موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد

دراسة قانونية تحليلية مقارنة

إعداد:

دكتور: جودة إبراهيم محمد النور رحمة

استاذ مشارك – كلية القانون

جامعة الجزيرة – السودان

Joda45456@gmail.com

Tel: 00249123200029

الملخص:

تكمن أهمية هذا البحث لتعدد موضوعات القانون الخاص صورة مطردة، لذا هدف 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 أخري، ، 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. وقد أوصى البحث بالآتي: نأمل من المشرع مراجعة القوانين الخاصة بقواعد الإسناد بصورة دورية، عدم الأخذ بالإستثناء الذي قال به (بارتان) فيما يخص تكييف الأشياء فيما إذا كانت عقارية أومنقولة، يتم تعيين قاعدة الإسناد والتي بدورها تعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية –إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة .

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. The research recommended the following: We hope that the legislator will review the laws pertaining to the rules of attribution periodically, not to take into account the exception made by (Bartan) with regard to the conditioning of things whether they are real estate or movable. If this last law does not take a referral.

مقدمة:

لكل دولة نظام قانوني خاص بها تمارسه في إقليمها ، إذ أن التعالم يتكون من نظم قانونية مختلفة ، كل منها يعالج نفس الروابط وهي لا تخرج من مظاهر الحياة الإنسانية من زواج ووفاة 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 أخري 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 جاءت في القانون السوداني[1] : لا تسري أحكام المادة (11) إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في

---

[1] لمادة 12 من قانون المعاملات السوداني

السودان يتعارض معها وتنظيم الوسائل الفنية التي تعالج بها مشكلة التنازع كالتكييف والإحالة والتفويض[1] .

ولم يغفل المشرع السوداني حالة قصور هذه النصوص عن الوفاء بتنظيم جميع مسائل التنازع لذا أفسح المجال لمبادئ القانون الدولي الخاص (المادة 13) .

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؟

اهداف البحث:

1-التعرف على الوسائل الفنية لقواعد الإسناد.

[1] مواد القانون السوداني (المادة11) (المادة1/16) (المادة15) على لاترتيب

2- معرفة أسباب ظهور الوسائل الفنية.

3-إبراز تكييف تلك القواعد في ضوء القانون السوداني.

منهج البحث:

يسعى الباح لاتباع المنهج التاريخي الوصفي التحليلي الاستقرائي.

المبحث الأول

التكييف

المطلب الأول: تعريف التكييف:

الفرع الأول: تعريف التكييف

التكييف هو تحديد الوصف القانوني ، وهو في تنازع القوانين يقصد به : تحديد الوصف القانوني فلا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقم 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] .

لذا فالتكييف عملية لازمة لابد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات مدنية أم جنائية أم لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف القانوني (التكييف) لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني أو الجنائي ومثاله فيما يخص العقد لابد من أن يكيف هذا العقد ما إذا كان عقد بيع أم إيجار ويطبق بعدها الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلاً إذا إستنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع[2] .

---

[1] د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، ط٢ ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٧ -١٩٤٨ ، ص ٥٢٢

[2] د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٧

في حين إن هدف 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[1] هو تفسير العلاقة القانونية أو تشخيصها ، أي تحديد مفهومها المجرد وبواسطة التكييف تهتدي المحكمة إلى حكم القانون الذي يجب أن يحكم هذه العلاقة .

فمن المعروف أن قواعد أي نظام قانوني في دولة يرتب تحت عدة أقسام قانونية بعضها يخصص 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 حينئذٍ ترجع المحكمة إلي 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 الأمر ليس بهذه البساطة في كل الأحوال إذ قد يتدخل في نزاع معين أكثر من صنف من أصناف القانون ، وبالتالي يصعب

---

[1] يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه Rabbei the confilt of lawacarnperative study . voll . pp 131-133 – 1958 Ann Arbor USA . أشير في ممدوح عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص266 .

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 أخري .

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 أولا طبيعة المسألة المعروضة لتتبين ما إذا كانت مسألة أهلية تخضع لقانون الجنسية أم مسألة شكل يرجع في شأنها لقانون بلد الإبرام .

وتظل المشكلة قائمة حتى بعد معرفة أن مسألة ما تخضع الي قانون معين ، إذ أن تحديد طبيعة المسألة يستلزم بالضرورة الرجوع الي قانون معين فما هو هذا القانون ؟ هل هو قانون المحكمة ومن ثم ترجع المحكمة له لتستخلص فكرة الأهلية وفكرة شكل التصرف أم ترجه المحكمة إلى القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه ، أم تسترشد المحكمة بالقانون المقارن. ذهب الفقهاء باتجاهات مختلفة لمعالجة هذه المشكلة وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : إخضاع التكييف لقانون القاضي :

أول من نادي بهذا الرأي الفقيه الفرنسي بارتان[1] والذي يقول في النظرية التي تحمل اسمه : أن القاضي في التكييف عليه أن يرجع

[1] د. هاشم على صادق ، المرجع السابق ، ص 111 ، وما بعدها د. كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص397 .

إلـــى قانونـــه ، فـــإذا كـــان القاضـــي ســـوداني فانـــه يرجـــع إلـــي القـــانون السوداني في تعريف الأهلية ثم يقوم بتطبيقه على النزاع .

أسَّـــس الفقيـــه بارتـــان نظريتـــه علـــى أســـاس فكـــرة الســـيادة باعتبـــار أن قاعـــدة الإســـناد ترســـم حـــدود السياســـة التشـــريعية للدولـــة وبالتـــالي إذا أشـــارت هـــذه القاعـــدة بتطبيـــق قـــانون أجنبـــي فإنهـــا تكـــون قـــد انقضـــت مـــن ســـيادة القـــانون الـــوطني لصـــالح القـــانون الأجنبـــي ، وجـــدت النظريـــة التأييـــد مـــن أغلـــب الفقهـــاء[1] ، إلا أن هـــذا التأييـــد كـــان علـــى أســـاس مختلـــف أي لـــيس علـــى أســـاس فكـــرة الســـيادة يـــذهب رأى الفقـــه الغالـــب إلـــي أن تطبيـــق القـــانون الأجنبـــي لا يعـــد انتقاضـــا مـــن الســـيادة الوطنيـــة بل هو تعبير عن هذه ونزول على أمر المشترع الوطني .

1- التكييـــف عبـــارة عـــن تفســـير لقاعـــدة الإســـناد الوطنيـــة ومـــن الطبيعي أن يخضع لقانون القاضي .
2- بـــالنظر إلـــى الناحيـــة العمليـــة : إخضـــاع التكييـــف لقـــانون القاضـــي عمليـــة ميســـرة للقاضـــي لعمليـــة بقـــوانين دولتـــه بالإضـــافة إلـــي تـــأثير القاضـــي بالنظـــام القـــانوني لدولتـــه ككـــل مـــن قـــوانين ومبـــادئ مستقرة مما يؤثر قطعاً فيه وهو يقوم بعملية التكييف .

وفقـــاً لهـــذه النظريـــة تكـــون عمليـــة التكييـــف فـــي جميـــع الحـــالات وفقـــاً لقـــانون القاضـــي ماعـــدا وصـــف الأمـــوال إذ يرجـــع فـــي شـــأنها إلـــي قـــانون الموقـــع ، ولعـــل القصـــد مـــن الاســـتثناء هـــو اســـتقرار العمـــلات وتســـهيل تنفيـــذ الأحكـــام الأجنبيـــة . اســـتندت النظريـــة لفكـــرة الســـيادة علـــى قضـــيتين

[1] هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص123 .

شـــهيرتين نعمـــد هنـــا بوضـــعهما لبيـــان أســـاس النظريـــة وكنمـــوذج عملـــي يبين كيفية قيام المحكمة بعملية التكييف .

أولاً: قضية ميراث المالطي :

وقـــائع القضـــية فـــي أن زوجـــين مـــن جزيـــرة مالطـــا جعـــلا مـــن الجزائـــر وطنـــاً لهمـــا (كانـــت الجزائـــر حينهـــا تابعـــة لفرنســـا) تملـــك الـــزوج فيـــه بعـــض العقـــارات وتـــوفي فيهـــا . طالـــب الزوجـــة بحقهـــا فـــي هـــذه العقـــارات أمـــام محكمـــة جزائريـــة مســـتندة علـــى قاعـــدة تعـــرف بنصـــيب الـــزوج المحتـــاج في القانون المالطي.

كان للمحكمة خيارين لتكييف هذه الواقعة :

الخيـــار الأول : تأخـــذ بقـــانون الجنســـية وبالتـــالي تطبـــق قـــانون الـــزوجين أي القانون المالطي .

الخيـــار الثـــاني : أن تطبـــق القـــانون الفرنســـي وهـــو قـــانون موقـــع العقـــار (دولة الجزائر وهي تتبع لفرنسا) .

أخـــذت المحكمـــة بقـــانون القاضـــي أي قـــانون موقـــع العقـــار الـــذي هـــو القـــانون الفرنســـي ، وقـــد بحثـــت المحكمـــة إن كانـــت قاعـــدة " نصـــيب الـــزوج المحتـــاج" معروفـــة فـــي القـــانون الفرنســـي وتوصـــلت إلـــي أن هـــذه القاعـــدة غيـــر موجـــودة وبالتـــالي رفضـــت المحكمـــة دعـــوى الزوجـــة .وبـــالطبع كـــان الحكـــم ســـوف يكـــون مختلفـــاً إذا اختـــارت الخيـــار الأول(قـــانون الجنســـية) أي القـــانون المـــالطي فحينهـــا كانـــت ســـوف تحكـــم بأحقية الزوجة للميراث استناداً للقاعدة المذكورة .

ثانياً: قضية وصية الهولندي :

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

هناك فرضان أمام المحكمة :

الفرض الأول : اعتبار الدعوى مرتبطة بالميراث وهذا يعني أن تأخذ المحكمة بقانون الجنسية – لماذا لأنها مرتبطة بالأحوال الشخصية .

الفرض الثاني : اعتبار الدعوى مرتبطة بالوصية (تصرف قانوني مرتبط بإعمال الإرادة)

أخذت المحكمة بالفرض الثاني باعتبار أن الدعوى عبارة عن وصية والقانون الفرنسي يجيز الوصية العرفية ، حيث كيفت 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 كيفت 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 .

هـب أننـا فرضـنا فرضـاً ثالثـاً وعرضـت القضـية أمـام محكمـة بولنديـة هنـا تقضـي المحكمـة بـبطلان الوصـية تأسيسـاً علـى أن القـانون البولنـدي يحـرم إجـراء الوصـية بالشـكل العرفـي أي أنهـا كيفيـة المسـألة باعتبارهـا مرتبطـة بالأهليـة ، والأهليـة – طبقـاً لقواعـد الإسـناد– تخضـع لقـانون الجنسـية أي تتبـع البولنـدي فـي الخـارج وبالتـالي تحكـم المحكمة البولندية بإبطال الوصية[1] .

الفـرع الثـاني : إخضـاع التكييـف للقـانون المقـارن وإخضـاعه لعلـم القانون:

أولاً: إخضاع التكييف للقانون المقارن :

يـري الـبعض ومـنهم الفقيـه الألمـاني رابـل بوجـوب عـدم التقييـد فـي التكييـف بقـانون دولـة معينـة إنمـا يكـون الرجـوع إلـي قواعـد تتفـق مـع طبيعـة المسـألة محـل التكييـف علـى أسـاس مفهـوم عـالمي موحـد وذلـك بإعمال القانون المقارن .

ثانياً: إخضاع التكييف لعلم القانون :

يـري الفقيـه الإيطـالي (كـودي) أن التكييـف عمـل فقهـي لا يصـح الرجـوع بشـأنه إلـي قـانون وضـعي سـواء كـان قـانون القاضـي أو أي قـانون آخـر وحجتـه تتمثـل فـي أن التكييـف عبـارة عـن تصـنيف للقواعـد القانونيـة والعلاقـات القانونيـة بغـرض إدخـال كـل منهـا فـي إطـار فكـرة مسـندة معينـة ، لـذا يـري أن التكييـف مسـألة علميـة مجـردة عـن تصـور القـوانين الوضـعية للـدول ، وبالتـالي يكـون للتكييـف مفهـوم عـالمي

[1] قصد المشرع البولاندي الي حماية الموصي من خلال اشتراطه شكلاً معيناً لصالح الوصية .

موحد مثله مثل المصطلحات العلمية الأخرى الموجودة في مختلف فروع العلم ، 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

الفرع الثالث : 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[1] .

ثانياً: التكييف وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني :

نجد في نص 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) .

ويبدو للناظر أن القانون السوداني قد حسم صراحة المسألة بأخذه لنظرية بارتان بإخضاع التكييف لقانون القاضي كغيره من قوانين الدول العربية .

---

[1] د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 126 ، راجع اتجاهات الفقه ، د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 109 وما بعدها .
المادة (1) من القانون المدني المصري ، القانون السوري (المادة11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .

وهـذه الصـراحة فـي الـنص منتقـدة فـي رأينـا لأنهـا تسـحب مـن القضـاء فرصة قد يستجد من أمور فقهية .

ولعـل لنـا تلمسـاً آخـر فـي الـنص المـذكور واجتهـاداً خاصـاً فيـه خلافـاً لما ذهب إليه العض[1] نضعه في النقاط التالية :

1- هـذا الـنص عـام ربمـا أراد بـه المشـترع السـوداني إظهـار وتأكيـد أن قـانون المعـاملات المدنيـة هـو القـانون العـام بالنسـبة لجميـع المعـاملات هـذا إذا وضـعنا فـي الاعتبـار الظـروف التـي كانـت محيطـة بـه حـين صـدور القـانون فـي ظـل وجـود عـدة قـوانين خاصـة متعلقـة بالمعـاملات مثـل قـانون الشـركات وقـوانين الأحـوال الشخصـية وغيرهـا مـن القـوانين ، لـذا أراد المشـترع أن يجعـل مـن هـذا القـانون قانونـاً عامـاً لجميـع المعـاملات فجـاء فـي فاتحـة موضـوعاته بـنص عـام يقضـي بـأن هـذا القـانون هـو المرجـع لكافـة المعـاملات (المـادة10) حـال تعارضـه مـع القـوانين الداخلية المشار إليها .

2- ونعتقـد أن المشـرع السـوداني لـم يقصـد بـنص المـادة 10 المـذكورة حسـم مشـكلة التكييـف علـى وجـه الدقـة ، حيـث نـرى أن المشـرع قصـد بعبـارة "هـذا القـانون" أن قـانون المعـاملات المدنيـة هـو المرجـع بالنسـبة للقـوانين الداخليـة الأخـرى . وحتـى لـو سـلمنا أن المشـرع أشـار إلـى خضـوع التكييـف إلـى هـذا القـانون فـان عبـارة هـذا القـانون يقصـد بهـا النظـام القـانوني للدولـة ككـل والتـي

[1] راجع د. شريف شيخ ادريس ، المرجع السابق، ص114 ، الاستاذ/ عباس بشاشة ، المرجع السابق ، ص9 ،د. عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 43-45

من ضمنها المبادئ العالمية المستقرة متى كانت لا تخالف الشريعة الإسلامية .

3- بالنظر إلى المادتين 12، 13 من قانون المعاملات المدنية يتضح 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 .

4- نلاحظ كذلك أن القانون السوداني لم يستثني الأموال من الخضوع لقانون القاضي كما تقضي بذلك نظرية بارتان وقوانين الدول[1] التي تؤيد النظرية مما يرجح أن القانون السوداني لم يأخذ بنظرية بارتان أصلاً وبالتالي لم يكن في حاجة لوضع هذا الاستثناء .

[1] راجع نص المادة 1/17 من القانون المدني العراقي ، وكذلك القانون المدني المصري .

المبحث الثاني

الإحالة

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

تمهيد:

اختلاف قواعد الإسناد في كل دولة – الذي يسمى الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد – كان السبب الرئيسي لظهور الإحالة كوسيلة فنية لتنازع القوانين .

حيث لكل دولة اعتباراتها الخاصة في تنظيمها لهذه القواعد ، فمثلاً نجد الأهلية تحكم بالجنسية وفقاً لقواعد الإسناد في القانون السوداني في حين أنها تحكم بقانون الموطن طبقاً للقانون الانجليزي .

الثابت بأن قانون أي دولة يتكون- عند النظر إليه من وجهة القانون الدولي الخاص- من نوعين من القواعد .

قواعد موضوعية مباشرة تنهي النزاع ، وقواعد إسناد تشير إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق[1] .

والإحالة أعني بمصطلحِ الإحالةِ بالإشارةِ ، ولا ضيرَ في ذلك من النّاحية اللُّغوية المحضة، بيد أنّه قد يسبّب مشكلة اصطلاحية ومنهجية، لالتباسه بما يعرف في العربية بأسماء الإشارة التي هي أداة من أدوات الإحالة، ومن هنا يمكنُ القولُ بأنّ العلاقةَ بينَ الإحالةِ والإشارةِ علاقةُ عامّ بخاصّ، إذ كلُّ إشارةٍ إحالةٌ وليست كلُّ إحالةٍ إشارةً[2].

---

[1] 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

[2] الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني ، د. أنس بن محمود فجّال ، رسالة دكتوراه ، 1429 هـ ، ص 128 .

يقتضي بيان مفهوم الاحالة تتبع التعريف بها ومن ثم نطاق عمل الاحالة واخيرا التنظيم القانوني لها :

المطلب الأول: تعريف الاحالة

بدءً ان الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول وهذا يعني اذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع تقر نفس الحكم الذي تقرره 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 متشابه ومن ثم لا تظهر فيها مسالة 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[1] :

تتلخص 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 .

[1] د. شريف شيخ إدريس ، المرجع السابق ص117.

المطلب الثاني: المبادئ التي تثيرها القضية الإحالة ودرجاتها:

يمكن إبرازها من خلال ميدانين:

الفـــرع الأول: تنظـــيم التوريـــث فـــي القـــانون الفرنســـي والقـــانون البافـــاري .

بموجـــب القـــانون الفرنســـي يـــنظم التوريـــث بحســـب قـــانون الجنســـية أو المـــوطن الأصـــلي ، هـــذا يعنـــي أن القـــانون المخـــتص هـــو القـــانون البافاري ، وماذا عن القانون البافاري في شأن التوريث ؟

القانون البافاري يورث الأخوة باعتبارهم من الحواشي .

المشـــكلة مازالـــت قائمـــة لأن القـــانون البافـــاري فـــي قواعـــد إســـناده يـــنص بـــأن الميـــراث فـــي الأمـــوال المنقولـــة يخضـــع لقـــانون محـــل وجودهـــا أو محـــل إقامـــة المتـــوفى ، إذن الحـــل فـــي الإحالـــة إلـــى القـــانون الفرنســـي باعتبـــار فرنســـا محـــل للمنقـــولات ومحـــل إقامـــة فـــورجر عنـــد وفاتـــه ، أي يمكـــن القـــول أن الاختصـــاص ارتـــد إلـــي القـــانون الفرنســـي والـــي قواعـــد الميراث فيه .

مـــاذا عـــن التوريـــث فـــي التوريـــث فـــي القـــانون الفرنســـي ؟ يقضـــي القـــانون الفرنســـي بـــأن الحكومـــة الفرنســـية هـــي التـــي تـــرث المتـــوفى الـــذي لا وارث لـــه ولا يـــورث الحواشـــي فـــي هـــذا القـــانون . وهـــذا مـــا توصـــلت إليـــه محكمـــة الـــنقض الفرنســـية متخـــذة وســـيلة الإحالـــة ســـبيلا لهـــذا الحكـــم . مـــن القضـــية المـــذكورة يمكـــن اســـتنباط عـــدد مـــن الأمثلـــة التوضـــيحية مـــن واقع القانون السوداني .

مثـــال : إذا عرضـــت قضـــية علـــى المحـــاكم الســـودانية فـــي نـــزاع حـــول تركة عقارية لفرنسي وكان موقع العقار في السودان .

البحث يثور حول معرفة الواجب التطبيق .

الحـــــل :

- القـــانون الســـوداني يقضـــي بـــأن التركـــة تخضـــع لقـــانون المـــورث (المـــادة10/11) ، وهـــذا يعنـــي أن قواعـــد الإســـناد فـــي القـــانون السوداني أشارت إلى القانون الفرنسي .
- القـــانون الفرنســـي بـــدوره يقضـــي بـــأن التركـــة تخضـــع لقـــانون موقـــع العقار(أي القانون السوداني) .

إذن هنالك فرضين لحل القضية من قبل المحكمة السودانية هما :

1-**الفـــــرض الأول** : تطبيـــق القـــانون الســـوداني ، أي بمعنـــي آخـــر تطبيـــق القواعـــد الموضـــوعية المباشـــرة فـــي القـــانون الفرنســـي دون قواعـــد الإســـناد ، وهـــذا يعنـــي بـــأن المحكمـــة الســـودانية رفضـــت الإحالة .

2-**الفـــــرض الثـــــاني** : تطبيـــق القـــانون الفرنســـي فـــي مجموعـــة بشـــأن التركـــة ، ومنهـــا قواعـــد الإســـناد وبالتـــالي تطبيـــق قـــانون موقـــع العقار أي القانون السوداني (أي رد الاختصاص) .

وهـــذا يعنـــي – عكـــس الفـــرض الأول – حصـــول الإحالـــة مـــن القـــانون الفرنسي إلي القانون السوداني وتكون المحكمة أخذت بالإحالة .

صـــفوة القـــول : إذا أخـــذ قـــانون معـــين بالتفســـير الـــذي بمقتضـــاه يرجـــع القاضـــي إلـــي القواعـــد الموضـــوعية فـــي القـــانون المخـــتص دون غيرهـــا يقـــال أن القـــانون رفـــض الإحالـــة ، وإذا أخـــذ بالتفســـير الـــذي بمقتضـــاه ينظـــر القاضـــي إلـــى القـــانون المخـــتص باعتبـــاره مجموعـــة واحـــدة (قواعـــد موضوعية + قواعد إسناد) يقال أن القانون المعين قبل الإحالة .

الفرع الثاني: 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[1] (إحالة من الدرجة الثالثة) وهكذا ....

مثـــــال :

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 تُحِيل 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 ؟

[1] تعرف درجة الإحالة بأعمال المعادلة التالية : عدد الدول المحال إليها -1 = درجة الإحالة .

الحـــل :

بموجـــب قواعـــد الإســـناد الســـودانية فـــإن المحكمـــة تحـــتكم إلـــي القـــانون الانجليزي باعتباره قانون الجنسية (المادة10/11)

- القـــانون الانجليـــزي بقواعـــد إســـناده يحيـــل الأمـــر إلـــي القـــانون الأمريكي باعتباره قانون الموطن .
- القـــانون الأمريكـــي يحيـــل الأمـــر إلـــي القـــانون الفرنســـي باعتبـــاره قانون مكان وجود الأموال .
- والقـــانون الفرنســـي قـــد يحكـــم فـــي هـــذا النـــزاع أو قـــد يحيـــل الأمـــر مـــرة أخـــرى إلـــى القـــانون الإنجليـــزي باعتبـــاره القـــانون الشخصـــي أو قانون جنسية الموصي .

هكـــذا تتعاقـــب هـــذه الإحـــالات وتتعـــدد ويختلـــف موقـــف التشـــريعات بالأخـــذ بالإحالـــة أو عـــدم الأخـــذ بهـــا وتختلـــف كـــذلك عنـــد أى درجـــة مـــن هـــذه الـــدرجات المتعـــددة تقـــف ، وذلـــك وفقـــاً لتـــرجيح كـــل تشـــريع لمزايـــا أو عيوب هذه الوسيلة .

المطلـــب الثالـــث: تقـــدير نظريـــة الإحالـــة وموقـــف القـــانون الســـوداني من الإحالة:

الفرع الأول: تقدير نظرية الإحالة

إذا نظرنـــا للإحالـــة فـــي القـــوانين المقارنـــة[1] نجـــد أن كثيـــر مـــن الـــدول تأخـــذ بهـــا ، كالقـــانون الأمريكـــي والانجليـــزي والألمـــاني والسويســـري واليابـــاني وفـــي المقابـــل هنالـــك عـــدد مـــن الـــدول تـــرفض الأخـــذ بالإحالـــة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي .

[1] القضاء لأمريكي يميل إلى رفض الإحالة ، أنظر بالتفصيل موقف القانون المقارن ، د. عبد الحكيم مصطفي ، المرجع السابق ، ص46 وما بعدها .

أولاً : مزايا الإحالة :

يري أنصار الإحالة في الأخذ بها عدة مزايا منها :

1-تؤدي الإحالة إلى تعميم الحلول وتوحيدها .

2-بالنظر إلى الإحالة باعتبارها متعلقة بتنازع 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 .

3-الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ثانياً : عيوب الإحالة :

1- يرون العمل بالإحالة لا يؤدي إلي توحيد الحلول ، لأن الإحالة أساساً قائمة على اختلاف قواعد الإسناد .

2-قواعد الإسناد هي قواعد وطنية وعندما تشير هذه القواعد إلي تطبيق قانون أجنبي معين فانه يقصد بالقواعد القواعد الموضوعية لا قواعد الإسناد لأن القواعد الموضوعية هي التي تعكس صفة الوطنية .

الفرع الثاني: موقف القانون السوداني من الإحالة :

القانون السوداني رفض الأخذ بالإحالة[1]:

(إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)

---

[1] المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني

ولعل موقف القانون السوداني ينسجم إلي 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 . ونضيف أنه 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 إلي قوانين أخري ، 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 نري 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 .

المبحث الثالث

التفويض (الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع)

المطلب الأول: تعريف التفويض

التفـويض لغـة:تفويض هـو إيكـال فعـل الشـيء إلـي الآخـرين علـي وجـه الاسـتقلال فـي التصـرّف دون أن يكـون للمفـوّض (بكسـر الـواو) سـلطان فـي فعـل المفـوَّض إليـه (بفـتح الـواو) ، وورد: فـوّض إليـه الأمر: "صيّره إليه وجعله الحاكم فيه"[1].

التفـويض عمليـة يـتم فيهـا مـنح طـرف آخـر صـلاحيات التصـرف للقيـام بأنشـطة معينـة خـلال فتـرة محـددة مـع بقـاء المسـؤولية علـى الشـخص المفـوض، وهـو مفهـوم إداري يـتم مـن خلالـه تخويـل المـرؤوس لإنجـاز مهـام محـددة بهـدف تخفيـف الأعبـاء التـي علـى عـاتق القائـد أو المدير.

التفـويض أحـد أهـم المهـارات الإداريـة المسـاعدة علـى تـوفير الوقـت وتطـوير قيـادات الصـف الثـاني. سـوء اسـتخدام التفـويض يحقـق نتـائج عكسية، ويسبب إحباط وفشل في تحقيق الغرض الرئيسي منه.

لا يكـون التفـويض فعـالاً إلا إذا تـم تفـويض مهـام محـددة وقابلـة للقيـاس ومتفـق عليهـا مـن الطـرفين، وأن تتسـم بالواقعيـة وتُقيـد بـزمن محـدد ولا تتعـدى الإطـار الأخلاقـي، ويـتم تـدوينها وتوثيقهـا بشـكل رسمي.

وتبـدأ عمليـة التفـويض مـن خـلال تحديـد المهمـة المـراد تفويضـها، ومـن ثـم اختيـار الشـخص الـذي سـيتم تفويضـه أو حتـى الفريـق، ويليهـا تقيـيم القـدرات والاحتياجـات التـي سـوف تمكـن المفـوض مـن تحقيـق المهمـة

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مادة فوض

وإنجازها كما هو مطلوب ومتوقع، ويجب أن تكون أسباب التفويض واضحة لكلا 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 بمعني 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 أخري قد تتعدد الشرائع تعدداً إقليمياً كما هو الحال في الدول الاتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا .

في 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) .

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 .

لكن قد تنعقد المشكلة إذا كان القانون الأجنبي نفسه لا يتضمن قاعدة داخلية وفي هذه الحالة يري الفقه إعمال قواعد الإسناد المستقرة دولياً والتي ترد عادة في قوانين الدول كضابط الموطن ، وضابط محل وقوع الفعل الضار وغيرها من القواعد .

وهنالك 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 طُبقت الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين في حالة تخلف لأحد شروط تطبيق شرائع غير المسلمين[1] (المادة 6 من القانون رقم "462" لسنة 1955م المصري تنص : 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) .

[1] راجع مؤلفات قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في التركيز على الوضع في السودان ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم 1998م ، ص53.

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

(إذا عُرضت في أي دعوى أو أي إجراء أمام المحكمة المدنية مسألة من المسائل المتعلقة بالتركات أو المواريث 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 المادة 6 لتعالج ما يتبع عند غياب النص حيث نصت على : (في المسائل التي لا يحكمها أى 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 .

الخاتمة

وتحتوي على النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

1-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

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

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

4-إن محل التكييف أو ما يرد عليه التكييف كان محلاً لجدل فقهي كبير والرأي الأرجح – حسب إعتقادي – هو أنه واقعة قانونية وهي ما يرتب القانون عليها أثراً وينص عليه في قواعد الإسناد والقول بغير ذلك أوقع البعض في خطأ والبعض الآخر قد تجنب – لدقة الموضوع – الخوض فيه .

5-إن نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي هي النظرية الأرجح لما تتمتع به من مزايا وللحجج التي يستند عليها

القائلون بها وهي نظرية قال بها أكثر الفقه وأخذ بها القضاء في أحكامه وتبنتها غالبية التشريعات .

6-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 ولا دخل لها في تعيين قاعدة التنازع .

7-وعملية 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 أخري .

8-إذا أخذ قانون معين بالتفسير الذي بمقتضاه يرجع القاضي إلي 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 .

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

10- موقف القانون السوداني ينسجم إلي 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)

11- عالج القانون السوداني مسألة التفويض 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) .

التوصيات:

1-نأمل من المشرع مراجعة القوانين الخاصة بقواعد الإسناد بصورة دورية.

2-عدم الأخذ بالإستثناء الذي قال به (بارتان) فيما يخص تكييف الأشياء فيما إذا كانت عقارية أومنقولة

3-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 فجّال ،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 عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، ط٢ ، 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 مصطفي 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 (المادة11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .

2- المادة 12 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 (المادة11) (المادة1/16) (المادة15) على لاترتيب

المراجع الأجنبية والمواقع على الشبكة العنكبوتية:

6- يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه Rabbei the confilt of lawacarnperative study . voll . pp 131-133 – 1958 Ann Arbor USA . أشير في ممدوح عبد الكريم