ASU
جامعة العلوم التطبيقية
APPLIED SCIENCE UNIVERSITY

مراجعة لإمتحان المنتصف لمادة القانون الدولي الخاص .

من عمل الطالبة : زينب جاسم الحايكي ..

ملاحظات مهمة :

- هذه المراجعة لا تغني عن **الكتاب فهو المرجع الرئيسي للطالب** .
- مصدر هذه المادة العلمية هو كتاب : د. عبد الكريم سالم العلوان و د. مهند أحمد صانوري ، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة في تنازع القوانين ، الإختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية في مملكة البحرين)، الطبعة الأولى ،جامعة العلوم التطبيقية ، البحرين ، 2018.
- قد تكون بعض النقاط المهمة سقطت سهواً أوقد كُتبت المعلومة بطريقة خاطئة من غير قصد فألتمس منكم العذر .
- تختلف كمية المواضيع المحددة للإمتحان لكل أستاذ ولكل فصل دراسي فأرجو التأكد من المطلوب المحدد ..
- إن كنت وفقت فهو توفيق من الله وإن كنت أخفقت فهذا تقصير مني .
- هذه القصاصات الورقية مجانية ومن جهدي الشخصي فأرجو حفظ الحقوق ولا مانع من تداولها بشرط عدم إزالة الإسم .
- استقبل ملاحظاتكم واستفساراتكم على
  - البريد الالكتروني:z.al7ayki@gmail.com
  - الإنستغرام : z.al7aykii
- لا أحلل من يقوم بنسب جهدي إليه ..

إخواني وأخواتي إن نلتم الفائدة من مجهودي هذا كل ما أطلبه منكم دعوة صادقة لي ولوالديّ بظهر الغيب .

(اللهم انفعني بما علمتني، وعلمني ما ينفعني، وزدني علماً..)

بسم الله الرحمن الرحيم ..

** قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) ← إن تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي يتم عن طريق قواعد إسناد تشير إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة محل البحث ، ويتم إختيار القانون عن طريق ضابط يستمد أساساً من معطيات العلاقة ذاتها .

- شروط قيام حالة تنازع القوانين :

1- أن تتضمن العلاقة القانونية موضوع النزاع عنصر أجنبي واحد على الأقل :

- العلاقة القانونية ← هي رابطة أو صلة أو مركز ما بين شخصين على الأقل (طبيعيين أو معنويين) يتولى القانون تنظيم أحكامها وينتج عنها إلتزامات متبادلة .

- إذا كانت العلاقة القانونية واقعة ضمن القواعد الآمرة ← غير قابلة لقيام حالة التنازع ، فيتم تطبيق قواعد قانونية واحدة على الجميع بدون إستثناءات .

- إذا كانت العلاقة وطنية بحتة بجميع عناصرها ← لا نكون أمام حالة تنازع القوانين ويتم تطبيق القانون الوطني .

- العناصر المكونة للعلاقة القانونية هي :

أ- أشخاص العلاقة القانونية ← قد يكون أشخاص العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي أشخاص طبيعيين أو معنويين / دائنيين أو مدينيين / فاعلي ضرر أو متضررين .

مثال ← البائع والمشتري في عقد البيع الدولي / المتسبب في الضرر والمضرور/ الزوج والزوجة في الزواج المختلط / الولي / الطفل / الوارث / المورث .

ب- محل أو موضوع العلاقة القانونية ← هو المحل الذي يرد عليه التصرف القانوني ، فقد يكون :

- إعطاء شيء (نقل ملكية شي ء) أو ترتيب حق عيني على شيء (كالرهن) .

- القيام بعمل ← إلتزام المقاول ببناء منزل .

- الإمتناع عن القيام بعمل ← إلتزام بائع المتجر عن ممارسة نفس النشاط التجاري في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع .

ج- السبب المنشيء للعلاقة القانونية ← هو مصدر الإلتزام فقد يكون :

- تصرف قانوني إرادي ← كالبيع و الشراء .

- واقعة قانونية ← كالعمل الضار أو النافع .

- واقعة طبيعية ← كالولادة و الموت.

- قد يكون مصدره القانون ← كالولاية و الوصاية .

2- أن تكون هذه العلاقة القانونية داخلة ضمن فروع القانون الخاص ← أي يجب أن يكون نطاق تنازع القوانين مقصور فقط على علاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي (العلاقات التي تقوم بإعتبارها صاحبة سيادة وسلطة) سواء كانت هذه العلاقات تخص المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية .

- دون تمييز بين العلاقات التي يحكمها القانون المدني عن العلاقات التي يحكمها القانون التجاري أو أي فرع من فروع القانون الخاص الأخرى حيث إن العلاقات التي تقع ضمن نطاق القانون الخاص يسودها مبدأ سلطنا الإرادة وتكافؤ الأطراف وحماية الحقوق الخاصة وتطبق في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف على خلافها لعدم إرتباطها بالنظام العام .

- عكس ماهو مقرر في القانون العام ← فتكون الدولة صاحبة سلطة وسيادة والعلاقة تكون بين طرف أعلى وطرف أدنى فلا توجد مشكلة تتعلق بتنازع القوانين فلا تثور مشكلة إختيار القانون واجب التطبيق .

3- أن يكون التنازع ما بين قوانين دول مستقلة بعضها بعضاً أو تنازع بين عدة نظم قانونية مستقلة ← يُشترط وجود تنازع بين قوانين دول مستقلة معترف بها .

- التنازع يجب أن يكون على مستوى القاعدة القانونية الملزمة وفقاً لما هو مقرر دستورياً في الدولة التي تقرر تطبيق قانونها .

- القانون يجب أن يتصف بعنصر الجزاء والإلزام سواء كان مكتوب أو عرفي أو سوابق قضائية ولو كان مصدر القاعدة القانونية الدين أو الأخلاق أو العادة.

- إذا كانت القواعد التي مصدرها الدين أو الأخلاق أو العادة لا تصل إلى درجة الإلزام فلا يتم تطبيق التنازع فيها .

- يجب أن يكون التنازع متعلق بقوانين دولة معترف فيها ← لأن عدم الإعتراف ينبني عليه إنعدام الشخصية القانونية لهذه الدولة الأجنبية فيتم إنكار كل وجود قانوني لها في مواجهة الدولة غير المعترف بها .

مثال ← لا يتصور قيام تنازع القوانين بين البحرين والكيان الإسرائيلي ، حيث إن البحرين لا تعترف بوجود الكيان الإسرائيلي .

- عدم الإعتراف بحكومة دولةٍ ما لا يمنع من وجود تنازع للقوانين مع قانون هذه الدولة .

- لا يتصور قيام حالة تنازع القوانين بين قانون الدولة والقوانين السائدة في مستعمراتها .

4- وجود قواعد قانونية متباينة ← وجود إختلاف أو عدم تطابق في الأحكام والحلول بين قانون دولة المحكمة التي تنظر في النزاع والقانون الأجنبي واجب التطبيق .

- التطابق أو التشابه بين الأحكام القانونية يؤدي إلى وجود الحكم ذاته سواءً أعطى الإختصاص إلى قانون دولة ما أم لقانون دولة أخرى (مادام الحكم واحد تعذر قيام ظاهرة تنازع القوانين) .

- يجب ألا يصل الإختلاف إلى حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها القوانين المختلفة وإلا تعذر على المشرع الوطني السماح بتطبيق القانون الأجنبي وتتعذر حينها ظاهرة تنازع القوانين .

مثال ← محاكم الدول الأوروبية ترفض تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لطلاق المسلمين / بالنسبة لتعدد الزوجات .

5- وجود قاعدة إسناد في دولة المحكمة تسمح بتطبيق قانون دولة أخرى ← عدم إعتناق المشرع الوطني لمبدأ إقليمية القوانين بصفة مطلقة .

- يجب أن يتنازل المشرع الوطني ويسمح بتطبيق القانون الأجنبي الأكثر فائدة وملائمة للنزاع ذي العنصر الأجنبي بدلاً من تطبيق القانون الوطني على إقليمه (مبدأ شخصية القوانين) .

- الأصل ← تطبيق القانون الوطني تمسكاً بمبدأ سيادة القانون الوطني .

الإستثناء ← وجود نص خاص وصريح يسمح بتطبيق القانون الأجنبي .

- يتوقف ظهور تنازع القوانين على عدم الأخذ بمبدأي إقليمية القوانين وشخصية القوانين بصورة مطلقة .

- لو تشبثت كل دولة بإخضاع جميع العلاقات التي تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية لقانونها الوطني لأدى ذلك إلى إمكانية عدم إعتراف النظم القانونية

الأخرى بهذه العلاقات مما يؤدي إلى إرتباك المعاملات الدولية وشل العلاقات الإقتصادية والإجتماعية في المجتمع الدولي .

** القواعد الموضوعية ← هي مجموعة القواعد الموضوعية والمباشرة الموضوعة أصلاً لمواجهة العلاقات القانونية الوطنية البحتة ، إلا إن صفتها الآمرة تتطلب تطبيقها على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

- هي قواعد تعطي الحل المباشر للنزاع ومفردة الجانب (أي تقرر إختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة) .

- هذه القواعد تنتمي إلى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي ودولة القانون المختص.

- يجب على القاضي تطبيقها مباشرةً في حل النزاع .

- مصدر هذه القواعد : الإتفاقيات الدولية / أحكام القضاء الوطني .

** ماهية قواعد الإسناد ← هي القواعد القانونية التي تُرشد القاضي إلى القانون واجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي .

- تقوم هذه القواعد بحل التنازع بين القوانين على أساس إختيار أفضل القوانين المتنازعة وأنسبها لحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي .

- قواعد الإسناد تتشابه مع القواعد القانونية الأخرى من حيث إنها :

1- قواعد عامة مجردة ← كل القوانين تتساوى أمام مشرع قاعدة الإسناد الذي يتوصل للقانون الأقرب صلة بالعلاقة محل النزاع ثم يضع قاعدة محايدة تبحث عن الرابطة بين العلاقة والقانون دون مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة التي تُعرض للفصل فيها .

2- قواعد ملزمة ← فيجب على القاضي المطروح عليه النزاع ذو العنصر الأجنبي أن يتقيد بالقانون الذي ستثير تطبيقه قاعدة الإسناد .

↑ القاضي ملزم بتطبيقها ولا يملك سلطة تقديرية .

3- قواعد وطنية ← المشرع الوطني يضعها بملىء إرادته وإستقلاله ويراعي في ذلك طبيعة النزاع وسيادة الدولة وحاجة التعامل الدولي والمصلحة المشتركة للدول.

- قواعد الإسناد تتميز عن غيرها من القواعد القانونية الوطنية في إنها :

1- قواعد إرشادية أو تنظيمية غير مباشرة ← فهي لا تنطبق على النزاع مباشرةً وتضع حلاً موضوعياً له .

- وظيفتها الإرشاد فقط إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصر أجنبي الذي يعطي الحل النهائي والموضوعي للنزاع.

مثال ← قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية لا تحدد السن التي يكون فيها الشخص كامل الأهلية ، بل تعين القانون الذي يتولى بنفسه تحديد السن دون أن تتدخل مباشرةً في موضوع النزاع .

2- قواعد ثنائية أو مزدوجة الجانب ← فهي قد تشير إما إلى إختصاص القانون الوطني أو إلى تطبيق القانون الأجنبي .

- الطبيعة المزدوجة لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولي الخاص .

مثال ← قواعد الإختصاص الوطنية لا تقوم بتعيين المحكمة الأجنبية الواجب رفع النزاع إليها لأن ذلك يعتبر تدخل في تحديد إختصاص مرفق القضاء في الدولة الأجنبية .

** الأركان المكونة لقاعدة الإسناد :

1- الفكرة المسندة ← هي مجموعة العلاقات القانونية التي تعني قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بها .

- تكفلت قواعد الإسناد الوطنية بتصنيف المراكز والعلاقات المتضمنة عنصر أجنبي إلى مجموعات أو طوائف أو فئات متعددة وتسمى كل فئة منها بالفكرة المسندة .

- تتضمن كل فكرة مسندة المراكز والعلاقات المتقاربة أو المتشابهة .

- يقوم المشرع الوطني بإثبات الإختصاص بحكم هذه الفكرة المسندة إلى قانون معين يكون هو الواجب التطبيق عن طريق معيار يسمى ضابط الإسناد .

مثال ← المشرع البحريني جمع الفكرة المتصلة بالميراث في فكرة واحدة ونص على تطبيق قانون جنسية المورث بشأنها .

- قد يضع المشرع الوطني للنظام القانوني الواحد عدة أفكار مسندة تضم كل منها مجموعة معينة من الأوضاع والحالات القانونية مثل الزواج وهو نظام قانوني محدد

لكن قد قسمه المشرع البحريني إلى أكثر من فكرة مسندة وجعل لكل فكرة حكم خاص .

- قد تضم التشريعات عدة أنظمة قانونية في فكرة مسندة واحدة .

مثال ← المشرع البحريني جمع بين حالة الشخص المدنية وأهليته معاً في فكرة واحدة ونص على تطبيق قانون الجنسية .

(إذا طُرح أمام القضاء نزاع يتعلق بمركز معين يتضمن عنصر أجنبي على القاضي أن يقوم بوصف المركز وتحديد طبيعته تمهيداً لإدراجه في الفكرة المسندة الملائمة) .

2- ضابط الإسناد ← هو المعيار الذي يختاره المشرع الوطني للإرشاد إلى القانون واجب التطبيق على المركز القانوني من حيث الموضوع .

- يقوم المشرع الوطني بإسناد كل فئة إلى قانون معين عن طريق أداة قانونية هي ضابط الإسناد فهو بمثابة المرشد إلى القانون واجب التطبيق .

- قد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد أصلي للإسناد يثبت الإختصاص لقانون واحد هو القانون واجب التطبيق في النزاع المطروح أمام القضاء .

- قد ينص المشرع الوطني في قاعدة الإسناد على ضابط إسناد مزدوج إلى جانب تحديد ضابط واحد لتحديد القانون المختص مما يؤدي إلى تطبيق قانونين معاً يتساويان في صلتهما بالعلاقة القانونية .

مثال ← المشرع البحريني نص على خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون كلٌ من الزوجين .

- قد تتضمن قاعدة الإسناد عدة ظروف إسناد فقد تتضمن ضابط أصلي وضابط إحتياطي أو أكثر ، بحيث إذا لم يتيسر تطبيق ضابط الإسناد الأصلي يتم تطبيق الضوابط الإحتياطية وفق الترتيب الذي يقرره المشرع في قاعدة الإسناد.

مثال ← قاعدة الإسناد المحددة في المادة 17 من القانون البحريني الخاصة بالإلتزامات التعاقدية تشتمل على ضابط أصلي المتمثل بإرادة المتعاقدين ، وضابط إحتياطي أول وهو الموطن المشترك للمتعاقدين ، وضابط إحتياطي ثانٍ (مكان إبرام العقد) .

- قد تُبنى قاعدة الإسناد على أساس ضابط إنتقائي فتتضمن أكثر من ضابط يؤدي إلى تطبيق عدة قوانين للنظر في النزاع بهدف إتاحة الفرصة أمام الأفراد لإختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم علاقتهم من بين هذه القوانين .

- الخطأ في إعمال ضابط الإسناد يعتبر خطأ في نقطة قانونية فيخضع لرقابة محكمة التمييز .

- الخطأ في إعمال ضابط الإسناد على 3 حالات :

1- الخطأ في ماهية ضابط الإسناد ← يخضع لرقابة محكمة التمييز.

2- الخطأ في تحديد مدلول ضابط الإسناد ← يخضع لرقابة محكمة التمييز.

3- الخطأ في تقدير الوقائع ← لا يخضع لرقابة محكمة التمييز .

- بعض ضوابط الإسناد قابلة للتغيير والتبديل ، حيث إن العلاقة القانونية قد تمتد لفترة زمنية وقد يتغير ضابط الإسناد خلال هذه الفترة (التنازع المتغير أو المتحرك) لذلك يجب تحديد الوقت الذي يُعتد فيه بضابط الإسناد .

مثال ← قد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية أخرى .. فهل في هذه الحالة يعتد بقانون جنسية الزوج عند إبرام عقد الزواج أو بقانون جنسيته المكتسبة لاحقاً ؟.

↑↑ نص المشرع البحريني على أنه فيما يتعلق بآثار الزواج يُعتد بجنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج وليس بالجنسية التي اكتسبها بشكل لاحق .

** نظرية التكييف (إعطاء الوصف الصحيح للنزاع) ← ظهرت هذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني فرانتز كاهن .

- التكييف ← هو عملية أولية يتم فيها تحديد طبيعة موضوع المسألة التي تتنازعها القوانين وإعطائها الوصف القانوني الملائم في إحدى الأفكار المسندة تمهيداً لإسنادها إلى قانون معين .

- عملية التكييف هي اول عملية يتولاها القاضي الوطني في المسائل التي تحتوي على عنصر أجنبي .

- عملية التكييف لا تقتصر فقط على القانون الدولي الخاص بل هي واردة في مختلف فروع القانون .

مثال ← لو طرح نزاع يتضمن عنصر أجنبي أمام القضاء الوطني ، على القاضي أن يتحقق مما إذا كانت المسألة محل النزاع تدخل في مضمون الأهلية مثلاً أو فكرة شكل التصرفات . (فالتكييف عملية أساسية تتوقف عليها معرفة القانون واجب التطبيق) .

- يترتب على التكييف في القانون الدولي الخاص نتائج وآثار كبيرة ← لأن التكييف ليس على وتيرة واحدة فهو يختلف من دولة إلى أخرى .

** إخضاع التكييف لقانون دولة القاضي (نظرية بارتان) :

- تتمثل نظرية بارتان في إخضاع مسألة التكييف لقانون دولة القاضي لإعتبارات السيادة الوطنية ، فالمشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي بواسطة قاعدة الإسناد فهو يحد من السيادة الإقليمية لدولته .

- وجد بارتان إن المحاكم الفرنسية طبقت القانون الفرنسي على التكييف بإعتباره قانون دولة القاضي بطريقة عفوية وتلقائية .

- قام بارتان بدراسة عدد من القضايا التي أعانته في إستخلاص أصول النظرية ومنها : قضية ميراث المالطي / قضية وصية الهولندي .

1- قضية ميراث المالطي ← مالطيين تزوجا في مالطا دون أن يعقدا مشارطة الزواج فيها ، وبعد إنعقاد زواجهما إنتقلا للجزائر وكانت حينها مستعمرة من فرنسا وتوطنا فيها وتملك الزوج بعض العقارات ثم توفى ، فطالبت الزوجة بعد وفاة زوجها بحقها فيما تركه من عقارات أمام محكمة الجزائر مدعية بإن لها حق على العقارات المتروكة (نصيب الزوج المحتاج) وهو حق مقرر بمقتضى نصوص القانون المالطي .

وعلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق سيختلف وفقاً لإختلاف التكييف :

- لو إعتبرت المحكمة الجزائرية إن ماتطلبه الزوجة المالطية حقاً في الميراث لخضع للقانون الفرنسي وفق قاعدة الإسناد والتي تقضي بإخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه (الميراث) ← قانون موقع العقار (القانون الفرسي)

↑ القانون الذي يحكم التكييف / ↑ القانون واجب التطبيق

ضابط الإسناد ← قانون موقع العقار .

مما سيترتب عليه رفض إدعاء الزوجة لأن القانون الفرنسي يجهل الحق المسمى بنصيب الزوج المحتاج .

- إذا كيفت المحكمة الموضوع على إنه يتعلق بالنظام المالي للزوجين فإن القانون المالطي هو الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرداة (قانون الموطن الأول للزوجية وهو القانون المالطي) فيتعين على المحكمة الحكم بأحقية الزوجة في إدعائها .

ضابط الإسناد ↑← إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الموطن الأول للزوجية.

2- قضية وصية الهولندي ← هولندي أبرم وصية في الشكل العرفي (شكل تجيزه قواعد القانون الفرنسي) ثم توفى ونُوزع في صحة الوصية أمام القضاء الفرنسي بحجة إن القانون الهولندي لا يعترف بالوصية العرفية ولو أُبرمت خارج هولندا بإعتبار إن إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة أهلية تتعلق بحماية الموصي .

قضت المحاكم الفرنسية بصحة الوصية واستندت في حكمها إلى إن موضوع النزاع ينصب على شكل الوصية ، وقاعدة الإسناد الفرنسية تقضي بإخضاع شكل الوصية للقانون المحلي (القانون الفرنسي في هذه القضية) وهو يجيز الوصية العرفية .

ولكن لو عُرض النزاع على محكمة هولندية لقضت ببطلان الوصية لان القانون الهولندي لا يعترف بالوصية العرفية .

(من القضيتيين السابقتيين يتضح إن تحديد القانون واجب التطبيق لا يأتي إلا بعد تكييف النزاع فيختلف القانون بإختلاف التكييف) ..

** الإستثناء الوارد على نظرية بارتان ← (تكييف المال) أي تحديد طبيعة المال هل هو عقار أم منقول .

- تكييف المال يتم وفقاً لقانون موقعه وليس وفقاً لقانون دولة القاضي واستند في ذلك إلى فكرة الطمأنينة و الإستقرار في التعامل في إكتساب الحقوق العينية .

- الأسس التي قامت عليها نظرية بارتان :

1- إن التكييف ينطوي على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية وتحديد مضمونها فلا يعقل أن يطلب تفسير قاعدة وطنية من قبل أي قانون غير القانون الوطني الذي تنتمي إليه هذه القاعدة .

2- إن التكييف عملية أولية سابقة لعملية الإسناد فلا يمكن تطبيق قاعدة الإسناد والتعرف على القانون الواجب التطبيق قبل الإنتهاء من عملية التكييف .

3- القاضي عندما يقوم بتكييف العلاقة المطروحة أمامه يتأثر بتكوينه القانوني والثقافي بالمفاهيم والأحكام السائدة في قوانين بلده .

** نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص الذي يحكم النزاع :

- ذهب أصحاب هذه النظرية إلى ضرورة تكييف طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وفقاً للقانون المختص بحكم موضوع النزاع .

- يجب الرجوع إلى القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع .

- هذه النظرية تكفل تلافي النتائج الغير العادلة التي سيؤدي إليها التكييف لو تم حسب قانون دولة القاضي .

مثال ← لو كانت المسألة القانونية المعروضة للنزاع يعترف بها وينظمها القانون الأجنبي بينما يجهلها قانون دولة القاضي (كما ورد في قضية ميراث المالطي) ، فلو كيفت المسألة من قبل القاضي الفرنسي على أنها تعتبر نصيب الزوج المحتاج وفق أحكام القانون المالطي لأخذت الزوجة هذا النصيب من الميراث .

- بالرغم من قوة حجية هذه النظرية إلا إنه تشوبها إستحالة عملية تتمثل في إن التكييف عملية سابقة على إعمال ضابط الإسناد .

** نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن ← يرى صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني ارسنت رابل إلى إن إجراء التكييف يجب أن لا يتم وفق قانون محدد بل للقانون المقارن .

- يتم إستخلاص التكييف وفق هذه النظرية بإتباع منهج البحث العلمي للأفكار العالمية المستخلصة من دراسة القانون المقارن الذي ينسجم مع حاجة المعاملات الدولية ويتلائم مع طبيعة قواعد الإسناد دون التقيد بما ورد في قانون معين سواء كان قانون دولة القاضي أو القانون واجب التطبيق على النزاع .

- يجب أن تكون الحلول على المستوى الدولي وذلك بالبحث في عدد كبير من قوانين الدول .

- عيوب هذه النظرية :

1- هذه النظرية مثالية والحل الذي أتت به عسير المنال يتعذر تحقيقه من الناحية العملية .

2- إستخدام المنهج القارن لتحديد مضمون الفكرة المسندة يتنافى مع القواعد المتبعة في التفسير (فمن غير المقبول أن يُفسر مضمون القاعدة القانونية بالرجوع إلى تشريعات أجنبية من المتصور تنافيها مع إرادة واضع القاعدة) .

3- قد ينحاز القاضي إلى جانب بعض القوانين التي تتفق مع وجهة نظره بينما لا يكون لها أي صلة بالنزاع وذلك بحجة إنها تمثل حكم القانون المقارن ..

** نظرية إخضاع التكييف لعلم القانون ← ذهب صاحب هذه النظرية الفقيه الإيطالي (كوادري) إلى إن التكييف عمل فقهي بحت فيجب أن يخضع لعلم

القانون ، ففرق بين التكييف بالمعنى العام والتكييف المقصود في إطار القانون الدولي الخاص .

- التكييف في معناه العام ← هو التسمية الذي يطلقها المشرع على بعض الظواهر الواقعية .

- التكييف في مجال القانون الدولي الخاص ← تصنيف القواعد القانونية او العلاقات أو المراكز القانونية بغرض إدخال كلٌ منها في إطار فكرة مسندة معينة.

- التكييف وفق هذه النظرية يعتبر عمل علمي وليس تشريعي وعلى ذلك فهو غير ملزم للفقه .

- وفق هذه النظرة لا يُتصور أن يكون هناك إختلاف بين مضمون الفكرة المسندة في دولةٍ ما و مضمون هذه الفكرة في دولةٍ أخرى (الخلاف يكون في التفسير وليس في التكييف) .

- للفقه الحرية الكاملة في إعطاء المسألة المعروضة وصفها العلمي السليم .

- عيوب هذه النظرية :

1- تصطدم هذه النظرية بعقبات عملية حيث إن كوادري أخرج التكييف من إطاره الواقعي إلى الإطار النظري .

2- يهدف كوادري إلى الوصول إلى حلول عالمية موحدة في نطاق القانون الدولي الخاص وهو صعب التحقق .

** موقف القانون البحريني من عملية التكييف ← إخضاع التكييف لقانون دولة القاضي (أخذ بنظرية بارتان قاعدةً و إستثناءً) .

** نظرية الإحالة :

الإحالة ← هي الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت معها وكان التنازع بينهما سلبياً .

- قاعدة الإسناد مزدوجة ← قد تشير إلى ثبوت الإختصاص للقانون الوطني فليس هناك أية مشكلة في تطبيق ذلك القانون وما على القاضي إلا الفصل في النزاع وفق ما تقضي به القواعد الموضوعية في قانونه .

- لكن لو أشارت قاعدة الإسناد إلى ثبوت الإختصاص لقانون أجنبي معين ، على القاضي أن يحدد المقصود بهذا القانون حيث إنه يتضمن نوعين من القواعد : قواعد إسناد تحدد القانون واجب التطبيق / وقواعد موضوعية تعطي الحل النهائي للنزاع مباشرةً.

- القاعدة العامة ← قواعد الإسناد قد تختلف من دولةٍ إلى أخرى خاصةً في مواد الأحوال الشخصية.

- معظم دول العالم تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد بينما البعض الآخر يأخذ بقانون الموطن كالقانون الإنجليزي والأمريكي والسويسري والإسترالي و الكندي وبعض الدول الإسكندنافية .

- إذا وُجد هذا الإختلاف ↑ يقع تنازع بين قواعد الإسناد في القانون الوطني وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي .

- ينتج عن التنازع إحدى الصورتين الآتيتين :

1- التنازع الإيجابي ← تشير قاعدة الإسناد في كلٌ من القانون الوطني والأجنبي ثبوت الإختصاص التشريعي لقانونها .

مثال ← لو حصل تنازع بين قاعدتي الإسناد في كلٌ من القانون البحريني والقانون الإنجليزي بشأن ميراث بحريني متوطن في إنجلترا .

قاعدة الإسناد البحرينية ← ضابط الجنسية ←(ثبوت الإختصاص للقانون البحريني بإعتباره قانون جنسية المتوفي).

قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي ← قانون الموطن ← القانون الإنجليزي .

↑ تنازع إيجابي فلا توجد إحالة ، فالقاضي لا يأتمر إلا بأمر المشرع الوطني في الدولة التي يجلس فيها للقضاء .

- لو كان القاضي بحريني سيطبق قاعدة الإسناد البحرينية (القانون البحريني) رغم توطنه في إنجلتزا.

- لو كان القاضي إنجليزي سيطبق القانون الإنجليزي بالرغم من إن المتوفي بحريني الجنسية (حيث إن ضابط الإسناد هو الموطن) .

2- التنازع السلبي ← تقرر قاعدة الإسناد في كلٌ من القانونين الوطني والأجنبي الإختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أو لقانون ثالث.

مثال ← لو عُرض على القاضي نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي يتوطن البحرين .

قواعد الإسناد البحرينية ← ضابط الجنسية ← القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق .

قواعد الإسناد الإنجليزية ← ضابط الموطن ← القانون البحريني هو القانون الواجب التطبيق .

↑↑ كل قاعدة تلقي الإختصاص بحكم العلاقة على قانون القاعدة الأخرى وقد يحدث أن تلقي إحدى هاتين القاعدتين الإختصاص بحكم العلاقة على قانون القاعدة الأخرى فتلقيه هذه بدورها على قانون ثالث ↓↓.

مثال ← لو عُرض على القاضي البحريني نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا .

قواعد الإسناد البحرينية ← قانون جنسية الشخص ← القانون الإنجليزي.

قواعد الإسناد الإنجليزية ← قانون موطن الشخص ← القانون الفرنسي .

** انواع الإحالة ← الإحالة البسيطة / الإحالة المطلقة

1- الإحالة البسيطة (إحالة الرجوع أو الإحالة من الدرجة الأولى) ← عندما يخرج الإختصاص من القانون الأجنبي إلى قانون دولة القاضي .

مثال ← عُرض على القضاء البحريني نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في البحرين :

قواعد الإسناد البحرينية ← قانون جنسية الشخص ← القانون الإنجليزي.

قواعد الإسناد الإنجليزية ← قانون موطن الشخص ← القانون البحريني.

2- الإحالة المطلقة أو ذات الدرجات المتعددة أو المركبة :

أ- الإحالة من الدرجة الثانية ← الإحالة إلى قانون آخر غير قانون دولة القاضي .

مثال ← لو عُرض على القاضي البحريني نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا :

قاعدة الإسناد البحرينية ← قانون جنسية الشخص ← القانون الإنجليزي.

قاعدة الإسناد الإنجليزية ← قانونة موطن الشخص ← القانون الفرنسي .

- إن مشكلة الإحالة لا تثور إلا عندما تتنازع قاعدة الإسناد في دولة القاضي مع قاعدة الإسناد في الدولة الأجنبية تنازعاً سلبياً.

- الإحالة لا تثور في فرضين :

1- إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي إلى تطبيق القانون الوطني .

2- إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية وإتفقت قاعدة الإسناد في هذه الدولة مع قاعدة الإسناد في الدولة الأجنبية وكان التنازع إيجابياً .

** القاعدة العامة في الإحالة ↓:

1- إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي ، وأشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون دولة القاضي (تكون الإحالة من الدرجة الأولى) .

2- إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي وأشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون دولة القاضي (تكون الإحالة متعددة من الدرجة الثانية) .

- أسانيد مؤيدي الإحالة والنقد عليها:

1- إحترام إرادة المشرع الأجنبي ← لكل دولة مطلق الحرية في تطبيق القانون الأجنبي ولكن إذا قامت بتطبيقه عليها أن تطبقه كوحدة لا تتجزأ تتكون من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية .

النقد على ذلك↑← لا جدوى من التمسك بهذه الحجة لأنها كما تقوم لمصلحة قواعد الإسناد الأجنبية تقوم أيضاً لمصلحة قواعد الإسناد الوطنية .

2- تعميم الحلول وتسهيل تنفيذ الأحكام ← من نتائج تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق سيؤدي إلى تعميم الحلول وإحترام الحكم الصادر من القاضي الوطني والإعتداد به والأخذ به يحقق تبادل في الحلول بين الدولتين صاحبتي الشأن ويسهل تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الدولة وخارجها عن طريق الحصول على الأمر بالتنفيذ .

النقد على ذلك ↑← هذه حجية عملية قوامها تيسير الأمور وليست حجة قانونية والحكمة منها لا تتوافر أحياناً ، وعند تنفيذ الحكم في بلد غير البلد الأجنبي الذي حصلت الإحاله من قانونه إلى قانون دولة القاضي والأخذ بالإحالة وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شانه المساس بالسيادة وقد يؤدي أيضاً إلى الوقوع

في حلقة مفرغة مما يؤدي إلى القلق وعدم الإطمئنان على القانون المختص بحكم العلاقة مما يؤثر على إستقرار المعاملات .

** موقف المشرع البحريني من الإحالة ← لم يتطرق المشرع البحريني إلى مشكلة الإحالة فلم يحدد إذا كان يأخذ بها من عدمه بشكل صريح إلا إنه نص على إنه تسري مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون .

** الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع (نظرية التفويض أو الإحالة الداخلية)

- قد تشير قواعد الإسناد الوطنية بإختصاص قانون دولة بسيطة ففي هذه الحالة لا توجد صعوبة في تطبيق قانون تلك الدولة .

- تثور الصعوبة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لإختصاص قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعدداً داخلياً (التعدد قد يكون : إقليمي / شخصي) .

- التعدد الإقليمي ← في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة مثل : الدول المركبة (أمريكا / سويسرا / كندا).

- التعدد الشخصي ← تنطبق شريعة خاصة بكل طائفة من الأشخاص بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية ، مثل : البحرين / الأردن / مصر / لبنان .

مثال ← لو أشارت قاعدة الإسناد البحرينية إلى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لنزاع معين ، ولدى رجوع القاضي البحريني إلى هذا القانون وجد إنه غير موحد بحيث تتعدد التشريعات فيه بتعدد الطوائف أو الدويلات أو المقاطعات ، فمالحل في هذه الحالة ؟ وقد لا توجد قواعد إسناد داخلية في الدولة المتعددة الشرائع؟

المشرع البحريني أخذ لحل هذه المسألة بما توصل إليه الفقه والقضاء والتشريع في معالجة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع عن طريق تفويض القانون الأجنبي في تعيين الشريعة الداخلية واجبة التطبيق .

** دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي :

- دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد ← يتوقف إعمال قاعدة الإسناد على تحديد طبيعة القانون الأجنبي ، وانقسم الفقه في تحديد طبيعة القانون الأجنبي إلى قسمين : إعتبار القانون الأجنبي عنصر من عناصر الوقائع / الطبيعة الأصلية للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني .

الإتجاه الأول : القانون الأجنبي يعتبر عنصر من عناصر الوقائع ← يرى أصحاب هذا الإتجاه إن القانون الأجنبي بمجرد تطبيقه أمام القضاء الوطني يفقد طبيعته القانونية ويتحول إلى مجرد واقعة .

- وحجتهم في ذلك إن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين :

أ- العنصر العقلي ← وهو مضمون القاعدة القانونية كونها عامة ومجردة .

ب- عنصر الأمر والإلزام ← تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الملزمة .

القاعدة القانونية تمتلك العنصرين في البلد الذي أُصدرت فيه ، وتفقد عنصر الأمر والإلزام عند تطبيقها أمام القضاء الوطني لأن عنصر الأمر يتحدد بالأقليم وخارج الأقليم لا يبقى للقاعدة القانونية إلا مضمونها مما يؤدي إلى أن تفقد القاعدة القانونية صفتها ، فلا يجوز للقاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه ، بل يجب على الخصوم التمسك بهذا التطبيق .

- تتمتع محكمة الموضوع بسلطة تامة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي ولا تخضع لرقابة محكمة التمييز .

الإتجاه الثاني : تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ← يؤكد الفقه الراجح إن القانون الأجنبي لا يُعامل كواقعة من الوقائع بل يحتفظ بطبيعته الأصلية عند تطبيقه أمام القضاء الوطني .

- ذهب فريق منهم إلى القول بإن أحكام القانون الأجنبي تندمج داخل النظام القانوني الوطني وتعتبر جزء منه .

- بينما ذهب فريق آخر إلى القول إن الإعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية لا يستلزم بالضرورة إنكار صفته الأجنبية .

** موقف المشرع البحريني من طبيعة القانون الأجنبي ← المشرع البحريني إعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع فيقع عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم في الدعوى وليس على القاضي .

- دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي :

**طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي ← تنوعت الإتجاهات الفقهية على النحو التالي :

1- التوقف عن الفصل في الدعوى ← يذهب هذا الإتجاه إلى إنه في حال تعذر على القاضي الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فعليه التوقف عن الفصل في الدعوى .

- تعرض هذا الإتجاه للنقد الشديد للأسباب التالية :

أ- مهمة القاضي هي الفصل النزاع فهو ملزم بالبحث عن عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وعند تعذر ذلك ليس من حقه التوقف عن الفصل في النزاع بل عليه أن يفصل فيه باللجوء للقواعد والمبادىء العامة .

ب – توقف القاضي عن البت في الدعوى يشكل إنكار صارخ للعدالة ويصطدم مع ماورد بنصوص القانون التي أعطت القاضي اللجوء لمصادر أخرى للفصل في النزاع .

2- تطبيق المبادىء العامة السائدة في الأمم المتمدينة ← يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى إنه إذا استحال على القاضي المعروض عليه النزاع التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي المختص ، عليه تطبيق المبادىء العامة / أو القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة / أو المبادىء السائدة في الأمم المتمدينة .

- تعرض هذا الإتجاه للنقد للأسباب التالية :

أ- هذا الإتجاه يفتقد إلى السند القانوني السليم .

ب- هذا الإتجاه يعطي القاضي سلطة واسعة وقد يتعسف بها ويمنحه قدر كبير من التحكم .

3- تطبيق القانون الأكثر إقتراباً في أحكامه إلى القانون واجب التطبيق أصلاً ← يرى أصحاب هذا الإتجاه إن تطبيق القانون الأكثر إقتراباً في إحكامه إلى القانون واجب التطبيق أصلاً .

مثال ← إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأمريكي وتعذر على القاضي الكشف عن مضمونه فله أن يطبق القانون الإنجليزي بإعتباره من نفس العائلة القانونية .

نقد هذا الإتجاه يتمثل في :

أ- يصطدم هذا الإتجاه بعقبات تجعل تحقق النتيجة التي يبغيها محل شك كبير .

ب- يصعب عملياً التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة .

4- تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بالمسألة المعروضة بعد القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه ← إتجه الفقه الحديث نحو البحث عن أفضل الحلول التي يتعين على

القاضي إتباعها عند تعذر الكشف عن أحكام القانون المختص بالفصل في النزاع بموجب قواعد الإسناد بتطبيق أكثر القوانين إرتباطاً بالعلاقة الدولية محل النزاع بعد القانون الذي تعذر الكشف عن أحكامه .

- المشرع يهدف من وراء قواعد الإسناد إلى إخضاع العلاقات الدولية إلى أكثر القوانين ارتباطاً بها وأقدرها على تحقيق العدالة فإن تعذر ذلك فالأقرب هو تطبيق أكثر القوانين إرتباطاً بالنزاع .

- على القاضي اللجوء للمبادىء العامة في التنازع السائدة في قانونه ليكشف عن أقرب الحلول سواء كان سيطبق قانون دولة القاضي أو قانون آخر .

مثال ← إذا كانت المسألة المعروضة تتعلق بأهلية أجنبي وتعذر الوصول إلى مضمون قانون الجنسية بوصفه القانون المختص بحكم النزاع ، فعلى القاضي أن يطبق قانون الموطن .

- يترتب على ذلك خطأ الرأي القائل إن القانون الأجنبي يعتبر من الوقائع فلو كان من الوقائع لترتب على فشل الخصوم في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي رفض المحكمة طلباتهم .

5- تطبيق قانون دولة القاضي ← لتفادي الإنتقادات الموجهة للآراء السابقة ذهب أغلب الفقه إلى تطبيق قانون دولة القاضي عن تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق (بإعتباره الإختصاص الإحتياطي عند التعذر عن الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الإختصاص) .

** موقف المشرع البحريني ← أخذ بالمصدر الإحتياطي (قانون دولة القاضي) عند تعذر التوصل إلى تطبيق القانون الأجنبي .

** دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي :

- التفسير ← هو العملية التي يمكن بمقتضاها استنباط نية المشرع وغايته وأهدافه من النصوص التي يضعها وإيضاح الغموض الوارد في نصوص التشريع ومعرفة ما يشوب هذه النصوص من قصور وكيفية حل التناقض الذي قد يحدث بين نصوص التشريع ، ويشتمل التفسير على إصلاح الغلط المادي في هذه النصوص.

- على القاضي الوطني أن يبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء هذه القواعد .

- للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالإجتهادات القضائية والفقهية ويتقيد بالحلول المستقرة في هذه الدولة وعليه أن يطبق فعلاً القواعد السائدة في الدولة الأجنبية .

- حرية القاضي في التفسير نسبية فلا يستطيع الإجتهاد بخلاف التفسير المستقر والسائد في الدولة الأجنبية .

** دور محكمة التمييز في الرقابة على تفسير القانون الأجنبي ← فرض الرقابة على تفسير القوانين الوطنية والأجنبية كذلك .

مثال ← الحكم الذي يخطىء في تطبيق القوانين الأجنبية أو تأويلها يجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز .

** موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق ← الدفع بالنظام العام /الدفع بالغش نحو القانون / نظرية المصلحة الوطنية .

- الدفع بالنظام العام :

- النظام العام ← هو مجموعة المبادىء و الأفكار الأساسية الجوهرية المختلفة والتي أساسها فكرة المصلحة العامة سواء كانت سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية أو غيرها التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده ، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بغض النظر إن كانت هذه الأفكار والمبادىء نصوص تشريعية أم لا ، وسواء كانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد أم تهيمن على المجتمع ككل .

- النظام العام في القانون الدولي الخاص ← هو ذلك الدفع الذي يُراد به إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني محله نظراً لإختلاف الحكم الوارد في كلٍ منهما إختلافاً جوهرياً أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين .

- إن القانون الأجنبي الذي اشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية والذي يُراد إستبعاده يختلف في أسسه كلها أو بعضها إختلاف جوهري مع القانون الوطني فلم تم تطبيق القانون الأجنبي لما كان الحكم عادلاً في النظر المشرع الوطني .

- النظام العام الدولي ← هو النظام المشترك بين كافة الأمم بما يشمل في طياته من قواعد يعترف بها من هذه الأمم وتعتبر قواعد القانون الدولي العام .

- النظام العام الداخلي ← يتكون من مجموعة قواعد القانون الداخلي التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها .

- قواعد النظام العام تعتبر أقوى من قواعد الإسناد فعند التنازع أو التعارض بينهما تُطبق قواعد النظام العام .

- المشرع البحريني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا تعارضت أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي .

مثال ← لو عُرض على القاضي الوطني نزاع يتعلق بعلاقة معينة في مسائل الزواج ، وأشارت قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية ، وعند تطبيقه تبين للقاضي إنه يتعارض مع النظام العام في دولته كأن يكون هذا القانون يبيح زواج المحارم / أو يبيح التبني بين المسلمين / أو المساواة بين الإبن والبنت في الميراث بين المسلمين ، فمن البديهي أن يستبعد القاضي تطبيق أحكام هذا القانون .

- شروط تطبيق الدفع بالنظام العام :

1- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية ← يجب أن يكون القانون الأجنبي مختص بنظر النزاع لأنه لو كان غير ذلك يصبح لا محل للتمسك بالنظام العام .

- لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني حتى لو وجدت حالة تنازع قوانين داخلية ، إلا في الدول التي تكون فيها كل ولاية لها وحدة تشريعية مستقلة فيتصور وجود إختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني .

2- وجود مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي يستدعي الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه ، لما سيؤدي إلى نتائج تخالف المبادىء الأساسية والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي .

- الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالنظام العام :

1- الأثر السلبي ← إستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام .

** هل سيقوم القاضي الوطني بإستبعاد القانون الأجنبي كلياً أو الإقتصار على إستبعاد الجزء الذي يتعارض مع هذا القانون مع النظام العام في دولة القاضي ؟

- يجب ألا يتم إستبعاد أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق كله ، بل يُستبعد الجزء المتعارض من القانون الأجنبي المختص مع النظام العام إذا كان هذا الجزء لا يرتبط إرتباط وثيق ببقية أجزاء القانون واجب التطبيق .

- يتم إستبعاد القانون الأجنبي كلياً بجميع احكامه ← إذا كان الجزء المخالف للنظام العام مرتبط إرتباط وثيق بباقي أجزاء القانون الأجنبي الأخرى بحيث يترتب على عدم تطبيقه عدم إمكانية تطبيق بقية أحكام هذا القانون .

2- الأثر الإيجابي ← ثبوت الإختصاص لقانون دولة القاضي :

- إذا قام القاضي بإستبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام عليه أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناشيء عن هذا الإستبعاد .

- يتم تطبيق قانون دولة القاضي بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد لتعارض أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي .

3- الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام :

الحالة الأولى ← إثارة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي بشأن حق أو علاقة تمت في بلده : دور القاضي الوطني هو البحث عما إذا كان إنشاء الحق يتعارض مع النظام العام في بلده من عدمه (بالنسبة للمراكز القانونية التي يُراد إنشاؤها في دولة القاضي مثل : إبرام عقد زواج / إيقاع طلاق .

الحالة الثانية ← أن يُثار الدفع بشأن حق أو علاقة اكتسبت في الخارج : وهي حالة المراكز القانونية التي نشأت في الخارج وتم اكتساب الحق فيها وفقاً لأحكام قانون أجنبي مخالف للنظام العام في دولة القاضي ، فيكون دور القاضي البحث عما إذا كان نفاذ هذا الحق يتعارض مع النظام العام أم لا .

- قد يتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع إعتبارات النظام العام فيها ، بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الإعتبارات ما دام أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج .

- لأن الشعور العام للمجتمع في دولة القاضي لن يتأثر بالنسبة للعلاقة التي نشأت في الخارج بالمقدار نفسه لو نشأت في دولة القاضي لذلك دفع النظام العام لا يُرتب كامل أثره .

مثال ← إذا أبرم شخص مسلم زواجه الثاني في البحرين وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ثم رفعت زوجته دعوى تطالبه بأي أثر من آثار الزواج .

↑ لا يملك القاضي الفرنسي الحكم ببطلان هذا الزواج أو عدم الإعتداد به بالرغم من إن تعدد الزوجات يصطدم بالنظام العام في فرنسا (هذا يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام) .

- الحق الذي نشأ واكتسب في الخارج يعتبر واقعة من الصعب إنكارها وليس من المعقول أن يتجاهلها القضاء بدعوى تعارضها مع النظام العام في دولته .

**** المصطلحات :**

Legislator	**المشرع**
Inheritance	**إرث/ تركة / موروث**
Conflict Of Judicial Jurisdiction	**التكييف**
Foreign Law Front The National Courts	**التنازع على الولاية القضائية**
Qualification	**القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**
Custom	**عرف**
Legislation	**تشريع**
Legal Provisions	**أحكام قانونية**
Subjects Of Private International Law	**موضوعات القانون الدولي الخاص**
Dispute	**خصومة / خلاف / يتنازع/ يخاصم**
Divorce	**إنفصال تام / طلاق**

تم بحمد الله والله ولي التوفيق ..

14/ مارس /2018