srv.univ-lyon3.fr

8. La qualification en droit international,Mars 29, 2019 .

/ https://cours-de-droit.net

9. Le juge et la circulation des règles nationals, Chapitre 1.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/tude_annuelle_8869/tude_2017

10. Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,4 èm édition, DALLOZ, Paris 2001,"actu-dalloz-etudiant.fr"

11. Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Droit international privé, DALLOZ , 2013.

12. Les nouveaux textes de la procédure civile et la ، M. Gérard Couchez Travaux du Comité français de droit international ،compétence international 1980. Annéeprivé

13. Monica-Elena Buruianã. L'application de la loi étrangère en droit international de Bordeaux, 2016. Français. privé. Droit. Université

14. Motulsky(H):L'évolution recente de la loi étrangère en france, , 1965 https://www.worldcat.org/ Mélanges Savatier, Paris

15. Ridha Baukhari:La qualification en droit international prive,July 20,2010 www.erudit.org.

Arrêts de la Cour de cassation

1. **COUR DE CASSATION (1re Ch. civ.). – 28 janvier 2003, Note BERTRAND ANCEL, Revue critique de droit international privé, N3, Trimestrielle, DALLOZ, PARIS, Juillet-septembre 2003.**

http://www.fsjegj.rnu.tn/Fr/BIB2018/revue_critique_droit_international.htm

الفهرس

الملخص عربي

١

.....

الملخص انجليزي

١

.....

المقدمة

٢

.....

المبحث الأول :الرقابة علي مخالفة الإلزام لقاعدة

٣

الإسناد.....

المطلب الأول : حالة تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي

٥

.....

المطلب الثاني: حالة عدم تمسك الخصوم بالعنصر الأجنبي

١٠

.....

المبحث الثاني: الرقابة على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد..... ١٣

المطلب الأول : الرقابة على التكييف..... ١٤

أولا : تعريف التكييف واهميته ١٥

أهمية التكييف ١٥

ثانيا : القانون الذي يخضع له التكييف..... ١٦

١-نظرية تطبيق القانون الذي يحكم النزاع ١٦

٢-نظرية تطبيق القانون المقارن..... ١٧

٣-نظرية تطبيق قانون القاضي..... ١٧

موقف المشرع المصري من خصوص التكييف ١٩

اولا : الرقابة المقيدة لمحكمة النقض على التكييف..... ٢٠

١-التمييز بين الإصطلاحات والألفاظ التي حدد القانون معناها وتلك التي لم يحدد معناها..... ٢٠

٢-التفرقة بين التقدير القانوني وبين التقدير غير القانوني ٢٠

ثانياً: الرقابة العامة على التكييف ٢١

المطلب الثاني: الرقابة على الاسناد..... ٢٤

أولا : تعرف قواعد الاسناد ٢٤

ثانيا : طبيعة قواعد الاسناد..... ٢٥

١-قواعد غير مباشرة ٢٥

٢-قواعد مزدوجة ذات جانبين من حيث أثارها..... ٢٥

٣-قواعد تخطت الجانب
٢٥
المحايد.....

الفكرة
٢٦
المسندة.....

ضابط
٢٦
الاسناد.....

القانون المسند
٢٧
اليه.....

اولا: الرقابة علي إعمال ضابط
٢٧
الإسناد.....

ثانيا : الرقابة علي القانون المسند اليه
٢٨
.....

الخاتمة.....
٢٩
...

المراجع
٣٠
.....