



جامعة افريقيا العالمية

الدراسات العليا والبحث العلمي والنشر

كلية الشريعة والقانون

قسم القانون الخاص



حل تنازع القوانين بضوابط الإسناد تطبيقاً على

قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م

(دراسة مقارنة)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف:

أ.د/ موسى محمد علي عبدالله

إعداد الطالبة:

أماني احمد الشريف حامد

الخرطوم - السودان

1440هـ - 2019م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إِسْتِهْلَالٌ

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ (13) سورة الحجرات

قال تعالى : ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (8) سورة الممتحنة

عن عائشة رضي الله عنها : (أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي إلى أجل ورهنه درعا من حديد).

أخرجه البخاري في صحيحه

إهداء

إلى روح أبي ، مُلهمنا معاني المثابرة والاجتهاد ، إلى أمي نبع
الحب والرحمة والدعوات المباركة .

إلى زوجي العزيز بحر العطاء ، بلا من ولا أذى ، بلا
كلل ولا ملل .

إلى أحبائي ، فرح الحياة ، أمل المستقبل ، أبنائي .
وإلى أسرتي الكريمة ، أهدي ثواب هذا الجهد .

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، الذي أسبغ علينا نعمه ظاهرة
وباطنة، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه الكرام.

الشكر من قبل ومن بعد لله رب العالمين، الذي شرح
صدري، ويسر أمري حتى أتممت هذا البحث بعونه
وتوفيقه.

ثم الشكر لجامعة أفريقيا العالمية أساتذة وموظفين،
وأيضاً الشكر لكلية الشريعة والقانون، وكل الشكر
والتقدير وأسمى آيات العرفان لشخص البروفسور /
موسى محمد على عبد الله، الذي تشرفت كثيراً بإشرافه
على بحثي ، فكان خير معلمٍ ومعين ، اتسع صدره لكل
استشارة، أوسؤال، أدامه الله شعلة نور في دروب العلم،
وجزاه الله خير الجزاء، كما أزجي الشكر كذلك لدكتور
أحمد الزين أحمد عيسى الذي ما بخل عليّ بخبرته.

وتعجز الكلمات عن وصف امتناني لزوجي العزيز ، فقد
كان سندي الأول ورفيق دربي ومعيني ، فله مني أجزل
الشكر وكل التقدير ، والشكر موصول إلى أمناء مكنتات
إفريقيا العالمية.

مستخلص

تتاول البحث مشكلة تنازع القوانين باعتبارها من أبرز المشاكل الناشئة عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وحلها عن طريق ضوابط الإسناد، في الفقه القانوني تطبيقاً على قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، ومقارنة ذلك بقوانين الشريعة الإسلامية، وذلك في أربع فصول وتسعة مباحث.

هذا البحث له أهمية علمية تكمن في أنه لم تتم دراسته في بحوث مستقلة على الرغم من أهميته الكبيرة، مما أثار رغبة لدي للبحث فيه، ولذلك ومن وجهة نظري يعد هذا البحث جديداً ومساهماً في الحقل العلمي، وأيضاً له أهمية عملية حيث يلفت إنتباه ونظر التشريعيين والقانونيين إلى مراجعة القواعد والنصوص المتعلقة بالقانون الدولي الخاص على وجه العموم، ومسائل تنازع القوانين وضوابط الإسناد بصفة خاصة للتحقق من تغطيتها لكل مسائل تنازع القوانين، ومرونة هذه النصوص بحيث يمكنها مواكبة تطور العلاقات الدولية الخاصة وتوافقها مع الشريعة الإسلامية باعتبار أن الشريعة الإسلامية بخصائصها وسماتها تملك الحلول الشاملة والعادلة لكل خصومة ونزاع.

هدف البحث إلى التعريف بالقانون الدولي الخاص، وبيان أهميته، وبيان مفهوم تنازع القوانين، وطرق حله، والتعريف بضوابط الإسناد وأهميتها في مجال تنازع القوانين، وتوضيح كيفية تناول الشارع السوداني لضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، والتحقق من كفاية ضوابط الإسناد التي نص عليها الشارع السوداني في تغطية كل المسائل الموجودة على ساحة العلاقات الدولية الخاصة، ومرونة تلك النصوص بحيث تواكب ما يستجد من مسائل في إطار تطور واتساع العلاقات الدولية الخاصة، والتحقق من موافقة قانون

المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م للشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وطرق حله ، وإيجاد حل لمشكلة البحث.

تكونت مشكلة هذا البحث من ثلاثة محاور، ملخصها أنّ المشرع السوداني تناول ضوابط الإسناد في نصوص المواد (10-16) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م لحل مشكلة تنازع القوانين، وبإمعان النظر في هذه المواد بدأ لي أنّ ضوابط الإسناد المنصوص عليها قد تكون غير كافية لحل كل الإشكالات التي قد تقع في إطار تنازع القوانين، كما أنّ هذه النصوص في تقديري ربما تتسم بالجمود وعدم المواكبة للتطور التشريعي الذي حدث في منظومة القوانين السودانية، والحاجة العملية التي يتطلبها العصر، إذ لم تتم مراجعة أو تعديل النصوص المتعلقة بتنازع القوانين منذ عام 1984م وحتى الآن، كما أنني لاحظت أنّ هنالك احتمالاً بأنّ بعض هذه النصوص القانونية قد لا تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وحلها عن طريق ضوابط الإسناد، على الرغم من أنّ المصدر التاريخي لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م هو الشريعة الإسلامية.

هذا البحث طرح عدة فروض من أجل حل مشكلة البحث حيث هنالك إفتراض أنّ ضوابط الإسناد المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، غير كافية لمعالجة كل المسائل المتعلقة بتنازع القوانين، كما يُحتمل أنّ تلك الضوابط تتسم بالجمود، ممّا يجعلها غير مواكبة للتطور التشريعي الذي طرأ على منظومة القوانين السودانية، وأيضاً غير مواكبة للمتغيرات في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وأنّ بعض نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتنازع القوانين وحلها عن طريق ضوابط الإسناد مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

تتبعت الباحثة المناهج المناسبة لبحثها وهي: (الوصفي - التحليلي -

الإستنباطي - المقارن).

خُتم هذا البحث بخاتمة تضمنت النتائج، ومن أهمها أن النصوص التي تعالج مشكلة تنازع القوانين في القانون السوداني، جاءت مبعثرة في عدة قوانين، هي قانون المعاملات المدنية لعام 1984م، وقانون الإجراءات المدنية لعام 1983م (تعديل)، لسنة 2009م، وقانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م وأيضاً ضوابط الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، جاءت محدودة جداً ولم تغط أغلب مسائل حالات تنازع القوانين، وهذا الوضع لا يتناسب مع إتساع وتطور العلاقات الدولية الخاصة وأيضاً هذه الضوابط لم يتم تعديلها أو مراجعتها منذ العام 1984م، وأيضاً قانون المعاملات المدنية السوداني لم يتفق مع الشريعة الإسلامية بصورة واضحة ومباشرة، فيما يتعلق بحل تنازع القوانين بضوابط الإسناد، كما أن هنالك إختلاف واضح في طرق حل مشكلة تنازع القوانين في القوانين الوضعية، بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، والشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بالطريقة التقليدية وهي قاعدة الاسناد.

وقد تلت تلك النتائج بعض التوصيات، من أهمها التوصية بالاهتمام بمسألة استنباط الأحكام الشرعية لما يستجد من أحوال، وخاصة أحوال تنازع القوانين، وذلك عن طريق الاهتمام بالفقهاء وتشجيعهم وإشراكهم في العملية التشريعية، ثم صياغة تلك الأحكام صياغة قانونية واضحة محكمة، حتى يسهل على القضاة تطبيقها مباشرة، مما يؤدي إلى سرعة البت في النزاعات وأيضاً مراجعة النصوص التي تتعلق بتنازع القوانين في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م للتأكد من مواكبتها للتطور الذي يطرأ على العلاقات الدولية الخاصة.

Abstract

The research dealt with the problem of conflict of laws as one of the most prominent problems arising from the relations of foreign element, and solved through attribution controls, in the jurisprudence of the application of the Civil Transactions (Sudanese) Act of 1984, and compared with the laws of Islamic law, in four chapters and nine sections

This research is of scientific importance due to the fact that it has not been studied in independent research despite its great importance, which has aroused my desire to research it, and therefore in my view this research is new and contributing to the scientific field, and also of practical importance as it draws the attention and consideration of legislators and law to review the rules and texts relating to private international law in general, and issues of conflict of laws and attribution controls in particular to verify their coverage of all matters of conflict of laws, and the flexibility of these texts so that they can keep pace with the development of private international relations and compatibility with Islamic law, deeming the Islamic law's characteristics and features have just and comprehensive solutions for each dispute and conflict

The aim of this research is to define the international private law, its importance, and the concept of conflict of laws, ways of resolving them, and the definition of attribution controls and their importance in the field of conflict of laws, and clarify how the Sudanese legislation dealt with the attribution controls in the Civil Transactions Act of 1984, and to check the adequacy of the attribution controls provided for Sudanese lawmaker to cover all

the issues on the international relations arena, and the flexibility of those texts to keep pace with emerging issues in the context of the development and expansion of international relations, and the verification of the consent of the Sudanese civil transactions Act of 1984 for the Islamic law in the suspended conflict of laws and ways

.to resolve it, and find a solution to the problem of research
The problem of this research is formed from three axes, summed up that the Sudanese legislator dealt with attribution controls in the texts of articles (10-16) of the Civil Transactions Act of 1984 to solve the problem of the conflict of laws and carefully consider this essential material that attribution controls provided may not be sufficient. These provisions may, in my judgment, be rigid and incompatible with the legislative development that has taken place in the Sudanese legal system, and the practical need of the times. 1984 AD So far, as that I noticed that there is a possibility that some of these legal texts may not be compatible with Islamic law in relation to conflict of laws and its resolution through attribution controls, although the historical source of the Sudanese Civil Transactions Act 1984 is Islamic law

This research put forward several hypotheses to solve the problem of the research where it is assumed that the support controls stipulated in the Sudanese Civil Transactions Act of 1984, are insufficient to address all issues related to the conflict of laws, and it is likely that these controls are rigid, which makes them incompatible with the legislative development of the system of Sudanese laws, as well as not keeping with the changes in the framework of private international relations, and that some provisions of this law with regard to the conflict of laws and resolved through attribution controls contrary to the provisions of Islamic law

The researcher followed the appropriate methods for her
.research: (descriptive - analytical - deductive – comparative
This research is completed with the conclusion that included the
results, and among the most important of that conclusion is that the
texts dealing with the problem of conflict of laws in Sudanese law,
were scattered in several laws, the Civil Transactions Act of 1984,
and the Civil Procedure Act of 1983 (amendment), for the year
2009, and the law of fundamental judicial rulings of 1983, as well
as the support controls contained in the Civil Transactions
(Sudanese) Act of 1984, were very limited and did not cover most
of the cases of conflicts of laws, this situation is not commensurate
with the expansion and development of private international
relations and also these controls have not been modified or revised
since 1984. More so, the Transactions Act there is a clear
difference in the ways of solving the problem of conflict of laws in
common law, including the Sudanese Civil Transactions Act of
1984, and Islamic law, most especially when it is related to the
.traditional system and that is the principle of control
These results were followed by some recommendations, the most
important of which is to give attention to the issue of devising legal
provisions for new situations, especially those of conflict of laws,
by paying attention to the jurists, encouraging them and involving
them in the legislative process directly, leading to a rapid decision
on the dispute and also a review of provisions relating to conflict
of laws in the civil transactions Act of 1984 to make sure to keep
pace with the evolution that occurs peculiar to international private
.relations

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	الرقم
الفصل الاول اساسيات البحث		
1	تمهيد وتقسيم	.1
9-1	المبحث الاول : مقدمة البحث واسباب اختيار الموضوع واهميته ،واهدافه ومشكلته ، واسئلته ، فروضه ، منهجه ، حدوده ، وسائله وأدواته ومصطلحاته .	.2
25-10	المبحث الثاني : الدراسات السابقة ومساهمة موضوع البحث في مجال الفكر الإنساني، هيكل البحث	.3
الفصل الثاني		
مفهوم ونشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي		
26	تمهيد وتقسيم	4
37-26	المبحث الأول : مفهوم تنازع القوانين في اللغة والإصطلاح القانوني والإصطلاح الشرعي - أوجه التشابه والاختلاف في المفهوم بين الاصطلاحات .	5
52-38	المبحث الثاني : نشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي .	6
الفصل الثالث		
قواعد حل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي		

53	تمهيد وتقسيم	7
55-53	المبحث الأول: المنهج المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي	8
92-55	المبحث الثاني : المنهج غير المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.	9
الفصل الرابع مفهوم وخصائص ضوابط الإسناد وتطبيقاتها في القانون السوداني والفقه الإسلامي		
93	تمهيد وتقسيم	10
96-93	المبحث الأول : مفهوم ضوابط الإسناد في اللغة والاصطلاحين الشرعي والقانوني - أوجه التشابه والاختلاف في المفهوم بين الإصطلاحات	11
108-96	المبحث الثاني : خصائص ضوابط الإسناد في الفقه القانوني والفقه الإسلامي	12
130-109	المبحث الثالث : تطبيقات ضوابط الإسناد في القانون السوداني والفقه الإسلامي	13
131	الخاتمة	14
132-131	النتائج	15
136-133	مناقشة النتائج	16
137	التوصيات	17

الفهارس		
138	فهرس الأآآت القرآنية	18
139	فهرس الأحاديث النبوية	19
140	فهرس الأعلام	20
147-141	فهرس المصادر والمراجع	21
148	السيرة الذاتية	22

الفصل الأول

أساسيات البحث

المبحث الأول

مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه ومشكلته ، وأسئلته ، وفروضه ، ومنهجه ، وحدوده ووسائله وأدواته ومصطلحاته .

المبحث الثاني

الدراسات السابقة ومساهمة موضوع البحث في مجال الفكر الإنساني، هيكل البحث

الفصل الأول

أساسيات البحث

تمهيد وتقسيم

هذا الفصل يتكون من مبحثين، يشتملان مقدمة البحث وأسباب إختيار الموضوع وأهمية البحث، أهدافه، مشكلته، أسئلته، فروضه، منهجه، حدوده، وسائله وأدواته ومصطلحاته والدراسات السابقة ومساهمة البحث في مجال الفكر الإنساني وهيكل البحث.

المبحث الأول: ويشمل المقدمة، وأسباب إختيار الموضوع وأهمية البحث، أهداف، مشكلته أسئلته، فروضه، منهجه، حدوده، وسائله، أدواته ومصطلحاته.

المقدمة

كانت المجتمعات القديمة مغلقة على نفسها ولا تتصل فيما بينها إلا عن طريق الحروب والمنازعات ولا تعترف للأجنبي عنها بالشخصية القانونية اللازمة للدخول في علاقات قانونية مع السكان الاصليين، لكن مع مرور الزمن وتطور حاجات هذه المجتمعات تطورت علاقات الافراد من دول وأمم مختلفة وانفتحت المجتمعات البشرية علي بعضها، وبدأ ذلك بإنتقال الأشخاص عبر الحدود ودخولهم في معاملات مالية وروابط عائلية مع بعضهم البعض، تجاوزت بعناصرها وآثارها حدود المجتمع والدولة الواحدة، وتشكل نتيجة لذلك مجتمع جديد له خصائص ومصالح تختلف عن خصائص ومصالح المجتمع الوطني، مما استدعى إيجاد نظام قانوني جديد ينظم هذه العلاقات، فكان القانون الدولي الخاص إستجابة لتلك الضرورة.

ومما زاد من أهمية هذا القانون إزدهار التجارة الدولية وإزدياد حاجة المجتمعات المختلفة للتعامل في شتى مجالات الحياة (الاقتصادية - الاجتماعية - الفكرية.... الخ) مما أدى لظهور أنماط جديدة في المعاملات بشكل عام والعلاقات التعاقدية بشكل خاص.

ويعرف القانون الدولي الخاص بأنه (مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم أو تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي) ويتضمن هذا القانون عدد من الموضوعات المهمة من بينها موضوع تنازع القوانين، وهي مشكلة تثيرها علاقات الافراد المشتملة علي العنصر الأجنبي، ومفهوم هذا المصطلح هو تراحم قوانين الدول التي لها صلة بهذه العلاقات من أجل حكمها.

وهذه المشكلة يتم حلها وفق منهجين، هما المنهج المباشر، والذي يتضمن قواعد موجودة في قانون القاضي تسمى القواعد ذات التطبيق الضروري، وأخرى تستمد من المعاهدات الدولية، والمنهج الآخر هو المنهج غير المباشر، والذي يسمى بقاعدة الإسناد وهي من صنع المشرع الوطني نفسه بهدف مساعدة القاضي في تحقيق تحديد القانون الواجب التطبيق، ولها ثلاثة عناصر، هي الفكرة المسندة وضابط الاسناد والقانون الواجب التطبيق.

الفكرة المسندة هي المسائل التي يصنفها المشرع في شكل فئات تتضمن المسائل القانونية المتشابهة او المتقاربة، أمّا ضابط الاسناد فهو العنصر الالهم في قاعدة الاسناد، اذ يشير مباشرة الي القانون الواجب التطبيق من بين عدة قوانين حسماً للنزاع. وكما عرفت القوانين الوضعية مصطلح تنازع القوانين، ومن بينها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، ووضعت له بعض الحلول فقد عرفت الشريعة الإسلامية أيضا العلاقات ذات العنصر الاجنبي منذ فجر الاسلام، والتي تعتبر

أساس قيام تنازع القوانين، وأوجدت لها قواعد تنظمها تحت مصطلحات أو مسميات خاصة، كأحكام أهل الذمة وأحكام المستأمنين وأحكام أهل الكتاب، وذلك وفقاً لمفهوم الأجنبي في الشريعة الإسلامية.

وفي هذه الدراسة تسعى الباحثة لعقد مقارنة بين قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م والقوانين الوضعية الأخرى والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وحله عن طريق ضوابط الإسناد.

أسباب إختيار الموضوع

منذ مرحلة البكالوريوس كان لدي ميول لمادة القانون الدولي الخاص وكانت مادة جاذبة ومشوقة بالنسبة لي وذلك لخصوصية الموضوعات التي يعالجها هذه الفرع من القانون والتي تميزه عن غيره من أقسام القانون الدولي.

وأصبحتُ كثيرة الإطلاع على العلاقات والموضوعات التي ينظمها هذا القانون، فلاحظت أهمية موضوع تنازع القوانين كأحد الموضوعات التي يعالجها القانون الدولي الخاص، وإيجاد الحلول له لتحقيق وظيفة القانون بصون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم مع حفظ كيان المجتمع وضمان تقدمه وإرتقائه.

وإيجاد الحلول لتنازع القوانين يساهم في خلق إستقرار المعاملات والعلاقات الشخصية بين الأشخاص الذين تجمعهم علاقات ذات عنصر أجنبي، وتوفير الثقة بينهم في عالم أصبحت فيه العلاقات من هذا النوع حتمية وذلك لسهولة عبور الأشخاص ورؤوس الأموال حدود الدول، وأيضاً تطور التكنولوجيا ووسائل الإتصال كل ذلك زاد أهمية موضوع البحث وقد إخترت تطبيق موضوع البحث على قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، ومقارنة الدراسة بالشريعة الإسلامية.

أهمية البحث:

هذا البحث له أهمية علمية وأخرى عملية، فالأهمية العلمية تكمن في أنه لم تتم دراسته في بحوث مستقلة على الرغم من أهميته الكبيرة، مما أثار رغبة لدي للبحث فيه، ولذلك ومن وجهة نظري يعد هذا البحث جديداً ومساهمياً في الحقل العلمي.

أمّا الأهمية العملية لهذا البحث فإنه يلفت إنتباه ونظر التشريعيين والقانونيين إلى مراجعة القواعد والنصوص المتعلقة بالقانون الدولي الخاص على وجه العموم، ومسائل تنازع القوانين وضوابط الإسناد بصفة خاصة للتحقق من تغطيتها لكل مسائل تنازع القوانين، ومرونة هذه النصوص بحيث يمكنها مواكبة تطور العلاقات الدولية الخاصة وتوافقها مع الشريعة الإسلامية باعتبار أنّ الشريعة الإسلامية بخصائصها وسماتها تملك الحلول الشاملة والعادلة لكل خصومة ونزاع.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الآتي:-

- التعريف بالقانون الدولي الخاص وبيان أهميته.
- بيان مفهوم تنازع القوانين وطرق حله.
- التعريف بضوابط الإسناد وأهميتها في مجال تنازع القوانين.
- توضيح كيفية تناول الشارع السوداني لضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

- التحقق من كفاية ضوابط الإسناد التي نص عليها الشارع السوداني في تغطية كل المسائل الموجودة على ساحة العلاقات الدولية الخاصة ومرونة تلك النصوص بحيث تواكب ما يستجد من مسائل في إطار تطور واتساع العلاقات الدولية الخاصة.

- التحقق من موافقة قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م للشرعية الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وطرق حل منازعاتها.

- إيجاد حل لمشكلة البحث.

مشكلة البحث:

تناول المشرع السوداني ضوابط الإسناد في نصوص المواد (10-16) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م لحل مشكلة تنازع القوانين، وبإمعان النظر في هذه المواد بدأ لي أنّ ضوابط الإسناد المنصوص عليها قد تكون غير كافية لحل كل الإشكالات التي قد تقع في إطار تنازع القوانين، كما أنّ هذه النصوص في تقديري ربما تتسم بالجمود وعدم المواكبة للتطور التشريعي الذي حدث في منظومة القوانين السودانية، والحاجة العملية التي يتطلبها العصر، إذ لم تتم مراجعة أو تعديل النصوص المتعلقة بتنازع القوانين منذ عام 1984م وحتى الآن، كما أنني لاحظت أنّ هنالك احتمالاً بأنّ بعض هذه النصوص القانونية قد لا تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وحلها عن طريق ضوابط الإسناد، على الرغم من أنّ المصدر التاريخي لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م هو الشريعة الإسلامية.

أسئلة البحث:

هذا البحث يطرح الأسئلة التالية لأجل الإجابة عليها:-

- هل ما نص عليه المشرع في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م من ضوابط إسناد، كافي لحل مسائل تنازع القوانين الموجودة في إطار العلاقات الدولية الخاصة أم هي قاصرة عن ذلك؟
- وهل تلك النصوص مواكبة لما يستجد من مسائل في إطار العلاقات الدولية الخاصة أم هي نصوص جامدة؟
- وهل يوافق هذا القانون الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتنازع القوانين وضوابط الإسناد كوسيلة مباشرة لحل التنازع، أم يختلف معها؟

فروض البحث:

- للإجابة على أسئلة البحث أطرح الفروض التالية:-
- أنّ ضوابط الإسناد المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، غير كافية لمعالجة كل المسائل المتعلقة بتنازع القوانين.
- أنّ تلك الضوابط تتسم بالجمود، ممّا يجعلها غير مواكبة للتطور التشريعي الذي طرأ على منظومة القوانين السودانية، وأيضاً غير مواكبة للمتغيرات في إطار العلاقات الدولية الخاصة.

- أن بعض نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتنازع القوانين وحلها عن طريق ضوابط الإسناد مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

منهج البحث:

ستتبع الباحثة المناهج المناسبة لبحثها وهي: (الوصفي - التحليلي - الإستنباطي - المقارن).

حدود البحث:

الحدود الموضوعية: البحث في حدود قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م والشريعة الإسلامية.

الحدود المكانية: هذه الدراسة تقتصر على السودان.

الحدود الزمانية: تتحصر هذه الدراسة في الفترة من عام 1984م وحتى 2015م.

وسائل وأدوات البحث:

سأستعين في إعداد هذا البحث إن شاء الله بعدد من الوسائل والأدوات وهي:

- المصادر الأصلية للأحكام في الشريعة الإسلامية.

- الكتب الفقهية والقانونية.
- البحوث.
- الرسائل الجامعية.
- الإتفاقيات الدولية.
- الأعراف.
- مجلة الأحكام القضائية.
- المكتبة الإلكترونية ومواقع الإنترنت.
- الدوريات والمقالات.
- الإستعانة بأهل الخبرة (المقابلات الشخصية).

مصطلحات البحث:

1. تنازع القوانين: حيث ما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به تراحم قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة أو وضع قانوني له صلة بأكثر من دولة واحدة.
2. قاعدة الإسناد: حيث ما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها.
3. ضابط الاسناد: حيثما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به المعيار الذي إختاره المشرع ليبدل القاضي على القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعينة.

4. دار الإسلام: حيثما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به الدار أو (المساحة الجغرافية) التي يكون للمسلمين فيها الأمان علي الإطلاق والخوف للكفار علي الإطلاق.
5. الذميين: حيثما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به المعاهدون من النصارى وغيرهم ممن يقيم في دار الإسلام.
6. المستأمنين: حيثما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به من يأتي بلاد المسلمين من غير إستيطان فيها.
7. قانون المعاملات المدنية: حيثما ذكر مطلقاً في هذا البحث يقصد به قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

المبحث الثاني: الدراسات السابقة ومساهمة البحث في مجال الفكر الإنساني:-
أولاً: الدراسات السابقة: لم تجد الباحثة من تطرق لهذا الموضوع بذات الكيفية الموضحة في الهيكل ومع ذلك فإنَّ هنالك بعض الدراسات ذات الصلة بمفردات البحث وهي كالآتي:-

الدراسة الأولى: تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية

- دراسة مقارنة، الباحث طارق عبد الله عيسى المجاهد، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، السنة 2001م.

قسّم الباحث دراسته إلى خمس فصول وعدد من المباحث كالآتي:-

الفصل الأول بعنوان: طبيعة عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني بعنوان: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

الفصل الثالث بعنوان: القانون الواجب التطبيق وفقاً لإتفاقية روما لسنة 1980م والتشريعات المقارنة.

الفصل الرابع بعنوان: أزمة قاعدة التنازع وخضوع عقود التجارة الدولية للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية.

الفصل الخامس بعنوان: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية في قرارات هيئات ومراكز التحكيم.

الفائدة من هذه الدراسة تتمحور حول أهمية إختيار ضابط الإسناد، باعتبار أنّ تفضيله قانون على آخر يرتب نتائج وآثار غاية في الأهمية على مجمل العلاقة القانونية.

هذه الدراسة لم تتعرض لضوابط الإسناد في قانون المعاملات السوداني ولا الشريعة الإسلامية وهذا هو مجال بحثنا.

الدراسة الثانية: القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين - دراسة فقهية تطبيقاً على نص المادة (5) من قانون الإجراءات المدنية 1983م.

- دكتوراه - إعداد الطالب: سامي عبد الحميد إبراهيم.
- جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - كلية الدراسات العليا - دائرة الشريعة والقانون - شعبة القانون والفقه المقارن - 1432هـ - 2011م.
جاءت هذه الدراسة في أربعة فصول وعدد من المباحث والمطالب والفروع، تفصيلها كالآتي:-

الفصل الأول بعنوان: مفهوم الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني بعنوان: طوائف غير المسلمين في السودان وقوانين أحوالها الشخصية.

الفصل الثالث بعنوان: الأحكام والقواعد الواجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

الفصل الرابع بعنوان: القضاء في منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

أهم نتائج الدراسة:

أنَّ الشريعة الإسلامية ليست شريعة شخصية تطبق على المسلمين فحسب بل هي شريعة إلهية عامة يلزم تطبيقها على كل البشر كلما أمكن ذلك، ولأنَّ تطبيقها في دار الإسلام ممكن لعموم ولايتها على كل من يقيم في دار الإسلام كما

أن قاعدة ترك غير المسلمين وما يدينون به، ليست قاعدة إسناد شرعي للاعتقاد الديني عند غير المسلم، أو تلزم القاضي المسلم أن يفسح لشرائعهم المجال لحكم العلاقة موضوع النزاع، ولا تعني أكثر من ألاّ يتعرض لهم القاضي فيما يدينون به والشريعة الإسلامية لا تعترف بأيّ شريعة أو قانون آخر، ممّا يدل على عموميتها في حق كافة الناس، ما لم يتعذر تنفيذها بسبب إنعدام الولاية وأنّ الإختصاص القضائي في الفقه الإسلامي يؤثر تأثيراً مباشراً على الإختصاص التشريعي، فالقاضي المسلم لا يسعه إلاّ الحكم بالشريعة الإسلامية، وهذا يعني أنّ مجرد إختصاصه بنظر الخصومة، يثبت الإختصاص التشريعي لحكم النزاع للشريعة الإسلامية مباشرة.

أهم توصيات الدراسة:

أن يركز المشرع على مصدرية الشريعة الإسلامية بإعتبارها ديناً وقانوناً للمسلمين وقانوناً لغير المسلمين بإعتباره الدين الغالب لسكان السودان، فضلاً عن مراعاتها لحقوق غير المسلمين بإعتبارها من المسائل ذات الصلة بالعقيدة الدينية. الفائدة من هذه الدراسة هي أنّ القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام أو على الأصح الشريعة التي يجب تطبيقها في دار الإسلام هي الشريعة الإسلامية، وأيضاً مدى إختصاص القاضي المسلم بنظر الدعوى أو رفضها والخلاف الفقهي حول ذلك، بإعتبار أنّ هذه المسألة لها علاقة وثيقة بتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين حرصاً على إقامة العدل.

الباحث في هذه الدراسة لم يتعرّض لضوابط الإسناد من الناحية القانونية، ولم يبحثها في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، بينما يمتاز بحثي بدراسته لهذه المسائل.

الدراسة الثالثة: تنازع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص والفقہ الإسلامي.

بحث قُدم لنيل درجة الماجستير، إعداد الطالب: حمدي يعقوب حسب الكريم - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - كلية الدراسات العليا والبحث العلمي - دائرة العلوم الشرعية - شعبة الفقه المقارن - 2003م.

بدأ الباحث دراسته بفصل تمهيدي يتضمن ثلاثة مباحث، وقسم دراسته إلى ثلاثة فصول تحوي عدد من المباحث، تفصيلها كآتي:-

الفصل الأول بعنوان: المبادئ العامة للإختصاص الدولي،

الفصل الثاني بعنوان: الآثار الدولية للأحكام الأجنبية،

وجاء الفصل الثالث بعنوان: تنازع الإختصاص القضائي الدولي في الفقه

الإسلامي.

أهم نتائج الدراسة:

على الرغم من توسع العلاقات الإنسانية والمعاملات المدنية بسبب العولمة، لم يطرح الفقهاء المعاصرين هذه المسائل التي إستجدت بسبب العولمة للنقاش ليصلوا إلى حلول بشأنها.

أهم التوصيات:

إصدار تشريع سوداني يضم كل مسائل القانون الدولي الخاص الذي وزعه

المشرع السوداني في القوانين الإجرائية.

أثبت الباحث في دراسته ولاية القضاء في دار الإسلام للقاضي المسلم والذي لا يقضي بغير الشريعة الإسلامية كقاعدة في نظام القضاء في الإسلام، وهذه الجزئية من دراسته هي جزء أساسي في بحثي.

الباحث لم يدرس ضوابط الإسناد في القانون بصفة عامة ولا القانون السوداني وهذا يشكل إختلافاً كبيراً بين دراسته وبحثنا.

الدراسة الرابعة: قواعد حل تنازع القوانين الدولية في عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة.

هذه الدراسة أعدها الطالب: محمد حسين محمود - درجة الماجستير - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - كلية الدراسات العليا - دائرة الشريعة والقانون - شعبة القانون والفقہ المقارن - 1436هـ - 2015م.

قسّم الباحث دراسته إلى ثلاثة فصول وعدد من المباحث والمطالب والفروع جاءت كما يلي:

الفصل الأول بعنوان: عقود التجارة الدولية.

الفصل الثاني بعنوان: تنازع القوانين في التجارة الدولية.

الفصل الثالث بعنوان: قواعد تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (قواعد حل التنازع).

أهم النتائج:

التنازع الذي يعنى به القانون الدولي الخاص والذي يحتاج حله لإعمال قواعد الإسناد، هو ذلك التنازع الذي يحدث نتيجة إشمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي فاعل، وأن تكون العلاقة من العلاقات التي حكمها القانون الدولي

الخاص، وأن تكون القوانين المتزاحمة تنتمي لدول، كل منها إكتسبت صفة الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام.

أهم التوصيات:

أوصى الباحث بالمزيد من البحث والدراسة حول مسائل القانون الدولي الخاص في الفقه الإسلامي.

عرّف صاحب الدراسة ضابط الإسناد، وكيفية إختياره وصياغته من عناصر العلاقة القانونية، وتقسيمات ضوابط الإسناد، كما تحدث عن مفهوم دار الإسلام والأجنبي في الفقه الإسلامي وأثر ذلك على تنازع القوانين، فهذه النقاط يلتقي فيها بحثي مع دراسة هذه الباحث.

لم يبحث صاحب الدراسة ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م دراسة شاملة ومتعمقة، ولم يقارن ذلك بالشرعية الإسلامية، وذلك جوهر بحثنا.

الدراسة الخامسة: الحقوق والحريات للأجانب في القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي والقانون الوضعي.

بحث قدمه الطالب فتح الرحمن صديق عمر لنيل درجة الماجستير في السنة 1422هـ - 2002م، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، دائرة العلوم الشرعية، شعبة الفقه المقارن.

وقد تناول دراسته في أربعة فصول وتضمن كل فصل عدد من المباحث

والمطالب. وجاءت فصول الدراسة على النحو التالي: -

الفصل الأول بعنوان: الحقوق والحريات وتطورها عبر التاريخ.

الفصل الثاني بعنوان: الحقوق والحريات الأساسية للأجانب في الدول.

الفصل الثالث بعنوان: الضمانات السياسية والقانونية للحقوق والحريات والضوابط التي تنظم ممارستها.

الفصل الرابع وجاء بعنوان: موقف الأجانب في حقوق الإنسان مع الأنظمة المعاصرة وفي الإسلام.

أهم النتائج التي خرج بها الباحث هي:-

الإسلام شرع أحكام مثالية لمعاملة غير المسلمين في دار الإسلام ولم يتدخل في حياة المستأمنين والذميين فيما يخص حياتهم الدينية ومجتمعاتهم الخاصة بل رخص لهم التحاكم إلى تعاليمهم الدينية الخاصة. كما خرج الباحث بعدد من التوصيات أهمها:

تطبيق المنهج الإسلامي في معاملة غير المسلمين كما كان الحال في العصور الإسلامية الأولى وإنَّ الشرع الإسلامي هو دستور الله في الأرض وهو كامل شامل فيجب على المسلمين العمل بمقتضاه وترك التمسك بالمواثيق والإعلانات الزائفة.

هذه الدراسة تفيد بحثي بتعريفها لمفهوم دار الإسلام والأجنبي في الشريعة الإسلامية والذي يعتبر مدخلاً وتمهيداً مهماً في بحثي لمعرفة مفهومي تنازع القوانين وضابط الإسناد في الشريعة الإسلامية.

لم يتعرض الباحث في هذه الدراسة لموضوع تطبيق الشريعة الإسلامية داخل دار الإسلام وموضوع معالجة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية. أيضاً لم

يتعرض لقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في هذا الشأن، بينما يركز بحثي حول هاتين المسألتين بالتحديد.

الدراسة السادسة: إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص.

إعداد الطالبة: جندولي فاطمة زهرة، بحث لنيل درجة الماجستير

– جامعة أبوبكر بلقايد – تلمسان.

– كلية الحقوق والعلوم السياسية – السنة 2010م – 2011م.

تناولت الباحثة دراستها في فصلين وعدد من المباحث والمطالب والفروع.

الفصل الأول بعنوان: الأحكام القانونية المنظمة لإنحلال الرابطة الزوجية من جانب الإختصاص التشريعي.

الفصل الثاني كان بعنوان: الأحكام القانونية المنظمة لإنحلال الرابطة الزوجية من جانب الإختصاص القضائي الدولي، وأنهت الباحثة دراستها بخاتمة شاملة دون تفصيل للنتائج والتوصيات.

إستفدت من هذه الدراسة فيما يتعلق بتعريف ضابط الإسناد وكيفية إختياره بإعتباره يمثل مركز ثقل العلاقة القانونية، إلا أنّ الباحثة لم تبحث ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م والشريعة الإسلامية، ولا حتى من الناحية القانونية دراسة كافية، وهذه مسائل أساسية في بحثي.

**الدراسة السابعة: أحكام العلاقات الدولية في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي
السنة، دراسة مقارنة، الدراسة: دكتوراه.**

إعداد الطالب: محمد الحارث عثمان - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية -
كلية الدراسات العليا - دائرة الشريعة والقانون - شعبة القانون والفقهاء المقارن -
1434هـ - 2013م.

تناول دراسته في ثلاثة فصول وعدد من المباحث والمطالب جاءت

كالآتي:-

الفصل الأول بعنوان: أركان وعلاقات الدولة الدولية في الشريعة الإسلامية والقانون
الدولي العام وقت السلم، والفصل الثالث بعنوان: أحكام العلاقات الدولية في
الشريعة الإسلامية والقانون الدولي وقت الحرب.

أهم النتائج التي خرج بها الباحث:

عدم تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية في علاقاتها الدولية يعود لضعف
الأنظمة الحاكمة.

أهم التوصيات التي جاءت في الدراسة: -

مواصلة فقهاء المسلمين الجهود بهدف إستنباط أحكام شرعية قادرة على
مواجهة الحاجات المتجددة وصياغة حياة المسلمين دون أن تخرج عن إطار
الشرع.

الفائدة التي خرجت بها من هذه الدراسة هي تعريفها لدار الإسلام وغير
المسلمين الذين يقيمون فيها، وعن سيادة الشريعة الإسلامية على ما عداها من
الشرائع.

هذه الدراسة لم تتعمق في مسألة القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام، ولم تتعرض لضوابط الإسناد في القانون، ولا قانون المعاملات المدنية السودان لسنة 1984م، وهذه المسائل تحديداً هي ما يُعنى به بحثي.

الدراسة الثامنة: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام.

دراسة دكتوراه من إعداد عبد الكريم زيدان.

جامعة القاهرة - كلية الحقوق - 1962م - المشرف محمد سلام مذكور.

بدأ الباحث دراسته بباب تمهيدي قسّمه إلى ثلاث فصول وعدد من المباحث كالاتي:-

الفصل الأول: نظرة الشريعة الإسلامية إلى العالم.

الفصل الثاني: الذميون والمستأمنون.

الفصل الثالث: جنسية الذمي والمستأمن.

ثم قسم الباحث دراسته إلى قسمين؛ القسم الأول بعنوان: أحكام الذميين والمستأمنين في علاقاتهم بالدولة الإسلامية، ويحوي هذا القسم بابين وعدد من الفصول والمباحث والمطالب والفروع، أما القسم الثاني فجاء بعنوان: أحكام الذميين والمستأمنين في علاقاتهم مع الأفراد، ويتضمن هذا القسم ثلاثة أبواب وعدد من الفصول والمباحث والمطالب والفروع.

أهم النتائج:

في بحث مدى خضوع الذميين والمستأمنين لولاية القضاء العامة في دار الإسلام توصل الباحث إلى أنّ خضوعهم لها دون شرط رضا الخصمين بالترافع، بل يكفي رفع المدعي دعواه إلى القاضي وهو ما يتفق مع سيادة الدولة وعموم ولايتها وهو ما يدل عليه القرآن الكريم، وليس هنالك تعدد في جهات القضاء في

دار الإسلام وأنَّ الأحكام المقررة لغير المسلمين في جميع مسائلهم هي أحكام الشريعة الإسلامية، فهي القانون الواجب التطبيق في قضايا الذميين والمستأمنين وهو ما صرَّح به جميع الفقهاء.

خرجت من هذه الدراسة بعدد من النقاط التي لها علاقة ببحثي وهي أنَّ تنازع القوانين وطرق حله وإن كانت مصطلحات حديثة، إلا أنَّ مفاهيمها موجودة في الشريعة الإسلامية، وأيضاً تحدث الباحث عن خصائص الشريعة الإسلامية التي تجعلها سامية على كل الشرائع.

إلا أنَّ الباحث لم يتعمق في دراسة ضوابط الإسناد من ناحية قانونية ولا في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

الدراسة التاسعة: حقوق وواجبات غير المسلمين في الفقه الإسلامي والتشريعات السودانية - دراسة مقارنة.

الدراسة أعدها الطالب: محمد إبراهيم بشير لنيل درجة الدكتوراه.

جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - كلية الدراسات والبحث العلمي - دائرة العلوم الشرعية - شعبة الفقه المقارن - 1430هـ - 2009م.

قسَّم الباحث دراسته إلى أربعة أبواب، كل باب يحوي فصلين وأربعة مباحث

تفاصيلها كالآتي:-

الباب الأول بعنوان: الدولة - نشأتها وأركانها والمواطنة فيها.

الباب الثاني بعنوان: الحقوق الخاصة لغير المسلمين في الفقه والتشريعات السودانية.

الباب الثالث: الحريات العامة لغير المسلمين وأسسها وضوابطها.

الباب الرابع: واجبات غير المسلمين في الفقه وخصوصيتهم في التشريعات السودانية.

أهم النتائج:

المحافظة على كرامة الإنسان بغض النظر عن كونه مسلماً أو غير مسلم، هي قيمة يدعو إليها الدين الإسلامي ويعمل على صونها وترقيتها.

أهم التوصيات:

العدل مع غير المسلمين ومنحهم الحقوق والحريات مبدأ يأمر به الدين الإسلامي، وجميل أن إستجابت دولة السودان لهذا المنهج، ولكننا نرى ألا يكون في ذلك تجميد أو تنازل عن أحكام الشريعة، أو تعطيل لحدودها، أو إهدار لمنهجها في الحياة إرضاءً لغير المسلمين.

ذكر الباحث أن القانون الواجب التطبيق على كل من يقيم في دار الإسلام هو الشريعة الإسلامية، وذلك حرصاً على إقامة العدل وحفظاً لأموال وأعراض ونفوس المسلمين وغير المسلمين، وهذه الجزئية تعد مدخلاً مهماً في بحثي لمعرفة مفهوم تنازع القوانين وضوابط الإسناد في الشريعة الإسلامية وكيفية معالجة الشريعة لتنازع القوانين.

صاحب هذه الدراسة لم يبحث تنازع القوانين وضوابط الإسناد في القانون بصفة عامة ولا قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

الدراسة العاشرة: عقد الأمان وأحكام المستأمنين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة.

اسم الطالب: جمال محمد حسين - الدراسة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - كلية الدراسات والبحث العلمي - دائرة العلوم الشرعية - شعبة الفقه المقارن - 1430هـ - 2009م.

بدأ الباحث دراسته بباب تمهيدي بعنوان: نظرة الشريعة الإسلامية وتصنيفها للبشر، وذلك في فصلين وعدد من المباحث، ثم قسم دراسته إلى خمسة أبواب وعدد من الفصول والمباحث والمطالب تفصيلها كالآتي:-
الباب الأول بعنوان: حقيقة الأمان ومشروعيته وحكمه.
الباب الثاني بعنوان: أحكام الأحوال الشخصية للمستأمنين.
الباب الثالث بعنوان: جرائم المستأمنين وعقوباتهم.
الباب الرابع بعنوان: خضوع المستأمنين للقضاء.
الباب الخامس بعنوان: أحكام المعاملات المالية بين المسلمين والمستأمنين.
أهم النتائج:

لقد قسمت الشريعة الإسلامية البشر على أساس العقيدة إلى مسلمين وغير مسلمين، ونظرت إلى غير المسلمين باعتبار علاقتهم بالدولة الإسلامية، وصنفتهم إلى حربيين وذييين ومستأمنين.

ذكر الباحث أن المبدأ الشرعي السنة سريان الشريعة الإسلامية على كل المقيمين في دار الإسلام، وتحدث عن خضوع كل سكان دار الإسلام للقضاء فيها، كما تعرض لثبوت ولاية القضاء للقاضي المسلم بترافع الخصوم إليه، وهذه

النقاط أو المسائل التي تعرض لها الباحث، هي مسائل في غاية الأهمية بالنسبة لي في إطار بحثي عن القانون الواجب التطبيق لحل تنازع القوانين من وجهة نظر الشريعة الإسلامية.

لم يتناول الباحث ضوابط الإسناد على الإطلاق، بينما تشكل هذه المسألة جزء كبير ومهم في دراستي.

ثانياً: مساهمة البحث في الفكر الإنساني:

نسبة لقلّة الدراسات السودانية خاصة والبحوث بصفة عامة في هذا الموضوع الذي يعد من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص وهو موضوع تنازع القوانين وآليات حله، على ضوء القوانين الوضعية (قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م تطبيقاً) ومقارنة ذلك بالشريعة الإسلامية، وكيف عالجت هذه الإشكالية منذ أمد بعيد، أرى أنّ هذا البحث قد يوجد حلاً شاملاً وعادلة لمشكلة تنازع القوانين في السودان، وذلك بإيجاده حلول لمشكلة البحث من أجل إستقرار المعاملات وتوفير الثقة بين أطراف العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ممّا يقوي الروابط الإنسانية والاجتماعية، وينعش الاقتصاد ويساهم في رقي المجتمعات.

ثالثاً: هيكل البحث

ويشمل أربعة فصول، وتسعة مباحث، كما يشمل الخاتمة والنتائج والتوصيات والفهارس، تفاصيله كالآتي:

الفصل الأول: أساسيات البحث ويشمل هذا الفصل الآتي:-

المبحث الأول: مقدمة البحث وأسباب إختياره وأهميته وأهدافه ومشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه وحدوده ووسائل البحث ومصطلحاته.

المبحث الثاني: الدراسات السابقة ومساهمة موضوع البحث في مجال الفكر الإنساني و هيكل البحث.

الفصل الثاني: مفهوم ونشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني و الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين في اللغة والإصطلاح القانوني والإصطلاح الشرعي - أوجه التشابه والإختلاف في المفهوم بين الإصطلاحات.

المبحث الثاني: نشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: قواعد حل تنازع القوانين في الفقه القانوني و الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: المنهج المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والإسلامي.

المبحث الثاني: المنهج غير المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني و الفقه الإسلامي.

الفصل الرابع: مفهوم وخصائص ضوابط الإسناد وتطبيقاتها في القانون السوداني والفقه الاسلامي.

المبحث الأول: مفهوم ضوابط الإسناد في اللغة والإصطلاح الشرعي والإصطلاح القانوني - أوجه الشبه والإختلاف في المفهوم بين الإصطلاحات.

المبحث الثاني: خصائص ضوابط الاسناد في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: تطبيقات ضوابط الاسناد في القانون السوداني والفقه الإسلامي.

الخاتمة: وتشمل النتائج ومناقشتها و التوصيات.

**الفهارس: وتشمل؛ فهرس الآيات القرآنية - فهرس الأحاديث النبوية - فهرس
المصطلحات - فهرس المصادر والمراجع - فهرس الموضوعات - فهرس
الأعلام.**

الفصل الثاني

مفهوم ونشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه

القانوني والفقه الإسلامي.

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين في اللغة والإصطلاح القانوني والإصطلاح

الشرعي - أوجه التشابه والاختلاف في المفهوم بين

الإصطلاحات .

المبحث الثاني

نشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

الفصل الثاني

مفهوم ونشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

يشمل هذا الفصل مفهوم تنازع القوانين في اللغة والإصطلاحين؛ القانوني والشرعي، وأوجه التشابه والاختلاف في المفهوم بين الإصطلاحات، ونشأة وتطور تنازع القوانين، وذلك في مبحثين، لكن قبل الخوض في مسألة تنازع القوانين لابد من التعرف على ماهية القانون وأقسامه، وصولاً لمسألتنا الأساسية وهي تنازع القوانين. أولاً: التعريف بالقانون.

لغة: مقياس كل شيء وطريقه.⁽¹⁾

أمّا إصطلاحاً في مجال اللغة القانونية فهو (مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع على وجه الإلزام) أي أنّ القاعدة القانونية عندما تصاغ، توجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصفة عامة، ولا توجه إلى شخص معين، أو واقعة معينة.

أيضاً تصاغ القاعدة القانونية بطريقة مجردة، فلا توجه لذات الشخص وإنما لصفاته، ولا إلى واقعة معينة، وإنما توجه لها بتوافر شروط معينة فيها.

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، دار التحرير، جمهورية مصر العربية، ط2، 1406هـ -

كما أنّ تنظيم قواعد السلوك في المجتمع تُعد من أهداف القانون، لأن القصد منها توفر الإستقرار والأمن، لكن من حيث الواقع، الأشخاص جميعاً غير ملتزمين بإحترام القاعدة القانونية طوعاً لأسباب عدة، كإختلاف نسبة الوعي وتضارب المصالح، لذلك أوجد القانون ضمان لإحترام القاعدة القانونية من خلال خاصية الإلزام، والتي تعني أنّ السلطة العامة المختصة تفرض إحترام القانون وتعاقب من يخالفه بالجزاء المناسب.⁽¹⁾

ثانياً: أقسام القانون وفروعه.

ينقسم القانون إلى قسمين؛ قانون داخلي، وهذا يحكم المجتمع الداخلي، وقانون دولي يحكم الجماعة الدولية.

القانون الداخلي ينقسم إلى عام وخاص، فالقانون العام الداخلي هو ذلك الفرع من القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة صاحبة سيادة ونفوذ (كالقانون الدستوري، الإداري، المالي، الجنائي وقانون العمل).

أمّا القانون الخاص الداخلي، فهو ذلك الفرع من القانون الذي يحكم ماعدا ذلك من العلاقات، أي التي لا تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة سيادة ونفوذ، (كالقانون المدني والتجاري).

كذلك للقانون الدولي فرعان؛ الأول هو القانون الدولي العام، وهو ينظم العلاقات بين الدول وبينها وبين المنظمات الدولية والإقليمية، أما الفرع الثاني، فهو

(1) الزعبي، خالد وآخرون، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2،

القانون الدولي الخاص، وهو الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي.⁽¹⁾ وهو الذي يعنينا في هذا المجال لأغراض هذا البحث.

ثالثاً: القانون الدولي الخاص وأهميته.

أ- تعريفه: القانون الدولي الخاص كما سبق، هو ذلك الفرع من القانون الذي يُعني بتنظيم الحياة الخاصة الدولية، بتحديد قواعد القانونية الواجبة التطبيق على العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً.⁽²⁾

ب- أهميته: كانت المجتمعات القديمة متوقعة على نفسها ولا تتصل فيما بينها إلا عن طريق الحروب والمنازعات، ولا تعترف للأجنبي عنها بالشخصية القانونية اللازمة للدخول في علاقات قانونية مع السكان الأصليين، ومع مرور الزمن وتطور حاجات تلك المجتمعات، تطورت الأفراد من مختلف الدول والأمم، وانفتحت المجتمعات البشرية على بعضها، وبدأ ذلك بانتقال الأشخاص ورؤوس الأموال عبر الحدود، ودخولهم في معاملات مالية وروابط بعناصرها وآثارها حدود المجتمع الواحد والدولة الواحدة، ونتيجة لذلك تشكّل مجتمع جديد، له خصائص ومصالح تختلف عن خصائص ومصالح المجتمع الوطني، مما استدعى إيجاد نظام قانوني جديد ينظم هذه العلاقات، فكان القانون الدولي الخاص إستجابة لتلك الضرورة. أيضاً عَظُمَت أهمية هذا القانون بإزدهار التجارة الدولية وإزدياد حاجة المجتمعات للتعامل في شتى المجالات (الاقتصادية - الاجتماعية - الفكرية ... الخ).

(1) وائل أنور بندق، قضايا القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، ط5، 2010م، ص9.
(2) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م، ص5.

ج - **موضوعات القانون الدولي** ا لخاص: إختلف الكتاب في مجال القانون الدولي الخاص حول الموضوعات التي تنظمها قواعد هذا القانون، وكان الإتفاق على موضوعات محددة وهي: -

1- الجنسية.

2- الموطن.

3- حالة أو مركز الأجنب.

4- تنازع القوانين.

5- الإختصاص القضائي الدولي.⁽¹⁾

وبالعودة إلى موضوعنا الأساسي وهو تنازع القوانين نستعرضه في مبحثين كما ذكرنا.

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين في اللغة والإصطلاحين؛ القانوني والشرعي:-

أولاً: مفهوم تنازع القوانين في اللغة:

- نازع - نازع فلاناً في كذا: خاصمه وغالبه.

- ونازع فلان الشيء: جاذبه إياه.

- وتنازع القوم الشيء: تجاذبوه.

- القانون: مقياس كل شئ وطريقه.⁽²⁾

فخلاصة مفهوم تنازع القوانين في اللغة هي مجاذبة ومغالبة تلك المقاييس المختلفة لبعضها.

(1) الفتلاوي، سهيل حسين، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري للمطبوعات، ط1، ص10.

(2) المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص518، 610.

ثانياً: مفهوم تنازع القوانين في القانون المقارن:

يُعرف تنازع القوانين بأنه ((هو تزام قانونين أو أكثر، لدولتين أو أكثر، بشأن حكم علاقة أو وضع قانوني له صلة بأكثر من دولة واحدة)).⁽¹⁾

هذا المفهوم في القانون المقارن يتطابق مع مفهوم تنازع القوانين في اللغة ، إذ تغالب القوانين بعضها البعض متزاحمة من أجل حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وذلك على خلاف الوضع في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، إذ أنه لم يصرّح بتعريف مصطلح تنازع القوانين، ولم يرد ضمن نصوصه إلا مرتين، واحدة في نص المادة (10) في سياق تكييف العلاقات المدنية، والثانية في نص المادة (13) وذلك فيما يتعلق بإيجاد حلول لأحوال التنازع التي لم يرد في شأنها نص.⁽²⁾

وبالرجوع إلى مفهوم تنازع القوانين في القانون المقارن نجد أن العلاقات التي تنشأ بين الأفراد تنقسم إلى نوعين: علاقات وطنية بحتة، ومثال لها إبرام شخص لبناني عقد مع لبناني آخر في لبنان، بشأن مال موجود في لبنان، فإنّ هذه العلاقة لا شأن للقانون الدولي الخاص بها، لأن عناصرها وطنية بحتة (عناصر العلاقة القانونية هي الأطراف - المحل أو موضوع العلاقة - السبب أو الواقعة المنشئة للإلتزام).⁽³⁾

⁽¹⁾ الحديثي، علي خليل إسماعيل، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م، ص45.

⁽²⁾ قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م.

⁽³⁾ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط1، ص 560.

أمّا النوع الثاني من العلاقات، فهي العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ففي المثال السابق قد يتم العقد بين لبناني وفرنسي، أو فرنسيين في لبنان، فهنا دخل العنصر الأجنبي على العلاقة وهو عنصر أطراف العلاقة.

وفي حالة أخرى قد يتم العقد بين لبنانيين، لكنه يتعلق بمال موجود في فرنسا، ففي هذا الفرض، العنصر الأجنبي الذي دخل العلاقة هو موضوع العلاقة أو محلها.

وقد تلحق الصفة الأجنبية بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة، كالعقد الذي يتم بين لبنانيين في دولة أخرى غير لبنان وتعلّق بمال موجود في لبنان. فمتى تخلّ العلاقة عنصر أجنبي متمثلاً في عنصر من عناصرها أو أكثر، يثور التساؤل عن القانون الذي يحكم هذه العلاقة بإعتبارها مرتبطة بأكثر من قانون.⁽¹⁾ هذا هو مفهوم تنازع القوانين في الفقه المقارن.

ولقيام تنازع القوانين لابد من توفر الشروط التالية:-

1- وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية، سواء كان بسبب إختلاف جنسية الأطراف أو محل إنعقادها أو مكان التنفيذ أو مكان وجود المال... الخ، ينتج عنه تعلق العلاقة بأكثر من دولة، وبالتالي تزام أكثر من قانون لحكمها.

2- أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة⁽²⁾، لذا لا يعد التنازع بين قوانين ولايات دولة متحدة فدرالياً، تنازعاً دولياً، كما هو الحال في الولايات المتحدة

(1) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 11.

(2) (يقصد بالسيادة ما للدولة من سلطان على الإقليم الذي تختص به، بما يوجد فيه من أشخاص وأموال، وهي المظهر الرئيسي لمليتها للإقليم ذاته): انظر: أبو هيف، علي صادق، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 116.

الأمريكية، وأيضاً التنازع الداخلي بين النظم القانونية والشرائع المتعددة في دولة ما بسبب تعدد الطوائف لا يمثل تنازعاً دولياً، (مثل لبنان).

3- أن يكون التنازع بين قوانين خاصة كالقانون المدني والتجاري ... الخ، بإعتبار أن الهدف المباشر للقوانين الخاصة هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد.

4- تسامح المشرع الوطني وقبوله تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمه على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لأنّ تمسك القاضي بتطبيق قانونه الوطني تطبيقاً إقليمياً على الإطلاق أو شخصياً على الإطلاق، لا يدع فرصة لظهور تنازع القوانين.

5- وجود إختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة، لأنّ عدم وجود الإختلاف ينتج عنه تشابه الأحكام.⁽¹⁾

أمّا مفهوم التنازع في الشريعة الإسلامية فإنّه يختلف عن القانون المقارن وقانون المعاملات المدنية السوداني، إذ أنها لم تعرف هذا المصطلح وإنما عرفت مصطلحات أخرى ذات صلة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي كأحكام أهل الكتاب وأحكام أهل الذمة وأحكام المستأمنين.

وفي ما يلي نبحت بعض المفاهيم ذات الصلة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي في الشريعة الإسلامية:-

(1) الداوودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص، ط 3، 2001م، ص 59-62.

أولاً: تقسيم فقهاء المسلمين العالم إلى دارين:

1. دار الإسلام: قال الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾ هي (الدار التي يكون للمسلمين فيها الأمان على الإطلاق والخوف للكفرة على الإطلاق).
2. دار الكفر، هي (الدار التي يكون فيها الأمان للكفرة على الإطلاق والخوف للمسلمين على الإطلاق)⁽²⁾، وتعتبر بلاد الإسلام دولة واحدة ولو اختلفت حكامها وصارت دولاً متعددة لنفوذ حكم الإسلام فيها.

ثانياً: تقسيم الشريعة الإسلامية للبشر:

قسّمت الشريعة الإسلامية البشر على أساس العقيدة فقط؛ مسلمين وغير مسلمين. المسلمون هم الذين استجابوا لدعوة الإسلام وآمنوا برسالة محمد صلى الله عليه وسلم، وغير المسلمين هم الذين لم يستجيبوا لدعوة الإسلام ولم يؤمنوا برسالة محمد صلى الله عليه وسلم.⁽³⁾

ثالثاً: أصناف غير المسلمين الذين يعيشون في دار الإسلام:

⁽¹⁾ أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت بن زوطي، كان ورعاً حافظاً للسان، صاحب حجة، ذكياً، فقيهاً، توفي سنة 150هـ، أنظر: السماسي، أبو زكريا يحيى بن إبراهيم بن أحمد بن محمد، (المتوفى: 550هـ)، منازل الأئمة الأربعة أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط(1)، 1422هـ-2002م، المحقق: محمود بن عبد الرحمن قدح، ص 163، 168، 170، 173، 174.

⁽²⁾ الكاساني، علاء الدين أبوبكر مسعود بن أحمد (المتوفى: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ - 1986م، جزء 7، ص 131.

⁽³⁾ عبد الكريم زيدان، أحكام المستأمنين والذميين، مؤسسة الرسالة، ط2، 1402هـ - 1982م، ص 10، 19.

أ- **الذميّين**: (هم المعاهدون من النصارى واليهود وغيرهم ممن يقيم في دار الإسلام).⁽¹⁾

ويأمن الذميون في دار الإسلام بموجب عقد الذمة، ((والذمة لغة: العهد، وهو الأمان والضمان، وعقد الذمة إصطلاحاً: هو إقرار بعض الكفار على كفرهم، بشرط بذل الجزية، والتزام أحكام الملة التي حكمت بها الشريعة الإسلامية عليهم)).⁽²⁾

والجزية ((هي ضريبة سنوية على الرؤوس تتمثل في مقدار زهيد من المال يفرض على الرجال البالغين القادرين)).⁽³⁾

والأصل في مشروعية عقد الذمة قوله تعالى: **قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ**⁽⁴⁾

ودليله من السنة المطهرة قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((... ثم أدعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك فأقبل منهم وكف عنهم... فإن هم أبو فسلمهم الجزية)).⁽⁵⁾

⁽¹⁾ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 22.

⁽²⁾ مجموعة من المؤلفين، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1424هـ، جزء 1، ص 209.

⁽³⁾ القرضاوي، يوسف، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي،

الموقع الإلكتروني: www.almoslafa.com. source: qaradawi.net، ص 25.

⁽⁴⁾ سورة التوبة، آية 29.

⁽⁵⁾ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، جزء 38، ص 136، رقم الحديث 23030.

وتؤخذ من الرجال، المكلفين، الأحرار، الأغنياء القادرين على أدائها، ويوجب هذا العقد مع الكفار حرمة قتالهم، والحفاظ على أموالهم، وصيانة أعراضهم، وكفالة حرياتهم، وعدم إيذائهم، ومعاقبة من قصدهم بأذى.⁽¹⁾

ب- **المستأمنين:** ((المستأمن هو الذي يقدم بلاد المسلمين من غير إستهيطان لها، وهؤلاء أربعة أقسام: رسل، وتجار، ومستجيرون، حتى يعرض عليهم الإسلام والقرآن، فإن شاءوا دخلوا فيه وإن شاءوا رجعوا إلى بلادهم، وطالبوا حاجة من زيارة، أو غيرها)).⁽²⁾

ويأمن المستأمن في دار الإسلام بموجب عقد الأمان ((والأمان لغة: ضد الخوف، وإصطلاحاً هو عبارة عن تأمين الكافر على ماله ودمه مدة محددة)).⁽³⁾ والأصل في مشروعيته قوله عز وجل ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾.⁽⁴⁾ ويصح عقد الأمان من كل مسلم بشرط أن يكون عاقلاً، بالغاً، مختاراً.⁽⁵⁾ وذلك لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم)).⁽⁶⁾

(1) الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، جزء 1، ص 209.

(2) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (المتوفى: 751هـ)، أحكام أهل الذمة، رمادي للنشر، ط1، 1418هـ - 1997م، المحقق: يوسف بن أحمد البكري، جزء 2، ص 874.

(3) الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، جزء 1، ص 209.

(4) سورة التوبة، آية 6.

(5) الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، جزء 1، ص 210.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، جزء 9، ص 97، رقم الحديث: 7300.

مما تقدم يتضح لنا أنَّ سكان دار الإسلام كانوا خليطاً من المسلمين وغير المسلمين، ومن مظاهر التسامح في دين الإسلام أنه أباح التعامل مع غير المسلمين في العقود المالية والاقتصادية، لكن بشرط أن تكون هذه المعاملات خالية مما هو محرم. (1) فقد قال تعالى في محكم تنزيله: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾. (2)

أيضاً الأمثلة على إباحة التعامل مع غير المسلمين في السنة كثيرة، فقد أعطى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خبير لليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. (3)

وعن عائشة رضي الله عنها: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِشْتَرَى طَعَاماً مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجْلِ وَرَهْنَهُ دَرْعاً مِنْ حَدِيدٍ. (4)

كذلك الدولة الإسلامية لم تكن مقفلة على نفسها بل كان أهل البلاد الأجنبية يدخلونها ويجرون كل المعاملات المباحة بينهم وبين المسلمين من جهة، وبين بعضهم البعض. (5)

(1) الغريب، عبد الباسط بن يوسف، تسامح الإسلام مع غير المسلمين، ص 75.

(2) سورة الممتحنة، آية 8.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب مشاركة الذمي والمشركين في المزارعة، جزء 3، ص 140، رقم الحديث: 2499. ومسلم، باب المساواة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، جزء 3، ص 1186، رقم الحديث: 1551.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب شراء النبي صلى الله عليه وسلم بالنسيئة، ج 3، ص 56، رقم الحديث: 2068. ومسلم، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، ج 3، ص 1226، رقم الحديث: 1603.

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 597.

بعد تلك المقدمة الضرورية التي تُثبت أن المناخ والظروف في الدولة الإسلامية كانت ملائمة لظهور تنازع القوانين، إلا أن هنالك إتجاه في الفقه المعاصر ذهب إلى أن الشريعة الإسلامية لم تعرف تلك الفكرة، مستنداً إلى الحجج التالية:-

أ- أن الشريعة الإسلامية تُطبَّق تطبيقاً إقليمياً داخل الدولة الإسلامية (دار الإسلام)، أي تسري على كل الأموال والأشخاص داخلها.

ب- التلازم بين الإختصاص القضائي والتشريعي وفقاً لنظام القضاء في الإسلام، وملخص ذلك أن ثبوت الإختصاص القضائي للقاضي المسلم بنظر الدعوى، يُلزمه بتطبيق الشريعة الإسلامية على ذلك النزاع، ومن غير المقبول مزاحمة أي شريعة أخرى لها.

ج- عدم وجود إشتراك قانوني بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأجنبية، ولا مجال لمنافسة شرائع وضعية لشريعة إلهية.

وهناك إتجاه آخر يُقر بوجود تلك الفكرة في الشريعة الإسلامية محتجاً بالآتي:-

أ- إعتراف الإسلام بتطبيق قواعد على غير المسلمين في دار الإسلام غير مستمدة منه ((كشرائع أهل الكتاب المتعلقة بالأحوال الشخصية)).

ب- إعتراف الإسلام بوجود علاقات دولية خاصة مع غير المسلمين، وأخرى بين غير المسلمين، متعددة حدود الإقليم الإسلامي وذلك يُحتم وجود قواعد تُنظّمها.⁽¹⁾

ومن خلال عرض تلك الآراء أرحج الإتجاه الأول لسبب رئيسي هو تلك القاعدة المهمة في نظام القضاء الإسلامي والتي تلزم القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في كل الدعاوى التي يختص بها.

⁽¹⁾ أشرف وفا محمد، العدالة في مجال علاقات الأفراد على الصعيد الدولي، ندوة تطور العلوم الفقهية (فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهية)، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان، خلال الفترة من 5-8/ أبريل/2015.

المبحث الثاني: نشأة وتطور تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

تمهيد:

لم يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص إلى حيز الوجود إلا بعد ظهور أحوال وظروف تاريخية، كوَّنت مناخ ملائم لظهور التنازع، وتبعاً لذلك ظهرت عدة نظريات ناقشت هذه الظاهرة وبحثت عن حلول لها، وسنعرض هذه النظريات للوقوف على نشأة وتطور تنازع القوانين تاريخياً.

لكن قبل ذلك لابد من الوقوف على الأوضاع في القرون الوسطى، منذ قيام الإمبراطورية الرومانية إلى العهد الإقطاعي، ويمكن حصر القوانين التي سادت في هذه الفترة على النحو التالي:-

1- القانون الروماني: وقد كان يُطبق في بداية عهد الإمبراطورية الرومانية على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في جميع أنحاء الإمبراطورية.

2- قانون الشعوب: هذا القانون شُرع عند إزدياد عدد المدن الأجنبية التي أخضعها روما وضممتها إليها ليحكم العلاقات بين الرومانيين وسكان تلك المدن.

في تلك الفترة إنعدمت ظاهرة تنازع القوانين بين هذين القانونين، لأن التنازع بينهما كان تنازع داخلي في دولة واحدة، بينما يتطلب تنازع القوانين الدولي، تنازع بين قوانين دول مختلفة.

3- القانون الشخصي: في القرن الخامس الميلادي إنهارت الإمبراطورية الرومانية على أيدي القبائل الجرمانية التي حملت معها قوانينها الخاصة التي كانت ترتبط بالأشخاص لا بالإقليم، وأبقت على القانون الروماني ليُطبق على سكان المقاطعات التي تكوَّنت بعد إنهيار الإمبراطورية الرومانية. فكان القانون الواجب

التطبيق على العلاقات القانونية، وخاصة التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية هو القانون الشخصي لأطراف العلاقة، على أساس أن لكل جماعة نظمها القانونية الخاصة بها والتي تتبع من أخلاقها ودينها وأحوالها الاجتماعية الموروثة، وبالتالي تلحق بأفرادها أينما ذهبوا وتطبق عليهم، وسمي سريان القانون بهذه الكيفية على الأشخاص بمبدأ شخصية القانون، وقد ساد هذا المبدأ في بداية عهد الإقطاع

استمر الوضع على هذا الحال إلى نهاية القرن الحادي عشر، ولم يدع ذلك القانون الذي طبق تطبيقاً مطلقاً فرصة لظهور تنازع القوانين خلال تلك الفترة.

4- القانون الإقليمي: بعد استقرار القبائل الجرمانية، أنشأت دويلات إقطاعية تتمتع كلٌّ منها بالسيادة الكاملة على مقاطعتها، وتمسكت كل دويلة بتطبيق قوانينها الخاصة على كل الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية داخل إقليمها دون السماح بتطبيق أي قانون آخر، فكان ذلك بداية ظهور مبدأ إقليمية القوانين المطلق، وهذا الوضع أيضاً صار مانعاً أمام ظهور تنازع القوانين في هذه الفترة التاريخية.⁽¹⁾

أول ظهور لتنازع القوانين كان في مدن شمال إيطاليا، حيث ازدهرت فيها التجارة، وتوفرت فيها العوامل اللازمة لنشوء تنازع القوانين يمكن حصرها على النحو التالي:-

1. عوامل سياسية: ضعف نظام الإقطاع بسبب إشترك الإقطاعيون في الحروب الصليبية، فاستقلت هذه المدن وكونت أنظمة محلية تختلف عن بعضها البعض.

(1) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص 39 - 40.

2. عوامل اقتصادية: إعتد سكان هذه المدن على التجارة في تنمية ثروتهم، فنشأت روابط تجارية بينهم وأدركوا ضرورة خلق الثقة بينهم وإستقرار العلاقات القانونية، فرضوا بتطبيق بعض الأنظمة القانونية للمدن المجاورة.

3. العامل القانوني: ممّا ساعد على ظهور تنازع القوانين في شمال إيطاليا، إشتراك الأنظمة القانونية التي تحكم مدنها في أساس قانوني واحد وهو القانون الروماني، وبالتالي أصبح تطبيق قوانين مدينة في مدينة أخرى، أمراً مقبولاً.

هذا الوضع الذي ساد في مدن شمال إيطاليا دفع العلماء الإيطاليين لدراسة الحلول لتطبيقها على ذلك التنازع المحتمل، وقدموا عدة نظريات في هذا المجال، سندرسها تباعاً، وهي النظريات القديمة وتشمل: نظرية الأحوال الإيطالية (الحواشي) ونظرية الأحوال الفرنسية ونظرية الأحوال الهولندية، والنظريات الحديثة، وتشمل؛ النظرية الإيطالية الحديثة والنظرية الألمانية والنظرية الفرنسية الحديثة.⁽¹⁾
أولاً: النظريات القديمة:

1- نظرية الأحوال الإيطالية (الحواشي):

يقصد (بالأحوال) الأعراف والعادات التي تمسكت بها المدن الإيطالية وطبقته على العلاقات التجارية إلى جانب القانون الروماني. سادت هذه النظرية في القرن الثالث عشر الميلادي، ومن أهم أنصارها (بارتولس) و(بالدوس)، وقد تمثلت جهودهم من أجل إيجاد حلول للتنازع في تلك الفترة، في

(1) الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1997م، ص

تعليقاتهم المختصرة في حواشي نصوص القانون الروماني لإيجاد قواعد تحل التنازع المحتمل بين قوانين المدن المختلفة، لذلك سمي هذا المذهب بمدرسة (الحواشي).

ومن أهم هذه الحواشي حاشية (أكورس) والتي أعطت الإختصاص لقانون المحل الذي تمت فيه الوصية في حالة تعلق التنازع بشكل الوصية. تم تطبيق هذه الحاشية على وصية شخص (بولوني) يسكن (مودان)، حيث ثار التساؤل حول القانون الذي يجب تطبيقه على شكل الوصية، هل هو القانون الشخصي، أي (البولوني) أم القانون الإقليمي، أي قانون (مودان). من إيجابيات هذه النظرية، أنّها توصلت إلى حلول ساعدت الفقه في معالجة التنازع، كالتفرقة بين موضوع الدعوى وإجراءاتها، حيث أخضعوا الإجراءات لقانون القاضي، والموضوع إلى قوانين أخرى، وأقترحوا إخضاع العقد شكلاً وموضوعاً لقانون محل إبرامه وإخضاع الميراث لقانون واحد.⁽¹⁾

2- نظرية الأحوال الفرنسية:

شكّل الفقيه الفرنسي (ديمولان) همزة الوصل بين فقه الأحوال الإيطالي القديم والمدرسة الفرنسية، وله الفضل في وضع القاعدة التي تُخضع العقد لقانون الإرادة. أيضاً من فقها المدرسة الفرنسية، الفقيه (دارجنتره)، وقد أعلن أنّ الأصل في سريان القوانين هو إقليميتها، والإستثناء شخصيتها، وهذا الاستثناء إقتضته العدالة فقط.

(1) الداوودي، غالب علي، مرجع سابق، ص 41 - 42.

قسّم (دارجنترية) الأحوال إلى ثلاثة أقسام:

1. الأموال، ويُطبق عليها القانون تطبيقاً إقليمياً، بغض النظر عن موطن أطراف العلاقة.
2. الأحوال الشخصية، وتتعلق بتنظيم حالة الأشخاص وأهليتهم، وهذه يُطبق عليها القانون الشخصي للأطراف.
3. أحوال مختلطة: وهذه تكون في الأحوال التي تتصل بالأموال من ناحية وبالأشخاص من ناحية أخرى، فيتم الرجوع للأصل بشأنها، وهو تطبيق القانون الإقليمي.

3- نظرية الأحوال الهولندية:

إهتم الفقهاء الهولنديين بدراسة تنازع القوانين في نهاية القرن السادس عشر الميلادي، واستندوا في أفكارهم على ذات مبادئ النظرية الفرنسية، فقسّموا الأحوال إلى عينية تخضع للقانون الإقليمي بصفة عامة، وشخصية تخضع للقانون الشخصي كاستثناء، ومختلطة تخضع للقانون الإقليمي.

تميّزت المدرسة الهولندية عن الفرنسية بإسنادها سريان القانون الشخصي على الأحوال الشخصية للشخص خارج البلاد، إلى مبدأ المجاملة الدولية وليست إلى فكرة العدالة، فالمشرع الوطني وفقاً لهذا المبدأ غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، لأن ذلك لا يتوافق مع سيادة الدولة.⁽¹⁾

(1) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 16-17.

ثانياً: النظريات الحديثة:

إنقل فقه النظرية الهولندية إلى (إنجلترا) في القرن الثامن عشر الميلادي على يد القاضي الإنجليزي (جنكنز) وظهرت إثر ذلك نظريات جديدة بشأن تنازع القوانين في ألمانيا وإيطاليا وغيرها خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وهي كالآتي:-

1. النظرية الإيطالية الحديثة: هذه النظرية إتخذت شخصية القوانين كأصل، والإستثناء إقليميتها، فالقانون الواجب التطبيق على كل العلاقات القانونية هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص أطراف العلاقة، لأن القانون الوطني هو أكثر ملائمة مع تقاليد وأخلاق وحاجات الشعوب، وبهذا المبدأ أخذ الفقيه (مانشيني) ونادي بملاحقة القانون الوطني للشخص أينما وجد.⁽¹⁾

2. النظرية الألمانية: هذه النظرية تختلف عن سابقتها تماماً في الأسس التي قامت عليها، فهي لم تأخذ (بالأحوال)، ولم تقسم العلاقات إلى عينية وشخصية، بل قامت على أساس أن العلاقات القانونية متعددة ومختلفة لا تخضع لهذا التقسيم فقط، وليست بالضرورة معالجة التنازع بالإختيار بين القانون الشخصي والإقليمي فقط.

مؤسس هذه النظرية هو الفقيه (سافيني) الذي يرى أن التنازع يمكن معالجته عن طريق إعطاء الإختصاص لقانون آخر غير القانون الشخصي والإقليمي، كقانون محل التنفيذ أو محل السكن ... الخ.

كما أنه يبدأ بتحليل العلاقة القانونية لمعرفة طبيعتها تمهيداً لإسنادها إلى نظام قانوني يلائمها، كإعطاء الإختصاص بشأن أهلية الشخص إلى قانون

(1) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 42 - 44.

موطنه، والإلتزامات التعاقدية لقانون مكان التنفيذ، والإلتزامات الناشئة عن الأفعال لقانون مكان وقوع الفعل، كما يُخضع العلاقة التي موضوعها شيء، عقاراً أو منقولاً، لقانون موقع العقار أو المنقول.

أيضاً أفسحت هذه النظرية المجال لإرادة الأطراف، حيث أعطتهم الحق في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم.

من ناحية أخرى يرى (سافيني) أنّ الدولة بتطبيقها للقانون الأجنبي في إقليمها، لا تستند إلى مبدأ المجاملة الدولية، وإنما تفعل ذلك بمقتضى إلتزام دولي خلقتة المصالح المشتركة كتحقيق العدالة.⁽¹⁾

3- النظرية الفرنسية الحديثة: هذه النظرية تمثلها ثلاثة إتجاهات رئيسية ترجع إلى الأساتذة: (بيليه، بارتن، نيبوايه).

يرى الأستاذ (بيليه) أنّ حقيقة تنازع القوانين، هو تنازع بين سيادات الدول أو بين مصالحها، فيُحل التنازع بتفضيل قانون معين على بعض القوانين الأخرى بحسب الغرض الاجتماعي للقانون، فإن كان القانون الوطني غرضه حماية الفرد فإنّه يُطبق تطبيقاً شخصياً، أي يتبع الفرد أينما ذهب، أمّا إذا كان غرضه حماية المجتمع، فيُطبق تطبيقاً إقليمياً.

أمّا الأستاذ (بارتن) فترتكز أفكاره على السيادة أيضاً ولكن من زاوية أخرى، إذ يعتمد في حل التنازع على تحليل العلاقة على ضوء القانون الوطني بما يسمى (بالتكييف)، لأجل إدخالها تحت نوع معين من أنواع العلاقات القانونية، والتي قسمها (بارتن) إلى أربعة أصناف، كلّ منها يخضع لقانون معين وهي:-

(1) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 44 - 45.

1- المسائل التي تتعلق بتكوين الأسرة أو التي تهتم بحماية الأفراد، وهذه تخضع لقانون الجنسية.

2- المسائل المتعلقة بنظام الأموال ويُطبق عليها قانون موقع المال.

3- الإلتزامات غير التعاقدية وشكل التصرفات ويختص بها القانون المحلي.

4- التصرفات المالية: وما يتعلق بها من مسائل، تخضع لقانون الإرادة.

بينما إتصف فكر (نيبواييه) بالنزعة الوطنية، إذ يرى أن الغرض الأساسي من وضع قواعد فرنسية لحل التنازع هو حماية المصالح الوطنية، ودعا لتطبيق القانون الفرنسي على أي علاقة قانونية يكون أحد أطرافها فرنسياً، وتطبيق قانون الموطن بدلاً عن قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، وبذلك أكد (نيبواييه) تمسكه بإقليمية القوانين.⁽¹⁾

بعد إستعراض هذه النظريات يتضح لنا أنّ جهود أولئك الفقهاء شكلت الأساس الذي قامت عليه قواعد حل التنازع لاحقاً. وذلك بتصنيفهم للعلاقات القانونية ومن ثم إقتراح القانون الواجب التطبيق عليها.

في القانون المدني السوداني بصفة عامة، وجدت أن الكتّاب القانونيين والسودانيين منهم بصفة خاصة، لم يهتموا كثيراً بموضوعات القانون الدولي الخاص وعلى الأخص موضوع تنازع القوانين، فالمنتبع تاريخياً للتشريعات المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، يجد أنّ أول قانون صدر في هذا الخصوص هو قانون زواج غير المسلمين لسنة 1906، ثم تلاه قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين لسنة

(1) البستاني، يوسف سعيد، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2004م، ص

1926م، ثم جاء قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م (تعديل) سنة 2009م⁽¹⁾ متضمناً لبعض النصوص ذات الصلة بتنازع القوانين، وذلك في المادتين (5 و 6)، إذ تنص المادة (5) على (إذا عرضت في أي دعوى أو أي إجراء أمام المحاكم 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 ذوي الشأن والذي لا يخالف العدالة والإنصاف والوجدان السليم ولم يُعدّل أو يلغى بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يُتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة).

المادة (6) وقد جاءت كما يلي:

1- إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة.

في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي إستقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم).⁽²⁾

(1) أسامة محمد عثمان خليل، تنازع القوانين، ص 2.

(2) قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م (تعديل) سنة 2009م.

كما جاء في قانون أصول الاحكام القضائية لسنة 1983م بعض النصوص التي تتعلق بالقواعد التي يجب اتباعها في حالات غياب النص، أيضاً تضمنت بعض القوانين الخاصة، كالقوانين التجارية شيئاً من قواعد التنازع.⁽¹⁾

ثم جاء قانون المعاملات المدنية النافذ لسنة 1984م منظماً لمسائل التنازع في نصوص محدودة من المادة (10) إلى المادة (16)⁽²⁾، والملاحظ في هذه الجزئية تفرق قواعد التنازع على عدد من القوانين النافذة.

بالنسبة لنشأة وتطور فكرة تنازع القوانين في الدولة الإسلامية (دار الإسلام)، تتم دراستها على محورين، هما:-

1. النشأة والتطور في ظل الشريعة الإسلامية.

2. النشأة والتطور في ظل الإمتيازات الأجنبية.

أولاً: النشأة والتطور في ظل الشريعة الإسلامية.

العلاقات بين دار الإسلام ودار الحرب كانت علاقات بين عالمين متحاربين، فلم يشجع ذلك المناخ على قيام علاقات تجارية وأسرية بين أتباع الدارين، عدا نظام الأمان الذي نظمت به الشريعة الإسلامية أوضاع المستأمنين لفترة مؤقتة، ممّا أدى إلى غياب ظاهرة التنازع بمفهومها الدولي الحديث بين القانون الإسلامي وقوانين الدول المكونة لدار الحرب.

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 2.

(2) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

من ناحية التطبيق، نجد أنّ الشريعة الإسلامية شريعة عالمية، لا تعرف حدوداً سياسية ولا طبيعية ولا بشرية، ولذلك كانت تطبق تطبيقاً إقليمياً على كل الأقاليم الجغرافية التي تخضع لسلطان المسلمين.

أيضاً عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام، كاستثناء من مبدأ الإقليمية، وهم كما وضحنا سابقاً الذميون وهم من أتباع دار الإسلام وفقاً لعقد الذمة وكانوا يخضعون لأحكام شريعتهم ولكهنتهم مقابل الالتزام بأحكام الإسلام ودفع الجزية، كما كان المستأمنون يعيشون مع المسلمين والذميين في دار الإسلام بموجب عقد الأمان.

هذا الواقع كان كفيلاً بخلق علاقات ذات عنصر أجنبي وبالتالي قيام تنازع بين الشريعة الإسلامية والشرائع غير الإسلامية التي كان يخضع لها غير المسلمين،

لكن على الرغم من ذلك لم يظهر تنازع للقوانين داخل دار الإسلام لعدة أسباب:-
1- إرتكاز نظام شخصية القوانين على مبدأ التلازم بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي، أي أنّ إختصاص القاضي المسلم بنظر دعوى معينة يُلزمه بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع بغض النظر عن ديانة الخصوم، وسواء إتحدت ملتهم أم إختلفت، ويستثنى من ذلك بعض المسائل عند بعض فقهاء المذهب الحنفي وهي الأنكحة وما يتعلق بها من طلاق ونسب ونفقه ونفي المهر وبيع الخمر والخنزير بإعتبارها ذات صلة وثيقة بديانتهم.

أيضاً إختصاص القاضي غير المسلم بنظر نزاع ما يُلزمه بتطبيق أحكام شريعته الخاصة، والخلاصة أنّ هذا التلازم أدّى لغياب ظاهرة التنازع في دار الإسلام.

2- غلبة شريعة القاضي المسلم على بقية الشرائع المطبقة في دار الإسلام عند دخولها في تنازع معها، وذلك عندما يكون النزاع بين مسلم وغير مسلم.⁽¹⁾

ثانياً: نشأة وتطور تنازع القانون في ظل الإمتيازات الأجنبية.

بدأت العلاقات التجارية بين الجمهوريات الإيطالية وبلدان الشرق الأوسط في القرن الثاني عشر ومعها بدأ دخول الأجانب إلى تلك البلدان، وعلى إثر تطور موقف الدولة العثمانية وتغير سياساتها تجاه الدول الغربية، دخلت معها في معاهدات ثنائية منحها بموجبها إمتيازات قضائية وقانونية، وأصبح لكل دولة صاحبة إمتيازات محاكم قنصلية داخل الأراضي العثمانية، تفصل في الدعاوى المدنية والتجارية والجزائية التي تثور بين رعاياها ورعايا الدول الأخرى وفقاً لقوانينها الوطنية، وقد قيل في ذلك (أنَّ الأجنبي في الدولة العثمانية ينتقل حيث يشاء حاملاً معه قضاءه وقانونه الوطني) وذلك يقف مانعاً يحول دون مثوله أمام المحاكم العثمانية ودون خضوعه للقانون العثماني، وهكذا أدّى نظام الإمتيازات إلى غياب ظاهرة التنازع بين القوانين العثمانية (أي أحكام الشريعة الإسلامية) وبين القوانين الأجنبية.

نظام الإمتيازات هذا فيما بعد أدّى إلى زيادة أعداد الأجانب الذين وفدوا إلى الدولة العثمانية مما ساعد على تطور النشاط التجاري بين الشرق المسلم والغرب المسيحي، وأمتد التطور إلى كل نواحي الحياة، ونتج عن ذلك ظهور علاقات جديدة تحتاج إلى سن تشريعات تستوعبها، فوضعت الدولة العثمانية عدد من

(1) فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، جامعة دمشق، ط1، 1986م، ص 44-46.

القوانين كالقانون التجاري والبحري ومجلة الأحكام العدلية، وتضمنت بعض القوانين قواعد للتنازع، كقانون الأراضي لسنة 1867م، وقواعد في مجال الشركات⁽¹⁾، وكان هذا أول ظهور لتنازع القوانين في الدولة الإسلامية.

(1) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 91-92.

خلاصة

مفهوم تنازع القوانين في الفقه المقارن يتطابق مع مفهومه في اللغة، ويختلف عنهما الوضع في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، إذ أنه لم يصرح بتعريف للمصطلح ولم يرد ضمن نصوصه إلا مرتين، واحدة في نص المادة (10) في سياق تكييف العلاقات المدنية، والثانية في نص المادة (13) فيما يتعلق بإيجاد حلول لأحوال التنازع التي لم يرد بشأنها نص.

أمّا الشريعة الإسلامية فتختلف عن القانون بصفه عامة وقانون المعاملات المدنية (السوداني) بصفة خاصة في مفهوم التنازع، إذ أنها لم تعرف هذا المصطلح وإنما عرفت مصطلحات أخرى ذات صلة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، كأحكام أهل الكتاب وأحكام الذميين المستأمنين.

أول ظهور لتنازع القوانين كان في مدن شمال إيطاليا وذلك بسبب توفر العوامل اللازمة لقيامه، مما دفع فقهاء القانون الإيطاليين والفرنسيين والهولنديين والألمان في فترات تاريخية مختلفة للبحث عن حلول للتنازع المحتمل حدوثه والمتعلق بالعلاقات الخاصة التي ظهرت إلي حيز الوجود.

والمتتبع لتنازع القوانين في السودان، يجده متأخراً جداً فيما يتعلق بتنظيم مسائل التنازع، إذ صدر أول قانون في هذا الخصوص سنة 1906م وهو قانون زواج غير المسلمين، ثم تلاه قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين لسنة 1926م كما جاء قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م متضمناً لبعض النصوص ذات الصلة بتنازع القوانين، وأيضاً قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، وأخيراً صدر قانون المعاملات المدنية النافذ لسنة 1984م منظماً لبعض مسائل التنازع.

بالنسبة لنشأة وتطور تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية، فإن تلك المشكلة لم تظهر داخل الدولة الإسلامية (دار الإسلام) حتى عهد الدولة العثمانية على الرغم من وجود علاقات ذات عنصر أجنبي وذلك لمبدأ التلازم بين الإختصاص القضائي والتشريعي والذي مفاده أنّ إختصاص القاضي المسلم بنظر أيّ دعوى يلزمه بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

لكن بدأ ظهور تنازع القوانين في عهد الدولة العثمانية كأثر للإمتيازات التي منحتها الدولة لبعض البلدان الأجنبية والتي شجعت الأجانب للوفود للدولة العثمانية، وتطور إثر ذلك النشاط التجاري، وإمتد التطور لكل مناحي الحياة وبذلك ظهرت علاقات جديدة، لجأت الدولة لتنظيمها بعدد من التشريعات التي تحوي بعض قواعد التنازع.

الفصل الثالث

**قواعد حل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه
الإسلامي.**

المبحث الأول

**المنهج المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه
الإسلامي.**

المبحث الثاني

**المنهج غير المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني
والفقه الإسلامي.**

الفصل الثالث

قواعد حل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

يناقش هذا الفصل مناهج حل تنازع القوانين في مبحثين احدهما بعنوان المنهج المباشر لحل تنازع القوانين، والآخر بعنوان المنهج غير المباشر لحل تنازع القوانين. لا يجد القاضي مشكلة في تطبيق القانون إذا ما عُرِض عليه نزاع يتعلق بعلاقة وطنية العناصر، إذ أنه يُطبق عليها مباشرة قانونه الوطني، ولكن تثار المشكلة عندما تتضمن العلاقة عنصراً أجنبياً أو أكثر مؤثراً فيها، ففي هذه الحالة تتعدد القوانين المتصلة بها، ويثور التنازع بينها، أيها أنسب لحكمها ؟ هنالك منهجان لحل هذه المشكلة، هما المنهج المباشر (الموضوعي)، والمنهج التقليدي غير المباشر (قواعد الإسناد).

المبحث الاول: المنهج المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

يعتمد هذا المنهج على وجود قواعد مباشرة معروفة مسبقاً لدى أطراف العلاقة، تطبق على النزاع مباشرة، ويتضمن هذا المنهج نوعين من القواعد وهي:-

1. القواعد ذات التطبيق الضروي، وهي قواعد موجودة في قانون القاضي،

وُضعت أصلاً للنزاع الداخلي، لكن تُطبَّق أيضاً على النزاع الدولي، ومثالاً لها

قانون التجارة المصري لسنة 1999م الذي أورد تنظيمًا قانونيًا لأهلية ممارسة التجارة في مصر، وهذا التنظيم يُطبق على النزاع الداخلي والدولي معاً.⁽¹⁾

². قواعد القانون الدولي الخاص ، وهذه قواعد مستمدة من المعاهدات الدولية، فتطور العلاقات الدولية الخاصة والتجارية منها على وجه الخصوص، دفع الدول إلى عقد معاهدات بينها لتنظيم تلك العلاقات، تتضمن قواعد موضوعية تُطبَّق على مسائل النزاع مباشرة⁽²⁾، ومثال لتلك المعاهدات إتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع ((هامبورغ، 1978)) والتي يُطلق عليها ((قواعد هامبورغ)) والتي بدأ سريانها في 1 تشرين، الثاني من نوفمبر 1992.

ترسي هذه الإتفاقية التي إعتدها مؤتمر دبلوماسي في 31 آذار / مارس 1978 نظاماً قانونياً موحداً ينظم حقوق والتزامات الشاحنين والناقلين والمرسل إليهم بموجب عقد نقل البضائع بحراً وقد بدأ نفاذ الإتفاقية في 1 تشرين / الثاني نوفمبر 1992.⁽³⁾

وأيضاً هنالك إتفاقية لاهاي المتعلقة بالإختصاص القضائي والقانون المطبق والإعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية

(¹) وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 13 - 14.

(²) فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 59.

(³) إتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع،

الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org/./Hamburg_rules.*html

الأطفال(المؤرخة في 19 أكتوبر 1996م)⁽¹⁾، وفي ذات الإطار عقدت معاهدة ثنائية بين الجزائر وفرنسا متعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة عام 1988م.⁽²⁾

المبحث الثاني: المنهج التقليدي غير المباشر لحل تنازع القوانين في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

في إطار حرص الدول على المحافظة على مصالحها الخاصة والمشاركة لتحقيق العدالة، قامت بوضع قواعد موضوعية تُنظّم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، فوضعت كل دولة مجموعة قواعد، تسمى بقواعد التنازع أو قواعد الإسناد، وسنناقش عدد من المحاور المتعلقة بها وهي: تعريف قاعدة التنازع وخصائصها ومدى إلزاميتها وعناصرها ووظيفتها وكيفية تطبيقها.

أولاً: تعريف قاعدة التنازع.

هي (قاعدة قانونية وضعية، ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها)، وهذه القاعدة من صنع السلطة المختصة في

(¹) الموقع الإلكتروني-475c-bcfd-4268112/assets.hcch.net/docs/a e.pdf ba48-Obfd2f8b305

(²)الموقع الإلكتروني:

<https://m.facebook.com>dermalink.php?storyfbid=458156344248737&=40>
1333898659>140.

كل دولة، لذلك فإنّ لكل دولة قواعد تنازع خاصة بها، والتي قد تختلف عن بعضها قليلاً أو كثيراً.⁽¹⁾

ثانياً: خصائص قاعدة التنازع.

1. قواعد عامة مجردة :- فهي تحدد أحكام عامة ومجردة، حيث تخضع المسائل المعينة (كالعقار والعقد ...الخ) إلى قانون معين دون أن تحدد قانون دولة معينة بذاتها لحكم العلاقة التي يتعلق بها النزاع، لأنّ ذلك لا يتحدد إلا بعد عرض النزاع على القضاء وإعمال قاعدة الإسناد.

2. قواعد وطنية:- المشرع الوطني هو الذي يضع قواعد الإسناد آخذاً في إعتباره طبيعة النزاع وسيادة الدولة على إقليمها وحاجة التعامل الدولي والمصالح المشتركة للدولة في ذات الوقت.

3. قواعد إسنادية غير مباشرة:- هذه القواعد تعتبر قواعد إسنادية غير مباشرة لأنها لا تفصل في النزاع مباشرة، وإنما تُمهّد للوصول لحله بإسناده إلى قانون معين، تاركة لقواعده الموضوعية والتي ترتبط بموضوع النزاع بيان الحل النهائي له.

4. قواعد ثنائية الجانب:- ومعنى ذلك أنّ تطبيق أو إعمال قاعدة الإسناد يؤدي في بعض الأحوال إلى تطبيق القانون الوطني، وإلى تطبيق القانون الأجنبي في حالات أخرى، فهي تبيّن المسائل التي تخضع إلى القانون الوطني إلى جانب بيانها للمسائل والحالات التي يُطبق عليها القانون الأجنبي.⁽²⁾

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 543 - 546.

(2) فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 55 - 56.

ثالثاً: القوة الملزمة لقاعدة التنازع.

فيما يتعلق بمدى إلزامية قاعدة الإسناد تثور الأسئلة التالية:-

هل تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد على العلاقات ذات العنصر الأجنبي يتوقف على طلب الخصوم أو أحدهم؟ أم يتعلق ذلك بتقدير القاضي؟ أم هو أمر واجب عليه بحيث يبادر من تلقاء نفسه إلى تطبيقها؟.

قد اختلفت النظم القانونية بشأن القوة الملزمة لقاعدة الإسناد، فبعضها لا يعترف لها بذلك الإلزام، فتمنع محاكمها من تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسها، إلا إذا تمسك الخصوم بها، بشرط إثباتهم لإختلاف مضمون أحكام القانون الأجنبي عن مضمون أحكام القانون الوطني، أي قانون القاضي، وإتجاه آخر يلزم القاضي الوطني بتطبيق القاعدة من تلقاء نفسه، وهناك إتجاه وسط يرى عدم إلزام القاضي بتطبيق القاعدة ولكن يجوز له ذلك بإرادته.⁽¹⁾

رابعاً: عناصر قاعدة الإسناد.

تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر أو أركان، وهي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق.

1. **الفكرة المسندة:-** إنَّ العلاقات ذات العنصر الأجنبي كثيرة جداً، ومن أجل إيجاد الحلول للتنازع الذي ينشأ عنها، يقوم المشرع الوطني بتصنيف تلك العلاقات إلى فئات مختلفة كخطوة أولى، بحيث تضم كل فئة علاقات متشابهة

(1) فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 62 - 64.

أو متقاربة، وتسمى كل فئة بالفكرة المسندة، ثم يضع المشرع لكل فئة أو فكرة مسندة ضابطاً خاصاً بها يسندها إلى قانون معين.

2. **ضابط الإسناد:** - هو المعيار الذي يختاره المشرع ليبدل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعنية، ويستمد المشرع الضابط من عناصر العلاقة ذاتها (أطراف العلاقة - محلها - سببها)، وسيأتي تفصيل ذلك لاحقاً في موضعه المناسب.

3. **القانون الواجب التطبيق (القانون المسند إليه):** - وهو القانون المسند إليه حل التنازع، والذي أشار إليه ضابط الإسناد، وقد يكون قانون القاضي أو قانوناً أجنبياً.⁽¹⁾

خامساً: وظيفة قاعدة الإسناد.

1. المشاركة الضرورية من جانب كل دولة في تنظيم الروابط والعلاقات التي تتم بين الأفراد عبر الحدود.

2. تحقيق الأمان والعدالة في العلاقات الخاصة الدولية عن طريق إختيار القانون الأكثر ملائمة لها، وكمثال لذلك، نجد أنه ليس من العدل أن يجد شخصان متزوجان زواجاً صحيحاً وفق قانون دولة معينة، أن زواجهما قد إنقلب إلى علاقة غير شرعية بمجرد إنتقالهما إلى دولة أخرى، وتطبيق قانونها عليهما، حيث تختلف فيه شروط إبرام عقد الزواج عن قانون الدولة الأولى.

(1) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 26 - 29.

3. تبرير تطبيق القانون الأجنبي:- قاعدة الإسناد تُقدّم الأساس القانوني المقبول لتطبيق قانون دولة أجنبية من جانب محاكم دولة معينة وذلك إستثناءً من مبدأ إقليمية القوانين.(1)

سادساً: تطبيق قاعدة الإسناد (إعمال قاعدة التنازع).

عند تطبيق قاعدة الإسناد، لا بد أن يقف القاضي المختص وفقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي، على بعض المسائل الأولية للبت فيها حتى يتمكن من الفصل في النزاع المطروح أمامه وهو المسألة الأصلية، ويمكن حصر تلك المسائل في الآتي:-

التكييف، الإحالة، الإسناد لدولة تتعدد فيها الشرائع، (وتعتبر مسألة أولية، كل مسألة يكون البت فيها لازماً للفصل في المسألة الأصلية)⁽²⁾، ثم تأتي مرحلة تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد، فتثور بعض التساؤلات حول طبيعته أمام القضاء الوطني، ودور القاضي الوطني في التعرف على أحكامه، وإثباتها، وتفسير ذلك القانون، ومدى خضوعه لرقابة محكمة النقض فيما يتعلق بتفسيره وتطبيقه، كما قد تواجه القانون الأجنبي بعض الموانع تحول دون تطبيقه، وسندرس هذه المسائل تباعاً.

1. التكييف، وهو (العملية الأولية التي يجريها القاضي بقصد معرفة الطائفة القانونية التي تندرج تحتها المسألة والوقوف بالتالي على قاعدة الإسناد التي تشير للقانون الواجب التطبيق وصولاً للحل النهائي للنزاع).

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 553.

(2) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 239-240.

وعملية التكييف هذه في مجال تنازع القوانين لها أهميتها وخطورتها أيضاً، إذ أن إختلاف تكييف النزاع قد يؤدي إلى إختلاف القانون الواجب التطبيق، وذلك يظهر جلياً في قضية وصية الهولندي، والتي تتمثل وقائعها في أنّ هولندياً أجرى في فرنسا وصية بالشكل العرفي، أي كتبها بخط يده ووقع عليها، موافقاً بذلك القانون الفرنسي ومخالفاً القانون الهولندي الذي يحظر على الهولنديين إجراء الوصية بالشكل العرفي، بعد وفاته إدّعت الورثة بطلاب وصية مورثهم، والأمر هنا لا يخرج عن إحتمالين،

أحدهما تكييف النزاع على أنه يتعلق بقاعدة من قواعد شكل الوصية وبالتالي يخضع لقانون محل إبرامها وهو القانون الفرنسي، والنتيجة صحة الوصية، والثاني تكييف النزاع على أنه يتعلق بأهلية الموصّي، وهنا تخضع المسألة لقانون جنسية الموصّي، وهو القانون الهولندي الذي يحظر الإيصاء بالشكل العرفي سواء تمت الوصية داخل هولندا أو خارجها، وعلى هذا تكون باطلة. (1)

وقد تعددت الإتجاهات في الفقه القانوني حول القانون الذي يحكم التكييف إلى أربعة إتجاهات كالآتي: -

الإتجاه الأول: إخضاع التكييف لقانون القاضي، وأول من نادى بهذا الرأي الفقيه الفرنسي (بارتان)، وخلاصة ذلك أنّ على القاضي الرجوع إلى قانونه عند قيامه بعملية التكييف، فمثلاً إذا كان القاضي سوداني فإنّه يرجع للقانون السوداني بخصوص القواعد التي تُنظّم الأهلية، إذا كان النزاع يتعلق بالأهلية، وتبرير ذلك

(1) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م، ص 79، 85 - 86.

هو أنّ إخضاع التكييف للقانون الأجنبي فيه إنتقاص من سيادة الدولة، والتي من مظاهرها سيادة قانونها الوطني.

الإتجاه الثاني: إخضاع التكييف للقانون المقارن، إذ يرى البعض ومنهم الفقيه الألماني (رابل) عدم التقيد بقانون دولة معينة، وإعمال القانون المقارن للتوصل إلى قواعد تتفق مع طبيعة المسألة محل التكييف، على أساس مفهوم عالمي موحد.

الإتجاه الثالث: إخضاع التكييف لعلم القانون، أصحاب هذا الإتجاه ومنهم الفقيه الإيطالي (كودي)، يرون أنّ التكييف عمل فقهي، لا يُرجع بشأنه إلى أيّ قانون، سواء كان قانون القاضي أو غيره، وحثتهم في ذلك أنّ التكييف مسألة علمية تخرج عن تصور القوانين التي تضعها الدول، فيجب أنّ يكون له مفهوم عالمي موحد كالمصطلحات العلمية الأخرى، ويكون لكل الأفكار القانونية المسندة مفهوم واحد في كل القوانين وبذلك تتوحد الحلول العالمية لمشكلة التكييف.

الإتجاه الرابع: إخضاع التكييف للقانون المختص: بعض الفقهاء ينادون بإخضاع التكييف إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد. (1)

لكن هذا الرأي من وجهة نظرنا المتواضعة يبدو غير منطقياً، لأن التكييف مرحلة تسبق تحديد القانون المختص كما رأينا سابقاً، فكيف يكون القانون المختص بموجب إعمال قاعدة الإسناد هو الذي يخضع له تكييف النزاع وهو لم يُحدد بعد؟

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 78 - 82.

2. الإحالة.

تُعرف الإحالة بأنها (تلك الوسيلة التي تقضي بلزوم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية في قانون المحكمة وذلك في حالة وجود إختلاف في الحكم بينهما)، ويتضح مفهوم الإحالة في قضية (فورجر)، والتي تتلخص وقائعها في أنّ (فورجر) ابن غير شرعي، يتمتع هو ووالدته بالجنسية البافارية، جاءت به والدته إلى فرنسا وعمره خمسة سنوات، وعاش بقية حياته فيها وتوفى بها وترك منقولات دون أن يترك زوجة أو أبناء، وقد ثارت مشكلة حول القانون المختص بشأن التوريث.

فقواعد الإسناد في القانون الفرنسي تُسند مسألة التوريث إلى قانون الجنسية أو الموطن الأصلي، مما يعني أن القانون المختص هو البافاري، لكن المشكلة لا زالت قائمة، إذ أنّ قواعد الإسناد في القانون البافاري تقضي بإخضاع الميراث في الأموال المنقولة لقانون محل وجودها أو محل إقامة المتوفى، فارتدّ الإختصاص إلى القانون الفرنسي، لأنّ فرنسا كانت محل وجود المنقولات ومحل إقامة (فورجر) عند وفاته، وهكذا فقد أحالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص - الإختصاص إلى قانون المحكمة.⁽¹⁾

والإحالة بهذا المفهوم قد تكون من درجة واحدة أو أكثر، فإذا ردت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي - الإختصاص إلى قانون المحكمة تكون هذه إحالة قريبة وتسمى إحالة من درجة واحدة، وقضية (فورجر) السابقة الذكر مثلاً لها، أمّا

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 84 - 87.

إذا أحالت تلك القاعدة - الإختصاص إلى قانون دولة ثالثة، فتلك إحالة من الدرجة الثانية وهكذا.

وقد اختلفت الأنظمة القانونية حول الأخذ بالإحالة، فبعضها أخذ بها كالقانون الأمريكي والإنجليزي والياباني، ورفضتها أنظمة أخرى كالقانون المصري والعراقي.⁽¹⁾

3. الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع (التفويض).

ربما تتعدد الشرائع داخل الدولة الواحدة تعدداً شخصياً، فيكون هناك أكثر من قانون يُطبق على الأحوال الشخصية حسب ديانة الشخص كما في السودان، كما يمكن أن تتعدد الشرائع تعدداً إقليمياً، كما في الدول الاتحادية، كالولايات الأمريكية المتحدة، إذ يكون لكل ولاية قانونها الخاص بها، وعندما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، يظهر سؤال حول كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع من بين تلك الشرائع.

ففي هذه الأحوال لا يستطيع القاضي التعرف على الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق إلا بعد معرفة الشريعة التي يجب الرجوع إليها من بين تلك الشرائع، وهذا الأمر يفوض فيه القانون المختص الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي، لذا سميت هذه المسألة (بالتفويض).⁽²⁾

لكن قد تتعدد المشكلة أكثر في حالة خلو القانون الأجنبي ذاته من قاعدة إسناد داخلية يتمكن من خلالها إسناد النزاع إلى شريعة معينة، والحل الذي أوجده

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 89.

(2) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 176 - 177.

الفقه القانوني لهذه الحالة هو تطبيق ضوابط الإسناد المستقرة دولياً، كضابط الموطن ومحل وقوع الفعل الضار وغيره من الضوابط.⁽¹⁾

4. تطبيق القانون الأجنبي والرقابة عليه،

تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني يطرح عدد من الأسئلة عن طبيعته أمام القضاء، ودور القاضي في التعرف على أحكامه، وإثباتها، وتفسير ذلك القانون، ومدى خضوعه لرقابة محكمة النقض من حيث تفسيره وتطبيقه. وتفصيل ذلك في ما يلي:-

أ- طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

اختلف فقهاء القانون حول إحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته أمام القضاء الوطني، فرأى البعض أنه يفقد طبيعته القانونية ويتحول إلى مجرد واقعة، ومنهم الفقيه الفرنسي (هنري باتيفول)، الذي يبرر تحول القانون الأجنبي إلى مجرد واقعة، بفقدانه عنصر الإلزام الذي يتمتع به في بلاده وليس للمشرع الذي أصدره سلطة على القاضي الوطني تلزمه بتطبيقه، وبناء على ذلك، يُعامل ذلك القانون أمام القضاء معاملة الوقائع، فلا يفترض علم القاضي بأحكامه، ولا يجب عليه البحث عنها من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصم الذي يتمسك به تقديم مضمونه وإثباته أمام المحكمة، وليس لمحكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيقه وتفسيره.

هنالك إتجاه آخر في هذا الصدد على النقيض من سابقه، يرى إحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ولا يتحول لواقعة وفقاً لنظرية (الإدماج) التي

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 91.

تبتها الفقهاء الإيطاليون، وملخصها أن قواعد الإسناد تُدمج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني بحيث يصبح جزءاً منه، كجزء من وظيفتها، ويترتب على ذلك ضرورة علم القاضي بأحكام القانون الأجنبي، وإعماله من تلقاء نفسه وتفسيره إذا لزم ذلك، كما لو كان يُطبق قانونه الوطني، ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

ب. دور القاضي الوطني في التعرف على أحكام قانون الأجنبي وإثباته.

يختلف دور القاضي في هذه الجزئية باختلاف نظرة النظم القانونية لطبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فالنظم التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة، تُلقي عبء البحث عن مضمون ذلك القانون وإثباته على الخصوم إذا تمسكوا بتطبيقه، ويتم إثباته بكل طرق الإثبات المعروفة، وعملياً يكون ذلك عن طريق شهادة تصدرها الجهات الدبلوماسية للدول الأجنبية، أو شهادة من الخبراء والمختصين، أو إبراز نصوص القانون المنشورة بشكل رسمي، أو إستناداً إلى التطبيقات السابقة للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

أمّا في النظم التي تعامل القانون الأجنبي كقانون وليس مجرد واقعة، يجب على القاضي السعي لمعرفة مضمون ذلك القانون وإثباته بوسائله الخاصة، ووسائل حكومته، واللجوء للطرق الدبلوماسية عن طريق وزارة العدل، وإذا إستحال على القاضي التعرف على مضمون القانون فإنّه يلجأ إلى حلول مختلفة باختلاف الإتجاهات الفقهية لسد الفراغ الناشئ عن عدم التوصل لمضمون القانون الواجب التطبيق، كتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة، وإتباع القانون الأقرب في أحكامه للقانون الأجنبي، والأخذ بالقانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع المعروض،

وتطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، تطبيق قانون القاضي، وهو الحل الأكثر شيوعاً لدى القضاء في كثير من الدول.

ج. تفسير القانون الأجنبي ومدى خضوعه لرقابة محكمة النقض.

يجب على القاضي الوطني وهو يفسر الغامض من أحكام القانون الأجنبي، أن يتقيد بالتفسير المتبع في دولة ذلك القانون، أمّا رقابة محكمة النقض على تفسيره وتطبيقه، فإنّها تتوقف على نظرة القضاء الوطني له، فإن كان ينظر له كواقعة، فليس لمحكمة النقض سلطة رقابة عليه، وإن كان ينظر له كقانون، فيخضع لرقابتها.⁽¹⁾

د. موانع تطبيق القانون الأجنبي.

بعد إنتهاء القاضي من إجراء المسائل الأولية من تكييف وإحالة وتفويض ليصل إلى القانون الواجب التطبيق، ومن ثمّ تحديد مضمونه وإثباته وتفسيره، قد يواجه ببعض الموانع التي تحول دون تطبيقه، تتمثل في مخالفته للنظام العام في دولة القاضي والتحايل على قانون القاضي بتغيير ضابط الإسناد من قبل أطراف العلاقة القانونية من أجل مصلحتهم، وندرس ذلك كالاتي:-

أولاً: مانع النظام العام (مضمونه وآثاره).

فكرة النظام العام هي فكرة قديمة في علم القانون وهي (القواعد المنظمة للمصالح الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها في إتفاقاتهم).⁽²⁾ وهي فكرة وطنية تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع القاضي الذي ينظر النزاع على المستويين، الداخلي والدولي، وما يهمنا هنا الدفع بالنظام العام

(1) فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 116 - 126.

(2) محمد حسام محمود لطف، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ط5، 2003م، ص 13.

في مجال العلاقات الدولية الخاصة كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي والذي يُعرّف بأنّه: (الدفع الذي يتم بمقتضاه إستبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي على العلاقة وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي)⁽¹⁾، وللدفع بالنظام العام بعض الآثار، سلبية وإيجابية وأثر مخفف.

1. الأثر السلبي

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام إستبعاد القانون الواجب تطبيقه على النزاع إستبعاد جزئي أو كلي.

أ- الإستبعاد الجزئي

في هذه الحالة يستبعد القاضي من القانون الأجنبي الجزء المخالف للنظام العام في دولته والذي لا يرتبط إرتباطاً وثيقاً ببقية أجزاء القانون الواجب التطبيق ومن ثم يُطبق بقية الأحكام، ومثال لذلك إستبعاد القاضي المختص لأحكام التركة التي تتعلق بجواز التوارث بين الوارث والمورث مع إختلافهما في الديانة، لمخالفتها للنظام العام في دولته، وتطبيق الأحكام المتعلقة بشرط الإرث ونصيب الورثة والتي لا تتعارض مع نظامه العام.

ب- الإستبعاد الكلي:- ويحدث هذا للقانون الأجنبي عندما يكون الحكم المخالف للنظام العام مرتبطاً بشدة ببقية النصوص الأخرى، بحيث لا يستطيع القاضي الإكتفاء بالإستبعاد الجزئي لذلك الحكم أو النص وتطبيق النصوص الأخرى التي

(1) جندولي فاطمة زهرة، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010م - 2011م، ص 72 - 73.

لا تتعارض مع نظامه العام، ومثال لهذا العقد الذي يتضمن شرطاً باطلاً وكان جوهرياً بحيث لا يستقيم العقد بدونه.

2. الأثر الإيجابي.

ويقصد به عودة الإختصاص لقانون القاضي بعد إستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وهو الإتجاه الغالب لدى الفقه والقضاء، وذلك كي لا يتسبب الإستبعاد في فراغ تشريعي.

وفي بعض الأحيان تكون أحكام قانون القاضي غير ملائمة لحكم النزاع، أو خالية من أيّ حل له، فيستعين القضاء بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وقد إستقر القضاء المغربي على ذلك وفقاً للنص القانوني (أنه إذا تعارض نص القانون الأجنبي المختص مع إعتبرات النظام العام، تعيّن على القاضي أن يستبعده ويحكم في الدعوى مهتدياً بمبادئ القانون الطبيعي).

2. الأثر المخفف.

ملخصه هو التفريق بين الحالة التي يُراد فيها إنشاء حق في دولة القاضي المختص، وتلك التي يُراد فيها التمسك بآثار حق أُكتسب في الخارج، فإذا كان إنشاء الحق المعين في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها، فذلك لا يعني حتمية تعارض آثاره معه، طالما نشأ صحيحاً في الخارج.

ونجد تطبيق هذه الفكرة لدى القضاء الفرنسي كمثال، حيث يعترف بآثار

الطلاق الذي وقع خارج فرنسا ولو تم بأسباب لا يقرها القانون الفرنسي.⁽¹⁾

(1) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص 234 - 240.

ثانياً: مانع الغش نحو القانون.

الغش نحو القانون أو التحايل عليه يتم بتغيير ضابط الإسناد من قبل أطراف العلاقة، أحدهما أو كلاهما بهدف نقل الإختصاص من قانون لآخر يحقق مصلحتهم ويجنبهم تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص أصلاً.

ولإطراف العلاقة الحرية في تغيير بعض ضوابط الإسناد كالجنسية والموطن ومحل وجود المال... الخ، هذا في الأصل، لكنهم أحياناً يسيئون إستعمال حقهم في ذلك عندما يقصدون تغيير ضابط الإسناد هروباً من القانون المختص إلى قانون آخر يحقق رغباتهم، وتعتبر قضية الأميرة (دي بوفرمون) سابقة توضح هذا الأسلوب في الغش نحو القانون، وتتخلص وقائعها في أنّ الأميرة البلجيكية الأصل، أرادت الحصول على التطلاق من زوجها الفرنسي، وإستحال عليها ذلك وفقاً للقانون المختص وهو القانون الفرنسي، فلجأت إلى التجنس بجنسية أخرى يسمح لها قانونها بالحصول على التطلاق، ثم تزوجت من آخر وأقامت في فرنسا، طلب زوجها الأول بطلان التطلاق وبالتالي الزواج الثاني، إستجابت له المحكمة مسببة حكمها بأنّ تغيير الجنسية قد تم بقصد الغش.

ولتحقق الغش نحو القانون لابد من توفر العناصر الآتية:-

1. توفر نية الغش.

أي أن تكون إرادة الأطراف قد إتجهت لتغيير الإختصاص القانوني بتغييرها لضابط الإسناد، وتوفر هذه النية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص.

2. فعالية وسيلة الغش.

ويقصد بذلك أن تؤدي الوسيلة التي إستخدمها طرفا العلاقة أو أحدهما إلى تغيير الإختصاص القانوني فعلاً، فإذا غيرَ أحد الزوجين مثلاً، جنسيته مع بقاء الزواج محكوماً بذات القانون الذي كان يخضع له سابقاً، فلا مجال هنا للأخذ بنظرية الغش نحو القانون لعدم فعالية وسيلة الغش.

3. أن تكون القاعدة القانونية المتحايل عليها من النصوص الآمرة.

هذا الشرط ليس عليه إجماع في الفقه القانوني، حيث يحصر الفكر التقليدي الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التهرب من النصوص الآمرة دون النصوص الإختيارية.

وهناك من لا يأخذون بهذا الشرط فلا يفرقون بين النصوص الآمرة والإختيارية.⁽¹⁾

آثار الدفع بالغش نحو القانون.

إختلف فقهاء القانون حول الجزاء المترتب على القيام بالغش نحو القانون، فقسم يرى عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي أرادها المتحايل وعدم سريان الوسيلة التي إستخدمها في التحايل، فإذا إكتسب شخص جنسية دولة ما، يسمح قانونها بالطلاق وذلك على النقيض من قانون جنسيته القديمة وتمكن بذلك من طلاق زوجته، فإن الطلاق (النتيجة) لا ينفذ في دولة القاضي ولا يُعترف بالجنسية الجديدة.

الرأي الآخر من الفقه يرى أنّ جزاء التحايل عدم نفاذ النتيجة وبقاء الوسيلة صحيحة مرتبة لآثارها وذلك إستناداً على أن هنالك صعوبات عملية تحول دون

(1) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص 195-196، 203-204.

الأخذ بالرأي الأول، ومثال لها تغيير موقع المنقول وهذا يمثل واقعة مادية لا يمكن تجاهلها.⁽¹⁾

والسودان كغيره من الدول، أوجد مشرعه حلولاً لمسائل تنازع القوانين، جاءت متفرقة في عدد من القوانين، ووردت بصفة أساسية في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، كما وردت بعض النصوص في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، تعديل سنة 2009م، وأخرى جاءت في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، وفيما يلي تفصيل لقواعد الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م:-

- في مسائل الأهلية وشروط إنعقاد الزواج، والمسائل الخاصة بالوصايا والقوامة والنفقة وقضايا الميراث والوصية، تعتبر الجنسية هي ضابط الإسناد وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل، قانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسياتهم، المادة (1/11-8-9-10-11).

- بالنسبة للحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، يعتبر موقع العقار هو ضابط الإسناد وذلك بالنسبة للعقار، بينما مكان وجود المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، هو ضابط الإسناد بالنسبة للمنقول، وعلى ذلك يُطبق قانون موقع العقار على النزاع المتعلق بعقار، بينما يُطبق قانون الجهة التي يوجد بها المنقول بالوصف السابق على النزاع الذي يتعلق بمنقول، المادة (12/11).

(1) فؤاد ديب، مرجع سابق، ص 164 - 165.

- الإلتزامات التعاقدية ضابط الإسناد فيها الإرادة، فتخضع للقانون الذي إتفق عليه طرفا العقد، فإذا لم يوجد إتفاق يُطبق عليها قانون الموطن المشترك إذا أتح الطرفان في الموطن، فإذا أختلفا فيه تخضع العلاقة لقانون مكان إبرام العقد، ويستثنى من ذلك العقود التي تبرم بشأن العقار، فهذه يُطبق عليها قانون موقع العقار.

أمّا شكل العقود فيخضع لقانون البلد الذي تمت فيه، كما يجوز خضوعها للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، وأيضاً يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك، (11/13 / أ، ب، ج).

- الإلتزامات غير التعاقدية، ضابط الإسناد فيها مكان حدوث الواقعة المنشئة للإلتزام، فيسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها تلك الواقعة، ويستثنى من ذلك الإلتزامات الناتجة عن الفعل الضار نتيجة وقائع حدثت في الخارج وكانت مشروعة في السودان، (11/14 / أ، ب).

- قواعد الإختصاص القضائي وإجراءات التقاضي يسري عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، (11/15).

- النظام القانوني للأشخاص الإعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يخضع لقانون الدولة التي إتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، أمّا إذا باشرت نشاطها الرئيسي في السودان، فإنّها تخضع للقانون السوداني في نظامها القانوني، (11 / / 2).

الشروط الموضوعية لصحة الزواج يسري عليها قانون كل من الزوجين، (11/3).

- صحة عقد الزواج من حيث الشكل تخضع لقانون البلد الذي تم فيه، أو قانون كل من الزوجين، (11 / 4).

- الآثار التي يترتبها عقد الزواج، بما فيها من أثر بالنسبة للمال، يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد العقد، (11 / 5).

- الطلاق يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، بينما يخضع التطليق والإنفصال لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، (6/11).

- في مسائل آثار عقد الزواج بما فيها الآثار المالية، والطلاق والتطليق والإنفصال المنصوص عليها في البندين (5) و(6) من المادة (11)، يسري القانون السوداني وحده إذا كان أحد الزوجين سودانياً وقت إنعقاد الزواج، عدا شرط الأهلية للزواج، (7 / 11).

وفي إطار تطبيق قاعدة التنازع، وفيما يتعلق بالتكييف فقد أخذ المشرع السوداني بالإتجاه الذي يُخضع التكييف لقانون القاضي، متفقاً بذلك مع عدد من قوانين الدول الأخرى، كالقانون المصري والعراقي والإيطالي.⁽¹⁾

وجاء ذلك في نص المادة (10) ((يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يُطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها)).⁽²⁾

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 82.

(2). قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

فعلى القاضي السوداني وهو بصدد التعرف على طبيعة النزاع الرجوع إلى القانون السوداني بصفة عامة بما يتضمن من قواعد ومبادئ عامة، ولا يتقيد فقط بالقواعد الموضوعية الواردة في قانون المعاملات المدنية.⁽¹⁾

وإخضاع التكييف لقانون القاضي، أرى فيه تيسير على القاضي من ناحية عملية وهو يقوم بالتعرف على طبيعة العلاقة، وذلك لإمامه بقوانين دولته من حيث طرق التفسير والمبادئ المستقرة فيها.

أمّا الإحالة فقد صرح المشرع برفضها في نص المادة (1/16) ((إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يُطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص))⁽²⁾، متفقاً أيضاً مع القانون المصري وغيره في ذلك⁽³⁾ وأحسبه قد وُفق في ذلك، فقد تفادى عيوب الإحالة التي تنقل من فاعلية قاعدة الإسناد كوسيلة لحل التنازع وذلك بردها الإختصاص من قانون إلى آخر في بعض الأحوال في تسلسل لا نهائي، أو العودة إلى قانون تم إعمال قواعد الإسناد فيه مسبقاً، ممّا يؤخر التوصل إلى حل نهائي للنزاع.

كما عالج قانون المعاملات المدنية مسألة تعدد الشرائع داخل الدولة التي إختص قانونها بالتطبيق على النزاع، بما يسمى (بالتقويض) في المادة (15) (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة

⁽¹⁾ شريف الشيخ ادريس، القانون الدولي الخاص، الخرطوم، ط2، 1995م، ص 241-243.

⁽²⁾ قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

⁽³⁾ أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 89.

تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها)).¹

والسودان من الدول التي تتعدد فيها الشرائع وقد عالج المشرع هذا الوضع في قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾ في المادة (5/أ/ب) والتي تقرأ كآآتي: (إذا عرضت في أي دعوى أو 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 ذوي الشأن والذي لا يخالف العدالة والإنصاف والوجدان السليم ولم يعدل أو يلغى بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة⁽²⁾

وبحسب قراءتي لهذه المادة أجد أنها تضمنت ضابطي إسناد، هما ديانة الخصوم والشريعة التي تم عقد الزواج وفقاً لقواعدها، فتكون الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق علي تلك المسائل المذكورة أعلاه إذا كانت ديانة الخصوم الشريعة الإسلامية أو كان الزواج قد تم وفقاً لها.

(1) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م

(2) قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، (تعديل) 2009م.

أمّا إذا كان الخصوم غير مسلمين، فيكون القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل هو العرف المشترك بينهم والذي تتوفر فيه الشروط الواردة في نص المادة وهي ان يكون العرف مشتركاً بين الخصوم، وألاً يكون مخالفاً للعدالة والوجدان السليم، ولم يُعدّل أو يلغى بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة.

فقد جاء في قضية اكويت اتم طاعن ضد وليم واني، أنّ القانون الذي يحكم مسائل الزواج والطلاق لأفراد قبيلة الدينكا هو عادة القبيلة المادة (5 ب).⁽¹⁾

وشرط إشتراك العرف قرره المحكمة العليا في قضية نيكولاس ستيفانو ضد أرسنيانيكولاس حيث جاء (حيث كان أطراف النزاع لا ينتمون إلى ملة دينية موحدة وقت النزاع، فإنه يستحيل تطبيق عرف عليهما بحسب ما تقضي به المادة الخامسة)⁽²⁾

بالنسبة لموانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون السوداني فقد قرر المشرع إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي عينته قواعد التنازع في قانون المعاملات المدنية

(¹) سامية عوض النور الشفيق، القضايا المدنية، سوريا، ط2، 1427هـ - 2006م، م 3 ، ص318-319.

(²) موسي محمد على عبد الله، السياسات الفرعية(التشغيلية) في قانون الإجراءات المدنية لسنة1983م، ط1، 2012م، ص 39.

لسنة 1984م إذا كانت تخالف الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ أو النظام العام⁽²⁾ أو الآداب⁽³⁾ في السودان، المادة (2/16).⁽⁴⁾

ومن الملاحظ أن القانون السوداني في هذا المحور قد خالف الإتجاه السائد في القانون المقارن، بإضافته الشريعة الإسلامية إلى موانع تطبيق القانون الأجنبي، واتفق معه في مانع النظام العام ومع بعضها في مانع الآداب، كالقانون المدني المصري الذي جاء في المادة (28) منه والتي تنص على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر.⁽⁵⁾

ومن موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون المقارن، مانع الغش نحو القانون أو التحايل على القانون، لكن إذا نظرنا إلى القانون السوداني، نجده خالياً من أي إشارة لهذا المانع، وقد إستدرك المشرع هذا الأمر حينما أجاز للمحاكم

⁽¹⁾ويقصد بالشريعة الإسلامية (جملة الأحكام والأوامر والنواهي التي شرعها الله عز وجل على عباده المؤمنين)، انظر: محمد شيخ أحمد محمد، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة-الخرطوم، ط2، 1427هـ-2006م، ص22.

⁽²⁾يُعرف النظام العام بأنه (القواعد المنظمة للمصالح الأساسية في المجتمع والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها في إتفاقياتهم)، انظر: لطفي، محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون، ط5، القاهرة، 2003م، ص13.

⁽³⁾الآداب العامة فهي (مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية، وهذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، ولأديان أثر كبير في تكييفه). انظر: الجبوري، إدريس حسن محمد، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، دار النهضة العربية، 2008م، ص 182.

⁽⁴⁾ قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م.

⁽⁵⁾حافظ جعفر إبراهيم، المدخل لتنازع القوانين في ضوء القانون السوداني وأحكام القضاء، ص

الإستعانة بمبادئ القانون الدولي الخاص⁽¹⁾ فيما لم يرد في شأنه نص من أحوال تنازع القوانين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في المادة (13).⁽²⁾

وفي إطار حالات غياب النص هنالك قوانين أخرى بجانب قانون المعاملات المدنية عالجت هذه الإشكالية، وهي قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م تعديل 2009م وقانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، حيث نص الأول في المادة (2/6) على ما يلي: (في المسائل التي لا يحكمها أى نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي إستقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم).⁽³⁾

وفي ذات السياق جاء في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م في نص المادة (3) الآتى:-

(على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة):

أ/ يُطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة.

⁽¹⁾ مبادئ القانون الدولي الخاص يقصد بها حلول خاصة بمسائل تنازع القوانين إستقرت وأصبح لها صفة الشيوخ والإشتراك بين الدول لأنها تلبي حاجات مشتركة بينها، انظر: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 49.

⁽²⁾ قانون المعاملات المدنية لسنة 1984.

⁽³⁾ قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، تعديل 2009م.

ب/ فإن لم يجد القاضي نصاً يجتهد رأيه ويهتدي في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعي ترتيبها في أولوية النظر والترجيح.

أولاً: مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة، ومبادئها العامة وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة.

ثانياً: القياس على أحكام الشريعة تحقيقاً لعلها أو تمثيلاً لأشبابها أو مضاهاة للمنهج في نظام الأحكام.

ثالثاً: إعتبار ما يجلب المصالح ويدرا المفساد وتقرير ذلك بما يتوخى مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة في ظروف الواقع الحاضر وبما تمليه نصوص الشريعة الفرعية.

رابعاً: إستصحاب البراءة في الأحوال والإباحة في الأعمال والتيسير في التكاليف.

خامساً: الإسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان بما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرره من قواعد فقهية.

سادساً: مراعاة العرف القائم في المعاملات في ما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة النظرية.

سابعاً: تقصي معني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقذ في الوجدان السليم.⁽¹⁾

نلاحظ مما سبق أنّ هنالك ثلاثة قوانين تضمنت قواعد تعالج حالات غياب النص، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو أيهم يجب تطبيقه؟

وقد أشار بروفيسور موسى محمد على إلى الإجابة عن هذا السؤال في مؤلفه (السياسات الفرعية (التشغيلية) في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م) حيث قال (بالرغم من ورود هذا النص في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م الذي تم العمل بموجبه بتاريخ 1983/9/28م، لاحقاً في صدوره قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، الذي دخل حيز التطبيق في 1983/8/28م، فإن المحاكم قد أهملت تطبيق المبادئ التي نص عليها قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، المشار إليها بعاليه حيث إعتمدت مقررات نص المادة (6) من قانون الإجراءات المدنية كما جاء، مهمة التتويه الوارد في قانون الأحكام القضائية بوجوب تطبيق مقرراته بالرغم من وجود أي نص آخر في أي قانون آخر بما في ذلك قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م).⁽²⁾

في مسألة إثبات القانون الأجنبي وتفسيره والرقابة عليه، لم ينظم المشرع السوداني أي قواعد قانونية بشأنها، وقد أخذت المحاكم السودانية بالإتجاه الذي أخذ

(1) قانون أصول الاحكام القضائية لسنة 1983.

(2) موسى محمد على عبد الله، مرجع سابق، ص 52.

به القانون الإنجليزي في إثبات القانون الأجنبي، وهو التعامل معه كوقائع، ففي

قضية *Omair and Achille Avareno V. Sarkis Izmirlian*

أكد القاضي (بابكر عوض الله) أنه يجب إثبات القانون الأجنبي كأى مسألة من مسائل الواقع، وهذا الإتجاه أخذت به أيضاً المحاكم المصرية حيث قررت محكمة النقض أن التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها.

وفي حالة تعذر معرفة مضمون القانون الأجنبي فقد أخذ المشرع السوداني بالرأي الذي يرى تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بالمسألة محل النزاع⁽¹⁾ ويظهر ذلك في نص المادة (14) في إطار معالجته لحالات مجهولي الجنسية ومتعديها، وهي تُقرأ كالتالي: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة بوقت واحد، على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية السودانية وجنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون السوداني هو الذي يجب تطبيقه).⁽²⁾

في تفسير القانون الأجنبي يتبع القاضي السوداني ، طرق التفسير المتبعة في قانونه تطبيقاً لما جاء في المادة (13) من قانون المعاملات المدنية وهي (تسترشد المحاكم في تطبيق أحكام هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م)، وعلى هذا يبحث القاضي

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق، ص 97، 108.

(2) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984.

عن هدف مشرعه من وضع تلك المبادئ والقواعد والمفاهيم المستقرة في السودان.(1)

وإذا ما أخطأت محكمة الموضوع في تفسيره أو تطبيقه، فإنها تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا كما جاء في قضية مأمون مصطفى ضد عبد المطلب ناصر (بأن الرقابة على قرارات المحاكم الأدنى الوقائية تتوافر للمحكمة العليا في حالة ما تجئ قرارات محاكم الموضوع الوقائية، بصدد ترجيح الإثبات وما يمكن أن يستخلص منها إستخلاصاً سائغاً، خاطئة خطأ جسيم بدرجة ترقى معه إلى مرتبة إعتباره مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله).(2)

في إطار إيجاد الحلول لتنازع القوانين، إتفق قانون المعاملات السوداني مع كثير من قوانين الدول بأخذه بالمنهج غير المباشر (قواعد الإسناد) بجانب أخذه بالمنهج المباشر، ويتمثل ذلك المنهج في القواعد الموضوعية التي تضمنتها المعاهدات والإتفاقيات الدولية كما جاء سابقاً، والتي تطبق مباشرة على النزاع، وقد جاء ذلك في نص المادة (12) (لا تسري أحكام المادة (11) إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها).(3)

ومن خلال إطلاعي على النصوص التي تدور حول كيفية حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي في الشريعة الإسلامية وجدت أنها تدور حول مدى إختصاص القاضي المسلم بنظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها مسلم، وتلك التي

(1) أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سابق،، ص 101.

(2) حافظ جعفر إبراهيم، مرجع سابق، ص 118-120.

(3) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

أطرافها من غير المسلمين، وإرتباط القضاء في الإسلام بالتشريع، وشروط تولي القضاء، وسندرس هذه المحاور في الكتاب والسنة وعند الفقهاء والكتاب المحدثين والسياسة الشرعية.

جاء في الأحكام السلطانية أن القضاء في الإصطلاح الشرعي هو (الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، من أجل فصل الخصومات وقطع المنازعات)، وأن الشروط التي يجب توافرها في القاضي سبعة شروط، ما يهمننا منها في هذا المقام، شرط الإسلام، فلا يجوز تقليد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿لَوْ كُنَّ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.⁽²⁾

والسؤال هنا، ما مدى إختصاص القاضي المسلم بنظر الدعاوى التي أحد أطرافها مسلم والآخر غير مسلم، وتلك التي أطرافها غير مسلمين؟ وللوقوف على هذه النقطة نعرض أقوال الفقهاء حولها.
أولاً: أقوال الحنفية.

للقضاء بين الذميين إشتراط الإمام (أبوحنيفة) ترفع الخصمين معاً، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ﴾⁽³⁾، ولأنهم بترافعهم إلى القاضي المسلم، تركا ما دانه ورضيا بحكم الإسلام، أمّا (محمد) فقد إكتفى بترافع أحد الخصمين، ورأي (أبو

(1) الماوردي، أبو الحسن علي محمد بن محمد بن حبيب، (المتوفى: 450هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، جزء 1، ص 110-111.

(2) سورة النساء، الآية 141.

(3) سورة المائدة، الآية 42.

يوسف) الحكم بينهم دون إشتراط الترافع أصلاً⁽¹⁾، واستدل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَنْ

أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾.⁽²⁾

ثانياً: أقوال المالكية.

قال مالك⁽³⁾ إذا ترافع الذميان إلى الحاكم فهو مخير في الحكم بينهما أو تركه، وإستدل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾⁽⁴⁾، وله قول آخر بأنه يجب على الحاكم أن يحكم بينهم، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾⁽⁵⁾، وسنده في القول الثاني أن الآية ناسخة للتخيير في الآية السابقة.⁽⁶⁾

كما جاء في (الذخيرة) وجوب الحكم بين المسلم والكافر بحكم الإسلام، لأن عقد الذمة يوجب جريان حكم الإسلام عليهم إلا في نكاحهم، وللحكم بين الكفار من ملة

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، جزء 2، ص311.

(2) سورة المائدة، الآية 49.

(3) مالك: هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، توفي سنة 179هـ، كان عالماً ورعاً، كما أشتهر بكتابه الموطأ ووُصِفَ بأنه أكثر كتب العلم صواباً. أنظر: السلماسي، أبو زكريا يحيى بن إبراهيم بن أحمد بن محمد، منازل الائمة الاربعة أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط 1، 1422هـ-2002م، المحقق: محمود بن عبد الرحمن قدح، ص 183 ، 185 ، 187، 188.

(4) سورة المائدة الآية 42

(5) سورة المائدة، الآية 49.

(6) القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م، جزء 4، ص 255.

واحدة يُشترط ترافعها معاً، والحاكم بعد ذلك مخير في الحكم أو الترك، فإن حكم حكم بالقسط وهو حكم الله، وإن اختلفا في الدين أو الملة فيسري ذات الحكم السابق.⁽¹⁾
ثالثاً: أقوال الشافعية.

قال الشافعي⁽²⁾: إن كانوا موادعين، فالقاضي مخير في الحكم أو الترك لقوله تعالى: {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ}، لأنهم موادعون بغير جزية، وقال أن هذه الآية نزلت في اليهود الموادعين، لكن إن إختار الحكم حكم بالقسط وهو حكم الله الذي أنزله على رسوله محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.
أمّا إن كانا معاهدين (مستأمنين)، يجب عليه الحكم بشرط ترافعها معاً، وإن كانا أهل جزية يجب القضاء بينهم، ولا يشترط ترافعها معاً، إذ يكفي ترافع أحدهما، لأن الصغار في الآية هو جريان حكم الإسلام عليهم، ولا يجوز أن تكون دار الإسلام دار مقام لمن يمتنع عن الحكم⁽³⁾ لقوله تعالى: {وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ}.⁽⁴⁾

(1) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994م، جزء 10، ص 111-112.

(2) الشافعي: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، أشتهر بالبيان والفراسة وملكة الحفظ، توفي سنة (2002هـ)، أنظر: السلماسي، أبو زكريا يحيى، مرجع سابق، ص 206، 212-213.

(3) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف، (المتوفى: 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م، جزء 4، ص 222-223.

(4) سورة المائدة، الآية 49.

وإن كانت الخصومة بين طرف من أهل الكتاب وآخر مسلم، يجب الحكم بينهما، ويكون بحكم الإسلام ولا خلاف عليه، وإن كانوا ذميين مختلفي الملة أو ذمي ومستأمن يشترط ترافعهما معاً، والحاكم بعد ذلك مخير في الحكم أو الترك.⁽¹⁾

رابعاً: أقوال الحنابلة.

قال الإمام أحمد⁽²⁾: إذا تحاكم إلينا أهل الذمة، فالحاكم مخير في الحكم أو الترك، سواء كانوا على دين واحد أم أديان مختلفة، وهناك رواية أخرى عنه أنه يجب الحكم بينهم لقوله تعالى: {وَأَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ}⁽³⁾، بشرط ترافعهما معاً، وذلك لدفع ظلم كل منهما عن الآخر. وإن تحاكم مسلم وذمي يجب الحكم بينهما، لذات السبب.⁽⁴⁾

⁽¹⁾القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، مرجع سابق، جزء 7، ص 44.

⁽²⁾ أحمد: هو أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، اشتهر بأنه كان إمام في ثمان خصال، في الحديث والفقه واللغة والقرآن والسنة والورع والفقر والزهد، توفي سنة 241هـ. أنظر: أبو الحسين بن أبي يعلى محمد بن محمد، (المتوفى: 526هـ)، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، ص، 1، 4-5، 16.

⁽³⁾ سورة المائدة الآية 49.

⁽⁴⁾ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى: 620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م، جزء9، ص 81-82.

كما جاء في الأسئلة والأجوبة الفقهية: وإن تحاكم مستأمن مع مسلم، يجب الحكم بينهما، وأمّا إن تحاكم المستأمنين، فالحاكم مخير في الحكم، وإن حكم في كل الأحوال يحكم بحكم الإسلام⁽¹⁾ لقوله تعالى: {وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ} (2). وفي تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۗ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّكَ شَيْئًا ۗ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾، فقد جاء في (الجامع لأحكام القرآن) أن الآية نزلت في الموادعين وليس أهل الذمة، وخير الله سبحانه وتعالى رسوله بالحكم بينهم أو ردهم، ولا يجب علينا الحكم بين الكفار إلا أن يكونوا أهل ذمة بل يجوز، وإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام، وهناك قول ثاني وهو أن الآية منسوخة بقوله تعالى: {وَإِنْ أَحْكَمْتُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ} وهو قول أكثر العلماء.⁽³⁾

وجاء في تفسير المنار أنّ التخيير خاص بالمعاهدين (أي المستأمنين) فلا يجب على حكام المسلمين أن يحكموا بين الأجانب الذين هم في بلادهم إن تحاكموا إليهم، بل هم مخيرون، ويجب الحكم بين الذميين إذ تحاكموا إلينا، ويحكم الحاكم بينهم بالقسط إن إختار الحكم.⁽⁴⁾

(1) السلطان، أبو محمد عبد العزيز بن محمد بن عبد الرحمن بن عبد المحسن (المتوفى: 1422هـ)، الأسئلة والأجوبة الفقهية، جزء 3، ص 229.

(2) سورة المائدة الآية 42.

(3) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر (المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، المحقق: أحمد البردوني، ط2، جزء 6، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ-1964م، ص325-326.

(4) محمد رشيد بن علي بن رضا بن محمد شمس الدين (المتوفى: 1354هـ)، تفسير المنار، الهيئة المصرية السنة للكتاب، 1990م، جزء 6، ص 325-326.

وإختلف العلماء حول نسخ قوله تعالى: (سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَلُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) بقوله تعالى: (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ)، (فمنهم من رأى أنها محكمة غير منسوخة والبعض الآخر رأى أنها منسوخة وأصوب القولين أنها محكمة إذ لا تعارض بين الآيتين إذ أنّ التقدير فاحكم بينهم بما أنزل الله إن شئت). (1)

وجاء في الحديث، عن ابن عباس، قال: {إِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ}، فَنُسِخَتْ، قال: {فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ} [المائدة: 48] (2).

وورد في معالم القرية في طلب الحسبة، إن تحاكم أهل الذمة إلينا مع المسلمين وجب الحكم بينهم، وإن تحاكموا بعضهم مع بعض وكانوا متحدين في الديانة ففيه قولان: أحدهما يجب الحكم بينهم، والآخر يجوز الحكم بشرط ترفعهما معاً لقوله تعالى: {فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ}، أمّا إن اختلفا في الديانة ففيه أيضاً قولان، الوجوب والجواز. (3)

¹ أبي منصور، عبدالقاهر بن طاهر بن محمد البغدادي، الناسخ والمنسوخ، دار العدوي، عمان، الأردن، تحقيق: حلمي كامل أسعد، ص 209.

(²) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب الحكم بين أهل الذمة، جزء 3، ص 303، رقم الحديث: 3590.

(³) ضياء الدين، محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة (المتوفى: 729هـ)، معالم القرية في طلب الحسبة، دار الفنون (كمبردج)، جزء 1، ص 44.

ممّا سبق نخلُص إلى أنّ الفقهاء والمفسرين قد اختلفوا حول إلزام القاضي المسلم بقبول القضاء بين غير المسلمين عند ترفعهم إليه أو جواز ذلك في حقه، واتفقوا على وجوب الحكم بين المسلم وغير المسلم.

نلاحظ من الأقوال السابقة، إرتباط الإختصاص القضائي بالتشريع الإسلامي، فالقانون الواجب التطبيق عند إختصاص القاضي المسلم بنظر الدعوى المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي هو الشريعة الإسلامية.

وقد جاء الدليل على ذلك في القرآن الكريم في قوله تعالى: مَا عُونُ لِلْكَذِبِ

أَكَلُونَ لِلسُّحْتِ فإِنْ جَاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإِنْ تُعرض عنهم فلن يضروك شيئاً

وَإِنْ حَكمتَ فاحكم بينهم بالقسطِ إِنَّ اللهَ يُحبُّ المُقسطينَ. (1)

وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فاحكم بينهم بما

أَنْزَلَ اللهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ... (2)، { أفحكم الجاهليّة يغنون ومن

أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون } (3).

كما جاء في الحديث، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث

معاذاً إلى اليمن قال: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟))، قال: أقضي بكتاب

(1) سورة المائدة، الآية 42.

(2) سورة المائدة، الآية 48.

(3) سورة المائدة، الآية 50.

الله، قال: ((فإن لم تجد في كتاب الله؟))، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: ((فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟))، قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال ((الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله))⁽¹⁾، وقوله أجتهد رأيي يريد رد القضية إلى معنى الكتاب والسنة عن طريق القياس.⁽²⁾

وورد ذلك أيضاً في الموسوعة الكويتية⁽³⁾ (وفي جميع الأحوال إذا حكم القاضي المسلم بين غير المسلمين لا يحكم إلا بالشرعية الإسلامية، لقوله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾)⁽⁴⁾.

وبالتركيز على القانون الواجب التطبيق، أرجح الرأي الذي يرى تطبيق القاضي المسلم الشريعة الإسلامية في كل الأحوال التي يكون فيها مختصاً بنظر الدعوى، لأن الخصوم غير المسلمين عندما ترفعوا إليه أحدهما أو كلاهما، ترفعوا بلا إكراه، وهذا دليل على قبولهم تطبيق أحكام الإسلام في حقهم، وإلا لما أتوا إليه ولجأوا إلى رؤسائهم بدل ذلك، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أرى أن خصائص

⁽¹⁾ أخرجه أبوداؤد في سننه، كتاب الأقضية، باب إجتهد الرأي في القضاء، جزء 3، ص 303، رقم الحديث: 3592.

⁽²⁾ الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب (المتوفى: 388هـ)، معالم السنن (شرح سنن أبي داؤد)، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ-1932م، جزء 4، ص 165.

⁽³⁾ الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط2، دار السلاسل، الكويت، جزء7، ص 137-138.

⁽⁴⁾ سورة المائدة، الآية 49.

الشريعة الإسلامية، كونها ربانية المصدر وعالمية كرسالة وخاتمة للرسالات السماوية وكل المميزات والخصائص الأخرى، تجعلها مؤهلة للتطبيق في كل الأحوال.

وبمقارنة مناهج تنازع القوانين في القانون المقارن وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م والشريعة الإسلامية، نجدهم جميعاً متفقين بالأخذ ببعض القواعد الموضوعية الموجودة في قانون القاضي.

فالشريعة الإسلامية نظمت الأحوال الشخصية لغير المسلمين الذين يعيشون في دار الإسلام ومعاملاتهم المالية ومدى خضوعهم للقضاء الإسلامي، ونجد تلك المسائل مفصلة في كتب الفقه الإسلامي، وبذلك صارت جزءاً من أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ويشار إليها بأحكام أهل الذمة في الغالب.

واختلفت الشريعة الإسلامية عن الإثنين بعدم أخذها بقواعد موضوعية مستمدة من المعاهدات، ولم تأخذ أيضاً بالمنهج غير المباشر وهو قواعد الإسناد، وبالتالي لم تعرف التكيف ولا الإحالة ولا التفويض، وذلك ينسجم مع خاصية كمالها وشمولها والدليل قوله عز وجل {الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا} (1) و{... مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ...} (2)

(1) سورة المائدة، الآية 3.

(2) سورة الأنعام، الآية 38.

خلاصة

توصل فقهاء القانون الي منهجين لحل تنازع القوانين، هما المنهج المباشر، ويتضمن نوعان من القواعد الموضوعية التي تطبق مباشرة علي النزاع، وهي القواعد ذات التطبيق الضروي، وهذه وضعت أصلا للنزاعات الداخلية لكنها تطبق أيضاً على النزاعات الدولية لضرورات تتعلق بالمصالح العليا للدولة، والقواعد الأخرى قواعد مستمدة من المعاهدات الدولية التي تنظم تلك العلاقات.

أما المنهج الآخر فهو المنهج غير المباشر وهو المنهج التقليدي والذي يسمى بقواعد الإسناد وهي قواعد فنية من صنع السلطة التشريعية في كل دولة يتم عن طريق إعمالها التوصل الي القانون الواجب التطبيق علي النزاع ذا العنصر الأجنبي وبمر تطبيقها بعدة مراحل قبل التوصل للحل النهائي للنزاع بتحديد القانون الواجب التطبيق، والقانون السوداني يتفق مع القوانين الوضعية في إتباع ذات المناهج في حل التنازع، إلا أنّ الشريعة الإسلامية لم تعرف المنهج غير المباشر (قواعد الإسناد) وإنما عالجت التنازع بمنهج مباشر بقواعد موضوعية مفصّلة في كتب الفقه الإسلامي.

الفصل الرابع

مفهوم وخصائص ضوابط الإسناد وتطبيقاتها في القانون

السوداني والفقہ الإسلامي

المبحث الأول

مفهوم ضوابط الإسناد في اللغة والاصطلاحين

الشرعي والقانوني

المبحث الثاني

خصائص ضوابط الإسناد في الفقه القانوني والفقہ الإسلامي

المبحث الثالث

تطبيقات ضوابط الإسناد في القانون السوداني والفقہ الإسلامي

الفصل الرابع

مفهوم وخصائص ضوابط الإسناد وتطبيقاتها في القانون السوداني والفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم.

يتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، الأول عن مفهوم ضوابط الإسناد في اللغة والاصطلاحين القانوني والشرعي، والثاني عن خصائصها ، بينما يستعرض المبحث الثالث تطبيقاتها في القانون السوداني والفقه الإسلامي.

المبحث الأول

أولاً: مفهوم ضابط الإسناد في اللغة.

(سند) الشيء - سنده.

(أسند) الشيء - حفظه بالحزم وأحكمه وأتقنه.

(ضبطه) ضابط: قوي شديد⁽¹⁾.

بالبحث عن معاني كلمتي (سند) و (ضبط) في اللغة لم يمكننا الجمع بينهما لنخرج بمفهوم معين.

¹ المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص: 323-376.

ثانياً: مفهوم ضوابط الإسناد في القانون: -

هو (الأداة التي يستند إليها المشرع في بنية قاعدة الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق ويتم إختياره من خلال العناصر المكونة للعلاقة القانونية)، وبمقارنة مفهوم ضوابط الإسناد في اللغة والقانون نجدهما غير متطابقان، وبالنسبة لضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م ، لم أجد من تناولها بالتفصيل، وبدراسته لاحظت أنه لم يُورد تعريفاً صريحاً لضوابط الإسناد كما هو الحال في الفقه القانوني ، واكتفى بالنص على بعض الضوابط المتعارف عليها في القانون المقارن وهي كالآتي: -

- ضابط الجنسية بالنسبة للحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم ، وضابط مركز الإدارة الرئيسي الفعلي فيما يتعلق بالنظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، وقانون كل من الزوجين وذلك في الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، أما الشروط الشكلية فالضابط فيها قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو قانون كل من الزوجين .

- أما الضابط على الآثار التي يربتها الزواج ، فهو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد العقد ، وضابط مسألة الطلاق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، بينما الضابط في مسائل التطليق والإنفصال هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى ، ويُطبق ضابط قانون المورث والموصي علي مسائل الميراث والوصية وكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، كما يُعتبر قانون المدين بالنفقة ضابطاً في مسألة الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب .

- أيضا نصَّ القانون على ضابط الإسناد بالنسبة لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت من حيث الشكل ، وهو قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه .
 - ضابط موقع العقار في مسائل حيازته وملكيته والحقوق العينية المتعلقة به ، وضابط الجهة التي يوجد بها المنقول وقت تحقيق سبب حيازته أو ملكيته أو الحقوق العينية المتعلقة به أو فقدها ، وذلك بالنسبة للمنقول .
 - الإلتزامات التعاقدية ، الضابط فيها إرادة المتعاقدين ، فإذا لم يوجد إتفاق ، يكون الضابط الموطن المشترك لهم في حالة إتحاد موطنهما ، أما إذا اختلف الموطن ، فالضابط مكان إبرام العقد ، ويستثنى من ذلك العقود التي تُبرم بشأن العقار ، فقد سبق الإشارة الى ضابطها ، بينما تخضع كل العقود من حيث الشكل إلي عدد من الضوابط ، يجوز تطبيق أيّاً منها ، وهي المكان الذي أُبرمت فيه والقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية وموطن المتعاقدين وقانونهما الوطني المشترك.
 - ضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للإلتزام ، ويُطبق علي الإلتزامات غير التعاقدية.
 - المكان الذي تقام فيه الدعوي أو تباشر فيه إجراءاتها بالنسبة لقواعد الإختصاص القضائي وإجراءات التقاضي.
- هذه الضوابط وردت في المادة (11)، الفقرات (1، 2، 3، 4، 5، 6، 8، 9، 10، 12، 13، 14، 15،).⁽¹⁾

⁽¹⁾ قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984 م.

في الفقه الإسلامي أرى أنّ مصطلح ضوابط الإسناد في حد ذاته يحتاج إلى دراسة أعمق ، بالمقارنة مع الفقه القانوني والوضع في قانون المعاملات المدنية (السوداني) ، وذلك لإرتباطه الوثيق بفكرة تنازع القوانين حيث هناك إختلاف حول وجودها أصلاً في الفقه الإسلامي ، ناهيك عن تعريفها وإختيارها وصياغتها ، وما إلى ذلك من مسائل تتعلق بها لذلك سيتم بحثها في مبحث منفصل إن شاء الله.

المبحث الثاني : خصائص ضوابط الاسناد في الفقه القانوني والفقه الإسلامي.

لضوابط الإسناد عدة خصائص تتعلق بكيفية إختيارها وصياغتها وأنواعها

ووظيفتها، نستعرضها فيما يلي: -

أولاً : إختيار وصياغة ضوابط الاسناد.

في مسألة إختيار وصياغة ضوابط الإسناد ، هنالك عاملان مؤثران بطريقة أساسية ، هما عناصر العلاقة القانونية، واعتبارات مختلفة لدى المشرع الوطني يضعها في إعتبره عند إختياره وصياغته لضوابط الإسناد ، وسنعرضهما تباعاً . فمن المعروف أنّ كل علاقة قانونية تتكون من ثلاثة عناصر :- الأطراف والمحل أو الموضوع ، والسبب أو الواقعة المنشئة للالتزام ، ومن هذه العناصر يتم إختيار وصياغه ضوابط الإسناد ، وذلك بإختيار العنصر الذي يمثل مركز النقل في العلاقة القانونية المعنية .

فاذا أخذنا مثلاً عنصر الأطراف في علاقات الأحوال الشخصية مثل الأهلية

، الزواج والنسب والنفقات ...الخ ، نجد أن عنصر الأطراف في هذه العلاقات يمثل العنصر الأهم وبالتالي يختار المشرع ضابط الإسناد إنطلاقاً من عنصر الأطراف فيكون جنسية أو موطن الشخص.

أمّا عنصر المحل فيكون أكثر صلة بالأشياء محل التعامل المالي ، فيتخذ المشرّع من موقع المال ضابط إسناد ليطبّق قانون موقع المال المنقول أو العقاري على سائر المسائل التي تتعلق بالملكية و الحقوق العينية ، وهذا ما عليه أغلب النظم القانونية ومنها القانون المدني المصري كما جاء في المادة (18) .

أمّا من ناحية عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للإلتزام ، فيتم التفريق بين التصرفات التعاقدية وغير التعاقدية ، ففي التصرفات التعاقدية تحتل الإرادة مركز الثقل فيتم إختيارها ضابط إسناد لإختيار القانون الواجب التطبيق على تلك التصرفات ، وهو القانون الذي يختاره أطراف تلك العلاقة .

أمّا في التصرفات غير التعاقدية والتي ينشأ فيها الإلتزام بسبب واقعة مادية أو عمل ضار أو نافع، تكون المسؤولية المدنية غير التعاقدية أوثق صلة بقانون مكان حدوث تلك الواقعة أو العمل فيُتخذ من ذلك المكان ضابط إسناد لإختيار القانون واجب التطبيق ، فيسري علي المسؤولية عن العمل الضار أو النافع قانون البلد الذي وقع فيه العمل المنشئ للإلتزام .

العامل الثاني المؤثر في إختيار وصياغة ضوابط الإسناد كما أسلفنا ، هو بعض الإعتبارات التي يهتم بها المشرع الوطني ، إذ يحاول عند قيامه بتلك المهمة أن يحقق مصالح مختلفة ويوفّق بينها قدر الإمكان .

وهذه المصالح قد تتعلق بالأفراد المتعاملين في مجال التجارة الدولية أو بكل

الروابط الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، من أجل تحقيق الإستقرار والأمان القانوني لهذه العلاقات والروابط ، فيختار مثلا ضابط الإرادة في مجال التصرفات القانونية وضابط محل إبرام العقود فيما يتعلق بشكل تلك التصرفات .

من ناحية أخرى قد يقصد المشرع حماية المصالح العليا للمجتمع الوطني وتحقيق أهداف السياسة التشريعية ، ففي الدول التي يكثر عدد سكانها تسعي الدولة للمحافظة على إرتباط رعاياها بها فيغلب الأخذ بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية وبذلك تستطيع تطبيق القانون الوطني عليهم في علاقاتهم الشخصية التي تتم خارج حدودها ، وذلك علي خلاف الدول التي يقل عدد سكانها فتأخذ بضابط الموطن حتى تستطيع فرض سلطاتها على الأجانب المتوطنين بها تمهيداً لدمجهم في جماعتها الوطنية .

أيضا قد يجي إختيار ضابط الإسناد وصياغته مراعيأ للمصالح السنة للمجتمع الدولي وتحقيق التعاون القانوني بين النظم القانونية للدول المختلفة ، فمثلا إختيار ضابط موقع المال يعتبر إستجابة لإعتبارات سيادة كل دولة علي ما يوجد في إقليمها من أموال (1) **ثانيا : أنواع ضوابط الإسناد.**

في هذه الجزئية سأتناول أنواع ضوابط الإسناد من حيث تعددها وقوتها وتبدلها .

1. أنواع ضوابط الاسناد من حيث تعددها :-

أ/ ضابط الإسناد البسيط:

في هذه الحالة تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد ، ومثال لذلك ما نصت عليه المادة (13) من القانون المدني المصري وهي كالاتي (يسري قانون الدولة التي

(1) احمد عبدالكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ط 1، دار النهضة العربية ، ص 560 - 566.

ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج علي الآثار التي يربتها عقد الزواج ، بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال) .

ب/ ضابط الإسناد المركب ، وله صورتان :-

- الإسناد الموزع ، وهذا يحدث عندما تحتوي قاعدة الإسناد علي ضابط واحد إلا أنه يشير الي إختصاص أكثر من قانون ، ومثال لذلك ما نص عليه أيضا القانون المدني المصري في المادة(12) ، ((يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الي قانون كل من الزوجين)) .

فضابط الإسناد الذي أشارت اليه هذه المادة هو ضابط واحد وهو ضابط الجنسية لكل من الزوجين ، إلا أن إعماله قد يؤدي الي تطبيق قانونين مختلفين في حاله إختلاف جنسية الزوجين .

- الإسناد التخييري ، وهذه الصورة من ضابط الإسناد المركب تكون عندما يرغب المشرع الوطني في بعض الأحوال في التيسير على أطراف العلاقة المتضمنة عنصراً أجنبياً ، حيث يقوم بصياغة ضابط الإسناد بشكل تتعدد فيه ضوابط الإسناد وبالتالي يتم إختيار أياً منها وفق لإرادة الأطراف أو تقدير القاضي المختص . (1) ومثال لذلك نص المادة (20) من القانون المدني المصري وهي تتعلق بصحة التصرفات القانونية من حيث الشكل وهي (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع

(1) البستاني ، سعيد يوسف ، مرجع سابق، ص 120 .

للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك) . (1)

2. أنواع ضوابط الإسناد من حيث قوتها.

تنقسم ضوابط الإسناد من حيث قوتها الي أصلية وإحتياطية فهنا تتضمن قاعدة الإسناد عدة ضوابط تتفاوت في مرتبتها بحسب قوتها ، فعند إعمالها تكون الأولوية لضوابط الإسناد الأصلية بالترتيب والتدرج ، فإذا لم توجد يتم الإنتقال الي الضوابط الإحتياطية حيث يتم إعمالها بالترتيب والتدرج أيضا ، فكلما إنتفى ضابط إحتياطي يتم الإنتقال للذي يليه وهكذا، ونجد ذلك مطبّقاً في القانونين ، المدني المصري والسوري في المادة (19) مصري ، (20)سوري المتعلقة بالعقود، إذ تأتي إرادة المتعاقدين كضابط أصلي ثم الموطن المشترك لهما ضابط إحتياطي أول ومكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ضابط إحتياطي ثاني.(2)

3. أنواع ضوابط الإسناد من حيث قابليتها للتغيير.

تنقسم ضوابط الإسناد من حيث قابليتها للتبديل والتغيير الي نوعين هما :-

1. ضوابط متغيرة (الضوابط الشخصية)، فالضوابط المتغيرة هي ضوابط تتعلق بالشخصية وهي الجنسية ، الموطن ، إرادة المتعاقدين ، فقد يغير الموصّي جنسيته بعد الإيضاء ويتوفي علي جنسيته الجديدة، وقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج مكتسباً جنسية أخرى وهكذا بقية الضوابط القابلة للتغيير .

(1)حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق ، ص 27-29

(2)البستاني ، سعيد يوسف ،مرجع سابق ، ص 120.

وهذا التغيير قد ينشأ عنه تنازع بين قانون الموصي وقت الإيصاء وقانونه وقت الوفاة، كمثال لآثار تغيير ضابط الإسناد، كما قد ينشأ تنازع بين قانون الزوج وقت الزواج وقانونه وقت الطلاق، وهكذا في سائر العلاقات التي تحكمها ضوابط متغيرة.

ولحل هذا النوع من التنازع يلجأ المشرع غالباً الى تحديد اللحظة التي يجب فيها إعمال الضابط المتغير كالأخذ بجنسية الموصي وقت الإيصاء أو وقت الوفاة، وهكذا الحال في بقية الضوابط القابلة للتغيير.⁽¹⁾

2. ضوابط ثابتة (الضوابط الموضوعية)، ضوابط الإسناد الثابتة هي الضوابط الموضوعية وهما: ضابط المحل المنشئ للإلتزام وضابط موقع المال .
أ. ضابط المحل المنشئ للإلتزام.

يقصد بالإلتزام الوارد في هذا الضابط، الإلتزام الناشئ عن العقد والعمل غير المشروع والذي يسبب ضرراً للغير كالغش والتغريب والإكراه.

فمحل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تتعلق به، في حاله سكوت الأطراف عن إختيار قانوناً يخضع له، يعتبر عند بعض فقهاء القانون هو الأفضل بإعتباره يحقق وحده القانون، أي أنّ العقد ينشأ وينفذ تحت ظل قانون واحد، ثم يخضع لذات القانون في حالة حدوث منازعات بشأنه.

إلا أن هناك بعض المشاكل التي واجهت محل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق في عصر التجارة الإلكترونية، إذ أصبحت كثير من العقود

(¹) البستاني ، سعيد يوسف ، مرجع سابق ، ص 120-121.

تُبرم إلكترونياً ممّا أدى إلى صعوبة تحديد محل إبرام العقود، هل هو دولة إرسال الإيجاب أم دولة القبول أم دولة العلم بالقبول.

أمّا بالنسبة لمحل وقوع الفعل غير المشروع أو الفعل الضار كضابط إسناد يتم الأخذ به لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية، لأن القواعد التي تحكم تلك الأفعال الضارة تتعلق بسلطة التحقيق والأمن والنظام العام في الدولة التي وقعت فيها تلك الأفعال، وبالتالي يمكن تقدير الفعل الضار وتحديد المسؤولية الناتجة عنه ومقدار التعويض اللازم لإصلاح الضرر بسهولة ووضوح، وقد أخذت بعض التشريعات العربية وغيرها بهذا الاتجاه حيث نص القانون العراقي المدني في المادة (27) على أنّ (الالتزامات غير التعاقدية يسرى عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الحادثة الواقعة المنشئة للالتزام).⁽¹⁾

ب. ضابط موقع المال.

هو الضابط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالأموال المادية (العقار والمنقول) وقد أخذت غالبية التشريعات الدولية بهذا الضابط لتناسبه مع المعاملات الدولية من عدة أوجه هي:

1. إستقرار المعاملات، فقد تكون هناك حاجة لمعاينة العقار أو المنقول أو الاطلاع على وجود إلتزامات تتعلق به في مكان وجوده وما إلى ذلك من حاجات، فأخضاعه إلى قانون محل وجوده يحقق إستقرار المعاملات بشأنه.

(¹) الحديثي، علي خليل إسماعيل، مرجع سابق، ص 120-122، 125.

2. الإختصاص القضائي، هو السبب الثاني الذي يجعل من ضابط موقع المال ضابطاً مناسباً لمنازعات الأموال، فالمحاكم التي تختص بالتنفيذ عادة هي محاكم موقع تلك الأموال.

3. مبدأ السيادة الإقليمية: فالعقار يعتبر جزء من إقليم الدولة التي يقع فيها، فلا يمكن إخضاع جزء من إقليمها إلى قانون دولة أخرى.

4. فكرة التركيز المكاني: ملخص هذه الفكرة أنّ قانون موقع المال هو أنسب القوانين لحكم منازعاته لأن مصالح الأفراد المرتبطة بذلك المال تتركز غالباً في الموقع الذي يوجد به، وهذا الضابط أخذت به كثير من الدول منها جمهورية مصر والعراق.

وهناك بعض الصعوبات تتعلق بتحديد موقع بعض المنقولات بسبب حركتها الدائمة كالسفن والطائرات والبضائع المشحونة، والتي كثيراً ما توجد في مواقع لا تخضع للسيادة الإقليمية لأي دولة، فبالنسبة للبضائع المشحونة فقد اختلف الفقهاء بشأن القانون الذي يجب إخضاعها له، ففريق يرى تطبيق القانون الشخصي لمالكها وفريق آخر أخضعها لقانون الدولة المرسلة إليها البضاعة ويرى آخرون إخضاعها لقانون دولة علم السفينة أو الطائرة وفي حالة استقرار البضاعة في ميناء دولة معينة تخضع لقانون دولة الميناء.⁽¹⁾

(¹) الحديثي، علي خليل إسماعيل، مرجع سابق، ص 41-136.

ثالثاً: وظيفة ضابط الإسناد :

إستمد ضابط الإسناد أهميته من وظيفته التي يقوم بها في حل تنازع القوانين كعنصر من عناصر قاعدة الإسناد وهي الربط مباشرة بين العلاقة ذات العنصر الأجنبي وبين أكثر النظم القانونية إتصلاً بتلك العلاقة . (1) مفضلاً بذلك وبطريقة مجردة ، قانوناً معيناً علي بقية القوانين ذات الصلة بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بإعتبار القانون الأكثر ملائمة لحكم تلك العلاقة . (2) ولم أجد من تحدث عن وظيفة ضابط الإسناد بطريقة موسّعة ومفصّلة ، فقط يكون الحديث دائماً عن وظيفته المباشرة في حل تنازع القوانين ، وهي ربطه فكرة الإسناد بالقانون الواجب تطبيقه عليها .

لكنني أري من خلال دراستي لمسألة حل تنازع القوانين عن طريق قاعدة الإسناد ، أنّ ضابط الإسناد يحقق وظيفة قاعدة الإسناد ككل بطريقة غير مباشرة ، كما يؤدي وظيفته المباشرة في حل تنازع القوانين بتحديد القانون الواجب التطبيق علي العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

فوظيفة قاعدة الإسناد التي يحققها الضابط بطريقة غير مباشرة هي وظيفة سياسة من ناحية ووظيفة قانونية من نواحي أخرى نستعرضها فيما يلي : -

1. الوظيفة السياسية : وتشمل عدة جوانب سياسية منها تأكيد السيادة التشريعية للدول ، مستندة في ذلك على مبدأ الإقليمية ، أي أن كل دولة تمارس سلطتها

(1) فؤاد عبدالمنعم رياض ، سامية راشد ، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، 1981، ص 35.

(2) احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 558 .

التشريعية داخل نطاق إقليمها كمظهر من مظاهر سيادتها ، دون أن تترك ذلك للدول الأخرى ، ولا تقبل سريان قانون دولة إلاً بالقدر الذي تتطلبه حاجات ومصالح العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

وفي ذات الإطار يضع المشرع قواعد إسناد يكون الغرض منها محاولة دمج الأجانب المقيمين داخل إقليم الدولة في الجماعة الوطنية وربط مصالحهم الإقتصادية والإجتماعية بها ، وذلك في الحالات التي تتضمن فيها قاعدة الإسناد ضابط الموطن.

كذلك تتحقق رغبة الدولة في ربط الأفراد بها علي الرغم من وجودهم علي إقليم دولة أخرى بوضعها قاعدة إسناد - الضابط فيها الجنسية ، محققة بذلك نفوذ وتأثير سياسي في الخارج وذلك ببسط سلطانها وسيادتها التشريعية خارج حدودها.(1)

2. الوظيفة القانونية ، وتتمثل في ثلاثة نواحي :-

- أ. تحقق قاعدة الإسناد مشاركة كل دولة في تنظيم الروابط والعلاقات التي تتم بين الأفراد عبر الحدود ، مساهمة مع الدول الأخرى في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في ظل إنعدام سلطة دولية تقوم بوضع قوانين تنظم بها تلك العلاقات .
- ب. تحقيق العدل والأمان القانوني وذلك بتفضيلها قانون معين من بين عدة قوانين ، هو الأنسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي حتى وإن كان قانوناً أجنبياً .

(1) احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 548-549.

ج. تقدم قاعد الإسناد التبرير القانوني لتطبيق قانون أجنبي عن طريق محاكم دولة معينة ، مفضلة إياه على قانونها الوطني كاستثناء من مبدأ إقليمية القوانين ، وهي بذلك تعكس تسامح المشرع الوطني في تطبيق السلطات الوطنية لقانون أجنبي .⁽¹⁾

مما سبق نستطيع القول بأن ضابط الإسناد يحقق الوظيفة السياسية والقانونية بكل أبعادها وذلك من خلال وظيفته المباشرة وهي تحديد القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

في إطار خصائص ضوابط الإسناد، أجد أن القانون السوداني قد إنفق مع ما هو شائع في القانون المقارن ، إذ يتم إختيار الضوابط إستناداً الي عناصر العلاقة القانونية (الأطراف، المحل أو الموضوع، السبب أو الواقعة المنشئة للإلتزام) وذلك بإختيار العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة المعنية ومن ثم تتم صياغته ، ومن أمثلة ذلك :-

- إختيار الجنسية كضابط إسناد بالنسبة للحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم ، إستناداً الي عنصر الأطراف.

- موقع العقار فيما يتعلق بملكيته وحيازته والحقوق العينية المتعلقة به ، وهذا تم إختياره بإعتباره محل أو موضوع العلاقة .

(¹) احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق، ص 552 - 553 .

- مكان وقوع الفعل المنشئ للإلتزام ، وذلك بخصوص الإلتزامات الغير تعاقدية ، وهنا يستند الضابط إلى عنصر الواقعة المنشئة للإلتزام . (1)
- أيضا من ناحية أنواع ضوابط الإسناد ، تتضمن نصوص قانون المعاملات (السوداني) المتعلقة بتنازع القوانين أنواع متعددة من ضوابط الإسناد متفقة في ذلك مع كثير من قوانين الدول نتطرق لبعضها فيما يلي :-
- ضابط الإسناد البسيط ، حيث تحتوي قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد ، كضابط موقع العقار بالنسبة لملكيته وحيازته والحقوق العينية المتعلقة به ، المادة (12/11).
- ضابط الإسناد المركب ، وله صورتان وهما :-
- الإسناد الموزع ، وفي هذه الحالة تتضمن قاعدة الإسناد ضابط إسناد واحد ، لكنه يشير إلى إختصاص أكثر من قانون ، كما جاء في نص المادة (11/3) والتي تقرأ كآآتي :- (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين)، في هذه الصورة من صور الإسناد ، قد يؤدي تطبيق ضابط الجنسية إلى مواجهة القاضي المختص ،بقانونين مختلفين في حالة إختلاف جنسية الزوجين .
- الإسناد التخييري ، وهنا تتعدد الضوابط على سبيل التخيير ، وذلك رغبة من المشرع في التيسير على أطراف العلاقة ، وجاءت هذه الصورة من ضوابط الإسناد في نص المادة (11 / 13 / ج) ، (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها
-
- (1) قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م ، مرجع سابق ، المواد (11 / 1) ، (12 / 11) ، (11 / 14 / أ) .

لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونيهما الوطني المشترك)

- ضوابط الإسناد الأصلية والإحتياطية ، حيث تتعدد ضوابط الإسناد في قاعدة الإسناد ، لكنها تتفاوت في أولوية التطبيق بحسب قوتها ، حيث تُطبَّق الضوابط الأصلية بالترتيب و التدرج ، فاذا لم توجد ينتقل القاضي المختص إلى الضوابط الإحتياطية مطبّقاً إياها بالترتيب والتدرج أيضا .

مثال لهذا النوع من ضوابط الإسناد ، ما ورد في نص المادة (11/13/أ) ، وهي ضابط إرادة المتعاقدين كضابط أصلي ، فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية ، ويليه الموطن المشترك لهما كضابط إحتياطي أول ، ثم مكان إبرام العقد ضابطاً إحتياطياً ثاني. (1)

من حيث الوظيفة ، فان ضوابط الإسناد في قانون المعاملات السوداني تربط مباشرة بين العلاقة ذات العنصر الأجنبي وبين أكثر النظم القانونية إتصالاً بها وذلك يمثل حلاً لتنازع القوانين المتعلقة بتلك العلاقة ، كما هو الحال في القانون المقارن.

أما خصائص ضوابط الاسناد في الفقه الإسلامي فسنتعرض لها في المكان المناسب من الفصل الرابع كما ذكرنا آنفاً.

(1) قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م.

المبحث الثالث: تطبيقات ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية

(السوداني) لسنة 1984 والفقہ الإسلامي

أولاً: تطبيقات ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية السوداني.

1. مدي كفاية ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لحل مسائل تنازع القوانين.

من المعلوم أنّ التطور الهائل الذي لحق بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، والذي يتسم بالسرعة ووفرة المعلومات ، والتزايد المستمر في هجرة الأشخاص و رؤوس الأموال، خلق أنشطة جديدة ، وبالتالي علاقات جديدة تحتاج الى قواعد قانونية ملائمة لها تنظمها .

فضوابط الإسناد التي وردت في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م بصوره مباشرة ، وردت بشأن مسائل وأحوال محدودة بحسب ما أرى ، ولم تغطي مسائل التنازع في كثير من العلاقات غير التقليدية والتي طرأت على ساحه العلاقات الدوليہ الخاصة، ومنها ما هو تعاقدى وأخرى غير تعاقدية وفي مايلي نستعرض تلك المسائل :-

أ. كآفه المسائل التي تتعلق بإستخدام شبكة الإنترنت ، ومن أهمها التجارة الإلكترونية ، فهناك تحديات قانونية تواجهها كمسألة تأكد المستخدم أو الزبون من حقيقة وجود الموقع الإلكتروني أو البضاعة أو الخدمة ، ومشاكل تتعلق بالإحتيال على المستهلك من المواقع الوهمية ، وأخرى تتعلق بمرحلة إبرام العقد ووسائل التعاقد كالعقود الإلكترونية ومدى حجيتها ، والمراسلات الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني ، والتحقق من سلامة صفه المتعاقد ،

أيضاً هنالك تحديات قانونية تتعلق بمرحلة تنفيذ الإلتزامات ، ومشكله لاحقة تتعلق بالإختصاص القضائي في نظر المنازعات التي تثور بين الأطراف⁽¹⁾.

هذا فيما يخص العلاقات التعاقدية ، أمّا ما ينتج من إستخدام هذه التقنيات الحديثة من مسئولية تقصيرية (غير عقدية) بسبب إرتكاب المستخدم أفعال ضارة ، أو إثراءه بلا سبب كالتعدي على حقوق الملكية الفكرية تثير أيضاً تساؤلات حول القانون الواجب التطبيق عليها إذ أنّ مكان وقوع الفعل الضار كضابط إسناد في الإلتزامات غير التعاقدية بصفة عامة وفي القانون السوداني أيضاً ، يثير تطبيقه في العالم الافتراضي (شبكة الإنترنت) عدة مشاكل ، إذ أنّه قد يغطي كل المساحة الجغرافية التي تغطيها شبكة الإنترنت ، فيكون محل وقوعه العالم كله أو جزء كبير منه .⁽²⁾

ب.المشاكل التي واجهت محل إبرام العقد كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق في عصر التجارة الإلكترونية إذ أصبحت كثير من العقود تبرم إلكترونياً مما أدى إلى صعوبة تحديد محل إبرام العقود هل هو دولة إرسال الإيجاب أم دولة القبول أم دولة العلم بالقبول⁽³⁾.

(¹) يوسف حسن يوسف ، التجاره الالكترونيه وابعادها القانونيه الدوليه ، المركز القومي للإصدارات القانونيه ، ط1 ، 2011م ، ص 79- 81 .

(²) إبراهيم قسم السيد محمد طه ، التطور التقني وأثره في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المدنيه ، جمهوريه السودان ، 2011م ، ص 42-43 ، 52- 53.

(³) الحديثي، علي خليل إسماعيل، مرجع سابق، ص 120-122.

ج. هناك صعوبة في تحديد موقع بعض المنقولات بسبب حركتها الدائمة كالسفن والطائرات والبضائع المشحونة، والتي كثيراً ما توجد في مواقع تخضع للسيادة الإقليمية، فضوابط الاسناد في قانون المعاملات المدنية لم تغطي هذه المسألة ايضاً، كما انه لم يورد ضابطا يحدد القانون الواجب التطبيق علي البضائع المشحونة.

د. مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم .

من خلال دراستي السابقة لمادة التحكيم في إطار الحصول على الماجستير ، ومن خلال مقارنتها بدراستي لموضوع تنازع القوانين ، لاحظت أنّ مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم قد يمثل ضابطا إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي ينشأ بين أطراف عقد إتفق أطرافه على إحالة النزاع الذي قد ينشأ بخصوصه مستقبلا أو نشأ فعلاً إلى التحكيم ، وذلك عن طريق شرط في العقد الأصلي يقضي بإحالة النزاع المستقبلي إلى التحكيم أو إتفاق بين طرفي العقد لاحق على قيام النزاع بإحالته إلى التحكيم .

والتحكيم كوسيلة لفض النزاعات في العلاقات ذات العنصر الاجنبي ، له أهمية خاصة وفاعلية كبيرة ، إذ يرتبط التحكيم الدولي خاصة بحركة التجارة الدولية والإستثمار الأجنبي والمنازعات البحرية ومنازعات الملكية الفكرية ومنازعات شركات التأمين . (1)

(1) بشار محمد الاسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2006م ، ص 1 - 2.

ولأهمية الإستثمارات الأجنبية للدول المضيفة ، كان لابد من تأمين المستثمر الأجنبي بضمانات قانونية تحمي حقوقه من الضياع لضمان تدفق الإستثمار الإجنبي⁽¹⁾، وهذه الضمانات تتوفر له بإختياره للتحكيم كوسيلة لفض النزاع الذي ربما يحدث مستقبلاً بخصوص العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً ، أو الذي حدث فعلاً بخصوص ذات العقد ، وبذلك يستطيع إشتراط القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث النزاع ويخرجه من دائرة القوانين المحلية وبطء إجراءات تطبيقها ، ويستفيد من ميزات التحكيم كوسيلة لفض النزاعات و التي تُميّزه عن بقية طرق حل النزاعات والتي تتمثل في سرعته في فض النزاع ، وذلك لتفرغ المحكمين في أغلب الأحيان ، وبساطة الإجراءات بسبب البعد عن الشكليه وإجراءات التقاضي ، وتوفير نفقات المحاكم ، وأتعاب المحاماة ، وسريّة الإجراءات وكل ذلك يتناسب مع ماتحتاجه التجارة والمعاملات الدولية⁽²⁾

وعلى الرغم من أهمية شرط التحكيم ومشاركة التحكيم كما رأينا ، لم يتعرض لهما قانون المعاملات (السوداني) لسنة 1984م كضابطي إسناد في إطار معالجته لمشكلة تنازع القوانين .

(1) أبو غابة ، عبدالعظيم ،التحكيم وأثره في فض النزاعات ، دار الفكر الجامعي ، ط 1 ، 2011م، ص 5 - 6 .

(2) خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، (د.ط)، 2009م ، ص 19 .

هـ. هنالك عدد من المشاكل القانونية المتعلقة بمحل وقوع الفعل الضار وذلك فيما يتعلق بالمحل المنشئ للإلتزام كضابط إسناد تخضع له الإلتزامات غير التعاقدية أورده قانون المعاملات المدنية، ولكنه لم يعالج تلك المشاكل وهي كالآتي:

هنالك حالات تتوزع فيها عناصر الفعل الضار على أكثر من دولة ويتحقق الضرر فيها كلها فكيف يحدد محل وقوع الفعل الضار؟. ومثال لذلك التخطيط للفعل غير المشروع في دولة ما ثم الإستعداد والتحضير له في دولة أخرى ثم تنفيذه في دولة ثالثة، والسؤال ما هي الدولة التي تعتبر محل وقوع الفعل الضار؟ هل التي وقع فيها الفعل المنشئ للضرر أم التي تحقق فيها؟.، أيضاً قد يقع الفعل المنشئ للإلتزام خارج السيادة الإقليمية، لدولة معينة (كتصادم سفينتان في عرض البحر أو طائرتان في الفضاء الجوي) فما هو القانون الذي تخضع له المسؤولية التقصيرية؟.⁽¹⁾ هذه المسائل لم ينظمها قانون المعاملات.

(¹) الحديثي، مرجع سابق، ص 127-129.

2. سمات ضوابط الإسناد في قانون المعاملات (السوداني) لسنة 1984م

خلال دراستي لموضوع تنازع القوانين في القانون السوداني لم أجد كاتباً تحدث عن سمات ضوابط الإسناد سواء كان من حيث إختيارها أو صياغتها أو أنواعها أو أيّ سمات أخرى تميزها عن ضوابط الإسناد في القانون المقارن ، فكان لابد أن أجتهد في دراستها لأخرج بما لاحظته وهو أنّ لهذه الضوابط خصائص وسمات إيجابية وأخرى سلبية ، والخص ذلك في الآتي :-

أ. السمات الإيجابية.

- الضوابط التي وردت في القانون أوجدت الحل لكثير من مسائل التنازع ذات الأهمية الكبيرة في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، وهي مسائل تتعلق بالأحوال الشخصية والمعاملات المالية ، والمسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، و قواعد الإختصاص القضائي وإجراءات التقاضي ، متفقة بذلك مع ما هو شائع في أغلب التشريعات الدولية.
- بالنسبة لضابط الإلتزامات التعاقدية ، فقد ورد ضابط الإرادة كضابط أصلي في المادة (11/ 13 / أ) ، وأعتقد أنّ هذه ميزة هامة ، فالرجوع إلى القانون الذي إتفق عليه المتعاقدان ، فيه كثير من التيسير عليهما لمعرفة مضمونه .
- وجود معاهدة دولية نافذة في السودان تتعلق بنزاع ما ، يحول دون تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في قانون المعاملات على ذلك النزاع ، بل تُطبق عليه الأحكام الواردة في تلك المعاهدة ، وفي ذلك يتفق المشرع السوداني مع كثير من التشريعات الدولية ، معطياً المعاهدات الدولية دوراً كبيراً في مجال حل تنازع القوانين ، إستجابة للمصالح الدولية المشتركة .

- عالجت المادة (11) في فقراتها (5، 6، 7) مشكلة النزاع المتحرك في إطار تحديدها للقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج بما في ذلك المسائل المتعلقة بالمال، والقانون الذي يخضع له الطلاق والتطليق والانفصال، ويعرف النزاع المتحرك بأنه تعاقب بين قانونين أجنبيين، أو أحدهما وقانون القاضي أو بين أكثر من ذلك، نتيجة لتغيير ضابط الإسناد.

وينشأ ذلك النزاع بشأن العلاقة ذات العنصر الأجنبي عندما يكون هنالك فاصل زمني بين نشأتها والتنازع فيها أمام القضاء، إنتقلت خلاله من نطاق تطبيق قانون دولة ما إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى نتيجة لتغيير ضابط من ضوابط الإسناد القابلة للتغيير، (الجنسية - الموطن - محل الإقامة - موقع المال المنقول ... الخ)، مع بقاء قاعدة الإسناد كما هي، فينشأ التنازع بين القانون الذي نشأت العلاقة في ظلّه وبين القانون اللاحق الذي نشأ بسبب تغيير ضابط الإسناد. (1)

وقد أوجد المشرع السوداني حلاً لهذا التنازع كما جاء آنفاً في المادة (11) الفقرات (5، 6، 7) بتحديدّه للوقت الذي يُعتد فيه بضابط الإسناد، فتعتبر جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج هي ضابط الإسناد بالنسبة لآثار الزواج بما في ذلك المسائل المتعلقة بالمال، وجنسيته وقت الطلاق هي الضابط الذي يخضع له الطلاق، وجنسيته وقت رفع الدعوى ضابطاً لمسألتى التطليق والانفصال، كما تخضع آثار الزواج ومسائل الطلاق والتطليق والانفصال كلها للقانون السوداني، إذا كان أحد الزوجين وقت إنعقاد الزواج سودانياً باستثناء شرط الأهلية للزواج.

(1) احمد عبدالكريم سلامة، مرجع سابق، ص 638-643.

أيضاً يُعتد بجنسية المورث والموصي ومن تصدر منه كل التصرفات
المضافة إلى ما بعد الموت، وقت موته، بإعتبارها ضابط إسناد لمسائل الميراث
والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. (1)

- خضوع الإلتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام،
يعتبر إستجابة للواقع وأكثر عدالة، لأن القواعد التي تحكم الأفعال الضارة في إقليم
دولة ما، هي قواعد تتعلق بسلطة الأمن والنظام العام والتحقيق في تلك الدولة، فيتم
التوصل لحل النزاع المتعلق بها بسهولة وذلك بتقدير الفعل الضار وتحديد
المسئولية المترتبة عنه ومقدار التعويض الذي يصلح الضرر. (2)

ب. السمات السلبية:

- محدودية ضوابط الإسناد

الضوابط المنصوص عليها في القانون بصورة مباشرة تعتبر محدودة بالمقارنة مع
تطور الأنشطة على الصعيد الدولي والتطور التقني الهائل في وسائل الاتصالات
الذي أدى إلى ازدهار التجارة الدولية ، وكل ذلك أدى إلى ظهور علاقات جديدة
تعاقدية وغير تعاقدية .

- عدم مرونة ضوابط الإسناد

النصوص التي تتضمن ضوابط الإسناد لم تتم مراجعتها أو تعديلها على
الرغم من تطور الحياة الدولية الخاصة واتساع العلاقات في إطارها ، والدليل على
ذلك سريان تلك الضوابط منذ عام 1984م وحتى الآن .

(1) قانون المعاملات المدنية " السوداني " لسنة 1984م.

(2) الحديثي، مرجع سابق، ص 125.

- عدم فاعلية ضوابط الإسناد (في بعض الحالات)

في المادة (3/11) نصَّ القانون على ضابط الإسناد في الشروط الموضوعية لصحة الزواج وهو جنسية الزوجين ، والسؤال الذي يتبادر الى الذهن هو كيفية الوصول الى حل لتنازع القوانين في هذه الحالة إذا ما اختلفت جنسيتا الزوجان واختلف تبعا لذلك الحل للتنازع باختلاف قانونيهما .

كذلك في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص في القانون ، فقد أشار المشرع إلى الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص ، لكنه اشترط عدم تعارض الحل مع أحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يعرض الحل البديل في حالة تحقق التعارض .

أمَّا ماورد في المادة (2 /16) كاد ان يقضي على فاعلية الضوابط الواردة في القانون ، إذ نصت على عدم جواز تطبيق أحكام أيِّ قانون أجنبي عينته ضوابط الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية 1984م إذا كانت تلك الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان.

وبإمعان النظر في هذه المادة نجد أنَّ كل ضوابط الإسناد الواردة في هذا القانون تكاد أن تفقد وظيفتها ، وهي حل تنازع القوانين بصورة مباشرة ، وذلك بسبب أنَّ مخالفة أحكام القوانين الأجنبية التي أشارت إليها الضوابط للشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب في السودان ، أمر محتمل بنسبة مقدره ، فكثير من الدول الأجنبية لا تستمد قوانينها من أحكام الشريعة الإسلامية ، وإنما تسنها وفقا لما تعتقه من مذاهب وأفكار .

هذا من ناحيه الشريعة الإسلامية ، أمَّا إحتمال مخالفتها للنظام العام والآداب في السودان يأتي من زاوية أنَّ معظم السكان مسلمون ، وعاداتهم

وأعرافهم ذات صبغة دينية ، ويتحقق هذا الإحتمال نجد أنفسنا أمام تنازع ليس له حل ، لأن القانون لم يذكر بديل عند تحقيق ذاك الإحتمال
ثانياً:ضوابط الإسناد في الفقه الإسلامي .

تمهيد

إذا أردنا البحث حول ضوابط الإسناد في الفقه الإسلامي ، فلا بد من الحديث عن وجود فكرة تنازع القوانين فيه من عدمها ، ومن ثمّ عرض آراء القائلين بوجودها ، وأولئك الذين يرون خلاف ذلك ، لإرتباط ضوابط الإسناد بهذه الفكرة إرتباطاً وثيقاً بحيث تدور معها وجوداً وعدمياً .

1. آراء القائلون بوجود فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي .

يرى المؤلف أحمد عبدالكريم سلامة وجود علاقات ذات عنصر أجنبي في دار الإسلام ، ويفرّق في إطارها بين نوعين من المنازعات - منازعات المعاملات المالية ، وقد وضع الشرع الإسلامي قواعد موضوعيه لحلها (أحكام البيع ، القرض ، الرهن ، الشركة ، التأمين ، الإجارة ، الكفالة الخ .

وهذه القواعد يُطبقها القاضي المسلم على غير المسلمين المتوطنين في دار الإسلام والأجانب عنها إذا ترفعوا اليه ، سواء كانت المنازعات فيما بينهم أو بينهم وبين المسلمين .

و النوع الثاني منازعات الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي ، وهي (التي تدور حول الزواج وإنحلاله ، النسب والحضانة ، والنفقة ، والمواريث و الوصاياالخ) والتي لا يكون أحد أطرافها مسلماً ، فهي تخضع لقانونه الشخصي ، وذلك بموجب قاعدة تنازع تتخذ من ديانة الأطراف ونوعية الدعوى

ضابطاً للإسناد، فالقاضي المسلم وغير المسلم في الدولة الإسلامية يفصل في تلك المنازعات وفقاً لقانون غير المسلمين الأجانب ، بل و الوطنيين فتلك المسائل وثيقة الصلة بديانة هؤلاء ، وقد أمره الشارع بشأنها أن تتركهم وما يدينون (1).

أيضاً من أنصار هذا الإتجاه المؤلف شريف الشيخ إدريس ، الذي يرى أنّ الشريعة الإسلامية تُخضع غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام من ذميين ومستأمنين لأحكام الإسلام فيما يتعلق بالمعاملات ، إلا أنها تستثنى منها المعاملات الخاصة بين الذميين التي لا يتعدى ضررها إلى المسلمين كالأنكحة وشرب الخمر، فتطبّق بخصوصها أحكام دينهم . (2)

2. آراء القائلون بعدم وجود فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي .

يقول دكتور فؤاد ديب في مؤلفه القانون الدولي الخاص (عرفت الشريعة الإسلامية أيضاً نظام شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام إستثناء من مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائداً فيها . إلا أنّ ظاهرة تنازع القوانين سجلت مع ذلك غياباً تاماً على الصعيد الداخلي لعدة أسباب).

أولاً : إنّ نظام شخصية القوانين كان قائماً على أساس التلازم بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي . أي أنّ القاضي غير المسلم كان يتوجب عليه ، اذا عرض عليه نزاع يدخل في دائرة إختصاصه ، أن يطبّق أحكام شريعته الخاصة . واذا كان القاضي المسلم بدوره مختصاً بالنظر في نزاع معين كان عليه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع أيا كانت ديانة الخصوم

(1) احمد عبدالكريم سلامه ، مرجع سابق ، ص 598 - 599.

(2) شريف الشيخ ادريس، مرجع سابق ، ص 226.

سواء أن كانوا من نفس الديانة أم ديانتين مختلفتين ، بإستثناء حالات محددة وضيقة جداً سمح فيها بعض فقهاء المذهب الحنفي للقاضي المسلم تطبيق أحكام ديانتهم في بعض المسائل الملحقة بالديانة إذا كانوا من أتباع ديانة أو طائفة مشتركة .

ويواصل المؤلف في ذات الإطار معدداً أسباب غياب ظاهرة التنازع في الفقه الإسلامي ، حيث يرى أن غلبة شريعة القاضي المسلم على غيرها من الشرائع المطبقة في دار الإسلام في حال دخولها في تنازع مع هذه الشرائع يعد أحد أسباب غياب تلك الظاهرة.

أي إذا ثبت الاختصاص للقاضي المسلم بنظر نزاع بين مسلم وغير مسلم ، فهو مُلزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عدا بعض الاستثناءات المحدودة .⁽¹⁾

أيضاً تحدث الكاتب دكتور سعيد يوسف البستاني عن توفر الظروف التي كانت ملائمة لقيام تنازع بين الشرائع التي كانت مطبقة في دار الإسلام ، ويرى أنه رغم ذلك يمكن القول أنّ ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها الذي أنضجها الفقهاء الغربيون لم تكن قائمة لعدة أسباب . وأورد الكاتب ذات الأسباب التي ذكرت آنفاً⁽²⁾

وللداوودي الرأي نفسه مبرراً ذلك بغياب أحد عناصر تنازع القوانين وهو قبول تطبيق قانون أجنبي في دار الإسلام ، إذ أنّ القاضي المسلم لا يُطبق في القضايا التي ترفع إليه ، إلا الشريعة الإسلامية ، ويعتبر ذلك تطبيقاً لمبدأ إقليمية القانون.⁽³⁾

هؤلاء الكتاب وغيرهم ينفون معرفة الفقه الإسلامي بفكرة تنازع القوانين مع توفر الظروف المناسبة لقيامها في دار الإسلام ، ولكل حجه وتبريراته .

⁽¹⁾فؤاد ديب ، مرجع سابق ، ص ، 45 - 46 .

⁽²⁾البستاني ، سعيد يوسف ، مرجع سابق ، ص 89 - 90 .

⁽³⁾الداوودي ، غالب على ، مرجع سابق ، ص 51 .

ووفقا لهذه الآراء يمكننا القول بعدم وجود ضوابط إسناد بمفهومها المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص ، في الفقه الإسلامي لأنها تدور وجوداً وعدمياً مع وجود فكرة تنازع القوانين .

وترى الباحثة أنّ فكرة تنازع القوانين بمفهومها الحديث لا تتناسب مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية وخصائصها التي تجعلها سامية على كل الشرائع الأخرى والقوانين الوضعية بحيث لا تستطيع هذه الدخول معها في تنازع، أيضا قواعد القضاء في الإسلام لا تسمح بذلك.

ولتحديد ضوابط الإسناد في الفقه الإسلامي، وباعتبار أنّ فكرة تنازع القوانين فكرة موجودة في الفقه الإسلامي علي حسب رأي البعض، بدليل أنّ الدولة الإسلامية (دار الإسلام) عرفت العلاقات ذات العنصر الاجنبي، وبحسب مفهوم الفقه الإسلامي لمصطلح الأجنبي، فلا بد من تحديد المسائل التي تطبق فيها أحكام الإسلام وتلك التي تطبق عليها شرائع أخرى حتي يسهل علينا تحديد ضوابط الاسناد التي بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق علي العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وسنبحث تلك المسألة في المذاهب الفقهية الأربعة كالآتي: -

أولاً: المذهب الحنفي:

في النكاح بلا شهود يقول زفر: يفرق القاضي بينهما لقوله تعالى: {فَاحْكُمْ

بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ} فهو يري أنّ القانون الواجب التطبيق في النكاح

بلا شهود بين الذميين إذ ترفعوا للقاضي المسلم هو الشريعة الإسلامية، وبتحليل هذا النزاع نجد أن الدعوى تتعلق بالنكاح بلا شهود، والخصوم غير مسلمين،

والقانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية، فنستطيع القول بأن ضابطي الإسناد هنا هما نوعية الدعوى وديانة الخصوم.

وللسرخسي رأي آخر في ذات الدعوى وهو إقرار القاضي المسلم للنكاح بلا شهود لأن (خطاب الشرع في حقهم كأنه غير نازل) لإعتقادهم غيره، أي أن السرخسي يري تطبيق شرائعهم في هذه المسألة، وضابطي الإسناد هما أيضا نوعية الدعوى وديانة الخصوم.

وعند أبي حنيفة زواج الذمية في عدة ذمي جائز ولا يفرق بينهما القاضي، وكل الانكحة الفاسدة لدي المسلمين يقرون عليها ويقضى بموجبها بالنفقة للزوجة، وكذا زواج المجوسية ونفي المهر وسقوطه في حالة السكوت عن ذكره في رواية عنه، ففي كل هذه الدعاوى تطبق شريعة الذميين، فضابط الاسناد في كل هذه المسائل، نوعية الدعوى وديانة الخصوم.

عند أبي يوسف ومحمد: يفرق القاضي بينهما في حالة زواج الذمية في عدة ذمي وأيضا نكاح المحارم، فالقانون الواجب التطبيق عندهما في هذه الدعاوى هو الشريعة الإسلامية، بينما تطبق شريعتهم في دعاوى المهر المسمى خمراً او خنزيراً لانهما أموال متقومه عندهم، وفي الحالتين يتم الإستناد الي ضابطي نوعية الدعوى وديانة الخصوم.⁽¹⁾

¹ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (المتوفي 483هـ) المبسوط، دار المعرفة، بيروت 1414هـ-1993م، جزء 5، ص 38-41.

وتملك الخمر والخنزير وتمليكهما جائز بينهم ويقرون عليه حال ترفعهم للقاضي المسلم، فتخضع الدعوى التي تتعلق بهذا المسألة لشريعتهم الخاصة وفق الضوابط السابقة.⁽¹⁾

أيضاً أجاز أبو حنيفة زواج المحارم وزواج الخمسة نساء والاختين، فإذا ترفع أهل الذمة الي القاضي المسلم بشأن هذه الانكحة أو ما يتعلق بها أقرها ولم يبطلها، فتخضع عنده لشريعتهم⁽²⁾

ثانياً: المذهب المالكي:

قال مالك: القاضي إذا إختار الحكم بين الذميين بعد ترفعهما معاً، يحكم بينهما بحكم الإسلام، فهو يري أن القانون الواجب التطبيق علي قضايا أو دعاوي الذميين هو الشريعة الإسلامية بصفة عامة.⁽³⁾

وجاء في الذخيرة (مقتضي عقد الذمة جريان حكم الإسلام عليهم إلا في نكاحهم) أي الكفار⁽⁴⁾

⁽¹⁾ الكاساني، علاء الدين ابوبكر بن مسعود بن أحمد، مرجع سابق، جزء 2، ص 311.

⁽²⁾ الجصاص، احمد بن علي أبوبكر الرازي، (المتوفي: 370هـ)، شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط 1، 1431هـ-2010م، المحقق: عصمت الله عنايت الله محمد، صائد بكراش، محمد عبيد الله خان، زينب حسن فلاته، جزء4، ص 343.

⁽³⁾ الاصبحي، مالك بن انس بن مالك (المتوفي: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، ط 1، 1315-1994م، جزء 2، ص 224.

⁽⁴⁾ القرافي، أبو العباس شهاب الدين احمد بن إدريس بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص111.

ثالثاً: المذهب الشافعي:

الشافعي: يرى أن معني (الصغار) الذي ورد في آية الجزية في قوله تعالى {قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ} هو جريان حكم الإسلام عليهم في كل قضاياهم بترافع أحدهما الي القاضي المسلم، هذا بصفة عامة وحجته في ذلك قوله تعالى {فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ} ، وإذا جاءت إمراة الي القاضي في طلاق أو إيلاء أو ظهار، حكم في ذلك كله بحكم الإسلام، وإذا طلب الذمي الزواج زوج المسلم، ويفرق بين المرأة وزوجها الذي تزوجها في عدة غيره، ويفسخ نكاح الزوج بزوجة طلقها ثلاثاً حتي تتكح زوجاً غيره، وتبطل بينهم البيوع التي تبطل بين المسلمين، ولا يحكم بالضمان في الخمر والخنزير والميتة وجلدها وحجته في ذلك أن هذه الأشياء محرمة والمحرمات ليس لها ثمن.

أما قوله في الانكحة الفاسدة هو إقرارها من قبل القاضي وعدم ردها إذا عقدت ومضت قبل الترافع.

إذاً القانون الواجب التطبيق علي كل قضايا الذميين عند الشافعي هو
الشريعة الإسلامية بإستثناء الانكحة الفاسدة فيُطبق القاضي بشأنها الشريعة
الخاصة بالخصوم.⁽¹⁾

ونلاحظ مما سبق أنّ مذهب الشافعية يتضمن ذات الضوابط السابقة.

رابعاً: المذهب الحنبلي.

جاء في (الكافي في فقه الامام أحمد)، وكمبدأ عام أنّ علي القاضي أن
يحكم بالإسلام (أي الشريعة الإسلامية) إذا فعلوا محرماً يعتقدون حرمة في دينهم،
فقد روي (أنّ يهودياً، قتل جارية، علي أوضاع لها فقتله رسول الله صلي الله عليه
وسلم بين حجرين).⁽²⁾، ويحكم عليهم بشريعتهم الخاصة فيما لا يعتقدون حرمة،
كشرب الخمر ونحوه.⁽³⁾

وإذا ترافعوا بشأن يتعلق بالنكاح الفاسد وكان ذلك قبل الدخول، أبطله
القاضي، وإذا ترافعت ذمية تزوجها الذمي علي أنّ لا مهر لها، وكان ذلك قبل
الدخول فرض لها القاضي مهراً، وإذا ترافعت بعد الدخول فرض لها مهر المثل
كالمسلمين، وإذا إرتفع الذميون للقاضي المسلم عند ابتداء عقد الزواج رّوجهم
بشروط زواج المسلمين، وحثهم في ذلك كله، قوله تعالى: { فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ

¹ الشافعي أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس ابن عثمان بن شافع، مرجع سابق، جزء 2، ص
44.

⁽²⁾ متفق عليه.

³ ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد (المتوفي: 620هـ) الكافي في فقه
الامام احمد، دار الكتب العلمية، ط1 ،، 1414هـ- جزء 4، ص 181-182.

أَوْ أَعْرَضَ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ
الْمُقْسِطِينَ} (1) وقوله تعالى: { فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ } (2)

أمّا إذا ترفعوا للقاضي المسلم بعد عقد الانكحة الفاسدة، ينظر للمرأة، فإذا كانت ممن يجوز نكاحها، أقرهم عليه، ويفرق بينهم إن لم تكن ممن يجوز نكاحها، فيحكم في ذلك بحكم الإسلام أيضاً.

وبشأن الاحكام التي تتعلق بزواج الذميين، جاء في (المغني) أنّ تلك الاحكام من طلاق وظهار وإيلاء وإحصان وغيرها والتي تتعلق بالزوجية الصحيحة، تثبت في حالة الترافع للقاضي المسلم ، لأن أنكحة الكفار تنشأ عنها زوجية صحيحة، ويظهر ذلك في إضافة المرأة لزوجها الكافر في آيتين من القرآن الكريم، الاولى أنت في سياق الحديث عن ابي لهب، وذلك في قوله تعالى: {وَأَمْرَأَتُهُ

حَمَّالَةَ الْحَطَبِ} (3) والثانية في قوله سبحانه وتعالى: { وَقَالَتِ امْرَأَةٌ فِرْعَوْنَ } (4) فيحكم القاضي بشأنها حكم الإسلام. (5)

مما سبق نخلص الي أنّ هنالك بعض المسائل التي يترفع بشأنها الذميون أمام القاضي تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية، ومسائل اخري تطبق عليها

(1) سورة المائدة الآية 42.

(2) سورة المائدة الآية 49.

3 المسد: آية 4.

4 سورة القصص: 9.

5 ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، مرجع سابق، جزء 7، ص 171.

أحكام شرائعهم الخاصة، وهذه الأخيرة يتوسع فيها المذهب الحنفي وتُضيّقها بقية المذاهب، خاصة المذهبين الشافعي والمالكي.

وترجح الباحثة مذهبي الشافعية والمالكية لأنه يتناسب مع قواعد القضاء في الإسلام وخصائص الشريعة الإسلامية.

كما نلاحظ أنّ هنالك ضابطي إسناد يشيران الي تطبيق الشريعة الإسلامية أو شرائع الذميين الخاصة بهم في كل المذاهب الفقهية السابق ذكرها، هما دائماً ديانة الخصوم ونوعية الدعوى.

والقول بوجود ضوابط إسناد في الفقه الإسلامي قول يتناسب مع الاتجاه الذي يتبناه بعض القانونيين في العصر الحديث، والذين يرون أنّ الشريعة الإسلامية عرفت ظاهرة تنازع القوانين وفقاً لبعض الحجج التي عرضناها مسبقاً، لكن هنالك إتجاه آخر كما رأينا يرى عدم وجود فكرة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية، ولهم أيضاً تبريراتهم وحججهم، ووفقاً لذلك لا توجد ضوابط إسناد في الفقه الإسلامي لأنها تدور وجوداً وعدمياً مع فكرة التنازع ذاتها.

لكن ومن وجهة نظري أرى أنّ الشريعة الإسلامية أوجدت الحلول للنزاعات المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي كانت موجودة علي أرض الواقع كما رأينا ولكن بطريقة خاصة تختلف عن طرق الحل التقليدية الموجودة لدي القوانين الوضعية، والتي من بينها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، وهذه الطريقة في ظني أنّها تتناسب وتتسق مع خصائص الشريعة الإسلامية، وبالذات خاصية العدل والتي تعتبر الهدف الأساسي للقضاء.

وهذه الطريقة الخاصة التي عالجت بها الشريعة الإسلامية النزاعات ذات العنصر الأجنبي، تقوم علي تطبيق القاضي المسلم لأحكامها بغض النظر عن ديانة الخصوم ونوعية الدعوى الا في مسائل محدودة تتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، وهي مسائل لا يمتد أثرها الي الغير فلا ضرر منها وبعض المعاملات المتعلقة بالخمير والخنزير في بعض المذاهب، ولها ضوابط معينة واردة في أحكام أهل الذمة، وكل هذه المسائل تتعلق بإستقرار أحوال ومعاملات هؤلاء.

ومن ناحية أخرى فالمنطق والعقل يسندان هذه الطريقة الخاصة في حل تلك النزاعات فهؤلاء غير المسلمين عندما ترفعوا للقاضي المسلم، ترفعوا برضائهم وتركوا رؤساء ملهم وطوائفهم، فهذا يدل علي رغبتهم في القضاء بالشريعة الإسلامية. وإذا سلمنا بأن هنالك ضوابط إسناد في الفقه الإسلامي، فمعني ذلك أننا نقر بأن هنالك تنازع قوانين في الدولة الإسلامية وأن الشريعة الإسلامية تبنت الحل التقليدي وهو قاعدة الإسناد، ونحن نعلم أن قاعدة الإسناد عند تطبيقها، يمكن أن تؤدي الي تطبيق قانون غير قانون القاضي، وهذا كله لا يتناسب ولا يتفق مع ما جاء به الفقه الإسلامي في إطار الحديث عن أحد طرفيها مسلم، ، فقد إتفق الفقهاء جميعاً علي أن القاضي المسلم إذا وجب عليه نظر الدعوى أو إختار هو الحكم فيها عليه أن يحكم بحكم الإسلام.

ولكي نوفق بين هذا وبين التطبيق الاستثنائي لشرائع غير المسلمين لا يسعنا إلا القول بأن هذا الإستثناء هو من أحكام الإسلام ذاته، وليست هنالك إحالة الي شرائع أخرى.

الخلاصة

مفهوم ضوابط الإسناد في القانون لا يتطابق مع المفهوم اللغوي لعدم إمكانية الجمع بين كلمتي ضبط وسند في اللغة، أما مفهومها في الشريعة الإسلامية يختلف تماما بحسب ما أرى، فهناك احتمال معرفة الفقه الإسلامي به أو العكس، وذلك لارتباطه الوثيق بفكرة تنازع القوانين ذاتها والمختلف حول وجودها في الشريعة الإسلامية، وبحسب الرأي الذي يقول بوجود فكرة تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية ومن ثم وجود ضوابط الإسناد في الفقه الإسلامي، نجد أنّ ضوابط الإسناد تنحصر دائما في ديانة الخصوم ونوعية الدعوى.

ومن ناحية إختيار وصياغة ضوابط الإسناد في القوانين الوضعية بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، يتم إختيارها وصياغتها من عناصر العلاقة القانونية ذاتها وذلك بإختيار المشرع للعنصر ذا الثقل في العلاقة أو العنصر الأهم واضعا في إعتبره تحقيق الأمان والإستقرار للروابط ذات العنصر الأجنبي وحماية المصالح العليا للوطن في ذات الوقت، ولضوابط الإسناد عدد من التقسيمات بحسب تعددها وقوتها وقابليتها للتبدل والتغير.

أما وظيفة ضابط الإسناد فتعتبر خلاصة لمراحل تطبيق قاعدة الإسناد، إذ يشير مباشر الي القانون الواجب التطبيق علي النزاع ذا العنصر الأجنبي. هنالك كثير من العلاقات غير التقليدية ناشئة عن التطور الهائل الذي لحق بوسائل التواصل، ظهرت علي ساحة العلاقات الدولية الخاصة، لم تغطيها ضوابط الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م بصور مباشرة ممّا شكل نقص وعدم كفاية في معالجة التنازع بصورة سريعة ونهائية.

إتسمت ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م بعدد من السمات والخصائص بعضها إيجابي وآخر سلبي، الإيجابي منها تساهم بقدر كبير في حل النزاعات المتعلقة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة أسرع وأكثر عدالة مما تتناسب مع خصوصية تلك العلاقات، وأما الخصائص السلبية، فإنّ لم يتم تلافيها قد تتسبب في إطالة أمد النزاع المتعلق بتلك العلاقات الخاصة وتشكل عائق أمام إستقرار المعاملات والأمان القانوني وتوفر الثقة بين المتعاملين في الساحة الدولية الخاصة، وكل ذلك له مردود سلبي علي إقتصاد ورفاهية الشعوب وعلاقتها مع بعضها البعض.

الخاتمة

النتائج

مناقشة النتائج

التوصيات

الخاتمة

الحمد الذي بنعمته تتم الصالحات، فقد تم يتوفيق من الله هذا البحث الذي تناول بالدراسة والتحليل ظاهرة تنازع القوانين وطرق حله بصفة عامة، وضوابط الإسناد تفصيلاً بصفة خاصة وذلك في القوانين الوضعية تطبيقاً علي قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م ومقارنة الدراسة بالشرعية الإسلامية، وقد تمخض عنه عدد من النتائج تمت مناقشتها ثم أتبعها ببعض التوصيات تفاصيلها كالآتي:

النتائج:

1. النصوص التي تعالج مشكلة تنازع القوانين في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، جاءت مبعثرة في عدة قوانين، كما أن ضوابط الإسناد الواردة في ذلك القانون، محدودة جداً ولم تغطي أغلب مسائل حالات تنازع القوانين، أيضاً هذه الضوابط لم يتم تعديلها أو مراجعتها منذ سنة 1984م وحتى الان.
2. قانون المعاملات المدنية السوداني لم يتفق مع الشريعة الإسلامية بصورة واضحة ومباشرة ، فيما يتعلق بحل تنازع القوانين بضوابط الإسناد.
3. تنازع القوانين مصطلح عرفته القوانين الوضعية بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م ولم تعرفه الشريعة الإسلامية.
4. تنازع القوانين مصطلح يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي في إطار الحياة الدولية الخاصة.

5. هنالك إختلاف واضح في طرق حل مشكلة تنازع القوانين في القوانين الوضعية، بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، والشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بالطريقة التقليدية وهي قاعدة الاسناد.
6. تطبيق القاضي المسلم لشرائع غير المسلمين في بعض المسائل المحدودة والثيقة الصلة بتدينهم وبأحوالهم الشخصية وبعض معاملاتهم، مصدره أحكام الشريعة الإسلامية .
7. إرتباط القضاء بالتشريع إختلاف جوهري بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية خاصة قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م
8. هنالك بعض العوائق تواجه قاعدة الاسناد كوسيلة أساسية لحل تنازع القوانين.
9. ضابط الإسناد هو الأداة التي يستند عليها المشرع لتحديد القانون الواجب التطبيق.
10. المشرع السوداني نصَّ علي عدد من ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

مناقشة النتائج

1. النصوص التي تعالج مشكلة تنازع القوانين في القانون السوداني، جاءت مبعثرة في عدة قوانين، هي قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م (تعديل)، لسنة 2009م، وقانون أصول الاحكام القضائية لسنة 1983م، كما أن ضوابط الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، جاءت محدودة جداً ولم تغطي أغلب مسائل حالات تنازع القوانين، وهذا الوضع لا يتناسب مع إتساع وتطور العلاقات الدولية الخاصة، أيضاً هذه الضوابط لم يتم تعديلها أو مراجعتها منذ السنة 1984م، وهذا لا يتناسب مع التطور الحتمي للعلاقات الدولية الخاصة، وخاصة في عصرنا هذا عصر العولمة.

2. قانون المعاملات المدنية السوداني لم يتفق مع الشريعة الإسلامية بصورة واضحة ومباشرة ، فيما يتعلق بحل تنازع القوانين بضوابط الإسناد، ويظهر ذلك جلياً في نص المادة (2/16) والتي تقرأ (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان)، فمن المؤكد من ناحية واقعية، أن هنالك عدد كبير من التشريعات الأجنبية، تُستمد من أفكار ومذاهب تختلف عن الشريعة الإسلامية، وأن فكرة النظام العام والآداب في السودان تقترب من الشريعة الإسلامية من حيث المفهوم لذلك كان احتمال مخالفة القوانين التي أشارت لها ضوابط الإسناد في ذلك القانون للشريعة الإسلامية، أمر مؤكد، ومع ذلك لم يحتاط له المشرع مسبقاً.

3. تنازع القوانين مصطلح عرفته القوانين الوضعية بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م ولم تعرفه الشريعة الإسلامية، إلا أنها عرفت العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي يتعلق بها المصطلح، نتيجة لأوضاع وأحوال خاصة في دار الإسلام، تدور حول أحكام الذميين والمستأمنين، بحسب مفهوم الأجنبي في الشريعة الإسلامية، وذلك في الفترة التاريخية الأولى لقيام الدولة الإسلامية، لكن بعد قيام الدولة العثمانية، وتحسن علاقتها مع الدول المسيحية، عقدت بعض المعاهدات مع بعض تلك الدول منحها بموجبها بعض الامتيازات التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على قضايا رعاياها والجهات القضائية التي تخضع لها، مما أدى إلى ظهور تنازع القوانين.

4. تنازع القوانين مصطلح يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي في إطار الحياة الدولية الخاصة، ولا يقصد به المنازعة بين تلك القوانين بمعناها اللغوي، وإنما القصد المفاضلة بينها من حيث الملائمة لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، حيث يتم إختيار القانون الأكثر ارتباطاً بها، والذي يحقق العدالة والأمان القانوني لها، وايضاً يحقق إستقرار الأحوال والمعاملات.

5. هنالك إختلاف واضح في طرق حل مشكلة تنازع القوانين في القوانين الوضعية، بما فيها قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، والشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بالطريقة التقليدية وهي قاعدة الاسناد، فالشريعة الإسلامية لا تصنف العلاقات لتجعل لكل منها ضابطاً يحدد القانون الواجب التطبيق عليها، والسبب في ذلك قاعدة أساسية تتعلق

بالقضاء في الإسلام، مفادها أن القاضي المسلم لا يحكم إلا بالشرعية الإسلامية.

6. تطبيق القاضي المسلم لشرائع غير المسلمين في بعض المسائل المحدودة والوثيقة الصلة بتدينهم وبأحوالهم الشخصية وبعض معاملاتهم، مصدره أحكام الشريعة الإسلامية ذاتها ولا يعتبر إحالة بالمفهوم الحديث، لأن ذلك لا يتناسب مع خصائصها.

7. يعتبر إرتباط القضاء بالتشريع إختلاف جوهري بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية خاصة قانون المعاملات المدنية (السوداني) لسنة 1984م، وهو مؤثر أساسي في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية، فمجرد إختصاص القاضي المسلم بنظر الدعوى يعني أنّ القانون الواجب التطبيق هو الشريعة الإسلامية

8. هنالك بعض العوائق تواجه قاعدة الإسناد كوسيلة أساسية لحل تنازع القوانين مما يؤثر في افضليتها كطريقة لحل التنازع، وتظهر هذه العوائق أثناء تطبيق القاعدة في مراحل متعددة وهي مرحلة التكييف والاحالة والتفويض، ثم تظهر بعض المشاكل بعد ذلك تحول دون تطبيق القانون الذي حددته ضوابط الإسناد، كعدم تعرف القاضي علي أحكام ذلك القانون، أو مخالفة أحكامه للنظام العام أو الآداب في دولة القاضي.

9. ضابط الإسناد هو الأداة التي يستند عليها المشرع لتحديد القانون الواجب التطبيق، لذلك تعتبر الركن الأهم في بنية قاعدة الإسناد، فبعد قيام القاضي المختص بتحليل النزاع وتكييفه، يتجه مباشرة لضابط الإسناد الذي يتعلق

بالنزاع ليحدد له القانون الواجب التطبيق منهياً بذلك تنازع القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع.

10. المشرع السوداني نصَّ علي عدد من ضوابط الإسناد في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، هذه الضوابط جاءت متعلقة بعدد من مسائل التنازع ذات الأهمية الكبيرة والتي تناولتها أغلب التشريعات الدولية، لكنها جاءت محدودة جداً لا تغطي كثير من العلاقات التي طرأت علي ساحة الدولية الخاصة.

ثانياً: التوصيات

1. أوصي السلطة التشريعية بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة في قانون واحد، يسمى القانون الدولي الخاص السوداني، أسوة بدول أخرى، يضم كل الموضوعات التي تتعلق بالحياة الدولية الخاصة (الجنسية - الموطن - تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، حالة الأجانب ، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، وذلك أكثر تناسباً مع هذا العصر.

2. الاهتمام بمسألة إستنباط الأحكام الشرعية لما يستجد من أحوال، وخاصة أحوال تنازع القوانين، وذلك عن طريق الاهتمام بالفقهاء وتشجيعهم وإشراكهم في العملية التشريعية، ثم صياغة تلك الأحكام صياغة قانونية واضحة محكمة، حتى يسهل على القضاة تطبيقها مباشرة، مما يؤدي إلى سرعة البت في النزاعات.

3. مراجعة النصوص التي تتعلق بتنازع القوانين في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م للتأكد من مواكبتها للتطور الذي يطرأ على العلاقات الدولية الخاصة.

4. القانون الدولي الخاص ساحة خصبة للباحثين القانونيين وخاصة موضوع تنازع القوانين، فهناك كثير من المسائل تحتاج الي البحث والدراسة في هذا المجال، لذلك أوصي الباحثين بإجراء المزيد من البحوث فيه، وأقترح بعض العناوين فيما يلي:

أ) دور المعاهدات الدولية في حل تنازع القوانين.

ب) قاعدة الإسناد وأثرها في حل تنازع القوانين.

ج) القانون الواجب التطبيق علي منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين في القانون والفقہ الإسلامي.

د) القانون الواجب التطبيق علي منازعات المعاملات لغير المسلمين في القانون والفقہ الإسلامي.

الفهارس

فهرس الآيات				
الرقم	طرف الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
1.	(وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى...	النساء	141	83
2.	(أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ....)	المائدة	50	89
3.	(وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ.....)	المائدة	49	125-90-89-85-84
4.	(فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ..)	المائدة	42	-89-88-87-84-83 125
5.	(الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ..)	المائدة	3	91
6.	(.. مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ...)	الانعام	38	91
7.	(قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ.....)	التوبة	29	34
8.	(وَأِنْ أَحَدًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ.....)	التوبة	6	35
9.	(...امْرَأَةٌ فِرْعَوْنَ.....)	القصاص	9	126
10.	(لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ....)	المتحنة	8	36
11.	(وَأَمْرَاتُهُ حَمَّالَةَ.....)	المسد	4	126

فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	التخريج	الصفحة
1	((... ثم أدعهم إلى الإسلام، فإن هم أجابوك...))	أخرجه أحمد	34
2	((ذمة المسلمين واحد...))	أخرجه البخاري	35
3	((أعطى رسول الله (ص) خبير لليهود...))	أخرجه البخاري ومسلم	36
4	((أن النبي (ص) اشتري طعاماً من يهودي...))	أخرجه البخاري ومسلم	36
5	عن بن عباس قال: (كيف تقضي اذا عرض لك قضاء؟...)	أخرجه أبو داود	89
6	أن يهودياً قتل جارية على أوضاع...)	متفق عليه	125

الصفحة	فهرس الأعلام	الرقم
123-122--84-33	أبو حنيفة: النعمان بن ثابت بن زوطي	1
86	أحمد: أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل	2
123-84	مالك: مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبجي	3
125-124-85	الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع	4

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

كتب تفسير القرآن الكريم وعلومه:

1. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ-1964م، المحقق: أحمد البردوني.
2. البغدادي، عبدالقاهر بن طاهر بن محمد أبي منصور، الناسخ والمنسوخ، دار العدوي، عمان-الأردن، تحقيق: حلمي كامل أسعد.
3. محمد رشيد بن علي بن رضا بن محمد شمس الدين، تفسير المنار، الهيئة المصرية السنة للكتاب، 1990م.

ثانياً: كتب السنة النبوية وشروحاتها:

1. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، معالم السنن، (شرح سنن أبي داؤود) المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ، 1932م.
2. ابن حنبل، أبو عبد الله احمد بن محمد بن هلال، مسند الامام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ - 2001م، المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون.
3. أبو داؤود، سليمان بن الاشعث بن إسحاق، سنن أبي داؤود، المكتبة العصرية، بيروت، المحقق: محمد محي الدين عبد الحميد.
4. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، ط1 1422هـ، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر.
5. أبو الحسن، مسلم بن أبو الحسن الحجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي

أ/ الفقه الحنفي:

1. الجصاص، أحمد بن علي أبوبكر ، شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط1، 1431هـ-2010م، المحقق: عصمت الله عنايت الله محمد، وآخرون.
2. الكاساني، علاء الدين أبوبكر مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ، 1986م.
3. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م.

ب/ الفقه المالكي:

1. القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
2. القرافي، أبو عباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن ، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
3. الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك ، المدونة ، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ - 1994م.

ج/ الفقه الشافعي:

1. الشافعي، أبو عبدالله بن محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع، الأم، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ - 1990م.

د/ الفقه الحنبلي

1. أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.

2. أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط 1، 1414هـ - 1994م.

رابعاً: القوانين

- 1- قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، وزارة العدل، جمهورية السودان
- 2- قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 (تعديل) لسنة 2009م، وزارة العدل، جمهورية السودان.
- 3- قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، وزارة العدل، جمهورية السودان.

خامساً: كتب القانون:

- 1- إبراهيم قسم السيد محمد طه، التطور التقني وأثره في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المدنية، جمهورية السودان، 2011م.
- 2- أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط 1.
- 3- إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، دار النهضة العربية، 2008م
- 4- أسامة محمد عثمان خليل، تنازع القوانين.
- 5- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2006م .
- 6- حافظ جعفر إبراهيم، المدخل لتنازع القوانين في ضوء القانون السوداني وأحكام القضاء.

- 7- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ، مكتبة دار الثقافة، عمان - الأردن، ط 2، 1997م.
- 8- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م.
- 9- خالد الزعبي وآخرون، المدخل الى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2.
- 10- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2009م.
- 11- سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري للمطبوعات، ط1.
- 12- شريف الشيخ إدريس، القانون الدولي الخاص، الخرطوم، ط 2، 1995م.
- 13- عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض النزاعات، دار الفكر الجامعي، ط، 2011م
- 14- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م.
- 15- علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2013م.
- 16- علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، منشآت المعارف، الإسكندرية.
- 17- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط 3، 2001م.

- 18- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، جامعة دمشق، ط1، 1986م.
- 19- محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون، القاهرة.
- الموقع الإلكتروني <<http://www.tahmil-kutubDDF.net.book>>
- 20- وائل أنور بندق، القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، ط 5، 2010م.
- 21- يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011م.
- 22- يوسف سعيد البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2004م.
- سادساً: كتب السياسة الشرعية والفقهاء العام.
- 1- أبو الحسن علي محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة.
- 2- أبو محمد عبد العزيز بن محمد بن عبد الرحمن السلمان، الأسئلة والأجوبة الفقهية.
- 3- عبد الباسط بن يوسف الغريب، تسامح الإسلام مع غير المسلمين.
- 4- عبد الكريم زيدان، أحكام المستأمنين والذميين، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1402هـ- 1982.
- 5- مجموعة من المؤلفين، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1424هـ.
- 6- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم، أحكام أهل الذمة، رمادي للنشر، ط 1، 1418هـ- 1997م، المحقق: يوسف ابن أحمد البكري.

7- محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة ضياء الدين، ، معالم القرية في طلب الحسبة، دار الفنون (كمبردج).

8- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت دار السلاسل، ط2.

الموقع الإلكتروني: www.almostafa.com.source

الموقع الإلكتروني [https:// www.alarabimag.com](https://www.alarabimag.com)

9- يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي.

سابعاً: معاجم اللغة.

1- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، دار التحرير، ط2، 1406هـ-1986م.

ثامناً: كتب التراجم

1- ابن أبي يعلى محمد بن محمد أبو الحسين، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، المحقق : محمد حامد الفقي .

2- أبو ذكريا يحيى ابن إبراهيم بن احمد بن أحمد السماسي، منازل الأئمة الأربعة أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط 1، 1422هـ-2002م، المحقق: محمود بن عبد الرحمن قدح.

تاسعاً: الرسائل الجامعية:

1- جندولي، فاطمة زهرة، إنحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010م-2011م.

الموقع الإلكتروني

[https:// www.Eribunejuridigue.com](https://www.Eribunejuridigue.com)

عاشراً: الندوات

1- أشرف وفا محمد، العدالة في مجال علاقات الأفراد على

2-الصعيد الدولي، ندوة تطور العلوم الفقهية (فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهي)، وزارة الأوقاف والشئون الدينية، سلطنة: عمان، خلال الفترة من 5-8/أبريل/2015م .

الموقع الالكتروني

<https://nadwa.mara.gov.com>

إحدى عشر : الإتفاقيات الدولية :

1-اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع (هامبورغ 1978) .

الموقع الالكتروني

www.uncitral.org/./Hamburg.rules.html

2-إتفاقية لاهي المتعلقة بالإختصاص والقانون المطبق، والإعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية ، وإجراءات حماية الأطفال، (19 أكتوبر 1996م).

الموقع الالكتروني

<https://assets.hcch.net/docs/a4268112-bcfd-475c->

[ba48-obfdzf8b305epdf](https://assets.hcch.net/docs/a4268112-bcfd-475c-ba48-obfdzf8b305epdf)

3-معاهدة ثنائية بين الجزائر وفرنسا متعلقة بأطفال الأزواج المختلطين بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال (1988) م

<https://m.facebook.com>permalink.php?story->

[fbid=458156344248737&=40133](https://m.facebook.com>permalink.php?story-fbid=458156344248737&=40133)

