وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـــــة كربـــلاء

كلية القـانــون

الفرع الخاص

نظرية الملاءمة في تسوية نزاعات الاحوال الشخصية

(دراســة مـقــارنـــة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون ــ جامعة كربلاء

كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

كتبت بوساطة الطالبة

انسام رسام غضبان حسين

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور ثامر داود عبود

ديسمبر/ 2022 م جمادي الثاني / 1444 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

{ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا }

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء / الاية (105)

إقـــرار المشرف

أشـهد إن اطروحـة الـدكتوراه الموسـومة بـــ (**نظريـة الملاءمـة فـي تسوية نزاعات الاحوال الشخصية – دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالبـة (**انسـام رسـام غضـبان**) إلـى مجلـس كليـة القـانون – جامعـة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص قد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. ثامر داود عبود

الدرجة العلمية : استاذ مساعد

الاختصاص : القانون الدولي الخاص

جامعة كربلاء _ كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

اشهد اني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (**نظرية الملاءمة في تسوية نزاعات الاحوال الشخصية (دراسة مقارنة)**) المقدمة من قبل الطالبة (**انسام رسام غضبان حسين**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الاطروحة .

مع التقدير ...

التوقيع :

الأسم : أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق : النحو

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (نظرية الملائمة في تسوية نزاعات الأحوال الشخصية " دراسة مقارنة "), وناقشنا الطالبة (انسام رسام غضبان) في محتواها, وفيما لها علاقة بها, ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (ممتاز) .

التوقيع :

الاسم: أ.د.حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. نظام جبار طالب

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. كريم مزعل شبلي

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.صالح مهدي كحيط

(عضواً)

التاريخ : / / 2022

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٩/ ١ / 2022

الإهداء

بتوفيق من الله تعالى وبركاته تم إنجاز الأطروحة المسماة (نظرية الملاءمة في تسوية نزاعات الأحوال الشخصية)

وهذا العمل فيه خدمة للنظم الشخصية، وهذا العمل يُهدى إلى أعز الناس إلى قلبي

وهو نبينا الطاهر الأمين محمد وآل الطيبين الطاهرين

وإلى أبي الذي فارقنا بجسده، ولكن روحه ما زالت تُرفرف في سماء حياتي.

إلى أمي العزيزة طيبة القلب، أطال الله في عمرها لتظل عونًا لي.

إلى أفراد أسرتي الأعزاء؛ زوجي العزيز الذي ساعدني كثيرا ووفرّ لي وقتاً وجهداً.

إلى أولادي جميعاً...

إلى جميع أهلي داخل الوطن الغالي وخارجه

إلى جميع الباحثين، وطلبة العلم

أهدى إليكم ثمرة الجهد المتواصل من أجل خدمة الإنسانية.

الباحثة

شكر وعرفان

الحمد لله الذي يستحق الحمد والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وآله الطيبين الطاهرين واصحابه المنتجبين .

أما بعد :

فلا يسعني إلا أن أتقدم بشكري وامتناني إلى أستاذي الفاضل الأستاذ المساعد الدكتور ثامر داوود عبود، لتفضله بالإشراف على هذه الأطروحة، وعلى ما قدمه لي من دعم متواصل ورعاية علمية طيبة فلم يبخل عليَّ بنصائحه وملاحظاته السديدة ، فضلاً عن تزويدي بمجموعة من المصادر التي احتجتها لإنجاز هذا البحث، فلذلك اتوجه إلى الباري عز وجل وأسأله أن يبارك بجهوده وان يحفظه من كل سوء .

كما اخص أتوجه بالشكر والامتنان إلى عميد كلية القانون والمعاونين ورؤساء الفروع العلمية المحترمين ، وأيضاً أساتذتي في السنة التحضيرية جميعاً .

أسجل شكري وتقديري إلى موظفي مكتبة كلية القانون – جامعة كربلاء وكلية القانون – جامعة بغداد وكلية القانون – جامعة بابل ـ كلية القانون جامعة البصرة ـ كلية القانون جامعة الإسكندرية بما قدموه لي من المصادر العلمية النافعة .

وأخص بشكري وامتناني لزملائي في السنة التحضيرية . وأتوجه بالشكر والعرفان إلى جميع أخوتي وإلى كل من ساعدني في كتابة هذه الأطروحة ولو بكلمة ... وليعذرني الجميع إن ظهر مني تقصير في شكري وامتناني لهم.

والله ولي التوفيق

الباحثة

الملخص

تعد نظرية الملاءمة في تسوية نزاعات الأحوال الشخصية من المسائل الحيوية في الوقت الحاضر، لكن تطور القانون الدولي الخاص في السنوات الأخيرة جعله يتأثر باعتبارين مهمين هما توفير الأمن القانوني والآخر القدرة على توقع القانون; أدى إلى تشجيع الاتجاه نحو وضع تقنيات وصياغة قواعد إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، أما أثر الاعتبار الثاني فهو حاجة كل قاعدة قانونية تتسم بالعمومية والتجريد لقدر من المرونة عندما تطبق على مراكز ذات طبيعة خاصة. وبالتالي يستطيع القاضي في بعض الأحيان ان يطبق القانون الأكثر ملائمة على مسألة النزاع المعروض امامه، للتقليل من الاثار غير الملائمة لتطبيق هذه القاعدة، وبالخصوص عندما يتبين ان هناك قانوناً أكثر علاقة وأوثق صلة بالنزاع المعروض من القانون المختار. ومن خلال هذه الاطروحة تظهر اهمية هذه الدراسة في العراق خاصة وتشريعات بعض الدول العربية ، اذ يخويل القضاء باختيار أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع المعروض، خاصة عندما يتبين ان هناك قانون اخر أوثق صلة، واشد ارتباطاً بالنزاع، وأكثر تحقيقاً لتوقعات الأطراف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تتجلى أهمية نظرية الملائمة في منازعات الأحوال الشخصية، في هذه القواعد الذي مضى على وضعها اكثر من63عاماً، فقد تبدلت ظروف كثيرة واستحدثت طرق جديدة في المعاملات، ولم تعد تفي قواعد الاسناد هذه بالغرض، اذ يجب إحلال دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص الدولي وتحقيق نظرية الملائمة، في عقد الاختصاص الى محكمة تكون على صلة جدية بالنزاع، بما يضمن المستقبل التنفيذي للحكم الصادر عنها وفعاليته، واختيار القانون الملائم للتطبيق على المسألة المعروضة، أي الوصول الى محكمة وقانون ملائمين يحققان مصالح الأطراف، وتهدف هذه الدراسة الى مناقشة نظرية الملائمة كمبدأ عام ودورها في كل ضابط من ضوابط الاختصاصين التشريعي والقضائي من عدمه. أي تهدف

هذه الدراسة في بيان نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، من حيث تحليل ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي، وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك من خلال التعرف على ضوابط هذين الاختصاصيين، ومدى استيعابها لنظرية الملائمة، ومعايرها التي يمكن استنباطها من اراء الفقهاء، وما عليه من احكام القضاء والتشريعات في النظم القانونية المقارنة، وتحديد اهداف القانون الدولي الخاص، الى تقليل الاثار غير الملائمة لجمود القاعدة القانونية المعدة مسبقاً وبين الحاجة لعدالة تتفق ومعطيات النزاع بما يستجيب لطبيعة تلك العلاقة الدولية الخاصة وتوفير حلول ملائمة في بعض المنازعات.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة:	7 -1
الفصل الأول: مفهوم نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص	67 – 8
المبحث الأول: ماهية فكرة الملاءمة في القانون الدولي الخاص	36 – 9
المطلب الأول: تعريف الملاءمة في القانون الدولي الخاص	12 – 10
المطلب الثاني: نطاق نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص	17 – 12
المطلب الثالث : طرق تطبيق القانون الملائم من خلال استبعاد قاعدة الإسناد في الدعاوى المستعجلة	36 – 17
الفرع الأول: **شروط استبعاد قاعدة الإسناد باتفاق الأطراف**	30 – 18
الفرع الثاني/ الدعاوى المستعجلة والقانون الملائم	36 – 30
المبحث الثاني: تميز نظرية الملاءمة عما يشتبه بها من مصطلحات قانونية	67 – 36
المطلب الأول: نظرية الملائمة ومبدأ الواقعية	40 – 36
الفرع الأول: **تعريف مبدأ الواقعية**	38 – 36
الفرع الثاني: **ارتباط نظرية الملاءمة بمبدأ الواقعية**	40 – 39
المطلب الثاني: نظرية الملائمة واستثناءات تقويم الاسناد	60– 40
الفرع الأول: **تعريف استثناءات تقويم الاسناد**	43 – 41
الفرع الثاني: **شروط تطبيق استثناءات التقويم**	54 – 43
الفرع الثالث : **استثناءات تقويم الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية**	60 – 55
المطلب الثالث/ نظرية الملاءمة ومبدأ الأداء المميز	63 – 60
المطلب الرابع : نظرية الملاءمة ومفهوم الإحالة	67 – 63
الفصل الثاني: نظرية الملاءمة في مجال تنازع القوانين	124 – 68
المبحث الأول: الأساس القانوني في قواعد الإسناد وقيمتها	102 – 70
المطلب الأول: / الأساس القانوني في قواعد الاسناد في الشريعة الإسلامية ومصر والعراق	76 – 70
المطلب الثاني: المصادر الرسمية وغير الرسمية لقواعد الإسناد	84 – 76
الفرع الأول: **/ المصادر الرسمية**	81 – 76

الفرع الثاني: **المصادر غير الرسمية لقواعد الإسناد**	84 – 81
المطلب الثالث : **فلسفة المشرع في اختيار ضوابط الإسناد في مجال الأحوال الشخصية**	102 - 84
الفرع الأول: / **فلسفة المشرع في مسائل الأهلية والحالة**	89 – 85
الفرع الثاني: **فلسفة المشرع في مسائل الزواج والنسب**	97 – 89
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على مسائل العلاقات المالية للأسرة	102 - 98
المبحث الثاني: النقص والفراغ التشريعي في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية	107 - 102
المطلب الأول: / مسائل الأهلية لعقد الزواج وما يتفرع عنه من آثار	104 – 102
المطلب الثاني : الخطبة والمهر	105 – 104
المطلب الثالث : / مسائل البنوة الشرعية وغير الشرعية	107 - 105
الفرع الأول : البنوة الشرعية	106 – 105
الفرع الثاني: - البنوة غير الشرعية	106
الفرع الثالث : / تحديد القانون واجب التطبيق على التبني	106
الفرع الرابع: التركات الشاغرة	107
المبحث الثالث/ تحقيق نظرية الملاءمة في فض تنازع القوانين	124 - 107
المطلب الأول/ مبدأ الواقعية والرابطة القانونية	115 - 107
الفرع الأول/ الواقعية كأساس لحلول القانون الدولي الخاص	111 – 108
الفرع الثاني / قواعد التنازع والرابطة الوثقى في المفهوم الاوربي	115 - 112
المطلب الثاني/ قانون الموطن أو محل الإقامة واهميتهما	119 – 115
المطلب الثالث/ ظهور قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية	124- 119
الفرع الأول/ دور قانون الإرادة بشأن آثار الزواج	123 – 120
الفرع الثاني/ دور قانون الإرادة في مسائل التركات	124 - 123
الفصل الثالث : نظرية الملاءمة وتحديد الاختصاص القضائي الدولي	176 - 125
المبحث الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي	150 - 126
المطلب الأول : ماهية الاختصاص القضائي الدولي	135 – 127
الفرع الأول: **التعريف بالاختصاص القضائي الدولي**	131 - 128
الفرع الثاني: **طبيعة الاختصاص القضائي الدولي**	135 - 131

المطلب الثاني: تمييز الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي	150 – 135
الفرع الأول: **أوجه الشبه والاختلاف بين قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي**	139 – 136
الفرع الثاني: **إثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي وتأثيرهما على بعض**	150 – 139
المبحث الثاني: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي	176 – 150
المطلب الأول: الضوابط الشخصية في تحديد الاختصاص القضائي	161 – 150
الفرع الأول\ الاختصاص وفقاً لمركز أطراف الدعوى	157 – 151
الفرع الثاني: موطن المدعي أو المدعى عليه	161 – 157
المطلب الثاني: الاختصاص القضائي المبني على نوعية الدعوى	176 – 161
الفرع الأول: الاختصاص القضائي في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بصورة عامة	171 – 161
الفرع الثاني : الضوابط الاقليمية في تحديد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية	176 – 171
الخاتمـــــــــة	183 – 177
المصـــــــــادر	197 – 184
Abstract	i

المقدمة

المقدمة

اولاً/ فكرة الموضوع

يتأثر القانون بلا شك بالتطورات التي تحدث من حوله، اذ انه ليس بمعزل عن البيئة السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة به، ومما لا شك فيه ان ظهور التجارة الالكترونية والتطور في وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة، قد جعل الافراد في قرية صغيره لا تحدها حدود ولا مسافات، مما أدى الى تغير النظرة للأفكار التقليدية، في جميع مجالات الحياة خاصة التي أصابها الجمود في الفكر والتطبيق، والتي وصفها البعض بالتخلف وعدم القدرة على مواكبة التطورات الحديثة، أو عدم ملاءمتها للتغيرات التي تجري من حولها، اسوة بالتشريعات المقارنة من النظم الاخرى، ومنها في نطاق القانون الدولي الخاص بصفة خاصة إذ من غير المناسب الاعتماد على الأفكار التقليدية فيما يتعلق بقواعد حلول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، التي تمس جانب مهم وواسعاً من حياة الافراد، بغض النظر عن تلك التعاملات، التي بدأت بالتزايد، الى حد لا يمكن القول بملائمة تلك القواعد الجامدة منذ سنوات. واذا اردنا القول ان القانون يستمد مضمونه من الظروف الواقعية للحياة، يستوجب ان يكون متطوراً غير جامداً يواكب حاجات من يعيشون في المجتمع، فلا بد لهذا القانون ان يواكب هذه التغيرات ليتلاءم مع المصالح المشروعة للأفراد، الموجه لهم الاحكام، وعليه لابد من ان يمتد ليشمل تتبع التطور الزمني للأنظمة القانونية المختلفة، والتي تعكس النتاج الفكري، والاقتصادي، والسياسي، بل وحتى الديني، وهذا هو المنهج الاجتماعي في دراسة القانون والذي يعني في النهاية التطور المرتقب للقواعد القانونية وإرساء المبادئ المستقبلية للسياسة التشريعية [1]. بيد ان فكرة تنازع القوانين لم تتلاءم مع الهدف المنشود لها في بداية القرن العشرين، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أدى التطور القانوني الى ظهور نظريات وسعت من مفهوم الفكرة ونطاقها، اذ أدخلت في اهتمامات فكرة التنازع مسائل لم تكن تهتم بها من قبل، من ذلك تنازع القوانين في مسائل القانون العام، والنظام القانوني لاتفاقات الاستثمار والتنمية الاقتصادية، ونظام المسؤولية عن الاضرار البيئية. ومن ناحية أخرى ظهرت عقود أخرى لا يمكن ادراجها تحت مسمى معين من هذه العقود، اذ انها لا تتمتع بالبساطة في تكوينها، وتنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، والتي تتألف من عدة عقود أو اتفاقات، تترابط فيما بينها وتتكامل لتحقيق هدف واحد أو عملية واحدة، وبالمقابل لم تعد هذه التطورات الضخمة في المجتمع الدولي، في طبيعة ونطاق

([1]) د احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، 185، ص6.

المعاملات التي لم تعد تلك الصورة التقليدية متلائمة معها، خاصة مع ظهور عقود نقل التكنولوجيا، وعقود بناء المصانع، وعقود الاستهلاك، .....

بالإضافة الى ان هناك من المسائل ما لا يوجد نص أو قاعدة تنازع تنظمها، خلافاً لما عليه الوضع في القانون المقارن، ما يدعونا الى لفت انتباه المشرع الى تلك المسائل، وحثه على وضع تنظيم قانوني خاص بها، سواء في مجال تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية، أو في مسائل المعاملات المالية، فهناك نقص وفراغ تشريعي، نظراً لعدم وجود نص قانوني بشأنها وترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهان به تطور المعاملات الخاصة الدولية فأجدر بالمشرع ان يخرجنا من كل هذا الخلاف، بنصوص صريحة قاطعة الدلالة، بما يراه المشرع متفق مع فلسفته في تبني ضوابط اسناد و اختيارها، لتكون ملائمة لحل النزاع، بما يتوافق مع طبيعة بيئته ويتماشى مع ظروفه.

ومع غياب السلطة العامة الدولية التي تتولى توزيع الاختصاص بين الدول، والتنسيق بين النظم القانونية للدول المختلفة، وانفراد كل دولة بوضع التنظيم القانوني الخاص بها، اذ تنفرد كل دولة بوضع القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية داخل مجتمعها، أي خلو العلاقة من العنصر الأجنبي، وتاركة هذه العلاقة ذات العنصر الأجنبي، تتنازعها قوانين الدول التي على صلة بها، كما ان المشرع اضطلع في تحديد مجال ولاية محاكمه بالفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مما أدى الى اتصاف الاختصاص القضائي الدولي في كل دولة بأنها أحادية الجانب، دون ان يتعدى ذلك الاختصاص الى محاكم أخرى احتراماً لسيادة غيرها من الدول. ومع إدراك هذه الدول ان قانونها الوطني موضوع اصلاً لحكم العلاقات الوطنية، وهو بهذا لا يقدم تنظيماً يتوافق مع طبيعة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وبهذا أصبحت عاجزة عن أداء دورها منفردة أو مجتمعة عن وضع القواعد الموضوعية لتنظيم تلك العلاقات، وهي بهذا لا تحقق مصالح الافراد الخاصة ولا تحقق لهم العدالة من ناحية، وتؤثر بالمصالح المشتركة ونمو العلاقات الدولية فيما بينها من ناحية أخرى، وكان عليها ان تفسح السبيل امام اختيار الافراد للقانون الملائم، والمحكمة الملائمة لتنظيم تلك العلاقات الدولية الخاصة، لاسيما، مع زيادة الاعتراف للإرادة بهذا الدور في مجال الاختصاص التشريعي والقضائي، وهذا الدور اصبح مبدأ مستقر عليه في كافة النظم والتشريعات القانونية المقارنة، خاصة بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة، الذي تربع على قواعد الاختصاصيين التشريعي والقضائي الدوليين، كل هذا من اجل الوصول الى فكرة المحكمة الملائمة والقانون الملائم، الذي هو اكثر استجابة لمعطيات العلاقة القانونية محل النزاع، من خلال اللجوء الى أدوات تحقيق فكرة الملائمة، من اجل تقوية التعامل والتعاون القضائي، والتيسير على المتقاضيين، وحماية مصالح

الافراد عبر الحدود، والعمل على استقرار المعاملات المالية الخاصة، وتحقيق الأمان القانوني لهما، و تأثر تطور القانون الدولي الخاص في السنوات الأخيرة باعتبارين متضاربين جذرياً، أحد هذين الاعتبارين هو توفير الامن القانوني والاخر هو القدرة على توقع القانون، وقد أدى إلى تشجيع الاتجاه نحو وضع تقنيات لهذا القانون وصياغة قواعد اسناد تتسم بالتحديد و بالجمود. اما الاعتبار الثاني فهو حاجة كل قاعدة قانونية تتسم بالعمومية والتجريد لقدر من المرونة عندما تطبق على مراكز ذات طبيعة خاصة غير نمطية[2] . إذ إن هذا التعارض في الاعتبارين السابقين أي بين جمود القاعدة القانونية المعدة مسبقاً في قواعد الاسناد وبين الحاجة لعدالة تتفق مع طبيعة النزاع يولد ضرورة تدخل القاضي في بعض الأحيان للتقليل من الاثار غير الملائمة لتطبيق هذه القاعدة. ويستعين القاضي في هذا التدخل بعدد من القواعد العامة التي تمنحه مكنة تصحيح قاعدة التنازع وهي من الأمور التي يسعى القانون الدولي الخاص الى ترسيخها، فتظهر أهمية نظرية الملائمة في نزاعات الأحوال الشخصية.

ثانياً/ الهدف من الدراسة

يظهر هدف هذه الدراسة وتبرز أهميتها في العراق خاصة، اذ ان المشرع في هذه النظم قد حدد القانون الواجب التطبيق على منازعات القانون الدولي الخاص، تحديداً جامداً، يجب العمل به بطريقة صماء في كافة الظروف والاحوال كافة، حتى لو أدى ذلك الى اهدار الهدف من قاعدة التنازع، وهو أختيار أكثر القوانين ملائمة لحكم النزاع المعروض، خاصة عندما يتبين ان هناك قانون اخر أوثق صلة، واشد ارتباطاً بالنزاع، وأكثر تحقيقاً لتوقعات الأطراف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تتجلى أهمية نظرية الملائمة في منازعات الأحوال الشخصية، في هذه القواعد الذي مضى على وضعها اكثر من63عاماً، فقد تبدلت ظروف كثيرة واستحدثت طرق جديدة في المعاملات، ولم تعد تفي قواعد الاسناد هذه بالغرض، اذ يجب إحلال دور إرادة الأطراف في تحديد الاختصاص الدولي وتحقيق نظرية الملائمة، في عقد الاختصاص الى محكمة تكون على صلة جدية بالنزاع، بما يضمن المستقبل التنفيذي للحكم الصادر عنها وفعاليته، واختيار القانون الملائم للتطبيق على المسألة المعروضة، أي الوصول الى محكمة وقانون ملائمين يحققان مصالح الأطراف، وتهدف هذه الدراسة الى

---

(2) KNOPFLER:"Le droit international prive en Suisse, RDS,1971,II,P.292نقلا عن د احمد محمد الهواري، المصدر نفسه،ص5

مناقشة نظرية الملائمة كمبدأ عام ودورها في كل ضابط من ضوابط الاختصاصين التشريعي والقضائي من عدمه. أي تهدف هذه الدراسة في بيان نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، من حيث تحليل ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي، وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك من خلال التعرف على ضوابط هذين الاختصاصيين، ومدى استيعابها لنظرية الملائمة، ومعايرها التي يمكن استنباطها من اراء الفقهاء، وما عليه من احكام القضاء والتشريعات في النظم القانونية المقارنة، وتحديد اهداف القانون الدولي الخاص، الى تقليل الاثار غير الملائمة لجمود القاعدة القانونية المعدة مسبقاً وبين الحاجة لعدالة تتفق ومعطيات النزاع بما يستجيب لطبيعة تلك العلاقة الدولية الخاصة وتوفير حلول ملائمة في بعض المنازعات لخصوصية المراكز التي تنصب عليها أو عند ملاحظة عدم اتفاق هذه القواعد مع التطور العام للمجتمع فأن نظرية الملائمة تتميز عن الوسائل التقويمية الأخرى التي تهدف لاستبعاد القانون الواجب التطبيق نظراً لمضمونها الموضوعي كما هو الحال بالنسبة للنظام العام أو بالنسبة للمواءمة التي تهدف لتحقيق الاتساق بين القواعد الموضوعية والتي تنتمي لأكثر من قانون وتطبيقها على مختلف عناصر العلاقة الواحدة وإزالة ما يوجد في هذه القواعد أو تناقض تتفق.

ثالثاً/ أهمية الدراسة

يتميز موضوع البحث بأهمية على مستوى الجانب النظري والجانب العملي فبخصوص الجانب النظري اصبح اليوم البحث عن القانون الواجب التطبيق على الصعيد الدولي الخاص من اهم المواضيع واكثرها تنازعا بين القوانين واراء الفقهاء وكذلك على مستوى القضاء للانفتاح الحاصل من حيث تبادل التجارة العالمية بين الدول والعلاقات الشخصية بين الاشخاص (الاحوال الشخصية) وعلى سبيل المثال الزواج بين اشخاص ينتمون لعدة دول وعلى هذا اقدم المشرعون في مختلف دول العالم على وضع احكام وقواعد تنظم تلك العلاقات ولكن هذه الاحكام والقواعد لم تصل الى القانون الاكثر ملائمة والاكثر صلة لحل المنازعات القائمة بين الافراد .

اما الجانب العملي فيظهر من خلال وضع قواعد منطقية يتم من خلالها دراسة اهم الاسباب التي تؤدي الى تحديد القانون الواجب التطبيق الاكثر صلة لحل المنازعات لغرض تحقيق العدالة بين أطراف النزاع ودراسة هذا القانون اما ان يكون في حالات التكييف أو الاحالة أو

في مجال حل النزعات في الاحوال الشخصية والعلاقات التجارية بين الافراد. ومن الثابت والمعروف ان تحديد القانون الواجب التطبيق يمنع من حصول فراغاً قضائياً أو انعدام حالة لا يوجد لها قانون يحلها.

رابعاً/ مشكلة البحث:

تتمثل الاشكالية الرئيسية لموضوع البحث في جانبين الجانب الاول هو تحديد الاسباب الحقيقية لمعرفة القانون الواجب التطبيق الاكثر صلة والاكثر ملائمة بين أطراف النزاع. والجانب الثاني يتطلب منا دراسة ومعرفة الاحكام الموجودة في القوانين لبعض الدول الداخلة في معاهدات واتفاقيات على مستوى القانون الدولي الخاص لحث الدول التي لم تدخل بعد لهذه المعاهدات والاتفاقيات. ومدى نجاعة نظرية الملائمة في تسوية منازعات الاحوال الشخصية في إطار القانون الدولي الخاص، من اجل الوقوف على موقف المشرع العراقي من هذه النظرية.

فنجد مثلا عقد الزواج الصحيح يرتب اثاراً عدة. من أخصها انه في حالة الانجاب ينسب المولود الى والديه اذ لا وجود للأبوة أو الامومة الا بالبنوة ولا وجود لتلك الاخيرة الا بوجود الابوة والامومة واحتواء رابطة الزوجية على طرف أجنبي لا ينتمي الى دولة الطرف الاخر أو ابرام الزواج أو توطن أحد الزوجين أو كلاهما في غير دولة الجنسية يثير العديد من مشكلات تنازع القوانين ولابد من البحث عن قواعد موضوعية تحقق الأمان القانوني وتحقق طموح الافراد والتي قد تكون وطنية أو اجنبية لحل تلك المشكلات وتحديد القانون واجب التطبيق الاكثر صلة وأكثر ملائمة لتحقيق العدالة بين الزوجين.

خامساً/ منهج الدراسة

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي من خلال استقراء نصوص بعض القوانين والمقارنة مع القوانين القانون السويدي والنمساوي والقضاء الفرنسي والقانون المصري ومعاهدات دولية. واعتمدت الدراسة ايضاً الاسلوب المقارن من خلال بيان موقف المشرع العراقي اذ تعددت نقاط البحث التي لم ينظمها المشرع العراقي وربما نصت عليها قوانين أخرى مما يدعي الاستئناس بأحكام بعض القوانين العربية والأجنبية التي ربما تعرضت لموضوع البحث بتفصيل أكثر. فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات وما استجد من نظريات حديثة في هذا المجال.

سادساً / اسباب اختيار الموضوع: أبرز ما دفعنا لاختيار الموضوع ما يأتي:

1. اهم الاسباب التي دعت إلى اختيار الموضوع هو قلة الدراسات القانونية حول موضوع القانون الاكثر صلة أو أكثر ملائمة بالموضوع بشكل عام وعنوان نظرية الملائمة في الاحوال الشخصية في القانون الخاص بشكل خاص.

2. لتحقيق العدالة بين أطراف النزاع وتحقيق مصالح كلا منهما.

3. تحديد القانون الواجب التطبيق الاكثر صلة والاكثر ملائمة يسهل على القاضي تطبيقه على أطراف النزاع

4.قلة الاجراءات القضائية من حيث الزمان والمكان والنفقات.

سابعاً /الدراسات السابقة

تضمنت الدراسة السابقة اهم ما تناوله المؤلفون في موضوع تنازع القوانين وموضوع الاختصاص القضائي وضوابط الاسناد وفق ضوابط قانونية محددة، اما في إطار الاطروحة فلم نجد سوى أطروحة دكتوراه لباحثة مصرية[3] بعنوان (نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص) وكانت الدراسة في سنة 2014. اذ انها تناولت نظرية الملائمة بصورة عامة ولم تفردها لجانب محدد من المعاملات المالية أو العقود. بيد ان دراستنا تمثلت بالخصوص في مسائل الأحوال الشخصية.

ثامناً/ خطة البحث

لغرض تقديم فكرة واضحة عن موضوع الدراسة الموسومة بـ (**نظرية الملاءمة في تسوية نزاعات الاحوال الشخصية –دراسة مقارنة)** تم تناولها بإطار خطة بحث تتألف من ثلاثة فصول :

الفصل الأول: مفهوم نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني : نظرية الملاءمة في مجال تنازع القوانين

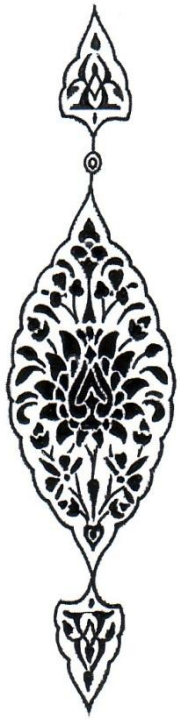
الفصل الثالث : نظرية الملائمة وتحديد الاختصاص القضائي الدولي

ومن ثم أوصلناها بخاتمة احتوت أهم النتائج المُستخلصة من البحث والمقترحات بشأنه.

([3]) (نادية إسماعيل محمود محمد) وبأشراف الأستاذ الدكتور (احمد عبد الكريم سلامة).

الفصل الأول

مفهوم نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص



الفصل الأول

مفهوم نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص

تعد مسألة تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق من أكثر المسائل اثارة للنقاش في القانون الدولي الخاص؛ مما أدى إلى إيجاد حلول مختلفة في التشريعات الوطنية والدولية في هذا الخصوص ومن هذه الحلول منهج الأداء المميز اذ أنه يقدم حلا لاختيار القانون الواجب التطبيق وذلك بتحديده القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة العقدية من خلال الطبيعة الذاتية للعقد وكذلك يقدم حلا اخر إلا وهو نظرية القانون الملائم لأجل حل معضلة القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية واختلافاتها وفي الوقت نفسه يراعي مبدأ الأمان القانوني لمسائل الأحوال الشخصية التي تتجاوز الحدود، وبالنظر إلى هذه المزايا فقد تبنت التشريعات المقارنة هذا المنهج. وعليه سنقوم في هذا الفصل بيان ماهية نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص في المبحث الأول وسنخصص المبحث الثاني لتمييز نظرية الملاءمة من الأوضاع القانونية الأخرى وعلى النحو الاتي: المبحث الأول: ماهية الملاءمة في القانون الدولي الخاص، أما المبحث الثاني/ تمييز نظرية الملاءمة من الأوضاع القانونية الأخرى

المبحث الاول

ماهية فكرة الملاءمة في القانون الدولي الخاص

تعد العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي علاقات دولية وليست علاقات وطنية، إذ إن اشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي يضفي عليها خصوصية فنية تتطلب حماية أطراف العلاقة القانونية واستقرار معاملاتهم من جهة ومن جهة أخرى احترام مبدأ السيادة للدول أطراف النزاع ولتحقيق هذا المبدأ لابد من تحقيق فكرة الملاءمة في القوانين. ولبيان ماهية فكرة الملاءمة في القانون الدولي الخاص سنقوم بتعريف الملائمة في مجال الاختصاص التشريعي ومجال الاختصاص القضائي الدولي وتميز فكرة الملاءمة عن ما يشتبه معها من مصطلحات قانون كمفهوم الواقعية وهي التوافق بين القانون والواقع الاجتماعي أو الاقتصادي والسياسي إذ إن واقع المجتمع يترجم بصيغة قاعدة قانونية لها صفاتها العامة لتحقق العدالة والملاءمة من دون إخلال بالعمومية والتجريد بوجه عام واستثناءات تقويم الإسناد ومبدأ الأداء المميز وأخيراً سنقوم ببيان مفهوم الملائمة في اللغة واصطلاحاً وفقاً للتقسيم الاتي:

المطلب الاول

تعريف الملاءمة في القانون الدولي الخاص

الملائمة كلمة أصلها الاسم ملاءمة في صورة مفرد مؤنث وجذرها (ل ء م) وجذعها ملاءمة اللغة تأتي على (لاءمه) الامر: وافق ويقال: لاءم فلان: وافقه ولاءم بين الشيئين: جمع بينهما ووفق (التأم) الشيء: انضم والتصق، واجتمع وصلح، ويقال: التأم الرجلان: اتفقا (تلاءم) الشيئان اجتمعا واتصلا وإيجاد المناسبة. والكلام: اتسق وانتظم[1] . وملاءمة: تلاءم: خلق القدرة على التكيف مع البيئة[2] . والملائمة اصطلاحاً ايضاً تعني المناسبة بين الحكم الشرعي وعلته على ان يكون بين الحكم الشرعي والتعليل توافق وانسجام[3]. وتعد نظرية الملاءمة مكملة لنظرية العدالة إذ إن المحكمة تتمسك بالوسائل الأكثر ملاءمة لحل النزاع فيعتبر القانون الأكثر علاقة بشأن النزاع المرفوع امام المحكمة هو الأكثر ملائمة لفض النزاع كأن تعتبر المحكمة القانون الأكثر ملاءمة قانون الجنسية أو قانون الموطن أو القانون المختار ما بين الأطراف[4] . ويمكن أن نرى الملاءمة في الاختصاص التشريعي، إذ تعرف بأنها نوع من التناسق والتناسب في العلاقات الدولية بين الأفراد واستقرارهم وتوفير الأمان بشأن توقعاتهم حيال القانون الواجب التطبيق عليهم حال صارت منازعة بينهم، وذلك باختيار أنسب القوانين لحكمها، خاصة عندما تتبنى قواعد الإسناد المستخدمة ضوابط ذات طبيعة مرنة مثل القانون الملائم [5] ، والتي تختلف عن استثناءات ضوابط الإسناد المعروفة في النظام الأوربي وهو تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية للتقليل من جمود قواعد الاسناد المعدة مسبقاً و من اثارها غير الملائِمة، وبين الحاجة للعدالة ومعطيات النزاع بحسب الطبيعة الدولية الخاصة لتلك العلاقة وتوفير حلول ملائمة في بعض المنازعات لخصوصية المراكز التي تنصب عليها أو عند ملاحظة عدم اتفاق هذه القواعد مع التطور العام للمجتمع [6] ومن ثم فهي تتميز عن الوسائل التقويمية الأخرى التي تستبعد القانون الواجب التطبيق نظرا لمضمونها الموضوعي كما هو الحال بالنسبة الى الدفع بالنظام العام أو

(1) راجع المعجم الوجيز باب اللام، ص548، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1411هـ،

(2) معجم المعاني. الجامع، منشور على الموقع الالكتروني ar,https;//www.almany.com اخر زيارة للموقع في يوم 2022/8/1، الساعة 40,9 صباحاً

(3) نادية إسماعيل محمود محمد، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان كلية الحقوق، 2014، ص14

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، المكتبة الوطنية، بغداد، 152 لسنة 1973، ص 252.

(5)LOUSSOUARN: COURS general de droit international prive rec des cours,1973, II,P.338

(6)د .احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد (دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء تشريعات القانون الدولي الخاص وبوجه خاص التشريع السويسري)، مصدر سابق، ص20

بالنسبة الى الوسيلة المواءمة، والتي تهدف لتحقيق الاتساق بين القواعد الموضوعية التي تنتمي لأكثر من قانون وتطبق على مختلف عناصر العلاقة الواحدة وإزالة ما يوجد بين هذه القواعد من تعارض أو تناقض[1] . أما بالنسبة لنظرية الملاءمة في الاختصاص القضائي فأنها تعرف بأنها المحكمة التي تنظر النزاع الأكثر مناسبة أو صلاحية للفصل في هذا النزاع دون غيرها من محاكم الدول الأخرى المرتبطة به بروابط وثيقة، وقدرة هذه المحكمة على كفالة تنفيذ حكمها الصادر في النزاع وصولاً لضمان الاعتراف بالحكم في الخارج من قبل محاكم الدول الأخرى مع مراعاة احترام سيادة الدول لتلافي تضارب الاحكام وتحقيق سير العدالة، وهذا ما يعرف في اطار قواعد الاختصاص القضائي الدولي بنظرية المحكمة غير الملائمة ونظرية المحكمة الملائمة خاصة بالنسبة الى النظم القانون الدولي الخاص في دول Common law (القانون العام)[2] .

أما المفهوم الذي أدخل للقانون الإنجليزي من خلال الاتفاقية الاوربية للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 بأنه (this is the concept of characteristic performance)[3]

ويعتبر هذا الرأي هو نفس الرأي التي تبنته استراليا أن مفهوم نظرية الملاءمة هو الأداء المميز لأجل حل معضلة القانون للعقود الدولية، إذ إن دول النظام الانجلوسكسوني تعتبر نظرية الملاءمة هي القانون الملائم في حالة تنازع القوانين ومقابل ذلك فان الدول ذات النظام اللاتيني تعتبر نظرية الملاءمة هي الأداء المميز في العقود إلا أن الأداء المميز يختلف عن نظرية الملاءمة إذ إن الأداء المميز يتطلب دراسة طبيعة العقد والذي يتم من خلاله ربط العقد بالنظام القانوني للدولة وهو مكان الإقامة المعتادة للمدين، هنا سنواجه مشكلة هو أن كل عقد سيختلف النظام القانوني له لأنه يعتمد على الأداء المميز في ذلك العقد وهذه مسألة صعبة على القاضي; لأن لكل عقد طبيعة تختلف عن العقود الأخرى.

وهناك مقال للدكتورة Brooke ADELE MARSHALL منشور في مجلة Melbourne journal of international law جاء فيه (the proper law of the contract is system of law which the parties expressly or impliedly choose as the law governing their contract or, in the absence of such choice, the

(1) د. احمد محمد الهواري، مصدر سابق ، ص20
(2) نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص11
(3), Murdoch University, The concept of characteristic performance and the proper law doctrine, Nicky Richardson, p1

system of law with which the contract has its closest and most real connection. (1)

إذ إن المقال المنشور للدكتورة يبين أن القانون الملائم للعقد هو نظام يعبر به الأطراف صراحة أو ضمناً باختيار قانون يحكم عقدهم أو في حالة غياب القانون الواجب التطبيق، فهنا ينبغي أن يكون النظام هو الأقرب للعقد وأكثر واقعية للصلة به. والملاءمة في القانون الدولي الخاص تعني صلاحية القاعدة القانونية وانطباقها على واقع الحياة الدولية، لبيان مدى تجاوبها مع مستجدات الحياة الدولية المعاصرة للأفراد ومدى استيعابها للتطورات الحديثة في العلم والعمل معا فالملاءمة هي ليست مجرد انعقاد الاختصاص لمحكمة ما لنظر النزاع في محكمة دولة دون أخرى ولا مجرد اختيار القانون الملائم لحل النزاع المعروض، وإنما كذلك يجب عدم الإخلال بحقوق الأطراف أو الحد من التزاماتهم، ومن ناحية أخرى نجد أن القاضي حينما يعرض عليه النزاع فانه لا يبحث عن القانون الواجب التطبيق فحسب وإنما يبحث عن القانون الأكثر ملاءمة للفصل في النزاع وفق الاختصاص التشريعي المقرر في قانون القاضي، وذلك تحقيقا لنظرية الملاءمة والذي قد تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي الوطني أو القانون الأجنبي متى ما وجد ارتباط وثيق بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق، فإذا وجد القاضي أن قواعد الإسناد في تشريعاته الوطنية لن تحقق النتيجة المطلوبة والملاءمة لحل النزاع، فيحل القاضي الوطني نفسه محل القاضي الأجنبي ويطبق القانون الأجنبي تحقيقاً لنوع الملائمة والتناسب في اصدار الاحكام.

المطلب الثاني

نطاق نظرية الملاءمة في القانون الدولي الخاص

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى وضع نظرية الملاءمة في إطار القانون الدولي الخاص من خلال بيان ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي ومعايرهما، من خلال الآراء الفقهية واحكام القضاء في النظم القانونية المقارنة أي الوصول إلى محكمة وقانون ملائمين يحققان مصالح الأطراف مع ضمان تنفيذ الاحكام. وبدأت هذه النظرية في الظهور من ناحية فكرة القانون الملائم في مجال الاختصاص التشريعي وضرورة تحقيقها في فض تنازع القوانين ومحاولة تطوير القواعد التي لم تعد تتلائم مع تغيير الظروف القائمة، لتساير حركة العلاقات الدولية المعاصرة للأشخاص عبر الحدود ولتفادي النقص والقصور الحاصل في حالة البحث عن القانون الواجب

(1)Brooke a dell marshal, reconsidering the proper law of the contract, article, june 2012, p506.

التطبيق لحل النزاع الدولي المعروض على القاضي، وفي مثل هذه الحالات لا يحق للقاضي الامتناع عن الفصل بالنزاع بحجة عدم وجود نص أو أنه يتمسك بنزعته الوطنية وأفكاره التقليدية، لذا يتوجب على القاضي أن يبحث في قاعدة الإسناد عن القانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً ويختار القانون الملائم من بين القوانين على أن يكون هذا القانون هو القانون الاوثق صلة بالعلاقة محل النزاع والتي تتضح من ظروف وملابسات ووقائع الدعوى[1] . حتى لا يكون القانون غير مرتبط بالعلاقة القانونية أو أطراف الدعوى أو يرتبط لكن ارتباطه ضعيف تجعله قانون غير ملائم أو غير قابل للتطبيق ولا يقبله الأطراف لحكم علاقتهم القانونية[2] . ولعل فكرة القانون الملائم تتضح في إمكانية فض تنازع القوانين من جهة عن طريق البحث عن القانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية برابطة وثقى خاصة في مسائل الأسرة مع تبني قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية[3] . ومن ناحية أخرى نواجه فكرة المحكمة غير الملاءمة فقد عرفت نظرية المحكمة الملاءمة في القضاء الاسكتلندي والقضاء الإنجليزي، اذ قاموا بنظر دعاوى قد لا تكون علي علاقة وثيقة بدولهم ولا تربطها بها روابط كافية تبرر عقد الاختصاص بنظرها ، كما امتدت هذه الفكرة إلى الدول الأوربية وغيرها واقرها مشروع اتفاقية لاهاي للاختصاص القضائي للمحاكم وعرفها التنظيم الأوربي الصادر ديسمبر 2000 الذي حل محل اتفاقية بروكسل عام 1968 والتنظيم الأوربي رقم 2201 لسنة 2003 بشأن الاختصاص القضائي في المادة 15 كما أشار إليها قرار مجمع القانون الدولي عام 2003[4] . إذ استقر الفقه الغالب في الدول الانجلوامريكية على تعريف المحكمة غير الملاءمة بأنها السلطة التقديرية لمحكمة ما في أن ترفض الفصل في الدعوى المرفوعة اليها وتدخل في اختصاصها، إذا بدا لها أن الفصل في هذه الدعوى من قبل محاكم دولة اخرى سيكون اكثر ملائمة plus apprprie [5] ، وبالوقوف على هذا التعريف يتضح بأنه رغم انعقاد الاختصاص للمحكمة وفق الضوابط التقليدية الوطنية إلا أنه على المحكمة ان تتخلى عن النظر في النزاع وتحويلها إلى محكمة أخرى أكثر ملاءمة تختص وحدها بالفصل في هذه المنازعة، أي أن ظروف وملابسات وعناصر الدعوى المرفوعة أمامه لا يمكن التحقق منها والفصل بسهولة وواقعية بما يعنيه" صعوبة التحقيق في الوقائع المادية للقضية وفحصها أو لصعوبة وسائل الإثبات فيها أو يكون التقاضي امامه مرهقاً للمدعى عليه أو يتبين له ان المدعى لم يرفع دعواه أمامه إلا بغية الإضرار والكيد بخصمه لعلمه على إجراء تسوية ضارة

(1) كما سيبين ذلك بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الأول.
(2) سوف نبين شروط الابتعاد عن تطبيق قاعدة الاسناد بالتفصيل في ص 23 وما تليها من هذه الاطروحة.
(3) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص338
(4) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة، مصدر سابق، ص119.
(5) Hezog ، مقال منشور ,Revue critique de droit international privé crit,p1

به"[1] ، فاذا كان ارتباطها بروابط أكثر وثوقاً فالمحكمة الأولى مختصة لكنها غير ملائِمة لأنها قد تكون غير متصلة بالنزاع على الرغم من أنه فرض نادر الحدوث لضرورة توافر ضابط من ضوابط الاختصاص القضائي، إلا أن روابطه ضعيفة فلكي تكون المحكمة مختصة حتى لو كانت غير ملائمة أو قد لا ترتبط به إلا بروابط ضعيفة تحكم بالإحالة من تلقاء نفسها إلى المحكمة الثانية الملائمة والمختصة أيضاً وفقا للقواعد الوطنية، تحقيقا لمبدأ الاقتصاد في النفقات والإجراءات من خلال تجنيب المدعى مشقة إعادة رفع الدعوى مجدداً امام المحكمة الملائمة، وذلك تحقيقاً لفكرة الملائمة في مجال الاختصاص القضائي بعقد الاختصاص للمحكمة الأكثر ملاءمة للفصل في هذا النزاع والوصول إلى المحكمة الأقدر على الفصل في النزاع لضمان فاعلية الحكم الصادر عنها وضمان الاعتراف به في الخارج من خلال تحقيق فكرة الملائمة، ومن هنا تبدو أهمية فكرة الملائمة في الاختصاص القضائي إذ إن المحكمة المختصة اذ لم تحِل الدعوى بداءة إلى المحكمة الملائمة وصدر فيها حكم غير ملائم أو قد تصدر حكماً لكنه ضعيف غير قابل للتطبيق أو تعجز المحكمة المختصة عن اسباغ الحماية عليه ضماناً لتنفيذه، ومن ثم قد يكون هذا الحكم غير قابل للتطبيق على ارض الواقع. وهكذا يظهر من ذلك مفهوم المحكمة الملائمة والمحكمة غير الملائمة ليس سوى شقي مبدأ الملائمة اللذين يشتركان في صياغته فما هما إلا وجهان لعملة واحدة وبشكل قاطع فهما قائمتان على خصوصية تنطلق من وجود نظرية المحكمة المناسبة (الملائمة) ولكنهما إجراءان أو أسلوبان مختلفان ولهما اثار معاكسة لبعضهما وذلك في حالة واحدة فهما أداتان لسياسية واحدة إلا انهما مختلفتان في التأثير أي لهما تأثير عكسي"[2] . فكما بينا انفا أن الفقه الأنجلو أمريكي لجأ إلى السلطة التقديرية للمحكمة، فقد عرفت فكرة المحكمة الملاءمة وعمل بها في كل من القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، كما امتدت هذه الفكرة إلى الدول الأوروبية وغيرها، ومن هنا يجدر على القاضي الذي يطرح عليه النزاع التساؤل بسؤالين قبل النظر بالدعوى هل هو قادر على النظر في الدعوى والحكم بعدالة باسم الدولة؟ وهل يستطيع ان يترجم الحكم على أرض الواقع أي أن يكون الحكم قابل للتنفيذ؟ للجواب عن هذه الأسئلة لابد من التمييز بين الاختصاص الداخلي والاختصاص الدولي. إذ إن الدولة تمتلك السلطة في تنظيم تشريعاتها الداخلية وبسط سلطتها القضائية وسياستها التشريعية مما يجعل الرقابة الداخلية كافية لتوليد حماية تشريعية، للحكم أما على الصعيد الدولي فأن الأمر يختلف سيما مع غياب السلطة العالمية التي تتولى توزيع قواعد الاختصاص بين الدول بما يصعب معه إيجاد نظرية عامة أو

(1) د. محمد الروبي، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2013،ص226

(2) د. نادية إسماعيل محمود، مصدر سابق، ص118.

قواعد مشتركة تطبق في دول العالم، مما يجعل الاختصاص الدولي مرهون بما يتوافق مع سياسة الدولة وما تراه مع واقعها الاجتماعي والاقتصادي والسياسي أيضاً. وهنا يتصدر الحديث مسالة السيادة التي قد تأتي في مرحلة تالية بعد مسألة اعتبارات الملاءمة خصوصاً وإن ولاية الفصل في النزاع ذا العنصر الأجنبي ينعقد للمحاكم الوطنية بغض النظر عن اختصاص محاكم الدول الأخرى المرتبطة بنفس النزاع أي الاختصاص ذو الطابع الدولي، ولهذا يتم التعاون المنشود من خلال وجود نظام قانوني متكامل دولياً يكفل الأمان، بالحفاظ على مصالح المتقاضين عبر الدول ويضمن فعالية الاحكام الصادرة بتجنب حدوث تنازع في الإجراءات أو تناقض في الاحكام الصادرة من أي من هذه الدول[1] التي ينعقد الاختصاص لها بموجب قواعد الاختصاص الخاصة، بها وهذا التعاون لن يتم من وجهة نظر بعض من الفقه إلا من خلال توحيد الاختصاص القضائي للدول والاثار الدولية للأحكام، كوسيلة لمحاربة الغش الاجرائي على المستوى الدولي وتحقيق التعاون القضائي الدولي وحماية مصالح المتقاضين واحترام توقعاتهم المشروعة، مما يقتضي تدويل القواعد الإجرائية وقواعد المرافعات التي تحكم النزاع ذي الطابع الدولي بما يتفق وطبيعة هذه المنازعات. كما وعرف القانون الإنكليزي الدفع بالمحكمة غير الملائمة كما هو موجود في القانون الاسكتلندي كوسيلة لتصحيح نظام الاختصاص القضائي الدولي فيها وتلافي النتائج الشاذة وغير المنطقية التي يمكن ان تؤدي اليها، كما ازدهرت النظرية في القرن التاسع عشر بعد أن استقر العمل بها في السوابق القضائية في القانون الاسكتلندي السابق، فبدأت المحاكم الإنكليزية تعلن عن عدم اختصاصها في دعاوى مختصة بها أصلا والتي تكون مرفوعة أيضاً بدعاوى مماثلة في الخارج امام محاكم دولة اجنبية[2] والذي "عرف فيما بعد بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة اجنبية وهذا الدفع معروف في الدول الأنجلو أمريكية (بالدفع بالمحكمة غير الملائِمة)"[3] ، وعلى ذلك فقد رفض مجلس اللوردات بإجماع خمسة أحكام مطعون عليها وقضى في هذه المسألة بإعمال نظرية المحكمة غير الملائمة في القانون الإنكليزي مستفيداً بما استقر العمل به في اسكتلندا، وذلك لأنها تتبع نظم القانون العام كما أشرنا في بداية البحث. هذا خلاف الوضع في نظم القانون المدني حيث لا يمكن مقاضاة المدعى عليه إلا إذا كانت هناك قواعد قانونية صريحة تقرر هذا الاختصاص وإعمالا لنظرية المحكمة غير الملائمة أن القاضي الإنجليزي يملك سلطة رفض

(1) PASCALDE VAREILES-Sommiéres: la compétence intrenationale de Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé Revue international de droit comparès ,1998 Volume 50 Numéro. 1. p 286-288. مشار له في أطروحة الدكتورة نادية إسماعيل في صفحة 16.

(2) د. أشرف أبو الوفا، dr.ASHRAF WAFA MOHAMED " Le choix par les parties du Tribunal compétent " : apropos du principe d'autonomie de la volonté en matière de compétence judiciaire internationale " ص 143.

(3) د. نادية إسماعيل محمود، مصدر سابق، ص 130.

الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه عندما يقدر أن ذلك ضرورياً لمقاومة التعسف الإجرائي، أو تبين من ظروف وملابسات الدعوى أنه لا يمكنه من التحقيق في القضية والفصل فيها بسهولة وواقعية وذلك لعدم ارتباطه بالنزاع بروابط حقيقية ووثيقة كما انها مرتبطة بنظام اخر لكنه قرر أن " التعسف لا يفترض بل يجب على المدعى عليه إثباته"[1] ، وكان لهذه الدعوى أثر كبير وصدى في إنجلترا وذلك عندما كانت المحاكم الأمريكية تحجز للحكم دعوى مماثلة (موازية) بل هي نفس الدعوى ونفس الخصوم لدعوى مرفوعة خارج - انجلترا، حيث دفع المدعى عليه بالمحكمة غير الملائمة أمام القضاء الإنجليزي، وطلب تأجيل أو وقف نظر الدعوى لحين الفصل فيها من القضاء الأمريكي ..... واعتبر ذلك نوع من التعسف الإجرائي L'atbus processuel من قبل المدعى فلا توجد أي مصلحة في رفعها مرة ثانية في إنجلترا[2] والدفع بالمحكمة غير الملائمة أقره القضاء الإنجليزي واقتصر تطبيقه في بداية الأمر تطبيقاً لما يعرف بالدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية والقضاء الإنجليزي في نفس الوقت ، ويكون شرط الكيد التعسف مفترضاً في هذه الحالة ، وذلك إذا ما توافرت شروط تطبيق هذا الدفع، بأن كانت الإجراءات المتخذة أمام الأخرى ، وأن الحلول التي يمكن أن تنتهي إليها الدعويان متشابهة مع إمكانية ضمان صدور أحكام قابلة للتنفيذ ذات فعالية من المحكمة الأولى الأجنبية، ومن ثم ينتفي المبرر المشروع الذي يمكن أن يدفع المدعى إلى إعادة رفع ذات الدعويان أمام القضاء الإنجليزي[3] . ان نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص لهذا المبدأ ترفض الفصل في الدعاوي الكيدية أو التعسفية في حكمين صادرين من المحاكم الإنجليزية ، في الحالة الأولى - والأكثر شهرة - في قضية (Logano v.Bank of schotland) والتي كانت منظورة أمام القضاء البريطاني في عام 1905، وتتعلق وقائع الدعوى بأن السيد Logano المتوطن في اسكتلندا قد رفع دعوى ضد (Bank of Scotland) ومدعى عليهما اسكتلنديين بالإضافة إلى مدعى عليه ثالث بريطانى الجنسية ، تمكن المدعى من إعلان صحيفة (دعواه) إلى فرع البنك الموجود في لندن وانعقد بذلك الاختصاص بالفصل في هذه الدعوى للقضاء البريطاني استناداً إلى ثبوت هذا الاختصاص قبل أحد المدعى عليهم ،أثار المدعى عليهم الدفع بكيدية الدعوى وتصف المدعي في رفعها في انجلترا له هذا الدفع . فقررت محكمة أول درجة عدم قبول هذا الدفع وقد طعن المدعى عليهم هذا الحكم بالاستئناف ، والتي قضت بإلغاء حكم أول درجة - القاضي بعدم قبول هذا الدفع - وقبول الدفع بكيدية الدعوى وتصفها من ثم بعدم ملاءمة المحكمة لنظر هذا

---

(1)Herzog , op, cit , P 7 .

(2) د. نادية اسماعيل محمود، مصدر سابق، ص135.

(3) Herzog , op, cit, P. 8 .

النزاع ، استناداً إلى أن النزاع في جملته اسكتلندي محض وأن المدعي عليه لن تعودعليه أية فائدة مشروعة عند نظر دعواه في انجلترا ومن ثم فمن الملائم أن ترفع الدعوى بصدده أمام القضاء الاسكتلندي " [1] . ورفض الفصل في الدعوى في هذه الحالة يبرره أنه من غير الملائم انعقاد الاختصاص في مثل هذا النوع من الدعاوى حيث المدعى عليهم الأربعة وجميع الشهود والوثائق وغيرها من أدلة الاثبات الهامة في الدعوى توجد خارج انكلترا، فضلاً عن ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأسكتلندي إذا هنا تكون المحاكم الانجليزية مجرد محكمة مضيافة ولا يصح أن تكون محكمة ملاءمة بما سيترتب على ذلك من نتائج شاذه وغير منطقية ولامقبولة من قبل الاطراف وغيرهم.

خلاصة القول ان نظرية المحكمة غير الملائِمة تمثل منذ أمد بعيد ، مبدأ عاماً في القانون الاسكتلندي يستند على عدد من السوابق القضائية القديمة ، ويتم اللجوء إليه عندما يكون القاضي الاسكتلندي ، بالنظر لظروف الدعوى المعروضة ، هو قاض غير ملائم أو غير مناسب للفصل في الدعوى ، ويكون هناك قاض آخر أكثر ملاءمة منه لنظرها ، وذلك بصدد جميع أنواع الدعاوى سواء الشخصية منها أم العينية[2] .ونجد هذا المبدأ على خلاف الوضع في القانون المدني حيث لا يمكن مقاضاة المدعى عليه إلا إذا كان هناك قواعد قانونية صريحة تقرر هذا الاختصاص كما مر ذكر ذلك مسبقاً.

المطلب الثالث/ طرق تطبيق القانون الملائم من خلال استبعاد قاعدة الاسناد في الدعاوى المستعجلة

تعد وظيفة قاعدة الاسناد كما هو معلوم هي تحديد القانون الذي يعد أنسب القوانين المتنازعة لحكم العلاقات ذات الطابع الدولي ونتيجة لذلك فأن القاضي ملزم بتطبيق ذلك القانون طالما تمكن من إثبات مضمونه والكشف عن احكامه، ومما ذكر انفا يرد تساؤل حول مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد أم هل توجد حالات يتعين فيها على القاضي الوطني تعطيل العمل بها والإعمال بأحكام قانون أجنبي آخر غير الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد؟ وما هو القانون الملائم في الدعاوى المستعجلة؟ ان البحث عن القانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية برابطة قوية وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية وعن قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية يمكن ان يحقق نظرية القانون الملائم في فض تنازع القوانين، إذ إن الهدف من اختيار القانون الملائم هو استبعاد الافراد القانون المختص الذي اشارت اليه قاعدة التنازع واجبة التطبيق ولتلافي عيوبه مما

(1) د. نادية اسماعيل محمود، نظرية الملائمة في ...،مصدر سابق، ص137.

(2) Herzog , op, cit, P. 614 . .

يؤدي إلى نتائج غير مرغوب فيها مخالفة للتوقعات المشروعة للأفراد، حيث إن الهدف من اختيار قاعدة الاسناد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، اذ انها قاعدة عمياء تتصف بالجمود لا تعلم مضمون القانون ومن أجل تلافي هذه العيوب الموجهة إلى قاعدة الاسناد التقليدية لابد من البحث عن القانون الملائم وشروط تطبيقه من خلال الفرعين التالين: الفرع الأول/ شروط استبعاد قاعدة الاسناد باتفاق الأطراف ، أما الفرع الثاني/ شروط تطبيق القانون الملائم في الدعاوى المستعجلة.

الفرع الأول/ شروط استبعاد قاعدة الاسناد باتفاق الاطراف

إن وظيفة قاعدة التنازع هي توزيع الاختصاص التشريعي بين القانون الوطني والقوانين الأجنبية لتحقيق العدالة، إذ إن تطبيق القانون الوطني للمحكمة لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي قد يؤدي إلى الظلم وعدم تحقيق العدالة، وبما أن قواعد تنازع القوانين وجدت لتحقيق حاجات الناس والشعوب فلا يجوز أن نضحي باعتبار العدالة بسبب كونها مرتبطة بعنصر اجنبي[1] ، حيث إن هذه العدالة تعتبر عدالة اسناد إلا أن هذه القاعدة ما لبثت ان وجه اليها الانتقاد بحجة انها لا تكفل تحقيق عنصري الأمان واليقين القانونيين في بعض الأحوال التي تؤدي إلى تحقيق نتائج غير مرغوب فيها من قبل الأطراف، وإذ إن مهمة قاعدة الإسناد الإشارة فقط إلى القانون الواجب التطبيق دون المبالاة إلى النتائج المترتبة على العلاقة العقدية إذ إنه منهج تجريدي معد مسبقاً لا ينظر إلى كل حالة على حدهٍ، إذ إنها تضع قواعد لا تركز بها على القانون الأكثر صلة بالعلاقة العقدية من الناحية الموضوعية في دولة ما وتطبيقها في هذه الدولة.

ومع تطور العلاقات الشخصية أصبحت هذه القواعد لا تتلاءم مع منهج تنازع القوانين التقليدية، فظهرت مناهج وطرق جديدة لعلاج عيوب المنهج التقليدي ومن أهم هذه المناهج الذي ظهرت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية منهج القواعد المادية ومنهج القواعد ضرورية التطبيق[2] ، وما عرف باسم الشروط الاستثنائية والتي نص عليها القانون الدولي السويسري الصادر عام 1988 في المادة 15منه[3]، والتي وضعت مبدأ عام مؤداه" إمكانية العدول عن تطبيق القانون المشار إليه من قاعدة التنازع إذا تبين للقاضي أن الرابطة القانونية تتصل بصلة أكثر وثوقاً من قانون آخر ومن ثم يمكن له تطبيق هذا القانون الاخر". على أنه يشترط لتطبيق هذه الوسيلة توافر شروط

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة-بغداد، بغداد، 152لسنة 1972، ص251.
(2) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص339.
(3) د. احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات التقويم، مصدر سابق، ص17.

رئيسية متروكة عادة للقاضي الذي يتولى الفصل في النزاع وليس لأطراف العلاقة القانونية[1] ، لذلك وجدت وسيلة أخرى لكن لا توضع بيد القاضي وإنما توضع بيد الافراد وعرفت باسم نظام الاتفاق الإجرائي، لتحقيق نفس الهدف وهو علاج عيوب منهج تنازع القوانين التقليدي للوصول بالأطراف إلى تطبيق القانون الملائم في علاقتهم محل النزاع ويتولى الافراد استبعاد تطبيق قاعدة الاسناد باتفاق الأطراف وكذلك أهمية هذا الاستبعاد على النحو الاتي:

أولًا- الاتفاق الإجرائي لاستبعاد قاعدة الاسناد

ثانياً- مشروعية الاتفاق الإجرائي في الحقوق القابلة للتصرف

ثالثاً- أهمية الاستبعاد الاتفاقي ودوره في بيان القانون الملائم

أولاً- الاتفاق الاجرائي لاستبعاد قاعدة الاسناد

يتميز الاستبعاد الاتفاقي لقاعدة الإسناد، أو ما يسمى بالاتفاق الاجرائي عن الاتفاق الذي يعقد بين الأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع وفقا لقواعد تنازع القوانين، أو ما يعرف بالاتفاق الموضوعي، بان الاتفاق الاجرائي لا يتفق الأطراف فيه على تحديد قانون معين يفصل في نزاعهم، وانما موضوعه اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة التنازع الواجبة التطبيق[2] .

الاتفاق مرتبط بمدى الزامية قاعدة التنازع بالنسبة الى الأطراف وإعطاء الدور للإرادة ليس فقط لتعديل قاعدة الإسناد وانما إمكانية مخالفتها من قبل الأطراف، بل يمكن تعطيل العمل بها إذا ما سمحت القواعد الإجرائية في قانون القاضي بهذا الاتفاق أي يتم العمل بهذا الاتفاق، أي: إي تم العمل بهذا الاتفاق إذا تم الرجوع للنظام الاجرائي للقاضي وتم التأكد من إمكانية إبرام مثل هذا الاتفاق من عدمه، إذ إن عدم إقرار هذا الاتفاق يكون هو والعدم سواء، وحينها يطبق القاضي قاعدة التنازع المعنية.

وكما ذكر آنفا أن هذا الاتفاق يدور وجوداً وعدماً مع الحقوق التي يملك الأطراف حق التصرف فيها، فمن ناحية أولى وفي ظل القوانين التي تأخذ بمبدأ الطابع الالزامي لقاعدة التنازع إذا كان منصوص عليها في المعاهدات الدولية ولا يسمح للأطراف باستبعاد القانون المشار اليه من قبل المعاهدة وبمفهوم المخالفة يمكنهم استبعاد قواعد التنازع الأخرى التي لا تجد مصدرها في معاهدة دولية، أي: إن القاضي يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه على المسائل التي لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، أي: مجالا للأطراف استبعاد قاعدة التنازع ومجالا اخر لا يمكنهم

(1) د. احمد محمد الهواري، مصدر سابق ، ص79.

(2)DOMINIQUEBUREAU" I'accord procedural'a'l epreuve" Revue critique de droit international prive, 1996, p589.

فيه القيام بذلك، وتلك هي فكرة قابلية الحقوق للتصرف واساس مشروعية الاتفاق الإجرائي والتي سنتناولها لاحقاً في هذا الفرع[1] .

من ناحية أخرى وفي ظل النظم التي لا تنص على الزامية قاعدة التنازع بالنسبة الى القاضي، وتعطي له سلطة تقديرية في اعمالها من عدمه، فإن للقاضي اما الحق في القرار بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، إذ يكون له الحق في تطبيق قانون الوطني، أو القانون الأجنبي حسب ما تشير اليه قاعدة الإ سناد الوطني، بيد أنه قد يحول القاضي من تطبيق القانون المقرر في قاعدة التنازع الوطنية بسبب اتفاق الأطراف على تطبيق قانون آخر على فرض الاعتراف لهم بهذا الحق[2] . واما ان يمتنع القاضي عن تطبيق قاعدة الاسناد ويقوم بتطبيق قانونه الوطني، أي: أنه يرفض الإحالة إلى القانون الأجنبي، إلا إذا تمسك الأطراف بتطبيق قاعدة التنازع والتي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي إذا علموا أنه مصلحتهم بتطبيق هذ القانون، واما إذا كانت مصلحتهم بتطبيق القانون الأجنبي، فأن عليهم الاتفاق على تطبيق هذا القانون حتى يحولوا دون قيام القاضي بتطبيق قانونه الوطني أو القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد وهذا ما يطلق عليه بتطبيق الاتفاق الجزئي ويجب على القاضي في هذه الحالة احترام هذا الاتفاق باستبعاد القانون الذي تشير اليه قاعدة الأسناد وعقد الاختصاص للقانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف مراعاة لأهمية هذه الاتفاقات، على وفق ما تقضي به المادة(12) من قانون الإجراءات، أن يكون الاتفاق الاجرائي الفرنسي الجديد اتفاقا صريحاً وليس ضمنياً[3] .

القاضي لا يكون ملزماً بهذا الاتفاق واستبعاد قاعدة الاسناد واجبة التطبيق إلا إذا كان كانت الإرادة معلنة ولا يعتد بالإرادة الضمنية وهو ما اقرته وأكدت عليه أيضاً الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي تطبيقا لها، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه القول : " لا يعد التوافق الضمني من قبل الأطراف على النتائج التي يتوصل اليها كل منهم دليلاً على وجود اتفاق اجرائي [4] .

(1) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل اتفاق أطراف النزاع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 89، 2015، ص423.

(2) د. نادية محمود اسماعيل، نظرية الملائمة، مصدر سابق، ص341.

(3) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل اتفاق أطراف النزاع، مصدر سابق، ص427.

(4) ففي حكم لها بتاريخ 27 أكتوبر 1992 قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من صاحب الشأن والذي انتقد قاضي الموضوع في عدم تطبيقه القانون المتفق عليه بين الأطراف وهو القانون المغربي باعتباره قانون الجنسية المشتركة للأطراف وقام بتطبيق قانون الموضوع وهو القانون الفرنسي واستندت محكمة النقض في ذلك على انه لا يكفي في هذا الصدد مجرد وجود توافق ضمني بين الأطراف على النتائج المتبادلة بينهما لتكوين الاتفاق الاجرائي. وللمزيد ينظر البحث استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل أطراف النزاع، المصدر السابق، للدكتور أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق، مصدر سابق، ص428.

اعترض بعض الفقهاء على هذا الموقف المتشدد للقضاء الفرنسي، إذ أنهم يرون يكفي فقط إمكانية استبعاد قاعدة التنازع من قبل الأطراف إذا وجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر دون أن يكون هذا الاتفاق صريحاً طالما أنه مؤكد، وان كان ضمنياً وعلى القاضي أن يقوم بتقرير توافر هذا الاتفاق، وعلى ذلك فالقاضي يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية وهو يلتزم بهذا التطبيق طالما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر، ويؤكد صاحب هذا الرأي على أنه في حالة الشك يوجه سؤال لأطراف النزاع هل يوجد علم لديهم بأن النزاع ذو طابع دولي؟ فإذا كانت الاجابة بالإثبات أمكن للقاضي التحقق من وجود الاتفاق الاجرائي والذي ثبت لديه بطريقة مؤكدة على الرغم من عدم وجود اتفاق صريح، وان كانت الإجابة بالنفي، فيتوجب على القاضي التحقق من عدم وجود اتفاق إجرائي ومن ثم عليه الرجوع إلى الأصل وهو تطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع الأصلية[1] .

المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي هو الالتزامات غير التعاقدية والذي يرجع بدوره إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية (روو) الشهيرة والذي يعتبر الحكم الأساسي والمنشئ للفكرة[2] . ويمكن من المتصور إعمال مثل هذا الاتفاق في مجالات أخرى لقواعد تنازع القوانين حتى أن البعض يقبل أعمال قانون الإرادة بالنسبة إلى كل الروابط القانونية وليس فقط في المجال العقدي كأن يرد هذا الاتفاق الإجرائي على قواعد التنازع في مجالات أوسع وعلى وجه الخصوص في الأحوال الشخصية[3] .

يتحدد مجال هذا الاتفاق الاجرائي من حيث موضوع قاعدة التنازع المراد الاتفاق على استبعادها، وعلى وفق الاتجاه الراجح في الفقه ليس بنوع معين من القواعد، مثلما تلك المتعلقة بقواعد التنازع الخاصة بالمسؤولية التقصيرية[4] .

إذ إن مجال هذ الاتفاق يتحدد بالحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيه أمكنهم إبرام الاتفاق الاجرائي واستبعاد قاعدة التنازع.

---

(1) د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق ، ص429.

(2) د. أشرف وفا محمد، المصدر نفسه، ص430

(3) من ذلك نص المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي القديم الصادر بتاريخ 11 مارس 1948 " يحق للأطراف تقديم علاقتهم القانونية بتشريع محدد بشرط ان تكون لهذه العلاقة علاقات مهمة مع التشريع المختار وان لا يتعارض الاختيار مع القواعد الإلزامية للتشريعات التي تستند اليها العلاقة القانونية وفقا لأحكام هذا النص.

(4) وفقاً لأحكام القضاء الفرنسي لا يرد الاتفاق الاجرائي في جميع المجالات بل أنه يرد فقط من حيث موضوع قواعد التنازع على قواعد التنازع الواجبة التطبيق في مجال المسؤولية التقصيرية.

يلاحظ عبر ما ذكر آنفاً أن الاتفاق الاجرائي ليس له محل في قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية، إلا أن هناك اتجاه حديث لمحكمة النقض الفرنسية يذهب إلى إمكانية أن يمتد الاتفاق الاجرائي إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية فهي لا تمثل قيداً يحول دون هذا الاتفاق، ويذهب هذا الاتجاه إلى تقرير أعمال هذا الاتفاق حتى إذا ما صادف قاعدة تنازع منصوص عليها في معاهدات دولية خاصة في مجال الالتزامات التعاقدية.

الاتجاه الراجح والرائج في الفقه والقضاء الفرنسي يعضده أن قواعد التنازع التعاهدية، التي تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة بالأفراد، أي: تهدف إلى إشباع وتحقيق منافع خاصة، ومن ثم يمكن الخروج عليها من قبل الافراد إذا ما قدروا ان من مصلحتهم تطبيق قانون آخر غير القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع التعاهدية[1] ، ولهذا يمكن وضع القاعدة التي تقضي بوجود التزامات على القاضي بتطبيق قواعد التنازع ذات المصدر التعاهدي فيما عدا الحالة التي يتفق فيها الأطراف على قانون آخر، حيث يلتزم بتطبيق هذا القانون الأخير بشرط إلا يتعلق الامر بإحدى قواعد التنازع التعاهدية ذات الطابع الأمر، أي تلك التي تتعلق بالنظام العام، والذي يشكل قيداً على حرية الإرادة، خاصة في مجال المسؤولية التقصيرية[2] .

يظهر مما سبق ذكره انفاً اهمية هذه الاتفاقات، والتي لا يقتصر أثرها على استبعاد قاعدة الاسناد فحسب، بل يمتد أثر هذا الاتفاق إلى ابعد من ذلك في إمكانية الاتفاق على قانون معين لحكم العلاقة القانونية مع مراعاة اعتبارات معينة تلائم العلاقة القانونية واطرافها، ومكان التنفيذ.

يمكن الوصول عبر الاتفاق إلى تحقيق فكرة القانون الملائم بعقد الاختصاص لقانون الدولة الذي يرتبط به المركز القانوني بروابط أكثر وثوقاً، ومن ثم تتوافر بينه وبين المسألة روابط متينة وصلات وثقى، حتى لا يكون ضعيف الصلة ،عرضي العلاقة، واهي الارتباط ، بهذه العلاقة، ليعمل على احترام توقعات الأفراد فيضمن تحقيق الأمان القانوني لهم عبر الهدف الرئيسي لقاعدة التنازع ،ونتيجته الأخيرة يلبي المصالح مشروعة لأطراف العلاقة القانونية في حالة اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، سواء في مجال الالتزامات العقدية أم غير العقدية[3] .

يتأكد هذا الراي من الأثر المهم للاتفاق الاجرائي باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع الواجبة التطبيق والتي تشير إلى تطبيق قانون غير ملائم في العلاقة العقدية، وإحلال القانون المناسب لهم من

(1) نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص344.
(2) د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية،2004 ،ص21.
(3) نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة، مصدر سابق، ص 345.

وجهة نظرهم والتي تم الاتفاق عليها وطبقاً للراي الراجح[1] .

سواء اكان لصالح قانون القاضي، أو لقانون اجنبي غير الذي اشارت اليه قاعدة التنازع، بحكم ان الاتفاق الاجرائي لا يهدف فقط إلى التنازل عن قاعدة التنازع حتى يمكن القول بقصر هذا الاتفاق على السماح بتطبيق قانون القاضي، وإنما يهدف إلى إحلال قانون آخر محل القانون المحدد من قبل قاعدة التنازع، فلا يجوز قصر هذا الحق على القاضي فحسب[2] .

لهذا الدور المزدوج للاتفاق الإجرائي أهمية لتحقيق فكرة القانون الملائم، وقد أكدت عليه بعض الاحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية، أي: إمكان اختيار الأطراف ليس فقط لقانون القاضي وانما كذلك لأي قانون أجنبي اخر غير التي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ومن قبيل ذلك نذكر الحكم الصادر بتاريخ 26 مايو 1999 والذي قضت فيه بأن " من حق الأطراف في نطاق الحقوق التي يملكون فيها الاتفاق على قانون معين " ، وبهذا وضعت محكمة النقض الفرنسية مبدأ مؤداه : إمكانية اختيار تطبيق قانون اخر غير القانون الأصلي المحدد من قبل قاعدة التنازع[3] .

ثانياً- مشروعية استبعاد الاتفاق الإجرائي لقاعدة الاسناد في الحقوق القابلة للتصرف

مما ذكر انفاً يتبين أن للاتفاق الإجرائي شرط واحد فقط وهو أن يأتي هذا الاتفاق في نطاق الحقوق التي يملك حرية التصرف فيها، وتعتبر هذه الفكرة أساس يبنى عليه مشروعية الاتفاق الإجرائي خاصة، إلا أن القضاء الفرنسي يبني هذه التفرقة بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وتلك الحقوق قابلة للتصرف، ولبيان تلك التفرقة لابد من توضيحها على وفق الآتي:

1- أسباب ظهور الفكرة

أسهمت الانتقادات التي وجهت إلى فكرة النظام العام كأساس لتبرير الطابع الاختياري وعدم الزامية قاعدة التنازع إلى ظهور فكرة قابلية الحقوق للتصرف، والتي تبناها القضاء الفرنسي في

(1) اذ لم يكن الامر مستقرا عليه من قبل فكان الاتجاه السائد هو استبعاد تطبيق قاعدة التنازع وتطبيق قانون القاضي ويؤدي تبني هذا الاتجاه إلى قصر الاتفاق الاجرائي على قانون القاضي فقط فيصير بالتالي اتفاقاً قاصراً على القاضي وليس اتفاقاً على اختيار القانون الواجب التطبيق وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ الأول من يوليو 1977 بأن " ان تطبيق القانون الأجنبي المعد لتنظيم الحقوق التي ليس للأطراف حرية التصرف فيها يتطلب من القاضي الفرنسي السعي لمضمون هذا القانون فيما يتعلق بالحقوق التي يتمتعون بها بحرية التصرف يجوز للأطراف الموافقة على طلب تطبيق القانون الفرنسي الخاص بالمحكمة على الرغم من وجود اتفاقية دولية تحدد الاختصاص" انظر د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص448.

(2) د. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية، مصدر سابق، ص23

(3) د. أشرف محمد وفا، استبعاد تطبيق، مصدر سابق، ص448.

تقرير قاعدة التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي لتحل محل فكرة النظام العام كأساس لهذا التبرير[1] .

على هذا أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً لها بتاريخ 9 مارس 1983 قضت فيه بالربط بين مسألة الزامية قاعدة التنازع وبين المصدر والمجال الذي تتعلق به قاعدة التنازع(قابلية الحق للتصرف)[2] ، اذ أشار الحكم إلى ان قاعدة التنازع تكتسب الطابع الإلزامي للقاضي إذ كان مصدرها معاهدة دولية أو كانت قاعدة التنازع بإحدى القواعد الآمرة، وبمفهوم المخالفة في حالة ما تتعلق قاعدة التنازع بقاعدة غير آمرة، التي يكون للأطراف حرية التصرف في الحقوق، لا تكون القاعدة ملزمة للقاضي ويكون للأطراف حرية التصرف في الحقوق، في تحديد القانون الواجب التطبيق، مثلما الحال في المجال التعاقدي، إذ يمكن للأطراف تحيد قاعدة التنازع وتحديد القانون الواجب التطبيق واذا وجد هذا الاتفاق يلتزم القاضي به ولا يطبق القانون التي تشير اليه قاعدة التنازع، و تعد هذه الفكرة غير مقبولة في مجال تحديد مدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه وذلك لصعوبة التفرقة بين نوعي هذه الحقوق فالأمر قد يختلف على القاضي بل قد يعمد إلى تطبيق قانونه لصعوبة هذه التفرقة أو الاختلاف ضوابط تحديد هذه الحقوق إذ إن بعض الدول تعد بعض الحقوق من قبيل الحقوق التي يحق للأطراف التصرف به وفي دولٍ أخرى لا تعد كذلك[3] .

سبق وأن تناولنا فكرة الاتفاق الاجرائي على استبعاد تطبيق قاعدة التنازع ذاتها وإحلال قانون آخر يتفق عليه الأطراف كوسيلة لعلاج منهج العيوب في قاعدة التنازع التقليدية، التي تتسم بالتجريد والجمود، وكذلك عدم كفاية الوسائل التي يتلافى فيها بعض عيوب قاعدة التنازع كحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، أو الاتفاق الموضوعي، وقواعد التنازع ذات الغاية المادية، أو منهج تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، فهذه الوسائل تقود إلى إمكانية تلافي بعض عيوب قاعدة التنازع المزدوجة الجانب، إلا إنها في النهاية تقود إلى تطبيق وسيلة تنتمي إلى قاعدة التنازع ذاتها، أو قاعدة التنازع هي التي تقود اليها، بيد أن هذا الحل أو هذا الآمر يختلف في الاتفاق الاجرائي اذ يتم من خلاله استبعاد قاعدة التنازع ذاتها من قبل اطراف النزاع ذوي المصلحة، والمطالبة بقانون آخر، ومن ثم يمكن استبعاد قاعدة التنازع في مجال الحقوق التي يملكون التصرف فيها، ولذا نتعرض لفكرة قابلية الحقوق للتصرف باعتبارها ومثلما يقول بعض

(1) د. نادية محمود إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 347.
(2) د. أشرف محمد وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج1 في المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009 ،ص 175.
(3)Batiffol et lagarde " droit international prive", tom 1,8 edition, l.g.d paris. P535

الفقهاء" مفتاح باب الدخول إلى نظام الاتفاق الاجرائي" أو كأساس يبنى عليه مشروعية الاتفاق الاجرائي أو شرط اعمال هذا الاتفاق كما تتفق على ذلك التشريعات التي نصت عليه وأجمع عليه الفقه[1] .

2- التأصيل القانوني للفكرة

يتبين مما ذكر انفاً أن فكرة قابلية الحقوق للتصرف ظهرت في تطبيقات القضاء الفرنسي كأساس لتحديد التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع، إذ إنها تكون ملزمة إذا كانت متعلقة بالنظام العام والقواعد الامرة التي لا يملك الأطراف حق التصرف على خلافها وبالمقابل يمكن للقاضي أن يتنازل عن تطبيق القانون المشار اليه في قاعدة التنازع إذا تعلق الامر بحق يمكن للأطراف التنازل عن ذلك القانون. ومعنى ذلك أنه ليس للأطراف التنازل عن تطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع إذا كان الامر متعلق بقاعدة امرة، ومن جانب آخر يكون للأطراف قابلية التصرف ومشروعية الاستبعاد إذا تعلق الامر بحقوق ترتبط بهم، ويمكن التصرف فيها أي لهم طابع اختياري وليس إلزامي. و محكمة النقض الفرنسية ما لبثت حتى عدلت عن موقفها السابق في تقرير الطابع الاختياري لقاعدة التنازع إلى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، إلا أنه حلت فكرة قابلية الحقوق للتصرف محل فكرة النظام العام كأساس لتبرير هذا الإلزام، بمقتضى حكم أصدرته المحكمة المذكورة انفاً في حكم (coveco) في 4 ديسمبر ،1990 اذ يعد هذا الحكم هو الأساس في تبني هذه الفكرة[2] .

وقد تباينت آراء الفقهاء فمنهم من اشترط لانعقاد صحة الاتفاق أن يرد على حق قابل للتصرف فيه، فالحقوق غير قابلة للتصرف كالحقوق الواردة في مسائل الأحوال الشخصية يلتزم الأطراف والقاضي بتطبيق قاعدة الاسناد المتعلقة بها ولو اشارت إلى قانون القاضي، أو قانون أجنبي; لأنها حقوق غير القابلة للتصرف فيها والعكس إذا ما صادف هذا الاتفاق حقاً من الحقوق القابلة

(1) د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج1 في المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، مصدر سابق، ص65.

(2) اذ تتلخص وقائعها في ان شركة (كوفيك)و الفرنسية بالاتفاق مع شركة (فيسول) الفرنسية أيضا على قيام هذه الأخيرة بنقل شحنة من اللحوم إلى إسبانيا ولم تستطع هذه الأخيرة تنفيذ العقد نظرا لرفض السلطات الاسبانية دخول الشحنة اليها بسبب عدم صلاحيتها بعد ان تلفت نتيجة سوء التخزين والحفظ في الشاحنات الخاصة للشركة الناقلة للحوم وقد قامت شركة (كوفيكو) برفع الدعوى للحصول على التعويض من الشركة الناقلة الا ان محكمة (بيزانسون) الفرنسية رفضت هذه المطالبة لان الشركة المدعية قد حصلت على التعويض من شركة تأمين البضاعة وقد طعنت شركة (كوفيكو) في الحكم امام محكمة النقض الفرنسية وطالبت بتطبيق القانون الهولندي وهو القانون واجب التطبيق على عقود التأمين بغية التوصل إلى تأكيد صفتها في الحصول على التعويض نيابة عن شركة التأمين وقد رفضت المحكمة العليا الفرنسية المطالبة بتطبيق القانون الهولندي لان الشركة المدعية لم تتمسك امام قاضي الموضوع بهذا القانون في حين ان كان يمكنها التمسك بتطبيقه لان الامر يتعلق بحق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها. نقلاً عند. أشرف وفا، المصدر السابق، ص74.

للتصرف وبه يملك الأطراف استبعاد قاعدة التنازع، واحلال قانون آخر يحقق مصلحتهم محل القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، وهذا ما يأخذنا إلى توضيح نقطة الخلاف بين الفقهاء حول كيفية تحديد مدى تعلق الامر بحق من الحقوق القابلة للتصرف، أو تلك التي لا يملك الأطراف التصرف فيها عبر التوضيح الآتي:

أ. القانون الواجب التطبيق في الحقوق القابلة للتصرف من عدمها

ان تقرير حقيقة الحق، وهل هو حق قابل للتصرف فيه أو لا يتنازعه قيدين لحكم العلاقة القانونية، أولهما: القانون الموضوعي الذي يحكم العلاقة القانونية محل النزاع ويتعلق بالمسائل الجوهرية له، على أن هناك اعتبارات أخرى تقود إلى تطبيق قانون القاضي، لتحديد طبيعة العلاقة القانونية ومن غير المتصور ونحن أمام تكييف العلاقة القانونية ان نطبق قانون آخر غير قانون القاضي على مسألة يتوقف عليها إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه[1] .

وعلى أي حال فالقضاء الفرنسي الذي عرف هذه الفكرة من خلال احكامه القضائية استقر على اعتبار القانون الأجنبي هو مجرد واقعة يتعين إقامة الدليل عليها، بيد ان الفقه الفرنسي يستند إلى موقف القضاء الفرنسي من اجل البحث عن تفسير وتبرير نظري لهذه الحلول العملية القضائية[2] ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق يتم الرجوع اليه في تحديد هل الحقوق قابلة للتصرف أو غير قابلة للتصرف ، لم يتعرض أي نص قانوني لهذه المسالة وعليه يمكن الاستعانة في ذلك على موقف القضاء والذي تنوعت اتجاهاته على النحو الآتي:

الاتجاه الأول/ الراي الراجح تطبيق قانون القاضي لتعين مدى قابلية الحقوق للتصرف

يستند هذا الاتجاه إلى ان قانون القاضي يحكم المسائل الإجرائية، وفكرة قابلية الحقوق للتصرف منصوص عليها بالمادة 3/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، فأن هذا يدل على أن الأمر يتعلق بمسألة الإجراءات ومن ثم تخضع لقانون القاضي[3] ،أي: أن مدى تحديد قابلية الحقوق للتصرف يعد من قبيل التكييف الذي يأتي في مرحلة سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لموضوع النزاع ومن ثم لا يمكن اخضاعه لقانون الموضوع والراجح هذه التفرقة لقانون القاضي للتيسير على كل من القاضي والاطراف[4] .

(1) د. نادية محمود إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص349
(2) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل أطراف النزاع، مصدر سابق، ص426.
(3) د. نادية إسماعيل، المصدر السابق، ص350
(4) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق، مصدر سابق، ص428

الاتجاه الثاني/ تطبيق قانون الموضوع لتحديد مدى قابلية الحقوق للتصرف

يتجه الفقه في المانيا وفرنسا إلى المناداة بتطبيق قانون الموضوع لتحديد الحقوق القابلة للتصرف إذ إن الفقه الألماني يعد قاعدة التنازع ذات طابع أمر، ولا يمكن تطبيقها اختيارياً، إذ إن إشارة قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي يتم استبعاد القانون الأجنبي وليس قاعدة التنازع ذاتها، فالقاضي الألماني ينظر لقواعد التنازع على أنها قواعد امره يقوم بتطبيقها في كل الحالات سواء اشارت إلى تطبيق قانون وطني ام قانون دولة اجنبية، وفي الفقه الفرنسي يقول البعض: إنه يتعين أن تخضع مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها إلى القانون الذي يحكم الموضوع ،وليس قانون القاضي لأن الأمر يتعلق بجوهر الحقوق وليس بتحديد الطائفة القانونية[1].

ثالثاً/ اهمية الاستبعاد الاتفاقي ودوره في بيان القانون الملائم

يتبين مما ذكر انفاً أن الاتفاق الاجرائي لاستبعاد تطبيق قاعدة التنازع يستخدم من جانب الأطراف، لأنه هم من يملكون التصرف فيها من اجل تلافي العيوب الناتجة عن تطبيق قاعدة التنازع الجامدة والوصول بالأطراف والقاعدة القانونية إلى تطبيق القانون الملائم، حيث إن للاتفاق الاجرائي عدة مهام في مجال تنازع القوانين إذ إنها تتمثل بالآتي:

1. عدم هجر منهج التنازع التقليدي مثلما قال بعض فقهاء الاتجاهات المعاصرة (الدول الأنجلو أمريكية) للتقسيمات المعروفة لمناهج التنازع سواء شخصية القوانين أم إقليميتها[2] . ويتضح ذلك عبر محاولة علاج بعض عيوب منهج التنازع وتلافي بعض الانتقادات التي وجهت اليه ومن أهم هذه الانتقادات التجريد في ضابط الاختيار، وهو الركن الجوهري الذي عن طريقه تنهض قاعدة التنازع بوظيفتها، وهو لا يحدد قانون دولة معينة بالذات ليكون هو الواجب التطبيق بل يرشد في وجوب تطبيق قانون الدولة التي تتركز فيها العلاقة أو الرابطة محل النزاع وتبدو أنها وثيقة الصلة بها أكثر من غيرها[3] . فهي لا تبالي إلى النتائج المترتبة على هذا التطبيق، فقد يقود تطبيق القانون المشار اليه قاعدة التنازع في دولة القاضي إلى نتائج غير مرغوب فيها وغير متوقعة بالنسبة الى الأطراف المراد حل النزاع لهم، فمن خلال الاعتراف بالإرادة للأطراف وفقا للاتفاق الإجرائي يمكن استبعاد الأطراف لقاعدة التنازع أو مخالفتها لأنها لا تتفق مع مصالحهم أو علاقتهم القانونية والسماح لهم بإحلال قانون اخر يتفقون عليه صراحة أو ضمناً

(1)MAYER(P): Droit international prive,5 editions, paris, montehrestien.1994, p.132.
(2) عماد طارق عبد الفتاح، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، المكتب الإسلامي، 2005،ص2
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص572.

ليكون اكثر استجابة لتوقعاتهم، وأكثر تلبية لمصالحهم سواء اكان قانون القاضي أم قانون اجنبي أي ترك الحرية للأطراف في اختيار هذا القانون وهوما يتفق مع هدف الاتفاق الاجرائي ويتفق و غرض قاعدة التنازع ذاتها والتي تهدف الاعتراف بصحة تلك العلاقات وتحقيق مصالح أطرافها، وتلك نتيجة موضوعية محددة أرادها واضع قاعدة التنازع، ومن هنا يطلق الفقه الحديث عليها قواعد التنازع ذات التطبيق المادي أي أنه يخرجها من طابع التجريد ومن حياديتها التقليدية المألوفة[1] .

2. التغلب على مشكلة رفض الإحالة ولو جزئياً مع وجود نظام الاتفاق الاجرائي، إذ إن الإحالة تقضي بلزوم تطبيق قواعد الاسناد الوطنية في قانون المحكمة في حال وجود اختلاف في الحكم بينهما[2] ، فإذا احالت قاعدة الاسناد في القانون الأجنبي الحكم إلى قانون دولة المحكمة أو قانون دولة ثالثة، فهل تطبق المحكمة القواعد الموضوعية فقط او قواعد الإسناد فيه؟

ولبيان جواب السؤال نذكر الآتي:

إن من شأن أعمال قاعدة التنازع لتطبيق قانونٍ دولة ما إما أن يكون قانون القاضي أو قانون دولة اجنبية، ويقصد بقانون الدولة الأجنبية مجموع الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة بتنازع القوانين في قانون كل دولة تشكل وحدة لا تتجزأ.

فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين. في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، يجب تطبيق هذا القانون دون التفرقة بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية فيه، كما حصل ذلك في قضية (فركو)، فعلى قاضي الموضوع أن يبدأ أولا بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه، وإذا وجد أنها لا تشير إلى تطبيق قانون آخر، يعني ذلك رفضها للإحالة، ولزوم تطبيق القواعد الموضوعية من ذلك القانون وحسم النزاع بها، أما إذا وجد أن قواعد الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون آخر، فيعني ذلك قبولها للإحالة، ولزوم تطبيق ذلك القانون الأخر[3] .

من المستقر عليه خاصة في قواعد التنازع الوارد النص عليها في المعاهدات الدولية النص على استبعاد اعمال الإحالة معنى هذا تطبيق القواعد الموضوعية فقط[4] .

يفسر عبر ذلك ان المعاهدة أو القانون الوطني في قواعد ان المعاهدة أو القانون الوطني ترى ان قانون معين بالذات هو القانون الأكثر ملاءمة في التطبيق على العلاقة، أو الرابطة القانونية، أي:

---

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص576.

(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد 152 لسنة 1972

(3) غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون ذكر سنة طبع ص76 – 86

(4) د. نادية إسماعيل محمود، مصدر سابق، ص352.

تطبق قواعده الموضوعية دون تطبيق قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون; لأن من شأن ذلك الأخذ بفكرة الإحالة.

نرى في قبول الإحالة ما يأتي:

أ- تناقضاً في إرادة أصحاب العلاقة، لأن القانون الذي يطبق على علاقتهم القانونية نتيجة الأخذ بالإحالة، قد يكون مخالفا لمصالح بعضهم، بحيث لو كانوا يعلمون مسبقاً أن النتيجة تكون هكذا لحاولوا منع ذلك بطرق ووسائل شتى[1] .

ب- الرفض المطلق لنظرية الإحالة من شأنه ان يقود إلى نتائج غير مرغوب فيها من قبل الأطراف بتطبيق قانون غير ملائم لهم، أو يتعارض مع مصالحهم أو مع الهدف الرئيس من قواعد تنازع القوانين لخلق نوع من التناسق والانسجام بين أنظمة تنازع القوانين في مختلف الدول.

ت- إنه يتنافى مع اعتبارات نطاق اعمال قواعد التنازع الوطنية فمن غير الملائم الإصرار على تطبيق قانون دولة ما إذا كان هذا القانون لا يلائم أولا ينسجم مع مصالح طرفي النزاع.

ث- للتغلب على هذه المشكلة ولو نسبياً بالإمكان إعمال الاتفاق الاجرائي والذي يتفق فيه الأطراف على إحلال قانون اخر محل القانون الواجب التطبيق المنصوص عليها في قاعدة التنازع الوطنية.

3. التقليل من حالات الدفع بالنظام العام يعتبر النظام العام ظاهرة عالمية وليس هناك مبدأ قانوني مشترك ومعترف به من قبل دول العالم في موضوع تنازع القوانين أكثر من مبدأ النظام العام[2] .

والذي يهم من النظام العام في تنازع القوانين; لأنه يستهدف استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت قاعدة الإسناد الوطنية بلزوم تطبيق القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد[3] ، ولان قاعدة التنازع قد تؤدي إلى اعمال قانون اجنبياً، يتعارض مع المبادئ الأساسية لدولة القاضي، ومن ثم يستبعد تطبيق هذا القانون المخالف للنظام العام وإحلال قانون آخر غير متعارض معه، وتبدو فائدة الاتفاق الجزئي في أنه للأطراف حق استبعاد قاعدة التنازع المخالفة لمصالحهم، وحقهم في المطالبة بتطبيق قانون آخر ولا يتقيدون في هذا الاختيار بقانون معين فقد يتفقون على عقد

(1) نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - دار الطباعة الحديثة - البصرة / 1965 - ص 14 وما بعدها.
(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص317
(3) د. هشام علي صادق، تعليق على حكم منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، القاهرة،1970،ص166.

الاختصاص لقانون القاضي، أو قانون دولة أخرى عكس الدفع بالنظام العام الذي يحل فيه قانون القاضي محل القانون المختص أصلاً، وما يقود في ذلك إلى نتائج غير مقبولة لدى الأطراف[1] .

يلاحظ مما ذكر انفاً، أن الاعتراف بالاتفاق الجزئي يلزم عدم تقييد حرية الأطراف والسماح لهم باختيار القانون الملائم محل القانون المذكور بقاعدة الاسناد وفي هذا تتحقق نظرية الملائمة في التطبيق، إذ إن إرادة الافراد استطاعت الوصول القانون الملائم، أي: القانون الذي يحقق مصالحهم من جهة وتحقيق نوع من التناسق والتلاؤم المشترك من خلال السماح للقاضي بتطبيق قانون أجنبي أسوة بالقانون الوطني بيد أنه على القاضي اثبات محتوى القانون الأجنبي بمساعدة الأطراف، وعدم تحميلهم عبء اثبات هذا القانون لانهم قد لا يستطيعون إقامة الدليل على مضمونه[2] .

على هذا الأساس المتقدم انفاً، لا يمكن الفصل بين المسألتين; لأن هناك ارتباط وثيق بينهما ويمكن اعتبارهما وجهه واحد لفكرة القانون الملائم من خلال الاستبعاد الاتفاقي، ولابد من مراعاة الاعتبارات السابقة، لكي يتحقق هدف أو غاية الاتفاق الاجرائي بالشكل الصحيح والمناسب.

الفرع الثاني/ الدعاوى المستعجلة والقانون الملائم

من أجل بيان مفهوم القانون الملائم في الدعوى لابد من بيان مفهوم الاستعجال ومعرفة تلك العلاقة على وفق النحو الآتي:

أولاً- مفهوم الاستعجال

يتناول القضاء المستعجل القضايا الملحة والمستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت ويساعد أطراف النزاع بأحكام سريعة من دون المساس بأصل الحق، إذ إنه يهدف إلى عمل وقتي لتثبيت حالة معينة، أو المحافظة عليها، ويتميز بان احكامه مشمولة بالنفاذ المستعجل، وإنها لا تحوز قوة الامر المقضي فيه، وهو فقط يخص القضاء المدني دون القضاء الجنائي[3].

(1) د. محمد بهنسي، النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص، المجلة الوطنية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقايق،2000،ص55

(2) د. ممدوح عبد الكريم، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل اتفاق أطراف النزاع، مصدر سابق، ص353.

(3) القاضي مهدي قدوري كريم، خلاصة احكام القضاء المستعجل، مقال منشور على موقع القضاء الأعلى العراقي ،2021/1/28،على الموقع الالكتروني، hjc.iq اخر موعد للزيارة 2021/10/13 الساعة 8.30 مساءا.

يعرف الفقهاء القضاء المستعجل بأنه "الخطر المحدق بالحق المراد الحفاظ عليه باتخاذ إجراءات سريعة والذي يلزم دوره بسرعة "[1] ، إذ يعد القضاء المستعجل قراراً مؤقتاً تتخذه المحكمة طبقاً للإجراءات التي يحددها القانون، وبهذا يتبين لنا بأن القضاء المستعجل يقوم على ركنين: أولهما الخطر العاجل، وثانيهما عدم المساس بأصل الحق. إذ إن الدعوى المستعجلة ترفع بقصد اتخاذ تدابير وقتية، أو تحفظية يدرا به خطراً داهماً يوشك ان يوقع بنفس الحق أو المركز القانوني المدعى به، وهذا الضرر قد يتعذر إصلاحه فيما بعد ذلك، والحكم الصادر بالتدبير المستعجل يرتب عدة آثار على درجة عالية من الأهمية، لعل من أهمها تقريره حماية قضائية وقتية وقائية للمطالبة[2] .

بيد أن القضاء المستعجل لا يقضي في أصل الحق، اذ إنه يحكم بحكم وقتي أي مجرد عدالة وقتية بناء على إجراءات مختصرة تختلف إلى حد ما عن إجراءات التقاضي العادية، لتحمي الطرف أو الحق الاجدر بالحماية مع عدم اهمال الحق الجوهري في القانون الدولي الخاص بعنصريه الأمان واليقين القانونين، من اجل العمل على استقرار المعاملات، والروابط التي تنشأ بين الأفراد، بغض النظر عن تحقيق العدالة أي: ان قواعد القانون الدولي الخاص لا تقدم تنظيم يحقق العدالة وإنما تتفق مع توقعات أطراف النزاع.

من أجل ربط فكرة الاستعجال في القانون بنظرية القانون الملائم، أو ما هو القانون الملائم في حالة الاستعجال؟ أو بعبارة أخرى: هل يؤدي الاستعجال إلى تقرير الاختصاص التشريعي بحكم التدابير الوقتية والتحفظية المستعجلة لقانون دولة معينة بالأفضلية على غيره من قوانين الدول الأخرى التي ترتبط بالعلاقة العقدية برابطة قانونية، أو أن القانون الواجب التطبيق على تلك التدابير يتم تحديده عن طريق الاعمال العادي لقاعدة الإسناد على غرار الحال في شأن المنازعات الدولية العادية؟[3]

الجواب عن هذا يكمن عبر بيان التعريف الفقهي للاستعجال، والتعرف على اعتبارات الاستعجال، لا سيما عدم تأخير الفصل في الدعوى والسرعة في درء الخطر المحدق و تحقيق حماية قضائية ووقائية قد لا يمكن الانتظار، حتى ولوج طريق القضاء في الدول الأجنبية المفروض رفع الدعوى امام محاكمها وهذا ما يجمع عليه الفقه المصري والمقارن بخصوص كل

(1) كاظم راضي صاحب، مقال منشور على موقع كلية القانون جامعة بابل تحت عنوان توضيح هام لمفهوم القضاء المستعجل واحكامه طبقا للقوانين العراقية، 2017/9/21، law.uobabylon.edu.iqاخر موقع للزيارة 2021/10/13 الساعة 8.00 مساءا.

(2) د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية في جامعة عين شمس، العدد الأول، 1973، ص167 وما بعدها.

(3) نادية محمود إسماعيل، نظرية القانون الملائم في القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص355.

التدابير الوقتية والتحفظية المستعجلة" في الأحوال الشخصية ومسائل الأموال المادية"، وكأن الامر مبدأ عام ومسلم به في الفقه والقضاء[1] .

يبدو ان قانون القاضي هو الخيار الأمثل بالنسبة الى القاضي ليس لاعتبارات مضمون احكامه بل; لأنه القانون الأقرب والاوضح للقاضي، ولأنه في متناول يده أكثر من غيره، خاصة في تلك الظروف.

بيد أن هناك رأياً فقهياً آخراً لا يتفق مع هذا الإجماع، وهو تقرير وجوب اخضاع الدعوى المستعجلة للفن التقليدي لقاعدة الاسناد فتخضع لقانون أجنبي إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد بأنه القانون الواجب التطبيق على الدعوى الاصلية المرفوعة أمام القاضي الوطني، أو(لأي قانون اخر يكون هو القانون الملائم في التطبيق ولا يطبق قانون القاضي إلا وفقاً للأحوال العادية في تنازع القوانين)[2] .

نرى أن ليس للاستعجال إثر مباشر على أصل الحق في الدعوى المستعجلة، على خلاف أثره في مشكلة الاختصاص القضائي في تنازع القوانين، إذ إن الاختصاص التشريعي بحكم الدعوى المستعجلة لا يثبت لقانون القاضي لمجرد الاستعجال في الحكم، وإنما يجب أن يخضع لقاعدة الإسناد المتعارف عليها عند تحديد القانون الواجب التطبيق، كذلك لا يصح اللجوء إلى تطبيق قانون القاضي في الأحوال المستعجلة إلا في حالات التي تكون فيها ظروف الاستعجال التي لا يمكن معها اعمال القانون الواجب التطبيق أصلاً على الموضوع لتعذر إثبات مضمونه، أو استحالة إعمال احكامه لسبب أو لآخر، غير التعارض مع مقتضيات النظام العام وهنا تدفع ظروف الاستعجال إلى اللجوء إلى قانون القاضي بيد أن تطبقه بصفة احتياطية ولا يكون له اختصاصاً مانعاً أو عاماً أو حتى مبدئ بحكم الدعوى المستعجلة لمجرد هناك استعجالاً[3] .

يظهر لنا مما تقدم رفض الاختصاص العام لقانون القاضي في فكرة الاستعجال ومشكلة إعمال القانون الأجنبي، و نتفق مع وجهة النظر القائمة على أنه حالة الاستعجال لوحدها غير كافية للعمل بقانون القاضي، بل لابد من توافر فكرة أخرى، أو ظروف أخرى مساندة كصعوبة تطبيق القانون الأجنبي المختص، أو صعوبة تنفيذه وبدونها لا يمكن اعمال قانون القاضي ومن ثم انتفاء المبرر أو الغاية من اعمال هذا القانون، وبذلك تتحقق نظرية الملاءمة في لعقد الاختصاص

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، 1988، القاهرة، ص215 وما بعدها. وتم تنقيحه وإعادة طبعه بعنوان نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الاحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، دور الاستعجال في مجال تنازع القوانين (نظرية الأمور المستعجلة)، مصدر سابق، ص191.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات، مصدر سابق ، ص 314 وما بعدها.

التشريعي للقانون الواجب التطبيق، باعتباره القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع المعروض على القاضي، وان كان من وجهة نظر مشرعه وتطبيقه في غير موضعه.

ثانياً- تطبيق القانون الملائم في حالة الاستعجال

من أهم مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، هو اختصاص القاضي بحكم كافة العلاقات التي تثور منازعاتها أمام المحاكم الوطنية، إذ إن من الأمور الثابتة في الفقه في القانون الدولي الخاص هو غياب السلطة العالمية التي يمكن ان تقوم على وضع قواعد عالمية لحلول مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، بيد أن هناك أستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي وعليه فإن قانون القاضي هو القانون الأصلي في حالة غياب الاستثناء، وعليه إذا رفعت دعوى امام القاضي بشأن علاقة دولية، فيطبق القانون الوجب التطبيق المشار اليه في قاعدة الإسناد، التي تقضي بتطبيق قانون القاضي، أو قانون اجنبي، بيد ان إعمال القانون الأجنبي يثير بعض المشاكل الفنية، أو الموضوعية، أو عدم إمكانية إثبات مضمون الأحكام، أو الكشف عنها أو تفسيرها، وكذلك في تحديد مدى اتفاقها مع النظام العام من عدمها.

كل هذه المعطيات التي ذكرت انفاً، لا تتلاءم من الأحكام المستعجلة واتخاذ التدابير لحماية حق، أو دفع ضرر محدق، مما يقضي اتحاذ حلولا سريعة تتنافى مع القانون الأجنبي والتعرف على أحكامه، فيكون قانون القاضي هو السبيل المعين، وترك إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لكن أن كان للقاضي معرفة أولية وسريعة بمضمون أحكام القانون الأجنبي تعين عليه تطبيقه في هذه الحالة، لانعدام المبرر من اللجوء لتطبيق قانون القاضي بحجة عدم الدراية الكافية بأحكام القانون الأجنبي ومضمونه من قبل القاضي، مثلما يؤكد ذلك الفقه الراجح وهو نفي الاختصاص العام والمبدئي لقانون القاضي، ويقرر الصفة الاحتياطية له عند استحالة إعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق أصلاً فكانت هناك استحالة مطلقة، أو عند عدم احتوائه على التدابير الملاءمة لتحقيق الحماية القضائية العاجلة التي تفرضها حالة الاستعجال[1] .

على ما ذكر آنفاً نستطيع أن نطرح تساؤلاً ذا فائدة: ما هو القانون الملائم للتطبيق في حالة الاستعجال؟

يتبين مما ذكر انفا ان القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القاضي هو القانون الذي تشير اليه قاعدة الإسناد سواء أ كان قانون القاضي أم القانون الأجنبي، وعندها يتم اللجوء إلى قانون القاضي استثناء في الحالات التي تم ذكرها مسبقاً، كالدعاوى المستعجلة وذلك

(1) د. نادية محمود إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون، المصدر السابق، ص357.

لاعتبارات القضائية الوقتية الوقائية التي يمنحها القضاء في الدعاوى المستعجلة الذي تخلق مركزاً واقعياً يمكن أن يدوم ويترك اثاراً في الحياة القانونية والتي لا يمكن إزالتها فيما بعد[1] .

كما أن الخصوم قد يرتضون تلك الحماية بما يصرفهم عن طلب الحماية النهائية حول الموضوع والأمر بالتدبير المستعجل وفقاً له "لأنه لا يسوغ ان تدوم حماية الحق أو المركز القانوني والتي منحت بطريقة مجردة و لا يعترف بذلك القانون الذي نشأ ذلك الحق أو المركز القانوني الموضوعي وفقاً لأحكامه"[2] .

الواقع أن التدابير الوقتية والاستعجال لا يستدعيان معاملة خاصة ولكن فقط مجرد تطويع أو تعديل في إعمال قاعدة التنازع[3] .

إذ لا يوجد مانع من إعمال القانون الواجب التطبيق في قاعدة الإسناد ليكون القانون الذي يحكم الدعاوى المستعجلة، إذ إن الحكم الذي سيصدر تطبيقاً لقانون الموضوع لن يكون له سوى قيمة نظرية وعلى فرض عدم صيرورة التدبير الوقتي تدبيراً نهائياً، أي: عدم استغراقه للموضوع وبقاء حاجة الخصوم في الالتجاء إلى القضاء الموضوعي[4] .

نرى على وفق ما تقدم ذكره انفاً، أنه لضمان حسن استقرار المركز القانوني للأطراف يتطلب اعمال القانون الواجب التطبيق في قاعدة الاسناد، إذا هذا الاستقرار مطلوب حتى في الاثار المترتبة على الحكم بالتدبير المؤقت في مسائل الأحوال الشخصية، كالأمر بالحضانة الوقتية للطفل لصالح أحد الأبوين خلال فترة الحكم بالتطليق، " عند من يعتبرون الحضانة من آثار التطليق" حتى يضمن حق تحقيق التلازم بين شخص من له الحضانة الوقتية ومن ستؤول إليه الحضانة النهائية والذي تفتضيه مصلحة الطفل، واستقراره الاجتماعي والتربوي[5] .

كما يمكن تحقيق هدف الإجراءات التحفظية المستعجلة في المسائل المتعلقة بالأموال إذ إن القانون الملائم لحماية التوقعات المشروعة والأمان القانوني وهو هدف القانون الدولي الخاص هو تقرير سريان قانون الدولة التي توجد فيها الأموال، وأحد مقومات نظرية الملاءمة في فض تنازع القوانين، " وظروف الاستعجال والخشية من تبديد الأموال وانهيار قيمتها الاقتصادية

(1) د. نادية محمود إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص357.
(2) د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، ط2، دار النهضة العربية، 1981، بند 83، ص153.
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات، مصدر سابق، 325.
(4) د. احمد مسلم، النفقة الوقتية تكيفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء لسنة 1951،ص 1 وما بعدها.
(5) د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص334.

بفوات الوقت، تقتضي الأمر بالتدابير التحفظية عليها كإيداعها لدى أمين، أو الإذن بصيانتها أو معالجتها خشية التلف، وذلك إلى حين الفصل في اصل الحق حولها"[1] .

إذ إن تطبيق قانون الموضوع يجعل قرار القاضي على التدابير الواقعية يكون أكثر ارتباطاً بالعلاقة أصل الحق وموضوع النزاع، فضلاً عن ذلك تحقيق الاستقرار المنشود للرابطة القانونية، إضافة إلى ذلك فأن هذا الضابط يكون الأكثر ملاءمة، لأنه يحافظ على عدم المساس بأصل الحق وخاصة في الفرض الذي لا يكون فيه القاضي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امامه، وانما يعقد الاختصاص لقانون أجنبي قد يجهل القاضي قانونه الوطني بحدود أصل الموضوع، مما يجعل تطبيقه في غير الحالات المقرر لها في غير محله.

على هذا الأساس يكون القانون الملائم للتطبيق في حالة الدعاوى المستعجلة هو القانون المختص أصلا بحكم الموضوع الذي نشأت عنه حالة المطالبة القضائية الوقتية محل الدعوى المستعجلة.

ما يدعم في تطبيق ما ذكرنا آنفاً أحكام القضاء المقارن والقضاء المصري، إذ إن هناك العديد من الأحكام التي تتكلم صراحة على تفضيل قانون الموضوع في حكم التدابير الوقتية التحفظية اذ انها قد تتحول إلى تدابير نهائية اذ ايدها قاضي الموضوع أو قد يرتضيه الأطراف[2]. و عدم تطبيق قانون الموضوع، قد يرجع إلى صعوبة في الكشف عن المضمون أو الاحكام إذ إن انعدام تلك الصعوبة يكون من المتعين تطبيق ذلك القانون بالأفضلية على قانون القاضي، ومن هذه الاحكام المؤيدة ما ذكر في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 19 أكتوبر 1971[3] .

في معنى تطبيق قانون الموضوع، لما يحققه من الاستقرار والأمان للمركز القانوني للأطراف على نحو لا تكون معه الحاجة إلى اللجوء للقضاء الموضوعي للفصل في أصل الحق نذكر حكم محكمة استئناف باريس الصادر في (13) نوفمبر سنة 1979[4] ،

والذي يؤيد اختصاص القانون الواجب التطبيق والمعين بقاعدة التنازع على الموضوع الأصلي، أو الدعوى الموضوعية على الدعوى المستعجلة بالتدابير الوقتية والتحفظية; لأنه القانون الملائم، كما تؤيد بعض احكام القضاء المصري اختصاص قانون الموضوع باعتباره هو القانون الملائم، ويؤكدان على تطبيق قانون الموضوع على التدابير المستعجلة ويرفضان تطبيق

(1) د. نادية محمود إسماعيل، نظرية الملائمة، مصدر سابق، ص358.
(2) د. نادية محمود إسماعيل، المصدر نفسه، ص359.
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص340 وما بعدها.
(4) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاستعجال في المرافعات، مصدر سابق، ص345.

قانون القاضي، نظراً لاعتبارات أساس الملاءمة اذ صدر الحكم الأول في 18 مارس 1950 من محكمة الإسكندرية الابتدائية[1].

عندما طعن في هذا الحكم بالاستئناف ايدته محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ 12 مارس سنة1951.

المبحث الثاني/ تميز نظرية الملاءمة عما يشتبه بها من مصطلحات قانونية

تعد الملاءمة من المصطلحات التي تتشابه وتتداخل مع مصطلحات أخرى كالواقعية ومبدأ الأداء المميز، واستثناءات التقويم لضابط الاسناد، إذ تشتبه نظرية الملاءمة معها في جوانب أخرى، ولبيان هذا التشابه والتمييز لابد لنا من تناول هذه المصطلحات، وبيان ارتباطها مع نظرية الملائمة من خلال تقسيم المبحث إلى اربعة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: نظرية الملاءمة ومبدأ الواقعية

تتشابه نظرية الملاءمة ومبدأ الواقعية إلى حد كبير، إذ إن نظرية الملاءمة تعني التوافق والتناسب بين القانون والواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والتي تأتي القاعدة القانونية مترجمة لها دون الإخلال بالعمومية والتجريد والتي هي من الصفات العامة للقاعدة القانونية، ولبيان هذا التشابه والتمييز بينهما لابد لنا من تعريف مبدأ الواقعية وبيان ارتباطه بنظرية الملاءمة على شكل فرعين منفصلين وكالآتي:

الفرع الأول/ تعريف مبدأ الواقعية

كانت الحركة الواقعية القانونية مستوحاة من جون تشيبمان جراي، وأوليفر وندال هولمز ووصلت إلى ذروتها في عشرينيات وثلاثينيات القرن الماضي، من خلال أعمال كارل ليولين وألف روس وجيروم فرانك وفيليكس كوهين، وتجنب الواقعيون النهج المفاهيمي للوضعيين وعلماء الطبيعة لصالح التحليل التجريبي الذي سعى إلى إظهار كيف يقرر القضاة الممارسون فعلاً القضايا، ولكن أهم شخصيتين في هذا الصدد هما الدنماركي ألف روس (-1899) Alf Ross 1979 والأمريكي كارل لويلين (1893-1962) Karl Llewellyn على الرغم من أنّهما كانا نظريين مختلفين تمامًا، وكان روس فيلسوفًا منهجيًا قام بالتدريس في كلية الحقوق، وكان لويلين مبتدئًا فلسفيًا ولكنه محام وأستاذ بارعاً ومؤثر للغاية، وكان كلا النوعين من الواقعية الاسكندنافي

(1) استئناف الإسكندرية 12 مارس 1951 القضية رقم 8 لسنة 6 قضائية مجلة التشريع والقضاء، مشار اليه في كتاب د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص350.

والأمريكي، إذ كانا متشككين في فكرة أنّ القوانين المكتوبة تشرح فعلاً سلوك القضاة، وكلاهما يعتمد على نظرة طبيعية للعالم يُفترض فيها أنّ يكون الواقع كما وصفته العلوم.

كمسألة تاريخية نشأت الواقعية القانونية ردًا على الشكليات القانونية، وهو نموذج معين من التفكير القانوني يدمج التفكير القانوني في التفكير المنطقي، ووفقًا للنموذج الشكلي فإنّ النتيجة القانونية (أي الحجز) تتبع منطقيًا القاعدة القانونية (المقدمة الرئيسية) وبيان الحقائق ذات الصلة (فرضية ثانوية)، ويعتقد الواقعيون أنّ الشكلية تقلل من قدرات التشريع القضائي بقدر ما تمثل النتائج القانونية التي تستلزمها القياس المنطقي بالقواعد والحقائق المعمول بها; لأنّه إذا كانت النتائج القانونية مضمنة منطقيًا من خلال مقترحات تلزم القضاة، فإنّ ذلك يعني أنّ القضاة يفتقرون إلى السلطة القانونية للوصول إلى نتائج متضاربة.

الواقعيون متشككين بشدة في الفكرة السائدة بأنّ التشريع القضائي نادر، بينما لم يرفض الواقعيون فكرة أنّ القضاة يمكن أن يكونوا مقيدين بالقواعد، إلا أنّ الواقعيين أكدوا أنّ القضاة ينشئون قانونًا جديدًا من خلال ممارسة السلطة التقديرية لصنع القانون في كثير من الأحيان أكثر مما يُفترض عادة، ومن وجهة نظرهم يتم توجيه القرار القضائي في كثير من الأحيان من خلال الحدس السياسي والأخلاقي حول حقائق القضية (بدلاً من القواعد القانونية) أكثر من نظريات مثل الوضعية والطبيعية[1] .

إن التوفيق بين الواقع والقانون تعد من المشكلات القديمة المتجددة دائما"، وتعود أصولها إلى طبيعة القانون، وما تتصف به قواعده من عمومية وتجريد.

يفهم هنا بكلمة الواقع (البراغماتية) الحالات المعروضة على القاضي التي يجب أن يجد لها حلاً يتوافق مع القضية المعروضة عليه آخذا بعين الاعتبار خصوصية وتفرد القضية عن القضايا المماثلة.

من هنا ضرورة البحث عن وسيلة من وسائل الفن التشريعي تتكامل ووسائل القانون التقليدية وتكون أكثر قدرة على تحقيق القدر المعقول من الواقعية في القانون. تعرف هذه الوسيلة بالمعيار القانوني، ويلازمها بالضرورة التوسع في دور القاضي وسلطته.

تأكدت أهمية هذا المعيار مؤخراً، بموجب التجربة التشريعية الأهم والأحدث ونقصد بها قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات الفرنسي الصادر بمرسوم رقم 2016-131 بتاريخ

(1) للمزيد على :e3arabiفلسفة القانون والواقعية القانونية https://e3arabi.com/?p=597807

2016/2/10 والذي تم التصديق عليه مع بعض التعديلات البسيطة، -بموجب القانون رقم 2018-287 بتاريخ 2018/4/20. وعلى الرغم من أن التجربة التشريعية الفرنسية أدخلت المعيار في القانون المذكور انفاً إلا أن المشرع المصري كان قد سبق نظيره الفرنسي وأُدخل (المعيار) في القانون المدني المصري عام 1948.

يقول بعض الفقهاء: " ان الواقع يضغط القانون عندما يكون الأخير غير متلائم معه وهو ضغط يظل قائماً حتى يتم تعديل هذا القانون، ليصبح أكثر ملاءمة له، أو توافقه من جديد مع الواقع[1] .

بما أن القاعدة القانونية في القانون الدولي الخاص تأتي معبرة عن الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للمجتمع الدولي، ويبقى الضغط مستمر لتغير القاعدة القانونية الدولية قائما مادام هناك مستجدات دولية غير ملاءمة للواقع الذي يعيشه الأفراد الخاضعين لهذه القواعد.

لا تلعب فكرة الواقعية دوراً مهماً في إنشاء القاعدة القانونية فحسب، بل وفي تعديلها متى ما استجدت ظروف تتطلب تبديل، أو تعديل لتلك القاعدة القانونية.

من هنا يظهر مفهوم جديد للملائمة هو التوافق، أو الانسجام في فعالية القاعدة القانونية ومدى انسجامها مع المستجدات المتزايدة للحياة اليومية للمجتمع، مما يحقق نوعاً من القبول للقاعدة، وبذلك تتحقق الملاءمة والفاعلية والواقعية، وتضحى القاعدة قابلة للتطبيق وتتواكب مع تطورات ومستجدات المجتمع.

يرى بعض الفقهاء إلقاء العبء على المشرع ومن قبله الفقه والقضاء المصريان تبعة أن تأتي التشريعات نموذجية تستحق ان يقتدى بها كما يجب ان يتعهد بها دائما بالتحديث بحيث لا تنفصل عن الواقع ولا يتجاوز التطور [2] .

و يظهر لنا مما تقدم التأكيد على ان نظرية(فكرة) الملاءمة هي الأساس في تحديد قواعد الاختصاص القضائي، والتنظيم التشريعي الدولي، فغالبية ضوابط الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع النفاذ وذلك حتى لا تكون بعيدة كل البعد عن الواقع التي تأتي مترجمة له ومعبرة عنه[3] .

(1) احمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة،1989، ص7.

(2) احمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، مصدر سابق ، ص9 وما بعدها.

(3) احمد قسمت الجداوي، دراسات في القانون الدولي الخاص، ج2، القاهرة، 1986. مشار له لدى الباحثة نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة، مصدر سابق، ص13.

الفرع الثاني/ ارتباط نظرية الملاءمة بمبدأ الواقعية

الواقعية والملاءمة ليستا متناقضتين بل هما مطلب هام، إذ إن ملاءمة تصرف ما فأنها تعني ان هذا التصرف كان مناسباً وصالحاً من حيث الزمان، والمكان، والظروف، والاعتبارات المحيطة، لاسيما وأن المشرع عندما يقدم على عملية التشريع لا يمكنه أن يتقوقع على نفسه غاضاً الطرف عن تجارب الاخرين، فليس بمقدوره أن يغفل ما وصلت إليه التقنيات في الدول الأخرى أو يهمل الاسترشاد بها أو الاقتباس منها في الحدود التي تتوافق مع طبيعة بيئته، وتتفق مع ظروف حياته الاجتماعية والاقتصادية، بل والسياسية، بما يكسب هذه التشريعات طابعا ذاتياً حينما تخرج للتطبيق محققة رغبة المشرع في مسايرة العصر، ويهيئها لكي تصبح صالحة لتحقيق فلسفته وتحفظ الاعتبارات التي تقوم عليها سياسية التشريع، وخصوصية البيئة المحلية. أو عندما يمارس القضاء رقابة ملاءمة فانه لا يخرج عن رقابة المشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية، وهذا يقودنا إلى نتيجة مفادها: إن هناك فارقاً اساسياً بين المشروعية والملائمة، فشرعية تصرف ما فإنما تعني ان هذا التصرف كان مناسبا أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة.

أما الملاءمة فإنها تعني التناسق والترابط بين القاعدة القانونية ومستجدات العصر والتطورات الحاصلة من حيث الزمان والمكان والظروف، إذ إن بعض القواعد القانونية مطابقة تماما ومنسجمة مع طبيعة النزاع، إلا أنها تواجه بعض المشاكل في التطبيق، أو التنفيذ، إذ إن القاعدة القانونية يجب ان تكون دائما مشروعة، لكن ليس بالضرورة أن تكون ملاءمة لحل النزاع، إذ أن أي قرار من القرارات يمكن تقديرها على أساس ان القاعدة القانونية لا يمكن ان يتم إلا بالنسبة الى مجموعة من العوامل الواقعية المتميزة عن فكرة المشروعية[1] .

مقتضى هذا القول إن القانون الدولي الخاص شأنه شأن باقي فروع القانون عامة لا يمكن أن يظل ثابتاً متحجرا بل ينبغي أن يأخذ في حسبانه التطورات التي يشهدها العالم، لاسيما وقد شهد العالم ثورة في الاتصالات والتكنولوجيا المتطورة فلحقت بالقاعدة القانونية ظروف جديدة لم تكن موجودة من قبل فأضحى أسلوب إبرام العقود الكترونيا يحتاج إلى قاعدة قانونية تواكب التطور الحاصل لإسباغ الحماية القانونية على اطراف العلاقة العقدية الجديدة، إذ إنه لا يُملك وسيلة مراقبة في العقود الالكترونية سوى حسن نية المستخدم، وصدق إجابته، وعلى وفق هذا المنطلق نشك في

(1) د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1981، ص100

فعالية هذا التنظيم الذاتي الذي يعلن مناصروه عن مميزاته[1] .

من ناحية أخرى فأن فكرة عدم ملائمة القانون الدولي للعالم الافتراضي تعتمد على وجهة نظر إقليمية لا تتلاءم مع وضع القانون الدولي الخاص المعاصر، فاذا كان تطبيق القواعد المادية يعد امرا محموداً، إلا أنه من الضروري تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عند عرض النزاع أمام قاض وطني، فضلاً أن هناك نزاع بين مسألة تنازع القوانين وتنازع السيادات في القانون المعاصر، ويعني القانون الدولي الخاص بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، وليس الفصل في تنازع السيادات بين الدول أضف إلى ذلك أن ما يقول به الفقه المناصر لقانون العالم الافتراضي واقاليم الدول لا يمكن التسليم به ويرجع ذلك إلى أنه عند حدوث أي نزاع فمن الطبيعي أن يكون له اثر ملموس جغرافياً واقليمياً[2] .

لقد كان لظهور هذه الأساليب الجديدة الأثر الأكبر في تغيير مفهوم العديد من المعاملات، وفي مقدمتها المعاملات المدنية والتجارية، فضلا عما تبع ذلك من تغيير في نظم الاثبات، إذ إن العقود الالكترونية، أو الافتراضية تبرم بين حقيقة لها مواقع ومواطن حقيقة وتقوم بدل مقابل للخدمات المقدمة من خلال مصارف، قد تكون معروفة وحسابات جارية، ومن ثم يجب أن تنظم المشكلات التي تواجهها طبقاً للعالم الحقيقي وليس العالم الافتراضي.

فضلاً عما ذكر فإن الوسائل والأدوات الفنية المستخدمة في الاتصال مهما كانت تقع في أقاليم دول خاضعة لقواعد قانونية معروفة، لذا فإن تحديد معايير الاسناد وبحث تركيزها يعد ممكناً رغم ما يكتنفه من صعوبات، وعلى الفقهاء المطالبة بهجر النظرية الإقليمية وعدم العودة لهذه الفكرة في زمن يسيطر فيه الانترنت ومشغلوه على العالم .

المطلب الثاني/ نظرية الملاءمة واستثناءات تقويم الاسناد

تعد مسألة تحديد قانون العقد الدولي في حالة غياب اختيار الأطراف لذلك القانون من أكثر المسائل اثارة للنقاش في القانون الدولي الخاص، و أدى ذلك إلى تفاوت في التشريعات الوطنية والدولية بهذا الخصوص، ولا بد من ايجاد الحلول الموضوعية لحل هذا التفاوت والاختلاف اتباع استثناءات في تقويم الإسناد، أو ضوابط الاسناد، لاتباع القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة العقدية لحل

(1) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، 2005،ص149.
(2) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المصدر نفسه، ص150.

النزاع الدولي، ولبيان التشابه والاختلاف بين نظرية الملائمة وهذه الاستثناءات لابد من تعريف هذه الاستثناءات وبيانها في مسائل الأحوال الشخصية التي تعنينا في هذا المقام وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول/ تعريف استثناءات تقويم الاسناد

يمنح استثناء تقويم الاسناد للقاضي سلطة استبعاد القانون الذي تعينه قاعدة التنازع لحكم المركز القانوني وإخضاع هذا المركز لأكثر القوانين ارتباطا به، وبعبارة أوضح: للقانون الذي يحتفظ معه بالعلاقة الأكثر وثوقاً.

تجسد المادة(15) من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد مثالا نموذجياً لأحد استثناءات تقويم الاسناد[1] .

وتضع الحلول الموضوعة لهذا الخلاف منهج الأداء المميز أو منهج القانون الأكثر ارتباطاً الذي يقدم تصوراً جديداً للقانون الواجب التطبيق الأكثر ارتباطا بالعلاقة التعاقدية الذي يقدم تصوراً جديداً للقانون الواجب التطبيق الأكثر ارتباطاً بالعلاقة التعاقدية عبر الطبيعة الذاتية للعقد، إذ يمتاز هذا المنهج بأنه يقدم حلولاً مرنة تراعي تنوع العقود الدولية واختلافاتها المشروعة.

تفسير ذلك عندما يتصل العقد بأكثر من نظام قانوني لابد من اختيار القانون الأكثر ارتباطاً وملائمة لحكم المنازعات التي تنشأ عنه بين الأطراف، إذ إن استثناء تقويم الاسناد يمنح للقاضي سلطة استبعاد القانون الذي تعينه قاعدة التنازع لحكم المركز القانوني وإخضاع هذا المركز لأكثر القوانين ارتباطاً به، وبعبارة أخرى: للقانون الذي يحتفظ معه بالعلاقة الأكثر وثوقاً.

تجسد المادة (15) من القانون الدولي الخاص الجديد السويسري نموذجا لأحد استثناءات تقويم الاسناد، وهي تقرأ كالاتي:" 1-لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع إلا إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف ان النزاع لا يرتبط بهذا القانون إلا بعلاقة ضعيفة جداً وانه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقته الأكثر وثوقاً 2. هذا النص لا يطبق عند اختيار القانون". ونرى في النص المذكور انفاً جملة من الملاحظات نركزها بلاتي:

1- يتضمن النص العناصر لتعريف استثناء تقويم الإسناد وتميزه عن بقية الوسائل التقويمية المستخدمة في إطار منهج التنازع. إذ إن المشرع في المادة (15) من القانون الدولي السويسري إلى أن هذه الاستثناءات لا تطبق إلا بصفة استثنائية أي بعد توافر شروط معينة وغياب الأخرى.

(1)د. احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، المصدر السابق، ص17.

2- يذهب المشرع في المادة (15) من القانون الدولي الخاص السويسري إلى أن هذه الاستثناءات لا طبق إلا بصفة استثنائية أي بعد توافر شروط معينة وغياب الأخرى.
3- من أجل تطبيق نص المادة المذكورة انفاً يجب ان يتوافر شرطيين أحدهما سلبي والأخر إيجابي أولهما: إلا يرتبط النزاع بالقانون المختص إلا بعلاقة ضعيفة وهذا هو الشرط السلبي. وثانيهما الشرط الإيجابي: أن يكون للنزاع علاقة أكثر وثوقا مع قانون آخر غير القانون الذي تعينه قاعدة التنازع.
4- من أجل تطبيق نص المادة المذكورة انفاً ان الطابع الاستثنائي يظهر بوضوح مع توافر الشرطين المذكورين انفاً.
5- كما يلاحظ مما تقدم انفاً ان الطابع الاستثنائي ينفي صفة الجمود عن قواعد التنازع واعطائها طابع مرناً على اعتبار أنها قرائن ودلائل للإسناد وليست قواعد له، ومن ثم لا يثبت الاختصاص للقانون الأقوى ارتباطا بهذا النزاع على غرار الاستثناءات التي يتضمنها القانون الأمريكي الثاني غير الرسمي لقواعد تنازع القوانين أي: ان الطابع الاستثنائي يؤكد انها وسيلة تقويمية خاصة تلائم أي قانون يتضمن قواعد تنازع جامدة ومحدودة المضمون.
6- يلاحظ عبر نص المادة(15) من القانون السويسري أن أساس استثناءات التقويم هو المبدأ القاضي بإخضاع النزاع للقانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية فالشرط السلبي والشرط الإيجابي ما هما إلا وجهان لعملة واحدة، وعليه فان استثناء تقويم الإسناد يختلف عن بقية وسائل تقويم منهج الإسناد من حيث الهدف فهي لا تتدخل إلا من حيث اسناد النزاع إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية من اجل تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص ومن ثم فهي تتميز عن الوسائل التقويمية الأخرى التي تهدف لاستبعاد القانون الواجب التطبيق نظراً لمضمونه الموضوعي، مثلما هو الحال بالنسبة الى الدفع بالنظام العام، أو بمتعلق وسيلة الموائمة التي تهدف إلى تحقيق الاتساق بين القواعد الموضوعية التي تنتمي لأكثر من قانون، وتطبق على مختلف عناصر العلاقة الواحدة وإزالة ما يوجد بين هذه القواعد من تعارض أو تناقض، أو بما يتعلق بالدفع بقسوة نتائج تطبيق القانون المختص بالنسبة الى أحد الأطراف .

ونرى ايضاً وضوح الاختلاف في استثناءات تقويم الاسناد عن الوسائل التي يلجأ اليها القاضي لإكمال النقص والقصور في قواعد التنازع وجهاً واضحاً، إذ إن هذا النقص والقصور يعد من قبيل إغفال المشرع ، ويعتبر القاضي ممتنع عن إحقاق الحق بحجة غياب النص القانوني مثلما الحال بالنسبة للغش نحو القانون، أو التنازع المتحرك وعليه يمكن تعريف استثناءات التقويم بانه: "وسيلة يلجأ اليها القاضي على وجه الاستثناء لاستبعاد

القانون الواجب التطبيق وإخضاع النزاع للقانون الاكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية وذلك بهدف تحقيق العدالة".

الفرع الثاني/ شروط تطبيق استثناءات التقويم

هناك شرطان رئيسان لابد من توافرهما لتطبيق استثناءات التقويم أولهما: تدخل استثناء التقويم لا يتم إلا في حالة إعمال قاعدة تنازع لحل النزاع، وثانيهما: هو عقد الاختصاص لقانون لا يرتبط معه النزاع بعلاقة قانونية، والذي سنبينهما على النحو الآتي:

أولاً- وجود قاعدة تنازع قابلة للتطبيق

حتى يتمكن القاضي من حل النزاع عن طريق إعمال قاعدة التنازع، لابد أن تكون هذه القاعدة قابلة للتطبيق بيد أن هناك حالات يستحيل فيها بطريقة مسبقة تدخل استثناء تقويم الاسناد سواء أكان القاضي لم يتمكن من تطبيق قاعدة تنازع أم لا يرغب في تطبيقها، بحكم استخدامه منهجاً اخر غير منهج الاسناد، لحسم النزاع المعروض امامه، إذ إن القاضي يمارس سلطته في تقويم الاسناد عندما تعين قاعدة التنازع قانوناً لا يحتفظ معه النزاع بعلاقة على درجة كافية من القوة[1] .

من أجل بيان هاتين الحالتين التي يلجأ القاضي لتفسير قاعدة التنازع وفقاً لسلطته الممنوحة له قانوناً في حالة النقص في القانون، أو يتم استبعاد استثناءات التقويم على الرغم من وجود قاعدة تنازع لكنه لا يطبقها وعلى النحو الآتي:

1/ استثناءات تقويم الإسناد ونقص القانون

ضرورة وجود قاعدة تنازع معينة للنزاع وحدها لا تكفي، بل يجب أن تطبق هذه القاعدة فعلياً بواسطة القاضي، إذ إن القانون يفرض على القاضي ثلاثة مهام رئيسية:

أ- تفسير القانون.
ب- سد أوجه النقص فيه.
ت- تقويمه.

قد يلاحظ عدم وجود قاعدة قانونية مناسبة لحل النزاع، وفي هذه الحالة لا ينبغي على القاضي الامتناع عن النظر أو الحكم بالقضية بحجة عدم وجود نص قانوني. بل يجب أن يمارس دوره في خلق قاعدة قانونية إذا كان نظامه القانوني يسمح بذلك، ومثال ذلك ما تقضي به المادة

(1) د. احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، مصدر سابق، ص80.

الأولى من التقنين المدني السويسري في فقرتها الثانية التي جاء فيها:" عند وجود القاعدة المناسبة لحل النزاع فإن القاضي يطبق القاعدة التي كان سيضعها لوكان مشرعاً[1] ".

على وفق ما ذكر انفاً فان القاضي السويسري إذا لم يجد نصاً يحكم النزاع المعروض امامه فإنه يقوم بدوره الانشائي في وضع قاعدة قانونية لحل النزاع، أي لا يكون هناك دور لاستثناءات التقويم لإكمال النقص في قواعد التنازع في قانونه.

كذلك الحال إذا اتضح للقاضي على الرغم من وجود قاعدة قانونية تصلح لحل النزاع إذ يظهر أنه غير ملائم للعلاقة محل النزاع[2] ، اي أن تطبيقها يثير عدة مشاكل التي اغفل المشرع في وضع حلول لها ويؤدي هذا الاغفال إلى ما يسمى بالنقص الخفي بالفقه السويسري في القاعدة القانونية[3] ، لذا عند تدخل القاضي لسد النقص الخفي الموجود فانه يقوم بإكمال النقص الذي اعترى القاعدة القانونية وانه لا يمارس سلطته في تقويم القاعدة القانونية.

توضيح ما ذكر انفاً، أن بعض القواعد القانونية تكون صالحة لحل النزاع إلا ان المشرع غفل عن وضع الحلول للمشكلات التي يثيرها تطبيق القاعدة القانونية مثلما الحال في إغفال وضع الوقت الذي يجب الاعتداد به بضابط الإسناد، وفي هذه الحالة فان مهمة القاضي لا تقوم على تطبيق استثناءات التقويم، وإنما يقوم بتفسير قاعدة التنازع لإكمال نقص خفي اعتراها ويكون ذلك من خلال تحديد الوقت الذي يجب الاعتداد بهذا الضابط. فعلى سبيل المثال وفي مجال التحكيم تسمح المادة 2/187 من القانون الدولي الخاص السويسري للمحكم بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد الإنصاف إذا ما طلب الأطراف منه ذلك في هذه الحالة لا يتصور لجوء المحكم لاستثناء التقويم في إطار تطبيق هذه المادة ; لأنه لا يقوم بتقويم المضمون غير المحدد لهذه المادة ولكن بسد النقص الذي اعتراها[4] .

2/ استثناءات تقويم الاسناد وعدم تطبيق قاعدة التنازع

اتضح مما ذكر انفاً ان استثناءات التقويم تُستبعد بطريقة مسبقة عند وجود نقص في القانون، لكن سنلاحظ هناك حالات يستبعد فيها تدخل هذه الاستثناءات ولا يرجع ذلك لوجود نقص في القانون، ولكن لأن القاضي لا يطبقها على الرغم من وجود قاعدة التنازع، ويحدث ذلك في الفروض الاتية:

(1) د. احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص80.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1،دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة، ص624
(3) د. احمد الهواري، المصدر السابق، ص81.
(4) د. احمد الهواري، المصدر نفسه ، ص82.

أ- عند استبعاد منهج الإسناد لصالح أحد المناهج الأخرى المكملة له.

ب-عندما لا يلتزم القاضي بتطبيق قواعد إسناده من تلقاء نفسه.

ت-عندما نكون بصدد نظام لقواعد تنازع له طبيعة اختيارية واخيراً عندما يستبعد تطبيق قواعد تنازع القاضي فيما يتجاوز نطاق تطبيقها المكاني[1] .

إذ لا يمكن تطبيق استثناءات تقويم الإسناد في الحالات التي يتم فيها حل مشكلة تنازع القوانين بواسطة منهج اخر غير منهج الإسناد، وعلى ذلك يستبعد كمبدأ عام تطبيق استثناءات تقويم الاسناد عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الموضوعي أو القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر[2] .

يتبين مما ذكر انفا أنه إذا أفصح المشرع عن القانون كالقواعد الآمرة أو ضرورية التطبيق فلا توجد صعوبة في الآمر.

أما إذا لم يفصح المشرع عن القانون الذي يصدره هل هو من القوانين ضرورية التطبيق أو لا؟

من الصعوبة في بعض الأحيان تحديد المنهج القانوني لحل مشكلة تنازع القوانين ;اذ ليس من السهل معرفة ما إذا كان القاضي يطبق قاعدة تنازع مفردة الجانب وبوجه عام تطبيق استثناء لتقويم الاسناد، أو أنه يقوم بإعمال قواعد ضرورية التطبيق يستبعد أية إمكانية لتدخل هذه الاستثناءات; لأن هناك بعض القواعد التي يستحيل معرفة ما إذا كانت تخفي في طياتها قاعدة تنازع مستترة، أو كانت تجسد منهجا خاصاً[3] .

على ضوء ما ذكر انفاً انقسم الفقه إلى جانبين:

فمنهم من يرى ان القوانين ذات التطبيق الضروري ترتب نتائج استثنائية خطيرة، إذ إنها تستبعد الوسيلة الاصلية (قاعدة الاسناد) لفض النزاع الدولي للقوانين وتستوجب تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على النزاعات الدولية وذلك بقصد حماية المجتمع ومصالحه العامة[4].

أو انها تمثل تجسيداً للمنهج الخاص، ومثال ذلك امكانية تفسير المادتين 1/44 و3/54 من القانون الدولي الخاص السويسري بطريقتين مختلفتين، فقد يفسران على أنهما تجسيداً لهذ المنهج الخاص وهكذا فان المادة 1/44 والتي تنص على تطبيق القانون السويسري على الشروط الموضوعية لعقود الزواج المبرمة في سويسرا ستعد تطبيقاً لمنهج التطبيق المعمم لقانون القاضي

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص623-637.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، مقال القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد40، 1984، ص144-146.
(3) د. احمد الهواري، نظرات في استثناءات التقويم، مصدر سابق، ص84.
(4) د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق، المصدر السابق، ص160.

كذلك فان المادة 3/54 والتي تقضي بإخضاع النظام المالي للزواج لقانون الجنسية المشتركة أو اتخاذ موطن مشترك أي أنها تجسد قاعدة موضوعية اكثر مما تجسد قاعدة تنازع[1] .

على وفق التفسير المذكور انفاً، فان استثناء التقويم المذكور في المادة 15 من القانون الدولي الخاص الجديد مستبعد في هذين النصين، أو وفقا لمفهوم المخالفة فانه يمكن اعتبار هذين النصين يتضمن قاعدة اسناد مستترة ومن ثم يمكن تصور إمكانية تطبيق استثناء تقويم الاسناد الذي قدرته المادة 15، وكذلك يستبعد تدخل استثناءات التقويم أيضاً عندما تكون هناك قاعدة تنازع قابلة للتطبيق على النزاع ولكنه لا يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع إلا بعد مطالبة أطراف النزاع على الأقل بالقانون الأجنبي كما كان الحال في فرنسا قبل صدور حكمي محكمة النقض في 11,18،أكتوبر 1988[2] .

لا يثور أية صعوبات في صدد تطبيق المادة 15 من القانون الدولي الخاص السويسري، إذ استقر قضاء المحكمة العليا على التزام القاضي الوطني بتطبيق قواعد الاسناد السويسرية من تلقاء نفسه[3] .

كذلك يستبعد تطبيق استثناءات التقويم وفقاً لنظرية قواعد التنازع الاختيارية إذ إن القاضي غير ملزم بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، وإنما يجب عليه تطبيقها عندما يتمسك بذلك الخصوم صراحة [4] .

أما في حالة سكوت الأطراف عن طلب تطبيق القاعدة يدل على رغبتهم في تطبيق قانون القاضي باعتقادهم أن هذا القانون هو الحل الأنسب لحل النزاع بينهم من قاعدة التنازع، وفي هذه الحالة لا يمكن تصور لجوء القاضي لاستثناءات التقويم عندما لا يتمسك الأطراف بالقانون الأجنبي إذ إن القاضي سيقوم بتطبيق قانونه مباشرة.

ثانياً- عدم ارتباط النزاع مع القانون الذي تعينه قاعدة التنازع بالرابطة الأكثر وثوقاً

يمر تحديد أكثر القوانين ارتباطا بالعلاقة القانونية أو القانون الذي تحتفظ معه العلاقة بالرابطة الأكثر وثوقاً في إطار تطبيق استثناءات تقويم الاسناد بمرحلتين:

---

(1) د. احمد الهواري، نظرات في استثناء تقويم الاسناد، المصدر السابق، ص85.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1984، بند 143 وما بعده.

(3)Koefer c. Goldschmidt, ATF 94 II p 297, 302; Harrison (z) C. Schweiz. Kreditanstalt, ATE 96 II, p 79, 87;

(4) د. حمدان بن درويش الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، بحث منشور في قسم البحوث الإدارية والإنسانية معهد خادم الحرمين الشريفين، العدد 35،ج1، 2012،ص 758.

1- يتم حصر العناصر المادية التي تسمح بتحديد العلاقة الأكثر وثوقاً.
2- يقوم القاضي بهذا التحديد وفقاً للأهداف الخاصة بالقانون الدولي الخاص لتحديد أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة وهذا ما سنبينه وفقاً للآتي:

أ- الضوابط المستخدمة في تحديد القانون الذي ترتبط معه العلاقة القانونية برابطتها الأكثر وثوقاً. لمعرفة تلك الضوابط لابد من معرفة اراء الفقهاء في تقسيم تلك الضوابط وتقيمها وعلى النحو الاتي:

اولاً- يفرق الفقه في هذا الصدد بين الضوابط الموضوعية والضوابط الشخصية[1] .

كان من شأن عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات الحياة الدولية للأفراد لا سيما في جانبها الاقتصادي ميلاد الحاجة إلى حلول موضوعية أو مادية تلائم معطيات الحياة الجديدة وتعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين القوانين الوطنية[2] .

إذ قسم الفقه الضوابط الموضوعية إلى عناصر موضوعية أساسية أو تقليدية، أخرى اختيارية، وتتنوع القواعد الموضوعية أو المادية بحسب المصدر التي تستقي منه ويمكن تصنيفها تحت طائفتين: القواعد الموضوعية ذا الطابع التشريعي والقواعد الموضوعية ذات النشأة التقليدية[3] . ومثلما وضحنا آنفاً أن الفقه يقسم تلك الضوابط الموضوعية إلى العناصر الموضوعية التي تعمل على تركيز العلاقة محل النزاع، أي: يقسم هذه الضوابط إلى ثلاث مجموعات المجموعة الأولى ضوابط الاسناد التقليدية وتختلف هذه الضوابط باختلاف العلاقة القانونية ففي علاقات الأحوال الشخصية يتم الاعتداد بضابط الجنسية والموطن ومحل الإقامة بصفة رئيسية، وفي مجال الالتزامات العقدية هناك ضوابط إسناد موضوعية أخرى يجب الاعتداد بها ومثالها، مكان منشأة الأطراف التجارية ومكان تنفيذ الاداءات التي يرتبها العقد واختيار الأطراف لمكان التحكيم، كذلك في مجال الالتزامات التقصيرية هناك عدد من الضوابط التي تتسم بأهميتها في تحديد القانون الذي تحتفظ معه هذه الالتزامات بالرابطة الأكثر وثوقاً.

بين الفقيه سافيني ان سبيل حل مشكلة التنازع يكمن في أن كل رابطة قانونية لها مركز مكاني، وعلى هذا يتعين تحليل الرابطة وتحديد طبيعتها لتركيزها في مكان معين ثم تطبيق قانون هذا

(1) د. احمد الهواري، نظرات في استثناءات...، مصدر سابق، ص132.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص631.
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص631-632.

المكان في شأنها، ومركز الرابطة على هذا النحو هو المكان الذي تحقق فيه كافة آثارها أو معظم هذه الآثار[1] .

معظم هذه الضوابط تبنتها المادة 2/145 من التقنين الأمريكي الثاني غير الرسمي لتنازع القوانين: والتي تنص على" تشمل عناصر الارتباط التي يجب الاعتداد بها عند تطبيق مبادئ المادة السادسة لتحديد القانون الواجب التطبيق على أ/ محل الضرر. ب/ محل حدوث السلوك الذي تسبب في الضرر. ج/ جنسية وموطن ومحل إقامة الأطراف وكذلك مقر الشركة أو المنشأة التي يعملون بها. د/ المكان الذي تتركز فيه اية علاقة أخرى ترتبط بين الافراد" [2] .

وإعمالا لفكرة التركيز المكاني فقد اخضع (سافيني) حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الموطن كما اكد في خضوع الأموال لقانون موقعها أما الالتزامات التعاقدية فيرى في شأنها تطبيق قانون المكان الذي يجري فيه تنفيذ هذه الالتزامات[3] .

هناك ضابط موقع المال وله أهمية كبيرة في مجال الحقوق العينية والمواريث والنظم المالية للزواج، إذ إن من الأشياء المقررة منذ مدة طويلة أن الأموال تخضع عادة إلى قانون مكانها[4] . وقد أخذت بهذا الاتجاه المذكور انفاً، كل من استراليا وهولندا وبريطانيا والولايات المتحدة وفرنسا ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن ثقل هذه العلاقات هو انتقال الأموال من ذمة السلف إلى الخلف وبذلك فان الجانب المالي فيها له الدور الرئيسي بينما الجانب الشخصي له دور ثانوي ومحدد[5] .

التبرير الآخر لاختيار المحكمة التي تفصل في النزاع بواسطة الأطراف يعتبر ضابط تركيز موضوعي على درجة كبيرة من الأهمية على الرغم من عدم إشارة المحاكم إليه صراحة عند تطبيقها لاستثناءات تقويم الاسناد، على الرغم من ان ضوابط الاحكام تظهر أن إعمال استثناءات التقويم يكون في الأغلب الأعم لصالح قانون القاضي وإن اختيار المحكمة المختصة قد يعمل لصالح تطبيق قانون أجنبي إذا تبين عدم ملائمة هذا الاختيار، ومن التبريرات ضابط الزمن يعتبر

(1) نقلاً عند. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص40.

(2)G.P. DELAUME: "The European comvention." op. p 110; O. LANDO, "Conflict of law Rules for Arbitrators", مجموعة الاعمال المهداة إلى الأستاذ zweigert, 1981, ص169.

(3) نقلاً عن د. هشام صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص40.

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، المصدر السابق، ص303.

(5) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرات القانون الدولي في قسم القانون الخاص، المحاضرة 4، شبكة جامعة بابل، موقع الكلية، uobabylon.edu.iq, وقت الزيارة 2021/10/29، الساعة 4.47 م.

ضابط موضوعي على درجة كبيرة من الأهمية في تحديد الرابطة الأكثر وثوقاً للعلاقة محل النزاع، وكذلك وجود إلى جانب ضوابط موضوعية أخرى احتياطية يلجأ اليها القاضي فيما بعد أي بعد التأكد من تلك الضوابط وترجيح أيها تعزز وتوصل إلى نتيجة وتوجد تلك الضوابط بوجه خاص في مجال العلاقات الشخصية وهي ذات طبيعة نفسية وأخلاقية مثل الدين واللغة والوسط الاجتماعي[1] .

ثانياً- المجموعة الثانية تستند إلى وجود ضوابط شخصية يمكن عبرها تحديد القانون الأكثر ارتباطاً بالعلاقة وهذه الضوابط هي التوقعات المشروعة للأطراف ، إذ إن هذا الضابط لو تم تفسيره بطريقة موضوعية لا يمكن أن تتجه إلا لتطبيق القانون الذي تعينه قاعدة التنازع في الدولة التي تختص محاكمها بالفصل في النزاع[2] .

إذ تقوم نظرية المجموعة الثانية المذكورة انفاً على أساس استعمالها الضابط الموضوعي يتمثل بالأداء المميز في الرابطة العقدية وهو معيار يتصف بالمرونة ويؤدي إلى تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب أهمية الالتزام الأساسي ووزنه[3] .

إذا تضمن العقد اداءات عدة بلا شك أنه يتضمن اداءً جوهرياً يميز العقد عمن سواه ويكشف عن خصائصه الذاتية، لذلك يجب الاستناد إلى هذا الأداء في تحديد القانون الواجب التطبيق[4] .

على وفق ما ذكر آنفاً يتبين لنا جملة من الملاحظات نوردها بالاتي:

1. ان القانون الذي تختاره توقعات الأطراف إذا كان لا يرتبط مع النزاع برابطة وثيقة لا حاجة للاستعانة بتوقعات تلك الأطراف لتحديد القانون، إذ إن هذه التوقعات لا تمثل عنصراً جديداً في هذا التحديد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فأن توقعات الأطراف المشروعة تكون محلاً للاعتبار عند صياغة قاعدة التنازع، وعند تفسير هذه القاعدة في إطار مبدأ حسن النية.
2. وعلى خلاف مما ذكر فإن التوقعات المشروعة للأطراف تمثل عنصراً جديداً في تحديد العلاقة الأكثر وثوقاً للنزاع إذا ما تم تفسيرها بطريقة شخصية، في هذه الحالة يجب على

---

(1) ينبغي الإشارة إلى أن المادة 2 من القانون الهولندي الخاص بالتطليق يتطلب وجود علاقة اجتماعية فعلية للأطراف مع الدولة التي يثبت الاختصاص لقانونها F. SCHHWIND:" Entwurf eines bundesgesesetzes uberdas international privat und prozessrcht", zfrv,1971,p.181.

(2) د. احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، مصدر سابق، ص.137

(3) د. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، دون ذكر سنة طبع، ص150

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000،ص199.

القاضي البحث في تلك التوقعات، ولكن هذه التوقعات المشروعة للأطراف قد تثير العديد من المشاكل في تحديد أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة القانونية إذ قد تختلف هذه التوقعات من قانون إلى آخر لا سيما في تطبيقه، فقد تضفي الطابع الاختياري للقاعدة من وجهة نظر القاضي أو توسع النطاق الذي تسمح للأطراف في الاختيار للقانون الذي يحكم العلاقة القانونية.

3. ويلاحظ مما ذكر آنفا أن دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق قد تتحول إلى استثناءات تقويم الاسناد، ومثال ذلك على سبيل المثال ما جاء في المادة (15) من القانون الدولي الخاص السويسري، أن تسمح للأطراف باختيار ضمني لقانون موطن أحد الزوجين بحكم النظام المالي للزواج في حين أن المادة (52) لا تسمح لهم بذلك.
4. و قد تأتي الصلة بين العقد والقانون المختار من حاجة التجارة والمعاملات الدولية حيث شاع في التجارة الدولية إخضاع عقد لقانون معين بحيث يصبح عقداً نموذجياً لتجارة معينة كالحبوب حيث تخضع هذه العقود مجموعة من المؤسسات الدولية كغرفة التجارة الدولية إذ إن ما يتضمن العقد النموذجي الخاص بنوع معين من التجارة الدولية[1] .
5. قد يتضمن العقد النموذجي الخاص بنوع معين من التجارة الدولية تنظيماً خاصاً مستمداً من قانون معين كالقانون الإنكليزي مثلاً، ففي مثل هذه الحالة إذا ما ابرم المتعاقدان عقدهما على وفق العقد النموذجي واختارا القانون الذي يخضع له هذا النموذج يصبح القانون المختار ذا صلة بالعقد ولو لم تتوفر بين العقد وبين هذا القانون صلة من حيث الجنس والموطن وغيرهما[2] .
6. ونذهب المجموعة الثالثة إلى اتجاه اخر بقولها: أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة وليس للقاضي تغير القانون المختار بحجة أنه فقد الصلة المزعومة بينه وبين الرابطة العقدية ; لان من شأن ذلك ان يخل بتوقعات الأطراف ويهدد المصالح الفردية التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى حمايتها[3] .

عبر ما ذكر انفا يمكن القول بعدم وجوب الاعتداد بتوقعات الأطراف المشروعة فيما يتعلق بالقانون المختص عند تحديد أكثر القوانين ارتباطاً بالنزاع وذلك سواء لعدم جدوى هذا الضابط

(1) د. ثامر داوود عبود الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2015، ص56.
(2) د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج2 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص156.
(3) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص115-116.

أم لأن هذا الاعتداد قد يوسع من نطاق مبدأ ذاتية الإرادة ويكفي لتحديد هذه الرابطة استخدام الضوابط الموضوعية، بيد أن هذه التوقعات يمكن ان تحدد بشروط وهي وجود صلة ما بين العقد والقانون المختار سواء أكانت عناصر شخصية أم موضوعية لئلا يتوسع القاضي في تفسيرها، و في الوقت نفسه لا يسمح لأطراف النزاع استخدام التحايل والغش ورغباتهم الشخصية غير المشروعة للتخلص من القانون الواجب التطبيق ومس المصالح العامة أما إذا كانت العلاقة القانونية علاقة خاصة بين الأشخاص ولا تمس النظام العام والمصالح العامة فأن من حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم القانونية.

ب- تقييم الضوابط لتحديد أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة

عندما نقارن بين الضوابط الموضوعية والشخصية وبين الضوابط التي تصل العلاقة بمختلف القوانين يتبين أنه ليس لجميع هذه الضوابط نفس القيمة والاهمية وقد سبق أن تعرضنا للتفرقة التي يجربها الفقه بين الضوابط التركيزية والضوابط الاحتياطية.

تكفي في الغالب الضوابط الأولى لتحديد ما إذا كانت لعلاقة معينة ارتباط أقوى بقانونٍ ما وذلك بالمقارنة لارتباطها بالقانون الذي تعينه قاعدة التنازع ففي حكم للمحكمة الاتحادية السويسرية كانت معظم عناصر النزاع مثل موطن الأطراف وقت الدعوى وعملة الوفاء وجنسية أحد الأطراف تشير إلى القانون السويسري بوصفه أكثر القوانين ارتباطاً بعقد الوساطة[1] .

أما عندما تعجز هذه الضوابط عن تحديد الرابطة الأكثر وثوقاً للعلاقة يجدر بالقاضي التخلي عن تطبيق استثناءات التقويم وذلك للحفاظ على الطابع الاستثنائي لهذه الوسيلة لتقويم قاعدة التنازع[2] . و يأتي دور الضابط الاحتياطي على النحو الخاص حينما ينتمي اطراف العلاقة لثقافة مختلفة عن الثقافة السائدة في المجتمع الذي يعيشون فيه[3] .

إذ يمكن الأخذ بهذا الضابط في مسائل الأحوال الشخصية لأشخاص من المجتمعات الغربية ويعيشون في كنف مجتمعات إسلامية، عندما يرجع القاضي في هذه الحالة إلى القانون الأصلي فيما لم يتأقلموا بعد على المجتمع الإسلامي والعكس صحيح.

يجب الأخذ بنظر الاعتبار أن تقييم هذه الضوابط يؤخذ بها بحسب طبيعة العلاقة القانونية التي ثار بسببها النزاع، إذ إن الضوابط التقليدية أو الاصلية كضابط الجنسية مثلاً يكون على درجة من

(1) حكم للمحكمة الاتحادية السويسرية في قضية z.c.x (منشور في a.t.f، رقم 107، ج2،ص210.
(2) د. احمد الهواري، المصدر السابق، ص143.
(3) د. احمد محمد الهواري، المصدر نفسه ، ص 144.

الأهمية في مسائل الأحوال الشخصية كذلك الحال بالنسبة الى الضوابط الأخرى كضابط محل إبرام العقد، ومحل تنفيذه بالنسبة للالتزامات التعاقدية، كذلك تقيم تلك الضوابط على وفق أهميتها بالنسبة للعقد، وتتفاوت أهمية الضابط نفسه في منازعات مماثلة بحسب قوته في حل النزاع. وعليه فإن تقيم هذه الضوابط يكون نسبياً لكل عقد ونزاع على حدة.

2/ الأهداف التي ينبغي الأخذ بها في تحديد أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة

خلافا "restatement second "يجب تقييم الضوابط المستخدمة في تحديد القانون الذي تحتفظ معها العلاقة القانونية محل النزاع بالرابطة الأكثر وثوقاً في ضوء اهداف القانون الدولي الخاص فقط[1] .

يمكن تحديد هذه الأهداف على مرحلتين:

المرحلة الأولى يقوم التحديد بطريقة سلبية عن طريق استبعاد الأهداف والمصالح التي لا يجب الاعتداد بها في إطار إعمال استثناءات تقويم الاسناد، وفي المرحلة الثانية نتعرض لأهداف القانون الدولي الخاص التي يجب أن تؤخذ بالحسبان[2] .

بوجه عام يتم استبعاد استثناءات التقويم إذا كانت المصلحة العامة للدولة، إذ إن المصلحة العامة تكون محل اعتبار للدفع بالنظام العام، أو القواعد ذات التطبيق الضروري وإزاء ذلك فقد وَجدت الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص ضالتها في فكرة تقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال طبيعتها الذاتية بدلاً من نظرية التركيز الموضوعي لهذه الرابطة عبر ظروف التعاقد وملابساته في كل حالةٍ على حدة، وذلك يكون عن طريق تجزئة الإسناد الخاص بالعقود الدولية بحيث يخصص لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ضابط إسناد يتلاءم وطبيعتها يكون محدداً سلفاً عبر قواعد الإسناد[3] ، وهو ما يسمح بإسناد تلك الفئة للقانون الأوثق صلة بها في ضوء الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تنفيذه، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيس في العقد، والذي يتميز عن الالتزامات الأخرى المتولدة عنه، وذلك عملاً بفكرة الأداء المميز التي تتخذ محل إقامة المدين بهذا الأداء ضابطاً للإسناد في قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية، وهي الفكرة التي اعتنقها

(1)VISCHER l, W.L.M. REESE, in J.A. MARTIN (ed), Perspectives on Conflict of Laws, Choice of law. Boston, 1980, p. 45..

(2) د. احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص146

(3) د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص259.

جانب من فقه القانون الدولي الخاص وأخذت بها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (مادة 2/4)، كما تبناها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[1] .

وفكرة الأداء المميز تختلف عن نظرية التركيز الموضوعي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته، وإنْ كانت تُعد صورةً من صور التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، بحكم أن التركيز وفقاً هذه الفكرة يكون ذاتياً، أي: مُراعياً لطبيعة العقد والأداء الجوهري فيه بالنظر إلى وظيفة العقد في الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

على ضوئها يتم تفريق العقود ذات الطبيعة المتنوعة وإسناد كل فرقة منها إلى قانون معين على نحوٍ تتحقق به المرونة المتطلبة لإدراك العدالة ولا يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد[2] .

لأن اختلاف التركيز لا يترتب على تنوع ظروف التعاقد وملابساته الواقعية في كل حالة على حدة، وإنما يرتد إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، مما يُمكِّن أطراف العقد من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد ابتداءً القانون الواجب التطبيق على العقد المراد إبرامه. ولا يخفى على وفق ما ذكر الاتجاه نحو تعدد قواعد الإسناد وتنوعها بحسب طبيعة الرابطة العقدية محل الإسناد يؤدي إلى تجزئة الأفكار المسندة بحيث يتم إسناد كل مسألة تفصيلية إلى القانون الأوثق صلة بها، وهو ما يضفي على قواعد الإسناد الدقة والتفصيل[3] .

تمنح هذه القواعد القدرة على تقديم حلول تفصيلية ومتدرجة للتنازع وتحدد القانون المناسب لكل مسألة من المسائل المطروحة، وذلك بدلاً من أن يكون الإسناد قائماً على أفكار عامة تتسم بشمول واتساع موضوعاتها، مثلما الحال بقواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية، أو بالالتزامات غير التعاقدية، أو بالعقود المالية بصفة عامة، وهو إسناد لا يلائم التطور الحاصل في القانون الدولي الخاص المعاصر.

(1) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص97 وما بعدها.
(2) د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، بيروت، 1986، ص352-353.
(3) د. صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص325.

على ضوء فكرة الاسناد المميز فإن عقد التأمين الدولي، يخضع لقانون مركز إدارة المؤمن متمثلاً بشركة التأمين[1] ، ويخضع عقد بيع المنقولات للقانون السائد في محل إقامة البائع أو محل منشأته إذا كان شخصاً معنوياً[2] ، وهكذا في سائر العقود الدولية الأخرى.

على الرغم من ذلك فان فكرة الأداء المميز التي كان الهدف من ورائها تحقيق عدالة الإسناد في مسائل العقود الدولية، والحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين، ربما لا يمكنها تحقيق الأهداف في جميع أنواع العقود الدولية وفي مختلف النزاعات التي تنصب على مثل هذه العقود، إذ يمكن أن يؤدي تطبيق الفكرة في بعض أنواع العقود إلى الإخلال بتلك الأهداف التي جاءت لتحقيقها، مثلما الحال في العقود الدولية التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات للأفراد عادةً ما تتضمن طرفاً قوياً هو المُوجب متمثلاً في شركات الإنتاج والخدمات الضخمة، في مقابل طرف آخر هو المستهلك، والذي يكون طرفاً ضعيفاً في العقد وغالباً ما يكون رضاؤه منقوصاً تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان للمتعاقد الآخر[3] .

العقود التي تُعرف عادةً بعقود المستهلك يكون المدين بالأداء المميز فيها هو التاجر المحترف أو المهني، باعتبار ان المستهلك يتصرف خارج نشاطه المهني، ويحصل على السلع أو الخدمات من أجل استعماله الشخصي أو العائلي، و إسناد هذه العقود بالاستعانة بمفهوم الأداء المميز ينطوي على نوع من الخطورة على المستهلك; لأن هذا الإسناد يقود إلى تطبيق قانون دولة التاجر، أو المهني وهو الطرف القوي في العقد في مواجهة الطرف الضعيف المتعاقد معه[4] ، فينتج عن ذلك تعرض المستهلك لخطر فقدان الحماية التي قد يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة، كما أنه يخل بتوقعاته المشروعة بشأن القانون الواجب التطبيق، لكون قانون محل إقامته هو القانون الذي يستفيد المستهلك من الحماية المقررة فيه.

نرى على ضوء ما ذكر انفاً ان عدم اعمال استثناءات التقويم عند توافر شروط هذا الإعمال إذا اتصف القانون الذي تعينه قاعدة التنازع بصفة غير مألوفة للقاضي ما دام يضمن تحقيق الأهداف التي تضمن احترام سيادة الدولة في الحكم الصادر في النزاع ومتى توافرت شروط استثناءات التقويم فأنها ترتب اثارها على النزاع.

---

(1) د. صفوت احمد عبد الحفيظ، المصدر السابق، ص 194.

(2) د. محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الرابع،1974، ص280.

(3) د. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص41.

(4) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002، ص163.

الفرع الثالث/ استثناءات تقويم الاسناد في مسائل الأحوال الشخصية

يعد الأستاذ maridakis واضع التقنيين المدني اليوناني ومقرر مجمع القانون الدولي أول من اقترح استثناءً في تقويم الاسناد ليطبق على مختلف مسائل حالة الأشخاص واهليتهم بشأن مسألة الإحالة اذ جاء في تقريره الاولي الذي قدمه للمجمع في 1 فبراير1956 المعارضة الشديدة للإحالة واقترح الاستعاضة عنها باستثناء لتقويم الاسناد[1] .

يرى الأستاذ إن اقتران قاعدة الاسناد الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم بعقد الاختصاص لقانون الجنسية أو للموطن، استثناءً على تطبيق القانون إذا ما تبين أن هناك ظروف خاصة تقتضي تطبيق قانون دولة أخرى بوصفه القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع[2] .

إذ جاء في ترجمة الاقتراح المقدم من قبله بشأن الاستثناء لتقويم الاسناد على أنه:" من المستحسن ان تتراجع الدولة للشخص الطبيعي واسرته وعلاقات الميراث تخضع للقانون الساري في دولة الجنسية أو محل الإقامة استثناء في الحالات التي يكون فيها ظروف معينة تفترض قانون دولة أخرى باعتباره الأنسب"، ورفض الاقتراح بواسطة اغلبية أعضاء اللجنة[3].

عبر دراسة الاقتراح لم يجد مؤيداً له، وانما وجه له نقداً شديداً إلا أنه لاقى قبولاً فقط من قبل الفقيه (wengler) الذي اعلن عبر مناقشة مسألة الإحالة ان الاستاذ (maridakis) قد ذهب إلى حد اعتباره كشفا وكشأن أي كشف ربما يجب مرور عدة سنوات لتقدير قيمته الحقيقية، ولعل التطور الحالي لظاهرة شروط تقويم الاسناد، وبين مدى صدق هذه النبوة[4] .

على الرغم من ذلك لم يجد لهذا المقترح أي تكريس في القانون الوضعي إلا أنه عرف نجاحاً محدوداً امام القضاء في بعض الدول ولا سيما سويسرا والنمسا وهولندا وفرنسا. ومن أجل تسليط الضوء على تلك الاستثناءات سنتناولها في هذه الدول المذكورة انفاً وعلى النحو الاتي:

---

(1) د. احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص35.

(2)II est desirable que les regle de dip sti pu lant I etat de la personne physique et ses rapports de famille et de succession sont regis d apres le droit en vigueur dans ietat de la nationalite ou du domicile sou ffrent une exception dans les cas ou les circonstances particulieres imposant le droit dun autre etat comme etat comme etent le plus approprie" "

(3) انظر حولية المجمع عدد 47، ج2، 1957، ص57 -88

(4) د. احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، مصدر سابق، ص37.

اولاً/ استثناءات تقويم الاسناد في القانون السويسري

لم يُعرف قبل سريان القانون الدولي الخاص السويسري الجديد إلا شرط استثنائي واحد جزئي لتقويم الاسناد في النسب بنص المادة 3/8 من القانون الفيدرالي الصادر في 25 يونيو 1891 لتنظيم علاقات القانون المدني بعد تعديله بقانون 25 يونيو 1976 والذي دخل حيز التنفيذ في الأول من يناير1978 [1] ، إذ ألغيت هذه المادة بصدور القانون الدولي السويسري الجديد وخصصت المادة 68 لتنظيم النسب[2] ، إذ تقضي المادة (الثامنة) منه بإخضاع مسائل النسب لقانون الموطن المشترك للأب والأم والولد، و تثور مشكلة النزاع بشأن نسبه إذا لم يكن لهؤلاء موطن مشترك، إذ خضعت مسائل النزاع لقانون جنسيتهم المشتركة فقرة 1 فإذا انتفت هذه الجنسية، انعقد الاختصاص للقانون السويسري فقرة2، وجاءت الفقرة 3 باستثناء تقويم الإسناد بتقريرها" ومع ذلك عندما يرتبط النزاع بعلاقة راجحة مع بلد اخر فأن قانون هذا البلد هو الذي يطبق"[3] وقد اظهر القضاء السويسري اعتدالا وحتى حذراً في لجوئه لهذا الاستثناء مما جعل تطبيقه يتسم بالندرة [4] . ففي حكم للمحكمة السويسرية الاتحادية في 18 يونيو 1981 رفضت المحكمة تطبيق هذا الاستثناء في دعوى اثبات بنوة طبيعية مرفوعة من طفل الماني لأم المانية وكل منهما يقيم في المانيا مع زوج الام ضد والد الطفل وكان سويسري الجنسية ومقيماً بسويسرا وذلك بقصد تقرير بعض الحقوق المالية للطفل الناشئة عن البنوة، ونظراً لعدم وجود جنسية مشتركة أو موطن مشترك للأطراف كان القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة(2/8) هو القانون السويسري إلا ان المحكمة الاتحادية رأت ارتباط النزاع بألمانيا اقوى من ارتباطه بسويسرا ومن ثم فأن القانون الألماني هو الواجب التطبيق وفقاً للمادة(3/8)، إلا أن المحكمة الفيدرالية رأت عكس ذلك إذ إن تمتع المدعى عليه بالجنسية السويسرية وتوطنه بسويسرا يمنع من اعتبار ان النزاع يحتفظ مع المانيا برابطته الأكثر وثوقاً[5] .

على الخلاف من ذلك قامت محكمة نيوشائل المدنية بتطبيق استثناءات تقويم الإسناد بتاريخ 5 ابريل 1982 على دعوى للإلغاء الاعتراف ببنوة طبيعية مرفوعة من طفل إيطالي الجنسية مولود في سويسرا ومقيم في إيطالياً مع والدته الإيطالية في وقت رفع الدعوى ضد صاحب

(1)KNOEPFLER,LOI DU 25 JUIN 1978 PORTANT UNIFIICATION DU CODE CIVIL SUISSE COMMENTAIRE RVE,1978,P188.

(2) وللمزيد حول هذا الاستثناء انظر BUCHER' Consequences de la suppression de la suppression de I'article 8 lrdc',1977,p 325.

(3)toutefois,lorsque I'espece presentedes rapprts preponderant avec un avec un autre pays,la loi de ce pays est applicable"

(4) انظر Dubl .51 .op.cit..,43p "…Les clauses d'exception

(5) وللمزيد انظر Duel، المصدر نفسه، بند 43، ص52

الاعتراف وكان إيطاليا مقيماً في سويسرا وكان الأب الحقيقي إيطاليا متوطنا في إيطاليا، إذ من المفترض تطبيق قانون الجنسية المشتركة وفقا للمادة(1/8) ونظراً لعدم وجود موطن مشترك لجميع الأطراف ومع ذلك فقد اعتبرت المحكمة ان صلة النزاع بدولة سويسرا أقوى من صلته بإيطاليا، على اعتبار أن الطفل ولد فيها وتم قيده في سجلات الأحوال الشخصية بها وكذلك لأنه يخص لنظام الوصاية بها وكذلك أن للمدعى عليه موطنا بها[1] .

ثانياً- استثناءات تقويم الإسناد في القانون النمساوي

يتضمن القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 15 يونيو 1978 في المادة 18 استثناءً جزئياً لتقويم الإسناد إذ تخضع هذه المادة الاثار الشخصية للزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين كحل لمواجهة مشكلات الزواج الاعرج[2] ، إذ جاءت الفقرة الثانية باستثناء مقتضاه أنه إذا كان الزواج صحيحاً وفقا للقانون النمساوي وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوجين فإن القانون النمساوي هو الذي يطبق[3] .

هدف المشرع النمساوي من وراء ذلك هو تقليل أو تجنب إعلان بطلان زواج اليونانيين التي تبرم في النمسا مدنياً، ولأنه فكر أيضا في الزواجات التي يمكن أن تتم خارج النمسا في هذا الشكل، أورد جملة ثانية في نهاية 2/18 التي تنص على أنه "اذا كان للزوجين رابطة أكثر قوة مع بلد ثالث يعد الزواج صحيح وفقاً لقانونه فان قانون هذا البلد يكون واجب التطبيق بدلاً من القانون النمساوي"[4] .

كان الفقه اليوناني قبل عام 1982 وهو تاريخ تعديل القانون المدني اليوناني يضرب المثال على حالة يمكن ان يتدخل فيها هذا الاستثناء بالفرض الذي يقوم فيه يونانيان بالزواج في سويسرا في الشكل المدني ويتخذ سويسرا مدة طويلة موطناً للزوجية ثم ينتقلان إلى النمسا، وإذا ما نشأ نزاع بشأن الاثار الشخصية للزواج أمام القضاء النمساوي خضع للقانون اليوناني بوصفه قانون الجنسية المشتركة وبما أن هذا القانون يعد هذا الزواج باطلاً فان القانون النمساوي يصبح واجب التطبيق، ولكن إذا كانت صلة الزوجين بسويسرا اقوى من صلتهما بالنمسا فان القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق إعمالا لاستثناء تقويم الاسناد الذي تضمنته المادة 2/18 والواقع أن عقد

(1) د. احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، مصدر سابق، ص40.
(2) الزواج الاعرج وهي الحالات التي يكون الزواج صحيحا في دولة العقد وباطلا وفقا لقانون جنسية الزوجين كأن يكون الزواج صحيحاً في القانون النمساوي وباطلاً في قانون جنسية الزوجين.
(3) ويتبنى القضاء الفرنسي وللمزيد انظر نقض مدني 27 فبراير 1947، المجلة الانتقادية، 1947، ص444 مع تعليق لنبواته.
(4) ذكر نص المادة 2/18 في كتاب الدكتور احمد الهواري، المصدر نفسه، ص42.

الاختصاص للقانون النمساوي لن يخلو من أهمية عملية إذا ما انصب النزاع على أهلية أياً من الزوجين لكفالة شخص من الغير فالقانون السويسري لا يعتبر هذه الكفالة صحيحة إلا إذا وافق عليها الزوج الاخر كتابة وهو شرط لا يطلبه القانون النمساوي[1] .

يتبين مما ذكر آنفاً ان المشرع النمساوي أراد من هذا الاستثناء تجنب إعلان بطلان زواجات اليونانيين التي تبرم النمسا في الشكل المدني، وكذلك في الزواجات التي يمكن أن تحصل خارج النمسا إذا كان للزوجين رابطة أكثر قوة مع بلد ثالث فيعد حينها الزواج صحيحاً وفقاً لقانونه وقانون هذا البلد يكون الواجب التطبيق بدلاً من القانون النمساوي.

ثالثاً- استثناءات تقويم الاسناد في القانون الهولندي

يعتبر القانون الدولي الخاص الهولندي أكثر القوانين التي تضمن استثناءات تقويم الإسناد في مجال مسائل الأحوال الشخصية، وتعد هذه الاستثناءات اكثر تطبيقاً في احكام القضاء الهولندي لاسيما المتعلقة في مجال الطلاق[2] .

قام المشرع بعد ذلك بتكريسها في القانون الصادر في القانون الصادر في 25 مارس 1981[3] لحل مسائل تنازع القوانين الخاصة بالطلاق والانفصال الجسدي في المادة 1/1 من هذا القانون تعقد الاختصاص بحكم هذه المسائل في المقام الأول لقانون الجنسية المشتركة للزوجين شريطة أن يكون لكل منهما رابطة اجتماعية فعلية مع دولة هذه الجنسية، إذ إن هذا القانون يطبق بالرغم من انتفاء الرابطة بالنسبة إلى أحد الزوجين إذا اتجهت ارادتيهما إلى اختياره[4] .

إضافة إلى الاستثناء السابق فقد وضع القضاء الهولندي استثناء لتقويم الإسناد في مجال النظم المالية استبعدت محكمة النقض الهولندية تطبيق القانون الهولندي الذي تعينه قاعدة الاسناد في قضية van leer [5] .

لجأ القضاء الهولندي ايضاً في استثناء تقويم الاسناد في مسائل التبني ، إذ جاء في عدة من المسائل استبعاد تطبيق قانون جنسية المتبني لصالح القانون الهولندي بوصفه قانون الموطن[6] .

(1) انظر Dubler" les clauses…." Op.cit n.44.p52
(2) انظر siehr" domestic relations in European…."op.cit p45.
(3) نصوص هذا القانون مترجمة للفرنسية ومنشورة بالمجلة الانتقادية1981، ص 809 وما بعدها.
(4) د. احمد الهواري، نظرات في استثناءات التقويم، مصدر سابق، ص44-45.
(5) للمزيد عن قضية van leer يراجع hoge haad,10 December 1976, rev.crit.1978,p97.
(6) للمزيد انظر dubler'clauses d'exception..'op.cit.,p53.

يتبن مما تقدم أن القضاء الهولندي ومن بعده المشرع أراد من هذا الاستثناء تطبيق القانون الأنسب للأطراف بتوافر شرطين وهما

1- وجود رابطة فعلية بين الزوجين وبين قانون جنسيتهما المشتركة
2- هو اتجاه ارادتهما إلى اختيار هذا القانون.

رابعاً- استثناءات تقويم الاسناد في القانون الفرنسي

تبين في الدراسات لبعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي وجود استثناء في تقويم الاسناد الذي تبنته قواعد الإسناد لمسائل الأحوال الشخصية في فرنسا، إذ إن بعض هذه الاحكام لا يمكن تفسيرها من غير وجود هذا الاستثناء، بل وان بعض هذه الدول تلجأ إلى النظام العام بطريقة تعسفية لاستبعاد القانون الذي تعينه قاعدة التنازع بحيث لا يمكن تبرير هذا الاستبعاد بالنظر لمضمون هذا القانون، و بالنظر لضعف ارتباطه بالنزاع أي: أن هذه الاحكام تستتر وراء فكرة النظام العام لتتوصل إلى نتائج كان يحققها استثناء تقويم الاسناد لم يسمح به بعد القانون الفرنسي صراحة[1] .

أول مجموعة من الاحكام تتعلق بالحالة الشخصية للاجئين السياسيين الذي لا تغطيهم الاتفاقات الدولية المنظمة لحق اللجوء[2] .

إذ لا تثور مشكلة في تحديد القانون الذي يحكم الحالة الشخصية للأشخاص الذين تنطبق عليهم صفة اللاجئ السياسي اذ بحسب اتفاقية جنيف 28 يوليو1951 تسند هذه المسائل صراحة إلى الموطن فإذا لم يكن للاجئ موطن فيسند إلى قانون محل اقامته[3] .

ذهب القضاء الفرنسي في حكمين له إلى أن الحالة الشخصية للاجئ السياسي المقيم في فرنسا والذي لا يخضع لنظام اللجوء وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا النظام يجب ان تخضع للقانون الفرنسي ففي الحكم الأول الصادر من محكمة استئناف باريس في 23 نوفمبر 1954 [4] .

المتعلق بحضانة طفل زوجين مجرين الجنسية لجأ سياسياً لفرنسا عام 1947 وتطلقا عام 1953 ولم يكونا من المشمولين بالاتفاقية آنذاك; ولأن الحق في الحضانة وفقاً للتكييف المعمول به في

(1) د. احمد الهواري، نظرات في استثناءات التقويم، المصدر السابق، ص46.
(2) ينبغي الإشارة إلى ان اللاجئين السياسيين الذين لا يتمتعون بنظام اللجوء السياسي وفقا لهذه الاتفاقيات يمثلون طائفة قانونية في طريقها للزوال وذلك بسبب سريان الملحق الخاص بالنظام القانوني للاجئين والموقع في 31 يناير 1967 فهذا الملحق يلغي القيود الزمنية والجغرافية والتي تضيق من نطاق تطبيق اتفاقية 28 يوليو 1951.
(3) للمزيد راجع مادة 12 من اتفاقية جنيف 1951
(4) للمزيد انظر المجلة الانتقادية، بحث منشور سنة 1956، ص63 مع التعليق.

القانون الفرنسي يعد اثرا للتطليق وكان القانون الواجب التطبيق في النزاع وفقاً لقاعدة الاسناد المعمول بها في ذلك الوقت هو القانون المجري بوصفه قانون الجنسية المشترك للزوجين، إلا أن محكمة استئناف باريس رأت عدم تطبيق هذا القانون وبررت ذلك بأن الزوجين انقطعت صلتهم بدولة المجر، إذ إنهم هربوا منها ولجئا إلى دولة أخرى وهي فرنسا إذ من غير الممكن التمتع بحماية دولتهم الاصلية، ولا يمكن القول بأن ولائهم وانتمائهم مازال لدولة المجر التي تقوم عليها فكرة الجنسية وهي فكرة عامة محضة ليس لها مضمون مادي أو قيمة فعلية وخلصت المحكمة من ذلك إلى وجوب معاملة أطراف النزاع وكما لو كانوا عديمي الجنسية ومن ثم إخضاع مسائل احوالهم الشخصية لقانون موطنهم أو إقامتهم وهو قانون الوسط الاجتماعي الذي اندمجوا فيه[1] .

ويلاحظ من الحكم أعلاه أنه تضمن استثناء ضمنياً لتقويم الإسناد إذ إنه استبعد تطبيق القانون المجري بيد أن هذا الحكم كان يتطلب من المحكمة القيام ببيان ان جنسية اللاجئين هي مجرد انتماء نظري بحت دون أي مضمون عملي فعلي أو واقعي وبالإضافة إلى ذلك كان على المحكمة أن تبحث عن قاعدة اسناد بديلة، إذ إنها اخذت بضابط الموطن أو الإقامة والذي يؤدي إلى تطبيق قانون الوسط الاجتماعي الذي اندمج فيه.

أما الحكم الثاني والذي يبين فيه استثناء التقويم في حكم لمحكمة النقض الفرنسية المنشور في المجلة الانتقادية سنة 1974 وقد صدر هذا الحكم في نزاع يتعلق بأهلية لاجئ سياسي سوري وهو يماثل في مضمونه الحكم السابق مع اختلاف بسيط جداً في تسبيب المحكمة فالمحكمة، تبدأ الحكم أن اللاجئ غادر سوريا بسبب نشاطه السياسي وأنه بعد اقامته بالأراضي الفرنسية تمت إدانته بواسطة السلطات السورية لخدمات أداها لفرنسيا وأنه بمقدوره مخاطبة جهات التمثيل الدبلوماسي السورية في فرنسا وأن يتمتع بصفة اللاجئ السياسي، فضلاً عن توطنه في فرنسا لكل هذه الأسباب تنهي المحكمة إلى وجوب إخضاع حالة اللاجئ واهليته للقانون الفرنسي[2] .

المطلب الثالث/ نظرية الملائمة ومبدأ الأداء المميز

يذكر صاحب فكرة الأداء المميز هو الفقيه السويسري (شنايتزر)، أنه يوجد طرف واحد في الحياة الاقتصادية للعقد ، يكون له دور فعال وظاهر في إبرام العقد، فهو الذي يبيع وينقل ويعطي الفرض ... ، أما الطرف الآخر فهو مجرد عميل لا يمارس وظيفة في إبرام عقد البيع أو النقل أو غيره ولكن قد تكون له وظيفة تجارية أو زراعية أو غيرها ، ويتمثل التزامه دائماً في

(1) د. احمد الهواري ، نظرات في استثناءات التقويم، المصدر السابق، ص48
(2) د. احمد الهواري، المصدر نفسه ، ص 50

مبلغ من النقود ، وهنا يكون من السهل تحديد الأداء المميز للعقد ، وهو الأداء الذي يلتزم الطرف الأول بالنظر إلى وظيفته في الحياة الاقتصادية للعقد[1] . وهذا المعيار وهو الأداء الغالب المميز العملية التعاقدية وتقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تحليل طبيعة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو للالتزام الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه[2] .

لما كان ذلك الأداء أو الالتزام غير متساوٍ في كل العقود ، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة[3] .

يعني هذا أنه عند انتفاء الإرادة يتوجب على القاضي المرفوع أمامه النزاع في تحديد القانون الذي يحكم العقد ان يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي يمكن من خلالها ان تحدد منذ البداية الأداء المميز فيها أي الالتزام الجوهري الذي يفرضه العقد، حيث يتم إسناد العقد في مجموعه إلى مكان التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي، إذ يعد مركزاً للرابطة العقدية في مجموعها[4] .

يرجع ترجيح قانون مكان إقامة المدين بالأداء المميز إلى وضوح هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به ، بدلا من الاعتداد بمكان التنفيذ الفعلي والذي قد يكون مجهولاً عند التعاقد ، فضلاً من أن الراجح أن يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد في مكان إقامة المدين بهذا الأداء أو الالتزام، وهو ما يعني تطابق كل من مكان التنفيذ الفعلي ومكان التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال[5] .

يؤكد الأخذ بهذا الإسناد أيضاً ان المدين بالأداء المميز هو في العادة من التجار المحترفين ، وإذا كان الاعتداد بمكان إقامة المدين بالأداء المميز في العقد ، أو مركز إدارته إذا كان شخصاً اعتباريا، هو الذي يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق ، فإن مراعاة هذا الأمر تقضي بداهة أن يكون المقصود ، عند تغيير مكان الإقامة المعتاد أو مركز المنشأة التجارية أو

(1) د. ثامر داوود عبود، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، مصدر سابق، ص169.
(2) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، ص 153
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص199.
(4) د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص 313.
(5) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص589.

الصناعية ، هو مكان الإقامة أو مركز المنشأة عند التعاقد ، فهذا هو الوقت الذي يصون للمتعاقدين توقعاتهم في شأن قانون العقد ويحقق لهم على هذا النحو الأمان القانوني الذي ينشدوه منذ البداية[1].

تسعى نظرية الأداء المعيز بوصفها نظريـة حديثة في النطاق العام للمذهب الموضوعي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي إذ اعتمدت في عملية توزيع الإسناد إلى تخصيص ضابط إسناد لكل طائفة من طوائف العقود وفق فكرة الأداء المميز للعقد، ومن ثم خضوع العقد لقانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققاً فيه وعدم اعتماده ضوابط إسناد جامدة، دون البحث عن ظروف التعاقد وملابساته ومنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد الفنون الواجب التطبيق.

بتعبير آخر أن نظريـة الأداء المميز أو الجوهري تنطلق من نقطة بسيطة أساسية أو جوهرية مفادها: ان البحث في الطبيعة الخاصة بكل عدد من العقود الدولية لغرض إسناده لقانون الوسط الذي يباشر فيه وظيفته الأساسية[2] .

إذا كانت فكرة الأداء المميز قائمة على أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه ويتم تحديد هذا الأداء بمقتضى عملية تركيز موضوعي بحت لا مكان فيه لأي عنصر شخصي الرابطة العقدية، إلا أنه تركيز موضوعي يختلف عن التركيز الذي يتحدد بمقتضى نظرية الأستاذ (باتيفول) أو نظرية التركيز الموضوعي [3] .

انتقد الفقه الانكلوسكسوني المنهج التقليدي في الاسناد معتقدا أنه لإيجاد الحل العادل للنزاع يتوجب على المحكمة التحقق في كل حالة على حده من أجل فحص المحتوى الموضوعي للقوانين محل التنازع.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن تطبيق قواعد الاسناد يؤدي إلى اختيار قانوناً آخر معين، وليس وحدة قانونية معينة كالقانون الفرنسي أو العراقي، ومن أجل أن ينطبق قانونها بشكل عام على المنازعة يرى هذا الجانب من الفقهاء ان تطبيق قواعد الاسناد يجب ألا يكون هناك عوائق وحواجز بين القواعد التي تحدد القانون والقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي.

(1) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص592.
(2) د. ثامر داوود، مصدر سابق، ص179.
(3) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص71.

لذلك القانون وتطبيقا لذلك كله يدون أن من المستحيل صياغة قواعد غير مناسبة لحل مشكلات تنازع القوانين لعدم تحقق فكرة التطابق أو الامتداد بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي.

كردة فعل من الانتقادات التي وجهت إلى منهجية قواعد الإسناد، تم تبني معيار القانون الملائم أو التركيز على العناصر الأكثر أهمية في العلاقة، اذ تبنت صياغة اللائحة الثانية 205 من القانون الأمريكي نهجاً أكثر مرونة من النهج الذي اعتمدته صياغة اللائحة الأولى 206 إذ كانت أكثر جموداً وفقا لمنهجية عمل اللائحة الثانية في القانون الأمريكي ،إذ وضعت في نفس الوقت مجموعة من المبادئ لتساعد المحاكم في تطبيق هذه القاعدة[1] .

تبين مما تقدم ذكره انفاً على المشرع والقضاء الاخذ بالحسبان عند سن تشريع أو صياغة أو تفسير قواعد تنازع القوانين أن لا تسترشد ولا تستنبط من المبادئ العامة المعدة مسبقاً فحسب، وانما يجب ان تسترشد باعتبارات السياسية التي تعتمد على الأهداف التي ينوي اليها المشرع والمحاكم في تحقيقها.

المطلب الرابع/ نظرية الملاءمة ومفهوم الإحالة

أضحى وجود العلاقات ذات العنصر الأجنبي الملازم لنمو الحياة الدولية للأفراد من علامات التطور في الوقت الحاضر إذ لا توجد دولة التي تعيش بمعزل عن غيرها داخل حدودها وكان لابد لكل نظام قانوني أن يعني بمجابهة وتنظيم تلك العلاقات، ويتم ذلك على اشتمال القاعدة القانونية على نوعين من القواعد الموضوعية أو القواعد الوطنية أو الخالية من العنصر الأجنبي والنوع الثاني من القواعد هي قواعد التنازع التي تحكم العلاقات الدولية أو العابرة للحدود[2] . وعموماً الإحالة بأنها تلك النظرية التي تقضي بلزوم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية في قانون المحكمة في حالة وجود اختلاف في الحكم، ومن ناحية القانون الدولي الخاص فان القاعدة القانونية تتكون من نوعين من القواعد القانونية، إذ تتكون من قواعد موضوعية تنهي النزاع، وقواعد الاسناد أو قواعد تنازع القوانين التي تشير إلى

(1) خير الدين كاظم الأمين، بحث بعنوان نظرية انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26،العدد 8 ، 2018، ص 106

(2) احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية،2008، ص706.

القانون الأجنبي الذي يحكم النزاع فقط[1] .

لا تثير مشكلة الإحالة أدنى صعوبة فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية، وانما تثور الصعوبة فيما لو اختلفت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في القانون القاضي[2] .

فإذا أحالت قواعد الإسناد في الدولة التي اشارت قواعد التنازع الوطنية باختصاص قانونها إلى قانون أجنبي تعين تطبيق هذا القانون على واقعة الدعوى دون حاجة إلى استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها[3] .

ومما تقدم ذكره آنفاً يتبين لنا الآتي:

1- إن الذي يقول بان قواعد التنازع هي قواعد موضوعية تنهي النزاع معناه: عدم الاخذ بالإحالة ورفضها.
2- اما إذا كانت قواعد التنازع تشير إلى تطبيق قانون أجنبي معناه: قبول الإحالة وتطبيقها.
3- الإحالة على درجات فقد تكون الإحالة على درجة واحدة أو على درجات.
4- إذا احالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الحكم إلى قانون دولة ثالثة أخرى-قانون المحكمة- أو قانون دولة ثالثة فإن الإحالة تكون على درجة واحدة.
5- اما إذا أحالت إلى قانون دولة أخرى، فأن الإحالة تكون متعددة فاذا أحالت المحكمة المختصة في النظر بالنزاع الامر مرة أخرى إلى القانون الشخصي أو قانون الجنسية للموصي، فان هذه الاحالات المتعاقبة أو المتعددة تسمى الاحالة المتعددة[4] .

فإذا عرض نزاع على القاضي لأعمال قاعدة الاسناد فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين فهنا يثور تساؤل هل يرجع القاضي إلى القانون الدولي الخاص فيه والذي يقضي بالإحالة أو على القاضي أن يرفض ويتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ويطبقها على النزاع دون ان يكترث لقواعد التنازع التي يتضمنها القانون؟

من الواضح أن مشكلة الاحالة لا تثور عندما تتحد قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية وانما تثور الصعوبة عند اختلاف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي أي عند وجود تعاكس بتطبيق القانون. وهنا يكون القاضي امام خيارين

(1) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونيين العراقي والمقارن، مطبعة الحكومة بغداد، ط1، 152لسنة 1972،ص265-266.
(2) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 108.
(3) د. هشام صادق، ص ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 109.
(4) د. هشام خالد، الإحالة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2014، ص 40-58.

أما الانصياع لقواعد الإسناد الأجنبية ام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الخاص به دون أن يعبأ لما تشير اليه قواعد الإسناد الأجنبية.

مما تقدم يتبن أن المشرع الوطني إذا قضى باختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع فهذا لا يعني أنه تخلى عن النظر في الحكم في النزاع المعروض أمامه ولا يعتبر تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة، ولا يهدف إلى احترام إرادة المشرع الأجنبي بقدر ما يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع وتحقيق العدالة من وجهة نظر المشرع[1] . وأيضاً نلاحظ ان الإحالة تتفق مع نظرة الملائمة إذ إن المشرع أشار إلى تطبيق قواعد الاسناد الأجنبية والتنازل عن قواعد الاسناد الوطنية إذ إنها تعتبر أكثر ملاءمة لطبيعة النزاع وتحقيقا للعدالة.

بيد أنه رغم ايمان جانب كبير من الشراح بسلامة الإحالة فقد اختلف هؤلاء حول نطاق اعمالها اذ اتجه فريق اخر من الشراح إلى قبول الإحالة اينا كان نوعها في الأحوال التي يؤدي الأخذ بها إلى تحقيق العدالة، فإذا تبين للقاضي ان تطبيق الاحكام الموضوعية في القانون الذي أشارت قواعد الاسناد الوطنية باختصاصه سيؤدي إلى حل غير عادل فيكون له ان يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون ويقبل الإحالة منها إلى قانون آخر يحقق العدالة على نحو افضل[2] .

أما موقف التشريعات المختلفة من نظرية الإحالة فقد ذهبت تشريعات بعض الدول إلى عدم تحديد موقفها من نظرية الإحالة مثال ذلك تركيا، والأردن، ولبنان، والمملكة العربية السعودية، واليمن، والسودان[3] .

أما الاتجاه الثاني وعلى خلاف ما تقدم تذهب تشريعات بعض الدول إلى رفض الآخذ بالإحالة وذلك بتضمين الأخيرة نصوصاً قاطعة في هذا الصدد مثل العراق، واليونان، وسوريا، وليبيا وإيطاليا ،ورومانيا ، والمجر ، والولايات المتحدة الامريكية[4] .

ونسرد بعض الأمثلة على النحو الآتي:

(1) د. هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص94.
(2) د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، مطبعة الاعتماد، 1924،ص 292. ود. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، مكتبة النهضة المصرية، ط2، 1940، ص217.
(3) د. حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 200، الكتاب الثاني، ص97.
(4) د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص61.

أ- فالمادة 32 من القانون المدني اليوناني نصت على: " في الحالات التي تستوجب فيها تطبيق القانون الأجنبي لا تؤخذ القواعد الخاصة بالقانون الدولي منه بنظر الاعتبار".

ب/ وتذهب المادة 7 من مجموع تنازع القوانين الامريكية إلى رفض الإحالة بوجه عام إلا في حالتين فقط.

ج/ وتنص المادة 1/31 من القانون المدني العراقي الصادر على 1951 على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق إنما تطبق أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

د/ وتنص المادة 27 من القانون المدني الليبي الصادر عام 1954 على أنه" إذا تقرر أن قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"

هـ/ وتنص المادة 29 من القانون المدني السوري الصادر عام 1949 على أنه " إذا تقرر أن قانوناً اجنبياً هو الواجب تطبيقه فلا ينطبق منه إلا احكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

يبدو أن أنصار الإحالة لم يتخذوا موقفاً موحداً منها فهناك جانب من هؤلاء قد اَمن بالإحالة في الأحوال التي تؤدي فيها إلى اختصاص القاضي[1] .

يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر رغم محاولاته لتبرير وجهة نظره على أسس فقهية بنفس الاعتبارات التي دفعت القضاء الفرنسي نحو الاخذ بالإحالة إلى قانون القاضي، فالولع بتطبيق القانون الوطني والنظرة إليه على أنه أعدل القوانين المتنازعة لحكم المسألة المعروضة بالإضافة إلى الاعتبارات العلمية وصعوبة البحث عن القانون الأجنبي، كل ذلك دفع هذا الاتجاه نحو الايمان بالإحالة إلى قانون القاضي[2] .

الى جانب هذا الاتجاه نجد اتجاهاً اخر لم يتردد في تأييد الإحالة بنوعيها أي: حتى لو كانت من الدرجة الثانية كذلك لم يمانع جانب آخر من الفقه من الاخذ بالإحالة من الدرجة الثانية فيما لو تطابقت قاعدة الإسناد في كل من الدولة المحيلة والدولة التي تمت الإحالة إلى قانونها[3] . ويلاحظ ايضاً ان هناك جانب آخر من الشراح اتجه إلى قبول الإحالة أياً كان نوعها في الأحوال التي يؤدي

(1) د. هشام خالد، الإحالة، مصدر سابق، ص40-65.
(2) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، المصدر السابق، ص108.
(3) د. هشام صادق ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص المصدر نفسه ، ص109.

إلى تحقيق العدالة، فاذا تبين ان للقاضي ان تطبيق الاحكام الموضوعية في القانون الذي اشارت قواعد الاسناد الوطنية باختصاصه سيؤدي إلى حل عادل فيكون له أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون فيقبل الإحالة منها إلى قانون آخر يحقق العدالة على نحو أفضل[1] .

مما ذكر انفاً ظهر هذا الدور وهو " الانتقائي " للإحالة كما يراه جانب من الفقه الألماني، وهو دور يراعي فيه القاضي النتيجة النهائية التي سيؤدى إليها تطبيق القانون المختص. ومثل هذا الدور يذكرنا مرة أخرى بما سبق أن بيناه في صدد تخطى الفقه الحديث للطابع الحيادي المطلق لقواعد الإسناد على النحو الذي تصوره أنصار الفقه السافيني.

يعيب هذا الرأي أنه يترك للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في الأخذ بالإحالة من عدمه على ضوء ما قد يراه أكثر تحقيقاً للعدالة في كل حالة على حدة، ويعد هذا اتجاهاً لا يقبل الشك متعارضاً ومسلك القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقا للمبادئ العامة.

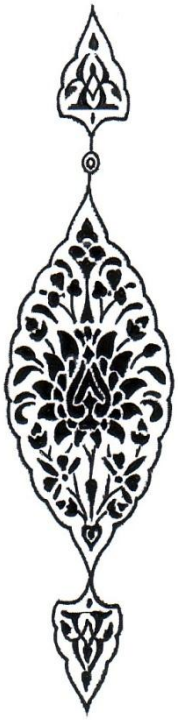
إذ ليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية على نحو يختلف من حالة لأخرى حتى لو كان ذلك تحت ستار تحقيق العدالة، وانما على القاضي أن يتخذ مسلكاً موضوعياً في تطبيق القاعدة القانونية حماية لاستقرار المعاملات ورعاية لتوقعات الأطراف[2] .

نلاحظ مما ذكر آنفاً ان أنصار هذا الاتجاه مؤيدون لنظرية الملائمة إذ إن القاضي لا يهتم بعد ذلك أن يكون تطبيق القانون الأجنبي قد تم خارج الحدود التي رسمها مشرع القانون بمقتضى قواعده الخاصة بالتنازع، وان المشرع الوطني لا يهدف إلى احترام إرادة المشرع الاجنبي، وإنما هو يسعى إلى تطبيق الأحكام الموضوعية التي يراها أكثر ملاءمة لطبيعة المسألة المعروضة بتطبيقه القانون الذي تشير اليه قاعدة التنازع، باعتباره قانون أكثر ملاءمة ويحقق العدالة على نحو أفضل، وبهذا فهو يتفق ونظرية الملاءمة على الرغم من قد لا تكون الرابطة بين القانون الأجنبي والعلاقة القانونية أكثر وثوقاً من العلاقة الذي تربط النزاع بالقانون الوطني ويبدو ان المشرع قد أدرك هذه الحقيقة.

(1) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص109.
(2) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص110.

الفصل الثاني

نظرية الملاءمة في مجال تنازع القوانين



الفصل الثاني

نظرية الملاءمة في مجال تنازع القوانين

القانون هو مرآة المجتمع ومن ثم فأن الفكر القانوني يعد نتاجاً لمجموعة من الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لهذا المجتمع هذا ولقد ظهرت أولى ملامح العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في العصر الروماني [1] . فمنذ بلورة قواعد التنازع اتسمت هذه القواعد بسمات معينة تختلف عن تلك المتعارف عليها في القانون الداخلي [2] . فهي قواعد ثنائية الجانب فقد تشير إلى تطبيق قانون غير القانون الوطني كما انها قواعد إجرائية وليست بقواعد موضوعية [3] . بالإضافة إلى صفتها اسناد أي لا تتضمن الحل المباشر للنزاع بل تشير بصورة غير مباشرة للحل الموضوعي عن طريق اسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق مما يضطر القاضي إلى البحث عن مضمون ذلك القانون بغية تطبيق احكامه الموضوعية [4] إلا أن التشريعات لجأت للتشريع الوطني الداخلي لتنظيم علاقات الافراد ذات الطابع الدولي ويبدو ذلك واضحاً من خلال اختلاف قواعد التنازع من دولة إلى أخرى على الرغم من تشابه ضابط الاسناد في بعض الدول إلا أن القاضي قد يخطأ في فهم ضوابط الاسناد التي تقوم عليها تلك القواعد [5] إذ إن مفهوم كلمة تنازع القوانين بمقتضى فقه القانون الدولي الخاص ينصب على التشريع الداخلي الموضوعي مما يؤدي إلى إمكانية استبعاد تطبيق أي نظام قانوني ذي مصدر غير وطني [6] ومن خلال الرأي الفقهي اعلاه تظهر أهمية التوسع في بيان أو تحديد مفهوم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص مقارنة بالقاعدة القانونية في القوانين الوطنية وجعلها أكثر ملاءمة لحكم المعاملات ذات الطابع الدولي وجعلها تحقق الاستقرار القانوني للعلاقات والروابط فيما بين الافراد عبر الحدود بين

---

(1) د جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ج4 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، المطبعة العالمية القاهرة، 1964، واعيده نشره تنازع القوانين وتنازع الاختصاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1969،ص53 وما يليها، د هشام علي صادق و د حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، الاسكندرية، 2000، ص36، د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، اصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة بدون تاريخ نشر، المنصورة، وفي الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية،1996،ص177-345.

(2) د احمد صادق القشري، مقال له بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة، العدد الأول، يناير 1968،ص119 وما بعدها.

(3) د جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف الاجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون ، 2002، ص 235 وما بعدها.

(4) د عكاشة عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 13 وما بعدها. د احمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 51 لسنة 1995، ص95 وما بعدها.

(5) د نادية إسماعيل محمود، مصدر سابق، ص206.

(6) د نادية إسماعيل محمود، المصدر نفسه، ص199.

الافراد باعتبارها وسيلة لتبادل اقتصادي هائل عبر الحدود . بيد ان القانون الدولي الخاص ومن ثم قواعد الاسناد ينحصر في قيامها بتحديد النظام القانوني الملائم لينطبق على النزاع هذا التوجه الذي اقره جانب من الفقه الانجلو سكسوني والذي اقره أيضا اللاتيني [1] . مع ملاحظة ان الفقه في هذه الحالة يتحدث عن قانون وطني داخلي وعلى خلاف الحال بالنسبة للفقه الأنجلو امريكي الذي يشير إلى ان قاعدة الاسناد (قواعد القانون الدولي الخاص) تشير إلى نطاق قانوني وليس مجرد قانون داخلي. عليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول الأساس القانون القانوني في قواعد الاسناد وقيمتها ونتناول في المبحث الثاني سنتناول النقص والفراغ التشريعي في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية وسنتناول في المبحث الثالث تحقيق نظرية الملاءمة في فض تنازع القوانين وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول/ الأساس القانوني في قواعد الإسناد وقيمتها

علينا قبل دراسة النظريات المقترحة بهذا الشأن يجب التعرف على موقف الشريعة الاسلامية من فكرة تنازع القوانين بصورة عامة والانتقال إلى مراحل تطورها في مصر والعراق وعليه سوف نقوم ببيان ذلك في مطلبين منفصلين وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول/ الأساس القانوني في قواعد الاسناد في الشريعة الإسلامية ومصر والعراق

إذ إن الفكرة الإسلامية تسوده بصوره خاصة وينقسم العالم بالنسبة لمفهوم القانون العام الإسلامي، إلى قسمين دار الإسلام ويشمل جميع الذين يخضعون للسلطة الإسلامية ودار الحرب ويشمل من لا يخضعون لها [2] . ومع الاعتراف بالدول الخاضعة لسلطة غير اسلامية وبقوانينها الا أنها دول معادية للسلطة الاسلامية لهذا لا يمكن أن يتصور تنازع قوانينها مع الشريعة الإسلامية أي لا يمكن ان تتنازع مع القوانين الإسلامية ولا يوجد مجال للتطبيق القانون في مجال الإسلام، ولم يسمح بتطبيقها في دولة الإسلام. إذ إن القاعدة الأساسية أن الشريعة الإسلامية سارية على الجميع وتطبق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم، ويدعم هذا الرأي ما جاء بكتاب الله." **وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا .....** " [3] . وفي قوله

(1) د ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 65.
(2) د غالب علي الداوودي ود حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون ذكر سنة طبع، ص30.
(3) سورة المائدة جزء من الآية 48

تعالى " **أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ** " [1] . ويرى غالبية الشراح ان الشريعة الاسلامية تطبق إذا كان المتقاضيان مسلمين أو كان أحدهما مسلماً سواء أكان الآخر ذمياً ام حربياً، ويكون نزاعهما من اختصاص القاضي المسلم مستندين في ذلك على قوله تعالى " **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا .....** " [2] وتبقى سيادة الشريعة الإسلامية ممتدة فتشمل المسلم في دار الحرب طبقا لما تفتضيه شخصية القوانين. ويحول هذا دون تطبيق قانون آخر عليه. وتطبق الشريعة الاسلامية ايضاً عند الاختلاف في ملة المتخاصمين غير المسلمين كأن يكون أحدهما مسيحيا والآخر يهودياً فتحكم علاقتها بالشريعة الاسلامية اما إذا كانا من ملة واحدة فيرى البعض [3] ان على القاضي المسلم المرفوع امامه النزاع ان يطبق شريعتهما[4] . وقد وردت في كتب الفقه الإسلامي احكام خاصة بغير المسلمين واختلاف الدارين وزواج غير المسلمين فيها بما تقرره شرائعهم [5] . يتضح مما تقدم ان الشريعة الإسلامية اخذت بمبدأ إقليمية القوانين فالقاضي المسلم لا يطبق الا الشريعة الإسلامية ويمتنع عن قبول منافس من شريعة أخرى. والشريعة الاسلامية في حالة ترك المسلم دار الاسلام إلى دار الحرب تلحقه ويخضع لها دون غيرها ولا يسمح بتطبيق القانون الاجنبي عليه وهذا مانع من ظهور تنازع القوانين ايضا [6] . لم تطبق المبادئ الشرعية بكل دقة وفي الآونة الأخيرة اذ تساهل حكام المسلمين مع المسيحيين الاجانب وسمحوا لهم بتطبيق قوانينهم للفصل في منازعاتهم وزادت الحكومة العثمانية هذا التساهل بارتباطها بمعاهدات المسلمين مع الدول المسيحية منح بموجبها لرعايا تلك الدول بعض الامتيازات التي أجيز بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية على علاقاتهم [7] . وقد تعهد العراق منذ سنة 1924 بأن يسمح، بمقتضى قانون خاص بتطبيق القوانين الاجنبية على الاجانب في العراق في مسائل الاحوال الشخصية وفي المواد المدنية والتجارية التي قضت العادة الدولية بان يطبق عليها قوانين بلاد اخرى، ويطبق ذلك القانون بالكيفية التي تعين قانوناً [8] .

---

(1) سورة المائدة الآية 50

(2) سورة النساء جزء من الآية 141

(3) كالحنفية بينما يرى اخرون ان الامر لا يتعدى الإقرار لغير المسلمين بالعمل بشرائعهم اما إذا طلب للقاضي المسلم الحكم وجب عليه ان يحكم بالشريعة الإسلامية وحدها مشار له في كتاب القانون الدولي الخاص، د غالب علي الداوودي، المصدر السابق، ص31.

(4) عبد المنعم، مبادئ القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص296.

(5) د غالب علي الداوودي، المصدر نفسه، ص31.

(6) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي ج3 تنازع القوانين، القاهرة1959،، ص36.

(7) د حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري، القاهرة ، 1941، ص173.

(8) وجاء في القانون الاساسي الملغي والصادر في 21 إذار سنة 1925 في المادة الرابعة والسبعين منه ما يلي" يشمل اختصاص المحاكم المدنية الامور الحقوقية والتجارية والجزائية وفقا للقوانين المرعية، الا أنه في مواد الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب وفي خير ذلك من المواد المدنية والتجارية التي جرت العادة الدولية على ان ينطبق عليها أحكام قانون دولة اجنبية يكون تطبيق القانون المذكور على طريقة تعلين بقانون خاص، وبهذا النص

كما ان الفقه الحديث يؤكد على مشكلة القوانين نشأت في رحاب مركز الأجانب وينتقد الفصل بينهما [1] . فمشكلة تنازع القوانين ليست وليدة اليوم بل تضرب بجذورها في أعماق التاريخ [2] . اذ يمكن "تقييم أصول المبادئ والقواعد المعمول بها في مختلف النظم القانونية المعاصرة والتي استمدت من الأفكار التي نمت عبر التطور التاريخي لنظرية تنازع القوانين وليس النظام القانوني بمعزل عن هذا التطور، خصوصاً إذا لاحظنا ان فترة تنازع القوانين ذاتها قد ثارت وولدت في مصر الفرعونية وقبل ان تعرفها المدنيات الأخرى في أواخر القرن الثاني عشر" [3] . اذ طرح مصطلح تنازع القوانين الفقيه الهولندي هوبر وتعود بدايات هذا الموضوع إلى منتصف القرن الثالث عشر الميلادي [4] ، وذلك في مدن شمال ايطاليا حيث تظافرت ثلاثة عوامل، وهي العامل السياسي حيث كانت هذه المدن تتمتع باستقلال نسبي، وعامل قانوني وجود اختلاف بين قوانين هذه المدن، وعامل اقتصادي يتمثل بازدهار التجارة بين افراد هذه المدن مما افضى ذلك إلى نشوء علاقات قانونية متنوعة اثير جدل بشان القانون الذي يحكمها مما طرح باثر ذلك التداخل بين ولايات هذه القوانين بمناسبة علاقات تخص اشخاص تابعين لمدنها [5] . ويذهب البعض إلى ان مصطلح تنازع القوانين لا يفيد المعنى المقصود فليس هناك ثمة تنازع بين القوانين لان التنازع يفترض المساواة في السيادة وهي موجوده على اعتبار ان السيادة للقانون الوطني في الاراضي الوطنية تكون على حساب القانون الاجنبي وبذلك يكون التنازع هو في حقيقته تنازع بين سيادات الدول عن مفاضلة بين المصالح يجريها المشرع الوطني عبر قواعد التنازع لإسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة أو تغليب قانون الدولة التي لها مصلحة اكبر من غيرها في حكم العلاقة المثار بصددها النزاع أي أن هذه المفاضلة تقتضي التضحية بأحد القوانين لحساب قوانين اخرى هي اكثر ملائمة لحكم العلاقة وتحقيقا للعدالة ، كما انها في الغالب تتوافق

يكون القانون الاساسي الملغي قد اقر مبدأ تطبيق القانون بمقتضى القانون الاجنبي وقد صدرت فعلا قوانين تنظيم وتحدد الحالات التي يعطى فيها الاختصاص للقانون الاجنبي وأهمها تلك القواعد الواردة في القانون المدني والخاصة بموضوع تنازع القوانين. وقبل الخوض في تفصيل القواعد القانونية الخاصة بتنازع القوانين في العراق يلزمنا العودة إلى الازمنة السابقة لندرس النظريات المقترحة آنذاك لحل تنازع القوانين فقد تعاقبت في ذلك عدة نظريات اشترك في بنائها علماء من دول مختلفة أريد منها الوصول الى معيار علمي يمكن استخدامه في حل المنازعات المحتملة الوقوع بين قوانين دول مختلفة د غالب علي الداوودي، حسين محمد الهداوي، مصدر سابق، ص32.

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص176.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، في الفصل الثاني من الباب الأول" تاريخ وجود قاعدة التنازع"، ص 177-238.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، مصدر سابق، ص 177.

(4) د. عبد الحميد وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، بغداد ، 1940، ص17، مشار له في كتاب د.غالب علي الداوودي ود حسن محمد الهداوي، مصدر سابق، ص12.

(5) د .غالب علي الداوودي ود حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون ذكر سنة نشر، ص28

مع توقعات الافراد فتنازع القوانين هو مصطلح مجازي. كما قد تتم المفاضلة بين القوانين المتنازعة وتغليب احدهما على الاخر على أساس الغرض الاجتماعي للقانون فاذا كان الغرض الاجتماعي من القانون حماية الفرد كان هذا القانون ممتدا اما اذا كان غرضه حماية المجتمع فيكون اقليمياً [1] ولاستبعاد فكرة تنازع القوانين ظهرت في ضوء ذلك عدة اصطلاحات بديلة عن التنازع فالفقهاء الانكليز طرحوا مصطلح اختيار القوانين أي المفاضلة بين القوانين لاختيار أفضلها لحكم العلاقة والفقهاء الهولنديون طرحوا مصطلح تسابق القوانين وهناك من أطلق اصطلاح تنازع الاختصاص تشريعي وتنازع القوانين من حيث المكان تميزا له عن تنازع القوانين من حيث الزمان وهناك من أطلق مصطلح تلاقي القوانين إلا أن التسمية الغالبة في الاستعمال والتداول هي تنازع القوانين [2] ، بل ان الفقه الانكلوسكسوني يجد في هذا المصطلح رديف لمصطلح القانون الدولي الخاص. وفقا لما تقدم يعني التنازع، تزاحم واختلاف قانون دولتين أو أكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر أو أكثر من عناصرها بهذه الدول وعلى نحو ينتهي التنازع إلى اما ان يتوزع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتنازعة أو ينحصر بأحدها بحسب طبيعة العلاقة المثار بشأنها التنازع وعلى نحو ما سنلاحظ. أوجدت الباحثة ان الاصطلاح الاوفق للموضوع هو تناسق القوانين لان النتيجة النهائية لتراكم اكثر من قانون لحكم علاقة ما بفعل اتصالها ماهي الا تحديد نسبة أو حصة اختصاص كل منها، اي تحديد نطاق تطبيق كل قانون في العلاقة نسبة لباقي القوانين فاذا كان الوضع يقضي بتطبيق قانونين مثلا فهذا يعني ان الحل يحقق تناسق تطبيق كل منها، وبالتالي يملك كل منهم مساحة من التطبيق لا يتجاوز فيها مساحة تطبيق القانون الاخر، ويتولى المشرع الوطني مع مراعاة مبدا المعاملة بالمثل واحترام مبدا التعايش بين الانظمة القانونية رسم حدود مساحة اختصاصه القانوني نسبة لباقي القوانين . وقد فضل المشرع العراقي استعمال مصطلح تنازع القوانين وذلك في المادة (30) من القانون المدني رقم 40لسنة1951 والتي نصت على (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) كما كان هذا موقف جميع التشريعات العربية فوضع التقنين المصري وبدأ العمل به في 15 أكتوبر عام 1949 وقد جاءت هذه النصوص في صلب القانون المدني وحوى بين طياته قواعد حل تنازع القوانين في المواد من 10-28 من الفصل الأول في الباب التمهيدي وسبق هذا التقنين المدني المختلط عام 1875 وكذلك التقنين المدني الأهلي لعام

(1) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دمشق، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، 2018، ص42.

(2) د. غالب علي الداوودي ود حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص12.

1883 اشتمل كل منهما على بعض قواعد تنازع القوانين [1] . واسترشد المشرع المصري في وضع هذه النصوص بما كانت عليه التشريعات الأجنبية التي كانت قائمة في ذلك الوقت ومنها القانون الإيطالي والألماني والسويسري والبولندي [2] . ونظراً لانعدام السلطة العالمية التي يمكن ان تضع تنظيم موحد أو قواعد موضوعية تحكم العلاقات الدولية الخاصة فضلاً عن عدم ميل الدول إلى التقيد باتفاقيات دولية تقدم ذلك التنظيم واستئثار هذه الدول بوضع القواعد التي تعتقد انها تحقق مصالحها المختلفة [3] . هذا الوضع يبين تباين قواعد التنازع واختلافها من دولة إلى أخرى ويترجم ذلك الاختلاف ضابط الاسناد الذي تقوم عليه تلك القواعد التي تمارس اذ يبرز النظام الداخلي عند الحل النهائي للنزاع حسب قواعد التنازع في قانون المحكمة التي يرفع النزاع امامها. رغم ان هذه القواعد في الأساس دولية التطبيق محلية الإصدار الا انها منبثقة عن أنظمة القانون الدولي الخاص لكل دولة [4] . بيد ان اغلبية النظم القانونية تتبنى ضوابط مشتركة أو شائعة تكشف عن ذلك الدراسات المقارنة لهذه الأنظمة القانونية المختلفة من ذلك مثلاً القاعدة التي تقرر خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة أو خضوع الأموال لقانون موقعها أو خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل ابرامها ومهما يكن امر فانه تجدر الإشارة" إلى ان حركة تقنين قواعد التنازع قد تزايدت في أواخر القرن العشرين حيث صيغت القواعد التي نمت اصلاً في رحاب العرف والقضاء في نصوص تشريعية محددة" [5] . بيد انه لا توجد مجموعة أو تقنين مستقل لقواعد القانون الدولي الخاص لأغلب الدول كالعراق والأردن ومصر بل تتوزع قواعده بين القانون المدني وبين المرافعات المدنية والتجارية " وهذا عكس الاتجاه الحديث في القانون المقارن الذي يسعى نحو اصدار تقنينات مستقلة للقانون الدولي الخاص" [6] . وقد احتوى التنظيم الوضعي لقواعد التنازع المصرية العديد من القواعد المستسقاة من القانون المقارن كما افصحت عن ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني تعليقاً على نصوص تنازع القوانين وبذلك يكون المقنن قد حقق

---

(1) د .احمد عبد الكريم سلامة، خمسون عاماً خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 53 لعام 1977، ص 4 وما بعدها.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، خمسون عاماً خلت من عمر، مصدر سابق، ص6

(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع...، مرجع سابق، ص634 بند 562.

(4) ROSWITHA RIEGEBAUER, (Self)- Regalation of e-comnere in Furope- Time to think small Building SMES trust and confidence in the electronic pnarketplace, Utrecht university May 2004: من الموقع الالكتروني ، http://www2.law.uu.ni/itrech اخر زيارة للموقع 11/11/2021 الساعة 9.23 صباحاً.

(5) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 152 بند 130.

(6) د هشام علي صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية"، بحث مقدم الى المؤتمر الذي نظمته وزارة العدل المصرية عام 1998 بمناسبة مرور 50 عاماً على اصدار التقنين المدني، خاصة بند 27 وما يليه، ص29.

خطوة غير جحوده نحو التقارب والتناسق بين النظم القانونية [1] . ويلاحظ ان التقنين المصري اهتم بوضع قواعد تشريعية محددة لفض التنازع الدولي بين القوانين وذلك منذ وقت بعيد يرجع إلى عهد مجموعة القانون المدني المختلط التي صدرت عام 1875 م والتي حوى عدداً من قواعد التنازع التي تطبق في الأحوال التي لا يوجد بشأنها قاعدة موضوعية لحكمها في ذات المجموعة وكذلك حوت مجموعة القانون المدني الأهلي الصادر 1883 بعضاً من تلك القواعد بالإضافة إلى عدد ضئيل لا يجاوز القواعد العشر والتي يشوبها الكثير من الغموض حيث كانت تخلط بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي كما كانت قاصرة في تحديد مفهوم واطار المسائل التي تسري عليها [2] . وقد حرص المقنن المصري عند وضع القانون المدني المصري النافذ 1949 ان يجمع في صعيد واحد كافة القواعد المنظمة لمسائل تنازع القوانين بدلاً من تشتتها بين افرع القانون المختلفة كما هو الحال في مجال الاختصاص القضائي الدولي فأوردها في المواد من 10-28 وتختلف فلسفة المشرع في تبني ضوابط الاسناد هذه في المسائل المتعلقة بعلاقات الأحوال الشخصية وتلك الضوابط المطبقة والمعمول بها في مجال المعاملات المالية [3] وقد فضل المشرع العراقي استعمال مصطلح تنازع القوانين وذلك في المادة (30) من القانون المدني رقم 40لسنة1951 والتي نصت على (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) كما كان هذا موقف جميع التشريعات العربية. كما أورد المشرع العراقي مصادر القاعدة القانونية في المادة الأولى من القانون المدني رقم 40 لعام 1951، حيث نصت على أن (1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون من دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) [4] . وهذا النص يتعلق بمصادر القواعد القانونية بشكل عام، أما قواعد الإسناد فان مصادرها تبدو اكثر اتساعاً من هذه المصادر، وذلك بحكم الطابع المميز للعلاقات القانونية التي تحكمها هذه القواعد وما تتسم به من البعد الدولي، وهو ما يحتاج إلى

(1) د هشام صادق، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين مصدر سابق ، ص29.

(2)) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص 635 البند 563، وبشأن تحديد المقصود بمسائل الأحوال الشخصية، د احمد الهواري، نظرات في استثناءات التقويم، مصدر سابق، ص343 وما بعدها.

(3)) د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص محمود، مصدر سابق، ص209.

(4)) يقابله في التشريع المصري نص المادة الأولى من القانون المدني رقم 131 لعام 19948.

ان تكون القواعد التي تحكمها ذات طبيعة دولية أو تكون لها صفة الاشتراك بين الدول [1] . وعلى العموم فان مصادر قواعد الإسناد لا تخرج في تقسيمها على ما هو مألوف بالنسبة لمصادر القواعد القانونية العادية، إذ إنها تنقسم إلى مصادر رسمية ملزمة ومصادر غير رسمية أو تفسيرية وعلى النحو الاتي:

المطلب الثاني / المصادر الرسمية وغير الرسمية لقواعد الإسناد

جرى القول على إن هناك جملة من المصادر الرسمية لقواعد الإسناد، وهذه المصادر منها ما يشترك مع المصادر الرسمية لعموم القواعد القانونية، ومنها ما تستقل به قواعد الإسناد من دون القواعد الأخرى. وعليه سنتناول في هذا المطلب المصادر الرسمية وغير الرسمية في فرعين منفصلين وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول/ المصادر الرسمية

هي المصادر التي نشأت منها قواعد الإسناد هي الاتفاقيات الدولية والتشريع الداخلي والعرف ومبادئ القانون الدولي الخاص. وهذه المصادر هي مصادر ملزمة، ويتعين على القاضي تطبيق قواعد الإسناد التي تسْتقى منها ومن دون أن يقدم أحدها على الآخر في التطبيق. وفيما يلي عرض لهذه المصادر بحسب ترتيبها في التطبيق أمام القضاء.

1-الاتفاقيات الدولية. 2- التشريع الداخلي 3- العرف 4- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

اولاً/ الاتفاقيات الدولية

بعد أن أورد المشرع العراقي عدداً من أحكام تنازع القوانين أو ما سماه التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي وذلك في المواد(17-28) من القانون المدني رقم(40) لعام 1951، نص في المادة(29) من هذا القانون على أنْ (لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في ...أو معاهدة دولية نافذة في العراق)، ويتضح من هذا النص ان المشرع قد اعتبر الاتفاقيات الدولية من المصادر الرسمية الملزمة لمجمل قواعد تنازع القوانين، والتي من بينها قواعد الإسناد، وقد وضع الاتفاقيات الدولية في مقابل التشريع الداخلي، بل انه جعلها تسمو على القواعد القانونية الواردة في القانون بحيث ان هذه القواعد لا تطبق عند تعارضها مع القواعد

(1) انظر في مصادر قواعد الاسناد jean Paulin niboyet, op,cit,p.24

الواردة في الاتفاقية [1] وسمو الاتفاقيات يعتبر من المبادئ الذي استقر عليها الفكر القانوني واكدته مبادئ القانون الدولي العام ونصت عليه دساتير دول مختلفة وبهذا لا تستطيع الدول التنصل من الالتزامات الدولية بحجة قانونها الداخلي . والاتفاقيات الدولية لها في الواقع دور مهم في علاج مسائل تنازع القوانين، وهذا الدور يختلف باختلاف الموضوعات التي تعالجها الاتفاقيات والقواعد التي تستعين بها في هذه المعالجة. فالاتفاقيات الدولية تنقسم من حيث موضوعها إلى قسمين [2]، الأول هو الاتفاقيات التي تتضمن وضع قواعد موضوعية موحدة تعطي الحل المباشر لمسائل وعلاقات قانونية معينة، أما القسم الآخر فهو الاتفاقيات التي يكون موضوعها وضع قواعد إسناد موحدة بين الدول الأطراف مهمتها الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي تعالجها تلك الاتفاقيات، وهذا القسم هو ما يمكن اعتباره من الاتفاقيات المنشئة لقواعد الإسناد ومصدراً من مصادرها. وعليه فان الاتفاقية الدولية في إطار هذا البحث هي توافق إرادة دولتين أو اكثر على تنظيم مسألة من مسائل تنازع القوانين عن طريق وضع قواعد إسناد مشتركة بينها في تلك المسألة وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها [3] . والاتفاقيات الدولية بهذا المعنى لها أهمية كبيرة في حل مشاكل تنازع القوانين في مختلف الدول، فهي تعمل على تقنين قواعد الإسناد وجمع شتاتها وتوحيدها، كما تساعد على تدويل هذه القواعد والحد من الروح الوطنية في نشأتها، وذلك من خلال تطبيق قواعد إسناد معينة لدى أكبر عدد ممكن من الأنظمة القانونية بما يكفل التناسق الدولي لحلول تنازع القوانين، وهذه الأهمية التي تحتلها الاتفاقيات الدولية مردها الانسجام بين طبيعة قواعد الاتفاقية وطبيعة العلاقات القانونية التي تحكمها، حيث أن كلاهما يتصف بالصفة الدولية ويرتبط بمصالح دول مختلفة [4] . لهذا نجد أن توحيد قواعد الإسناد عن طريق إبرام الاتفاقيات الدولية كان ولا يزال محط اهتمام العديد من الهيئات العلمية والتجمعات الإقليمية، وهدفاً لجهود كبيرة ونشاطات واسعة بُذلت في هذا السبيل [5] .

ثانياً/ التشريع الداخلي

يعد التشريع من المصادر الرسمية للقانون بفروعه المختلفة، وهو المصدر الأول والأهم للقاعدة القانونية في غالبية دول العالم. والأصل أن المشرع يستخدم التشريع لتنظيم الحياة في

(1) د . احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، البند 124 ، ص143-145.
(2) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص الجزء الأول (الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1972، فقرة 35،ص70-71.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، فقرة 117 ص131.
(4) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، فقرة 32، ص61-63.
(5) حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة القانون العراقي، ج1(القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية)، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1970،ص21.

المجتمع الداخلي للدولة بصفته الحيز الطبيعي الذي يمارس فيه المشرع اختصاصاته التشريعية [1]، ولكن في حالات معينة قد يضطر المشرع إلى توسيع نطاق عمله ليشمل تنظيم الحياة في المجتمع الدولي وبشكل خاص الحياة الدولية للأفراد، وذلك في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي العام وما يشهده من غياب سلطة عالمية تنهض بوضع قواعد موحدة لتنظيم علاقات الأفراد الدولية واستئثار كل دولة بنصيب من هذا التنظيم، زيادة على ما يشهده المجتمع الدولي من كثرة العلاقات الخاصة العابرة للحدود وازدياد الأجانب المقيمين في غير بلادهم وما ينشأ عن إقامتهم من علاقات وروابط مختلفة [2] . والمشرع في تنظيمه العلاقات الدولية للأفراد قد يواجه هذا التنظيم بأسلوب مباشر من خلال وضع قواعد موضوعية تقدم الحل المباشر للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وقد يَتبع في شأنه أسلوب التنظيم الإسنادي غير المباشر عن طريق سن قواعد إسناد تشير إلى القانون الذي يتضمن التنظيم الموضوعي لتلك العلاقات [3] ، والتشريع الداخلي المنشئ لقواعد الإسناد بما يتسم به من مزايا متعددة فانه يمارس دوراً رائداً وفعالاً في مجال تنازع القوانين بشكل عام، وذلك في ظل غياب السلطة التشريعية الدولية التي يمكن أن تمارس اختصاصاتها فوق الدول. ومن مزايا التشريع الداخلي انه يؤدي إلى حصر قواعد الإسناد وبيان أحكامها بشكل واضح فيُسَهِّل على القاضي مهمة الوصول إلى القاعدة وتطبيقها [4] ، زيادة على انه يحقق مصلحة الأفراد إذ يحيطهم علماً بالقانون الذي سوف يحكم علاقاتهم المالية والشخصية ذات الطابع الدولي فيقوموا بتنظيم تلك العلاقات على أساسه ولا يفاجئوا بقانون لم يكونوا يتوقعوا تطبيقه ، وهو ما يساعد على تحقيق الأمان القانوني للحياة الدولية للأفراد ويؤدي بالتالي إلى استقرار معاملاتهم الدولية وتطورها [5] .

ثالثاً/ العرف

العرف بمعناه العام في النظرية العامة للقانون هو (مجموعة القواعد الثابتة التي درج الناس على العمل بها زمناً طويلا مع الاعتقاد بإلزامها خشية الجزاء الذي يوقع عليهم عند مخالفتها) [6] . والعرف بهذا المعنى يُشترط في قواعده توافر ركنين أساسيين، الأول هو الركن المادي، ومقتضاه اضطراد الأفراد على العمل بحكم معين خلال فترة من الزمن، ولكي يتحقق هذا

(1) فريد فتيان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ،1954 ،ص66.
(2) حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص19.
(3) د هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته. مباحثه. مصادره. طبيعته) دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص180.
(4) د فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1987، فقرة 28 ، ص26.
(5) د هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974، هامش 1، ص75.
(6) د عباس العبودي، تاريخ القانون (التاريخ العام للقانون. القوانين في وادي الرافدين، القانون الروماني. الشريعة) دار الكتب، جامعة الموصل، 1989، ص35.

الركن يجب أن يكون العمل بالحكم المذكور مستقراً خلال فترة طويلة، وأن يكون هذا الحكم عاماً لجميع المخاطبين به. والركن الآخر هو الركن المعنوي، وهو رسوخ الاعتقاد بأن الحكم المعمول به أصبح مُلزماً باعتباره قاعدة قانونية [1] . والتحديد السابق للعرف يفارق بين العرف بمعناه العام والعرف كمصدر لقواعد الإسناد، فهذا الأخير وإن توافر فيه الركنان السابق تحديدهما، إلا انه لا يستطيع أن يلعب دوره المنشئ إلا بتدخل القضاء من خلال تطبيقه للحكم أو المبدأ الذي استقر العمل به وإيضاح معالمه بالتعاون مع الفقه، حتى يظهر ذلك الحكم كقاعدة إسناد لها خصائصها التي يُستدل بها عليها [2] . ولهذا فان قاعدة الإسناد العرفية لا تنشأ فقط من استمرار الأفراد في علاقاتهم ذات العنصر الأجنبي على مبدأ أو حكم معين في حل تنازع القوانين بشأن تلك العلاقات، بل ان وجود مثل هذه القاعدة يقتضي بالدرجة الأولى ان يقترن سلوك الأفراد هذا بسلوك المحاكم وتواترها في تطبيق ذلك المبدأ أو الحكم على نحو معين لاختيار القانون الواجب التطبيق عند عدم وجود نص تشريعي مخالف. ومن خلال ذلك يمكننا تعريف العرف المنشئ لقواعد الإسناد بأنه مجموعة القواعد القانونية الناتجة عن تواتر سلوك الأفراد في اتباع حكم معين بشأن اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم ذات العنصر الأجنبي واعتياد القضاء على تطبيق هذا الحكم في نزاعات تلك العلاقات على نحو يستقر معه الاعتقاد بأنه أضحى ملزماً لا يمكن العدول عنه [3] .

هذا وقد لعب العرف دوراً كبيراً في إنشاء قواعد الإسناد وذلك عبر المسيرة التاريخية لنظرية تنازع القوانين منذ نظرية الأحوال الايطالية في القرن الثالث عشر الميلادي. فالكثير من تلك القواعد قد صدرت وتطورت عن العرف سواء ما صيغ منها في نصوص تشريعية أو ما بقي في صورة قواعد عرفية [4] .بل حتى في عصرنا الحاضر فان العرف لا يزال من المصادر الرئيسة لقواعد الإسناد في مختلف الأنظمة القانونية. ففي فرنسا لا تزال معظم قواعد الإسناد التي يطبقها القضاء قواعد عرفية أو مستخلصة من الاجتهادات القضائية، وان النصوص التشريعية المنظمة لمسائل التنازع في النظام القانوني الفرنسي تتسم بالقلة [5] . وهذا هو حال قواعد الإسناد في الدول العربية ومنها مصر والعراق، وإن كان دور العرف في هذه الدول قد أصبح أضعف مما كان عليه في السابق، وذلك لأن الدول المذكورة فضلت تقنين أحكام العرف في نصوص تشريعية

(1) د محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، المطبعة العالمية، مصر، 1954، فقرة 63،ص95-96.
(2) د حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، مصدر سابق، ص32-33.
(3) د حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، المصدر نفسه ، ص 30.
(4) د فؤاد عبد المنعم ود سامية راشد، مصدر سابق، فقرة64. ص43.
(5) J.P. NIboyet, op.cit., p26.

تضمنتها القوانين المدنية أو قوانين مستقلة [1] . وكذلك الأمر في الأنظمة القانونية السائدة في دول القانون غير المكتوب وفي مقدمتها إنكلترا اذ لا تزال القواعد العرفية والسوابق القضائية لها الغلبة على القواعد التشريعية في هذا البلد رغم اللوائح القانونية لبعض القواعد العرفية في مسائل تنازع القوانين [2] .

رابعا/ المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

نص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي في المادة 30 من هذا القانون على أنْ (يُتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) [3] . وإيراد هذا النص في الموضع المذكور يبين أن المشرع قد خص قواعد تنازع القوانين من دون بقية قواعد القانون الدولي الخاص بمصدر إضافي علاوة على مصادرها الأخرى وألزم القضاء بالرجوع إليه عند غياب النص التشريعي أو الاتفاقي والقاعدة العرفية، وهذا المصدر هو المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص إذ إن نص هذه المادة لا يعني اغفال الحكم الوارد في المادة الأولى من القانون المدني وتجاهل العرف كمصدر احتياطي لقاعدة الاسناد يلي النص التشريعي والنص الاتفاقي ويؤيد ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري [4] . والواقع إن موضوع تنازع القوانين يتميز عن باقي موضوعات القانون الدولي الخاص بوجود عدد من المبادئ المتماثلة بشأن تحديد القانون الواجب على بعض مسائل التنازع وهذه المبادئ قد تطورت واستقرت في بعض الأنظمة القانونية بفعل حركة اتصال الدول وعلاقاتها فيما بينها حتى تجردت من خصوصيتها الوطنية واكتسبت وصف الشيوع والاشتراك بين تلك الدول لكونها جاءت تلبية لحاجاتها المشتركة [5] . ومن تلك المبادئ بعض الأسس المتبعة في نظرية التكييف ونظرية الإحالة وفكرة الدفع بالنظام العام وفكرة الغش نحو القانون وغيرها، فهذه المبادئ والقواعد وإن لم تكن قد وصلت إلى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة، إلا أنها بما لها من الشيوع والاستقرار قد كونت أصولاً عامة مشتركة بين الدول، وهي من العموم بحيث يمكن استنباط قاعدة إسناد بجانبها حين ينعدم النص المكتوب أو القاعدة العرفية [6] . ويمكن القول بعبارة أخرى إن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص هي مجموعة حلول تنازع القوانين ذات

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين والاختيار بين الشرائع "اصولاً ومنهجاً"، مصدر سابق، ص20.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص20.
(3) تقابلها المادة 24 من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.
(4) انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي، شارع فاروق بمصر، من دون طبع، ص 307-308.
(5) د هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص100.
(6) د هشام خالد، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص206.

الطبيعة المشتركة بين جميع الأنظمة القانونية والمتجردة من الخصوصيات الوطنية، ولها قيمة عقلانية ومنطقية أكسبتها طابعاً عالمياً [1] . ومن المعروف ان أحكام تنازع القوانين تتسم بالقلة في العديد من الأنظمة القانونية وبشكل خاص في الدول العربية، وان حلول التنازع في هذه الدول سواء المقنن منها وغير المقنن لا يكفي للإحاطة بجميع مسائل التنازع، كما إنها حلول مستمدة من المبادئ التي نشأت في العصور الماضية لدى المجتمعات والدول التي سبقتنا في هذا المجال، بل حتى في تلك الدول فان (القواعد المسطورة منها قليلة العدد لا تتضمن كافة الحلول، غامضة في كثير من الأحيان، بحيث تحتمل كثيراً من التأويل والتفسير [2] ، ولهذا فقد رأى المشرع وجوب رجوع القاضي إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في نزاعات العلاقات ذات الطابع الدولي بدلاً من الرجوع إلى المصدر الاحتياطي العام الذي أورده في المادة الأولى من القانون المدني وهو قواعد العدالة. ويظهر أن الحِكمة في ذلك هي ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها إن مبادئ القانون الدولي الخاص لها (...من سمات الدقة والوضوح) ما يجعلها تَفضُل قواعد العدالة بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون أو بحسب تعبير المذكرة الايضاحية (.. ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي) [3] .

الفرع الثاني/ المصادر غير الرسمية لقواعد الإسناد

قضت المادة (3/1) من القانون المدني العراقي على أن للمحاكم أن تسترشد بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. ويتضح من هذه المادة أن المشرع قد اعتبر أحكام القضاء وآراء الفقهاء من المصادر غير الرسمية أو التفسيرية لعموم القواعد القانونية ومنها قواعد الإسناد، فأجاز للقاضي أن يستشهد بهذين المصدرين في أحكامه وأن يستأنس بهما في استخلاص تلك القواعد وتقصّي مفهومها، ولكن من دون أن يلتزم القاضي بتطبيق القواعد التي تستقى منهما، أي من دون أن يكون لهذين المصدرين قوة الإلزام. وهذا ما سنذكره فيما يلي.

اولاً/ أحكام القضاء

يقصد بالقضاء كمصدر لقواعد الإسناد مجموع الحلول التي استقرت عليها أحكام المحاكم بحيث أصبحت تشكل اتجاهاً واضحاً في تحديد القانون الذي يحكم علاقة معينة من علاقات الأفراد

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص161.
(2) د جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج2(تنازع القوانين. تنازع الهيئات. تنازع الاختصاص)، ط2،مطبعة الفيض، بغداد، 1948،ص427.
(3) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، مصدر سابق، ص308.

ذات العنصر الأجنبي [1] . والواقع ان أحكام القضاء كانت مصدراً أصيلاً لمبادئ تنازع القوانين قبل ظهور الدولة بمفهومها الحديث واضطلاع المشرع فيها بمهمة وضع تلك المبادئ، حيث كان ذلك انطلاقاً من وظيفة القضاء في تحقيق العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية كالتزام قضائي لا يمكنه عدم الوفاء به بحجة غياب القاعدة القانونية. ودور القضاء هذا لم يتوقف حتى بعد اتساع دور الفقه في صياغة نظريات وقواعد تنازع القوانين بدءاً من ظهور نظرية الأحوال، بل استمر القضاء في مواصلة وظيفته الاجتهادية في إطار تلك النظريات والقواعد الفقهية، وذلك من خلال ضبطها وتهذيبها وتحديد مدى فعاليتها العملية [2] . ولكن بعد ان اتسعت حركة التشريع في العديد من الدول وازداد تدخل المشرع في الحياة الاجتماعية من خلال صياغة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع، حينها تراجع دور القضاء في إنشاء مثل تلك القواعد ولكن من دون ان ينعدم بشكل تام، إذ اقتصر هذا الدور على الحالات التي يغيب فيها الحل التشريعي للنزاع، حيث يعمل على إكمال التشريع وسد ثغراته [3] . والواقع إن دور القضاء وسلطانه يتباين من دولة إلى أخرى، فالأصل أنه يلعب دوراً تفسيرياً للقواعد القانونية في دول القانون المكتوب كالعراق ومصر وفرنسا، وذلك خلافاً للوضع المستقر في دول القانون غير المكتوب وفي مقدمتها انكلترا، إذ تعتبر السوابق القضائية مصدراً رسمياً للقانون [4] . فدول القانون غير المكتوب تأخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية، وهو مبدأ يعطي للسابقة القضائية قوة الإلزام ويفرض على القاضي الذي ينظر في النزاع ذات العنصر الأجنبي ان يبحث في الأحكام السابق صدورها في النزاعات المماثلة، فإذا وجد حكماً قضائياً سابقاً تعيَّنَ عليه اتباع المبدأ الذي اعتمده ذلك الحكم وتطبيقه في النزاع المطروح أمامه. ولذلك فقد استقر الأمر في هذه الدول على اعتبار القضاء مصدراً رسمياً من مصادر إنشاء قواعد الإسناد [5] . ولكن مع ذلك فان من الممكن ان يكون للقضاء دور خلاق لقواعد الإسناد حتى في دول القانون المكتوب، وذلك متى كانت القواعد المكتوبة قليلة ومحدودة، كما هو عليه الوضع في فرنسا، حيث لم يتدخل المشرع لرصد حلول تفصيلية في ميدان تنازع القوانين، بما جعل أحكام القضاء بمختلف درجاته تشكل المصدر الأساسي لقواعد الإسناد [6] .

---

(1) د عكاشة محمد عبد العال، احكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، ج2(تنازع القوانين)، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص72.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، فقرة 139 ، ص165-166.

(3) نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، آمالي ومحاضرات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1965-1966، ص56-57.

(4) د محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الباب التمهيدي (القانون وتطبيقه. الأشخاص. تقسيم الأشياء والأموال)، المطبعة العالمية، مصر، 1954، ص121-122.

(5) د فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص59-60.

(6) د حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، فقرة 41 ، ص34.

ثانياً/ آراء الفقهاء

يقصد بآراء الفقهاء المنشئة لقواعد الإسناد مجموع المبادئ والحلول الاجتهادية التي يعرضها الفقهاء في مؤلفاتهم بشأن تحديد القانون الذي يحكم علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي[1] . وهذه الآراء التي يطرحها الفقهاء ليس لها، بشكل عام، دور مباشر في إنشاء القاعدة القانونية وهي لا تتمتع بأية قوة ملزمة، ولذلك فإنها كانت ولا تزال مصدراً تفسيرياً للقانون الدولي الخاص كما هو شأنها في سائر فروع الأخرى[2] . ولكن مع ذلك لا يمكننا التغاضي بأي شكل من الأشكال عن الأهمية الخاصة التي تحتلها آراء الفقهاء ونظرياتهم في مادة القانون الدولي الخاص عموماً، وفي ميدان تنازع القوانين على وجه الخصوص، فدور رجال الفقه في هذا الميدان دور رائد وخلاق منذ زمن بعيد[3] . وعماد ذلك ان نظرية تنازع القوانين، كما سبق أن رأينا، كانت قد برزت في القرن الثالث عشر الميلادي على يد الفقه، وذلك من خلال اجتهادات الفقهاء الايطاليين فيما عُرف بنظرية الأحوال، وكذلك على يد من جاء بعدهم من الشراح الفرنسيين والهولنديين في القرون الوسطى، وقبل أن يظهر المقنن الوضعي إلى الوجود. وقد بذل أولئك الفقهاء جهوداً مضنية وشاقة في التحليل والتأصيل وتخريج حلول التنازع، فأرسوا بتخصصهم الفني وحيادهم العلمي العديد من قواعد الإسناد التي ساعدت على فض تنازع القوانين، وكانت تلك الاجتهادات والنظريات نقطة البداية في تشييد قواعد الإسناد، والمصادر الابتدائية لما صيغ من هذه القواعد في نصوص التشريع[4] . ودور الفقه في إنشاء قواعد الإسناد لم يقف عند حدود التشريع، بل حتى بعد بعد ظهور المشرع عند نشأة الدولة وتدخلها في تنظيم الحياة الدولية للأفراد والى يومنا هذا، فان اجتهادات الفقهاء وآراءهم المقبولة من الناحية العلمية والمنطقية تسبق نصوص القواعد المكتوبة وتهيئ لقدومها[5] ، كما إن تلك النصوص كثيراً ما تكون مشوبة بالثغرات وقاصرة عن الإحاطة بجميع الجزئيات، وهي تبدو بمرور الوقت بعيدة عن مجاراة الظواهر الاجتماعية وما يَستجد من مسائل تنازع القوانين، وحينئذٍ ينهض الفقه لسد ثغرات التشريع وإبراز مواضع تَخَلفه وتقديم الحلول المناسبة، كيما يستوعب ذلك التشريع جميع مستحدثات الفكر القانوني وما يجب أنْ يكون عليه فض تنازع القوانين في المسائل المستحدثة[6] . وزيادة على ذلك فان الآراء والاجتهادات الفقهية تسبق الأحكام القضائية الجيدة في تنازع القوانين، وذلك عندما يستعين بها القاضي في

(1) د حامد زكي، مصدر سابق ، فقرة55 ، ص 44
(2) د محمد كامل مرسي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية. الموطن. مركز الأجانب. مادة التنازع)، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1978، فقرة 46 ، ص58.
(3) نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص57.
(4) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج1، مصدر سابق، فقرة42 ، ص93.
(5) د محمد كامل مرسي، أصول القانون الدولي الخاص، مصدر السابق، فقرة 75 ص118.
(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، فقرة 145 ص174-175.

اجتهاده لاستيضاح نصوص القواعد القانونية أو يعتمد عليها في تحديد المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وتحليلها بغية استخلاص قواعد الإسناد الملائمة، وخاصة تلك الآراء والنظريات السائدة في الفقه المقارن [1] .

المطلب الثالث/ فلسفة المشرع في اختيار ضوابط الاسناد في مجال الأحوال الشخصية

يقصد بمسائل الاسرة المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي يحكمها القانون الشخصي الذي هو قانون الموطن في الدول مثل إنجلترا أو قانون الجنسية كما هو الشأن في كل من فرنسا ومصر [2] . ورغم شيوع مصطلح الأحوال الشخصية في كل من النظم القانونية واللاتينية والانكلوسكسونية والعربية بيد انه يحوي من الغموض ما لا يمكن معه وضع تعريف منضبط ومحدد له وانما يكتفي بتعداد المسائل التي تندرج تحته ونتيجة لذلك فان النظم القانونية لا تتفق حول المسائل التي تدخل فيه فالأقرب للصواب طبقاً للرأي الراجح استعمال اصطلاح الحالة المدنية الاسرية أو العائلية الذي يبصر إلى حد بعيد بمضمونه [3] . ويراد بمسائل الحالة المدنية والاسرية المركز القانوني للأشخاص والتي تعبر عن الأوضاع التي تكون بين الانسان واسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من اثار والتزامات قانونية [4] . وذلك في مواجهة الأحوال العينية أو المركز القانوني للأموال [5] . وقد توسع المشرع المصري في المادة 13 من نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949 [6] في مفهوم المسائل المتعلقة بالأشخاص واهليتهم وما يتصل بها من مسائل أخرى تعد في بعض التشريعات من المسائل المتعلقة بالأموال منها الميراث والوصية مثل النظام القانوني الفرنسي والبلجيكي والاسباني فالنظم القانونية في مختلف الدول لا تتفق على المسائل التي تندرج تحت هذا المفهوم [7] . اذ كان عليه ان يحدد ما لمقصود بتلك المسائل حتى تتجلى الرؤية امام المحاكم عند تحديد اختصاصها اذ جاء في المادة 13 من القانون الاف الذكر" تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص واهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والمهر

(1) د فريد فتيان، مقدمة في القانون المدني، مصدر سابق، فقرة 57 ص62.
(2) د عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص242.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، فقرة 566 ص639.
(4) د عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج2، ط9، 1986، فقرة 75 ص179.
(5) د حسن بغدادي، التفرقة بين الأحوال الشخصية والاحوال العينية، القاهرة، بدون دار نشر، 1973،ص3.
(6) الملغى بقانون السلطة القضائية السلطة القضائية 43 لسنة 1965.
(7) د حسن بغدادي، التفرقة بين الأحوال الشخصية والاحوال العينية، المصدر السابق، ص3.

والنوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر ....." [1] . إذ إن المشرع المصري يعتد بالمسائل المتعلقة بالأشخاص بقانون معين الا انه قد راعى في جميع الأحوال ان يكون القانون هو قانون الجنسية[2]. بما يتفق مع السياسة التشريعية لدولة مصر بما يتفق مع الواقع الاجتماعي إذ إن مجتمع مصر مجتمع مختلط الاجناس والتقاليد فمن الطبيعي ان تتبع أبنائها أينما كانوا " فهي وحدها الأنسب لحكم احوالهم الشخصية" لحكمه وخصوصاً ان مصر تعتبر من الدول المصدرة للسكان [3] . وبالتأكيد ان سياسة المشرع المصري في ذلك أي تبنيه ضوابط الاسناد في تنازع القوانين الوطنية لا يخرج بصورة عامة من فكرة الملائمة التي تتبنى فكرة الواقعية واعتبارها اساساً لحلول قواعد التنازع فحلول القانون الدولي الخاص تلتزم جانب الواقعية وتتخذه اساساً في وضع الحلول الملائمة والمناسبة حتى تضمن فعاليتها عند انتاج اثرها [4] . إذ إن دواعي المنطق تستدعي علاج هذه المسألة ووفقاً لهذا سنبين فلسفة المشرع في اختيار ضابط الجنسية كضابط اسناد وحيد في مسائل الحالة المدنية والاسرية وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول/ فلسفة المشرع في مسائل الاهلية والحالة

جمع المقنن المصري المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية في طائفة إسناد واحدة وأورد بشأنها قاعدة تنازع تضمنتها المادة 11 من القانون المدني التي تنص على ان " الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم" اذ اعتمد على ضابط الجنسية للأفراد في مسائل الاهلية والحالة ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم لكونها من الأمور التي تتطلب درجة عالية من الثبات والاستقرار في القوانين التي تحكمها اذ يتحقق هذين الامرين في ضابط الجنسية بوصفها الأكثر ثباتاً من قانون الموطن الذي يخضع للإرادة ويكون من السهل تغييره [5] . كما هو الحال في موقف المشرع العراقي اذ جمع المسائل المتعلقة بالحالة بمعناها الخاص والأهلية في طائفة واحدة من قواعد الاسناد الا انه ميز الحالة المدنية عن الاهلية اذ عرف الحالة المدنية (جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ومن دولته، وهي صفات تقوم على أساس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة أو على

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع، مصدر سابق، بند 571 ص642.
(2) د عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام، المصدر السابق، ص 242.
(3) د نادية محمود سلامة، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 211.
(4) د عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام، مصدر سابق،ص 267.
(5) د جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج3، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، 1960، ص256.

أساس من القانون كالزواج والحجر والجنسية) [1] ،وهذا ما سار عليه القانون العراقي في المواد (18-23) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 و القانون المصري والفرنسي. ويقصد بالأهلية: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات [2] . وجاءت المادة (1/18) مدني أنه بالنسبة للأشخاص (ألأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته). وبذلك وحد القانون العراقي بين القانون الذي يحكم حالة الشخص والقانون الذي يحكم أهليته. حيث تقتضي إلا تتأثر بالحدود السياسية، بحيث يلحق الشخص قانون دولته أينما ذهب، أي قانون الدولة التي هو من رعاياها [3] . واعتماد هذا الضابط كان مؤاتيا وملائماً لظروف نشأة هذه القاعدة فمع نهاية القرن الثامن عشر بدأت الدول بالمعنى المعاصر في الظهور وتهيأت الظروف للبحث عن أداة فنية تحدد الانتماء إلى الدولة وترسم حدود السيادة الشخصية لها ونصيبها من الافراد اللازمين لوجودها [4] . وفي شأن تنازع القوانين ظهر مبدأ شخصية القوانين فالقوانين لم توضع لتطبق على إقليم معين وانما وضعت القوانين لتحكم الأشخاص ويجب ان تتبعهم أينما ذهبوا فالشخص يخضع لقانون الدولة التي ينتمي لها بجنسيته وذلك بغض النظر عن الإقليم الذي يقطن فيه [5] .وعليه فان حالة واهلية الشخص تخضع لقانون جنسية دولته فمثلا القانون المصري وضع اعتبارات خاصة لدى المصريين كصفاتهم البدنية واخلاقهم ومعتقداتهم الدينية وحاجات البيئة المصرية وهو ما يبرر تبعتهم وتتبعه لهم في أي مكان كما يؤكد ذلك جانب هام من الفقه [6] ويبرر الاخذ بمعيار الجنسية الجنسية بانه يتصف بالثبات إذ إن الأغلبية العظمى من الناس تملك جنسية واحدة ومن الصعوبة تغير جنسيتها وذلك على عكس معيار الموطن الذي يكون تغيره اكثر سهولة من الجنسية عن

(1) د أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص264.

(2) د عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مكتبة السنهوري بيروت، 2015، ص63.

(3) ويميز الفقهاء بين نوعين من الاهية وهي أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص أن تثبت له حقوقا أو تقرر عليه التزامات. وتثبت هذه للشخص فور ولادته حيا. وجميع الأشخاص متساوون في أهلية الوجوب. أهلية الأداء وهي قدرة أو كفاءة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية. ومناط هذا المفهوم التمييز. وعلى عكس أهلية الوجوب لا يتساوى الأشخاص في أهلية الأداء. فهي تتأثر من ناحية بالسن، فهناك الصبي غير المميز، والقاصر والبالغ الرشيد. وتتأثر من ناحية أخرى بسلامة العقل، فهناك المجنون والمعتوه يقتربان من وضع الصبي غير المميز، وهناك السفيه ذي الغفلة الذين يقتربان من وضع القاصر. مشار له في كتاب د عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 63-64. ود عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010،ص135.

(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، بند 576 ، ص 648.

(5) د عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية..، مصدر سابق، ص 244 وما بعدها.

(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، مصدر سابق، بند 192ص.234.

طريق توطن الشخص في دولة أخرى غير الدولة التي كان يقيم بها من قبل [1] . وتأثرت فلسفة المشرع المصري في تبني ضابط الجنسية كما تأثر بها العديد من القوانين في العالم" الجنسية أساس للقانون الدولي الخاص" وفي محاولة لتسخير مبدأ الجنسيات في إرساء أصول وقواعد حل تنازع القوانين كان للفقه الإيطالي المتمثل بالفقيه (مانشيني) الأثر الكبير على التشريع المصري بإخضاع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية والذي ترك الأثر الواضح في التشريعات المعاصرة "وخاصة في الغالبية العظمى لبلاد القارة الاوربية مثل فرنسا وبلجيكا وألمانيا واسبانيا وإيطاليا"[2]. وإخضاع مسائل الأحوال لقانون الجنسية كما فعل (مانشيني) والذي يرتكز على ثلاثة أسس رئيسية لصياغة قواعد التنازع قدم التأسيس أو التبرير القانوني لاعتماد قانون الجنسية بدلاً من قانون دولة الموطن [3] . ويرجع الرأي الراجح في الفقه [4] إلى ان موقف المشرع المصري على هذا النحو إلى ظروف تاريخية تخص مصر بالذات ويبرر ذلك بأنه في ظل نظام الامتيازات الأجنبية كانت المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة هي جهات القضاء المختصة بالمنازعات التي يكون الأجانب طرفاً فيها وكان القانون الواجب التطبيق على هؤلاء قانون جنسيتهم فمن الطبيعي ان يوسع المشرع من مفهوم الأحوال الشخصية اذ يمكن هؤلاء من الخضوع إلى قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم وعندما الغيت الامتيازات الأجنبية بمقتضى معاهدة مونترو والغيت تبعا لذلك المحاكم المختلطة والقنصلية اذ استرد القضاء الوطني ولايته على الأجانب وإبقاء المفهوم الواسع للأحوال الشخصية وبقاء ادراج هذه المسائل تحت هذا المفهوم والتي حددتها المادة 13 من القانون الملغى تشجيعاً لقدوم الأجانب إلى مصر. فضابط الاسناد الذي اخذ به المشرع المصري في المادة 11 مدني يجعل من القانون المصري قانون ملائم بنظر المنازعات ليس فقط الخاصة بحالة الأشخاص واهليتهم بل المتعلقة بها [5] إذ إن تدعيم الاخذ بضابط الجنسية لابد من وجود رابطة وثيقة بين الشخص والدولة التي يتمتع بجنسيتها نظراً لوحدة العادات والتقاليد والجنسية والديانة مما يعزز اعتبار القانون الشخصي هو قانون جنسية الشخص. وهذا بجانب العديد من النظم القانونية والتشريعات المقارنة التي تعتبر قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته هو القانون الوطني أو الشخص الواجب التطبيق على مسائل الحالة والاسرة والاهلية [6] . أي أن هذه الاهلية بالنسبة للوطني والاجنبي تكون محكومة بقانونهم الوطني أي يطبق في الحالتين القانون

(1) د فؤاد رياض ود سامية راشد، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص288.
(2) نقلاً عن د عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص 245.
(3) نقلاً عن د احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، بند 192 ص233.
(4) د عكاشة محمد عبد العال الإجراءات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص245.
(5) د أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 250.
(6) د هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التقنين التقنين المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص16.

الوطني وهو قانون الجنسية في التشريعات التي اعتمدت معيار الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق في الاهلية ومنها التشريع الفرنسي منها فنص في التقنين المدني الفرنسي في المادة (3/3) مدني على قاعدة تنازع أحادية الجانب تفضي بانطباق القانون الفرنسي على مسائل الحالة والأهلية المتعلقة بالفرنسيين ولو كانوا مقيميين خارج فرنسا مما يعني ان القانون الفرنسي يطبق على اعتباره قانون الجنسية اما إذا تعلق الامر بأهلية شخص اجنبي فلم يتعرض له المشرع الفرنسي [1] . كما قد استقر الفقه أيضا هناك على الاعمال المزدوج لتلك القاعدة وصياغتها بطريقة مجردة حيث يقال ان حالة الأشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسياتهم [2] . وعلى ذلك قام القضاء الفرنسي منذ حكم محكمة باريس بتاريخ 13 يونيو 1814 في قضية Busquet بتعميم قانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي بالنسبة لجميع الأشخاص سواء كانوا وطنيين ام اجانب[3] . وبعد ذلك جاءت التقنينات المدنية اللاحقة للدول الأخرى لتنص صراحة على اعتماد قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته على اعتبارها القانون الشخصي الذي يسري على مسائل الأحوال الشخصية فمن ضمن التقنينات القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1865في المادة 6 وما بعدها [4] . هذا وقد تبنته اتفاقيات لاهاي الثلاث المبرمة في 12 يونيو 1902 المتعلقة المتعلقة بالزواج والتطليق والانفصال البدني والحجر والوصية والاتفاقيات الثلاث الأخرى المبرمة في 17 يوليو 1905 الخاصة بأثار الزواج وحماية غير كامل الاهلية والمواريث والوصايا [5] . بيد بيد ان هناك العديد من التشريعات في دول أخرى لا تعتد بضابط الجنسية كإنجلترا وامريكا وفي القانون الكندي والاسترالي اذ أصرت على الاستمرار في عقد الاختصاص في المسائل المتعلقة

(1) الفقرة الثالثة من التقنين الفرنسي انف الذكر. كما فرق القانون المدني الإيطالي بين أهلية الوجوب فأخضعها للقانون الإقليمي واهلية الأداء فأخضعها للقانون الشخصي د محمد عبد المنعم رياض بك، مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1943،ص425. كما اعتمد قانون الجنسية في حكم الاهلية من قبل سويسرا وتركيا وألمانيا والبرازيل د غالب الداودي، مصدر سابق، ص132.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، فقرة 79 ص 90.

(3) V.bertand ancel,et yveseequtte: not sous cour de Paris. 13 juin 1814. prands ares de grands arrfes la jurisprudence francaise prudence tranç ise de droiu in crationa' prive 1992 05

(4) والقانون المدني البرتغالي لعام 1867 م (27) والقانون المدني الاسباني الصادر عام 1888 (م 9) ونذكر من النظم الحديثة التي تأخذ بقانون الجنسية احكام مسائل الحالة والأهلية كالقانون الدولي الخاص الاسباني لعام 1974 (م 9) والقانون الدولي الخاص النمساوي 1979 (37 وما بعدها) والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في المادة 8 وما بعدها والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 م 8 وما بعدها والقانون الدولي الخاص لما كان يعرف بيو جو سلافيا كل هذه التشريعات مشار لها في مؤلف د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر نفسه، فقرة 557 ص651.

(5) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، فقرة 576 ص 649

بالأشخاص لقانون الموطن لما تراه من أهمية لمحل الإقامة للشخص أو موطنه [1] . خاصة وان الموطن يعد المركز القانوني للفرد والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ويجري عليه تصرفاته [2] إذ إن الجدل لا زال صاخباً بين الفقه حول المفاضلة بين هذين الضابطين الجنسية من جهة والموطن من جهة أخرى. إذ إن ضابط الموطن يتماشى مع السياسات الدولية لبعض الدول المستوردة للسكان لاستيعاب الأجانب وادماجهم في مجتمع الدولة [3] . ومهما كان امر الخلاف فان الامر الذي لا شك فيه ان اختيار أي من الضابطين هو امر تقدره الدولة وفقاً لسياستها التشريعية وتبعا لما تريد ان تحققه من اهداف كضابط العمليات الاقتصادية والاسرية التي تجري على اقليمها إذ إن قاعدة التنازع يملي وضعها اعتبارات سياسية داخلية [4] . فالدولة المصدرة للسكان تتبنى ضابط الجنسية " كالمشرع المصري " بما أنه يتفق مع سياستها في تتبع مواطنيها أينما ذهبوا، بعكس الحال بالنسبة للدول المستوردة للسكان على النحو السابق [5] .

الفرع الثاني/ فلسفة المشرع في مسائل الزواج والنسب

الزواج في مفهوم الشريعة الإسلامية " هو عقد رضائي بين رجل وامرأة، ما دام يصح التعاقد بينهما، يفيد حل الاستمتاع والإنجاب بينهما، ويجعل منهما أساس أسرة، ويرتب لكل منهما حقوقاً ويحمله بواجبات متبادلة " [6] ، ويعتبر الزواج من أخص المسائل في الأحوال الشخصية طبقاً لنص المادة 13 من قانون 147 لسنة 1949 الملغي والخاص بنظام القضاء. فيخضع بالتالي لقاعدة التنازع التي تقرر اختصاص القانون الشخصي، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص (الزوج أو الزوجة أو كلاهما معاً)، غير أن إعمال تلك القاعدة يثير العديد من المشاكل العملية في التطبيق فتتنوع هذه الفلسفة على حسب المراحل المختلفة التي تمر بها علاقة الزوجية " نشأتها. آثارها بطلانها. انقضائها " [7] . ففي مرحلة الإنشاء أو التكوين فإنه يتعين التفرقة بين مراحل الزواج وشروطه الشكلية والشروط الموضوعية لإبرام الزواج، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل نوع من هذين النوعين، ثم نبين القانون الواجب التطبيق على الآثار التي يرتبها عقد

(1) د هشام علي صادق ود عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ج2، دار الفتح، اسكندرية، 2011، ص.229.
(2) د جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، مصدر سابق، ص276.
(3) د عكاشة عبد العال، التنظيم القانوني، مصدر سابق، ص230.
(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص32 وما بعدها.
(5) د عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني..، مصدر سابق، ص233.
(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين مصدر سابق ، فقرة 758 ص 633.
(7) د احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص761 ود عكاشة عبد العال، الإجراءات..، مصدر سابق، ص255.

الزواج بعد إنشائه، ثم ذلك الذي يحكم انقضاؤه، والاستثناء على الأخذ بهذه القواعد، ونمهد لكل هذا بالتعرض للخطبة باعتبارها مقدمة للزواج.

اولاً/ ضابط الإسناد الواجب التطبيق على الخطبة:

تعتبر الخطبة مقدمة الزواج وأنها وسيلة الهدف منها بلوغ الغاية المتعلقة بالزواج وان احكامها تابعة لأحكام الزواج أي انه يمكن استنباط بعض احكامها بل غالبيتها من الاحكام الخاصة بعقد الزواج المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية وعلى الاحكام العامة المنصوص عليها في القوانين المدنية رجح المشرع المصري اعتبار الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية وإن كانت وعداً بالتعاقد واعتبرها بالتالي تخضع لقانون الجنسية طبقاً لنص المادة 13 من قانون نظام القضاء الملغي. ولا يتعلق هذا الإلغاء بتغير هذا التكييف وحمل الخطبة على أنها من روابط الأسرة[1] . بينما يحدد المشرع العراقي موقفه من الخطبة اثناء محاولة تعريفها فقد نص على ان" الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة لا يعتبر عقداً" [2] . مما يؤكد على ان المشرع العراقي قد انكر صفة العقد على الخطبة اذ وصفها بانها مقدمة عقد الزواج أو المرحلة التمهيدية التي تسبق الزواج ولعل العلة في تشريع هذه المقدمة تكمن في عظمة شأن هذا العقد والتأكيد على ما له من تأثير مباشر ومؤثر في مستقبل العاقدين، فمتانة هذه الرابطة وصحتها تعد الأساس في بناء الحياة المشتركة واستمرار النسل الصالح وتبعاً لذلك الرقي بالمجتمع [3] . إن إنكار الصفة العقدية على الخطبة قد أكد عليه أيضاً الفقه الشرعي والقانوني [4] ، بجانب المشرع الوضعي والذي نرى العديد العديد منهم أيضاً أنكروا عليه هذه الصفة [5] ، فالخطبة تبدأ بطلب يتبعه موافقة أو رفض ، فإذا كانت موافقة كان ذلك اتفاقا تمهيدياً على الزواج أو الأمور الجوهرية لانعقاد الزواج على ذلك نحن نؤيد تكييفها بوعد أو باتفاق غير ملزم ما يسهل لطرفي الخطبة والأهل سهولة التعرف على طباع البعض بعيداً عن الرسمية والإجراءات الروتينية للعقد والإلزام القانوني بمعنى اخر هي التزام أخلاقي متبادل بين الطرفين قد يسهل في المستقبل بناء كيان اجتماعي متين ، اذ نلاحظ مما ذكر

(1) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، ط2، 1977، دار النهضة العربية، ص252.

(2) الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188/ لسنة 1959 المعدل.

(3) د ئارام محمد صالح سعيد، احكام الخطبة في التشريع العراقي، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان- السليمانية (ISSN 2520-7377عبر الإنترنت)، (ISSN 2520-5102طباعة) DOI: http://dx.doi.org/10.25098/1.2.222 .

(4) د عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، ج1، الزواج واثاره، الطبعة الثامنة، جامعة دمشق، 1998، ص31.

(5) حيث يلاحظ ان هذا مسلك المشرع في الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والفصل الثاني من مدونة الاحكام الشرعية في مراكش والمادة الثانية من قانون حقوق العائلة الأردني والمادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري. انظر د علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1962.

انفاً أن هذه العلاقة روحية وأبدية لذلك من الملائم ان تبدأ بمراسيم اجتماعية وأخلاقية قد تؤدي إلى اقتراب العائلتين وفهم بعضهما البعض أكثر من أن يبدأ العلاقة بوضع شروط والتزامات قانونية قد يمحي الرحمة والمودة الموجودة في علاقات الزواج و يؤدي إلى أن يعامل هذه العلاقة كسائر العلاقات القانونية المالية الأخرى ، تبعا لذلك يتبين أن هذا الاتفاق أو هذا الوعد لا يرقى إلى منزلة العقد فلا يلزم طرفيها [1] ، ما يعني أن لهما التحلل منها أو العدول عنها والفسخ دون أن يمنع القانون ذلك ، وعلة ذلك تكمن في أن المانع يولد الإكراه ، والإكراه عيب من عيوب الإرادة ، بوجوده يفقد عقد الزواج النتيجة على ذلك يفضل تكييف الخطبة على أنها : " اتفاق غير ملزم على الزواج " .هذا على خلاف بعض النظم القانونية المقارنة كالنظام القانوني " الألماني ، النمساوي ، السويدي والإنجليزي " والتي تعتبر الخطبة عقداً حقيقياً يترتب عليه آثاراً إذا ما أبرم صحيحاً [2] ، ومع غياب النص التشريعي في القانون الحالي 1968 إلا أنه يتم إعمال قياس مسائل الخطبة علي مسائل الزواج ، سواء من حيث الشروط الموضوعية أو الشكلية للخطبة أو آثارها والعدول عنها والنتائج المترتبة علي هذا العدول [3] ، ومع غياب هذا النص التشريعي في القانون المصري [4] ، وبحسبان أن الخطبة من مقدمات الزواج والتي تؤول في النهاية عادة إلى إبرام عقد الزواج فلا غبار علي قياس مسائل الخطبة علي مسائل الزواج ، في ابتناء قاعدة التنازع المناسبة " الملائمة"، والتي تختلف باختلاف طبيعة المسألة المثارة [5] . إذ إن الشروط الموضوعية للزواج والتي تعني " تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج أو وجوده مع بقائه قابلا للإبطال وهي تتعلق عموماً بأركان عقد الزواج من تراضي ومحل وسبب " [6] . فتنص فتنص المادة 12 من القانون المدني المصري علي أن " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة

(1) يلاحظ أن بعض الشرائع عد الخطبة عقد غير لازم اذ تم تعريفها في المادة (24) من قانون الأحوال الشخصية لطائفة اللاتين والمادة (27) من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية الشرقية على أنها " عقد بين رجل وامرأة يتضمن وعداً بالزواج الآجل ". لاحظ: المحامي الدكتور الفريد ديات، الوجيز في أحكام الزواج والأسرة للطوائف المسيحية في المملكة الأردنية الهاشمية، مصدر سابق، ص 35. المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، فقرة 636 ، ص762.

(3) احمد محمد الهواري، ج2، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، طبعة 2009، ص206.

(4) جابر جاد عبد الرحمن، فقرة 113 ص 294-295. كذلك انحاز المشرع الكويتي في المادة 35 من قانون سنة 1961 الى اعتبار الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية حيث تقول" تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية".

(5) د احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص206. ود فؤاد رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع وتنازع الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية،1994، ص302.

(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر السابق، فقرة 640 ص 768. ود عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، المصدر السابق، ص253.

الزواج إلى قانون كل من الزوجين " [1] ، ويعد هذا النص بإسناده صحة الزواج من الناحية الموضوعية إلى قانون كل من الزوجين. تطبيق موزع. تطبيقاً للقواعد العامة السائدة في القانون المقارن [2] وتظهر فلسفة المشرع في اختيار هذا الضابط في أنه يستجيب إلى عدة اعتبارات من الملاءمة بتطبيق القانون الشخصي لكل من الزوجين المستقبلين ، لأن عقد الزواج يخلق نظاماً قانونياً بين شخصين غالباً ينتميان إلى مجتمع سياسي مختلف مع اختلاف المصالح الشخصية لكل طرف ولا يتصور أن ينشأ ذلك النظام صحيحاً طبقاً لقانون أحد الطرفين مع إهمال الطرف الآخر ، كما أن قانون كل دولة قد وضع لحماية العائلة التي تقوم عليها تلك الدولة ، ولا يصح تطبيق قانون دون آخر ، ونقول أن هذا حكم يمليه مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي تعترف به الشريعة الاسلامية الغراء في الحدود التي بينها فقهاء الشريعة، كما يمليه العرف الذي استقر في النظم القانونية لمصر القديمة منذ القرن الرابع قبل الميلاد [3] . أما عن الشروط الشكلية في هذا العقد والتي يقصد بها " كل مسلك يلزم إتباعه لإظهار الإرادة" [4] والمشرع المصري في القانون القانون الحالي لم يتبنى قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية وقد حسم القضاء هذه المسألة وقرر في أحد أحكامه [5] بإمكانية إعمال قاعدة التنازع التي تضمنتها المادة ٢٠ من القانون المدني والتي والتي تنص علي أن " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى علي أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك " . وهذا هو الرأي الراجح في الفقه المصري ، ذلك لأن الزواج يعد عقداً وبالتالي يعد من قبيل التصرفات القانونية التي ينطبق عليها نص المادة 20 مدني، ومعنى ذلك أننا بصدد قاعدة تنازع تخييرية فيكفي أن يتبع الشكل المقرر في أحد

---

(1) د عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين في مسائل تعدد الزوجات في القانون المصري الفرنسي والانجليزي، رسالة دكتوراه، باريس، 1981.

(2) من ذلك القانون الفرنسي والقانون الدولي الخاص لما كان يعرف بتشكوسلوفاكيا لعام 1963، البولندي لعام 1965 ومجموعة من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979والالماني لعام 1986 والنمساوي عام 1939 والقانون التركي لعام 1952 والقانون المدني الاسباني لعام 1974 واخذ الحل بعض الاتفاقيات الدولية لاهاي المبرمة في 12 يونيو 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج مشار اليه في د عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، فقرة 641 ص 771.

(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، ص775.

(4) د احمد الهواري، نظرات في استثناءات...، مصدر سابق، ص222.

(5) ففي حكم محكمة القاهرة الابتدائية في 5 يناير 1954 قضت المحكمة بأن : " وبما أن المادة 20 من القانون القانون المدني تنص علي أن ... لذلك فإن المشرع أورد في الفقرة الأولي من هذه المادة (قاعدة شكل العقد خاضع لبلد تحريره) ... كما أجازت المادة في فقرتها الأخرى ، عقد الزواج وفقا للقانون الذي يسري علي أحكامه الموضوعية أو لقانون موطن المتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك ، فإذا انعقد الزواج مستوفيا للشروط الذي يلزمها أي قانون من هذه القوانين الأربعة ، اعتبر صحيحاً ولا يجوز أن يعقد زواجه وفقا للإجراءات التي يستلزمها هذا القانون الشخصي " ، حكم منشور في : مجلة التشريع والقضاء 1954 ، السنة السادسة ، العدد 17 ، ص 329 وما بعدها ، وانظر حكم ذات المحكمة في 9 مارس 1954.

القوانين المذكورة حتى يعتبر الزواج صحيحاً دون أن تراعي الشكليات في أي قانون آخر [1] . اما عن فلسفة المشرع في تبني قاعدة التنازع المتعلقة بآثار الزواج فتنص الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون المدني علي أن " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج علي الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال " ، ويفهم من النص انف الذكر أن ضابط الإسناد في شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وبهذا قصد المشرع المصري ضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج وهو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لتحقيق نوع من الوحدة في التطبيق والوصول بالأسرة إلى الاستقرار ، كما يظهر هذا الضابط أهمية تطبيق قانون الطرف الأكثر ارتباطاً و ملاءمة بالعلاقة ، فقد تتغير جنسية هذا الزوج بعد إبرام الزواج باكتسابه جنسية أخري ، فقد سبق أن نبه الفقه الفرنسي إلى خطورة إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون واحد كقانون جنسية الزوجين مثلاً ، إذ يتعذر في هذه الحالة تطبيق أيهما عندما يختلفان [2] . كما قد واجه في هذا النص فرض التنازع المتغير بالنص على الوقت الذي يعتد فيه بجنسية الزوج وهو وقت إبرام الزواج ، فلا يتصور أن تخضع آثار الزواج كأية علاقة أو رابطة أخرى لغير قانون واحد ، ذلك لأن الآثار تقتضي الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها ، وتنفر بالضرورة من التعدد ، وإذا كان من المتعين أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين ، فإن الأولى بحكم آثار الزواج هو قانون جنسية الزوج بوصفة رب العائلة [3] ، الذي له القوامة ويناط به توجيه الاسرة ورعايتها بالإضافة إلى ان هذا في الغالب ما يكون قانون الجنسية التي يتمتع بها افراد الاسرة [4] . ولم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الوضعي والفقه إلى تحديد شروط قيام الخطبة بشكل من المنهجية ، بل يمكن ملاحظة أن أحكامها مشتتة ومبعثرة يتوجب جمعها من ثنايا نصوص وأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وآراء الفقه الشرعي والقانوني والعرف للوقوف على تحديد أهم الشروط الواجب توافرها في هذا التصرف

---

(1) د. أشرف وفا،" الوسيط " مصدر سابق ، ص 308 وما بعدها، د. هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال،" الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الأحكام " دار المطبوعات الجامعية 2008 ، ص 256 وما بعدها، د فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، مصدر سابق، ص 212 د عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص290، د إبراهيم أحمد ود أحمد الهواري، مصدر سابق، ص 223 وما يليها.

(2) د هشام علي صادق، د عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص 269، د أشرف وفا " الوسيط .... " مصدر سابق ، ص 320، د إبراهيم أحمد إبراهيم ود أحمد الهواري، مصدر سابق، ص ٢٣٣، أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 803، بند 649.

(3)عكاشه محمد عبد العال، المصدر نفسه، ص 269 ، وراجع أيضاً د هشام علي صادق " تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري " منشأه المعارف بالإسكندرية 1993، ص 507، د فؤاد رياض ود .سامية راشد : المرجع السابق ، ص 185 ، ويذكر أن لجنة تعديل القانون المدني قد فرقت بين الآثار الشخصية للزواج فأخضعته استثناء لقانون جنسية الزوجين إذا اتحدا بعد الزواج ، وبين الآثار المالية له والتي أخضعتها اللجنة المذكورة لقانون الزوج وقت الزواج في جميع الأحوال ، المصدر السابق ، ص299.

(4)) د احمد محمد الهواري، الوجيز في تنازع القوانين، بدون ذكر مكان النشر،1991،ص386.

القانوني ، وفي هذا الصدد يلاحظ أن أكثرية المراجع الفقهية الشرعية والقانونية حددوا لها شرطين فقط والمتمثل في خلو المخطوبة من الموانع الشرعية الخاصة بالزواج وعدم جواز خطبة مخطوبة الغير [1] ، في حين عندما يقال إن أحكام الخطبة تابعة لأحكام عقد الزواج حينها يلزم التطرق إلى بيان شروط في غاية من الأهمية قد تتعلق بالأحكام العامة المتعلقة بأي تصرف إرادي أو قد يتعلق بأحكام الخطبة بالذات ، فيلاحظ ان الشروط الموضوعية [2] تخضع لقانون كل من الزوجين ووفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل في المادة(5) تشير إلى سريان القانون العراقي اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج. بالنسبة للشروط الشكلية فهي لا تعدو ان تكون شروط تنظيمية القصد منها مراعاة الاثبات كالعقد في محكمة معينة فهنا تنازع القوانين من حيث المكان كونها تخضع لقانون البلد الذي تم فيه عقد الزواج لأنه يقوم مقام قانون الزوجين [3] . اما المادة (2/19) فتناولت اثار عقد الزواج ما بين (طرفيه) الزوج والزوجة واشارت إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج. مما تقدم يتضح لنا ضرورة تطبيق قانون واحد على الزواج وخصوصا في الشروط الموضوعية طالما انها لا تخالف النظام العام والآداب العامة لتحقيق نوع من الوحدة في التطبيق والوصول بالأسرة إلى الاستقرار. اما عن قضايا الطلاق والتفريق والانفصال فيطبق قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق بيد

(1)) د احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج1، ص45 وما تليها'

(2) "1/ من لا يصح الزواج منها لا يصح خطبتها ما يعني حرمة خطبة هؤلاء. أ/ المحرمات على التأبيد نسبا أو رضاعاً أو مصاهرة، كذلك يلحق بهذه الفقرة خطوبة المسلمة من غير المسلم وخطوبة عديمة الدين السماوي والمشركة والمرتدة، حيث أنها تكون محرمة وبالتالي باطلة بالاتفاق (ب - المحرمات على التأقيت ويشمل (- زوجة الغير التي مازالت الزوجية قائمة بينهما. حيث أجمع الفقهاء على تحريم خطبتها ثم العقد عليها، أما إذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها، فيجوز خطبتها بعد انتهاء عدتها - المعتدة من طلاق رجعي ما دامت العدة لم تنتهي بعد. ففي خطبتها اعتداء على حق الغير لأنها تبقى لحين انتهاء فترة العدة زوجة مطلقها، له أن يرجعها دون الحاجة الى عقد ومهر جديدين، لذلك أجمع الفقهاء على تحريم خطبتها تصريحاً أو تلميحاً. - المعتدة من طلاق بائن، فذهب جمهور الفقهاء إلى جواز خطبتها تعريضاً، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج على الزوجة، أما الحنفية فذهبوا الى تحريمها تعريضاً وتصريحاً. - المعتدة من الوفاة، فذهب جمهور الفقهاء الى جواز خطبتها تعريصاً لقوله تعالى " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله انكم ستذكرونهن.. - خطبة مخطوبة الغير بعد تمام الخطبة الأولى محرمة باتفاق آراء الفقهاء، فقيل في ذلك: (حدثنا الحسن بن علي حدثنا عبد الله بن نمير عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه إلا بإذنه " ، لكنهم قالوا بجواز خطبتها إذا أذن له الأول ، أما إذا تقدم الخطيب الثاني بعد رفض الفتاة للأول فذلك جائز بالاتفاق لعدم تعلق حق الغير بها ، أما إذا كان الخطبة الثانية جاءت في وقت لم تبدي الفتاة رغبتها أو رفضها للخطبة الأولى فاختلف الآراء على اتجاهين ، فذهب الأولى إلى عد السكوت رفضاً وبالتالي أجازوا الخطبة الثانية في هذه الحالة ، أما الاتجاه الثاني فهم اعتبروا السكوت تروي من أجل السؤال عن الخاطب ، فذهبوا إلى تحريمها ، ونحن في هذه الحالة نؤيد الرأي الثاني لأن الغالب أن المرأة وأهلها تحتاجون الى فترة زمنية لأجل السؤال عن الخاطب وأهله ، والأولى أن نعمل على الغالب الشائع مراعاة لحقوق الغير . أما إذا حصلت الخطبة والزواج مع ما أوضحناه من حالات الحرمة فذهب جمهور الفقهاء الى أنه إذا جاء بعدها عقد الزواج فيعد صحيحاً قضاء أما الخاطب فيكون أثما ديانة، لكن الظاهرية وبعض الحنابلة والمالكية ذهبوا الى أن العقد في هذه الحالة باطل. نقلا عن د حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة،2020،ص15-16.

(3) د حيدر الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص11-12.

ان اختلاف الجنسية له دور في تحديد القانون الواجب التطبيق فلو كان الزوج عراقياً وقت العقد ثم اكتسب الجنسية المصرية وقت رفع الدعوى فالقانون المصري يكون هو القانون الواجب التطبيق تطبيقاً لنص المادة (3/19) من القانون المدني المصري إذ إن تطبيق هذا الضابط يبين تطبيق الطرف الأكثر ملائمة بالعلاقة وتحديد وقته بوقت رفع الدعوى هو منعا لحالات الغش والتلاعب فقد تغير الجنسية لحالات القصد منها ضرر الطرف الاخر ولأهمية العلاقة الزوجية تقضي الوحدة في النظام القانون.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق على النسب أو البنوة

النسب في اللغة هي القرابة جاء في لسان العرب وقيل هو في الإباء خاصة والنسب يكون بالإباء ويكون في البلاد ويكون في الصناعة والنسب المناسب والجمع نسباء وانساب وفلان يناسب فلاناً فهو نسيبه أي قريبه [1] واصطلاحاً يقصد بها البنوة القائمة على الزواج ويطلق عليها البنوة الشرعية تميزاً لها عن البنوة الطبيعة التي تكون ثمرة صلة أو علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة أو كان زواجهما باطلاً بطلاناً مطلقاً وعلى نقيض موقف الشريعة الإسلامية موقف التشريعات الأجنبية اذ تعرفها بانها البنوة غير الشرعية وترصد قواعد تنازع خاصة وما يترتب عليها كالنسب والنفقة والارث [2] .اما التبني فانه ينصرف إلى التصرف القانوني الذي يترتب عليه ان تنشأ علاقة قرابة حقيقية بين شخصين [3] . وتعد المسائل المتعلقة بالبنوة والتبني من الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد أكد على هذا المعنى المادة (13) من قانون نظام القضاء الملغي بقانون السلطة القضائية الصادر سنة 1965 حيث اعتبرت البنوة والاقرار بالأبوة وانكارها وتصحيح النسب والتبني [4] . والرأي الفقهي السائد يقر بأن قاعدة التنازع خاصة بالبنوة الشرعية

(1) ابن منظور، لسان العرب،2/916-917، مادة ن س ب.

(2) فتذكر من هذه التشريعات القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 197 (925م) وتخضعها للقانون الشخصي للأبن " قانون جنسيته " ، فيما يعتبر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في (م 68 ، 72) قانونه الشخصي هو "قانون محل الإقامة العادية " ، والقانون الدولي الخاص البرتغالي والذي يعتد في المادة 56 /1 بقانون جنسية الابن ولكن وقت رفع الدعوى ، والقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984 (م 2084) يخضعها القانون " الموطن المشترك للوالدين والولد معاً" وأخذت بهذا الاتجاه أيضا العديد من القوانين المدنية مثل القانون المدني اليوناني والإيطالي المشترك للوالدين والولد معا ، والقانون الدولي الخاص التركي في (م 17) لقانون الشخص المطلوب الانتساب إليه(الاب والام) واخذت بذلك العديد من القوانين المدنية مثل القانون المدني اليوناني والإيطالي والبرتغالي، جنسية الأم ، والقانون الفرنسي لعام 1972 والذي فضل منح الاختصاص لقانون جنسية الام(م311-14 مدني) ، والقانون الدولي الخاص لجمهورية ألمانيا الاتحادية والذي اتجه إلى الأخذ بالقانون الأصلح أو الأكثر تحقيق المصلحة الابن : د . أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، من 890 وما يليها، خاصة ند 685 وما يليه، در هشام على صادق ود. عكاشة عبد العال: " التنظيم القانوني الموضوعي " مصدر سابق، ص 372 .

(3) د أشرف وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص355.

(4) د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص224.

مفادها تطبيق قانون جنسية من يطلب الانتساب اليه من الوالدين الاب أو الام [1] .او من ينكر النسب اليه أو الذي يقر به منهما [2] . وطبقاً للرأي السابق فأن قاعدة التنازع الخاصة بالبنوة هي تخضع لقانون الجنسية ولم يعد هناك محلاً للاجتهاد [3] . لكن قد يثور هنا تساؤلاً حول مدى ملائمة ضابط الجنسية للولد أيا كانت بنوته؟ فلو رجعنا إلى ما ذكر انفاً لوجدنا ان مسائل البنوة هي من مسائل الأحوال الشخصية اذ يعتد بضابط الجنسية [4] في تنازع القوانين الخاصة بها غير ان بعض التشريعات تعتد بجنسية أحد الوالدين (الاب أو ألام) في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد الانتساب اليه كما اختلف موقف التشريعات [5] بحسب ما اذا كانت تقصد بهذا القانون الشخصي قانون جنسية الشخص ام قانون موطنه [6] . والرأي الراجح التي تأخذ به اغلبية القوانين العربية هو هو اختصاص القانون الواجب التطبيق على اثار الزواج قانون الجنسية اي قانون دولة الزوج أو الاب [7] . اذ يستند هذا الاتجاه إلى حجج منطقية مقتضاها ان " النسب الشرعي من تعريفه هو الذي الذي يترتب على عقد زواج صحيح ويرتبط بالزواج وجوداً وعدماً ويعد اثراً من اثاره مما يستلزم اخضاعه للقانون الذي يحكم اثار الزواج [8] . وذلك لأن فكرة الملائمة هي الأساس في تحديد مدلول القانون الشخصي ، وعليه اتجهت التشريعات الحديثة نحو تبنى ضابط الجنسية هذا باعتباره القانون الأكثر ملائمة لحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص ، لأنه يعبر عن الرابطة الأكثر وثوقا التي هي قوام فكرة الملائمة في مجال تنازع القوانين [9] . والمتأمل في النصوص التشريعية الواردة في القانون المقارن يلحظ أنها تميل إلى التوجه نحو قواعد استاد ذات مضمون موضوعي (الشروط الموضوعية) "فيخضعها لقانون الزوج وقت الزواج، ودون الاعتداد بالتغيير الذي يطرا على جنسية الزوج فيما بين وقت الزواج ولحظة ميلاد الطفل". أي يعتد بقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس وقت رفع النزاع بشرط أن يتجه هذا القانون التحقيق مصلحة الطفل ، أن يعتمد ضابط الإسناد الذي يتجه لتحقيق مصلحة إثبات البنوة من ذلك القانون الفرنسي العام 1972 في

(1) د هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص558-559.
(2) د هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، مصدر نفسه، ص365.
(3) د فؤاد رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص 408.
(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المصدر السابق، ص676 وما بعدها.
(5) من هذه القوانين القانون المدني الاسباني (4/49) اذ يجري الحكم فيها على العلاقات بين الوالدين والأولاد يحكمها قانون جنسية الاب.
(6) د هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ص 361 وما بعدها.
(7) د فؤاد رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، المصدر السابق، ص 408.
(8) د احمد محمد الهواري، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين) ، 199، ص407.
(9) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 879.

المادة 165 [1] ، هذا [2] وتجدر الإشارة إلى إمكانية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على البنوة أو النسب الشرعي سواء تعلق الأمر بإثباتها أو إنكارها أو حتى بأثارها إذا كان يحرم الولد من كل حق في إثبات نسبه ، أو يجيز إثبات النسب الشرعي بطرق غير مألوفة كمجرد الإعلان أو حلف الأم ، كما يمكن استبعاد ذلك القانون أيضاً إذا كان يعفي الأب من رعاية أولاده وتربيتهم والإنفاق عليهم .... الخ [3] . وفيما يتعلق بالبنوة غير الشرعية فالأمر يتوقف على طبيعة طبيعة البنوة غير الشرعية وما تفرضه من قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون أن يتضمن ذلك بالضرورة الانتساب إلى الوالد الآخر [4] ، فيخضع لقانون من يطلب الانتساب اليه على الحقوق التي تجب للولد والالتزامات التي تقع على عاتق الوالد نحو ولده من نفقة ورعاية وتهذيب " وهذا ما تأخذ به القوانين المقارنة في أغلبها [5] . فيخضع لقانون جنسية الوالد المراد الانتساب إليه كل ما يتعلق بشروط الإقرار بالبنوة وطرق اثباتها وحقوق الابن وفيما يتعلق بالوقت الذي يعتد فيه بجنسية الشخص المراد الانتساب اليه يعتد بذلك في وقت ميلاد الطفل فيخضع لقانون الولد ، نظرا لأنه الوقت الذي ترجع إليه البنوة غير الشرعية ، وهو الوقت الذي تظهر الحاجة فيه إلى تحديد الوضع القانوني أو حالة هذا الولد وهو من اليسير تحديده بخلاف الحمل مثلا [6] ، ويمكن استبعاد القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية اذا كان النسب غير الشرعي لولد من أمه التي اتت به على سبيل المثال من رجل محرم عليها كأبيها أو أخيها أو ابن اخيها أو غير ذلك مما يجيز هذا النوع من البنوة بين المسلمين تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من البنوة غير الشرعية لا يعرفه القانون المصري باعتبار أن الشريعة الإسلامية تحرم العلاقات الجنسية خارج الزواج ولا ترتب عليها أية آثار [7] .

(1) د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص226.

(2) والقانون الدولي الصيني الصادر في 15 مارس 1994 ، والمعمول به من اول أكتوبر عام 1999 والقانون والقانون الدولي الصيني الجديد الصادر في 2010 ويؤيد المشرع الألماني الأخذ بهذا الحل بشرط تحقيقه مصلحة الطفل في ثبوت نسبه الشرعي (م 14 من القانون الدولي الخاص لألمانيا الاتحادية بعد تعديل سنة 1986)، وألا يطبق نص المادة 19 والذي يتضمن قاعدة اسناد احتياطية تشير بتطبيق قانون جنسية الأب أو الأم حسبما تتحقق مصلحة الطفل ".

(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص889-890

(4) د فؤاد رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدول واثار الاحكام الاجنبية، المصدر السابق، ص 326.

(5) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 896.

(6) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص895.

(7) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص897.

الفرع الثالث/ القانون الواجب التطبيق على مسائل العلاقات المالية للأسرة

الأسرة هي وحدة اجتماعية قوامها مجموعة من الأفراد تربط بينهم رابطة القرابة[1] . وكل دولة ترتب على قيام هذه الرابطة آثار عديدة تؤثر في حقوق الشخص وواجباته، ومن تلك الآثار ما هو ذو طابع مالي، وأهمها الحق في النفقة والحق في التركة، فاذا كان أحد أطرافها عنصر أجنبي إلى تثور مشكلة تنازع القوانين اذ يقوم المشرع الوطني بوضع مجموعة من القواعد التي تتكفل في حل النزاع من خلال ضوابط الإسناد. ومن خلال الاطلاع على ضوابط الإسناد التي اختارها المشرع في اغلب التشريعات العربية[2] في مسائل الأسرة والتي تناول فيها مسائل الحالة والأهلية المدنية ومسائل الزواج والنسب لنقف على مسائل الأسرة وهي مسائل العلاقات المالية الأسرية، لنرى غاية المشرع وفلسفته في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والاعتبارات الكامنة في اختيار ضوابط الإسناد ودلائل اعتبارات الملاءمة فيها وذلك وفقاً للاتي: اولاً: النفقة بين الأقارب. ثانياً: التركات .

اولاً: النفقة بين الأقارب

ينص المشرع المصري في المادة(15) من القانون المدني على انه" يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها" [3] . إذ إن النفقة التي تسري عليها احكام المادة(15) والتي تجب وفقاً لأحكام قانون الاسرة هي النفقة العادية التي تتقرر وفقاً للقواعد الموضوعية وليست النفقة الوقتية[4] ، ويخرج من نطاق نص المادة (15) نفقة الزوجية التي تجب علي أحد طرفي الزواج للزوج الأخر ، إذ يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج (م ١٣/١) باعتبارها أكثر من الدار الزواج كما سبق وبينا[5] ، كما يخرج عن نطاقها ايضاً النفقة التي تستحق للمطلقة سواء أكانت نفقة عدة أو متعة ، إذ تخضع القانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق بوصفها من آثار انحلال رابطة الزوجية ، ويعتبر مخالفا للنظام العام الوطني القانون الأجنبي الواجب التطبيق على نفقة الأقارب إذا كان لا يفرض الالتزام بالنفقة بين الأصول

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، 889 وما يليها.
(2) كالمشرع المصري والمشرع العراقي والمشرع السوري كما تم ذكر ذلك انفاً.
(3) د إبراهيم احمد إبراهيم ود احمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص265 وما يليها.
(4) حول الاختلافات الفقهية والقضائية بشأن القانون الذي تخضع له النفقة الوقتية انظر: د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص 921 – 925 ، إذ تخضع النفقة الوقتية لقانون القاضي أي للقانون المصري إذا رفعت بها أمام القضاء المصري، وفي ذات الاتجاه نصوص المواد " 50 دولي خاص مجري لعام 1979 والقانون السويسري " لعام 1987 ومن التشريعات العربية، م 45 كويتي لعام 1961.
(5) د حسن بغدادي، القانون الواجب تطبيقه على النفقة الوقتية، مجلة حقوق إسكندرية،1950، ص147.

والفروع[1] ، أو يرفض كل حق في النفقة لطالبها أو يفرض الالتزام بالنفقة دون أن يقرر ضرورة أن يأخذ في الاعتبار عند تقديرها حاجة المطالب بالنفقة وموارد المطلوب منه[2] أو القانون الذي لا يكفل الحد الأدنى المقرر للنفقة في قانون القاضي[3] ، وعلى العكس من ذلك لا يعد مخالفاً لنظام العام الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون القاضي في ترتيب من تحب عليهم النفقة أو كيفية الوفاء بها. تبدو فلسفة المشرع في اختيار ضابط الإسناد الخاص بالنفقة بين الأقارب طبقا للنص المادة (15) في تكيف طبيعة النفقة واعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية واسنادها بالتالي إلى "قانون جنسية المدين بالنفقة "، فهذا النص يستمد الصولة من المادة ٢٩/٥ من لائحة التنظيم القضائي المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو لعام ١٩٣٧ والتي كانت تنص على أنه "يسري على الالتزام بالنفقة القانون الوطني للمدين بها" [4] . إلا أن هذا النص غير مألوف ويخالف ما تقضي به التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي، وبعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الموضوع كاتفاقية لاهاي المبرمة في 2 أكتوبر سنه 1973 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة م (1/4) من إخضاع النفقة فيما بين الأقارب لقانون دولة محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة عند استحالة الحصول على النفقة وفقا لقانون محل إقامة الدائن[5] . كما أن قانون المدين بالنفقة جدير بالنقد لما ينطوي عليه هذا التعبير من مصادرة على المطلوب، فكان من الأجدر الأخذ بالاتجاه المقارن والاتفاقي في هذا الصدد والاعتداد بقانون دولة محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة أي قانون المطالب بها، وكذلك باعتباره الطرف الضعيف والأولى بالرعاية، لذلك فهو قانون غير ملائم لعدة اعتبارات يتم توضيحها فيما بعد، عند حديثنا عن قواعد التنازع المصرية على ضوء القانون المقارن، وبحث مدى والخلل الإجرائي في إعمالها.

(1) راجع حكم محكمة النقض المصرية في 7 / 11 / 1967 صادر في الطعن رقم 22 لسنه 34 قضائية، مجلة المحاماة، العدد10 السنة 48 ص 83

(2) فقد تضمنت بعض التشريعات المقارنة نصوصا صريحة في ذلك كما هو الحال في م 18/7 مدني الماني.

(3) حكم القضاء الوطني في بعض الدول بذلك، على سبيل المثال، حكم محكمة باريس 1971/10/19 : 1972 Clunet، ص 828

(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص913.

(5) كما تخضع بعض القوانين المقارنة نفقة الأقارب لقانون القاضي، باعتبارها من الإجراءات كما هو الحال في إنجلترا والولايات المتحدة الامريكية وأستراليا أو لكونه الاصلح والمفيد لطالب النفقة كما هو الحال في نص م 47-48 من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، ص914-915.

ثانياً/ التركات والوصية

فلسفة المشرع المصري في اختيار ضوابط الإسناد في مسائل الميراث ودعائم اعتبارات الملائمة تنص المادة (1/17) من القانون المدني المصري على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته " [1] . ولقد حرص المشرع المصري على اخضاع التركة لقانون واحد هو قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، ليتحاشى تعدد القوانين التي تحكم التركة إذا ما كانت الأموال موزعة في عدة دوله أو كان الورثة يتمتعون بجنسيات مختلفة [2] ، كما ساوى المشرع بين العقارات والمنقولات فلم يخضع كل منهما لقانون مختلف عن الآخر كما فعلت بعض التشريعات الأخرى[3]، كما أسس القاعدة السابقة في المادة (17) محل الدراسة على أساس من الملائمة والصلة الوثيقة بين الميراث والروابط الأسرية والعائلية ، ذلك أن الميراث من شأنه انتقال أموال المتوفي إلى أقاربه ومن تربطهم به رابطة الزوجية ومن الأولى في ذلك أن يخضع لقانون جنسية المتوفي [4] ، ولكن يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق هذا القانون إذا ما قرر أن تطبيقه يتعارض مع النظام العام الوطني [5] .

اما الوصية طبقاً لنص المادة(17) يسري على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته [6] . فالمشرع المصري وضع

---

(1) وإذا صرفنا النظر عن التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت ، والواردة في النص مثل عقود التوريث فإن إخضاع كل من الميراث والوصية لقانون جنسية المورث أو الموصي وقت الوفاة ينبئ عن إيمان المشرع المصري باعتبارهما من مسائل الأحوال الشخصية ، وقد تأثر المشرع المصري في تبني هذا الضابط بفقه مانشيني ، والذي اتجه إلى التوسع في مفهوم الأحوال الشخصية مع إخضاعها لقانون الجنسية ، وترجع أيضا إلى الظروف التاريخية " عهد الامتيازات الأجنبية " والتي أملت على المشرع المصري أن يتوسع في مفهوم الأحوال الشخصية ويدرج من بينها كل من الميراث والوصية وإخضاعها لقانون الجنسية وقد أبقي المشرع علي هذا المفهوم الموسع للأحوال الشخصية رغم استرداد كامل سيادته عند تقنينه للقانون المدني ، لما قدرة من أن تطبيق قانون الجنسية علي كل هذه المسائل هو الأقرب إلى تحقيق العدالة من وجهة نظره كما سبق وبينا . د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 230.

(2) د ناصر عثمان، مصدر سابق، ص160..

(3) د فؤاد رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدول واثار الاحكام الاجنبية مصدر سابق، ص225.

(4) اذ المتعارف عليه ان الشريعة الإسلامية والتي تعد قواعدها ذات طابع امر مطلق تعد من الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني لا يتسامح في الخروج عن احكامها المتعلقة بالميراث لاختلاف اللون أو الجنس أو يمنع توريث الاناث مثلاً د عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص 336.

(5) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص 346.

(6) هذا ولقد اختلفت وجهات نظر التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالقانون الذي تخضع له الوصية ، حيث أخضعت بعض التشريعات لقانون جنسية الموصي ، من ذلك نص م 30 دولي خاص نمساوي 1979 ، وأخضعتها تشريعات أخرى لقانون موقعها بالنسبة للعقارات ، وقانون موطن الموصي وقت موته فيما يتعلق بالمنقولات ، من ذلك القانوني الفرنسي والإنجليزي والكندي والأسترالي ، وفضل جانب ثالث من التشريعات

الوصية مع الميراث في قاعدة اسناد واحدة حيث اخضع الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت الوفاة والتي يقصد بها كافة الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضوعية[1] . فهذا النص يشير إلى عدة دلالات من الملائمة منها حرص المشرع على وحدة النظام القانوني فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم الميراث والوصية من حيث الموضوع ويرجع إلى الارتباط الوثيق بين الوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ونظام الارث [2] . ام فيما يتعلق بالشروط الشكلية للوصية فلم يشأ المشرع المصري ان يخضعها لقاعدة الاسناد التي تحكم شكل التصرفات القانونية بصفة عامة كما فعل في الزواج وانما استجاب لدواعي المنطق واخضعها لقاعدة اسناد تتلاءم مع طبيعة الوصية فأخضعها من حيث الشروط الشكلية للقانون الذي يحكم موضوعها حيث تقضي المادة (17/2) بانه " يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد التي تمت فيه هذه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت" [3] . وفي خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة على أي شكل كانت تعانون محل الإبرام مراعاة لاعتبارات الملائمة في التيسير على المتصرف ، حيث يكون من السهل عليه معرفة الشكل الذي يقرره قانون الدولة التي يراد إبرام التصرف فيها ، كما أن خضوع شكل التصرف لقانون الدولة التي يراد ابرام التصرف عليها كما ان خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يعد من قبيل القواعد التقليدية التي استقر عليها منذ فقه المدرسة الإيطالية القديمة ، ويذهب جانب من الفقه إلى إمكانية خضوع شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون جنسية الموصي وقت الايصاء باعتباره الوقت الذي تم فيه التعبير عن الإرادة في هذا الوقت بالذات دون غيره [4] ، وقد أكد كل من الفقه والقضاء استبعاد أحكام القانون الأجنبي إذا كان يجيز استحقاق الموصى له للوصية لو كان قاتلا الموصي ، أو يمنع الوصية لمجرد اختلاف اللون أو الجنس أو المعتقدات السياسية [5] . ويتضح مما سبق أن كل هذه الثوابت والاعتبارات السابقة تشير إلى ضرورة تبنى ضابط اختصاص ملائم لتعيين قانون يلائم العلاقة القانونية محل النزاع خاصة في مجال علاقات الأسرة ، واعتماده من ضابط الجنسية ضابط الإسناد الأصيل

اعتبارها بمثابة تصرف إرادي عادي يخضع لقانون الإرادة ، من ذلك نص م 2/90 دولي خاص سويسري لعام 1987 ، د أحمد عبد الكريم سلامة " علم قاعدة التنازع " المصدر السابق ، ص 952 - 953.

(1) د فؤاد رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدول واثار الاحكام الاجنبية مصدر سابق، ص359.

(2) د فؤاد رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية المصدر نفسه ، ص 360.

(3) د هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام، المصدر السابق، ص 322.

(4) د محمد خالد الترجمان، المصدر السابق، ص 310.

(5) د عز الدين عبد الله.، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص360.

فيها، وتبنيه في خصوص هذه المسألة بالذات مسائل الأسرة لتعبيره عن مقومات هي أساس فكرة الملامة في تبنى ضوابط الإسناد ، حتى ينعقد الاختصاص في بعض الأحيان لقانون غير قانون العلاقة والاقل ارتباطاً بالنزاع ، أو يخالف أحد المسائل العقائدية ذات النزعة الدينية التي لا يجوز المساس بها والمرتبطة . خصوصاً بمفهوم الزواج وما يرتبه من آثار ولتحقيق نوع من الاستقرار في مسائل هي اكثر أهمية من جانب اخر، والقول بغير ذلك هو ما لا يمكن ان نقبله ولا نتفق مع ما تتجه اليه بعض التشريعات الحديثة من تبني ضابط الموطن بدلاً من ضابط الجنسية في هذا الخصوص لما يؤدي اليه من نتائج غير مقبولة وغير ملائمة التطبيق ، إذ إنه من غير المعقول ان نطبق القانون الإسلامي على مواطن يسكن في بلد لا يدين بدين الاسلام ، وعليه اتجهت معظم التشريعات نحو تبني ضابط الجنسية كضابط اسناد اصلي باعتباره القانون الأكثر ملائمة لحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص لأنه يعبر عن الرابطة الأكثر وثوقاً التي هي قوام فكرة الملائمة في مجال تنازع القوانين .

المبحث الثاني / النقص والفراغ التشريعي في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية

سكت المشرع المصري عن العديد من المسائل التي لم يضع قاعدة التنازع الملائمة لها ولا يمكن ان نقبل ذلك بحجة انها من المسائل الفرعية أو المتعلقة بأحكام تفصيلية يحسن أن تترك لاجتهاد الفقه والقضاء [1] إذ إن الدليل على ذلك أن الخلاف والجدل الفقهي والقضائي مازال مستمراً بشأنها حتى يمكننا أن نتقبل الحجة من المشرع الوطني بخصوص هذا الفراغ في مجال الأحوال الشخصية والنقص التشريعي. وعليه سنتناول في هذا المبحث ثلاث مطالب وعلى النحو الاتي، مسائل الاهلية واهلية المرأة المتزوجة، والخطبة والمهر، ومسائل البنوة الشرعية وغير الشرعية، وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول/مسائل الأهلية لعقد الزواج وما يتفرع عنه من اثار

الأهلية عموماً هي صلاحية الشخص الإنساني والاعتباري كلاهما للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات، وطبقاً لنص المادة 11 من القانون المدني المصري فإنه بالنسبة للأشخاص "

(1) جاء في مجموعة الاعمال التحضيرية ورأي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بشأن المادة 2/25 من المشروع التمهيدي، والمادة 8/28 و2/33 و3/33 وكذلك المواد المحذوفة من المشروع التمهيدي كالمادة 34، 35، والفقرة 2 من المادة 36 والمواد 40 و39 والمادة 41-49.

أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ... " وإذا كانت الأهلية تعد بذلك من عناصر التصرف أو العلاقة القانونية، فلا يتصور أن يكون القانون واجب التطبيق عليها واحداً، بل يتنوع حسب نوع التصرف أو العلاقة [1] . وبخصوص أهلية الوجوب الخاصة : إذا كانت أهلية الأداء تتصل بشخصية الإنسان أو الشخص القانوني عموماً وعلى نحو يؤثر في وضعه وقدراته القانونية مما يبرر خضوعها للقانون الشخصي واعتبارها من الأحوال الشخصية إذ إنها بحاجة للثبات والدوام ، إلا أن هناك نوعاً من الأهلية الخاصة والتي لم تنظم بقصد حماية إرادة الشخص نفسه بل حماية المصلحة العامة أو مصلحة الغير ، فهي لا تخضع للقانون الشخصي بل للقانون واجب التطبيق علي التصرف القانوني المقصود تقييد الأهلية بشأنه ، وهذا النوع من الأهلية لم يتضمن التشريع المصري على عكس التشريعات المقارنة الأخرى التي عرفت تطبيقات عديدة لها أي الاهلية المقيدة منها منع الشخص من الإيصاء للطبيب الذي يعالجه أو منع الأخير من تلقي هبه من مرضاه [2] . فالأمر يتعلق بنوع من أهلية الوجوب الخاصة أو المقيدة بالنظر إلى طبيعة المصلحة المراد حمايتها وهذا التكييف يبصر بخروج هذه الأهلية من نطاق القانون الشخصي وبالتالي من نطاق أعمال المادة 11/1 مدني مصري ، وخضوعها بالتالي للقانون المختص بحكم التصرف القانوني المقيد أهلية الوجوب بشأنه أي " للقانون المطبق على مسائل الإرث أو على مسائل العقد محل الانابة أو على عقد الكفالة أو الرهن أو على الخصومة واجراءاتها" [3] . اما عن أهلية المساءلة عن العمل الضار والتي تسمى " بالأهلية للمساءلة القانونية مدنياً أو جنائياً" [4] . أما بخصوص الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة والتي أدخلها المقنن المصري ضمن حالات اختصاص القضاء المصري بمقتضي نص المادة ١١/١ مدني السابق الإشارة إليه واعتبرها من ضمن الأحوال الشخصية ، ولم يورد لها نص خاص بخصوص هذه الأهلية إلا أن الرأي الراجح في القانون المقارن يتجه إلى تطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج لحكم تلك الأهلية إذ إن الزواج يؤثر على أهلية المرأة عموماً وبقدر تعلقه بالنظام الأسري أو

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص708.

(2) المادة 909 مدني فرنسي، والمادة 907 من القانون المدني البلجيكي " أو منع النائب أو الممثل القانوني من ان يشتري لنفسه ما يناط به بيعه بمقتضى النيابة ومنع المرأة من كفالة زوجها كفالة شخصية أو عينية كما هو الحال في القانون اليوناني" د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر السابق، ص 720-721.

(3) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص721 هامش 223.

(4) فالرأي الراجح ان تلك الاهلية يحكمها ليس قانون الدولة الت ينتمي اليها الشخص بجنسيته كما تقرر المادة 1/11 من القانون المدني المصري بل القانون الذي يحكم المسؤولية هو المختص بتحديد ما إذا كان الشخص ناقص الاهلية يعد مسئولاً عما ارتكبه من عدمه وهو عادة قانون مكان وقوع العمل الضار أو الخاطئ د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص 272.

العائلي مما يحسن معه توحيد القانون الواجب التطبيق ، بتطبيق القانون الذي يحكم آثار الزواج القانون الوطني المشترك أو قانون الموطن المشترك " [1] .

وقبل ان نغادر موضوع الاهلية نتساءل عن القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة المتزوجة؟ وذلك لأن الزواج قد يرتب أثراً بالنسبة لأهلية الزوجة بحيث لا تستطيع مباشرة بعض أو كل التصرفات القانونية إلا بعد الحصول على إذن من زوجها، وطبقاً للنظام القانوني المصري توجد قاعدة تنازع خاصة بالأهلية عموماً (م 11/1 مدني مصري)، كما توجد قاعدة تنازع خاصة بالأهلية التجارية للنساء المتزوجات وغير المتزوجات وهي تقضي بخضوع تلك الأهلية للقانون الشخصي للمرأة قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها (م 5 تجاري). والاجابة عن التساؤل السابق تعتمد على تكييف تأثير الزواج على أهلية المرأة، ومع انعدام النص التشريعي الذي يجيب على هذا التساؤل القسم الفقه إلى من يرى. وبحق أنه أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع أهلية المرأة المتزوجة لذات القانون الذي يحكم آثار الزواج، مع عدم تعميمه في كل مسائل أهلية المرأة المتزوجة، فيخرج من نطاقه مثلاً حالات عدم الأهلية الخاصة وهي الحالات التي تمتنع فيها المرأة من القيام بتصرفات معينة ليس بقصد حمايتها نفسها وانما حماية مصالح أخرى عامة أو خاصة، كما مر ذكرها انفاً وبتلك المثابة يخضع هذا النوع من انعدام الأهلية للقانون الذي يحكم التصرف ذاته وليس للقانون الذي يحكم آثار الزواج " [2] .

المطلب الثاني /الخطبة والمهر

لاحظنا فيما سبق غياب النص التشريعي في القانون المصري بخصوص هذه المسألة، وكيف انقسم الفقه اذ يرى بعض منهم أنها ليست من الأحوال الشخصية، لأنها لا ترتب أي التزامات شخصية بين الطرفين واعتبر الخطبة مجرد واقعة قانونية تخضع لقانون الدولة التي تحدث فيها ومنهم من يرى انها من الأحوال الشخصية بالنظر إلى انها وعد بالزواج يتم من جانب الخاطب فهي تخضع في كافة جوانبها لقانون دولة الخاطب [3] . ومع قياس الخطبة على مسائل الزواج في اختيار قاعدة التنازع المناسبة والتي تختلف باختلاف طبيعة المسألة المثارة (الشروط الموضوعية للخطبة، الشروط الشكلية. آثار الخطبة، فسخ الخطبة) نؤكد على أهمية وضع تنظيم

(1) انظر BATIFFOL et LAGRARDE الجزء ثان ص 64، LOUSSOUARN et BREDIN قانون التجارة الدولية ص 182 ، وما بعدها، مشار إليهم في مؤلف د. أحمد عبد الكريم سلامة " علم قاعدة التنازع " المرجع السابق، ص 725 وهامش 231 .

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص 816 وما بعدها.

(3) د هاشم صادق ود عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ج1 في تنازع القوانين، دار الفتح، اسكندرية، 2011، ص285.

خاص بالخطبة باعتبارها من مقدمات الزواج والأعمال التحضيرية له ولا يترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، مع ضرورة سد هذا النقص التشريعي أسوة بما عليه العمل في بعض التشريعات المقارنة[1] . اما العقود ما بين الأزواج فالمستقر عليه في مسائل تنازع القوانين في ميدان العقود الدولية أن يسري عليها القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا (م ١٩ / مدني) . ولكن قد يثور تساؤل هنا فيما تطبق هذه القاعدة على النظام القانوني للعقود ذات الطابع الدولي التي تتم بين الزوجين أم تطبق على تلك العقود قاعدة التنازع الخاصة بآثار الزواج في (م ١٣/١)؟ من الواضح أنه لا يوجد نص صريح يجيب علي هذا التساؤل في ظل التشريع المصري الحالي المتعلق بقواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المصري ١٩٤٩، كما تقع هذه التفرقة في القوانين الأجنبية التي تفرق في الإسناد بين الآثار الشخصية للزواج والآثار المالية خصوصاً النظام المالي للزوجين[2] ، ما يدعو توصية المشرع إلى ضرورة لفت انتباهه إلى تلك المسألة وحثه على وضع تنظيم قانوني خاص بها وسد الفراغ والنقص التشريعي.

المطلب الثالث/ مسائل البنوة الشرعية وغير الشرعية:

لبيان مسائل البنوة الشرعية وغير الشرعية سنتناول كل مسائلة على حده في فرعين منفصلين وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول ـ البنوة الشرعية

المتأمل في القانون المصري يدرك أن المقنن لم يورد قاعدة التنازع التي تبين القانون واجب التطبيق على النسب الشرعي وهو نقص تشريعي وفراغ قانوني يؤسف له ، على خلاف موقف التشريع المقارن لمختلف القوانين المقارنة التي لم تأخذ بحل واحد فيما بينها بل تباينت الحلول تبايناً كثيراً ، فهناك خمس اتجاهات رئيسة ، فمنهم من يذهب لإخضاعها للقانون الشخصي للولد * " La loi personnelle de l'enfantذكراً كان أم أنثى ، ومنهم من يخضعها للقانون الأكثر صلاحية لمصلحة الولد La loi plus favorablo وثالث يخضعها للقانون الشخصي للوالدين " La loi Prssoonollo dos Parentsورابع يذهب لإخضاع النسب لقانون دولة الآب اما الاتجاه الخامس فيخضعها لقانون دولة الام التي تنتمي اليها الام وقت ميلاد الولد ويستند اتجاه

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر السابق، ص638.

(2) BATIFFOL et LAGARDE في الجزء الثاني ، ص 67 وما بعدها مشار اليه في كتاب د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، ص820 هامش 190.

في رأيه إلى مبررات يراها من وجهة نظره ذات اعتبار ولكن مقابل غياب النص التشريعي ماذا يمكن لنا ان نختار في مجال هذه القوانين لنطبقها على المسألة محل الدراسة [1] .

وأجدر بالمشرع المصري ينهي هذا الخلاف بوضع صريح قاطع الدلالية بما يراه ملائمة لفلسفته في تبني ضوابط الاسناد واختيار الضابط الأكثر ملائمة لحل النزاع. أي بما يتفق وطبيعة وبيئة النزاع والظروف الذي نشأ فيها.

الفرع الثاني- البنوة غير الشرعية

اشرنا فيما سبق من أن القانون المدني المصري المنظم لقواعد التنازع القوانين الدولي صدر خاليا من أن نص يعالج مشكلة تنازع القوانين فبخصوص النسب غير الشرعي وذلك على غرار موقفه من النسب الشرعي، إلا أن الفكر بدأ يتجه صوب الحل الذي تأخذ به غالب التشريعات المقارنة وهو "اختصاص قانون من يطلب ثبوت النسب نحوه، الأب أو الأم"، فكان عليه أن يلتفت إلى أهمية النص على تنظيم خاص لمثل هذا الوضع الذي يثير جدلاً في الفقه والقضاء، ويقتدي في ذلك بما عليه الوضع في القوانين المقارنة [2] .

الفرع الثالث/ تحديد القانون واجب التطبيق على التبني

صدر القانون المدني خلوا من أي نص بخصوص حل شارع القوانين في التبني ، وجاء في تبرير ذلك أن أحكام ذلك النص " تعالج نظاماً لا يعرفه القانون المصري " [3] ، غير أنه المتأمل في التشريعات والأنظمة القانونية المقارنة التي تعترف بالتبني وتعتبره من مسائل الأحوال الشخصية ، تجدها تضع نصا صريحا يتحدد به القانون واجب التطبيق عليه "بضابط الجنسية" ، ولكن يثار خلاف أو تباينت تلك الأنظمة في تحديد اية جنسية ... فهل يعتد بجنسية الشخص الذي يريد التبني ، أم جنسية الشخص المراد تبينه ام بجنسيتهما معا [4] .

---

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر السابق ، ص877.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، من 893 بند 686 ، د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص الجنسية-الموطن-مركز الأجانب- مادة تنازع القوانين، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 555، د فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص 329

(3) انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدني، جزء أول، ص 216 وما بعدها.

(4) DENOVA: adoption in comparative private international law, Rec, cours la Haye 1961, L,III. p.75 et seq .

مشار إليه في د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص 899، هامش 455.

الفرع الرابع/ التركات الشاغرة:

وهي التركة التي لا وارث لها ، ولم يتضمن القانون المدني الحالي نصاً بخصوص مال هذه التركات ، إلا أن المقنن المصري اعتنق في هذا الشأن منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص ، ونص في المادة الأولى من قانون 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاعرة على أن " تؤول إلى الدولة ملكية التركة الشاعرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يخلفها المتوفون عن غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم[1] ، وقد أورد هذا النص صراحة بعض التشريعات المقارنة منها القانون البيروني في (المادة 2101) من القانون المدني لعام 1984 ، وكذلك القانون الدولي الخاص النمساوي (م 19 من مجموعة عام 1979)[2] .

المبحث الثالث/ تحقيق نظرية الملائمة في فض تنازع القوانين

لتحقيق فكرة الملائمة في فض تنازع القوانين لابد من محاولة للبحث أولا عن القانون الملائم في قواعد الاسناد ، وفي سبيل تحقيق فكرة القانون الملائم لابد أن نبحث عن أدوات تحقيق هذه الفكرة من خلال أولا : عقد الاختصاص القانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً خصوصا في مسائل الأسرة ، وثانياً البحث عن هذا القانون الملائم من خلال استبعاد قاعدة الإسناد (الاتفاق الإجرائي) على شكل مبحثين على النحو الاتي المطلب الأول : مبدأ الواقعية والرابطة القانونية و المطلب الثاني/ قانون الموطن أو محل الإقامة واهميتها

المطلب الأول/ مبدأ الواقعية والرابطة القانونية

وصف بعض الفقهاء علم القانون بأنه علماً قائماً بذاته تنشأ فكرته في مخيلة القائمين على وضعه ثم تتجسد قواعده في نصوص نظامية تظهر فيها براعتهم في استخدام فنون الحبكة أو الصياغة القانونية بعيداً عن الوسط الذي تخابطه تلك القاعدة ومعطياته ومكوناته من اشخاص وأشياء وقائع[3] . بيد انه لا يوصف بأنه علماً مغلقاً عن المجتمع ولا مولوداً من فراغ بل ينتج من الظروف الواقعية للحياة إذ إن جوهر القانون هي الظروف والوقائع والعادات الاجتماعية السائدة في الوسط الإقليمي والاجتماعي إذ إنه يرصدها ثم يفهمها لينتهي إلى تصورها في نصوص نظامية وبعدها يتم تحويلها من الواقع إلى الميدان القانوني. ومن جانب اخر ان " سيولد هذا القانون ميتاً أو سيحكم عليه بذلك حيث سيأباه المخاطبون به بل قد يأتون عن عمد إلى ما يخالفه حتى يستشعر

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص 945 وما بعدها.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص943.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 12 وما بعدها.

العجز فينحسر فهو قانون غير اجتماعي وغير واقعي" [1] . اذ اعتمد هذا الوصف على تعاليم مدرسة علم الاجتماع القانوني اذ اكدت هذه المدرسة على الظواهر التي تنمو في واقع الحياة وتتطور إلى أفكار قانونية بل إلى قواعد قانونية مترجمة للواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ليس هذا فحسب بل على هذه القواعد القانونية ان تكون على صلة وثيقة بالواقع الاجتماعي اذ يجب ان تواكب تطوره حتى لا تكون فجوة بينها وبين الواقع الذي تخاطبه والا تعين إيقاف العمل بها وذلك لأنها أضحت قاعدة غير واقعية [2] . فالواقعية كما بينا في الفصل الأول يقصد بها " التوافق بين القانون والواقع الاجتماعي والاقتصادي بل والسياسي كذلك وهي سر سلطان ودوام حياة القاعدة القانونية وانقطاع هذا التوافق يدعو إلى تعديل هذه القاعدة [3] . فاذا بدت القاعدة القانونية غير واقعية سيظل الواقع يضغط على هذا القانون غير الملائم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي إلى ان يتم تعديله أو توافقه من جديد مع الواقع [4] . هذا ولا تلعب، فكرة الواقعية دورا فقط في خصوص نشأة القاعدة القانونية بل أيضا في الدعوى إلى تعديلها للاعتراف ببعض الأوضاع الواقعية وترتيب بعض الآثار القانونية عليها أي تقرير فاعلية تلك الأوضاع [5] ، ولتوضيح هذه المسألة ، سنبحث في الفرع الأول الواقعية كأساس لحلول القانون الدولي الخاص وفي الفرع الثاني سنبين الوضع في القانون المقارن وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول/ الواقعية كأساس لحلول القانون الدولي الخاص

وبالنظر إلى أن القانون يستعد سبب وجوده ومضمونه ليس من ذاته بل من الظروف الواقعية للحياة الاجتماعية ، والاقتصادية والسياسية [6] ، والقانون الدولي الخاص ، مثله في ذلك مثل كافة فروع القانون الأخرى، لابد له من التطور حتى يواكب تطور المجتمع الذي يحكمه ، إلا أنه لا يوجد مفهوم موحد حول تطوير هذا القانون ، إذ إن الثورة التي حدثت في تنازع القوانين الأمريكية تقرر بأن التطور إنما يكون بالاستغناء عن قاعدة الإسناد كوسيلة لحل مشكلات التنازع ،

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، بحث منشور "مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية"، القاهرة دار النهضة العربية، 1989 ص5، فقرة 1.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، مصدر سابق، ص 6 فقرة 2.

(3) د احمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، المصدر نفسه، ص 7 فقرة 4.

(4) Ch-de-VISSCHER Les effectivies du droit international public, Paris Pedone, 1 P. 17, n.4" la fonction de L'eflectivé en action est de sa nature, transiloire. Ele neil d'une inadaptation momentanée du droit cerains realites soiales: elle detient avec les tensions qu'elle a suscitées quand L'adaption vient a se regliser "L'effestivil4 en action maintien sa pression tant qu'elle 'a pas détermine une modification dans certains application

د احمد عبد الكريم سلامة، مبدا الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، مصدر سابق، في هامش رقم 6.

(5) د احمد عبد الكريم، مبدا الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، مصدر نفسه، ص8 فقرة 5.

(6) د احمد عبد الكريم، مبدأ الواقعية،المصدر نفسه، ص 8 فقرة5.

أو على الأقل تهميش دورها في هذا الصدد ، واللجوء إلى وسائل أكثر مرونة تجعل من القانون الدولي الخاص قانونا اختياري التطبيق [1] . بينما يرى الفقه الأوروبي ومن سار على دربه في الصلة الأوثق ، وإدخال المرونة على هذه القاعدة وسيلة لتلافي الانتقادات الموجهة لقاعدة الإسناد التقليدية من جانب الفقه الأمريكي ، ولا يكون تطوير القانون الدولي الخاص إلا بالإبقاء على قواعد الإسناد وادخال التعديلات عليها كلما دعت الحاجة إلى تلك [2] ، والذي يتفق على أن قواعد الإسناد تتسم من حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة ، فهي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي [3] ، دون أن تتعرض للفصل في موضوع النزاع - إلا أن هذا الفقه التقليدي لم ينكر وجود قواعد القانونية خاصة على مدار تاريخ العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي [4] وعلى هذا الأساس فحين يقوم المشرع الوطني بترجيح قانون على قانون آخر . وفق اعتبارات الملائمة السابقة لحكم العلاقات القانونية فهذا يعني اننا نكون أمام عملية مفاضلة وموازنة بين أنظمة قانونية داخلية لدول مختلفة تتزاحم على حكم العلاقة [5] ، فيرى فيرى المشرع أن إحداهما اجدر بالتطبيق لكونها أكثر ارتباطاً بالعلاقة القانونية محل النزاع ، فقواعد الإسناد تشير إلى نظام قانوني مناسب أو ملائم يطبق على النزاع ، هذا التوجه الذي أقره جانب من الفقه الأنجلوسكسوني [6] ، وأقره أيضا الفقه اللاتيني [7] ، والذي يتحدث عن تنازع بين الأنظمة القانونية ، فتمر العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا بمرحلتين أولهما تعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة القانونية لقانون أو نظام قانوني ملائم العلاقة وثانيهما تطبيق القانون على العلاقة ذات العنصر الاجنبي [8] .وفي مرحلة إعمال القاضي للقانون المختار من قبل قاعدة التنازع التنازع فيتبين المضمون الموضوعي لأحكامه بيد ان القاضي لا يستطيع هجر القانون المختار بحجة عدم ملائمته للعلاقة محل النزاع الا اذا تعارضت احكامه مع النظام العام لقانون القاضي وذلك بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة التنازع [9] . يتبين مما ذكر انفاً ان الأوضاع الواقعية والقواعد القانونية والتي تتماشى مع تغيرات وتطورات هذا الواقع تكون قواعد أكثر ملائمة في

---

(1) محاضرات الأستاذ FRANK VISCHER باللغة الإنجليزية بعنوان القانون الدولي الخاص الاختياري 1995 Facultatif privat international law " . Res des cor La Haye ،

(2) د صفوت أحمد عبد الحفيظ احمد راجع تفصيلا في توضيح هذه التفرقة للتطوير في رسالة دكتوراه، بعنوان " دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص " مقدمه من، عام 1999 ، بدون تاريخ نشر، ص55 ما بعدها.

(3) LOUSSOURAN et BOUREL : " Droit - international privé " A 6d . Dalloz 1993 P.5

(4) كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص12.

(5) حسن الهداوي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص4 1.

(6) CHESHIRE et NORTH " : Prive international law 10 th ed Butter worths P.8 .

(7) LOUSSOUARN et BERDIN , op . cit P.5.

(8) CHESHIRE et NORTH ,op cit P.8 .

(9) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع وتنوع الشرائع، مصدر سابق، ص76 وما بعدها.

احداث الأثر القانوني ففي مجال الاختصاص القضائي الدولي يقال ان الاختصاص مبني على ضوابط موضوعية كموطن المدعى عليه مثلاً أو محل الإقامة تكون ضوابط موضوعية هو اختصاص واقعي لأنه يسمح بإصدار احكام موضوعية أو مستقبلها التنفيذي مضمون ونؤكد على فكرة الملائمة هي هدف أو مبتغى الواقعية ، ولذلك فإن القواعد القانونية بمفهومها الواسع أي قواعد القانون بالمعنى الفني والقرارات والأحكام تسعى إلى التزام جانب الواقعية هذه ، حتى تضمن فعاليتها " ملاءمتها عند إنتاج آثارها ، فالواقعية تعمل من أجل تطوير القانون الموضوعي ليتلاءم مع الواقع حتى يصير أكثر فعالية [1] . ومما تقدم يمكن ان نلاحظ ان الواقعية في نظرية تنازع القوانين من خلال تطبيق منهج القانون الأكثر صلة بالعلاقة السابقة، باعتباره مذهباً واقعيا لا يقوم إلا على أساس من الارتباط مع " الواقع الاجتماعي لمجتمع الدولة واتصال هذا القانون الذي يرتبط بالعلاقة بروابط أكثر وثوقاً يعكس بالضرورة تضامناً واقعياً غير وهمي في تطبيق قانون هو الأكثر ملائمة عن غيره من باقي القوانين التي تتنازع على الفصل في العلاقة.

ويجسد ذلك الطابع الفني لقاعدة التنازع باعتبارها أداة مفاضلة بين القوانين التي تتداعى لحكم العلاقة القانونية ، واختيار أكثر القوانين ملائمة لحكمها ، وهذه الملائمة تفرضها اعتبارات الواقع والترجيح بين حقيقة كل قانون في حكم تلك العلاقات [2] . فهي لا تختار ذلك القانون بطريقة بطريقة عشوائية بل هو اختيار مدروس مبني على الظروف والاعتبارات الواقعية وهذه الاعتبارات هي الأساس في الاختيار "كأساس لحلول القانون الدولي الخاص" لحماية المصالح الوطنية وإعطاء الأولوية في التطبيق للقواعد ذات التطبيق الضروري التي يحتويها النظام القانوني الوطني كما يتمثل في تبني ضوابط الاختيار أو ضوابط الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق فيتخذ المشرع من الجنسية ضابطاً لتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقات الأحوال الشخصية اذا كانت دولته مصدرة للسكان بغية بقاء مواطنيها مرتبطين بها أو تبنى ضابط الموطن اذا كانت دولته مستوردة للسكان من اجل فرض سلطانها على الموجودين على اقليمها تمهيداً لدمجهم في المجتمع الوطني" [3] . فقاعدة التنازع تختار القانون الملائم والمناسب والمقصود هو الملائمة والمناسبة بالنسبة لمصالح الأفراد وما تمليه اعتبارات الواقع لتحديد الأمان والعدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية [4] ، إذ إن الركن الأول في الأركان الداخلية للقاعدة الإسناد أو الفكرة المسندة والتي تشكل مضمون ركن الفرض فيها والتي تتعدد الحلول القانونية بشأنه بسبب اتصاله

(1) د أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، المجلة المصرية القانون الدولي، الدولي، العدد 20 ، لعام 2004 ، ص 11.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص28.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 30.
(4) د احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص40.

بالنظام القانوني لأكثر من دولة فركن الفرض في قاعدة التنازع هو مجموعة من المسائل أو الأوضاع الواقعية أو مسألة أو وضع معين وهذا الوضع الواقعي هو الهدف لعمل قاعدة التنازع . ولا تنسى في هذا الشأن أن موضوع قاعدة الإسناد ليس بالضرورة واقعة فقد يكون قانون أو خليطاً بينهما ، من ذلك مثلا الحالة المدنية للشخص وأهليته ، الشروط الموضوعية للزواج ، الطلاق والتطليق ، النسب وشكل التصرفات ، فالأمر يتعلق بأوضاع أو مسائل واقعية وجميع الأوضاع والروابط التي تنشأ بين الأفراد نظل مجرد أوضاع أو روابط واقعية إلى حين يتخذ منها المشرع ضوابط للإسناد كأساس لحلول في التنظيم القانوني ، إذ إن مصالح الأفراد ومراكزهم القانونية تنشأ من أوضاع وروابط قانونية تكون في الأصل مجرد وسائل واقعية حتى يتناولها القانون بالتنظيم ويضفي عليها ويصبغها بالصبغة القانونية ويتعهد القانون بحمايتها[1] . أي أن الواقعية كمفهوم مرتبط بمدى التوافق ما بين موضوع قاعدة الإستاد القانونية والحلول الواجبة الاتباع في القانون المسند إليه، ويعكس ضابط الإسناد الذي يرتبط بالعلاقة القانونية أكثر ارتباطاً. هذا الارتباط ينتج بتطبيق قانون أكثر واقعية وملاءمة على موضوع النزاع. يتبين مما ذكر انفاً أن حلول القانون الدولي الخاص تلتزم جانب الواقعية وتتخذه أساساً لها. مثلاً في علاقات الأحوال الشخصية مثل الأهلية، الزواج، والنسب والنفقات وغير ذلك من الامور. إذ إن اختيار المقتن ضابط الإسناد انطلاقا من الأطراف باعتباره العنصر الذي يمثل المركز الأكثر ثقلاً في العلاقة، إذ إنه يتخذ من جنسية الشخص أو موطنه أو الزوج أو الوالد ضابطاً لاختيار القانون الواجب التطبيق، فيكون قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو ذلك القانون، وهذا ما فعله القانون المصري عندما جعل من ضابط الجنسية المناط الذي يتحدد ويتم بمقتضاه اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

ويتضح من هذا القول إن مبدأ الواقعية هو الأساس لحلول القانون الدولي الخاص، بتحديد القانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية برابطة وثيقة خاصة في مسائل الأسرة للوصول إلى تحقيق فكرة القانون الملائم في نطاق تنازع القوانين خاصة في القانون المصري ولكن ما هو الوضع في حلول القانون المقارن؟ هل تلتزم جانب الواقعية في وضع حلول ملائمة للمنازعات ذات الطابع الدولي أم تسير في اتجاه مغاير؟ وللجواب على هذا التساؤل سنقوم ببيان موقف الفقه الأوربي المفهوم الأوروبي الرافض والمؤيد لمضمون استخدام فكرة الصلة الأوثق كاستثناء.

(1) FL MANS: "Théorie des articles de fait en droit prive français ،Contemporains de conflit du fait du droit en Droit Privé français". 1965 FL MAN .1965
مشار اليه من قبل د احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص49.

الفرع الثاني / قواعد التنازع والرابطة الوثقى في المفهوم الاوربي

إذ إن قاعدة الإسناد قد تعرضت للهجوم من بعض الفقه الأوروبي في العقود الأخيرة من هذا القرن بحجة عدم ملائمتها لتطور المعاملات المعاصرة ذلك لأنها تحدد بناء علي ضابط الإسناد وتحدد في النهاية قانوناً وطنياً قانوناً لحكم نزاع ذي طابع دولي ،بيد ان هذا الهجوم لم يصل إلى حد المناداة بالاستغناء عن هذه القواعد، بل نادى جانب من الفقه الأوروبي بالعمل على إصلاحها فنياً باستخدام أركانها وعناصرها الذاتية ، وخصوصا ضابط الإسناد فيها المستمد من "إرادة المتعاقدين " لكن هذا الاتجاه يركز في نوع واحد فقط من العقود وهو مجالات التنازع وهو عقود المبادلات الاقتصادية [1] . بينما يرى جانب راجح من الفقه الأوروبي أن تطوير القانون الدولي الخاص "ينبغي أن يكون في اتجاه التطبيق السليم لمنهج التنازع التقليدي ذي الأصل السافيني ، هذا المنهج يقوم على إسناد العلاقة القانونية محل النزاع إلى أوثق القوانين صلة بها ، على أساس انه قانون مقرها الطبيعي ، فإنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق إلى قانون لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة محل النزاع ، فينبغي عدم الاعتداد بنتيجة تطبيق هذه القاعدة وتطبيق ذلك القانون الذي يعبر عن مركز الثقل أو الصلة الأوثق بالنزاع وهذا ما يمثل في نظرهم استثناءات تعمل على تقويم قاعدة التنازع ، حتى تكون مرنة غير جامدة ، ولا يقصرونها على مجال بعينه من مجالات التنازع بل يرون أن هذه الاستثناءات أصبحت تشكل نظرية عامة تفرض نفسها على كافة مجالات تنازع القوانين [2] والملاحظ أن هذه الاستثناءات لا تعمل إلا من أجل تقويم قاعدة التنازع التي تتبنى ضابطاً للإسناد ، ومن ثم تنتقي أهمية هذه الاستثناءات بالنسبة لأنظمة القانون الدولي الخاص فيما يعرف بدول Common law والتي تعتمد في حل تنازع القوانين على تطبيق قانون القاضي كقاعدة عامة ا و باستخدام قواعد اسناد تقوم على ضوابط استاد مرنة ، مثل القانون الملائم The Poper low أو تعتمد على وسائل اخرى تودى نفس وظيفة استثناءات تقويم الإسناد لاسيما في إطار قواعد الاختصاص القضائي الدولي المتمثل في نظرية المحكمة الملائمة والمحكمة غير الملائمة علي النحو السابق شرحه ، أو لاعتمادها على مناهج أو أساليب فنية تسمح بإضفاء المرونة على منهج التنازع التقليدي أو تؤدي إلى استبعاده " [3] . وهناك جانب اخر من

(1) د نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص274.

(2) ANDREAS BUCHER : " Vers L'adoption de La méthode des intérêts " Réflexions a la lumière des codification Récents , Trav . com . fr . dr . int.Privé , 1994-1995 , P.15 . وفي المناقشات التي تليث بعد عرضه للمقال أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص يقول : " Ca proximité est un critére qui permet à la jurisprudence de disposer d'un certaine flexibilit , de S'ecarter d'une régle de conflit que parait rigide " P.231 et s .

(3) د أحمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، المصدر السابق، ص5.

الفقهاء هم أنصار فكرة استثناء تقويم الإسناد في هذه الاستثناءات إذ إنهم يرون ان هذه الاستثناءات تمثل مرحلة هامة عن طريق تحقيق مرونة الإسناد وتخفيفاً من الطابع الروتيني لقاعدة التنازع التقليدية ، إذ إنهم يرون انها ما زالت الوسيلة الفنية الفعالة لحل مشكلة تنازع القوانين أي انها تحقق عدالة الإسناد بما يتناسب مع الرابطة الوثيقة والحاجة لعدالة تتفق ومعطيات النزاع ، ولكي تكون بمثابة الوسيلة التي تقلل ما يعترى منهج الإسناد التقليدي من طبيعة آلية عمياء أحيانا ، وتكون خير رد على الانتقادات الأمريكية لمنهج قاعدة التنازع ودعوتهم إلى هجره [1] ، والاستغناء عن قاعدة التنازع التقليدية كوسيلة فنية لحل مشكلة تنازع القوانين ، وذلك لأن تطوير القانون الدولي الخاص ينبغي ألا يكون بهدم قواعد الإسناد ولكن بإعادة النظر فيها حتى تغدو ملائمة للتطورات المتلاحقة لظروف العصر [2] ، فالقانون الدولي الخاص ليس بالقانون الثابت أو المتحجر بل ينبغي ان يأخذ في الحسبان الحاجات المستجدة والتغيرات الواقعية الحقيقية " هذه التغيرات التي ينبغي ان تكون معلومة لفقه التنازع عموماً " [3] الأمر الذي دعا القلة الأوروبي إلى ينما إليها القاضي لتخفيف من حمول قاعدة وذلك في مرحلة تحديد قاعدة التنازع الواجهة التطبيق. بيد ان الفقه الأوربي لم يكتفي بوسائل تقويم الاسناد التقليدية التي يلجأ اليها القاضي للتخفيف من جمود قاعدة الاسناد كالتكييف والاحالة لتحديد القانون الواجب التطبيق ولم يكتفي ايضاً بالدفوع التقويمية الأخرى مثل الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون في مرحلة تطبيق وتحديد القانون الواجب التطبيق مما دعا الفقه الأوربي إلى ضرورة وجود وسائل فنية خاصة تقوم الاسناد في ظروف خاصة وذلك من بداية الخمسينات [4] . لكن فكرة تقويم الاسنان باستثناءات تقويم الإسناد من أجل الوصول إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم النزاع لم تلق ترحيبا بها من جانب الفقه حينذاك[5] ، لكنها لاقت ترحيبا ونجاها محموداً من المشرع السويسري الذي قننها صراحة انها (1/15) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 اذ تقرر هذه المادة انه " لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع اذا ظهر بجلاء من جميع الظروف الملابسة أن

---

(1) PAUL LAGARDE " Le principe de proximité en droit international privé, RCAD, 1986, op cit . p 97-118.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطلق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، القاهرة، 1989، دار النهضة العربية، ص 72 .

(3) ANDEREAS BUCHER : vers Fadoption de la méthode des intéress , Op.cit , P.211

(4) د احمد محمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، المصدر السابق، ص7.

(5) د احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، المصدر السابق، ص35. le droit designé par la présente loi n'est excetionnelement pas applicable si , au Regard de l'ensemble des circonstances , it est mainfeste que la cause n'a qu un lien très lache avec ce droit et qu'elle se trouve dans un Relation beaucoup plus étroit Avec Un autre droit . 2- Cette dispodition n'est pas applicable en cas d'election de droit .

النزاع لا يرتبط بهذا القانون الا برابطة ضعيفة جدا ، وأنه يحتفظ مع قانون أمر بعلاقة اكثر وثوقا". بينما فضت الفقرة الثانية من هذه المادة بأن " النص لا يطبق عند اختيار القانون حتى لا يكون في استبعاد القاضي القانون الأضعف اخلال بالتوقعات المشروعة للأفراد ، وخرق القاعدة التشريعية التي تحول الأطراف حرية اختيار قانون العقد ، حيث أن مراعاة اليقين القانوني للمتعاقدين أولى بالاعتبار في هذه الحالة من عدالة الإستاد " [1] . ويرى جانب عام من الفقه بأنه يمكن القول بأن قاعدة التنازع في ظل هذه الاستثناء (الرابطة الوثقى) قد خرجت عن طابعها المجرد والمتمثل في البحث عن القانون الأكثر صلاحية لحكم منازعات العلاقات الدولية للأفراد بصفة مجرده إلى اسنادها إلى القانون الذي يرتبط مع العلاقة بروابط الكثير وثوقًا ، وتركيز تلك العلاقات في نظام قانوني معين ، وتحولت إلى قاعدة ذات طابع موضوعي اي " تبحث عن قانون ذي مضمون أو هل موضوعي محدد يترجم الاعتبارات المشار إليها [2] ، إلا أننا لا نتفق مع هذه الوجهة وذلك لأنه يتجلى مما سبق أن استثناءات تقويم الاسناد تسعى دوما لتوصل للعدالة "عدالة الإسناد" بمفهومها التنازعي المجرد وليس البحث عن حل موضوعي ذي مضمون موضوعي ، وهذا هو الفارق بين استثناءات تقويم الأسناد ألي قواعد الإسناد ذات الطبيعة الموضوعية . ومن ناحية أخرى فإن هذه الفكرة "الصلة الأوثق" لاقت نجاحا محدوداً أمام القضاء في كل من هولندا النمسا وفرنسا بعد ذلك ، ثم أخذت في الانتشار والزيادة الملحوظة في تشريعات القانون الدولي الخاص الأوروبية الحديثة دون غيرها ، الأمر الذي جعل البعض [3] يعتقد أن في هذه الزيادة لاستثناءات تقويم الاسناد ذات الطابع الجزئي ما يجعلها تمثل ظاهرة تفرض نفسها على النظرية العامة التنازع القوانين بصفة عامة [4] . ويترتب على الأخذ بهذه الاستثناءات استبعاد القاضي للقانون الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة ، والتي ظهر من الظروف الواقعية للنزاع ضعف ارتباطه بالعلاقة أو المركز محل النزاع ، وإحلال القانون الذي تحتفظ معه العلاقة بالرابطة الأكثر وثوقا محله ، وبذلك تحقق عدالة الإسناد ، بمفهومها التنازع ، ما يخفف من حدة الطبيعة الآلية التي تكتسبها قاعدا الأسناد من جراء تطبيقها دون تقويم على نزاع بعينه [5] ، وهذا هو الأثر المباشر والذي تشترك فيه استثناءات تقويم الاسناد مع بقية الوسائل التقويمية الأخرى اما الأثر غير المباشر فيتمثل في تحقيق المواءمة بين نظام قواعد التنازع الجامدة لدولة القاضي والتطور العام

(1) هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية "، طبعة 1995، منشاء المعارف، ص464،د ا حمد محمد الهواري، المصدر السابق، ص 196.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص233.
(3) د محمد احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، مصدر سابق، ص12.
(4) د محمد احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد، المصدر نفسه ، ص16.
(5) د محمد احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد ، المصدر نفسه، ص197

للقانون الدولي الخاص الساعي دوماً إلى تحقيق المرونة في الاسناد [1] . واشترط انصار استثناءات تقويم الإسناد لضمان تطبيقها التطبيق الصحيح وعدم الانحراف بها عن وظيفتها " ضرورة أن يقوم القاضي بتعداد ضوابط الأسناد الموضوعية التي سمحت له بتحديد القانون الأوثق صلة بالنزاع المطروح عليه ، والذي احله محل القانون الذي استبعده لعدم ارتباط بالنزاع والرابطة الأوثق"[2]، وحذروا في نفس الوقت من أن تتحول هذه الاستثناءات إلى وسيلة لمحابات قانون القاضي ، اذ الغالب هو استبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي [3] ، وهو اظهرته الأحكام القضائية في أي إعمال هذه الاستثناءات يكون في الغالب الأعم لصالح قانون القاضي [4] . ويفضل تطبيق هذه الاستثناءات التي تعمل كما لو كانت رقيباً على قواعد الاسناد في ممارستها لوظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق فاذا أدى تطبيق قاعدة التنازع التقليدية إلى عقد الاختصاص لقانون لا يعبر عن الصلة الاوثق أو مركز الثقل في العلاقة محل النزاع فلا بد من تدخل استثناءات تقويم الاسناد في هذه الحالة لاستبعاد هذا القانون وعقد الاختصاص للقانون الذي ترتبط معه العلاقة بالرابطة الأكثر وثوقاً [5] .

المطلب الثاني/ قانون الموطن أو محل الإقامة واهميتهما

يتم تحديد فكرة الموطن أو محل الإقامة كضابط لاختيار القانون واجب التطبيق على بعض مسائل تنازع القوانين يتم تحديدها وفقاً للمبادئ الواردة في المادة 40 وما بعدها من القانون المدني [6] . إذ إن المشرع عند اختياره ضابط الاسناد في مسائل الأحوال الشخصية يلجأ إلى مركز الثقل في العلاقة القانونية حيث انه يختار ضابط الاسناد من عنصر الاطراف فقد يتخذ موطن الشخص " للزوج أو الولد" ضابطاً لاختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره عنصراً واقعياً يحقق اعتبارات العدالة والملائمة في نظام قانوني معين. وتتجلى أهمية الاخذ بضابط الموطن في مجال علاقات الأحوال الشخصية كضابط احتياطي بالإضافة إلى الضابط الأصلي وهو ضابط الجنسية وخاصة في مجال حماية غير كامل الاهلية. ومنذ ظهور فقه نظرية الأحوال وحالة الشخص واهليته تخضع

(1) د محمد احمد الهواري، مصدر سابق ، ص 197.
(2) د صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، بدون ناشر،.1999،ص89.
(3) د محمد احمد الهواري، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد ، مصدر سابق، ص156.
(4) من هذه الاحكام حكم محكمة الاتحادية الصادر في 7 مارس 1950 في قضية unitrade A.G حكم مشار اليه تفصيلاً من قبل د صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 55.
(5) WILHELM WENGLER : " L'évolution modeme du droit international privé et la previsibilité du droit applicable, Rev. Crit . 199
(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص64.

لقانون المدينة أو المقاطعة التي يتوطن فيها الشخص بل ان هناك جانب مهم من الفقه يؤكد على ان قانون دولة الموطن واختصاصه بحالة الشخص " قد ظهر قبل ذلك بكثير منذ ان عرف مبدأ شخصية القوانين في مصر البطلمية في القرن الثالث قبل ميلاده" [1] . إذ إن التشريعات الحديثة تتجه إلى هجر ضابط الجنسية واعتباره القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية وتبني ضابط الموطن كضابط اختصاص في هذا المجال في سبيل تحقيق فكرة أو نظرية القانون الملائم بعقد الاختصاص للقانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية برابطة وثيقة خاصة في مسائل الاسرة.

وهناك من النظم التي تتبنى قانون دولة الموطن ليسري على مسائل الحالة والأهلية فنذكر من القوانين الحديثة القانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984(المواد 2068) والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987(33م وما بعدها) وهناك النظم التقليدية التي تعتنق قانون الموطن ومنها القانون "الإنجليزي والامريكي والكندي والاسترالي وغالب الدول الامريكية اللاتينية والدول الاسكندنافية" [2] . وتظهر أهمية قانون دولة الموطن من ميل معظم الدول إلى تبنيه حتى النظم القانونية التي تتبني قانون دولة الجنسية بالإضافة إلى قانون دولة الموطن في حالات كثيرة [3] . فيسود الأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي في النظام الأنجلو كسوني في الدول الاسكندنافية، وغالبية دول أمريكا اللاتينية [4] . ويعتبر في تلك النظم قانون دولة الموطن هو القانون الشخصي بالنسبة لمسائل الحالة والأهلية ، كما تتبناه بعض النظم [5] . بخصوص مسائل حالة أهلية عديمي الجنسية كالقانون الدولي الخاص النمساوي في المادة (2/9) والقانون المجري في المادة (3/11) والقانون التركي في المادة (1/14) واليوغوسلافي السابق في المادة (١٢). ومن ناحية أخرى إذا كان القانون واجب التطبيق على الحالة والأهلية هو قانون الجنسية المشتركة واختلفت جنسية الطرفين فيجري تطبيق قانون دولة الموطن المشترك ، كما هو الحال في القانون الدولي الخاص الفرنسي بخصوص قانون 11 يوليو 1975 النافذ من أول يناير 1976 المعدل للمادة (310) مدني بخصوص التطليق [6] ، والمادة (1/14) بخصوص اثار الزواج والمادة (17/1) بخصوص التطليق، المادة (19) بشأن النسب في القانون الدولي الخاص الألماني لعام

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، 180.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 650 وما بعدها.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر نفسه، ص 651 وما بعدها.
(4) وفي حراج الأخذ بقانون الموطن واعتباره القانون الشخصي والاستثناءات التي ترد على تطبيق الموطن الوسيط في القانون، د أشرف وفا، الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 252 ، وما بعدها
(5) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر السابق، ص 652.
(6) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 652.

1986 [1] ، والقانون الدولي الخاص النمساوي في المادة (1/18) بخصوص آثار الزواج والمادة (20) بشأن التطليق [2] ، والقانون الدولي الخاص المجرى في المادة (2/39) بشأن آثار الزواج والمادة (2/40) بخصوص انحلال الزواج [3] ، القانون الدولي الخاص التركي المادة (12/2) بخصوص آثار الزواج ، والمادة (13/2) بشأن انحلال الزواج [4] ، والقانون الدولي الخاص ليوغوسلافيا القديمة في المادة (2/36) بشان آثار الزواج [5] واستقر الرأي على أن قانون الدولة التي يتوطن بها عديم الجنسية أو اللاجئ السياسي يعتبر قانونه الشخصي البديل لقانون الجنسية ، وفي حالة انعدام الموطن يعتد بالإقامة أو السكن وقانون دولة الإقامة أو السكن يكون قانونه الشخصي ، وذلك على النحو التالي. فبنسبة للاجئ السياسي وبالرغم من ان لهم جنسية دولة معروفة الا انهم انفصلوا من ناحية الواقع عن تلك الدولة ويكون من غير الملائم تطبيق قانون الجنسية التي انفصلوا عنها اما عديم الجنسية فطالما استحال تحديد الانتماء القانوني لهم عن طريق الجنسية " يتعين التزام المنهج الواقعي والبحث عن الانتماء الواقعي وهو ما يجسده التوطن أو الإقامة " [6] .وهذا الحل تبنته تشريعات القانون الدولي الخاص بخصوص عديم الجنسية [7] . وايضاً تبنت هذا الحل واعتنقته الاتفاقات الدولية ومنها اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 بشأن الحالة المدنية لعديمي الجنسية في (مادتها 1/12) [8] . يتبين لنا مما ذكر انفاً يتحقق دور الموطن والإقامة ويتأكد دور ذلك والوصول إلى القانون الملائم من خلال قانون الرابطة الوثيقة خاصة في مجال علاقات الاسرة ومجال حماية غير كامل الاهلية. ومروراً بالحالة العائلية وعلاقات الاسرة وادخالها في مسائل الأحوال الشخصية طبقاً لنص المادة (11) مدني مصري واخضاعها لقانون الجنسية ووضعها قاعدة عامة في هذا الخصوص اذ ليس هناك وقفات مع قانون الموطن الا في حالات ضيقة ومنها: في مسائل البنوة والنفقة بين الأقارب والاصهار ويتجلى كذلك في الموقع في مجالات الاسرة باعتباره القانون الواجب التطبيق على الميراث وعلى النحو الاتي: ففي مسائل البنوة والقانون الواجب التطبيق وتحديد المقصود بالقانون الشخصي اذ يعتبر القانون

(1) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 652.
(2) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 652.
(3) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 652.
(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 652.
(5) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص 652.
(6) د احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث وتحليل انتقادي مقارن، الطبعة الأولى، 1993، دار النهضة العربية، ص 267.
(7) ونذكر كل من تشريعات القانون الدولي الاسباني لعام 1974 –مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي (32/9) والمجري (1/11) والتركي (م4) واليوغوسلافي القديم لعام 1983(م 12) مشار له من قبل د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق 654.
(8) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص654.

الشخصي هو قانون جنسية الولد في بعض القوانين مثل القانون المجرى الصادر سنة 1979 والقانون البولندي الصادر سنة 1965 .... وغيرها من التشريعات المقارنة، إلا أنه تتجه بعض القوانين الأخرى إلى اعتبار أن القانون الشخصي هو قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للولد، وقد أخذ بذلك كل من القانون السويدي الصادر سنة 1985 والقانون الدولي الخاص السويسري سنة 1987 [1] . كذلك الحال بخصوص خضوع النفقة بين الأقارب والأصهار لقانون محل الإقامة العادية لطالب النفقة ، وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين المقارنة منها القانون الألماني لعام 1986 في المادة (1/18) [2] ، والقانون الإسباني لعام 1974 ، إذا اختلفت جنسية الأطراف أو لم يستطع طالب النفقة الحصول عليها طبقاً للقانون الوطني المشترك [3] . كما تأخذ به به الاتفاقيات المتعلقة بالتزامات النفقة ونذكر منها اتفاقية لاهاي المبرمة في 24 أكتوبر 1956 بخصوص القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة تجاه الاولاد [4] .اتفاقية لاهاي المبرمة في 2 أكتوبر 1973 حول القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة ، والأمر يتعلق باتفاقية عامة تسري على كافة انواع النفقات سواء في مجال الأسرة أو القرابة أو الزواج أو المصاهرة أن النسب بكل انواعه [5] . فنصت المادة (1/4) من الاتفاقية على أن "يسرى القانون الداخلي لمحل الإقامة العادية اللدائن بالنفقة على التزامات النسبة المشار اليها في المادة الأولى" [6] . ويتضح لنا ان قانون الموقع في مجال علاقات الأسرة باعتبار ان الميراث من مسائل الأحوال الشخصية حيث ان موقع المال يكون متلائماً مع طبيعة المال المكون للتركة وموطن المتوفي هو غالباً موقع أمواله حيث يتوفى في المكان الذي يباشر فيه نشاطه الاقتصادي وتتجمع بجواره أمواله ، وبهذا الحل أخذ القانون الفرنسي ، البلجيكي ، والإنجليزي ، والأمريكي ، والكندي والاسترالي [7] ، وهو قانون موقع المال الذي يحكم ملكية الأموال والحقوق العينية الأخرى كتنظيم حالة الشيوع والتصفية

(1) د أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق ، ص 873 وما بعدها.

(2) د احمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع، المصدر نفسه، ص 914، هامش 19 فقد جاء بنص المادة (1/18)، " يحكم التزامات النفقة القانون الداخلي مكان الذي حاليا الإقامة العالية الدين بالشفقة وعندما لا يستطيع الدائن الحصول على النفقة من المدين طبقا لملك فيطبق القانون الداخلي للدولة التي يكون الدائن والمدين من رعاياها.

(3) د احمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، حيث تنص المادة 7/9 مدني " يسري على الحق في النفقة من الأقارب القانون المشترك دائن والمدين بالله ومع ذلك يكون واجب التطبيق اللون على الاقامة العالمية الفقه إذا لم يستطع الحصول عليها طبقا للقانون الوطني المشترك السابق

(4) د احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المصدر السابق، ص915.

(5) د احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 915.

(6) انظر في تعقيب الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة على هذه الاتجاهات التشريعية والفقهية والاتفاقية السابقة وسلامة هذه الاتجاهات المقررة لاختصاص قانون محل الإقامة العادية لطالب النفقة وتدعيم سيادته لذلك بمجموعة من الاعتبارات د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 285.

(7) د احمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع القوانين، المصدر السابق، ص932.

وانتقال الملكية والحيازة ووضع اليد على المنقول ..... فيبدو لنا أن أحكام هذا القانون هي التي كانت تنصرف اليها إرادة المتوفي قبل موته أو الموصي عند إبرامه وصيته. ويسود الأخذ بقانون الموطن في النظم الأنجلو أمريكية والتي تعتمد في حل تنازع القوانين على تطبيق قانون القاضي كقاعدة عامة أو باستخدام قواعد إسناد تقوم على ضوابط اسناد مرنه مثل القانون الملائم، كما سبق وبينا ذلك. فتعتبر هذه النظم القانون الشخصي منها هو قانون الموطن لما يحققه من وجهة نظرها نوعاً من تطبيق للقانون الملائم The proper law الذي يعبر عن مركز الثقل في الرابطة القانونية حسبما تشير إليه ظروف وملابسات النزاع.

المطلب الثالث/ ظهور قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية

يذهب الفقه الحديث [1] وخاصة الألماني والهولندي إلى تقرير انه يجب ان يكون منهج قواعد الإسناد محصوراً في الروابط العائلية [2] ، نظراً لما تعرض له منهج قواعد الإسناد من انتقادات دعت لهجره لصالح مناهج أخرى يأتي في مقدمتها منهج القواعد الموضوعية [3] . لكن وكما بينا سابقاً هناك ثمت تطور في منهج قاعدة الأسناد منح الإرادة دورا لا يمكن تجاهله في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات غير العقدية ، حيث تلعب الإرادة دوراً هام في مجال تنازع القوانين في إطار المسائل المرتبطة بالأحوال الشخصية والحالة اذ يتعاظم دور الأهمية في مسائل الطلاق بالرضا المتبدل بين الزوجين وفي مجال النظام المالي للزوجين وتنظيم التركة [4] . ولتوضيح إمكانية اعمال قانون الإرادة في مجال قانون الأسرة لابد من بيان واستعراض هذه الفكرة من خلال ثلاث فروع رئيسية وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول - دور قانون الإرادة بشأن آثار الزواج. وسيبين الفرع الثاني - دور الإرادة في مسائل التركات.

---

(1) VAN - HECKE (G) : principes et méthodes de soulution des conflit de lois , Rec . Cours- La haye , T.126 , 1968-1970 ,

(2) د حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ، ص 30

(3) محمد حمدي محمد بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دار النهضة العربية،2004،ص55.

(4) د محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004، ص5 وما بعدها.

الفرع الأول/ دور قانون الإرادة بشأن آثار الزواج

تنص المادة (19) من القانون المدني المصري لا تعمل بالنسبة لكل أنواع العقود الدولية وإنما هي خاصة بطائفة المعاملات المالية ، ولا تنصرف إلى العقود المسماة بعقود الأحوال الشخصية كعقود الزواج وعقود التوريث وعقود التبني مثلا ، إذ كرس المشرع قواعد إسناد خاصة لحكم هذه المسائل [1] . فتندرج هذه العقود في أفكار مسندة أخرى مثل فكرة الزواج أو النسب أو التبني [2] (3) وحيث يعتبر الزواج من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي تختلف فيها النظم القانونية وعلة ذلك في الواقع هي اختلاف الفكرة الاجتماعية التي تقوم عليها هذه العلاقة من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر، وكذلك الاختلاف في المبادئ الأخلاقية والاعتبارات الدينية فيما بين تلك الدول والمجتمعات [3] ، ولعل هذا الاختلاف بين النظم القانونية يعود لفكرة الزواج في حد ذاتها ، باعتبارها تتصل بالدين إن لم تكن ترتبط به في كثير من المجتمعات ، وهو ما يتجلى من المقارنة بين قوانين الدول الغربية التي تسودها المسيحية والمدنية الأوروبية وبين بعضها البعض ، وكذلك مقارنة قوانين تلك الدول بقوانين بلاد الشرق التي يسودها الإسلام [4] . هذا الاختلاف الذي تجاوز فكرة الزواج كفكرة في حد ذاتها من بداية العلاقة وحتى نهايتها. ونتج عن ذلك في تشريعات بعض الدول المقارنة للإرادة بدور لا يمكن ان ننكر أهميته فيما يتعلق بأثار الزواج [5] . والذي يقود إلى تخفيف الجمود في قاعدة التنازع فالإرادة بدور الشرط الاستثنائي الذي يسمح باستبعاد قاعدة التنازع الجامدة أي يحقق نوعاً من الملائمة في العلاقات القانونية والقانون المختار بيد ان اختيارهم قانوناً معيناً يتضمن نصوصاً غير عادلة يمكن استبعاده باسم تحت شعار النظام العام وفي هذا الدور ما يؤدي إلى تحقيق الامن واليقين القانوني لطرفي العلاقة القانونية بتطبيق قانون مهم على دراية والمام كافٍ بأحكامه [6] . وعلى ذلك فقد نصت المادة(14) من القانون الدولي العام الألماني الصادر عام 1986 " خضوع إثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة وإلا فلقانون

(1) اقرأ في الدور الإرادي في مسائل الأسرة في الأنظمة القانونية الحديث:
GANNAGE (P .) : " Le penetration de l'autonomie de la volonté dans le droit Rey Crit 1992. P.425 . elss . interntional privé de la famille ,

(2) د هشام علي صادق، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص126.

(3) د عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، المصدر السابق، ص 246.

(4) د هشام محمد خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة بين بعض الدول العربية والاوربية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006 نقلا من أطروحة د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، ص289.

(5) د محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المصدر السابق، ص38وما بعدها.

(6) د احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بحث منشور في المجلة في المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد الأول، 1986، ص109.

الموطن المشترك للزوجين وفي حالة تمتع أحد الزوجين بأكثر من جنسية فلزوجين اختيار أحد هذه القوانين شريطة أن يكون هذا القانون هو القانون الوطني للطرف الآخر" ، ويعد ذلك استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بانه عندما تتعدد جنسيات الشخص يتعين الاعتداد بالجنسية الفعلية ، وهي الجنسية التي يرتبط بها بروابط اكثر وثوقاً من غيرها [1] . أي أنه يطبق قانون الجنسية المشتركة سواء كانت في الجنسية لفعلية من عدمه وبمقتضى هذا النص يجوز للزوجين اختيار قانون الجنسية حتى ولو لم تكن هي غيرها الجنسية الفعلية طالما هي الجنسية التي يحملها الطرف الأخر ، بيد ان القوانين المقارنة تقر هذا الدور للإرادة في مثل هذه العقود الاختلاف طبيعتها أو الاختلاف في تكييفها من نظام قانوني لأخر ، كالقانون الدولي الخاص السويسري الذي يعترف للإرادة بدور في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال الأنظمة المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي يقصد بها "مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية التي تبين حقوق وواجبات الزوجين ، من حيث ملكية الأموال وإيراداتها والانتفاع بها ، ومن حيث الديون الثابتة قبل الزواج واثنائه وبعد انحلاله ، وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد القضاء رابطة الزوجية [2] . وهو نظام معروف في فرنسا وبعض الدول الاوربية ويلحقه بنظام العقود ويخضعه لقانون إرادة المتعاقدين[3]. بالإضافة إلى نص المادة (15) من القانون الدولي الخاص الألماني التي تنص على النظام المالي للزوجين يكون محكوماً بالقانون المختص بتنظيم اثار الزواج الا إذا كان هناك اختيار للقانون الوطني لأحد الزوجين أو قانون محل اقامته العادية أو قانون موقع العقار ولا يخضع هذا الاختيار لأية شروط ويمكن تقريره في اية لحظة". مما يدل على ان القانون الألماني يعطي

---

(1) د إبراهيم أحمد إبراهيم ود احمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص الجنسية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1997، ص 226.

(2) نص القانون السويسري في المادة (52) منه على ان النظام المالي للزوجين يكون محكوماً بالقانون المختار من قبل الزوجين ويكون قاصراً على موطنهما الحالي أو المستقبلي أو القانون الوطني لأحدهما وفي حالة غياب الاختيار يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك والا يطبق القانون الوطني المشترك أو يطبق النظام السويسري الذي يقضى بانفصال أموال الزوج عن الزوجة وإذا اختلفت جنسية كل من الزوجين وتشاركا في موطن واحد يمكنهما اختيار قانون من بين هذه القوانين الثلاثة اما قانون جنسية احدهما أو الاخر أو قانون موطنهما المشترك وإذا حمل الزوجان جنسية واحدة وتوطنا في دولة أخرى يمكنهما اختيار قانون هذا الموطن(52) واخيراً عندما يختلف الزوجان الجنسية والموطن يجوز لهما اختيار احد القوانين الوطنية لكليهما بموجب شرط في عقد الزواج كما نصت المادة (53) على ان يكون الاتفاق على اختيار القانون مكتوباً أو يستخلص من نصوص العقد بصفة مؤكدة كما يجوز تعديل الاختيار في أي وقت وإذا تم في تاريخ لاحق على اشهار الزواج يمتد اثره الى تاريخ الزواج الا إذا كان هناك اتفاق يخالف ذلك. كما نصت المادة (55) بأنه في حالة تغير موطن الزوجين بالانتقال إلى دولة أخرى، يكون قانون هذه الدولة واجب التطبيق بأثر رجعي، ويجوز للزوجين استبعاد هذا الأثر باتفاق صريح ويظل تغيير الموطن دون أثر على القانون الواجب التطبيق عندما يتفق الزوجان صراحة على ثبات واستمرار القانون المختار سلفا راجع في ذلك تفصيلا د. محمد حمدي بهنسي، الدور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المصدر السابق، ص 43-59.

(3) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، 1922، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، من 545.

للزوجين الاختيار إلى كافة القوانين التي ترتبط بالعلاقة القانونية بما فيها قانون موقع المال [1] . ولا دلاله من ذلك على ان القانون الألماني انه يعترف بدور كبير للإرادة ويعطيها الأولوية على قواعد الاسناد الموضوعية فللزوجين دائما حق اختيار القانون المالي لهما. ولم يتضمن النص حالة النص حالة اشتراك الزوجين في الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة المعتادة فهناك من يرى انه " إذا اتحدت جنسية الزوجين في الجنسية أو اتحدا في الموطن لم يعد لهما حق الاختيار ومن ثم يطبق موضوعياً القانون الذي يسري على اثار الزواج والذي نصت عليه المادة 14 اما اختلف موطن الزوجين المشترك عن جنسيتهما المشتركة يجوز لهما اختيار أحد هذين القانونين فالزوجان اللذان يحملان جنسية واحدة يمكنهما اخضاع نظامهما المالي لقانون موطنهما المشترك أو محل إقامتهما العادية المشتركة..." [2] . ولا يعرف هذا النظام في مصر [3] ، حيث تطبق الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي للتشريع والتي ترتب على عقد الزواج أثاراً شخصية وأخرى مالية ، وليس من بينها هذا النظام المالي ، لأنها تقرر انفصال في الذمة المالية بين كلا الزوجين والزام الزوج بالنفقة علي زوجته بمقتضى عقد الزواج مقابل الحل والاستمتاع واعتبرتها من الأحوال الشخصية كما فعل المشرع الإيطالي [4] . كما يقضى القانون الدولي الخاص الإسباني المعدل الصادر عام 1990 بخضوع آثار الزواج للقانون الوطني المشترك للزوجين، وفي غياب الجنسية المشتركة يسمح للزوجين بإخضاع أثار الزواج للقانون الوطني لأحدهما، أو لقانون محل الإقامة المعتادة لأحد الزوجين دون تطلب شروط خاصة، ويتعين أن يكون هذا الاختيار موثقاً وهو ما يؤكد هذا الدور القانون الإرادة في مجال علاقات الأسرة المتعلقة بأثار الزواج [5] . ونظرا للتطور دور الإرادة في مجال القانون الداخلي ، بحيث إنه من الممكن أن يحث الطلاق بالرضا المتبادل بين الزوجين ، فقد أقر مجمع القانون الدولي ، في دورة انعقاده بالقاهرة سنة 1987 بشأن

---

(1) VIGNAL (T.) : " La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats " , thèse Paris , 1993 , P. 224

(2) د. محمد حمدي بهنسي ،دور الارادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المصدر السابق، ص 51، إلا إننا قد لا تتفق مع هذه الوجه وذلك لأن المشرع الألماني في نص المادة 15 سالفة البيان يقرر قاعدة إستاد مطلقة غير مقيتة أو خاضعة لأية شروط وهذا ما ورد النص عليه صراحة، كما أنه يقرر امكانية هذا الاختبار القانون الوطني لأحد الزوجين، فعندما تكون هناك جنسية مشتركة بينهما فهي أيضا جنسية لكل واحد منهما وبالتالي يطبق نص المادة 15 بخصوص النظام المالي ولا يطبق احكام المادة4 1 التي تطبق الأحكام الموضوعية للقانون الذي يسري علي اثار الزواج ، وذلك لتعاظم أهمية دور ارادة الزوجين في السماح لهما باختيار قانون ينظم اموالهما بالطريقة التي يرونها تحقق مصالحهم الخاصة اعمالاً لقاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل.

(3) د ياسر عبد العزيز، القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد الزواج، دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاصة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2002م، ص143 وما بعدها

(4) د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص292.

(5) منشور في، Rev Crit , 1991 , P.628 ومشار إليه في بحث دين محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، المصدر السابق، ص 39 هامش رقم 2.

ازدواجيـة معايير الجنسية والموطن في القانون الدولي الخاص بدور محدود أو ضيقا للإرادة في مجال آثار الزواج ، واقترح تقرير حق الزوجين في مجال آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسماني في اختبار القانون الوطني المشترك أو قانون موطنهما المشترك إذا وقع هذا الموطن في دولة أخرى ، وتلك لتجنب التطبيق المطلق لأحد المعيارين إذا فقد الزوجان كل صلة بدولتهما الوطنية ، واقتصر حق الاختيار على هذين القانونين فقط ، دون التعويل على إرادة الأطراف عند اختيار قانون معين اختياراً صريحا فهي لا تعطى تلك الإرادة كامل الحرية وقيدتها بالاختيار من بين هذين القانونين وفقط وهو ما يتفق مع نظرية وحدانية التحديد أو نظرية التركيز. وتقرير هذا الحق للزوجين كما يرى البعض [1] . إلى تحقيق الأمان القانوني كما قد يقلل هذا الاختيار من حالات إعمال النقع بالنظام العام فإذا أراد الزوجان مثلا الطلاق أمام محكمة مع اقامتهما فلهما اختيار قانون هذه المحكمة التي لا يجوز لها تطبيق قانونهما الوطني المشترك إذا كان مخالفاً للنظام العام وبذلك تقوم الإرادة بدور الشرط الاستثنائي في تقويم قاعدة الاسناد الجامدة المخالفة لتحقيق فكرة القانون الملائم دون الحاجة لأعمال هذا الدفع.

الفرع الثاني/ دور قانون الإرادة في مسائل التركات

لقد حددت النظم الداخلية قواعد التنازع واجبة التطبيق على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت [2] . إلا أن الإرادة تلعب دوراً لا يمكن انكاره في مجال الأحوال الشخصية خاصة في المسائل المتعلقة بالتركات طبقاً لبعض النظم والتشريعات المقارنة ونحدد بصدد البحث عن هذا الدور في مجال علاقات الاسرة نتساءل عن الإرادة الفردية لكل من المورث أو الموصي أو الواهب في اختيار القانون المطبق على مسائل التركات لتحقيق التوقيع للحلول وكذا اليقين القانوني للمورث [3] .

فنجد بعض الاتفاقيات الدولية وكذلك بعض النظم القانونية الوضعية أعطت المورث الحق في اخضاع تركته لنظام قانوني معين تسمح له بمعرفة احكام هذا القانون الذي سيطبق على تركته بعد وفاته ليحقق نوعاً من اليقين القانوني بخصوص هذه المسألة حتى لا يتركها لنظم مختلفة يطبقها القضاء المختص [4] . فنجد على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة

(1) د محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، مصدر سابق، ص41.

(2) راجع المادة 17 من القانون المدني المصري.

(3) LAGEARDE (P.) " le principe de proximité " op.cit , P.116 ets .

(4) في تفصيلات عدة حول دور الإرادة في مسائل التركات كأحد صور اختيار القانون خارج ساحة القضاء د.محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، مصدرسابق، ص60- 70.

1987 المعدل توسيع في حالات اختيار قانون التركة ومنح حق هذا الاختيار في المادة 2/90 منه " للأجانب المتوطنين في سويسرا الحق في اخضاع تركتهم لقانونهم الوطني [1] . كما نص في المادة (2/87) بأنه " يجوز للسويسريين المتوطنين في الخارج اختيار تطبيق قانونهم الوطني على تركاتهم" على ان هذا القانون هو القانون الوطني دون سواه ولا يجوز اختيار أي قانون اخر لتحقيق الانسجام بين قانون الميراث والقانون الذي يحكم النظام المالي للزوجين وذلك لان الاسناد الأساسي في الميراث يكون للموطن بصفة أساسية طبقاً للمادة 1/90 من هذا القانون فلا يتدخل اختيار الأطراف الا لتصحيح هذا الاسناد الأساسي ليكون دائما هو القانون الوطني [2] . بالإضافة إلى نص المادة 2/25 من القانون المدني الألماني رغم استبعاد دور الإرادة في اختيار قانون الميراث كقاعدة عامة ويرجع ذلك لملائمة قانون موقع المال لحكمه واحترام حرية المورث [3] . واخيراً القانون الدولي الخاص الإيطالي " الخاص بالأسرة والأنظمة المالية والتركات" والصادر في 31 مايو 1995 في المادة(2/46) اعطى المورث الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على تركته وحصر حق الاختيار في قانونه الوطني أو قانون دولة محل الإقامة بشرط الا يمس هذا الاختيار بالحقوق التي يقررها القانون الإيطالي للورثة الشرعيين المقيمين بإيطاليا لحظة وفاة المورث وذلك بهدف حماية الاسرة [4]

(1) Y..1. e Jl al Art. 90 II. Applicable law, 1. Last domicile in Switzerland 1- The estate ofa person last domiciled in Switzerland shall be governed by Swiss law. 2- A foreigner may, however, submit his estate by will or by testamentary contract to the law of the States of which he is a citizen. The choice shall be void if the decedent was no longer acitizen of the chosen State at his death or if he had acquired Swiss citizenship. eduaa lla

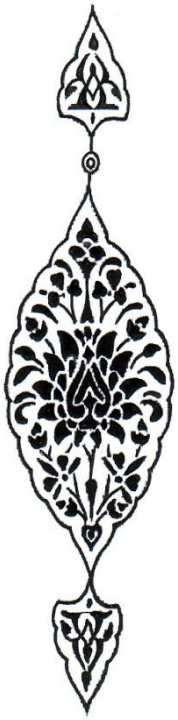
(2) د محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، مصدر سابق ، ص 68.

(3) د محمد حمدي بهنسي، المصدر نفسه، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية ص 69.

(4) د نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 294.

الفصل الثالث

نظرية الملائمة وتحديد الاختصاص القضائي الدولي



الفصل الثالث

نظرية الملائمة وتحديد الاختصاص القضائي الدولي

على الرغم من تباين واختلاف المصادر التشريعية للدول لابد من الوصول إلى تحقيق نوع من التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة لدفع عجلة الاقتصاد والتجارة الدولية وذلك بالقدر الذي لا يهدد سيادة الدول المعنية[1] . بيد ان غياب السلطة العالمية في فرض قواعد موحدة للاختصاص القضائي الدولي وتباين سيادات الدول سيؤثر في سير العدالة[2] . إلا أن هذا التباين ليس مطلقاً إذ إن العرف الدولي اضفى ضوابط شائعة ومشتركة بين الدول مثل موطن أو محل إقامة المدعى عليه وحالة الخضوع الارادي وحالات الارتباط وغيرها من الحالات الأخرى في القوانين المقارنة للأنظمة القضائية للدول المختلفة والتي اثبتت التعايش المشترك اذ قد تأخذ بهذا التعايش والتوافق بعض الدول بشرط عدم اهدار سيادتها في مواجهة بعضها البعض. وهذا أدى إلى ان صارت فكرة الفاعلية والقدرة على كفالة اثار الحكم الصادر عنه ولزوم وجود رابطة بين لمنازعة والاقليم الذي تقع المحكمة المختصة في دائرته هدف من اهداف القانون[3] . إذ إن تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم ثابتا بعدة أسباب ولدراسة هذه الضوابط لابد من البحث في مفهوم الاختصاص القضائي الدولي في المبحث الأول وسنتناول في المبحث الثاني ضوابط الاختصاص القضائي الدولي وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول/ مفهوم الاختصاص القضائي الدولي

ان مباشرة الدولة لاختصاصها القضائي يعتبر من أحد مظاهر السيادة ان لم يكن أهمها. وقد الغت معاهدة لوزان لعام 1923 كل اثر للامتيازات الأجنبية في الدولة العثمانية[4] . اذ كان الأجانب يخضعون إلى " المحاكم القنصلية" أي يخضعون لمحاكم تابعة لسفارة ذلك الأجنبي بيد ان تمتع المحاكم العراقية بهذه السيادة يسحبها إلى كل نزاع أو قضية ترفع على شخص يوجد في أراضيها. وقد تدرج نظرية الاختصاص القضائي الدولي ضمن قانون المرافعات الداخلي إذ إن المشرع اكتفى بتعداد الحالات التي تختص بها المحاكم الوطنية بيد أنه لم يبين الحالات التي لا تختص بها المحاكم الوطنية ومن غير المقبول خضوع جميع العلاقات الوطنية أو المتضمنة عنصراً اجنبياً إلى ذات القانون الوطني لأن هذا يتطلب تنفيذ الحكم الصادر من القاضي في دولة

---

(1) د. هشام محمد خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، اسكندرية، دار الفكر الجامعي،2001،ص14.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية ، 2000، ص 97.
(3) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص18.
(4) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 367.

أخرى. ومن خلال ما ذكر انفاً يجب ان يكون هناك قضاء دولي لحل مشكلة الاعتراف والتنفيذ وبالفعل ظهرت عدة محاولات لتدويل القضاء من خلال انشاء قضاء متخصص في نطاق القضاء الدولي. ولتوضيح ذلك سنقوم ببيان ماهية الاختصاص القضائي الدولي في المطلب الأول وسنتناول في المطلب الثاني تمييز الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول/ ماهية الاختصاص القضائي الدولي

يلاحظ في اغلب الدول أن دراسة الاختصاص القضائي لم تحظ بذات العناية التي حظيت بها دراسة تنازع القوانين، على الرغم من ذلك فمسألة الاختصاص الدولي تلعب دورا هاما في عالم تتزايد فيه العلاقات ذات العنصر الأجنبي باضطراد مستمر أدى إلى تزايد مستمر في القضايا الدولية التي يتم طرحها على المحاكم الوطنية في الدول المختلفة، حيث تتمتع قواعد الاختصاص الدولي بأهمية كبيرة إذ تتوقف عليها مسألة أساسية، وهي تقرير اختصاص القاضي الوطني بنظر المنازعة المشتملة على علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي من عدمه. ونحن في صدد تحديد الضوابط أو المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد اختصاص محاكم دولة معينة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي نستطيع أن نضع هذه الضوابط على أساس فكرة التوزيع الدولي للأشخاص من ناحية، وما يستمد من فكرة الإقليمية من ناحية أخرى. ومن المعروف في المجال الدولي أن الخصوم قد يلعبوا دورا في تحديد الاختصاص الدولي للحاكم الوطنية، حيث يؤدي قبولهم أو خضوعهم الاختياري للمحاكم دولة معينة إلى ثبوت الاختصاص لتلك المحاكم. فيختص المشرع الوطني بتنظيم مسائل الاختصاص القضائي في المنازعات الخاصة الدولية في مجتمع تغيب عنه سلطة عامة عالمية تتكفل التنظيم القانوني والقضائي للمنازعات الخاصة الدولية[1]. فالدول عندما تقرر تطبيق قواعد الاختصاص الوطنية للفصل في نزاع ذات عنصر أجنبي تكون مضطرة لإدخال بعض التعديلات واحياناً قد تخلق قواعد جديدة لتتلاءم تلك القواعد مع النزاعات الدولية. فالحدود الإقليمية التي تغطيها سيادة كل دولة هي الأنطلاق نحو تقرير الاختصاص القضائي للمحاكم[2]. إذ إن القانون والقضاء يسعيان إلى تحقيق هدف مشترك هو تنظيم وحماية علاقات الافراد في المجتمع[3]. وتقف في الجانب الاخر دراسة القضاء والقواعد الإجرائية فهي بالفعل اجتذبت اهتمام الفقه وانما بقدر لا يتلاءم مع الأهمية الفعلية والخطيرة لدور القضاء اذ أنه

---

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج2، دار النهضة للنشر، القاهرة، 2002، ص533.

(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة، بيروت، 2005، ص242.

(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (المرافعات المدنية الدولية)، مصدر سابق، ص1033.

المحقق الفعلي للقواعد القانونية[1] . إذ إن هذا التنظيم يتكون من شقين الشق النظري للقواعد القانونية أي القواعد التي تنظم تلك العلاقة وما تنشئه من التزامات وحقوق خاصة تلك المشتملة على عنصر أجنبي. اما الشق العملي يشمل مجموعة من القواعد المنظمة للحماية الفعلية لتلك الحقوق والالتزامات. بيد ان تلك القواعد لم تلقى اهتماما كافياً على مستوى المرافعات الدولية بسبب القصور وعدم الوضوح الكافي فيها من جانب الفقهاء والباحثين[2] . ولبيان معنى الاختصاص القضائي الدولي لابد من بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي له في الفرع الأول وسنتناول بيان طبيعته في مسائل الأحوال الشخصية في الفرع الثاني وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول/ التعريف بالاختصاص القضائي الدولي

لبيان مفهوم الاختصاص القضائي الدولي لابد من ان نبين التعاريف من الناحية اللغوية والاصطلاحية كما اخذت بها القواعد المنظمة لهذا الاختصاص كما ويجب ان نبين التعريف من الناحية الفقهية وتباين الآراء والمسميات وعلى النحو الاتي.

فمن الناحية اللغوية يعد فعل (اختص) هو مصدر لاشتقاق كلمة اختصاص بمعنى التفرد بشيء أو فعل دون الغير وهو عكس كلمة تعميم لأنه تفرد وتفضل[3] . مصدر اختصَّ/ اختصَّ بـ/ اختصَّ في، خارج عن دائرة اختصاصك: ليس من شأنك، في دائرة الاختصاص / في حدود الاختصاص: في نطاق التخصُّص، في حدود الصلاحيات الممنوحة له. تعيين وتفرُّغ لعمل واحد معيّن أو علم معين. (قن) ما لكلِّ محكمة من المحاكم من سلطة القضاء وهو نوعي إذا اختصّ بالموضوع، ومحليّ إذا اختصّ بالمكان "هذه القضيّة من اختصاص محكمة الجنايات- من له اختصاص الحلّ له اختصاص العقد"، أهل الاختصاص / رجال الاختصاص / ذوو الاختصاص: المختصّون.[4]

اما الاخْتِصَاصُ (في القضاء) في المعجم الوسيط: ما لكلّ محْكَمةٍ من المحاكم من سُلطة القضاء، تَبعًا لمقرّها، أو لنوع القضيَّة. وهو نَوْعِيٌّ: إذا اخْتَصَّ بالموضوع، ومَحَلّيٌّ: إذا اخْتَصَّ بالمكانِ.

اما من الناحية الاصطلاحية فله عدة معاني في القانون اذ يعرف بأنه مظاهر أو معالم معينة لأهلية أو صلاحية الدولة لاتخاذها أعمالاً بشكل مشروع وفقاً للقانون. أو هو صلاحية أو قوة احدى

---

(1) د. . احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص1033.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، المصدر نفسه، ص1033.

(3) د. إبراهيم مصطفي، المعجم الوسيط، اصدار مجمع اللغة العربية، دار الدعوة للنشر، القاهرة، 1960، ص237.

(4) معنى اختصاص في قواميس ومعاجم اللغة العربية، من الموقع الالكتروني، https://www.arabdict.com/m/results? اخر زيارة للموقع في يوم الجمعة 29-4-2022 الساعة 1.43 ظهرا.

السلطات الثلاثة في الدولة لممارسة مهامها ووظائفها في أمور معينة[1] كتسوية النزاعات الناشئة في مسائل الأحوال الشخصية. والاصل ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية فقط، غير أنها احيانا تحدد اختصاص محاكم الدول الاجنبية في مثل تلك المنازعات إلا أن ذلك التحديد لا يلزم الدول الاجنبية. والعله في ذلك واضحة ذلك ان قواعد الاختصاص القضائي وثيقة الصلة بالقانون العام ولأن أداء القضاء مظهر فعال للسيادة ووظيفة مهمة من وظائف الدولة فليس من المعقول ان تنصاع الدولة في رسم حدوده لأمر المشرع الاجنبي، ولا يطعن في هذا القول بان المشرع الوطني يقر المحاكم الاجنبية على اختصاصها الذي يحدده لها قانونها أو لا يقرها عليه. ذلك ان الغاية من هذا الاقرار أو عدمه هي مجرد كفالة اختصاص المحاكم الوطنية المحدد لها في قانونها.

ان إلحاق لفظة "الدولي باصطلاح الاختصاص القضائي توحي بوجود قواعد دولية لهذا الاختصاص تسير عليها الدول، فمثلا ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي في العراق تبين حدود سلطة القاضي العراقي فإذا كانت المحاكم العراقية مختصة بالنظر في النزاع المطروح امامه والمتضمن عنصراً اجنبياً ام غير مختصة. فإذا تبين للقاضي العراقي ان النزاع مما يدخل في اختصاص المحاكم العراقية بصفة عامة عندها يرجع القاضي إلى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان مدى اختصاص المحكمة المرفوع امامها النزاع إزاء غيرها من محاكم الدولة نفسها. غير ان الامر ليس كذلك، ذلك إذ إن العديد من المصطلحات قد تم تداولها قبل ان يستقر على هذا المصطلح في التعامل تقريبا، فقد كان بعض الفقهاء يعبرون عن الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة باصطلاح "الاختصاص العام" وذلك بالمقابل للاختصاص الخاص لهذه المحاكم ، أي نصيب كل منها من ولاية القضاء، وذلك بعد ان ترسم قواعد الاختصاص العام حدود هذه الولاية من الوجهة الدولية أي ازاء محاكم الدول الاخرى بالنسبة إلى المنازعة المشتملة على عنصر اجنبي.

ويعترض بعضهم على استعمال اصطلاح "الاختصاص العام" وحجتهم في ذلك ان هذا المصطلح كما يستعمل بالمعنى المتقدم الا أنه قد يستعمل في ميدان الحياة القانونية الداخلية أيضاً للدلالة على ما يخص جهة قضائية معينة من ولاية القضاء في الدولة بالنظر إلى سائر الجهات القضائية الاخرى فيها[2] . كذلك يطلق على الاختصاص القضائي الدولي في فرنسا اصطلاح "الاختصاص

---

[1] ريزان حمودي كريم الشمري، الاختصاص القضائي في تسوية المنازعات الناشئة من عقد النانو، أطروحة دكتوراه قدمت بها الباحثة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2021، ص64.

[2] د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، جامعة الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007، ص13.

الدولي للمحاكم الفرنسية". كما يطلق عليه بعض الفقهاء الفرنسيين اصطلاح "تنازع جهات القضاء"، اما الفقهاء الايطاليون فيطلقون على الاختصاص القضائي الدولي اصطلاح "الاختصاص القضائي" أو "حدود ولاية القضاء للدولة" [1] . اما في الولايات المتحدة الامريكية فيطلق اصطلاح "الاختصاص" على سلطة الدولة في ترتيب العلاقات القانونية واختصاص الدولة على اقليمها هو في الاصل مطلق[2] .

فيما استعمل بعض الكتاب اصطلاح "المرافعات المدنية والتجارية الدولية"[3] . غير ان هذا المصطلح قد تعرض للنقد، ذلك ان استخدام لفظ المرافعات في حد ذاته منتقد على مستوى قانون المرافعات الداخلي، وتداول هذا المصطلح على مستوى العلاقات الدولية لا يزيل ما يعيبه من قصور. وفي مصر يطلق اصطلاح "تنازع الاختصاص القضائي الدولي". ولا يتفق الفقهاء حول هذه التسمية ،إذ يرى ان استعمال تعبير "تنازع" بالنسبة إلى الاختصاص القضائي الدولي هو تعبير غير دقيق، ويعلل ذلك بان هذا التعبير "تنازع" هو صحيح بالنسبة إلى حالة تنازع القوانين عندما يكون امام القاضي قوانين عديدة كل منها لدولة معينة تتزاحم "تتنازع" لحكم النزاع المعروض على القاضي فيختار احدها وفقا لما تمليه قواعد الاسناد في قانونه، في حين أنه في حالة الاختصاص القضائي الدولي فان المحكمة التي ترفع اليها الدعوى إذا وجدت نفسها مختصة فتمضي في نظرها وتدخل في اساس النزاع وتربط الدعوى بحكم حاسم، اما إذا وجدت نفسها غير مختصة في نظر مثل هذا النزاع التي رفعت الدعوى بشأنه فتقرر رد الدعوى لعدم الاختصاص.[4]

ويذهب بعضهم الآخر إلى ترجيح استعمال اصطلاح "القانون القضائي الخاص الدولي". ويسندون رأيهم إلى أن ذلك الاصطلاح هو تعريف جامع، إذ أنه يشمل إلى جانب القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية فضلاً عن القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق بخصوص الاجراءات واثار الاحكام الاجنبية.

ويبدو بعد تناول اغلب تلك الاصطلاحات فان اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي هو الغالب في الاستعمال الذي استقر عليه التعامل، وحتى لا يحصل أي لبس في المعنى من استعمال لفظة

---

(1) د. رزان حمودي كريم الشمري، الاختصاص القضائي في تسوية المنازعات الناشئة من عقد النانو، مصدر السابق، ص68.

(2) المحكمة العليا للولايات المتحدة، التعديل الحادي عشر على دستور الولايات المتحدة منشور على الموقع الالكتروني، wiki,https;\\ar.mwikipedia.org

(3) Henri Motulsky, Studies and Civil Procedure Notes Dalloz, Parls,1973, p.348.

(4) الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي الدولي، بحث منشور على الموقع الالكتروني للجامعة المستنصرية https:\\uomstansiriyah.edu.iq

"دولي" فانه يفضل دائما ان ينسب اصطلاح الاختصاص القضائي الدولي إلى دولة معينة، كان يقال مثلا "الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية".

الفرع الثاني/ طبيعة الاختصاص القضائي الدولي

ان طبيعة الاختصاص القضائي الدولي مستمدة من القواعد المنظمة له فكل دولة من الدول مستقلة عن الأخرى في تحديد اختصاص محاكمها بما يحقق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية على وفق سياستها التشريعية[1] . اذ يمكن بيان طبيعة هذه القواعد في مسائل الأحوال الشخصية وعلى النحو الاتي:

أولا/ اتصاف قواعد الاختصاص القضائي بالصفة الوطنية

من الخصائص التي تتسم بها قواعد الاختصاص القضائي الدولي مشتركة في ذلك مع قواعد تنازع القوانين وسائر فروع القانون الدولي الخاص الأخرى انها قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني وهو بذلك يضع قواعد لا يستطيع اغفال الصفة الوطنية المقررة عنها. بيد ان هذه القواعد التي تضعها الدول تكون مستقلة من دولة إلى أخرى وتكون محاكمها مختصة بنظر المنازعات ذات الصفة الدولية. الا انها وهي بصدد هذا التحديد تتقيد بما للنزاع من طبيعة دولية اخذه في الحسبان المبدأ المعروف" بمبدأ قوة النفاذ" الذي وفقاً له يلزم ان تكون هناك صلة كافية بين النزاع المطروح والدولة بما يبرر اختصاصها به ويخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بكافة اثار الحكم الصادر عنها[2] . يتبن مما ذكر انفاً ان من أولى الخصائص الطبيعية للقواعد المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي اتصافها بالطابع الوطني. وبمعنى اخر إذا عرض نزاع ناشئ من عقد زواج أو ميراث أو وصية امام محكمة في دولة معينة فهو ناتج عن تفرد الدولة ببيان اختصاص محاكمها في المنازعات المتضمنة عنصراً اجنبياً ويجعل الدولة محققة لأهدافها الاجتماعية والاقتصادية من خلال سياستها التشريعية المتمثلة بوضع قواعد تحدد اختصاص محاكمها وهو امر لا يختلف عن وضع قواعد محددة للاختصاص الداخلي لتلك المحاكم[3] . ويعد اتباع القاضي قانون دولته في التكيف والإجراءات القضائية عند عرض النزاع عليه اثباتاً للصفة الوطنية لقواعد الاختصاص بغض النظر عن جنسية المتنازعين سواء كانوا وطنيين ام اجانب[4] .إذ إن المصدر الوطني لهذه القواعد يأتي من مبدأ سيادة الدولة فكلما كانت عناصر النزاع في

---

(1) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص11.

(2) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007، ص32.

(3) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص42.

(4) ريزان حمودي، عقد النانو، مصدر سابق، ص71.

مسائل الاحوال الشخصية وطنية انعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية وصدر الحكم باسم المحكمة لوجود ارتباط بين عناصر العقد واختصاص المحكمة الشخصي أو الاقليمي وبخلاف هذه الحالة يصبح حكم المحكمة دون قيمة تنفيذية خارج حدود الدولة[1] . ان وضع الدول قواعد وطنية و اليات تكشف من خلالها اختصاص محاكمها لنظر النزاع ذات الصفة الاجنبية كالنزاعات الناشئة من عقد الزواج ذات الصفة الدولية ناتج من عجز المجتمع الدولي عن وضع معايير موحدة للاختصاص القضائي الدولي وهذا ما دفع الدول للمبادرة بوضع قواعد الاختصاص القضائي لمحاكمها ذات الطبيعة الدولية[2] . وعلى الرغم من الأصل الوطني لقواعد التنازع القضائي الدولي بيد ان تسميتها الوطنية ليست مطلقة وانما جاءت نتيجة ملائمة بعض قواعد القانون الدولي الخاص لتتعايش بين الدول[3] . اذ اكدت محكمة العدل الدولية هذا الموضوع حينما فرضت قيوداً للحد بشكل فعلي من سلطات الدول عند تحديد دائرة اختصاصها التشريعي والقضائي والتنظيمي، وهذا يعني ان قواعد القانون الدولي الخاص النابعة من مصادر وطنية داخلية يجب الا تخرج عما تسمح به المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتمدنة والاعتراف والأعراف أو الاتفاقيات الدولية[4] . أي ان استجابة دولة ما لهذه المبادئ والأعراف أو الاتفاقيات لتحديد اختصاص محاكمها لنظر نزاع ناشئ من عقد زواج أو ميراث أو وصية منافياً لسيادتها الوطنية إذ إن القيود المحددة لاختصاص المحاكم الوطنية للدولة وضعت لتسهل تطبيق القوانين الأجنبية الصادرة من محاكم هذه الدول اذ على القاضي مراعاة احكام القانون الدولي بمصادره المختلفة مثل احكام حق الأجانب في التقاضي امام المحاكم الوطنية للدول الإقليمية فالقضاء مرفق عام وطني يعمل على تقديم خدماته للوطنين وغيرهم توافقاً مع مبدأ حسن سير العدالة[5] . والسبب في ذلك يعود إلى ان القانون الدولي الخاص بمجموعه قائم على أساس ترخيص من القانون الدولي العام. ان الحصانة القضائية المقررة للدول الأجنبية امام المحاكم الوطنية تكون اما مطلقة[6] مثال ذلك ما اخذت به إنكلترا والاتحاد السوفيتي سابقاً فبريطانيا تتمسك بضرورة تمتع الدولة بالحصانة المطلقة إلى فكرة السوابق القضائية حيث يتعذر على القاضي البريطاني معرفة الحلول المستقر عليها القضاء في الماضي أو يحيد عنها في حال معرفته بها اما الاتحاد السوفيتي السابق فأن تمسكه بضرورة الحصانة القضائية المطلقة يعود إلى سيطرته على التجارة الخارجية واحتكاره لها حيث يؤمن

---

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 442-250.

(2) د. سامي بديع منصور ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص حلول النزاعات الدولية الخاصة، الدار الجامعية، بيروت، 1990، ص406.

(3) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص11

(4) د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2014، ص 1025

(5) د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص1026.

(6) ريزان حمودي الشمري، عقد النانو، مصدر سابق، ص72-73.

دولته من الخضوع لقضاء دولة اجنبية من حلال فكرة السيادة المطلقة. أو نسبية يجوز من خلالها تنازل الدولة الأجنبية عن هذه الحصانة وتقبل ولاية القضاء على أساس الخضوع للقضاء الوطني لدولة أخرى من خلال رفع دعوى عليها أو يسمح لها بان ترفع دعوى[1] .مثال ذلك حكم صادر من محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في عام 1942 في دعوى تعويض رفعت ضد حكومة الأنتداب في فلسطين طالب فيها المدعي بالتعويض عن ما أصابه من اضرار ناتجه من سقوط امتعة السفر عليه اثناء سفره بخطوط سكة الحديد في فلسطين التي كانت تديرها حكومة الأنتداب ولما دفعت هذه الحكومة بالحصانة القضائية ردت دفعها المحكمة المذكورة على اعتبار ان الحكومة تدير خط سكة الحديد باعتبارها فردا عادياً وليست دولة صاحبة سيادة[2] . تكفل للدول الأجنبية عدم مقاضاتها امام محاكم الدول الأخرى إذ إن استعمال القوة لتنفيذ الحكم يؤدي إلى توتر العلاقات بين الدولتين ويهدد الامن والسلم الدولي ويعد علم الدولة بحصانة الدولة الأخرى تنازلاً عن حقها في مقاضاتها في حالة نشوء نزاع بينهما[3] . وتتقيد صفة الوطنية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي نتيجة الحصانة المقررة للمبعوثين الدبلوماسيين[4] .القائمة على اساس تمكينهم من من أداء الوظيفة والمصلحة الوظيفية[5] . أو على اساس المجاملة الدولية[6] . ويلاحظ مما ذكر انفاً انفاً على الرغم من ان الحصانة تضمن استقرار العلاقات الدولية وتحقق الامن والسلم الوطني بيد أنه لابد من التخفيف منها إذا كان أحد أطراف النزاع الدولي في مسائل الاحوال الشخصية وطنياً أو على الأقل لابد من إعطاء فرصة للمحاكم الوطنية من للدولة المتضررة عرض النزاع لتثبيت وقائع النزاع أو تسجيل ادلة الضرر من جهتها منعا من ضياع ادلة الضرر أو ادلة الاثبات لحين عرضها على المحكمة المختصة.

ثانيا/ اتصاف قواعد الاختصاص القضائي بانها قواعد تتعلق بالنظام العام

تعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمره عند تعلقها بالنظام العام ، لأنها تحدد ولاية القضاء الوطني تجاه المنازعات التي تثور في إقليم دولته ، وترتبط بوظيفة أساسية من وظائف

---

(1) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987، ص767.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، الوسيط في تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1987، ص447.

(3) د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص303.

(4) اكدت ذلك اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 ان أساس الحصانة هو نظرية الوظيفة وتمثيل الدولة وهو ما اشارت اليه في مقدمتها إلى (ان القصد من هذه الامتيازات ليس افادة الافراد بل ضمان الأداء الفعال لوظائف البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدولة).

(5) د. سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في القانون العراقي، مطبعة اسعد، بغداد،1980، ص118.

(6) د. غالب علي الداوودي، مبادئ العلوم السياسية، ج3، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1966، ص191.

الدولة المتمثلة ، بتحقيق العدالة في اقليمها [1] . وترتبط هذه القواعد بالنظام العام لكن ليس على درجة واحدة، فإذا كانت تهدف إلى حسن سير وإدارة القضاء لتسوية النزاع الناشئ من مسألة من مسائل الأحوال الشخصية وخصوصاً في المسائل المتعلقة بالعقارات فهي متعلقة بالنظام العام ويبطل كل اتفاق بين طرفي العقد يقصد منه الخروج على تلك القواعد الملزمة. اذ أنه من الصعوبة إعطاء تعريف شامل للنظام العام لأن هذه الفكرة نسبية ومتغيرة بحسب الزمان والمكان[2] . ولهذا السبب فان الفقرة (130/2) من القانون المدني العراقي أوردت بعض التطبيقات له. حيث تنص على " وتعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالأنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"[3] . اما إذا كان القصد منها التيسير على المتعاقدين ورفع الحرج عنهم فهي لا تكون متعلقة بالنظام العام بيد ان معرفة مدى تعلقها بالنظام العام على قدر من الصعوبة إلى التميز بينها وبين القواعد التي تحقق سير العدالة وإدارة القضاء وإرساء السلام من عدمها [4] .

ثالثاً/ اتصاف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بانها من المسائل الأولية لحل النزاع

وهذا يعني أنه على المحكمة المختصة ان تبت به قبل تحديد القانون الواجب التطبيق لتسوية النزاع المعروض امامها في مسائل الأحوال الشخصية لكن يمكن ان تكون هذه القواعد سبباً مؤثراً في تحديد هذا القانون عند وجود اتفاق بين طرفي العقد لحل النزاع امام محكمة معينة مما يجعله سبباً لتطبيق قانون تلك المحكمة[5] . والصفة الأولية لقواعد الاختصاص القضائي الدولي تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها للعلاقة القانونية. فإذا نُظر اليها في نزاعات الأحوال الشخصية باعتبارها مسألة قانونية لا يثار بشأنها نزاع كانت قواعد تنظيم تنازع القوانين اسبق من قواعد تحديد الاختصاص القضائي ، اما إذا نظر اليها باعتبارها نزاعاً قائماً تكون قواعد تنازع الاختصاص القضائي اسبق ويصبح على القاضي واجب التحقق من موقف دولته ان كان يسمح

---

(1) د. ريزان حمودي الشمري، عقد النانو، مصدر سابق، ص 74.
(2) د. ممدوح عبد الكريم حافظ،القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 319.
(3) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص320.
(4) د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، القاهرة، 1992، ص47.
(5) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص247.

لمحاكم هذه الدولة بنظر النزاع الناشئ من نزاعات مسائل الأحوال الشخصية ام أنه يخرج من دائرة اختصاصها[1] .

رابعاً/ قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتعلق بالتبعية السياسية

تتصف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بصفة التبعية السياسية لتأثرها بجنسية المتداعين خلافاً لقواعد تنازع القوانين ذات الطابع المحايد التي تحدد القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن جنسية المدعي أو المدعى عليه[2] . وهذا ما تبينه الضوابط الشخصية والإقليمية التي بموجبها يتم تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم. وهذا ما سيتم شرحه بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

خامساً/ اتصاف قواعد الاختصاص القضائي الدولي بانها قواعد غير مباشرة

تتصف هذه القواعد بالصفة غير المباشرة لأنها لا تحل النزاع القانوني الناشئ في مسائل الأحوال الشخصية بصورة مباشرة بل تعمل على تحديد المحكمة الوطنية المختصة التي تتولى نظر هذا النزاع وتسويته باستثناء بعض جمهور الفرنسي باستثناء mayer الذي يرى بان هذه القواعد هي قواعد مباشرة لأنها تحدد مباشرة المحكمة المختصة بنظر النزاع الدولي دون الاقتصار على بيان القانون الذي يمكن الرجوع اليه لتحديد هذه المحكمة الذي تتولى نظر النزاع وتسويته [3] .

المطلب الثاني / تمييز الاختصاص القضائي عن الاختصاص التشريعي

من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص أنه لا يوجد تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي[4] . فإذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر النزاع فهذا لا يعني بالضرورة ان تطبق المحكمة القانون المصري في كل الأحوال. والعمل بعكس هذا القول معناه الرجوع بالعمل بالضابط الإقليمي ومعناه ان المحاكم لا تطبق الا قوانينها مما يعني اختفاء التنازع

---

(1) د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص6.

(2) د. ريزان حمودي الشمري، مصدر سابق، ص75.

(3) باستثناء mayer الذي لا يعدها قواعد موضوعية بل قواعد غير مباشرة لا تحل بنفسها المسألة القانونية محل النزاع وانما تحدد المحكمة الوطنية التي تقوم بإعطاء الحل المادي للنزاع. د. حفيظة الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص 12-32.

(4) يقابل الاختصاص القضائي الدولي الاختصاص الداخلي ويتحدد الأول بان ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في مجموعها اما بالنسبة للاختصاص الداخلي المرتبط بنزاع وطني في كافة عناصره فهناك اختصاص محلي واخر نوعي ويترتب على هذا التميز بين النوعين الاختصاصيين أنه ينبغي أولا معرفة ما إذا كان القضاء المصري مختصاً بالنزاع المعروض من عدمه قبل معرفة أي محكمة من المحاكم المصرية هي التي تكون صاحبة الولاية بنظر النزاع ذي الطبيعة الدولية ولقد دفع ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين إلى تسمية الاختصاص الدولي بالاختصاص العام بينما يكون الاختصاص الداخلي اختصاصاً خاصاً . د. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص13.

بين القوانين. لذلك يسلم الشراح بان الفصل بين قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي يعد أساس المفهوم الحالي للقانون الدولي الخاص[1] . ولبيان هذا التمييز لابد من التعرف على أوجه الشبهة والاختلاف بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي[2] . اذ يلاحظ ان الاختلاف بين هذين الاختصاصيين إلى ان الاعتبارات التي ينبني عليها تحديد المحكمة المختصة ليست هي ذاتها التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق فقد تكون اعتبارات المحكمة المختصة مبنية على أساس النظام العام والمصلحة الوطنية على عكس اختيار القانون الأنسب للنزاع والأكثر ملائمة وصلة اذ قد يكون قانون دولة أخرى هو القانون الأكثر صلة بالنزاع. بيد ان هناك حالات تتماثل فيها الاعتبارات التي ينعقد عليها أساس الاختصاصين فمعظم التشريعات مثلا في مسألة العقارات تعقد الاختصاص لقانون موقع العقار وينعقد في ذات الوقت الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها المحكمة الكائن بها موقع العقار لعدة اعتبارات منها التسهيل على المتقاضيين وتقليل النفقات وسهولة انتداب الخبير اذ احتاج ذلك. وبالمثل نجد هذا التطابق في مسائل المسؤولية التقصيرية حيث تجري معظم التشريعات على اخضاع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار وتعقد أيضا الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنها لمحاكم الدولة التي وقع على اقليمها العمل المكون لهذا الالتزام[3] . بيد ان هذه الاختلافات البسيطة لا يعني قطع الوصل بينهما وتأثر أحدهما بالأخر أي تأثر الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي وبالعكس. في البداية سنقوم ببيان أوجه الشبه والاختلاف بين الاختصاصين وسنخصص الفرع الثاني لأثر الاختصاصين على بعض. وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول/ أوجه الشبه والاختلاف بين قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي

لتوضيح التمييز بين الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما وعليه سنقوم بيان ذلك بشكل منفصل للتوضيح أكثر وعلى النحو الاتي :

---

(1) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص14.

(2) لمباشر الاختصاص العام الدولي المباشر والاختصاص العام الدولي غير المباشر إذا تعلق الامر ببيان الحالات التي تكون فيها المحاكم المصرية مختصة عند رفع النزاع اليها بداءة، فإن ذلك يسمى بالاختصاص العام اما إذا كان النزاع قد اثير امام محكمة دولة اجنبية وصدر حكمها فاصلاً فيها ثم أريد تنفيذ هذا الحكم في مصر عن طريق الحصول على أمر بتنفيذ فإن اختصاص المحاكم الأجنبية سوف يثور أمام القضاء المصري فمن شرائط تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر أن يكون هذا الحكم صادرا عن محكمة مختصة دوليا طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها وألا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر هذه المنازعة (م 1/398 مرافعات) . ويسمى اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة بالاختصاص العام غير المباشر د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص612.

(3) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص15.

اولا/ أوجه الشبه بين الاختصاصيين

تتسم قواعد الاختصاص القضائي بخصائص كما تتسم بها قواعد تنازع القوانين وسائر فروع القانون الدولي الخاص الأخرى انها قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني بيد ان وضع المشرع لهذه القواعد يضع في حسبانه الصفة الدولية المقررة بشأن هذه القواعد فالملاحظ بشأن تنازع القوانين ان الهدف الحقيقي من هذه الضوابط هو التعايش المشترك بين سائر النظم القانونية وهذا الهدف لا يتحقق الا بوضع المشرع الوطني لهذه القواعد في حيز يتماشى مع الطابع الدولي. وهذا الاعتبار ذاته يسود بصدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي بيد ان هذا التحديد يتقيد بمدى قابلية تنفيذ الحكم في دولة أخرى أي المبدأ المعروف ب " مبدأ قوة النفاذ الذي يتوجب حين العمل به ان تكون هناك صلة كافية بين النزاع المطروح ومحاكم الدولة صاحبة الاختصاص ليمنحها سلطة كفالة اثار الحكم الصادر عنها[1] . وعليه فان الصفة الوطنية تعد قاسماً مشتركاً بين قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي بيد ان هذا لا يعد مانعاً من وجود ثمة فوارق بين النوعين وهذا ما سنقوم ببيانه في النقطة التالية.

ثانياً / أوجه الاختلاف بين الاختصاصيين

سنقوم ببيان هذه الاختلافات من الطبيعة ومن حيث الطابع المميز لكل منهما وعلى النحو الاتي:

اولا/ من حيث طبيعة كل منهما

كما هو معروف قواعد الاختصاص القضائي هي قواعد مادية أو موضوعية قاصرة على تبيان الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم المصرية دون أن تعنى بتحديد الحالات التي تكون داخلة في اختصاص المحاكم الأجنبية فهي بذلك ليست قواعد تنازع. اذ إنها قواعد وظيفتها تحديد المنازعات ذات العنصر الأجنبي التي تدخل في اختصاص القضاء الوطني، أما قواعد تنازع القوانين فهي قواعد إسناد تشير إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعة المطروحة دون أن تبين حكم القانون بصورة مباشرة، فهي قواعد غير مباشرة التكفل بإعطاء الحل النهائي للنزاع. فهي كما يصفها البعض بانها مكتب استعلامات تدلك على القطار أو السيارة المطلوبة. فوق ذلك فإن قواعد تنازع القوانين هي قواعد مزدوجة الجانب بمعنى أنها لا تقتصر على تبيان الحالات التي يكون فيها القانون الوطني واجب التطبيق وإنما تعين أيضا الحالات التي يكون فيها قانون أجنبي - متى كان أكثر اتصالا بالعلاقة المعروضة هو الواجب التطبيق، وفي الحقيقة فإن وظيفة

[1] د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص32.

قاعدة الإسناد لا تتحقق إلا إذا كان لها هذا المضمون المزدوج[1] . بيد ان هذا الازدواج يصيب هذه القواعد بنوع من القصور في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق. فإن وقف دورها عند حد مجرد ابراز حالات اختصاص القانون الوطني للذي شابها القصور في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الفرض الذي لا يكون فيه القانون الوطني هو الواجب التطبيق. وعلى النقيض من ذلك نجد أن قواعد الاختصاص القضائي هي قواعد مفردة الجانب تقتصر على بيان حالات عقد الاختصاص للقضاء الوطني فقط فإذا قدر المشرع الوطني عدم اختصاص محاكمه بنظر نزاع معين فإنه لا يستطيع أن يعين محكمة أجنبية لفض النزاع وإلا لأنطوى قراره على مساس بسيادة الدولة الأجنبية، ثم أنه من العبث تكليف محكمة أجنبية بنظر نزاع ترى وفقا لأوامر مشرعها أنها غير مختصة به. هذا على رأي جانب من الفقهاء ونحن لا نؤيد هذا الرأي في مجال مسائل الأحوال الشخصية اذ انها علاقات خاصة بين الافراد عدا ما اتصل منها بالعقارات على اعتبار انها تمس بسيادة الدولة. وبالرغم من هذا الاختلاف فان هناك جانب من الفقه يرى إن هناك تقاربا في هذا الصدد بين الاختصاصين لا يمكن تجاهله، فبعد أن شقت فكرة القوانين ذات التطبيق المباشر طريقها في مجال نظرية تنازع القوانين لم يجد الشراح من التسليم من الأمر يتعلق عندئذ بقواعد موضوعية ذات تطبيق فوري أو مباشر وهي قواعد مفردة الجانب تتناول وحسب الحالات التي يطبق فيها القانون الوطني وحده[2] . بيد ان هناك جانب اخر في مجال تنفيذ الاحكام الأجنبية إذ إن من شروط تنفيذ الاحكام الأجنبية عند اغلب التشريعات هو صدور الحكم عن محكمة مختصة وفقا لقواعد الاختصاص في الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم وهذا الراي تبناه المشرع المصري فتكون قواعد الاختصاص عندئذ قواعد غير مباشرة بالمقابلة لقواعد الاختصاص المباشر للمحاكم الوطنية[3] . وعلى الرغم من الرأيين السابقين إلا أن هناك راي يقول ان لقواعد الاختصاص القضائي جانب مزدوج وبهذا اخذ المشرع المصري في المادة (22) من القانون المصري التي تنص على " يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات. وهذا ما عمل به المشرع العراقي اذ نصت المادة (28) من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 على ان (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات).

---

(1) د. هشام صادق ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص33.
(2) د. هشام صادق ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص34.
(3) د. هشام صادق ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص34.

ثانيا: من حيث الطابع المميز لكل منهما

هناك جانب من الفقه الفرنسي يرى أن ثمة اختلافا في السمة أو الطابع المميز لكل من الاختصاصين: القضائي والتشريعي، فالاختصاص القضائي عادة ما يتسم بطابع سياسي وهو طابع يتأتى من أن جنسية أطراف النزاع المدعى أو المدعى عليه كثيرا ما تلعب دورا هاما في تحديد المحكمة المختصة أما الاختصاص التشريعي فيتميز بما له من طابع قانوني لا يكون فيه لجنسية أطراف العلاقة أدنى تأثير[1] . ونعتقد أن هذا القول ليس مقبولا على إطلاقه[2] . فهناك العديد من قواعد التنازع في مصر والدول العربية وضعت خصيصا لحماية الطرف الوطني في العلاقة. من ذلك ما تنص عليه من المادة 14 من القانون المدني المصري من أنه " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج ". بيد ان هذه العلاقة بين الاختصاصيين لا يعني انهما منقطعا الوصال ولا يؤثر أحدهما في الاخر وهذا ما سنقوم ببيانه في الفرع التالي:

الفرع الثاني/ إثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي وتأثيرهما على بعض

لبيان اثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي وتأثيرهما على بعض لابد من توضيح الأثر في نقطة منفصلة وبيان التأثير على النحو الاتي:

اولاً\ اثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي

يلاحظ من ناحية التتابع الزمني ثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر نزاع ذي طبيعة دولية قبل مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امام المحكمة منظورا للأمور من زاوية هذا الترتيب الزمني ان الاختصاص القضائي يؤثر بلا شك على الاختصاص التشريعي[3] . إذ إن محكمة كل دولة تطبق قواعد التنازع المدرجة في قانونها الوطني فإن القاضي الوطني يقوم عند تحديده للقانون الواجب التطبيق بمجموعة من العمليات القانونية المتتابعة منها : الوقوف على قاعدة الإسناد الوطنية ، وتكييفه للحالة المعروضة أمامه ، وتحديد مركز القانون الأجنبي المشار اليه في قاعدة الإسناد وموقفه من الاحالة قبولا أو رفضا واستخدامه للدفع بالنظام العام والذي يكون بلا شك الحل النهائي للنزاع فالتشريعات لا تأخذ موقف موحد فيما يتعلق بالزام القاضي

---

(1) د. عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص34.

(2) د. فؤاد رياض والدكتور الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام. فقرة 22 من 36

(3) د. هشام صادق، القانون الدولي، مصدر سابق، ص15.

بتطبيق قاعدة الاسناد[1] . ويتباين موقف التشريعات في الزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الاسناد فبعض التشريعات لا تجبر القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه كالقانون الأنجليزي على العكس من النظام الألماني الذي يلزم القاضي بذلك وبين هذين النظامين نجد النظام الفرنسي الذي يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الاسناد حيث يكون موضوع القاعدة مسألة مما لا يجوز فيها الفرقاء التنازل عنها وحرية التصرف ام لا؟[2] . وليس لهذا الخلاف بين النظامين تأثير على الحل النهائي للنزاع. إذ إن تطبيق القاضي لقاعدة الاسناد في قانونه فان أول عملية قانونية يجريها هي التكييف القاضي للعلاقة محل النزاع. ونجد ان اغلب التشريعات تعتنق نظام التكيف لقانون القاضي وتسمى هذه العملية القانونية نظرية بارتان والتي بمقتضاها يخضع التكييف لقانون القاضي اذ يخضع بمقتضى هذه النظرية التكييف للقاضي من خلال تكيف العلاقة بتحديد طبيعتها القانونية بقصد ادراجها تحت اطار طائفة قانونية من قواعد الاسناد[3] . وتختلف عملية تكييف العلاقة القانونية من علاقة إلى أخرى في انظار التشريعات المختلفة مما ينتج عنه اختلاف في الحل النهائي. وهذا الاختلاف في الحل التهاني للنزاع قد يتحقق عن طريق اعمال الإحالة، فبعض التشريعات ترفض العمل بالإحالة صراحة وبصورة مطلقة، من ذلك التشريع المصري (م 27 مدني مصري) بينما تأخذ بعض الدول كفرنسا ومقتضى هذا الرفض هنا وذلك القبول هناك اختلاف القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلك بحسب ما إذا رفعت الدعوى في مصر أو في فرنسا. بالإضافة لما تقدم فان التشريعات لا تتفق بخصوص تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الواحدة ، فإذا كان الأمر متعلقا بزواج مثلا وهي علاقة يتم تكييفها وفقا لقانون القاضي كما ذكرنا - فان التشريعات لا تتفق بشأن القانون الذي يجب أن تخضع له الشروط الموضوعية لهذا الزواج[4] . ففي التشريعين الفرنسي و المصري كقاعدة[5] تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين وقت ابرام الزواج ، بينما يخضعها القانون الأنجليزي لقانون موطن كل من الزوجين ، وعلى ذلك فان الزواج المبرم بين زوجين مصريين متوطنين في انجلترا سوف يخضع في فرنسا للقانون المصري بوصفه قانون جنسية كل من الزوجين ، بينما يخضع في

---

(1) د. إبراهيم احمد إبراهيم، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1983، ص45.

(2) د. فؤاد رياض ود سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص47.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص16.

(4) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، المصدر نفسه، ص17.

(5) مع ملاحظة الاستثناء الذي تقرره المادة 14 مدني مصري والتي تنص على أنه في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج.

انجلترا للقانون الأنجليزي بوصفه قانون موطنهما المشترك[1] . يتبين مما ذكر انفا اختلاف الحل النهائي للنزاع بحسب الدولة الذي ثار النزاع امام محاكمها. وبالمثل يبدو واضحاً تأثر الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي بخصوص القانون الذي يحكم اثار الزواج فوفقا للمادة (13) من القانون المدني المصري فأنها تخضع اثار الزواج لقانون جنسية الزوجين وقت ابرام الزواج وهذا الحكم يسري سوء اتحدت جنسية الزوجين أو اختلفت[2] ، بل يسري حتى لو غير الزوج جنسيته بعد الزواج سواء كان التغير لقانون اخر أو لقانون زوجته. بينما نجد فرنسا على خلاف ذلك فان القانون الذي يحكم اثار الزوجية ليس هو قانون الزوج أو الزوجة وانما هو قانون الأسرة[3] Le Droit de la Famille وهو القانون الذي يأخذ في الحسبان الرابطة الأسرية في مجموعها ، وهذا القانون هو قانون جنسيتهما المشتركة ، أو قانون موطنهما المشترك إن اختلفا جنسية ، وهذا المبدأ مستقر الدعائم في القضاء الفرنسي[4] . مما لا شك فيه ان هذا الاختلاف سيؤدي إلى اختلاف الحكم النهائي بحسب القانون الذي ستعمله المحكمة المثار امامها الامر. فإذا اتخذ مصري مسلم مرتبط بزوجية سابقة - فتاة مغربية كزوجة ثانية له وجعلا من فرنسا موطنا لهما، فإن دعوى المساكنة المرفوعة من الزوجة على الزوج أمام المحاكم المصرية ينطبق بشأنها القانون المصري بوصفه قانون الزوج وقت إبرام الزواج ولا يتصور أن تثور هناك أدنى مشكلة في هذا الخصوص بحسبان أن القانون المصري يقر تعدد الزوجات دون تمييز بينهم. أما إذا أثير النزاع أمام المحاكم الفرنسية فإنها سوف تطبق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن المشترك للزوجين مختلفي الجنسية وهذا القانون لا يعرف إلا نظام وحدة الزوجية وهو الأمر الذي قد يترتب عليه رفض الاعتراف بحق الزوج على زوجته الثانية في المساكنة. وقد ذهب إلى هذا الحل بعض احكام القضاء الفرنسي[5] والأنجليزي[6] . فإذا كانت قاعدة الاسناد الوطنية بوصفها قاعدة غير مباشرة مباشرة وهي التي بمقتضاها يتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض امام القاضي فان اعمال هذا القانون في دولة القاضي يتطلب ان لا يتعارض في دولة القاضي. ويلاحظ ان فكرة

---

(1) د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات دار الجامعة الجديدة، 2006،ص 76.

(2) د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص130.

(3) د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص18.

(4) VL , affair rivière , rev . 1953 , 412 , note Batiffol , J.C.P. 1953 , 111 , ( ) 7863 , note Buchet , Tarwid , D. 1961 , 437 , note Holleaux , clunet 1961 734 note Goldman , Rev. 1961 , 457 note , Batiffol

(5) محكمة السين الابتدائية 30 مارس 1955 المجلة التونسية للقانون 1956، 77 - تعليق الاستاذ Iamba Merin غير ان من محكمة النقض الفرنسية لم تقر هذا الحل نقض مدني، 28 يناير 1958 ، المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص من 110 - تعليق جامبو ميرلان ، دالور 1958 ، 265 - التعليق Lemon

(6) راجع في موقف القضاء الإنجليزي الذي ظل ينكر الاعتراف بأثار الزواج المبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولو لم يكن الزواج متعددا من الناحية الفعلية وهو ما يسمى عندهم بالزواج المستتر والكامن Potentially Polyyamous رسالة للدكتور عكاشة عبد العال، مصدر سابق ، ص197 وما بعدها

النظام العام كما مر ذكها انفا هي فكرة مرنه تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى اخر فان النظام العام لدولة ما قد يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد بينما لو ثار النزاع نفسه امام محكمة دولة أخرى لا يكون كذلك. وعلى ذلك لو ابرم مصري مسلم زواجاً ثانياً ومن دون انفصال الزواج الاول في دولة مسلمة يجيز قانونها تعدد الزوجات فان النظام العام في هذه الدولة لن يتأذى من جراء انشاء هذه العلاقة وعلى العكس من ذلك نجد ن القضاء مستقر في الدول ذات الحضارة المسيحية على انشاء مثل هذه العلاقة التي تخالف النظام العام. ومن ثم يقع باطلاً لو ابرم فيها[1] . وعلى فرض اعمال القاضي الوطني لقاعدة الاسناد المدرجة في تشريعه ثم طبق القانون الذي اشارت اليه هذه القاعدة بعد تكييف العلاقة وفقاً لقانونه ولم يكن حكم القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام في دولته فأننا قد نواجه مشكلة أخرى مفادها ان التشريعات لا تجتمع كلمتها على تبني موقف موحد بالنسبة لتحديد مركز القانون الأجنبي امام قضاءها[2] . فالنظام الأنجليزي يمنع القاضي من البحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي بينما يذهب النظام الألماني إلى النقيض من ذلك اذ يلزم القاضي بهذا البحث. اما النظام الفرنسي فيأخذ موقفا وسطا من الاتجاهين اذ يعطي للقاضي البحث عن مضمون القانون الأجنبي دون ان يلزمه بذلك رغم التحول الجديد للقضاء الفرنسي واخيراً فان القضاء في دبي يلزم القاضي بأثارة قاعدة التنازع المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وحدها كما يلزمه بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير اليه[3] . وكما بينا انفاً ان هذا التباين في مدى الالتزام بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي سيكون له انعكاس لا يخفى على النزاع. ويلاحظ ان المسالة السابقة ترتبط بمسألة أخرى مفادها ان القاضي الوطني وهو بصدد اعمال القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد قد ينحرف في تفسير هذا القانون عن مضمونه الأصلي وفق تصور المشرع الأجنبي الذي ينتمي اليه هذا القانون. وفي هذا الصدد تثور مشكلة في حالة اختلاف نظام القاعدة القانونية المراد تفسيرها عن النظام القانوني لدولة القاضي وهذا بالتأكيد سيؤثر على الحل النهائي للنزاع ولعل ما استقر عليه قضاء النقض الفرنسي عن رقابة تفسير القانون الأجنبي بصورة مباشرة ساعد على تحقيق هذه النتيجة[4] . ويلاحظ مما ذكر انفاً فان القضاء في العديد من الدول متأثراً بالنزعة الوطنية اذ أنه يفضل تطبيق قانونه الوطني لاعتبارات متعددة. يلاحظ مما تقدم أنه التتابع الزمني بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي يؤدي إلى تتابع الحلول المتبعة في شأن النزاع مختلفة حسب النزاع وظروفه بل احياناً تلعب الصدفة دوراً مؤثراً بقصد التقليل من التباين إلا أن

---

(1) د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص127.

(2) د. هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ج الأول، 1984،ص135 وما بعدها.

(3) د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين في دولة الامارات العربية المتحدة، ط2، 2003، ص160 وما بعدها.

(4) د. عكاشة عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص21.

الأسس المنطقية التي تحكم النزاع هو التركيز على العلاقات القانونية وربطها بالقانون الأكثر صلة واقتضاء ان تكون هذه العلاقة جدية بين المحكمة المختصة والنزاع المطروح عليه من اجل تحقيق التناسق في الحلول والعمل على رعاية مصالح الافراد وكفالة تنفيذ الاحكام وضمان تنفيذها وعدم بقاءها حبرٍ على ورق. ومما تجدر الإشارة اليه ان الاختصاص القضائي من ناحية تنفيذ الحكم الأجنبي إذ إن شرائط تنفيذ الحكم في حالة تنفيذه في الدولة التي أصدرته ام دولة أخرى. ففي الحالة الأولى سوف يتم تنفيذ الحكم بقوة القانون دون عوز لاتخاذ أي اجراء جديد. اما في الحالة الثانية فلا بد من الحصول على اذن بتنفيذ الحكم يسمى " الامر بالتنفيذ". فإذا صدر الحكم من دولة اجنبية ويراد تنفيذ الحكم في مصر وهي تأخذ بهذا النظام عليه ان يلجأ إلى قضائها للنظر في الحكم ويكون له ان يأمر بتنفيذه أو ان يرفض ذلك إذا رأى مثلا أنه وحده يستأثر بالاختصاص بهذه المسألة[1] .

ثانيا/ تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي

يلاحظ مما ذكر انفاً ان مسألة الاختصاص التشريعي لاحقه في تعينها على مسألة الاختصاص القضائي فإذا كان الامر والحال كذلك. فأن من غير المنطقي ان يؤثر الاختصاص التشريعي طرداً أو جذباً على الاختصاص القضائي وعلى الرغم من ذلك قد نلاحظ هذا التأثر قد يتحقق اذ غالباً ما يربط القاضي بين الامرين بل قد يذهب القاضي إلى حد الإفصاح عن هذا الربط بصراحة [2] . ولتوضيح ذلك سنقوم ببيان هاتين الصورتين على النحو الاتي:

الصورة الأولى/ الاختصاص التشريعي طارد للاختصاص القضائي

في هذه الصورة يقال بانتفاء الاختصاص القضائي بفعل الاختصاص التشريعي ففي هذه الصورة يكون الاختصاص بنظر العلاقة ذات الطبيعة الدولية منعقداً لمحاكم احدى الدول ولكنها تعرض عن نظرها على أساس انها علاقة يجهلها قانون القاضي. والدليل على ذلك ما كانت تفعله المحاكم الأنجليزية في مواجهة الزواج المتعدد المبرم بواسطة شخص يجيز قانونه الشخصي هذا النوع من الزواج[3] . فقد ظلت هذه المحاكم ولوقت قريب تحجم عن نظر المنازعات المتعلقة بالزواج المتعدد الذي تعرفه الشريعة الإسلامية بحجة أنه مختلف جوهرياً عن نظام وحدة الزواج الذي تعرفه الديانة المسيحية والمطبق في إنجلترا فلا توجد علاقة بين النظامين وهذه النظرة العدائية

---

[1] د. هشام صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 21.

[2] د. أحمد قسمت الجداوي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، بدون ذكر جهة الطبع،1972،ص51.

[3] د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص22.

التي ظلت سائدة لقرون تجد أساسها في سابقة قضائية هي Hyde V HYde [1]. وامام هذا النقد الجارح الذي وجه إلى هذا المسلك[2] يلاحظ تدخل المشرع الأنجليزي ويعدل من موقفه سنة 1973[3] . فلم نعد المحاكم الأنجليزية تحجم عن نظر الدعاوى المتعلقة بالزواج المتعدد متى كان قد ابرم صحيحاً في ظل قانون يجيزه. بيد ان هذه السابقة لا تزال تترك بصماتها الواضحة على موقف القضاء الأنكليزي من نظام تعدد الزوجات. وفي فرنسا ثارت مسألة طرد الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي في الحالات التي يتطلب الامر فيها من القضاء الفرنسي اتخاذ اجراء غير مألوف في قانونه الوطني. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها إلى أنه لا مفر في مثل هذه الحالة من الحكم بعدم الاختصاص وذلك في دعوى طلاق بين زوجين روسيين من أصل يهودي وهو القانون الذي لم يجيز الطلاق الا من قبل هيئة دينية بحجة ان مثل هذا الاجراء يجهله القانون الفرنسي[4] . بيد ان هذا الاتجاه تم العدول عنه لأنه ينطوي على انكار للعدالة وهو الهدف الأساسي من لجوء الافراد إلى الجهات القضائية وخاصة إذا كان اللجوء للجهات الأجنبية يكلف الأشخاص مشقة وعناء شديدين خاصة إذا كانوا متوطنين في مكان بعيد ناهيك عما إذا كانوا ممنوعين من الدخول إلى دولتهم لأي سبب من الأسباب ويضيف أنصار هذا الاتجاه أنه لا تصح للمحاكم الوطنية ان تتنحى عن النظر بالنزاع المعروض امامها بحجة وجود فجوة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. اما موقف الفقه الحديث هذه الفجوات من خلال النظام العام إذ إن اعتبار مسألة الطلاق من المسائل الموضوعية التي تخضع للقانون الشخصي أو من خلال قواعد التكييف التي تخضع لقانون القاضي بصرف النظر عما يقرره القانون الأجنبي من ضرورة تدخل سلطات معينة لإيقاع هذا الطلاق[5] . يلاحظ مما ذكر انفاً ان الاتجاه الذي يرمي إلى تخلي المحاكم عن نظر النزاع في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يقتضي اعمال نظم غريبة ومجهولة عن النظام في قانون القاضي. وعلى الرغم من هذه الحجج إلا أن هذا الاتجاه لم يعد مقبولا اذ قد ينطوي على انكار للعدالة. ويبدو ان المشرع العراقي والمشرع المصري لم يشذ عن هذه القاعدة اذ تأثر بذلك في قانون المرافعات الجديد سنة 1968 فقد كانت

---

(1) , Probate and divorce,130,1866,I وفيها افصح اللورد penzance عن هذه قائلا " ان المحاكم الإنجليزية ليس لها ان تنظر دعاوى الزوجية المرتبطة بهذا النوع من الزواج" ولا يخفى ما كان يؤدي اليه هذا الموقف من انكار العدالة وسحق لرؤوس زوجات افنين حياتهن مع ازواجهن في إنجلترا في احط الاعمال وفي النهاية كن يحرمن من ابسط الحقوق كالحق في المأكل والمشرب.

(2)Bartholomew " Recognition of Polygamous marhages in America 13 ICLQ . 1048 , Look also , recognition of polygamous marriages in

(3)V Matrimonial Causes ACT 1973

(4) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص23.

(5) د. هشام صادق، درس في القانون الدولي الخاص، ج1، مصدر سابق، ص21.

المادة (865) من قانون المرافعات الملغي تخول للمحاكم المصرية التخلي عن النظر في بعض مسائل الأحوال الشخصية الداخلة في اختصاصها على ان تكلف المدعي برفع دعواه امام محاكم الدولة التي ينتمي اليها الجميع اليها الجميع بجنسيتهم متى كان قد رفع الدعوى امامهم وكان قانون هذه الدولة هو القانون الواجب التطبيق غير ان قانون المرافعات الجديد اعرض عن هذا النص لأنه وجد في التخلي عن الاختصاص في هذه المسائل. وكذلك تفصح المذكرة الايضاحية ما من شأنه ان يذهب في المحكمة من ثبوت الاختصاص لها وهذا هو الحل الملائم في بعض الحالات.

الصورة الثانية/ الاختصاص التشريعي يجلب الاختصاص القضائي

اخذ القانون المدني العراقي بقانون الجنسية في كل مسائل الأحوال الشخصية وتوجد عدة نصوص قانونية في العراق تعالج مشكلة الاختصاص القضائي الدولي اذ نصت المادة (60) من الدستور المؤقت العراقي لعام 1970 على هذه النقطة (1- القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. 2- حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين. 3- يحدد القانون طريقة تشكيل المحاكم ودرجاتها واختصاصها). بالإضافة إلى نصوص قانون المرافعات وقانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 المعدل ولم يتوقف المشرع العراقي عن ذلك اذ توجد نصوص أخرى في القانون المدني (14، 15) وقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية في نص المادة (7) وقانون الأحوال الشخصية (في مواد مختلفة منه) وقانون المرافعات المدنية في مواد مختلفة منه. حيث نصت المادة 28 من القانون المدني العراقي على ان (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات). وبذلك فان المشرع العراقي قد اخضع قواعد الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، وهو هنا اختصاص أصلي. وقد نظم المشرع العراقي قواعد الاختصاص في القانون المدني تحت مسمى "التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي"، وحصرا في مادتيه الرابعة عشر والخامسة عشر. ونجدها ايضاً في قانون الاحوال الشخصية للأجانب لسنة 1931 في المادة الثانية منه. ويرى الاستاذ عوني الفخري ان تلك النصوص القانونية هي نصوص قاصرة وهي لم تغط كثيرا من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها دوليا ولا سيما ما يتعلق بالدعاوى الفرعية والمرتبطة وكذلك ما يتعلق بالإجراءات التحفظية والعرفية، كما انها لم تورد نصا بشأن الخضوع لاختصاص المحاكم العراقية، أو ان اغلب تلك النصوص جاءت عامة دون تفريق بين قضايا الاحوال الشخصية وقضايا الاحوال العينية. ولتلافي ذلك القصور فان استاذنا عوني الفخري يذهب إلى الاستعانة ببعض قواعد الاختصاص الداخلي الواردة في قانون المرافعات، وإمكانية اضفاء الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية أيضاً من باب مفهوم المخالفة للمادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928. وعلى هذا

يمكن ان نحدد الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية لاختصاص القائم على وجود المدعى عليه الاجنبي في العراق. فمجرد ان يكون المدعى عليه الاجنبي موجودا في العراق ساكنا فيه بصورة دائمة أو مؤقتة فالقضاء العراقي يكون مختصا هنا. والعبرة بوجود الاجنبي وقت رفع الدعوى. وهذا الاختصاص تأخذ به المحاكم الأنكليزية ايضا حيث ان القانون العام فيها يقيم الاختصاص للمحاكم الأنكليزية على وجود المدعى عليه في انكلترا وقت اعلأنه (تبليغه) بورقة وصحيفة الدعوى. اما المشرع المصري فقد نص في المادة (7/30) من قانون المرافعات المصري يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو اجنبياً له موطن في مصر وذلك إذا كان القانون المصري واجب التطبيق في الدعوى. وهذا وضع استثنائي إذ إن مسألة اثارة الاختصاص القضائي اسبق من مسألة الاختصاص التشريعي. ويلاحظ مما ذكر انفاً ان الاختصاص الدولي لا يكون ثابتاً بداءة للمحاكم الوطنية بيد ان القانون الوطني هو الواجب التطبيق على المنازعة فيقال عندئذ بعقد الاختصاص لهذه المحاكم حتى يمكنها تطبيق قانونها الوطني على موضوع النزاع على فرض انها الاقدر على تطبيقه وكفالة احترام القوانين. وفي مثل هذه الحالة يتكلم الشراح عن حالات يجلب فيها الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي وان كان من الممكن رد هذه الحالات جميعا إلى فكرة النظام العام[1] . منها:

1- حالة الزواج الاعرج.

2-الدعاوى المتعلقة بمرفق عام من مرافق الدولة.

3-الإجراءات الوقتية والتحفظية.

4- حالات ثبوت جنسية شخص ما أو نفيها.

5-اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات التي يطبق فيها القانون الوطني لاستبعاده القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام.

1- حالة الزواج الاعرج

يشير الشراح إلى أنه إذا كان قانون القاضي هو القانون الواجب التطبيق مباشرة على النزاع من غير ان ينازعه في ذلك قانون أجنبي اخر فأن الاختصاص ينعقد له بالتبعية ومن هذا القبيل

[1] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص25.

المنازعات المتعلقة بما يسمى بالزواج الاعرج والذي فيه يكون الزواج صحيحاً وفقاً لقانون القاضي وباطلاً من وجهة نظر القانون الشخصي للزوجين[1] . فإذا تزوج زوجان اسبانيان في الشكل المدني في فرنسا على نحو مغاير لقانونهما الوطني الاسباني وصحيحاً وفقاً للقانون الفرنسي فان الفقه في فرنسا وألمانيا يذهب في هذا الفرض إلى ان الحكم بالطلاق بين هذين الزوجين يخضع للقانون الفرنسي أو الألماني الذي اضفى على زواجهما الشرعية وبالتبعية تكون المحاكم الفرنسية والألمانية مختصة بإيقاع الطلاق طالما ان هذا الزواج غير معترف به اصلاً في دولة الزوجين[2] . ونعتقد ان الفقه العراقي والمصري سوف يقرر ذات الحل في مثل هذه المسألة فإذا تزوج فرنسي مسلم من زوجة ثانية في مصر أو في العراق ومن غير انفصال الزواج الأول فان هذا الزواج يكون باطلاً وفقاً للقانون الفرنسي ويكون صحيحاً وفقا للقانون المصري والقانون العراقي ففي هذا الفرض يخضع الحكم بالطلاق بين هذين الزوجين طالما ان هذا الزواج غير معترف به أصلا في دولة الزوجين[3] . وتحليل موقف القضاء في هذه الدول يعكس لنا ان الاختصاص التشريعي جلب الاختصاص القضائي لاعتبارات متعلقة بالنظام العام وليس مرده في نهاية الامر إلى اعتبارات متعلقة بعدم انكار العدالة كما يرى البعض[4] .

2- الدعاوى المتعلقة بمرفق عام من مرافق الدولة

يشير الفقه إلى ان القوانين المتعلقة بالدعاوى البوليصية والامن المدني " لا يتصور وجود تنازع في شأنها وبحيث يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي في هذه المنازعات[5] . أي في المسائل المتعلقة بشهادات أو اقرارات الحالة المدنية كطلب تصحيح بيان شهادة الميلاد أو الوفاة أو الزواج أو في حالة البطاقة العائلية.

كذلك يشير الفقه الفرنسي إلى ان هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية تدخل تحت إطار طائفة القوانين المسماة بقوانين البوليس والأمن المدني والتي تهدف إلى حماية الأشخاص والأموال[6] وينطبق بشأنها القانون الوطني وحده جالباً معه اختصاص المحاكم الوطنية باتخاذ هذه الإجراءات. وعلى ذلك قضى في فرنسا باختصاص المحاكم الفرنسية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتعلقة بطلب نفقة وقتية أو حضانة طفل أو الحكم للزوجة بمسكن مستقل حتى ولو

---

(1) د. هشام صادق ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص25.

(2) H Bauer, compétence juriciaire internationale des tribinaux francais et allemands (étude comparative) Dalloz , 1965 No. 100 p . 105

(3) , H Bauer , op. cit ,P .108

(4) H Bauer, op. cit ,P .109.

(5) H Bauer , op. cit ,P .108

(6) باتيفول وبارون، موسوعة القانون الدولي تحت عنوان الاختصاص المدني والتجاري، ج4، مصدر سابق، ص127.

كانت الدعوى الاصلية منظورة امام محكمة اجنبية وليست داخلة في اختصاص المحاكم الفرنسية على فرض رفع النزاع اليها بداءة[1] .

3- حالات ثبوت جنسية شخص ما أو نفيها

يشير الفقه الفرنسي كذلك إلى ان المنازعات المتعلقة بثبوت الجنسية أو نفيها يحكمها من حيث الموضوع القانون الوطني للشخص الذي اثار النزاع بشأن جنسيته ويكون الاختصاص التشريعي في هذه الحالة جالباً للاختصاص القضائي[2] .

4- اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات التي يطبق فيها القانون الوطني لاستبعاده القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

يسلم الشراح كذلك في مصر[3] وفرنسا[4] باختصاص المحاكم الوطنية في كل مرة يطبق فيها القانون الوطني على اثر استبعاد القانون الأجنبي التطبيق أصلا على المنازعة وفق ما تشير اليه قواعد الاسناد لتعارضه مع النظام العام فيها. وواضح من استعراض هذه الحالات ان الفقه يجنح نحو تأسيس كثير من حالات اختصاص الدول للمحاكم الوطنية على أساس من تطبيق القانون الوطني أي ربط الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي بحيث يتبع أولهما الثاني بصورة مطلقة وامام هذه المغالاة في الربط بين الاختصاصيين لم يتردد بعض الفقه في توجيه سهام نقده الجارح لما قال به الفقه السابق[5] . ويتبين مما ذكر انفاً ان الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص التشريعي تختلف عن تلك التي يرتكز عليها الاختصاص القضائي ويبنى على ذلك ان القانون الواجب التطبيق على المنازعة الدولية هو القانون الوطني لا ينهض بذاته مبرراً لعقد الاختصاص القضائي لمحاكم هذه الدولة وان كان ذلك لا ينفي مطلقاً ان يكون للاختصاص التشريعي تأثير على الاختصاص القضائي. وصحيح ان هناك حالات ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق على النزاع كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى العينية والعقارية أو بالنسبة لمرفق عام من مرافق الدولة. بيد هذا الاختصاص للمحاكم الوطنية لا يطبق لأنه القانون الواجب التطبيق وانما يجد تبريره في ان الحكم سيصدر في دولة موقع العقار أو في الدولة التي يعمل باسمها المرفق العام هي ذاتها الدولة التي سينتج الحكم الصادر فيها أثره[6] . وبعبارة أخرى فإذا كان هناك ارتباط جدي وحقيقي بين المنازعة وإقليم الدولة فيعد

---

(1) باتفول وفرنسيسكاكيس وليجالشيه بارون، مصدر سابق، 127-130.

(2) NIBOYET, ج6، بند 1819.

(3) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، مصدر سابق، ص723.

(4) باتفول وفرنسيسكاكيس وليجالشيه بارون، مصدر سابق، ص 131.

(5) Bauer , op. cit ,P .131 .

(6) Bauer, op. cit ,P .132.

فيعد هذا مبرراً لنظر محاكم هذه الدولة للنزاع ويعد هذا التحليل على بعض الإجراءات التحفظية والوقتية التي يتم اتخاذها على إقليم الدولة حفاظاً على الأموال والأشخاص. وباختصار فان التوافق أو التطابق بين الاختصاصيين في الحالات الفائتة يرجع إلى ان ضابط الاسناد الذي يتحدد بمقتضاه تطبيق القانون الوطني كان هو بذاته ضابط الاختصاص الذي جعل الاختصاص للمحاكم الوطنية[1] . وعلى الرغم من التحليل الدقيق لهذه الحالة إلا أن فكرة النظام العام وبالصورة التي يفهمها الفقه والقضاء السائد الأن في نطاق القانون الدولي الخاص لا تغيب تماماً عن بعض حالات الاختصاص المتعارف عليها. إذ إن القاضي يستوحي الحكم من فكرة النظام العام وفق أسس دينية حتى لو كانت تتعارض مع مبادى المساواة. يتضح مما ذكر انفاً ان درجة التأثير المتبادل بين الاختصاصيين فان المبدأ الذي يبقى سائداً هو عدم التلازم بينهما والا لتلاشت نظرية التنازع من أساسها ورجعنا إلى التمسك بتلابيب مبدأ الإقليمية الذي ما تزال بعض النظم كالنظام الأنجليزي تتعلق به بدرجة ملحوظة[2] . يتضح مما تقدم ان اثر الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي قد يكون سلباً أو ايجاباً رغم مقتضيات المنطق ومبدأ المساواة وان اغلب الشراح يردون الحالات التي يتم فيها التأثير إلى فكرة النظام العام. ومما تقدم يتبين ان هناك تأثير من الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي بهدف إرساء دعائم الاختصاصيين والإبقاء على جوهر نظرية التنازع إلا أن هذا الامر يتطلب تخفيف من حدة النظرية الوطنية عند النظر بالنزاع. اذ يجب على التشريعات الاخذ بمفهوم مرن ومدقق لفكرة النظام العام على النحو الذي يستجيب لمقتضيات العلاقة الدولية فينبغي على القاضي بداءة عند استبعاد القانون الأجنبي بحجة النظام العام الاستناد إلى مبررات علمية ومنطقية كافية لاستبعاد القانون الأجنبي. وذلك لأن كل مبدأ لا تبدو قيمته واهميته بوضوح الا إذا نظر اليه مجاوراً لسائر المبادئ الاخرى الموجودة في نظامه القانوني[3] . ثم بعد ذلك على القاضي بعد ذلك ان يقوم بعمليتين متتابعتين مرتبطين مع بعضهما وهما كالاتي:

- ان يفهم المسألة المطروحة عليه في اطار نظامها القانوني منظوراً اليه ككل أي كوحدة متكاملة لا كإجراءات متناثرة اذ لا بد من فهم العناصر الأخرى المرتبطة بنظامها القانوني.

---

(1) Bauer, op. cit ,P .130 .

(2) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص29.

(3) La polygamie en droit international privé , étude comparative des droits Francais , anglais et egyptien , thèse Paris 1981 , p . 34 et les réferences cities

- الا يجري مقابلة بين النزاع المثار امامه والقانون الاجنبي المتعلق به والذي يبدو في ظاهرها تعد على النظام العام وانما يجب ان يفهم ذلك على ضوء فهمه للنظام القانوني ككل[1] . يتبين مما ذكر انفاً أنه إذا اقتصر القاضي على مجرد الوقوف عند ظاهر الأمور ولم يسمح لنفسه بأجراء تحليل كلي للنظام القانوني فان هذا القاضي سوف يخلص لا محال إلى ان ظاهر النزاع يتنافى ومبدأ العدالة والمساوة أو مبدأ النظام العام . بيد ان القاضي الذي يحلل المسألة بعمق وحاول ان يفهم بذكاء وظيفة أو عمل هذا الحل في نظامه القانوني وبالمقارنة بنظامه هو ككل ايضاً فانه يخرج بحكم نهائي لا يتعارض مع النظام العام . بيد ان هذا التحليل يمكن اعماله في مسائل الأحوال الشخصية والتي تعد من اخطر الميادين اذ يلعب فيه الدفع بالنظام العام دوراً كبيراً وذلك بحسبان ان هذا الميدان متصل اتصالً وثيقاً باعتبارات دينية وفلسفية واجتماعية واخلاقية. ان ميزة هذا التحليل وإمكانية تعميمه سوف تساعد إلى حد كبير مع وسائل أخرى على الإبقاء على الفصل بين الاختصاصيين التشريعي والقضائي ودون ان يطغى الأول على الثاني وخاصة بعد ظهور أفكار من شأنها الارتداد بنا إلى مبدأ الإقليمية كالقوانين ذات التطبيق المباشر[2] .

المبحث الثاني/ ضوابط الاختصاص القضائي الدولي

يجب ان يتضمن قانون المرافعات مجموعة من النصوص التي تتلاءم والتطورات والمستجدات المعاصرة لحياة الافراد وواقعهم الاجتماعي ويجب ان يكون معبر ومترجم له. اذ يجب ان لا يشوبها نقص أو قصور في جوانبها ويجب ان تكون متلائمة مع الأوضاع ومعالجة للنقد الموجه لها ولبيان تلك الضوابط سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سيتناول الأول الاختصاص المبني على مركز أطراف الدعوى ويكون المطلب الثاني للاختصاص المبني على نوعية الدعوى وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول/ الضوابط الشخصية في تحديد الاختصاص القضائي

وهي المعايير التي ترتبط بالأشخاص وتمتاز بالمرونة لقابليتها على الحركة اثر حركة الأشخاص ومن ثم يمتد بها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم وهذا يعني ان هذه المعايير تقوم على محددات زمنية كما انها معايير مستمرة وتظهر على شكل رابطة قانونية سياسية تربط الدعوى بمحكمة دولة ما من خلال جنسية المدعي أو المدعى عليه أو من خلال ضابط الموطن للمدعي أو المدعى عليه وسنقوم ببيان هذه الضوابط الشخصية على النحو الاتي:

---

[1] د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص30

[2] د. عكاشة عبد العال، المصدر نفسه،ص31.

الفرع الأول\ الاختصاص وفقاً لمركز أطراف الدعوى

يقصد بمركز أطراف الدعوى الحالة القانونية لهم في خصوص علاقات القانون الدولي الخاص مثلاً كون أحد الخصوم وطنياً أو اجنبياً مقيماً أو غير مقيم متوطن أو غير متوطن في إقليم الدولة وكذلك الدور الذي يمكن ان تلعبه إرادة الأطراف في علاقات القانون الدولي الخاص[1] . يتبين لنا من التعريف انف الذكر ان الضوابط التي اعتمدها المشرع لعقد الاختصاص للقضاء بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي وعليه سيكون تقسيم المطلب إلى فرعين حيث سنتناول الجنسية للمدعي والمدعى عليه وسيكون الفرع الثاني لموطن أو إقامة المدعي والمدعى عليه وعلى النحو الاتي:

اولا/ ضابط جنسية المدعي والمدعى عليه

لبيان الجنسية كضابط من ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لابد من بيان الأصل التشريعي لهذا الضابط في العراق وفي القانون المقارن وبيان الإشكالات التي تواجه الجنسية كضابط من ضوابط الاسناد وعلى النحو الاتي:

1/ الأصل التشريعي للجنسية في العراق والقانون المقارن

ان القانون المدني العراقي يأخذ بصريح العبارة بقانون الجنسية في كل مسائل الأحوال الشخصية الا أنه لم يستقر على مصطلح واحد بهذا الخصوص فمثلاً يستعمل " قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته" [2] و توجد عدة نصوص قانونية في العراق تعالج مشكلة الاختصاص القضائي الدولي اذ نصت المادة (19) من الدستور[3] العراقي لعام 2005على هذه النقطة (1- القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. 3- حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين....). بالإضافة إلى نصوص قانون المرافعات وقانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 المعدل وتوجد نصوص أخرى في القانون المدني (14، 15) وقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية في نص المادة (7) وقانون الأحوال الشخصية(في مواد مختلفة منه) وقانون المرافعات المدنية في مواد مختلفة منه[4] . حيث نصت المادة 28 من القانون المدني العراقي على ان (قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات).

---

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المصدر السابق، ص103.

[2] المادة 1/18 من القانون المدني العراقي.

[3] تقابلها المادة (60) من الدستور العراقي المؤقت لعام 1970 وكذلك تقابلها المادة (72) من القانون الأساسي الملغى.

[4] د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص371.

وبذلك فان المشرع العراقي قد اخضع قواعد الاختصاص لقانون القاضي الذي ينظر النزاع، وهو هنا اختصاص أصلي. وقد نظم المشرع العراقي قواعد الاختصاص في القانون المدني تحت مسمى "التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي"، وحصرا في مادتيه الرابعة عشر والخامسة عشر. ونجدها ايضاً في قانون الاحوال الشخصية للأجانب لسنة 1931 في المادة الثانية منه. ويرى البعض[1] ان تلك النصوص القانونية هي نصوص قاصرة وهي لم تغط كثيرا من ضوابط الاختصاص المتعارف عليها دوليا ولا سيما ما يتعلق بالدعاوى الفرعية والمرتبطة وكذلك ما يتعلق بالإجراءات التحفظية والعرفية، كما انها لم تورد نصا بشأن الخضوع لاختصاص المحاكم العراقية، أو ان اغلب تلك النصوص جاءت عامة دون تفريق بين قضايا الاحوال الشخصية وقضايا الاحوال العينية. ولتلافي ذلك القصور فهناك من يذهب إلى الاستعانة ببعض قواعد الاختصاص الداخلي الواردة في قانون المرافعات، وإمكانية اضفاء الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية أيضاً من باب مفهوم المخالفة للمادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928.

ويبدو ان هذا الراي هو جدير بالاهتمام لسببين، اولهما يستند إلى المادة 30 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 التي نصها (لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق).

والسبب الثاني ان تلك النصوص لم تعد تتسع لتشمل الحالات والامور المستحدثة كافة والتطور الذي تشهده العلاقات الخاصة الدولية، وحيث ان المشرع لم يعالج تلك المسائل فانه من الممكن على الاقل اعمال قواعد الاختصاص الداخلي وكذلك المسائل التي نصت عليها المادة السابعة من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية من باب مفهوم المخالفة تلافياً لأي نقص.

وعلى هذا يمكن ان نحدد الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية بما يأتي:

1- الاختصاص القائم على الجنسية العراقية للمدعى عليه، وهو ما نصت عليه م/14 مدني عراقي، فيكفي ان يكون في الدعوى ذات العنصر الاجنبي مدعى عليه عراقي طبيعيا كان ام

معنويا. اما اساس هذا الاختصاص فهو سيادة الدولة على رعاياها وهو تطبيق للمبدأ الذي يقضي بان المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته لأن الاصل براءة ذمة المدعى عليه.

---

[1] راي للأستاذ عوني الفخري منقول من الموقع الالكتروني للجامعة المستنصرية http:\u.mstansiriryah.edu.iq.

ويرد على هذا الضابط استثناء واحد هو الدعوى المتعلقة بعقار واقع في خارج العراق إذ تخرج من اختصاص المحاكم العراقية ولو كان المدعى عليه عراقي الجنسية.

2- الاختصاص القائم على وجود المدعى عليه الاجنبي في العراق. فمجرد ان يكون المدعى عليه الاجنبي موجودا في العراق ساكنا فيه بصورة دائمة أو مؤقتة فالقضاء العراقي يكون مختصا هنا. والعبرة بوجود الاجنبي وقت رفع الدعوى. وهذا الاختصاص تأخذ به المحاكم الأنكليزية ايضا حيث ان القانون العام فيها يقيم الاختصاص للمحاكم الأنكليزية على وجود المدعى عليه في انكلترا وقت اعلأنه (تبليغه) بورقة وصحيفة الدعوى.

3- الاختصاص القائم على وجود المال في العراق، وهو ما اشارت اليه الفقرة ب من م/15 مدني عراقي، والنص لم يفرق بين العقار والمنقول ويشترط فقط ان يكون المال المنقول موجودا في العراق وقت رفع الدعوى. والمراد من الدعاوى المتعلقة بالعقار والمنقول الدعوى المتعلقة بالحقوق العينية الاصلية أو التبعية مثل دعوى الملكية، وحق الأنتفاع، وحق الارتفاق، ودعاوى الرهن الحيازي، والرهن التامين، ودعاوى الحيازة.

4- الاختصاص القائم على نشوء الالتزام أو تنفيذه في العراق. وهو ما ذكرته الفقرة ج من م/15 مدني عراقي وذلك (إذا كان موضوع التقاضي عقدا تم ابرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق).

والمراد بنشوء الالتزام هو الالتزام الذي ينشأ عن عقد أو واقعة مادية. ومبررات هذه القاعدة هو ان محكمة مكان نشوء الالتزام هي أكثر من غيرها اتصالا بوقائع وظروف النزاع مما يجعلها أقدر من غيرها على حله بحكم يتمتع بقوة النفاذ.

5- اختصاص المحاكم العراقية بسبب الخضوع الاختياري. بمعنى قبول الاجنبي ان يخضع لسلطة القضاء العراقي كما لو اتفق المتعاقدان على ان يكون للمحاكم العراقية حق نظر النزاع المحتمل الظهور في هذه العلاقة. كما يظهر الخضوع ايضا بسكوت المدعى عليه عند المرافعة امام المحاكم العراقية وعدم دفعه قبل الدخول في اساس الدعوى بعدم اختصاص هذه المحاكم للنظر في الدعوى المرفوعة ضده.

ونورد هنا ملاحظة هي ان هذه القاعدة لم ينص عليها القانون المدني ولكنها شاعت دوليا. كما اخذ به المشرع العراقي في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لسنة 1928 وذلك في المادة السابعة منه في الفقرتين (هـ، و). ومن الواضح اهمية ان يعتمدها القضاء العراقي في الوقت الراهن. كما ان أصل القانون الوضعي في مصر يعود للقرن التاسع عشر بعد إنشاء المحاكم

المختلطة وترتيبها عام 1875وقد صدرت في هذا العام مدونة القانون المدني المختلط، والذي جاء في مادته (130) حيث ان الاختصاص ينعقد للقضاء المختلط متى كان المدعى عليه مصرياً وقد سارت بعد ذلك القوانين المتلاحقة سواء عام 1949 ام عام 1968 على ذلك النهج. واعتبار الجنسية للمدعى عليه اساساً لأنعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية لم يكن حكراً على المشرع المصري ولكن العديد من الدول العربية سارت على ذات النهج القانون متخذة من ضابط جنسية المدعى عليه اساساً لأنعقاد الاختصاص لمحاكمها الوطنية[1] التونسي العام 1959 (م 2)، وكذلك القانون الكويتي، قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، لعام 1960 (م3) ، وقانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني الصادر عام 1974 (27م) ، والقانون الجزائري لعالم 1971 (10 م اجراءات مدنية) ..... الخ[2] . وفي فرنسا عقد القانون المدني الفرنسي الاختصاص المحاكم الفرنسية بناء على ضابط الجنسية الوطنية للمدعى عليه فقررت المادة 15 منه أن Art. 15 un français pourra être traduit devant un tribunal) de france pour des obligations par lui contractées en pays étranger , même avec un étranger)[3] ، اذ اضافت هذه المادة حماية من نوع خاص للمدعى عليه الفرنسي فجعلته حتى وان لم يكن متوطناً ولا مقيماً في فرنسا بل ومهما ضعفت صلته بالدعوى ان تكون مقاضاته امام القضاء الفرنسي وأيا كانت قوة ارتباط النزاع بدولة أخرى وهذه الحماية قد يتمتع بها الفرنسي حتى ولو كانت هناك دعوى أخرى سبق وان رفعت امام محاكم اجنبية حتى وان كانت المحكمة أصدرت حكماً فيها وسيظل الحق قائماً متى تمسك المواطن الفرنسي به. باعتباره امتياز يقرر لمصلحته أو التنازل عنه إذ إن هذا الرابط يؤكد رعاية مصالح مواطني الدولة والذي تلتزم به الدولة اتجاه مواطنيها.

. وكما في القانون الفرنسي فإن قانون المرافعات الإيطالي قد ذهب في مادته الرابعة إلى جواز مخاصمة الإيطالي أمام المحاكم الايطالية في أي حال ، والفقرة 2/1 من المادة 640 من قانون المرافعات الألماني المعدلة في 25 يوليو 1986 إلى الأخذ بضابط الجنسية للمدعى عليه وذلك بنصها على أن تختص المحاكم الألمانية إذا كان أحد الأطراف المانيا، والمادة 55 من القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 م ، والمادة 28 من القانون الدولي الخاص التركي المعمول

---

(1) د. هشام محمد خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، لسنة 2000، ص54.

(2) د. هشام محمد خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المصدر نفسه، ص54.

(3) تعني هذه المادة في ترجمتها العربية أن " أي فرنسي يمكنه المثول أمام المحاكم الفرنسية في المنازعات التي تنشأ بخصوص العقد مع أجنبي" محمد الروبي: بحثه في " الدفع بالإحالة للقيام ذات النزاع أمام محكمة اجنبية. المرجع السابق، البند 44ص ٤٣ وما بعدها وانظر كذلك P. MAYER et V. HEUZE: " Droit international privé 7 éd. 2001 n. 292, P.193.

به من 22 نوفمبر 1982 م ، والمادة 52 من القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي المعمول به من أول يناير 1983 م .

يتبين مما ذكر انفاً ان المشرع سواء اكان عراقياً ام مصرياً أو فرنسياً ممن عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لبلده هو من قبيل الاختصاص الالزامي المتعلق بالنظام العام اذ أنه يتكلم عن تخصص محاكم الجمهورية. بيد أنه هناك ثمة راي اخر يعتبر تقرير هذا الضابط ذو طبيعة اختيارية اذ يجوز اختصام من يتمتع بالجنسية الوطنية امام المحاكم الأجنبية طالما انعقد الاختصاص لها وفق للضوابط المقررة لديها ويكون حكمها صحيح وواجب التنفيذ في داخل أراضيها مع التحفظ بانه ينتفي عنها الاختصاص إذا كان هذا النزاع يدخل في مجال الاختصاص القاصر أو الالزامي للمحاكم باعتبارها من المسائل الوثيقة الصلة بنظام المجتمع في الدولة[1] . ويستند القسم الغالب من الفقه إلى تبني المشرع لضابط الجنسية انما جاء اخذا بثبات هذه القاعدة في القانون المقارن لا سيما وان غالبية الدول تتبنى هذا الضابط كما أنه من المسلم بها في التشريعات الوطنية الداخلية ولا تحتاج لنص لتقريرها لما تحمله هذه القاعدة من تأكيد لسيادة الدولة الذاتية على رعاياها أينما وجدوا[2] . بيد ان جانب اخر يفسر تأثر المشرع في تبنيه ضابط جنسية المدعى عليه بحكم نص المادة 15 من القانون المدني الفرنسي يعود إلى اعتبارات فقدت أهميتها مع تقدم العلاقات الدولية أساسها مستند إلى فكرة عدم حرمان الفرنسي من قاضيه الطبيعي وهو القاضي الفرنسي سيما ان السبب في ذلك يعود إلى سوء الظن بالأحكام الاجنبية[3] . يتبين مما ذكر انفاً ان ضابط الجنسية هو السيادة الشخصية للدولة على رعاياها فهل فكرة السيادة هذه ملائمة لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية ام لا؟ وللإجابة على هذا التساؤل سنبين مبررات هذا الضابط لبيان الحلول البديلة هذا ما سنبينه في النقطة الاتية.

2/ مبررات ضابط الجنسية في المنازعات الدولية

للإجابة على هذا التساؤل يجب ان نبين ان مقتضى فكرة السيادة في قواعد الاختصاص القضائي الدولي يهدف إلى تحديد مجال السلطة القضائية الوطنية تجاه السلطات القضائية الأجنبية ومن ثم كانت قواعد القانون الدولي الخاص تنطلق من مبدأ السيادة وتمثل هدفها الأول في حماية سيادة

---

(1) راجع في ذلك B.AUDIT : " droit international privé " 2 éd . Economica 1997 , n.352 , P.311 ets . -D.GUTMANN : " Droit international privé " , Dalloz 1999 , n.279 , P.210 .

(2) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط9، الجزء الثاني في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص674-675.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، مصدر سابق، ص45.

الدولة من تعدي سيادات الدول الأخرى على المجال المخصص لها[1] . بيد ان هذه المبادئ لم تعد تتماشى مع ما شهدته علاقات الافراد عبر الحدود من تطور وتشابك وما يستتبع ذلك من مرونة وتيسير للتعاون في سبيل الوصول إلى حماية مشروعة للأفراد كل ذلك كان له عظيم الأثر في تراجع مفهوم السيادة والتي أصبحت لا تتلاءم وتلك التطورات[2] .يتبين مما ذكر انفا تراجع نظرية السيادة المطلقة وباتت النظرية النسبية بشأن ما تمارسه الدولة في بعض الاعمال ذات الصفة التجارية والاستثمارية والمدنية من جهة وبين التطور الحاصل في مجال الاختصاص القضائي الدولي من جهة اخرى. وهو الخروج عن طريق الشرط المانح للاختصاص والذي يعطي للأفراد الحق ان يسلبوا الاختصاص للمحكمة صاحبة الاختصاص ومنحه لمحكمة أخرى طالما كانت هناك مصلحة مشروعة حقيقية وجدية لهم في عقد الاختصاص لهذه المحكمة ويكفي حسب ما يرى الفقه الحديث ان تكون هذه المصلحة نابعة من حاجة المعاملات التجارية الدولية[3] . كما استند إلى ضابط الجنسية القانون العراقي والمصري فان هذه القاعدة منتشرة في القانون المقارن واستندوا كذلك إلى مراعاة التيسير على المدعى عليه لإيجاد محكمة يقاضي فيها خصمه وهو ما يرد عليه البعض بأنه" والواقع من الامر ان هذه الحجة نظرية خالصة فهي لا تصدق الا في الفرض الذي لا يكون فيه هذا المصري متوطناً أو مقيماً في دولة ما من الرحالة الشاردين الهائمين على وجه الأرض دون تحديد وجهة ثابتة لهم اما إذا كان لهم موطن أو محل إقامة فلا محل للتعويل على هذه الحجة إذ إن الضابط مقرر عند سائر التشريعات لتقرير الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية ومن ثم تبدو هذه الحجة مجردة من كل مضمون واقعي"[4] . وعلى الرغم من ان هذا الضابط الهدف منه التيسير على المدعى عليه عملاً بالقاعدة التي تقول الأصل براءة الذمة إلا أن هناك من يرى ان هذا القول مردود في حالات معينة كون المواطن مقيم خارج بلاده إذ إن ذلك سيكلفه نفقات الأنتقال للمثول امام المحاكم المصرية في دعوى قد لا تربطه ببلاده أي رابط سوى أنه يحمل جنسية هذا البلد اذ قد لا يكون على علم بالدعوى المقامة ضده مع العلم قد تكون هذه الدعوى مقامه في الأصل بهدف الكيد أو قائمة على الغش[5] . ففي هذه الحالة قد يصح عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على ضابط الموطن لا الجنسية. وعلى الرغم من هذه المثالب يرى جانب من الفقه

---

(1) د. محمد الروبي قطب عطا الله، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية، مصدر سابق، ص30 وما بعدها.

(2) د. صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور القانون الدولي الخاص، رسالة دكتورا جامعة عين شمس، 1999، ص80.

(3) د. محمد الروبي قطب عطا الله، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص4.

(4) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 48 وما بعدها.

(5) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية والدولية، مصدر سابق، ص107.

وبحق إمكانية تجاوزها إعطاء سلطة للقاضي للتخلي عن اختصاصه واحالة الدعوى للقضاء الأجنبي الأكثر صلة بالنزاع المطروح عند عدم قدرته على الفصل في النزاع أو كضمان لتنفيذ الحكم التي تصدره الدولة في هذا النزاع لعدم توافر معيار من الواقع يبدو فيه ان الاختصاص غير مرتبط بالإقليم الوطني للدولة كما هو الحال عندما يكون المدعى عليه متوطناً أو مقيماً بالخارج وعدم وجود أي رابط اخر بين النزاع والاقليم الوطني سوى رابط الجنسية[1] . وقد تمكن المشرع السوداني من تحقيق هذا الشرط "الرابطة الجدية"[2] .

الفرع الثاني: موطن المدعي أو المدعى عليه

المقصود بالاختصاص العام الدولي مدى ولاية المحاكم العراقية بنظر الدعوى التي ترفع على أجنبي في العراق سواء أقيمت علية من عراقي أو أجنبي وهذه الدعاوى اما مدنية أو متعلقة بالأحوال الشخصية وللمحاكم في الدول المختلفة ولاية على الأجنبي المقيم فيها اما الأجنبي الذي لا يقيم في ارض الدولة فالأصل ان لا يتبع محاكمها وتنظم التشريعات في الدول مدى ولاية محاكمها على الأجانب الذين لا يقيمون في أراضيها، تيسيرا لمواطنيها وحتى لا يحرموا من مقاضاة من تعامل معهم[3] . ان المدعي يجب ان يقاضي المدعي عليه في مكان اقامته أو موطنه ان المحكمة التي يسكن في دائرتها القضائية المدعى عليه يثبت اختصاصها على شخصه وسواء اكان ذلك الاختصاص على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي وهذه القاعدة تطبق بغض النظر عن جنسية الخصوم وسواء اكان المدعى عليه وطنياً ام اجنبياً[4] . إذ إن القاعدة أنه عند التنازع في الاختصاص يتعين الرجوع إلى القانون الوطني الذي يحدد مدى سلطان المحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات التي تنشا عن تنفيذ علاقة قانونية أجنبية تكملها قواعد الفقه الدولي إلا إذا وجدت معاهدة معدلة لها ومقررة وجوب اتباع أخرى. ولقواعد تنازع الاختصاص أهمية عملية إذ أنها تسبق قواعد تنازع القوانين في التطبيق كما ان ثبوت الاختصاص لمحاكم دولة معينة يجعل الحكم بقواعد الإسناد الخاصة بها ويجعل تكيف العلاقة المتنازع عليها من اختصاص تشريعها ويحتم مراعاة النظام العام فيها. والسبب وراء هذه القاعدة ان هذه المحكمة المحلية هي اكثر المحاكم

---

(1) د. هشام محمد خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، في الجنسية العربية، مصدر سابق، ص27.

(2) حيث جاء نص المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية السوداني مقرراً انه" يجوز بموافقة المحكمة إقامة الدعوى على السوداني امام المحاكم السودانية" وهو ما يفهم بمنه بمفهوم المخالفة ان المحكمة تمتلك الا تعطي هذه الموافقة وذلك إذا رأى القاضي السوداني ان المدعى عليه في الدعوى على غير صلة بالإقليم السوداني حتى لا يصبح الحكم الذي يصدر على شخص غير مقيم ولو كان سودانياً حكماً عديم الجدوى.

(3) القاضي كاظم عبد جاسم الزبيدي، مقال منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى hjc.iq، الاختصاص العام الدولي للمحاكم العراقية، اخر زيارة في 2022/6/21، الساعة 6 مساءا.

(4) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص356.

ملائمة لنظر هذه القضية[1] . والشكليات التي توجبه قوانينها والأجانب لهم حق الادعاء على العراقيين أمام المحاكم العراقية والعكس أيضا ويجوز للأجانب في بعض الحالات فيما بينهم التقاضي أمام المحاكم العراقية.

اولاً / الأصل التشريعي لضابط الموطن للمدعي والمدعى عليه

ان قانون المرافعات المدنية العراقي رقم83 لسنة1969 لم يتضمن نصوصا تتعلق بتنظيم الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية على عكس قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد نظم هذا الاختصاص في المواد28-35 تحت عنوان الاختصاص الدولي للمحاكم ويظهر من ذلك ان قانون المرافعات المدنية العراقي اكتفى بما ورد في المادتين (14و15 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل وعلى بعض النصوص في قانون الأحوال الشخصية رقم188 لسنة 1959 المعدل ووفقا للاختصاص الدولي للمحاكم وفق القانون المدني العراقي يشمل هذا الاختصاص الحالات التالية:

1 - المدعى علية عراقيا: تنص المادة 14 من القانون المدني العراقي على ما يلي (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشا عنها في الخارج) ان هذا النص يتماشى والقاعدة المقررة في الاختصاص المكاني في ان دعوى الدين أو المنقول تقام في محكمة إقامة المدعى علية وكذلك الأصل ان ذمة المدين غير مشغولة فالأصل براءة الذمة ولا فرق في ان يكون المدعى اجنبيا ام عراقيا وسواء نشا سبب الدعوى في العراق ام خارجة وسواء كان سبب الدعوى دين ام منقول بشرط ان يكون المنقول موجودا في العراق. يتبين من نص هذه المادة ان هذا الحق يعد تطبيقا للمبادئ العامة لسيادة الدولة على مواطنيها لأن السيادة تباشر على الإقليم والأشخاص الموجودين في إقليم الدولة. اي ان هذه القاعدة مبنية على قاعدة المدعي يسعى إلى المدعي علية ويجب ان يخاصمه في دولته حتى يتمكن من تنفيذ الأحكام القضائية باعتبار ان الأصل براءة الذمة وحتى لا تتضرر مصالح المدين ان المدعى علية إذا كان يحمل الجنسية العراقية وقت رفع الدعوى يمكن مقاضاته أمام المحاكم العراقية سواء كان المدعى عراقيا ام اجنبيا شخصا طبيعيا ام معنويا وسواء كانت الدعوى شخصية ام عينية إذا كانت الأموال موجودة في العراق فقط وسواء كانت المعاملة حدثت في العراق ام في الخارج. ان هذا الحق يثبت بنص وارد في القانون الوطني في حالة وجود نزاع بخصوص هذا الاختصاص فان التنازع يزول بالرجوع إلى حكم النص الوطني بالرغم من وجود أي نص آخر في بقية قوانين دول العالم وان

[1] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 356.

المحكمة العراقية تتمتع بهذا الحق مطلقا بالرغم من أي اعتبار آخر ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك لأن ذلك من النظام العام ولا يجوز نظر الدعوى العقارية إذا كان المدعى علية عراقيا بخصوص العقارات الموجودة خارج العراق وذلك بموجب المادة الرابعة والعشرون من القانون المدني العراقي النافذ.

2. المدعى علية اجنبيا موجودا في العراق ويقاضى الأجنبي أمام المحاكم العراقية إذا وجد في العراق وإذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى وإذا كان موضوع التقاضي عقدا تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق وهذا ما نصت علية المادة15 من القانون المدني العراقي حيث ان الأجنبي لا يمكن ان تقام ضده دعوى إذا لم يكن موجودا في العراق ويشمل هذا الاختصاص كل الدعاوى عدا الدعاوى العقارية ان مجرد الوجود المادي ولو كان عارضا، يفسح المجال في إقامة الدعوى علية حتى لو ترك العراق بعد ذلك وفي قرار محكمة التمييز جاء فيه بان الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي الذي فيه إدارة اعمالها في العراق وكذلك فانه في قضايا الإفلاس فان القانون العراقي اخذ بإقليمية دعوى الإفلاس في حالة عدم وجود معاهدة دولية نافذة في العراق ولهذه المحكمة اختصاصا شاملا للنظر في الدعاوى الناشئة عن التفليسة وفي قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد اوجب القانون بان يخضع العراقي للقانون العراقي مطلقا وبغض النظر عن أي اعتبار آخر استنادا إلى حكم المادتين14و19 والقاعدة العامة ان تقام دعوى الأحوال الشخصية في محكمة إقامة المدعى علية وان لم يكن له موطن أو مسكن معلوم فتقام الدعوى في المحكمة التي في دائرتها موطن المدعي أو سكنه ويختلف الأمر حسب طبيعة الدعوى فبالنسبة إلى دعاوى الزواج ترفع أمام محكمة موطن المدعى علية أو محكمة محل العقد وبالنسبة لدعاوى التفريق فترفع أمام محكمة موطن المدعى علية أو محل العقد أو محكمة محل حدوث الخلاف ودعاوى النفقة للأصول والفروع والزوجات تقام في محل إقامة المدعي أو المدعى عليه ان من مظهر سيادة الدولة هو اختصاصها القضائي الخاص بها وان محاكمها الوطنية هي المسؤولية بفض المنازعات التي تقع على إقليمها حتى لو كانت مشوبة بعنصر أجنبي لعدم وجود محكمة دولية تختص بفض المنازعات الداخلية إلا في حالة وجود معاهدة دولية نافذة.

بينما تنص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية المصرية على ان تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج فقد اعتمد المشرع المصري هذا الضابط تبعا للقاعدة

المقررة في القانون الداخلي صراحة من أن "يكون الاختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك". وقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه قاعدة عامة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية ، ولذلك فقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية العربية مثل هذا الضابط لتعقد الفصل لها في هذا النزاع ذات الطبيعة الدولية ، مثل القانون الكويتي المشار إليه سابقا12 م) ، والقانون السوداني (م8) والقانون التونسي (2م) وقد اعتمد المشرع الفرنسي من الموطن ضابطا لأنعقاد الاختصاص للمحاكم الفرنسية فأقره في المادة (42/1) من قانون المرافعات الحالي الصادر عام 1975 والخاصة بالاختصاص الداخلي للمحاكم الفرنسية ويمتد حكمها إلى المجال الدولي[1] . ، وفي المانيا فقد سار على النهج ذاته[2] ، غير أنه بالنسبة لفرنسا وألمانيا فتجدر الإشارة إلى أن المدعى عليه موطن خارج أي من البلدين فانه لا تجوز مخاصمته امام القاضي الوطني في كلا الدولتين لذلك متى ثبت ان للمدعي عليه موطن خارج فرنسا أو المانيا على حد سواء فانه يقضي بعدم الاختصاص بنظر الدعوى[3] . ويرى جانب من الفقه ان المشرع المصري أراد ان يمتد حكم هذه المادة للاختصاص القضائي الدولي لتماثل الاعتبارات التي يبنى عليها الاختصاصين الداخلي والدولي. على فرض براءة ذمة المدعى عليه يجعل المدعي يتحمل المشقة لأثبات دعواه لمحكمة المدعى عليه عند انتقاله لموطن المدعى عليه. وفي الفقه الفرنسي هناك وجهة نظر حول تبني قاعدة أنه إلى جانب كل قاعدة صلاحية اقليمية داخلية تطابق بالتالي قاعدة صلاحية دولية، وبالتالي تطابق مع قاعدة " محكمة موطن المدعى عليه هي الصالحة" و القاعدة تقول ان " الجهاز القضائي الفرنسي هو الصالح إذا كان المدعى عليه متوطناً في فرنسا" ، وكذلك هناك قاعدة متعلقة بالعقارات والتي تعطى الصلاحية لمحكمة المكان الذي يقع فيه العقار تتطابق مع قاعدة " الجهاز القضائي الفرنسي صالحاً عندما يكون العقار واقعاً في فرنسا" وهكذا دائما تجد كل قاعدة محلية ما يطابقها قاعدة دولية[4] . كما يعد هذا الضابط اساسه في القاعدة الأصولية التي تقضي ببراءة ذمة المدعى عليه وتحميله العبء الأقل في الدعوى ومنه اختصاص محكمته دون محكمة المدعى، يجد صداه على المستوى الدولي، لاسيما وأن مجرد توافر عنصر أجنبي في النزاع المعروض ليس من شأنه أن

---

(1) د. نادية اسماعيل محمود، نظرية في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص33.

(2) فقد سارت المادتان (12 ، 13) من قانون المرافعات الألماني على ذلك . كما ونذكر من التشريعات الحديثة القانون الدولي الخاص التركي الصادر عام 1982 ومجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافي الصادر عام 1983 ومجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1984. د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، ص117-118. وفي إيطاليا اعتنقت المادة (1/4) (8/1) من قانون المرافعات الإيطالي الصادر عام 1995 نفس الضابط.

(3) د. هشام محمد خالد، توطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، مصدر سابق، ص15-16.

(4) MAYER et HEUZE: " droit international prive ", 7ed, Montchrestien , 2001. P.182

يقوض هذا الافتراض. وعلى العكس من ذلك فان افتراض براءة ذمة المدعى عليه فان هذا يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد محكمة موطن المدعى عليه على المستوى الداخلي فالأولى ان يؤخذ به على المستوى الدولي الذي قد يترتب عليه انتقاله من دولة إلى أخرى[1].

ثانياً/ مبررات ضابط موطن المدعي والمدعى عليه في المنازعات الدولية

بناء على مبررات ضابط الموطن أو محل الإقامة للمدعى عليه يتبين ان تقدم نوع من التيسير على المتقاضيين سواء افترض براءة الذمة للمدعى عليه ام لا. لأنها تقدم حماية الوضع الظاهر. ويلاحظ ان هذا الضابط اكثر ملائمة للاختصاص للمحاكم الوطنية اذ أنه يعبر عن وجود علاقة مادية حقيقية بين النزاع ومحكمة موطن المدعى عليه المراد تنفيذ الحكم فيه لوجود المستندات والوثائق والشهود وغيرها من وسائل الاثبات في الدعوى وهو ما يؤكد سد باب التحايل على الاختصاص القضائي امام الافراد كل ذلك يعمل على ضمان المستقبل التنفيذي للحكم الصادر من محكمة موطن المدعى عليه التي هي الاقدر على ضمان تنفيذ وفاعلية الاحكام الصادرة عنها في هذا الفرض[2]. ومع تعدد الموطن في مختلف الأنظمة القانونية والذي يؤدي إلى حدوث تنازع إيجابي وسلبي في الاختصاص وما يصحبه من تضارب الاحكام الصادرة في ذات الدعوى ولذلك أكد المشرع إلى الاخذ بالإقامة إلى جانب الموطن عملاً على منع هذا التضارب.

المطلب الثاني/ الاختصاص القضائي المبني على نوعية الدعوى

ان الاختصاص المبني على نوعية الدعوى يتناول موضوعين مهمين وهما في مسائل الأحوال الشخصية ومسائل المعاملات المالية كضوابط إقليمية لتحديد الاختصاص القضائي ونحن بدورنا سنتناول هذه الموضوعات في حدود مسائل الأحوال الشخصية في فرعين منفصلين وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول: الاختصاص القضائي في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بصورة عامة

الأجنبي الذي لا يقيم في ارض الدولة فالأصل ان لا يتبع محاكمها وتنظم التشريعات في الدول مدى ولاية محاكمها على الأجانب الذين لا يقيمون في أراضيها، تيسيرا لمواطنيها وحتى لا يحرموا من مقاضاة من تعامل معهم. والقاعدة أنه عند التنازع في الاختصاص يتعين الرجوع إلى

---

[1] د. فؤاد رياض ود سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية)، ج2، دار النهضة العربية، 1992، ص417.

[2] د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001، ص114.

القانون الوطني الذي يحدد مدى سلطان المحاكم الوطنية بالنسبة للمنازعات التي تنشا عن تنفيذ علاقة قانونية أجنبية تكملها قواعد الفقه الدولي إلا إذا وجدت معاهدة معدلة لها ومقررة وجوب اتباعها. ولقواعد تنازع الاختصاص أهمية عملية إذ أنها تسبق قواعد تنازع القوانين في التطبيق كما ان ثبوت الاختصاص لمحاكم دولة معينة يجعل الحكم بقواعد الإسناد الخاصة بها ويجعل تكيف العلاقة المتنازع عليها من اختصاص تشريعها ويحتم مراعاة النظام العام فيها والشكليات التي توجبه قوانينها والأجانب لهم حق الادعاء على العراقيين أمام المحاكم العراقية والعكس صحيح اذ يجوز للأجانب في بعض الحالات فيما بينهم التقاضي أمام المحاكم العراقية[1] كما تم ذكرها بالتفصيل في المبحث السابق. وكذلك نصت المادة (30) من القانون المدني المصري لبيان اختصاص المحاكم للنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن سواء اكان مدعي وفق القانون العراقي والقانون المقارن خصوصا إذا كانت الدعاوى معارضة لعقد الزواج وكان يراد توثيق الزواج وكذلك إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطبيق أو بالأنفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت الجنسية وكان لها موطن أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن على زوج كان له موطن متى ما هجر الزوج زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الأنفصال أو كان قد ابعد عن الوطن. كذلك إذا كانت الدعوى بشأن صغير مقيم في الجمهورية أو بسبب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها. كذلك إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان اجنبياً له موطن في الجمهورية وذلك إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى". يلاحظ النص اعلاه يقرر حالتين ينعقد فيهما الاختصاص للمحاكم الوطنية في نوع معين من المنازعات خاص بمسائل الأحوال الشخصية هاتان الحالتان عامتان لا تتقيد بنوع معين من دعاوى الأحوال الشخصية وعليه سنتناول هذه الفقرات وعلى النحو الاتي:

اولا/ عدم وجود موطن للمدعي أو المدعى عليه أو كان اجنبيا له موطن

تحدد الفقرة السابعة من المادة 30 من قانون المرافعات المدنية المصري (إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان اجنبياً له موطن في الجمهورية وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى) فرضين لأنعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال

---

[1] القاضي كاظم عبد جاسم الزبيدي، مقال منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى ,hjc.iqالاختصاص العام الدولي للمحاكم العراقية، اخر زيارة في2022/6/27، الساعة 6 مساءا.

الشخصية اذ سنتناول الفرض الأول في هذا الفرع وسيخصص الفرض الثاني في الفرع الثاني بالتفصيل.

اذ ينص الفرض الأول على" إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج وكان المدعي مصرياً أو اجنبياً له موطن في مصر. مع مراعاة توافر شروط تطبيق هذا الفرض من (أ- الدعوى المرفوعة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال بوجه عام. ب-المدعي مصري أو اجنبياً له موطن في مصر. ج- المدعى عليه الأجنبي ليس له موطن معروف في الخارج). إذ إن ضابط الاختصاص في هذا الفرض يبدو ضابطاً ملائماً لأنه يحقق مجموعة من الاعتبارات أهمها من ناحية تلافي انكار العدالة خصوصاً ان المدعى عليه ليس له موطن معروف في الخارج يمكن للمدعى ان يقيم فيه دعواه حسب ما جاء في المادة (29) من قانون المرافعات المصري " الضابط العام للاختصاص" إذ إن عدم معرفة موطن الأجنبي قد يكون سبباً في ضياع أو انكار حق المدعي عند رفع دعواه امام محكمة أخرى والتي ستحكم بعدم الاختصاص. ويلاحظ من جهة أخرى من نص المادة الأنفة الذكر توفر رعاية للمدعي الأكثر الحاحاً في مسائل الأحوال الشخصية إذ إن هذه الحالة مطلوب حمايتها أكثر من أي نوع اخر من الدعاوى. اذ أنه المدعي في هذا الفرض يكون أكثر حاجة للحماية في أي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كمسائل الحالة الزوجية أو المسائل المتعلقة بالحالة أو الاهلية أو الولاية على النفس أو المال أو مسائل الإرث والتركات والوصايا والميراث. وخصوصاً ان تفسير النظام القانوني المصري في مجال الأحوال الشخصية تنظيم مركب من الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة إلى جانب الشرائع الدينية الخاصة بغير المسلمين[1] . حيث أنه بصفة عامة وفي مسائل الأحوال الشخصية تكون المحاكم المصرية هي الاقدر على الفصل في منازعاتها اذ انها راعت اعتبارات الملاءمة في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية خاصة إذا لم يكن للمدعى عليه موطناً معروفاً بيد ان هذا تلافي لأنكار العدالة بيد ان المدعى المصري أو الأجنبي المتوطن في مصر لم يجد محكمة يقاضي فيها خصمه[2] . إذ إن المدعي يجب مراعاة ارتباطه بالإقليم المصري بالجنسية أو التوطن لإحاطته بالحماية القضائية والتي تضمن له ممارسة حقوقه على الإقليم الوطني وبالخصوص إذا كانت المحكمة قادرة ع تنفيذ الحكم على اقليمها خصوصاً إذا كانت هناك رابطة جدية بين المحكمة والنزاع. ومن جهة أخرى إذا توافرت الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة فبمجرد توطن المدعي الأجنبي في مصر أي توافر عناصر الموطن كالإقامة الفعلية ونية الاستقرار فبهذا يكون للمحاكم المصرية صلة أو رابطة جدية تمنع الغش والتحايل من قبل الافراد على قواعد الاختصاص

(1) د. هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص81.
(2) د. هشام علي صادق، ود عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص81.

القضائي خاصة في " حالة تلازم ما بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي"[1] ففي هذه الحالة يتحقق نوعاً من الملائمة في اصدار مثل هذه الاحكام اذ انها ستكون قادرة على ضمان فاعليته وتنفيذه.

ثانياً/ القانون الواجب التطبيق بنظر الدعاوى بالأحوال الشخصية الولاية على النفس والمال

في هذا الفرع أو الفرض الثاني سنبين حالة من حالات الاختصاص التشريعي القضائي للمحاكم العراقية ولا حاجة لتكرار الكلام اذ تم شرحه مفصلاً في المطلب السابق. وعليه سنبين ما جاء في نص المادة (29) اذ سيجلب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي اذ تكون المحكمة المصرية هي الاقدر ملائمة على تطبيق قانونها في هذه المسألة وذلك لأن مسائل الحوال الشخصية بكل حالاتها تخضع لقانون الجنسية خصوصاً إذا كان أحد الزوجين مصرياً طبقاً لنص المادة (14) من القانون المدني المصري وقت انعقاد الزواج عدا الاهلية للزواج والذي يخضع فيه لجنسية دولته[2] . وينطبق على هذا الفرع نفس الشروط السابقة اذ يتعين ان يكون المدعي مصرياً أو اجنبياً متوطناً في مصر وتكون الدعوى المرفوعة متعلقة بمسألة الأحوال الشخصية عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج وان لا يكون للمدعي موطن أو محل إقامة في مصر وان يكون القانون المصري هو الواجب التطبيق في الدعوى اذ سيتم شرح كل فقرة بالتفصيل وعلى النحو الاتي:

1/ القانون الواجب التطبيق على الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال

ويقصد بهذه الدعاوى كل مسألة تكون لازمة لتوفير حماية عديم الاهلية أو ناقصها ومن في حكمه وفي ماله من قبل ذلك تعيين وصي على القاصر وتثبيت الوصي المختار وتوقيع الحجز وتنصيب النائب عن المحجور عليه واثبات الغيبة وتعيين وكيل عن الغائب وتقدير نفقة للقاصر بتسليم أمواله لأدارتها والاذن له بمباشرة بعض التصرفات القانونية....[3] . كذلك جاء في نص المادة (4/30) المذكورة سابقاً يعد ضابط الإقامة للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً في مصر أو كان بها موطن أو محل إقامة للغائب اذ يعتبر نص المادة متوافقاً مع الملائمة في عقد الاختصاص للمحاكم المصرية مراعية في ذلك القاصر وناقص الاهلية وحماية أمواله. كذلك اختصاص المحاكم المصرية بنظر كل ما يتعلق بها وفي الحدود التي يقرها قانون بلد الشخص

---

(1) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص40.
(2) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص 40.
(3) د. أشرف وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص630.

الذي تجب حمايته وفقاً لنص المادة (16) من القانون المدني الخاص بتنازع القوانين في مسائل حماية غير كامل الاهلية[1] . ويلاحظ ان قانون المرافعات القديم اذ كان يستلزم توطن صاحب المال بالجمهورية واعتبر مجرد الإقامة فيها غير كاف لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية كما كانت تنص المادة (7/86) من القانون القديم بيد ان قانون المرافعات الحالي ساوى بين الموطن ومحل الإقامة على عكس ما كان سائداً في القانون القديم[2] . يتبين مما ذكر انفاً ان النص الحالي اكتفى بمجرد توافر محل الإقامة أو التوطن لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية كنوع من التيسير والتسهيل على المتقاضين وفي ذلك نوع من الملائمة في الاختصاص القضائي لوجود رابطة مادية بين النزاع والمحكمة وفي ذلك نوع من سد التحايل على الاختصاص القضائي امام المتقاضين. ومن جهة أخرى في هذا النص تمكين للمحكمة من تحقيق الدعوى وقول الحق وضمان تنفيذ الحكم مستقبلاً كل ذلك يبين ان الضابط لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية يجعله أكثر ملائمة وسهولة من النص السابق. "الاختصاص القائم على وجود المال في العراق، وهو ما اشارت اليه الفقرة ب من م/15 مدني عراقي، والنص لم يفرق بين العقار والمنقول ويشترط فقط ان يكون المال المنقول موجودا في العراق وقت رفع الدعوى. والمراد من الدعاوى المتعلقة بالعقار والمنقول الدعوى المتعلقة بالحقوق العينية الاصلية أو التبعية مثل دعوى الملكية، وحق الأنتفاع، وحق الارتفاق، ودعاوى الرهن الحيازي، والرهن التامين، ودعاوى الحيازة".

2/ القانون الواجب التطبيق على دعاوى النسب والولاية على النفس

تقتضي الضرورة أحيانا إعطاء بعض الاحكام الخاصة لقضايا الأحوال الشخصية وذلك لحسن سير العدالة وتسهيل الامر على المتداعين وتقليص النفقات ومن هذه القضايا الزواج والطلاق والنفقة والنسب والارث والتركات [3] . اذ تقام امام محكمة إقامة المدعي عليه أو محكمة محل إقامة المدعى عليه. وجاء في جاء في نص المادة 6/30مرافعات أنفت الذكر ان الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بشأن دعاوى النسب والولاية على النفس بناء على إقامة الصغير في مصر. ففي هذا الضابط تبدو اعتبارات الملامة في هذا الضابط واضحة ذلك أن إقامة الصغير المراد حمايته في مصر يعبر عن وجود رابطه بين النزاع والمحاكم المصرية، إذ إن هذه الربطة غير منبتة الصلة عن النزاع لتتمكن من الفصل في الدعوى وقول الحق. إذ إن ذكر الإقامة للصغير كضابط لاختصاص المحاكم المصرية فيه نوع من التيسير في عدم اشتراط التوطن والاكتفاء بالإقامة فقط. ومن جهة أخرى لم يشترط المشرع ان يكون المدعي مصرياً اذ سمح

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص184.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، المصدر نفسه ، ص 183.
(3) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي، مصدر سابق، ص377.

للأجنبي ان يرفع دعوى من هذا النوع امام القضاء المصري على العلم من ان المحاكم المصرية لا تطبق الشريعة الإسلامية لوحدها وانما تطبق إلى جانبها شرائع أخرى. وفي ذلك مراعاة لمصالح الأطراف والتيسير على المتقاضين، خصوصا اذ لم يجد الصغير المقيم في مصر حماية قضائية من قبل المحاكم المصرية المقيم هو فيها، في مواجهة مدعى عليه أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، ويعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في مثل هذه الدعاوى إذا كان الصغير مقيم في الإقليم حتى ولو كان الولد موجود في الخارج أو الأب متوطنا فيه. ونؤيد هذا القول إذ إن بإمكان عقد الاختصاص للمحكمة موطن الأبوين في مصر حتى لو كان الولد متوطناً في الخارج. وهذا الحكم مأخوذ به في القانون الكندي والذي يعقد الاختصاص الدولي بدعاوى الولاية على النفس والنسب للمحاكم الوطنية " إذا كان الصغير مقيماً في الإقليم ، أو كان الاب متوطناً فيه ولو كان الولد موجوداً في الخارج بحسبان ان موطن الاب هو موطن قانوني للصغير"[1] .

3/ القانون الواجب التطبيق على دعاوى التركات والميراث

يتحدد القانون الواجب التطبيق في هذه القضايا على مستوى القانون المقارن حيث يختلف القانون الواجب التطبيق بين الدول، فالدولة التي تحسب المواريث و الوصايا على مسائل الاحوال العينية ومنها بريطانيا و الولايات المتحدة الامريكية وغيرها تحدد الاختصاص لحساب القانون الاقليمي إذا كان المال عقار وهو قانون موقع العقار ولحساب قانون موطن المتوفى إذا كان المال منقول ويقوم هذا التوجه على ان العقار له موقع ثابت والمنقول متحرك فيفترض المشرع موقعه في موطن المتوفي كما نص على ذلك المشرع العراقي في المواد (299-310) من قانون المرافعات المدنية العراقي اذ تقام امام محكمة إقامة المتوفي الدائم. اذ تختص المحكمة الشرعية ومحاكم المواد الشخصية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة موقتة أو بتعيين امين على محضون متنازع على حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه حتى يبت في أساس الدعوى. وهذا يعني ان التركة في الميراث و الوصية تعامل معاملتين بحسب طبيعتها فيما إذا كانت منقولة ام عقارية وهناك من اخضع التركة عقارية ام منقولة لقانون واحد الا وهو قانون موقع المال محل التركة مقابل هذا الاتجاه ذهبت جميع الدول العربية ومنها العراق إلى معاملة المواريث و الوصايا على انها من مسائل الاحوال الشخصية وميزت في الحكم بين المسائل الشخصية للمواريث و الوصايا كشروط الاستحقاق وموانعه وتحديد الأنصبة حيث اخضعها لقانون جنسية المورث و الموصي و المسائل المالية حيث عاملتها معاملة واحدة سواء كانت التركة عقارية ام منقولة فأخضعتها لقانون موقعها من حيث الية انتقال ملكيتها من السلف(المورث و الموصي) والية انتقال ملكيتها إلى الخلف

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص 180.

الوارث والموصي له واكد هذا الحكم المادة 24 مدني عراقي التي نصت (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة و الحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد و الميراث و الوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع واهلية الوارث و الموصي له في التملك عن طريق الارث و الوصية وقد نظم المشرع العراقي حكم الميراث في المادة 22 مدني التي تنص على (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته) و السبب في اختيار المورث كونه واحد لا يتعدد واعتماد جنسيته لأن قانون الجنسية يمتاز بالثبات و اسهل في الاثبات بسبب سهولة اثبات الجنسية واعتماد وقت الموت لأنه الوقت الذي يتحقق فيه الميراث وثبوت عناصره من مورث ووارث و التركة ومحل الميراث فلا توجد هذه العناصر قبل الموت وهذه المبررات تنسحب على اخضاع الوصية لقانون الموصي وقت موته بموجب المادة (23) من القانون المدني.

ويرد على قاعدة الميراث لقانون جنسية المورث قيدين عن الاول نظمته المادة (22 /1) مدني (اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه).

والثاني نظمته المادة (2/22) مدني نصت على (الاجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية وان صرح قانون دولته بخلاف ذلك).

كما طرئت عدة تعديلات على هذه القيود حيث أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قرار رقم 1910في 1982 منع بموجبه ميراث الزوج الاجنبي لزوجته العراقية ولو كان قانون دولته يسمح بالإرث لها منه، كما منح مجلس الوزراء في ذلك الوقت صلاحية اجازة الميراث في هذه الحالة.

واخيرا تم تعطيل جميع القوانين والقرارات التي تسمح لغير العراقي التملك العقاري في العراق بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 23 لسنة 1994 باي سبب من اسباب التملك ومنها الميراث والوصية.

وقد نظم المشرع العراقي حكم القانون الواجب التطبيق في الوصية في المادة (23) مدني والتي نصت على (1-قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته)،وتقف وراء اختيار قانون جنسية الموصي وقت الموت نفس المبررات التي لاحظناها في الميراث كما يميز المشرع العراقي في موضوع الوصية بين المسائل الشخصية و المسائل العينية فاخضع الاولى للقانون الشخصي (قانون جنسية الموصي) ويشمل اختصاصه شروط استحقاق الوصية وهي موت الموصي حقيقة أو تقديرا وحياة الموصي له حقيقية أو تقديرا وموانع الايصاء وانصبة الموصي لهم و المقدار الذي يجوز الايصاء به فجميع هذه المسائل تخضع لقانون الموصي وقت وفاته لأنه الوقت الذي تنفذ فيه

الوصية اما اهلية الموصي في الايصاء فتخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية لأن الوصية تصرف وتتطلب صحه اجرائه ان يكون من قبل من يملكه وتقدير من يملك ذلك يخضع للقانون السائد وقت عمل الوصية لا وقت الموت.

اما اهلية الموصي له في القبول فيسري عليه قانون جنسيته وقت صدور القبول منه بينما تخضع الوصية في الشكل لقانون محل ابرامها الا إذا تعلقت بعقار كائن في العراق حيث يقتضي هنا استيفاء الشكلية المطلوبة بموجب القانون العراقي وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لأنها تصرف عقاري في هذه المناسبة بموجب المادة (508) مدني عراقي.

اما المسائل العينية وهو تلك المتعلقة بالأموال محل الوصية (الموصي به) فتخضع لقانون موقعها وهذا ما اكدته المادة (24) مدني السالفة الذكر كما اكدته المادة (2/23) مدني الوصية بشأن العقار حيث نصت على (تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة إلى متوفي أجنبي وفي كيفية انتقالها).

اما الوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية فهي جائزة في المنقول بشرط المعاملة بالمثل اما الاموال الغير منقولة فلا يجوز فيها وقد اشارت ضمناً إلى ذلك المادة (71) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي نصت على (تصح الوصية في المنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل).

جاء في نص المادة (31) من قانون المرافعات المصري على ان " تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية أو كان المورث مصرياً أو كانت التركة كلها أو بعضها في مصر"[1] . اذ تحدد المقصود بمائل الميراث من مسائل التكييف التي تخضع لقانون القاضي، فتعتبر من دعاوى الميراث الدعوى المرفوعة من الوارث مطالباً بنصيبه في التركة وكذلك يعتبر من مسائل الإرث تحديد مدى تعلق حقوق دائني المورث بأمواله باعتبارها ضماناً لديونه وكذلك الدعاوى التي يرفعها ورثة المتوفي للمطالبة بأموال التركة وكذلك تنظيم حالة الشيوع وكيفية تنظيم حالة الشيوع وكيفية إدارة أموال التركة الشائعة كتنصيب مدير للتركة. اذ يتبين من النص انف الذكر ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في ثلاث حالات هي:

1- إذا افتتحت التركة في مصر.
2- إذا كان المورث مصري الجنسية.

[1] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص192.

3- إذا كان كل أو بعض أموال التركة في مصر.

ففي الحالة الأولى أي افتتاح التركة في مصر أي وفاة المورث بها تعد ضابطاً ملائمةً حيث ان الشخص عادة يموت في الدولة التي يقيم فيها أو له أموال فيها. اما الحالة الثانية فينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في مسائل التركات والمواريث وفقاً لضابط جنسية المورث المصري. بيد ان هذا الضابط لا يتفق ومبدأ الملائمة ويسري عليه ما جاء في نص المادة (28 مرافعات مصري). و لا يصح التحدي طبقاً لرأي فقهي[1] . ويصح القول بان المشرع اعتد بضابط جنسية الشخص المصري بعد موته على اعتبار ان القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق وفقاً لنص المادة (17) مدني مصري بالإضافة إلى ضمان تطبيق الحكم في المحاكم المصرية. مما يؤكد ان القانون المصري لا يطبق في كافة الأحوال بالضرورة حتى وان تعلق الامر بالدعاوى المدنية المتعلقة بالتركة" كدعوى دائني المورث التي يطلب فيها بحق عيني على مال منقول من أموال تركة كائنة في دولة اجنبية"[2] . بيد ان هذين الضابطين فيهما ضعف وغير ملائمة اذ انهما يعقدان الاختصاص للمحاكم المصرية حتى وان كانت أموال التركة في الخارج. اذ أنه لم يعتد بضمان نتيجة تنفيذ الحكم في البلد الأجنبي موقع العقار محل التركة. مما يدعو المشرع المصري إلى إعادة النظر في هذين الضابطين ونصه على الاستثناء العام المتعلق بالعقارات الوارد في نص المادة (29,28) مرافعات سابقة الذكر فمجال تطبيقه هنا من باب أولى حيث يكون محل التركة في اغلبها عقارات وهذا الحل مأخوذ به في التشريعات المقارنة كالقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 (م 55/ج) واليوغوسلافي لعام 1983م، (م71) قبل تفكك يوغوسلافيا عام 1990 والتي تستلزم إلى جوار جنسية المورث كضابط للاختصاص القضائي ان تكون أموال التركة موجودة بالإقليم الوطني[3]. اما بخصوص الضابط الثالث. وهو وجود كل أو بعض أموال التركة في مصر فانه ضابط موضوعي اقليمي[4] . فإذا كانت اعيان التركة موجودة في مصر كلها أو بعضها انعقد الاختصاص للقضاء المصري بنظر النزاع دون اقتضاء أي امر اخر بجانبه مثل كون المورث متمتعاً بالجنسية المصرية أو كون اخر موطن له في مصر ولا يشترط ان تكون محكمة افتتاح التركة غير مختصة طبقاً لقانونها[5] . وبهذا خالف

---

(1) د. هشام علي صادق ود عكاشة عبد العال، قانون الإجراءات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص99.
(2) د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 43.
(3) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص 188.
(4) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 702 وما يليها.
(5) د. احمد عبد الكريم، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص 188.

المشرع ما جاء في قانون المرافعات الصادر سنة 1949 من عدم الاكتفاء بوقوع أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية ضابطاً للاختصاص بل كان يتطلب فوق ذلك امرين من ناحية أولى ان يكون المورث مصرياً أو يكون الورثة كلهم أو بعضهم مصريين ومن جهة أخرى ان تكون محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقاً لقانونها[1] . ويرى جانب من الفقه ان ضابط الاختصاص هنا هو " موقع المال" وهو ما يفيد ان هذا النص ترديداً للمبدأ العام الوارد في المادة (30) السابقة والتي تقضي بعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في مصر[2] . بيد أنه هناك رأي اخر يعتقد ان ثمة فارقاً بين اختصاص المحاكم المصرية المبني على ضابط موقع المال وفق نص المادة (2/30) وبين اختصاصها في مسائل الإرث المنصوص عليها في المادة (31) حيث يكتفي بعقد الاختصاص في هذه الحالة الأخيرة بدعاوى الإرث والتركات ان تكون " بعض أموال التركة في مصر ولو كان المال محل النزاع كائناً في دولة اجنبية"[3] . والرأي الراجح يقول ان الاعتبارات التي تبرر استثناء العقارات الواقعة في الخارج (الاستثناء العام من حكم المواد 28، 29 مرافعات) تمتد لتعمل ايضاً بخصوص دعاوى الحق في التركة[4] . وفي ذلك اعمالاً لاعتبارات الملائمة السابقة فإذا كان العقار واقع في الخارج فان المحاكم الأجنبية أي تكون محكمة العقار وحدها هي الاقدر على الفصل في الدعاوى المتعلقة به. وفي ذلك تصدر المحاكم احكاماً لا قيمة لها وتكون غير قابلة للتنفيذ والفاعلية في الدول الأجنبية وفي ذلك اهدار للتعاون القضائي الدولي لأن العقارات جزء من إقليم الدولة وسيادة الدول وبهذا تكون المحاكم الداخلية أو الوطنية مختصة بدعاوى الإرث بما فيها العقار الكائن خارج الدولة. ويرى الباحث على الرغم من ان العقار الكائن خارج الدولة وتركه للمحاكم المختصة بموقع العقار لا يعد مساس بسيادة الدولة لأنها حقوق الافراد ومن حقهم التصرف بها بشرط الا تكون مخالفة للنظام العام ولا الآداب العامة ولا مضرة بالمصلحة الوطنية. كل ذلك اعمالاً لمبدأ الملائمة واعتباراتها السابقة فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق الذي" يمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية حال تعلق الدعوى بعقارات خارج فرنسا " في حكم صادر في 5 يوليو 1993 والذي يقضي بعدم اختصاص المحاكم

---

(1) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص689.
(2) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص703.
(3) د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص .90
(4) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص 190.

الفرنسية بدعوى قسمة عقارات موروثة في الخارج[1]. ويعزز الاخذ بهذا الرأي في فرنسا ان الميراث فيها يعد من قبيل مسائل الأحوال العينية وبالتالي يكون من الطبيعي خضوع الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بهذه العقارات إلى محاكم الدولة الكائنة بها. وهذا ما أخذ به صراحة القانون الدولي الخاص ليوغسلافيا السابقة لعام 1983 (2/71) والسويسري لعام 1987 (86/ 2) والمجري، والتركي والروماني والإيطالي[2].

الفرع الثاني: الضوابط الاقليمية في تحديد الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية

من الأشياء المقررة منذ مدة ان الأموال تخضع عادة إلى قانون مكانها. وهذا القانون هو الذي يقرر ما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً وهذه قاعدة عامة متعارف عليها في معظم قوانين دول العالم اليوم [3]. اذ تنص المادة (17) والمادة (24) من القانون المدني العراقي. حيث ان هذه المواد تنص على

الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي الدولي " تلك التي تشتق من العناصر الموضوعية" أي سبب العلاقة القانونية وموضوعها بصرف النظر عن عنصر الأشخاص فيها. لذلك تنص المادة (2/30) من قانون المرافعات المصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية. إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجب تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها". وبذلك اعتد المشرع الوطني بها فيما وضعه من قواعد للاختصاص الدولي لمحاكم الجمهورية وفق نص المادة السالفة الذكر. يقرر نص المادة (30) في فقرته الثانية ثلاث حالات لأنعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على نوعية الدعوى في مسائل المعاملات المالية والتي يسندها البعض إلى اتصال المنازعة بالإقليم المصري وهي كالاتي:

أولا: الدعاوى المتعلقة بوجود المال

ثانيا: الدعاوى المتعلقة بالتنفيذ

---

(1) د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص 705.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص191.
(3) جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين بدون جهة نشر ، 1966 ، ص517.

1: دعاوى الالتزامات الناشئة عن العقود

2: دعوى الالتزامات غير العقدية

ثالثاً: الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر في مصر.

سنقوم ببيان هذه الحالات بالتفصيل عدا الحالة الثالثة اذ انها خارج موضوعنا (مسائل الأحوال الشخصية) وعلى النحو الاتي:

أولاً / الدعاوى المتعلقة بوجود المال

كما بينا انفاً في بيان نص المادة (2/30) في أنه ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية إذا كان المال موجود في مصر. إذ إن العمل بهذا النص مراعياً يعد أكثر ملائمة من الناحية العملية اذ في ذلك سهولة من ناحية معاينة المال أو ندب خبير قضائي ليقوم بتلك المعاينة على اعتبار ان محكمة موقع المال هي الأقرب اليه. وذلك سواء اكان المال منقولاً أو عقاراً ان سيادة الدولة تشمل كل شيء على اقليمها. اذ كثيراً ما تتعلق دعاوى العقار أو المنقول بأجراء تحقيقات مادية وكشف وخبراء وتعيين حارس قضائي وما اشبه[1].

اما اعتبارات قوة النفاذ والفاعلية للأحكام فتكون محكمة موقع المال هي الأقرب للهدف المنشود بعد صدور الحكم لأنها الاقدر على ضمان فاعليته وإمكانية نظر الدعاوى المرتبطة بموضوع النزاع وهو المال. سواء اكانت الدعاوى تتعلق بالأموال العينية مثل الدعاوى الشخصية العقارية أو كانت دعاوى " منقول موجود بمصر" أو كانت دعاوى عينية عقارية أو كانت دعاوى مختلطة، كدعوى البائع ببطلان العقد، واسترداد العقار ولو كانت المنازعة تثور بصدد احدى مسائل الأحوال الشخصية مثل " المنازعة في النظام المالي للزوجين والذي يتناول أموال كائنة بمصر أو الدعوى المتعلقة بوصية محلها مال موجود ايضاً بمصر"[2]. وبذلك تتحقق الغاية من اختيار المحكمة موقع المال والهدف منها.

ويرى جانب اخر من الفقه ان اخصاص المحكمة موقع المال في المجال الدولي على أساس فكرة الإقليمية إذ إن هذا الوجود يؤكد أو يثبت وجود ارتباط معين بين الإقليم ومحاكمه وبين هذا المال. باعتبارها اكثر ملائمة من غيرها لنظر النزاع الذي ينشأ ويكون هذا المال محل الالتزام فيه[3]. وهناك تطبيقات أوردها بعض المشرعين الوطنيين خاصة على القاعدة السابقة في مجال

---

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص356.
(2) د. .احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص 199.
(3) د. .احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، المصدر نفسه ، ص197.

الاختصاص القضائي الدولي تأكيداً لاختصاص المحاكم الوطنية بناءً على هذا الضابط من ذلك نص المشرع المصري في المادة (31) من قانون المرافعات على انه" اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة كلها أو بعضها كائنة بالإقليم المصري" وذلك بشروط يحددها المشرع وذلك لاعتبار ان المال محل الميراث كائن كله أو بعضه بالإقليم المصري على التوضيح السابق بيانه[1].

ثانياً / الدعاوى المتعلقة بالتنفيذ

تنص المادة (2/30) من قانون المرافعات على ان " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس موطن أو محل إقامة في الجمهورية.... إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجب تنفيذه في الجمهورية". إذ إن من مبررات تطبيق هذا الضابط أي اختصاص محكمة محل الالتزام عادة ما تكون أكثر الماماً من محاكم غيرها بظروف وملابسات النزاع مما يجعلها أكثر ملائمة في اصدار حكم مشمول بالنفاذ وينصرف حكم هذا النص إلى الالتزامات التعاقدية والالتزامات التقصيرية على السواء[2]. وعليه سنتناول هذه الفقرات على النحو الاتي:

1/ الالتزامات الناشئة عن العقود

المبدأ العام في هذا الشأن أنه متى كان محل نشوء الالتزام في مصر" أي الدولة التي ابرم فيها العقد" أي محل انعقاد العقد ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية والحال في كل مرة يكون فيها تنفيذ العقد في مصر أو يكون التنفيذ واجباً فيها بمقتضى اشتراط أو اتفاق بين اطرافه[3]. ويرجع في تحديد معنى نشأة أو تنفيذ الالتزامات العقدية إلى قانون القاضي[4]. ونلاحظ مما ذكر انفاً في الفصل الأول والثاني ان أثر المتغيرات الدولية والتطورات العملاقة التي تعيشها البشرية في الوقت الحاضر بات واضحاً على تغير كثير من المفاهيم القانونية السائدة وكان من بين هذه المفاهيم التي استقرت في المعاملات المدنية والتجارية والتي أدت إلى تغير في نظم الاثبات وما يتبعها من ظهور منازعات جديدة لم تكون تخطر على بال واضعي النصوص التشريعية خصوصاً وان العلاقات القانونية تعدت الحدود وأصبحت تحوي عنصر أجنبي إذ إن هذه النصوص الوطنية لم تعد تتلاءم مع النزاعات الدولية في مسائل الأحوال الشخصية. وبالخصوص النزاعات الدولية

---

(1) د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص 379.
(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص75.
(3) د. .عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص94 وما بعدها.
(4) د. .احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص202.

التـي تتـأثر بالقـانون الواجـب التطبيـق بالمحكمـة التـي تفصـل بـالنزاع مثـل حالـة الـتلازم بـين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في هذه المسائل. ولذلك كان لابد من إيجاد حلول بديلة عن تلك الضوابط التي لم تعد تتلاءم وتلك التطورات والتي لا يستطيع المشرع ان يغمض الطرف عنها وعليه فقد وجد المشرع حلاً بديلاً وهو ضابط محل ابرام العقد ولذلك سنقوم ببيان هل ضابط محل الابرام ملائم لحل تلك المشكلة وسنبين هل ان هذا الضابط موافق للشروط التي وضعها المشرع والتي تم ذكرها انفاً. وعليه سنقوم ببيان موقف المشرع المصري في ذلك اذ اكتفى المشرع المصري في المادة (2/30) بأبرام العقد أو تنفيذه أو وجوب تمام ذلك التنفيذ في مصر كمعيار لأنعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم ودون اشتراط سبب اخر لارتباط النزاع بالإقليم المصري وهو ما لا يعبر عن توافر الرابطة القانونية الجدية والوثيقة بين المحكمة والنزاع وبذلك يكون هذا الضابط أكثر ملائمة من أي رابط اخر. كما ذكر جانب اخر من الفقه والتي تضيف وجهاً اخر من وجوه الاختصاص وهو كون القانون الوطني " قانون القاضي" واجب التطبيق على العقد بمقتضى طرق فض تنازع القوانين في العقود الدولية عموماً[1] . ويعد هذا الرأي مناسب وملائم في مسائل المعاملات المالية والعقود ونحن نؤيد هذا اذ أنه يعكس إرادة الأطراف الضمنية في الخضوع للاختصاص القضائي لمحاكمها خاصةً الاختصاص التشريعي وبهذا يكون القاضي الوطني هو الاقدر على تطبيق قانونه الوطني فنكون بصدد حالة من حالات جلب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي ويمكننا استنتاج ان أطراف المعاملة رضوا الخضوع للقضاء الوطني لدولة معينة طالما لم يسلكوا طريق قضاء التحكيم الذي هو انسب قضاء لفض مثل هذه المنازعات التجارية[2] . بيد ان هذا الرأي قد يقرر عدم ملائمة ضابط محل الابرام لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لأنه لا يوفر معايير فكرة الملائمة في الاختصاص اذ لا يكون محل ابرام العقد ذا علاقة أو ارتباط بالنزاع اذ قد يكون تواجد الأطراف في هذا المحل بصورة عرضية فقط وعليه فلا يحقق هذا الضابط أي نوع من التيسير على المتقاضين بل على العكس فقد يكون هذا الضابط مرهق للأطراف. كما وقد يكون هذا الضابط يفتح مجالاً للغش والتحايل امام الافراد على الاختصاص اذ قد يكون تحايل الافراد على الاختصاص وذلك عن طريق عمد الافراد في ابرام العقد في الخارج تحايلاً على قواعد الاختصاص الوطنية طالما لا يوجد رابطة بين النزاع وبين المحكمة المختصة بفض النزاع وبذلك تكون هذه المحكمة غير ملائمة لفض النزاع. بيد ان المحكمة الملائمة المختصة تكون محكمة محل الابرام لوجود رابطة بين النزاع والمحكمة المختصة لتضمن فاعلية وتنفيذ الحكم على ارض الواقع. اما ضابط محل التنفيذ فتقرر أنه ضابط

---

[1] د. .احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص202.

[2] د. .احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه ، ص202.

ملائم لأنه يفترض توافر كل عناصر العقد ومقومات تنفيذه في محل التنفيذ. مما لا يجعل المحكمة منبتة عن النزاع المنظور امامها وهو ما يعبر عن توافر الرابطة الجدية المطلوبة لتحقيق مقومات الملائمة المراد توافرها حتى تستطيع المحكمة ان تحقق في الدعوى بسهولة وتصدر احكام قابلة للتنفيذ على ارض الواقع[1].

2 / الالتزامات غير العقدية

طبقاً لنص المادة (2/30) من قانون المرافعات المدنية المصرية فان المحاكم المصرية تختص إذا كانت مصر هي محل نشأة الالتزام المترتب على الفعل الضار لكن بشرط ان يقع الخطأ في مصر أو ان يتحقق فيها الفعل الضار [2]. وهذا الكلام بخصوص المسؤولية التقصيرية والتي يكون أساسها الفعل الضار فيكفي لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية. غير أنه توجد بعض الحالات يجب ان نفرق بين مكان تحقق الضرر ومكان ارتكاب الخطأ ولكن الامر الثابت في القانون المقارن على اختصاص المحاكم الوطنية بدعاوى المسؤولية التقصيرية إذا حدث الفعل في الإقليم الوطني " الخطأ أو الضرر ايهما يكفي " كالقانون الدولي الخاص اليوغوسلافي السابق والقانون البيروني والروماني وهذا الحل اخذ به قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة 3/46 اذ تختص المحاكم الفرنسية إذا كانت فرنسا هي محل وقوع الفعل الخاطئ أو محل تحقق الضرر[3]. هنا يتبادر سؤال للأذهان وهو ان ضابط محل وقوع الخطر يتحقق تطبيقه في الإقليم الذي وقع الخطأ أو الضرر به فهل يتحقق هذا الضابط على المسؤولية التي تترتب عن أفعال تتم عبر الأنترنت؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من بيان ان هذا الضابط هو ضابط مكاني يرتبط تطبيقه بتحدد إقليم دولة ما حدث فيها الخطأ وتحقق فيها الضرر. اذ اتخذ الفقه الفرنسي وسانده في ذلك احكام القضاء من معيار " اتاحة الموقع في إقليم دولة المحكمة" معياراً لاعتبار الفعل الضار الالكتروني متحققاً في الدولة ويعني هذا المعيار الامكانية المتاحة للدخول إلى الموقع الالكتروني في الإقليم [4]. إلا أن هذا المعيار واجه انتقادات منها ان هذا الاختصاص القضائي يمكن ان ينعقد

---

[1] د. نادية إسماعيل، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص،ص 57 .
محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص49.

[2] د. هشام صادق، ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي، مصدر سابق، ص 97.

[3]MAURO Compétence territoriale lies de L'acte de Fatif et lies du dommage (en marge de l'art 46 Nouv.C.P.C) , GP1976 . doct . 359 . COUCHEZ : les nouvenus Textes de la procédure civile et la compétence international
مشار اليه في د احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الدولي الخاص، مصدر سابق،ص209.

[4]PASSA (j), territorialité de la marque et protection contre un signe expressi internet stranger 2005.p.1
على الموقع الالكتروني في اخر زيارة له 2022/7/20 الساعة 11-14 صباحاًhttps/ www.juriscom.net

لمحاكم دول أخرى حيث يتاح الموقع في أكثر من دولة، فالطابع العالمي للشبكة تنفي الاعتراف بأي أسس إقليمية بيد ان هذا النقد لم يكن مانعاً من اخذ القضاء الفرنسي لهذا المعيار في احكامه[1]

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن شركة المانية استخدمت العلامة التجارية لشركة فرنسية على موقعها الإلكتروني ، وكانت الشركة الألمانية قد أنشأت موقعها الإلكتروني في ألمانيا وقامت باتخاذ كل الوسائل الكفيلة لأنشائه هناك ، فادعت الشركة الفرنسية أمام المحكمة الابتدائية " بنانت " بفرنسا مطالبة التعويض عن الأضرار ، فقضت المحكمة في حكم صادر لها عام ١٩٩٧ باختصاصها بنظر النزاع استناداً إلى حدوث الضرر في الإقليم الفرنسي تأسيسا على فكرة إتاحة الموقع للمستثمرين من المقيمين في الإقليم الفرنسي كما يجعل الضرر ممتدا إلى هذا الإقليم[2] . وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه السابق في حكمها الصادر في ديسمبر ٢٠٠٣ وذلك بخصوص دعوى تعويض عن الأضرار الناشئة عن قيام موقع أجنبي بتقليد علامة تجارية لشركة فرنسية ، فأيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الصادر بالاختصاص بنظر الدعوى استناداً إلى أن مجرد إتاحة الموقع للمستخدمين في فرنسا كافٍ بذاته لاعتبار الضرر ممتدا للإقليم الفرنسي ، مما يسمح باختصاص المحاكم الفرنسية بنظر الدعوى الناشئة عنه[3] . وبخصوص الفعل النافع وأهم صورة الإثراء بلا سبب ، وحيث أنه في الإثراء بلا سبب يتحقق زيادة في جانب الدائن من ذمة المثري، وهو أول شرط من شروط الالتزام برده فيمكن القول أن واقعة الإثراء دون الافتقار تكفي أن تقع في مصر حتى يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية[4] ، فعند تحقق واقعة الإثراء في مصر يعقد الاختصاص للمحاكم المصرية وتكون محكمة ملائمة للفصل في هذا النزاع ، وذلك لتوافر الرابطة فيما بين المحكمة والنزاع ، فالمحكمة المصرية هنا ليست منبتة الصلة عن هذا النزاع ، فتكون المحكمة المصرية قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر عنها في إلزام المثري بتعويض الشخص الذي كان افتقاره سبباً في هذا الإثراء عما افتقر به وذلك في حدود ما يزيل ما حدث إلى المفتقر من افتقاره مع عدم مجاوزة قيمة هذا الإثراء[5]

---

[1] MANARA (Ccontrefaçon sur internet compétence international Dalloz 2005 http // www.institut - pdf / contrefacon - sur internet – htmel.

[2] GARDET (G) Les aspects proceduraux du commerce juidicaire , Français et internet at , hTTP // perso.wandoo.fr / hanart / pagescrites / come / electronique.htm . 2000, P.9

[3] د. نادية إسماعيل محمود، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص51.

[4] د. نادية إسماعيل، المصدر نفسه، ص 51.

[5] د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات، مصدر سابق، ص209.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما قدمنا من دراسة لموضوع نظرية الملائمة في تسوية منازعات الأحوال الشخصية، توصلنا الى استنتاجات عدة وتوصيات ندرجها على وفق ما يأتي:

الاستنتاجات

1- منذ بداية القرن العشرين والى وقتنا الحالي شهدت العلاقات الدولية تطورات ملموسة افضت الى تغير الكثير من المفاهيم والأفكار الذي لم تعد تتلاءم مع القواعد التقليدية المعمول بها على صعيد نزاعات القانون الدولي الخاص، اذ انها لم تعد منسجمة مع تلك التطورات التي شهدتها العلاقات الدولية الحديثة في القانون الدولي الخاص من اتفاقيات دولية او تشريعات معمول بها في القوانين المقارنة او مبادئ لم تعد تتماشى مع المعاملات الدولية او مسائل الأحوال الشخصية التي تستجيب بمقتضاها لمتطلبات الملائمة في عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها لتحقيق تعاون قضائي وحماية مصالح الافراد عبر الحدود.

2- ان فكرة الملائمة تعني في مجال الاختصاص القضائي ضرورة البحث عن الملائمة في تحديدها من خلال اعتبارات هي التيسير على المتقاضين، وجود رابطة بين النزاع والمحكمة، ضمان المستقبل التنفيذي للحكم وفاعليته وأخيرا تمكين المحكمة من تحقيق الدعوى بسهولة وواقعية وسد باب التحايل على الاختصاص القضائي للأفراد.

3- هناك بعض المفاهيم بدأت تتراجع والتي أصبحت لا تتلاءم وتلك التطورات كمفهوم السيادة اذ أدى ذلك الى تراجع مفهوم السيادة المطلقة وباتت السيادة سيادة نسبية بشأن ما تمارسه الدولة من اعمال الإدارة العادية سواء بصفة إدارية او استثمارية او تجارية او عادية هذا من جهة ومن جهة أخرى أدى التطور الذي حدث في مجال الاختصاص القضائي الدولي الى وتنازع القوانين الى الخروج عن قواعد هذين الاختصاصيين وذلك من خلال الوصول بالأفراد الى فكرة المحكمة الملائمة عن طريق الشرط المانح للاختصاص القضائي أي ان يحق للأطراف النزاع ان يسلبوا الاختصاص من المحكمة المختصة ومنحه لمحكمة أخرى طالما هناك ارتباط حقيقي وجدي بين النزاع وبين المحكمة الملائمة لهذا النزاع. ويكفي ان تكون هذه العلاقة نابعة من حاجة المعاملات التجارية الدولية حسب ما يرى الفقه الحديث مع إعطاء الإرادة دوراً في خصوص تحقيق نظرية القانون الملائم في مجال فض تنازع القوانين. وبهذا يتضح لنا ان مبدأ السيادة يجد مجاله في إطار القانون الدولي العام اما في مجال القانون الدولي الخاص فانه قد يأتي بمرتبة متأخرة بالنسبة للهدف الأساسي وهو "مراعاة مصالح الافراد وتحقيق الأمان لهم"

إذ إن هذا المفهوم وبلا شك يمثل الأساس الفلسفي لقواعد هذا القانون ويعطيها المبرر في قواعد تنازع القوانين او قواعد الاختصاص القضائي الدولي بصفة خاصة ومن هنا يتضح أن تكون فكرة السيادة غير ملائمة لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية وفق معايير الملائمة المذكورة.

4- وقد ثبت لنا من البحث أن ضابط الجنسية للمدعى عليه كأساس للاختصاص القضائي الدولي لم يعد ملائما بشأن واقع الحياة المعاصرة للأفراد، وما لتلك المستجدات الدولية من أثر خصوصا المنازعات المتعلقة بالعقود الحديثة، ونظراً لتراجع ضابط الجنسية في هذه المعاملات وعدم قدرته على التعبير عن الرابطة الحقيقية بين النزاع وبين المحكمة المختصة، مما فسح المجال للحديث عن ضابط آخر شخصي وهو ضابط الموطن اي ذو طابع مكاني بالنسبة للمدعى عليه والذي توصلنا إليه أنه ضابط ملائم وفعال لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية. حيث يعبر عن وجود رابطة مادية حقيقية فيما بين النزاع ومحكمة موطن المدعى عليه المراد تنفيذ الحكم في مواجهته، مما يمكنها من التحقيق في الدعوى بسهولة ويسر كما يمكنها انتداب خبراء بسهولة لمحل النزاع بسهولة. إذ إن موطن المدعى عليه هو مكان وجود معظم الوثائق والمستندات الحسابية، والشهود، وغيرها من وسائل الإثبات في الدعوى، وهو ما يؤكد سد باب التحايل على الاختصاص القضائي أمام الأفراد، كل ذلك يعمل على ضمان المستقبل التنفيذي للحكم الصادر من محكمة موطن المدعى عليه.

5- أن ضابط الإرادة يحقق نوعاً من الملائمة في الاختصاص القضائي الدولي، حيث يتم مراعاة المصالح الخاصة وتيسير علاقات الأفراد وبالتالي إمكانية تنفيذ الحكم الصادر وفعاليته، كما يتفق مع مبدأ إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتيسير المعاملات الدولية للأفراد، طالما لم يكن هناك نوعاً من الغش والتحايل، وكانت هناك رابطة جدية فيما بين النزاع والمحكمة المختارة. كما ان اختصاص المحاكم المبني على نوعية الدعوى سواء في مسائل الاسرة او مسائل المعاملات المالية فيه ملاءمة واضحة ففي مسائل الأحوال الشخصية اذ تكون المحاكم العراقية هي الأقدر على النظر في منازعاتها ، وذلك لأن المشرع في هذا الضابط يعكس فلسفته في أن التنظيم القانوني في مجال الأحوال الشخصية يعد تنظيماً مركباً بين مصادر الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة إلى جانب الشرائع الدينية الخاصة بغير المسلمين ، كما يجب ان تراعي اعتبارات الملائمة في عقد الاختصاص المحاكم خاصة إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف ، وفي هذا تلافي إنكار العدالة حيث ان المدعي العراقي أو الأجنبي المتوطن في العراق لم يجد محكمة يقاضي فيها خصمه ، وفي مسائل المعاملات المالية نجد أن المشرع استند الى ضابطا ملائما هو محل ابرام العقد أو تنفيذه أو وجوب تمام ذلك التنفيذ في العراق

كمعيار الانعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية ، وهو ما يعبر عنه بتوافر رابطة جدية ووثيقة فيما بين النزاع والمحكمة الملائمة للنظر بالنزاع.

6- كشفت الدراسة على ان نظرية المحكمة غير الملائمة عرفت في القانون الانجلو سكسوني وامتدت بعد ذلك فكرة المحكمة الملائمة الى الدول الاوربية وغيرها من ضمنها مشروع اتفاقية لاهاي للاختصاص القضائي للمحاكم والتنظيم الأوربي الصادر في 22 ديسمبر 2000 والذي حل محل اتفاقية بروكسل لعام 1968 كما عرفت نظرية المحكمة الملائمة والمحكمة غير الملائمة في قوانين الدول اللاتينية المعروفة بنظم القانون المدني المكتوب. أي أن القاضي وفقاً لهذه النظرية عندما ترفع إليه منازعة تدخل في اختصاصه وتبين له من ظروف وملابسات وعناصر الدعوى المرفوعة أمامه أنه في وضع لا يسمح له بالتحقيق في القضية والفصل فيها بطريقة مناسبة وذلك لارتباطها وتركزها في إطار نظام قانوني آخر، بما يعنيه ذلك من صعوبة التحقيق في الوقائع المادية للقضية وفحصها أو لصعوبة وسائل الإثبات فيها ، أو يكون التقاضي أمامه مرهقا للمدعي عليه ، أو يتبين له أن المدعى لم يرفع دعواه أمامه إلا بغية الإضرار والكيد باسمه أو لحمله على إجراء تسوية ضارة به أو غير ذلك من الأسباب التي يمكن أن يستخلصها من ظروف ووقائع الدعوى المرفوعة أمامه ، في حين أنه يمكن لمحاكم دولة أخرى الفصل في هذه الدعوى بطريقة أكثر ملائمة للأطراف ، ولهدف حسن سير العدالة فإنه يرفض الفصل في الدعوى ، أو يعلن تخليه عن الاختصاص استناداً إلى كونه قاض غير ملائم للفصل فيها.

أما فيما يتعلق بوضع فكرة الملائمة في مجال الاختصاص التشريعي وتنازع القوانين، فقد أكد الفقه والقضاء على أن اعتماد أي من ضوابط الإسناد لابد أن يقوم على مجموعة من المعايير التي تعتبر هي من مقومات فكرة الملائمة في عقد الاختصاص التشريعي مقارنة بما عليه الوضع في الاختصاص القضائي.

7- وانتهت الدراسة إلى أن القاضي هو المختص وحده والمنوط به تقدير العناصر والظروف في كل حالة على حدة، للوقوف على قانون الدولة التي تتركز على إقليمها العناصر المحورية والمؤثرة التي تمثل مركز الثقل في الواقعة المنشئة للالتزام، ومركز الثقل هذا يستدل عليه عن طريق الموازنة بين مختلف عناصر الإسناد الشخصية والموضوعية المتعلقة بالعلاقة القانونية، وسياسة كل دولة في تبنى ضوابط اسناد تلائم ظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية كذلك.

8- ان اختيار المشرع لضابط الاسناد من عنصر اطراف العلاقة في نطاق الأحوال الشخصية باعتباره يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية فقد يتخذ موطن الشخص ضابطاً لاختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره عنصراً واقعياً يحقق اعتبارات الملائمة والعدالة في نظام قانوني معين

اذ تظهر هذه الفكرة في ضابط الموطن بصورة اكبر بالمقابل للقانون المعني او موقع العقار لكفالة اثار الاحكام الصادرة وخاصة في مجال حماية غير كامل الاهلية باعتبار ان قانون الموطن يمثل مركز الصلة الاوثق بالنزاع ويقلل من الاثار غير الملائمة لتطبيق قواعد النزاع.

9- وفي سبيل الوصول إلى فكرة القانون الملائم فقد اقترحت الدراسة من خلال الدراسات للقانون الأوربي والانكلوسكسوني اعتماد عدة أدوات تحقيق هذه الفكرة من خلال عقد الاختصاص للقانون الذي يرتبط بالعلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية، والذي تبنى المشرع المصري ضابط الإسناد فيها من مركز الثقل في الرابطة، وهو ضابط الجنسية، سواء أشارت إلى تطبيق المعاملة القانون الوطني أو الأجنبي، مع عدم الإخلال بالمساواة بين القانونين في الإجرائية.

10- كذلك يتبين لنا ان دور الإرادة كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق أنه أكثر ملائمة ويتفق وتوقعات الأطراف المشروعة في العلاقة التعاقدية ، بتمكينهم من اختيار قانون يعرفون حكمه ويطمئنون إليه وهو ما يعمل على دفع حركة التجارة عبر الحدود وتسيير المعاملات الدولية للأفراد والحفاظ على استقرارها ودوامها ، وأثبتت الدراسة أن الراي الراجح في مختلف القوانين المقارنة هو إطلاق الحرية للأطراف في تحديد وقت اختيار القانون واجب التطبيق ، سواء تم هذا الاختيار لحظة إبرام العقد أو تحديده في وقت لاحق ، كما لهم الحق في أن يقوموا بتعديل الاختبار السابق لهم في حالة تحديده من قبل .

11-كما واكدت الدراسة على أن دور الإرادة امتد إلى مجال العلاقات غير العقدية ، فكما تلعب الإرادة دوراً جوهريا في مجال العقود الدولية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة السابق ، فيمكنها أن تلعب أيضاً دوراً بصدد العلاقات غير العقدية إذا ما توافرت مجموعة من الضوابط التي تضمن فعالية هذا الاختبار ، أي أنه إذا ما اتفق الأطراف صراحة وبملء إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية ، وذلك اقتناعا منهم أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم الخاصة التي هم أقدر من غيرهم على تقديرها حق قدرها " ويحفظ حقوقهم بما يحقق الأمان القانوني لهم . وهو ما يقترب من فكرة التركيز الاجتماعي لوقائع وظروف وملابسات الفعل الضار دون التعويل على تركيز مادي أو جغرافي، الذي هو من الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص بوجه عام.

12-أنه في سبيل تحقيق فكرة القانون الملائم ظهرت أداة أخرى توضع بين الأفراد عرفت باسم الاتفاق الإجرائي لتحقيق نفس الهدف في علاج العيوب التي تنطوي عليها قاعدة التنازع، حتى لو امتد مجال هذا الاتفاق الإجرائي إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية، ومن ثم يمكن للأطراف الخروج عليها إذا ما قدروا أن من مصلحتهم تطبيق قانون آخر غير

القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التعاهدية. والاستبعاد الاتفاقي من جانب الأطراف لقاعدة التنازع يستخدم فقط في الحقوق التي يملكون التصرف فيها من أجل الوصول بالأطراف والرابطة القانونية إلى تطبيق القانون الملائم عليها، ويتضح ملائمة ذلك من خلال دور هذا الاتفاق الإجرائي في مساندة منهج قاعدة التنازع والإبقاء عليه وعدم العودة إلى هجره كما قال به فقهاء الدول الأنجلو أمريكية، كما أن وجود نظام الاتفاق الإجرائي من شأنه التغلب ولو جزئيا على مشكلة استبعاد الإحالة، والتقليل من حالات إعمال الدفع بالنظام العام.

ثانيا: التوصيات

1- نوصي المشرع العراقي أن يعيد النظر في قواعد الاختصاص القضائي الدولي من خلال إضافة في نص المادة 15 من القانون المدني العراقي على اعتماد ضابط الخضوع الارادي لتحديد المحكمة المختصة بتسوية النزاع ويعتمد من إرادة الأفراد ضابطاً مطلقاً للاختصاص القضائي الدولي، سواء ترتب على ذلك حالة جلب الاختصاص للقضاء أم سلبه منه، ونقترح النص الاتي لذلك (د- اعتماد ضابط إرادة الافراد لتحديد المحكمة المختصة للنظر بالنزاع بشرط عدم مخالفة الآداب والنظام العام)

2- نوصي المشرع العراقي الأخذ بنظرية المحكمة غير الملائمة في القانون العراقي من خلال الإضافة الاتية إلى نص المادة 30 في قانون المرافعات وتقترح الاتي (...إلا إذا رأت المحكمة ان هناك محكمة أخرى أكثر ملائمة للنظر في النزاع المعروض امامها من اجل تحقيق مصلحة الافراد).

3- نوصي المشرع العراقي إضافة ضوابط جديدة إلى جانب الضوابط التقليدية في عقد الاختصاص للمحاكم العراقية وفق مبادئ واسس تتناسب مع طبيعة ونوع العلاقة القانونية من اجل تحقيق مصلحة الطرفين في العقد أو تحديد المحكمة المختصة بتسوية النزاع أي والاجل ذلك نقترح تعديل نص المادة 15 في القانون المدني العراقي كالاتي: (يعقد الاختصاص للمحاكم العراقية ايضاً حسب طبيعة النزاع ونوع العلاقة القانونية من اجل تحقيق مصلحة الافراد).

4- نوصي المشرع العراقي توسيع مفهوم النظام العام في قانون تنفيذ الاحكام وعدم اقتصار تنفيذ الاحكام بشرط عدم مخالفة النظام العام وهذا لا يمكن تصوره في مسائل الأحوال الشخصية اذ انها علاقات شخصية بين الافراد مادامت غير متعلقة بعقار موجود داخل العراق ونقترح الاضافة الاتية لنص المادة 32 من القانون المدني العراقي والاجل ذلك (.... عدا تنفيذ الاحكام في العلاقات الشخصية بين الافراد) .

5- نوصي المشرع العراقي تعديل نص المادة (30) من القانون المدني العراقي ليشمل حالات تنازع الاختصاص القضائي الدولي باعتبارها أحد المواضيع الرئيسية في القانون الدولي الخاص إلى جانب تنازع القوانين ونقترح النص الاتي لأجل ذلك (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

6- نوصي المشرع العراقي اعتماد الإجراءات المستعجلة في قانون المرافعات المدنية لتكون ضابط لعقد الاختصاص للمحاكم العراقية.

المصادر

المصادر

القرآن الكريم

أولاً- المعاجم اللغوية

1. ابن منظور، محمد جمال الدين، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،2/916-917، مادة ن س ب.
2. المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1411هـ، باب اللام.

ثانياً - الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم ود احمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص الجنسية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
2. ـــــــــــــــ ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 .
3. ـــــــــــــــ ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 1983 .
4. إبراهيم مصطفي، المعجم الوسيط، اصدار مجمع اللغة العربية، دار الدعوة للنشر، القاهرة، 1960.
5. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج1، ط 2، دار الارشاد، بغداد، 1972.
6. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، اصولاً ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة بدون تاريخ نشر، المنصورة، وفي الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية،الاسكندرية،1996.
7. ـــــــــــــــ ، الاستعجال في المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
8. ـــــــــــــــ ، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية،2008
9. ـــــــــــــــ ، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

10. ـــــــــــــــــ ، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 .
11. ـــــــــــــــــ ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية – قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008
12. ـــــــــــــــــ ، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة،1989.
13. ـــــــــــــــــ ، نظرية العقد الدولي الطلق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989.
14. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث وتحليل انتقادي مقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
15. احمد قسمت الجداوي، دراسات في القانون الدولي الخاص، ج2، القاهرة، 1986 .
16. احمد محمد الهواري، ج2، تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، 2009 .
17. ـــــــــــــــــ ، نظرات في استثناءات تقويم الاسناد (دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء تشريعات القانون الدولي الخاص وبوجه خاص التشريع السويسري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 .
18. أشرف محمد وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج1 في المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.
19. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
20. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص ج4 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، المطبعة العالمية القاهرة، 1964، واعيده نشره تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
21. ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص العربي، ج3 تنازع القوانين، القاهرة ،1959.
22. ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص العربي، ج3، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، بغداد، 1960.
23. ـــــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، ج2(تنازع القوانين. تنازع الهيئات. تنازع الاختصاص)، ط2،مطبعة الفيض، بغداد، 1948.

24.حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1940.
25.حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري، مطبعة فتح الياس، القاهرة ، 1941.
26.حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة القانون العراقي، ج1(القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية)، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1970.
27.حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
28.حسن بغدادي، التفرقة بين الأحوال الشخصية والاحوال العينية، القاهرة، 1973.
29.حفيظة الحداد، النظرية العامة في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
30.ـــــــــــــــ، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية.
31.حمد قسمت الجداوي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية،1972.
32.حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة،2020
33.خالد عبد الفتاح محمد خليل حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2002.
34.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2010.
35.رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، دار شتات للنشر والبرمجيات.
36.سامي بديع منصور ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص حلول النزاعات الدولية الخاصة، الدار الجامعية، بيروت، 1990.
37.سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1981.
38.سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في القانون العراقي، مطبعة اسعد، بغداد،1980.

39. صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير احكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
40. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
41. عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
42. عباس العبودي، تاريخ القانون (التاريخ العام للقانون. القوانين في وادي الرافدين، القانون الروماني. الشريعة) دار الكتب، جامعة الموصل، 1989.
43. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، مطبعة الاعتماد، 1924.
44. عبد الحميد وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، بغداد ، 1940.
45. عبد الرحمن الصابوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، ج1، الزواج واثاره، الطبعة الثامنة، جامعة دمشق، 1998
46. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مكتبة السنهوري بيروت، 2015.
47. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص الجزء الأول (الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1972،
48. ـــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط9، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987.
49. ـــــــــــــــ القانون الدولي الخاص، ج2 ، دار النهضة العربية، ط2، 1977.
50. ـــــــــــــــ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج2، ط9، 1986.
51. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، دون ذكر سنة طبع،
52. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية وتنفيذ الاحكام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
53. ـــــــــــــــ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

54. ـــــــــــــــــ احكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة، ج2(تنازع القوانين)، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
55. ـــــــــــــــــ الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الأجنبية، جامعة الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007.
56. ـــــــــــ قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
57. علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، ج1، مطبعة العاني، بغداد، 1962.
58. عماد طارق عبد الفتاح، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، المكتب الإسلامي، 2005 .
59. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج2 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982 .
60. ـــــــــــــــــ، مبادئ العلوم السياسية، ج3، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1966 .
61. غالب علي الداوودي ود حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون ذكر سنة نشر.
62. ـــــــــــــــــ القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.
63. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
64. فريد فتيان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ، 1954.
65. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دمشق، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق، 2018.
66. فؤاد رياض ود سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية)، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

67. ـــــــــــــــــ الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة،1987.

68. ـــــــــــــــــ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة،1994.

69. ـــــــــــــــــ الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

70. محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الرابع،1974.

71. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

72. محمد الروبي قطب عطا الله، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.

73. ـــــــــــــــــ، دور الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2013.

74. محمد حمدي بهنسي، دور الإرادة الفردية في حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية في مجال القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004.

75. محمد عبد المنعم رياض بك، مبادئ القانون الدولي الخاص، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1943.

76. محمد كامل مرسي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية. الموطن. مركز الأجانب. مادة التنازع)، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1978.

77. ـــــــــــــــــ شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، المطبعة العالمية، مصر.

78. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الباب التمهيدي (القانون وتطبيقه. الأشخاص. تقسيم الأشياء والأموال)، المطبعة العالمية، مصر، 1954.

79. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص الجنسية-الموطن-مركز الأجانب-مادة تنازع القوانين، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993

80. ـــــــــــــــــ أصول القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992.
81. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
82. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة، بيروت، لبنان، 2005.
83. ـــــــــــــــــ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة-بغداد، بغداد، 1972.
84. نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، آمالي ومحاضرات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1965-1966..
85. هاشم صادق ود عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ج1 في تنازع القوانين، دار الفتح، اسكندرية، 2011.
86. هشام خالد، الإحالة، ط1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
87. القانون الدولي الخاص، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2014.
88. ـــــــــــــــــ المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته. مباحثه. مصادره. طبيعته) دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
89. هشام علي صادق ود عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
90. التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ج2، دار الفتح، اسكندرية، 2011.
91. هشام علي صادق ود حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، الاسكندرية، 2000.
92. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 1995، منشاء المعارف.
93. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
94. ـــــــــــــــــ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التقنين المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

95. ـــــــــــــــــــ، دراسات في القانون الدولي الخاص، بيروت، 1986.
96. هشام محمد خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة 2000.

ثالثاً ـ الاطاريح الجامعية

1. ثامر داوود عبود الشافعي، المعايير المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، 2015
2. ريزان حمودي كريم الشمري، الاختصاص القضائي في تسوية المنازعات الناشئة من عقد النانو، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء، 2021.
3. صفوت أحمد عبد الحفيظ احمد راجع تفصيلا في توضيح هذه التفرقة للتطوير في اطروحة دكتوراه، بعنوان " دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص " مقدمه من، عام 1999.
4. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي " دراسة تأصيليه، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
5. نادية إسماعيل محمود محمد، نظرية الملائمة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة حلوان كلية الحقوق، 2014.
6. ياسر عبد العزيز، القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد الزواج، دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاصة اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق، 2002م .

رابعاً- البحوث

1. احمد عبد الكريم سلامة، مقال القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد40، 1984.
2. احمد صادق القشري، مقال له بعنوان (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة العاشرة، العدد الأول، جامعة عين شمس، يناير 1968.

3. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، بحث منشور في المجلة في المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق، العدد الأول، 1986.
4. ـــــــــــــــ تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 51 لسنة 1995.
5. ـــــــــــــــ خمسون عاماً خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 53 لعام 1977.
6. احمد مسلم، النفقة الوقتية تكيفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء، بغداد، 1951.
7. أشرف محمد وفا، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع الوطنية من قبل اتفاق أطراف النزاع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 89، 2015.
8. ـــــــــــــــ استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، المجلة المصرية القانون الدولي، العدد 20 ، 2004.
9. جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف الاجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون ، 2002.
10. حمدان بن درويش الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، بحث منشور في قسم البحوث الإدارية والإنسانية معهد خادم الحرمين الشريفين، العدد 35،ج1، 2012 .
11. خير الدين كاظم الأمين، بحث بعنوان نظرية انتقادية لمنهج قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص العراقي، منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26،العدد 8 ، 2018 .
12. محمد بهنسي، النظام العام والبعد الاجتماعي للقوانين الوطنية في مجال القانون الدولي الخاص، المجلة الوطنية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقايق،2000 .
13. هشام علي صادق، تعليق على حكم منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، القاهرة،1970 .
14. ـــــــــــــــ ، نظرات انتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية"، بحث مقدم الى المؤتمر الذي نظمته وزارة العدل

المصرية عام 1998 بمناسبة مرور 50 عاماً على اصدار التقنين المدني، خاصة بند 27 .

15.وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية في جامعة عين شمس، العدد الأول، 1973.

خامساً ـ القوانين

1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.

2- القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948.

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

4- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188/ لسنة 1959 المعدل.

5- القانون الدولي الخاص النمساوي 1979 .

6- الدستور العراقي النافذ 2005.

7- اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 .

سادساً ـ المواقع الالكترونية

1- محاضرات الأستاذ FRANK VISCHER باللغة الإنجليزية بعنوان القانون الدولي الخاص الاختياري 1995 ، Res des . " Facultatif privat international law .cor La Haye

2- مهدي قدوري كريم، خلاصة احكام القضاء المستعجل، مقال منشور على موقع القضاء الأعلى العراقي ،2021/1/28،على الموقع الالكتروني، hjc.iq .

3- كاظم راضي صاحب، مقال منشور على موقع كلية القانون جامعة بابل تحت عنوان توضيح هام لمفهوم القضاء المستعجل واحكامه طبقا للقوانين العراقية، 2017/9/21، law.uobabylon.edu.iq

4- معنى اختصاص في قواميس ومعاجم اللغة العربية، من الموقع الالكتروني، https://www.arabdict.com/m/results

5- السمات الرئيسية للقانون العام أو أنظمة القانون المدني، بحث منشور على الموقع الالكتروني ppp.worldbank.org

6- ئارام محمد صالح سعيد، احكام الخطبة في التشريع العراقي، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان- السليمانية) ISSN 2520-7377عبر الإنترنت)، ISSN 2520-5102 (طباعة) DOI: http://dx.doi.org/10.25098/1.2.222 .

7- ROSWITHA RIEGEBAUER, (Self)- Regalation of e-comnere in 7Furope-Time to think small Building SMES trust and confidence in the electronic pnarketplace, Utrecht university May 2004: من الموقع الالكتروني ،

http://www2.law.uu.ni/itrech .

8- عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرات القانون الدولي في قسم القانون الخاص، المحاضرة 4، شبكة جامعة بابل، موقع الكلية، uobabylon.edu.iq, .

9- للمزيد على e3arabi: فلسفة القانون والواقعية القانونية https://e3arabi.com/?p=597807

، http://ar.facts-news.org/taaryf-almlaam،

10- Hezog ، مقال منشور, Revue critique de droit international privé, crit,p1

11- المحكمة العليا للولايات المتحدة، التعديل الحادي عشر على دستور الولايات المتحدة منشور على الموقع الالكتروني، wiki,https;\\ar.mwikipedia.org

12- الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي الدولي، بحث منشور على الموقع الالكتروني للجامعة المستنصرية https:\\uomstansiriyah.edu.iq

13- عوني الفخري منقول من الموقع الالكتروني للجامعة المستنصرية http:\u0mstansiriryah.edu.iq.

14- PASSA (j), territorialité de la marque et protection contre un signe expressi internet stranger 2005

على الموقع الالكتروني https/ www.juriscom.net

15- MANARA (Ccontrefaçon sur internet compétence international Dalloz 2005 http // www.institut - pdf / contrefacon - sur internet – htmel.

16- GARDET (G) Les aspects proceduraux du commerce juidicaire , Français et internet at , hTTP // perso.wandoo.fr / hanart / pagescrites / come / electronique.htm . 2000

سابعاً - المصادر الاجنبية

1- ANDREAS BUCHER : " Vers L'adoption de La méthode des intérêts " Réflexions a la lumière des codification Récents , Trav . com . fr . dr . int.Privé , 1994-1995 .

2- Brooke a dell marshal, reconsidering the proper law of the contract, article, june 2012 .

3- BUCHER' Consequences de la suppression de la suppression de I'article 8 lrdc',1977 .

4- Ca proximité est un critére qui permet à la jurisprudence de disposer d'un certaine flexibilit , de S'ecarter d'une régle de conflit que parait rigide " . .

5- DENOVA: adoption in comparative private international law, Rec, cours la Haye 1961, L,III .

6- DOMINIQUEBUREAU" I'accord procedural'a'l epreuve" Revue critique de droit international prive, 1996,

7- F. SCHHWIND:" Entwurf eines bundesgesesetzes uberdas international privat und prozessrcht", zfrv,1971 .

8- FL MANS: "Théorie des articles de fait en droit prive français ، Contemporains de conflit du fait du droit en Droit Privé français". 1965 FL MAN .1965

9- H Bauer, compétence juriciaire internationale des tribinaux francais et allemands (étude comparative) Dalloz , 1965 No. 100 .

10- Henri Motulsky, Studies and Civil Procedure Notes Dalloz, Parls,1973,

11- KNOEPFLER,LOI DU 25 JUIN 1978 PORTANT UNIFIICATION DU CODE CIVIL SUISSE COMMENTAIRE RVE,1978

12- Koefer c. Goldschmidt, ATF 94 II p 297, 302; Harrison (z) C. Schweiz. Kreditanstalt, ATE 96 II .

13- La polygamie en droit international privé , étude comparative des droits Francais , anglais et egyptien , thèse Paris 1981

14- LOUSSOUARN: COURS general de droit international prive rec des cours,1973,II Murdoch University, The concept of characteristic performance and the proper law doctrine, Nicky Richardson,

15- LOUSSOURAN et BOUREL : " Droit - international privé " A 6d . Dalloz 1993 .

16- MAYER et HEUZE: " droit international prive ", 7ed, Montchrestien , 2001 .

17- MAYER(P): Droit international prive,5 editions, paris, montehrestien.1994.

18- PASCALDE VAREILES-Sommiéres: la compétence intrenationale de Etat en matière de droit privé, droit international public et droit international privé Revue international de droit comparės ,1998 Volume 50 Numéro .

19- V.bertand ancel,et yveseequtte: not sous cour de Paris. 13 juin 1814. prands ares de grands arrfes la jurisprudence francaise prudence tranç ise de droiu in crationa' prive 1992 .

20- VIGNAL (T.) : " La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats " , thèse Paris , 1993 .

21- VISCHER l, W.L.M. REESE, in J.A. MARTIN (ed), Perspectives on Conflict of Laws, Choice of law. Boston, 1980 .

22- WILHELM WENGLER : " L'évolution modeme du droit international privé et la previsibilité du droit applicable, Rev. Crit .

Abstract

The issue of the theory of appropriateness in settling personal status disputes is one of the important issues at the presenal status disputes in one of the important issues at the preseut time, and that it affected the development of private international law has bee effected in recent years by two radically conffatal considerations ,namely providing legal security and the other being the ability to an anticipate the law, which led to encouraging the trend towards devloping techniques for this law and drafting of attribution rules of attribution that are specific and rigid. As for the second consideration,it is the need for every legal rule that is general and abstract for a degree of flexibility when applied to centers of a special non stereotypical nature. This considerations, that is, between the stagnation of legal rule prepared in advance in the rules of the confict, generates the need for justice to intervene sometimes to redce the inapporopriate effects of applying this rule;espeically when it turns out that there is a more relevat law. And the most closely related to the dispute presented by chosen law.

The Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Kerbala

College of Law

Branch of private law

THE Theory of Appropriteness In Setting Personal Status Disputes (A Comparative Study)

PhD thesis submitted To the Council of the College of Law - University of Karbala

As part of the PhD requirements Philosophy in private law

Writing by the student

Ansam Rasam Ghadban Hussein

Under the supervision of

Assist. Prof. Dr. Thamer Daoud Abboud

1444 A.H. **2022 A.D.**