

موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد (دراسة تحليلية مقارنة)

أستاذ مشارك - كلية القانون - جامعة الجزيرة

د. جودة إبراهيم محمد النور رحمة

مستخلص:

هدف هذا البحث إلى: التعرف على الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، معرفة أسباب ظهور الوسائل الفنية، إبراز تكييف تلك القواعد في ضوء القانون السوداني. يسعى الباحث لاتباع لاتباع المنهج التاريخي الوصفي التحليلي الاستقرائي. توصل البحث للعديد من النتائج والتوصيات من أهمها: عالج القانون السوداني مسألة التكييف صراحة بأخذه لنظرية بارتان بإخضاع التكييف لقانون القاضي كغيره من قوانين الدول العربية (المادة 10) من قانون المعاملات المدنية السوداني. إن عملية الإحالة كعملية فنية تعني أن قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق تحيل بدورها الحكم إلى قانون آخر قد يكون هذا القانون هو قانون المحكمة التي حالت في البدء إلى نفس القانون (عملية ارتداد) أو يكون قانون دولة أخرى، ، هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي، عالج القانون السوداني مسألة التفويض بنص صريح وهي المادة 15 من قانون المعاملات.

Abstract:

The importance of this research lies in the increasing multiplicity of private law topics. Therefore, the aim of the research is to: Identify the technical means for the rules of attribution, to know the reasons for the emergence of technical means, to highlight the adaptation of those rules in light of Sudanese law. The researcher seeks to follow the inductive analytical descriptive historical method. The research reached many conclusions and recommendations, the most important of which are: Sudanese law dealt with the issue of adaptation explicitly by adopting Bartan theory by subjecting conditioning to the judge's law like other laws of Arab countries (Article 10) of the Sudanese Civil Transactions Law. The referral process as a technical process means that the rules of attribution in the applicable law in turn refer the judgment to another law. This law may be the law of the court that initially referred to the same law (apostasy process) or it is the law of another country, and there are a number of countries that refuse to take Referring to the Sudanese, Egyptian, Iraqi and Italian laws, Sudanese law explicitly addressed the issue of delegation, namely Article 15 of the Transactions Law.

مقدمة:

لكل دولة نظام قانوني خاص بها تمارسه في إقليمها ، إذ أن التعامل يتكون من نظم قانونية مختلفة، كل منها يعالج نفس الروابط وهي لا تخرج من مظاهر الحياة الإنسانية من زواج و وفاة وعقود (أحوال ومعاملات) إلا أن طريقة وأسلوب المعالجة يختلف من نظام قانوني إلى آخر .

هنالك حقيقتان : أولاهما أن نفاذ قانون الدولة قاصر على حدود الدولة التي أصدرته .
والحقيقة الثانية أن الدول ولا سيما في الوقت الحاضر لا يمكن لها الاستغناء بعضها البعض ، وذلك لتشابك المصالح ولضرورة التجارة والتعاون والتضامن الدولي السمة المميزة لعصر العولمة . هذا العصر أتاح للأفراد حرية الانتقال من دولة إلى أخرى ومن ثم أتاح لهم الارتباط في أمور تتصل بأكثر من دولة واحدة مما يشكل مشكلة مركبة تحتاج إلى معالجة .

انفرد قانون المعاملات المدنية بتنظيم تنازع القوانين بقواعد موضوعية مباشرة (قواعد إسناد) كقواعد عامة تطبق في جميع الحالات إلا ما يستثنى لوجود معاهدة أو اتفاق أو قانون خاص ، كما جاء في القانون السوداني⁽¹⁾ : لا تسري أحكام المادة (11) إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها وتنظيم الوسائل الفنية التي تعالج بها مشكلة التنازع كالتكييف والإحالة والتفويض⁽²⁾ . ولم يغفل المشرع السوداني حالة قصور هذه النصوص عن الوفاء بتنظيم جميع مسائل التنازع لذا أفسح المجال لمبادئ القانون الدولي الخاص⁽³⁾ .

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث لتعدد موضوعات القانون الخاص صورة مطردة ، بداية من الاهتمام في البلاد الأوربية بسبب تطور التجارة الخاصة الدولية في هذه البلاد وظهور الأسواق المشتركة مما دفع بهذه الدول إلي الاهتمام بإبرام المعاهدات المنظمة للحياة الخاصة الدولية لتكون نبراساً إلى بقية دول العالم لتحذو حذوها في الاهتمام بموضوعات هذا الفرع من القانون.

مشكلة البحث:

تكمن المشكلة الأساسية في هذا البحث في معرفة ودراسة ماهية الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، لذا فإن مشكلة البحث الأساسية تتمثل في الإجابة عن السؤال الرئيسي: ما سبب ظهور الوسائل الفنية لقواعد الإسناد وعلاقتها بمسألة تنازع القوانين؟

أهداف البحث:

1. التعرف على الوسائل الفنية لقواعد الإسناد.
2. معرفة أسباب ظهور الوسائل الفنية.
3. إبراز تكييف تلك القواعد في ضوء القانون السوداني.

منهج البحث:

يسعى الباحث لاتباع المنهج التاريخي الوصفي التحليلي الاستقرائي.

التكييف:

تعريف التكييف:

التكييف هو تحديد الوصف القانوني، ويقصد به تحديد الوصف القانوني فلا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع مالم يقيم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع، وإرجاعه (رده) إلى إحدى النظم أو الطوائف القانونية التي حدد المشرع لكل منها قاعدة إسناد تخصها ومثالها الأهلية، الشروط الشكلية للعقد، الشروط الموضوعية للعقد، المسؤولية التقصيرية وهكذا⁽¹⁾.

وعليه فإن التكييف يعتبر عملية لازمة لا بد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات، لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف القانوني (التكييف) لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني أو الجنائي ومثاله فيما يخص العقد لا بد من أن يكييف هذا العقد ما إذا كان عقد بيع أم إيجار ويطبق بعده الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلاً إذا إستنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع⁽²⁾.

في حين إنه دف التكييف في تنازع القوانين هو تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع الذي يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي وذلك لأجل ردها إلى إحدى الطوائف القانونية التي حدد المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد ومن ثم تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، والمراد بالتكييف هو تفسير العلاقة القانونية أو تشخيصها، أي تحديد مفهومها المجرد وبواسطة التكييف تهدي المحكمة إلى حكم القانون الذي يجب أن يحكم هذه العلاقة⁽³⁾⁽⁴⁾.

وعليه فإن قواعد أي نظام قانوني في دولة يرتب تحت عدة أقسام قانونية بعضها يخص للأهلية أو للحالة وبعضها للميراث أو الوصية والبعض للعقود، وأخرى للإجراءات، وعملية التكييف تقوم بها المحكمة لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع مثلاً في حالة العقد تحديد النزاع إن كان متعلق بالشروط الموضوعية أو الأهلية لعقد حينئذ ترجع المحكمة إلى قاعدة الإسناد الخاصة بشروط العقد أو الأهلية، أما إذا كان النزاع متعلق بالشكلية في التصرفات فيرجع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالشكلية أي قانون دولة إبرام هذا التصرف. ولكن قد يتدخل في نزاع معين أكثر من صنف من أصناف القانون، وبالتالي يصعب إرجاع النزاع إلى أي تصنيف قانوني من هذه التصنيفات (أقسام). وقد تنتج الصعوبة من حالة اختلاف خصائص نظام قانون المحكمة من جهة والقانون الأجنبي من جهة أخرى، لذلك تعد عملية التكييف في القانون الدولي الخاص عملية عظيمة وضعت لحل مشكلة معقدة وهي مسألة أولية لازمة لتحديد الإسناد التي تقضي مثلاً بتطبيق قانون الجنسية في شأن أهلية الأشخاص، أو القاعدة التي تشير بإخضاع شكل العقد أو التصرف بقانون بلد الإبرام، لا يتأثر تطبيقها بداهة إلا إذا حددت المحكمة أولاً طبيعة المسألة المعروضة لتبين ما إذا كانت مسألة أهلية تخضع لقانون الجنسية أم مسألة شكل يرجع في شأنها لقانون بلد الإبرام، وبما أن تحديد طبيعة المسألة يستلزم بالضرورة الرجوع إلى قانون معين، فإن المشكلة قائمة حتى بعد معرفة أن مسألة ما تخضع إلى قانون معين، وهل يكون ذلك القانون هو قانون المحكمة، أم تسترشد المحكمة بالقانون المقارن، وقد ذهب الفقهاء باتجاهات مختلفة لمعالجة هذه المشكلة وذلك على النحو التالي :

إخضاع التكييف لقانون القاضي :

كان الفقيه الفرنسي بارتانوهو أول من نادي بهذا الرأي والذي يقول في النظرية التي تحمل اسمه حيث أورد أن القاضي في التكييف عليه أن يرجع إلى قانونه ، فإذا كان القاضي سوداني فانه يرجع إلي القانون السوداني في تعريف الأهلية ثم يقوم بتطبيقه على النزاع⁽¹⁵⁾ وقد أسس الفقيه بارتان نظريته على أساس فكرة السيادة باعتبار أن قاعدة الإسناد ترسم حدود السياسة التشريعية للدولة وبالتالي إذا أشارت هذه القاعدة بتطبيق قانون أجنبي فإنها تكون قد انقضت من سيادة القانون الوطني لصالح القانون الأجنبي. وقد قوبلت هذه النظرية بالتأييد من أغلب الفقهاء، إلا أن هذا التأييد كان على أساس مختلف أي ليس على أساس فكرة السيادة يذهب رأى الفقه الغالب إلي أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتفاضاً من السيادة الوطنية بل هو تعبير عن هذه ونزول على أمر المشترك الوطني⁽¹⁶⁾

التكييف عبارة عن تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية ومن الطبيعي أن يخضع لقانون القاضي . بالنظر إلى الناحية العملية : إخضاع التكييف لقانون القاضي عملية ميسرة للقاضي لعملية بقوانين دولته بالإضافة إلي تأثير القاضي بالنظام القانوني لدولته ككل من قوانين ومبادئ مستقرة مما يؤثر قطعاً فيه وهو يقوم بعملية التكييف.

ووفقاً لهذه النظرية تكون عملية التكييف في جميع الحالات وفقاً لقانون القاضي ماعدا وصف الأموال إذ يرجع في شأنها إلي قانون الموقع ، ولعل القصد من الاستثناء هو استقرار العملات وتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية. استندت النظرية لفكرة السيادة على قضيتين شهيرتين نعد هنا بوضعهما لبيان أساس النظرية وكنموذج عملي يبين كيفية قيام المحكمة بعملية التكييف.

أولاً: قضية ميراث المالطي:

وقائع القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا جعلاً من الجزائر وطناً لهما (كانت الجزائر حينها تابعة لفرنسا) تملك الزوج فيه بعض العقارات وتوفي فيها، وقد طالب الزوجة بحقوقها في هذه العقارات أمام محكمة جزائرية مستندة على قاعدة تعرف بنصيب الزوج المحتاج في القانون المالطي، وقد كان للمحكمة خيارين لتكييف هذه الواقعة:

الخيار الأول : تأخذ بقانون الجنسية وبالتالي تطبق قانون الزوجين أي القانون المالطي . الخيار الثاني : أن تطبق القانون الفرنسي وهو قانون موقع العقار (دولة الجزائر وهي تتبع لفرنسا) . أخذت المحكمة بقانون القاضي أي قانون موقع العقار الذي هو القانون الفرنسي ، وقد بحثت المحكمة إن كانت قاعدة « نصيب الزوج المحتاج » معروفة في القانون الفرنسي وتوصلت إلي أن هذه القاعدة غير موجودة وبالتالي رفضت المحكمة دعوى الزوجة . وبالطبع كان الحكم سوف يكون مختلفاً إذا اختارت الخيار الأول (قانون الجنسية) أي القانون المالطي فحينها كانت سوف تحكم بأحقية الزوجة للميراث استناداً للقاعدة المذكورة .

ثانياً: قضية وصية الهولندي:

تتلخص الوقائع بأن زوج هولندي حرر وصية عرفية بخط يده إلي زوجته ، قامت الزوجة (الموصى لها) برفع دعوى لتنفيذ الوصية أمام إحدى المحاكم الفرنسية.

هناك فرضان أمام المحكمة:

الفرض الأول : ارتباط الدعوى بالميراث وهذا يعني أن تأخذ المحكمة بقانون الجنسية - لماذا لأنها مرتبطة بالأحوال الشخصية

الفرض الثاني : ارتباط الدعوى بالوصية (تصرف قانوني مرتبط بإعمال الإرادة)
أخذت المحكمة بالفرض الثاني باعتبار أن الدعوى عبارة عن وصية والقانون الفرنسي يجيز الوصية العرفية ، حيث كفت المحكمة النزاع بأنه ينصب على شكل الوصية ، وقاعدة الإسناد الفرنسي تقضي بإخضاع شكل الوصية للقانون الوطني لذا أجازت المحكمة الوصية العرفية وحكمت للزوجة بطلبها .
وكانت النتيجة سوف تختلف إذا كفت المحكمة الدعوى باعتبارها مرتبطة بالميراث (الفرض الأول) حينها تأخذ المحكمة بقانون الجنسية أي القانون الهولندي، وبالبحث في هذا القانون إذا كانت الوصية العرفية جائزة أم لا نجد أن القانون البولندي لا يجيز الوصية العرفية وبالتالي كانت ستفشل الزوجة في دعواها.

هب أننا فرضنا فرضاً ثالثاً وعرضت القضية أمام محكمة بولندية هنا تقضي المحكمة ببطلان الوصية تأسيساً على أن القانون البولندي يحرم إجراء الوصية بالشكل العرفي أي أنها كيفية المسألة باعتبارها مرتبطة بالأهلية ، والأهلية - طبقاً لقواعد الإسناد- تخضع لقانون الجنسية أي تتبع البولندي في الخارج وبالتالي تحكم المحكمة البولندية بإبطال الوصية⁽¹⁷⁾ .

إخضاع التكييف للقانون المقارن وإخضاعه لعلم القانون:
أولاً: إخضاع التكييف للقانون المقارن :يري البعض ومنهم الفقيه الألماني رابل بوجوب عدم التقييد في التكييف بقانون دولة معينة إنما يكون الرجوع إلي قواعد تتفق مع طبيعة المسألة محل التكييف على أساس مفهوم عالمي موحد وذلك بإعمال القانون المقارن .
ثانياً: إخضاع التكييف لعلم القانون : يري الفقيه الإيطالي (كودي)، أن التكييف عمل فقهي لا يصح الرجوع بشأنه إلي قانون وضعي سواء كان قانون القاضي أو أي قانون آخر، لذا يري أن التكييف مسألة علمية مجردة عن تصور القوانين الوضعية للدول، وبالتالي يكون للتكييف مفهوم عالمي موحد ، ومن ثم تصبح لهذه الأفكار من ميراث أو أهلية أو الشروط الشكلية للعقد وغيرها من الأفكار القانونية مفهوماً واحداً في جميع قوانين العالم وبالتالي تتوحد الحلول العالمية لمشكلة التكييف
إخضاع التكييف للقانون المختص والتكييف وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني:

أولاً: : إخضاع التكييف للقانون المختص
يري بعض الفقهاء بأن عملية التكييف تخضع للقانون الذي يحكم النزاع أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ويتساوى بد ذلك أن يكون ها القانون هو القانون الوطني أو الأجنبي(18) .

ثانياً: التكييف وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني :
تنص المادة 10 من القانون إشارة لكلمة التكييف حيث يقرأ النص : (يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يطلب تحديد نوع هذه المعاملات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) .

ومن الناحية النظرية نجد أن القانون السوداني قد حسم صراحة المسألة بأخذه لنظرية بارتان بإخضاع التكييف لقانون القاضي كغيره من قوانين الدول العربية، وهذه الصراحة في النص منتقدة في رأينا لأنها تسحب من القضاء فرصة قد يستجد من أمور فقهية، ولعل لنا تلمساً آخر في النص المذكور واجتهاداً خاصاً فيه خلافاً لما ذهب إليه البعض⁽¹⁹⁾ نضعه في النقاط التالية :

هذا النص عام ربما أراد به المشرع السوداني إظهار وتأكيد أن قانون المعاملات المدنية هو القانون العام بالنسبة لجميع المعاملات هذا إذا وضعنا في الاعتبار الظروف التي كانت محيطة به حين صدور القانون في ظل وجود عدة قوانين خاصة متعلقة بالمعاملات مثل قانون الشركات وقوانين الأحوال الشخصية وغيرها من القوانين ، لذا أراد المشرع أن يجعل من هذا القانون قانوناً عاماً لجميع المعاملات فجاء في فاتحة موضوعاته بنص عام يقضي بأن هذا القانون هو المرجع لكافة المعاملات (المادة 10) حال تعارضه مع القوانين الداخلية المشار إليها .

ونعتقد أن المشرع السوداني لم يقصد بنص المادة 10 المذكورة حسم مشكلة التكييف على وجه الدقة ، حيث نرى أن المشرع قصد بعبارة «هذا القانون» أن قانون المعاملات المدنية هو المرجع بالنسبة للقوانين الداخلية الأخرى، وحتى لو سلمنا أن المشرع أشار إلى خضوع التكييف إلى هذا القانون فإن عبارة هذا القانون يقصد بها النظام القانوني للدولة ككل والتي من ضمنها المبادئ العالمية المستقرة متى كانت لا تخالف الشريعة الإسلامية .

بالنظر إلى المادتين 12، 13 من قانون المعاملات المدنية نجد أن القانون السوداني يأخذ بنظرية القانون المقارن أيضاً حيث تضمن ذلك نص المادة 12 والتي تقرأ كما يلي: (لا تسري أحكام المادة 11 إذا وجد نص في قانون أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها). وتنص المادة 13: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا يؤكد أن القانون السوداني يأخذ بأكثر من اتجاه⁽¹⁰⁾ .

الملاحظ كذلك أن القانون السوداني لم يستثنى الأموال من الخضوع لقانون القاضي، كما تقضي بذلك نظرية بارتان وقوانين الدول التي تؤيد النظرية مما يرجح أن القانون السوداني لم يأخذ بنظرية بارتان أصلاً وبالتالي لم يكن في حاجة لوضع هذا الاستثناء⁽¹¹⁾ .

مفهوم الإحالة:

تختلف قواعد الإسناد في كل دولة، مما يطلق عليه الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد، وهذا الاختلاف كان السبب الرئيسي لظهور الإحالة كوسيلة فنية لتنازع القوانين، فمثلاً نجد الأهلية تحكم بالجنسية وفقاً لقواعد الإسناد في القانون السوداني في حين أنها تحكم بقانون الموطن طبقاً للقانون الانجليزي .

أن قانون أي دولة عند النظر إليه نجده يتكون من وجهة القانون الدولي الخاص من نوعين من القواعد: قواعد موضوعية مباشرة تنهي النزاع ، وقواعد إسناد تشير إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق⁽¹²⁾ . ويمكن القول بأن العلاقة بين الإحالة والإشارة علاقة عامة بخاص، إذ كل إشارة إحالة وليست كل إحالة إشارة⁽¹³⁾ . يقتضي بيان مفهوم الاحالة تتبع التعريف بها ومن ثم نطاق عمل الاحالة واخيرا التنظيم القانوني لها :

تعريف الاحالة

إن الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول وهذا يعني اذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع تقرر نفس الحكم الذي تقررته قواعد اسناد القانون المسند له الاختصاص فستكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص كما هو الحال في قواعد الاسناد العراقية وفي بقية التشريعات العربية أي ان الدول المتقاربة حضاريا تطرح قواعد اسناد متشابهة ومن ثم لا تظهر فيها مسألة الاحالة.

من هنا يأتي تعريف الإحالة بأنها تلك الوسيلة التي تقضي بلزوم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي التي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية في قانون المحكمة ، وذلك في حالة وجود اختلاف في الحكم بينهما (القانون الوطني والقانون الأجنبي) .

ولتوضيح هذا المفهوم نسوق قضية (فورجر) كمثال من الفقه المقارن⁽¹⁴⁾ :

تلخص وقائع القضية في أن فورجر هو ابن غير شرعي بافاري الجنسية جاءت به والدته البافارية وعمره 5 سنوات لفرنسا وعاش بها طوال حياته ، مات فورجر بفرنسا دون أن يخلف زوجة أو أولاد تاركاً منقولات بفرنسا ، ثارت المشكلة حول معرفة القانون الواجب التطبيق في شأن التوريث .
المبادئ التي تثيرها القضية الإحالة ودرجاتها:

يمكن إبرازها من خلال ميدانين:

تنظيم التوريث في القانون الفرنسي والقانون البافاري:

بموجب القانون الفرنسي ينظم التوريث بحسب قانون الجنسية أو الموطن الأصلي ، هذا يعني أن القانون المختص هو القانون البافاري، حيث يورث القانون البافاري الأخوة باعتبارهم من الحواشي وتستمر المشكلة وذلك بسبب أن القانون البافاري في قواعد إسناده ينص بأن الميراث في الأموال المنقولة يخضع لقانون محل وجودها أو محل إقامة المتوفى ، إذن الحل في الإحالة إلى القانون الفرنسي باعتبار فرنسا محل للمنقولات ومحل إقامة فورجر عند وفاته ، أي يمكن القول أن الاختصاص ارتد إلي القانون الفرنسي وإلى قواعد الميراث فيه.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فالقانون يقضي بأن الحكومة الفرنسية هي التي ترث المتوفى الذي لا وارث له ولا يورث الحواشي في هذا القانون . وهذا ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية متخذة وسيلة الإحالة سبيلا لهذا الحكم . من القضية المذكورة يمكن استنباط عدد من الأمثلة التوضيحية من واقع القانون السوداني .

مثال : إذا عرضت قضية على المحاكم السودانية في نزاع حول تركة عقارية لفرنسي وكان موقع العقار في السودان .

البحث يثور حول معرفة الواجب التطبيق .

الحل :

القانون السوداني يقضي بأن التركة تخضع لقانون المورث (المادة 10/11) ، وهذا يعني أن قواعد الإسناد في القانون السوداني أشارت إلى القانون الفرنسي.

القانون الفرنسي بدوره يقضي بأن التركة تخضع لقانون موقع العقار (أي القانون السوداني). إذن هنالك فرضين لحل القضية من قبل المحكمة السودانية هما :

الفرض الأول : تطبيق القانون السوداني ، أي بمعنى آخر تطبيق القواعد الموضوعية المباشرة في القانون الفرنسي دون قواعد الإسناد ، وهذا يعني بأن المحكمة السودانية رفضت الإحالة .

الفرض الثاني: تطبيق القانون الفرنسي في مجموعة بشأن التركة ، ومنها قواعد الإسناد وبالتالي تطبيق قانون موقع العقار أي القانون السوداني (أي رد الاختصاص).

وهذا يعني - عكس الفرض الأول - حصول الإحالة من القانون الفرنسي إلى القانون السوداني وتكون المحكمة أخذت بالإحالة .

صفوة القول : إذا أخذ قانون معين بالتفسير الذي بمقتضاه يرجع القاضي إلى القواعد الموضوعية في القانون المختص دون غيرها يقال أن القانون رفض الإحالة ، وإذا أخذ بالتفسير الذي بمقتضاه ينظر القاضي إلى القانون المختص باعتباره مجموعة واحدة (قواعد موضوعية + قواعد إسناد) يقال أن القانون المعين قبل الإحالة .

الإحالة قد تكون على درجة واحدة أو على درجات

فإذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المسألة إلى قانون دولة ثالثة فهي (إحالة من الدرجة الثانية) . وإذا ردت الاختصاص إلى قانون المحكمة فإن الإحالة تكون قريبة (إحالة من درجة واحدة) ، وإذا أحالت قاعدة الإسناد لتطبيق قانون دولة ثالثة وهذا بدوره أحالها إلى قانون دولة رابعة فإن الإحالة تكون متعددة (إحالة من الدرجة الثالثة) وهكذا⁽¹¹⁵⁾

مثال :

إذا رُفعت دعوى أمام محكمة سودانية بخصوص أهلية إنجليزي متوطن في السودان فانه طبقاً لقواعد الإسناد تخضع الأهلية لقانون الجنسية أي القانون الانجليزي (المادة 1/11) ، بينما قواعد الإسناد الانجليزية تُحيل الأهلية إلى قانون الموطن أي القانون السوداني هنا يُقال أن الإحالة إحالة قريبة من درجة واحدة ، في نفس القضية : إذا صادف كون موطن هذا الانجليزي في فرنسا ، فإن القانون الفرنسي سيصبح هو القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الإنجليزية (الإحالة من الدرجة الثانية) .

وتتفق الإحالة المتعددة في الفروض التالية :

شخص يحمل الجنسية الانجليزية متوطن في أمريكا وله أموال وعقارات بفرنسا قام بعمل وصية أثناء وجوده في السودان وثار نزاع بشأن صحة الوصية أمام محكمة سودانية ، كيف تحدد المحكمة القانون الواجب ؟

الحل :

بموجب قواعد الإسناد السودانية فإن المحكمة تحتكم إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون الجنسية (المادة 10/11)

القانون الانجليزي بقواعد إسناده يحيل الأمر إلى القانون الأمريكي باعتباره قانون الموطن .

القانون الأمريكي يحيل الأمر إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون مكان وجود الأموال .

والقانون الفرنسي قد يحكم في هذا النزاع أو قد يحيل الأمر مرة أخرى إلى القانون الإنجليزي باعتباره القانون الشخصي أو قانون جنسية الموصي .

هكذا تتعاقب هذه الحالات وتعدد ويختلف موقف التشريعات بالأخذ بالإحالة أو عدم الأخذ بها وتختلف كذلك عند أي درجة من هذه الدرجات المتعددة تقف ، وذلك وفقاً لترجيح كل تشريع لمزايا أو عيوب هذه الوسيلة .

تقدير نظرية الإحالة وموقف القانون السوداني من الإحالة:

تقدير نظرية الإحالة

إذا نظرنا للإحالة في القوانين المقارنة نجد أن كثير من الدول تأخذ بها ، كالقانون الأمريكي والانجليزي والألماني والسويسري والياباني وفي المقابل هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي⁽¹⁶⁾

أولاً : مزايا الإحالة :

يري أنصار الإحالة في الأخذ بها عدة مزايا منها :

تؤدي الإحالة إلى تعميم الحلول وتوحيدها .

بالنظر إلى الإحالة باعتبارها متعلقة بتنزع القوانين حينئذٍ يجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تلبية لقواعد الإسناد الوطنية ، إذ لا يجوز أن تهمل هذه القواعد وتطبق فقط القواعد الموضوعية باعتبار هذه القواعد وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ، وبهذا تتحقق رغبة المشرع السوداني من تنظيمه لقواعد الإسناد .

الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ثانياً : عيوب الإحالة :

يرون العمل بالإحالة لا يؤدي إلى توحيد الحلول ، لأن الإحالة أساساً قائمة على اختلاف قواعد الإسناد. قواعد الإسناد هي قواعد وطنية وعندما تشير هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبي معين فانه يقصد بالقواعد الموضوعية لا قواعد الإسناد لأن القواعد الموضوعية هي التي تعكس صفة الوطنية . موقف القانون السوداني من الإحالة :

القانون السوداني رفض الأخذ بالإحالة (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)⁽¹⁷⁾ :

ولعل موقف القانون السوداني ينسجم إلى القانون الأجنبي حيث يضيق من تطبيق القانون الأجنبي الأجنبي بصفة عامة إذ تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النظام العام أو الآداب في السودان) بالإضافة إلى ترجيحه لحجج المعارضين لهذه الوسيلة كغيره من القوانين العربية . ولا نتردد بالقول رغم قبولنا لبعض حجج المعارضين لوسيلة الإحالة إن موقف المشرع السوداني يتعارض مع الدور الذي تقوم به قواعد الإسناد الوطنية ووظيفتها الممثلة في اختيار القانون المناسب لحكم العلاقة ولماذا نحد من البحث عن القانون المناسب في تشريع الدولة المحال إليها، علاوة على ذلك فإنه إذا سلمنا بأن حجة المشرع ربما تكون قوية في حالة إحالة القانون الأجنبي بدوره إلى قانون آخر وهذا

القانون أحال الأمر إلى قانون آخر (دائرة لا تنتهي) حداً لحسم هذا التنقل المتواصل إلى قوانين أخرى، فما هي الحجة إذا أحالت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى القانون الوطني إلا بعد هذا استكمالاً لسيادة القانون الوطني وحداً لامتداد القانون الأجنبي، لهذا كنا نرى أنه من الأوفق الأخذ بالإحالة على الأقل في درجتها القريبة بالنسبة للقانون السوداني. كذلك الأخذ بالإحالة يتوافق مع موقف القانون من التكييف حيث يأخذ بقانون القاضي وكذلك بالقوانين المقارنة. التفويض (الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع)

تعريف التفويض

التفويض لغة هو إي كالفعل الشيء إلى الآخرين علي وجه الاستقلال في التصرف دون أن يكون للمفوض (بكسر الواو) سلطان في فعل المفوض إليه (بفتح الواو)، وورد: فَوَّضَ إليه الأمر: «صيره إلى هو جعله الحاكم فيه»⁽¹⁾.

التفويض عملية يتم فيها منح طرف آخر صلاحيات التصرف للقيام بأنشطة معينة خلال فترة محددة مع بقاء المسؤولية على الشخص المفوض، وهو مفهوم إداري تم من خلاله تحويل المرؤوس لإنجاز مهام محددة بهدف تخفيف الأعباء التي على عاتق القائد أو المدير، والتفويض أحد أهم المهارات الإدارية المساعدة على توفير الوقت وتطوير قيادات الصف الثاني. سوء استخدام التفويض يحقق نتائج عكسية، ويسبب إحباط وفشل في تحقيق الغرض الرئيسي منه، ولا يكون التفويض فعالاً إلا إذا تم تفويض مهام محددة وقابلة للقياس ومتفق عليها من الطرفين، وأن تتسم بالواقعية وتُقيد بزمان محدد ولا تتعدى الإطار الأخلاقي، ويتم تدوينها وتوثيقها بشكل رسمي.

وتبدأ عملية التفويض من خلات حديد المهمة المراد تفويضها، ومن ثم اختيار الشخص الذي سيتم تفويضه أو حتى الفريق، ويليه تقييم القدرات والاحتياجات التي سوف تمكن المفوض من تحقيق المهمة وإنجازها كما هو مطلوب ومتوقع، ويجب أن تكون أسباب التفويض واضحة لكل الطرفين مع بيان أهميتها، والتأكيد على النتائج المطلوب تحقيقها، والنظر في الموارد والمواد اللازمة للإنجاز، وتحديد موعد نهائي للتفويض، وخلال فترة التفويض يجب أن تعطى الجهة المفوضة كامل الدعم للمفوض وتتواصل به بشكل متواصل لتقدم له الإشارات اللازمة لإدراك الوضع للوصول بالنهاية إلى النتائج المحددة. بدأ استخدام المفهوم بالمعنى السياسي المعاصر حوالي عام 1600، وتشعبت استخدامات المفهوم لتشمل الجانب الإداري في العصر الحديث.

قد تتعد الشرائع داخل الدولة الواحدة تعدداً شخصياً بمعنى أن يكون هناك أكثر من قانون يطبق على الأحوال الشخصية حسب ديانة الشخص كما في السودان ومصر ولبنان وغيرها من الدول التي توجد بها قوانين أحوال شخصية للطوائف المسيحية واليهودية. ومن ناحية أخرى قد تتعدد الشرائع تعدداً إقليمياً كما هو الحال في الدول الاتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، وفي هذه الأحوال إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية لتطبيق القانون الأجنبي في دولة متعددة الشرائع يبرز سؤال حول كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق في النزاع.

عالج القانون السوداني المسألة بنص صريح وهي المادة 15 من قانون المعاملات التي نصت على: (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها)⁽¹⁾.

واضح أن النص يشير إلي تعيين الشريعة الداخلية بأنه لا يحدد قانون القاضي بصفة مباشرة القانون واجب التطبيق إنما يفوض القانون المختص (القانون الأجنبي) لذا سُميت هذه الفكرة (بالتفويض) وهي الوسيلة الفنية الثالثة لمعالجة مشكلة التنازع، وقد تنعقد المشكلة إذا كان القانون الأجنبي نفسه لا يتضمن قاعدة داخلية وفي هذه الحالة يري الفقه أعمال قواعد الإسناد المستقرة دولياً والتي ترد عادة في قوانين الدول كضابط الموطن ، وضابط محل وقوع الفعل الضار وغيرها من القواعد، حيث تكون المعالجة عن طريق تطبيق القانون العام خاصة في مسائل الأحوال الشخصية حينما تتعدد الشرائع ، حيث يتعين على القاضي في حالة عدم وجود قواعد إسناد أن يُطبق القانون الغالب كالشريعة الإسلامية كما في مصر إذ طبقت الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين في حالة تخلف لأحد شروط تطبيق شرائع غير المسلمين⁽¹⁾²⁰

وينص القانون المصري على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة والذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم»⁽²⁾²¹ .

وفي السودان يكون الحال بإعمال خيارات المادة 5 والمادة 6 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م حيث تقرأ المادة كالآتي :

(إذا عُرِضَتْ في أي دعوى أو أي إجراء أمام المحكمة المدنية مسألة من المسائل المتعلقة بالتركات أو الموارد أو الوصية في الإرث أو الهبة أو الزواج أو الطلاق أو العلاقات الخاصة بالأسرة أو بإنشاء الوقف فإن قاعدة الفصل في هذه المسألة هي:

(أ) الشريعة الإسلامية إذا كان الخصوم في الدعوى مسلمين أو كان الزواج قد تم وفقاً للشريعة الإسلامية .
(ب) العرف الجاري بين الخصوم ذو الشأن والذي لا يخالف العدالة والإنصاف والوجدان السليم ولم يعدل أو بلغ بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة .
وجاءت مواد القانون لتعالج ما يتبع عند غياب النص حيث نصت على: (في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاء في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم) إضافة الي الاسترشاد بالأصول العامة في قانون الدولة في حالات غياب النص⁽¹⁾²² .

الخاتمة:

انفرد قانون المعاملات المدنية بتنظيم تنازع القوانين بقواعد موضوعية مباشرة كقواعد عامة تطبق في جميع الحالات إلا ما يستثنى لوجود معاهدة أو اتفاق أو قانون خاص. تناول موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، وذلك من عدة نقاط مثل التكييف والإحالة والتفويض (الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع)، وذلك بتوضيح تلك المفاهيم والتعريفات المهمة وتناول القانون السوداني لها. وقد اختتم البحث بأهم النتائج والتوصيات، والتي نوردتها كما يلي:

النتائج:

إن عملية التكييف هي عملية ضرورية في جميع فروع القانون الداخلي سواء كانت النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية وهي هنا عملية لازمة لأجل تطبيق الأحكام الموضوعية على موضوع النزاع المعروض أمام القاضي، أما التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية فهي عملية أولية عن طريقها يتمتع بين قاعدة الإسناد والتي بدورها تعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية -إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة .

إذ إن النزاع إنما يرد على الحقوق، والأشياء عقارية كانت أو منقولة هي محل هذه الحقوق ومن ثم فتكييفها يعد تكييفاً لاحقاً وليس أولياً .

التكييف الأولي هو المقصود بالتكييف في نطاق تنازع القوانين وهو لازم لتسمية القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد ومن ثم يخرج عن الموضوع التكييفات اللاحقة التي تعد من صلب موضوع النزاع ولادخالها في تعيين قاعدة التنازع .

هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي .

التوصيات:

نأمل من المشرع مراجعة القوانين الخاصة بقواعد الإسناد بصورة دورية.

عدم الأخذ بالإستثناء الذي قاله (بارتان) فيما يخص تكييف الأشياء فيما إذا كانت عقارية أو منقولة.

يتم تعيين قاعدة الإسناد والتي بدورها تعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية -إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة .

المصادر والمراجع

- (1) ابن منظور، لسان العرب، مادة فوض
- (2) د. أنس بن محمود فجلال، الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني ، ، رسالة دكتوراه ، 1429 هـ ، ص 128 .
- (3) د. شريف شيخ ادريس ، المرجع السابق، ص114 ، الاستاذ/ عباس بشاشة ، المرجع السابق ، ص9 ، د. عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 43-45
- (4) د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 126 ، راجع اتجاهات الفقه ، د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 109 وما بعدها .
- (5) د. هاشم على صادق ، المرجع السابق ، ص 111 ، وما بعدها د. كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص397 .
- (6) د. جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، تنازع الهيئات ، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - الطبعة الاولى - مطبعة الهلال - بغداد - 1949 - ص 52
- (7) د. جابر جاد عبد الرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، ط ٢ ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٧ - ١٩٤٨ ، ص ٥٢٢
- (8) د. عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٧
- (9) عبد الحكيم مصطفى موقف القانون المقارن ، د. ، المرجع السابق ، ص46 وما بعدها
- (10) مؤلفات قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في التركيز على الوضع في السودان ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم 1998م ، ص53.

المواد والقوانين:

- (1) المادة (1) من القانون المدني المصري ، القانون السوري (المادة 11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .
- (2) المادة 21 من قانون المعاملات السوداني
- (3) المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني
- (4) المادة 1/17 من القانون المدني العراقي ، وكذلك القانون المدني المصري .
- (5) مواد القانون السوداني (المادة 11) (المادة 1/16) (المادة 15) على لاترتيب
- (6) المراجع الأجنبية والمواقع على الشبكة العنكبوتية:
- (7) يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه Rabbei the confilt of lawacarnperative study 1958 Ann Arbor USA - 133-131 .pp .vol . . أشير في ممدوح عبد الكريم

المصادر والمراجع:

- (1) المادة 12 من قانون المعاملات السوداني
- (2) مواد القانون السوداني (المادة 11) (المادة 1/16) (المادة 15) على لاترتيب
- (3) المادة 32 من قانون المعاملات السوداني
- (4) يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه Rabbei the confilt of lawacarnperative study . voll Ann Arbor USA 1958 – 133-pp 131 . أشير في ممدوح عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 266.
- (5) د. هاشم على صادق ، المرجع السابق ، ص 111 ، وما بعدها د. كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص 397.
- (6) هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 123 .
- (7) قصد المشرع البولندي الي حماية الموصي من خلال اشتراطه شكلاً معيناً لصالح الوصية .
- (8) د. عز الدين عبدالله ، المرجع السابق ، ص 126 ، راجع اتجاهات الفقه ، د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 109 وما بعدها .
- (9) المادة (1) من القانون المدني المصري ، القانون السوري (المادة 11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .
- (10) راجع د. شريف شيخ ادريس ، المرجع السابق ، ص 114 ، الاستاذ/ عباس بشاشة ، المرجع السابق ، ص 9 ، د. عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 43-45
- (11) المادة (10-11-12-13) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983م
- (12) راجع نص المادة 1/17 من القانون المدني العراقي ، وكذلك القانون المدني المصري .
- (13) د. جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، تنازع الهيئات ، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - الطبعة الاولى - مطبعة الهلال - بغداد - 1949- ص 52
- (14) الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني ، د. أنس بن محمود فجّال ، رسالة دكتوراه ، 1429 هـ ، ص 128 .
- (15) د. شريف شيخ إدريس ، المرجع السابق ص 117.
- (16) تعرف درجة الإحالة بأعمال المعادلة التالية : عدد الدول المحال إليها - 1 = درجة الإحالة .
- (17) القضاء لأمر يميّل إلى رفض الإحالة ، أنظر بالتفصيل موقف القانون المقارن ، د. عبد الحكيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص 46 وما بعدها .
- (18) المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني
- (19) ابن منظور، لسان العرب، مادة فوض
- (20) المادة 15 من قانون المعاملات
- (21) قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في التركيز على الوضع في السودان ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم 1998م ، ص 53.
- (22) (المادة 6 من القانون رقم «462» لسنة 1955م المصري
- (23) المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م