الحلول المستحدثة في قواعد الإسناد الإماراتية بين السلبية والايجابية
-دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية-

أ.م.د.احمد محمود الفضلي

كلية القانون-جامعة عجمان/ الامارات العربية المتحدة

المقدمة

تعد قواعد الإسناد المنفذ الرئيس للوصول الى القانون الواجب التطبيق في النزاعات المشوبة بعنصر اجنبي، وقد اهتمت بها كافة التشريعات المقارنة، فقد عالجت من خلالها الكثير من المسائل التي تتنازع فيها القوانين من اجل ان تطبق احكامها على مثل هذه النزاعات، فاضحت تلك القواعد تمثل المعيار الأساس في تحديد اي القوانين المتنازعة الأكثر ملاءمة لحل النزاع.

وقد اسقى المشرع الإماراتي قواعد الإسناد الخاصة به من التشريعات العربية الأخرى، والتي تتشابه بشكل كبير في مسائل تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن الطبيعي ان يحاول المشرع الإماراتي اضفاء خصوصيته واستقلاليته في قواعد الإسناد الخاصة به، والتي اوردها ضمن نصوص قانون المعاملات المدنية الإتحادي الصادر عام ١٩٨٥م، فقام ببعض الإبتداعات في بعض قواعد الإسناد الخاصة به، مما ادى الى تميز بعض قواعد الإسناد الإماراتية عن مثيلاتها في التشريعات العربية، وقصور بعضها الآخر، مما جعلنا نسلط الضوء على هذه الجوانب التي قام بها المشرع الاماراتي، ونعمل على تقييمها سواء كانت سلبية ام ايجابية،اما باقي قواعد الإسناد بسلبياتها وايجابياتها، والتي تتشابه مع قواعد الإسناد في التشريعات العربية الأخرى، فلا مجال للتعليق عليها في هذه الدراسة .

وقد تطلبت الدراسة تقسيم هذا الموضوع الى مبحثين مستقلين على النحو الآتي:

المبحث الأول:الجوانب السلبية في بعض قواعد الإسناد الإماراتية.

المبحث الثاني:الجوانب الإيجابية في بعض قواعد الإسناد الإماراتية.

ثم نتبعها بخاتمة نوضح فيها ابرز النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال الدراسة.

المبحث الأول

الجوانب السلبية في بعض قواعد الإسناد الإماراتية

سنتناول في هذا المبحث الأحكام التي جاءت بها بعض قواعد الإسناد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، تلك الأحكام التي نرى ان فيها بعضا من نقاط الضعف، بسبب استحداث المشرع الإماراتي لحلول التنازع فيها والتي لابد من معالجتها، فقمنا بتقسيم هذا المبحث الى اربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على موضوع االتكييف

فيما يتعلق بموضوع التكييف في القانون الدولي الخاص، فان المقصود به هو قيام القاضي بتحديد طبيعة النزاع تمهيدا لإدراجه ضمن طائفة من النظم القانونية، من اجل تطبيق قاعدة من قواعد الإسناد عليه، لتصل به الى القانون الواجب التطبيق.

وقد ثار خلافا فقهيا حول القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف التي يقوم بها القاضي، و وضعت عدة نظريات لحل هذه المشكلة[1].

اما فيما يتعلق بموقف المشرع الإماراتي، فقد نص في المادة (١٠) من قانون المعاملات المدنية[2]على ان: "قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها".

فمن خلال هذا النص يبدو جليا ان المشرع الإماراتي قد تبنى نظرية الفقيه الفرنسي "بارتان" التي تقضي بتطبيق قانون القاضي المرفوع امامه النزاع اذا تعلق الأمر بتحديد طبيعة هذه العلاقة المطروحة[3]. وظاهر ايضا من خلال هذا النص المقابل للمواد (١١) مدني اردني و (١٠) مدني مصري و(١٧) مدني عراقي، ان اغلب التشريعات العربية قد اعتمدت على هذه

(١) للمزيد انظر: د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦م، ص١١٣ وما بعدها.

(٢) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، المعدل بالقانون الإتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م.

(٣) للمزيد من التفصيل حول هذه النظرية انظر: د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الثالثة عام ٢٠١٢م، ص٣٢٦ وما بعدها.

النظرية، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي[1] تعليقا على هذه المادة، ان المقصود بالقانون الإماراتي في عملية التكييف، هو القانون الوطني في جملته، وبما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص او الأموال ايا كان مصدر هذه القواعد.

ويظهر ايضا من النص السابق في عبارة "قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو المرجع الوحيد" انه لا يوجد استثناء على هذا الموقف الذي تبناه المشرع الإماراتي في تحديد القانون الواجب التطبيق على التكييف، وهذا يعد بمثابة خروج على نظرية "بارتان" التي اوجدت استثناءا على تطبيق قانون القاضي، يتعلق هذا الاستثناء بتحديد طبيعة المال، عقار ام منقول، فان هذا التحديد يتم وفقا لقانون الدولة التي يوجد بها المال، وليس وفقا لقانون القاضي، وقد شكل هذا الإستثناء انتقادات واسعة على نظرية "بارتان" لما يترتب على اعماله من اشكاليات قد تواجه القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق[2]، فمثلا لو كان المال المطلوب تحديد طبيعته دائم التحرك كالسفن والطائرات، او كان المال موجود في دولتين، وكانت الدولة (ا) تكيفه على انه عقار، في حين ان الدولة (ب) تكيفه على انه منقول، وكذلك الأمر بالنسبة للأموال المعنوية التي ليس لها مستقر مادي في مكان معين، ففي مثل هذه الحالات سيواجه القاضي صعوبة في عملية تحديد طبيعة هذا المال[3]، فلهذه الأسباب نرى ان معظم التشريعات العربية لم تاخذ بهذا الاستثناء.

ولكن اذا تمعنا النظر في قواعد الإسناد الإماراتية، فاننا نجد نصا في الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون المعاملات المدنية ينص على ما يلي: "ويحدد قانون الدولة التي يوجد بها المال، ما اذا كان هذا المال عقارا او منقولا".

ويفيد هذا النص العودة عن الموقف السابق للمشرع الإماراتي، الذي اشار الى ان القانون الإماراتي هو المرجع الوحيد في عملية التكييف، ويعد تبنيا للإستثناء الذي جاءت به نظرية "بارتان".

---

(٤) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ص٢٣.

(٥) انظر : د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص١٢٣.

(٦) انظر: د. احمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص٣٣٧، ولمزيد من الإنتقادات على هذا الإستثناء، انظر: كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، العراق، ١٩٩٢م، ص٥٧ وما بعدها.

فاذا تساءلنا عن السبب الذي جعل المشرع الإماراتي يعود عن موقفه بالأخذ بنظرية قانون القاضي دون استثناءات، فنجد ان المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لم تبين ذلك، وانما علقت على هذا النص بانه مستمد من مشروع القانون العربي الموحد[١].

الا اننا لا نؤيد وجود مثل هذا الإستثناء الذي كان وجوده من اهم الأسباب التي ادت الى توجيه الإنتقادات لهذه النظرية، للأسباب المشار اليها سابقا، وقد كان مثل هذا النص موجودا في القانون المصري، الا انه تم الغائه بسبب انه يتناول مسائل تفصيلية يفضل ان تترك للاجتهاد[٢]، وكان هذا موقف المشرع الأردني ايضا،فلم يورد مثل هذا النص[٣]، على عكس التشريع العراقي [٤].

وبناء على ما تقدم، فاننا لا نرى فائدة من بقاء هذا النص، طالما انه يمكن للقاضي اعمال مفهومه عند الحاجة اليه في مسالة تفصيلية، وايضا من اجل توحيد الموقف التشريعي في دولة الإمارات العربية المتحدة،حيث يجب ان يتوافق مفاد النص الوارد في المادة (١٠) الذي اشار الى ان القانون الإماراتي هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات، وما ورد في المادة (١٨) فقرة (٢) التي تعطي الإختصاص لغير القانون الإماراتي في عملية تكييف طبيعة المال.

واننا لا نؤيد الراي الذي ذهب اليه بعض الفقه[٥] مؤيدا موقف المشرع الإماراتي من الأخذ بهذا الأستثناء، بحجة ان المشرع عندما ياخذ بنظرية لابد ان ياخذ بها بمجملها دون ان يورد عليها استثناءات، واننا لا نؤيد هذا الراي لعدم قوة الحجة التي استند اليها وعدم قدرتها على الصمود امام الإنتقادات التي وجهت الى هذا الإستثناء، فاننا نرى انه من الطبيعي ان تحتوي كل نظرية فقهية على مميزات وانتقادات، فعلى مشرعي الدول الأخذ بالمميزات والإبتعاد عن الإنتقادات التي تتعرض لها النظرية الفقهية، حتى لا يتعرض الموقف التشريعي الى انتقادات وصعوبات في عملية تطبيق القواعد القانونية امام القضاء.

(٧) المذكرة الإيضاحية، ص٢٨.

(٨) انظر: د.عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص١٣٦.

(٩) انظر: د.غالب علي الداوودي، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، ط٤، دار وائل للنشر، عمان- الأردن،٢٠٠٥م، ص١٢١.

(١٠) حيث تجدر الإشارة الى ان هذا النص ما زال موجودا في التشريع العراقي في المادة (١٧) فقرة (٢) من القانون المدني.

(١١) انظر: د. عوض الله شيبه الحمد السيد، احكام تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، مطابع البيان التجارية، دبي- الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠١م، ص٧٧.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي

نص المشرع الإماراتي في المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية على انه:" يسري على الإلتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنا، فاذا اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد،ما لم يتفق المتعاقدان او يبن من الظروف ان قانونا آخر هو المراد تطبيقه".

مما لا شك فيه المدى الكبير للأهمية التي يتمتع بها موضوع الإلتزامات التعاقدية في مجال القانون الدولي الخاص، واهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات المثارة بشانها، وقد تنبهت التشريعات المقارنة الى هذا الموضوع، ووضعت قواعد اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من حيث الموضوع، ومن حيث الشكل، وقد كان اعتبار قانون الإرادة - اي تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لاتفاق الأطراف- هو الإعتبار الأساسي السائد في هذا المجال، بالإضافة الى اعتبارات اخرى يتم اللجوء اليها في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فهذه المسالة اُشبعت بحثا، ولا خلاف حولها، وان ما نحن بصدد بيانه في هذا المجال، يتمثل بالفرق ما بين القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي، وشكله، وذلك وفقا لنص قانون المعاملات المدنية الإماراتية المشار اليه آنفا.

فلا شك ان هناك فرقا جوهريا ما بين موضوع العقد وشكله، حيث يتضمن موضوع العقد المسائل الجوهرية في انشائه وتكوينه واركانه والإلتزامات الناشئة عنه، في حين ان شكل العقد يتمثل باظهار الإرادة الى العالم الخارجي من خلال تحديد لزوم او عدم لزوم شكل معين، ونوع هذا الشكل المطلوب، وهل تكفي الكتابة العرفية ام يستلزم الأمر الكتابة الرسمية، وبيان عدد النسخ المحررة، وتوقيع الأطراف، واثبات العقد.....الخ [١].

(١٢) انظر: د. احمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص٤٦٦.

وقد جرى العمل وفقا للتشريعات المقارنة على اخضاع العقود الدولية من حيث موضوعها الى قانون الإرادة، كاصل عام، اما من حيث الشكل، فان الأصل العام يقوم على تطبيق القاعدة الشهيرة : "بان العقد يخضع لمكان ابرام التصرف"[١].

ولكن المشرع الإماراتي في نص المادة (١٩) المشار اليه سابقا خرج على هذا الأصل العام في مجال القانون الواجب التطبيق على شكل الإلتزامات التعاقدية، وايضا خالف اغلب التشريعات العربية في هذا الإطار، وخالف ما سار عليه هو نفسه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل في مسائل اخرى، مثل القاعدة الخاصة بشكل الزواج[٢]، والقاعدة الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت[٣].

حيث ان ما جرى عليه العمل فيما يتعلق بالمسائل الشكلية، ان يعطي المشرع القاضي اكثر من خيار في ضوابط الإسناد، بهدف التيسير على المتعاقدين، حيث يتم التساهل عادة في مجال الشكل، الا اننا نلاحظ من خلال نص المادة(١٩) المذكور سابقا، ان المشرع الإماراتي تشدد في موضوع الشكل في مجال الإلتزامات التعاقدية، وجعل القانون الواجب التطبيق عليها هو ذات القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وبالتالي اصبح القانون المطبق على العقد الدولي من حيث الشكل هو اولا: الإرادة الصريحة للمتعاقدين، ومن ثم الإدارة الضمنية،ثم الموطن المشترك للمتعاقدين، واخيرا يتم اللجوء الى مكان ابرام العقد، وهذا الترتيب ملزم للقاضي،حيث لا يمكنه تطبيق قانون مكان الإبرام الا في حال عدم توافر الضوابط السابقة عليه، وعلى الترتيب المذكور،وكل ذلك يتنافى مع الفكرة العامة التي تقضي بالتساهل والتيسير في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل في كافة العلاقات القانونية.

---

(١٣) د. عاطف عبد الحميد نداء، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل ابرامها"، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦م، ص١ وما بعدها.

(١٤) المادة (١٢) فقرة (٢) معاملات مدنية والتي تنص على انه:" اما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين اجنبيين او بين اجنبي ووطني صحيحااذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذي تمت فيه او اذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

(١٥) المادة (١٨) فقرة (٤) معاملات مدنية والتي تنص على انه:" ويسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت صدوره، او قانون الدولة التي تم فيها التصرف".

وفي محاولة منا لمعرفة الحكمة او الهدف الذي جعل المشرع الإماراتي ينحو هذا المنحى، عدنا الى المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، الا اننا لم نجد فيها اية اشارة عن سبب اتخاذ المشرع هذا الموقف.

لكل ما سبق، نرى ان المشرع الإماراتي لم يكن موفقا في هذا الإتجاه الغير مبرر، والذي لم نراه عند اي من التشريعات الأخرى، وخاصة التشريعات العربية،التي فرقت ما بين القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وشكله[1] ، لذا فاننا نتمنى على المشرع الإماراتي ان يعدل عن هذا الموقف، ويجعل مسائل الشكل تخضع لعدة ضوابط على سبيل الإختيار للتيسير على المتعاقدين، وعدم ابطال الكثير من العقود الدولية لعيب شكلي، وكما فعل في مجال الزواج والوصية.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق في حال تعددالجنسيات

تعد مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق في حال تعدد الجنسيات من المسائل الهامة جدا في القانون الدولي الخاص، خاصة بالنسبة للتشريعات التي تعتبر القانون الشخصي للفرد هو قانون جنسيته، كما هو الحال في التشريعات العربية ومنها التشريع الإماراتي، حيث انه اذا عرض نزاع امام القضاء الإماراتي يتعلق بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية، فان ضابط الإسناد عادة ما يشير الى تطبيق قانون الجنسية، الا ان القاضي قد لا يستطيع الفصل في تلك المسالة بسبب ان الشخص المثار بشانه النزاع يتمتع باكثر من جنسية في آن واحد، وهذه الحالات كثيرا ما تحدث في الواقع العملي في ظل اختلاف التشريعات المنظمة لمسائل الجنسية، والتي تعدها الدول من اعمال السيادة، فيؤدي ذلك الى تمتع بعض الأفراد بجنسية اكثر من دولة في نفس الوقت.

---

(١٦) المادة (٢١) مدني اردني التي تنص على انه:" تخضع العقود ما بين الإحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضا ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او لقانونهما الوطني المشترك".

وقد تنبهت التشريعات المقارنة الى هذا الموضوع، فوضعت قواعد تحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات وفقا لما رجح من آراء الفقهاء المختصين في مجال القانون الدولي الخاص.

وقد اتخذت اغلب التشريعات العربية موقفا مشابها في هذا الإطار،ضمن نص متطابق في تشريعاتها، مفاده:"تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه بالنسبة للذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، ووضعت عليه استثناء مفاده:"ان الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد جنسية دولة القاضي وجنسية دول اجنبية، فان قانون دولة القاضي هو الذي يطبق"[1]. يتضح لنا من خلال هذا الحل التشريعي في مسالة تعدد الجنسيات، انه لابد من التفريق بين مسالتين في هذا الصدد،على النحو الآتي:

المسالة الأولى: اذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص، فهنا من المنطقي القول بانه يتم الإعتداد بقانون تلك الدولة دون غيرها باعتباره القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بهذا الشخص.

المسالة الثانية: اذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص، فاننا نجد ان النص في التشريعات العربية المقارنة يشير الى منح القاضي سلطة تحديد قانون اي جنسية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص ليكون هو القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة به، ووفقا للراي الراجح في فقه القانون الدولي الخاص[2]، فانه على الأغلب توجه القاضي الى تطبيق قانون الجنسية الفعلية، والتي يقصد بها الجنسية التي يرتبط بها الفرد اكثر من غيرها، ويمكن للقاضي استنباطها والكشف عنها من خلال ظروف هذا الفرد، مثل موطنه، مكان عمله، اسرته....الخ.

وبناء على ذلك يتم حل هذه المشكلة بشكل واضح وبسيط من خلال هذا النص، ويتحدد ببساطة القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات.

---

(١٧) انظر: المادة (٢٦) مدني اردني، والمادة (٢٥) مدني مصري، والمادة (٣٣) فقرة (١٢) مدني عراقي.

(١٨) انظر: مهند خالد الصرايرة، ازدواج الجنسية في القانون الأردني- دراسة مقارنة مع القوانين العربية- رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات القانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، عام ٢٠٠٥م، ص١١٦، والعقون الأخضر، التنازع الإيجابي والسلبي بين الجنسيات، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، مقدم الى معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في جامعة الجزائر عام ١٩٧٧م.

الا ان موقف المشرع الإماراتي لم يكن مطابقا لما ورد سابقا بشان التشريعات العربية المقارنة، وانما عدل المشرع الإماراتي بعض العبارات في النص الخاص بهذا الموضوع، مما ادى الى حدوث اختلاف بمفهومه، ولتوضيح ذلك،نعرض النص الذي ورد في المادة (٢٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والذي ينص على انه: "يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة... للذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد،على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد جنسية دولة الإمارات وجنسية دولة اخرى فان قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه".

لا يخفى على من يقرا هذا النص، ان فيه خلل كبير لابد من معالجته، سواء كان هذا الخطا بالمعنى او اللفظ.

فهو من حيث المعنى، يفيد ان القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات هو القانون الإماراتي، بغض النظر عن وجود الجنسية الإماراتية من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص، وهذا المعنى بحد ذاته يجانب المنطق، اذ انه لا علاقة للقانون الإماراتي بشخص لا يتمتع بالجنسية الإماراتية في اطار القانون الشخصي او الأحوال الشخصية، مع علمنا بان القانون الإماراتي يعتبر ان القانون الشخصي للفرد هو قانون جنسيته، فلو عرض نزاع امام القضاء الإماراتي يتعلق بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية لفرد يتمتع بالجنسية الفرنسية والجنسية البرازيلية، فان القاضي الإماراتي - وفقا لهذا النص-سيطبق عليه القانون الإماراتي، اي ليس القانون الفرنسي ولا القانون البرازيلي.

لذا فاننا نتساءل عن مدى علاقة القانون الإماراتي بهذا الشخص حتى يطبق عليه قانونه، فهل اراد المشرع الإماراتي فعلا تبني هذا الموقف بالنسبة لمتعدد الجنسيات؟

للإجابة على هذا التساؤل،يمكننا ربط هذا النص بنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإتحادي[١]، والتي تنص على انه:" تسري احكام هذا القانون على مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة.....،كما تسري على غير المواطنين ما لم يتمسك

(١٩) قانون الأحوال الشخصية الإتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م.

احدهم بتطبيق قانونه الشخصي"، وهذا ايضا موقف معيب قال به بعض الفقه ولكنه تعرض لانتقادات[1]، على اساس ان الأصل هو تطبيق قانون جنسية الشخص على احواله الشخصية.

وان كان ممكن القبول على مضض بالنص المشار اليه في قانون الأحوال الشخصية الإتحادي، وذلك لأن الشخص له الخيار اذا ما اراد التمسك بتطبيق قانون جنسيته الا انه لا يمكن القبول بالنص الخاص بمتعدد الجنسيات الوارد في قانون المعاملات المدنية، حيث يطبق عليه القانون الإماراتي بصفة الزامية.

وعلى فرض ان المشرع الإماراتي قد قصد فرض تطبيق القانون الإماراتي على متعدد الجنسيات التي ليس من بينها الجنسية الإماراتية، فان النص يبقى معيبا من الناحية اللفظية، حيث اورد قاعدة عامة واستثناء، في حين ان مضمون القاعدة العامة والاستثناء يحملان نفس المعنى، فما الفائدة ان نقوم بتطبيق القانون الإماراتي على متعدد الجنسيات، ثم نعود فنقول: اذا كانت الجنسية الإماراتية من بين الجنسيات المتعددة فيطبق القانون الإماراتي.

لذا فاننا نعتقد ان المشرع الإماراتي عندما اخذ هذا النص حرفيا من مصدره التاريخي، غير فيه عبارة ادت الى حدوث هذا الخلل بالنص من حيث المعنى واللفظ ايضا.

فقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢٥)على انه :"تعين المحكمة القانون الواجب التطبيق....."، اما المشرع الاماراتي فقد نص على انه:"يطبق قانون دولة الامارات العربية المتحدة....."، وباقي النص لم يتم تغيير اي شئ فيه، فاختلف القانون الواجب التطبيق، واصيبت العبارة بالخلل اللفظي.هذا وبناء على ما سبق، فاننا نتمنى على المشرع الاماراتي ان يعيد النظر في هذا النص، اذ لابد من تعديله، وذلك اما باعادة العبارة كما وردت في معظم التشريعات العربية، وهذا هو الأفضل، او ان يصحح الخلل اللفظي ويلغي الاستثناء الذي لا فائدة عملية منه.

(٢٠) انظر: احمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص٣٢١.

المطلب الرابع

إثبات القانون الاجنبي الواجب التطبيق

اذا اشارت قواعد الإسناد باختصاص قانون اجنبي معين، فلابد اولا من القيام باثبات هذا القانون، ومن ثم يتم الفصل في النزاع من خلاله، فعلى من يقع عبء اثبات هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق، على القاضي ام على الخصوم!

سنناقش هذا الموضوع فقهيا وقضائيا، وذلك لعدم وجود نص في التشريع الإماراتي يبين ذلك.

أولا :موقف الفقهاء:-

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص في هذا الموضوع وذلك على اتجاهين:

الأول: اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة:

يرى هذا الإتجاه ان القاعدة القانونية حتى تكون ملزمة لابد ان يتوافر بها عنصران وهما : عنصر المضمون، وعنصر الإلزام، وبناء على ذلك، فان القانون الأجنبي يحتوي على عنصر المضمون فقط، فهو غير ملزم للقاضي الوطني، وبالتالي فانه يفقد عنصر الإلزام بالنسبة له، وهذا يؤدي بالضرورة الى اعتبار القانون الأجنبي مجرد وقائع يقع عبء اثباتها على الخصوم[1].

الثاني: اعتبار القانون الأجنبي المختص قانون ملزم:

يرى هذا الاتجاه الغالب[2]، انه في حال اشارة قواعد الإسناد الوطنية الى اختصاص قانون اجنبي، فان هذا القانون يعد قانونا ملزما بمنزلة القانون الوطني، على اساس ان عنصر الإلزام يعود الى هذا القانون الأجنبي من خلال امر قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه، فيجب على القاضي الوطني الإنصياع الى هذا الأمر والقيام بتطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الإسناد الوطنية، ويترتب على ذلك ان عبء اثبات هذا القانون يقع على عاتق القاضي وليس الخصوم[3].

---

(٢١) انظر: د. احمد محمود الفضلي ،الموجز في القانون الدولي الخاص ،دراسة تحليلية، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، عام ٢٠٠٤ م، ص١٧٣ .

(٢٢) انظر : د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص٥٧٤ وما بعدها .

(٢٣) انظر: د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص٢٦١.

ثانيا: موقف القضاء:-

يشار هنا الى حكم محكمة تمييز دبي[1] المتعلق بدعوى نفقة زوجية اقامتها الزوجة التي تحمل الجنسية المصرية على زوجها الذي يحمل الجنسية الأردنية وقد صدر الحكم لها بذلك، الا انها استانفت الحكم على اعتبار ان المبلغ المحكوم لها به لا يتناسب مع دخل زوجها الكبير، وفعلا قامت محكمة الاستئناف بزيادة مبلغ النفقة، فطعن الزوج بهذا الحكم بالتمييز على اساس الخطا في تطبيق القانون والقصور بالتسبيب.

رفضت محكمة التمييز الطعن استنادا الى العديد من الأسباب التي تؤكد انها اتجهت الى اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يجب على الخصم اثباته، وقد ورد في الحكم:" وحيث ان هذا النعي في غير محله،ذلك ان الثابت من وثيقة الزواج ان الزوج اردني وان الزوجة مصرية، مما كان مقتضاه تطبيق قانون المكلف بالنفقة وهو الزوج وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة(١٣) من تقنين المعاملات المدنية، ولما كان القانون الأجنبي يجب على الزوج اثباته ،وقد خلت الأوراق من ذلك، فيتعين تطبيق القانون الوطني وهو مذهب المالكية طبقا للمادة (٢٨) من قانون المعاملات المدنية" .

وهناك حكم آخر لمحكمة تمييز دبي صادر في ١٨-٢-١٩٩٥م، وقد جاء فيه: "ان القانون الأجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة مادية يقيم الخصوم الدليل عليها، وتستانس محكمة الموضوع في تفسيرها للقوانين الأجنبية، وهي تخضع في هذا الشان لرقابة محكمة التمييز[2].

يبدو جليا -في ظل عدم وجود نص تشريعي- توجه القضاء الإماراتي الى تبني راي الإتجاه الأول، الذي يرى باعتبار القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد وقائع يجب على الخصم اثباتها، ومع اننا لا نؤيد هذا الاتجاه، وانما نفضل الإتجاه الثاني ،للأسباب التالية :

١-الحجة الأولى التي يستند اليها انصار الإتجاه الأول تقوم على ان الزام القاضي بالتعرف على احكام القوانين يعد تكليفا بمستحيل[3] لا تتلاءم مع الوضع في العصر الحالي

(٢٤) الطعن رقم (٣٠) لسنة ١٩٩٣م، منشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد (٥)، ١٩٩٧م ص٥٢٥ وما بعدها.
(٢٥) الحكم غير منشور ومشار اليه في مؤلف د.عوض الله شيبه الحمد السيد، المرجع السابق، ص١٣٣.
(٢٦) انظر: د. احمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص٣٦٩.

حيث ان هذه المسالة ليست مستحيلة في ظل وجود وسائل الإتصال والتواصل الحديثة التي تمكن القاضي من الاطلاع على احكام اي قانون في العالم دون بذل الكثير من الجهد.

٢-انه من الناحية القانونية، لا يصح ان نقول اننا لا يمكننا تطبيق احكام القانون الأجنبي الذي امرتنا قواعد الإسناد الوطنية بتطبيقه، بحجة ان الخصم لم يقم باثباته، مما يتيح المجال للأفراد من التهرب من القانون الواجب التطبيق بغية تطبيق قانون القاضي، اذا كان يتلاءم مع مصالحهم الخاصة، وذلك من خلال التقصير المتعمد في اثبات القانون الأجنبي، خاصة ان المشرع الإماراتي قد نص على انه في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي، فان القانون الإماراتي هو الذي يطبق [(١)].

نقول: مع اننا مع الأخذ بالإتجاه الثاني للأسباب السابقة، فاننا نتمنى على المشرع الإماراتي ان لا يبقى صامتا تجاه هذا الأمر، ويورد نصا يعالج هذا الموضوع، حتى لا يبقى الأمر محصورا في القضاء، لأن هناك احتمالية ان تتجه بعض احكام القضاء الإماراتي الى الأخذ بالراي الثاني في احكام لاحقة، مما سيؤدي الى تعارض في الأحكام، ويكون سبب حدوث ذلك عدم وجود نص تشريعي يعالج هذا الموضوع، وحبذا لو اتخذ المشرع الإماراتي موقفا حاسما مع الإتجاه الثاني، وهو الإتجاه الغالب فقها، والذي يشير الى ان القانون الأجنبي قانون ملزم ويتوجب على القاضي اثباته.

المبحث الثاني

الجوانب الإيجابية في بعض قواعد الإسناد الإماراتية

كما تناولنا في المبحث السابق نقاط الضعف التي شابت بعض قواعد الإسناد الإماراتية، فاننا لابد ان نعطي كل ذي حق حقه، لذلك سنتناول في هذا المبحث نقاط القوة التي تميزت بها بعض قواعد الإسناد الإماراتية، وذلك في المطالب التالية:-

(٢٧) تنص المادة (٢٨) على انه:" يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة اذا تعذر اثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق او تحديد مدلوله".

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق في حال انعدام الجنسية

نعرضنا في المطلب الثالث من المبحث الأول الى موضوع القانون الواجب التطبيق في حال تعدد الجنسيات، وذلك اذا اشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون جنسية الشخص المثار بشانه النزاع، وعادة ما يكون ذلك في مسائل الأحوال الشخصية، وسنتناول في هذا المطلب مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق اذا ما اشارت قاعدة الإسناد الوطنية الى اختصاص قانون الجنسية، ثم نبين ان الشخص الواجب تطبيق قانون جنسيته هو عديم الجنسية، اي انه لا يتمتع بجنسية اي دولة.

من الطبيعي ان يتعرض الفقه القانوني الى هذه المسالة، وقد وضعت عدة حلول لهذه المشكلة من اجل الوصول الى القانون الأكثر ملاءمة لحل مثل هذا النزاع، فكان من بين الآراء التي قيلت بهذا الشان، تطبيق قانون موطن الشخص عديم الجنسية، وقيل ايضا بتطبيق قانون آخر جنسية كان يتمتع بها هذا الشخص، الا ان الراي الغالب في الفقه كان يشير الى نفس الحل الذي عالج مشكلة تعدد الجنسيات، بان قانون الجنسية الفعلية هو الواجب التطبيق، وان كان يبدو ظاهرا عدم امكانية اعمال مثل هذا الحل في مسالة انعدام الجنسية، على اعتبار ان الشخص لا يتمتع باية جنسية على الإطلاق، فكيف يمكن القول بتطبيق قانون الجنسية الفعلية، الا ان المقصود بعبارة "الجنسية الفعلية" هنا يفيد ان يطبق قانون الدولة التي يرتبط بها عديم الجنسية اكثر من غيرها، حيث يكلف القاضي باستنباط هذه الدولة من خلال الظروف المحيطة بالشخص المثار بشانه النزاع، وبالتالي سيكون القانون الواجب التطبيق، اما قانون موطنه او مكان عمله او مكان اقامة اسرته، وذلك حسب الأحوال[1].

وهذا ما اشارت اليه اغلب التشريعات العربية في قواعد الإسناد، فمثلا تنص المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني على انه: "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية..."[2].

---

(٢٨) انظر: العقون الأخضر، المرجع السابق ص١٤٧، و د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٩م، ص١١٢.

(٢٩) تقابل المادة (٢٥) مدني مصري، المادة (٣٣) مدني عراقي.

الا ان المشرع الإماراتي تبنى موقفا مغايرا لمعظم التشريعات العربية في هذا الموضوع عندما نص في المادة (٢٤) من قانون المعاملات المدنية على انه: " يطبق قانون دوله الإمارات العربية المتحدة في حالة مجهولي الجنسية...".

فمن الواضح من هذا النص ان المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يتبنى فكرة الجنسية الفعلية، كما لم يفعل ذلك بالنسبة لتعدد الجنسيات، ولكننا وان سبق ان انتقدنا موقف التشريع الإماراتي من موضوع تعدد الجنسيات للأسباب السالفة الذكر، وايدنا موقف التشريعات العربية الأخرى التي تبنت فكرة الجنسية الفعلية، الا اننا في موضوع انعدام الجنسية نؤيد ما ذهب اليه المشرع الإماراتي من جعل القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية هو القانون الإماراتي.

وهذا الموقف برايينا افضل مما ذهبت اليه التشريعات العربية الأخرى التي تركت المسالة للقاضي، والتي عادة ما تؤول الى تطبيق قانون موطن عديم الجنسية او مكان عمله، حيث اراد المشرع الوطني الإماراتي توفير اكبر قدر ممكن من الحماية القانونية لعديم الجنسية في مسائل احواله الشخصية، وذلك من خلال تطبيق القانون الإماراتي عليه.

وحبذا لو اتخذت التشريعات العربية الأخرى مثل هذا الموقف المتطور الذي تبناه المشرع الإماراتي، اذ لا يخفى على احد الصعوبات التي يواجهها ويعاني منها عديم الجنسية من الناحية القانونية والسياسية وحتى الإجتماعية، فلا اقل من توفير حماية قانونية له من خلال تطبيق القانون الوطني عليه في مجال الحوال الشخصية.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في مسألة خاصة بالوصية

من خلال قواعد الإسناد، فقد تشابهت التشريعات العربية بشان تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت بصفة عامة، حيث اشارت الى ان القانون الواجب التطبيق في موضوع الوصية، هو قانون جنسية الموصي وقت موته، في حين يطبق قانون جنسية الموصي وقت انشاء التصرف او قانون البلد الذي تم انشاء التصرف فيه على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت [1].

(٣٠) المادة (١٧) فقرة (٣، ٤) معاملات مدنية اماراتي، المادة (١٨) فقرة (١، ٢) مدني اردني، المادة (١٧) مدني مصري، المادة (٢٣) مدني عراقي .

الا ان هناك مسالة خاصة لابد من الإشارة اليها بشان الوصية المتعلقة بعقارات، اذ ان مفاد النصوص المشار اليها خضوع المسالة لقانون جنسية الموصي، وهذا الحكم يؤدي الى اشكاليات كثيرة خاصة في مجال التنفيذ العيني، حيث ان معظم الدول لا تقبل بتطبيق احكام قوانين اجنبية على العقارات الموجودة في اقليمها، على اعتبار ان العقارات في الدولة لها مساس بسيادتها، ولم تتنبه اغلب التشريعات العربية الى هذه المسالة، ولم تنص عليها في قواعد الاسناد[1].

الا ان المشرع الإماراتي تميز في هذا الموضوع، فقد وضع استثناء على القانون الواجب التطبيق على مسائل الوصية، وذلك في حالة قيام شخص اجنبي بالإيصاء بعقاراته الكائنة في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث يسري القانون الإماراتي في شان هذه الوصية، فد ورد في الفقرة (٥) من المادة (١٧) من قانون المعاملات المدنية انه:" على ان قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو الذي يسري في شان الوصية الصادرة من اجنبي عن عقاراته الكائنة في الدولة".

وبالرغم من اننا نثني على المشرع الإماراتي تنبهه الى هذه المسالة، متميزا عن التشريعات العربية الأخرى، الا اننا نتحفظ على عبارة " من اجنبي " الواردة في الاستثناء اذ انها تجعل هذا الإستثناء مقررا لمصلحة القانون الإماراتي على وجه الخصوص، فلو كان الموصى به عقارات موجودة خارج دولة الأمارات العربية المتحدة، فانه سيكون القانون الواجب التطبيق هنا هو قانون جنسية الموصي، مما يؤدي الى العودة الى نفس المشكلة المتعلقة بارتباط العقارات بسيادة الدولة الكائنة بها تلك العقارات.

وبناء على ما سبق، فاننا نقترح ان يكون نص الفقرة (٥) من المادة (١٧) على النحو الآتي :" على ان قانون الدولة التي توجد بها العقارات هو الذي يسري في شان الوصية المتعلقة بتلك العقارات". ونتمنى على التسريعات العربية الأخرى النص على مثل هذا الاستثناء الذي جاء به المشرع الإماراتي، بعد تعديله على النحو المقترح.

(٣١) المشرع الأردني تنبه ايضا الى هذا الموضوع في قانون التركات في المادة (٩) منه، انظر: د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص١٨٨، وكذلك المشرع المصري في المادة (٩) من قانون الشهر العقاري، انظر: د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق ص٣٦٩، الا انه كان من الأفضل النص عليه ضمن قواعد الإسناد ايضا.

المطلب الثالث

الإحالة بين القبول والرفض في القانون الإماراتي

اختلفت التشريعات في موقفها من موضوع الإحالة بين مؤيد لإعمالها ومعارض لها، واستندت التشريعات في ذلك الى الحجج التي قدمها كل من مؤيدي الإحالة ومعارضيها في فقه القانون الدولي الخاص، وقبل ان نتعرض الى حجج كل من الفريقين لابد ان نوضح المقصود بالإحالة في القانون الدولي الخاص وكيفية اعمالها، اذ ان اعمال الإحالة يتطلب الذهاب الى قواعد الإسناد الوطنية، دون الذهاب الى القواعد الموضوعية في ذلك القانون، وهذه القواعد الأجنبية قد تشير الى اختصاص قانون دولة ثالثة، وهكذا يسير معها القاضي الى ان تنتهي درجات الإحالة المحددة في قانون دولة المحكمة المرفوع امامها النزاع.

اما بالنسبة للتشريعات التي ترفض الإحالة فان القاضي فيها يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي اشارت الى اختصاصه قواعد الإسناد في دولة المحكمة المرفوع امامها النزاع.

وقد كان كل فريق من المؤيدين للإحالة والمعارضين لها قد قدم حججه لتعزيز موقفه من الإحالة، وذلك على النحو الآتي:

اولا: حجج مؤيدي الإحالة:

يرى انصار الإحالة بانكل دولة تتمتع بحرية كاملة في تطبيق القانون الأجنبي، واذا قضت بتطبيقه فعليها ان تطبقه ككل لا يتجزا، بمعنى ان تطبق قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية، كذلك يؤدي تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الى تعميم الحلول، اضافة الى احترام الحكم الذي يصدره القاضي الوطني والاعتداد به، وان الأخذ بالإحالة يحقق تبادلا في الحلول بين الدولتين صاحبتي الشان، ويسهل تنفيذ الأحكام الأجنبية في الخارج عن طريق الحصول على الأمر بالتنفيذ[1].

ومن اهم الحجج التي استند اليها انصار الإحالة ما يلي:

(٣٢) انظر: د. احمد محمود الفضلي، المرجع السابق، ص٧٢ وما بعدها .

١-ضرورات عملية:

حيث يؤدي الأخذ بالإحالة الى توسيع اختصاص قانون القاضي، الذي يجب ان لا يكون متمسكا بتطبيق القانون الاجنبي اكثر من مشرع القانون الأجنبي نفسه الذي تخلى عن اختصاصه لقانون آخر، وما دام القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قواعد الإسناد في قانون القاضي، يرفض الاختصاص لنفسه ويعطيه لقانون آخر، فما علينا الا قبول الإحالة لتدارك عدم وجود قانون مختص لحكم العلاقة.

٢-ضرورات قانونية:

ان لكل دولة قانونها المتكون من قواعد اسناد وقواعد موضوعية بحيث تعتبر في مجموعها وحدة متكاملة يلزم العمل بها بصورة كاملة، فاذا اشارت قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون اجنبي، فانها تقصد بذلك جميع احكام هذا القانون ولا يجوز تجزئة قواعده والاقتصار على الأخذ بقواعده الموضوعية فقط، ومن ثم فان تحديد قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي المختص بشان علاقة قانونية معينة لا يعني بالضرورة نسب الاختصاص الفعلي لهذا القانون، بل انها تعرض اختصاصا يمكن رفضه من قبل مشرع الدولة التي فرض الاختصاص على قانونها، وذلك لأنه هو الذي يحدد سيادة ونطاق تطبيق قانونه.

٣-ضرورات تسهيل التنفيذ:

ان الأخذ بالإحالة يؤدي الى تنسيق قواعد التنازع فيما بين مختلف قوانين الدول، والإتفاق على القانون الواجب التطبيق، مما يؤدي الى تحقيق وحدة في الأحكام الناتجة عن اتفاق كل من القانونين، قانون القاضي والقانون الذي تشير الى اختصاصه قواعد الإسناد في قانون القاضي، على منح الاختصاص لقانون معين، واختيارهما لقانون واحد يحكم النزاع، يؤدي الى وحدة الأحكام التي من شانها جعل تنفيذ الحكم الوطني في الدولة الأجنبية سهلا وميسورا، نظرا لاتفاقه مع ما يقضي به قانونه[١].

ثانيا: حجج معارضي الإحالة:

لقد قدم معارضو الإحالة الحجج والمبررات التي استندوا اليها لعدم الأخذ بها على النحو الآتي:

---

[٣٣] انظر: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٣، ٢٠٠٧م، ص٧٣.

١-ان الأخذ بالإحالة من شانه المساس بالسيادة ،ذلك لأن المشرع الوطني عندما يضع قواعد الإسناد انما يرسم حدود سيادة القانون الوطني، وعليه فان تعطيل هذه القواعد بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يعني المساس بهذه الحدود والإنصياع لأمر المشرع الأجنبي، يضاف الى ذلك ان المشرع الوطني عندما ينحي جانبا القانون الوطني بالنسبة لعلاقة معينة، ويسند حكمها الى قانون اجنبي، انما يقصد القواعد الموضوعية في هذا القانون دون قواعد الإسناد فيه.

٢-ان الإحالة قد تؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة، او الى توالي الإحالة تواليا لا نهاية له، مما يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات.

٣-قد يؤدي الأخذ بالإحالة الى الإجحاف ببعض حقوق المتقاضين في العلاقات الدولية، وذلك بان تطبق عليهم قواعد لا يخضعون لها في قوانينهم الوطنية، مثال ذلك الحجر بسبب السفة على انجليزي متوطن في فرنسا، فان اخذ القاضي الفرنسي بالإحالة يصل الى تطبيق قرار الحجر، بينما لو لم ياخذ بالإحالة، وقام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فانه سيرفض تطبيق الحجر، لأن القانون الإنجليزي لا يعرف نظام الحجر بالسفة[١].

اما بالنسبة لموقف التشريعات العربية والتشريع الإماراتي من موضوع الأحالة ،فقد اتجهت اغلب التشريعات العربية الى رفض فكرة الإحالة مطلقا، استنادا الى الحجج التي جاء بها معارضي الإحالة، ويبدو ذلك جليا من خلال النصوص المتطابقة الواردة في اغلب تلك التشريعات، الذي ينص على انه:"اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" [٢].

الا ان المشرع الإماراتي تميز عن التشريعات العربية الأخرى، بان اضاف فقرة اخرى في نفس المادة، تنص على استثناء رفض فكرة الإحالة، اذا كانت الإحالة تؤدي الى اختصاص القانون الإماراتي ،وهي التي تسمى الإحالة من الدرجة الأولى، اذ ورد في الفقرة (٢) من المادة (٢٦) ما يلي:"على ان يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، اذا احالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق".

(٣٤) انظر: د. احمد محمود الفضلي، المرجع السابق، ص٧٥ .

(٣٥) المادة (٢٦) فقرة (١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة (٢٨) مدني اردني، المادة (٢٧) مدني مصري، المادة (٣١) فقرة (١) مدني عراقي.

وهذا ما يرجحه اغلب الفقه [1]- بحق- ان ياخذ المشرع الوطني بالإحالة بنوعها الأول فقط، وذلك لأنها تؤدي الى تطبيق قانون دولة المحكمة، وهو امر مرحب به لدى القاضي الوطني، اضافة الى ان الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، لا يتعارض مع الحجج التي قدمها معارضو الإحالة، مثل استحالة الدوران في حلقة مفرغة، وكذلك سيؤدي الى سهولة تفسير وتطبيق القانون المختص على النزاع، المتمثل بقانون القاضي.

ونتمنى على التشريعات العربية الأخرى، ان تحذو حذو المشرع الإماراتي في تبني الإحالة من الدرجة الأولى فقط، وذلك للأسباب المبينة سابقا.

المطلب الرابع
التفويض في القانون الإماراتي

هناك بعض الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية، فعلى سبيل المثال، فان الولايات المتحدة الأمريكية، تتكون من عدة ولايات، وكل ولاية لها تشريع خاص بها،وهذا يسمى تعددا اقليميا، وهناك بعض الدول يوجد بها عدد من الطوائف والتي تخضع كل طائفة فيها الى شريعة خاصة مثل لبنان، وهذا يسمى تعددا شخصيا، فلو عرض نزاع على القاضي الوطني، واشارت قاعدة الإسناد الوطنية الى اختصاص قانون الولايات المتحدة الأمريكية، فانه يجب تحديد قانون اية ولاية هو الواجب التطبيق.

لحل مثل هذه المسالة نصت اغلب التشريعات العربية على ما يلي:" متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر اية شريعة منها يجب تطبيقها"[2].

---

(٣٦) انظر: د. عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٨م، ص٥١، و د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٠٨.

(٣٧) المادة (٢٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تطابق المادة (٢٧) من القانون المدني الأردني والمادة (٢٦) مدني مصري والمادة (٣١) فقرة (٢) مدني عراقي.

ولا يعد الإسناد الى قانون الدولة الأجنبية في هذه الحالة متعلقا بالإحالة، لأن الإحالة تفيد تخلي القانون الوطني عن ولايته لصالح قانون آخر، اما التفويض - الذي نحن بصدده- فلا يفيد تخلي قانون الدولة عن ولايته، وانما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائح متعددة، ويكون من المتعين ان يرجع الى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع[1].

ونبين ذلك عمليا، فلو عرض نزاع امام القاضي الإماراتي متعلق باثر من آثار الزواج بين زوج امريكي وزوجة فرنسية يقيمان في الإمارات، فان القاضي الإماراتي سيطبق قاعدة الإسناد المتعلقة بآثار الزواج، والتي تشير الى اختصاص قانون جنسية الزوج، وهو القانون الأمريكي، وبما ان الولايات المتحدة الأمريكية دولة متعددة الشرائع، فيجب لتحديد الشريعة المختصة الرجوع الى القواعد الأمريكية الداخلية التي تحدد يلك الشريعة، او قانون تلك الولاية مثلا.

وقد اثير تساؤلان في مجال التفويض، فهل يشمل اي نوع من التعدد، سواء كان اقليميا او شخصيا؟ هذا هو التساؤل الأول.

نلاحظ ان نص المادة (٢٥) من قانون المعاملات المدنية جاء مطلقا، بالتالي يجب الأخذ به على اطلاقه، اي انه يشمل التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي، وسواء كان ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية قد اشار الى اختصاص قانون الدولة المتعددة الشرائع باعتباره قانون الموطن او قانون الجنسية او محل ابرام العقد او محل وقوع الفعل الضار، والإستثناء الوحيد الذي يخول القاضي الوطني تحديد الشريعة الواجبة التطبيق دون اللجوء الى قواعد التنازع الداخلية في تلك الدولة، هو اذا ما كان الاختصاص قد اسند بناء على ضابط الإرادة، وكان الطرفان قد اتفقا على اختصاص تلك الشريعة او الولاية[2].

اما التساؤل الثاني، فهو متعلق بكيفية حل مشكلة التنازع اذا كان القانون في الدولة متعددة الشرائع لا يتضمن قواعد لحل التنازع الداخلي، حيث يرى الفقه الغالب انه يجب تطبيق احد الحلين الآتيين:

(٣٨) انظر: د. احمد محمود الفضلي، المرجع السابق، ص٧٦ وما بعدها ، و د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٠٣.

(٣٩) انظر: د. حسن الهداوي، المرجع السابق ، ص٨٠، و د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٠٤.

الحل الأول:

اذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي قد اعتمدت على ضابط اقليمي، مثل الموطن، فيعتمد هذا الضابط لتحديد الإختصاص، وبالتالي يطبق قانون تلك الولاية التي تعد موطنا لذلك الشخص.

الحل الثاني:

اما اذا كانت قاعدة الإسناد، قد اعتمدت على ضابط الجنسية مثلا وكانت الدولة التي منح الاختصاص لقانونها تتكون من عدة ولايات، فيجب الإستعانة بفكرة التبعية لتلك الولاية، او فكرة شريعة الموطن، او تطبيق الشريعة الرئيسية وهي شريعة العاصمة.

يلاحظ ان الأساس الذي اعتمد عليه الفقه الغالب في تطبيق هذه الحلول، هو استعانة القاضي الوطني بضابط تكميلي لتحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع التابعة لتلك الدولة[1].

وهذا ما قد يعمل به القضاة في الدول العربية للإجابة على هذا التساؤل، وهنا ايضا تميز المشرع الإماراتي عن التشريعات العربية الأخرى، باضافة عبارة في عجز النص المشار اليه، جعلت القاضي يستند في الإجابة على ذلك التساؤل على النص التشريعي في قاعدة الإسناد، وليس على آراء الفقهاء المختصين في مجال القانون الدولي الخاص، مما يضفي على عملية التطبيق الزاما ووضوحا اكبر.

فقد اضاف المشرع الإماراتي في المادة (٢٥) المشار اليها عبارة مفادها ما يلي:" ...، فاذا لم يوجد نص طبقت الشريعة الغالبة او قانون الموطن حسب الأحوال".

والمقصود بعبارة " حسب الأحوال " هو ما اذا كان التعدد تعددا اقليميا او شخصيا، فان كان التعدد اقليميا، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن، اما لو كان التعدد شخصيا فتطبق الشريعة الغالبة في الدولة، وقد وفق المشرع الإماراتي باضافة هذه الفقرة التي تتمنى على مشرعي الدول العربية الأخرى اضافتها في تشريعاتها كما فعل المشرع الإماراتي.

(٤٠) انظر: د. احمد محمود الفضلي، المرجع السابق، ص٧٩ .

الخاتمة

ونستعرض هنا اهم النتائج والتوصيات التي خرجنا بها من خلال هذه الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

أولا: النتائج :

١- تبين لنا ان التشريع الإماراتي تبنى فكرة تطبيق قانون القاضي المرفوع امامه النزاع في مسالة التكييف، بحيث يكون القانون الواجب التطبيق في مسائل التكييف في النزاعات المرفوعة امام القضاء الإماراتي هو قانون القاضي، الا في مسائل تحديد طبيعة المال فيرجع في مسالة كونه عقار ام منقول الى قانون الدولة التي يوجد بها المال.

٢- فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فقد جعل المشرع الإماراتي القانون الواجب التطبيق موحدا سواء تعلق النزاع بموضوع العقد او بشكله، على عكس التشريعات المقارنة التي فرقت بين القانون الواجب التطبيق على الموضوع والقانون الواجب التطبيق على الشكل.

٣- جعل المشرع الإماراتي القانون الواجب التطبيق على الشخص متعدد الجنسيات هو القانون الإماراتي حتى لو كان ذلك الشخص لا يتمتع بالجنسية الإماراتية من بين الجنسيات التي يتمتع بها.

٤- لم ينص المشرع الإماراتي على موضوع تحديد طبيعة القانون الأجنبي، وسارت بعض احكام القضاء الإماراتي على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يقع عبء اثباته على الخصوم بشكل كامل.

٥- نص المشرع الإماراتي على حل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية بشكل واضح، اذ جعل القانون الإماراتي دائما هو القانون المختص بمسائل عديم الجنسية.

٦- وضع المشرع الإماراتي استثناء هاما على القانون الواجب التطبيق في مسالة الوصية، والتي تشير القاعد العامة فيه الى اختصاص قانون جنسية الموصي، حيث تستبعد

هذه القاعدة اذا كان الوصى به عقارات كائنة في دولة الإمارات العربية المتحدة، اذ يصبح القانون الإماراتي هو القانون الواجب التطبيق.

٧- تبنى المشرع الإماراتي فكرة الإحالة من الدرجة الأولى فقط، حيث يؤخذ بها اذا اشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق الى اختصاص القانون الوطني الإماراتي.

٨- تميز المشرع الإماراتي في موضوع التفويض، فقد بين الطريقة التي يتم بها تحديد الشريعة المختصة في الدول المتعددة الشرائع، في حالة عدم وجود حل في قواعد التنازع الداخلية لتلك الدولة، حيث يطبق قانون الشريعة الغالبة او قانون الموطن حسب الأحوال.

ثانيا: التوصيات:

١- نوصي المشرع الإماراتي بالغاء نص الفقرة(٢) من المادة (١٨) من قانون المعاملات المدنية، التي تنص على جعل مسالة التكييف تخضع لقانون موقع المال، وذلك عندما يراد تحديد طبيعة المال ما اذا كان عقارا او منقولا، والإكتفاء بنص المادة العاشرة التي تخضع التكييف لقانون القاضي المرفوع امامه النزاع.

٢- نوصي المشرع الإماراتي بالغاء عبارة "شكلا " الواردة في نص المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاعات التعاقدية، وايراد فقرة جديدة تحدد القانون الواجب الطبيق على شكل العقد الدولي يتوخى فيها التيسير على الأطراف، وذلك عن طريق منح القاضي سلطة الإختيار بين اكثر من ضابط اسناد.

٣- نوصي المشرع الإماراتي باعادة النظر في نص المادة (٢٤) من قانون المعاملات المدنية، المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسيات، اذ لابد من تعديله، وذلك اما باعادة العبارة كما وردت في اغلب التشريعات العربية " تعين المحكمة القانون الواجب التطبيق في حال....."، وهذا هو الأفضل، او انه يتم تصحيح الخلل اللفظي بالغاء الإستثناء الوارد على النص، اذ لا فائدة عملية منه.

٤- نوصي المشرع الإماراتي بحسم موضوع تحديد طبيعة القانون الأجنبي، وذلك من خلال ايجاد نص يحدد هذه الطبيعة، حتى لا تحدث تعارضات في احكام المحاكم، وحبذا لو

تبنى المشرع الإماراتي اتجاه الراي الراجح من الفقه، الذي يعد القانون الأجنبي قانون ملزم مثله مثل القانون الوطني فيتعين على القاضي اثباته.

٥- نوصي المشرع الإماراتي بتعديل الإستثناء الوارد في الفقرة(٥) من المادة (١٧) من قانون المعاملات المدنية المتعلق بالوصية، بحيث يكون النص المقترح كما يلي :" على ان قانون الدولة التي توجد بها العقارات هو الذي يسري في شان الوصية المتعلقة بتلك العقارات"، دون قصره على العقارات الكائنة في الإمارات العربية المتحدة فقط.

قائمة المصادر

اولا : المؤلفات القانونية:

١- احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الثالثة ،عام ٢٠١٢م.

٢- احمد محمود الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية ،دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، عام٢٠٠٤م.

٣- حسن الهداوي، تنازع القوانين ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٣، عمان، الأردن، عام ٢٠٠٧م .

٤- عاطف عبد الحميد ندا، الفكرة المسندة في قاعدة "خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل ابرامها" دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.

٥- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام ١٩٨٦م.

٦- عكاشة عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، عام ١٩٩٨م.

٧- عوض الله شيبة الحمد السيد، احكام تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي، مطابع البيان التجارية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، عام ٢٠٠١م.

٨- غالب علي الداوودي، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، عام ٢٠٠٥م.

٩- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، عام ٢٠٠٩م.

ثانيا: الرسائل العلمية:

١- العقون الأخضر، التنازع الإيجابي والسلبي بين الجنسيات، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، مقدم الى معهد الحقوق والعلوم الساسية والإدارية في جامعة الجزائر، عام ١٩٧٧م.

٢- كريم مزعل شبي، التكييف في تنازع القوانين " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، جمهورية العراق، عام ١٩٩٢م.

٣- مهند خالد الصرايرة، ازدواج الجنسية في القانون الأردني -دراسة مقارنة- مع القوانين العربية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات القانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، عام ٢٠٠٥م.

ثالثا: التشريعات القانونية:

١- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، المعدل بالقانون الإتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م.

٢- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٣- قانون الأحوال الشخصية الإتحادي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م .

٤- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م .

٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .

٦- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١م وتعديلاته .

الملخص

نتناول في هذه الدراسة بعض قواعد الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونركز على شرح القواعد التي ابتدع فيها المشرع الإماراتي ابتداعات معينة، تظهر شخصيته وتميزه عن غيره من المشرعين الذين استقى منهم المشرع الإماراتي قواعد الإسناد.

وقد ناقشنا الجوانب الإيجابية التي جعلت بعض قواعد الإسناد الإماراتية تتميز على التشريعات العربية الأخرى المشار اليها في الدراسة، والتي تمنينا عليها ان تحذو حذو المشرع الإماراتي .

بالإضافة الى مناقشة الجوانب السلبية والتي بدورها ادت الى وجود عيوب في بعض قواعد الإسناد الإماراتية، والتي تمنينا على المشرع الإماراتي تعديلها من اجل تلافي تلك العيوب، للوصول الى قواعد اسناد مثالية تحقق العدالة والتمييز في تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات ذات العنصر الإجنبي.

پوختە

چارەسەرە تازەگەریەکان لە بنەما یەکلایکەرەوەکانی ئیماراتی لە نێوان ئەرێنی نەرێنیدا

لەم توێژینەوەدا باسمان لە هەندێ بنەمای یەکلایکەرەوە کردووە لە یاسای مامەڵەی شارستانی ئیماراتی، وە باسەکەمان چڕ کردۆتەوە لەو بنەمایانەی کە یاسا دانەری ئیماراتی تازەگەری وداهێنانی تێدا کردووە جیاواز لەو یاسادانەرانەی کە بنەماکانی لێیانەوە هەڵهێنجاندووە.

وە گفتوگۆمان لە لایەنە ئەرێنیەکانی هەندێ بنەمای یەکلایکەرەوەی ئیماراتی کردووە کە جیاوازە لەو یاسا عەربیانەی لە توێژینەوەکەدا هاتووە، بەو هیوایەی رێچکەی یاسای ئیماراتی بگرنەبەر.

سەرباری ئەوەی باسمان کرد، گفتوگۆ لە لایەنە نەرێنیەکانی کراوە کە بە کەم وکوڕی دائەنرێت بۆ هەندێ لە بنەما یەکلایکەرەوەکانی ئیماراتی، بەو هیوایەی یاسادانەری ئیماراتی بە هەند وەریان بگرێت بۆ نەهێشتنی ئەو کەم وکوڕیانە بۆ گەیشتن بە بنەمایەکی نموونەیی دادپەروەرانە لە دیاری کردنی ئەو یاسایەی دەبێت جێبەجێ ببێت بەسەر ئەو ناکۆکیانەی کە ڕەگەزی بیانی تێدایە.

Abstract

Solutions developed in the UAE attribution rules between positive and negative

We address in this study some rules of attribution contained in civil transactions law of the United Arab Emirates، and concentrate on explaining the rules that created the United Arab Emirates legislature certain innovations، showing his character and distinguishes it from other legislators who drew them the United Arab Emirates legislature rules of attribution.

We discussed the positive innovations that made some rules of attribution، the United Arab Emirates is Arabic legislation referred to in the study، and that we should follow the example of the legislator.

In addition to discussing the negative innovations، which in turn led to the flaws and weaknesses in certain rules of attribution of United Arab Emirates، which hoped the United Arab Emirates legislature amended to avoid those flaws and weaknesses، to the rules of attribution of perfect justice and discrimination in determining the applicable law in disputes with a foreign element.