**بسم الله الرحمن الرحيم**

**قواعد الاسناد ودورها في التنازع , وكيفية اثبات وتفسير القانون الاجنبي في تنازع القوانين**

إنه من الثابت في فقه القانون الدولي الخاص أن هذا القانون إرتبط وجوده بظاهرة الحدود السياسية والإجتماعية فهو يقوم على إفتراض إنقسام المجتمع الدولي إلى عدة دول ذات حدود إقليمية تميزها عن غيرها، ولكل منها نظامها القانوني المستقل ثم نشوء علاقات وروابط متبادلة إقتصادية وإجتماعية بين أفراد كل منها: وقد أضحت تلك العلاقات التي تنمو عبر حدود الدول من معالم المجتمع الدولي المعاصر بعدما إرتبطت الدول بمصالح مع الدول الأخرى وعندها لجأت كل دولة إلى سن تشريع يطبق على إقليمها سواء بالنسبة للعلاقات الوطنية أو بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي وعن طريق قواعد الإسناد يمكننا معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي أهو القانون الوطني أم القانون الأجنبي .

فسابقا لم يكن من المتصور قيام أي تنازع بين القوانين طالما كان القاضي الوطني يقتصر على تطبيق قانونه على مايعرض عليه من منازعات ذي طابع دولي ,اذ ان محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل مايعرض عليها من منازعات .

كما انه لم يكن من المتصور ايضا" قيام أي تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا" بين المحكمة المختصة والقانون الذي يحكم النزاع , ذلك أن المبدأ الذي ساد ولمدد هو إن جميع القوانين تعتبر عينية أي اقليمية وهي تطبق على جميع الاشخاص وجميع الاشياء الكائنة في الاقليم .

وبهذا الوصف فأن قانون المحكمة التي تنظر النزاع او قانون القاضي كان يتمتع بمكانة مرموقة ومتميزة فلا يخضع لمنافسة من أي قانون اجنبي .

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية في معزل بعضها عن بعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى الى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون الذي يحكم المسألة الخاصة ذات الطابع الدولي وأصبح من الضروري احيانا" السماح بتطبيق القاضي الوطني لقانون غير قانون دولته , ذلك انه لو تمسكت كل دولة بأخضاع جميع العلاقات الخاصه ذات الطابع الدولي – أي تلك التي تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية لقانونها الوطني أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة لأدى ذلك الى امكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات والى ارباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الدولي .

ومع ظهور المنهج التقليدي في تنازع القوانين القائم على قاعدة التنازع المتعدية التي وصفت من بعضهم بأنها قواعد عمياء لانها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمون هذا القانون ، أو آثار تطبيقه على النزاع ,ودون اهتمام بالاهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى المشرع الى تحقيقها فأن قانون القاضي المعروض عليه النزاع لايستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة ,اذ قد تكون العلاقة اكثر ارتباطاً بأحد القوانين الاخرى المتصلة بها عن طريق أي عنصر من عناصرها .

هكذا صار بالامكان تطبيق القانون الاجنبي وفقا" لماتقرره قاعدة الاسناد في التشريع الوطني ولم يعد قانون القاضي ينفرد بتلك الخصوصية .

وهكذا اختلف مركز قانون القاضي في حكم المنازعات المشتملة على عنصر اجنبي,غير انه لم يفقد سطوته بالكامل فقد ظل يتمتع ببعض الحالات التي ينطبق فيها بصورة اصلية ودون أي منافسة أو مزاحمة من أي قانون أجنبي .

وذلك كان من خلال صياغة مناهج تقوم احياناً على اللجوء للقواعد الموضوعية لحل المشاكل التي تثيرها العلاقات الخاصة الدولية وفي احيان أخرى تقوم على تطبيق بعض القوانين تطبيقاً مباشراً , أو الركون الى قاعدة تنازع انفرادية وكان ذلك كله بمثابة رد فعل من بعضهم لعدم كفاية المنهج التقليدي في تنازع القوانين الذي يؤدي احياناً الى نتائج غير مرضية .

فعندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني فإن هذا الأخير هو الواجب التطبيق ،أما إذا كان القانون المشار إليه قانونا أجنبيا فإلى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون وهل يخضع القاضي وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لرقابة المحكمة ،وهل يعد القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بطبيعته بالرغم من تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته أم أنه يعتبر مجرد وقائع يتعين على الخصوم إثباتها وتقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد ؟

واجابة هذه التساؤلات هي مجال بحثنا في هذا الفصل.

ان اصطلاح "تنازع القوانين" يجب ان لا يحمل على معناه الحرفي وهو المفاضلة بين القوانين وغلبة احدها على الاخر وفوزه بحكم العلاقة، ذلك لان واقع الامر هو عملية اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة القانونية، وهي مفاضلة يجريها المشروع الوطني بحيث اذا ما اقتنع بأفضلية قانون أجنبي لحكم علاقة معينة افسح له المجال ونحى جانبا القانون الوطني.

ولهذا اقترح بعض الشراح استعمال مصطلح "تناسق القوانين
Harmony of Laws". وذلك بدلا عن اصطلاح تنازع القوانين، كما ذهب بعضهم الآخر إلى إقتراح اصطلاح "سلطان القانون من حيث المكان"، غير ان بعضهم يميل إلى إستعمال تعبير القانون الانسب للعلاقة، ذلك ان لفظة تنازع القوانين (حسب رأيهم) توحي بان هذه القوانين تتناضل وتتصارع لحكم العلاقة في حين ان استقرار المعاملات في المجال الدولي وإضطرادها لا يتحقق باختيار انسب القوانين وأكثرها انسجاما مع نوع العلاقة ذات الطابع الدولي ومن ثم فانه يتعين المفاضلة بين مختلف القوانين التي تتصل بالعلاقة للاهتداء الى القانون الاصلح لحكم العلاقة رغم ان هذه المفاضلة قد تؤدي الى اختيار قانون اجنبي لحكم العلاقة كما تؤدي إلى اختيار القانون الوطني.

ان مشكلة تنازع القوانين تختلف عن أي مشكلة قانونية اخرى من حيث ان السؤال الذي يدور البحث عن جواب له في صدد أي نزاع يثور في الفروع القانونية كافة يكون عن حكم القانون في هذا النزاع فإذا ما انتقلنا الى مجال تنازع القوانين لوجدنا السؤال مختلفا فهو لم يعد يدور حول حكم القانون في النزاع، ولكنه يدور عن أي قانون يحكم النزاع.

ان مجال تنازع القوانين يتحدد بالمسائل ذات العنصر الاجنبي فإذا ما وجدت مسالة تنطوي على عنصر أجنبي ، مثل زواج بين عراقي وفرنسية ، أو عقد ابرم في اسبانيا بين عراقيين هنا يثور التساؤل عن القانون الذي يحكم كل هذه المسائل اذا ما عرض نزاع بشأنها إمام القضاء دون البحث عن القواعد الموضوعية التي من شانها حل هذا النزاع طالما بقينا في اطار الوسيلة التقليدية لحل مشكلة تنازع القوانين فإذا طلبت الزوجة الاجنبية الحكم لها بالنفقة على زوجها الوطني فهذا هو مجال تنازع القوانين،ووفقاً للنظرة التقليدية لا يعنينا أساساً ما إذا كانت ألزوجه تستحق نفقة أو لا تستحق، وإنما يعنينا أساسا معرفة القانون الذي يتعين الرجوع اليه للفصل في مسالة استحقاق النفقة.

**نشأة قواعد تنازع القوانين وتطورها التاريخي**

يرجع التنظيم لقواعد تنازع القوانين في التشريعات اللاتينية الى القرن الثالث عشر من الميلاد، إذ اخذ بعض الفقهاء الايطاليين يبحثون عن حلول لما كان ينشأ من تنازع بين التشريعات المختلفة التي كانت سارية في ايطاليا لوجود مدن مختلفة يطبق في كل منها قانون خاص، وقد اخرجت ابحاث الايطاليين في ذلك الوقت نظرية اطلق عليها تعبير "نظرية الاحوال".

وكلمة الأحوال Status كانت تعني اول الامر القوانين الخاصة في كل مدينة من المدن الايطالية وهي التي كان يقابلها من جهة اخرى التشريع العام لشمال ايطاليا والمقصود به القانون الروماني الذي كان يعبر عنه اولا بلفظ قانون Lex ثم اصبحت كلمة احوال مماثلة لكلمة قانون، وصار يعبر عن القوانين التي موضوعها الاشخاص تعبير قانون الاحوال الشخصية Status persons، ويعبر عن القوانين التي موضوعها الاشياء تعبير قوانين الاحوال العينية، لذلك سميت النظرية التي تبحث عن حلول لتنازع القوانين الشخصية والعينية بنظرية الاحوال او القوانين، وكان اول من خاض غمار هذا الموضوع وكتب في نظرية الاحوال الاستاذ بارتولس Bartolus (1314-1357) ،إذ يرى أن القاعدة العامة هي ان جميع القوانين تعد مبدئيا إنها عينية وذلك لان النظام الاقطاعي قد جعلها كذلك، وان هناك استثناءات يكون فيها القانون شخصيا فالأحوال العينية تطبق على جميع الاشخاص وجميع الاشياء الكائنة في الاقليم، والأحوال الشخصية تطبق فقط على الاشخاص المتوطنين في الاقليم، ولكنها تطبق عليهم بوساطة محاكم أي مدينة اخرى اذا رفعت فيها القضية، بمعنى انها تتبع الشخص حيثما توجه([[1]](#footnote-1)).

إن أهم النظريات الحديثة في القرن التاسع عشر والقرن العشرين تقوم اما على مذهب شخصية القوانين فتعد الأصل في القوانين ان تكون شخصية، واما على مذهب وسط يقضي بالجمع بين شخصية القوانين وبين إقليمها، إما المذهب القائل بان الاصل في القوانين ان تكون اقليمية وان تطبيق القوانين الشخصية ليس مجاملة كما ترمي الى ذلك النظرية الهولندية فليس له اثر الا في البلاد الانكلوسكسونية ، مثل بريطانيا وأمريكا الشمالية حيث انتقلت النظرية الهولندية، ولكن تطورت هذه النظرية حتى في هذه البلاد واخذ كبار الكتاب الانكليز ، مثل: وستيلك Westlake ، ودايسي Diecy يقررون ان تطبيق القوانين ليس مجرد مجاملة يمكن مراعاتها او غض الطرف عنها.

فيقول وستيلك "**إن المجاملة التي تدعو الى تطبيق قانون اجنبي لا تفترق في الواقع عن التزام قانوني يقضي به العدل** ". ويقول دايسي "انه اذا قصد بعبارة المجاملة التي يقوم على اساسها تطبيق القوانين الاجنبية في بلد من البلاد فان هذا التطبيق لا يحصل إلا بأذن من السلطة ذات السيادة في هذا البلد فهذه حقيقة واقعة، اما اذا قصد بالمجاملة ان القضاء الانجليزي عندما يطبق القانون الفرنسي انما يجامل في ذلك جمهورية فرنسا ففي ذلك خلط كبير لان تطبيق قانون اجنبي ليس متروكا للهوى او الاختيار، وليس ناشئا عن رغبة السلطة ذات السيادة في انجلترا او في أي بلد ان تجامل الدول الاخرى إنما هو ناشئ عن إستحالة تنظيم عدد كبير من القضايا بطريق آخر دون أن يظلم المتقاضون ويضارون سواء كانوا من الوطنيين أم من الاجانب".

إن تنازع القوانين لا يبرر بشكله الواضح إلا في حالة ما إذا كانت العلاقة القانونية موضوع دعوى تطرح امام المحاكم للبت فيها عن طريق القانون المختص عليها، ولكن مع ذلك فان التنازع قائم منذ اللحظة التي تنشا فيها العلاقة القانونية، لأنه بنشوئها وتكونها يتطلب تحديد القانون الذي يحكم وضعها من الناحية الشكلية والموضوعية، وتحديد هذا القانون يثير منذ الابتداء التزاحم والتنافس بين قوانين الدول التي يعنيها الأمر.

ولا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرع الوطني مبدأ احتمال تطبيق القانون الاجنبي في حالات خاصة معينة يشار إليها من قبله في قواعد الاسناد. والمشرع الوطني يقوم عادة في كل دولة بما يضعه من قواعد تنازع القوانين بتفضيل احد القوانين المتنازعة بإعطائه الاختصاص، وقد يكون هذا التفضيل الى القانون الوطني او لقانون اجنبي يرى انه أصلح لحكم هذه العلاقة.

إن قواعد الإسناد وهي عصب منهجية تنازع القوانين تختلف في طبيعتها بصورة جذرية عن القواعد القانونية، فهذه الاخيرة انما تحدد مباشرة الحكم او الحل الموضوعي الواجب إنزاله على العلاقة القانونية محل البحث ولذلك تسمى بـ "القواعد الموضوعية" بينما تقتصر قواعد الاسناد على القانون الواجب التطبيق ككل دون ان تبين الحكم التفصيلي او الموضوعي الذي ينزله هذا القانون على تلك العلاقة.

لقد حاولت النظريات القديمة، وكذلك النظريات الحديثة التي قيلت في تنازع القوانين ولاسيما القرنين التاسع عشر والعشرين ، إذ ظهرت حركة فقهية واسعة النطاق ترمي الى صياغة حلولا أنموذجية نادى أصحابها بتطبيقها تطبيقا عالميا واهم تلك النظريات الحديثة هي:-

1. نظرية الأستاذ الألماني سافيني Savigny التي تقوم على تحليل طبيعة الرابطة القانونية.
2. نظرية الاستاذ الايطالي مانشيني Mancini وأساسها مبدأ الجنسيات وما يتبعه من شخصية القوانين.
3. نظرية الاستاذ الفرنسي بيليه Pillet وقوامها الغاية الاجتماعية للقانون.

**قواعد الاسناد**

اذا ما كنا امام مشكلة تنازع قوانين، كأن تتزاحم قوانين اكثر من دولة على حكم مسالة مشتملة على عنصر اجنبي فان السؤال الذي يعرض هنا هو عن كيفية حل هذا التنازع. وبعيدا عن فكرة الاقليمية التي سادت في مدد ماضية والتي وفقا لها كانت كل دولة تقتصر على تطبيق قوانينها في اقليمها، وبعد تطور العلاقات الخاصة الدولية وإمكانية تقبل دولة ما تطبيق قوانين اجنبية الى جانب قانونها، فانه يتعين إذاً لحل ذلك التنازع التعرف على طبيعة العلاقة أولاً لتحديد القاعدة القانونية التي ثار بشأنها النزاع في دولة معينة لتخضع لقانونها ويكون ذلك عن طريق قواعد تسمى "قواعد الاسناد".

وإذا كانت هذه القواعد هي الطريقة الاساسية لحل تنازع القوانين، الا انه في بعض الاحيان قد تظهر لدولة مصالح او اعتبارات خاصة تدعوها الى تطبيق قانونها في مسائل معينة وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل لحل النزاع وفقا لقاعدة الاسناد ذلك إنها ستطبق قاعدة موضوعية. وتطبيق هذه القواعد الموضوعية في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي ياتي على سبيل الاستثناء عوضا عن الاخذ بقواعد الاسناد وذلك لوجود مصالح جديرة بالحماية يخشى من المساس بها عند تطبيق قواعد اجنبية. والقواعد الموضوعية هذه تكون على نوعين الاولى قواعد الامن المدني والثانية القواعد ذات التطبيق الفوري او المباشر. ولقاعدة الاسناد خصائص وعناصر تتكون منها وهي تختلف عن القواعد الموضوعية من حيث الاثر المترتب على اعمالها فعلى سبيل المثال قد تحدد قاعدة الاسناد حالات تطبيق القانون الوطني في الوقت نفسه الذي تحدد فيه حالات تطبيق القانون الاجنبي، في حين ان القواعد الموضوعية لا تؤدي الا لتطبيق قانون القاضي.

ووجه الاختلاف الاخر يتمثل في مسالة جوهرية هي معرفة مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الاسناد، ايلتزم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق هذه القاعدة في جميع المنازعات ذات الطابع الدولي ام لا؟ في حين انه لا مجال لطرح هذا التساؤل في تطبيق القواعد الموضوعية التي يلتزم القاضي بتطبيقها مباشرة ودون تردد.

ذهب الفقيه بيليه Pillet الى وصف عملية تحديد القانون الذي يجب تطبيقه وفقا لقواعد الاسناد بانها عملية تحديد اختصاص تشريعي، إذ ان التشريعات تتنازع فيما بينها لان لكل منها سنده الخاص وصفته الخاصة ويفضل من بينها التشريع المتمتع باسناد وصفات اقوى وتقوم قواعد الاسناد بهذا التفضيل.

غير انه لا يمكن التصور باي حال من الاحوال ان مهمة قواعد الاسناد في دولة ما هي توزيع الاختصاص التشريعي للقوانين الاجنبية المختلفة، ذلك ان القانون الدولي الخاص لا يقوم بتوزيع الاختصاصات بين الدول وانما ينحصر موضوعه المباشر وفقا للفقه الحديث – ومنهم Savigny – في حكم العلاقات ذات العنصر الاجنبي بحيث تنصب قواعده على العلاقة التي تبحث عن حل قانوني لا على القانون الذي يريد ان يبسط سلطته ليحكم تلك العلاقة.

ان قاعدة الاسناد هي الاسلوب الرئيس الذي يتم بوساطته التوصل الى حل المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي وذلك عن طريق اختيار قانون معين لحكم المسالة القانونية محل النزاع.

وتعرف قواعد الاسناد بانها "القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية، ذات العنصر الاجنبي".قواعد الإسناد إذا هي قواعد قانونية مهمتها إرشاد القاضي وتوجيهه الى القانون الواجب التطبيق ، فقواعد الإسناد وفقاً لهذا المعنى هي كما يصفها بعضهم بإنها قواعد عمياء تكتفي بتحقيق عدالة شكلية وهي إسناد العلاقة المطروحة بطريقة آلية الى اكثر القوانين إرتباطاً بهذه العلاقة وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي.مثال على ذلك اسناد اثار الزواج في العراق لقانون جنسية الزوج (م/19 مدني عراقي) يتضح من هذا ان لقواعد الاسناد تركيبة وطبيعة مختلفتين عن سائر القواعد القانونية.

فالإسناد عملية تأتي بعد عملية التكييف وهو كما قلنا عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق أي أسناد حكمها إلى القانون الذي يجب أن تخضع له . ولكي نتمكن من الخوض أكثر في الإسناد وقواعده لابد من طرح الإشكالية الآتية:ماهي عناصر الإسناد ؟ وماهي خصائص ومميزات هذه القواعد ؟

 **المبحث الأول : ماهية قواعد الاسناد وعناصرها**

**اولا: تعريف قواعد ا لإسناد :**

هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المسالة المشتملة على عنصر اجنبي , وتكون مهمة هذه القواعد اسناد الحكم الى القانون الاكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الاخرى المتنازعة لانه هو اكثرها إيفاءاً بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار.

فقاعدة الإسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينه من العلاقات او المراكز القانونية ذات الطابع الدولي واحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة , فهي تنص فقط على ان العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في العلاقة.

وهناك فارق قانوني اصطلاحي بين قاعدة الإسناد ، وبين ضابط الإسناد :فضابط الإسناد هو الأداة التي يستند إليها المشرع لتعيين القانون واجب التطبيق . مثل الجنسية أو محل وقوع الفعل أو الموطن أو محل التسليم أو محل الاتفاق وغير ذلك فهي تعتبر ضوابط إسناد ، وهناك من يسميها عنصر الإسناد أو ظرف الإسناد.

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 .

**الاتجاه الثاني :** ذهب إلى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي ، وهو ملزم بتطبيقها والأخذ بمدلولها من تلقاء نفسه . ومن الدول التي أخذت بهذا الرأي ألمانيا الغربية ، حيث جعلت ذلك واجبا على القاضي في جميع المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي . سواء طلب الخصوم ذلك أم لم يطلبوا .

**وهناك اتجاه ثالث وسط بين الاثنين** يقول بأن 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 . ولكن الاجتهادات الأخيرة لمحكمة النقض الفرنسية كرست إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي فيما لو أثارها الخصوم وتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي . تماشيا مع الاتجاه العالمي والأوروبي خاصة .

وبذلك نرى أن المسألة عاد ليسودها رأيان فقط : رأي يقول بإلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي وعليه تطبيقها من تلقاء ذاته ، وآخر يقول بأن تلك القاعدة غير ملزمة له ما لم يثرها ويتمسك بها الخصوم .

والجدير ذكره ، أن حكم هذه المسألة في العراق وغالبية الدول العربية يذهب إلى أن القاضي غير مجبر على تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء ذاته ، ولكن له ذلك بناءا على طلب الخصوم .وهو ما يعبر عنه بأن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام ، فلا يمكن تطبيقها ما لم يتمسك بها أحد الخصوم .

وعدم تعلق قواعد الإسناد بالنظام العام ، يعني عدم جواز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض , ولتطبيقات الإسناد مشاكل عملية كثيرة ، لاسيما في مجال الإحالة وتضارب قواعد الإسناد وصعوبات أيضا في حالة تعدد الجنسيات للشخص الواحد .

ومن المهم التذكير أن هناك مانع قانوني أخذت به معظم التشريعات في العالم لجواز تطبيق القانون الأجنبي ، وهو عدم تعارضه مع النظام العام الوطني أي مع الأحكام الأساسية للتشريع الوطني .ولعلنا ننهي بمثال عملي فإذا تزوجت عراقية من شخص سوري ، ثم حدث خلاف وشقاق بينهما ، وأراد الزوج تطبيق قانون زوجته ، أو رفعت دعوى للتفريق وطلب الطلاق ، فإن هذا النزاع القضائي يشتمل على عنصر أجنبي بالنسبة للقانون الوطني العراقي ( بالنظرة القانونية الصرف ) وهي كون الزوج غير عراقي , وبالعودة إلى أحكام القانون المدني العراقي الذي تضمن قواعد الإسناد نجد أنه نص على أن القانون الذي يسري على الطلاق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى . فإذا رفعت الدعوى على الزوج أمام المحاكم العراقية فيحق له التمسك بقاعدة الإسناد التي توجب تطبيق قانون بلده .

**اولا: خصائص قواعد الاسناد:**

ان قواعد الاسناد فضلا عن اتصافها بالخصائص العامة للقواعد القانونية يكون لها بالمقابل خصائص ذاتية تتمثل بماياتي:-

1- انها قواعد حل غير مباشرة بمعنى انها لا ترشد القاضي إلى الحل النهائي للنزاع محل نظره بل تكتفي ببيان القانون الذي يخضع له هذا النزاع ، وفي هذا القانون يجد القواعد القانونية التي سيطبقها على النزاع في حالة وجود عنصر أجنبي .فمثلا قاعدة الإسناد الخاصة للأهلية لا تبين لنا السن الذي عند بلوغه يكون الشخص كامل الأهلية وإنما تكتفي فقط ببيان القانون الذي سيتكفل ببيان هذا السن , وهكذا لجميع قواعد الإسناد بخلاف قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى التي تعطي الحل مباشرة للنزاع فالقواعد المنظمة للجنسية تبين مباشرة من هم رعايا الدولة ، والقواعد المنظمة لمركز الاجانب تبين مباشرة الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والإلتزامات التي يتحملها وهكذا ...
ولهذا السبب يصف البعض قواعد الاسناد بانها قواعد صماء لاتقدم حل للنزاع بشكل مباشر ، وهي بذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصف الاخيرة قواعد حل مباشر . وهذا الوصف المطبق على قاعدة الاسناد دفع بالفقه الفرنسي الى اعتبارها بمثابة الشرطي الذي ينظم حركة المرور, بين السيارات المتزاحمة, فهو الذي يعطيها اشارة المرور في الاتجاه الصحيح, ونستخلص في الاخير ان قاعدة الاسناد لا تضع لنا الحل النهائي الموضوعي للنزاع المثار امام القاضي.

2- انها قواعد مزدوجة الجانب على راي الاكثرية، فهي يمكن ان تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني وممكن ان يكون ذلك لحساب قانون اجنبي فلا تقرر ابتداء لمن يكون الاختصاص ولا يعرف القانون المختص بموجبها الا بعد التكييف ، وتحديد طبيعة العلاقة، مثال ذلك اهلية الشخص تحكم بقانون جنسية الاخير فيكون القانون عراقي اذا كان الشخص عراقي ويكون قانون اجنبي اذا كان الشخص اجنبي وبذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصفها مفردة الجانب .

وتفيد هذه الميزة في قاعدة الإسناد أنها لا تترك فراغا في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الإختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي أما لقانونه أو للقانون الأجنبي. وينتقد بعض الفقهاء هذه الميزة في قاعدة الإسناد حين يرى أن تقتصر فقط على بيان الأحوال التي يطبق فيها القانون الوطني دون الإشارة إلى الأحوال التي يطبق فيها القانون الأجنبي ، فيريدها بذلك أن تكون مفردة وليست مزدوجة ، كنص القاعدة الواردة في المادة 3/فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن ((القوانين الخاصة لحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسي ولو كان مقيما في بلد أجنبي)) , ومن الحجج التي يبديها هؤلاء الفقهاء أن الدولة لا يمكن أن تعطي الإختصاص لقانون دولة أخرى في حالة ما إذا كانت هذه الدولة ترفض الإختصاص المحول لقانونها .
لو سلمنا –جدلا- بما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء لوجدنا قصورا واضحا في إيجاد حل في حالتين:

الأولى : لما تستند لها كل دولة لها علاقة بنزاع الإختصاص لقانونها .
الثانية : لما ترفض كل دولة لها علاقة بنزاع جعل الإختصاص لقانونها . هذا القصور دفع القضاء الفرنسي إلى إعتبار قاعدة الإسناد الواردة في م 3 من ق.م.ق –سابقة الذكر- مزدوجة رغم ورودها مفردة فقال بأنه إذا كان القانون الفرنسي هو المطبق على الفرنسيين حتى ولو كانوا في الخارج ، فبمفهوم المخالفة فإن القوانين الشخصية للأجانب الخاصة بحالتهم وأهليتهم، تتبعهم حتى ولو كانوا في فرنسا .

3- انها قواعد وطنية المصدر أي يستاثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها وتراعى فيها الخصوصيات الوطنية في كل دولة مع مراعاة المعايير الدولية السائدة عالميا ، وبذلك تكون ذات مصدر وطني ، و تختلف عن القواعد الموضوعية اذ ان الاخيرة ممكن ان تكون ذات مصدر وطني(التشريع ) او دولي (معاهدات او قرارات القضاء الدولي).

4- انها قواعد محايدة , لان القاضي عندما يعمل قاعدة الإسناد فإنه يجهل نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع , فذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع ، وهذا القانون قد يكون قانونه وقد يكون قانونا اجنبيا . هذه الميزة لا توجد في القواعد القانونية الأخرى غير أن بعض الفقهاء لا يقرون بذلك ويرون أن صفة الحياد تشمل كل القواعد القانونية

1. () مثلا يرى بارتول ان الاحوال تكون شخصية اذا كان القانون يتكلم عن الأشخاص وتكون عينية اذا تكلم عن الاموال فإذا جاء النص على ان "الولد الاكبر يرث كل التركة" فهو من الاحوال الشخصية بعكس اذا جاء النص على ان "اموال الميت تؤول الى الولد الاكبر" فانه يكون من الاحوال العينية. وهذا غير مقبول لان النصين بمعنى واحد فلا يتغير الحكم لمجرد الابتداء بالشخص او بالمال بل العبرة بالمعنى. [↑](#footnote-ref-1)