الحلول الانتقائية في تنازع القوانين

(دراسة تحليلية)

د. حسين محمود أحمد عطية

دكتوراه في القانون الدولي الخاص- كلية الحقوق- جامعة عين شمس

Husseinattia8@gmail.com

(ISSN: 2537- 0758)

الحلول الانتقائية في تنازع القوانين
(دراسة تحليلية)

د. حسين محمود أحمد عطية

ملخص:

إن حقيقة أن العديد من أنظمة القانون الدولي الخاص، والتي يُنظر إليها عادةً على أنها معاقل لعدالة قاعدة الإسناد، اتجهت إلى الإقرار بأنه من المناسب سن العديد من قواعد اختيار القانون المصممة خصيصًا لتحقيق نتيجة موضوعية معينة، وهو ما يشير إما إلى أن هذا التوجه نحو القواعد المصممة خصيصاً لتحقيق نتيجة معينة أصبح خاطئاَ، أو أن وجهة النظر القائمة على العدالة المادية اكتسبت أرضية كبيرة على وجهة النظر الكلاسيكية.

وفي كل الأحوال، تشير هذه الإشكالية إلى أنه لم يعد هناك اختيار بين عدالة قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص والعدالة المادية، بل يجب النظر إلى الإشكالية على أساس إنها مسألة متى وكيف وإلى أي مدى يجب أن تخفف رغبة العدالة المادية من البحث عن عدالة قاعدة الإسناد.

كان المجال القانوني لتنازع القوانين دائمًا مقسمًا بين نموذجين نظريين يُعرفان باسم "عدالة قاعدة الإسناد" و"العدالة المادية"، بحيث ظلت النظرة الموحدة للعدالة في العلاقات الدولية العابرة للحدود الوطنية بعيدة المنال، فقد رأي بعض الفقه المصري أنه من العسير النظر إلى أن هدف قواعد التنازع تحقيق العدالة فهو أمر غير مقبول لنظرته الشاملة التي من الصعب إدراكها.

بالنظر إلى انتشار العلاقات بين الأشخاص عبر الحدود، تلعب قواعد اختيار القانون دورًا هائلاً في تأمين العدالة في المجال الاجتماعي عبر الوطني، فحقيقة الأمر أن العديد من أنظمة قانون الأحوال الشخصية والتي يُنظر إليها عادة على أنها تحقيق لعدالة النزاعات، رأت أنه من المناسب أن يتم سن الكثير من قواعد اختيار القانون المصممة خصيصاً لتحقيق نتائج موضوعية محددة تشير إما إلى أن هذا التصور خاطئ أو أن وجهة نظر العدالة المادية اكتسبت ثقة أكبر من وجهة النظر الكلاسيكية.

أن وجود العديد من القواعد الموجهة نحو تحقيق نتائج محددة، يتعارض مع أساس وفلسفة القانون في تحقيق العدالة التي لن تتواجد الا من خلال صياغة قواعد قانونية حيادية وغير موجهة لتحقيق نتائج محددة.

Abstract:

A fair trial is one of the most important guarantees sought by all parties and societies, which enhances the current and ongoing international principles regarding international rights and the right of society.

The rules of choice of law aim to "choose" the applicable law (which does not necessarily have to be the law of the state) on legal issues related to multiple judicial authorities، Contrary to the goal of the rules of choice of law, the settlement of conflict of laws affects justice more, as justice is not achieved or accepted by those affected by the application of the legal rule, which in most cases do not match the legal, social and economic rules for them due to their belonging to different societies and cultures, and they do not share the same values, purposes, or even religion.

Given these challenges posed by international legal issues, it is expected that many conflict of laws theories will be developed with the aim of achieving international justice، The rules of conflict of laws have shown two theories of justice, although they are considered completely different and perhaps irreconcilable, they may lead to similar results.

The resolution of such disputes in a manner that is objectively fair and just to the litigants should be an aim of private international law as much as of national or domestic law. International law should not merely name its application of justice by the rules by which the law is chosen but should aspire to achieve “material justice”.

(ISSN: 2537- 0758)

مقدمة

المحاكمة العادلة من اهم الضمانات التي يبحث عنها كافة الاطراف والمجتمعات والتي تعزز من المبادئ الدولية الحالية والمستمرة بخصوص الحقوق الدولية وحق المجتمع، ويتم ذلك من خلال مسألة تحديد القانون واجب التطبيق باعتبارها الفرع الرئيسي لتنازع القوانين (جنبًا إلى جنب مع قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والاعتراف بالأحكام الأجنبية وإنفاذها)، فإن قواعد اختيار القانون تهدف إلى "اختيار" القانون المطبق (والذي ليس بالضرورة أن يكون قانون الدولة) على المسائل القانونية التي لها صله بالسلطات القضائية المتعددة.

بخلاف هدف قواعد اختيار القانون، فإن تسوية تنازع القوانين يؤثر بشكل أكثر على العدالة، فلا يتم تحقيق العدالة أو القبول بها من قبل المتأثرين بتطبيق القاعدة القانونية والتي في أغلب الأحيان لا تتطابق القواعد القانونية والاجتماعية والاقتصادية لهم بسبب انتماءهم لمجتمعات وثقافات مختلفة، كما انها لا تشترك في نفس القيم والأغراض.

بالنظر إلى هذه التحديات التي تطرحها المسائل القانونية الدولية، فمن المتوقع أن يتم تطوير الكثير من نظريات تنازع القوانين بهدف تحقيق العدالة الدولية، فقد تكون بعض الافعال والتصرفات افعالاً غير مقبولة في مجتمع من المجتمعات فيتحدد على هذا الأساس قواعد اختيار القانون وفق قواعد تلك الدول أو من خلال اعمال نظريات النظام العام في بعض الحالات بخلاف القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها تطبيقاً لتشريعات تلك الدول، على سبيل المثال قانون المسؤولية التقصيرية الذي ينطبق عند وقوع حادث في ولاية قضائية مختلفة عن تلك التي يقيم فيها أحد الطرفين أو كلاهما، أو أي قانون عقد ينطبق عند إبرام اتفاق في ولاية قضائية واحدة ولكن يتم تنفيذه في آخري.

أظهرت قواعد تنازع القوانين نظريتين للعدالة بالرغم من أنهما تعتبران مختلفتين تمامًا وربما لا يمكن التوفيق بينهما، إلا أنهما قد يؤديان إلى نتائج متشابهة[1].

---

[1] للحصول على نظرة عامة مفصلة عن الاختلافات المفترضة بين وجهتي النظر، راجع:-
Louise Weinberg, Theory Wars in the Conflict of Laws, 103 MICH. L.REV. 1631 (2005).

تعتمد النظرة الأولي وهي النظرية التقليدية للقانون الدولي الخاص أو ما يطلق عليها النظرية الكلاسيكية على فرضية أساسية مفادها أن وظيفة القانون الدولي الخاص هي ضمان حل النزاع القانوني الذي يحوي على عنصر أجنبي وفقًا لقانون الدولة التي لديها العلاقة الأقرب أو الأكثر ملائمة مع النزاع.

النظرية الثانية هي نظرية العدالة المادية، وهي أقدم بكثير من وجهة النظر الكلاسيكية[٢]، تبدأ بفرضية أن القضايا التي تحوي عنصر أجنبي ليست مختلفة نوعياً عن القضايا الوطنية، ولا ينبغي للقضاة التنازل عن مسؤوليتهم لحل النزاعات بشكل عادل ومنصف بمجرد اكتشافهم أن القضية تحتوي على عناصر أجنبية.

يجب أن يكون حل مثل هذه النزاعات بطريقة عادلة ومنصفة من الناحية الموضوعية للمتقاضين هدفًا للقانون الدولي الخاص بقدر ما يكون هدفًا للقانون الوطني أو الداخلي، لا ينبغي للقانون الدولي أن يكتفي بمجرد تسمية تطبيقه للعدالة من خلال القواعد التي يتم بها اختيار القانون ولكن يجب أن يطمح لتحقيق "العدالة المادية"، وبالتالي، فإن هذا الرأي يرفض الافتراض الكلاسيكي بأن قانون الدولة ذات الصلة بالنزاع هو بالضرورة القانون المناسب والواجب التطبيق، فبدلاً من ذلك يفحص القانون المطبق بشكل مباشر لتحديد ما إذا كان ينتج بالفعل النتيجة المناسبة، والعادلة من الناحية المادية"، وحيث تختلف الآراء حول تحديد مدي ملاءمة النتائج، لكن جميع القواعد القانونية المختلفة من وجهة النظر هذه تتفق على أنه يجب تحديد الملائمة من الناحية المادية وليس من الناحية المكانية.

الافتراض الضمني إن لم يكن الصريح للمدرسة الكلاسيكية هو أنه في الغالبية العظمى من الحالات، يكون فيها قانون الدولة ذات الصلة بالنزاع هو القانون المناسب والواجب التطبيق، ولذلك لا يتم تعريف "الملاءمة" من حيث محتوى ذلك القانون أو جودة الحل الذي ينتجه، ولكن ينظر إلى الملاءمة من الناحية الجغرافية أو المكانية[٣].

---

(2) M. M. Aridakis, "L'inapplicabilité du droit étranger à Byzance," 2 Mélanges Fredericq 79 (1965).

(3) Symeon C. Symeonides, "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law," in International Conflict of Laws for the Third Millennium, 125, 126 (P. Borchers et al. eds., 2001).

(ISSN: 2537- 0758)

إذا إن العلاقات بين الدولة التي ينبثق منها هذا القانون والنزاع متعدد الدول المطروح يعمل على تلبية معايير اختيار قانونية معينة ومحددة مسبقاً عادةً، ويعتبر تطبيق هذا القانون مناسباً بغض النظر عن الصفات الفعلية للحل الذي ينتجه هذا القانون (سواء كان يحقق العادلة للأطراف أم لا)، وبالنظر إلي النتائج المترتبة علي تطبيق القانون وعما إذا كان الحل الفعلي سيكون جيدًا أم سيئًا فإنه يعتمد على توجهات وسياسات القانون المعمول به، وهذا شيء لا يمكن للقانون الدول الخاص أن يتدخل به أو يؤثر عليه، حيث توجد النزاعات كما سبق الإشارة لأن المجتمعات المختلفة تلتزم بأحكام قيمية مختلفة تنعكس في قوانينها الخاصة حول كيفية حل النزاعات القانونية[٤].

طالما يتم حل الخلافات الدولية عن طريق اختيار قانون دولة على قانون دولة أخرى، فإن مثل هذا الاختيار لابد أن يرضي مجتمعاً وطرفاُ واحداً دون الطرف الآخر، ولما كان الأمر كذلك، فإن اختيار القانون المطبق لا يمكن أن يكون الدافع وراءه ما إذا كان سينتج عنه حل "جيد" أو "عادل" للنزاع الفعلي، ومن ثم يجب أن يسعى القانون الدولي الخاص إلى تحقيق "العدالة الموضوعية"، أي ضمان تطبيق قانون الدولة المناسب، لكن القانون الدولي الخاص لا يمكنه توقع تحقيق "العدالة المادية"، أي نفس نوع ونوعية العدالة كما هو متبع في النزاعات الوطنية أو المحلية.

فالقانون الدولي الخاص يهدف إلى إيجاد أفضل حل مكانيًا من الناحية المكانية باعتباره رابط النزاع بقانون تلك الدولة، بينما يهدف القانون الموضوعي إلى أفضل حل من الناحية المادية[٥].

---

(4) Arthur von Mehren, "American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century," 37 Willamette Law Review 133, 134 (2000).

إن الصعوبات التي تطرح تكون أكبر بكثير عندما لا يتم وضع الخلافات التي يتعين حلها في نظام قانوني واحد يحمل قيماً وسياسات مشتركة ولديه إدارة موحدة للعدالة يمكنها أن تزن بشكل رسمي القيم المتنافسة وتقرر أيها سيسود عندما تنشأ الصراعات، كما لا يمكن عادة تحقيق نفس الدرجة من العدالة في الأمور التي تهم أكثر من مجتمع واحد كما هو منصوص عليه في الأمور التي تهم مجتمعاً واحداً ونظامه القانوني.

(5) Gerhard Kegel, Paternal Home and Dream Home ،Traditional Conflict of Laws and the American Reform ers,27 AM. J. COMP. L.61 5,61 6-17 (19 79).

تتمثل كلا النظريتين في "العدالة الموضوعية" و"العدالة المادية"، فإن الأولي "تهدف إلى اختيار الدولة المناسبة لتوفير القانون الواجب التطبيق، بدلاً من البحث المباشر عن القانون المناسب أو النتيجة المناسبة"[٦]، فعلى سبيل المثال يحدد قانون المكان الذي وقع فيه الضرر حقوق ومسؤوليات الأطراف، بغض النظر عما إذا كان يمنح تعويضًا أم لا.

فتلك النظرية تشير إلى أن القانون الذي يبدو أكثر عدلاً من الناحية الموضوعية قد يظل غير عادل إذا لم يكن هذا القانون مرتبطًا بأي شكل من الأشكال بالنزاع والأطراف، فالأسباب التي تجعل الأبناء يرثون والدهم تختلف عن الأسباب التي تجعلهم يرثونه وفقًا لقانون آخر دولة مواطنة له"[٧].

كما أن المجتمع الذي يحدث فيه الضرر لديه المصلحة في أن يقوم جميع الأفراد بموائمة أنشطتهم مع المعايير الموجودة في ذلك المجتمع، ولابد من التوافق بين المصالح المتباينة مع مراعاة مصلحة الدول، وفي ضوء هذه المصالح المستقلة عن محتوي القانون، اعتقد كيجل أن قواعد تنازع القوانين بشكل عام يجب اتخاذها دون النظر إلى قرارات العدالة الموضوعية التي يمكن العثور عليها في القوانين الموضوعية المختلفة[٨].

ترفض نظرية "العدالة المادية" تلك النظرة معلله بأنه لا يمكن قياس العدالة بتطبيق قانون معين إلا بمصطلحات موضوعية وليس جغرافية[٩]، حيث أكدت النظرية على أن القانون الذي يمنح التعويض للمدعي (سواء كان هذا هو القانون الذي وقع فيه الفعل أو

---

(6) Symeon C. Symeonides, "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law," in International Conflict of Laws for the Third Millennium, 125, 126 (P. Borchers et al. eds., 2001).

(7) Klaus Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht: Zur Struktur, Standort und Methode des Internationalen Privatrechts, 315 (1981).

[٨] سمحت نظرية كيجل، مثلها مثل جميع نظريات تنازع القوانين، باستثناء من تطبيق القانون الأجنبي على أساس استثناء "السياسة العامة"، راجع:-

Gerhard Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in Festschrift Hanz Lewald (1953), at 198.

[٩] إذا كان الوضع يسمح بتطبيق قانون "أجنبي"، فإن اختيار القاعدة التي سيتم تطبيقها سيتم تحديده من خلال اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية عامة، راجع:-

E. Lorenzen, Territoriality, Public Policy, and the Conflict of Laws, 33 YALE L. J.736,748 (1924).

(ISSN: 2537- 0758)

الضرر أم لا) يمكن أن ينطبق بشكل عادل في نزاع ضرر مرتبط بولايات قضائية متعددة.

ظهر الخلاف أكثر وضوحاً بين كلتا النظريتين خلال نصف القرن العشرين، حينما تبلورت حدود كلاً من النظريتين (العدالة المادة والعدالة الموضوعية)، وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية حيث رفضت الولايات المتحدة الأمريكية تطبيق فكرة العدالة الموضوعية[١٠]، وقدم الفقيه بيرنارد كوري تطويراً لنظرية العدالة المادية تعرف باسم "تحليل مصلحة الدولة"[١١]، ومع هذه التطورات فقد أوجب على القضاة الذين يواجهون مسألة اختيار القانون التأكد أولاً من نطاق السياسة التي تقوم عليها القواعد المتنازعة.

استقبلت النظرية الأمريكية بكثير من التشكيك حول تطبيق فكرة العدالة المادية[١٢]، أما في المانيا فقد كان الفقيه جيرهارد كيجل المدافع عن فكرة العدالة الموضوعية[١٣]، وزعم أن قواعد اختيار القانون يجب أن تكون متوازنة بين التوفيق بين المصالح المختلفة، ورأي الفقيه كيجل انه في حالة تنازع القوانين "تظهر مصالح الأطراف ومصالح التجارة والانظمة القانونية المختلفة"[١٤]، بالإضافة إلي استقلال الاهتمامات عن محتوي القانون، فقد يكون للأفراد مصلحة في تطبيق قانون معلوم بالنسبة لهم دون النظر إلي محتوي هذا القانون[١٥].

---

[١٠] التمييز بين منظورين النظريين "اختيار المعايير" و"اختيار النتائج، راجع:-

David Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 HARV. L. REV. 173, 177 (1933).

[11] Brainerd Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws (1961).

[١٢] للحصول على مناقشة تفصيلية للطريقة التي نظر بها العلماء الأوروبيون إلى نظرية كوري، راجع:-

Alex Flessner, Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht (1990).

Erik Jayme, "The American Conflicts Revolution and the Impact on European Private International Law," in Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe 15, 15–27 (1990).

Christian Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts (1971).

[13] Gerhard Kegel, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht," in Festschrift Hans Lewald (1953).

[14] Gerhard Kegel, The Crisis of Conflict of Laws, 112 RECUEIL DES COURS 91, 184–85 (1964)

[15] Gerhard Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in Festschrift Hanz Lewald (1953), at 274.

إشكالية البحث:-

يُجيب البحث على أحد الأسئلة التي شغلت انتباه فقهاء القانون عما إذا كان هدف القانون الدولي الخاص هو ببساطة اختيار الدولة التي يجب أن توفر القاعدة المعمول بها دون النظر إلى محتواها والجودة الموضوعية للحل الذي تنتجه، أو ما إذا كان يجب أن يسعى إلى إنتاج أفضل حل موضوعي لقضية تنتمي أطرافها إلى عدة دول دون النظر إلى عناصرها الأجنبية.

من خلال الاستعراض لأجزاء البحث نستكشف هذه الإشكالية بين ما يسمى "عدالة قاعدة الاسناد" و"العدالة المادية"، يتخذ البحث موقفاً مفاده أن هذه الإشكالية لا ينبغي حلها بطريقة الفرضية الإجبارية أو إنها تقبل الفرضية القائلة بأن اعتبارات العدالة المادية، يجب أن تؤخذ في الاعتبار باعتبارها أحد العوامل التي ينبغي أن توجه إلى تحقيق العدالة في النزاعات، وتستكشف مسألة متى وكيف ينبغي إعطاء الأولوية لمثل هذه الاعتبارات(١٦).

١. **النظرة الكلاسيكية:** "عدالة قاعدة الإسناد"، إن النظرة الكلاسيكية التقليدية للمصالح العامة تعود إلى زمن سافيني على الأقل، وتستند إلى الفرضية الأساسية القائلة بأن وظيفة القانون الدولي الخاص هي ضمان حل كل نزاع قانوني دولي وفقاً لقانون تلك الدولة التي لها العلاقة "الأكثر ملاءمة" مع هذا النزاع.

لقد اختلفت الآراء حول تعريف وقياس "الملاءمة" مثل هذه العلاقة على مر السنين من نظام قانوني إلى آخر ومن موضوع إلى آخر، ولكن على الرغم من هذه الاختلافات، ظلت كل اتجاهات المدرسة الكلاسيكية منشغلة باختيار الدولة المناسبة لتوفير القانون المطبق، بدلاً من البحث المباشر عن القانون المناسب أو الذي ينتج عنه الحكم المناسب.

الواقع أن الافتراض الضمني إن لم يكن الصريح للمدرسة الكلاسيكية هو أن قانون الدولة المناسبة هو القانون المناسب في الغالبية العظمى من حالات النزاع، ولكن في هذا السياق، لا يتم تعريف "الملاءمة" من حيث محتوى ذلك القانون أو نوعية الحل الذي ينتجه، بل من حيث المصطلحات الجغرافية أو المكانية(١٧).

---

(16) Symeon C. Symeonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress, copyright by Kluwer Law International (1999).

(17) Kegel, The Crisis of Conflict of Laws, 112 Recueil des Cours 91, at 184-85 (1964).

(ISSN: 2537- 0758)

إذا كانت العلاقة بين الدولة التي ينبثق منها ذلك القانون والنزاع الدولي ظاهر بالطريقة التي تلبي معايير اختيار القانون المحددة مسبقًا، فإن تطبيق ذلك القانون يعتبر مناسبًا بغض النظر عن الصفات الفعلية للحل الذي ينتجه.

إن كون الحل الفعلي جيدًا أو سيئًا يعتمد على الخير أو الشر المتأصل في القانون المطبق، وهذا شيء لا يستطيع القانون الدولي الخاص أن يفعل الكثير بشأنه، حيث تنشأ النزاعات لأن المجتمعات المختلفة تلتزم بأحكام قيمية مختلفة تنعكس في قوانينها الخاصة فيما يتصل بكيفية حل النزاعات القانونية.

ما دامت النزاعات بين الدول المختلفة تحل عن طريق اختيار قانون دولة على حساب دولة أخرى، فإن مثل هذا الاختيار من شأنه أن يرضي مجتمعاً أو طرفاً ويسبب ظلماً لطرف آخر، وعلى هذا فإن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يكون مدفوعاً بما إذا كان القانون سيؤدي إلى حل "جيد" أو "عادل" للنزاع الفعلي.

ومن ثم، فإن قواعد القانون الدولي الخاص ينبغي أن تسعى إلى تحقيق "عدالة قاعدة الإسناد"، أي ضمان تطبيق قانون الدولة المعنية، ولكن القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يتوقع تحقيق "عدالة مادية"، أي نفس النوع والجودة من العدالة التي يتم السعي إليها في المواقف المحلية الكاملة.

عبر الفقيه جيرهارد كيجل عن ذلك عندما أشار إلى أن القانون الدولي الخاص "تهدف إلى الحل الأفضل مكانياً... [بينما] يهدف القانون الموضوعي إلى الحل الأفضل مادياً"[١٨].

٢. **الرأي الثاني**: "العدالة المادية"، يبدأ الرأي الثاني، وهو أقدم كثيراً مما يعتقده الناس عموماً، بافتراض مفاده أن القضايا التي تقام في أكثر من دولة لا تختلف نوعياً عن القضايا المحلية بالكامل، وأن القضاة لا ينبغي لهم أن يتخلوا عن مسؤوليتهم في حل النزاعات بشكل عادل ومنصف في اللحظة التي يكتشفون فيها أن القضية تحتوي على عناصر أجنبية.

إن حل مثل هذه النزاعات بطريقة عادلة ومنصفة جوهرياً للمتقاضين ينبغي أن يكون هدفاً للعدالة العامة بقدر ما هو هدف للقانون الداخلي، ولا ينبغي للعدالة العامة أن

(18) Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers, 27 Am. J. Comp. L. 615, 616-17 (1979).

تكتفي بنوعية مختلفة أو أقل من العدالة في النزاعات، بل ينبغي لها أن تطمح إلى تحقيق "العدالة المادية أو الموضوعية".

ولذلك فإن هذا الرأي يرفض الافتراض الكلاسيكي القائل بأن قانون الدولة المعنية هو بالضرورة القانون المناسب، وبدلاً من ذلك يفحص القانون المطبق بشكل مباشر لتحديد ما إذا كان ينتج بالفعل النتيجة "المناسبة"، وقد اختلفت الآراء مرة أخرى حول تعريف "ملاءمة" النتيجة، لكن جميع الاتجاهات المخالفة لهذا الرأي تتفق على أن الملاءمة يجب أن تحدد من حيث المواد وليس من حيث المكان.

منهجية البحث:-

سنتبع في تناول البحث حول حلول انتقائية في تنازع القوانين بأسلوب تحليلي تطبيقي من خلال عرض مختلف الآراء نحو توجهات الفقه والقضاء والتشريعات نحو فكرة اختيار القانون ومعيار العدالة، وبعض القضايا المشتركة بين كلا النظريتين والتي تؤدي في النهاية إلى الوصول لذات النتيجة.

أهمية البحث ومبررات اختياره:-

ترجع أهمية البحث في موضوع (حلول انتقائية في تنازع القوانين) إلى وجود تدخلات بين منهج "العدالة المادية" في "عدالة قاعدة الإسناد"، فخلال النصف الثاني من القرن العشرين، اكتسبت وجهة نظر العدالة المادية أرضية كبيرة على حساب الرأي الكلاسيكي، وهو ما وضح بشكل خاص في بعض دول العالم منها الولايات المتحدة حيث اتجهت بعض القواعد القانونية إلى تحقيق العدالة المادية باعتبارها القاعدة الأساسية لاختيار القانون[١٩]، ولا يناقش البحث هذه القواعد، كما أنها لا نناقش الدور الفعلي الذي تلعبه اعتبارات العدالة المادية في الحل القضائي الفعلي لقضايا النزاعات بموجب مناهج أخرى متبعة في أي مكان.

ولذلك يركز البحث على القواعد القانونية للقانون الدولي الخاص، والتي يُنظر إليها باعتبارها معاقل النظرة الكلاسيكية، وتفحص الدرجة التي تقر بها هذه الأنظمة رسميًا

---

(19) Cavers, A Critique of the Choice of Law Problem, 47 Harv. L. Rev. 173 (1933) ("justice in the individual case").

David F. Cavers, The Choice of Law Process 180 (1965) (result-oriented principles of preference for contracts).

Cavers, The Proper Law of Producer's Liability, 26 Int'l & Comp.L.Q. 703 (1977) (result-oriented principle for products liability).

(ISSN: 2537- 0758)

السعي إلى تحقيق العدالة المادية في عملية اختيار القانون، وأفضل دليل على هذا التوجه القانوني نحو النتائج نجده في قواعد اختيار القواعد القانونية المصممة خصيصًا لإنتاج نتيجة موضوعية معينة[٢٠]، يسعي البحث نحو تحديد هذه القواعد الموجهة نحو النتائج ثم يحاول تحديد الكيفية التي ينبغي لوجودها أن توجه بها المناقشة المستمرة بين أنصار وجهتي النظر.

نطاق البحث:-

خلال النصف الثاني من القرن العشرين، اكتسبت وجهة نظر العدالة المادية أرضية كبيرة على حساب النظرة الكلاسيكية، واتضح هذا بشكل خاص في الولايات المتحدة فاتجهت لتحقيق العدالة المادية باعتباره معيار اختيار القانون الرئيسي، لا يناقش البحث هذه الأساليب، كما لا يناقش الدور الفعلي الذي تلعبه اعتبارات العدالة المادية في الحلول الفعلية لقضايا النزاعات بموجب مناهج أخرى.

يركز البحث على عرض اتجاهات العديد من أنظمة القانون الدولي التي تستند إلي القانون الدولي الخاص لتطبيق قواعد اختيار القانون باعتبار أنها حصون لوجهة النظر الكلاسيكية، والدرجة التي تسمح بها هذه الأنظمة في تحقيق العدالة المادية في اختيار العملية القانونية، وقد تم العثور على أفضل دليل على هذا التوجه القانوني للنتائج في الاختيار القانوني لقواعد القانون المصممة خصيصا لإنتاج نتائج موضوعية معينة، بعد أن أدى تخوف الطرف الأجنبي الدخول طرف في العلاقات مع الدولة أو أي من مواطنيها خشيه تمسك الدولة بتطبيق قانونها التي تستأثر به وحاول دوماً البحث عن ضمانات تحفظ له حقه باعتباره الطرف الضعف.

تظهر القواعد الموجهة نحو النتائج بأشكال وأنماط مختلفة ومع ذلك فإن السمة المشتركة بينها هي أنها مصممة خصيصًا للوصول إلى نتيجة موضوعية معينة تعتبر مسبقًا مرغوب في حدوثها.

في أغلب الأحيان، يتم تفضيل هذه النتيجة من قبل القانون المحلي ليس فقط لدولة المحكمة ولكن أيضًا لأغلبية الدول التي تشارك في نفس النهج القانوني.

---

[٢٠] يمكن تحقيق العدالة المادية من خلال قواعد أو تقنيات أخرى غير مصممة خصيصًا لهذا الغرض، ومن بينها قواعد اختيار القانون العامة، والقواعد التي تعتمد على عوامل ربط محددة أو غير محددة، وقواعد اختيار القانون الموجهة نحو المضمون، وقواعد التهرب من القانون، والنظام العام، وعملية التكييف، والإحالة.

قد تكون هذه النتيجة واحدة مما يلي:-

أ. تفضيل صلاحية الشكل أو الصلاحية الموضوعية لفعل قانوني مثل (الوصية، الزواج، العقد العادي).

ب. تفضيل وضع معين مثل (وضع الشرعية أو البنوة، أو وضع الزوج أو الطلاق).

جـ. تفضيل طرف معين مثل (ضحية الضرر، المستهلك، الموظف، الملزم بالنفقة، أي طرف آخر يعتبره النظام القانوني ضعيفًا أو تعتبر مصالحه جديرة بالحماية).

يتم تحقيق الهدفين الأولين (تفضيل صحة الفعل القانوني أو تفضيل وضع معين) من خلال قواعد اختيار القانون التي تحتوي على قائمة بالقواعد البديلة لقوانين العديد من الدول (القواعد المرجعية البديلة) وتسمح للمحكمة باختيار قانون يضفي الشرعية على الفعل القانوني أو يمنح الوضع المفضل.

يتم تحقيق الهدف الثالث (حماية طرف معين)، من خلال قواعد اختيار القانون التي:-

أ. توفر خيارات بديلة للمحكمة كما هو مذكور أعلاه.

ب. تسمح للطرف المحمي، إما قبل أو بعد الأحداث التي تؤدي إلى النزاع، باختيار القانون المطبق من بين قوانين أكثر من دولة.

جـ. تحمي هذا الطرف من العواقب السلبية المترتبة على اختيار القانون الذي يفرض على النزاع.

يحدد هذا البحث هذه القواعد الموجهة نحو النتائج ثم يثار التساؤل حول تحديد كيف ينبغي لوجودها أن يوجه النقاش المستمر بين مؤيدي الرأيين، ولعرض الإشكالية تم تقسيم البحث كالتالي:-

خطة البحث:-

المبحث الأول: القواعد التي تدعم حالة محددة.

المبحث الثاني: القواعد التي تؤيد طرفاً واحداً.

المبحث الثالث: القواعد التي تعدم صلاحية بعض القواعد القانونية.

الخلاصة:-

تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي استخلصت من البحث.

(ISSN: 2537- 0758)

المبحث الأول
القواعد التي تدعم حالة محددة

حتى منتصف القرن العشرين على الأقل، كان للأبناء الغير شرعيين آثار قانونية واجتماعية تمييزية ووصمة في كل بلد تقريبًا، وبسبب هذه العواقب الوخيمة، احتوى القانون الوطني لمعظم البلدان على العديد من القواعد التي تم تصميمها لضمان حل الغموض والشكوك لصالح اثبات شرعية الأبناء.

ولما كانت شرعية الأبناء لها وضع خاص في القانون الوطني، فأصبحت الشرعية أيضا تحتل ذات الوضع في القانون الدولي الخاص عملاً لقواعد القانون الدولي الخاص للدولة، خاصة حينما يجد القاضي نفسه أمام عائق قانوني في ظل خلو قانونه من قواعد اسناد خاصة بالنسب، أو إذا تعارض القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته الأمر الذي يستتبعه استبعاد هذا القانون.

نظراً لأن الشرعية كانت الوضع المفضل في القانون الوطني، فقد أصبحت الشرعية الوضع المفضل في بالنسبة للقانون الدولي الخاص، وقد انعكس هذا التفضيل في قواعد اختيار القانون التي صُممت، ضمن معايير ضيقة معينة، لتؤدي إلى تطبيق قانون يمنح الشرعية الأفضلية، وبالتالي تضاعفت هذه القواعد، على الرغم من أن المعاملة التمييزية للأطفال غير الشرعيين في طريقها إلى التلاشي بعد أن تم إعلان اعتبارها قواعد غير دستورية في العديد من البلدان.

فنصت على أن الطفل يكون شرعيًا إذا كان من المقرر وقت الولادة أن يتم منحه هذه المكانة بموجب القانون الذي يحكم آثار زواج الأم، أو القانون الوطني لأي من الزوجين[٢١]، كما تنص بعض القواعد الأخرى على أن البنوة الزوجية يحكمها قانون

[٢١] للاطلاع على قاعدة مماثلة فيما يتعلق بإضفاء الشرعية من خلال الزواج اللاحق، انظر المادة ٢١ من قانون الأحوال الشخصية النمساوي .انظر أيضًا المادة ٢١ من قانون الدولي الخاص النمساوي (الذي ينص على أنه "في حالة اختلاف قوانين الأحوال الشخصية للزوجين، يكون القانون الأكثر ملاءمة للطفل هو الحاسم")، انظر المادة ٢٢ من نفس المرجع (إضفاء الشرعية من خلال الزواج اللاحق)، انظر أيضًا المادة ٣١١/ ١/١٦ من القانون المدني الفرنسي.

المكان الذي تم فيه الاحتفال بالزواج أو قانون الموطن الزوجي وقت ولادة الطفل، أيهما أكثر ملاءمة للشرعية[٢٢].

المطلب الأول

القواعد القانونية الواجب تطبيقها على النسب

لكي يتم تحديد القانون واجب التطبيق الذي سيحكم تلك العلاقة في ظل تشعبها لارتباطها بأكثر من دولة، كان لابد من تحديد ضابط الاسناد الذي سيحيل بموجبه المشرع إلى القانون، فرغم كون مسألة النسب عموماً تعد من مسائل الأحوال الشخصية نجد أن المشرع المصري علي سبيل المثال لم يورد لها قاعدة إسناد محددة لها، مما دفع الفقه إلى الاجتهاد في تلك المسألة.

فالملاحظ أن أغلب القوانين وقواعد الاسناد انعكست في هذا الوضع على تحديد قواعد اختيار القانون التي صُممت، ضمن معايير ضيقة معينة، لتؤدي إلى تطبيق قانون يمنح الصفة الشرعية للأبناء.

لما كانت شرعية أو عدم شرعية الأبناء تخضع لكونهما مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فيثور التساؤل في هذا الأمر عن مدي عدالة وفاعلية تطبيق أي من القوانين التي تمس هذا الإطار، ومدي إمكانية تطبيق قانون الأب أو الأم، ومدي اختلاف القانون الواجب التطبيق على صور النسب المختلفة ما بين الابن الشرعي أو الغير شرعي أو حتى مع البنوة.

استبعدت كلاً من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق واتفاقية حماية الطفل الصادرة عام ١٩٩٦م، مسائل اثبات النسب ونفيه من نطاق قواعدها فقد نصت المادة ٤/أ على أنه: "يستثني من مجال هذه الاتفاقية ما يتعلق بإثبات النسب أو نفيه".

---

[٢٢] انظر أيضًا المادة ١٩(١) من القانون المدني البرتغالي (التي تنص على عدم اتباع إحالة الدعوى إذا كانت ستجعل وضعًا غير شرعي لولا ذلك لكان شرعيًا؛ والمادة ٣٣(٢) من القانون الدولي الخاص الإيطالي (الشرعية يحكمها القانون الوطني لأي من الوالدين)، والمادة ٣٤ (الشرعية بالزواج اللاحق يحكمها القانون الوطني للطفل أو القانون الوطني لأي من الزوجين).

(ISSN: 2537- 0758)

تضاعفت هذه القواعد على الرغم من أن المعاملة التمييزية للأطفال غير الشرعيين في هذا الوقت كانت في طريقها إلى الزوال، بعد أن تم الإعلان عن عدم دستوريتها في العديد من البلدان.

وعلى سبيل المثال، تنص المادة ١٩ من EGBGB الألمانية[٢٣]، بشكل أساسي وليس حرفيًا، على أن الطفل شرعي إذا كان سيتم منحه في وقت الولادة هذا الوضع بموجب القانون الذي يحكم آثار زواج الأم، أو القانون الوطني لأحد الزوجين، أو كما نصت عليه المادة ٢١ من ذات القانون على أن تخضع العلاقة القانونية بين الطفل ووالديه لقانون الدولة التي يقيم فيها الطفل عادة.

التمثيل على قدم المساواة هو حكم من قارة أخرى: تنص المادة ٢٠٨٣ من القانون المدني البيروفي على أن "البنوة الزوجية يحكمها قانون المكان الذي تم فيه الاحتفال بالزواج أو قانون الموطن الزوجي وقت ولادة الطفل، أيهما أكثر ملاءمة لإثبات الشرعية".

حتى لو اختفى التمييز بين الشرعية وعدم الشرعية، فإن العواقب المرتبطة بوضع الطفل (شرعي أو غير شرعي أو مع التبني الذي لم تعترف به العديد من البلاد الإسلامية) ستستمر في تقديم تبرير لقواعد أخرى موجهة نحو النتائج لصالح هذا الوضع.

---

[٢٣] تنص المدة ١٩ من القانون المدني التمهيدي الألماني علي أنه: "يخضع نسل الطفل لقانون الدولة التي يقيم فيها الطفل عادة .فيما يتعلق بكل والد، يمكن أيضًا تحديده وفقًا لقانون الدولة التي ينتمي إليها هذا الوالد .إذا كانت الأم متزوجة، فيمكن أيضًا تحديد الأبوة وفقًا للقانون الذي يحكم الآثار العامة لزواجها عند الولادة بموجب الفقرة ٢ من المادة ١٤؛ إذا كان الزواج قد تم فسخه من قبل بالموت، يكون وقت الفسخ حاسمًا، إذا كان الوالدان غير متزوجين، فإن التزامات الأب تجاه الأم نتيجة الحمل تخضع لقانون الدولة التي تقيم فيها الأم بشكل اعتيادي".

متاح على الموقع الإلكتروني:-

www. dejure.org/gesetze/EGBGB/19.html

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٦/٢٩، الساعة ٦.٢٨م)

الفرع الأول
الأبناء الشرعيين

سعت التشريعات الوطنية المختلفة واجتهاد الفقهاء إلى البحث عن أنسب القوانين المطبقة على النسب الشرعي، من خلال قواعد الاسناد المختلفة أن وجدت، والبحث ايضاً على القوانين الاصلح للطفل أو القوانين الملائمة لتلك الحالة والتي يتم مراعاة قواعد القانون الدولي الخاص للدولة، والتي لن تخرج عن الفرضيات أنه إذا لم يكن للوالدين نفس الجنسية، فإن النسب يحكمه القانون الوطني لأي من الوالدين، أيهما أكثر ملاءمة للطفل، وهي التي سنعرضها خلال العناصر التالية:-

أولاً: تطبيق القانون الشخصي للطفل.

تعد البنوة من مسائل الحالة ومن ثم فعي تخضع للقانون الشخصي للأبن، باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة القائمة بين طرفي علاقة الزواج (الأب/ الأم)، فيما اعتبرها البعض الأخر علاقة قانونية تنشي بين الأب والام والأبن باعتبار وجود مجموعة من الالتزامات والواجبات فيما بينهما التي لا يمكن تفضيل أحدها لصالح أي طرف[٢٤].

رجح الفقه المغربي إلي أن القانون المرجح للتطبيق على اثبات النسب هو القانون الوطني للطفل، حيث جاء قرار محكمة النقض المغربية بتاريخ ١٩٦٠/٣/٨، متوافق مع تطبيق القانون الوطني للطفل على اثار النسب المتعلقة بالنفقة[٢٥].

من الأمثلة على ذلك المادة ٣٠٩١ من القانون المدني الكندي التي تنص على أن البنوة يحكمها "قانون موطن أو جنسية الطفل أو أحد والديه... أيهما أكثر فائدة للطفل"[٢٦].

---

[٢٤] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص ٣٢٣.

[٢٥] د. خالد البرجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، راسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، ٢٠٠١، ص٢٠٨.

[٢٦] انظر المادة ٤٣ من القانون الدولي اليوغوسلافي "بشرط أنه إذا لم يكن الوالدان يحملان نفس الجنسية، فإن البنوة تخضع للقانون الوطني لأي من الوالدين، أيهما أكثر ملاءمة للطفل".

(ISSN: 2537- 0758)

توجد قاعدة مماثلة في المادة ٢٠ من قانون حماية الطفل، والتي تنص على أن الأبوة يتم تحديدها من خلال مراجع بديلة للقانون الوطني لأي من الوالدين أو قانون الإقامة المعتادة للطفل[٢٧].

يحيل القانون الجنائي السويسري إلى ستة قوانين يحتمل أن تكون مختلفة والتي يمكن بموجبها إصدار إقرار الطفل في سويسرا[٢٨]، أو التي بموجبها يمكن الاعتراف بالاعتراف أو الشرعية الصادرة في الخارج في سويسرا.

ثانياً: تطبيق القانون الشخصي للأم

أخضع البعض الآخر البنوة الشرعية إلى قانون الأم باعتبارها الأساس في أغلب دعاوي النسب، كونها في أغلب الأحيان الطرف الأساسي المعلوم والمؤكد في تلك العلاقة.

اتخذ المشرع الفرنسي في المادة ٤/٣١١ من القانون المدني في التعديل الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٧٢[٢٩]، فقد نصت علي: "يحكم النسب القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الطفل، فإذا لم تكن الأم معروفة فالقانون الشخصي للطفل"، ولم يفرق القانون بين النسب الشرعي أو غير الشرعي، فوفق نص المادة المشار إليها استند المشرع الفرنسي علي هذا الأساس لتحديد القانون المطبق علي النسب الشرعي، وأعتد بقانون جنسية الأم وقت الميلاد، ضماناً منه بمسئولية تطبيق القانون الفرنسي علي الحالات المعروضة

---

[٢٧] راجع المادة ٣/١٣ من القانون الدولي الإيطالي "بشرط ألا يؤخذ الإحالة في الاعتبار إلا إذا أدى إلى تطبيق قانون يسمح بإثبات البنوة".

[٢٨] انظر المادة ٧٢ من القانون الخاص السويسري "... هذه القوانين هي قانون الإقامة أو الجنسية المعتادة للطفل أو قانون موطن أو جنسية أي من الوالدين."، كما تنص نفس المادة على أن الطعن في الاعتراف يحكمه القانون السويسري حصريًا..

انظر أيضا المادة ٣٥ من القانون الخاص الإيطالي "الإقرار أينما كان يحكمه القانون الوطني للطفل أو الوالد المعترف به، أيهما أكثر ملاءمة للإقرار).

[٢٩] راجع نص المادة ٣١١ من القانون المدني الفرنسي، عبر موقع الإلكتروني:-
https://www.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1917548

(تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٣/٩/٢٩، الساعة ٨.٢٣م)

علي قضائه، فالعبرة بقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، وهو الأمر الذي يؤدي إلي توحيد القانون المطبق حال تعدد الأبناء أو اختلافهم في الجنسية.

ثالثاً: تطبيق القانون الشخصي للأب

فيما ذهب اتجاه غلي اخضاع النسب الشرعي إلى قانون الأب باعتبار أن الاب هو رب الأسرة، وبتطبيق قانون الاب تكون الضمانة في توحيد القانون المطبق في حالة تعدد الأبناء.

اتجه كل من التشريعين القطري والكويتي إلى تطبيق هذا الاتجاه، فقد نص القانون الكويتي المادة ٤١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقان ذات العنصر الأجنبي على "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة وإنكارها..."، كما نصت المادة ١٩ من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ على "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بها أو إنكارها....".

حددت بعض التشريعات ماهية القانون الخاص بالأب، ومنها التشريع الاسباني حيث أشار إلى أن المقصود بقانون دولة الأب هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد(٣٠)، أما الفقه الأمريكي فقد أشار إلى أن قانون دولة الأب هو القانون الذي يتوكن به الأب وقت ميلاد الطفل(٣١).

رابعاً: تطبيق القانون الشخصي للوالدين

يري مؤيدي هذا الاتجاه إلى ضرورة الالتجاء إلى تطبيق مبدأ جنسية الوالدين باعتبار أن الطفل المولود هو نتاج لعلاقة الزوجية التي تمت صحيحة.

فقانون جنسية الوالدين هو قانون تلك الدولة التي ينتمي إليها الوالدين أذا كانا متحدا الجنسية لحظة ميلاد الطفل في حالة استمرارية العلاقة الزوجية، أو وقت انحلال الزواج،

---

(٣٠) أنظر المادة ٩/٤ من القانون المدني الإسباني الصادر في ١٨٨٩.

(٣١) متاح على الموقع الإلكتروني:-

https://www.heidelberg-conference2013.de/tl_files/downloadsabstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٧/٢٥، الساعة ١١.٣٩)

(ISSN: 2537- 0758)

وقد أخذ التشريع النمساوي بهذا الاتجاه بصورته الأصلية ونص عليه في المادة ٢١ من قانونه الخاص، وهو ذات ما أتبعه المشرع اليوناني حين نص علي أن القانون الشخصي للأب والأم هو القانون واجب التطبيق علي النسب، مع وضعه لقاعدة أخري بإمكانية أن يكون القانون المشترك لكلاهما هو قانون الدولة التي تنظم العلاقة بين أطراف علاقة الزواج لاعتبار الأمر أثر من أثار الزواج.

خامساً: التطبيق الجامع لقانوني الأب والأبن

أخضع هذا الاتجاه الي تطبيق قانون جنسية الأب والأبن معاً تطبيقاً جامعاً، ويعاب على هذا الاتجاه إلى تطبيق الاحكام المتفق عليها في القانون غير المتعارضة في حين أن المتعارف عليه هو الاتجاه نحو الأحكام المتعارضة.

سادساً: تطبيق القانون الأصلح للأبن

يخضع هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الأصلح للأبن، ويعمل هذا القانون حال تطبيقه على أثبات النسب الشرعي، ولم يتم التفرقة أو ترجيح أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي ينتمي إليها أي من أطراف العلاقة (الأبن، الأب، الأم)، أم هو القانون الذي يحكم الآثار المترتبة على الزواج وهو ما سوف نواليه بالشرح خلال العناصر التالية.

أخد المشرع التونسي بذات الاتجاه فأصبح يحمي حق الطفل في إثبات بنوته مكرسا بمصلحة الطفل، فقد نص في الفصل ٥٢ من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة بموجب القانون ٩٧ لسنة ١٩٩٨ بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ على ما يلي:-

"يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين (القانون الشخص للمطلوب أو قانون مقره، القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره)"[٣٢].

سابعاً: القانون واجب التطبيق على آثار الزواج

يذهب هذا الاتجاه إلى الاعتماد على تطبيق القانون المطبق على أثار الزواج، باعتبار ان النسب الشرعي يعد من اثار الزواج ومن ثَم يتعين تطبيق القانون الذي يحكم هذه الروابط.

[٣٢] أنظر الفصل ٥٢ من القانون الخاص التونسي رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٨.

اختلفت الآراء حول القانون المطبق على النسب الشرعي في القانون المصري بسبب غياب التشريعات المنظمة لهذا الامر، اتجه رأي إلى إخضاع النسب الشرعي لقانون طالب الانتساب إليه من الوالدين سواء كان الاب أو الام[٣٣]، واستمد أنصار هذا الرأي ترجيح تطبيق قانون طالب الانتساب ألي ما نصت عليه المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات المصري الصادر في ١٩٤٩[٣٤].

ذهب الاتجاه في الفقه المصري إلى سريان قانون دولة من يطلب الانتساب إليه من الوالدين فيما يتعلق بثبوت النسب الشرعي، ويشمل هذا القانون طرق ثبوت النسب[٣٥]، أستند هذا الاتجاه إلى ما أقرته محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٥٤ من بشأن تطبيق القانون اليوناني على دعوى إثبات نسب فرعية مقامة من المدعى عليها (مصرية الجنسية) وقت الزواج في دعوى الطلاق الأصلية لإثبات نسب ولدها للمدعي (الزوج اليوناني الجنسية) أعمالا لنص المادة (٩٠٥) من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥١، فقضت المحكمة بثبوت نسب الولد وفق أحكام قواعد القانون المطبق، وذكرت في حيثيات حكمها ما يلي:-

"حيث إنه فيما يتعلق بالدعوى الفرعية المقامة من المدعى عليها لإثبات نسب ولدها للمدعي، فأن أحكام القانون المدني اليوناني هي التي تنطبق عليها باعتبار أحكام قانون بلد الأب المطلوب الانتساب إليه، وحيث أنه طبقا لنص المادة (١٤٦٨) من القانون المدني اليوناني الخاصة بالطفل المحمول به قبل الزواج، فأنه إذا ولد الطفل قبل مضي مائة وثمانين يوما على انعقاد الزواج، فيعتبر شرعية ما لم ينازع الزوج في أبوته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علمه بولادته، وحيث أن الثابت من أوراق الدعوى إن الزواج قد

---

[٣٣] د. منصور مصطفي منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥، ص٢٣٩.

[٣٤] راجع نص المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات المصري التي تنص علي:- "ترفع الدعاوي بإثبات النسب وفقاً للأحكام والشروط والمواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في اثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور، ويقدم الطلب إلى المحكمة الابتدائية التابع لها موطن المدعي".

[٣٥] د. عكاشة محمد عبد العال قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٨١٧.

(ISSN: 2537- 0758)

أنعقد بين الزوجين بتاريخ ٧/ ١٠/ ١٩٤٦، وأن الولد المطلوب إثبات نسبه قد ولد بتاريخ ديسمبر من عام ١٩٤٦، فضلا عما يبين من مجموع أقوال الزوجين في المحضر محاولة التوفيق ومن أقوال الشهود الذين سمعوا في الدعوى ومن منازعة الزوج في الأبوة غير مقبولة ويعتبر الطفل (فيكتور) شرعية ويتعين الحكم بثبوت نسبه للمدعى"[٣٦].

أما فيما يخص موقف التشريعات من القانون المختص بثبوت النسب، نجد أن المشرع العراقي قد أشار إلى القانون الواجب التطبيق على مسألة البنوة الشرعية، وذلك في قاعدة الإسناد التي نظمتها المادة (١٩/ ف٤) من القانون المدني وحددها بقانون دولة الأب، لكنه أقتصر على تحديد القانون المطبق على هذه المسألة من دون بيان القانون المطبق على نطاقها، وقد ذهب بعض الفقه إلى تطبيق قانون دولة الأب هذا على نطاق مسألة ثبوت النسب[٣٧].

يحكم النسب في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦، هو قانون من يطلب الانتساب إليه من الوالدين، ويحكم كل ما يتعلق بنطاق ثبوت النسب الشرعي، فهو الذي تتحدد بمقتضاه طرق ثبوت النسب، وحجة كل دليل من الإثبات ومحل الإثبات وعبء ومن يتحمل به، والحالات التي تقبل فيها دعوى إثبات النسب، والمواعيد التي يجب أن ترفع فيها الدعوى[٣٨].

فقد أوردت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥١، ذلك عندما نصت "إن القانون الذي يحكم النسب الشرعي هو الذي يعين الأحوال التي تقبل فيها دعوى إثبات النسب أو إنكاره والمواعيد التي يجب أن ترفع فيها والقواعد التي تتبع في إثباتها[٣٩].

---

[٣٦] د. جابر جاد، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٥، ص ٤٠١.

[٣٧] د.عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ٤٦.

[٣٨] د. حفيظة السيد حداد القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص ٢٨٠.

[٣٩] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٢٥٤.

بينما يري جانب آخر من الفقه إلى تطبيق القانون واجب التطبيق على أثار الزواج باعتبار ان الطفل هو نتاج هذه العلاقة، وقد أستند أنصار هذا الرأي إلى أن للعلاقة الزوجية هي بداية أولي مراحل إنشاء الأسرة، ولا يثبت النسب إلا من خلال وجود هذا العقد، ولذلك يعتبر النسب من اثار تلك العلاقة (الزواج)[٤٠]، بالإضافة إلي تطابق ذلك الرأي مع النظرة الشرقية للأب باعتباره رب الأسرة وأن الأمر يمس مصلحة الأسرة تلك المعني بها الأب دوماً دون غيره، كما أن تطبيق القانون المترتب علي اثار الزواج يضمن تطبيق موحد علي كافة الأبناء حال تعددهم، كما أن تطبيق القانون الخاص بأثار الزواج يأتي متوافق مع ما نصت عليه المادة (٣١) من المشروع التمهيدي للقانون المدني، وهو الأمر الذي يؤكد علي تطبيق القانون الواجب علي اثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج (الأب).

نصت المادة (١٣) من القانون المدني المصري[٤١]، على تطبيق القانون الواجب بالنسبة لآثار الزواج بالنسبة للنسب الشرعي وقت ابرام عقد الزواج، فعلي القاضي في حالة غياب النص القانوني الخاص بالنسب كما هو في القانون المصري تطبيق قانون جنسية الزوج وقت ابرام عقد الزواج باعتبار أن النسب من اثار الزواج، مع الالتزام بما نص عليه المشرع المصري في المادة (١٤) من القانون المدني بتطبيق القانون المصري في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج[٤٢].

---

[٤٠] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص ٣٢٤.

[٤١] راجع المادة ١٣ من القانون المدني المصري التي نصت علي:- "١- يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. ٢- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

[٤٢] راجع المادة ١٤ من القانون المدني المصري التي نصت علي:- "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

(ISSN: 2537- 0758)

يرجع إلى القانون الواجب التطبيق لنتعرف على الأثار التي ترتب على الإقرار بالنسب أثناء قيام الدعوى بإنكار من جانب المقر، وإذا خلا من نص بهذا الشأن كانت الدعوى غير مقبولة أخذاً بالقواعد العامة، إذ يعد الإقرار في هذه الحالة عدولا عن الدعوى واعترافاً بالحق الذي ينكره المدعي فيها[٤٣]، ويتحدد كذلك بمقتضى قانون من يطلب الانتساب إليه في حالة حصول إقرار بالنسب، الشروط والأحكام التي يوجبها القانون الواجب التطبيق لقبول الإقرار وصحته وتترتب أثاره عليه، فقد يشترط هذا القانون لقبول الإقرار من المقر أن يكون كامل الأهلية، وقد يشترط أيضاً للتصديق على الإقرار أن يكون الولد المقر بنسبه لا يزال على قيد الحياة[٤٤].

كما قد ينص على أحكام معينه بالنسبة للتصديق على الإقرار إذا كان المقر قد توفي بعد الإقرار وقبل التصديق، كذلك يجب إتباع القانون الواجب التطبيق في تحديد أثر الإقرار بالنسب في علاقة المقر بالمقر له بالنسب، فيما بين طرفيه وبالنسبة إلى الأقارب[٤٥].

يجب الرجوع أيضا إلى القانون الواجب التطبيق، لتعرف على الحكم في حق طالب التوثيق في العدول عن الطلب بعد تقديمه وقبل التوثيق، وكذلك رجوع الوالد أو الزوجة في موافقتها على الإقرار، كذلك يرجع إليه لبيان الأحوال التي يجوز فيها لهم ذلك، فقد تطلق بعض القوانين المنازعة في الإقرار، لكل ذي شأن سواء أكانت له مصلحة مادية أم أدبيه في النزاع، وبعضها يقصر هذا الحق على فريق معين من الأشخاص[٤٦].

---

[٤٣] راجع نص المادة ٧ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، التي تنص على أنه:- "لا تقبل عند الانكار دعوي الإقرار بالنسب او الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أرواق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

[٤٤] د. عكاشة محمد عبد العال الوجيز في تنازع القوانين، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٥، ص ٣٦٦.

[٤٥] د. عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية "بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الرابعة والعشرون، العددان الأول والثاني، ١٩٥٤، ص ٣١٧.

[٤٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٨٨٩.

الفرع الثاني
الأبناء غير الشرعيين

اعترفت العديد من القوانين والتشريعات الأجنبية المختلفة بالأطفال غير الشرعيين بل أنها ترتب آثار على تلك العلاقة غير الرسمية في العديد من الأحيان، وقد تباينت التشريعات الأجنبية المقارنة حول تحديد القانون واجب التطبيق على النسب غير الشرعي، وكانت التوجهات نحو تطبيق القانون الأصلح للطفل وهو ما يتناسب مع نظرية عدالة النزاعات وبينها من قرر تطبيق قانون من يراد الانتساب إليه، والبعض الأخر قرر تطبيق قانون الطفل ذاته.

اولاً: تطبيق القانوني الشخصي للطفل

لم كان الهدف الأساسي هو حماية الطفل والحفاظ على حقوقه التي تمكنه من مجابهة الحياة، اعتبر ذلك الأمر من الأسباب التي دعت البعض إلى ترجيح تطبيق القانوني الشخصي للطفل، لتحديد مركزه القانوني وتوفير الحماية اللازمة له، في ظل الصعوبات التي تواجهه في اختيار أي من قانوني الوالدين.

أخذت التشريعات المقارنة بهذا التوجه، فقد نص القانون الدولي الخاص السويسري على الإقرار بالدولة محل إقامة الطفل العادية في مادته ٦٨ من القانون الصادر عام ١٩٨٧، بينما كان توجه القانون النمساوي نحو الأخذ بقانون جنسية الولد وذلك في المادة ١/٢٥ من القانون الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٩، واعتبر القانون الفرنسي جنسية الولد كضابط اسناد احتياطي في حالة غياب الأم أو جهالتها، فيطبق قانون الطفل في تلك الحالة وإذا ما كان الأم معلومة فيتبع الطفل والدته في الجنسية ومن ثم يتم تطبيق قانون الأم باعتباره القانون واجب التطبيق.

ثانياً: تطبيق قانون الأم

المقصود بقانون الأم هو قانون جنسيتها، وقد أخذ المشرع المغربي الذي يستمد أصول تشريعاته من الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ إذ أنه لا يعترف بالنسب غير الشرعي، والبنوة لا تكون قائمة لديه من طرف الأب، ولكنها قائمة من جهة الأم فقط

(ISSN: 2537- 0758)

ومن ثم فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون جنسية الأم يوم الميلاد وليس يوم رفع الدعوي لإثبات النسب[٤٧].

أخذت العديد من التشريعات الدولية بهذا الرأي منهم التشريع الألماني ونص عليه في المادة ١/٢٠ من القانون الصادر عام ٢٠٠٢، وكان الترجيح بالأخذ بهذا المبدأ إلى إمكانية إثبات نسب الطفل من الأم، ومن ثم التعرف على جنسيتها وإلحاق نسب الطفل إليها بناءاً على قانونها الوطني.

بالنظر في التشريع الفرنسي نجد أن محكمة النقض الفرنسية سبق لها أن استبعدت تطبيق القانون المغربي الذي لا يعترف بالحق في اثبات النسب الخارج عن نطاق علاقة الزواج، وأحل محله القواعد الخاصة بالقانون الفرنسي التي تجيز إثبات نسب الطفل المقيم في فرنسا المتمتع بالجنسية الفرنسية عن طريق الأم، وقد أخذ القضاء الفرنسي هذا التوجه لسعيه إلى حماية لمصلحة الطفل[٤٨].

في حكم آخر أكدت فيه محكمة النقض الفرنسية على أن استبعاد القواعد الخاصة بالشريعة الإسلامية من التطبيق لمخالفتها النظام العام أو القواعد المعمول بها في فرنسا لها ضابطين إحداهما موضوعي والآخر إجرائي، فقد أشترط القانون الفرنسي أن يكون الطفل طالب الانتساب يتمتع بالجنسية الفرنسية أو مقيم على الأراضي الفرنسية، وطالما لم يتحقق الشرط فقد قررت المحكمة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي[٤٩].

ثالثاً: تطبيق قانون من يراد الانتساب إليه

يأخذ خذا الرأي بتطبيق قانون جنسية من يراد الانتساب إليه، فطبيعة البنوة غير الشرعية هي إلحاق الطفل للانتساب بأي من الوالدين سواء كانت الأم أم الأب.

---

[٤٧] الأمر الذي يمكن استخلاصه من البند الثاني من الفصل السادس من قانون الجنسية المغربي، الذي ينص على أنه: "الجنسية المترتبة على النسب أو البنوة: يعتبر مغربياً الولد المولود من أب مغربي وأم مغربية".

[٤٨] راجع الموقع الإلكتروني:-
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT
(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٧/٢٨، الساعة ١١.١٤ص)

[٤٩] راجع الموقع الإلكتروني:-
www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8476.html
(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٧/٢٨، الساعة ١١.١٩ص)

خلي القانون المصري من قاعدة اسناد خاصة بالنسبة للنسب غير الشرعي، إلا أن المادة ٣٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني نصت على أنه "يسري قانون الولد علي المسائل الخاصة بإثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار"، وقد أستند هذا الرأي إلى العديد من الاعتبارات منها أن البنوة غير الشرعية تفرض اعتبارات عملية باختصاص قانون الأم، الا أنه في حالة عدم وجود الأم فالأنسب هو تطبيق قانون الطفل(٥٠).

فيما نصت المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات الخاصة بمسائل الإجراءات في مواد الأحوال الشخصية للأجانب، علي أنها تجيز تطبيق قانون من يطلب ثبوت النسب نحوه، فقد نصت علي: "ترفع الدعاوي بإثبات النسب وفقاً للأحكام والشروط في المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في اثباتها القواعد التي يقررها القانون"، وقد اخرج هذا النص اختصاص قانون المحكمة من المسائل المتعلقة بقواعد وأحكام اثبات البنوة والنسب، تعد تلك المسائل من مسائل الموضوع وليست من مسائل الإجراءات وبالتالي فلا تخضع لقانون المحكمة، بل تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع في النزاع، واذا كانت الرغبة في اثبات النسب نحو الأم فيطبق قانون الدولة التي تنتمي إليها الأم، والعكس من ذلك أذا أريد إثبات النسب نحو الأب يكون قانون دولة الأب هو المختص(٥١).

رابعاً: تطبيق القانون الأصلح للطفل

استند أنصار هذا الرأي إلى تطبيق القانون الأصلح للطفل باعتباره القانون الذي يحقق مصلحه الطفل، وهنا كان انتصاراً للمدرسة التقليدية التي تحقق عدالة النزاع على العدالة المادية.

أفسحت العديد من التشريعات الأجنبية المجال امام المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي وقد قام المشرع الفرنسي بإصدار مرسوم بقانون الغت به التعبيرات القانونية (شرعي وغير شرعي) في وصف الأطفال، حيث أرجعت هذا التمييز إلي القوانين البولونية لعام ١٨٠٤، والتي لم يعد لها معني خلال الفترة الحالية، وقد أصدرت

(٥٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٩٣.

(٥١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص٣٢٦.

(ISSN: 2537- 0758)

وزارة العدل الفرنسية أن الغاء المصطلحين يجعل من القانون المدني الفرنسي متوافقا مع القوانين التي اقرت في الاعوام الاخيرة والتي تحظر التمييز وبخاصة في الميراث بين الاطفال الذين يولدون داخل الاطار الزوجي أو خارجه[٥٢].

الملاحظ أنه قد لا يتم تطبيق القانون الأصلح للطفل في بعض الدول بسبب تعارضه مع النظام العام، وقد أخذت المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها باستبعاد تطبيق القانون الجزائري علي الرغم من كونه القانون المطبق على النزاع بسبب أنه لا يقر بالبنوة غير الشرعية، واتجهت إلى تطبيق القانون الأصلح للطفل.

الفرع الثالث

التبني

وفق القانون المصري الذي لا يعترف بنظام التبني ومن ثم يتم الدفع بمخالفة النظام العام كما يتعارض مع القانون الدولي الخاص للدولة في هذا الشأن إذا ما طبقت القوانين الأجنبية، فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المدني المصري علي أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي... إذا كانت مخافة للنظام العام أو الآداب العامة"، وقد استقرت الأنظمة القانونية في العديد من البلدان وخاصة العربية على هذا المبدأ.

يعد النسب من المسائل الأكثر حساسية في مجال تنازع القوانين، وتتعرض في كثير من الأحيان إلى إشكاليات عدة بسبب ارتباطها بأسس أخلاقية ودينية والتي تعد الوسيلة المانعة لاستبعاد إي قانون منافي لتلك الأسس المتفق عليها، وبالتالي يتم اللجوء إلى قواعد النظام العام لرفض تطبيق الأحكام والقواعد الأجنبية المخالفة، إلا أن هذا الامر لا يتم دون قيود أو شروط[٥٣].

كما أن المشرع المغربي لم يعترف بنظام التبني ولا يبني عليه أي أثر وهو ما جاء في نص المادة ١٩٤ من مدونة الأسرة التي نصت علي: "يعتبر التبني باطلاً ولا ينتج

---

[٥٢] راجع الموقع الإلكتروني:-
www.dw.com/ar/القانون-من-الشرعيين-غير-الابناء-مصطلح-تلغي-فرنسا-a-١٦٤٠١٦٨
(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٧/٢٨، الساعة ١٢.٥١م)

[٥٣] د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١٩٥.

عنه أي أثر من أثار البنوة الشرعية"[٥٤]، إلا أن المشرع المغربي أجاز شكل آخر خلاف التبني وهو الكفالة وصدر لها قانون ينظم قواعدها وفق شروط محددة[٥٥].

اما في القوانين المقارنة فقد عملت على اختيار القانون الأنسب لحل المنازعات، ولذلك سمحت العديد من التشريعات المقارنة بتطبيق القوانين الأجنبية على اقليمها، كما استبعدتها في أحيان أخري حسب المصلحة المرجوة نحو فض النزاع.

تقدم التجربة البلجيكية والإيطالية مع التبني مثالًا آخر على اعتبارات العدالة المادية التي تتداخل في عدالة قاعدة الإسناد في بلد معروف عنه الالتزام الشديد بالنظرة الكلاسيكية[٥٦].

تعرض القانون البلجيكي لعام ١٩٦٩ الذي يتطلب الامتثال للقوانين الوطنية لكلا الوالدين من أجل التبني الصحيح للتلاعب المتكرر من قبل المحاكم البلجيكية، وفي عام ١٩٨٧م تم استبدال هذا القانون بقانون جديد يؤيد التبني من خلال النص على أن الامتثال إما للقانون الوطني للوالد المتبني أو للقانون البلجيكي الذي سيكون كافياً لإثبات التبني الصحيح في بلجيكا من قبل الأطراف التي لديها علاقات مستقرة مع ذلك البلد[٥٧].

أما القانون الفرنسي فقد أستبعد قضائه تطبيق القواعد الخاصة بالشريعة الإسلامية حتى وإن كانت واجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الغير شرعي حتى وأن كان أبن تبني، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية على استبعاد تطبيق القانون المغربي الواجب التطبيق بسبب عدم اعترافه بإثبات النسب خارج إطار الزواج، وقد حل القانون الفرنسي محله، وقد برر هذا الاتجاه من جانب القضاء الفرنسي إلى اعتبارات حماية الطفل وإعلاء مصلحته[٥٨].

---

[٥٤] وهو ذات النهج الذي اتبعته العديد من الدول الإسلامية، باستثناء التشريع التونسي الذي أجازت هذا الأمر في قوانينها.

[٥٥] راجع المادة ٧ من مدونة الأسرة المغربي الصادرة في ١٩٩٣/٣/١٠.

[٥٦] راجع المادة ٣٨ من القانون الخاص الإيطالي التي تنص علي: "يحكم قانون المحكمة التماسات التبني المقدمة في محاكم الموضوع".

[٥٧] انظر القانون الدولي الخاص الإيطالي المادة ٣٨ (يحكم قانون المحكمة التماسات التبني المقدمة في محاكم المحكمة).

[٥٨] راجع الموقع الإلكتروني:-

(ISSN: 2537- 0758)

المطلب الثاني
الزواج

حتى منتصف القرن العشرين، فرضت معظم الدول شروطًا صارمة على صحة الزواج الموضوعية والشكلية، كما فعل القانون الدولي الخاص، ويرجع تكييف الشروط الموضوعية والشكلية للزواج وفق نظرية بارتان إلى قانون القاضي ومن ثم يختلف القانون المختص بحكم الشروط الموضوعية والشكلية[٥٩]، فقد كان يتم الحكم على صحة الزواج من الناحية الموضوعية إما بموجب قانون واحد حصريًا أو بموجب قوانين الأحوال الشخصية لكلا الزوجين المحتملين.

يثير تحديد القانون الذي ينظم الزواج بين أشخاص مختلفي الجنسية باعتباره رابطة قانونية العديد من المشكلات حيث تنازع القوانين التي تحكم هذه الرابطة، خاصة في ظل اكتساب المفهوم الشائع Favor matrimonii "تشجيع الزواج أو التحيز لصالح الزواج" قبولًا واسعاً[٦٠]، ويتم متابعته من خلال قواعد اختيار القانون من خلال عوامل ربط بديلة يتم النص عليها في قواعد القوانين الوطنية.

---

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT
(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٧/٢٧، الساعة ٥.٥٤م)

[٥٩] راجع المادة ١٠ من القانون المدني المصري التي تنص علي: "القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

[٦٠] يقصد Favor matrimonii هو مبدأ قانوني لاتيني يُترجم إلى "تشجيع الزواج" أو "التحيز لصالح الزواج". يُستخدم هذا المبدأ في العديد من النظم القانونية، وخاصة في القانون المدني والكنسي، للإشارة إلى السياسة العامة التي تسعى إلى حماية استقرار الزواج واستمراره، تطبيقات Favor matrimonii:-

١. تفسير العقود والاتفاقيات: إذا كان هناك شك في صحة عقد الزواج أو الظروف المحيطة به، يتم تفسير الشكوك لصالح صحة الزواج واستمراره.
٢. إجراءات بطلان الزواج: المحاكم غالبًا ما تكون متحفظة عند النظر في دعاوى بطلان الزواج، إلا إذا كانت الأدلة واضحة وقاطعة على وجود عيوب جوهرية.
٣. قانون الأسرة: يُستخدم المبدأ لتعزيز استقرار العلاقات الزوجية وضمان حماية حقوق الأطراف والأطفال الناتجين عن الزواج.

وعادة ما يتم حل هذه الإشكاليات من خلال تطبيق قواعد قانونية تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من خلال الاسناد إلي ضابط شخصي أما (الجنسية أو الموطن) وهي ما تعرف باسم فواعد التنازع أو الاسناد[٦١]، وبالتالي فإن تلك القواعد لا تحدد قانون دولة معينة يعني بتنظيم العلاقة ذات الطابع الدولي، وينحصر دورها في إيجاد سبيل للربط بين العلاقات ذات الطابع الدولي والقوانين المرجح تطبيقها على علاقة الزواج[٦٢].

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي أن تخلفت، أصبح الزواج باطلاً واشتملت تلك الشروط على الأهلية والرضي والولي، وفق ما ذهب إليه المشرع المصري الذي أخذ في التوسع لشروط الزواج لتشمل أحكام الشرائع السماوية كافة[٦٣].

الحكم على صحة الشروط الموضوعية للزواج يتم بإحدى طريقتين، إما بموجب قانون واحد حصريًا (موطناً أو مكانياً) أو بموجب قوانين الأحوال الشخصية لكلا الزوجين[٦٤].

فالطريقة الأولي: يتم من خلالها إسناد هذه الشروط لقانون الأحوال الشخصية لكلا الزوجين، ويتوافق الأمر مع ما نصت عليه المادة الأولي الخاصة بتنازع القوانين في الزواج من اتفاقية لاهاي ١٩٠٢[٦٥]، وتعد الدول العربية أصحاب هذا الاتجاه ومنها جمهورية مصر العربية والتي نصت في المادة ١٢ من القانون المدني علي: "يرجع في الشروط الموضوعية بصحة الزواج إلي قانون كل من الزوجين"، هذا بالإضافة إلى

---

[٦١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، ١٤١٨هـ، ص٥٢٦.

[٦٢] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنه بين الشريعة والقانون، التركي للكمبيوتر، طنطا، الطبعة الأولي، ٢٠٠٤، ص٢٥٥.

[٦٣] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات الدولية، ٢٠٠٣، ص٤٣.

[٦٤] د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري "مقارن بالقوانين العربية"، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ٢٠٠٨، ص١٤٩.

[٦٥] راجع المادة ١ من الاتفاقية في ١٢ يونيو ١٩٠٢ "لتسوية تنازع القوانين في مسائل الزواج الذي ينص على: ينظم الحق في عقد الزواج القانون الوطني لكل من أزواج المستقبل، ما لم ينص على ذلك نص في هذا القانون صراحة لقانون آخر".

(ISSN: 2537- 0758)

القانون الألماني الذي نص على الامتثال للقانون الوطني لكل من الزوجين المحتملين، ولكن إذا لم يكن أي من القانونين يسمح بالزواج، يسري القانون الألماني إذا كان أي من الزوجين مقيماً أو مواطنًا في ألمانيا وكان القانون الأجنبي "يتعارض مع حرية الزواج"[٦٦]، على سبيل المثال، تنص المادة ٤٤ من القانون السويسري على أن الزواج بين الأجانب في سويسرا يعتبر ساريًا إذا كان يتوافق مع المتطلبات الموضوعية المنصوص عليها في القانون السويسري أو القانون الوطني لأي من الزوجين المحتملين[٦٧]، كما اتبع قانون الزواج الهولندي ذات النهج[٦٨].

الطريقة الثانية: يخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون موطن الزوجية، حيث يري الفقه أن الموطن يتحدد وفق لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، في إطار أن فكرة الموطن تمس بالسيادة العامة للدولة[٦٩].

الطريقة الثالثة: يسند هذه الشروط إلى قانون محل أبرام الزواج دون التمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية وهو ما يأخذ به التشريع الأمريكي.

لم ينص القانون الفرنسي على قاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، الأمر الذي دفع الفقه إلى إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين استناداً إلى نص المادة ٣ في فقرتها الثالثة على[٧٠]: "القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص

---

[٦٦] نصت المادة ١٣ من قانون EGBGB تنص هذه المادة أيضًا على أنه يجب أن يكون الزوجان المحتملان قد اتخذوا خطوات معقولة للامتثال لقانونهم الوطني، كما تقدم المادة أمثلة على القوانين الأجنبية التي تنتهك مبدأ حرية الزواج بالنص على أنه "لا يجوز منع الزواج من قبل الزواج السابق لأي شخص مخطوب، إذا تم إبطال صحة الزواج السابق بموجب قرار تم اتخاذه أو الاعتراف به داخل البلد، أو إذا تم إعلان وفاة الزوج/ الزوجة".

[٦٧] للحصول على قاعدة أضيق للصلاحية الرسمية للزواج، انظر، على سبيل المثال، المادة ٢٨ من القانون الدولي الخاص الإيطالي التي توفر مراجع بديلة للتحقق من احتفالlex loci ، القانون الوطني لأي منهما الزوج، أو قانون إقامتهما المشتركة.

[68] Boele-Woelki, Joustra & Steen Hoff, Dutch Report in Symeonides 309.

[69] Armin Jon, Précis de droit international privé, 3rd éd., Tom 2, Paris, 1947, p. 24.

[٧٠] نصت الفقرة الثالثة من القانون الفرنسي على التي تنص على: "القوانين المتعلقة بالدولة وقدرة الأشخاص يحكمون الشعب الفرنسي، حتى المقيمين في البلدان الأجنبية".

وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا بالخارج"[٧١]، وقام القضاء الفرنسي بتطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة ابرام زواج مدني بدولة فرنسا بين أجانب يحملون ذات الجنسية، وإذا ما اختلفت الجنسية بين الزوجين يتم تطبيق قانون الموطن المشترك في إطار مبدأ المساواة[٧٢].

أسند المشرع المصري الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون الجنسية، وأشار اليه بالقانون الوطني، حيث نصت المادة ١١ من القانون المدني المصري علي أنه: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وتطبيقاً لقانون المصري ونص المادة ١١ من القانون المدني لا تنشأ الإشكالية في حالة أذا ما كان الطرفان متحدي الجنسية ولكن التساؤل يثور في حالة إذا ما اختلفت جنسية كلا الزوجين.

ظهر اتجاهين فقهيين لتحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة المشار إليها، يتمثل الاتجاه الأول فيما يعرف بالتطبيق الجامع لكل من القانونين الخاص بالزوجين لاعتبار أنهما وضعا شروطاً لتنظيم العلاقة القانونية لرابطة الزواج والتي لن تكون صحيحة من الناحية الموضوعية الا أذا استوفي كل زوج الشروط والاحكام المنصوص عليها في قانونه الوطني وقانون جنسية الطرف الآخر[٧٣]، غير أن هذا الاتجاه تعرض للانتقاد لتضييقه من صحة الزواج المختلط، بل ويستحيل الاعتراف اعتبار العلاقة القانونية لرابطة الزواج قائمة في ظل إمكانية تخلف شرط من الشروط الموضوعية في أي من القانونين[٧٤].

أما الاتجاه الثاني فيعرف باسم التطبيق الموزع، وفيه يكون علي كل زوج استيفاء الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فقط، وهو الرأي الذي استقرت عليه العديد من التشريعات العربية بما فيها التشريع المصري[٧٥]، كما أستقر القضاء

---

(71) Gutman Daniel, Droit international privé, Dalloz, 3rd Ed., 2002, p. 143.

(72) Loussouarn Yvon, Bourel Pierre, Droit international privé, Dalloz, 7th éd., 2001, p. 353.

[٧٣] د. موحند إسعاد، قواعد التنازل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٩، ص٢٩٥.

[٧٤] د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص ١٥٠.

[٧٥] حيث نصت المادة ١٢ من القانون المدني المصري علي: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

(ISSN: 2537- 0758)

الفرنسي علي هذا الرأي[٧٦]، إذ يكتفي بتوافر الشروط الموضوعية التي يتطلبها لكل من الزوجين وفق قانونه فقط، ويستثني من الأمر الشروط الخاصة بموانع الزواج نظراً لخطورتها وتأثيرها علي المجتمع وتعارضها مع التشريعات السماوية[٧٧]، فالنصوص القانونية والأحكام الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج أصدرها المشرع وفق الطبيعة المجتمعية والدينية لكل دولة وبالتالي يمكن التطبيق الموزع لتوافر هذه الشروط من التحقق من ملائمة طبيعة الشروط للشخص المعني بها.

تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين بالنسبة للدول التي تأخذ بهذه القاعدة والتي يرد عليها استثناء بخضوعها للقانون الوطني، إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تظل خاضعة لقواعد قانون الجنسية، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة ١٤ من القانون المدني بالنص علي: "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"، فإذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية للزواج".

فالقاعدة العامة لأهليه الزواج تخضع للقانون الشخصي سواء أكان القانون هو قانون الموطن كما في بعض الدول أو قانون الجنسية كما هو معمول به في العديد من التشريعات العربية[٧٨]، ومنها التشريع المصري فتنص الفقرة الأولي من المادة ١١ من القانون المدني علي: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وإلى جانب الشروط الموضوعية الوجل توافرها يوجد مجموعة من الشروط الشكلية لكي يرتب عقد الزواج أثاره القانونية.

الشروط الشكلية هي تلك الشروط التي تتعلق بالإجراءات الخاصة بالزواج فهي الطريقة اللازمة للإعلان عن الزواج وإشهار للعامة وتحرير العقد واثباته[٧٩]، ولما كان

(76) Jean Marc Bischoff, Marriage, Répertoire de Droit International, Dalloz, Tom 02, Paris, 1999, p. 26.

(٧٧) ومنها موانع القرابة والمصاهرة والرضاع... الخ.

(٧٨) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية "دراسة مقارنه"، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، ١٩٨٩، ص٢٥.

(٧٩) د. حسن الهداوي، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني "دراسة مقارنه"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص١٠٩.

لكل نظام قانوني أفكاره المستقلة فيما يتعلق بالزواج فلم يكن من الهين التمييز بين الشروط الشكلية والموضوعية لعقد الزواج، وترك الأمر للقاضي لتكييف التصرفات لإسنادها إلي قانون يسري علي تلك الإجراءات، حيث تعتبر الدول التي ينتمي أغلب سكانها إلي الديانة المسيحية إلي اعتبار شرط الشكل الخاص بإشهار الزواج من الشروط الموضوعية وبالتالي تختلف قاعدة الاسناد والقانون المنطبق عليها، في حين أن الدول التي ينتمي أغلب سكانها إلي الديانة الإسلامية والتي لا تشترط شكل ديني في الزواج باعتبار أنه نظام مدني وليس ديني، إذ لا يشترط لانعقاد الزواج وجود رجل الدين أو إتباع طقوس دينية محددة، وقد أخذ المشرع المصري باعتبار المراسم الدينية من الشروط الشكلية في الزواج[٨٠]، كما أتُبع ذات النهج في أحكام القضاء الفرنسي حينما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطابع الديني للزواج أو المدني يعدا من المسائل الشكلية التي تخضع لقانون المحل[٨١].

فالزواج باعتباره تصرف قانوني يخضع من الناحية الشكلية إلى تلك القاعدة التي تحكم التصرفات القانونية والمسماة بـ Locus[٨٢]، والتي تقضي بخضوع العقود بين الاحياء في شكلها القانوني إلى البلد الذي تمت فيه، بالإضافة إلى أمكانية خضوعها للقانون الوطني المشترط للمتعاقدين[٨٣].

---

[٨٠] د. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص٢١١.

[٨١] حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٢ يونيو ١٩٥٥، في النزاع بين فرنسية وفرنسي من أصل يوناني اللذان تزوجا في ١٢ سبتمبر ١٩٣١ أمام ضابط الحالة المدنية بباريس، لكن الزوج أدعي بأن هذا الزواج غير قائم كون اشتراط الكنية الأرثوذكسية التي يخضع لها تتطلب أن يتم الزواج علي يد أحد الكهنة، وأن هذا الشرط يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمها بأن الطابع الديني للزواج من المسائل التي تتعلق بالشكل وليس لها أي صله بالأحكام الموضوعية للزواج.
Rizkallah Nouhad, “Droit International Privé”, M.A.J.D, Beyrouth, 1985, p. 79.

[٨٢] د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص١٥٣.

[٨٣] راجع نص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري التي تنص علي: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الدعوى تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين وقانونهما الوطني المشترك".

(ISSN: 2537- 0758)

أكدت اتفاقية لاهاي في مادتها الثانية بإبرام الزواج والاعتراف بصحته وخضوع الشروط الشكلية تخضع لمكان إبرامها[٨٤]، وهي القاعدة التي أخذت بها العديد من الدول العربية والأوروبية، مع الاختلاف في تحديد مدي الزامية القاعدة، فالقانون المصري جعل القاعدة اختيارية، في حين أن القانون الفرنسي يعدها من الأحكام الملزمة[٨٥]، فنصت المادة ٤٧ من القانون الفرنسي بالقانون ١٣٧٦/ ٦ الصادر في ١٤ نوفمبر ٢٠٠٦:-

"إن كل تصرف خاص بالحالة المدنية للفرنسين والأجانب تم في الخارج يكون صحيحاً متي كان قد حرر حسب الأشكال المنصوص عليها طبقاً لقانون مكان الإبرام"، فالشروط الشكلية وفق نص المادة المشار إليها بعقد الزواج تخضع للمكان الذي تمت فيه، فالقانون الفرنسي جعل من قاعدة محل الابرام الزامية سواء تم ابرام الزواج على الإقليم الفرنسي أو خارجه، وتأخذ بعض الدول بذات المعيارين فتجعل القاعدة الزامية إذا ابرم الزواج على اقليمها واختيارية بالنسبة للزواج المبرم في الخارج كالقانون النمساوي والألماني[٨٦].

أسند المشرع المصري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد ونص على ذلك في المادة ٢٠ من القانون المدني، واعتبارها تتناول كافة الاعمال التي تتم بين الأحياء ومن ثَّم أجازت تطبيق (قانون محل إبرام العقد، القانون الوطني المشترك للزوجين، قانون الجنسية حال اتحادهما فيها، قانون الموطن المشترك للزوجين، القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية).

تعرض نص المادة ٢٠ من القانون المدني إلي الجدل حيث رأي البعض أن الشروط التي نصت عليها المادة المشار إليها لا تدخل في علاقات الزواج وانما جاءت لتنظيم العلاقات المنظمة للعقود، في حين رأي اتجاه آخر أن تنطبق قواعد واحكام المادة ٢٠ على الزواج باعتباره عقداً مثل سائر العقود[٨٧].

---

[٨٤] المادة ٢ من اتفاقية لاهاي الخاصة بمن اتفاقية الاحتفال والاعتراف بصحة الزواج (المبرم في ١٤ مارس ١٩٧٨) التي تنص على: "تخضع شروط شكل الزواج لقانون حالة الاحتفال.

[٨٥] د. علي سليمان، المرجع السابق، ص٧٠.

[٨٦] د. زروتي الطيب، المرجع السابق، ص ١٥٤.

[٨٧] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٢٥٧.

ميز المشرع المصري بين حالتين ابرام الزواج في الداخل على الاقليم المصري أم في خارج الاقليم المصري، فالحالة الأولي إذا تعلق الامر بالزواج بين مسلمين فيتم ذلك وفق المادة ١١ من لائحة المأذونين الصادرة عام ١٩٥٥[٨٨] وتعديلاتها في القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥.

أما الحالة الثانية فهي الخاصة بالمصريين غير المسلمين فيتم توثيق زواجهم لدي موثقين منتدبين بشرط أتحاد أطراف العلاقة الزوجية في الملة والطائفة، وفي حالة الأجانب غير المسلمين غير المتحدين في الملة والطائفة فتتولي مكاتب التوثيق اثبات عقود زواجهم، أما إذا تم ابرام الزواج خارج الإقليم المصري فيكون الزواج وفق الشكل المقرر لقانون محل ابرام العقد شريطة احترام أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وبالنسبة لغير المسلمين يجوز لهم ابرام عقد الزواج وفق قانون محل العقد، حتي ولو لم تتوافر فيه شروط الشريعة الإسلامية[٨٩].

المطلب الثالث

الطلاق

كان الطلاق أيضًا يحكم به قانون واحد حصريًا، وعادة ما يكون قانون الموطن المشترك للزوجين أو جنسيتهما، وبحلول نهاية القرن، أصبح القانون الموضوعي في أغلب الدول أخذا بمبدأ شخصية القوانين بمعنى أن القوانين وضعت أصلا للأشخاص ويجب أن تتبعهم أينما وجدوا[٩٠].

يتعين على القاضي عند النظر في طلب انحلال الرابطة الزوجية في إطار الزواج المختلط تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان أحد طرفي الزواج من مواطني الدولة التي يعرض النزاع على قضائها[٩١].

---

[٨٨] تنص المادة ١١ من لائحة المأذونين علي: "لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج إذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية".

[٨٩] د. إبراهيم أحمد أبراهيم، المرجع السابق، ص ٥١.

[٩٠] د. صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر الجامعي القاهرة، طبعة ٢٠٠٤، ص٨٦.

[٩١] د. شايل لطيفة: ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الأسرة، مجلة البحوث العدد الأول مارس ٢٠٢٢، ص١٨٨.

(ISSN: 2537- 0758)

الفكرة السائدة في الفقه الفرنسي تقضي بخضوع التطليق لذات القانون الذي يحكم أثاره أي قانون الجنسية باعتبار أن التطليق هو جزء من الاخلال بالواجبات الزوجية[٩٢]، كما أقترح البعض الآخر تطبيق قانوني الزوجين تطبيقاً جامعاً على أساس إمكانية الاكتفاء بتطبيق القانونين تطبيقاً توزيعياً بشأن انعقاد رابطة الزوجية، إلا أن الأمر على خلاف ذلك بشأن انحلال الزواج، حيث يستلزم الأمر توافق القانونين مجتمعين فلا يحكم بالطلاق إلا أذا سمحا القانونين به[٩٣].

اتجه القضاء الفرنسي لتطبيق نحو تطبيق قانون موحد على انقضاء الزواج، فقد صدر حكم محكمة التمييز الفرنسية في أحكامها إلى النص على أن "الطلاق بين زوجين مختلفي الجنسية يخضع لقانون موطنهما المشترك"[٩٤].

أخذت الولايات المتحدة في تطبيق قانون حظر الطلاق الخاص بالدولة على جميع القضايا الخاضعة لاختصاصها القضائي، والتي قد تشمل حتى الحالات التي لا يقيم فيها أي من الزوجين في دولة المحكمة[٩٥]، وتأخذ الولايات المتحدة الأمريكية بالموطن كأساس للتطبيق في انحلال الزواج، على الرغم من كون هذا المعيار لا يحقق الاستقرار في المعاملات القانونية في ظل إمكانية تغيير الموطن من حين لآخر.

في هولندا، يتم الاحتفاظ بإمكانية تطبيق قانون خارج المحكمة، ولكن يُمنح الأزواج الاختيار بين قانونهم الوطني الأجنبي العام وقانون المحكمة[٩٦].

أخذا الدول الاشتراكية ومنها القانون البولوني الصادر في ١٩٦٥، بالنص في المادة ١٨ منه علي: "يطبق في التطليق القانون الوطني الذي يخضع له الزوجان وقت رفع دعوي التطليق، فإذا لم كين لهما قانون وطني مشترط طبقا قانون موطنهما، وإذا لم يكن لهما موطن في الدولة ذاتها، طبق القانون البولوني"، وقد أخذ ذات النهج القانون الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في ١٩٦٣[٩٧].

---

[٩٢] بارتان، المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص ١٨٧.

[٩٣] أرمنجون، الوجيز في القانون الخاص الدولي، الجزء الثالث، الفقرة ١٧٥.

[٩٤] حكم محكمة التمييز الفرنسية الصادر في ١٧/ إبريل/ ١٩٥٣.

[95] Spaht & Symeonides, "Covenant Marriage and the Law of Conflict of Laws," 32 Creighton Law Review 1085, 1102-07 (1999).

[96] The International Divorce Act of 1981, discussed in Boele-Woelki, Joustra & Steenhoff, Dutch Report at 6.5.

[٩٧] المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، فرنسا، ١٩٦٦، ص٣٢٣.

في بلدان أخرى، يتم اتباع سياسة أكثر اعتدالًا لصالح الطلاق من خلال التطبيق البديل لقانون المحكمة إذا كان هذا القانون يسمح بالطلاق وكان أحد الطرفين على الأقل لديه ارتباط معين بدولة المحكمة.

على سبيل المثال، نصت المادة ١٧ من القانون الألماني (EGBGB) على التطبيق البديل، فيكون تطبيق أي من القانونين إما للقانون الذي يحكم آثار الزواج أو القانون الألماني، بالنظر على ايهما يسمح بالطلاق[٩٨].

تمنح المادة ٦١ من قانون القانون الجنائي السويسري دورًا أكثر بروزًا لقانون المحكمة الوطنية من خلال النص على أنه حتى بالنسبة للحالات التي يخضع فيها الطلاق لقانون أجنبي- مثل عندما يكون كلا الزوجين يحمل جنسية أجنبية مشتركة ويكون أحدهما فقط موطنًا في سويسرا سيحل القانون السويسري محل القانون الأجنبي إذا كان الأخير "لا يسمح بالطلاق أو يُخضعه لظروف قاسية للغاية".

يتم اتباع ممارسات مماثلة مؤيدة لقانون المحكمة ومؤيدة للطلاق في بلجيكا حيث نصت المادة الثالثة من القانون الدولي الخاص البلجيكي علي:-

"على خضوع الأشخاص فيما يخص حالتهم إلى قانون الدولة التي يحملون جنسيتها وفي حالة تنازع الجنسيات، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون البلجيكي"[٩٩].

تعرض معيار الأخذ بجنسية الزوج في الطلاق والانفصال بمختلف صورة إلى الانتقاد على أساس أنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة[١٠٠]، وكان الوجب هو الاخذ بقانون الجنسية وقت انعقاد الزواج باعتباره القانون المعلوم لدي الطرفين والذي ارتضاه كلاهما

---

[٩٨] تطبيق القانون الألماني مشروط بالتمتع بالجنسية الألمانية للمدعي سواء وقت الزواج أو وقت تقديم طلب الطلاق.

[٩٩] المادة ٣ من القانون الخاص البلجيكي، الصادر في ١ أكتوبر ٢٠٠٤، متاح على الموقع الإلكتروني:-

https://maraje3.com/2011/04/loi-marocain-divorce-juridiction-etrangere./Maraje3.com

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٦/٢٦، الساعة ١١.٣٢ص).

[١٠٠] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي، ط٢، بغداد، ١٩٧٧، ص٢٩٥.

(ISSN: 2537- 0758)

عنج ابرام عقد الزواج، وليس من العدل مفاجأة الزوجة بتطبيق قانون آخر حال قيام الزوج بتغيير جنسيته، لما قد يمثله هذا القانون من الإضرار بمصالح الزوجة.

لذلك كان من الضروري أن لا تنحل الرابطة الزوجية إلا وفق لأحكام قانون يجمع عليه الطرفان أو أن يكون معلوم لهما في حالة عدم خضوعهما لقانون واحد، وقد أخذت اتفاقية لاهاي في مادتها الثامنة الخاصة بالتطليق والانفصال إلي أنه: "أذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة (وهي المواد الخاصة بالتطليق والانفصال) أنه قانون جنسيتهما"، وما يعيب الأمر أن الزوجين قد لا يكون لهما جنسية مشتركة في أي وقت من الأوقات، ومما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحده القانون، كما وأن تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج هو الاصلح في حالة عدم توافر شرط الجنسية المشتركة.

اتجهت بعض التشريعات إلى إخضاع العلاقات الزوجية إلى قانون واحد، من ذلك اتجاه المشرع المصري الذي أخضع الطلاق الناتج عن الزواج المختلط لقانون الزوج[١٠١]، وقد فرق المشرع المصري بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وباقي طرق انحلال الرابطة الزوجية، فأخضع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لقانون جنسيته الزوج وقت إصدار للطلاق، أما باقي طرق الانحلال فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوي.

اخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوي يؤدي إلى خضوع الزوجة لقانون لا تخضع له، ولم يكن بمقدورها التعرف عليه وقت انعقاد الزواج كما سبق الإشارة إلى ذلك.

---

[١٠١] تنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ القانون المدني المصري على أنه "أما الطالق فيسري علي يه قانون الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها وقت رفع الدعوى.

المبحث الثاني
القواعد التي تؤيد طرفاً واحداً

من خلال تفضيل صحة عمل قانوني أو حالة معينة، فإن قواعد اختيار القانون الجاري عرضها تفضل أيضًا، بشكل مباشر أو غير مباشر، الطرف أو الأطراف التي تعتمد مصالحها على فعل أو وضع المعين، ومع ذلك، فإن القواعد الأخرى مصممة بشكل أكثر صراحة ومباشرة لتحقيق الفائدة لأحد أطراف النزاع القانوني.

يمكن أن يكون هذا الطرف ضحية ضرر، أو ملتزم بنفقة، أو مستهلك، أو موظف، أو أي طرف آخر يعتبره النظام القانوني ضعيفًا أو تعتبر المصالح الأخرى أجدر بالحماية.

يفضل هذا الطرف بواحدة أو أكثر من الوسائل التالية:

(١) منح هذا الطرف، إما قبل أو بعد الأحداث التي أدت إلى النزاع، الحق في اختيار القانون المعمول به من بين قوانين أكثر من ولاية واحدة، أو السماح للمحكمة بالاختيار لصالح ذلك الطرف.

(٢) حماية هذا الطرف من العواقب السلبية لاختيار القانون المحتمل بالإكراه أو عن علم.

المطلب الأول
اختيار القانون من قبل طرف واحد أو لصالحه

القواعد التي تسمح لأحد الأطراف بالحق في اختيار القانون الواجب التطبيق هي بامتياز موجهة نحو النتائج[١٠٢]، حيث من المرجح أن يختار هذا الطرف القانون الذي يعتبر هو الأفضل، على الرغم من كون هذه الممارسة تكون أكثر وضوحاً في بعض موضوعات النزاع التي سيتم استعراضها.

---

[١٠٢] لا ينبغي اعتبار القواعد التي تسمح لكلا الطرفين في عمل ثنائي، مثل العقد العادي، باختيار القانون الواجب التطبيق مسبقًا، موجهة نحو النتائج (على الرغم من أنها موجهة نحو النتيجة) لأنها مدفوعة في المقام الأول أو على الأقل بنفس القدر باعتبارات عدالة قاعدة الإسناد بقدر ما هي مدفوعة باعتبارات العدالة المادية.

(ISSN: 2537- 0758)

لا ينبغي اعتبار القواعد التي تسمح للأطراف بالاختيار المسبق للقانون المطبق موجهة نحو نتيجة محددة رغم أن الدافع إلى اختياره يتمحور بين اعتبارات العدالة الموضوعية والعدالة المادية[١٠٣].

على الرغم من أن هذا يكون أكثر وضوحًا عند ممارسة الاختيار بعد النزاع، إلا أنه صحيح أيضًا عندما يتم الاختيار مسبقًا، كما في حالة الوصية.

الفرع الأول

اختيار ما قبل النزاع من قبل طرف واحد

يختار الموصي قانونًا معينًا يحكم خلافته، ليس فقط من أجل اليقين الذي يوفره هذا القانون، ولكن أيضًا للحلول الموضوعية التي تساق إليه باختياره للقانون، فعلى سبيل المثال تجنب الوراثة القسرية، التي يضمنها ذلك القانون.

يجب أن تحترم حرية الأطراف في اختيار القانون القواعد الموضوعية والاجتماعية المقننة لصالح حرية الوصية على حساب سياسات الخلافة الموضوعية الأخرى، مثل حماية الورثة.

بهذا المعنى، يمكن اعتبار قواعد اختيار القانون الجديدة التي تسمح للموصي أن يختار، ضمن حدود جغرافية وموضوعية معينة، القانون الذي سيحكم خلافته ويعد ذلك مثال آخر على تنازل حديث للعدالة المادية الاعتبارات.

توجد مثل هذه القواعد في قانون الوصايا العادل الموحد في الولايات المتحدة، وهو قانون نموذجي وضعه المؤتمر الوطني للمفوضين (NCCUSL) حول قوانين الدولة الموحدة لتوفير إطار موحد لإدارة الوصايا والتركات في الولايات المتحدة[١٠٤]، هدفها الأساسي هو تعزيز الاتساق وتبسيط عمليات إثبات الوصايا عبر الولايات القضائية، مما

---

(103) Symeon C. Simonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress, copyright by Kluwer Law International (1999). P38.

(١٠٤) يقدم مجموعة شاملة من القواعد والإجراءات التي تحكم التعامل مع التركات والوصايا والصناديق الائتمانية والمسائل ذات الصلة، تم تقديم UPC لأول مرة في عام ١٩٦٩، وتم اعتماده، مع بعض الاختلافات، من قبل العديد من الولايات الأمريكية.

يسهل على الأفراد تخطيط وإدارة ممتلكاتهم وضمان المعاملة العادلة للورثة والمستفيدين، وكذلك في سويسرا، وكندا، وإيطاليا، والمادة ٥ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٩[١٠٥].

علي الرغم من أن الصفة المالية هي التي تطغي على الوصية إلا أنها تعد من مسائل الأحوال الشخصية[١٠٦]، على خلاف القوانين التي تعتبر الوصية من مسائل الأحوال العينية، فقد نص المشرع المصري في المادة ١٧ من القانون المدني ذات الشأن بالنسبة للميراث[١٠٧]، معتبراً أيها تدخل تحت نطاق مسائل الأحوال الشخصية على الرغم من إفراده قانون خاص لها.

لما كانت الوصية مثل الميراث كونها تؤول عن طريق الخلافة بسبب الموت، فهي تخضع للقانون الشخصي، ولذلك اتجهت أغلب التشريعات إلى وضع قاعدة إسناد واحدة لها[١٠٨]، ورغم الاختلاف في أيلولة كلا الحقين، فالميراث يكون خلافاً بإرادة المشرع، أما الوصية فتكون بسبب فعل إرادي من الموصي، وكأي فعل إرادي لابد له أن يتمتع الفعل الإرادي بمجموعة من الشروط التي يمكن تقسيمها إلى شروط موضوعية وشكلية.

يثور التساؤل ما هو القانون الذي يحكم تلك الشروط بتقسيمها، فالشروط الموضوعية المعمول بها والتي يتوقف عليها صحتها وأثرها القانوني تتمثل في الأهلية وعوارضها والقدر الجائز للموصي للايصاء به في حالة وجود الورثة وفي حالة عدم وجودهم وغيرها من الشروط.

---

[١٠٥] القانون الخاص السويسري المواد ٢/٨٧، ٢/٩٠، ٢/٩٥، القانون الخاص الإيطالي المواد ٤٦ (الخلافة)، المادة ٥٦ (هبات)، والمادة ٥ من اتفاقية لاهاي ١٩٨٩.

[١٠٦] د. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص١١٦.

[١٠٧] راجع نص المادة ١٧ من القانون المدني المصري التي تنص علي: – "(١) يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. (٢) ومع ذلك تسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

[١٠٨] د. محمد سعادى، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولي، ٢٠٠٩، دار الخلدونية، الجزائر، ص١٢٧.

(ISSN: 2537- 0758)

أخضع المشرع المصري الشروط الموضوعية للوصية للقانون الشخصي للموصي، أي قانون جنسيته وقت موته، وهو ما نصت عليه المادة ١/١٧ من القانون المدني المصري "يسري علي الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"[١٠٩]، وقد سار على ذات النهج العديد من التشريعات العربية[١١٠].

حيث أنه من المبادئ المتفق عليها في كافة التشريعات أنه لاحق للموصي له في حياة الموصي، وإنما هو حق احتمالي متوقف على وفاة الموصي، فقانون الجنسية الخاص بالموصي وقت الوفاة هو المطبق على تلك المسألة، فلو تغيرت جنسية الموصي قبل الوفاة فيحكم الوصية في تلك الحالة قانون الجنسية الجديد، ولا يمكن للموصي له الاحتجاج بالضرر بناءاً على الرغبة المستقبلية في الحصول على مضمون الوصية، كما جاء في نص المادة ٤ من القانون المدني المصري علي أنه: "من أستعمل حقه استعمالاً مشرعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

يشار إلى حصول شخص هولندي على الجنسية الألمانية وأوصي بأمواله لزوجته حارماً نجله الذي استمر على الجنسية الهولندية، فقام الأبن بإقامة دعوي أمام القضاء الهولندي مطالباً بإبطال الوصية في حدود القدر الذي نص عليه التشريع الهولندي لصالح الأبناء الشرعيين، إلا أن الموصي قد مات حاملاً الجنسية الألمانية، فالقانون الألماني هو القانون واجب التطبيق على الوصية ما دامت تمت صحيحة وفقاً لأحكامه، ولا محل لإقامة دعوي من طرف الأبن، حيث أن تغيير الجنسية الخاصة بالموصي لم يحرم الأبن أي حق مكتسب له.

يمكن تقسيم الشروط الموضوعية للوصية أيضاً إلى شروط متصلة بالوصية كوسيلة لانتقال التركة، باعتبارها عنصر من عناصر الحالة الشخصية، وإلى شروط أخري

---

[١٠٩] المادة ١/١٧ من القانون المدني المصري وفق التعديلات الصادرة في ١٦ يوليو ٢٠١١.

[١١٠] راجع المواد ٥٥ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، والمادة ١٨ من القانون المني السوري، والمادة ٤٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي في التشريع الكويتي، والمادة ٤/١٧ من قانون المعاملات الإماراتي.

متصلة بالوصية كتصرف قانوني منفصل عن التركة وتخضع للقواعد القانونية التي تحكم سائر الأعمال القانونية[١١١].

فالأولي، الخاصة بالشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كوسيلة لانتقال التركة، تخضع لقانون الموصي له وقت الوفاة، وتتثمل في الحرية التي يتمتع بها في الايصاء من خلال تحديد القدر الجائز للايصاء، فقد نصت المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ "قانون الوصية" على أنه: "تصح الوصية للوارث وغيرة وتنفذ من غير اجازة الورثة وتصبح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة الا إذا اجازها الوراثة بعد وفاة الموصي وكانوا من اهل التبرع عالمين بما يجيزونه"، كما تحدد الأشخاص الذين يجوز الايصاء لهم، فقد نصت المادتين ٣٥، ٣٦ من قانون الوصية علي صحه الوصية للحامل شرط أن يولد الطفل حياً، كما أن الوصية توزع بين التوأم بالتساوي طالما ولودوا احياء"[١١٢].

الثانية الخاصة بالشروط الموضوعية المتصلة بالوصية كتصرف قانوني منفصل عن التركة، فتتمثل في الأهلية، وعيوب الرضا، ومحل الوصية، وسببها، وقد أختلف

---

[١١١] د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ٢٠٠٨، ص٣٠٣.

[١١٢] راجع نص المادتين ٣٦. ٣٦ من قانون الوصية المصري اللاتي تنص المادة ٣٥ علي: " الوصية للحمل في الأحوال الآتية: (١) إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

(٢) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت او الفرقة البائنة. وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة من ذلك المعين. وتوقف غلة الموصي به الى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له.

مادة (٣٦): إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك. وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية. وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع.

(ISSN: 2537- 0758)

الفقه في تحديد القانون الذي يحكم هذه الشروط، فأتجه رأي إلى أن هذه الشروط لا علاقة لها بنقل التركة، كون الوصية تصرف إرادي ويجب أن تخضع لقانون الموصي وقت الايصاء ولا يعتد بوقت الوفاة.

يري البعض الآخر إخضاع الأهلية لكل من قانون جنسية الموصي وقت الايصاء، وقانون جنسيته وقت الوفاة، باعتبار أن الوصية تصرف قانوني إرادي يلزم أن تكون صدرت صحيحة وقت التعبير عن الإرادة، أما الأساس الخاص بالاعتداد بقانون الجنسية للموصي أو التصرف وقت الوفاة فيرجع إلي كون الوصية رغم كونها تصرف قانوني إلا أنها تصرف غير ملزم يجوز العدول عنه طالما ظل الموصي علي قيد الحياة، ولذلك فالشروط الموضوعية لا تتحدد نهائياً إلا عند وفاة الموصي، وتخضع عيوب الإرادة إلي قانون واحد وهو قانون جنسية الموصي وقت الايصاء، لان عيوب الإرادة لا يتم التحقق منها إلا وقت التعبير عن الإرادة، والتي يمكن أن تظهر خلاله الإرادة معيبة[١١٣]، وقد جاء نص القانون المصري عاماً في أن أخضع كافة الشروط الموضوعية إلي قانون جنسية الموصي، وحسناً فعل لكي لا تتعدد القوانين تحكم تركة الموصي.

أما الشروط الشكلية التي تخضع لها الوصية فهي التي تتمخض في الإجراءات التي من خلالها تظهر إرادة الموصي، وقد نص المشرع المصري في الفقرة ٢ من المادة ١٧ من القانون المدني المصري علي أنه "تسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، كذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".

نصت الفقرة الأولي من المادة الثانية من قانون الوصية علي أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة، لمن كان قادر علي ذلك، وإن لم يكن قادراً تظهر الوصية بالإشارة الدالة علي ذلك دون الوقوف علي سبب ذلك (إذا كان عاجز بسبب كونه أبكم، أم يجهل القراءة والكتابة) فتغني الإشارة في إنشاء الوصية، وجاء نص المادة الثانية من القانون كالتالي: "تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت

[١١٣] د. هشام علي صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩٩، ص٣٢٥.

الوصية بإشارته المفهمة"، وتختلف أحكام الوصية في بعض الدول الأخرى فهناك بعض الدول تجيز الوصية العرفية اذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعاً عليها دون الحاجة إلي توثيقها بشكل رسمي كما هو معمول به في القانون الفرنسي، بل توجد بعض الدول لا تجيز الوصية في قوانينها مالم تكن موثقة وتبطلها كما هو الحال في التشريع اللبناني.

أشارت المادة الأولي من اتفاقية لاهاي حول تنازع القوانين في مادة اشكال الأحكام الايصائية الموقعة في ١٩٦١/١٠/٥، اعتبرت الوصية صحيحة إذا كان شكلها موافقاً:- (لقانون محل الإبرام، قانون الجنسية التي حاز عليها الموصي اما وقت التحرير أو وقت الوفاة، قانون موطن الموصي اما بتاريخ التصرف أو وقت الوفاة، قانون محل الإقامة المعتادة للموصي اما عند التصرف او وقت الوفاة، قانون موقع العقار إذا كانت الوصية واردة علي عقار).

كما وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ ١٩٧٣/١٠/٢٦، شكل الوصية كنموذج صالح في كل الدول الأعضاء ومنها فرنسا واشترطت فيها حضور شاهدين، وشخص مخول "كاتب عدل"، توقيعها من قبل الموصي، توقيع الشهود والشخص المخول له قانوناً، التاريخ "رغم إمكانية عدة من الأمور المهملة"، تسليم شهادة بذلك من الشخص المخول قانوناً).

الفرع الثاني
اختيار ما بعد النزاع من قبل طرف واحد

تعتبر اعتبارات العدالة المادية أكثر انتشارًا في قواعد اختيار القانون التي تسمح لأحد الأطراف باختيار القانون المعمول به بعد الأحداث التي أدت إلى النزاع، وهكذا، في العديد من البلدان يُسمح لضحايا بعض القضايا المدنية بالاختيار بين قوانين أكثر من دولة واحدة أو من بينها.

وبالتالي، في حالات تنازع مسؤولية المنتجات، تسمح التقنيات السويسرية والإيطالية والتونسية بامتداد المدعي للاختيار من بين قوانين التالية (مكان وقوع الضرر، محل إقامة المضرور المعتاد، المكان الذي تم فيه شراء المنتج)، حسب القانون الاصلح أو الذي يحقق له العدالة.

(ISSN: 2537- 0758)

كما تسمح اتفاقية لاهاي بشأن القانون المطبق على المسؤولية عن المنتجات للمدعي بالاختيار بين قوانين مكان العمل الرئيسي للضرر أو قانون مكان الإصابة، إذا تم استيفاء شروط معينة[١١٤]، وقد تم اقتراح قواعد مماثلة في الولايات المتحدة[١١٥]، وفي بعض الحالات الأخرى، يُسمح للضحية (أو المحكمة نيابة عن الضحية) بالاختيار بين قانون مكان السلوك أو الفعل الضار ومكان الإصابة الناتجة.

تم تطوير هذه الحلول قضائيًا في العديد من البلدان، وتم اتباعها بموجب القانون في بلدان أخرى، بالنسبة لجميع الأضرار[١١٦]، أو لبعض الأضرار[١١٧].

---

[١١٤] انظر المواد ٤، ٥، ٦ من اتفاقية لاهاي بشأن القانون المطبق على مسؤولية المنتجات، المؤرخة في ١٩٧٢.

[115] Cavers, The Proper Law of Producer's Liability, 26 Int'l & Comp. L.Q. 703, 728-29 (1977)

- Symeonides, The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts), 75 Ind. L. Rev. 437, 450-51, 472-74 (2000)

السماح للمدعي بالاختيار من بين قوانين: (أ) مكان التصنيع، (ب) مكان الإقامة المعتاد للمدعي إذا كان ذلك المكان يتزامن مع مكان الإصابة أو مكان الحصول على المنتج، (ج) مكان الحيازة، إذا كان هذا المكان هو أيضًا مكان الإصابة.

[١١٦] راجع المادة ١/٤٠ من القانون الألماني، المادة ٩٢ من القانون الخاص الإيطالي، المادة ٣٢ من القانون الفنزويلي، المادة ٢/٣٢ من القانون الدولي المجري، المادة ٢٨ من القانون العام اليوغوسلافي، انظر أيضًا المادة ١١٠٢ (٤) من القانون رقم ٤٠٢ الصادر في ٣٠ مارس ١٩٧٨ (المطبق على النزاعات الداخلية بين الجمهوريات والنص على أن الأضرار عن الأضرار تخضع "لذلك القانون الأكثر ملاءمة للطرف المتضرر").

[١١٧] انظر المادة ١٣٨، ١٣٨ من القانون الدولي السويسري التي نصت علي "تنطبق على الإصابة الناتجة عن الانبعاثات، الذي يسمح بالنسبة للإضرار بالحقوق الشخصية، بالاختيار من بين قوانين محل الإقامة المعتاد للمتعهد أو مكان عمله، ورهناً بدافع القابلية التنبؤ– مكان الإقامة المعتاد للضحية أو مكان الإصابة، ايضاً المادة ٤/٣٢ من القانون الدولي المجري التي نصت علي:"(الاختيار بين قانون مكان الإصابة وقانون الأحوال الشخصية لمرتكب الضرر لقضايا الجرم)، المادة ٢/١٠ نصت علي "الاختيار بين lex loci, lex fori للتعويضات في حالات انتهاك الحقوق الشخصية".

سنوالي استعراض حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على الضرر وفق ما نصت عليه بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية في الإطار الذي وضعته العديد من القوانين والاتفاقيات سواء مكان وقوع الضرر أو محل إقامة المضرور.

اولاً: قانون محل وقوع الضرر

اتجهت اغلب التشريعات العربية والأجنبية إلى إخضاع المسئولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار إلى قانون محل وقوعه، فمحل وقوع الفعل الضار هو الذي ينتج عنه الضرر المباشر أو غير المباشر، ويتحقق الفعل المنشئ للالتزام في محل وقوع الفعل ذاته، فالأفعال الضارة تعد خرق لقواعد السلوك في المجتمع الذي تمت فيه، ولا تثور الإشكالية إذا ما كانت عناصر العلاقة القانونية جميعها تقع في إقليم دولة واحدة ففي تلك الحالة سيتم تطبيق القانون الوطني، تكم الصعوبة في حالة تعدد قواعد الاسناد في اكثر من دولة، كأن يتم الفعل الضار في دولة ويتحقق الضرر في دولة اخري، تظهر الإشكالية في تحديد القانون واجب التطبيق في تلك الحالة.

أ. اتجاهات القانون والتشريعات

أخضع المشرع المصري وفق المادة ١/٢١ من القانون المدني المصري علي الالتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام بوجه عام[١١٨]، سواء كان مصدرها الفعل الضار أو النفع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام[١١٩]، ويتضح من نص القانون وجوب تطبيق قانون محل وقع الفعل الضار، الذي يتم تقديره وفق البلد الذي تم فيها[١٢٠]، فنص المادة المشار إليها يشير إلى الإسناد للقانون الوطني أو المحلي.

---

[١١٨] نصت المادة ٢١ من القانون المدني المصري علي ما يلي:- (١) يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، (٢) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الدعوى وقعت فيه".

[١١٩] د. حسين الهداوي، د. غالب الداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة الموصل التعليم العالي، ١٩٧٢، ص١٤١.

[١٢٠] د. هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات لجامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤١٤.

(ISSN: 2537- 0758)

يمثل القانون الوطني بالنسبة للمسئولية المدنية الناشئة عن الأفعال الضارة كونها تقع تحت نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس التي تهدف إلى تأمين المجتمع وأفراده من الأفعال الضارة وتعويضهم في حال ارتكابها على إقليم الدولة، ويتم تطبيقها علي كافة العلاقات الوطنية والدولية فهذه القواعد لا يتوقف تطبيقها علي العلاقات فهي تعمل كما أوضحنا علي المعيارين الوطني والدولي[١٢١]، ولا أهمية إلى مكان تحقق الضرر وهو الأمر الذي يتوافق مع مبدأ سريان قوانين الدولة علي كافة الوقائع التي تقع على اقليمها[١٢٢].

قد يثور التساؤل في بعض الفرضيات حول تحديد القانون المطبق على المسئولية التقصيرية هل هو قانون الدولة التي وقع على اقليمها الفعل الضار أم الدولة التي تحقق فيها الضرر؟

---

[١٢١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص٧٢.

راجع: المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ٢٠٠٠، ص٧١٠، حيث يتشابه التعريف الذي جاء به د. احمد سلامة مع التعريف الذي جاء في حكم محكمة العدل الدولية الصادر في ١٩٩٩/١١/٢٣، وعرفت قوانين البوليس بأنها قواعد أساسية تحمي النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدول، وتطبق على كافة العلاقات الوطنية والدولية.

ورد تعريف أكثر وضوحاً لقواعد التطبيق الضروري أو قوانين البوليس في نص المادة التاسعة من اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، الصادرة من البرلمان الأوربي في ٢٠٠٨/٦/١٧، الخاص بالقانون واجب التطبيق علي الالتزامات التعاقدية، ونصت الفقرة الأولي من المدة التاسعة علي أن "قانون البوليس هو النص الآمر والأساسي الذي يجب احترامه، وتضعه الدولة لحماية مصالحها العامة، سواء تعلق الأمر بنظامها السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، وهو ما يوجب إعماله علي كافة الحالات التي تدخل في مجال تطبيقه، أياً كان القانون الواجب التطبيق علي العقد بموجب التشريع الحالي"، وقد طبق هذا التشريع علي الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية حسب نص المادة ٢٤ منه.

[١٢٢] د. عوض الله شيبه، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين، ٢٠١٠، ص٢٦٢، د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسئولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٧.

اتجه جانب من الفقه المصري إلي أن نص المادة ٢١ المذكور أعلاه لا يجيب علي هذه الإشكالية، فقد حددت قاعدة الاسناد الإحالة الي قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وهو الأمر الذي لا يعطي إجابة دون الأخرى في ظل أن الالتزام لا ينشأ إلا بتوافر عناصر محددة (الخطأ، الضرر، رابطة السببية فيما بينهما)، وهو الأمر الذي يؤدي إلي الاجتهاد في النص، فقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري علي أن "ويراعي أن المشرع لم يتعرض لحسم الخلاف المستحكم في الفقه فيما يتعلق بتعيين البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة عند تعدد عناصر هذه الحادثة بل تك كل ذلك لاجتهاد القضاء"[١٢٣].

استند هذا الرأي إلى أن القواعد التي تحدد إذا ما كان هناك إخلال بالأمن المجتمعي هي القواعد الوطنية لمحل وقوع الضرر، فقواعد السلوك تختلف من دولة إلي أخري فتلك القواعد هي التي تحدد المسئولية التقصيرية[١٢٤]، كما أن تطبيق قواعد القانون الوطني يعبر عن حالة الأمن القانوني والاستقرار التشريعي من خلال التوقعات المشروعة لأطراف المسئولية، غير أنه يمكن الرد علي ذلك أذا ما كان هناك اختلاف في تحديد القانون واجب التطبيق بين ما إذا كان هو قانون محل وقوع الضرر أم محل تحقق الضرر، فقد يحدث أن يقع الفعل الضار في دولة ويحدث الضرر في دولة أخري[١٢٥]، هذا الرأي يمكن الرد عليه عندما يؤدي تطبيق قانون الدولة لنتائج غير منطقية ولا تحقق الأهداف التي تسعي إلي تحقيقها قاعدة التنازع، فقد يحدث الضرر وتتحقق النتيجة بعد مرور فترة زمنية طويلة، وفي تلك الحالة يلجأ الأطراف لتطبيق قانون محل وقوع الضرر.

---

[١٢٣] د. هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات لجامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤١٣.

[١٢٤] د. محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٩٦.

[١٢٥] د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسئولية التقصيرية، دروس لطلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، بدون ناشر، ص٤٩.

(ISSN: 2537- 0758)

يري الفقه أن تطبيق قانون محل وقوع الضرر يحقق العدالة المطلوبة بين طرفية (المضرور ومرتكب الضرر)، فتقضي قواعد العدالة إلى تطبيق قانون محل الضرر فهو القانون الذي يمكن من خلاله تحديد مسئولية الفاعل ونطاق تطبيق القانون عليه، والتعويض اللازم للمضرور، بالإضافة إلى يُسر أتباع إجراءات الإثبات لارتباطها بقانون الإقليم الذي تم على الفعل الضار على أراضيها[١٢٦]، فلا يمكن اغفال محل إقامة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق خاصة بالنسبة للطرف المضرور الذ يتمكن من اللجوء إلي أقرب محكمة وفق محل اقامته[١٢٧]، وقد يختلف القانون المجلي في ذلك[١٢٨]، فقد يقع الفعل الضار في دولة ليست ذات صلة بمحل إقامة أطراف المسئولية مما يؤدي إلي الإخلال بالأمن القانوني وتوقعات الأطراف المشروعة حال تطبيق القانون محل وقوع الضرر.

ورد النص على تطبيق القانون المحلي في العديد من المقارنة، سواء من خلال قواعدها في نصوص القانون المدني أو قواعد القانون الدولي الخاص، وهو الذي يشير إلى أهمية تطبيق قانون مكان وقوع الضرر[١٢٩]، ومنها ما جاء في نص المادة ٢٥ من القانون المدني الإيطالي، وتبني الاجتهاد القضائي الفرنسي ذات الاتجاه حيث داوم العمل به باعتباره قاعدة من قواعد الإسناد الكلاسيكية، فيكون القانون المحلي المختص بحكم المسئولية المدنية غير التعاقدية هو قانون وقوع الضرر[١٣٠].

---

[١٢٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٩٥.

[127] M. Siahmed, L'utilisation des techniques de droit de la consommation dans les rapports internationaux inégaux, Thèse, Dijon, 1998, p. 181.

[128] Y. Loussouarn, "La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits," Revue Critique, 1974, p. 32 et suivi., spé. p. 48.

[١٢٩] د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٥٠.

راجع المادة ٤٨ من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٨، المادة ٣٢ من القانون الدولي الخاص المجري، المادة ٢٥ من القانون الدولي الخاص التركي.

[١٣٠] د. محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٩٦.

نصت المادة ١/٣ من القانون المدني الفرنسي علي أن "قوانين البوليس والأمن تكون ملزمة لكل من يقيم علي الإقليم الفرنسي"، وبالتالي يتم تطبيق تلك القواعد القانونية علي الأضرار التي تحدث علي الإقليم الفرنسي، ويختص القانون الوطني بكل المسائل المتعلقة بالمسئولية عن الأضرار أو عمل المنتجات الضارة أو المعيبة، ويعد ذلك النص انتصاراً لتطبيق قواعد القانون الوطني الفرنسي، حيث ذهب إلي أن استبعاد أي قانون غير ملائم لمصلحة الطرف المضرور الذي يحمل الجنسية الفرنسية، ويكون علي القاضي الاستناد إلي فكرة النظام العام لاستبعاد أي قانون أجنبي يخالف التشريع الخاص بتطبيق قانون مكان الفعل الضار[١٣١].

أما التشريع التونسي فقد طبق بشأن المسئولية عن عمل المنتجات وفق الفصل ٧٣ من القانون الدولي الخاص الصادر في ١٩٩٨/١١/٢٧ على أن: "تخضع المسؤولية المترتّبة عن حادث مرور لقانون المكان الذي جد به الحادث، ويمكن للمتضرّر أن يتمسّك بقانون مكان حصول الضرر، إلا أنه إذا كانت جميع الأطراف مقيمة بالبلاد التي هي في الآن نفسه بلاد تسجيل العربة أو العربات المعنيّة بالحادث فإنّ قانون تلك البلاد هو المنطبق"[١٣٢]، فقد أشار النص صراحة إلي تطبيق مكان وقوع الفعل الضار، والملاحظ أن المشرع التونسي ترك حرية اختيار المضرور في اختيار القانون الذي يطبق علي تلك المسئولية باعتباره الطرف الضعيف واجب الحماية، فالمشرع التونسي وسع في القاعة المختارة لتطبق علي الضرر أيضاً بالإشارة إلي إمكانية تطبيق القانون الذي يمنح المضرور التعويض المناسب نتيجة ما اصابة.

ب. <u>اتجاه القضاء</u>

أما القضاء الفرنسي فكما سبق الإشارة إلي أنه تواتر العمل فيه علي أتباع ذات النهج بتطبيق قانون محل الضرر، فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في نزاع لتحديد

---

(131) Michael Bogdan, Comparaison du droit international privé français et suédois en matière d'obligations extracontractuelles, Faculté de droit à l'Université de Lund, 2001, P10.

(١٣٢) مجلة القانون الدولي الخاص ٢٧-١١-١٩٩٨ الجمهورية التونسية، متاح على الموقع الإلكتروني:-

<u>www.mohamah.net/lawنصوص-و-مواد-القانون-الدولي-الخاص-القانون</u>

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/١٨، الساعة ١.٥٠م)

(ISSN: 2537- 0758)

المسئولية المدنية بين فرنسيين نتيجة لحادث سيارة وقع في اسبانيا، كان السائق تقدم بطلب بإلزام الطرف الأخر بتعويضه عما لحق به متمسكاً بتطبيق المواد ١٣٨٢ (وما يليها من القانون المدني الفرنسي) الخاصة بالإسناد إلي قانون الجنسية المشتركة لكلا الطرفين، إلا أن المحكمة رفضت تطبيق قواعد القانون الفرنسي وقامت بتطبيق قواعد القانون الاسباني باعتباره قانون محل الواقعة وتطبيقاً لمبدأ الاختصاص الإقليمي في إطار المسئولية غير التعاقدية، وأشارت محكمة النقض الفرنسية إلي أن محكمة الاستئناف قد خالفت نصوص القانون المدني الفرنسي وخاصة المادة ١٣٨٤ منه.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً في حكم آخر لها صادر في ١٩٩٧/١/١٤، إلي أن المسئولية التعاقدية يحكمها قانون محل وقوع الفعل الضار، وترجع وقائع القضية حينما اقامت شركة الدعاية الأمريكية Got don، دعوي قضائية للمطالبة بالتعويض من الطرف الآخر وهو فرنسي الجنسية نتيجة الأضرار التي لحقت بها، وقامت محكمة استئناف باريس بتطبيق القانون الأمريكي باعتباره قانون مكان ارتكاب الخطأ، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت الحكم وأسست ذلك علي أن القانون الفرنسي هو القانون واجب التطبيق باعتبار أن المكاتبات المتنازع فيها تمت في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد تجاهلت محكمة الاستئناف تجاهلت مكان وقوع العمل الضار بتطبيقها القانون الأمريكي، لذلك طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره محل وقوع الضرر[١٣٣].

حكم آخر صادر من ذات المحكمة بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٨، وترجع وقائعها إلي تنظيم شركة فرنسية رحلة سياحية لمجموعة من الرعايا الفرنسيين متوجهة إلي دولة كمبوديا، وخلال استخدام أحد الزوارق في نهر بدولة كمبوديا، وقع حادث وانقلب علي أثره الزورق بالنهر ونتج عن ذلك وفاة أربعة أشخاص، فقامت أهليتهم برفع دعوي قضائية للمطالبة بالتعويض من الشركة الفرنسية وشركات التأمين المكلفة، وقضت المحكمة باعتبار القانون الوطني هو الأساس في تحديد المسئولية غير التعاقدية، أما فيما يخص الضرر المعنوي فقد طبقت المحكمة الفرنسية القانون الفرنسي باعتبار الفعل المنشئ للالتزام قد تم علي الأراضي الفرنسية، فضلاً عن كون مقر الشركة يقع علي

[١٣٣] راجع الحكم في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٩٧، ص٥٠٤.

الإقليم الفرنسي علي الرغم من حدوث الضرر وتحققه علي أراضي أجنبية، وقد طبقت المحكمة القانون الأجنبي بالنسبة للضرر المادي الواقع علي الضحايا[١٣٤].

جـ. اتجاهات الاتفاقيات الدولية

فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، فقد تناولت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٢ بشأن المسئولية عن عمل المنتجات، وأسندت القانون المطبق على الضرر لقانون محل وقوع الضرر، فنصت المادة ٤ من الاتفاقية على أن "القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي لدولة مكان وقوع الضرر، بشرط أن تكون هذه الدولة هي "دولة محل الإقامة المعتادة للشخص المضرور، دولة المؤسسة الرئيسية للشخص صاحب المسئولية، الدولة التي تداول المنتج علي إقليمها بواسطة الشخص المضرور"[١٣٥].

اشترطت الاتفاقية حينما يتم تطبيق القانون الوطني أن يكون هو قانون محل اقامة المضرور، أو قانون المؤسسة الرئيسية للشخص المسئول، أو حينما يكون المنتج قد تم الحصول عليه في اقليم دولة معينة من جانب الشخص المضرور[١٣٦].

يرجع تطبيق القانون الوطني إلى التأكيد على مبدئي السيادة والإقليمية، في ظل ان كافة قواعد الفعل المجرم تمت في نطاق اقليم دولة معينة، ولذلك يطبق قانونها للبحث في الشق المدني والجنائي وفق قواعدها، وه ما كانت تهدف إليه اتفاقية لاهاي في حماية المضرور وفق قواعد قانونية يعلمها تحقق له التعويض المتوقع، إلا أن هذا القانون لا يعني بالضرورة أنه القانون الأفضل في كل الحالات من حيث قيمة التعويض أو تقييم الضرر[١٣٧].

---

[١٣٤] راجع الحكم في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ٢٠٠٤، ص٨٥.

[١٣٥] المادة ٤ من اتفاقية لاهاي بشأن المسئولية عن عمل المنتجات الصادرة في أكتوبر/١٩٧٢.

[136] F. Fludic, L'articulation de la responsabilité au fait des produits défectueux, 2012, p. 1.

متاح على الموقع الإلكتروني:-

https://www.google.com/advanced_search

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٢٢، الساعة ١٢.٥٥ص)

[137] W. Straub, La responsabilité du fait des produits en pratique, Op. Cit., p. 12.

(ISSN: 2537- 0758)

كان من الضروري البحث عن القانون الذي يضمن التعويض المناسب والملائم للشخص المصاب بالضرر، فقد تنص قواعد القانون الوطني على عدم أحقية المضرور في بعض الحالات مما يستتبع أن تطبيق القانون الوطني لن يحقق التعويض المأمول.

اتجه البعض نحو تطبيق قانون محل وقوع الضرر يرجع إلى محاولة الإسناد للقانون الأكثر ملائمة في مجال تحقق المسئولية المدنية وهو ما يرجحه عن تطبيق قانون موطن أو محل إقامة المصاب التي يستند إليها البعض الآخر، باعتبار أنها من مقتضيات حماية الحياة الخاصة للمضرور، ومن الحقوق الملاصقة والملازمة له[١٣٨]، وهو أمر متعارف عليه في مجال حماية حقوق الشخص المضرور بتطبيق قواعد القانون المتعارف عليها بالنسبة له[١٣٩].

يري البعض أنه لا يمكن الأخذ بهذا الاعتبار في ظل أن حماية الحياة الخاصة لن يتم حمايتها بتطبيق قانون محدد[١٤٠]، بل يجب أن يتطابق هذا المعيار مع مبادئ العدالة المتبعة في قواعد القانون الدولي الخاص والنظر إلى قاعدة الإسناد على أنها قاعدة ذات طابع موضوعي تعمل على تحقيق أهداف محددة من الضروري تحققها، فهي قاعدة تعمل بشكل آلي في تحديد القانون واجب التطبيق دون النظر إلى النتيجة التي سيحققها تطبيق القانون المسند إليه.

أما تشريع البرلمان الأوربي الصادر في ٢٠٠٧/٦/١١، المتعلق بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، والمعروف باسم تشريع روما ٢[١٤١]، الذي جاء

---

(138) Michael Bogdan, Comparaison du droit international privé français et suédois en matière d'obligations extracontractuelles, Faculté de droit à l'Université de Lund, 2001, P١١.

(139) J.S. Borghetti, La responsabilité du fait des produits, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 513 et 514, No 537.

(140) Bourel, Pierre, "Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé (Volume 214)," in Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1989, p. 251.

متاح عبر الموقع الإلكتروني:-

http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792307228_04

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٢١)

(١٤١) راجع تشريع روما ٢ ونصوصه التشريعية على الموقع الإلكتروني:-

http://www.europa.eu/legislation.summaries/justice_freedom_security_cooperation

ليحكم المسئولية في المجالين المدني والتجاري، فقد مثلت الاتفاقية أهمية كبيرة في مجال القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين على الأخص، فقد عمل على أيجاد منظومة متكاملة في تحديد القانون واجب التطبيق.

نصت المادة ١/٤ من تشريع روما ٢ على أنه "مالم يوجد نصوص مخالفة لهذا التشريع، فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي هو قانون الدولة التي وقع عليها العمل الضار، أياً كانت الدولة التي وقع عليها الفعل المسبب للعمل الضار، وأياً كان البلد الذي حدث فيه النتائج غير المباشرة للضرر"[١٤٢].

اتجهت الاتفاقية لتطبيق قانون محل الفعل الضار في المسئولية التعاقدية دون النظر إلى مكان الأماكن التي حدث فيها الاضرار الغير مباشرة أو غير المتوقعة[١٤٣]، وقد رأي البعض إلى اتجاه الاتفاقية إلى توحيد القواعد العامة في المسئولية غير التعاقدية، مع ضرورة التزام محاكم الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية بتطبيق ذات

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٢٠، الساعة ٦م)

جاء هذا التشريع عقب صدور اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م، الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تحكم المسئولية العقدية، وقد كان مشروع الاتفاقية يشمل الالتزامات العقدية والمسئولية التقصيرية، إلا أن واضعوا الاتفاقية النهائية اكتفوا بالأولي، فكان من الواجب إصدار تشريع تكميلي للمسائل الأخرى المعلقة بشأن المسئولية التقصيرية داخل المجموعة الأوربية لسد النقص التشريعي في هذا الشأن، حيث تناول الفصل الأول من تشريع روما ٢ مجالات التطبيق، وتناول الفصل الثاني الأعمال الضارة أو غير المشروعة والقاعدة العامة في القانون واجب التطبيق والمسئولية عن عمل المنتجات والمنافسة غير المشروعة وما يتعلق بالملكية الصناعية، وأستعرض الفصل الثالث مسائل الإثراء بلا سبب، والفصل الرابع أختص بحرية الاختيار، والخامس تعلق بالقواعد المشتركة، والسادي الأحكام الأخرى مثل المقصود بمحل الإقامة المعتادة واستبعاد الإحالة، والنظام العام والعلاقة بين هذا التشريع والنصوص الأخرى بالمجموعة الأوربية والاتفاقيات الدولية الأخرى، واختتمت الاتفاقية في الفصل السابع ببعض الأحكام الختامية.

[١٤٢] ما لم ينص على خلاف ذلك في هذه اللوائح، فإن القانون المطبق على الالتزام غير التعاقدي الناتج عن الفعل الضار هو قانون الدولة التي وقع فيها الضرر، دون النظر إلي الدولة التي وقع فيها الفعل الذي أدى إلى الضرر ودون النظر إلي الدولة التي وقع فيها الضرر، أو العواقب التي تنشأ بشكل غير مباشر من هذه الحقيقة".

[١٤٣] د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ٢١٢.

(ISSN: 2537- 0758)

القانون في المنازعات الدولية في مجال المسئولية المدنية[١٤٤]، إلا أن تطبيق قانون محل وقع العمل الضار مشروط بعدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون محدد.

كانت فكرة اتفاقية روما ٢ لتطبيق قانون محل الفعل الضار هي أيجاد رابطة وثيقة بين دولة محل وقوع الضرر والفعل الضار، كأن يتم الفعل الضار على إقليم الدولة أو يتم شراء المنتج أو استخدامه على أراضيها، أو أن يكون محل الضرر هو موطن الشخص المضرور[١٤٥]، تكمن فكرة الارتباط الوثيق في تحديد القانون واجب التطبيق بشكل موضوعي من خلال تركيز العلاقة الناشئة في مكان معين ومن ثم تطبيق قانونه[١٤٦].

فقد نصت المادة ٢/٥ من تشريع روما ٢ علي أنه "في كل الحالات التي يتضح فيها أن العمل الضار يرتبط بطريقة ظاهرة مع البلد المشار إليه في الفقرة الأولي يطبق قانون هذا البلد وتتأسس الرابطة الوثيقة مع بلد آخر علي العلاقة السابقة التي توجد بين أطراف العقد، وتبني عليها تلك الرابطة بشأن العمل الضار والمسألة محل النزاع"، فقد تناولت الفقرة الأولي من الاتفاقية الاسناد إلي قانون الإقامة المعتادة للمضرور في حالة شراء المنتج من الدولة، ويقع القيد بالإسناد إلي قانون الدولة محل الضرر في هذه الحالة ولا يجوز اللجوء إلي بعد التأكد من عدم توافر الشروط المنصوص عليها في تلك المادة المشار إليها، كذا القيد الخاص بوجود روابط وثيقة بين هذه الدولة والدول التي تم تداول المنتج أو استخدامه كما سبق الإشارة، أو أن تكون الدولة موطن للشخص المضرور[١٤٧].

---

[١٤٤] يجب عليها التأكد قيام محاكم جميع الدول الأعضاء بتطبيق هذا القانون نفس القانون في حالة النزاعات عبر الحدود في مسائل المسؤولية مدني، راجع:-

Nourrisat (C), Présentation du règlement (CE) No 864/2007 du Conseil 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II, Lyon, 2008, p. 4.

[١٤٥] د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ١٤٥.

[١٤٦] د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٩.

[١٤٧] د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال المسئولية غير التعاقدية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

ثانياً: حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على الاضرار

يلعب مبدأ سلطان الإرادة أثر في تحديد القانون الذي يحكم المسئولية عن عمل المنتجات، فقد يتم اختيار القانون سواء بإرادة الطرفين مجتمعين أو بإرادة طرف واحد دون الطرف الآخر، في مجاولة للوصول إلى قانون يحقق الحماية المبتغاة، يتم ذلك من خلال النص القانوني في القانون المحلي او الاتفاقيات الدولية التي تمنح لأحد الأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم تلك المسئولية من أجل الوصول إلى أهداف محددة، ولذلك سنعرض لموقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من حرية الأطراف في اختيار القانون بشأن المسئولية عن الضرر.

أ. حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على الاضرار وفق التشريعات الوطنية

أشارت العديد من التشريعات الوطنية إلى تطبيق مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم المسئولية التقصيرية، حيث سبق الاشارة إلى أن القانون السويسري الصادر في ١٩٨٧، حيث نصت المادة ٤/١٣٣ على إمكانية اختيار أطراف المسئولية غير التعاقدية للقانون واجب التطبيق الذي لن يخرج عن كونه قانون القاضي، مشترطاً أن يكون الالتزام نتيجة الفعل الضار، وأن يكون اختيار القانون المطبق عقب وقوع الضرر.

وفق المادة ١/١٣٥ من القانون الدولي السويسري الصادر في ١٩٨٧، فقد أقرت بمبدأ حرية اختيار المضرور في اختيار القانون المطبق[١٤٨]، وكان توجه القانون نحو الاسناد إلي قانون محل الإقامة المعتاد للطرف المسئول، أو لقانون مقر المؤسسة باعتبارها محل إقامة الشخص المعنوي، وفي حالة اكتساب المنتج علي إقليم دولة معينة فيتم تطبيق قانون هذه الدولة باعتبارها ركيزة يمكن الاستناد عليها لتحديد القانون واجب التطبيق، أما في حالة تسوق المنتج علي إقليم دولة وعدم وجود ما يفيد رضاء الشخص

[١٤٨] فقد نصت المادة ٢/١٣٥ من القانون الخاص السويسري علي: "تخضع حسب اختيار المضرور، الادعاءات القائمة على خطأ أو وصف ناقص للمنتج: أ. لقانون الدولة التي يوجد بها مقر مؤسسة الشخص المسئول، ب. أو لقانون الدولة التي تم اكتساب المنتج علي اقليمها، مالم يثبت الشخص المسئول أن المنتج، قد تم تسويقه على اقليم هذه الدولة دون رضائه".

(ISSN: 2537- 0758)

المسئول أو علمه ففي تلك الحالة لا يجوز التمسك بحق الاختيار للقانون واجب التطبيق تمسكاً بمبدأ اعتبارات حسن النية لصالح المصنع أو التاجر.

أما التشريع التونسي الخاص فقد نصت المادة ٧٦، ٧٧ الصادر في ١٩٩٨، على ذات الأحكام التي أوردها التشريع السويسري، بل وتشابه النصوص القانون في كلا القانونين، وستعرض للجزء الزائد فقط في التشريع التونسي، مع ملاحظ أن كلا القانونين وجد خالياً من إطلاق مبدأ حرية إرادة الأطراف في مجال المسئولية التقصيرية عن عمل المنتجات[١٤٩].

فقد أعطي المشرع التونسي المجال بصورة أوسع للشخص المضرور بشأن الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره الطرف الضعيف، وهو ما نصت عليه المادة ٧٣ من القانون الدولي التونسي[١٥٠].

يضاف علي هذا التشابه بين القانونين التونسي والسويسري الفقرة الثالثة من القانون التونسي التي أعطت الامكانية لاختيار قانون مكان وقوع الفعل الضار، وعلي الرغم من حرص أغلبية الدول علي تطبيق قانونها الوطني علي الأحداث التي تتم علي اقليمها في اطار التركيز المكاني للعلاقة القائمة، الا أن تطبيق هذا القانون يرجع إلي إرادة الشخص المضرور ورغبته، فهو صاحب الحق الأصيل في الاختيار، وهو ما يتماثل مع ما جاءت به المادة ٤ من ذات القانون بشأن اختيار قانون محل اقامته المعتاد، فهو القانون الذي يحقق له الاستقرار والأمن القانوني لعلمه المسبق به، فيحق للمضرور عدم اختيار القانون اذا لم يحقق له الحماية المطلوبة او المصلحة المراد تحقيقها.

---

[١٤٩] د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٥.

[١٥٠] نصت المادة ٧٣ من القانون الخاص التونسي على أنه: "تخضع المسئولية عن عمل المنتجات باختيار المضرور (١. لقانون دولة مركز مؤسسة الصانع أو دولة موطنه، ٢. لقانون الدولة التي تم اكتساب المنتج علي اقليمها مالم يثبت الصانع أن المنتج قد تم تسويقه في هذه الدولة دون رضاء منه، ٣. لقانون دولة مكان وقوع العمل الضار، ٤. لقانون دولة محل الإقامة المعتادة للمضرور)".

ب. حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على الاضرار وفق الاتفاقيات الدولية

لم تتعرض اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣، لمسألة حرية الاختيار سواء من جانب أحد أطراف العلاقة أو من كلاهما، وفي ذات الإطار فإنها لم تستبعد إمكانية اختيار القانون واجب التطبيق إذا تم الأمر وفق قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع(١٥١).

أخضعت المادة الأولي من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية على إخضاع الصانع لقواعدها في حالة ما إذا ابرم عقد بينه وبين المضرور(١٥٢)، فنصت المادة على أنه: "يحكم عقد البيع القانون الداخلي للدولة التي يتم اختيار قانونها من جانب الأطراف المتعاقدة"(١٥٣)، هذا وأن استبعاد العلاقات التعاقدية من نطاق اتفاقية لاهاي ١٩٧٣ يعد السبب الأساسي لعدم التعرض لمبدأ حرية الاختيار دون انكار حق الأطراف في هذا الاختيار(١٥٤).

أما تشريع روما ٢ لعام ٢٠٠٧، فقد كشف عن حرية الأطراف في اختيار القانون من خلال نص المادة ١٤ من الاتفاقية التي نص علي: "يمكن للأطراف اختيار القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية باتفاق لاحق على وقوع الفعل المنشئ للالتزام، عندما يمارس الأطراف نشاط تجاري عن طريق اتفاق تم التفاوض عليه بحرية قبل حدوث الفعل المسبب للعمل الضار.

إذا كانت عناصر المسألة مركزة وقت حدوث الضرر في بلد أخر غير الذي تم اختيار قانونه فان هذا الاختيار لا ينال من نصوص قانون هذا البلد والتي لا يمكن مخالفتها عن طريق الاتفاق، عندما تكون عناصر الالتزام عند حدوث الفعل المنشئ للالتزام في دولة أو عدة دول أعضاء في المجموعة الأوربية فإن اختيار الأطراف لقانون

---

(151) M. Fallon, Les accidents de la consommation, Op. Cit., p. 253, No. 149.

(152) C. Di Meglio, La loi applicable à la responsabilité du fait des produits, Article précité, p. 38.

(153) Vincent Heuzé, La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, GLN Joly Éditions, 1992, No. 18, p. 21.

(١٥٤) د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٩٤.

(ISSN: 2537- 0758)

دولة غير لا يمكن أن ينال من تطبيق نصوص القانون الأوربي التي لا يمكن مخالفتها باتفاق والتي يجب إعمالها في دولة القاضي التي تكون عضواً في المجموعة الأوربية".

أعطت اتفاقية رما ٢ الحق للأطراف في اختيار القانون سواء تم ذلك بشكل صريح أو استنتاجاً من ظروف وملابسات تلك العلاقة، ولم يتم تقييد وقت محدد لممارسة ذلك الحق، حيث أجاز لهم الاختيار باتفاق سابق على نشأة الالتزام، بسبب الرغبة في التوسع في تطبيق هذا الحق، وتطبيقاً لأهمية هذا المبدأ في حق حرية الأطراف في الاختيار وتحقيقاً لرغباتهم.

نصت المادة ١٤ على وضع قيود على ممارسة حرية الاختيار في مجال المسئولية غير التعاقدية، tوضع تشريع روما ٢ قيوداً على ممارسة حق الاختيار في مجال المسئولية غير التعاقدية، في حالة ما إذا كانت تتركز عناصر العلاقة المشار اليها انفاً في دولة أخري، خلاف الدولة التي يتم فيها اختيار قانونها، فيلزم الا يتعارض هذا القانون مع النصوص الآمرة في قانون الدولة التي تتركز فيها العلاقة، حيث يمكن استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف بداعي مخالفته لقواعد النظام العام في البلد ومن ثم يتم تطبيق قانون تلك الدولة(١٥٥).

اتبع ذات النهج تشريع روما ١ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فقد ورد نص المادة ١/٣ منها بتقرير أن العقد يكون محكوم بالقانون المختار من جانب الأطراف صراحة، أو استخلاصه بشكل مؤكد من ظروف وملابسات التعاقد(١٥٦).

ولا يترتب على حرية الأطراف في اختيار للقانون واجب التطبيق وفق ما يراه البعض إلى حرمان الشخص المضرور من الحماية المقررة بالقواعد الآمرة في قانون محل إقامته المعتاد، وهو الأمر الذي يتفق مع ضرورة توافق الرابطة الوثيقة التي نصت عليها المادة ٢/٥ من تشريع روما ٢(١٥٧)، وتعد اتفاقية روما ٢ صاحبة رؤية في تخطي الاتجاهات

(155) E. Trepoz, Règlement CE No. 864/2007…, Article précité, p. 4.
- C. Nourrisat, Présentation du règlement CE…, Article précité, p. 5.
(156) F. Melin, Droit international privé, Op. Cit., p. 193.
(157) C. Di Meglio, La loi applicable à la responsabilité du fait des produits, Article précité, p. 38.

التقليدية والتوسع في إطلاق حرية الاختيار في ظل الصعوبة حول الفصل بين المجالات التعاقدية والتقصيرية.

ثالثاً: قانون محل الاقامة المعتاد لأطراف المسئولية

يقودنا البحث عن القانون الواجب التطبيق على المسئولية عن عمل المنتجات إلى ضرورة إلقاء الضوء على محل الإقامة المعتاد لأطراف المسئولية، فالاعتداد بمحل الإقامة له أهميته حيث يلعب دوراً جوهرياً واساسياً في تحديد هذا القانون المطبق على النزاع، ويتم الاختيار بين قانون محل الإقامة المعتاد للشخص المضرور أو قانون محل الإقامة المعتاد للطرف المسئول.

أولاً: تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمضرور

تقتضي اعتبارات العدالة في العلاقات الخاصة إلى تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للشخص المضرور، خاصة في حالة وجود قواعد قانونية في هذا القانون توفر الحماية للطرف المضرور من إخضاعه لقانون آخر يهدر مصالحه وحقوقه ويقلل من قيمة التعويض المقرر له نتيجة الضرر الذي لحق به، غير أن هذا الاتجاه قد لا يجد تحقيقاً لمصلحه الطرف المضرور حيث قد لا يوفر قانون الإقامة المعتادة للطرف المضرور الحماية، فنجد في قواعد القانون المصري خير مثال علي ذلك فالقانون المصري وفق المادة ١/٢١ من القانون المدني اسند النزاع إلي القانون المحلي وبذلك يكون القانون المطبق هو قانون محل الفعل الضار باعتباره القانون الذي يحدد الفعل غير المشروع وأركان المسئولية وحجم الضرر ومقدار التعويض[١٥٨].

كما أن التشريع الفرنسي المشار إليه سابقاً، وضع قواعد محددة تسري على نزاعات المسئولية عن عمل المنتجات وهو ما نص عليه القانوني الفرنسي في المادة ٩٨/٣٨٩ الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٨ بشأن المسئولية عن المنتجات الضارة[١٥٩]، وكان هدف المشرع الفرنسي الانتصار للتشريعات الفرنسية وضمان تطبيقه على النزاع.

---

[١٥٨] د. هشام صادق، تنازع القوانين في مجال المسئولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، دار المطبوعات لجامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٦١.

[١٥٩] راجع قواعد القانون على الموقع الإلكتروني:-

(ISSN: 2537- 0758)

فالعلم المسبق للطرف المضرور بالقواعد القانونية المطبقة على النزاع يحقق له الأمن والاستقرار القانوني له وفقاً لتوقعاته المشروعة، بالإضافة إلى رضائه عن النتائج المترتبة من تطبيق هذا القانون[١٦٠]، غير أنه قد لا يمنح القانون المراد تطبيقه بالقبول خاصة من طرف الطرف الذي تتأثر مصالحه من جراء هذا التطبيق، فالقاعدة الأساسية هي علم المسئول بتطبيق قانون محدد وهو الأمر الذي لن يعلمه إلا عند نشوب النزاع وتطبيق قانون محل إقامة الشخص المضرور.

لعل الإسناد إلى قانون محل إقامة الشخص المضرور لا يقود فقط إلى اليسر بالنسبة له، بل أيضاً فالأمر برمته يعود بتيسير الأمر على القضاء الذي يُعفي من البحث عن قواعد الاسناد للقانون الواجب التطبيق[١٦١].

يعاب على هذا الاتجاه أنه يؤدي إلى التطبيق الجامد لقاعدة الاسناد دون النظر إلى مضمون هذا القانون والأهداف المُبتغاة من تطبيقه، مما يفقد قاعدة الاسناد طابعها الموضوعي لتطبيقها دون النظر لنتائجها أو أهدافها المراد تحقيقها، غير أن الإسناد لقانون محل الإقامة المعتاد للمضرور يؤدي إلى تحجيم فرص الاختيار بين القوانين المختلفة أو الاستعانة بقواعد الاسناد التخييرية للوصول لأفضل القوانين المطبقة على النزاع[١٦٢]، سنعرض خلال الفقرات التالية لاتجاهات بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بشأن تطبيق القانون محل الاقامة المعتاد للمضرور.

أ. <u>تطبيق القانون محل الإقامة المعتاد للمضرور وفق التشريعات الوطنية</u>

من التشريعات الرائدة في هذا الاتجاه هو التشريع التونس، فأورد المشرع التونسي في الفقرة الرابعة من المادة رقم ٧٣ من القانون الخاص التونسي الصادر في ١٩٩٨، مسألة

---

https://www.legifrance.gouv.fr/affichetexte.do?cidtexte=JORTEXT000002059038

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٢٨، الساعة ١٠.١٦م)

(160) M. Fallon, Les accidents de la consommation et le droit de la responsabilité du fait des produits, Bruyiant, Bruxelles, 1982, p. 245.

(١٦١) د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٠.

(162) P. M. Patocchi, Règles de rattachement localisatrices…, Op. Cit., p. 172, No. 350.

الاسناد إلى القانون محل الاقامة المعتاد للمضرور، فقد نصت علي: "تخضع باختيار المضرور المسئولية عن عمل المنتجات".

أشارت الفقرة الرابعة صراحة إلى حرية المضرور في الاختيار بين قانون موطنه الأصلي أو القانون المحلي أو قانون مؤسسة الصنع طبقاً لما سبق وأن أشرنا إليه في حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، ولعل اتجاه المشرع التونسي يرجع لمحاولة ضمان حق الطرف المضرور باعتباره الطرف الضعيف في تلك العلاقة ومحاولة استبعاد أي قانون يعفي الطرف الآخر من المسئولية أو ينقص من التعويض المقرر لصالحه الذي يتناسب مع الضرر الواقع عليه.

أن كانت حرية الاختيار تحقق في أجزاء عدة للاستقرار القانوني الا انها في ذات الوقت قد لا تكون ملائمة لتحقيق مصالح المضرور ولذلك كانت هناك الأولوية في تطبيق القانون الذي يحقق مصلحه الطرف المضرور ومنحه الحرية الكاملة في اختيار القانون المطبق على النزاع.

ب. تطبيق القانون محل الإقامة المعتاد للمضرور وفق الاتفاقيات الدولية

نصت الفقرة الأولي من المادة ٤ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣، بشأن القانون واجب التطبيق على المسئولية عن عمل المنتجات بتطبيق قانون دولة محل الإقامة المعتادة للشخص المضرور مباشرة، مقيد الأمر بشرط كون تلك الدولة هي محل وقوع الفعل الضار[١٦٣]، كما جاءت المادة ٥ بالتأكيد على تطبيق القانون المحلي لدولة محل الاقامة المعتاد للشخص المضرور مباشرة[١٦٤].

---

[١٦٣] نصت المادة ٤ من اتفاقية لاهاي على "القانون المطبق هو القانون الداخلي لدولة الإقامة المعتادة للشخص المتضرر بشكل مباشر، إذا كانت هذه الدولة هي أيضًا دولة المنشأة الرئيسية للشخص المتضرر بشكل مباشر، أو الدولة التي حصل الشخص على المنتج في أراضيها أصيب مباشرة".

[١٦٤] نصت المادة ٥ من اتفاقية لاهاي على أن "مع عدم المساس بنصوص المادة الرابعة يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المحلي لدولة محل الاقامة المعتادة للشخص المضرور مباشرة، بشرط أن تكون هذه الدولة هي: دولة المؤسسة الرئيسية للشخص المثار مسئوليته، أو الدولة التي تم اكتساب المنتج علي اقليمها بواسطة الشخص المضرور مباشرة".

(ISSN: 2537- 0758)

وفق اتفاقية لاهاي ونصوصها فقد جعلت قاعدة الإسناد محل الاقامة المعتاد للمضرور، ويطبق قانون محل الاقامة المعتاد للمضرور اذا كان هو قانون الدولة محل وقوع الفعل الضار، وجعلت الاتفاقية من تطبيق القانون المحلي أولوية، ولا يتم الاعتماد علي محل إقامة الشخص المضرور الا كضابط اسناد في حالة تركيز العلاقة في محل وقوع الفعل الضار، وذلك وفق ما أقرته المادة الرابعة من الاتفاقية، في حين قررت المادة ٥ علي تطبيق دولة محل الاقامة للمضرور في حالة توجد في هذه الدولة المؤسسة الرئيسية للطرف المسئول، أو تم اكتساب المنتج علي اقليمها.

كما اخذت المادة بتطبيق قانون محل الاقامة المعتادة للمضرور في حالة وقوع الفعل الضار في دولة ما ويتحقق الضرر في دولة أخري مع ضرورة توافر الشروط التي أوردتها المادة ٤، بالإضافة إلى تطبيق قانون محل إقامة المضرور في حالة تسوق المنتج في الدولة محل إقامة المضرور.

بالنظر إلى اتفاقية روما ٢ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية فأن الاسناد إلى قانون محل الاقامة المعتاد للمضرور في مجال المسئولية عن عمل المنتجات مشروط لتطبيقه وفق المادة الخامسة منها على أن يتم تسويق المنتج في دولة محل إقامة المضرور[١٦٥]، وفي حالة اتحاد محلي إقامة الشخص المضرور والمسئول الطرف الأخر في العلاقة فأنه يتم تطبيق قانون هذه الدولة لتحديد مسئولية الطرف الآخر، وبذلك تتوافق اتفاقية روما مع نظرية التوقعات المشروعة والأمن القانوني للأطراف.

اتجهت اتفاقية روما ٢ إلى حماية الطرف المضرور حتى في حالة عد تطبيق قانون الاقامة المعتاد إذا كان الطرف المضرور مجرد عابر في إحدى الدول إلا انه أنه قام بشراء المنتج او استخدامه في تلك البلد[١٦٦]، ويجب مراعاة مصالح الطرف الضعيف

---

[١٦٥] نصت المادة ٥ من الاتفاقية علي: "مع عدم المساس بالمادة ٢/٤ فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي الناشئ عن الضرر من استخدام المنتج هو (قانون البلد الذي يكون للمضرور فيه محل إقامة معتادة وقت حدوث الضرر إذا كان المنتج قد تم تسويقه في هذا البلد)".

[١٦٦] د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٤٦.

وإيجاد مجموعة من القواعد التي توفر له الحماية في مواجهة الرف الآخر[١٦٧]، والملاحظ توافق كلا الاتفاقيتين بالإسناد لقانون محل الاقامة المعتاد للمضرور[١٦٨].

ثانياً: تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمسئول

ترجع أراء الاسناد لقانون محل الاقامة المعتاد بالنسبة للشخص المسئول لوجود الرابطة الوثيقة في العلاقة باعتبار أن ذلك المكان هو الذي يباشر فيه نشاطه ومن ثم الرابطة تتحقق بين القانون المطبق والطرف المسئول[١٦٩]، غير أنه في ظل تشعب العملية الإنتاجية بين مختلف الدول في بعض الحالات سيكون من الصعب تركيز العلاقة في قانون دولة واحدة وهو الاكر الذي يقود إلي صعوبة اقصار القانون المطبق علي قانون مجل إقامة الشخص المسئول فقط أو اعتماده كضابط اسناد دون الأخذ في الاعتبار باقي اطراف العلاقة التي لن نجدها الا متسعة وبالتالي سيتم البحث عن أقرب القوانين المرتبطة بهذه العلاقات.

كما أن الاسناد إلى قانون محل إقامة المسئول يحقق الغرض الأساسي من القانون في حفظ التوقعات المشروعة للمسئول وأمنه القانوني من خلال توقعه في تطبيق قانون محل اقامته أو قانون مقر الشركة طالما تحقق الأمر وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً في هذا الشأن.

لا يجوز الاعتماد على قانون محل إقامة الشخص المضرور في مواجهة قانون محل إقامة الطرف المسئول إذا لم تتحقق الصلة بين محل الاقامة للمضرور والعلاقة محل النزاع، ولتحقيق التوازن بين كل من الطرفين لابد وأن يلعب محل إقامتهما دور في الإسناد إلى القانون المطبق على النزاع، تحقيقاً لنظرية التركيز المكاني للعلاقة المطروحة، ولتطبيق قانون حل إقامة الشخص المسئول فيشترط أن يتم ذلك بضمانات وضوابط كافية تراعي مصالح الشخص المضرور وتحقق له الحماية والتعويض اللازم.

---

[١٦٧] د. خالد عبد الفتاح خليل، المسئولية عن عمل المنتجات والتعويض عن أضرارها في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦، ص ٦٤.

[168] C. Di Meglio, La loi applicable à la responsabilité du fait des produits, Article précité, p. 36.

[169] R. Jafferli, Rome II ou la loi applicable…, Article précité, No. 39.

(ISSN: 2537- 0758)

أ. **تطبيق القانون محل الإقامة المعتاد للمسئول وفق التشريعات الوطنية**

تبني المشرع السويسري إمكانية الاسناد إلى قانون محل إقامة الشخص المسئول وفق ما جاءت به نص المادة ١/١٣٥ من القانون الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧، بشرط أن يقع اختيار هذا القانون من قبل الشخص المضرور[١٧٠].

من خلال نص المادة ١/١٣٥ من القانون الخاص السويسري يطبق قانون محل الاقامة المعتاد وفق اختيار الشخص المضرور سواء كان محل الاقامة المعتاد للشخص المعنوي المتمثل في مقر المؤسسة الرئيسي، أم الشخص المعنوي الذي ليس لديه مقر فيكون الاسناد إلى محل اقامته المعتاد.

اتبع المشرع التونسي ذات النهج الذي شرعة القانون الخاص السويسري فأخذ بتطبيق قانون دولة مركز مؤسسة الصنع أو قانون الدولة موطنه الأصلي في حالة اختيار المضرور لذلك، وهو ما نصت عليه المادة ١/٧٣ من القانون الدولي التونسي الصادر في ١٩٩٨.

ب. **تطبيق القانون محل الإقامة المعتاد للمسئول وفق الاتفاقيات الدولية**

اعتبرت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ أن مقر الاقامة المعتاد للشخص المسئول هو مقر المؤسسة الرئيسية، وفي حالة توافق كلاً من محل إقامة الشخص المسئول مع الشخص المضرور يعد قانون محل اقامتهما هو القانون الذي تخضع له المسئولية عن عمل المنتجات ومن ثَم يكون هو القانون واجب التطبيق[١٧١]، وهو الأمر الذي أكدت عليه نص المادة ٥ من الاتفاقية بالإشارة إلي أنه لتطبيق قانون دولة المؤسسة الرئيسية أن تكون هذه الدولة هي محل الاقامة المعتاد للشخص المضرور، وفي ذات الإطار نصت المادة ٤ من الاتفاقية علي تطبيق قانون دولة المؤسسة الرئيسية للشخص المسئول حال كونه قانون الدولة التي وقع عليها الفعل الضار.

---

[١٧٠] نصت المادة ١/١٣٥ من القانون الخاص السويسري علي: "تخضع بحسب اختيار المضرور الادعاءات القائمة على خطأ أو وصف ناقص للمنتج، لقانون الدولة التي يوجد بها مقر مؤسسة الشخص المسئول أو لقانون محل اقامته المعتاد في حالة عدم وجود مؤسسة له"، راجع المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit)، ١٩٨٨، ص ٤٠٩.

[١٧١] د. خالد عبد الفتاح خليل، مرجع سابق، ص ٧٧.

كما يعتد بقانون المقر الرئيسي للشخص المعنوي وفق ما نصت عليه المادة ٦ من الاتفاقية[١٧٢]، ويطبق باعتباره قانون محل الاقامة المعتاد في حالة عدم توافر شروط تطبيق قانون محل إقامة المضرور أو مكان وقوع الفعل الضار، فقد يتمسك المضرور بتطبيق قانون الدولة التي حدث الضرر على اقليمها، فإذا تمسك بتطبيق قانون الدولة التي وقع علي اقيمها الضرر فيتم في هذه الحالة استبعاد تطبيق قانون مقر المؤسسة وبالتالي يتم تطبيق قانون الدولة التي وقع على أرضها الضرر.

عملت الاتفاقية على مراعاة مصالح الشخص المضرور وتوفير الحماية له من خلال حريته في الاختيار بين قانون مقر المؤسسة للطرف المسئول أو قانون محل وقوع الضرر، الاكر الذي يجنبه الخضوع لقانون الشخص المسئول أو محل اقامته[١٧٣].

أما تشريع روما ٢ لسنة ٢٠٠٧ فقد نصت المادة ٥/١/ث منها علي: "يطبق قانون البلد الذي وقع عليه الضرر إذا كان المنتج قد تم تسويقه في هذا البلد، ومع ذلك يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد الإقامة المعتادة للشخص المثارة مسئوليته إذا لم يتوقع هذا الشخص على وجه اليقين تسويق المنتج، أو منتج آخر من نفس النوع على البلد الذي يكون قانونه واجباً التطبيق بموجب النقاط المشار إليها سلفاً".

فتطبيق قانون محل الاقامة المعتاد للشخص المسئول وفق نص المادة المشار إليها يتوقف على توقعات الطرف المسئول في تسويق المنتج في البلد محل إقامة الشخص المضرور أو البلد الذي تم شراء المنتج وتسويقه فيه ويكون قانون هذه الدولة هو القانون واجب التطبيق، وبذلك يتوقف تطبيق قانون محل إقامة الشخص المسئول على اثبات عدم توقع تسوق المنتج في الدولة التي يتخذها الشخص المضرور محل إقامة له، ويكون على المضرور اثبات خلاف ذلك[١٧٤].

---

[١٧٢] نصت المادة ٦ من الاتفاقية على أن "عندما لا ينطبق أي من القوانين المشار إليها في المادتين ٤ و٥، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي لدولة المنشأة الرئيسية للشخص الذي يتم الاحتجاج بمسؤوليته ما لم يعتمد المدعي على القانون الداخلي للدولة التي يقع في إقليمها حدث ضار".

[173] Y. Loussouarn, Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, Article précité, p. 41.

[174] R. Jafferali, Rome II ou la loi applicable…, Article précité, No. 23.

(ISSN: 2537- 0758)

الفرع الثالث
الاختيار لصالح الملتزم بالنفقة

في المجالات الأخرى غير الأضرار، تكون قواعد اختيار القانون المصممة صراحةً لصالح طرف واحد شائعة إلى حدٍ ما في مسائل العلاقات الأسرية، بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بالوضع التي تمت مناقشتها سابقًا والتالية، فإن القواعد الأخرى من هذا النوع هي تلك التي تنشأ في نزاعات نفقة الطفل والزوج، تسمح للمحكمة في نزاعات نفقة الأطفال والزوج باختيار القانون الأكثر ملاءمة للمدين من بين عدة قوانين.

أحد الأمثلة على ذلك هو المادة ١٨ من EGBGB الألمانية والتي وفقًا لظروف معينة تسمح باختيار القانون الأكثر ملاءمة للمتعهد بالنفقة من بين قوانين الإقامة المعتادة للمتعهد، والجنسية المشتركة للمتعهد والمتعهد له، وقانون المحكمة.

توجد قواعد مماثلة في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٦ بشأن القانون المنطبق على التزامات النفقة تجاهه الأطفال[١٧٥]، اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ بشأن القانون المنطبق على التزامات النفقة[١٧٦]، اتفاقية البلدان الأمريكية لعام ١٩٨٩ بشأن التزامات النفقة[١٧٧]، القانون المدني الفرنسي[١٧٨]، مشروع القانون الهولندي لعام ١٩٩٢[١٧٩]، القانون المجري[١٨٠]، والقانون المدني الكندي[١٨١].

C. Nourrisat, Présentation du règlement CE, Article précité, p. 5.

[١٧٥] راجع المواد ١، ٢، ٣ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٦، بشأن القانون المطبق على النفقة تجاه الأطفال، والتي أعطت الخيار بين اختيار قانون المحكمة وقانون محل الإقامة المعتاد للطفل.

[١٧٦] راجع المواد ٤-٦ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣، بشأن القانون المطبق على التزامات النفقة، والتي أعطت الخيار بين قوانين المحكمة، محل الإقامة المعتاد للمتعهد له، أو القانون الوطني العام للمدين والمتعهد له.

[١٧٧] فقد نصت المادة ٦ من اتفاقية البلدان الأمريكية لعام ١٩٨٩ بشأن التزامات الإعالة على إمكانية الاختيار من بين قوانين الإقامة المعتادة أو موطن أي مدين أو ملتزم.

[١٧٨] راجع نص المادة ١٨/٣١١ من القانون المدني الفرنسي التي أعطت الحق المباشر للطفل.

[179] Boele-Woelki, Joustra & Steenhoff, Dutch Report in Symeonides, at 309-11.

[١٨٠] انظر قانون القانون الدولي الخاص المجري، المادة ٤٦، فيما يتعلق بالوضع والعلاقات الأسرية وحقوق الإعالة للأطفال الذين يعيشون في هنغاريا، يسري القانون الهنغاري كلما كان ذلك لصالح الطفل أكثر من القانون المطبق بطريقة أخرى.

سنوالي استعراض اتجاهات العديد من التشريعات بشأن القانون المطبق على التزام النفقة سواء للزوجة أو الطفل وآراءهم الفقهية والقانونية واتجاه القضاء في هذا الشأن، في ظل اختلاف التشريعات المقارنة في تحديد عما إذا كانت النفقة من الأمور الشخصية المتعلقة بالزوج أم أنها من الأمور المالية.

إن التفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية أثرت على تحديد موقف القوانين في تحديد القانون الذي يحكم آثار الزواج، ومن هذه الآثار النفقة، فهناك قوانين لم تفرق بين الآثار الشخصية والمالية في تحديد القانون الواجب التطبيق، فأخذت بوحدة القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار، في حين أن هناك قوانين أخرى أخذت بازدواجية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، فطبقت على الآثار المالية قانونا يختلف عن القانون الذي يحكم الآثار الشخصية.

اختلاف تكييف النفقة كونها من الآثار المالية أم الشخصية سيؤدي إلى اختلاف في القانون الواجب التطبيق، كما يؤدي هذا التحديد في اختيار القانون المطبق عليها والذي ستظهر خلاله توجهات كل دولة في تمسكها بالنظرية الكلاسيكية أم النظرة المادية للحصول على أفضل نتيجة لصالح أحد الأطراف.

أولاً: نفقة الزوجة

يقصد بها ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، ونفقة الزوجة واجبة على الزوج بمقتضى عقد الزواج الصحيح[١٨٢]، وإذا كانت هذه النفقة هي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح فأن السؤال الذي يثار في هذا الصدد، هل أن النفقة من الآثار الشخصية للزواج أم أنها الأثار المالية؟ إذ على ضوء هذا التساؤل يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة.

---

[١٨١] القانون المدني الكندي، المادة ٣٠٩٤ التي تنص علي: "الاختيار بين قانون محل إقامة المدين أو الملتزم).

[١٨٢] تنص المادة ١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، على أنه: "جب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين، ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العالج وغير ذلك مما يقضى به الشرع....".

(ISSN: 2537- 0758)

ظهرت عدة اتجاهات في الفقه المصري بشأن تحديد كون النفقة من الاثار الشخصية أم من الأثار المالية لعقد الزواج، فقد ذهب اتجاه إلى اعتبار النفقة من الاثار المالية لعقد الزواج، واسس ذلك على حكم محكمة القاهرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب في ١٩٥٢/١/١٨، وأن المادة ١/١٣ من القانون المدني المصري تقضي بتطبيق قانون الزوج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال تنصرف إلى نفقة الزوجة إذ ليس من شك أن هذه النفقة من الآثار المالية.

اعتبر الفقه المصري أن النفقة الزوجية تعد من الآثار الشخصية للزواج[١٨٣]، ويخضعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاده، وعليه فلا تسري عليها قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١/١٣ من القانون المدني المصري التي تنص على "يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"، وبالتالي فهي تعد من الاثار المالية[١٨٤].

الرأي الراجح في الفقه المصري[١٨٥]، وهو ما استقر عليه القضاء[١٨٦]، في أن تعد النفقة من الآثار الشخصية لعقد الزواج أما القانون الواجب التطبيق على نفقة الزوجية، فأن التفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية تؤثر على تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج والتي من ضمنها النفقة، فنجد قوانين لا تفرق بينهما وأخذت

---

[١٨٣] د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص٥٥٧.

[١٨٤] د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص "الجزء الثاني– تنازع القوانين"، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٢٩٥.

[١٨٥] د. جابر جاد عبد الرحمن القانون الدولي الخاص الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الهيئات وتنازع الاختصاص، ط٢، مطبعة النفيض، بغداد،١٩٤٨ص ١٦٧، د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٢٨، د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً)، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،١٩٩٦، ص٨١٣، د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دارسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٤٩، ص٢٠٠٦.

[١٨٦] راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٤/١/١٤، منشور في مجموعة النقض، العدد ٢، السنة الخامسة، ١٩٥٤، ص ٤٢٦ وما بعدها. نقلاً عن د. هشام علي صادق القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٦٩، ص ٥٠٩.

بوحدة القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار، كالقانون البولندي لعام ١٩٦٥ حيث نص في المادة ١٧ على أن (تخضع العلاقات الشخصية والمالية بين الزوجين لقانونهما الوطني، فإذا لم يكن لهما قانون وطني مشترك طبق قانون موطنهما، وإذا لم يكن لهما موطن في دولة واحدة طبق القانون البولندي)، والمادة ٢/٩، ٣/٩ من القانون الاسباني لعام ١٩٧٤، والتي جاء فيها إن الآثار الشخصية والمالية تخضع للقانون الوطني المشترك للزوجين، فان اختلفا جنسية، طبق قانون جنسية الزوج.

من القوانين التي أخذت بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج كذلك القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ في المادة ١٤ منه، والقانون الايطالي لعام ١٩٩٥ في المادة ٣٠ منه، والقانون الروماني لعام ١٩٩٢ في المادة ٢٠ منه، في حين عملت قوانين أخرى بشكل مزدوج في القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، فتخضع الآثار الشخصية لقانون يختلف عن الآثار المالية، وبالتالي فاختلاف تكييف النفقة على إنها من الآثار الشخصية أم الآثار المالية سيؤدي إلى اختلاف تحديد القانون الواجب التطبيق عليها[١٨٧].

يستند الفقه المصري في ذلك على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، إذ كانت المادة ١٥ من مشروع القانون المدني تنص على أن "يسري على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها"، إلا أَّن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قررت أضافت عبارة (فيما بين الأقارب) لينفي أن يكون المقصود من النفقة[١٨٨]، نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السابقة، باعتبار إنها من آثار الزواج[١٨٩].

كما يتجه القضاء المصري إلى اعتبار نفقة الزوجية من آثار عقد الزواج، ويخضعها لقانون جنسية الزوج، ويوكل للقانون تحديد وجوب النفقة والشخص الملتزم بها ومدتها

---

[١٨٧] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط ١، دار المطبوعات، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٤، ص ٢٨٣.

[١٨٨] راجع نص المادة ١٥ من القانون المدني المصري التي تنصي علي:- "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها".

[١٨٩] راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، مكتبة وزارة العدل، القاهرة، ص٢٩٥.

(ISSN: 2537- 0758)

والأسس الخاصة بتقديرها والجزاء المترتب في حالة الامتناع عن أدائها وتقادمها وانقضائها[١٩٠].

أما بشأن النفقة المؤقتة في التشريع والفقه المصري، فيرى جانب من الفقه المصري إنها تدخل تحت نطاق فكرة التفريق[١٩١]، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقاً للمادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري[١٩٢].

انتقد هذا الاتجاه استنادا إلى أن استحقاق نفقة التفريق لا يؤول إلا بعد صدور حكم بالتفريق وبالتالي يطبق عليها ما يطبق على نفقة المرأة المطلقة، وفي هذه الحالة لا يجوز اعتبار النفقة المؤقتة تدخل في تحت نطاق التفريق بسبب عدم تحققه[١٩٣].

أصدرت محكمة الإسكندرية الابتدائية الصادر في١٩٥٠/٣/١٨، إلي إذ كان النزاع يتعلق بدعوى تفريق رفعتها زوجة بريطانية على زوجها البريطاني[١٩٤]، وقد طلبت الزوجة زوجها أثناء نظر الدعوى بدفع نفقة وقتية وفقاً لأحكام القانون الانكليزي بوصفه قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وهي تشير بذلك إلى اعتبار النفقة الوقتية من آثار الزواج وقد أقرتها المحكمة على هذا التكييف، وحكمت بالنفقة تطبيقاً للقانون الإنكليزي، وقد حصلت علي ذات الحكم من خلال محاكم الاستئناف فالنفقة المؤقتة التي تطالب بها الزوجة أثناء دعوى التفريق تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بوصفها من آثار الزواج.

---

[١٩٠] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط ٢، دار الفكر الجامعي، لإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٤٩.

[١٩١] د. أحمد مسلم، النفقة الوقتية (تكييفها والقانون الذي يحكمها)، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، السنة الرابعة، ص ٩.

[١٩٢] تنص المادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري علي أنه "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

[١٩٣] د. شمس الدين الوكيل، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط١، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٦، ص٥١٢.

[١٩٤] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، د. أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢١.

تعرض هذا الرأي هو الآخر إلى الانتقاد حيث أن النفقة المؤقتة مسألة مستقلة عن النزاع الأصلي، ومن ثم لا يمكن اعتبارها أثر من آثار الزواج التي تثار بشأن النزاع أو حتى من الآثار المستقبلية للحكم الذي قد يصدر كالحكم بالتفريق، فالنفقة المؤقتة لا صلة لها بجوهر العلاقة الزواجية، إذ قد يحكم بها كأجراء تحفظي لحماية حقوق المتقاضين لحين الفصل في النزاع[١٩٥].

اتجه الفقه إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على النفقة المؤقتة[١٩٦]، وأخرجها من نطاق القانون الواجب التطبيق على النفقة العادية، كونها من القواعد ذات التطبيق الضروري، كما أنها تعد من مسائل الإجراءات المدنية[١٩٧]، وفيما نظر إليها البعض الآخر إلى ارتباطها بفكرة النظام العام[١٩٨].

أما في فرنسا فقد أخذت تشريعاتها بالتفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية، إذ استقر الأمر على إخضاع الأثار الشخصية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، فإذا اختلفت جنسيتهما طبق قانون دولة الموطن المشترك لهما، فإن اختلفا موطناً طبق القانون الفرنسي (قانون القاضي)[١٩٩]، وهو الأمر الذي يؤدي إلي الإعمال المزدوج

---

[١٩٥] د. فؤاد عبد المنعم ود. سامية راشد الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٣٠٢.

[١٩٦] د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٨٤، د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٣٣٥، د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص ٥٤٩، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٥١٢.

[١٩٧] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولي، منشورات جامعة حلب، سوريا، ١٩٩٨، ص ٢٦٢.

[١٩٨] د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ٩٢.

[١٩٩] قديماً كان يسري على الآثار الشخصية للزواج، القانون الوطني المشترك، وإن اختلفت جنسية الزوجين طبق قانون جنسية دولة الزوج، وذهب جانباً آخر من الفقه ليقرر بأنه إذا لم يكن الزوجان من دولة واحدة، فأن آثار الزواج الشخصية تخضع لقانون موطن الزوجية وليس قانون دولة الزوج. نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار "اصولاً ومنهجاً"، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ٨٠.

(ISSN: 2537- 0758)

لنص المادة ٣٠٩ من القانون المدني الفرنسي[٢٠٠]، أما الآثار المالية لاسيما النظام المالي فيسري عليها القانون الذي يختاره الطرفان صراحة أو ضمناً، أما بالنسبة للنفقة الوقتية فيجري القضاء الفرنسي على اختصاص محاكمة بالإجراءات الوقتية والتحفظية[٢٠١].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأنها تخضع القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج إلى قانون محل الإقامة الزوجية[٢٠٢]، أما بشأن النفقة المؤقتة في الولايات المتحدة الأمريكية يسري قانون القاضي في كل مرة يثبت فيها الاختصاص للمحاكم الوطنية، وتختص المحاكم الأمريكية فتعد هذه المسائل من قواعد الاختصاص التي تستند بها المحاكم على سلطتها التقديرية[٢٠٣].

ثانياً: نفقة الطفل

نفقة الطفل هي النفقة التي تمنح لتوفير الحماية والرعاية للطفل بما يضمن له حياة كريمة، فهي تشمل ما يحتاج إليه من غذاء، وكسوة، وعلاج، إضافة إلى المسكن، وعلى الرغم من اهميتها إلا أن أغلب التشريعات العربية ومنها المشرع المصري لم تحدد لها قاعدة إسناد صريحة.

جانب من الفقه اتجه إلى أن نفقة الطفل تعد أثر من أثار الزواج، ولذلك أخضعها للقانون الواجب التطبيق على أثار الزواج، وهو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهي القاعدة السائدة في التشريعات العربية والمقارنة[٢٠٤].

اتجه القانون المصري والفقه[٢٠٥]، والذي سارت على نهجه أغلب التشريعات العربية، إلى أن النفقة المباشرة بين الأصول والفروع يدخل في النص الخاص بنفقة

---

[٢٠٠] د. علي محمود مقلد، ترجمة القانون الدولي الخاص، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥٥١.

[٢٠١] قرار محكمة باريس بتاريخ ١٩٦٩/١١/١، منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ص ٢.

[202] Ehrenstein, Choice of Law: Current Doctrine and “True Rules”, California Rev., Vol. 49, p. 652.

[٢٠٣] د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٦٣٦.

[204] J. Dray, International Conflicts in Child Custody: United States v. Saudi Arabia, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 7, Issue 9, 1987, p. 436.

الأقارب، وتشمل نفقة الأقارب الأصول والفروع وقرابة النسب غير المباشرة التي تقوم بين الحواشي الذي يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، ونفقة قرابة المصاهرة التي تقوم بين أحد الزوجين والزوج الآخر، يسري على هذا الشكل من النفقة وفق قواعد القانون المصري ما جاءت به نص المادة ١٥من القانون المدني المصري التي تنص علي: "يسري علي الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها".

خلال العرض التالي سنوالي الإشارة إلى مدي إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب ومنها الطفل في ظل اختلاف الاتجاهات القانونية والفقهية في تحديده، وصولاً إلى الاتجاه الذي يحقق أفضل حماية للدائن بها مع الأخذ بالاعتبار قدرة المدين.

الإشكالية لا تثار حول تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب إذا اتحدت جنسية الطرفين، إلا أن الصعوبة تتجلى في حالة اختلاف جنسية الطرفين، وهو ما يعنينا، وكما تمت الإشارة إلى انه ظهور العديد من الاتجاهات القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المسائل، وسنعرض هذه الاتجاهات وصولاً إلى أفضلها من ناحية الحماية المطلوبة.

الاتجاه الأول: تطبيق قانون المدين بها

يذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع النفقة للقانون الشخصي لدولة المدين بها، وقد تبنى هذا الرأي العديد من التشريعات المقارنة ومعظم قوانين الدول العربية[٢٠٦]، وقد لاقي هذا الاتجاه التأييد من بعض الفقه[٢٠٧]، استناداً إلى أن مسألة النفقة تتطلب عند توافر شروطها وجود التزام يقع على عاتق المطلوب منه النفقة، ولن يلتزم المطلوب منه النفقة أذا ما قضي قانونه على خلاف ذلك، بالإضافة إلى أن نفقة الطفل تعد من أثار الزواج،

---

[٢٠٥] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٥٤.

[٢٠٦] د. خليل إبراهيم، تنازع القوانين في مسألة النفقة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون في جامعة الموصل، المجلد الحادي عشر، العدد الأربعون، ٢٠٠٩، ص٩.

[٢٠٧] د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٧٩.

(ISSN: 2537- 0758)

وبالتالي تخضع لذات القانون الواجب التطبيق علي أثار الزواج، فيكون القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج[٢٠٨].

اسند القانون المصري نفقة الطفل إلي القانون الذي يحكم اثار الزواج أو قانون المدين بالنفقة وذلك وفق ما نصت عليه المادة ١٥ من القانون المدني المصري التي تنص علي: "يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها"، واتجه الفقه لتطبيق قانون المدين بالنفقة لاعتبار وصف الاصول والفروع من المخاطبين بهذا القانون[٢٠٩].

تعرض استخدم لفظ "المدين" في نص المادة ١٥ من القانون المدني المصري للنقد من جانب بعض الفقهاء، وارجع الفقه نقضه إلى أحدي النقاط الجوهرية ي عملية المطالبة وهي ضرورة العودة إلى أحكام قانون محدد لمعرفة ما إذا كان الشخص مدين بالنفقة أم لا، ومن ثم سيكون اللجوء إلى قانون جنسية المدين، الذي يجب أن يعترف بالنفقة كدين لكي يصح المطالبة بها[٢١٠]، وتلقي قاعدة الإسناد المطبقة علي القاضي الوطني تحديد شخص المدين بالنفقة ليتسنى لها تطبيق قانونه بوصفه القانون وجب التطبيق على مسألة النفقة بالنسبة للطفل.

اتجه الفقه إلى إن العبرة بجنسية المدين بالنفقة وقت نشأة العلاقة القانونية باعتبارها مصدر الحق للمطالبة بالنفقة، فالعبرة بجنسية الاب عند ثبوت نسب الطفل لاستحقاق النفقة[٢١١].

الاتجاه الثاني: تطبيق قانون الدائن بالنفقة

يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالنفقة تخضع إلى القانون الشخصي للدائن بها[٢١٢]، أي لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، اخذت بهذا الاتجاه العديد من

---

(208) J. Dray, International Conflicts in Child Custody: United States v. Saudi Arabia, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 7, Issue 9, 1987, p. 436.

[٢٠٩] د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩١٩.

[٢١٠] د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٨، ٥٥٧.

[٢١١] د. محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

التشريعات الأوربية[٢١٣]، أسس هذا الاتجاه أسانيده إلى أن طالب النفقة الدائن بها باعتباره الطرف الأضعف الواجب حمايته، ولا تثار مسألة النفقة إلا بوجود طالب النفقة وذلك أن حاجته هي سبب وجود الالتزام بالنفقة[٢١٤].

يعد الالتزام بأداء النفقة من اثار الزواج ومن ثم يخضع لقانون جنسية الشخص وقت المطالبة بالنفقة، وهو ما يتوافق مع ما جاء في نص المادة ٢/٤ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على النفقة[٢١٥]، حيث أخضعت النفقة للقانون الخاص بالمدين وليس القانون الخاص الدائن بها.

أستمر القانون الفرنسي في تطبيق اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٩٥٦/١٠/٢٤، بينها والدول الأطراف فيها، حيث تُخضع الاتفاقية على أن قانون الإقامة المعتاد للطفل هو الذي يحدد إلى أي مدي يمكنه من المطالبة بالنفقة، وقد ذهب الفقه الفرنسي إلى تطبيق القانون الفرنسي إذا كان الطفل مقيم بها، وفي حالة اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر الدعوي، ولا يسمح قانون الطفل أو قانون الجنسية المشتركة للطفل والمكلف بالنفقة من الحصول عليها[٢١٦].

أخضعت المادة ٢/١ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٦ والخاصة بالتزامات النفقة تجاه الأبناء بإخضاعها لقانون الموطن المعتاد للطفل، وهو ما يتوافق مع ما نص عليه قانون

---

[٢١٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي، مرجع سابق، ص ٣١٠.

[٢١٣] د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٧٩، إذ يشير إلى المادة ١/١٨ من القانون الألماني الصادر في عام ١٩٨٦، والمادة ٤٧ من القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩الملغي بالقانون الصادر في سنة ٢٠١٧.

[٢١٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٩١٢.

[٢١٥] راجع نص المادة ٢/٤ من اتفاقية لاهاي ١٩٧٣ الخاصة بالقانون المطبق على النفقة وتنص على "في حالة تغيير الإقامة العادية لدائن، فإن القانون الداخلي لبلد الإقامة العادية الجديدة ينطبق ابتداء من اللحظة التي حدث فيها التغيير".

[٢١٦] تنص المادة ١/١٤ من الاتفاقية بأنه: "يسري القانون الداخلي لمحل الإقامة العادية للدائن بالنفقة على التزامات لحصول النفقة (الأسرة أو القرابة أو الزواج أو المصاهرة أو النسب)، ولا ينحى هذا القانون إلا إذا لم يستطع طالب النفقة عليها طبقاً لأحكامه، إذ يسري القانون الوطني المشترك بينه وبين المدين بالنفقة استناداً إلى نص المادة ٥ من هذه الاتفاقية".

(ISSN: 2537- 0758)

حماية الطفل الإنجليزي الصادر في ١٩٩١، والذي أخذ بتطبيق فواعدة القانونية على كل طفل يتواجد على الأراضي الإنجليزية، حتى ولو كان الطفل ينتمي إلى جنسية أخري خلاف الإنجليزية[٢١٧].

الاتجاه الثالث: تطبيق قانون القاضي

ينادي هذا الاتجاه إلى تطبيق قانون القاضي على مسألة نفقة الأقارب باعتبارها من الإجراءات التي يفصل بها لتبعيتها لقضايا أصلية، ينتشر هذا الاتجاه في الدول الأنجلو أمريكية كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا[٢١٨]، فالثابت أنه إذا كان موطن أحد الأطراف أو أقامته المعتادة بدولة القاضي يختص القضاء الوطني بنظر النزاع، ويتم تطبيق القانون الوطني للمحكمة[٢١٩]، بالإضافة إلى أنه في بعض النظم القانونية الأخرى يكون لاعتبارات النظام العام دور في تطبيق قانون القاضي، ويتمحور أهم أسباب استحسان تطبيق قانون القاضي وفق هذا الرأي هو يسر تنفيذ الأحكام الصادة من المحاكم.

أتجه المشرع التونسي إلى النص في المادة ٥١ من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة في ١٩٩٨ على أنه "تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن".

أطلق المشرع التونسي يد القاضي الوطني في اختيار القانون الأصلح للدائن (الطفل) من بين مجموعة من القوانين، ولعل اتجه غرض المشرع التونسي إلى تحقيق الحماية لمستحق النفقة باعتباره الطرف الضعيف كما تمت الإشارة فيما سبق، هذا فقد عمل التشريع الأمريكي أيضاً على ذات الاتجاه.

---

[٢١٧] راجع الموقع الإلكتروني:-
http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_eng_en.htm
(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٦، الساعة ١٠.٤٥م)

(218)P. Hay, The American "Covenant Marriage" in the Conflict of Laws, Louisiana Law Review, Vol. 64, No. 1, Fall 2003, p. 52.

[٢١٩] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٢٣.

المطلب الثاني
حماية المستهلكين

من عواقب بند اختيار القانون المعاكس على عكس القواعد المذكورة أعلاه التي تحمي ضحايا الضرر من خلال منحهم الحق في اختيار القانون المعمول به، تسعى القواعد الأخرى إلى حماية المستهلكين من العواقب السلبية المترتبة.

أفضل الأمثلة المعروفة هي المادتان ٥ و٦ من اتفاقية روما، والتي تنص على أن شرط اختيار القانون في عقد المستهلك قد لا يحرم المستهلك من الحماية التي توفرها القواعد الإلزامية للبلد الذي سيحكم قانونه العقد في حالة عدم وجود مثل هذا القاعدة القانونية، وبالتالي يمكن أن يتوسع بند اختيار القانون ولكنه لا يقلل الحماية المتاحة للمستهلكين.

يتم إعطاء النتيجة المرغوبة ماديًا لحماية أحد أطراف العلاقة القانونية المحمية بموجب اعتبارات التفضيل على اعتبارات عدالة قاعدة الإسناد.

الفرع الأول
دور الإرادة في اختيار القانون لحماية المستهلك

تعددت الاتجاهات نحو دور الإرادة في اختيار القانون في مجال حماية المستهلك ويتم استعراض الأمر من خلال العناصر التالية:-

أولاً: النظرية الشخصية في اختيار القانون

أكدت النظرية الشخصية على أن إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد هي إرادة مطلقة في ظل رغبتهم في تنظيم مصالحهم بشكل يتوافق مع احتياجاتهم، فوفقاً لطبيعة العقد بين الطرفين يكون ملزماً لكافة جوانبه بالنسبة للطرفين ويستمد العقد هذا الالتزام من إرادة الأطراف[٢٢٠]، يعاب على هذا الاتجاه أنه في حالة تضمين العقد لقواعد قانونية محددة من قبل الأطراف فان القانون في هذه الحالة يتحول من حاكم لتلك العلاقة إلي اتفاق[٢٢١]، ويتحول العقد في ظل اطلاق سلطان الإرادة إلي عقد حر أو

---

[٢٢٠] د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص١٠١.

[٢٢١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص٣٤.

(ISSN: 2537- 0758)

طليق، ويتمكن الأطراف من استبعاد بعض القواعد في ذلك القانون وخاصة تلك القواعد الآمرة، كما يمكنهم اختيار أكثر من قانون لتنظيم بعض جوانب العقد، ولا يشترط أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف أن يرتبط بأي صله مع العقد[٢٢٢].

كما ان اختيار الأطراف لأحكام قانون معين وفق الآراء الفقهية يؤدي إلى تجميد القانون من حيث الزمان أو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي لاندماج القانون في العقد فلا تسري عليه التعديلات التشريعية المستقبلية مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[٢٢٣].

يعاب على هذه النظرية أنها تقود إلى أمكانية تعسف أحد الأطراف ضد الطرف الآخر بسبب عدم التكافؤ بين طرفي العقد، فيملي الطرف الأقوى شروطه في اختيار القانون بما يحقق مصلحته في مواجهة الطرف الآخر والذي يغلب أن يكون المستهلك، ومن ثم فتحقيق هذه النظرية يعيق الهدف الأساسي في تحقيق حماية المستهلك[٢٢٤].

ثانياً: النظرية الموضوعية في اختيار القانون

عملت النظرية الموضوعية على اعلاء تطبيق القواعد القانونية على إرادة المتعاقدين التي ينظر إليها كونها ضابط أسناد يشير إلى القانون واجب التطبيق[٢٢٥]، دون وجود إمكانية إلى استبعاد أي من القواعد الآمرة في هذا القانون[٢٢٦].

إغفال المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق علي العقد الدولي يتيح افساح المجال امام القاضي المعروض أمامه النزاع في البحث عن إرادة الأطراف الضمنية، حيث لا يتكمن القاضي من الوصول إلي الإرادة المفترضة كما هو الحال في النظرية

---

[٢٢٢] د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص١١٠، أشارت اتفاقية روما الصادرة في ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، لم تتطلب أن يكون هناك صلة بين العقد والقانون المختار.

[٢٢٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣٦٤.

[٢٢٤] د. أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٨، ص ٢١.

[٢٢٥] د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٢، حيث يري جانب من الفقه على أن الأحكام الكبرى في القضاء الوطني قضت بأن "كل عقد دولي يكون بالضرورة مستنداً إلى قانون دولة معينة".

[226] Marie-Laure Niboyet, Contrats Internationaux, 1998, Fasc. 520.

الشخصية، ويلجئ القاضي غلي تطبيق القانون الملائم من حيث فكرة التركيز الموضوعي للعلاقة مثل قانون دولة ابرام العقد أو دولة التنفيذ[٢٢٧]، فمكان التنفيذ هو المكان الذي تتركز فيه مصالح الأطراف، إلا أنه في حالة تعدد أماكن التنفيذ سيكون من الصعب تحديده، وقد اتجه الفقه إلي التأكيد علي التركيز المكاني للعلاقة يتمحور في الظروف والأحداث الخارجية لكل حالة بمفردها، حيث يمكن أن تتوقف هذه الظروف علي إرادة الأطراف[٢٢٨].

وفقاً للنظرية الموضوعية يكون للقاضي السلطة المطلقة في تصحيح اختيار الأطراف بالنسبة للقانون واجب التطبيق علي العقد، ومن شأن هذه السلطة المطلقة عدم توفير الحماية للطرف الضعيف (المستهلك)، ويؤدي إلي الشعور بعدم الأمان التشريعي لعدم إمكانية توقعهم القانون واجب التطبيق علي العلاقة المقامة بينهما، بل قد يتم تطبيق قانون لا يرغب فيه أي من الطرفين[٢٢٩]، كما أن القاضي باختياره القانون أو تصحيحه لإرادة الأطراف في الاختيار لا يهدف إلي تحقيق القانون الأكثر حماية للطرف الضعيف (المستهلك) بقدر رغبته في تحديد القانون ذو الصلة بالعلاقة القائمة حسب فكرة التركيز دون النظر إلي ما يقرره القانون بشأن حقوق المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

يعد مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الدولي الخاص من المبادئ الجوهرية التي كرسته أغلب الأنظمة القانونية، إلا أنه يعاب عليه في مجال حماية المستهلك في إمكانية تعرضه للإجحاف من الطرف الأقوى، الأمر الذي أدي إلي ضرورة الحد من هذه الحرية حماية للطرف الضعيف ولتحقيق نوع من التوازن بين طرفي العقد، وتقييم

---

[٢٢٧] الباحث/ خالد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حوان، ٢٠٠٢، ص ١٣٠. اتجه البعض في إطار التأكيد على فكرة التركيز الموضوعي للعلاقة باعتبارها الأساس في الاستناد اليها في العلاقات التعاقدية فهي الاوثق صله بالرابطة الموجودة.

[٢٢٨] د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٤٩.

[٢٢٩] د. أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٨، ص ٣٤.

(ISSN: 2537- 0758)

مدي هذه الوسائل في تحقيق الحماية المبتغاة[٢٣٠]، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلي أهدار مبدأ حرية الاختيار بشكل جزئي عندما يتم السماح للأطراف باختيار قانون بشرط عدم المساس بالقواعد الآمرة في القانون الذي سينعقد له الاختصاص عند انتفاءه[٢٣١].

يمكن أن تتم الحماية للطرف الضعيف من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد اسناد موضوعية يحددها المشرع أو القاضي المعروض أمامه النزاع، وبالتالي يتم حرمان الأطراف كلياً من القدرة علي اختيار القانون واجب التطبيق، وقد تبني المشرع السويسري هذا الاتجاه في المادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص، والتي أسند فيها عقود الاستهلاك للقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك في حالة (إذا كان المورد قد تلقي الطلب من المستهلك في هذه الدولة، اذا كان ابرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة وقام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها، إذا تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال إلي دولة أجنبية لإبرام العقد)، وقد حرمت تلك المادة بشكل كلي حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد.

سار على ذات النهج قانون مقاطعة كيبك الكندية الخاص بحماية المستهلك الصادر في ١٤ يوليو ١٩٧٠، حيث نصت المادة ٨ من القانون على أن "كل شرط يخضع كلياً أو جزئياً لقانون آخر... خلاف قانون مقاطعة كيبك يعد باطلاً"، ويطبق ذلك النص في عقود الاستهلاك التي تبرم في الإقليم او التي يتم الدعاية لها فيه، حتى ولو تم ابرامها في مكان آخر طالما كان للمستهلك محل إقامة معتادة على إقليم المقاطعة.

ذات النهج سار عليه القانون الإنجليزي الموحد للعقود الصادر في ١٩٧٧، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٧ على "تطبيق هذا القانون بالرغم من اختيار الأطراف لقانون أجنبي، إذا كان أحد المتعاقدين له صفة المستهلك وله محل إقامة معتادة في المملكة البريطانية المتحدة، أو تم في هذا البلد التصرفات أو الإجراءات الضرورية لإبرام العقد[٢٣٢]، كذلك اتجه المشرع البرتغالي إلي ذات النهج من خلال اسناد عقود

---

(٢٣٠) اسُتبعد ضابط الإرادة في القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٩٧٨/١٢/١٨، في مجال العقود التي يبرمها المستهلكون، وذلك في المادة ٢/١٢٠ من القانون المشار إليه.

(٢٣١) د. خالد خليل، مرجع سابق، ص ١١٠.

(232) Isabelle Pingel, La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur), 1986, p. 135.

متاح على الموقع الإلكتروني:-

www.worldcat.org

الاستهلاك إلي القانون محل الإقامة المعتادة، فقد نصت المادة ٣٣ من مرسوم القانون رقم ٤٤٦/٨٥ الصادر في ١٩٨٥/١٠/٢٥، بشأن الشروط العامة للعقود علي تطبيق هذا المرسوم بقانون علي كل العقود المبرمة بموجب اقتراح او عرض عام علي المستهلكين في الإقليم البرتغالي اذا كان لطالب السلعة محل إقامة معتادة في هذا البلد، حتي لو كان يحكم هذا العقد قانوناً أجنبياً(٢٣٣).

يؤدي إلغاء دور الإرادة كلياً لتجاوز هدف الحماية المطلوب تحقيقها للمستهلك، فاختيار قانون محدد من خلال أحد المتعاقدين ليحكم عقد الاستهلاك بالرغم من كونه يحقق الحماية المطلوبة للمستهلك في مواجهة المتعاقد الآخر، فان الأخير تطبيقاً لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق يمكن له الموافقة على تطبيق هذا القانون باعتباره قانون موحد لكافة العقود دون الوقوف على جنسية المستهلك(٢٣٤)، فضلاً عن تحقيقه للأمان القانوني من خلال توقع الأطراف بالقانون الواجب التطبيق علي العلاقة القائمة، بل ويحقق مصلحة الأطراف من خلال اختيارهم لقانون يتلاءم مع طبيعة العقد، الأمر الذي يستخلص منه ضرورة الإبقاء علي حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق مع تقييده(٢٣٥)، وقد أعطي المشرع السويسري في مشروع القانون الدولي الخاص في ١٩٧٨، حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود الاستهلاك الا عندما يحتاج الأمر إلي التدخل لحماية المستهلك من تطبيق قواعد قانونيه مجحفة ضده(٢٣٦).

لا يمكن التسليم بأن تطبيق قانون محل الاقامة المعتادة يحقق الأمان القانوني والحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف، فقد يكون تطبيق قانون الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية يحقق حماية أفضل للمستهلك عن قانون الأخير، وهذا ما أكده القانون

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٩/١٠، الساعة ١٠.١٦م).

(233) Mura Ramos, Aspects récents du droit international privé au Portugal, Rev. Crit, 1988, p. 479.

(٢٣٤) د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٩٥.

(٢٣٥) د. خالد خليل، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢٣٦) د. أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١١٠.

(ISSN: 2537- 0758)

الموضوعي الذي يسعي لحماية المستهلك من خلال التشريعات الآمرة التي تجبر الأطراف علي احترامها دون النظر إلي توقعاتهم في هذا الشأن، فالمستهلك تتحقق له الحماية اللازمة من خلال القواعد الآمرة في قانون محل اقامته المعتاد، إلا أنه في ذات الإطار قد يحقق له القانون المختار من خلال الإرادة الحرة حماية أفضل من قواعده الآمرة.

وجدت العديد من التشريعات التي اتبعت ذات النهج الذي ينطوي علي عدم الاعتداد بإرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق الا اذا كان هذا الاختيار لا يمس القواعد الآمرة للقانون المفترض تطبيقه عند عدم وجود تعبير عن الإرادة، ومن أمثلة تلك التشريعات الوطنية ما اتبعه القانون الألماني والذي أعطي اثار لنصوص عقد الإذعان حتي ولو خضع العقد لقانون أجنبي متي توافرت بعض الشروط، كما نصت المادة ٤١ من القانون النمساوي الصادر في ١٩٧٨/٦/١٥ علي "خضوع العقود التي يبرمها المستهلكون بوجه عام لقانون محل الإقامة العادية للمستهلك، واذا كان هذا القانون يتضمن نصوصاً آمره تكفل حماية خاصة للمستهلك فإنه لا يعتد بأي قانون آخر يختاره المتعاقدان إذا كان لا يوفر ايه حماية للمستهلك أو يوفر درجة حماية أقل"[٢٣٧].

التقنين الأمريكي الأهلي الثاني اتبع ذات النهج وصت المادة ١٨٧ منه على أنه[٢٣٨]: "لن يعتد بالقانون الذي اختاره الأطراف لحكم العقد إذا كان هذا القانون يخالف

(237) Alfred Duchek, Fritz Schwind, Internationales Privatrecht: das IPR-Gesetz vom 15.6.1978 samt einschlägigen sonstigen Rechtsvorschriften und zwischenstaatlichen Abkommen mit ausführlichen Erläuterungen, 1979, p. 90.

(238) Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187.

(1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular

سياسة جوهرية للولاية التي لها مصلحة أكبر في تطبيق قانونها، بالمقارنة لمصلحة الولاية التي اختار الأطراف قانونها وذلك لو كان قانون الولاية الأولي هو الواجب التطبيق عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم في هذا الصدد"[٢٣٩].

أقر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق علي بعض بيوع المستهلكين بأنه لا يعتد باختيار الأطراف للقانون إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من الحماية التي كفلتها له القواعد الآمرة في قانون محل اقامته المعتاد والمزمع انعقاد اختصاصه في حالة عدم تعبير الأطراف عن ارادتهم بالنسبة للاختيار، كما قررت اتفاقية روما الصادرة في ١٩٨٠/٦/١٩، أن تعبير الأطراف عن ارادتهم فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم هذه العقود لا يكون صحيحاً إذا كان القانون المختار يتعارض مع النصوص الآمرة للقانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد الاسناد الموضوعية[٢٤٠].

---

issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

متاح على الموقع الإلكتروني:-

pravo.hse.ru.pdf

(تمت الزيارة في ٢٠٢٣/٩/١١، الساعة ٨.٣٠م)

[٢٣٩] بالرغم من أن الفقرة ١٨٧ من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني تم صياغته بطريقة عامة تحول دون قصر حكمها على القواعد الهادفة إلى حماية العاقد الضعيف (المستهلك)، لأن مصلحة أي دولة في تنظيم العلاقات التعاقدية وفقاً لقانونها يمكن أن يستند إلى اعتبارات عديدة، والتطبيق الذي تواكب مع الفقرة المشار إليها أكد على أن لسياسة الجوهرية التي تعد سبباً في عدم الاعتداد بإرادة الأطراف يمكن أن توجد في قانون يهدف إلى حماية العاقد الضعيف (المستهلك) من إجحاف الطرف الأخر الأقوى في العلاقة التعاقدية.

[٢٤٠] نصت المادة ٥ من الاتفاقية والخاصة بعقود الاستهلاك على أن: "تطبق هذه المادة على العقود التي يكون محلها توريد منقولات مادية أو خدمات لشخص المستهلك من أجل استعمال خارج إطار نشاطه المهني، وكذلك على العقود المخصصة لتمويل هذه العقود، ٢- مع عدم المساس بنصوص المادة ٣ فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة.. إذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد، إذا تلقي المتعاقد مع المستهلك أو ممثليه الطلب من المستهلك في هذا البلد، إذا كان

(ISSN: 2537- 0758)

يتضح مما سبق أن دور الإرادة في اختيار القانون أصبحت مقيد وفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بعدم تعارض القانون المختار مع القواعد الآمرة للقانون المختص وفقاً لضوابط موضوعية، وهو النهج الذي يوفر حماية للمستهلك فهو يتمتع أيضاً بالحماية التي يوفرها له القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد الموضوعية، ومن الممكن تمتعه بحماية أكبر من خلال اختيار القانون، فهذا النهج يوفر الحماية للمستهلك من خلال التقريب بين الحلول العادلة في القانون الموضوعي والحلول العادلة في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني
القانون الأكثر حماية للمستهلك

إذا كان قانون بلد الإقامة المعتاد للمستهلك لا يوفر الحماية اللازمة، مقارنة بالقانون الذي توافقت عليه إرادة الأطراف فيكون القانون المتوافق عليه من الأطراف هو القانون واجب التطبيق ويتم الاسناد إلي أحكامه، لأن الهدف الأساسي هو تحقيق الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ولذلك يتم البحث في أكثر من ضابط إسناد سعياً لتحقيق النتيجة المادية أو الموضوعية المطلوبة بحيث لا يطبق سوي القانون الذي يوفر تلك الحماية، فهذا الاسناد يكفل وحدة القانون الذي يحكم العقد سواء تم الاستناد إلي هذا القانون بناءاً علي إرادة الأطراف أو خلافها[٢٤١]، أن الاستناد إلي القانون الأكثر حماية للمستهلك إلي إمكانية تطبيق القانون الأجنبي المتفق عليه من الأطراف عندما يحقق الغرض المطلوب في كونه أكثر حماية له[٢٤٢].

برزت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي اتاحت تطبيق القانون الأصلح للمستهلك، فقد نصت المادة ٢/٤١ من القانون النمساوي الصادر في ١٩٧٨ علي: "استبعاد اختيار القانون الواجب التطبيق الذي لا يحقق مزايا للمستهلك"، فالقانون الذي اختاره الأطراف يكون واجب التطبيق بدلاً من قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك الذي يكون واجب التطبيق وفق المادة ٤١ من القانون المشار إليه، وذلك اذا

العقد يتعلق ببيع بضائع وانتقل للمستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وأبرم العقد بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على ابرام عقد البيع".

[٢٤١] د. أحمد الهواري، المرجع السابق، ص ١٧٠.

[٢٤٢] د. خالد خليل، مرجع سابق، ص٢١٠.

كان قانون اختيار الأطراف هو الذي يحقق الحماية الأفضل للمستهلك، وهو ذات النهج والأسلوب الذي اتبعه القانون الدولي الخاص الألماني الصادر قي ١٩٨٦.

كما نصت المادة ١٣٥ من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادرة في ١٩٨٧، أنها تكفل حماية خاصة للمستهلك المضرور بتطبيق القانون الأصلح له من بين قانوني (مقر منشأة المنتج، محل إقامته وقانون الدولة التي تم اكتساب المنتج علي اقليمها)[٢٤٣].

كما سبق الإشارة إلى نص المادة ٥ من اتفاقية روما الصادرة عام ١٩٨٠ والخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تطبيقاً للإسناد للقانون الأكثر حماية للمستهلك، ويتم الوصول إليه من خلال اختيار بين أي من القانونين (محل الاقامة المعتادة للمستهلك، قانون الإرادة)[٢٤٤]، فيطبق قانون إرادة الأطراف إذا كان يحقق الحماية الخاصة للمستهلك مقارنة بنظيره هو قانون الاقامة المعتادة والذي يمثل المستوي الأدنى من الحماية والمصلحة للمستهلك.

باستقراء القواعد القانونية في القانون المصري الجديد رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ يتضح أن المشرع المصري لم يحرص بشكل واضح على تضمين قواعده بنص صريح أو ضمني يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك التي تحوي على عنصر أجنبي، وهو ما يستتبع الرجوع إلى القاعدة العامة في تنازع القوانين المنصوص عليها في المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري[٢٤٥]، فالمشرع المصري لم يضيف أي حماية خاصة للمستهلك وأطلق الأمر كافته للقواعد العامة في هذا الشأن.

---

[٢٤٣] نصت المادة ١٣٥ من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه "تخضع حسب اختيار المضرور، الادعاءات القائمة على عدم مطابقة مواصفات المنتج أو نقص هذه المواصفات (قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأة الشخص المسئول أو لقانون محل الإقامة المعتادة للشخص المسئول في حالة عدم وجود مؤسسة لهذا الأخير، لقانون الدولة التي تم اكتساب المنتج علي اقليمها مالم يثبت الشخص المسئول أن المنتج قد تم تسويقه على إقليم هذه الدولة دون رضاه...".

[٢٤٤] أشارت المادة ٢/٥ من الاتفاقية والتي نصت علي: "اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تؤكدها النصوص الآمرة في قانون بلد محل الاقامة المعتاد".

[٢٤٥] نص القانون المدني المصري في المادة ١/١٩- يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه.

(ISSN: 2537- 0758)

المبحث الثالث

القواعد التي تدعم صلاحية بعض القواعد القانونية

اتسع في الآونة الأخيرة القواعد الموجهة لتحقيق النتائج والمصممة لدعم صحة بعض الأفعال القانونية وتوسع نطاقها، وقد انتشرت تلك القواعد في العديد من البلدان المختلفة، فهي تنطبق على المزيد من الإجراءات القانونية، ولا تشمل فقط الصلاحية الشكلية ولكن أيضًا الموضوعية.

المطلب الأول

الوصايا

كانت قواعد اختيار القانون المصممة لدعم صحة بعض الأفعال القانونية موجودة بالفعل باعتبارها واحدة من أقدم القواعد وأكثرها انتشاراً، ويمكن العثور على مثل هذا النوع من القواعد التي تم النص عليها في القواعد القانونية في كل بلد تقريباً، وتنطبق على الاعمال القانونية أكثر من أي وقت مضي، بما يتماشى مع السياسة الموضوعية المتمثلة في تأييد الوصايا، والمصممة لدعم الصحة الشكلية للوصايا، ويتم صمان هذه النتيجة من خلال توفير مجموعة من النصوص البديلة في العديد من القواعد القانونية، بل وإمكانية تفويض المحكمة بتطبيق أي من القوانين المنصوص عليها التي من شأنها أن تؤيد صلاحية الوصية من حيث الشكل.

كما أنها لا تشمل الصلاحية الشكلية فحسب بل تشمل في بعض الأحيان الصلاحية الموضوعية أيضاُ، وتماشياً مع السياسة الموضوعية القديمة المتمثلة في دعم الصلاحية فقد بدت أكثر وضوحاً في شكل للوصايا.

يتم ضمان هذه النتيجة أو تسهيلها إلى حد كبير من خلال توفير قواعد قانونية بديلة للعديد من القوانين وتفويض المحكمة لتطبيق أي من القوانين والاتفاقيات الدولية التي من شأنها دعم الوصية من حيث الشكل، فهناك بعض قواعد الإسناد ينص فيها على أكثر من ضابط إسناد، تمنح من خلالها السلطة للقاضي للاختيار من بينها لتحديد القانون المطبق، كما هو الحال بالنسبة لشكل الوصية حيث تقضى قاعدة الإسناد المصرية بخضوعه لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو الشكل المحلى أو غيرها من قواعد لإسناد التي أقرها القانون.

الفرع الأول
شكل الوصايا في التشريعات القانونية

تعني قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونين بتحديد القانون الواجب التطبيق على العديد من العلاقات القانونية منها مسائل الزواج و الوصية و العقود وغيرها من العلاقات، كما تعمل غالبية النظم علي وضع قواعد أكثر تحديداً، فتحدد القانون الواجب التطبيق على كل من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية وآثار المترتبة علي مخالفة هذه القواعد، وبالرغم من ذلك يظل على عاتق القاضي المختص بالنزاع مهمة تحديد المقصود بكل مسألة من هذه المسائل للوقوف علي إحالة النزاع إلي القانون الذي يحوي تلك العلاقات المتنازع فيها.

ولما كان هناك بعض قواعد إسناد ينص فيها على أكثر من ضابط إسناد، بحيث يسمح للقاضي الاختيار من بينها لتحديد القانون الواجب التطبيق، كما هو الحال بالنسبة لشكل الوصية، حيث تقضى قاعدة الإسناد المصرية بخضوعه لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو الشكل المحلى.

الوصية وإن كانت سبباً من أسباب الخلافة إلا أنها تعد في الوقت ذاته تصرفاً قانونيا يجب تحديد الشكل الواجب إفراغه فيه، وقد نصت المادة ٢/١٧، الا أن شكل الوصية يخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو للشكل المحلى[٢٤٦].

يتضح من نص المادة المشار إليها جواز الاحتجاج في الإقليم مصر بالوصايا المحررة خارج اقليمها وفقاً لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو وفقا للشكل المقرر في القانون محل تحرير الوصية، كما يجوز للأجانب المتواجدين في الاقليم المصري صياغة وصاياهم بالشكل المقرر في قانون جنسيتهم أو ذات الشكل المنصوص عليه في القانون المصري.

اخذ المشرع المصري بقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء لبيان شكل الوصية، فاذا تعلق الأمر بشكل التصرف يجب الإحالة إلى القانون الشخصي للموصي وقت

---

[٢٤٦] يرى البعض أنه يدخل في نطاق اختصاص قانون جنسية الموصي وقت الايصاء المسائل الايصائية ذات السمة العقدية كالإرادة والمحل والسبب، أنظر د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، فقرة ١١٦، ص٣٦٥.

(ISSN: 2537- 0758)

تحرير الوصية لبيان القانون الواجب الإتباع على عكس الحال بالنسبة لشروطها الموضوعية وهو ما سوف نواليه بالشرح خلال عناصر البحث التالية.

يلاحظ أن قانون الوصية في مصر يجيز انعقاد الوصية بالعبارة أو بالكتابة بل أنها تنعقد بالإشارة المفهمة إذا كان الموصي عاجزاً عن النطق بالعبارة الدالة على رغبته في الإيصاء.

أما الدليل المادي الذي نصت عليه المادة (٣) من قانون الوصية المصري فلا يتعلق بشكل الوصية اللازم لوجودها وإنما يتعلق بديل الإثبات اللازم لسماع دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي عند الإنكار بذلك.

اعتد المشرع بقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء لبيان شكل الوصية الواجب الإتباع على عكس الحال بالنسبة لشروطها الموضوعية فقد أشارت قاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة (١٧) إلى تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة. وهذه المغايرة في الحكم تجد ما يبررها لأنه في الحالة الأولى يتعلق الأمر بشكل التصرف لذا وجب الركون للقانون الشخصي الثابت للموصي وقت تحرير الوصية أما في الحالة الثانية فإن اختيار وقت الوفاة لتحديد قانون جنسية الموصي مرجعه أنه الوقت الذي تتأكد فيه الوصية وتصبح تصرفاً قانونياً ملزماً لا يجوز الرجوع فيه.

اما الفقه الإيطالي فقد فرق بين ما يتعلق بأهلية الأطراف، وما يتعلق بالشكل الخارجي للعقد، وما يتعلق بموضوع العقد وآثاره، وما يهمنا هو الشكل الخارجي للعقد (وقد تم بحث هذه المسألة بخصوص شكل الوصايا)، ووجد أن التصرف يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا كانت الأشكال المنصوص عليها في قانون محل الإبرام قد تم مراعاتها بشكل صحيح، كما اتجه المدني القانون الهولندي في المادة ٩٩٢ منه إلي حظر الهولنديين ولو في الخارج من إجراء الوصية في الشكل الخطى أو ما يعرف بالأسلوب العرفي، هذا الحظر الممتد حتى خارج حدود الدولة يعبر عن رغبة المشرع القاطعة في تطبيق هذا النص أيا كان محل إبرام الوصية.

يمكن ابراز توجهات المشرع الهولندي من خلال الافتراض التالي: لما القانون المدني الهولندي يتضمن نصا يحظر فيه على الهولنديين إجراء وصاياهم، ولو في الخارج، في الشكل العرفي الخطى، فحينما يوصى هولندي لفرنسية بأمواله الكائنة في إنجلترا، وحررت هذه الوصية في فرنسا في شكل وثيقة عرفية، وحدث أن طعن ورثة

الموصي في صحة هذه الوصية لمخالفتها للحظر المنصوص عليه في القانون الهولندي، يثور التساؤل حول مدي استجابة القاضي الفرنسي لدعواهم وإبطال هذه الوصية أم يقضى برفضها مقررا صحة هذه الوصية.

لعل المرجع هنا لقاعدة التنازع الفرنسية، إلا أنه للوصول لهذه القاعدة يتعين تحديد طبيعة هذا الحظر من خلال تكييفه، بحيث إذا انتهينا إلى أن هذا الحظر لا يعدو أن يكون أمراً متعلقاً بشكل الوصية فإنه يتعين الرجوع لقاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بشكل التصرفات والتي تشير إلى تطبيق قانون محل تحرير الوصية وهو القانون الفرنسي، الذى لا يعرف مثل هذا الحظر، وفى هذه الحالة تقضى المحكمة بصحة الوصية، وقد ينتهى البحث إلى أن هذا الحظر بالنظر للهدف منه قد جعل الهولندي الموصي لا تتوافر له الأهلية اللازمة لمباشرة تصرف معين إلا وفق أوضاع وشروط معينة، في هذه الحالة يجب الرجوع لقاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بالأهلية والتي تشير بتطبيق قانون الجنسية أي القانون الهولندي في الدعوى مما يحتم على المحكمة القضاء بعدم صحة هذه الوصية طبقا لأحكام القانون الهولندي الذى ينص صراحة على بطلان هذا النوع من الوصايا[٢٤٧].

يوضح أهمية هذا النص الذي يهدف إلى حماية المواطنين من استخدام أساليب خطرة للإيصاء بأموالهم، أن قاعدة الإسناد الوطنية في هولندا لا تفي بالغرض حيث تذهب إلى تطبيق قانون محل تحرير الوصية بمعنى أنه وفقا لقاعدة الإسناد لن يسرى هذا الحظر إلا على الوصايا المحررة في هولندا وهو ما يخالف إرادة المشرع.

وأخيراً هناك بعض قواعد التنازع التي تترك بطبيعتها للقاضي قدر كبير من حرية الحركة والتقدير فقواعد التنازع التي تستند إلى ضوابط إسناد تخييرية (كقاعدة خضوع شكل الوصية لقانون جنسية الموصي أو لقانون محل الإبرام)، أو التي تستند إلى ضوابط إسناد خاضعة لتقدير القاضي (كقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود التي تقوم في بعض الحالات على استخلاص ما اتجهت إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين وصولاً لتحديد قانون العقد)، هذه القواعد ومثيلاتها تفتح المجال رحباً أمام القاضي لترجيح تطبيق القانون الوطني[٢٤٨].

---

[٢٤٧] د. عصام القصبي، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٤٧.

[٢٤٨] تجدر الإشارة إلى أن الإخلال بالمساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني لصالح الأخير قد يكون مرجعه قواعد الاختصاص القضائي وليس قواعد تنازع القوانين. فطبقاً لقاعدة التنازع

(ISSN: 2537- 0758)

في الولايات المتحدة، تم تبني نفس سياسة تفضيل الوصية من خلال قانون الوصايا الموحد المتبع على نطاق واسع لعام ١٩٠٩ ولاحقًا بموجب المادة ٢/٥٠٦ من قانون الوصايا الموحد.

تظل القواعد المصممة لتفضيل صحة الوصية فيما يتعلق بأمور أخرى غير الشكل موجودة رغم كونها أقل شيوعا، فعلى سبيل المثال، فيما يتعلق بالقدرة على التصرف، تنص المادة ٩٤ من قانون الإجراءات الجنائية السويسري على أن تمتع الشخص بهذه الأهلية بموجب قانون دولة موطنه أو محل إقامته المعتاد، أو قانون إحدى الولايات التي يحمل جنسيتها.

الفرع الثاني
شكل الوصايا في الاتفاقيات الدولية

لما كان تحديد الأوصاف القانونية اللازمة لتطبيق معاهدة دولية معينة، مرجعه نية المشتركة للأطراف المتعاقدة وليس لقانون دولة واحدة ولو كانت هذه الدولة هي دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، وامام أهمية هذه الإشكالية فقد حرصت العديد من الدول في الآونة الحديثة تضمين المعاهدات تحديداً للأوصاف القانونية للمسائل التي جاءت المعاهدة لتنظيمها.

وهو ما اتجهت إليه المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي المبرمة في ٥ أكتوبر ١٩٦١ خاصة بتنازع القوانين في مجال شكل الوصايا عندما نصت على أنه "لتحقيق أهداف هذه الاتفاقية فإن الأحكام المحددة لأشكال الشروط الايصائية المقبولة والتي ترتبط بالسن أو الجنسية أو الصفات الخاصة بالموصي تعد من مسائل الشكل، ويسرى في نفس الحكم بالنسبة للصفات الواجب توافرها في الشهود والمتطلبة لصحة الشروط الايصائية[٢٤٩].

الإنجليزية يخضع الطلاق لقانون موطن الزوجين. إلى هذا الحد هذه القاعدة تكرس المساواة – بين القانون الوطني والقانون الأجنبي حيث سينتهي الأمر إلى إعمال الأول إذا كان موطن الزوجية في إنجلترا– وإلى إعمال الثاني إذا كان موطن الزوجية في الخارج. ولكن إذا كانت قاعدة الاختصاص القضائي الدولي لا تعقد الاختصاص للمحاكم الإنجليزية إلا إذا كان موطن الزوجية في إنجلترا فإن ذلك مؤداه أنه في جميع الحالات التي يتولى فيها القاضي الإنجليزي فض النزاع فإن طلب الطلاق المعروض عليه سيجرى فحصه والقضاء فيه بموجب أحكام القانون الإنجليزي وحده.

[٢٤٩] هذا التحديد قد استهدفته اتفاقيات دولية أخرى، أنظر:

ظهرت العديد من الاتفاقيات الدولية تحوي قواعد تنازع قوانين وكان هدف الدول الأعضاء في تلك الاتفاقية التوافق على تنظيم موحد لتحديدها القانون واجب التطبيق على مسائل محددة وعدم تركها لقواعد التنازع الوطنية أو للتشريعات الوطنية، بالإضافة إلى إعداد مجموعة من القواعد الحديثة والموحدة لتكون بديلة لقواعد التنازع الوطنية، بحيث تطبق هذه النصوص على العلاقات ذات الطابع الدولي والتي تخضع لمحاكم أو سلطات أي من الدول المتعاقدة وأيا كان مركز هذه العلاقة.

اكدت اتفاقية لاهاي (٥أكتوبر ١٩٦١)، الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية[٢٥٠]، على ذات المعني حينما نصت المادة السادسة منها على أن "تطبيق قواعد التنازع يتجرد هنا من أي شرط تبادلي"، إي أن التحديد الموحد للقواعد المستحدثة المطبقة تعتمد في تأسيسها على معيار موضوعي، ولا يتوقف التطبيق على شرط المعاملة بالمثل.

ذهبت المادة ٥ من اتفاقية لاهاي المبرمة في ٥ أكتوبر ١٩٦١، والخاصة بتنازع القوانين في شكل الوصايا بالنص على: "لتحقيق أهداف هذه الاتفاقية فإن الأحكام المحددة لأشكال الشروط الايصائية المقبولة والتي ترتبط بالسن أو الجنسية أو الصفات الخاصة بالموصي تعد من مسائل الشكل، يسرى في نفس الحكم بالنسبة للصفات الواجب توافرها في الشهود والمتطلبة لصحة الشروط الايصائية"[٢٥١]، تتضمن المادة ١ من اتفاقية لاهاي علي مجموعة من القواعد البديلة عن التشريعات الوطنية والمتعلقة بأحكام الوصية والتي تسري في أكثر من ٣٠ دولة[٢٥٢].

فقد نصت المادة ١ منها على أن: "الوصية تعتبر صالحة رسميًا إذا كانت تتوافق مع القانون الداخلي لأي من الأماكن الثمانية التالية التي يحتمل أن تكون مختلفة: مكان

Rigaux (F.), Op. Cit, a. 120, p. 167.

[٢٥٠] راجع في هذه الاتفاقية (.DROZ (G، مقالته المنشورة عن هذه الاتفاقية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٦ ص ١١.

[٢٥١] هذا التحديد قد استهدفته اتفاقيات دولية أخرى، أنظر:

Rigaux (F), Op. Cit., a. 120, p. 167.

[252] Symeon C. Symeonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress, copyright by Kluwer Law International (1999), P 49.

(ISSN: 2537- 0758)

الإدلاء، جنسية الموصي، أو محل إقامته، أو إقامته المعتادة في وقت الإيصاء أو وقت الوفاة، وفيما يتعلق بالأموال غير المنقولة، دولة الموقع".

كما وضعت اتفاقية واشنطن المنعقدة بتاريخ ١٩٧٣/١٠/٢٦، شكل الوصية كنموذج صالح في كل الدول الأعضاء ومنها فرنسا واشترطت فيها حضور شاهدين، وشخص مخول "كاتب عدل"، توقيعها من قبل الموصي، توقيع الشهود والشخص المخول له قانوناً، التاريخ "رغم إمكانية عدة من الأمور المهملة"، تسليم شهادة بذلك من الشخص المخول قانوناً).

المطلب الثاني
قوانين أخرى (لصالح مفاوضي)

فيما يتعلق بالعقود والأفعال القانونية الأخرى بين الأحياء، يمكن العثور على قاعدة تحقق مماثلة وقديمة وإن كانت أضيق في العديد من بلدان القانون المدني، حتى القوانين المدنية الأوروبية التقليدية مثل اليونانية، والإسبانية، والإيطالية القديمة[٢٥٣]، توفر قاعدة قانونية بديلة للتحقق من شكل الأفعال القانونية بين الأحياء.

تسمح هذه القاعدة بالتحقق من صحة أي قانون من ثلاثة قوانين يحتمل أن تكون مختلفة: قانون المكان، أو القانون الذي يحكم الفعل، أو قانون تابع لاي من الطرفين أو الأطراف المنفذة، هذا وقد أصبحت قواعد التحقق في الوقت الحاضر أكثر شيوعًا وأوسع نطاقًا[٢٥٤].

---

[٢٥٣] راجع القانون المدني اليوناني المادة ١١، القانون المدني الإسباني المادة ١١(١)، القانون المدني الإيطالي ١٩٤٢م- المادة ٢٦.

[٢٥٤] بالنسبة لقواعد التحقق المماثلة في القانون الدولي الخاص الإيطالي الجديد، انظر المادة ٥٧ (دمج اتفاقية روما للعقود)، والمادة ٢٨ (الزواج)، والمادة ٣٥ (الاعتراف بالطفل)، والمادة ٥٦ (التبرعات)، والمادة ٦٠ (التمثيل).

وللحصول على قواعد قانونية أضيق إلى حد ما، انظر:-

المادة ٢٠٩٤ من القانون المدني البيروفي (١٩٨٤) (إشارة للقواعد البديلة وهما قانون المكان أو قانون السبب).

المقصود بشكل العقد هو المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة من خلال الطريقة التي اقرها القانون[٢٥٥]، تعتبر قاعدة اخضاع الشكل لقانون محل الإبرام أكثر القواعد شيوعاً، وقد أخذت بها العديد من التشريعات نظراً لجذورها الممتدة في مدرسة الأحوال في إيطاليا حيث أخضعت العقود لقانون محل ابرامها في جانبيها الموضوعي والشكلي، لاعتبار ان هذا الاسناد يؤدي إلى سهولة معرفة القانون واجب التطبيق وتمكن أطراف العلاقة التعاقدية من استيفاء ركن الشكل في أي وقت[٢٥٦].

استقر الفقه والتشريع على الأخذ بقانون محل ابرام العقد لتنظيم شكله إلا أن الإشكالية لاحت حول مدي الزامية تلك القاعدة وهل تعتبر من القواعد الإلزامية التي لا يجوز مخالفتها وهو ما أتجه إليه البعض أم أنها من القواعد الاختيارية التي يمكن الخروج عنها من خلال اتفاق الأطراف على ذلك[٢٥٧].

اتجه البعض إلي تغليب تطبيق قانون موضوع العقد علي شكل العقد، وبذلك يكون قانون الإرادة هو القانون واجب التطبيق أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، وجاءت مبررات هذا التوجه إلي ضرورة وحدة النظام القانوني الذي يحكم العقد[٢٥٨]، بالإضافة إلي حماية العاقد الضعيف باعتبار أن القانون المطبق هو القانون الأصلح، إلا أن هذا الرأي مردود عليه في ظل أن أغلبية القواعد القانونية التي تقرر حماية العاقد الضعيف هي تلك القواعد المتعلقة بموضوع العقد وليس شكله[٢٥٩]، ولذلك اتجهت اغلب التشريعات الحديثة إلي اخضاع العقد لقانون بلد الإبرام، ومنها التشريع المصري الذي

---

[٢٥٥] د. هشام صادق، التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٢٠٩.

[٢٥٦] د. عبد الرسول عبدالرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٣٣:١٣٢.

[٢٥٧] الباحث/ عباس عودة الكعبي، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي، رسالة ماجيستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص٥٦.

[٢٥٨] د. هشام صادق، مصدر سابق، ص٤٢٨.

[٢٥٩] د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٢١٧.

(ISSN: 2537- 0758)

اتجه إلي الاخذ بقاعدة اخضاع الشكل لقانون محل ابرام العقد[٢٦٠]، الا أنه لم يحصر اخضاع شكل العقد لقانون بلد الابرام فقد أجاز أن يكون القانون المطبق علي الشكل القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون الموطن المشترك أو القانون الشخصي لهما[٢٦١].

فقاعدة التنازع الخاصة بالشروط الشكلية للزواج وفق القانون المدني المصري الذي خاليا من كل نص يحدد القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، فقد اختلف الفقه في بيان القانون الذى يتم الزواج من الناحية الشكلية وفق أحكامه ويعود هذا الاختلاف أن مشروع القانون المدني التمهيدي فقد نص في المادة ٢/٢٨ علي أنه: "أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبين أو ما بين أجنبي ومصري إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"، إلا أنه فيما بعد تم حذف هذا النص من قبل لجنة مجلس الشيوخ والتي رغبت في الاكتفاء بالقواعد العامة.

أستمد الفقه القواعد العامة مما هو مستقر عليه في القانون الذي يحكم شكل الزواج في الأنظمة القانونية المقارنة، وقد خلص هذا الرأي إلى أن القواعد العامة في القانون المقارن وضعت قاعدة إسناد متعددة الضوابط "اختيارية التفضيل من جانب الأفراد".

علي ذلك يجوز للأفراد إبرام عقد الزواج وفقا للشكل المحلى (أي خضوع شكل الزواج لقانون محل الإبرام)، كما يجوز لهم اختيار الشكل الذي يقضى به القانون الشخصي للزوجين (قانون جنسيتهما)، كما يجوز لهم أخيرا إبرام عقد الزواج وفقاً للشكل الدبلوماسي أو القنصلي[٢٦٢].

بينما يذهب لذلك غالبية الفقه المصري أن المقصود بالقواعد العامة التي يكتفي بالرجوع إليها لتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الزواج هي القواعد الخاصة بشكل

---

[٢٦٠] د. عبد الرسول عبدالرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٣٤:١٣٥.

[٢٦١] المادة ٢٠ من القانون المدني المصري.

[٢٦٢] د. عز الدين عبد الله، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، فقرة ٩٤ ص٢٧٤.

التصرفات القانونية بصفة عامة والمنصوص عليها صراحة في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري التي تقضى بأن "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين الوطني المشترك"[٢٦٣].

من خلال ما سبق فأن الزواج يخضع باعتباره فعل قانوني لقانون محل الإبرام (قانون موطن المتعاقدين) أو إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين (قانون موضوع التصرف) أو أخيراً إلى القانون الدبلوماسي والقنصلي (قانون جنسية الزوجين)، ويجوز أن يتم الزواج في الشكل المحلى أو في الشكل الذى يقضى به قانون جنسية الزوجين، ولا يدخل في مجال القانون الدولي الخاص المصري سوى عقود الزواج التي يتوافر لها العنصر الأجنبي، ونعنى هنا تلك العقود التي تبرم بين أجانب أو يكون أحد أطرافها على الأقل أجنبي الجنسية، ومن خلال العرض السابق فأن لأطراف العقد حرية الاختيار بين الشكل الذى يقضى به القانون المحلى أو الشكل المنصوص عليه في قانون جنسية المتعاقدين.

اخذ المشرع المصري بمذهب وحدة القانون الذي يحكم العقد، إذ نصت المادة ١/١٩ من القانون المدني على أنه: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا، فإن اختلفنا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من المظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

أول ما يلاحظ على هذا النص أنه قد واجه الالتزامات التعاقدية أي آثار العقد دون أن يتعرض لتكوين العقد ذاته، ويخضع المشرع المصري الالتزامات المترتبة على العقد لقانون واحد، فقانون العقد في نظره هو القانون الذي يحكم آثاره، وعلى هذا النحو ترك المشرع تكوين العقد للاجتهاد، فيتعين الرجوع في شأنها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص.

---

[٢٦٣] د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص٢٠٩.

(ISSN: 2537- 0758)

ووافقاً لما هو سائد في الفقه الفرنسي تدخل مسألة تكوين العقد بوجه عام في نطاق تطبيق قانون العقد وهو قانون الإرادة، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية[٢٦٤]، وقد أتبع هذا الرأي بعض من الفقه المصري[٢٦٥].

تبرز المادة ٩ من الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٨٠ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية (اتفاقية روما) كأحد الأمثلة المميزة، تنص المادة على أنه "مع مراعاة بعض القيود، يكون العقد ساريًا رسميًا إذا كان يتوافق مع القانون الذي يحكم جوهر العقد أو قانون البلد أو البلدان التي أعرب منها أي من الطرفين عن موافقته على العقد".

توجد أحكام موازية في اتفاقية لاهاي للبيع، والقانون الألماني، وقانون المسؤولية المدنية السويسري، توجد قواعد مماثلة في العديد من قوانين المسؤولية المدنية الحديثة[٢٦٦]، فبعضها يوفر قواعد محدودة[٢٦٧]، وبعضها الآخر قواعد أكثر اتساعاً[٢٦٨].

---

[٢٦٤] راجع:

Cass. Civ. 5 dec. 1910, S. 1911. 1. 129

[٢٦٥] د. حامد زكى، المرجع السابق، فقرة ١١٨.

[٢٦٦] انظر المادة ١١ من اتفاقية لاهاي للقانون المنطبق على البيع الدولي للبضائع (١٩٨٥)، والمادة ١١ من قانون EGBGB، والمادة ١٢٤ من قانون PIL السويسري، راجع أيضًا المادة ٥٦ (الإجراءات الشكلية لاتفاقيات الزواج).

[٢٦٧] انظر المادة ١٢ من القانون الدولي الخاص البولندي (قواعد بديلة لقانون مكان الإصدار أو قانون السبب)، وهو ما يتطابق مع المادة ٣٦/ ٢ من القانون المدني البرتغالي، والمادة ٧ من القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي.

[٢٦٨] انظر، على سبيل المثال، المادة ٣٥٣٨ من قانون لويزيانا المدني (قواعد بديلة إلى قانون المكان، وقانون السبب) وقانون الموطن المشترك أو مكان عمل الطرفين، وقانون مكان الأداء إلى الحد الذي سيتم فيه الأداء في تلك الولاية، والقانون الذي اختاره الطرفان)، قانون كيبيك المدني ٣١٠٩ (١)(٢) (قواعد بديلة للتحقق من صحة قانون المكان، وقانون السبب، وقانون موقع الملك، وقانون موطن أحد الطرفين)، قانون فنزويلا للمصلحة العامة المادة ٣٧ (قواعد بديلة للتحقق من صحة قانون المكان، وقانون السبب، وقانون موطن الطرف أو الأطراف المنفذة)، انظر أيضًا قانون كيبيك المدني المادة ٣٠٨٨ (الصلاحية الرسمية للزواج الذي يحكمه قانون المكان للاحتفال أو قانون

بل إن الاتجاه إلى تفضيل التحقق من صحة الأفعال القانونية قد انتقل إلى قضايا الأهلية، على الرغم من أن التحقق هنا يوضع ضمن معايير أضيق مما هو عليه الحال فيما يتعلق بقضايا الشكل.

على سبيل المثال، حتى القوانين المدنية التقليدية تميل نحو الصلاحية من خلال السماح بتطبيق قاعدة الصلاحية الخاصة بقانون المحكمة بدلاً من القانون الشخصي المطبق بخلاف ذلك للفاعل[٢٦٩].

إن اتفاقية روما، فضلاً عن بعض القوانين، تؤيد إثبات صحة العقد بشكل ضيق من خلال الحد من الظروف التي يجوز فيها لطرف ما أن يستعين بأحكام القانون الذي يعلن أن هذا الطرف غير قادر على التعاقد[٢٧٠].

كما اقترح بعض الفقهاء قواعد إثبات صلاحية صريحة تشمل من بين أمور أخرى (قضايا الأهلية التعاقدية) ، وبالتالي مع مراعاة بعض الاستثناءات، فإن البعض الآخر من الفقه يؤيد العقد الذي يعتبر صالحًا بموجب قانون "أي دولة لها علاقة بالأطراف أو بالمعاملة يكفي لجعل سياسات إثبات صحة العقد في تلك الدولة ذات صلة"[٢٧١].

موطن أو جنسية أي من الزوجين)، المادة ١٩ من القانون المدني البرتغالي (رفض الإحالة حيث يؤدي ذلك إلى بطلان عمل قانوني صالح بخلاف ذلك).

[٢٦٩] انظر، على سبيل المثال، المادتين ٧ و٩ من القانون المدني اليوناني؛ المادة ١٠(٨) من القانون المدني الإسباني، المادة ٢٠٧٠ من القانون المدني البيروفي، المادة ٢٨(١) من القانون المدني البرتغالي، المادة ١٥(٢)(٣) من القانون الدولي الخاص المجري.

إن الهدف من هذه القواعد ليس التحقق من أجل التحقق بحد ذاتها بل التحقق من أجل الحفاظ على أمن المعاملات داخل دولة المحكمة، وعلى النقيض من ذلك، فإن القاعدة الثنائية مثل المادة ١٤ من القانون الدولي الخاص اليوغوسلافي والتي تمت صياغتها بعبارات محايدة للمحكمة (إعطاء خيار بين القانون الوطني والقانون المحلي التعاقدي) موجهة بشكل أكثر مباشرة نحو التحقق.

[٢٧٠] راجع المادة ١١ من اتفاقية روما، والمادة ٣٦ من القانون السويسري، والمادة ٢٣/ ٢/ ٣ من القانون الدولي الخاص الإيطالي، تنص هذه المواد على أن الشخص الذي يعتبر قادرًا على التعاقد بموجب قانون مكان إبرام العقد لا يجوز له أن يحتج بعدم أهليته الناتج عن قانون آخر إلا إذا كان الطرف الآخر على علم أو كان ينبغي له أن يعلم بعدم أهليته وقت إبرام العقد.

[271] Russell J. Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws 397 (3d ed. 1986).

(ISSN: 2537- 0758)

الخلاصة

إن حقيقة أن العديد من أنظمة القانون الدولي الخاص، والتي يُنظر إليها عادةً على أنها معاقل لعدالة قاعدة الإسناد، اتجهت إلى الإقرار بأنه من المناسب سن العديد من قواعد اختيار القانون المصممة خصيصًا لتحقيق نتيجة موضوعية معينة، وهو ما يشير إما إلى أن هذا التوجه نحو القواعد المصممة خصيصاً لتحقيق نتيجة معينة أصبح خاطئاَ، أو أن وجهة النظر القائمة على العدالة المادية اكتسبت أرضية كبيرة على وجهة النظر الكلاسيكية.

وفي كل الأحوال، تشير هذه الإشكالية إلى أنه لم يعد هناك اختيار بين عدالة قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص والعدالة المادية، بل يجب النظر إلى الإشكالية على أساس إنها مسألة متى وكيف وإلى أي مدى يجب أن تخفف رغبة العدالة المادية من البحث عن عدالة قاعدة الإسناد.

كان المجال القانوني لتنازع القوانين دائمًا مقسمًا بين نموذجين نظريين يُعرفان باسم "عدالة قاعدة الإسناد" و"العدالة المادية"، بحيث ظلت النظرة الموحدة للعدالة في العلاقات الدولية العابرة للحدود الوطنية بعيدة المنال، فقد رأي بعض الفقه المصري أنه من العسير النظر إلى أن هدف قواعد التنازع تحقيق العدالة فهو أمر غير مقبول لنظرته الشاملة التي من الصعب إدراكها[٢٧٢].

لطالما افترض أنه خلافًا لنظريات العدالة المادية، فإن نظريات قاعدة الإسناد غير مهتمة بالنتيجة الموضوعية الفعلية للنزاع الذي يتم التوصل إليه من خلال تطبيق اختيار قواعد القانون، حيث كان من المفترض أنه من منظور نظرية قاعدة الإسناد، يُعتقد أن قواعد اختيار القانون تضمن العدالة ببساطة عن طريق تحديد الرابط الجغرافي المناسب بين الأفراد أو الفعل والدولة التي يُطبَّق قانونها.

بالنظر إلى انتشار العلاقات بين الأشخاص عبر الحدود، تلعب قواعد اختيار القانون دورًا هائلاً في تأمين العدالة في المجال الاجتماعي عبر الوطني، فحقيقة الأمر أن العديد من أنظمة قانون الأحوال الشخصية والتي يُنظر إليها عادة على أنها تحقيق

[٢٧٢] د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، مرجع سابق، ص١٢٤.

لعدالة النزاعات، رأت أنه من المناسب أن يتم سن الكثير من قواعد اختيار القانون المصممة خصيصاً لتحقيق نتائج موضوعية محددة تشير إما إلى أن هذا التصور خاطئ أو أن وجهة نظر العدالة المادية اكتسبت ثقة أكبر من وجهة النظر الكلاسيكية.

أن وجود العديد من القواعد الموجهة نحو تحقيق نتائج محددة، يتعارض مع أساس وفلسفة القانون في تحقيق العدالة التي لن تتواجد الا من خلال صياغة قواعد قانونية حيادية وغير موجهة لتحقيق نتائج محددة.

أن أي نظام قانوني يجب أن يكون معني بتحقيق العدالة المرجوة من تشريعية، بالإضافة إلى أن التوجه نحو النتائج على الأقل في أنظمة القانون الدولي الخاص غير المقننة مثل النظام الأمريكي، وهو أمر يلاقي اعتراض لأن وجود هذه القواعد الموجهة نحو النتائج إما أن يشير أو يدعم إعادة توجيه شاملة لتنازع القانون نحو تحقيق العدالة المادية في مواجهة عدالة قاعدة الإسناد.

<u>– يخلص بعض الفقه إلى أن وجود العديد من القواعد الموجهة نحو النتائج المحددة سلفاً:–</u>

(أ) يتناقض مع اتجاه بعض الفقه بأن قواعد القانون الدولي الخاص خالية من القيم والمصالح الاجتماعية[٢٧٣].

(ب) يثبت أن النتائج يمكن الوصول إليها من خلال النصوص القانونية والقواعد التي تقنن بهدف الوصول إلى النتيجة المرجوة[٢٧٤].

(ج) يعزز حجته بأن "الأهداف" أو التوجه نحو النتائج يجب أن يتم صياغتها والنص على إمكانية اختيار القانون، على الأقل في أنظمة القانون الدولي الخاص غير المقننة.

نتفق مع كلاً من الرأيين الأول والثاني ففي الواقع إن تخصص القانون الدولي الخاص ليس خاليًا من القيم، وينبغي له أن يكون يأخذ في الاعتبار العدالة المادية، والمجالس التشريعية المعاصرة قادرة تمامًا على إدراك هذه الاعتبارات، أما فيما يتعلق

---

(273) Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice 185, (1993).

(٢٧٤) في القواعد التشريعية، كما هو الحال في التحكيم، يمكن للأهداف أن تتخذ أشكالاً مختلفة.

(ISSN: 2537- 0758)

بالاقتراح الثالث، لا نستطيع أن نتفق على أن وجود هذه القواعد الموجهة نحو النتائج يعني أو يعمل على إعادة توجيه تنازع القوانين نحو العدالة المادية على الرغم من أهميتها، تظل هذه القواعد استثنائية.

على الرغم من أهمية هذه القواعد القانونية الموجهة بهدف الحصول على نتيجة محددة يعتبرها أحد الأطراف مرغوبة وغير مثيرة للجدل، إلا أنها تظل قواعد استثنائية كونها لا تغطي غلا نطاقاً صغيراً نسبياً من الإشكاليات القانونية.

اعتبر بعض الفقه الأنجلو أمريكي أن اعتبارات السياسة الجوهرية لتنازع القوانين تنطوي تحت اعتبارين الأمان والعدالة المقارنة والمراد بها الوصول إلى حل أو نتيجة نهائية للنزاع لا تبتعد عن الحلول أو النتائج التي يتم الوصول اليها بالبحث في القوانين المقارنة، ويتخذ الفقه الإنجليزي والكندي والاسترالي ذات الاتجاه في أن اعتبارات العدالة التي يجب أن تبتغيها قواعد التنازع المصممة لتحقيق نتيجة محددة، وهو ذات الامر الذي اتبعه بعض الفقه المصري.

إن وجود هذه القواعد يثبت أن حتى أنظمة المقننة للقانون الدولي الخاص قادرة على إجراء تعديلات وصولاً إلى نتيجة معينة حيثما كانت هناك حاجة إلى ذلك، وهذا بدوره يعمل على تعزيز حماية النظام العام ومصالح الدولة، أن إجراء مثل هذه التعديلات يتم بشكل أيسر في الأنظمة غير المقننة، فالقيمة الحقيقية للقواعد الموجهة نحو النتائج التي تم مناقشتها خلال البحث، هي أنها تحدد المجالات التي يمكن فيها للأنظمة غير المقننة إجراء تعديلات مماثلة لصالح العدالة المادية.

يختلف الامر عندما نبحث عن التعديلات الانتقائية المسبق النص عليها والتي تعمل على تحقيق العدالة المادية، وبالإضافة إلى الدافع عن طريقة مخصصة سلفاً حيث تحل العدالة المادية محل عدالة قاعدة الإسناد تماماً.

فالتوجه نحو النتائج غالباً ما يكون التفسير الواقعي لنتيجة أغلب قضايا التنازع، ولكن يجب النظر إلى المخاطر الجسيمة من جراء هذه القواعد القانونية الموجهة

واعتبارها طريقة قانونية لفض النزاعات، وعلى النقيض يري بعض الفقه[٢٧٥]، وجود العديد من المخاطر القضائية بتطبيقها.

يمكن أن نخلص إلى أنه هناك فرقاً نوعياً مهماً بين انتقائية النتائج في التشريع وانتقائية النتائج في التحكيم، في الأولى، يتم تحديد النتيجة المرغوبة مسبقاً وبشكل تجريدي من خلال آليات الإجماع للعمليات الديمقراطية الجماعية، في الثانية، يتم اختيار النتيجة بأثر رجعي وبشكل ملموس وغالباً من قبل فرد واحد لا يستطيع تجنب المخاطر.

ولهذا السبب ويعد من التوصيات أن نتجه إلى دعم الاستخدام الانتقائي والمستهدف للقواعد الموجهة نحو النتائج في التشريعات، بداية من اختيار القانون إلى باقي الاتجاهات من حيث القانون الأصلح واختيار قانون المحكمة أو إنابة المحكمة في اختيار القانون وغيرها مثل تلك المشار إليها في هذا البحث.

فمع التأييد لوجهة النظر الحديثة نلاحظ أن هناك قاعدة توافقية بينها وبين الفكر الكلاسيكي بشأن تنازع القوانين والقواعد الموجهة، فكلاهما أمتد ليشمل تشريعات وأعراف وعادات قانونية.

إلا انه يبدو أن هناك تشكك في انتقائية النتائج غير الموجهة في التحكيم في اختيار القانون، وهو ما يفتح أفاق أخري للبحث حول النتائج الموجهة في التحكيم، وهي دعوة للباحثين لمناقشة هذه الإشكالية.

(275) Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice 199:208, (1993).

(ISSN: 2537- 0758)

المراجع

المراجع العربية:-

١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود، ١٤١٨هـ.

٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً)، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،١٩٩٦.

٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٨. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط ١، دار المطبوعات، جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٤.

٩. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، د. أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

١٠. د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية "دراسة مقارنه"، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، ١٩٨٩.

١١. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٢. د. أبو العلا النمر، حماية في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٨.

١٣. د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.

١٤. د. جابر جاد، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٥.
١٥. د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الهيئات وتنازع الاختصاص، ط٢، مطبعة النفيض، بغداد.
١٦. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٧. د. حفيظة السيد حداد القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
١٨. د. حسن الهداوي، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني "دراسة مقارنه"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
١٩. د. حسين الهداوي، د. غالب الداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة الموصل التعليم العالي، ١٩٧٢.
٢٠. د. خالد البرجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، راسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، ٢٠٠١.
٢١. د. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٢. د. خالد عبد الفتاح خليل، المسئولية عن عمل المنتجات والتعويض عن أضرارها في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٦.
٢٣. د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري "مقارن بالقوانين العربية"، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ٢٠٠٨.
٢٤. د. شمس الدين الوكيل، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط١، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٦.
٢٥. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنه بين الشريعة والقانون، التركي للكمبيوتر، طنطا، الطبعة الأولي، ٢٠٠٤.
٢٦. د. صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر الجامعي القاهرة، طبعة ٢٠٠٤.

(ISSN: 2537- 0758)

٢٧. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط ٢، دار الفكر الجامعي، لإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٨. د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٢٩. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.
٣٠. د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص "الجزء الثاني– تنازع القوانين"، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
٣١. د. عكاشة محمد عبد العال قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية،٢٠٠٢.
٣٢. د. عكاشة محمد عبد العال الوجيز في تنازع القوانين، دار المعرفة الجامعية، ٢٠٠٥.
٣٣. د.عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.
٣٤. د. عبد الرسول عبدالرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
٣٥. د. عوض الله شيبه، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين، ٢٠١٠.
٣٦. د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ٢٠٠٨.
٣٧. د. علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
٣٨. د. عصام القصبي، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٣٩. د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
٤٠. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

٤١. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص– تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
٤٢. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولي، منشورات جامعة حلب، سوريا، ١٩٩٨.
٤٣. د. موحند إسعاد، قواعد التنازل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٩.
٤٤. د. محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤٥. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي، ط٢، بغداد، ١٩٧٧.
٤٦. د. محمد سعادى، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولي، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٩.
٤٧. د. محمد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤٨. د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
٤٩. د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥٠. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
٥١. د. منصور مصطفي منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥.
٥٢. د. هشام صادق، تنازع القوانين في مسائل المسئولية التقصيرية، دروس لطلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، بدون ناشر.
٥٣. د. هشام علي صادق، حفيظة الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩٩.

(ISSN: 2537- 0758)

٥٤. د. هشام صادق، تنازع القوانين في مجال المسئولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، دار المطبوعات لجامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٥٥. د. هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات لجامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٥٦. د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

٥٧. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٦٩.

الرسائل العلمية:-

١. الباحث/ خالد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حوان، ٢٠٠٢.

٢. الباحث/ عباس عودة الكعبي، تنازع القوانين في شكل العقد الدولي، رسالة ماجيستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٩.

المواقع الإلكترونية:-

1. http://pravo.hse.ru/data.pdf
2. http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_eng_en.htm
3. http://www.dejure.org/gesetze/EGBGB/19.html
4. https://www.heidelbergconference2013.de/tl_files/downloadsabstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE
5. http://www.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1917548
6. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT.
7. http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8476.html
8. http://www.dw.com/ar/فرنسا-تلغي-مصطلح-الابناء-غير-الشرعيين-من-القانون/a-1640168
9. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT

10. http://www.maraje3.com/2011/04/loi-marocain-divorce-juridiction-etrangere/
11. http://www.mohamah.net/law/-نصـوص-و-مـواد-القـانون-الـدولي-الخـاص-القانون
12. http://www.googl.com/advancedsearch?qu=laiapplicable=a=responabilitie+dufait+products.
13. http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9780792307228_04
14. http://www.legifrance.gouv.fr/affichetexte.do?cidtexte=JORTEXT000002059038.
15. http://www.worldcat.org/title/protection-de-la-partie-faible-en-droit-international-prive-du-salarie-au-consommateur/oclc/846953174.
16. http://www.europa.eu/legislation.summaries/Justic_freedom_security_cooperation.

المراجع الأجنبية:-

1. Arthur von Mehren, American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century, 37 WILLAMETTE L. REV (2000).
2. ALEX FLESSNER, Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht (1990).
3. ARMINJON: Précis de Droit International Privé, 3ème édition, Tom 2, Paris, 1947.
4. Brainerd Currie, Married Women's Contracts: A Study in Conflict-of-Laws Method (1958) Cavers, The Proper Law of Producer's Liability (1977).
5. Christian Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts (1971).
6. David Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem (1933).
7. E. Lorenzen, Territoriality, Public Policy, and the Conflict of Laws, 33 Yale L. J. (1924).
8. Erik Jayme, The American Conflicts Revolution and the Impact on European Private International Law, in Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe (1990).
9. Ehrenstein, Choice of Law: Current Doctrine and "True Rules", California Rev. Vol. 49.
10. F. FLUDIC: L'Articulation de la Responsabilité au Fait des Produits Défectueux, 2012.

(ISSN: 2537- 0758)

11. GUTMAN DANIEL, Droit International Privé, Dalloz, 3ème édition, 2002.
12. Gerhard Kegel, Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers (1979).
13. Gerhard Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, in Festschrift Hans Lewald (1953).
14. Gerhard Kegel, The Crisis of Conflict of Laws (1964).
15. Isabelle Pingel, La Protection de la Partie Faible en Droit International Privé (Du Salarié au Consommateur), 1986.
16. J.S. BORGHETTI: La Responsabilité du Fait des Produits, Paris, 2010.
17. J. DRAY, International Conflicts in Child Custody: United States v. Saudi Arabia, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 7, Issue 9, 1987.
18. Jean Marc Bischoff: Mariage, Répertoire de Droit International, Dalloz, Tom 02, Paris, 1999.
19. KLAUS SCHURIG, Kollisionsnorm und Sachrecht: Zur Struktur, Standort und Methode des Internationalen Privatrechts (1981).
20. Louise Weinberg, Theory Wars in the Conflict of Laws (2005).
21. LOUSSOUARN YVON, Bourle Pierre: Droit International Privé, Dalloz, 7ème édition, 2001.
22. M. FALLON: Les Accidents de la Consommation et le Droit de la Responsabilité du Fait des Produits, Bruyiant, Bruxelles, 1982.
23. M. Maridakis, L'Inapplicabilité du Droit Étranger à Byzance, 2 M ÉLANGES FREDERICQ (1965).
24. Marie-Laure Niboyet, Contrats Internationaux, 1998.
25. Mura Ramos, Aspects Récents du Droit International Privé au Portugal, Rev. Crit. 1988.
26. Michael Bogdan, Comparaison du Droit International Privé Français et Suédois en Matière d'Obligations Extracontractuelles, Faculté de Droit à l'Université de Lund, 2001.
27. M. SIAHMED: L'Utilisation des Techniques de Droit de la Consommation dans les Rapports Internationaux Inégaux, Thèse, Dijon, 1998.
28. Spath & Symeonides, Covenant Marriage and the Law of Conflict of Laws, (1999).

29. Symeon C. Simonides, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress, copyright by Kluwer Law International (1999).
30. Symeon, The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts) (2000).
31. Symeon C. Symeonides, Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law, in International Conflict of Laws for the Third Millennium (P. Borchers et al., eds., 2001).
32. P. HAY, The American "Covenant Marriage" in the Conflict of Laws, Louisiana Law Review, Volume 64, Number 1, Fall 2003.
33. Ralf Michaels, Private International Law and the Question of Universal Values, in The Continuing Relevance of Private International Law (2020).
34. Rizkallah Nouhad: Droit International Privé, M.A.J.D, Beyrouth, édition 1985.
35. Y. LOUSSOUARN: Convention de la Haye sur la Loi Applicable à la Responsabilité du Fait des Produits, Rev. Crit, 1974.
36. W. STRAUB: La Responsabilité du Fait des Produits en Pratique.
37. NOURRISAT (C): Présentation du Règlement (CE) No 864/2007 du Conseil 11 Juillet 2007 sur la Loi Applicable aux Obligations Non Contractuelles, Rome II, Lyon, 2008.
38. Vincent Heuzé, La Vente Internationale de Marchandises, Droit Uniforme, GLN Joly Éditions, 1992.

مقالات ومجلات علمية:-

1. Brainerd Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws (1961).
٢. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، بحث منشور في المجلة المغربية للدراسات الدولية، ٢٠٠٣.
٣. د. أحمد مسلم، النفقة الوقتية (تكييفها والقانون الذي يحكمها)، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، السنة الرابعة.
٤. أرمنجون، الوجيز في القانون الخاص الدولي، الجزء الثالث.
٥. بارتان، المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني.
٦. د. خليل إبراهيم، تنازع القوانين في مسألة النفقة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون في جامعة الموصل، المجلد الحادي عشر، العدد الأربعون، ٢٠٠٩.

(ISSN: 2537- 0758)

٧. د. شايل لطيفة، ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الأسرة، مجلة البحوث العدد الأول مارس ٢٠٢٢.
٨. د. عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية "بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الرابعة والعشرون، العددان الأول والثاني، ١٩٥٤.
٩. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص فرنسا ١٩٦٦.
١٠. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٨٦.
١١. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٩٧.
١٢. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ٢٠٠٠.
١٣. المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ٢٠٠٤.

مقالات وموسوعات علمية أجنبية:-

1. Pierre Bourel, "Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé" (Volume 214), in Collected Courses of the Hague Academy of International Law (1989).

٢. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، مكتبة وزارة العدل، القاهرة.

الأحكام القضائية:-

١. حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٤/١/١٤، منشور في مجموعة النقض، العدد ٢، السنة الخامسة، ١٩٥٤.
٢. حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٢ يونيو ١٩٥٥.
٣. حكم محكمة التمييز الفرنسية الصادر في ١٧/ إبريل/ ١٩٥٣.
٤. قرار محكمة باريس بتاريخ ١٩٦٩/١١/١، منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص.

القوانين والاتفاقيات الدولية:-

١. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٦، بشأن القانون المطبق على النفقة تجاه الأطفال.
٢. اتفاقية لاهاي بشأن المسئولية عن عمل المنتجات الصادرة في أكتوبر ١٩٧٢.
٣. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣، بشأن القانون المطبق على التزامات النفقة.

٤. اتفاقية لاهاي الخاصة بمن اتفاقية الاحتفال والاعتراف بصحة الزواج (المبرم في ١٤ مارس ١٩٧٨).
٥. اتفاقية روما لعام ١٩٨٠م، الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
٦. اتفاقية لاهاي ١٩٨٩.
٧. اتفاقية البلدان الأمريكية لعام ١٩٨٩ بشأن التزامات الإعالة على إمكانية الاختيار من بين قوانين الإقامة المعتادة أو موطن أي مدين أو ملتزم.
٨. اتفاقية روما لعام ٢٠٠٨، الصادرة من البرلمان الأوربي في ٢٠٠٨/٦/١٧
٩. القانون الدولي الخاص التونسية
١٠. القانون الخاص التونسي
١١. القانون المدني السوري
١٢. القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي في التشريع الكويتي.
١٣. قانون المعاملات الإماراتي.
١٤. القانون الألماني.
١٥. القانون المدني التمهيدي الألماني
١٦. القانون الخاص الإيطالي.
١٧. القانون الفنزويلي.
١٨. القانون العام اليوغوسلافي.
١٩. القانون الدولي الخاص المجري
٢٠. القانون الدولي الخاص التركي.
٢١. القانون المدني الفرنسي.
٢٢. القانون المدني الكندي.
٢٣. التقنين الأمريكي الأهلي الثاني.
٢٤. القانون الخاص السويسري.
٢٥. القانون الدولي اليوغوسلافي.
٢٦. القانون الخاص السويسري.

(ISSN: 2537- 0758)

٢٧. القانون المدني الإسباني.
٢٨. قانون الوصية المصري.
٢٩. قانون المرافعات المصري.
٣٠. القانون المدني المصري.
٣١. قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠
٣٢. قانون الجنسية المغربي.
٣٣. مدونة الأسرة المغربي الصادرة في ١٩٩٣/٣/١٠.
٣٤. القانون الخاص الإيطالي.
٣٥. القانون الخاص البلجيكي.