دور القاضي اللبناني في إثارة تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية

بقلم القاضي الدكتور سامي منصور
رئيس الغرفة الثامنة لدى محكمة التمييز
ورئيس معهد الدروس القضائية
عضو مجلس القضاء الاعلى

زوجة إسبانية تقدمت من القضاء اللبناني بدعوى تطلب فيها تطليقها من زوجها. موصى له يتقدم من القضاء اللبناني بطلب تنفيذ وصية نظمت لمصلحته من الموصي الفرنسي الجنسية في إنكلترا. أم جزائرية تطلب من القاضي اللبناني المختص أن يحكم لها بحضانة ابنها من زوجها المغربي والزواج عقد في تونس. رجل أعمال كويتي يتقدم من القضاء اللبناني بدعوى إلغاء عقد أبرم بينه وبين تاجر مصري في سوريا واتفق فيه على تطبيق القانون المصري...

أمثلة وغيرها الجامع بينها مسألتان: أنها علاقات تعقدت بعنصر أجنبي مؤثر، فهي علاقات دولية خاصة، ولم يتمسك أي من الخصوم أمام القضاء اللبناني في أي منها بقاعدة الإسناد المختصة بكل حالة. والسؤال الذي يطرح هو الآتي: ما هو موقف القضاء من ذلك؟ هل من حقه أو من واجبه أو ليس من حقه ولا من واجبه أن يثير من تلقاء نفسه – دون طلب – قاعدة الإسناد التي تحكم كل خصومة؟

لقد عالجت المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية في الفصل الأول من الباب الثالث الذي خصصه المشترع اللبناني للإثبات مسألة إثبات القانون الأجنبي، ودور القضاء في ذلك، دون التطرق إلى المسألة الأخرى والأولية التي تسبق كل تطبيق للقانون الأجنبي، وهي دور القضاء اللبناني في تعيين القانون الواجب التطبيق إزاء عدم تمسك أي من الخصوم بقاعدة الأسناد التي قد ترشد إلى تطبيق ذلك القانون وجاء في تلك المادة: "لا يطلب الدليل على وجود القانون اللبناني. أما إثبات مضمون القانون الأجنبي فيطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به. إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم به وفقاً للقانون اللبناني".

إزاء هذا الواقع، السؤال الذي يطرح هو الآتي: ما هو دور القاضي اللبناني في كل من الحالات المطروحة؟

الإجابة على ذلك تستتبع البحث في ثلاث مسائل:

الأولى: واقع حال القضاء اللبناني من المسألة Etat des lieux (I).

الثانية: الأساس القانوني لذلك الواقع (II)

الثالثة: النطاق القانوني لذلك الواقع (III)

هو ما سنعالجه في ما سيلي:

I- بتاريخ ٢١ أيلول ١٩٦١ أصدرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في لبنان القرار رقم (١) قضية جان جرمان قراراً اعتبرت فيه بأن "محكمة الاستئناف بتطبيقها قانون الأحوال الشخصية الداخلية الفرنسي على تركة المرحوم جان جرمان قد أحسنت تطبيق القانون "فنص

المادة ٢٣١- من القرار ٣٣٣٩ قانون الملكية العقارية – الذي يفرض تطبيق قوانين الأجنبي الوطنية على تركته العقارية إنما قصد بها المشترع تطبيق هذا القانون مهما كانت البلاد التي يوجد فيها المتوفي وهو نص يتعلق بالنظام العام فلا يجوز أمام هذا النص المطلق تطبيق نظرية الإحالة التي تنفيها أحكام هذا النص"[١]، وبتاريخ ٢٠ تموز ١٩٧٢، أصدرت الغرفة السادسة لدى محكمة استئناف بيروت قضية جيلدا ترازينا فواكا لانزا القرار رقم ١١٦٦ أساس ٢١٨١ جاء فيه "حيث أن المدعى عليه يدلي بأن الحكم المطلوب إعطائه الصيغة التنفيذية يخالف النظام العام اللبناني لأن موضوع الحكم المذكور هو من اختصاص المحاكم الشرعية في لبنان على اعتبار أنه كان قد سبق للمدعية أن ثبتت زواجها من المدعى عليه لدى المحكمة الشرعية في طرابلس. وتسجل هذا الزواج في سجلات النفوس اللبنانية ولأن الحضانة تخضع لقانون بلد الأب... ولكن حيث أن مجرد كون الحكم المطلوب إعطاءه الصيغة التنفيذية قد اعتمد حلاً لتنازع القوانين يختلف عن الحل الجاري عليه التشريع والاجتهاد الوطني لا يشكل بحد ذاته تعرضاً للانتظام العام. وحيث أنه مهما يكن من أمر معرفة ما هو القانون الذي يطبق على زواج الفريقين فإنه لا يمكن القول أن الحكم المطلوب إعطاءه الصيغة التنفيذية بتطبيقه قانون أجنبي على نزاع يتعلق بحضانة الأولاد قد خالف النظام العام اللبناني طالما أن المحكمة التي أصدرت هذا الحكم هي محكمة صالحة وأنه لا يسع هذه المحكمة إعادة البحث في أساس النزاع..." [٢]. وبعد مرور حوالي الأربعين سنة على قرار الهيئة العامة في قضية جان جرمان أصدرت الغرفة الرابعة لدى محكمة التمييز في لبنان قرارين، القرار الأول رقم ٣٤ تاريخ ٣٠ تشرين الثاني ١٩٩٩ قضية شركة أنتربوز/ صبري المالكي قضت فيه بأنه "في القضايا التي يملك الأطراف حرية التصرف بها يتعين على من يتذرع بالقانون الأجنبي أن يطلب تطبيقه على الدعوى بعد أن يثبت مضمونه المغاير للقانون اللبناني المعد أصلاً للتطبيق من قبل المحاكم الوطنية"[٣]، والقرار الثاني رقم ٩ تاريخ ٢٢ شباط ٢٠٠١ قضية شركة أورابيا/ شوربا قضت فيه بأنه "في المواد المتعلقة بحقوق خاصة يعود للأفراد التصرف بها لا يلزم قضاة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً، فينبغي على من يدعي تطبيقه أن يدلي به وأن يثبت مضمونه المغاير للقانون الوطني، ولا يعود بالتالي للشركة التي أحجمت عن التمسك استئنافاً بالقانون الليبيري وكشف أحكامه أن تنعى على قضاة الموضوع عدم تطبيقه..." [٤]. أما الغرفة الخامسة لدى المحكمة فقد نقلت النقاش من إطار طبيعة قاعدة الإسناد الوطنية والدور القضائي في وجوب تطبيقها تلقائياً إلى إطار آخر هو مدى ارتباط إثارة تلك القاعدة بشروط الاستدعاء التمييزي والبيانات التي يجب أن يتضمنها تحت طائلة رده شكلاً. ففي قرارها رقم ٤ تاريخ ١٠ كانون الثاني ٢٠٠٨ اعتبرت المحكمة "حيث أن المميز لم يحدد المواد القانونية أو القواعد سواء وردت في القانون اللبناني أو في المعاهدات الدولية والتي من المفترض أن تكون محكمة الاستئناف قد خالفتها والتي تفرض عليها تطبيق القانون الفرنسي على الحالة موضوع النزاع وفقاً لما يدلي به، سنداً لما ينص عليه البند الأول من المادة ٧٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية. وحيث أنه يقتضي بالتالي وتبعاً لذلك رد السبب التمييزي الأول برمته".

---

(١) النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٦١، ص ٧٧٥-٧٧٦ ومجلة المحامي ١٩٦١، ص ٢٨٥-٢٨٦.
(٢) النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٧٢، ص ١٠٧١ وما يليها.
(٣) مجلة العدل التي تصدرها نقابة المحامين في بيروت ٢٠٠٠، ص ١٨٩ وما يليها.
(٤) مجلة العدل، ٢٠٠٢، عدد ٢و ٣، ص ٣١٤ وما يليها.

إن الملاحظات الأساسية على هذه القرارات هي الآتية:

أولاً: إن أهمية قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قضية جان جرمان المشار إليها هو أنه:

أولاً: القرار الأول الذي يتعرض فيها القضاء اللبناني إلى طبيعة قاعدة إسناد وطنية في حين أنه تعرض لطبيعة القانون الأجنبي منذ القرار الأول في الموضوع الصادر عن محكمة التمييز المدنية بتاريخ ١٠ آذار ١٩٢٥، وقد وصفه القضاء اللبناني بالواقعة ولا يزال هذا الوصف مستمراً[١].

وثانياً: إنه صدر عن أعلى هيئة في القضاء العدلي هي الهيئة العامة للمحكمة العليا.

وثالثاً: أنه أُعطي في قضية أثير حولها تقرير مبدأ قانوني هام عملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

رابعاً: أنه وإن أعطي هذا القرار في مسألة قانونية مختلفة – مسألة الإحالة– عن المسألة موضوع هذه المداخلة – وهي دور القاضي في إثارة تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية تلقائياً – إلا أنه حدد الطبيعة القانونية لقاعدة الإسناد في مادة هي في القانون الداخلي من النظام العام، مادة التركات.

فنص المادة ٢٣١ من القرار ٣٣٣٩، هو حسب المحكمة نص يتعلق بالنظام العام ومطلق. ولا يخفى على أحد أن هذا الوصف لتلك القاعدة قد أعطي في ظل المناخ الذي كان مسيطراً في علم القانون الدولي الخاص آنذاك، مناخ قرارات بيسبال Bisbal[٢] وشاموني Chamouny[٣] وبارنونشيني[٤]. ففي القرار الأول (Bisbal) قضت محكمة التمييز الفرنسية غرفتها المدنية الأولى بتاريخ ١٢ أيار ١٩٥٩، "بأن قواعد الإسناد الفرنسية التي تعين قانوناً أجنبياً ليست متعلقة بالانتظام العام ويتوجب على الفرقاء إثارة تطبيقها في النزاع، وبالتالي لا يمكن انتقاد قضاء الأساس لعدم إثارته تلقائياً مسألة القانون الأجنبي وتطبيق القانون الفرنسي في الموضوع، هذا القانون الذي يطمح حكم كافة علاقات القانون الخاص في فرنسا".

وفي القرار الثاني (Chemouny) رفضت المحكمة الطعن بالقرار الاستئنافي لتطبيقه قانوناً أجنبياً بصورة تلقائية في مادة لا تتعلق بالنظام العام وكانت المسألة في طلب إعطاء حكم صادر عن محكمة الدرجة الأولى في بيروت الصيغة التنفيذية. وقد ردت محكمة الاستئناف الفرنسية الطلب لعلة سقوط الحكم بمرور الزمن تطبيقاً لقانون ملغى ولم يثر أطراف النزاع

---

(١) تمييز مدني، تاريخ ١٩٢٥/٣/١٠، مجلة المحامي، عدد١، القسم الثاني، ص ٦١، ومذكور في نفس المجلة، عدد (٢)، فهرس الأحكام ص ١٧٢ رقم ٥.
تمييز مدني رقم ٧٠ تاريخ ١٩٣٨/٧/٢٦، المحامي عدد ١٢ القسم الأول، ص ٢٩، رقم ٣، تاريخ ١٩٥٢/٩/٤، النشرة القضائية اللبنانية، ١٩٥٢، ص ٧٠٨، رقم ٣٨، تاريخ ١٩٥٧/٥/٢٠، المحامي ١٩٥٨، ص ٥٣٣، رقم ٧٤ تاريخ ١٩٦٥/١٢/١٦، النشرة القضائية اللبنانية ١٩٦٦ ص ٤٩٧، رقم ١١٣ تاريخ ١٩٦٩/١٠/٣، مجلة العدل، ١٩٧٠، ص ٤٦٧، رقم ٩٣/٣٢ تاريخ ١٩٦٩/٧/٢، مجلة العدل ١٩٧٠، ص ٢٧، وخلاصة أحكام محكمة التمييز (مجموعة باز)، ١٩٦٩، ص ١٩٨، رقم ٥٢، تاريخ ١٩٦٩/٢/١٢. نفس المرجع (مجموعة باز) ١٩٦٩، ص ١٨٠، رقم ٤٦ تاريخ ١٩٧٢/١٢/٢٧، ص ١٥٤... رقم ١٥٧ تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٠، مجموعة باز ٢٠٠٢، ص ٥٩١، رقم ٩٤ ت٢٠٠٠/٦/٢٧، مجموعة باز ٢٠٠٠، ص ٨٠٢...

(٢) Cass. Ch. Civ. 12 mai 1959, Rev. crit. Pr. Intern. Privé. 1960. P. 62; etv. Motulsky. Note in J.C.P. 1960-2- no. 11733; Malaurie in D. 1960. P. 610.

(٣) Cass. Civ. 2 mars 1960, J.C.P. 1960 II. N: 11734 note Motulsky et Rev. Crit. Dr. Intern. Privé. 1960. P. 97.

(٤) Cass. Civ. 11 Juill. 1961. Rev. crit. Dr. intern. Privé. 1962. P. 64. Note Jambu-Merlin.

تطبيقه. استند الطعن إلى سببين: التطبيق الخاطئ (السبب الأول) والتلقائي (السبب الثاني) للقانون الأجنبي. فمحكمة الاستئناف قد أعملت قانوناً ألغي ولم يتمسك بتطبيقه أي من فرقاء النزاع. اعتبرت الغرفة المدنية لمحكمة التمييز أنه "من الجائز il est loisible لمحكمة الاستئناف أن تتوسل بنفسها البحث وتعيين نصوص القانون المختص في ما يتعلق بحكم أجنبي يطلب إعطاءه الصيغة التنفيذية[١]" وفي القرار الثالث (بارنو نشيني)[٢] وما تبعه[٣] طرحت المحكمة المسألة في إطار آخر: فقد رفضت الطعن المؤسس على عدم تطبيق قضاء الأساس للقانون المختص لحكم العلاقة لعدم إثارته من الخصوم أو إثارة قاعدة الإسناد الوطنية بحجة أن المسألة "عرضت لأول مرة أمام محكمة التمييز وهي خليط من الواقع والقانون وبالتالي هي لا تقبل التمييز لهذا السبب". وهو ما يذكر بقرار الغرفة الخامسة لمحكمة التمييز اللبنانية المشار إليه رقم ٤ تاريخ ١٠ كانون الثاني ٢٠٠٨ الذي بحث في المسألة من زاوية القابلية للتمييز ولكن هذه المرة بسبب عدم تحديد المميز للمواد القانونية أو القواعد التي من المفترض أن تكون محكمة الاستئناف قد خالفتها. فقد نصت المادة ٧٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية البند الثاني من الفقرة الثانية من المادة على ما يأتي: "... ويجب على الطاعن أن يبين النص أو المبدأ القانوني أو القاعدة القانونية الواقعة عليها المخالفة أو الواقع الخطأ في تطبيقها وتفسيرها وأوجه المخالفة والخطأ، كما جاء في المادة ٧١٨ من ذلك القانون أنه يجب أن يوقع استدعاء التمييز من محام في الاستئناف وأن يشتمل على... بيان أسباب التمييز والطلبات...".

ثانياً: في قرار محكمة استئناف بيروت غرفتها السادسة قضية جيلدا ترازينا فوا كالانزا المشار إليه موقف متقدم بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من مسألة الصيغة التنفيذية. فاعتماد الحكم الأجنبي حلاً لتنازع القوانين غير الحل اللبناني لا يشكل بذاته مخالفة للانتظام العام. فهو وإن كان يتفق مع ما توصل إليه القضاء الفرنسي ولأول مرة في قرار Munzer الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية غرفتها المدنية بتاريخ ٧ كانون الثاني ١٩٦٤ لجهة انحصار قاضي الصيغة التنفيذية بالتأكد من أن القرار المطلوب إعطاءه تلك الصيغة ليس فيه أي مساس بالنظام العام أو بالمصالح الوطنية[٤] دون أن يكون للقاضي أن يلجأ إلى إعادة البحث في أساس النزاع، إلا أنه يتجاوز ذلك القضاء لناحية اعتباره (أي القضاء الفرنسي) بأن من شروط الاعتراف بالحكم الأجنبي أن يكون القاضي الأجنبي قد طبق القانون الصالح للتطبيق، ويفهم بذلك القانون، القانون الذي يعينه النظام الفرنسي في القانون الدولي الخاص وليس وحسب القانون الذي يعينه النظام القانوني الأجنبي. لذلك يرفض القاضي الفرنسي إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الذي أبطل زواج فرنسيين تطبيقاً لقانون محل الإقامة عندما يكون معيناً

---

(١)

Cass. Civ. 2 mars 1960. Compagnie Algérienne de crédit et banque/ chemouny. J.C.P 1960. II. 11734 note Motulsky, Rev. Crit. Dr. intern. Privé. 1960. P. 97; Journ. Dr. Intern. Privé (clunet). 1961 p. 408. Note Goldman. Et v. de même avec plus de précision comm. 28 juin. 1971. Rev- crit Dr. Intr. Privé 1973 p. 64. Note Jambu- Merlin; et V.André ponsard. L'office du juge du juge et l'application du droit étranger. Rev. crit. Dr. intern. Privé. 1990. P. 607 et s; p. Mayer. 7ème éd. n: 141.

(٢)

Cass. Civ. 11 juill. 1961. Rev. Crit. Dr. Intern privé. 1962. P. 124 note Batiffol; Journ. Dr. Intern. Privé (Clunet) 1963. P. 132 note Goldman.

(٣)

Cass. Civ. 18 déc. 1973. Bull. Civ. I. No. 353. P. 314. Rev. crit. 1974. Somm. P. 727; 7 déc 1971. Bull. Civ. I. no. 308. P. 624; 28 Janv. 1969-1970. P. 76. Note P.L.

(٤)

Journ. Dr. Intern. Privé. (Clunet) . 1964. P. 302 note Goldman; J.C.P. 1964. II n: 13950. Note Ancel; Rev. Crit. Dr. Inter. Privé. 1964. P. 344 et la note.

من فرنسيين تطبيقاً لقانون محل الإقامة عندما يكون معيناً من قاعدة الإسناد الأجنبية في حين أن القانون الذي من الواجب تطبيقه إعمالاً لقاعدة الإسناد الفرنسية هو قانون الجنسية[١]، أما المحكمة اللبنانية فإنها لم تتورع عن إعطاء تلك الصيغة لحكم أجنبي ولو كان الحل المعطى في القضية من القضاء الأجنبي وفي مادة هي من النظام العام في لبنان – حضانة الأولاد– يختلف عن الحل الجاري عليه التشريع اللبناني، فلا يشكل ذلك بحد ذاته تعرضاً للانتظام العام.

ثالثاً: القراران الصادران عن الغرفة الرابعة لمحكمة التمييز اللبنانية في قضيتي شركة أنتربوز/ صبري المالكي وشركة أورابيا/ شوربا المشار إليهما قد جاءا مطابقين لما توصلت إليه أخيراً محكمة التمييز الفرنسية غرفتها المدنية الأولى في المسألة (إثارة القاضي الوطني لقاعدة الإسناد الوطنية بصورة تلقائية) وذلك بعد سلسلة من القرارات ابتدأتها الغرفة التجارية لدى المحكمة بقرار تمهيدي لها بتاريخ ٢١ حزيران ١٩٨٢ قضية الشركة الألمانية أندريه ويلكرلنغ

Soc. Andrée Wilkerling CSDC staco pick fords intern. et autres.

الذي اعتبرت فيه المحكمة " أن محكمة الاستئناف باعتبارها مسؤولية الشركة الألمانية مسؤولية غير تعاقدية وقبل أي تحديد مسبق وأولي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق (والذي على ضوءه تتحدد تلك المسؤولية وطبيعتها)، تكون قد أفقدت قرارها الأساس القانوني"[٢]. وقد اتبع هذا القرار بقرارات الغرفة المدنية لدى تلك المحكمة التي نقضت بموجبها القرارات الاستئنافية المطعون فيها بحجة عدم إثارة تلك المحاكم تطبيق القانون الأجنبي بصورة عفوية على أساس أن هنالك التزام على عاتقها بالإعلان عن القانون الواجب التطبيق بصورة تلقائية ولو لم يتمسك بذلك التطبيق فرقاء النزاع، وكذلك تطبيق هذا القانون فعلياً حتى ولو لم يبين هؤلاء محتواه ومضمونه[٣]، وهو ما يشكل في الحقيقة تخل من المحكمة العليا الفرنسية عن اجتهاد قرار بيسبال Bisbal الذي سبق عرضه[٤]. وقد رست المحكمة المذكورة أخيراً على قاعدة لا تزال مستمرة، هي نفس القاعدة التي تبنتها محكمة التمييز اللبنانية غرفتها الرابعة في قراريها المذكورين. فبتاريخ ١٠ كانون الأول ١٩٩١ أصدرت المحكمة الفرنسية قراراً أكدت فيه موقفها الذي سبق أن أطلقته بقرارها السابق تاريخ ٤ كانون الأول ١٩٩٠، قضية Coveco، اعتبرت فيه بأنه لا يمكن أن يلام أو ينعى على المحكمة الاستئنافية عدم بحثها تلقائياً في ما إذا كان القانون الأجنبي هو القانون المطبق على النزاع وذلك عندما يتبين بأن

---

(١) حول ذلك، وتلطيفات هذه القاعدة راجع:
Batiffol et lagarde. Droit international privé. 7 éd. T II n: 726 et 727; Y. loussouarn et p. Bourel. Droit international privé. 5 éd. N: 505.

(٢) Cass. Comm. 21 Juin. 1982. Rev. Crit. Dr. Intern. Privé. 1983, p. 77. Note Batiffol.

(٣)
V. Cass. Civ. 1ºch. Civ. 25 nov. 1986. Rev. crit. Dr. intern. privé. 1987 p. 303. Note B. Ancel et y. Lequette; D.Somm. p. 351. Obs. Bernard Audit.
J.C.P. 1988. I. N: 20967 note courbe; cass. Civ. 1och. Civ. 25 mai 1987. Rev. crit. Dr. intern. Privé. 1988. P. 60 et Journ. Dr. Inter privé (clunet) 1987. P. 927; et 11 et 18 Oct. 1988 . rev. crit Dr. intern. privé. 1989. P. 368 of v.p. Mayer. Ed. 2001. N: 145.

(٤)
V. Yves Lequette. L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la 1O chambre civile de 11 et 18 Oct. 1988. Rev. crit. Dr. intern. privé. 1989. P. 277 ets.

الفرقاء لم يتمسكوا بقانون غير القانون المأخوذ خصيصاً من القانون الفرنسي في مادة ليست خاضعة إلى أي اتفاق دولي وحين يكون للمدعي مطلق التصرف في الحقوق الناشئة عنها"[١].

إن السؤال الذي نطرحه في هذا الإطار هو الآتي:

إذا كان لدى محكمة التمييز الفرنسية أسبابها في اعتماد هذا الموقف الأخير الذي يميز بين المواد التي يملك الفرقاء حق التصرف بها والمواد التي لا يملك الفرقاء فيها مثل ذلك الحق وذلك بهدف حصر الإثارة التلقائية لقواعد الإسناد الفرنسية في الحالات الثانية فإن هذا الموقف يشكل انقلاباً واضحاً على اجتهاد بيسبال الذي استمر إلى نحو نصف قرن، وبالتالي فإن هذا الانقلاب يقتضي أن لا يكون فورياً وجذرياً وإنما كان لا بد من التخفيف من وطأته حتى أن البعض رأى في هذا الموقف الجديد موقف قديم وأن مناخ قرار بيسبال لا يزال مخيماً وإن كان بمفهوم متطور[٢]، ولكن في مقابل ذلك هل إن لمحكمة التمييز اللبنانية مثل تلك الأسباب التي تحمل على ذلك التمييز المطابق لما أعلنته المحكمة الفرنسية؟ نشك في ذلك لأسباب ثلاثة:

السبب الأول – نظري:

إن ما انتهت إليه المحكمة العليا الفرنسية من تمييز بين حقوق لا يملك الفرقاء حق التصرف بها وهي تتناول خصيصاً مسائل الأحوال الشخصية والإرث والوصية، وحقوق يملك الفرقاء حق التصرف بها وهي تتناول خصيصاً التصرفات الإرادية وشكل الأعمال القانونية، وحصر إلزامية إعمال قواعد النزاع في الحالات الأولى لا يغير شيئاً في المسألة: ففي مختلف الحالات المشار إليها أن قاعدة الإسناد هي إلزامية التطبيق بنفس المستوى والدرجة. ففي العقود وفي الشكل، عندما يتفق الفرقاء على تطبيق قانون مختلف عن القانون المشار إليه في العقد الشكل، فإن القاضي الوطني عندما يطبق هذا القانون المختلف، إنما يستمد سلطة تطبيقه من قاعدة الإسناد نفسها التي تحكم العقد والشكل، قاعدة الإرادة، والتي تتكيف في أعمالها بما تفرضه تلك الإرادة في العقد الأساسي، أو في اتفاق لاحق ينشأ عن تمسك أحد أطراف العقد بالقانون الذي يطلب تطبيقه وسكوت الأطراف الأخرين عن إثارة البند التعاقدين الذي يشير إلى قانون آخر مما يعبر عملياً عن توافق الفرقاء باستبدال قانون بآخر، وكل ذلك من ضمن تقنية التنازع ومفهوم القاعدة التي وضعت لتسهيل التعامل وإعمال التوقعات العقدية في المسائل التي للأفراد حرية التصرف بها. فليس هنالك إذن عودة إلى موقف قديم أو تراجع عن موقف متطور، وإنما هنالك التزام بذلك الموقف: التزام القضاء الوطني بإثارة قاعدة الإسناد الوطنية تلقائياً، بمنع الإرادة من مخالفة هذه القاعدة في المسائل التي لا يملك الفرقاء حرية التصرف بها، وبإعمال الإرادة المخالفة بما تسمح به تلك القاعدة، قاعدة الإسناد، في المسائل التي يملك الفرقاء حرية التصرف بها.

---

(١) civ. 1º 10 déc. 1991. Rev. crit. Dr. Intern. Privé. 1992. P. 314 (2: espéce) note Muir- watt; cass. 1º ch. civ 4 déc. 1990. (coveco). Journ. Dr. intern: privé 1991. P. 391 note D. Burean; Rev. crit. Dr. intern. Privé. 1992. P. 588. Note M-L. Niboyet; Roppr. Soc. 16 déc. 1992. J.C.P. 1993. IV. P. 517; Selon l'arrêt du 10 déc 1991:

" il ne peut être repochée à une cour d'appel de ne pas avoir recherché d'office si une loi étrangère était applicable au litige, lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit francais en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où le demandeur avait la libre disposition de ses droits".

(٢) سامي منصور ونصري دياب وعبده غصوب، المرجع المذكور، ص ٢٣١ وما يليه.

ثم كيف يفرض على القضاء إثارة قاعدة الحل في تنازع القوانين من الزمان عند التعارض بين قانونين قديم وجديد حول وضعية قانونية واحدة، ولا يفرض على هذا القضاء إثارة قواعد الحل (الإسناد) في تنازع القوانين في المكان عند تواجد أكثر من قانون حول وضعية قانونية واحدة، ففي المسألتين تنازعاً بين قوانين يفرض البحث عن قانون واجب التطبيق على العلاقة، في الزمان أو في المكان، فإذا كان إعمال قواعد الحل في تنازع القوانين في الزمان يشكل مسألة تتعلق بالنظام العام وبالتالي فيها إلزام للقضاء فلماذا لا تكون قواعد الحل في تنازع القوانين في المكان هي أيضاً من النظام العام ويلزم القضاء بإثارتها من تلقاء نفسه؟ فكما أنه لا يصح تطبيق قانون يعود إلى زمن آخر- ألغي- على علاقات لا تخضع لأحكامه كذلك لا يصح تطبيق قانون يعود إلى مركز آخر وعلى علاقات لا تخضع لأحكامه[٢].

السبب الثاني – قانوني:

فقد نصت المادة ٣٦٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية على ما يأتي:

"يفصل القاضي في النزاع وفق القواعد القانونية التي تطبق عليه". وبكل بساطة، عندما يكون النزاع دولياً خاصاً فإن القواعد القانونية التي تطبق عليه تكون إحدى قاعدتين: الأولى هي القاعدة المباشرة وتتمثل إما بقانون حتمي التطبيق وإما بقاعدة مادية مباشرة.

الثانية هي القاعدة غير المباشرة وتتمثل بقاعدة الإسناد، الآلية الوحيدة التي ترتكز إليها نظرية التنازع[٢]، من هنا وجوبية تطبيق هذه القاعدة عندما يخضع النزاع إلى هذه النظرية. دون ذلك، يضل القانون عن مقصوديه، فلا يكون القانون الذي طبق بالنتيجة هو القانون الذي يطبق على النزاع، يكون قانوناً آخر.

السبب الثالث – عملي:

ينطلق من طبيعة النظام القانوني اللبناني كنظام تعددي يقوم في مواضيعه الأساسية وهي الأحوال الشخصية والإرث والوصية على أنظمة دينية ومذهبية مختلفة وهو ما ينعكس بالضرورة على مسائل هي في صميم المواضيع الجوهرية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص في أهم نظرياته وحلوله الوضعية، فحيث لا قانون موحد يحكم المواضيع المذكورة يكون الرفض للإحالة[٣]، ويكون الاحتكام إلى قانون الجنسية كقانون واجب التطبيق في تلك المسائل، وفي الموضوع المعالج يصار إلى اللجوء الحتمي والضروري إلى تطبيق القانون الأجنبي لتعذر اختيار أحد القوانين الوطنية المتواجدة لحكم تلك العلاقات عندما يتعلق النزاع، كما في الغالب من الحالات، بأجانب يخضعون في دولتهم للقانون المدني، وذلك لا يتحقق إلا من خلال قاعدة الإسناد الوطنية التي ترشد إلى القانون الأجنبي، فيكون القاضي مضطراً إلى إثارة تلك القاعدة في تلك المسائل تلقائياً، ويكون المشترع مضطراً إلى اللجوء إلى ذلك القانون بتسهيل تطبيقه وإثباته.

---

(١)

V. Dominique Bureau. L'application d'office de la loi étrangère. Essai d'une synthèse. Journ. Dr. Intern. privé (clunet) 1990. P. 328-329.

(٢) في كل ذلك راجع سامي منصور ونصري دياب وعبده غصوب، المرجع المذكور، رقم ٣٦ وما يليه.

(٣) راجع في ذلك: تمييز مدني غرفة خامسة رقم ٧٧ ت ١٩٩٨/٥/٢٨، مجلة العدل التي تصدر عن نقابة المحامين في بيروت ١٩٩٨، ص ٢٣٩، وما يليها تعليق هادي سليم. ومجلة حاتم جزء ٢١٥، ص ٦٤ مع تعليق وليد قصير (بالفرنسية) وحول المسألة: سامي منصور ونصري دياب وعبده غصوب، ص ٧٢٤ وما يليها والمراجع والأحكام القضائية المشار إليها في المسألة

II- الأساس القانوني لهذا الاتجاه يجد مرتكزه لدى جانب أساسي في الفقه العربي في فكرتين: النظام العام وحكمة التشريع. فبنظر الأستاذين هشام علي صادق ومحمد كمال فهمي:

"إن المشترع يخضع مسألة معينة من مسائل القانون الدولي لقانون معين إنما يفعل ذلك اعتقاداً منه إن هذا القانون هو أصلح القوانين لحكم تلك المسألة في وضع من أوضاعها- أي فيما إذا كانت الحالة المعروضة تنطوي على عنصر أجنبي- المشترع إنما ينظر إلى هذا القانون بوصفه أكثر القوانين إيفاء بمقتضيات العدالة التي هي الغاية من أي تنظيم قانوني لمسائل القانون الخاص. وفضلاً عن هذا فقد يهدف من وراء صياغة قاعدة الإسناد إلى تحقيق مصلحة أخرى حيوية للدولة. إن المشترع عند سنه لقاعدة الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية مثلاً قد يدخل في اعتباره أن الدولة في حاجة إلى المزيد من عنصر السكان فيؤثر تطبيق قانون الموطن على قانون الجنسية ليتسنى بذلك تطبيق القانون الوطني على الأجانب المتوطنين بالدولة تمهيداً لإدماجهم في شعبها... بوجه عام يمكن أن يقال أن شتى الاعتبارات التي يعتد بها الشارع عند سنه لقواعد الإسناد تتصل بسياسة التشريع، وهذا أمر يدخل في صميم فكرة النظام العام"[١]. ولكن هل من الدقة قانوناً الرجوع لتأسيس فكرة واضحة إلى فكرة تحتاج بذاتها إلى إيضاح؟ فتبرير الأعمال التلقائية لقواعد الإسناد بحكمة التشريع والاعتبارات التي يهدف إليها المشترع الوطني عند وضعه لقواعد النزاع هو تبرير يطرح تساؤلات مختلفة حول مدى الصلة أو العلاقة بين سياسة المشترع من وضع القوانين والانتظام العام؟ وهل أن كل قاعدة قانونية يهدف المشترع من خلالها إلى تحقيق سياسة تشريعية معينة تقوم على تحقيق مختلف المصالح تتعلق حكماً بالانتظام العام؟ إن كل قاعدة قانونية تحمل في مضمونها سياسة تشريعية تتلازم مع فكرة العدل[٢] مما يجعل كل قاعدة قانونية، تبعاً لهذا السياق، هي بالضرورة من النظام العام، وهو أمر غير صحيح. كذلك أن في التحليل المعتمد التركيز حصراً على حكمة التشريع الذي هو من وضع المشترع، مما يحمل على التساؤل عن وضع قواعد الإسناد التي هي من صنع القضاء؟ ثم ما هو المضمون الثابت لفكرة الانتظام العام لكي تعتمد أساساً ثابتاً لفكرة الإسناد؟

إن حكمة التشريع، العلاقة بالنظام العام، لا تصلح كاساس ثابت لذلك التبرير وإن تكن تشكل في الحالات المختلفة منطلقاً لكل تبرير.

يعتمد الأستاذ موتولسكي Moutulsky تحليلاً مختلفاً: التمييز في القاعدة القانونية بين الصفة الملزمة والصفة الآمرة للقاعدة: "قد تكون القاعدة القانونية قاعدة تكميلية supplétive وقد تكون قاعدة آمرة Impérative إلا أنها دائماً قاعدة ملزمة للقضاء وإلا لا تكون قاعدة قانونية. فليس هناك من قاعدة قانونية اختيارية Facultative للقضاء[٣]. قد تكون القاعدة التكميلية قاعدة اختيارية للفرقاء عندما تحتمل إمكانية استبعاد تطبيقها بالإرادة، ولكن قبل التعبير الواضح عن تلك الإرادة يبقى القضاء ملتزماً باحترام تلك القاعدة وذلك بتطبيقها ولو لم يثير الفرقاء مسألة ذلك التطبيق. وقاعدة النزاع، يقول موتولسكي، هي كأي قاعدة قانونية تفرض على القضاء

---

(١) هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة – الإسكندرية، ١٩٦٨، رقم ١٢٠، رقم ٥٤.
محمد كمال فهمي، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، ١٩٦٣، عدد ٣/٣٣، ص ٣٥٦.

(٢) للتفصيل، الحاج شاهين، Les conflits de lois dans le temps en matière de prescription these Paris, 1974, p. 170 et s.، محاضراته الملقاة على طلاب معهد الدروس القضائية في بيروت، سنة ١٩٧٤، ص ٢٧-٢٩.

(٣) حسن محيو، محاضراته في المدخل إلى علم القانون ملقاة على طلاب السنة الأولى من قسم الحقوق، الفرع الأول، الجامعة اللبنانية، (على الآلة)، سنة ١٩٨٧، ص ٤٢ وما يليها، وراجع حسن محيو وسامي منصور، المرجع المذكور، ص ٥٧ وما يليها.

إثارة تطبيقها دون أن يتوقف ذلك على إرادة الفرقاء، وإن كانت في موضوعها قاعدة مكملة تتناول مادة لا تتصل في القانون الداخلي بالنظام العام[١]. إن التحليل منطقي، إلا أن المنطق الذي يطبعه هو منطق القانون الداخلي. فهو وإن كان يصل بين التطبيق التلقائي للقاعدة القانونية بمعزل عن صفتها الآمرة أو المكملة إلا أنه يميز في قاعدة الإسناد، وهي قاعدة قانونية من قانون آخر، بين قاعدة آمرة ومكملة. فقاعدة الإسناد، أي قاعدة إسناد، ليست قاعدة قانونية في القانون الخاص الداخلي لينطبق عليها تحليل القانون الداخلي، وإن تكن قاعدة وطنية تعتمد القانون الداخلي مصدراً من مصادرها، وإنما هي قاعدة في القانون الدولي الخاص، تتصل في تطبيقها بإعمال تقنية قانونية تتميز من هذه الناحية عن إعمال القوانين الداخلية التي تستمد منها بعض مصادرها، كما أنها تحكم علاقات من طبيعة خاصة: العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي. فتطبيقها يتلازم تقنياً مع ذلك النوع من العلاقات ومع ذلك الفرع من القانون. فالتطبيق التلقائي لقواعد النزاع يصدر عن طرح تلك العلاقات التي تتجاوز الحدود في عنصر من عناصرها، والتي تستتبع في طبيعتها تطبيق ذلك الفرع من القانون بقواعده.

فكل علاقة قانونية تستثير تطبيق قانون معين: العلاقات الداخلية تثير تطبيق القانون الداخلي. العلاقات الدولية العامة تثير تطبيق القانون الدولي العام. العلاقات الدولية الخاصة تثير تطبيق القانون الدولي الخاص. إثارة تطبيق أي فرع من القانون يستتبع منطقياً إثارة تطبيق تقنية ذلك الفرع من القانون. والقانون الدولي الخاص يرتكز في تقنيته إلى إحدى وسائل تحقيق ذلك القانون: قواعد الإسناد كأساس في إعمال نظرية تنازع القوانين والقواعد المباشرة كأساس في أعمال نظرية التطبيق الحتمي للقانون الوطني. إعمال القانون على علاقة تخضع لقانون مختلف فيه إيصال لذلك القانون إلى غير مقصوديه، فيه إخلال بالنظام القانوني وبالقواعد التي يرتكز عليها ذلك التنظيم. فلكل علاقة قانونها، ولكل قانون تقنيته، وإلا لم يكن القانون الذي طبق هو القانون الذي كان من الواجب تطبيقه. هو قانون آخر وجد ليحكم علاقات مختلفة: كما في قضية بيسبال: تطبيق القانون الفرنسي على زوجين إسبانيين هو تطبيق القانون الداخلي على علاقة دولية خاصة. والعكس قد يصح: تطبيق القانون الدولي الخاص على علاقة داخلية مجردة. إن في ذلك مزجا بين تقنيات قانونية مختلفة بإرادة الأفراد التي يجب أن تتحدد في عرض الوقائع في الدعوى دون أن تتجاوز إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى إلا في المسائل التي يملك هؤلاء حرية التصرف بها[٢].

---

(١) موتولسكي، نفس المرجع، وقد كان يرى أن قاعدة النزاع تتعلق بالنظام العام في جميع المواد التي تأخذ هذا الطابع في القانون الداخلي:

Motulsky, obs. Sous cass., 8 déc. 1953, Rev. Crit. Dr. Intern. Privé, 1955, P. 133.

وهو نفس موقف العميد باتيفول في تعليقه على قرار بيسبال المنشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٦٠ ص٦٣ وما يليها وتعليقه على قرار Allenis المنشور في نفس المرجع سنة ١٩٦٣،= =ص ٣٦٨. إلا أن الأستاذ موتولسكي عاد وارتأى التزام القاضي بتطبيق قاعدة النزاع تلقائياً في جميع المواد. ولكن يبقى له أن يتخلى عن ذلك التطبيق إذا لم يكن الأمر متعلقاً بالنظام العام: راجع المناقشات على تقرير الأستاذ لوسوران وموضوع المناقشات:

Le controle par le cour de cassation de l'application des loi étrangères, Trav. Du comité Franç. De dr. Intern. Privé. Séance 17 mai 1963, publica, Dalloz, Paris, 1965, P. 133 et s., notamm. P. 169.

وراجع: هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي، المرجع المشار إليه، ص ١٣٦، هامش ٣ وص ١٣٩، وقارن:

=Loquin, Droit international Privé. Cours approfondi donné aux étudiants de la maîtrise de droit privé éd. A.R.E.L.Reims, 1987, p.92.

(٢) ثم ماذا لو كانت قاعدة النزاع منصوصاً عليها في معاهدة دولية، وكان تطبيق قانون غير القانون الذي تعينه يقود إلى نتائج قد تخل بموجبات الدولة والتزاماتها كما تحددت في المعاهدة، فهل يجب أن يترك للأفراد أمر التحكيم في القانون المطبق والتعرض لمصالح الدولة؟

III–النطاق القانوني لهذا الاتجاه يطرح السؤال الآتي: هل هو نطاق محدد أم أنه اتجاه مطلق، بمعنى أن إثارة قاعدة الإسناد تلقائياً من قبل القاضي هل هي محققة في مختلف المواضيع التي تخضع إلى نظرية التنازع؟

لقد بينا في ما سبق أن الإعمال التلقائي لقاعدة الإسناد يكون في مختلف المواد المتعلقة بالنظام العام وتلك التي يملك الفرقاء التصرف بها. فإذا كان الاجتهاد قد استقر على إلزام القضاء ببيان الأسباب التي حدت به إلى تطبيق قانون معين على العلاقة في المواضيع التي لا يملك الفرقاء حق التصرف بها، كما في الحضانة والوصية والإرث، وما شاكل[١]، فإنه في المواضيع الأخرى إن تطبيق القانون الذي اختارته الإدارة في المواد التي تخضع للإرادة أو للشكل لا يكون إلا من خلال تلك الإرادة أو من خلال قاعدة الشكل، وليس ذلك إلا إعمالاً لقواعد الإسناد في هذه المسائل. بل إن هذا الطرح هو في هذه الحالات طرح خاطئ إذ أنه حتى في الحالة التي يصار فيها إلى تطبيق قانون للعقد على أساس العقد أو قانون مكان الإبرام أو الذي يحكم الآثار أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين على شكل العمل القانوني فهل يتم ذلك بمعزل عن التعيين الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فهذه القاعدة ستشير بدورها إلى تطبيق تلك القوانين، فالقاعدتين، قاعدة الإرادة وقاعدة الشكل، كلاهما عالمي التطبيق، إذ ليس من نظام دولي خاص إلاّ ويكرس هذه القواعد[٢]. وهو ما ينعكس بالضرورة بنظرنا على نظرية الإحالة التي يعتبرها الفقه الدولي الخاص بغالبيته وليدة تنازع قواعد الإسناد، فلا تطبق إلا عندما ترفض قاعدة الإسناد الأجنبية التعيين الذي إبتدأته قاعدة الإسناد الوطنية فتحيل إلى قانون آخر، لن تجد مجالاً، وفق ما عرضناه من تحليل، لاختلاف تلك القواعد، فقاعدة الإسناد الأجنبية لا ترفض في هذا الطرح تطبيق قانونها الموضوعي الداخلي عندما يكون معيناً من قاعدة الإسناد لقاضي النزاع، قاعدة الإرادة أو قاعدة الشكل، فالمسألة تضحى وفق ما سبق تناسقاً بين القواعد: قاعدة الإسناد الوطنية ودورها في تعيين القانون الواجب التطبيق وقاعدة الإسناد الأجنبية ودورها هو استقبال هذا التعيين فلا ترفضه. فالمسألة بالنتيجة هي وليدة التعامل بين تلك القواعد مما يجعل طرح الإحالة أيضاً في هذه المواد (الإرادة والشكل) طرحاً يفتقر إلى الموضوع والإشكالية[٣].

تبقى المسائل المتصلة بإجراءات المحاكمة أو بالمبادئ الأساسية في الدعوى.

بالنسبة لإجراءات المحاكمة، قد يعهد الفرقاء في النزاع، تحقيقاً لغايات ينشدونها ولم يكن بالإمكان تحقيقها من خلال التطبيق السليم للقانون، إلى السعي إلى تعطيل ذلك التطبيق، كما لو أثار القاضي تلقائياً قاعدة الإسناد الوطنية في مسألة لا يملكون التصرف بها، وطلب من الفرقاء في الدعوى أو أحدهم إثبات القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، إلا أنهم لاستبعاد هذا القانون يتخلفون أو يتقاعسون عن ذلك الإثبات تحت حجة العجز الذي نصت عليه المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية التي جاء فيها "إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون الوطني"، فهل يستجيب القاضي إلى ذلك؟ (حالة أولى).

---

(١) راجع ما سبق وتحديداً قراري محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، تاريخ ١١ و١٨ تشرين الأول، ١٩٨٨ المشار إليها.

(٢) سامي منصور ونصري دياب وعبده غصوب، المرجع المشار إليه (الجزء الأول)، ص ٦٢٨ و٧٩٦.

(٣) سامي منصور ونصري دياب وعبده غصوب، نفس المرجع، سامي منصور تعليق على قرار محكمة استئناف بيروت المدنية غرفتها الثانية عشرة، ت ١٩٩٦/٤/٢٤، مجلة العدل ١٩٩٦، ص ٥٨، وخاصة ص ٦٢–٦٣، هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع المذكور، ص ٦١١، هامش ٢٠٠.

وبالنسبة للمبادئ الأساسية في الدعوى، تنطلق من الأمثلة التي طرحها الدكتور هشام علي صادق في كتابه حول مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني المشار إليه سابقاً[١]، وهي الآتية:

في مثال أول: تقدمت سيدة ألمانية من المحاكم الفرنسية يطلب اعتبار أحد الفرنسيين الأب الطبيعي لابنها وهو من الجنسية الفرنسية إعمالاً لنصوص القانون الفرنسي التي أثارت تطبيقها، وفي مثال ثان: تقدمت جمعية ألمانية للشباب من إحدى المحاكم الفرنسية بطلب اعتبار أحد الآباء الفرنسيين ملزماً بنفقة ولده الطبيعي إعمالاً لنصوص القانون المدني الألماني التي تعدلت أثناء النظر بالطلب. إثارة المحكمة الفرنسية تلقائياً لقاعدة النزاع الفرنسية التي تحكم مسألة البنوة الطبيعية في الحالة الأولى، تطبيقها القانون الجديد الذي يحكم الإنفاق في مسألة البنوة الطبيعية في الحالة الثانية، يؤدي واقعاً إلى تطبيق قانون يختلف عن القانون المطلوب تطبيقه: في الحالة الأولى تطبيق القانون الألماني، في الحالة الثانية تطبيق القانون الجديد، وهو ما قد يشكل ظاهراً تغييراً في مطالب أطراف النزاع، وعنصر مفاجأة قد يخل بمبادئ أساسية في المحكمة.

أمثلة وغيرها تثير التساؤل حول إمكانية وجود تعارض بين التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي وبين المبادئ الثابتة التي تحكم نظرية الدعوى: مبدأ حياد القضاء principe de dispositif الذي يترجم بسيادة الخصوم في الدعوى، ومبدأ الوجاهية principe de contradictoire، الذي يترجم بحقوق الدفاع في الدعوى (حالة ثانية).

في الإجابة على الأمثلة في الحالة الأولى، فإنه منذ اللحظة التي يكون فيها العنصر الأجنبي بارزاً في الدعوى أو مستمداً من وقائعها وقد دعت الفرقاء لتقديم إيضاحات بشأنه كون أن ذلك هو ضروري للفصل في النزاع (المادة ٣٧١ من قانون أصول المحاكمات المدنية تقابلها المادة ٨ من قانون أصول المحاكمات الفرنسي) فإن على القضاء أن يثير قاعدة الأسناد تلقائياً إخضاعاً للنزاع إلى القاعدة القانونية التي تطبق عليه، دون أن يتاح للفرقاء فرصة لاستبعادها. فاستبدال القانون الأجنبي بقانون قاضي النزاع لا يكون وفق الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية إلا في حالة العجز عن إثبات مضمون ذلك القانون وليس لمجرد عدم الإثبات أو التخلف وحسب، ففي المسألة تقاعس لا يقتضي تشجيعه، كما أنه لا يأتلف مع نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ أ.م.م. المذكورة. فالعجز بتحديده ومنطقه يفترض اتخاذ من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي كل التدابير والقيام بكل ما هو ممكن في عملية الإثبات دون أن يؤدي ذلك إلى نتيجة[٢]، وإلا فإنه من منطق الأمور أن ترد الدعوى في حالة التخلف بدلاً من الاستجابة إلى رغبات الفرقاء فيها في مسألة تتعلق بمواد لا يملكون حق التصرف بها، إذا أنه في المسائل الأخرى فإن للفرقاء حق تغيير القانون المتفق عليه أو الذي يخضع تحديده لإرادتهم، دونما حاجة إلى مداورة القانون أو التحايل. وعلى هذا الأساس يمكن تفسير قرار محكمة التمييز اللبنانية غرفتها الثانية رقم ٥٠ تاريخ ٢٥ آذار ٢٠٠٨ التي اعتبرت أن تخلف المدعى عليه من إبراز ما يثبت مضمون قانون العمل الكويتي يفرض على المحكمة فصل النزاع على ضوء أحكام قانون العمل اللبناني. ففي القضية عقد عمل منفذ في الخارج.

---

(١) رقم ٩٨ و١١٣، هامش (٢) ورقم ١٣١، والمراجع التي يشير إليها.

(٢)

Cass. 1º: ch. Civ. 2 févr. 1988 et 21 Juin. 1988. Rev. Crit. Dr. intern. Privé 1989- p.55 note B. Ancel; et v.cass. 1èr ch. Civ. 24 Janv. 1984. Même rev. 1985. P. 89. Note p. Lagarde.

وبنفس المعنى قرار نفس المحكمة رقم ٦١ تاريخ ١٢ نيسان ٢٠٠٧ وقد كلف الفريق الأكثر عجلة إثبات مضمون قانون العمل الكويتي بقرار إعدادي أول، والمدعى عليها بقرار إعدادي ثان دون الاستجابة إلى ذلك، وكذلك قرار الغرفة الرابعة لدى المحكمة رقم ٧٥ تاريخ ٢٩ تشرين الثاني٢٠٠٧ وكانت القضية تتعلق بقضية كفالة تجارية، وقرار الغرفة الخامسة رقم ٩٦ تاريخ ٢١ أيار ١٩٩٦ وكانت القضية تتعلق بالإجازة لإقامة دعوى الشفعة.

وبالإجابة على الأمثلة في الحالة الثانية:

من جهة أولى أن موضوع الدعوى هو ما يطلبه المدعي من القضاء في طلبه[١]. ويقصد بالمدعى هنا مقدم الطلب: فقد يكون هو المدعي الأصلي وقد يكون المدعى عليه أو الغير.. وموضوع القرار الذي يطلب من القضاء إصداره قد يكون إلزام شخص بأداء معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقرير وجود حق أو مركز قانوني أو إنكاره أو إنشاء مركز قانوني جديد أو الحصول على أمر بإجراء تحفظي أو وقتي"[٢]. وفي هذا الإطار لا يعتبر القانون الأجنبي موضوعاً للطلب[٣]. فطلب السيدة الألمانية في المثال الأول الحكم لها بالبنوة الطبيعية لابنها الألماني تطبيقاً للقانون الفرنسي رغم أن القانون الألماني هو الواجب التطبيق وفق قواعد النزاع الفرنسية لا يعني أن موضوع الطلب هو تطبيق القانون الذي تتمسك به أمام المحكمة وإنما هو الحكم لها بالبنوة الطبيعية وإن توسلت لذلك نصوص القانون الفرنسي. كما أن طلب مكتب الشباب في شتوتغارت الألمانية بنفقة للابن الطبيعي وهو ألماني الجنسية من والده الفرنسي تطبيقاً للقانون المدني الألماني السابق على ضوء صدور قانون الأسرة الذي عدل في النصوص السابقة لا يعني أن موضوع الطلب هو تطبيق القانون الذي يتمسك المكتب بتطبيقه، وإنما هو الحكم بالنفقة. ولكن ما يقتضي على المحكمة الالتزام به لهذه الجهة هو عدم الحكم بأكثر مما طلب عندما يحدد المدعي سقفاً معيناً لمطالبته.

ومن جهة ثانية أن سبب الدعوى كان فيه اختلاف على ضوء القانون السابق لأصول المحاكمات المدنية في لبنان، هل هو المفهوم القانوني للسبب أم هو المفهوم الواقعي[٤]. إلا أن المشترع اللبناني لذلك القانون قد رسم بوضوح دور كل من القاضي والفرقاء في الدعوى وذلك بنقل النصوص الفرنسية في الموضوع ما يستتبع بالضرورة الاستنتاج بأن ذلك المشترع قد كرس المفهوم الواقعي للسبب الذي شدّد موتولسكي على اعتماده، وهو أن السبب هو عبارة عن مجموع الوقائع التي يرتكز إليها الفرقاء في الدعوى تأييداً لمطالبهم. فالنص أو المبدأ القانوني أو تكييف الوقائع الذي ترتكز إليه نظرية المفهوم القانوني للسبب لا يدخل في فكرة سبب الدعوى وإن كان يدخل في الإطار المحدد لدور القضاء في الدعوى. فالمبدأ هو سلطان الفرقاء على وقائع الدعوى(المادة ٣٦٣ أ.م.م.) ودور القضاء هو الحياد في الدعوى بأن يفصل في حكمه بكل ما هو مطلوب منه وفقط بما هو مطلوب (المادة ٣٦٦ أ.م.م.). والتقيد بالمبادئ الأساسية في المحاكمة (الوجاهية المادة ٣٧٣ أ.م.م.و العلنية.المادة ٣٧٦ أ.م.م.) وبأن يسند حكمه إلى وقائع الدعوى وليس إلى وقائع من خارج الملف (المادة ٣٦٨ أ.م.م.) وبعد ذلك تكون مهمته تطبيق القانون، بالمفهوم الواسع للمصطلح، على تلك الوقائع كما عرضت توصلاً إلى إصدار قراره بالنتيجة. وعليه أن يفصل في النزاع وفق القاعدة القانونية التي تنطبق عليه (المادة ٣٦٩أ.م.م.) لذلك فإن له أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع

(١) إبراهيم نجيب سعد. القانون القضائي الخاص. الإسكندرية، سنة ١٩٧٤.

(٢) إبراهيم نجيب سعد. نفس المرجع. والمادة ٣٦٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية تقابلها المادة/٤/من قانون أصول المحاكمات المدينة الفرنسي.

(٣) هشام علي صادق. مركز القانون الأجنبي. المرجع المشار إليه رقم ١٣٠.

(٤) حول هذا الاختلاف راجع: سامي منصور نصري دياب وعبده غصوب المرجع المشار إليه. رقم ٤٤٥ وما يليه والمراجع والقرارات القضائية المشار إليها.

والأعمال المتنازع فيها دون التقيد بالوصف المعطى لها من الخصوم إلا عندما يكون الخصوم وباتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرّف بها قد قيدوه بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها. كما أن له أن يثير من تلقاء نفسه الأسباب القانونية الصرفة أياً كان الأساس القانوني الذي تذرّع به الخصوم (المادة ٣٧٠أ.م.م.) فدور القضاء في الدعوى هو تطبيق القانون على الوقائع كما هي، وهو مبدأ، ودور الفرقاء عرض الوقائع، وهو مبدأ. وبالتالي لا يدخل تطبيق القانون في اختصاص أطراف النزاع، كما لا تدخل الوقائع في اختصاص القاضي فلا يجوز له إسناد حكمه إلى وقائع خارجة عن نطاق المحاكمة وإنما يجوز له الإعتداد بالوقائع الواردة في المحاكمة ولو لم يتذرع بها الخصوم خصيصاً لإسناد طلباتهم أو مدافعاتهم، وليس ذلك إلا لتمكينه من الالتزام بالقانون الذي ينطبق على النزاع. من هنا فإن إثارة المحكمة تلقائياً لقاعدة الإسناد الوطنية إنما يدخل في صلب دور القضاء ومهمته، ولو لم يتمسك بتلك القاعدة فرقاء النزاع.

نصل بنتيجة هذه المداخلة إلى معادلة وخلاصة.

أما المعادلة فهي الآتية:

إن حل أي نزاع لا يمكن أن يتم إلا من خلال قاعدة الإسناد الوطنية، وفي ذلك مبدأ واجب، وإن حل أي نزاع لا يمكن إلا أن يتم من خلال قاعدة الإسناد الوطنية وفي ذلك مبدأ مطلق.

وأما الخلاصة فهي الآتية:

في الوقت الذي تطور الاجتهاد الفرنسي من قرار بيسبال ١٩٥٩ واعتبار أن قاعدة النزاع الوطنية ليست من النظام العام عندما ترشد إلى تطبيق القانون الأجنبي إلى قرار ١٠ كانون الأول ١٩٩١ الذي أكد على قرار coveco تاريخ ٤ كانون الأول ١٩٩٠ الذي أطلق التمييز بين الحقوق التي يملك الفرقاء حق التصرف بها والحقوق التي لا يملكون فيها ذلك وحصر إثارة القاضي لقاعدة الإسناد تلقائياً في هذه الأخيرة، فإننا نجد تراجعاً في موقف محكمة التمييز اللبنانية من المسألة. فبعد أن كانت قاعدة النزاع وفق الوصف الذي أعطته لها الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قضية جان جرمان تاريخ ٢١ أيلول ١٩٦١ بأنها قاعدة مطلقة ومن النظام العام إلى التمييز في الحقوق الذي توصلت إليه محكمة التمييز الفرنسية في قراراتها الأخيرة والتراجع عن ذلك الوصف والطبيعة بنتيجة "تقليدها" للموقف الفرنسي دون مبرر أو سبب كما سبق أن بيّنا، ما يحملنا على التساؤل عما إذا كانت المحكمة ستستمر في ذلك؟

فالتقليد ما كان يوماً عملية ناجحة في الحياة العملية، فكيف إذا كان في مادة قانونية لها خصوصيتها في النظام القانوني اللبناني، مادة الإرث والأحوال الشخصية؟

❖ ❖ ❖