

# الموسيط في القانون الدولي الخاص

فكرة القانون الدولي الخاص - فروع القانون الدولي الخاص - مفترضات تنازع القوانين - أركان قاعدة التنازع - أنواع ضابط الإسناد - خصائص قاعدة التنازع التكييف: خضوع التكييف لقانون القاضى - قضية ميراث المالطى (الزوجين بارتولو) قضية وصية الهولندى - خضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع - خضوع التكييف للقانون المقارن - التكييف في القانون المصرى - الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع - الإحالة: قضية المدعو فورجو - قبول فكرة الإحالة - رفض فكرة الإحالة - الإحالة في القانون المصرى - إثبات القانون الأجنبى - الدفع بالنظام العام: مفهومه - شروطه - آثاره: الأثر السلبي - الأثر الإيجابي - الأثر المخفف - تصحيح مسار قاعدة الإسناد : الغش نحو القانون : مفهومه - قضية الأميرة دو بوفرمون شروط الدفع بالغش - صورته - نطاقه : الغش نحو القواعد الآمرة والغش نحو القواعد المكملة - الغش نحو القانون الوطنى والغش نحو القانون الأجنبى - جزاء الغش نحو القانون : تصحيح مسار قاعدة الإسناد - الغش نحو القانون والنظام العام.

دكتور

محمد المنعم زهزم

وتحليل كلية الحقوق جامعة القاهرة

لشئون التعليم والطلاب

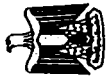
حائز جائزة الدولة التذكيرية في القانون الدولي

المحامى بالنقض والإدارية العليا

١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

دار الثقافة العربية





الجمهورية العربية الفلسطينية

الوزارة العامة للتعليم

جائزة الدولة التقديرية

للعلم

للدكتور جابر النور محمد شرف إبراهيم زمر

جائزة الدولة التجميعية في علوم الاقتصاد والعلوم  
في القانون الدولي الخاص

عام ٢٠١٢ الميلادي ١٤٣٣ الهجري

وزير الثقافة



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَلَا تَنَسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة، من الآية ٢٣٧.

إلى صاحب المقام الرفيع

سعادة الدكتور / أحمد زكي يمانى

احترافاً بالفضل وعرفاناً بالجميل.

د. محمد المنعم زمزم



## مقدمة

١. فكرة القانون الدولى الخاص: يتولى القانون الخاص الداخلى - بمختلف فروع - تنظيم الحياة الخاصة فى المجتمع الوطنى لكل دولة. فالقانون المدنى يحكم العلاقات العادية بين الأفراد. والقانون التجارى ينظم المعاملات التى تنشأ بين التجار بسبب النشاط التجارى. وقانون العمل يقرر القواعد الكفيلة بحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال. أما قانون المرافعات فيضع القواعد الكفيلة بتنظيم التقاضى فى مختلف مسائل القانون الخاص عن طريق تنظيم أسلوب التقاضى، وكيفيته، وإجراءاته، وتحديد المحاكم، ودرجاتها، وطرق الطعن فى الأحكام. فالقانون الخاص بفروعه المذكورة - وغيرها - يتولى إذن حكم النشاط الخاص بين الأفراد فى المجتمع الداخلى للدولة.

٢. فإذا باع مواطن من مدينة الإسكندرية عقاراً لمواطن آخر من مدينة المنصورة، وتم إبرام العقد فى المدينة التى يقع فيها العقار وهى القاهرة، ثم ثار نزاع بصدد تنفيذ هذا العقد، فلا خلاف على تحديد المحكمة المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص الواردة فى قانون المرافعات والتى تقضى باختصاص محكمة موقع العقار<sup>(١)</sup>. ولا خلاف أيضاً على الفصل فى النزاع وفقاً لأحكام القانون المدنى المصرى وبخاصة القواعد المتعلقة بعقد البيع، والتى ورد النص عليها فى المواد ٤١٨ إلى ٤٨١ من القانون المشار إليه<sup>(٢)</sup>.

٣. وإذا اتفق أحد تجار مدينة أسوان مع أحد تجار مدينة دمياط على أن يلتزم الأخير بصنع كمية معينة من الأثاث مقابل التزام الأول بأداء الثمن، فإن أى خلاف ينشأ عن تنفيذ هذا العقد يخضع للقانون التجارى المصرى، كما يتم تحديد المحكمة المختصة وفقاً لقواعد الاختصاص الواردة

(١) ورد النص على القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى فى المادة ٤٩ من قانون المرافعات التى تقضى بأنه «يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...». وقد نص القانون على خلاف ذلك فى المادة ٥٠ من ذات القانون التى تقرر أنه «فى الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقفاً فى دوائر محاكم متعددة. وفى الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التى فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه».

(٢) حمل الكتاب الثانى من القانون المدنى عنوان «العقود المسماة»، وقد جاء بابه الأول بعنوان «العقود التى تقع على الملكية» وقد عالج الفصل الأول منه «البيع» بكل تفصيلاته وذلك فى المواد من ٤١٨ إلى ٤٨١ كما أشرنا سابقاً.

فى قانون المرافعات، والتى تقضى بصفة عامة باختصاص محكمة موطن المدعى عليه<sup>(٣)</sup>. ولا يختلف الحال بالنسبة لمنازعات العمل، حيث تخضع للأحكام المقررة فى قانون العمل على أن يتم تحديد المحكمة المختصة أيضا وفقا للقواعد الواردة فى قانون المرافعات<sup>(٤)</sup>، وهكذا الحال فى كل مسائل وفروع القانون الخاص الأخرى.

٤. ويكتمل عقد المنازعات السابقة فى حالة صدور حكم نهائى وفاصل فى الدعوى، حيث يبادر الطرف الكاسب للنزاع إلى المسارعة فى تنفيذه اقتضاء لحقه. ويجرى التنفيذ طبقا للأوضاع والقواعد المقررة فى شأن تنفيذ الأحكام التى ورد النص عليها فى قانون المرافعات<sup>(٥)</sup>.

٥. والملاحظ على العلاقات السابقة أنها تنشأ وترتب آثارها فى إقليم دولة واحدة، ولذا تتولى القواعد السارية فى الدولة حكم هذه العلاقات بشكل كامل سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الإجراءات. فالعلاقات القانونية موضوع الأمثلة المذكورة نشأت بعناصرها الثلاثة - الأطراف والمحل والسبب - على الإقليم المصرى دون أن يكون لها أدنى اتصال بأقاليم دول أجنبية، ومن ثم لا يتصور - فى عقل أو منطق - أن يدعى قانون أى دولة اختصاصه بحكم أى منها، كما لا يتصور - كذلك - أن تدعى محاكم دولة أخرى اختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عنها؛ لسببين:

(٣) المادة ٥٥ من قانون المرافعات: «فى المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها».

(٤) المادة ٥٩ من قانون المرافعات: «فى المنازعات المتعلقة بالتوريدات... وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى».

(٥) جاء الكتاب الثانى من قانون المرافعات بعنوان «التنفيذ»، وحمل بابه الأول عنوان «أحكام عامة»، وقد عالج ثلاث مسائل أساسية هى قاضى التنفيذ والسند التنفيذى وما يتصل به والنفاذ المعجل وذلك فى المواد من ٢٧٤ إلى ٢٩٥. ومن أهم القواعد الواردة فى هذا الصدد ما تقضى به المادة ٢٧٤: «يجرى التنفيذ تحت إشراف قاضى التنفيذ ويندب فى مقر كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة الابتدائية، ويعاونه فى ذلك عدد كاف من المحضرين وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٢٨٠: «ولا يجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناة بنص فى القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ التالية "على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجزائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك"».

السبب الأول: انعدام وجود أية روابط قانونية بين النزاع والدول الأجنبية.  
السبب الثاني: ويرتبط بالسبب الأول، وقوامه تركيز العلاقة القانونية بكافة عناصرها على إقليم دولة واحدة.

ويصبح دمج هذين السببين - إذ يعتد كلاهما وجهاً للآخر - في سبب واحد، هو انتفاء العنصر الأجنبي *Elément d'extranéité* في العلاقة.

٦. ولا تسير المعاملات القانونية دوماً على هذا النحو البسيط، وإنما أضحت مختلف العلاقات مركبة وأشد تعقيداً. فقد يتصور أن يكون البائع متمتعاً بالجنسية الأسبانية، ويكون المشتري متمتعاً بالجنسية الفرنسية، والعقار ذاته واقعاً في إنجلترا على أن يتم إبرام العقد في ألمانيا. وقد يتصور أن يكون التاجر في الهند ويتعامل مع تاجر آخر في البرازيل. وقد يمارس رب العمل نشاطه في استراليا ويكون العامل روسيا أو نرويجياً. وقد يكون مورد التكنولوجيا في اليابان ومستوردها في المكسيك أو كندا وهكذا.

٧. ولا يمكن الزعم بأن تلك الروابط المعقدة والمركبة يمكن أن تحل على ذلك النحو البسيط الذي تحل به الروابط الداخلية البحتة. فالمشرع في كل دولة يضع - من وجهة نظره - القواعد الكفيلة بفض المنازعات التي تثور في المجتمع الذي ينظمه. والعلاقات السابقة لم تقتصر على إقليم دولة واحدة، وإنما بلغت في بعض الأحوال حد الاتصال بأقاليم أربع دول، بما يعنى وجود قوانين أربع تتصل بعلاقة قانونية واحدة وهى فى المثال المتعلق ببيع العقار:

- القانون الأسباني (قانون جنسية البائع).
- القانون الفرنسي (قانون جنسية المشتري).
- القانون الإنجليزي (قانون موقع العقار).
- القانون الألماني (قانون إبرام العقد).

٨. ويعنى اتصال دولة ما بالنزاع برابطة معينة - كالجنسية أو الموقع مثلاً - أن هذه الرابطة تجعل قانون تلك الدولة مرشحاً لحكم العلاقة. وتتعدد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بتعدد الروابط التي تربط العلاقة بدول أجنبية، فإذا كانت رابطتين، كان هناك قانونان مرشحان لحكم العلاقة، وإذا كانت ثلاثة روابط كان هناك ثلاثة قوانين مرشحة لحكمها، وإذا كانت أربعة روابط كان هناك أربعة قوانين مرشحة لحكمها وهكذا. ويطلق على هذه المشكلة تنازع القوانين، لوجود أكثر من قانون يدعى لنفسه

الاختصاص بحكم النزاع. ويتطلب فض هذه المشكلة ضرورة حسم الجدل حول القانون الذى يتعين تطبيقه من أجل الفصل فى الدعوى؛ هل يسرى - فى المثال السابق - قانون جنسية البائع أم قانون جنسية المشتري أم قانون بلد إبرام العقد؟ أم أن قانون موقع العقار يتغلب على هذه القوانين؟ وإذا قيل بالإيجاب، فعلى أى أساس يتم ترجيح قانون على حساب الآخر؟ وهكذا تتجسد المشكلة الأولى فى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ذى الطابع الدولى.

٩. ولا يقتصر الأمر على بيان القانون الواجب التطبيق على مثل هذا النوع من العلاقات، وإنما يتعين أيضاً حسم الخلاف حول المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العلاقات. فكما تتصل العلاقة بقوانين الدول المشار إليها، فإنها تتصل أيضاً بمحاكم نفس الدول، وهنا تنشأ ظاهرة تنازع الاختصاص القضائى الدولى. وكأن المشكلة أضحت مزدوجة، لتلقى على عاتق الباحثين مهمة تحديد المحكمة المختصة بالمنازعة إلى جانب تعيين القانون الذى ستقوم المحكمة بتطبيقه على تلك المنازعة. وإذا تم القضاء على هاتين المشكلتين، فإن مشكلة ثالثة تلوح فى الأفق بمجرد النطق بالحكم، وهى كيفية تنفيذ هذا الحكم، فقد يصدر الحكم فى ألمانيا ويراد تنفيذه فى إنجلترا، وقد يصدر فى فرنسا ويراد تنفيذه فى أسبانيا، فهل يعترف بتنفيذ الأحكام الصادرة فى دولة أجنبية على أراضى الدولة الوطنية؟ وما قواعد التنفيذ؟ وآلياته؟ وكيفيته؟ تعرف هذه المشكلة اصطلاحاً بمشكلة تنفيذ الأحكام الأجنبية.

١٠. لقد كان ظهور هذا النوع من العلاقات إيذاناً بميلاد المجتمع الدولى للأفراد مقارنة بالمجتمع الداخلى لكل دولة. وطالما وجد مجتمع دولى للأفراد فلا بد من وجود قانون خاص ينظمه. وإذا كان القانون الخاص بمختلف فروعه يحكم المجتمع الداخلى، فإن القانون الدولى الخاص ينظم المجتمع الخاص الدولى من كافة جوانبه، ولذا يحلو للبعض أن يعبر عن القانون الدولى الخاص بمصطلح القانون الخاص الدولى مقارنة بالقانون الداخلى على اعتبار أن كليهما ينظم النشاط الخاص ولكن مع اختلاف مجال سريان كل منهما، فالقانون الدولى الخاص يحكم النشاط الخاص على المستوى الدولى، فى حين ينظم هذا النشاط على المستوى الداخلى القانون الخاص فى كل دولة.

١١. وبهذه المثابة نصل - من ناحية أخرى - إلى كمال تنظيم الحياة

الدولية؛ فالقانون الدولي العام يحكم العلاقات الدولية ذات الطابع العام ممثلة في العلاقات التي تنشأ بين الدول والمنظمات الدولية، والقانون الدولي الخاص ينظم العلاقات الدولية ذات الطابع الخاص ممثلة في المعاملات المالية والشخصية التي تنشأ بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة. وهذا التنظيم ضروري للمحافظة على المجتمع الدولي وكفالة تطوره عن طريق تقديم العدالة الدولية والمساهمة في إنشاء بيئة قانونية دولية تتأسس على الأمان القانوني وصيانة التوقعات المشروعة للأطراف.

١٢. وإذا كانت العلاقات الدولية الخاصة قد تطورت بصورة تلقائية وعشوائية غير محسوسة بمبادرة فردية من الأشخاص وبمباركة من الدول، فلا ريب أن تطور وسائل الاتصالات وغزو شبكة الإنترنت لكل المجالات قد أنجب ثورة تكنولوجية هائلة جعلت من العالم قرية صغيرة. فمن يقطن في الجنوب يستطيع إبرام ما يعن له من التصرفات القانونية مع من يعيش في الشمال دون أن يعتبر بعد المسافة عائقاً جوهرياً أمام التعاقد. ويمكن لمن في أقصى الشرق الزواج بمن في أقصى الغرب دون أن يشكل الاختلاف في المكان عائقاً أمام ميلاد الروابط المعنوية والقانونية الناشئة عن عقد الزواج. فيشهد الواقع المعاصر استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في التعاقد، حيث تعتبر هذه الوسائل مواجهة صارخة بين الماضي والحاضر، بين التعاقد باستخدام الوسائل التقليدية للتعبير عن الإرادة في مجلس العقد وبين التعاقد باستخدام أحدث الوسائل دون استلزام التوقيع الخطي، وإنما يكفي بالتوقيع الإلكتروني<sup>(٦)</sup> مع اعتبار شبكة الإنترنت - على اتساع رقعتها التي تشمل كل ذرات الهواء الجوي - بمثابة مجلس العقد.

١٣. ومن أهم وسائل الاتصال الحديثة التي يمكن استخدامها حالياً في التعاقد نظاماً:

- مؤتمرات الفيديو: فيديو كونفرانس Vidéoconférence أو فيديو كونفرانسنج Videoconferencing.
- مؤتمرات التليفون: تلي كونفرانس Téléconférence أو تلي كونفرانسنج Teleconferencing.

(٦) لم يتوان المشرع عن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية - العدد ١٧ تابع (٦) في ٢٢ إبريل ٢٠٠٤. ولمزيد من التفاصيل عن هذا القانون وعن الكتابة الإلكترونية ومقارنتها بالكتابة التقليدية راجع مؤلفنا قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، رقم ٦١ وما يليها، خاصة رقم ٦٥ وما يليها.

١٤. ويعد نظام مؤتمرات الفيديو وسيلة من وسائل الاتصال التي يمكن عن طريقها استخدام شاشات عرض تليفزيونية موصلة بشبكة اتصالات لرؤية جميع المعنيين بالتعاقد، بحيث يرى كل منهم الآخر، ويتبادل معه كافة الآراء والمناقشات المتعلقة بعملية التفاوض، وكأن الجميع يجلس في مجلس واحد، غاية ما هنالك أن كلا منهم يبعد عن الآخر من حيث المكان الذي يوجد فيه فقط.

١٥. ويمتاز هذا النظام بمجموعة من المزايا أهمها<sup>(٧)</sup> :

١- تغطية الفجوة التي تعترض باقي وسائل الاتصالات الأخرى، باعتبارها وسائل غير مباشرة، ولا يرى ولا يسمع فيها المتعاملون بعضهم البعض. فالخطابات العادية والفاكس والإميل، وسائل دون صوت أو صورة، ومن هنا يتيح هذا النظام الفرصة للتفاهم المباشر حول كافة الموضوعات محل التعاقد.

٢- يرتبط بالميزة السابقة إمكانية تسجيل الاجتماعات التي يتقرر إجراؤها وفقاً لهذا النظام، وهو ما يعطى ميزة الاحتفاظ بنسخة يمكن استعمالها كدليل في أي وقت.

٣- توفير الجهد والوقت والمال، فبدلاً من السفر والترحال، يكتفى بأن يكون كل فرد من المعنيين بالتعاقد ممثلاً بمجرد نقطة من نقاط الاتصال، حتى يرى الآخرين ويتناقش معهم وكأنهم في مجلس واحد.

١٦. ولا تعتبر الدول المتقدمة حديثة عهد بهذه الوسيلة، فقد استخدمتها الحكومة الأمريكية - وغيرها من الحكومات المتقدمة - منذ بداية الثمانينات - أي منذ ما ينيف على ربع قرن حتى لحظة كتابة هذه السطور في مطلع عام ٢٠٠٩ - لإدارة كافة شئون الدولة في أوقات الأزمات والأجازات والأعياد الرسمية. وفي هذا الاتجاه تجيد قناتا الجزيرة والعربية في الآونة الأخيرة اللجوء إلى نظام مؤتمرات الفيديو لتغطية أهم الأحداث السياسية والعسكرية في منطقة الشرق الأوسط.

(٧) انظر :

Introduction to videoconferencing, A Guide for news users, <http://www.vsgi.com/google/landing/videosys/>; Eugenio uollo, The expansion of video conferencing technology in immigration proceedings and its impact on venue provisions, The Journal of Gender, Race and justice, 2006, vol. 9, p. 689.

١٧. وقد أسفر التقدم العلمى مؤخراً عن إمكانية استخدام ٢٢ شاشة عرض تمثل ٢٢ نقطة اتصال فى ٢٢ مكان مختلف فى ذات الوقت، ولذلك تستخدم هذه الوسيلة حالياً شركات المحاماة الكبرى فى الصين للاتصال بعملائها على مستوى العالم، كما يلجأ إليها القضاء الفيدرالى الأمريكى كوسيلة لجمع أدلة الإثبات على الهواء مباشرة بواسطة المحكمة<sup>(٨)</sup>، كأن تستقر المحكمة فى واشنطن مثلاً ممثلة فى نقطة اتصال، ويكون الشاهد المراد استجوابه مقيماً فى ولاية كاليفورنيا مثلاً فى نقطة اتصال أخرى، حيث يمكن - بمقتضى شاشتى العرض الموجودتين فى نقطتى الاتصال - استجواب الشخص وسماع أقواله وكأنه حاضر فى ساحة المحكمة.

١٨. ومن جماع ما سبق، يمكننا تعريف نظام مؤتمرات الفيديو بأنه وسيلة اتصال إلكترونية يمكن عن طريقها لشخصين أو أكثر فى مكانين مختلفين أو أكثر الدخول فى محادثات مباشرة مرئية ومسموعة، لتبادل الآراء ووجهات النظر حول مسألة معينة. ويمكننا أيضاً أن نطلق - من ناحية أخرى - على هذا النوع من المؤتمرات «نظام المؤتمر الإلكتروني» أو «نظام المؤتمر الآلى» حيث يلزم لانهقاده ضرورة استخدام الآلات التكنولوجية الحديثة فى مجال الاتصالات لتكوين مجلس العقد الإلكتروني مقارنة بمجلس العقد التقليدى الذى يجمع الأفراد بذواتهم فى ساحة واحدة.

١٩. ولا يختلف نظام مؤتمرات التليفون فى طبيعته عن نظام مؤتمرات الفيديو إلا من حيث عدم وجود صورة، ومن ثم يمكن استخدام هذا النظام لإجراء محادثات أو تسجيلها بين جميع المغيين بالتعاقد ليتم الاستعانة بها فيما بعد. لذلك يمكن تشبيه الوضع فى الحالتين بأن هناك مؤتمراً آلياً إلكترونياً مباشراً، تليفزيونياً أو تليفونياً لتوجيه الأسئلة وسماع الأجوبة حول جميع المسائل محل الخلاف عند التعاقد. فبدلاً من التقاء المتعاقدين فى مجلس واحد - كما هو المعتاد - يتم التعاقد بهذا الأسلوب الإلكتروني دون لزوم اجتماع المتعاقدين فى ذات المكان. والميزة العظمى لنظامى مؤتمرات الفيديو ومؤتمرات التليفون لم تقتصر على تسهيل التعاقد على هذا النحو، وإنما تتمثل أيضاً فى إمكان تسجيل هذه المؤتمرات لإثبات التعاقد عند المنازعة.

(٨) انظر :

Greg Kueterman, Computers and office technology, The Indiana Layer, February, 1992, p. 13.

٢٠. وإذا كانت شبكة الإنترنت قد تطورت على هذا النحو، فإن هذا التطور قد أدى بدوره إلى تطور القانون الدولي الخاص بصورة مذهلة كما وكيفا. فلا يستطيع أحد تخيل عدد المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي التي تنشأ يوميا باستخدام شبكة الإنترنت. يضاف إلى ذلك أن هذا التطور المذهل قد أدى إلى ظهور فروع جديدة للقانون الدولي الخاص مثل قانون الإثبات الدولي<sup>(٩)</sup> وقانون التحكيم الإلكتروني<sup>(١٠)</sup>.

٢١. وإذا كانت شبكة الإنترنت شبكة وهمية، تحتفظ لكل شخص بالبقاء في دولته مع اعتبار العلاقة القائمة بينهما علاقة دولية لانطوائها على عنصر أجنبي، فإن التطور لم يقتصر على العالم الافتراضي المكون لشبكة الإنترنت وإنما امتد لحقيقة الواقع، حيث تعاهدت - على سبيل المثال - الدول الأوروبية بمقتضى اتفاقية الشنجن schengen على تحقيق الأهداف الآتية:

- ١ - إزالة الحدود وإلغاء إجراءات التفتيش بين الدول الأعضاء.
- ٢ - السماح لأي شخص حامل لجنسية أية دولة عضو بالعبور لبقية الدول الأعضاء دون الحصول على تأشيرة دخول (فيزا).
- ٣ - التوفيق بين النصوص المتعلقة بدخول غير الأوروبيين وإقامتهم في منطقة الشنجن، بإنشاء نظام فيزا الشنجن الموحدة، بحيث يكون لكل شخص حامل لهذه الفيزا حق الدخول والبقاء في أي من الدول الأعضاء لمدة ٩٠ يوما لكل ستة أشهر من مدة الفيزا.

(٩) فهي هي الدول الأوروبية تتعاقد على توحيد أحكام الإثبات فيما بينها، بمقتضى التنظيم رقم ٢٠٠١/١٢٠٦ بشأن التعاون القضائي في الحصول على أدلة الإثبات في المسائل المدنية والتجارية والذي بدأ العمل به اعتبارا من أول يناير ٢٠٠٤، وقد نصت مادته ٤/١٠ على أنه :

La juridiction requérante peut demander à la juridiction requise de recourir aux technologies de communication modernes pour procéder à l'acte d'instruction, en particulier à la vidéoconférence et à la téléconférence. La juridiction requise défère à cette demande, à moins que cela ne soit incompatible avec le droit de l'Etat membre dont elle relève ou en raison de difficultés pratiques majeures.

وحول هذا الموضوع برمته ولمزيد من التفاصيل عن استخدام نظامي مؤتمرات الفيديو ومؤتمرات التليفون في الإثبات الدولي راجع مؤلفنا بعض أوجه الإثبات الدولي، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، رقم ١٤٥ وما يليها، ص ١٥٩ وما يليها، خاصة رقم ١٧١، ص ١٩٠ وما يليها.

(١٠) انظر مؤلفنا: قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة الفضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.



٤- يكون للشخص غير الأوربي المصرح له بالإقامة فى إحدى الدول الأعضاء حق الإقامة فى أى دولة أخرى دون تطلب بطاقة إقامة جديدة وذلك لمدة ٩٠ يوماً كل ستة أشهر.

٥- إنشاء نظام لتبادل المعلومات يسمى نظام معلومات الشنجن *Système d'Information Schengen (SIS)* ويسمح هذا النظام للدول الأعضاء بتبادل المعلومات والبيانات الشخصية المتعلقة بالأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الموجودة فى منطقة الشنجن، أو تلك التى ترغب فى دخولها أو ممارسة نشاط فيها. والغرض من هذا النظام هو تحقيق تعاون بوليسى وقضائى وتوحيد الجهود فى مكافحة الإجرام عبر الحدود، وما يترتب على ذلك من رفض دخول كل من سبق أن هدد وجوده النظام الأمنى فى إحدى الدول الأعضاء. ويمكن القول بصفة عامة بأن هذا النظام يهدف إلى مكافحة كل ما من شأنه أن يهدد النظام العام الأوربي<sup>(١١)</sup>.

٢٢. وهكذا أصبحت أوربا بمثابة دولة واحدة، فمن حق كل أوربي أن ينتقل ويعيش فى باقى الدول دون إجراءات دخول أو إجراءات إقامة، وإذا كان من حق الأجانب الموجودين فى أوربا الانتقال والإقامة فى الدول الأوربية وفقاً للضوابط والقواعد المشار إليها، فهل ينكر أحد ذلك الكم الهائل من العلاقات القانونية التى يمكن أن تنشأ بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة سواء تمثلت فى معاملات مالية كالبيع والإيجار والتأمين أو فى علاقات شخصية كالزواج والطلاق والتطليق والميراث إلخ.

٢٣. ولا يظن ظان أن القانون الدولى الخاص ضيق الأفق فى مصر، فلمصر دور لا ينكر فى زيادة عدد المعاملات ذات الطابع الدولى، وقد برزت معالم هذا الدور منذ فترة طويلة، واتخذ عدة مراحل أهمها:

١- إصدار وزير الداخلية القرار رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٠ بشأن إلغاء التأشيرات بالنسبة إلى أبناء جامعة الدول العربية، وقضى فى مادته الأولى:

---

(١١) دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ اعتباراً من ١٩ يونيه ١٩٩٠، انظر مؤلفنا: مركز الأجانب فى القانون الدولى والقانون المصرى المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، رقم ٤٨. وانظر فى الفقه الفرنسى :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, Paris, 8<sup>e</sup> édition, Tome I, 1993, n° 163, p. 253 et n° 188 et s., p. 318 et s.; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchres-tien, 7<sup>e</sup> édition, 2001, n° 951 et s., p. 619.

«تلغى التأشيرات بالنسبة إلى أبناء دول الجامعة العربية الذين يرغبون في الدخول إلى الجمهورية المتحدة بشرط حملهم جوازات سفر صالحة»<sup>(١٢)</sup>. ولا شك في أن السماح للرعايا العرب بالدخول إلى أراضي الجمهورية دون الحصول على تأشيرة، سيسهم حتماً في تشجيع قدومهم إليها، مما يؤدي إلى زيادة عدد العلاقات المالية والشخصية بين المصريين والعرب أو بين العرب بعضهم البعض، بل والملاحظ أن حصر عقود الزواج المبرمة بين المصريين والأجانب من رعايا الدول العربية يحتاج إلى عناية فائقة، حيث يزداد هذا النوع من الزواج يوماً بعد يوم خاصة بعد تعديل قانون الجنسية المصرية ومنح الأم دوراً مساوياً لدور الأب في نقل الجنسية المصرية إلى الأبناء، وهو ما سيصب في النهاية لصالح القانون الدولي الخاص<sup>(١٣)</sup>.

٢- إصدار القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٦ بشأن التصرف بالمجان في الأراضي الصحراوية المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو تأجيرها بإيجار اسمي لإقامة مشروعات استثمارية عليها أو التوسع فيها<sup>(١٤)</sup>.

٣- إصدار القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء<sup>(١٥)</sup>.

---

(١٢) وقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه «ويستثنى من الإفادة من هذا الحكم: (أولاً) اليهود. (ثانياً) المدرجة أسماؤهم بقوائم ممنوعين من الدخول». راجع مؤلفنا: مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، رقم ٦٤.

(١٣) والملاحظ أن وزير الداخلية قد قام قبل تعديل قانون الجنسية بإصدار ١٦ قراراً بالاستناد إلى المادة ٤ من قانون الجنسية وقضى فيها بتجنس ٣٧٣٨ من أبناء الأم المصرية زوجة غير المصري. كما قام أيضاً بإصدار ١٦ قرار بالاستناد إلى المادة ٥ وقضى فيها بتجنس ٦٤٠٢ من أبناء الأم المصرية زوجة غير المصري. ولمزيد من التفاصيل عن هذه القرارات وتحليلها ومدى مطابقتها للقانون انظر مؤلفنا جنسية أبناء الأم المصرية، قرارات وزير الداخلية والتعديل التشريعي، دار النهضة العربية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، رقم ٢٦ وما يليها، ص ١٩ وما يليها، ورقم ٩٣ وما يليها، ص ٧٩ وما يليها. وعن قانون الجنسية بوجه عام ومساواة المشرع بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء انظر أيضاً مؤلفنا: أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

(١٤) الجريدة الرسمية - العدد ٤ مكرر أ في ٣٠ يناير ١٩٩٦ ولمعرفة أحكام هذا القانون انظر مؤلفنا: مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، رقم ١١٣، ص ١٥٠ وما يليها.

(١٥) الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ مكرر في ١٤ يوليو ١٩٩٦، راجع مؤلفنا السابق، رقم ١١٤، ص ١٥٤ وما يليها.

٤- إصدار رئيس الوزراء للقرار رقم ٥٤٨ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تملك وانتفاع غير المصريين بوحدة للإقامة فى بعض المناطق العمرانية الجديدة وفى المناطق السياحية<sup>(١٦)</sup>.

والمؤكد أن السماح للأجانب بتملك الأموال فى مصر على هذا النحو، سيزيد بلا شك عدد المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى سواء فى مجال المعاملات المالية أو فى مجال الأحوال الشخصية.

٢٤. لقد أدى هذا التطور الافتراضى للمجتمع الدولى للأفراد (شبكة الإنترنت)، وهذا التطور الحقيقى لبعض المناطق من العالم (خاصة القارة الأوروبية) إلى ازدهار القانون الدولى الخاص بصورة غير مسبقة. وإذا كان مجال القانون الدولى الخاص يتسع ليشمل كافة صور النشاط الخاص على المستوى الدولى، فإن القاسم المشترك بينها جميعا، أننا نكون فى حاجة ماسة - بصدد أى علاقة خاصة ذات طابع دولى - إلى الإجابة عن ثلاث مسائل رئيسية:

المسألة الأولى : كيفية فض تنازع الاختصاص القضائى، وبعبارة أخرى ما هى المحكمة المختصة بنظر النزاع؟  
المسألة الثانية : كيفية فض تنازع القوانين أو بالأحرى ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟  
المسألة الثالثة : كيف يمكن تنفيذ الحكم الصادر فى الدعوى؟

٢٥. وإذا كان ذلك كذلك فإننا لا نقصد من مؤلفنا هذا معالجة مختلف القواعد المقررة لحكم النشاط الخاص الدولى، فتلك مهمة يستحيل القيام بها فى مؤلف واحد، ولا نبالغ إذا قلنا إن هذه المهمة تحتاج إلى مؤلفات تتعدد بتعدد المؤلفات التى تعالج صور النشاط الخاص الداخلى.

فإذا كان لدينا القانون المدنى الداخلى، فإن لدينا - فى مجال القانون الدولى الخاص - ما يصح أن يطلق عليه القانون المدنى الدولى؛

وإذا كان لدينا القانون التجارى الداخلى، فإن لدينا - فى رحاب القانون الدولى الخاص - ما يطلق عليه القانون التجارى الدولى؛

وإذا كان لدينا قانون العمل الداخلى، فإن لدينا - فى نطاق القانون الدولى الخاص - ما يمكن أن يطلق عليه قانون العمل الدولى، وهكذا.

(١٦) الوقائع المصرية - العدد ٧٦ تابع فى ٥ إبريل ٢٠٠٥.

٢٦. إن القانون الدولي الخاص يتسع لكل فروع القانون الخاص الداخلي مطروحة على المستوى الدولي. وبذلك يتضح أننا لا نقصد من هذا المؤلف إلا أن يكون بمثابة المدخل إلى علم القانون الدولي الخاص، وبالتالي نضع خطة دراستنا في ثلاثة أقسام على النحو الآتي :

القسم الأول : المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

القسم الثاني : الأحكام الوضعية في تنازع القوانين.

القسم الثالث : تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

### القسم الأول

### المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

٢٧. تقسيم : من الطبيعي عند تناول أى علم من العلوم أن نبدأ بالحديث عن مبادئه العامة وقواعده الكلية، وتتجسد هذه المبادئ في نطاق القانون الدولي الخاص بمعالجة الموضوعات الآتية :

- التعريف بالقانون الدولي الخاص وتحديد فروع (الفصل الأول).
- ماهية قاعدة التنازع (الفصل الثاني).
- إعمال قاعدة التنازع (الفصل الثالث).
- تعطيل قاعدة التنازع وتصحيح مسارها (الفصل الرابع).
- على أن يعقب ذلك الحديث عن مناهج القانون الدولي الخاص (الفصل الخامس).

## الفصل الأول

### ماهية القانون الدولي الخاص وتحديد فروعه

٢٨. تقسيم : التعرف على أى علم يكون ببيان مفهومه ووظيفته ونطاقه (المبحث الأول) والمفترضات التى يتأسس عليها (المبحث الثانى).

### المبحث الأول

#### التعريف بالقانون الدولي الخاص فروعه

قواعد القانون الدولي الخاص تحتل الطابق الثانى أو العلوى من القانون

٢٩. لا يقتصر عمل الباحث فى مجال القانون الدولي الخاص على فرع محدد من فروع القانون، وإنما يمتد مجال عمله إلى كل فروع القانون، بحسب نوع العلاقة المطروحة؛ فإذا كانت العلاقة تتمثل فى مسألة من مسائل القانون المدنى، تعين على الباحث العلم بقواعد القانون المدنى بالإضافة إلى علمه بقواعد القانون الدولي الخاص. وإذا كانت المسألة محل النزاع تتصل بالقانون التجارى، تعين عليه العلم - بصفة إضافية - بأحكام هذا القانون الأخير، وهكذا فى شأن مختلف فروع القانون الأخرى.

٣٠. ولما كانت المعاملات الخاصة الداخلية لا يمكن حصر مسمياتها ويتعذر تحديد عددها، فإن المعاملات الخاصة الدولية يستحيل حصر مسمياتها أو عددها، لكونها لا تشمل فقط صور العلاقات الخاصة بدولة من الدول، وإنما لكونها تتسع لتشمل مجموع العلاقات الخاصة المقررة فى قوانين كل الدول متى اتصل بها عنصر أجنبى، بل وحتى لو كان بعض هذه العلاقات غير معروفة فى قوانين بعض الدول. فالخلع نظام مقرر فى الشريعة الإسلامية كأسلوب لانفصام عرى الزوجية، ولكنه نظام غير معروف فى قوانين الدول غير الإسلامية، بيد أن ذلك لا يعنى عدم دخول هذا النظام فى مجال القانون الدولي الخاص إذا عرض نزاع بشأن الخلع فى دولة لا يعرف قانونها هذا النظام.

٣١. وقد كانت هذه الطبيعة المختلفة للقانون الدولي الخاص سبباً فى وصف قواعده بأنها قواعد مركبة تفترض العلم بقواعد كل فروع القانون، ولذا يقرر البعض - بحق - أن مادة القانون الدولي الخاص تعتبر «من أدق

فروع القانون، إن لم تكن أنقها على الإطلاق»<sup>(١٧)</sup>. ولما كان القانون الدولي الخاص يفترض العلم بفروع القانون الأخرى، فإنه يمكن القول بأن كل هذه الفروع تشكل في مجملها الطابق الأرضي أو الأول من القانون، في حين يشكل القانون الدولي الخاص الطابق العلوي أو الثاني من القانون.

٣٢. إن فروع القانون الخاص لأي دولة من الدول تتولى حكم النشاط الخاص على اختلاف صورته وأنواعه. ولكن إذا اتصل بأي نشاط خاص عنصر أجنبي، فإن هذا الاتصال يخرج العلاقة إلى إطار أعلى وهو إطار القانون الدولي الخاص. وإذا كان القانون الأخير يؤدي في النهاية إلى إحالة النزاع للقواعد الموضوعية في القانون الداخلي لدولة من الدول من أجل الفصل فيه، فإن هذه الإحالة تعد إحالة من الأعلى إلى الأدنى، بما تبرر معه - صدقاً وعدلاً - وصف القانون الدولي الخاص بأنه يشكل «الطابق الثاني» أو «الطابق العلوي» من علم القانون مقارنة بالطابق الأول أو الأرضي الذي تشغله كل فروع القانون الخاص الداخلي.

٣٣. وعلى هذا يمكننا تعريف القانون الدولي الخاص بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الذي ينظم الحياة الخاصة على المستوى الدولي، أو هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تتولى تنظيم العلاقات القانونية التي تنطوي على عنصر أجنبي.

العنصر الأجنبي هو معيار التفرقة بين القانون الدولي الخاص والقوانين الداخلية

٣٤. تنطوي أية علاقة قانونية على ثلاثة عناصر هي الأطراف والمحل والسبب؛ فالبيع ينعقد بين البائع والمشتري، ومحل البيع قد يكون عقاراً أو منقولاً، والسبب المنشئ للالتزام هو العقد. فإذا نشأت علاقة البيع بعناصرها الثلاثة على إقليم دولة واحدة، خضعت هذه العلاقة للقوانين الداخلية المقررة في الدولة. وقد يكون موضوع العلاقة مسألة من مسائل القانون التجاري وهنا يختص هذا القانون بحكمها، وقد يكون مسألة من مسائل قانون العمل أو القانون الزراعي وهنا أيضاً يختص القانون المعنى بحكم النزاع متى نشأ وترتبت آثاره على إقليم دولة واحدة.

٣٥. ويختلف الحال إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر النزاع، حيث لا يمكن الادعاء باختصاص قانون الدولة الوطنية بصفة

(١٧) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، رقم ١، ص ٣.

مباشرة. إن انطواء النزاع على عنصر أجنبي - ولو واحد - لا يجعل العلاقة القانونية تحت سلطان قانون واحد، وإنما تغدو على اتصال بقانون أكثر من دولة، وهنا تتعدد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بتعدد العناصر الأجنبية في النزاع، وبعبارة أخرى تعد الصفة الأجنبية هي الرابطة الكافية لترشيح قوانين الدول المتصلة بالنزاع، بحيث إذا تعددت الصفة الأجنبية تعددت معها - وبنفس المقدار - القوانين المرشحة لحكم النزاع، وهو ما يؤدي في النهاية إلى انتشارال العلاقة من نطاق القوانين الداخلية لتخضع لسلطان القانون الدولي الخاص.

٣٦. وقد تتطرق الصفة الأجنبية إلى عنصر الأشخاص، كأن يكون البائع مصرياً والمشتري فرنسياً أو العكس. وقد تتسلل إلى عنصر المحل، كأن يكون العقار محل البيع في دولة أجنبية. وقد تنال من عنصر السبب المنشئ للالتزام، كأن يتم إبرام العقد في دولة أخرى، وهنا تغدو العلاقة ذات طابع دولي لا تطوانها على عنصر أجنبي أو أكثر. وطالما أضحت العلاقة ذات طابع دولي، فلا بد أن تخضع للقانون الدولي الخاص، دون أن يكون هناك محل لاتطابق القوانين الداخلية التي وضعت خصيصاً لحكم العلاقات الداخلية البحتة.

٣٧. وتأسيساً على ذلك، تغدو الصفة الأجنبية التي قد تنتاب أحد عناصر النزاع هي معيار التفرقة بين مجال انطباق القانون الدولي الخاص ومجال انطباق القوانين الداخلية على تعدد فروعها؛ فالعلاقات الداخلية إما أن تكون مدنية أو تجارية أو علاقات عمل أو حتى علاقات أحوال شخصية، وهي تخضع حتماً - متى كانت داخلية - للقانون المدني أو التجارى أو العمل أو قانون الأحوال الشخصية. أما إذا تسلل العنصر الأجنبي - ولو كان واحداً - لأى علاقة من هذه العلاقات، لخرجت من إطار القانون الداخلى الذى ينظمها لتدخل فى نطاق القانون الدولي الخاص. وبذلك يتأكد وصفنا السابق للقانون الدولي الخاص بأنه يقابل كل فروع القانون الخاص الداخلى ولكن على المستوى الدولي، ليصح القول بأن هذا القانون يضم بين جنباته ما يمكن أن يطلق عليه القانون المدني الدولي، والقانون التجارى الدولي، وقانون العمل الدولي، وقانون الأحوال الشخصية الدولي، وقانون المرافعات الدولي... فهو القانون الخاص الدولي<sup>(١٨)</sup>.

(١٨) انظر سابقاً رقم ٦ وما يليها، خاصة رقم ١٠ وما يليها.

### عدم جواز مساواة العلاقات الدولية بالعلاقات الداخلية

٣٨. لا يصح مساواة العلاقات الدولية بالعلاقات الداخلية والقول بخضوعها مباشرة لما تخضع له العلاقات الداخلية؛ فهذا القول يتجاهل طبيعة العلاقات الدولية ليساويتها بالعلاقات الداخلية. فطالما أن كليهما لا يتساوى في مفترضاته، فلا يصح إخضاعهم لقانون واحد، فلو أن زواجاً نشأ على الإقليم المصرى بالتطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية، ثم أريد التحلل من أحكامه بالتطبيق أثناء وجود الزوجين في فرنسا مثلاً، فإنه لا يصح مساواة هذا التطبيق بالتطبيق الذى يجرى بين الفرنسيين والقول بإخضاعهما لأحكام القانون الفرنسى، لأن قواعد التطبيق السارية في فرنسا وضعت لى تحكم الفرنسيين دون أن يراعى المشرع عند وضعها التطبيق الذى يتقرر بين الأجانب. وهنا كانت الحاجة ضرورية وملحة لوجود قانون مستقل ينظم الحياة الخاصة الدولية. فالقاعدة القانونية قاعدة اجتماعية، تدور وجوداً وعدمًا مع الظروف الاجتماعية التى بررت نشأتها، بما يعنى أنه إذا وجدت هذه الظروف انطبقت القاعدة القانونية، وإذا تخلفت لم يكن هناك أى مجال لتطبيقها. فالقوانين الداخلية وضعت لحكم العلاقات الداخلية، ومن ثم يكون من غير الصحيح امتداد حكمها لعلاقات نشأت في ظل ظروف اجتماعية مختلفة. فلا يمكن بأى حال حكم المجتمع الدولى بالقواعد المقررة فى المجتمع الداخلى، وإلا كان من شأن هذا الوضع الإخلال بالأمان القانونى وعدم صيانة التوقعات المشروعة للأطراف وعدم تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية، وهى الأهداف المثالية التى يسعى القانون الدولى الخاص إلى تقيدها.

٣٩. فلو قيل بخضوع العلاقات الدولية للقواعد التى تخضع لها العلاقات الداخلية وما ينتج عن ذلك من تطبيق القاضى الوطنى لقانون دولته على أى نزاع يعرض أمامه ولو كان دولياً، فإن ذلك من شأنه - بالإضافة إلى ما سبق - إتاحة الفرصة للخصم سبب النية بالتلاعب بمصالح المدعى عليه عن طريق اختيار القانون الذى يتفق مع مصالحه ثم إقامة الدعوى أمام محاكم الدولة التى ينتمى إليها هذا القانون ليقوم القاضى بتطبيقه مباشرة دون مراعاة لدولية العلاقة، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى إجحاف بمصالح المدعى عليه. يضاف إلى ذلك أن مساواة العلاقات الدولية بالعلاقات الداخلية والقول بإخضاعهم لقانون واحد يتعارض مع مقتضيات السيادة الشخصية للدولة. فمن المظاهر الأساسية للسيادة سريان قوانين



الدولة على الأشخاص الذين يحملون جنسيتها ولو كانوا يتواجدون خارج إقليمها، ولذلك فإن إخضاع الوطنيين الموجودين في الخارج لقوانين الدول الأجنبية بصفة مباشرة وكأنهم وطنيون لهذه الدول يتعارض مع مقتضيات السيادة الشخصية للدولة الوطنية.

### فروع القانون الدولي الخاص

٤٠. ذكرنا غير مرة أن مجال القانون الدولي الخاص يتسع لحكم كل صور النشاط الخاص على المستوى الدولي؛ فإذا كان المشرع يسيطر على المجتمع الداخلي بفروع القانون الخاص الأربعة الأساسية وهي القانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل وقانون المرافعات، فإن القانون الدولي الخاص يسيطر على المجتمع الدولي - ليس بأربعة فروع مشابهة فحسب، وهي كما ذكرنا ما يمكن أن يطلق عليه القانون المدني الدولي والقانون التجاري الدولي وقانون العمل الدولي وقانون المرافعات الدولي - وإنما بفروع أخرى قد لا يكون لها مثل في القوانين الداخلية. ويترتب على هذا الوضع صعوبة الإحاطة بالنطاق الحقيقي للقانون الدولي الخاص، بل وأكثر من ذلك إذا تمكن أحد من الإحاطة بفروع القانون الخاص الداخلي، لاستحال عليه الإلمام بفروع القانون الدولي الخاص، لكون هذا الأخير لا يشتمل على فروع مساوية فحسب، وإنما لكونه يشمل أيضاً الاختلافات المقررة بين قوانين مختلف الدول. ورغم ذلك فهناك مجالات أساسية يتضمنها القانون الدولي الخاص أهمها تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية، وقانون الجنسية، وقواعد مركز الأجانب وقانون التحكيم التقليدي والإلكتروني.

### ١ - قانون التنازع الدولي

٤١. يشكل تنازع القوانين قلب القانون الدولي الخاص. فالسيادة الشخصية تقتضي - كما ذكرنا - تطبيق الدولة لقوانينها على الأشخاص الذين يحملون جنسيتها سواء أكانوا موجودين على إقليمها أو على أقاليم الدول الأخرى. فإذا نشأ نزاع بين مصري وفرنسي، فإن تنازعا تلقائياً ينشأ بين القانون المصري والقانون الفرنسي، لأن كليهما يرتبط بالنزاع برابطة تبرر تطبيقه وهي رابطة الجنسية. وإذا نشأ نزاع بين صيني وهندي بصدد عقد بيع عقار أبرم في إيران مع كون العقار ذاته كائناً باليابان، فإن تنازعا تلقائياً يثور بين القانون الصيني والقانون الهندي والقانون الإيراني والقانون الياباني لكون كل منهم يرتبط - أيضاً - بالنزاع برابطة تبرر تطبيقه، سواء كانت هذه الرابطة هي الجنسية أو موقع المال أو محل الإبرام.

٤٢. ويعد ارتباط العلاقة بأقاليم عدة دول مبرراً كافياً لترشيح قوانين هذه الدولة لحكم العلاقة، حيث تدخل تلك القوانين في حالة تنازع من أجل الظفر بحكم النزاع، ومن هنا ظهر اصطلاح تنازع القوانين *Conflit de lois*. ويعبر عن هذه المشكلة في الفقه بعدة مصطلحات منها - وهذا هو مذهب القانون المدني المصري - تنازع القوانين من حيث المكان<sup>(١٩)</sup>، وتنازع الاختصاص التشريعي، ومجالات انطباق القوانين ذي الطابع الدولي<sup>(٢٠)</sup>، وتنافس القوانين، وتسابق القوانين وأخيراً تناضل القوانين<sup>(٢١)</sup>. ومما يكن من أمر الاصطلاح، فإن مصطلح تنازع القوانين هو الذي كتب له الانتشار في الفقه العالمي.

٤٣. ولا يعد تنازع القوانين علماً حديث النشأة، وإنما يمتد بجذوره في أعماق التاريخ إلى العصور الوسطى. فقد كانت روما مسرحاً مزهراً للتعاملات التجارية في دول حوض البحر الأبيض المتوسط، يلتقى فيها القاصي والداني حتى ظهرت المعاملات المدنية والتجارية بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة، بما يعنى اتصال العلاقة الواحدة بالنظام القانوني لأكثر من دولة<sup>(٢٢)</sup>.

---

(١٩) نظم المشرع المصري حلول تنازع القوانين ضمن مواد القانون المدني تحت عنوان «تنازع القوانين من حيث المكان». وانظر في تأييد هذا المصطلح من قبل بعض الفقه: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة مكرر، ١٩٧٤، رقم ٣، ص ٨ حيث يقرر: «يكون من الأفضل والأدق أن يطلق على تنازع القوانين تعبير «مجال تطبيق القوانين من حيث المكان».

(٢٠) انظر في تبني هذا المصطلح: د. عنایت عبد الحميد ثابت، تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولي وأحكام فضه في القانون المصري، بدون دار نشر، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م. حيث يقرر وبالأخص في ص ١٧ أنه «وعلى هذا الذي تقرر فإن الظاهرة المسماة بتنازع القوانين» هي - في حقيقتها - ظاهرة لتداخل مجالات انطباق القوانين. ويكون من قبيل تسمية الأشياء بأسمائها أن يصطلح في الدلالة على هذه الظاهرة على استعمال عبارة «تداخل مجالات انطباق القوانين»، - وهي العبارة التي اقترحناها منذ ما يقارب العشرين سنة -، لاسيما وأن العبارة شائعة الاستعمال - وهي عبارة «تنازع القوانين» - قد أشبعها فقه ما يقال له «القانون الدولي الخاص» نقداً». وانظر مع ذلك في رفض فكرة تداخل مجالات انطباق القوانين: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، رقم ٣٠، ص ٣٧ وما يليها.

(٢١) انظر في الإشارة إلى بعض هذه المصطلحات: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٦٢، رقم ٨، ص ٢٤ وما يليها.

(٢٢) انظر في تاريخ قاعدة التنازع وتطورها عبر العصور: (=)

٤٤. وإذا كان تنازع القوانين يفترض لقيامه ضرورة اتصال العلاقة بقانون أكثر من دولة على هذا النحو، فإنه يثور التساؤل عن الوسيلة التي يفض بها هذا التنازع. كيف يتم اختيار القانون الذي يتولى - من بين القوانين المرشحة - حكم النزاع؟ ووفقاً لأى منهج يتم تغليب قانون على حساب الآخر؟ وما هو أساس الاختيار؟

٤٥. لم يكن عسيراً الإجابة على مختلف هذه التساؤلات فى ظل الفقه التقليدى العتيق الذى كان يؤسس تنازع القوانين على المفهوم التقليدى للسيادة، فالتنازع بين القوانين لم يكن فى حقيقته - وفقاً لهذا المفهوم - إلا تنازاعاً بين السيادات<sup>(٢٣)</sup>، فالمواجهة بين القوانين الوطنية والقوانين الأجنبية، ليست فى حقيقتها إلا مواجهة بين السيادة الوطنية والسيادة الأجنبية. إن القوانين ليست إلا مظهراً من مظاهر السيادة، ولذا فالتنازع لا يثور بين القوانين وإنما بين السيادات. وبذلك كان الفقه التقليدى ينتهى إلى ضرورة تغليب السيادة الوطنية على السيادة الأجنبية وتطبيق القوانين الوطنية على العلاقات الدولية مسوياً بذلك بينها وبين العلاقات الداخلية وهو ما لا يجوز كما سبق أن أوضحنا<sup>(٢٤)</sup>.

٤٦. وإذا انتهينا لا محالة من رفض المفهوم التقليدى لتنازع القوانين الذى يجعله مرادفاً للمفهوم التقليدى للسيادة، فإنه لابد من الوصول إلى صيغة مجردة ومرضية تقبلها جميع الدول بحيث تؤدى إلى حلول موضوعية تضع القانون الوطنى والقانونى الأجنبى على قدم المساواة لتتساوى حظوظ كل منهما فى التطبيق وبنسب متساوية ٥٠% للقانون الوطنى و ٥٠% للقانون الأجنبى. وقد كانت هذه الصيغة التى توصل إليها الفقه القانونى على يد سافينى ممثلة فى قاعدة التنازع Règle de conflit أو قاعدة

---

(=) Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op, cit.*, n° 212 et s., p. 369 et s.; Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, 6<sup>e</sup> édition, 1999, n° 80 et s., p. 69 et s.; Mayer et Heuzé, *Droit international privé, op, cit.*, n° 46 et s., p. 35 et s.

وانظر فى الفقه المصرى د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ١٣ وما يليها، ص ٣٧ وما يليها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ١٤٦ وما يليها، ص ١٧٦ وما يليها. (٢٣) انظر حول شرح هذه الفكرة:

Holleaux, Foyer et de La Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 262 et s., p. 171 et s.

(٢٤) انظر سابقاً رقم ٣٨ وما يليها.

الإسناد Règle de rattachement، وقد سميت بقاعدة التنازع لأنها تتولى فض التنازع بين القوانين، وقد سميت بقاعدة الإسناد لأنها تتولى إسناد النزاع لأشد القوانين ارتباطاً به. وتتأسس فلسفة قاعدة الإسناد على المساواة الكاملة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى، حيث تقيم بينهما منافسة متكافئة ومتساوية<sup>(٢٥)</sup>. Une compétition de type égalitaire.

٤٧. إن فض التنازع بين القوانين يجب أن يتقرر بطريقة موضوعية، بإسناد النزاع إلى أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وذلك عن طريق البحث عن العنصر الذى يشكل مركز الثقل Centre de gravité ثم إسناد النزاع للقانون الذى يمثلته. وقد استقر الفقه القانونى على أن<sup>(٢٦)</sup> :

- عنصر الأطراف هو مركز الثقل في مسائل الأحوال الشخصية؛ ولذا يتقرر إسنادها إما إلى قانون الجنسية (وهذا هو مذهب الدول اللاتينية) وإما إلى قانون الموطن (وهذا هو الاتجاه السائد في الدول الأنجلوسكسونية).

- عنصر المحل هو مركز الثقل فى مجال الأموال؛ ولذا يتم إسناد جميع المنازعات المتعلقة بالأموال لقانون الموقع.

- عنصر السبب هو مركز الثقل فى مجال الالتزامات التعاقدية؛ ولذا يعترف للأفراد باختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وهو ما يعرف بقانون الإرادة.

٤٨. وهكذا يتضح أن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يتقرر بمحض الصدفة، وإنما يتأسس على منهج التركيز الموضوعى للروابط القانونية؛ ولذا لاقت هذه الصيغة قبولا لدى جميع الدول، لكونها تحقق التوافق بين مصالحها المتعارضة التى تقتضى تطبيق القانون الوطنى أحيانا وتطبيق القانون الأجنبى أحيانا أخرى، بهدف الاستجابة للأهداف العليا في

(٢٥) انظر :

Francescakis, Lois d'application immédiate et règles de conflits, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1967, p. 693.

(٢٦) انظر رسالتنا للدكتوراه :

Abdel Moneem Zamzam, Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, Etude comparée Franco-Egyptienne, Dijon, 2003, n° 194, p. 93.

ومن الجدير بالذكر أنه قد تم إعادة طبع ونشر هذه الرسالة بواسطة جامعة ليل ٣، انظر الموقع التالى على شبكة الإنترنت :

[http://www.anrtheses.com.fr/ThesesCarte/Seat\\_3654.htm](http://www.anrtheses.com.fr/ThesesCarte/Seat_3654.htm)

القانون الدولي الخاص<sup>(٢٧)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نظم حلول قانون التنازع الدولي في المواد من ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدني.

## ٢- قانون تنازع الاختصاص القضائي الدولي

٤٩. إذا ثار نزاع بين مصريين على الإقليم المصري انعقد الاختصاص بنظر هذا النزاع للمحاكم المصرية دون تراحم أو منافسة من محاكم أى دولة أخرى. وتقضى القواعد العامة في الاختصاص - كما أشرنا<sup>(٢٨)</sup> - بتغليب محكمة موطن المدعى عليه. فالعلاقة القانونية تركزت بمختلف عناصرها - من أطراف ومحل وسبب - على الإقليم المصري، وبالتالي لا يتصور ترشيح محاكم أخرى لنظر النزاع خلاف المحاكم المصرية. ويختلف الحال إذا تسلت الصفة الأجنبية إلى أحد هذه العناصر، حيث يثور تساؤل آخر إلى جانب التساؤل المتعلق بتنازع القوانين، وهو التساؤل المتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي *Conflit de juridiction* أى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الدولي. ويصح أن يطلق على هذا الفرع الذى ينظم مسائل الاختصاص القضائي الدولي اسم قانون المرافعات الدولي أو قانون الاختصاص القضائي الدولي باعتباره من الفروع الأساسية للقانون الدولي الخاص.

٥٠. إن اتصال العلاقة بإقليم أكثر من دولة لا يرشح قانون كل دولة لحكم العلاقة فحسب، وإنما يرشح فى ذات الوقت محاكمها لنظر النزاع. فإذا تزوج مغربى من جزائرية وتم إبرام الزواج فى تونس، فإن أى نزاع بمناسبة هذا الزواج يرتب أثراً مزدوجاً قوامه ترشيح قوانين الدول الثلاث لحكم النزاع وترشيح محاكمها أيضاً للاختصاص بنظر النزاع، لننتهى إلى الإجابة على التساؤلين الآتيين: ما هو القانون الواجب التطبيق؟ وما هى المحكمة المختصة؟

٥١. فكما يثور تنازع بين القوانين المتصلة بأى نزاع قانونى، يثور كذلك تنازع فى الاختصاص القضائي لمحاكم الدول المتصلة بهذا النزاع. ولا يفض هذا التنازع الأخير إلا بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد خاصة يحرص مشرع كل دولة على تقريرها، وليس طبقاً للقواعد

(٢٧) انظر:

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, n° 266, p. 446.

ولمزيد من التفاصيل انظر لاحقاً رقم ١٢١ وما يليها.

(٢٨) انظر سابقاً رقم ٣ وما يليها.

المقررة فى شأن الاختصاص الداخلى للمحاكم. فالمقصود فى هذا المقام هو الاختصاص الدولى أى تحديد حصة الدولة من المنازعات الدولية، وبعبارة مساوية تعيين نصيب الدولة من المنازعات التى ينتجها المجتمع الدولى للأفراد.

٥٢. والمتعارف عليه أن تحديد الاختصاص القضائى يسبق تحديد الاختصاص التشريعى، بما يعنى أن تنازع الاختصاص القضائى الدولى سابق على تنازع القوانين، فتحديد المحكمة المختصة يعد مسألة أولية ولازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(٢٩)</sup>، حيث يتعين على القاضى أن يفصل أولاً فى مدى اختصاصه بنظر المنازعة. والأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

**الفرض الأول :** أن يكون القاضى مختصاً بنظر الدعوى، وهنا يلتزم بإعمال قاعدة الإسناد لتحديد القانون الذى سيقوم بتطبيقه من أجل الفصل فى الدعوى. وقد يكون هذا القانون وطنياً وقد يكون أجنبياً، إذ تتوقف صفة القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد على الظروف والملابسات المتعلقة بظروف كل دعوى على حدة. فإذا أقامت بلجيكية دعوى تطليق على زوجها المصرى، فإن إعمال قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ٢/١٣ مدنى: «يسرى على التطليق... قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى»، يوجب تطبيق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية الزوج. أما لو كان الزوج ألمانيا، فإن إعمال هذه القاعدة يوجب تطبيق القانون الألمانى وهكذا. ويعد هذا التنوع فى الاختصاص بين القانونين الوطنى والأجنبى لازماً أساسياً من لوازم تنازع القوانين. فلو قام كل قاض «بتطبيق قواعد قانونه الموضوعية على النزاع بمجرد انعقاد الاختصاص له لانهضت المشكلة فى تحديد المحكمة المختصة بالفصل فى النزاع، إذ بمجرد معرفة المحكمة المختصة سيتحدد فى الوقت ذاته القانون الذى يحكم النزاع»<sup>(٣٠)</sup>، والذى سيكون وفقاً لذلك قانون هذه المحكمة وهو ما لا يجوز كما أوضحنا من قبل<sup>(٣١)</sup>.

**الفرض الثانى :** أن يكون القاضى غير مختص بنظر الدعوى، وهنا يكفى أن يحكم بعدم الاختصاص لتنتهى المشكلة عند هذا الحد، دون أن يلتزم بتحديد القانون الواجب التطبيق لعدم الجدوى.

(٢٩) انظر :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, n° 13, p. 7.

(٣٠) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٢ وما يليها.

(٣١) انظر سابقاً رقم ٣٨ وما يليها.

٥٣. وبذلك يتضح لنا الفارق في الطبيعة بين منهج الإسناد المتعلق بتنزع القوانين ومنهج الإسناد المتعلق بتنزع الاختصاص القضائي الدولي، فالأول يتعلق بأسلوب الإسناد المزدوج *la technique de rattachement bilatérale* والثاني يتعلق بأسلوب الإسناد الأحادي *la technique de rattachement unilatérale* فقاعدة الإسناد الخاصة بتنزع القوانين تعد قاعدة إسناد حقيقية تنطبق عليها مطلق خصائص قاعدة التنزع من حيث كونها قاعدة مزدوجة وإرشادية وغير محددة المضمون ومحايدة<sup>(٣٢)</sup>. فهي وإن كانت تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي، فإن القاسم المشترك في الحالتين أنها لابد أن تشير - وعلى سبيل الإلزام - إلى تطبيق قانون معين على الدعوى، حتى يتمكن القاضي من الفصل فيها وإصدار الحكم النهائي. فلا يصح أن يكون القاضي مختصاً بنظر النزاع دون أن يهتم المشرع بتحديد الأسلوب المناسب لاختيار القانون الذي سيقوم بتطبيقه على الدعوى. والهدف من ذلك هو سد الفراغ القانوني الذي نشأ تلقائياً بمجرد اختصاص القاضي بالنزاع حتى لا يعتبر هذا الأخير منكراً للعدالة. أما قاعدة الإسناد الخاصة بتنزع الاختصاص القضائي الدولي فهي قاعدة موضوعية<sup>(٣٣)</sup> *Règle substantielle*. لكونها تضع حلاً نهائياً ومباشراً لتحديد اختصاص المحاكم المصرية من عدمه فهي تجيب على التساؤل التالي: هل المحاكم المصرية مختصة أم لا؟ كما أنها تعد قاعدة مفردة الجانب أو قاعدة إسناد أحادية *Règle de conflit unilatérale*. لكونها تقتصر فقط على تحديد حالات اختصاص قانون القاضي دون أن تهتم بتحديد حالات اختصاص القانون الأجنبي<sup>(٣٤)</sup>. فقواعد الإسناد المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي في مصر - وكذلك في أي دولة - تقتصر فقط على تحديد الحالات التي تختص فيها المحاكم المصرية دون أن تتجاوز هذا الدور لتحديد الحالات التي تختص فيها المحاكم الأجنبية.

(٣٢) لمزيد من التفاصيل عن خصائص قاعدة الإسناد انظر لاحقاً رقم ١٤٨ وما يليها.  
(٣٣) انظر :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 18, p. 10.

(٣٤) انظر :

Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, *op. cit.*, n° 295 et s., p. 184 et s.

٥٤. ومن أمثلة هذه القواعد القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانون المرافعات والتي تقضى بأنه «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية»، فلو كان للأجنبى موطن أو محل إقامة انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، وإذا لم يكن له موطن أو محل إقامة، قضت المحاكم بعدم اختصاصها وهنا تنتهى المشكلة دون أن تشير القاعدة - وهذا ليس من وظيفتها - إلى الحالات التى تختص فيها المحاكم الأجنبية، بل ودون أن تلتزم المحكمة بتحديد القانون الواجب التطبيق لعدم الجدوى كما ذكرنا. وما عسى المدعى الباحث عن العدالة إلا أن يبحث عن الدولة التى من المحتمل أن تختص محاكمها بنظر دعواه ثم إقامة الدعوى أمامها. ويبرز لنا هذا الوضع - من ناحية أخرى - صفة قاعدة تنازع الاختصاص القضائى كقاعدة مفردة الجانب، حيث تعد الصفة المفردة الجانب ملازمة للقواعد الموضوعية، إذ تبدو جميع القواعد الموضوعية قواعد مفردة الجانب، لأنها تقتصر فقط على بيان حكم محدد فى القانون الوطنى دون الاهتمام بمضمون القانون الأجنبى<sup>(٣٥)</sup>. وعلى أى حال فقد نظم المشرع المصرى قواعد الإسناد المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائى الدولى فى المواد من ٢٨ إلى ٣٥ من قانون المرافعات، حيث وردت فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول، تحت عنوان الاختصاص الدولى للمحاكم. وتشكل - رغم ذلك - هذه المواد - على قلة عددها - النواة الحقيقية لقانون المرافعات الدولى كفرع من فروع القانون الدولى الخاص مقارنة بقانون المرافعات الداخلى كفرع من فروع القانون الخاص الداخلى.

### ٣- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية

٥٥. لا تقل أهمية تقرير القواعد الكفيلة بتنفيذ الأحكام الأجنبية عن أهمية تقرير القواعد اللازمة لفض تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى. فإذا لم يتم تنفيذ الحكم الصادر فى الدعوى، انتهزت جميع المراحل التى خاضها الخصم الكاسب للنزاع وأصبح وكأنه لم يخض أى إجراء من إجراءاته. فغاية الفرد فى النهاية هى تنفيذ الحكم الصادر

(٣٥) لمزيد من التفاصيل عن قواعد الإسناد الأحادية مفردة الجانب انظر رسالتنا للدكتوراد :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op. cit.*, n° 204 et s., p. 96 et s.



لمصلحته. وإذا كان القانون الدولي الخاص يهدف إلى حل المشاكل الناتجة عن تنازع القوانين بإسناد العلاقة القانونية إلى أوثق القوانين اتصالاً بها، وإذا كان هذا القانون يهدف أيضاً إلى حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي بإسناد النزاع إلى المحاكم الجديرة بنظره، فلا بد أن يهتم كذلك بتقرير القواعد اللازمة للاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.

٥٦. فالنزاع قد يرفع أمام المحاكم المصرية، بيد أن تنفيذ الحكم الصادر فيه قد يتقرر على الأراضى المصرية وقد يتقرر على أراضى أجنبية. والنزاع قد يرفع أمام محكمة أجنبية، بيد أن تنفيذ الحكم الصادر فيه قد يتقرر على أراضى هذه الدولة الأجنبية وقد يتقرر على الأراضى المصرية. ولا تثور مشكلة فى الأحوال التى يراد فيها تنفيذ الحكم على أراضى الدولة التى صدر فيها، حيث يعامل الحكم - باعتباره حكماً وطنياً - معاملة الأحكام الداخلية، ويتم تنفيذه بنفس الأسلوب المتبع فى تنفيذ هذه الأحكام. ولكن تثور المشكلة فى الأحوال التى يراد فيها تنفيذ حكم على أراضى دولة غير التى صدر فيها، إذ يعتبر حكماً أجنبياً لصدوره فى دولة معينة مع الرغبة فى تنفيذه فى دولة أخرى.

٥٧. ويشير هذا الوضع الحديث عن آثار الأحكام الأجنبية أو مشكلة الاعتراف بقيمة هذه الأحكام أو القوة الدولية للأحكام الأجنبية. وإذا كنا قد أكدنا على أن تنفيذ الحكم هو غاية الخصم ومراده، فلا بد - وحتى يكتمل التنظيم القانونى الفعال للحياة الخاصة الدولية - أن يقرر القانون الدولى الخاص القواعد اللازمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية وإلا تقلصت فاعلية هذا التنظيم. إن محاور التنظيم القانونى المحكم للحياة الدولية الخاصة تتمثل فيما يلى :

١ - تحديد المحكمة المختصة. ويؤكد الفقه فى هذا الصدد أن حل تنازع الاختصاص القضائي الدولى هو الوسيلة المثلى لتحقيق التناسق بين النظم القانونية. وبعبارة أخرى فإن حل هذا التنازع يعد بمثابة الخطوة الأولى والأساسية لتحقيق عالمية الحلول التى يسعى القانون الدولى الخاص إلى تقريرها<sup>(٣٦)</sup>.

(٣٦) انظر :

Savigny, Traité de droit romain, Tome VIII, p. 279, cité par M. Trochu, Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite, Paris, Sirey, 1967, p. 4; Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de(=)

٢- تعيين القانون الذى ستقوم المحكمة بتطبيقه، ويطلق عليه القانون الواجب التطبيق.

٣- تقرير القواعد اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية.

والمشروع الداخلى ذاته يهتم بالمسائل الثلاث، فلا وجود لتنظيم قانونى فعال دون الاهتمام بتوزيع الاختصاص بين المحاكم، وبيان القواعد القانونية واجبة التطبيق أمامها، وتقرير القواعد اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

٥٨. وقد نظم المشروع المصرى قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية فى المواد من ٢٩٦ إلى ٣٠١ من قانون المرافعات. وقد ورد النص عليها فى الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثانى. وقد حمل هذا الفصل عنوان «تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية». ويصح أن نطلق على هذه المواد - على قلة عددها - أنها تشكل نواة لما نسميه قانون التنفيذ الجبرى الدولى مقارنة بقانون التنفيذ الجبرى المقرر فى النظام القانونى الداخلى. وهكذا يبرز لنا قانون التنفيذ الجبرى الدولى كفرع أصيل من فروع القانون الدولى الخاص، وهو فرع لا غنى عنه لكفالة فاعلية تنظيم المجتمع الدولى للأفراد.

#### ٤- قانون الجنسية

٥٩. أداة تحديد ركن الشعب فى الدولة : خلق الله آدم واستعمر به الأرض حتى فاضت بنسله الذى يقدر بمليارات تنتشر فى كل أنحاء الدنيا. فهناك من يسكن فى الشمال متبعاً أسلوباً معيناً فى الحياة، وهناك من يسكن فى أقصى الجنوب فى مناخ وبيئة مختلفين كل الاختلاف عن مناخ وبيئة الشمال، ويوجد من يسكن فى أقصى الشرق، وهناك من يعيش فى أقصى الغرب، ولكل طائفة منهم حياة تختلف عن ذلك المنهج الذى تتبعه الطوائف الأخرى.

٦٠. وإذا كانت الدنيا تتكون من شعوب وقبائل مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>(٣٧)</sup>، فإنه من المستحيل أن

(=) systèmes en droit international privé, Paris, Sirey, 1958, n° 144, p. 149; Batiffol, Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire, *Rec. des cours*, 1963, p. 869.

راجع كذلك مؤلفنا: الإفلاس فى القانون الدولى الخاص، دراسة لقواعد الإفلاس الدولى فى القانون الدولى والمقارن، دار النهضة العربية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، رقم ١٤، ص ١٧. (٣٧) سورة الحجرات، الآية (١٣).

تشكل هذه الشعوب دولة واحدة، وإنما ينهض كل شعب ليكون دولة من الدول، وهكذا توجد الدول بوجود الشعوب. فالشعب إذن مفترض أساسي لوجود الدولة، ولكن وفقاً لأي معيار يتم تحديد الشعب؟ هل وفقاً لفكرة الجنس أم الديانة؟ أم أن ذلك يتم وفقاً للصفات الوراثية والعادات والتقاليد؟ لاقت فكرة الجنس رواجاً في الماضي لارتباطها بأطماع استعمارية، إذ استندت إليها بعض الدول للسيطرة على أقاليم أخرى حتى يكتب البقاء لجنسها الذي تنحدر منه، «ونحن نعلم كيف قاست البشرية من جراء هذه الدعوات العنصرية التي استهدفت الاستعلاء والعدوان على السيادات الإقليمية للدول الأخرى، مما كان من نتيجته اندلاع حرب عالمية مازالت بعض الشعوب تعاني من آثارها حتى الآن»<sup>(٣٨)</sup>. ومن هنا فإن فكرة الجنس ليست في حد ذاتها معياراً قانونياً لتوزيع السكان بين مختلف الدول، وإنما هي فكرة عنصرية أريد بها السيطرة على أقاليم أخرى وتدمير شعوبها حتى يكتب البقاء لجنس الدولة المستعمرة. ومن المتعذر كذلك اعتبار الديانة وسيلة لتحديد شعب الدولة، فقد وجدت الدولة الإسلامية وتضمن شعبها أفراداً يعتنقون ديانات عديدة كالمسيحية واليهودية، ولم يقل أحد إنهم أجنباء عن دار الإسلام<sup>(٣٩)</sup>. وكذلك وجدت أوروبا المسيحية لفترات طويلة ولم تكن تشكل شعوبها دولة واحدة وإنما كانت منقسمة - رغم وحدة الديانة - إلى عدة دول. ولا يصلح بالطبع نظام الصفات الوراثية أو التشابه القائم بين مجموعة من الناس وسيلة لتحديد شعب الدولة، فكل دولة تتضمن العديد من البشر الذين تختلف أشكالهم وصفاتهم اختلافاً بيناً، كما أن فكرة الصفات الوراثية فكرة عنصرية تقترب من فكرة الجنس التي سبق رفضها كأداة لتحديد شعب الدولة. كذلك لا تصلح فكرة العادات والتقاليد كوسيلة لتوزيع السكان بين الدول، فقد تختلف هذه العادات بين أفراد الشعب الواحد، وهو ما يبدو جلياً بين الجماعات التي تعيش في شمال البلاد وتلك التي تعيش في جنوبها ومع ذلك يشكل كل منها جزءاً من شعب الدولة.

٦١. ولا يتبقى لنا إلا فكرة الجنسية التي تعنى - بطريقة موضوعية - الانتماء إلى دولة معينة. وبذلك كانت هذه الفكرة هي المعيار القانوني

(٣٨) د. هشام صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجنباء، المجلد الأول في الجنسية والمواطن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧، رقم ١٧، ص ٣٦.

(٣٩) لمزيد من التفاصيل عن تقسيم الأفراد في الإسلام ومعرفة الوطنيين والأجنباء من وجهة نظر الشريعة الإسلامية راجع مؤلفنا: مركز الأجنباء في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، المرجع السابق، رقم ١٨ وما يليها، ص ٢٧ وما يليها.

الوحيد الذى اتفقت عليه الإنسانية كأداة لتوزيع السكان بين الدول وتحديد شعب كل منها. فنظام الجنسية يجمع فى طياته بين مجموعه من الاعتبارات الشخصية والموضوعية التى غلبته على باقى النظم، وجعلته صالحاً كأداة لتحديد شعب الدولة. فإذا كانت الحدود الجغرافية هى أداة تحديد مساحة الدولة، فإن الجنسية هى أداة تحديد الشعب الذى يشغل هذه المساحة.

٦٢. أهمية قانون الجنسية : إذا كانت القاعدة القانونية تتسم بأنها ضرورية لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وإذا كان كل فرع من فروع القانون يكتسب أهمية خاصة لتنظيمه ناحية معينة من هذا السلوك، فإن هذه الأهمية تبلغ درجتها القصوى فى خصوص قانون الجنسية، الذى لا ينظم ناحية معينة من نواحي الحياة فحسب، وإنما ينظم وجود الشعب فى حد ذاته، والذى توجد الفروع الأخرى للقانون - فيما بعد - لتنظيم سلوك هذا الشعب فى المجالات المختلفة.

٦٣. فإذا كان القانون الدستورى يتولى تنظيم السلطات الأساسية فى البلاد وتحديد اختصاص كل منها، وإذا كان القانون الجنائى يقوم بتحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها، وإذا كان القانون المدنى يهتم بتنظيم النشاط الخاص للأفراد داخل المجتمع، فإن هذه الفروع - بالإضافة إلى فروع القانون الأخرى - تفترض وجود شعب معين لكى تقوم بتنظيم نشاطه، ولا يتم تحديد هذا الشعب إلا بواسطة قانون الجنسية، فكأن كل قوانين الدولة تفترض مسبقاً وجود قانون الجنسية. وهكذا يسبق قانون الجنسية فى الوجود - من الناحيتين العملية والنظرية - كل فروع القانون الأخرى، ولا نبالغ إذا قلنا إن قانون الجنسية هو القانون الأول فى البلاد باعتباره القانون الذى يحدد ركن الشعب فى الدولة، وهو ما يكسبه أهمية خاصة تميزه عن باقى فروع القانون. وعلى أى حال فإن الجنسية تعد رابطة قانونية ذات طابع سياسى ترتب الولاء من جانب الفرد مقابل الحماية من جانب الدولة<sup>(٤٠)</sup>.

٦٤. وتكتسب الجنسية أهمية بالغة فى مجال تنازع القوانين، حيث يعتبر البحث فيها بمثابة مسألة أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق. فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون جنسية الشخص ثم ثار نزاع

(٤٠) لمزيد من التفاصيل راجع مؤلفنا: أحكام الجنسية فى القانون الدولى والقانون المصرى المقارن. دار النهضة العربية، ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩ م.

حول جنسية هذا الشخص، فلا بد من حسم النزاع حول جنسيته أولاً حتى يثبت الاختصاص لقانونه الشخصي. فلو كان الشخص مصرياً لأدى ذلك إلى تطبيق القانون المصري، ولو كان أجنبياً لأدى ذلك إلى تطبيق القانون الأجنبي. والرجوع لموقف المشرع المصري يبصر بأنه قد اعتد بضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف مسائل الأحوال الشخصية. ومن ثم يعد تحديد الصفة التي يتمتع بها الشخص بمثابة حجر الزاوية لثبوت الاختصاص التشريعي للقانون المختص. والمتأمل في نصوص القانون المدني المنظمة لمسائل تنازع القوانين وعددها ١٩ مادة يجد أن المشرع قد اعتد بضابط الجنسية - بصفة أساسية - في ثمان مواد منها، وهي المواد ١١/١ (١١)، ١٢ (١٢)، ١٣ (١٣)، ١٤ (١٤)، ١٥ (١٥)، ١٦ (١٦)، ١٧ (١٧) و ٢٥ (١٨).

- (٤١) وتنص على أن «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته».
- (٤٢) وتقضى بأنه «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين».
- (٤٣) ونصها : «(١) يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. (٢) أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى».
- (٤٤) ومضمونها : «في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده فيها عدا شرط الأهلية للزواج».
- (٤٥) وفحواها : «يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها».
- (٤٦) وتنص على أنه «يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته».
- (٤٧) وتقضى بأنه «(١) يسرى على الميراث والوصية التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته. (٢) ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».
- (٤٨) ونصها : «(١) يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. (٢) على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه».

٦٥. وللجنسية كذلك أهميتها التي لا تنكر في مجال تنازع الاختصاص القضائي الدولي، حيث تعتبر أيضاً مسألة أولية يتعين حلها لتحديد المحكمة المختصة في بعض الأحوال. فالمادة ٢٨ من قانون المرافعات تنص على أنه «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية». كما تنص المادة ٢٩ من ذات القانون على أن «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية». ومن ثم يتعين على وجه القطع تحديد الجنسية التي يتمتع بها الشخص أولاً قبل القيام بتحديد المحكمة المختصة، إذ لو كان مصرياً لاتعد الاختصاص للمحاكم المصرية اكتفاء بالصفة المصرية. أما إذا كان أجنبياً فيجب - لاختصاص المحاكم المصرية - أن يكون لهذا الأجنبي موطن أو محل إقامة في الجمهورية، حيث تعتبر رابطة التوطن أو الإقامة هي المبرر لاختصاص المحاكم المصرية في مثل هذه الأحوال<sup>(٤٩)</sup>. وبهذه المثابة تبدو أصالة قانون الجنسية بوصفه فرعاً مستقلاً من فروع القانون الدولي الخاص، لا يوجد له نظير في القانون الخاص الداخلى.

#### ٥ - قوانين الأجانب

٦٦. الموضوعات التي يشملها مركز الأجانب: يعتمد وجود تنظيم قانونى مستقل لمركز الأجانب على توافر أمرين هامين: انتقال الأفراد باطراد عبر الحدود، والاعتراف للأجانب بممارسة الحقوق في الإقليم الوطنى. فإذا لم يكن مسلماً للأفراد بالانتقال عبر حدود الدول المختلفة، فلا يمكن الحديث عن حقوق أو التزامات تقع على عاتق الأجانب، وستعيش كل جماعة منعزلة على نفسها ولا يتصور بالتالى نشأة علاقات قانونية بين أفراد ينتمون إلى دول مختلفة. ويبدو نفس الاستنتاج منطقياً فى حالة عدم الاعتراف للأجانب بممارسة الحقوق فى الإقليم الوطنى، فإذا لم تعترف الدول للأجانب بالتمتع بقدر معين من الحقوق على إقليمها، لتعذر قيام مبادلات قانونية بين مواطنيها وبين هؤلاء الأجانب، وانعدم بالتالى - من حيث المبدأ - وجود تنظيم قانونى لمركز الأجانب على الإقليم الوطنى.

٦٧. ويتوافر هذان الأمران المنطقيان لوجود تنظيم قانونى خاص بالأجانب لدى جميع الدول فى عالم اليوم، فقد تعاهدت الدول - وفقاً للمبادئ المستقر عليها فى القانون الدولي - على السماح للأجانب بالدخول إلى

(٤٩) راجع بالإضافة إلى ذلك نص المادتين ٣٠ و ٣١ من قانون المرافعات.

أراضيها، بل إن كثيراً من الدول تعتمد إلى جذبهم في كثير من الأحيان وكأن الوضع أصبح عكسياً، حيث كان السماح للأفراد بالانتقال بين أقاليم الدول المختلفة أملاً يتمناه الأشخاص، فقد أصبح اليوم كأنه أمل يراود الدول.

٦٨. فالأجنبي في الإقليم الوطنى فى حاجة إلى البيع والشراء، كما أنه فى حاجة إلى التعليم والتعلم، والانتفاع بالخدمات التى تقدمها المرافق الأخرى كالمقضاء والصحة والمواصلات. كما أنه قد يكون فى حاجة إلى الزواج وتكوين أسرة شرعية، أو ممارسة نوع معين من أنواع النشاط التجارى، وهو ما يؤدى حتماً إلى نشأة مبادلات قاتونية بين الأجانب والوطنيين أو بين الأجانب بعضهم البعض، مما يترتب عليه ضرورة وجود تنظيم قانونى مستقل لحكم مركز هذه الطائفة من الأشخاص. ويشمل هذا التنظيم أيضاً الالتزامات التى قد يتحملها الأجانب فى إقليم الدولة. فإذا كانت الدول قد اعترفت للأجانب بقدر من الحقوق، فمن الطبيعى أن يتحملوا بمجموعة من الالتزامات تجاه تلك الدول، تهدف فى مجملها إلى الحفاظ على النظام العام.

٦٩. بالإضافة إلى هذا التنظيم الموضوعى لحقوق والالتزامات الأجانب يوجد أيضاً التنظيم الإجرائى، الذى يتضمن مجموعة الإجراءات التى يخضع لها الأجانب، من حيث دخول الإقليم والإقامة فيه والخروج منه، والتى يطلق عليها النظام الإدارى للأجانب. وعلى هذا يمكننا تعريف القواعد المنظمة لمركز الأجانب *La condition des étrangers* بأنها مجموعة القواعد القانونية التى تنظم الحياة الخاصة للأجانب فى شقيها الموضوعى والإجرائى. ويمثل الشق الموضوعى كما ذكرنا فى حقوق الأجانب والالتزامات، أما الشق الإجرائى فيتمثل فى النظام الإدارى لإقامتهم فى إقليم الدولة.

٧٠. وتعتبر القواعد المنظمة لمركز الأجانب جزءاً من القانون الدولى الخاص، باعتبارها مجموعة القواعد التى تنظم الجزء الحركى فى الحياة الخاصة لطائفة معينة من الأفراد على المستوى الدولى، فالأحكام المتعلقة بدخول الأجانب (نظام التأشيرة)، والقواعد المتعلقة بالإقامة (نظام بطاقة الإقامة)، وحقوق والالتزامات الأجانب تخضع حتماً لقواعد القانون الدولى الخاص ممثلة فى قوانين الأجانب، وهذا الخضوع ضرورى لاشتغال مختلف هذه العلاقات على عنصر أجنبى<sup>(٥٠)</sup>.

(٥٠) لمزيد من التفاصيل عن قوانين الأجانب وقواعد دخولهم وخروجهم من الإقليم وأنظمة جواز السفر وتأشيرة الدخول وتأشيرة الإقامة وحقوق والالتزامات الأجانب راجع مؤلفنا: مركز الأجانب فى القانون الدولى والقانون المصرى المقارن، مرجع سابق الإشارة إليه.

## ٦- قانون التحكيم التقليدى والإلكترونى

٧١. ينن القضاء من تزايد حالات اللجوء إلى المحاكم، فقد أصبحت ساحات القضاء مسرحاً للنزال بين الخصوم حتى كثر الحديث فى هذه الأيام عن «أزمة القاضى» و«أزمة التقاضى». لقد أصبحت المحاكم مرتعاً للمطاوله والمراوغة عن طريق الاستغلال السبى للضمانات والحقوق الموضوعية والإجرائية التى قررها القانون أساساً لحماية الأفراد. فهذه الضمانات - وليتها ما تقررت - أصبحت - نتيجة لمهارة بعض رجال القانون - مجرد وسائل لإطالة أمد النزاع لأطول مدى ممكن، إلى الحد الذى يدفع العديد من الأفراد إلى تفضيل الرضا بالأمر الواقع وعدم اللجوء للقضاء فى الأحوال التى لا يتناسب فيها مقدار ما سيحصلون عليه مع مقدار ما سيبدل وينفق للحصول على هذا الحق المحتمل، ولذلك فقد «وفر فى أذهان الناس أن خير سبيل لإماتة حق طرحه على ساحة القضاء. ويزيد من خطورة الأمر، أنه بعد المعاناة التى يتحملها صاحب الحق أمام درجتى التقاضى، ثم اجتيازه لأدق المراحل وأصعبها وهى نقض الحكم، يتمخض حلمه إلى وهم كبير، إذ سرعان ما يكتشف أن الحكم البات الذى بيده لا يعدو أن يكون مجرد ورقة بيضاء. وعليه أن يبدأ مواجهة خصومة جديدة وهى خصومة التنفيذ، وهى مأساة بكل المقاييس، إذ تستخدم فى هذه الخصومة كافة أساليب التحايل لتعطيل تنفيذ الحكم تحت ستار إشكالات التنفيذ. وتستغرق خصومة التنفيذ أمام قاضى التنفيذ وقتاً قد يصل إلى بضع سنين يستغلها المحكوم ضده فى خصومة الحق، فى إفراغ الحكم من كل قيمة عملية له»<sup>(٥١)</sup>.

٧٢. ولقد كان لهذه العيوب القاتلة، ولتطور التجارة بين الشرق والغرب والشمال والجنوب وإنشاء السوق الأوربية المشتركة وظهور البترول بغزارة فى أماكن متفرقة من العالم مفعول السحر فى الحاجة إلى آلية قضائية خاصة تلبي حاجات المتعاملين فى السوق العالمى وتكون بديلة للقضاء الوطنى، وقد تمثلت هذه الآلية فى التحكيم. والتحكيم نظام قضائى خاص يتيح للمتخاصمين حرية اختيار الشخص الذى يتولى الفصل فى النزاع، ويطلق عليه المحكم. كما يتيح للأطراف أيضاً حرية اختيار إجراءات الدعوى التحكيمية، ووسائل وطرق الإثبات، وكيفية وأسلوب المرافعة

(٥١) د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، رقم ١، ص ٥.



واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وبذلك يمكننا تعريف التحكيم بأنه نظام يتفق بمقتضاه الأطراف على تولى شخص خاص أو أكثر مهمة الفصل فى النزاع بحكم ملزم. ولا يزال يشهد هذا النظام جهودا غير عادية للوصول إلى تنظيم قانونى فعال، يصل بهذا النظام إلى أقصى درجات الإلتقان. وقد تجسدت أهم هذه الجهود فى إعداد قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم ٩٨/٣١ فى ٥ ديسمبر ١٩٧٦، وصياغة القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى فى ٢١ يونيه ١٩٨٥، وذلك بالإضافة إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الجماعية، ومئات الاتفاقيات الثنائية التى يعجز المقام عن تعدادها. ورغم ذلك يمكننا أن نستشهد - على سبيل المثال فى مجال المعاهدات الجماعية - باتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى، المنعقد فى مدينة نيويورك فى الفترة من ٢٠ مايو إلى ١٠ يونيو ١٩٥٨، وكذلك الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، والمبرمة فى مدينة واشنطن بتاريخ ١١ فبراير ١٩٧٢.

٧٣. ولم يقتصر الأمر على الأمم المتحدة، وإنما قامت العديد من المنظمات غير الحكومية بإنشاء مراكز مستقلة للتحكيم، مزودة بأحدث التنظيمات القانونية التى تكفل تسوية المنازعات بين المتخصصين على نحو يحفظ التوازن بين جودة العدالة والفصل فى النزاع فى أمد قصير. ومن أمثلة هذه المنظمات جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) American Arbitration Association، وغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) Chambre de Commerce International أو كما يرمز لها بالإنجليزية (ICC) International Chamber of Commerce وكذلك محكمة لندن للتحكيم الدولى (LCIA) The London Court of International Arbitration، وغيرها من هيئات التحكيم المختلفة حتى توافر لدينا - حتى عام ١٩٩٣ - ما يزيد عن ١٢٠ مركز تحكيم على مستوى العالم<sup>(٥٢)</sup>، ولا نبالغ إذا قلنا إن هذا العدد قد لا يعبر عن

(٥٢) انظر :

Ljiljana Biukovic, International commercial arbitration in cyberspace : Recent developments, Northwestern Journal of International law and Business, USA, spring 2002, p. 319.

حقيقة الواقع، حيث يدل العمل على أن كل دولة تمتلك ولو على الأقل مركزاً واحداً من مراكز التحكيم<sup>(٥٣)</sup>. ولم يتخلف المشرع المصري عن ملاحظة هذا التطور فقام بإصدار القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية<sup>(٥٤)</sup>، المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧<sup>(٥٥)</sup>.

٧٤. ورغم هذا التطور الضخم وذلك الانتشار الهائل لنظام التحكيم الذى أضحي فيه المحكم هو القاضى الطبيعى لمنازعات التجارة الدولية، لم تكد تنتهى الجماعة الدولية إلى كلمة سواء بشأن التحكيم، حتى ظهر لنا التحكيم الإلكتروني، كآلية جديدة لفض المنازعات التجارية إلى الحد الذى وصفنا فيه - فى أحد مؤلفاتنا - النوع الأول بالتحكيم التقليدى Off-line arbitration مقارنة بالتحكيم الإلكتروني Online arbitration وليد اللحظة. فلا يزال عدد غير قليل من قواعد التحكيم العادى محلاً للجدل والمناقشة كإجراءات التحفظية<sup>(٥٦)</sup>، وتدخل القضاء بالمساعدة خاصة فى تنفيذ الحكم، ومع ذلك يمكننا الآن أن نصف هذا التحكيم بأنه تقليدى على الرغم من أنه ليس كذلك<sup>(٥٧)</sup>. فلا يزال بعض الفقه فى بعض دول العالم الثالث - ومن بينها

(٥٣) وبالإضافة إلى ما هو مذكور فى المتن، انظر على سبيل المثال :

Japan Commercial Arbitration Association, <http://www.jcaa.or.jp/e/jcaa-e/history.htm>; China International Economic Trade and Arbitration Commission, <http://www.ficci.com/icanet/ica.htm>; Australian Commercial Disputes Centre, <http://www.acdcltd.com.au/>; Singapore International Arbitration Centre, [http://www.siac.org.sg/1\\_aboutus.htm](http://www.siac.org.sg/1_aboutus.htm); Vietnam International Arbitration Centre, <http://www.vcci.com.vu/English/Services/Arbitration/Default.asp>.

ولا ننسى فى هذا المقام الإشارة إلى مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، راجع موقعه على الإنترنت: <http://www.crcica.org.eg/> وتمثل هذه الحروف التى تشكل عنوان الموقع الإلكتروني للمركز الحرف الأول من كل كلمة من الكلمات المكونة لاسمه باللغة الإنجليزية :

The Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration.

(٥٤) الجريدة الرسمية - العدد ١٦ تابع فى ٢١ إبريل ١٩٩٤.

(٥٥) الجريدة الرسمية - العدد ٢٠ تابع فى ١٥ مايو ١٩٩٧.

(٥٦) لدراسة هذا الموضوع باستفاضة راجع مؤلفنا: الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

(٥٧) انظر فى إطلاق هذا الوصف مؤلفنا: قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء، مرجع سابق الإشارة إليه.

مصر - يتحدث - بين مؤيد ومعارض - عن التحكيم باعتباره خرقاً للولاية، مبرزاً مزاياه وعيوبه، حتى فوجئ الجميع بهذا النوع الجديد، وهو ما يدفعنا إلى ضرورة التجاوز عن هذه المفاهيم والتساؤل عن ماهية هذا النظام وأسلوب نظر الدعوى وكيفية تنفيذ الحكم الإلكتروني.

٧٥. وعلى أى حال، فقد ألقى هذا النوع الجديد - الذى أفرزته البيئة الإلكترونية - على الجماعة الدولية عبئاً مزدوجاً قوامه تطوير قواعد التحكيم العادى، إضافة إلى محاولة إيجاد التنظيم القانونى الفعال للتحكيم الإلكتروني بما يتناسب مع المتطلبات الدولية. إن تأثير البيئة الإلكترونية لم يقتصر على التحكيم فقط، وإنما امتد إلى مجالات أخرى تقليدية لم يكن من المتصور أن يمتد إليها؛ فقد كان من نتائج:

ارتفاع سكان الأرض؛  
وزيادة المبادلات التجارية وتنوعها ليس فقط بين الأفراد المنتمين لدولة واحدة، وإنما بين أولئك الذين ينتمون إلى سائر الدول؛  
واستفحال ظاهرة بطء التقاضى؛  
والرغبة فى الحصول على عدالة سريعة ولو لم تكن ناجزة؛  
أن بدأ التفكير فى ضرورة إيجاد حلول غير تقليدية للتغلب على هذه الصعوبات وتقديم العدالة للأفراد بما يتفق مع توقعاتهم المشروعة تحقيقاً للأمان القانونى الذى تسعى مختلف النظم القانونية إلى تحقيقه<sup>(٥٨)</sup>.

(٥٨) إن دولة كأمريكا يعرض على محاكمها أكثر من ١٠ مليون قضية سنوياً، كما أن المحاكم الفرنسية أصدرت فى سنة ١٩٩٩ - وحدها - ٢,٢٠٠,٠٠٠ حكماً فى الدعاوى المدنية والتجارية، وأكثر من ١١٦,٠٠٠ حكماً فى الدعاوى الإدارية. وربما يدفعنا هذا الحكم المخيف - ولاسيما إذا استمر الحال على ذلك - للاعتقاد بأن المحاكم لن تستطيع حتى فتح أبوابها للمتقاضين فى القريب العاجل! ولذلك، ورغبة فى تلافى هذه النتيجة، وبهدف الوصول إلى حلول بديلة لمتطلبات الحياة الدولية، فقد بدأ التفكير فى:

#### ١ - تحديث العدالة Modernization of justice.

٢ - ميكنة النظام القضائى Computerization of judicial system، حيث تشترط المحاكم فى عدد من الدول خاصة أمريكا وإنجلترا وكندا أن يتم رفع الدعوى بالدخول إلى الموقع الرسمى للمحكمة على شبكة الإنترنت وملء النموذج المعد لذلك إلكترونياً، وذلك بدلا من تحرير صحيفة الدعوى فى قلم الكتاب بالوسائل التقليدية باستخدام الورق والحبر. وأكثر من ذلك فمن المتوقع أن يعمم هذا النظام فى السنوات القليلة المقبلة فى كل أنحاء الدول المذكورة، والتى بدأت بالفعل فى تطبيقه بشكل شامل فى المسائل الجنائية، حيث تحال المحاضر والتحقيقات التى يجريها رجال الشرطة لوكلاء النيابة (=)

(=) عن طريق شبكة الإنترنت. ومن المتوقع أيضاً أن يقضى هذا النظام في المستقبل القريب على الكثير من العقبات الإجرائية التي تعوق عملية التقاضي، حيث سيتم إمكانية النظام القضائي بأكمله، بداية من رفع الدعوى والإعلانات المتعلقة بها بأن يتم إعلانها بطريقة إلكترونية على موقع المحكمة أو موقع الدعوى على حسب الأحوال دون حاجة لنظام المحضرين ومروراً بتقديم المستندات والمذكرات الخاصة بالخصوم وانتهاء بالحكم الصادر في الدعوى. يضاف إلى ذلك من ناحية أخرى، أنه إذا كان رفع الدعوى يتقرر - وفقاً لهذا النظام - بالدخول إلى الموقع الرسمي للمحكمة وملء الفراغات الكائنة في النموذج المعد لذلك، فإنه من الممكن أن يتم رفع الدعوى من أي مكان وباستخدام أي جهاز كمبيوتر ولو حتى من خارج حدود الدولة، دون حاجة للذهاب لمقر المحكمة. كما أنه من المتصور أن يتم رفع الدعوى في أي وقت، ليلاً أو نهاراً دون انتظار مواعيد العمل الرسمية للمحكمة.

٣- تشجيع التسوية المبكرة والودية للمنازعات، إذ يمكن للقاضي - في إنجلترا - أن يأمر الأطراف بالبحث عن تسوية ودية بدلاً من الاستمرار في التقاضي، وذلك إذا تبين له من ظروف الدعوى أن هذه الوسيلة هي الأفضل بالنسبة لهم.

٤- خصخصة العدالة Privatisation of justice ويشهد الواقع المعاصر أن ولاية فلوريدا الأمريكية أول من قامت بتطبيق فكرة القضاء الخاص أو العدالة دون تأخير private judges INC or justice without delay ويتأسس هذا النظام على إنشاء محاكم خاصة باستخدام القضاة الذين بلغوا سن التقاعد، مع اعتبار الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم أحكاماً قضائية صادرة من محاكم أول درجة وتكون قابلة للطعن بالاستئناف، ويحقق هذا النظام العديد من المزايا للمتخاصمين:

أ - حرية اختيار تاريخ الدعوى، حيث يمكن للفرد أن يختار الموعد الذي يناسبه لنظر دعوته. ب- يمكن للمتعاملين اختيار القاضي أو القضاة أصحاب الخبرة في نوع الدعوى. ج- السرعة : إذ يتم نظر الدعوى خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ رفعها. كما يتيح هذا النظام للمتعاملين الحصول على حكم قضائي في وقت أقصر بكثير من الوقت الذي تستغرقه الدعاوى العادية، لكون القاضي الذي ينظرها يكرس كل وقته وجهده لهذه الدعوى وحدها، بدلاً من أن تأخذ دورها كمجرد قضية في سجل الدعاوى التي تنظرها المحاكم العادية. د- الاقتصاد في النفقات، حيث يمتاز هذا النظام بتخفيض تكلفته. هـ- تخفيف العبء عن المحاكم العادية.

٥- تشجيع اللجوء للوسائل البديلة لفض المنازعات Alternative Dispute Resolution (ADR).

والحقيقة أن كل هذا وغيره يدفعنا للاعتقاد بأن العدالة أضحت صناعة Justice has become a veritable industry وأن مرفق القضاء أضحي مرفقاً إنتاجياً، يطور نفسه بنفسه كسائر المرافق الإنتاجية الأخرى. انظر :

Karim Benyekhlef and Fabien Gélinas, Online dispute Resolution, [http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/Bebyekhlef\\_Gelinas.pdf](http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/Bebyekhlef_Gelinas.pdf), p. 10; Robert Hunter, Anticipating trends in dispute resolution, Article in International commercial arbitration, developing rules for the new millennium, Book edited by Martin Odams de Zylva and Reziya Harrison, published by Jordan publishing limited, USA, 2000, p. 13 et s.; Ljiljana Biukovic, International commercial arbitration in cyberspace : recent developments, *supra*, p. 2.

٧٦. لقد أضحت شبكة الإنترنت وسيلة رئيسية للتعاقد، وقد نشأ بمقتضاها سوق جديدة للمعاملات التجارية. وكما كانت هذه الشبكة قادرة على إنشاء هذه السوق، فهي أيضاً قادرة على إنشاء وسيلة قضائية جديدة لفض المنازعات الناشئة عن استخدامهما. فالسوق العالمي يوجد في كل منزل، ولا يحتاج إلى سفر أو ترحال، وإنما يتم الدخول إليه والاستفادة من خدماته باستعمال أى جهاز كمبيوتر في أى مكان وبمجرد الضغط على اختيار «أوافق» «I accept» button «I accept» by clicking on the بما يعنى القبول بأى إيجاب معروض على شبكة الإنترنت. ومن هنا تعالت الصيحات لحاجة التجارة الإلكترونية إلى تحكيم إلكترونى يناسبها، أو بالأحرى إلى نظام قضائى إلكترونى كامل متكامل يحقق التوازن بين مقتضيات البيئة الإلكترونية الدولية باعتبارها بيئة افتراضية وبين متطلبات القوانين الوطنية التى وضعت أساساً لتنظيم البيئة القانونية العادية<sup>(٥٩)</sup>.

(٥٩) إن النظر إلى حجم المعاملات الإلكترونية في الآونة الأخيرة يدفع للظن بأن المحاكم العادية والتحكيم التقليدي - كوسيلتين للتقاضى - لن يتوافر لديهما القدرة على حل المنازعات الناشئة عن هذه المعاملات. فقد بلغ حجم المعاملات الإلكترونية عام ١٩٩٧ ما يزيد على ٢٤.٤ مليار دولار، في حين وصلت قيمتها ١٠٠٠ مليار دولار (بليون دولار) عام ٢٠٠١. وقد قفزت قيمة هذه المعاملات إلى أعلى معدلاتها عام ٢٠٠٣ لتصل - حسبما أوضحت التقديرات - إلى تريليون دولار (ألف بليون). ولقد كانت للولايات المتحدة الأمريكية نصيب الأسد من حجم هذه المعاملات، حيث بلغت نسبة المعاملات الأمريكية من المبالغ السابقة ٨٠% في مقابل ١٠% فقط للدول الأوروبية و ٥% للدول الآسيوية و ٥% لبقاى دول العالم.

Martin Odams de zylva and Andrew Burr, Resolving E-commerce Dispute : A code for all Domains, Article in International commercial arbitration, Developing rules for the new millennium, book edited by Martin Odams de zylva and Reziya Harrison, published by jordan publishing limited, USA, 2000, p. 142; Karen Stewart and Joseph Matthews, Online arbitration of crossborder, business to consumer disputes, University of Miami law Revuew, USA, July 2002, v. 56, p. 1146; Ivonnely colón-Fung, protecting the new face of entrepreneurship: online transactions, Fordham Journal of corporate and Financial law, USA, 2007, v. 12, p. 234.

وعن حجم المعاملات الإلكترونية فى الصين انظر :

Xue Horg, Online dispute resolution in China, present practios and future developments, <http://www.odr.info/unece2003>, p. 10, Li Hu, Online arbitration in China, an overview and prespective, [www.ODR.INFO/UNFORUM2004/DR%20L12.DOC](http://www.ODR.INFO/UNFORUM2004/DR%20L12.DOC), p. 10.

٧٧. وهكذا فرض التحكيم الإلكتروني نفسه كقانون جديد لحكم بيئة اجتماعية جديدة، تمثلت في البيئة الإلكترونية التي نتجت عن استخدام شبكة الإنترنت. وقد كانت أولى الخطوات الرائدة لإرساء دعائم نظام التحكيم الإلكتروني، إنشاء محكمة الفضاء - عام ١٩٩٦ - في رحاب كلية الحقوق - جامعة مونتريال - كندا. وقد كان هذا الإنشاء مصحوباً بإصدار تنظيم محكمة الفضاء للتحكيم *Règlement d'arbitrage de cyber Tribunal* الذي عالج مختلف المسائل المتعلقة بالدعوى التحكيمية بداية من تحرير طلب التحكيم إيداناً برفع الدعوى ومروراً بتقديم المستندات وأدلة الإثبات عبر الإنترنت وانتهاءً بإصدار الحكم النهائي<sup>(١٠)</sup>. وبعد ذلك بخمس سنوات، وبداية من أول يناير ٢٠٠١ قامت جمعية التحكيم الأمريكية بإصدار «الإجراءات التكميلية للتحكيم الإلكتروني» *AAA online arbitration supplementary procedures*، بهدف تنظيم مختلف المسائل المتعلقة بهذا النظام<sup>(١١)</sup>.

٧٨. وتتمثل نقطة البداية في الحالتين في إنشاء موقع خاص بكل دعوى على شبكة الإنترنت، ليكون بمثابة ملف للدعوى التحكيمية، يتم عن طريقه تبادل كل المعلومات والوثائق المتعلقة بها من البداية حتى النهاية<sup>(١٢)</sup>. ونظراً لأن التحكيم نظام قضائي خاص ينهض على السرية، فإنه

(٦٠) انظر تنظيم محكمة الفضاء للتحكيم:

<http://www.cybertribunal.org/arbreglement.fr.html>

(٦١) انظر الإجراءات التكميلية للتحكيم الإلكتروني التابعة لجمعية التحكيم الأمريكية:

<http://www.adr.org/sp.asp?id=22003>

(٦٢) إن لشبكة الإنترنت إسهاماتها غير المحدودة في المجال القانوني، حيث تستخدم هذه الشبكة - على سبيل المثال - لتحقيق الأغراض الآتية:

١- مطالعة نساتير وقوانين الدول المختلفة. ٢- نشر المؤلفات القانونية والدوريات المتخصصة والمقالات المتنوعة في مختلف فروع القانون. ٣- وسيلة للاتحاق بالمعاهد والجامعات العالمية. ٤- سوق تجاري للمؤلفات القانونية، إذ يمكن عن طريقها شراء مختلف المؤلفات الفقهية.

فما المانع من امتداد هذا الدور ليشمل المجال القضائي؟ فإذا كانت هذه الشبكة مسرحاً للتجارة الإلكترونية، وإذا كانت الدول تسارع نحو إصدار قوانين خاصة لحكم التجارة الإلكترونية، فما المانع من ابتكار آلية قضائية إلكترونية كضلع ثالث ومكمل للمثلث الإلكتروني؟ والذي يتمثل في وجود تجارة إلكترونية (ضلع أول) إصدار قانون إلكتروني للتجارة (ضلع ثان) التسليم بوجود تحكيم إلكتروني (الضلع الثالث). بل وقد تجاوز البعض الحديث عن جدوى هذا القضاء ذاهباً إلى أنه من المتوقع أن يشغل التحكيم الإلكتروني مكانة واسعة كوسيلة قضائية لحل المنازعات في المستقبل القريب، وذلك على اعتبار أن العولمة تقتضي وجود نظام قضائي (=)

لا يسمح لأى شخص آخر - غير الطرفين والمحكم وسكرتير المحكمة - بالدخول إلى موقع الدعوى، حيث يتم حجبه تماماً عن الغير بواسطة الكود السرى أو كلمة السر mot de passe التى لا يتم منحها إلا للفئات المذكورة على سبيل الحصر. وهكذا يعتبر الموقع الإلكتروني للدعوى site de l'affaire بمثابة ملف القضية التى تحفظ فيه جميع المستندات والمذكرات المتعلقة بالدعوى<sup>(٦٣)</sup>.

٧٩. ولما كان التحكيم العادى يثور فى الغالب الأعم بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة بما يمس بمصالح التجارة الدولية، فإنه يخرج حتماً من سلطان القوانين الداخلية ليدخل فى رحاب القانون الدولى الخاص، لا بطواع العلاقات التى ينظمها على عنصر أجنبى. فقد سبق أن أكدنا مراراً وتكراراً أن العنصر الأجنبى ينتشل العلاقة من نطاق الدور الأول من علم القانون أى من فروع القانون الخاص الداخلى ليصعد بها إلى عنان الدور الثانى من هذا العلم أى إلى القانون الدولى الخاص. ولما كان التحكيم الإلكتروني يعد بطبيعته وآلياته متجاوزاً للحدود، لتعلقه بمصالح التجارة الدولية ولاشتماله فى ذات الوقت على عنصر أجنبى، فإن كلا النوعين من التحكيم يشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون الدولى الخاص. ورغم هذا

---

(=) معولم، ولذلك قيل بأنه لما ذهب التجارة الدولية إلى الإنترنت ذهب وراءها التحكيم when international commerce went online, international commercial arbitration followed.

لمزيد من التفاصيل انظر :

Tiffany J. Ianier, where on earth dose cyber- arbitration occur ? : International riview of arbitral awards prendered online, ILSA Journal of International and comartine law, USA, v. 7, fall 2000, p. 14.

وانظر فى تفضيل اللجوء للوسائل الإلكترونية لفض المنازعات الناشئة عن استخدام شبكة الإنترنت :

Karine Rousseau, Les modes de résolution des conflits dans le cyberspace, *op. cit.*, p.p. 1 et 4; Georgios I. Zekos, state cyberspace jurisdiction and personal cyperspace jurisdiction, *supra*, p. 19 et s; Ljiljana Biukavic, International commercial arbitration in cyberspace: Recent developments, *supra*, p. 320.

(٦٣) لمعرفة هذه الموضوعات بمختلف أحكامها وتفصيلاتها بداية من رفع دعوى التحكيم إلكترونياً ومروراً بالمرافعة الإلكترونية والإثبات الإلكتروني وإصدار حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه. انظر مؤلفنا: قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء فى ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدى، مرجع سابق الإشارة إليه.

الوضوح، فالملاحظ أن أساتذة القانون التجارى فى مصر يتجاهلون - ويصرون على تجاهل - هذه الحقيقة، ذاهبين إلى معالجة مسائل التحكيم وكأنها جزء من القانون التجارى مع أن الأمر لا يحتمل أى لبس أو اختلاط. فلو كانت العلاقة داخلية بحتة، لخضعت لحكم القوانين الداخلية، ولو كانت دولية - بأن انطوت على عنصر أجنبى - لخرجت من حكم القوانين الداخلية - بما فيها القانون التجارى - لتخضع لسلطان الطابق العلوى من القانون، وهو القانون الدولى الخاص.

### تتمة القول فى ضرورة تقنين القانون الدولى الخاص

٨٠. يعتبر القانون الدولى الخاص أو القانون الخاص الدولى موازياً للقانون الخاص الداخلى. فهذا الأخير بفروعه المختلفة - كالقانون المدنى والقانون التجارى وقانون العمل وقانون المرافعات - ينظم المجتمع الخاص الداخلى. أما القانون الدولى الخاص فيتولى بفروعه المختلفة - كالقانون المدنى الدولى والقانون التجارى الدولى وقانون العمل الدولى وقانون المرافعات الدولى - تنظيم المجتمع الخاص الدولى. ويأتى وجه التوازى فى أن كليهما ينظم وجهاً من أوجه النشاط الخاص، فالقانون الخاص الداخلى ينظم هذا النشاط على المستوى الداخلى، فى حين ينظمه القانون الدولى الخاص على المستوى الدولى. بل ولا نبالغ إذا قلنا إن القانون الدولى الخاص يعد أوسع نطاقاً من القانون الخاص الداخلى، لاشتمال الأول على عدد من فروع القانون لا يعرفها القانون الأخير كقانون الجنسية وقوانين الأجانب وقانون التحكيم الإلكتورونى.

٨١. ولقد آن الأوان أن يتدخل المشرع المصرى لإصدار تشريع خاص ينظم بين دفتيه مختلف المسائل المتعلقة بالقانون الدولى الخاص، بدلاً من أن يظل تنظيم هذه المسائل مقرراً بنصوص متناثرة فى مختلف فروع القانون، فهناك على سبيل المثال :

- ١- قواعد الإسناد، وقد ورد تنظيمها فى القانون المدنى.
- ٢- قواعد الاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وقد ورد النص عليها فى قانون المرافعات.
- ٣- قواعد مركز الأجانب، وقد صدر بشأنها القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ (٦٤)،

(٦٤) الجريدة الرسمية - العدد ٧١ فى ٢٤ مارس ١٩٦٠. ولمزيد من التفاصيل عن أحكام هذا القانون انظر مؤلفنا: مركز الأجانب فى القانون الدولى والقانون المصرى المقارن، المرجع السابق، رقم ٤٩ وما يليها، ص ٧٢ وما يليها.



والقوانين المعدلة له والقرارات الأخرى الصادرة في نفس الاتجاه لذات الغرض.

٤- قانون الجنسية المصرية وتم تنظيمها بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ (١٥) والمعدل بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ (١٦).

٥- التحكيم التجارى الدولى، وقد صدر بشأنه - كما ذكرنا - القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

٦- نص المادة ٢/٥٥٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (١٧)، والذي يعتبر نصاً بغيضاً فى الإلماح لبعض مسائل الإفلاس الدولى، فالأولى بالمشروع أن يتدخل لتقرير تنظيم جامع مانع لموضوعات الإفلاس الدولى، على أن يضعها بين دفتى التشريع المنتظر للقانون الدولى الخاص (١٨).

وغير ذلك من موضوعات القانون الدولى الخاص الأخرى سواء تلك المنظمة بنصوص متناثرة فى باقى فروع القانون أو غير المنظمة أساساً كالتجارة الإلكترونية، حيث يثور التساؤل وبشدة «حول ملائمة الإبقاء على قواعد تنازع القوانين ضمن القانون المدنى من عدمه، والتسليم بالوضع القائم، والاعتراف بحالة تشتت وتبعثر قواعد القانون الدولى الخاص المصرى بين أفرع القانون المدنى، والقانون التجارى، وقانون المرافعات المدنية والتجارية، كل ذلك مع تعاظم توجه القانون المقارن نحو إصدار التقنيات الذاتية والمستقلة للقانون الدولى الخاص» (١٩).

(٦٥) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ فى ٢٩ مايو ١٩٧٢. ولمطالعة مختلف الأسس التى تبناها هذا القانون لبناء الجنسية المصرية انظر مؤلفنا: أحكام الجنسية فى القانون الدولى والقانون المصرى المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٨م.

(٦٦) الجريدة الرسمية - العدد ٢٨ مكرر (أ) فى ١٤ يولية ٢٠٠٤. وللاطلاع على فحوى هذا التعديل وأحكامه راجع مؤلفنا: جنسية أبناء الأم المصرية، قرارات وزير الداخلية والتعديل التشريعى، دار النهضة العربية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

(٦٧) الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (مكرر) فى ١٧ مايو ١٩٩٩.

(٦٨) راجع فى هذا الموضوع بالتفصيل مؤلفنا: الإفلاس فى القانون الدولى الخاص، دراسة لقواعد الإفلاس الدولى فى القانون الدولى المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

(٦٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، خمسون عاماً خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، الحاجة إلى التعديل والاستقلال، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد الثالث والخمسون، ١٩٩٧، رقم ١، ص ٢. ولا يقتصر الأمر فحسب على تبعثر قواعد القانون الدولى الخاص بين فروع القانون المختلفة، وإنما يمتد إلى قصورها الشديد عن تغطية مختلف موضوعات هذا القانون. ومنها على سبيل المثال، قصور قواعد التنازع عن حكم المسائل الآتية:

«١- فى مجال الأحوال الشخصية: مسائل الاسم - والغيبة - والفقد - ومسائل الأهلية الخاصة - وأهلية المساءلة عن العمل الضار - وأهلية المرأة المتزوجة - (=)

٨٢. ويعد القانون الدولي الخاص السويسري من القوانين التي حققت طفرة تشريعية في هذا الخصوص على الرغم من صدوره منذ حوالى ربع قرن مضى، وتحديداً في ١٨ ديسمبر ١٩٨٧<sup>(٧٠)</sup>، حيث حوى بين دفتيه تنظيمًا دقيقاً لمعظم الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص. وقد وقع هذا التنظيم في ثلاثة عشر فصلاً على النحو التالي: أحكام عامة (الفصل الأول)، الشخص الطبيعي (الفصل الثاني)، الزواج (الفصل الثالث)، النسب (الفصل الرابع)، الولاية ووسائل الحماية الأخرى (الفصل الخامس)، الميراث (الفصل السادس)، الحقوق العينية (الفصل السابع)، الملكية الفكرية (الفصل الثامن)، الالتزامات التعاقدية (الفصل التاسع)، الشركات (الفصل العاشر)، الإفلاس والصلح الواقى من التفليس (الفصل الحادى عشر)<sup>(٧١)</sup>، التحكيم الدولي (الفصل الثانى عشر) وأحكام ختامية (الفصل الثالث عشر)<sup>(٧٢)</sup>.

٨٣. وقد لاقت حركة تقنين القانون الدولي الخاص فى تشريع مستقل

(=) والخطبة - والعقود ما بين الأزواج - ومسائل البنوة الشرعية، والغير شرعية، والتبنى - والتبركات الشاغرة - والمسائل المستعجلة فى نطاق الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، وكل تلك المسائل لها قواعد إسناد خاصة فى التقنيات الحديثة.

٢- وفى مجالات المعاملات المالية، نذكر تداول الأسهم والسندات فى الأسواق المالية، وبنابات الأوراق التجارية، وحماية الأموال الثقافية والتراثية، ومسائل الملكية الأدبية والفنية، والملكية التجارية والصناعية.

٣- وفى مجال القواعد والنظريات العامة: تنعدم قاعدة التنازع بشأن المسائل الأولية Les questions préalables ولا توجد قاعدة قانونية تبين الحل الواجب الاتباع عند استحالة التعرف على القانون الأجنبى الذى حددته قاعدة التنازع. كما ينعدم النص على الدفع بالغش نحو القانون La Fraude à la loi كوسيلة لحماية اختصاص قانون القاضى أو القانون الأجنبى الذى تحدده قواعد التنازع» د. أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المقال، رقم ١٨، ص ١٥ وما يليها.

(٧٠) انظر نصوص هذا القانون منشور فى: Rev. crit., 1988, p. 409 et s.

(٧١) لمزيد من التفاصيل عن تنظيم المشرع السويسرى - بمقتضى هذا القانون - لمسائل الإفلاس الدولي فى نطاق القانون الدولي الخاص انظر مؤلفنا: الإفلاس فى القانون الدولي الخاص، دراسة لقواعد الإفلاس الدولي فى القانون الدولي والمقارن، المرجع السابق، رقم ١٨٠ وما يليها، ص ١٨٥ وما يليها.

(٧٢) لمزيد من التفاصيل عن أحكام هذا القانون فى الفقه السويسرى انظر :

B. Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Deuxième édition, Bale et Francfort-sur-le-Main, 1997; A. Bucher, Droit international privé suisse, Tome 1/1, partie générale - conflits de juridictions, Helbing et lichtenhahn, 1999, et Tome 1/2, partie générale - Droit applicable, 1995, et Tome II, personnes, Famille, Successions, 1991.

رواجاً في مختلف دول العالم، فصدرت على سبيل المثال لا الحصر - وذلك بالإضافة إلى القانون الدولي الخاص السويسري - القوانين الآتية: القانون الخاص البولندي لعام ١٩٦٥<sup>(٧٣)</sup>، والقانون الدولي الخاص المجرى لعام ١٩٧٩<sup>(٧٤)</sup>، والقانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩<sup>(٧٥)</sup>، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢<sup>(٧٦)</sup>، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي سابقاً لعام ١٩٨٣<sup>(٧٧)</sup>، والقانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢<sup>(٧٨)</sup>، والقانون الدولي الخاص الإيطالي لعام ١٩٩٥<sup>(٧٩)</sup>.

٨٤. وبهذه المثابة كانت الدعوة «إلى جمع كافة قواعد القانون الدولي الخاص بين دفتي "تقنين القانون الدولي الخاص المصري"، الذي لطالما ظل مطلباً ملحاً، وأملاً يصبو، كل مخلص من علماء هذا الفرع من أفرع القانون، إلى تحقيقه، حتى نساير مستجدات العصر الذي نعيشه، الذي لا نغالي إذا قلنا أنه عصر العلاقات الدولية للأفراد، أي عصر القانون الدولي الخاص، حيث تهاوت فيه الحدود الجغرافية وتقاربت المسافات، وبدا فيه العالم كأنه قرية كونية واحدة. وفي النهاية فإن ما ننادى به، من الحاجة إلى إعادة النظر في قواعد تنازع القوانين المصرية من ناحية، وضرورة إعداد تقنين مستقل لمختلف قواعد القانون الدولي الخاص من ناحية أخرى، ليس بدعاً من القول، وليس تحقيقه عزيز المنال»<sup>(٨٠)</sup>. فمن غير المعقول أن يتطور القانون الدولي الخاص في كل بلدان العالم بهذا الشكل حتى تم استخدام شبكة الإنترنت كوسيلة للتعاقد والتقاضى في حين يقف المشرع المصري موقف العاجز الذي لا يملك إلا النظر للآخرين بعين الحسرة والندم.

(٧٣) منشور في : *Rev. crit.*, 1966, p. 323

(٧٤) منشور في : *Rev. crit.*, 1984, p. 158

(٧٥) منشور في : *Rev. crit.*, 1979, p. 174

(٧٦) منشور في : *Rev. crit.*, 1983, p. 141

(٧٧) منشور في : *Rev. crit.*, 1983, p. 353

(٧٨) منشور في : *Rev. crit.*, 1994, p. 167

(٧٩) منشور في : *Rev. crit.*, 1996, p. 323

(٨٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة: خمسون عاماً خلت من عمر قواعد التنازع المصرية، الحاجة إلى التعديل والاستقلال، المرجع السابق، رقم ٣٦، ص ٢٩.

## المبحث الثانى

### مفترضات تنازع القوانين

٨٥. علمنا أن أى علاقة قانونية لا بد أن تتضمن ثلاثة عناصر، هى: الأطراف والمحل والسبب. ويثور تنازع القوانين فى الأفق - على الأقل من الناحية النظرية - فى حالة اتصاف عنصر ولو واحد بالصفة الأجنبية، حيث يرشح هذا العنصر أكثر من قانون لحكم العلاقة. وعلمنا أيضاً أن القوانين المرشحة لحكم العلاقة تتعدد بتعدد العناصر الأجنبية، فانتفاء أحد الأطراف «لجنسية جمهورية مصر العربية يرشح القانون المصرى لحكم هذه العلاقة، وانتفاء طرف العلاقة الآخر للجنسية الفرنسية يرشح القانون الفرنسى لحكم العلاقة نفسها، واتصال محل العلاقة بالإقليم الإنجليزى يرشح القانون الإنجليزى لحكم العلاقة»<sup>(٨١)</sup>. فاتصال العلاقة بقوانين عدة دول هو الذى يرشح قوانينها لحكم النزاع. ومن هذا التأصيل يتضح لنا أن مفترضات تنازع القوانين تتلخص فيما يلى :

- ١- وجود دول ذات سيادة. ٢- اتصال العلاقة بقانون أكثر من دولة.
- ٣- تطبيق الدول لقوانين بعضها البعض.

### المفترض الأول : وجود دول ذات سيادة

٨٦. من المعتقدات الراسخة فى فقه القانون الدولى الخاص أن تنازع القوانين يفترض وجود دول ذات سيادة بالمعنى المتعارف عليه فى القانون الدولى العام. فإذا كانت الدولة عبارة عن مجموعة من الناس يعيشون فى إقليم معين يجمعهم تنظيم سياسى واحد، فإن التنازع لا يقوم إلا بين دول تكتسب هذا المفهوم، وتتوافر لها عناصر الدولة الثلاث، الشعب والإقليم والتنظيم السياسى. وينتج عن ذلك أنه إذا توافرت هذه العناصر لأى وحدة من الوحدات، انطبق عليها وصف الدولة صاحبة السيادة ثم أصبح ما يصدر عنها من قوانين محلاً للتنازع مع قوانين الدول الأخرى.

٨٧. ومن المسلم به أن كل ما يصدر عن الدولة من قوانين يكون صالحاً للتطبيق داخل حدودها الجغرافية بما لها من سيادة إقليمية. بيد أن طموحات الدولة لا تقتصر عند هذا الحد، وإنما تتمنى أن يكون ما يصدر

(٨١) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، رقم ٨، ص ١٠.

عنها صالحاً للتطبيق على كل من يحمل جنسيتها ولو كان موجوداً خارج حدودها بما لها من سيادة شخصية. ويعكس هذا الوضع في الحالتين تنازعا بين القوانين في فرضى وجود أجنبى على إقليم الدولة ووجود وطنيين على أقاليم الدول الأجنبية. ويترجم هذا التصور أهمية ظاهرة الحدود باعتبارها ركنا أساسيا لقيام تنازع القوانين.

٨٨. إن تنازع القوانين يفترض - فى الفقه الدولى - وجود دول لها سلطة إصدار تشريعات يتحدد مجال تطبيقها بحدودها الجغرافية، ويبرر هذا الحكم فى ضوء أن الدول ذات السيادة هى وحدها التى تتمتع باستقلال سياسى وقانونى مطلق، فالدولة التى يتوافر لها هذا الوصف تحوز بين يديها الاستقلال الكامل فى التشريع والتنفيذ والقضاء، ومن هنا فإذا وجدت مجموعة من الدول تتمتع باستقلال فى صياغة تشريعاتها الداخلية، فإن هذا الاستقلال يعد من المحركات الأساسية الكامنة وراء تنازع القوانين. وبذلك ينتهى الفقه إلى أن المفترض الأول لتنازع القوانين هو وجود دول بالوصف التالى:

- ١- توافر عناصر الدولة الثلاث من شعب وإقليم وسلطة سياسية.
- ٢- التمتع بوصف السيادة.
- ٣- التمتع بالاستقلال فى التشريع.

ورغم ذلك، ينتج عن هذا التصور ثلاث مشكلات أساسية، تتعلق أولها بالدول الاتحادية، وتتعلق ثانيها بعدم الاعتراف بالدولة فى حين تخص الأخيرة عدم الاعتراف بالحكومة.

#### المشكلة الأولى : الدول الاتحادية : التنازع الداخلى للقوانين

٨٩. ليست الدول على اختلاف درجاتها ذات تكوين سياسى واحد، فهناك الدول البسيطة، وهناك الدول الاتحادية ويطلق عليها أيضا الدول المركبة. والدول الأخيرة تتشكل من ولايات مختلفة يتمتع كل منها فى مواجهة الآخر باستقلال كامل فى التشريع والتنفيذ والقضاء، مع خضوعها جميعا - واستنادا لفكرة التنظيم السياسى الواحد - للسلطة المركزية. ومن أمثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتى واليوغسلافى السابقين.

٩٠. وجوهر المشكلة أن دولة كالولايات المتحدة الأمريكية تتكون من خمسين ولاية، تتمتع كل منها باستقلال كامل فى التشريع والتنفيذ والقضاء،

فلكل ولاية سلطتها التشريعية والتنفيذية والقضائية الخاصة بها، بما يعنى وجود خمسين مشرع فى الولايات الخمسين، لكن مع انحصار نطاق القوانين التى يصدرها كل مشرع حدود الولاية التى يمثلها. ومن ثم يثور التساؤل الآتى: هل من المتصور أن ينشأ تنازع بين قوانين هذه الولايات؟ وهل يصدق على هذا التنازع الوصف المتعارف عليه فى القانون الدولى الخاص؟ وبعبارة أخرى، إذا دخل شخص من ولاية فلوريدا فى علاقة قانونية مع شخص من ولاية فرجينيا، فهل تنطوى هذه العلاقة على عنصر أجنبى؟ وبتساؤل أكثر وضوحاً: هل يعتبر الأمريكى الذى ينتمى لولاية فلوريدا أجنبياً لدى تواجده على إقليم ولاية فرجينيا؟

٩١. يذهب الفقه العالمى فى معرض الإجابة عن هذا التساؤل إلى قصر التنازع الدولى على القوانين التى تنتمى إلى دول مختلفة، مع إقصاء أى تداخل بين قوانين تنتمى إلى ولايات داخلية لا تشكل فى جوهرها إلا مجرد أجزاء من دولة واحدة<sup>(٨٢)</sup>. فى حين يذهب الفقه والقضاء الأمريكى - على العكس من ذلك - إلى اعتبار التنازع بين قوانين الولايات هو الصورة الرئيسية لتنازع القوانين، ويؤسس الاتجاه الأمريكى مذهبه على أساس أن «حالات التنازع التى تقوم بين قوانين الولايات المتحدة المختلفة تفوق حالات التنازع التى تقوم بين قوانين الدولة ذاتها وبين قوانين الدول الأجنبية سواء من حيث العدد أو من حيث الأهمية»<sup>(٨٣)</sup>.

٩٢. ويتطلب تأصيل هذه المسألة ضرورة استرجاع مفهوم التنازع الدولى للقوانين كما حددناه آنفاً، ثم محاولة تطبيق أحكامه على هذا الوضع لنرى فى النهاية هل يستجيب التداخل بين تشريعات الولايات المكونة للدولة لهذا المفهوم ومقتضياته أم لا؟ فنكون - كما ذكرنا سلفاً - بصدد تنازع بين القوانين فى الأحوال التى تنشأ فيها علاقات قانونية متبادلة بين أفراد يحملون جنسيات دول مختلفة، بما يعنى أن العلاقة القانونية محل النزاع تتضمن فى طياتها عنصراً أجنبياً ولو واحداً على الأقل. كما ذكرنا كذلك أن أول مفترضات تنازع القوانين وجود دول ذات سيادة تتمتع بالوصف التالى:

١ - توافر عناصر الدول الثلاثة من شعب وإقليم وسلطة سياسية. ٢ - التمتع

(٨٢) انظر:

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, op. cit., n° 114, p. 108 et s.

(٨٣) انظر د. فواد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، رقم ٥٤، ص ٥٧.

بوصف السيادة، ولا يتوافر هذا المفهوم إلا للدول التى تمنح جنسيات خاصة باسمها. ٣- التمتع بالاستقلال فى التشريع.

فإذا توافرت هذه المقومات لمجموعة من الوحدات، فإن المبادلات التى تنشأ بين الأفراد الذين ينتمون إليها تنطوى لا محالة على عنصر أجنبى، يعتبر بدوره المحرك الأساسى لتنازع القوانين.

٩٣. وبتطبيق هذه الشروط على الولايات المكونة للدول الاتحادية نجد أنه:

١- ينتفى عنها وصف الدول ذات السيادة التى تمنح جنسية باسمها على استقلال، وإنما الذى يمنح الجنسية هو الدولة الاتحادية.

٢- العلاقات التى تقوم بين الأفراد الذين ينتمون إلى هذه الولايات لا تنطوى على عنصر أجنبى، بسبب نشأتها بين أفراد يحملون جنسية واحدة. وطالما كانت العلاقات تباشر بين مواطنين لنفس الدولة، فليس هذا هو المجتمع الدولى للأفراد الذى يحكمه القانون الدولى الخاص.

٣- الأطراف المذكورون وإن كانوا ينتمون إلى ولايات مختلفة، فإن هذه الولايات لا تخرج عن كونها أجزاء من الدولة الاتحادية، ومن ثم ينتفى عن العلاقة وصف نشأتها بين أطراف تنتمى إلى دول مختلفة.

يضاف إلى هذا وذاك أنه ليس صحيحاً أن التنازع بين قوانين الولايات يفوق التنازع بين قوانين الدول من حيث العدد والأهمية، فالثابت أن أهمية التنازع الدولى للقوانين قد شغلت اهتمام المشرعين والقضاء والفقه فى مختلف الدول للتصدى لتنظيم هذه الظاهرة على النحو الأمثل، فى حين أن التنازع بين قوانين الولايات ليس إلا مشكلة محلية محدودة الأثر، وهو ما يعكس فى ذات الوقت كثرة حالات التنازع الدولى مقارنة بحالات التنازع الداخلى.

٩٤. وننتهى - على هذا النحو - إلى أن التنازع بين قوانين الولايات يعد من قبيل التنازع الداخلى للقوانين *Conflit interne des lois*، ولا يصدق عليه المفهوم الفنى للتنازع الدولى للقوانين *Conflit international des lois* وذلك حسب المستقر عليه فى القانون الدولى الخاص، ولذا تجب ملاحظة الآتى :

١- تتكفل القوانين الفيدرالية فى الدول الاتحادية بحل «التنازع المصغر» بين قوانين الولايات.

٢- تنازع القوانين الذى يثور بسبب العلاقات التى تنشأ بين الأفراد الذين ينتمون إلى الدول الاتحادية والأفراد الذين ينتمون لدول أخرى ينظر إليه على أنه تنازع بين قانون الدولة الاتحادية على وجه العموم وقانون الدولة الأخرى، فلو أن مصرياً تزوج أمريكية من ولاية نيويورك، ثم أرادت الزوجة التطليق من زوجها، فإن التنازع القائم يكون بين القانون الأمريكى والقانون المصرى، وليس تنازعا بين القانون المصرى وقانون ولاية نيويورك، فالولاية الأخيرة ليست دولة، والتنازع لا يثور إلا بين قوانين الدول.

٣- كما يتصور التنازع الداخلى بين قوانين الولايات في الدول الاتحادية، فإنه يتصور كذلك في حالة «ما إذا ضمت الدولة إلى إقليمها جزءاً من إقليم دولة أخرى. فقد ترى الدولة الضامة الإبقاء على القوانين التى كانت سارية في الإقليم قبل ضمه لفترة معينة، ومن هنا ينشأ التنازع الداخلى بين قانون الدولة صاحبة الولاية العامة والقوانين المحلية السائدة في الإقليم الجديد. وهو يعد تنازعا داخليا، على أساس أن القوانين المحلية التى كانت سائدة في الإقليم قبل ضمه تعد مع ذلك في حكم القوانين الوطنية، باعتبار أن امتداد سريانها بعد الضم قد تم بإرادة الدولة الضامة. وبهذه المثابة فهى لا تعد قوانين أجنبية»<sup>(٨٤)</sup>. وقد لا يدوم هذا التنازع طويلا، فقد ترى الدولة الضامة الانتظار حتى يألف سكان الإقليم المضموم قوانينها، ثم تقوم بتوحيد القوانين بعدها، وهو ما حدث فعلا في فرنسا عندما قامت بضم «الإلزاس واللورين سنة ١٩١٨ حيث استبقت في هاتين المقاطعتين القوانين الألمانية التى كانت نافذة فيهما... وقد ضاق نطاق هذا التنازع بعد سريان القانونين الفرنسيين المدنى والتجارى في الإقليمين السالفين منذ سنة ١٩٢٥»<sup>(٨٥)</sup>؛ فلم يدم هذا التنازع بين قوانين الدولة الضامة وقوانين الإقليم المضموم إلا سبع سنوات فقط.

#### المشكلة الثانية : عدم الاعتراف بالدولة

٩٥. قد تتواجد الدولة بعناصرها الثلاث: شعب وإقليم وتنظيم سياسى، ومع ذلك لا تعترف دولة القاضى بالدولة الأجنبية، ويتطلب هذا الوضع بحث

(٨٤) د. هشام صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة فى المبادئ العامة والحوال الوضعية المقررة فى التشريع المصرى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣، ص ٥٨، وانظر أيضا :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, n° 113, p. 107.

(٨٥) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٢.



مدى تأثير مشكلة عدم الاعتراف بالدولة على تنازع القوانين، هل يستوجب عدم الاعتراف بالدولة عدم الاعتراف بالقوانين الصادرة عنها بما يعدم تنازع القوانين من أساسه؟ أم تظل مشكلة التنازع قائمة رغم عدم اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية؟

٩٦. غير خاف أن الاعتراف بالدولة يكشف عن وجودها القانونى، فتغدو بهذا الاعتراف عضواً فى الجماعة الدولية، تتمتع بما يتمتع به أعضاؤها من حقوق وتلتزم بما يلتزمون به من واجبات. فالاعتراف بالدولة يعنى الاعتراف بنظامها السياسى وما يصدر عنها من قوانين، فى حين يعنى عدم الاعتراف بالدولة تجاهلها وتجاهل القوانين الصادرة عنها. وقد دأب الفقه على جحد تنازع القوانين بصفة مطلقة فى فرض عدم اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية بسبب عدم اكتسابها الشخصية القانونية الدولية، فطالما أن دولة القاضى لم تعترف بالدولة الأجنبية، وطالما أن من لوازم عدم الاعتراف إنكار القوانين الصادرة عن الدولة غير المعترف بها، فإنه لا يمكن تصور قيام تنازع بين قوانين دولة القاضى وقوانين الدولة غير المعترف بها. ويلحق بهذا الفرض - وفقاً لما يؤكد الفقه التقليدى - عدم الاعتراف بالتنازع بين قوانين الدول والعادات والتقاليد والأعراف السائدة فى المجتمعات البدائية كالقبائل والعشائر<sup>(٨٦)</sup>.

٩٧. وقد يؤدى الالتزام الصارم بهذه المفاهيم إلى نتائج غير منطقية تخل بالأمان القانونى وتهدر العدالة الدولية وتخالف الأهداف التى يسعى القانون الدولى الخاص إلى تقريرها، ففى قضية تتلخص وقائعها فى أن إنجليزياً تزوج أثناء عمله فى إفريقيا بامرأة تنتمى إلى إحدى القبائل الإفريقية وفقاً للقواعد والشكل المتعارف عليه فى القبيلة، وبعد فترة توفى الزوج بعد أن أنجب منها ولداً. لجأت الزوجة إلى القضاء الإنجليزى للمطالبة بحقوقها وحق وليدها فى التركة، إلا أن القضاء الإنجليزى رفض الاعتراف بوجود أى تنازع فى القوانين لانتماء الزوجة إلى مجرد قبيلة لا تتوافر لها الأوصاف اللازمة لقيام الدولة، فلا تنازع بين القانون الإنجليزى والعادات السائدة فى مجرد قبيلة. وقد استخدم القضاء الإنجليزى ألفاظاً شديدة القسوة والعنصرية للتعبير عن رفض هذا التنازع حين قرر أن زواج

(٨٦) انظر فى الإشارة لهذا الموقف فى الفقه والقضاء الفرنسيين التقليديين :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 112 et s., p. 105 et s.

الإنجليزى من امرأة متوحشة تنتمى إلى أمة متبربرة لا يثير تنازعا فى القوانين على اعتبار أن عادات الأمة المتبربرة لا تكتسب أى قيمة فى نظر القانون الإنجليزى، ثم انتهى الحكم إلى تطبيق القانون الإنجليزى بصفة مباشرة، واعتبر العلاقة الزوجية غير مشروعة، والولد غير شرعى بالتبعية بما يعنى عدم أحقية الزوجة ووليدها فى الميراث **Mariage d'un Anglais avec une femme sauvage en pays barbare - Observation de la coutume locale - Nullité** على الرغم من صحة الزواج وفقاً للشكل المحلى القبلى الذى تقرر فى ظله، وهو ما يتفق مع قاعدة الإسناد الإنجليزى ذاتها التى تقضى بخضوع الشكل لقانون بلد إبرامه<sup>(٨٧)</sup>.

٩٨. وإذا كان القضاء الإنجليزى قد ذهب إلى رفض تنازع القوانين بزعم عدم تصور التنازع بين القانون الإنجليزى والقانون العرفى للقبيلة، فإنه قد تجاوز هذا المفهوم بكثير إلى عدم الاعتراف بالعلاقة القانونية التى نشأت فى ظل القانون العرفى السائد فى القبيلة من حيث المبدأ. وإزاء هذا الوضع الجائر الذى ينافى أهداف القانون الدولى الخاص بميل الفقه الحديث إلى «تصور قيام التنازع بين مختلف النظم الدينية والقبيلة السائدة فى دول إفريقيا وآسيا متى كان ذلك لازماً لتحديد القاعدة الواجبة الاتباع على المراكز القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً»<sup>(٨٨)</sup>. وأكثر من ذلك فإن تنازع القوانين قابل «لأن يصدق على جماعات البدو الرحل أو القبائل... متى كان

---

(٨٧) وقد كان حرياً بالقاضى الذى أصدر الحكم أن يلتزم بقواعد الأدب القانونى، فإذا كانت العنصرية والغرور السياسى ينتاب بعض الدول، فالأصل ألا يمتد هذا الغرور إلى حقل العدالة. وربما استشعر القاضى هذه النتيجة، فانتهى فى نهاية حكمه إلى دعوة الورثة لكى يغطوا شينا للابن المولود خاصة وأنه - وعلى حد تعبير المحكمة - ابن من «أب قريب». والأحرى أن يعترف القضاء بصحة الزواج وأحقية الابن وأمه فى الميراث بدلا من وضعهم وضع المساكين تحت رحمة الورثة. وقد ورد فى هذا الحكم أن :

un mariage célébré à la mode des Baralougs n'a aucune valeur aux yeux de la loi anglaise; mais il a recommandé aux héritiers de M. Bethell (le père) de faire quelque chose pour l'enfant né de Teepoo (la mère) qui est, a-t-il dit, «d'enfant d'un proche parent».

وقد صدر هذا الحكم فى فبراير ١٨٨٨، راجعه منشوراً فى : *Clunet*. 1889, p. 129. (٨٨) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٦٥.

لها أعراف متعارف عليها فيما بينها تحكمها وتنظم حياتها»<sup>(٨٩)</sup>. بل إن جزءاً من الفقه يجاهر صراحة بأن عدم الاعتراف بالدولة لا ينزع عن قوانينها إمكانية الدخول في تنازع مع قوانين الدول الأخرى، بالنظر إلى اعتبارين<sup>(٩٠)</sup>:

**الاعتبار الأول :** الطبيعة القانونية للاعتراف، كأثر كاشف عن الوجود القانوني للدولة وليس منشئاً لها، فالدولة توجد من الناحية الفعلية بمجرد توافر عناصرها من شعب وإقليم وسلطة سياسية، والاعتراف لا يؤدي إلى إنشاء هذا الوجود وإنما إلى تقريره.

**الاعتبار الثاني :** دور القاضي في مجال تنازع القوانين، ومقتضاه أعمال قاعدة التنازع لاختيار القانون الأصلح. وطالما أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون معين، فإنه يتعين إعماله على أساس أنه الأصلح ولو كان قانون دولة لا تعترف بها دولة القاضي.

٩٩. والحقيقة أن إعمال هذا الرأي على إطلاقه قد يكون متعزراً في بعض الأحوال، فمن الصعب أن يقوم قضاة الدول العربية التي لم تعترف بإسرائيل بتطبيق القانون الإسرائيلي على الدعاوى التي ترفع أمامهم.

---

(٨٩) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ١٠٨، ص ١١٩ وما يليها؛ وانظر أيضاً: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٥، ص ٩ وما يليها حيث يقرر: «يجب أن يكون التنازع دولياً بمعنى أن يقوم بين قوانين دول مستقلة لكل منها تشريعها الخاص الذي أصدرته طبقاً لما تتمتع به من سيادة تشريعية، وليس شرطاً ضرورياً أن تكون هذه الدول قد اعترفت بعضها ببعض الآخر. فإذا تأتى وأن كان أحد القوانين المتنازعة أمام القاضي صادراً في دولة لم تعترف بها دولته، فإن ذلك لا يمنعه من أن يقدر ما إذا كانت حكومة هذه الدولة - غير المعترف بها - تمارس في إقليمها سلطة حقيقية وأنها تتمتع بهذه السلطة وتحوزها باعتبارها ذات سيادة حيازة هادئة مستمرة ثابتة لا لبس فيها ولا غموض، وإذا كانت حكومة القاضي قد امتنعت عن الاعتراف فقد يكون ذلك لأسباب سياسية لا تعنى إطلاقاً إنكار سلطة الحكومة الأجنبية في إقليمها، وفضلاً عن ذلك فإن الاعتراف في القانون الدولي العام إنما يفترض فقط أن حكومة ما تمارس سلطتها على شعب معين في إقليم محدود، والحكومات الأجنبية (التي تريد الاعتراف) ليست حكماً في مشروعية الحكومة الجديدة بحسب الدستور القائم في تلك الدولة المراد الاعتراف بها، فإذا كان ذلك كذلك بالنسبة لهذه الحكومات فليس للقاضي الداخلي من باب أولى أن يقدر تلك المشروعية».

(٩٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ١٠٨، ص ١١٩ وما يليها.

ونحن وإن كنا نميل نحو التوسيع من نطاق التنازع، وتصور قيامه بين مختلف القوانين مهما كانت الدول التي تنتمي إليها، فإننا نرى أنه لا مناص من الارتكان إلى السلطة التقديرية للقاضي الموضوع من أجل الموازنة بين تطبيق قوانين الدولة غير المعترف بها وبين مدى قبول المجتمع الداخلي لتطبيق قوانين هذه الدولة، بحيث إذا استشعر القاضي أن المجتمع الوطني سيقابل باستهجان تطبيق قوانين الدولة غير المعترف بها - كما هو الحال بالنسبة للقانون الإسرائيلي - فإنه يتعين الاعتداد بشرط الاعتراف بالدولة الذي يبدو في هذا الفرض من الشروط الأساسية لقيام تنازع القوانين، أما إذا تبين للقاضي قبول المجتمع الوطني لتطبيق القوانين الأجنبية للدولة غير المعترف بها، فإن عدم الاعتراف لا يشكل في هذه الحالة أى عقبة أمام قيام تنازع القوانين.

#### المشكلة الثالثة : عدم الاعتراف بالحكومة

١٠٠. لا تسير حياة الأمم على وتيرة واحدة، وإنما تتغير النظم السياسية من آن إلى آخر، وقد يصاحب هذا التغيير تغيراً فى الحكومات القائمة فى الدولة، وقد يكون هذا التغيير تلقائياً أو نتيجة لانقلاب عسكرى أو سياسى تكون من عواقبه سيطرة حكومة جديدة على مقاليد الحكم فى البلاد. ويقتضى الأمر حسم الخلاف حول تأثير عدم الاعتراف بالحكومة على تنازع القوانين. فإذا تغيرت الحكومة فى الدولة "أ" ولم تعترف بها الدولة "ب"، فهل يؤثر عدم الاعتراف بالحكومة على تنازع القوانين؟ وبعبارة أخرى، هل يقوم تنازع فى القوانين بين الدولة "أ" والدولة "ب" على الرغم من عدم الاعتراف بحكومة الدولة "أ"؟

١٠١. قد يؤدى عدم الاعتراف بالحكومة إلى قطع العلاقات الدبلوماسية معها، ولكنه لا يؤدى إلى إنكار الدولة الأجنبية ذاتها أو إنكار وجودها القانونى، فالحكومات تزول وتبديل فى حين أن الدول هى التى تبقى، والمعتاد أن :

- التنازع يثور بين قوانين الدول وليس بين قوانين الحكومات.
- القوانين تصدر باسم الدولة ولا تصدر باسم الحكومة.
- الحكومة الجديدة جاعت على قوانين معدة سلفاً بواسطة الحكومات السابقة.

ولما كان ذلك كذلك، فإن عدم الاعتراف بالحكومة لا يشكل فى حقيقته مشكلة أمام قيام تنازع بين قوانين دولة القاضي وقوانين الدولة الأجنبية غير المعترف بحكومتها.

## المفترض الثانى : اتصال العلاقة القانونية بقانون أكثر من دولة

١٠٢. لا يتصور قيام تنازع القوانين إلا إذا كانت العلاقة القانونية على اتصال بقانون دولتين على الأقل، ويتحقق هذا المفترض إذا تسلت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة، حيث تعد هذه الصفة هى الممييزة لعلاقات القانون الدولى الخاص مقارنة بالعلاقات الوطنية البحتة التى تتركز بمختلف عناصرها على الإقليم الوطنى، فالصفة الأجنبية هى المحرك الرئيسى لتنازع القوانين. ويختلف الحال إذا لم تتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر النزاع، إذ لا يكون هناك أى مجال لتنازع القوانين، لانعدام مفترض أساسى من مفترضات التنازع، وهو اتصال العلاقة القانونية بقانون دولتين على الأقل.

١٠٣. إن الصفة الأجنبية هى التى ترشح قانون أكثر من دولة لحكم النزاع. أما إذا لم توجد هذه الصفة فقد أضحى القانون الوطنى هو المرشح الوحيد لحكم العلاقة دون منازع، فلو أن مصرىاً من مدينة دمياط باع لمصرى آخر من مدينة الأقصر عقاراً فى مدينة طنطا التى تم إبرام العقد فيها، فإن هذا النزاع تتركز مختلف عناصره على الإقليم المصرى: طرفا العقد مصرىان، محل العقد عقار كائن فى مصر، سبب العلاقة وهو عقد البيع الذى تم إبرامه فى مصر، فالصفة الأجنبية لم تتسلل إلى أى عنصر، وبالتالي فليس هناك أى قانون مرشح لحكم العلاقة سوى القانون المصرى. أما إذا باع كندى إلى هندى عقاراً كائناً فى تايوان وتم إبرام العقد فى أندونيسيا، فإن الصفة الأجنبية قد طغت على مختلف عناصر النزاع: فالطرفان مختلفا الجنسية - كندى وهندى - ومحل النزاع عقار كائن فى دولة ثالثة، وسبب النزاع هو عقد البيع، تم إبرامه فى دولة رابعة. وبذلك يتبين أن الصفة الأجنبية كانت السبب الأساسى والوحيد لاتصال العلاقة القانونية بقوانين دول كندا والهند وتايوان وأندونيسيا، فقد ارتبطت قوانين الدول المشار إليها بالنزاع بروابط كافية تبرر ترشيح كل منها لحكم أى نزاع ينشأ عن هذا العقد، سواء تمثلت هذه الرابطة فى ضابط الجنسية أو موقع المال أو محل إبرام العقد.

١٠٤. ولا يلزم فى جميع الأحوال تسلل الصفة الأجنبية إلى عناصر العلاقة الثلاث، وإنما يكفى تسللها إلى عنصر ولو واحد فقط. فلو أن مصرىاً تزوج من بلجيكية فى مصر، ثم أرادت الزوجة التطلق من زوجها، فإن تنازعا فى القوانين ينشأ بين القانونين المصرى والبلجيكى لحكم دعوى التطلق استناداً إلى اتصال الصفة الأجنبية بعنصر الأطراف الذى جعل العلاقة على اتصال بقانون أكثر من دولة.

١٠٥. ويترتب الحكم السابق بصفة تلقائية بغض النظر عن مضمون القانون الأجنبي، أى بغض النظر عما إذا كان هذا القانون يقرر أحكاماً مختلفة أم متطابقة مع القانون الوطنى. ورغم ذلك يجعل البعض تنازع القوانين رهناً بوجود قواعد قانونية متباينة، فلا يتصور قيام التنازع - وفقاً لهذه الوجهة من النظر - إذا كانت القواعد التى تتضمنها القوانين التى تتصل بالعلاقة متماثلة فى أحكامها، وذلك بحجة أن «المفاضلة بين القوانين المختلفة المتصلة بالعلاقة تكون فى هذه الحالة غير ذات موضوع وبالتالي فلا مجال لقيام ظاهرة تنازع القوانين. وعلى ذلك فلا مجال لقيام تنازع بين القوانين إذا لم تكن القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة مختلفة عن بعضها البعض فى الدول المرشح قانونها لحكم العلاقة»<sup>(١١)</sup>. ويرد على هذا التصور بما يلى :

١- يلوح تنازع القوانين فى الأفق - بصفة تلقائية - بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر النزاع، فتصير العلاقة - بتطرق هذه الصفة - على اتصال بقانون دولتين على الأقل، وهو ما يعد كافياً لترشيح قانون هاتين الدولتين لحكم النزاع بغض النظر عن مضمونهما، مختلفين أم متطابقين.

٢- لا يمكن للقاضى أن يتعرف على مضمون القانون الأجنبي إلا بعد إعمال قاعدة الإسناد، فهل يكون منطقياً إذا وجد القاضى - من باب المصادفة - تطابقاً بين مضمون القانون الأجنبي والقانون الوطنى أن يتغاضى عن إعمال قاعدة الإسناد للعودة إلى الوراء ويقوم بتطبيق القانون الوطنى مع إهمال القانون الأجنبي؟! ليس معقولاً أن يلتزم القاضى بالتعرف على أحكام القانون الأجنبي قبل تطبيقها ثم مقارنتها بأحكام القانون الوطنى لينتهى إما إلى تطابقها وهنا يقوم - وفقاً لهذا رأى - بإهمال القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطنى، وإما إلى اختلافها، بما يعنى ثبوت الاختصاص التشريعى للقانون الأجنبي.

٣- ينطوى الرأى السابق على انتهاك لإرادة المشرع الوطنى، لأنه هو الذى حدد أسلوب اختيار القانون الواجب التطبيق، دون رهن إعمال قاعدة الإسناد بمضمون القانون الأجنبي.

(٩١) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ٥٤ وما يليها.

٤- من حق الدولة الأجنبية التي أشارت إليها قاعدة الإسناد أن تؤدي العدالة باسم قانونها ولو كان يتضمن - من باب الصدفة - أحكاماً مطابقة للأحكام المقررة في قانون القاضي.

٥- قد تتضمن قوانين الدول بعض الأحكام المتطابقة، بيد أن تفسيرها وتطبيقها يتم بأسلوب مختلف. وقد يكون للقضاء والفقه في ذلك آراء ومذاهب شتى، ولذا يحسن أداء العدالة بالتطبيق للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

### المفترض الثالث : تطبيق الدول لقوانين بعضها البعض

١٠٦. لم تكن المجتمعات القديمة تعترف بقوانين غيرها، إذ كان من المستحيل أن يقوم أي مجتمع بتطبيق القواعد المقررة في مجتمع آخر، وقد كان هذا المسلك نتيجة للعزلة التي تحياها الدول بعيداً عن بعضها البعض. وقد أكد هذا المنهج الانفرادي المفهوم المطلق للسيادة الذي يقضى بتطبيق قوانين الدولة على إقليمها على سبيل القصر، مع النظر لتطبيق القوانين الأجنبية على أنه انتقاص من سيادة الدولة وكرامتها.

١٠٧. وقد ساد هذا المذهب لفترات طويلة من عمر الإنسانية، حتى بدأت الأمم تتخلى عن تلك النظرة المتبادلة، عندما اكتشفت الدول أنها لا تستطيع أن تعيش في معزل عن بعضها البعض، ولذا بدأت الشعوب تدرك أنها في حاجة إلى التنقل والترحال، ولذلك كان من المحتم أن يصاحب هذا التغير الاجتماعي تغيير قانوني، فطالما تغيرت الظروف فلا بد أن تتغير القاعدة القانونية. ويستلزم هذا الوضع ضرورة تهيئة المناخ القانوني المناسب بالنظر للقوانين الأجنبية على أن لها قوة مساوية لقوة القوانين الوطنية. فقد مرت هذه القوانين - لدى إعدادها - بمراحل مساوية لمراحل إعداد القوانين الوطنية، ولذا يجب ألا تفقد القاعدة القانونية صفتها الملزمة بمجرد أنها عبرت الحدود.

١٠٨. إن تنازع القوانين وإن كان يفترض اتصال العلاقة القانونية بقانون أكثر من وحدة شرعية لها حق إصدار قوانين تمثل المجتمع الداخلي، فإن من مفترضات هذا التنازع أيضاً اعتراف كل وحدة بالقوانين الصادرة في الوحدات الأخرى، فلو أن العلاقة القانونية قد اتصلت بقوانين عدة دول دون أن تسلم الدول بتطبيق القوانين الأجنبية، لترتب على ذلك عدم إعطاء الفرصة لقيام تنازع القوانين من أساسه، وهو ما يؤدي إلى

مساواة العلاقات الدولية بالعلاقات الداخلية البحتة، إذ ستقوم كل دولة بتطبيق قوانينها بصفة مباشرة بغض النظر عن نوع العلاقة داخلية أم دولية وهو ما لا يجوز<sup>(٩١)</sup>.

#### عدم التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي

١٠٩. لاحظ البعض أن المشكلة التي ثارت منذ البداية كانت تتعلق بتحديد المحكمة المختصة، فتحديد هذه المحكمة كان يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الواجب التطبيق، على اعتبار أن «محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يطرح عليها من منازعات. ولم يكن من المتصور قيام أى تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققاً بين المحكمة المختصة والقانون الذى يحكم النزاع»<sup>(٩٢)</sup>. وقد تحقق هذا التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي لفترات سحيقة من عمر الإنسانية، فلم يكن يسلم القضاة بتطبيق قوانين الدول الأخرى. وقد ترتب على هذا التصور ما يلي :

١- وأد تنازع القوانين من أساسه، فلو استمر القاضى المصرى فى تطبيق القوانين المصرية على ما يطرح أمامه من منازعات دولية، ولو استمر القاضى الألمانى فى تطبيق القوانين الألمانية على المنازعات التى تطرح أمامه، ولو استمر القاضى الإنجليزى فى تطبيق القوانين الإنجليزية على المنازعات التى تطرح أمامه، لأدى ذلك إلى اختفاء ظاهرة تنازع القوانين وزوالها من الوجود. إن التلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي هو العدو للدود لتنازع القوانين، لما بينهما من علاقة عكسية، فإذا تحقق التلازم انعدم التنازع، وإذا تحقق التنازع انعدم التلازم، فالعلاقة بين التنازع والتلازم كالعلاقة بين الماء والنار، لا يتواجدان معاً، فكما يطفى الماء النار، يطفى التلازم التنازع.

٢- مساواة العلاقات الدولية بالعلاقات الداخلية البحتة، وقد سبق أن أكدنا عدم صحة هذا التصور، فالقواعد الداخلية وضعت لحكم المجتمع الداخلى بما يعنى عدم صلاحيتها لحكم المجتمع الدولى للأفراد، فلا يمكن مثلاً تطبيق القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية فى القانون الإنجليزى على المصريين المقيمين فى إنجلترا دون مراعاة انطواء العلاقة القانونية على عنصر أجنبى.

(٩٢) لمزيد من التفاصيل انظر سابقاً رقم ٣٨ وما يليها.  
(٩٣) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ٥٣.



١١٠. ولما وصلت الإنسانية إلى درجة من أفضل درجات تطورها القانونى كان لا بد من طرح مبدأ التلازم بين الاختصاصين القضائى والتشريعى لصالح عدم التلازم بين هذين الاختصاصين، فعدم التلازم هو الذى سيؤدى إلى اعتراف القاضى الوطنى بتطبيق القوانين الأجنبية. وهكذا يعتبر عدم التلازم بين الاختصاصين القضائى والتشريعى من أهم وأعظم النتائج التى يتأسس عليها القانون الدولى الخاص المعاصر، ومن مقتضياته الأساسية اعتبار تنازع القوانين مشكلة مستقلة تماماً عن مشكلة تنازع الاختصاص القضائى. ويترتب على ذلك أن «حل إحدى المشكلتين لا يحل المشكلة الأخرى، فلا يغنى تعيين المحكمة المختصة عن تعيين القانون الواجب التطبيق، كما لا يغنى بيان هذا عن بيان تلك، وبذلك توجد قواعد تنازع القوانين جنباً إلى جنب مع قواعد الاختصاص القضائى، ويصح أن تقضى هذه الأخيرة بعقد الاختصاص لمحكمة معينة، وتقضى تلك بعقد الاختصاص التشريعى لقانون آخر غير قانون هذه المحكمة، فلا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى»<sup>(٩٤)</sup>.

١١١. ويبرر كذلك عدم التلازم بين الاختصاصين القضائى والتشريعى «اعتبارات الملاءمة، التى تفرض تحديد الاختصاص القضائى انطلاقاً من معطيات ليست هى، بالضرورة تلك التى تراعى عند تحديد القانون واجب التطبيق. فقد تختص محكمة دولة معينة بنظر منازعات ليست بطبيعتها داخلية فى اختصاصها العادى، وإنما قرر الاختصاص مراعاة لاعتبارات الملاءمة وحسن أداء العدالة وتلافى تضارب الأحكام كما هو الحال فى فرض تعدد المدعى عليهم أو المسائل الأولية والدعاوى المرتبطة عموماً، ولا يمكن الاستناد إلى ذات الاعتبارات المذكورة لتقرير الاختصاص التشريعى لقانون الدولة التى ترفع أمام محاكمها. فقد يكون موضوع المنازعة عقداً ينتج أثره فى دولة أخرى ويرتبط بها من أكثر من وجه، على نحو يحسن معه اختيار قانونها لحكمه. أى أن اعتبارات الملاءمة تبرر عقد الاختصاص القضائى لمحاكم دولة، وتقرير واختيار قانون دولة أخرى ليكون واجب التطبيق»<sup>(٩٥)</sup>.

١١٢. وقد كان الاختلاف بين المشكلتين هو الدافع الأساسى لتبنى المشرع لمعايير مختلفة عند النهوض بحل كل ظاهرة، فالاعتبارات التى يراعيها المشرع عند حل تنازع القوانين تختلف تماماً عن الاعتبارات التى يراعيها عند حل تنازع الاختصاص القضائى، فالمشرع يوازن - لدى حل

(٩٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ٥، ص ٤.  
(٩٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، رقم ١١٤، ص ١٢٩.

مشكلة تنازع القوانين - بين تطبيق القانون الوطنى وتطبيق القانون الأجنبى، ولذا يتحتم أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون معين للفصل فى النزاع. وليس الحال كذلك لدى قيام المشرع بحل مشكلة تنازع الاختصاص القضائى، فهو لا يهتم إلا بتحديد الحالات التى تختص فيها المحاكم المصرية دون نظر لحالات اختصاص المحاكم الأجنبية. إن المشرع لا يتحتم عليه أن يحدد على سبيل الإلزام محكمة معينة للفصل فى النزاع، وإنما يقوم فقط بتحديد الحالات التى تختص فيها المحاكم الوطنية، بحيث إذا لم يكن النزاع داخلاً ضمن هذه الحالات وجب على القاضى الحكم بعدم اختصاصه، وتعين على المدعى البحث فى ضوابط الاختصاص القضائى المقررة فى قوانين الدول الأخرى للتعرف على محاكم الدولة التى يحتمل أن تختص محاكمها بنظر دعواه.

١١٣. وتجدر الإشارة إلى أن تعيين المحكمة المختصة يسبق - كما علمنا - تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا كان القاضى مختصاً بنظر الدعوى وفقاً لأحد ضوابط الاختصاص القضائى المقررة فى قانونه، انتقل إلى المرحلة التالية وهى تحديد القانون الواجب التطبيق. أما إذا لم يكن مختصاً، لم تكن هناك أى فائدة من القيام بتحديد هذا القانون، حيث لا يمكنه الفصل فى الدعوى لأنه غير مختص. ويدفعنا هذا الحكم إلى التأكيد على أن تحديد الاختصاص القضائى قد يغنى عن تحديد الاختصاص التشريعى فى الأحوال التى لا يكون فيها القاضى مختصاً بنظر الدعوى.

١١٤. وإذا كان عدم التلازم بين الاختصاصين القضائى والتشريعى يشكل أصلاً عاماً من الأصول المتعارف عليها فى مجال القانون الدولى الخاص، فإن قوانين بعض الدول قد تشهد استثناءات على هذا الأصل، فقد يجلب الاختصاص القضائى فى بعض الأحوال اختصاص التشريعى. من ذلك مثلاً ما تنص المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصرى حين تقضى بأن «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية، وذلك فى الأحوال الآتية: ... ٧- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان أجنبياً له موطن فى الجمهورية... إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى».

ويجد هذا التلازم أساسه فى رغبة المشرع فى كفالة تطبيق القوانين المصرية فى بعض الفروض، وهى الفروض التى يستوجب فيها حسن السياسة التشريعية اختصاص المحاكم المصرية بنظر بعض المنازعات، حتى يتأكد المشرع من تطبيق القوانين المصرية على الوجه الأكمل.

## الفصل الثانى

### ماهية قاعدة التنازع

١١٩. تمهيد وتقسيم : يتميز القانون الدولى الخاص عن غيره من فروع القانون الأخرى باختلاف قواعده تبعاً لاختلاف موضوعاته، فالمتعارف عليه مثلاً أن قواعد القانون المدنى تصطبغ بالصبغة الموضوعية لكونها تنطوى على أحكام مادية تتضمن حلولاً لموضوعية ومباشرة للفصل فى النزاع. والمتعارف عليه أيضاً أن قواعد كل من القانون التجارى وقانون العمل تتفق فى طبيعتها مع قواعد القانون المدنى لكونها جميعاً قواعد موضوعية. وتأتى - على العكس من ذلك - قواعد قانون المرافعات لاصطباغها بالصبغة الإجرائية، فهى التى تحدد إجراءات التقاضى أمام المحاكم وكيفيته. وإذا كان من الممكن تحديد الصفة الغالبة للقواعد التى تتضمنها فروع القانون الخاص بحسب ما إذا كانت موضوعية أم إجرائية، فإنه من المتعذر تحديد صفة ما لقواعد القانون الدولى الخاص لتكون هى الغالبة على نحو مطلق. ولا ترجع تلك الصعوبة إلى اتساع نطاق هذا القانون وتشعب موضوعاته فحسب، وإنما لاختلاف طبيعة القواعد المنظمة لهذه الموضوعات؛ فالقواعد التى تنطوى فى تنازع القوانين تختلف فى طبيعتها وخصائصها عن القواعد التى تنطوى فى تنازع الاختصاص القضائى الدولى، وتختلف هذه وتلك عن باقى قواعد القانون الدولى الأخرى التى تتسم بمضمون مادى مباشر مثل قواعد الجنسية ومركز الأجانب والتحكيم والتجارة الإلكترونية. والمستقر عليه فى علم القانون الدولى الخاص أن الوسيلة الفنية التى يتم اللجوء إليها لفض التنازع بين القوانين تسمى بقاعدة التنازع Règle de conflit أو قاعدة الإسناد Règle de rattachement، وهى قواعد من صنع المشرع الوطنى، يختلف مضمونها من دولة إلى أخرى، إذ يتولى مشرع كل دولة اعتناق الحلول التى يراها مناسبة لتحقيق الأهداف التى تسعى إليها السياسة التشريعية. وما يهمنا فى هذا المقام هو بيان ماهية قاعدة الإسناد التى تنطوى فى التنازع بين القوانين، ولبيان هذه الماهية يتطلب الأمر الحديث عن أركان قاعدة التنازع (المبحث الأول) وأوصافها (المبحث الثانى).

## المبحث الأول أركان قاعدة التنازع

١١٦. أشرنا سلفاً إلى أنه لا يوجد فارق في المفهوم بين مصطلحي قاعدة التنازع وقاعدة الإسناد، فهذا الوصف أو ذاك يطلق على القاعدة التي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنطوى على عنصر أجنبي، فهي تسمى بقاعدة التنازع؛ لأنها تتولى فض التنازع بين القوانين المرشحة لحكم العلاقة، وتسمى بقاعدة الإسناد؛ لأنها تتولى إسناد العلاقة لأكثر القوانين ارتباطاً بها. ويتعين حسم الجدل حول الآلية الفنية التي تمارس بمقتضاها قاعدة الإسناد عملها في حل تنازع القوانين. إن العلاقة القانونية إذا تركزت في إقليم دولة واحدة أضحي قانون هذه الدولة هو المرشح الوحيد لحكمها، أما إذا ارتبطت بقانون دولتين على الأقل ثار بين هذين القانونين تنازع لحكم العلاقة، حيث يجتذب كل منهما إياها لتخضع لحكمه، ثم يأتى بعد ذلك دور قاعدة الإسناد التي تفاضل بين هذه القوانين لاختيار أنسبها وإسناد العلاقة إليه.

١١٧. فلو أن روسية رفعت على زوجها اليوناني دعوى تطليق أمام القاضى المصرى، فإن إعمال القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ من القانون المدنى (يسرى على التطليق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى) يؤدى إلى حسم التنازع لصالح القانون اليونانى باعتبارده قانون جنسية الزوج. ويقتضى الأمر - رغم بساطة هذه القاعدة - تفصيل الحديث عن الأسلوب الذى يتم وفقاً له اختيار أنسب القوانين لحكم النزاع. ويضاف إلى ذلك أنه إذا كان لكل قاعدة أركان، فما هى أركان قاعدة التنازع؟ إن النظر إلى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ - المشار إليها - يبصر بأن لهذه القاعدة ثلاثة مفترضات رئيسية تشكل فى جوهرها أركانها الثلاثة : الفكرة المسندة وهى التطليق، وضابط الإسناد وهو الجنسية، والقانون الواجب التطبيق وهو قانون جنسية الزوج.

### الركن الأول : الفكرة المسندة Notion rattachée

١١٨. لا تقع الدعاوى تحت حصر: فمنها الدعاوى المسماة، ومنها الدعاوى غير المسماة. وتتمثل الفكرة المسندة فى موضوع النزاع المطروح أمام القاضى، حيث يتعين عليه أولاً أن يقوم بإسباغ الوصف القانونى المناسب على النزاع بحسب ما إذا كان زواجاً أو طلاقاً أو تطليقاً تمهيداً

لاختيار قاعدة الإسناد التي تناسبه. فإذا حدث نزاع بين رجل وامرأة بأن ادعت الأخيرة انتساب وليدها إلى الرجل بناء على عقد الزواج القائم بينهما، فإن التكييف القانوني لهذه الوقائع يوحى بأنها دعوى نسب، وبذلك تكون الفكرة المسندة هي دعوى النسب، وهو ما يقتضى إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالنسب من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

١١٩. ويطلق على الركن الأول من أركان قاعدة التنازع اسم «الفكرة المسندة» على اعتبار أنها الفكرة التي سيتم إسنادها - بمقتضى قاعدة التنازع - إلى القانون الواجب التطبيق. وقد جمع المشرع مختلف العلاقات القانونية وصنفها إلى طوائف كبرى ومتجانسة، تشترك مع بعضها في الطبيعة ثم قضى بخضوعها لقاعدة إسناد واحدة. وبعبارة أخرى، جرى المشرع على تصنيف المراكز القانونية «المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى فئات أو أفكار مسندة. تتضمن كل فئة أو فكرة مسندة منها المراكز القانونية المتشابهة. ويجرى المشرع على إسناد كل فئة من المراكز المتجانسة... إلى قانون معين، عن طريق أداة قانونية هي ضابط الإسناد، تعد بمثابة المرشد إلى القانون الواجب التطبيق»<sup>(١١)</sup>.

١٢٠. وقد صنف المشرع مختلف الأعمال القانونية إلى ثلاثة قوالب قانونية كبرى هي مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الأموال والالتزامات التعاقدية. كما أجرى تصنيفات أخرى فرعية داخل هذه القوالب الثلاثة الكبرى، فتم مثلاً تصنيف مسائل الأحوال الشخصية إلى موضوعات الأهلية وآثار الزواج والطلاق والتطليق والميراث وغيرها. وهنا يتجسد دور القاضي في تكييف وقائع الدعوى المطروحة أمامه ليرى هل تثير نزاعاً بشأن الأهلية أم آثار الزواج أم ميراث إلخ. فإذا تبين له أن وقائع الدعوى تشكل نزاعاً بشأن الأهلية قضى بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية، وإذا كانت ميراثاً قضى بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث وهكذا. ويعد تكييف الفكرة المسندة تمهيداً لاتصالها بقاعدة الإسناد التي تناسبها من أدق وأهم موضوعات القانون الدولي الخاص على حسب ما سيأتى بيانه لاحقاً<sup>(١٢)</sup>.

(٩٦) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٤.

(٩٧) لمزيد من التفاصيل عن التكييف في القانون الدولي الخاص انظر لاحقاً رقم ١٦٣ وما يليها.

## الركن الثانى : ضابط الإسناد Critère de rattachement

١٢١. يعد اتصال النزاع القانونى بعدة دول مبرراً كافياً لترشيح قوانين هذه الدول لحكم النزاع، فانتفاء الزوج بجنسيته إلى مصر يرشح القانون المصرى لحكم النزاع باعتباره قانون جنسية الزوج، وانتفاء الزوجة بجنسيتها إلى هولندا يرشح القانون الهولندى لحكم النزاع باعتباره قانون جنسية الزوجة، وإبرام العقد فى أسبانيا يرشح القانون الأسباني لحكم النزاع باعتباره قانون بلد إبرام العقد. وهنا يأتى دور قاعدة الإسناد لتباشر عملها عن طريق المفاضلة بين هذه القوانين لاختيار أنسبها. فوظيفة قاعدة الإسناد تتأسس فى جوهرها على المقارنة بين القوانين المرشحة لحكم العلاقة لاختيار أكثرها ملاءمة لحكم النزاع.

١٢٢. وقد أشرنا سابقاً إلى أنه يتعين الوصول إلى صيغة موضوعية ومجردة ترضى جميع الدول وتحقق التوازن بين مصالحها وأهدافها العليا، استجابة للعالمية الحلول التى يسعى القانون الدولى الخاص إلى تقريرها دون أن يترتب على هذه الصيغة الانتصار لمصالح بعض الدول على حساب البعض الآخر، وإلا لن يلقى الحل الذى ستشير إليه قاعدة الإسناد قبولا لدى جميع الدول. وقد تمثلت هذه الصيغة التى حفظت لقاعدة التنازع حياديتها وموضوعيتها فى منهج التركيز الموضوعى للروابط القانونية

### La localisation objective des rapports juridiques

١٢٣. ويتأسس منهج التركيز الموضوعى للروابط القانونية على النظر إلى مجموعة الروابط التى تربط النزاع بالدول صاحبة الشأن، ثم إجراء مقارنة بينها من أجل اختيار العنصر الذى يرتبط بالنزاع بأوثق الروابط Le rattachement le plus intense avec le repport ثم إسناد النزاع للقانون الذى يمثل هذا العنصر. فالعلاقة القانونية ذات الطابع الدولى لا بد وأنها تتصل بإحدى الدول أكثر من اتصالها بالدول الأخرى، وبالتالي يجب تغليب قانون هذه الدولة على باقى القوانين. وأساس الاختيار هو الاتصال الوثيق الذى يربط النزاع بهذه الدولة ويعبر عن أكثر العناصر ارتباطاً بها، ويطلق على هذا العنصر اسم ضابط الإسناد.

١٢٤. إن مشكلة تنازع القوانين ليست فى حقيقتها إلا مشكلة اختيار بين القوانين المرشحة لحكم العلاقة<sup>(٩٨)</sup> un problème de choix, un

problème d'option، ولذا يجب أن يتقرر الاختيار بربط العلاقة القانونية بأكثر الدول ارتباطاً بها، عن طريق تركيزها للتعرف على العنصر الذى يشكل مركز الثقل centre de gravité ثم إسنادها لقانون الدولة التى يقع فيها هذا المركز. فالروابط التى تربط النزاع بعدة دول ليست جميعها على نفس الدرجة من الأهمية، فهناك روابط أشد قوة، وروابط قوية، وروابط ضعيفة. ويقتضى منهج التركيز الموضوعى للروابط القانونية ضرورة إسناد النزاع للدولة التى يرتبط بها بالروابط الأشد قوة، وتتقرر هذه الآلية بمقتضى ضابط الإسناد الذى يعتبر بمثابة همزة الوصل أو جسر الاتصال بين الفكرة المسندة والقانون الواجب التطبيق.

١٢٥. وهكذا تتأسس فلسفة الاختيار على وضع القوانين المرشحة لحكم العلاقة على قدم المساواة بحيث تتساوى حظوظ كل منها فى التطبيق على اعتبار أن قاعدة التنازع تقيم بينها - وكما سبق أن أشرنا - منافسة متكافئة<sup>(٩٩)</sup> une compétition de type égalitaire دون انحياز للقانون الوطنى لمجرد أنه وطنى، ودون تحامل على القانون الأجنبى لمجرد أنه أجنبى. ولما كانت قاعدة التنازع تساوى بين جميع القوانين المرتبطة بالنزاع، فإن اختيارها للقانون الواجب التطبيق يتأسس على أسلوب موضوعى، وهو اختيار القانون الذى يملك أقوى رابطة بالنزاع.

١٢٦. ويمكن تشبيه ارتباط النزاع بعدة دول بنظام درجة القرابة بالنسبة للمتوفى، فالورثة لا يرتبطون بالمتوفى بنفس درجة القرابة، فهناك قرابة من الدرجة الأولى والثانية والثالثة وهناك حاجب ومحجوب وهكذا. وكما توجد قرابة من الدرجة الأولى بين الوارث والمتوفى، توجد أيضاً قرابة من الدرجة الأولى بين النزاع ودولة من الدول، وكما توجد قرابة من الدرجة الثانية بين الوارث والمتوفى توجد كذلك قرابة من الدرجة الثانية بين النزاع وإحدى الدول، وكما تحجب القرابة من الدرجة الأولى بعض الورثة عن الميراث، تحجب قرابة الدولة للنزاع من الدرجة الأولى ما دون ذلك من الدرجات.

١٢٧. وربما يثور التساؤل عن كيفية الخروج من هذا الإطار النظرى التجريدى نحو صياغة قواعد عملية تساهم فى الوصول إلى حلول عامة

(٩٩) انظر :

Francescakis, Lois d'application immédiate et règles de conflits, *op. cit.*, p. 693.

لمعرفة العنصر الذى يشكل مركز الثقل على وجه التحديد. كيف يمكن الربط - بشكل عملى - بين العلاقة القانونية وأحد القوانين المرشحة لحكمها؟ وبعبارة أخرى وفقاً لأى ضابط من ضوابط الإسناد يتم تفضيل نظام قانونى على حساب الآخر؟ للإجابة على مختلف هذه التساؤلات، وليبيان آلية الإسناد، فقد تقرر أنه إذا كان التركيز الموضوعى للروابط القانونية يتطلب تحليل هذه الروابط لمعرفة العنصر الذى يتصل بالنزاع بأوثق الروابط والذى يعرف بمركز الثقل، وإذا كانت أى علاقة قانونية تتضمن - بغض النظر عن نوعها - ثلاثة عناصر هى الأطراف والمحل والسبب، فقد استقر علم القانون الدولى الخاص على ما يلى<sup>(١٠٠)</sup>:

#### ١ - عنصر الأطراف هو ضابط الإسناد فى مسائل الأحوال الشخصية

١٢٨. يتأسس اختيار الأطراف كضابط للإسناد فى مسائل الأحوال الشخصية على اعتبار أن الأطراف هم مركز الثقل فى مختلف الموضوعات المكونة لهذه المسائل كالزواج والطلاق والتطليق والولاية والوصاية والميراث وغيرها. فالزواج والزوجة مثلاً هما الأبرز من بين عناصر عقد الزواج؛ ولذا يتعين الأخذ بضابط يتصل بعنصر الأطراف لدى تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن أى منازعة بخصوص الزواج مثل اللجوء لقانون جنسية أحد الطرفين أو قانون موطنه. والمعتاد فى النظم اللاتينية هو اختيار قانون الجنسية لحكم مختلف مسائل الأحوال الشخصية، والسائد فى التنظيم الأجلوسكسونية هو اختيار قانون الموطن. وهكذا يعتبر الموطن أو الجنسية (ضابط الإسناد) هو همزة الوصل بين مسائل الأحوال الشخصية (الفكرة المسندة) والإشارة إلى تطبيق قانون الموطن أو الجنسية (القانون الواجب التطبيق).

#### ٢ - عنصر المحل أو الموقع هو ضابط الإسناد فى مجال الأموال

١٢٩. لا شك أن المال - عقاراً كان أم منقولاً - يرتبط بموقعه أكثر من ارتباطه بأى عنصر آخر، فالدولة فى النهاية ما هى إلا مجموعة من العقارات تشكل فى مجملها المساحة الإجمالية للعقار الأكبر وهو الإقليم المكون للدولة، ويعتبر هذا الأخير مهبط سيادة الدولة ومناط وجودها، ولذا

(١٠٠) انظر سابقاً رقم ٤١ وما يليها. وانظر أيضاً رسالتنا للدكتوراد:

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale,  
op. cit., n° 194, p. 93.



يكون طبيعياً أن تخضع جميع المعاملات القانونية الواردة على الأموال لقانون موقعها، ليس فقط تحقيقاً لمقتضيات السيادة وإنما لأن عنصر الموقع هو أشد العناصر ارتباطاً بالنزاع. إن عنصر الموقع فى مسائل الأموال يحتل نفس المكانة التى يحتلها ضابط الجنسية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، حيث يعتبر كل منهما مركزاً للثقل فى المجال الذى يسود فيه؛ فلو أن كندياً باع لإيطالى عقاراً يملكه فى اليونان بعد إبرام العقد فى أسبانيا، فإن هذه العلاقة تتصل بقوانين أربع هى القانون اليونانى (قانون موقع العقار)، القانون الكندى (قانون جنسية البائع)، القانون الإيطالى، (قانون جنسية المشتري)، القانون الأسبانى، (قانون بلد إبرام العقد). ومع ذلك فمن غير المتصور خضوع أى نزاع ينشأ عن هذا العقد لغير القانون اليونانى، لأنه القانون الذى يشكل مركز الثقل بسبب امتلاكه لأشد الروابط مع النزاع، فى الوقت الذى يعتبر فيه ارتباط القوانين الثلاثة الأخرى بالنزاع ارتباطاً أقل قوة، فلو وضع ضابط الموقع مع ضابط الجنسية مع ضابط بلد الإبرام فى ميزان واحد، لرجحت كفة ضابط الموقع.

وهكذا يعتبر الموقع (ضابط الإسناد) هو همزة الوصل بين مسائل الأموال (الفكرة المسندة) والإشارة إلى تطبيق قانون الموقع (القانون الواجب التطبيق).

### ٣- عنصر السبب أو الإرادة هو ضابط الإسناد فى الالتزامات التعاقدية

١٣٠. من مقتضيات اعتبار عنصر السبب أو الإرادة بمثابة مركز الثقل فى مسائل الالتزامات التعاقدية ضرورة البحث عن ضابط إسناد مستمد من هذا العنصر ثم إلصاق النزاع به. وقد استقر رأى على أن هذا الضابط هو إرادة المتعاقدين ذاتها، لأنها هى الأساس فى مجال التعاقد، فالإرادة المشتركة للمتعاقدين بما لها من سلطان هى التى أنشأت العقد، ولذا فقد انعقد الإجماع على ترك الحرية للمتعاقدين فى اختيار القانون الواجب التطبيق على أى منازعة ناتجة عن تنفيذ العقد. والغالب أن يتجسد اتفاق المتعاقدين على اختيار هذا القانون فى مجرد بند من بنود العقد، وقد يرد فى اتفاق مستقل على حسب الأحوال، وهنا يسمى القانون المختار بقانون الإرادة. وقد يحدث ألا يتفق المتعاقدان على تحديد القانون الواجب التطبيق سواء عن قصد أو عن سهو، ولذا ينهض مشرع كل دولة بتقرير حلول احتياطية لمواجهة هذا الفرض، من ذلك مثلاً ما هو مقرر فى المادة ١/١٩ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن «يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن

اختلفا موطناً سرى قاتون الدولة التى تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قاتونا آخر هو الذى يراد تطبيقه».

وهكذا تعتبر الإرادة (ضابط الإسناد) هى همزة الوصل بين الالتزامات التعاقدية (الفكرة المسندة) والإشارة إلى تطبيق القانون المتفق عليه (القانون الواجب التطبيق).

### الركن الثالث : القانون الواجب التطبيق Le droit applicable

١٣١. تحديد القانون الواجب التطبيق هو النتيجة المنطقية لإعمال الركنين الأول والثانى من أركان قاعدة النزاع. والحقيقة أن الوصول للقانون الواجب التطبيق وفقاً لمنهج التركيز الموضوعى للروابط القانونية عن طريق ربط النزاع بالقانون الذى يمتلك مركز الثقل يلبي متطلبات القانون الدولى الخاص، وذلك على النحو التالى :

١ - حل النزاع بين القوانين وفقاً لهذا الأسلوب يرضى جميع الدول ويحقق للقانون المختار أكبر قسط من الفاعلية والاحترام على المستوى الدولى، وأساس ذلك أن الاختيار قد تقرر بأسلوب محايد ودون انحياز لقانون على حساب الآخر، بل ومع معالجة القانون الأجنبى على قدم المساواة مع القانون الوطنى، ثم الاختيار بينهما بطريقة مجردة، بما يحقق فى النهاية التعايش المشترك بين النظم القانونية. إن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يتقرر بصفة عشوائية، وإنما وفقاً لمنهج التركيز الموضوعى، ولاشك أن «اتباع هذا المنهج التحليلى الذى يستند إلى المنطق العلمى هو الذى يفسر تشابه الكثير من حلول النزاع المقررة فى الأنظمة القانونية الداخلية المختلفة على نحو دفع البعض إلى حد الاعتقاد بارتداد هذه الحلول المتشابهة إلى العرف الدولى بوصفه مصدراً لها»<sup>(١٠١)</sup>.

٢ - يكفل الاختيار السابق - بالإضافة إلى ذلك - للأحكام القضائية أكبر قسط من الفاعلية والاحترام على المستوى الدولى، فالسائد أن الدول لا تقف عقبة أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة فى الدعاوى التى اتباع منهج التركيز الموضوعى فى شأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها. فكما أن هذا المنهج أداة فنية فعالة لتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية، فإن ما يبرز أهم ملامح التعايش هو تعاون الدول فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية.

(١٠١) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٦.

٣- يساهم منهج قاعدة التنازع المزدوجة - وبقوة - فى استمرار تدفق الأفراد باطراد عبر الحدود دون أن يخشى أى منهم التطبيق المباغت لقانون غير متوقع. فمن الأهداف الرئيسية التى يسعى إليها قانون التنازع تحقيق الأمان القانونى وتلبية التوقعات المشروعة للأفراد، فإذا كان كل فرد على يقين بأن أى علاقة سيكون طرفاً فيها سيتم حلها بطريقة مجردة ومحيدة وفقاً لمنهج التركيز الموضوعى الذى يتأسس على العدالة المجردة، فإن ذلك سيساهم بدون شك فى إنشاء مناخ قانونى دولى آمن ينعم فيه الأفراد بالحماية القانونية المنشودة.

١٣٢. وإذا كان ذلك كذلك، وإذا كانت قاعدة التنازع تقيم منافسة متكافئة ومشروعة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى، بحيث تتساوى حظوظ كل منهما فى التطبيق، ٥٠% للقانون الوطنى و ٥٠% للقانون الأجنبى، فلا يهم بعد ذلك صفة القانون المشار إليه، فقد تشير هذه القاعدة إلى تطبيق القانون الوطنى، وقد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبى، حيث يتناصف حظ كليهما فى التطبيق كما أشرنا، وينتج عن ذلك أنه لا يستطيع أحد التدخل فى آلية الإسناد لترجيح كفة الميزان لصالح القانون الوطنى أو إبعادها عن القانون الأجنبى. فإذا أشارت قاعدة الإسناد لتطبيق قانون معين، فإن إشارتها تتقرر وفقاً لمنهج موضوعى، ولذا يجب احترام حكمها سواء أكان القانون المشار إليه وطنياً أم أجنبياً.

١٣٣. ولا تنتهى مهمة قاعدة الإسناد بمجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، فليس بكاف فى بعض الأحوال أن «تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً يشير إلى القانون الواجب التطبيق، بل يتعين أيضاً تحديد اللحظة التى يجب فيها أعمال هذا الضابط، وذلك أن العلاقات القانونية التى تتكفل بتنظيمها قواعد الإسناد قد تمتد خلال فترة معينة من الزمن، وقد يطرأ على ضابط الإسناد تغيرات عديدة خلال هذه الفترة. ومن ثم يتعين تحديد وقت معين دون غيره يعتد فيه بالضابط الذى تقرر إعماله»<sup>(١٠٢)</sup>. والأمثلة على ذلك كثيرة وعديدة، خاصة فى الفروض التى يعتق فيها المشرع الجنسية كضابط للإسناد فى مسائل الأحوال الشخصية. فالمطالع لنص المادة ١/١٣ من القانون المدنى يجد أنها تقرر سريان «قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يربتها عقد الزواج، بما فى ذلك

(١٠٢) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، رقم ٧٨، ص ٨٢.

من أثر بالنسبة إلى المال». فاللحظة التي يعتد بها في تحديد الجنسية التي يعول عليها كضابط للإنسان هي لحظة انعقاد الزواج، بحيث لو كان الزوج مصرياً في تلك اللحظة، فإن القانون المصري هو الذي يسرى ولو تغيرت جنسيته فيما بعد. ولمزيد من الإيضاح نقرر أنه إذا كان الزوج مصرياً لحظة انعقاد الزواج في ١/١/٢٠٠٠ ثم فقد جنسيته المصرية، وحدثت منازعة على آثار الزواج في ١/١/٢٠٠٩، فإن القانون المصري هو الذي يحكم آثار الزواج على اعتبار أن الزوج كان مصرياً وقت انعقاد الزواج، ولو لم يكن كذلك وقت حدوث المنازعة. والمطالع لنص المادة ٢/١٣، يجد أنها تعتد بتوقيت آخر للجنسية كضابط للإنسان في مسائل الطلاق والتطليق، حيث تقرر «أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى». فالطلاق يخضع لقانون جنسية الزوج وقت إيقاعه، وتطبيقاً لذلك، إذا كان الزوج مصرياً في هذه اللحظة فإن القانون المصري هو الذي يسرى، ولو لم يكن كذلك وقت انعقاد الزواج. أما إذا كان الزوج أجنبياً لحظة إيقاع الطلاق فإن قانون جنسيته الأجنبية هو الذي يحكم أية منازعة بشأن ذلك الطلاق، ولو كان هذا الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج. وهكذا الحال في شأن التطليق والانفصال الجسماني ومختلف ضوابط الإسناد الأخرى التي يعتد فيها المشرع بتوقيت معين.

### أنواع ضابط الإسناد

١٣٤. تتعدد ضوابط الإسناد بتعدد المصالح التي ينظمها القانون الدولي الخاص، فهناك ضابط الإسناد المفرد أو البسيط، وضابط الإسناد التوزيعي، وضابط الإسناد التخييري، وضابط الإسناد الاحتياطي<sup>(١٠٣)</sup>.

#### ١- ضابط الإسناد المفرد أو البسيط Rattachement simple

١٣٥. يمثل ضابط الإسناد المفرد أو البسيط الوضع العادي والغالب في مجال الإسناد، ويكون ضابط الإسناد مفرداً أو بسيطاً إذا كان لا يتضمن إلا معياراً واحداً لتعيين القانون الواجب التطبيق كالجنسية أو الموقع. ومن أمثلة ذلك: القاعدة المنصوص عليها في المادة ١/١١ من القانون المدني

(١٠٣) لمزيد من التفاصيل عن هذه الضوابط انظر رسالتنا للدكتوراه :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op. cit.*, n° 216 et s., p. 100 et s.

التي تقضى بأن «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم». ومن أمثلة ذلك أيضاً القاعدة الواردة في المادة ١٨ من ذات القانون والتي تنص على أنه «يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار». فالمثالان المذكوران لا يعتدان إلا بضابط واحد فقط لتحديد القانون الواجب التطبيق؛ الجنسية بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأهلية ومن ثم تخضع لقانون جنسية الشخص، والموقع بخصوص المنازعات الواردة على العقار، وتخضع لقانون هذا الموقع. ويتم الاهتمام لهذا النوع من الإسناد بأعمال منهج التركيز الموضوعي للروابط القانونية بواسطة ربط النزاع بالدولة التي يتركز فيها مركز الثقل على حسب ما أوضحنا سلفاً.

## ٢- ضابط الإسناد التوزيعي أو الموزع Rattachement distributif

١٣٦. قد يرتبط النزاع القانوني بأكثر من دولة بروابط متساوية من حيث الأهمية على النحو الذي يصعب معه تفضيل قانون دولة على حساب الأخرى، فيعتبر مركز الثقل وكأنه موزع على عدة دول، وبالتالي يتعذر ربط العلاقة القانونية بدولة واحدة على سبيل الأفراد. وإذا كانت الحلول التي يتبناها القانون الدولي الخاص تتأسس على العدالة المجردة التي تستجيب لمتطلبات جميع الدول، فيكون من غير الملائم الاحتياز لنظام قانوني على حساب الآخر طالما أن كليهما يرتبط بالنزاع بروابط متساوية. ولمزيد من الإيضاح نفترض أن شاباً مصرياً أراد الزواج بفتاة فرنسية، فمن الطبيعي أن يتكفل القانون المصري بتحديد الشروط اللازمة في الشاب ليكون زوجاً كتحديد سن الزواج مثلاً، ومن الطبيعي أن يتكفل القانون الفرنسي بتحديد الشروط اللازمة في الفتاة لتكون زوجة، كتحديد سن الزواج أيضاً. وبذلك يتضح تعادل أهمية القانون المصري مع أهمية القانون الفرنسي، وكأننا أمام مركزي ثقل أحدهما مصري والآخر فرنسي. فمن غير المعقول أن يضطلع القانون المصري بتحديد الشروط الموضوعية اللازم توافرها في الأجنبي ليكون أهلاً لإبرام عقد الزواج، ومن غير المعقول أن يقوم المشرع الأجنبي بتحديد الشروط الموضوعية اللازم توافرها في الشخص المصري ليكون أهلاً لإبرام الزواج، فتلك مسألة يقوم بها مشرع كل دولة على استقلال.

١٣٧. ولمواجهة هذا الفرض تحديداً كان ضابط الإسناد التوزيعي، ومن تطبيقاته نص المادة ١٢ من القانون المدني الذي ينص على أنه «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من

الزوجين». وتأسيساً على ذلك، يكفي لإعمال هذا الضابط أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الشخصي، وهو ما يعرف اصطلاحاً بالتطبيق الموزع أو التوزيعي لضابط الإسناد. ويسمى التطبيق توزيعياً لأن ضابط الإسناد يقوم بتوزيع الاختصاص التشريعي على القوانين المرشحة لحكم العلاقة، ليحكم كل منها الجزء الذي يقع تحت سلطانه، وبالتالي يكتفى بسريان القانون المصري على الزوج المصري كما يكتفى بسريان القانون الفرنسي على الزوجة الفرنسية، ليتولى كل قانون - في حدود اختصاصه - تحديد الشروط اللازمة في الشخص ليصير أهلاً للزواج<sup>(١٠٤)</sup>.

### ٣- ضابط الإسناد التخييري Rattachement alternatif

١٣٨. قد يغلب المشرع طابع التيسير في بعض الأحوال فيقرر جمع القوانين المرشحة لحكم العلاقة مع الاكتفاء بسريان أحدها فقط على سبيل الاختيار. فالأصل أن هذه القوانين لا تتساوى في مبلغ صلتها بالنزاع، حيث لا تشكل جميعها مركزاً للثقل متساوى الأهمية كما في حالة الإسناد التوزيعي، وإنما اعتبارات التيسير هي التي دفعت المشرع إلى تحديد مجموعة من القوانين لاختيار أحدها لحكم النزاع. ويعتبر نص المادة ٢٠ من القانون المدني هو المثال الشهير على الإسناد الاختياري، ويقضى بأن «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك».

١٣٩. فالمقرر أن مسائل الشكل لا تتصل ببواطن الأمور، ولذا فقد جمع المشرع في هذا النص مجموعة القوانين التي ترتبط بالنزاع وهي:

- ١- قانون بلد إبرام العقد.
- ٢- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
- ٣- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين
- ٤- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

ليتقرر كفاية انعقاد الشكل صحيحاً وفقاً لأحد هذه القوانين ولو لم يكن كذلك وفقاً للقوانين الأخرى. إن تطبيق القوانين المشار إليها لا يتقرر على سبيل

(١٠٤) انظر :

Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, op, cit., 353, p. 205 et s.

الإلزام، وإنما يكفي انتقاء أحدها وإهمال الباقيين، ومن المنطقي أن يقع الانتقاء على القانون الذي يقرر صحة التصرف مع إهمال الذي يقضى ببطلانه. فالغاية الأساسية من الإسناد الاختياري هي الرغبة في عدم وقوف الشكل عقبة أمام صحة التصرفات القانونية.

١٤٠. ويعد ضابط الإسناد التخييري عكس ضابط الإسناد البسيط أو المفرد، فإذا كان الضابط الأخير يتأسس على معيار وحيد كالجنسية أو الموقع، فإن ضابط الإسناد التخييري ينهض على تبنى المشرع لعدة معايير جملة واحدة كالجنسية والموقع ومحل الإبرام، ليتقرر سريان أحدها فقط على سبيل الاختيار. والملاحظ في الإسناد التخييري سعى المشرع لتحقيق غاية مادية معينة قد لا يستطيع الوصول إليها بإعمال ضابط الإسناد المفرد بسبب حياد وموضوعية هذا الأخير. فإذا قيل - وفقاً لضابط الإسناد المفرد - بخضوع الشكل مثلاً لقانون بلد إبرامه فقط، فقد لا يعتبر هذا القانون شكل التصرف صحيحاً، وبالتالي سيعتبر الشكل عقبة أمام الهدف الأكبر الذي يسعى إليه القانون الدولي الخاص وهو كفالة تدفق الأفراد عبر الحدود، ولذا يلجأ المشرع - وصولاً لهذه الغاية المادية - إلى تقرير عدة قوانين ليكون الشكل صحيحاً وفقاً لأحدها فقط ولو كان باطلاً طبقاً للآخرين.

١٤١. وهكذا يعتبر ضابط الإسناد التخييري من أهم تطبيقات قاعدة الإسناد ذات الغاية المادية<sup>(١٠٥)</sup> *Règle de rattachement à caractère substantiel* فالفرض أن المشرع يبحث عن تحقيق غاية مادية معينة قد لا يتمكن - كما ذكرنا - من تحقيقها بالاعتماد على مصادفات قاعدة التنازع التي قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو إلى تطبيق القانون الأجنبي، ولذا يلجأ للبحث عن بدائل ليجد ضالته المنشودة في الإسناد التخييري. فالمشرع يريد مثلاً وبقدر الإمكان توسيع نطاق صحة التصرفات من حيث الشكل، ولذا فهو يخشى أن يقع التصرف باطلاً إذا تقرر إسناد الشكل لقانون واحد وفقاً لضابط الإسناد المفرد، ولهذا يلجأ وصولاً لصحة التصرف - وتلك هي الغاية المادية - إلى جمع القوانين المتصلة بالنزاع - قدر الإمكان - مع الاكتفاء بأن يكون التصرف صحيحاً استناداً لأحد هذه القوانين فقط ولو كان

(١٠٥) انظر رسالتنا للدكتوراه :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale. *op. cit.*, n° 216 et s., p. 100 et s.; v. aussi Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 269, p. 452.

باطلاً وفقاً للقوانين الأخرى. ويندر أن يكون التصرف باطلاً من حيث الشكل وفقاً لكل القوانين التي قررها المشرع إلا إذا كان جسيماً أو ظاهر البطالان.

#### ٤- ضابط الإسناد الاحتياطي Rattachement subsidiaire

١٤٢. قد يرتب المشرع في أحوال أخرى ضوابط الإسناد على سبيل التدرج، فيبدو الترتيب احتياطياً من حيث الأهمية، فيضع في المرتبة الأولى ضابط الإسناد الذي يرتبط بالنزاع بالروابط الأشد قوة، وفي المرتبة الثانية الضابط الذي يرتبط بالنزاع بروابط أقل، وهكذا. فالمشرع يرتب القوانين من حيث مبلغ صلتها بالنزاع، ليسرى أولاً القانون الذي يرتبط بالنزاع برابطة من الدرجة الأولى، فإذا تعذر ذلك، فيسرى القانون الذي يرتبط بالنزاع برابطة من الدرجة الثانية، فإذا تعذر تطبيق هذا الأخير، فيسرى القانون الذي يرتبط بالنزاع برابطة من الدرجة الثالثة وهكذا.

١٤٣. وقد اعتنق المشرع المصري منهج الإسناد الاحتياطي في نص المادة ١/١٩ من القانون المدني التي تقر بأن «يسرى 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 يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه». فقد رتب المشرع القوانين السابقة من حيث مبلغ صلتها بالنزاع على النحو التالي :

- ١- قانون الإرادة، وهو القانون المتفق عليه من قبل الطرفين لحكم العقد الدولي.
- ٢- قانون الموطن المشترك.
- ٣- قانون بلد إبرام العقد.

١٤٤. والذي يجب إدراكه أن هذا الترتيب وارد على سبيل الإلزام، بحيث إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، تعين تطبيق هذا القانون. وإذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، تقرر اللجوء إلى قانون الموطن المشترك. فإذا لم يكن للأطراف موطن مشترك، تم تطبيق قانون بلد إبرام العقد. وينتج عن ذلك أنه لا يصح اللجوء إلى الموطن المشترك إلا في حالة عدم وجود قانون الإرادة، كما لا يصح اللجوء لقانون بلد الإبرام إلا في حالة عدم وجود الموطن المشترك، وإلا ما اعتبر هذا الإسناد احتياطياً، فلا يلجأ إلى الاحتياطي إلا في حالة عدم وجود الأساس.

١٤٥. وعلة التدرج في ترتيب القوانين السابقة هي تجنب الوقوع في



فراغ قانونى دون تحديد قانون يختص بحكم النزاع، فقد سبق أن علمنا أن الإرادة هي مركز الثقل في مجال الالتزامات التعاقدية، بما يعنى ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون المناسب لحكم العقد. وقد يحدث - مع ذلك - ألا يتفق المتعاقدان على اختيار هذا القانون، ولذا - ولمواجهة هذا الفرض - يتعين أن يحدد المشرع - على سبيل الاحتياط - قانوناً بديلاً ليتم تطبيقه في حالة عدم وجود قانون الإرادة. وقد حدد المشرع هذا القانون فعلاً بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أى قانون الدولة التى يتوطنان بها معاً. وقد يحدث أن يتوطن كل متعاقد في دولة مختلفة، فلا يكون لهما موطن مشترك، بما يوجب تحديد قانون آخر بديل، وهو ما حدده المشرع بقانون محل الإبرام، وهنا تغلق الدائرة لمصلحة القانون الأخير، لأن العقد لا بد وأن يبرم على إقليم دولة معينة.

١٤٦. وبذلك يتجسد الفارق بين ضابط الإسناد الاختيارى أو التخييري وضابط الإسناد الاحتياطي، فترتيب القوانين في ضابط الإسناد الاختيارى ترتيب غير ملزم، على اعتبار أنه تخييري للقاضي، ليختار من بين القوانين التى يتضمنها القانون الذى يتفق تطبيقه مع المصالح الخاصة للأطراف، أما ترتيب القوانين في ضابط الإسناد الاحتياطي فهو ترتيب ملزم؛ فلا يصح اللجوء للقانون الثانى من حيث الترتيب إلا إذا لم يكن ممكناً تطبيق القانون الأول<sup>(١٠٦)</sup>.

## المبحث الثانى خصائص قاعدة التنازع

١٤٧. تعريف قاعدة التنازع : ليس عسيراً من خلال الاستعراض السابق تعريف قاعدة الإسناد بأنها القاعدة التى تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التى تنطوى على عنصر أجنبى. ويتضح من هذا التعريف أن دور قاعدة الإسناد يقتصر على الإرشاد إلى القانون الذى سيلجأ إليه القاضي ليستلهم منه الحل النهائى للنزاع، فقاعدة التنازع التى تقضى بسريان قانون جنسية المتوفى على الميراث (المادة ١٧/١ مدنى)، لم تحدد لنا من يرث، ومن لا يرث، ونصيب كل وارث، وإنما أرشدت - وهذا هو كل دورها - إلى القانون الذى سيتولى تنظيم مختلف هذه

(١٠٦) انظر رسالتنا للدكتوراه :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op. cit.*, n° 234 et s., p. 105 et s.

المسائل. فلو كان المورث مصرياً، فإن قاعدة الإسناد ترشد بذلك إلى القانون المصري، وإذا كان إيطالياً، فإنها ترشد بذلك إلى القانون الإيطالي وهكذا. وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أنه لا يوجد من الناحية الفنية - وكما ذكرنا غير مرة - أى فارق بين مصطلحي قاعدة الإسناد وقاعدة التنازع، فكلاهما يعبر عن القاعدة التى ترشد إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات التى تنطوى على عنصر أجنبي، غاية ما هنالك أنها اتصفت بقاعدة الإسناد، لأنها تتولى إسناد العلاقة القانونية محل النزاع إلى القانون الواجب التطبيق عليها، واتصفت بقاعدة التنازع، لأنها تتولى فض التنازع بين القوانين المرشحة لحكم هذه العلاقة.

١٤٨. وليس عسيراً كذلك من خلال هذا الاستعراض وصف قاعدة التنازع بمجموعة من الصفات أهمها أنها قاعدة غير مباشرة أو إرشادية، وأنها قاعدة غير محددة المضمون، وقاعدة مزدوجة، ومجردة، وأخيراً فهي قاعدة محايدة.

#### ١- قاعدة غير مباشرة أو إرشادية Règle indirecte ou indicative

١٤٩. تتولى الأحكام الموضوعية الواردة فى مختلف فروع القانون تنظيم النشاط الداخلى بصورة مباشرة، فإذا عرض على القاضى أى نزاع، قام مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون ذات الصلة، لينتهى بشأنها إلى حل نهائى وفاصل فى النزاع. فلو رفعت مصرية على زوجها المصرى دعوى تطبيق بسبب حبس هذا الأخير، فلاشك أن القاضى سيتجه مباشرة إلى إعمال قواعد المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية<sup>(١٠٧)</sup>، والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥<sup>(١٠٨)</sup>، على اعتبار أنه الواجب التطبيق بصفة مباشرة لنشوب النزاع بين مصريين، ولذا سيقوم مباشرة بتطبيق المادة ١٤ من القانون المشار إليه التى يجرى فحواها على أنه «لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التتطبيق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه». وإذا تأكد القاضى من تحقق الفرض الذى تتأسس عليه هذه القاعدة (حبس الزوج نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر) انطبق

(١٠٧) الوقائع المصرية - العدد ٦١ فى ١٥ يوليه ١٩٢٠.  
(١٠٨) الجريدة الرسمية - العدد ٢٧ (تابع) فى ٤ يوليه ١٩٨٥.

حكمها الذى تقرره وهو جواز التطلاق بناء على طلب الزوجة بعد مضى سنة من حبسه، فالقاعدة المذكورة تضمنت - بصفة مباشرة - ما هو كاف لحكم النزاع من مختلف جوانبه والفصل فيه.

١٥٠. ويختلف الحال إذا تسلبت الصفة الأجنبية إلى أحد طرفى العلاقة، بأن كانت الزوجة إيطالية مثلاً والزوج مصرياً أو كان كلاهما من الأجانب، حيث لن يلجأ القاضى مباشرة إلى المادة ١٤ من القانون المشار إليه على اعتبار أن علاقة التطلاق ليست بين مصريين، وإنما سيلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد من أجل مطالعة القاعدة الخاصة بالتطلاق لينتهى إلى تطبيق المادة ٢/١٣ من القانون المدنى التى تقرر خضوع التطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فجنسية الزوج إذن هى التى ستحدد القانون الواجب التطبيق، بحيث لو كان الزوج أجنبياً، تولى قاتون دولته حكم مدى حق الزوجة فى التطلاق لحبس الزوج، أما إذا كان مصرياً، فإن القاضى سيلجأ - فى المرحلة التالية - إلى إنزال حكم المادة ١٤ المذكورة آنفاً.

١٥١. وهكذا تتميز قاعدة الإسناد عن غيرها من مختلف القواعد القانونية الأخرى بأنها قاعدة إرشادية غير مباشرة، وتأتى الصفة الإرشادية على اعتبار أنها ترشد للقانون الذى يتضمن حل النزاع. فدور قاعدة التنازع يتجسد فى الدلالة على القانون الذى سيجد فيه القاضى الأحكام الموضوعية التى سيقوم بتطبيقها على الدعوى، ولا يمكن الاهتداء لهذا القانون إلا من خلال قاعدة الإسناد، وتأتى الصفة غير المباشرة على أساس أن قاعدة الإسناد لا تعطى حلاً للنزاع بصفة مباشرة، وإنما يتقرر هذا الحل بطريقة غير مباشرة وعلى مرحلتين :

المرحلة الأولى : استشارة قاعدة الإسناد كخطوة أولى ومنطقية للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، والمثال المتعلق بتطلاق الأجنبية من مصرى خير دليل على ذلك، فالقاعدة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ من القانون المدنى قد أشارت - وهذه هى المرحلة الأولى - إلى تطبيق قانون جنسية الزوج.

المرحلة الثانية : اللجوء إلى القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد لحكم النزاع القائم أمام القاضى، وهو فى المثال السابق قانون جنسية الزوج، الذى يتولى بيان شروط التطلاق وأحكامه، وما إذا كان من الممكن وصول الزوجة إليه أم لا.

١٥٢. ويتخذ البعض من هذه الآلية الإرشادية وغير المباشرة لقاعدة التنازع سبباً لتشبيه دورها بالدور الذى يلعبه مكتب الاستعلامات بمحطة

للسكك الحديدية والذي يلجأ إليه المسافر للاستعلام عن القطار الذي سيقله إلى وجهته التي يقصدها<sup>(١٠٩)</sup>.

## ٢- قاعدة غير محددة المضمون

١٥٣. ليس لقاعدة الإسناد مضمون مادي أو موضوعي محدد، وإنما الذي يتضمن هذا المضمون هو القانون الذي دلت عليه، فالقاعدة الواردة في المادة ٢/١٣ من القانون المدني المذكور آنفاً - والخاصة بالتطبيق - ليس لها مضمون مادي أو موضوعي يقرر مدى حق الزوجة في التطبيق من عدمه وإنما الذي يقرر هذا الحق هو القانون الذي أشارت إليه. وذلك بعكس المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي يدور مضمونها حول التطبيق بسبب حبس الزوج، ويتجسد هذا المضمون في جواز تطبيق الزوجة بسبب حبس الزوج المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر. ويدفعنا هذا التضاد إلى وصف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة مجوفة أو جوفاء، فارغة من المضمون المادي، كالكوب الفارغ من الماء. وأساس ذلك هو عدم اشتغال قاعدة التنازع على حكم مادي يستطيع القاضى تطبيقه مباشرة على النزاع من أجل الفصل فيه، فإعمال قاعدة الإسناد بمفردها لا يكفي للفصل في النزاع، وإنما يجب تطبيق القانون الذي أشارت إليه باعتباره القانون الذي يتضمن الأحكام الموضوعية المنهية للخصومة.

١٥٤. وبذلك يمكننا تشبيه الفارق في وظيفة المادتين ٢/١٣ من القانون المدني باعتبارها إحدى قواعد الإسناد، والمادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باعتبارها إحدى القواعد الموضوعية، وذلك على النحو التالي :

- المادة ١٤ تقول للقاضى - وهذا هو مضمونها المادي - : احكم بالتطبيق في حالة حبس الزوج.

- المادة ٢/١٣ تقول للقاضى - وهذا هو المضمون غير المحدد - : اذهب لقانون جنسية الزوج ليقول لك : هل تحكم بالتطبيق أم لا؟

فالقاعدة الموضوعية تشير على القاضى بفعل شيء أو الامتناع عن فعله، أما قاعدة الإسناد فهي تشير عليه بالقانون الذي سوف يقول له: افعل الشيء أو امتنع عنه.

(١٠٩) انظر :

## ٢- قاعدة مزدوجة Règle bilatérale

١٥٥. تقتصر قواعد الاختصاص القضائي على تحديد حالات اختصاص المحاكم المصرية دون أن تتعدى ذلك إلى تحديد حالات اختصاص المحاكم الأجنبية، وإلا انطوى ذلك على تعد على سيادة الدول الأجنبية. فإذا كان من غير المقبول أن يقوم المشرع الأجنبي بتحديد اختصاص المحاكم المصرية، فمن غير المقبول أيضاً أن يقوم المشرع المصري بتحديد اختصاص المحاكم الأجنبية. ولهذه الأسباب توصف قواعد الاختصاص القضائي بأنها - كما ذكرنا - قواعد مفردة الجانب، إذ ليس لها إلا وجه واحد، قوامه تحديد الحالات التي يختص فيها القضاء المصري بحكم المنازعات الدولية. ومن أمثلة ذلك القاعدة المنصوص عليها في المادة ٦/٣٠ من قانون المرافعات التي تنص على أنه «تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية... إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الجمهورية». وعلى ذلك لو كان الصغير مقيماً في مصر - في خصوص هذا الفرض - انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بدعوى النسب، أما إذا لم يكن مقيماً فيها، انتفى الاختصاص عن هذه المحاكم دون تجاوز لتحديد المحكمة المختصة في الدول الأجنبية.

١٥٦. ويختلف الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد في مجال تنازع القوانين، والتي توصف بأنها قاعدة مزدوجة، لكونها لا تقتصر على بيان حالات تطبيق قانون القاضى فحسب، وإنما تتعدى هذا الدور لبيان حالات تطبيق القانون الأجنبي، فالقاعدة المنصوص عليها في المادة ١/١١ من القانون المدني تقرر أن «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم»، وبذلك إذا كان الشخص مصرياً، تم تحديد أهليته وفقاً للقانون المصري، وإذا كان أجنبياً، تم تحديد أهليته وفقاً لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها. وهكذا يتأكد لنا أن قاعدة الإسناد تحمل في طياتها مضمونا مزدوجاً، قوامه إمكان تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي. ويبرر الصفة المزدوجة لقاعدة التنازع الحجتان الآتيتان :

١- تحديد الاختصاص القضائي يسبق تحديد الاختصاص التشريعي، فالقاضي ينتهي - في شأن الاختصاص القضائي - بمجرد رفع الدعوى إلى أحد أمرين :

أ - أن يكون غير مختص بنظر النزاع، وهنا لا تبدو أي حاجة لبحث الاختصاص التشريعي وتحديد القانون الواجب التطبيق لعدم الجدوى،

حيث يكفى - وكما سبقت الإشارة - الحكم بعدم الاختصاص لإنهاء الموضوع بالكامل.

ب- أن يكون القاضى مختصاً بنظر الدعوى، وهنا يلتزم بالفصل فيها وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، وهو ما يوجب أن تحدد له قاعدة الإسناد قانوناً معيناً - وطنياً كان أم أجنبياً - للفصل فى النزاع.

٢- تفرض فلسفة القانون الدولى الخاص ذاتها المضمون المزدوج لقاعدة التنازع، فهذه القاعدة تعد من أهم الوسائل الفنية المتعارف عليها لتحقيق أهداف القانون الدولى الخاص. إن قاعدة الإسناد «لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة، وهى تمكين القاضى الوطنى من فض المنازعات ذات الطابع الدولى، إذا هى اقتصررت على إيجاد حل للنزاع فى الحالات التى يكون فيها القانون الوطنى هو الواجب التطبيق إذ سيطرت على ذلك أن تكون قاعدة الإسناد عديمة الجدوى فى الحالات التى لا يكون فيها القانون الوطنى للقاضى هو الواجب التطبيق»<sup>(١١٠)</sup>، ومن ثم لن يتمكن القاضى من الفصل فى النزاع، وهو ما يعرقل الحياة الدولية ويعوق تطورها.

١٥٧. ويفسر لنا هذا الحكم ضرورة رجوع القاضى لقاعدة الإسناد لمعرفة حكمها تمهيداً للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، كما يفسر لنا أيضاً لزوم أن تكون قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة، لأنه من غير المتصور أن يقتصر نطاقها على تحديد حالات سريان القانون المصرى مع ترك القاضى فى حالة فراغ قانونى فى الأحوال التى لا يكون فيها هذا القانون واجب التطبيق. وبذلك تتأسس الصفة المزدوجة على قيام قاعدة التنازع بتحديد حالات سريان القانون الأجنبى إلى جانب قيامها بتحديد حالات سريان القانون الوطنى. وتأسيساً على ذلك يبرز لنا الفارق الجوهرى بين القاعدة المزدوجة والقاعدة المفردة الجانب، فالقاعدة المزدوجة هى القاعدة التى تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً، أما القاعدة مفردة الجانب فهى القاعدة التى تتولى تحديد حالات تطبيق قانون القاضى دون أى بيان عن حالات تطبيق القانون الأجنبى.

#### ٤- قاعدة محايدة Règle neutre

١٥٨. إن الصيغة الموضوعية التى ارتضتها كافة الدول لفض

(١١٠) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ٧٥.

التنازع الدولى بين القوانين هى وضع القانون الوطنى والقانون الأجنبى على قدم المساواة، بحيث تتناصف حظوظ كل منهما فى التطبيق، ٥٠% للقانون الوطنى و ٥٠% للقانون الأجنبى، فكما سيقوم القاضى المصرى بتطبيق القانون الأجنبى، سيقوم القاضى الأجنبى - فى كل دول العالم - بتطبيق القانون المصرى، فالمسألة لا تعبر عن مجرد اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإنما تتجسد فى الهدف الأساسى للقانون الدولى الخاص، وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية.

١٥٩. وإذا كان وجود قاعدة الإسناد يفترض تنازعا بين القوانين، فإن الأمر - رغم ذلك - لا يخرج عن كونه - من الناحية العملية - مفاضلة بين القوانين ذات الصلة للاهتمام إلى أفضل القوانين لحكم العلاقة، ولن يتأتى الوصول لهذه الأفضلية إلا من خلال معيار موضوعى محايد هو قاعدة الإسناد، التى لا تحابى قانون القاضى لمجرد أنه وطنى ولا تجوز على القانون الأجنبى لمجرد أنه أجنبى. ويمكن تشبيه صفة الحياد التى تتصف بها قاعدة الإسناد، بصفة الحياد التى يتصف بها الشخص، فالشخص يوصف بأنه محايد، إذا فصل بين متنازعين دون انحياز لأى منهما، وكذلك قاعدة الإسناد تفصل فى التنازع بين القانونين الوطنى والأجنبى دون انحياز لأى منهما.

#### ٥ - قاعدة مجردة Règle abstraite

١٦٠. تتصف قاعدة الإسناد بالتجريد لدى قيامها باختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة، والتجريد ليس مرادفاً للحياد، فإذا كان الحياد معناه مساواة قاعدة التنازع بين تطبيق القانون الوطنى وتطبيق القانون الأجنبى، فإن التجريد معناه صياغة قاعدة التنازع بالاستناد إلى عناصر النزاع ذاته، دون نظر لأية اعتبارات وطنية، فضابط الاختيار موضوع قاعدة الإسناد لا يتأسس على تحديد قانون «معين بالذات، وإنما معين بصفته فقط، فبدلاً من القول مثلاً بأن "العقارات الكائنة بمصر تخضع للقانون المصرى" نقول، وهذا هو التجريد فى صياغة ضابط الاختيار، "العقارات تخضع لقانون موقعها" أو "يسرى على المال العقارى قانون البلد الكائن به". وكذلك بدلاً من القول بأن "يسرى على الحالة المدنية للمصريين وأهليتهم القانون المصرى" أو "يسرى على الحالة المدنية للسعوديين وأهليتهم القانون السعودى"، نقول، وهذا هو التجريد فى صياغة ضابط الاختيار، "يسرى على الحالة المدنية

للأشخاص والأشخاص قاتون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم»<sup>(١١١)</sup>.

١٦١. ويبرر الصفة المجردة لقاعدة الإسناد اعتباران :

**الاعتبار الأول :** ضرورة صياغة قاعدة التنازع - كأي قاعدة قانونية - بالاستناد إلى وقائع حقيقية مستمدة من طبيعة المنازعات دون نظر لبعض الاعتبارات الوطنية الفرعية كجنسية المال أو الشخص مثلاً.

**الاعتبار الثانى :** الصفة المزدوجة لقاعدة التنازع؛ فلو قيل فقط «بخضوع العقارات الكائنة بمصر للقانون المصرى»، لجاءت قاعدة الإسناد قاصرة عن شمول المعاملات القانونية التى تقع على العقارات الكائنة بدول أجنبية. ولو قيل فقط «بخضوع المصريين من حيث أهليتهم للقانون المصرى»، لكانت قاعدة التنازع قاصرة عن بيان حكم أهلية الأجانب.

ولذا كان لزاماً على قاعدة الإسناد - كأداة لتنظيم الحياة الدولية - أن تكون مزدوجة ومجردة، يمتد حكمها لتنظيم مختلف أوجه النشاط الخاص على المستوى الدولى مع غض الطرف تماماً عن الاعتبارات الوطنية البحتة لتصاغ على النحو التالى :

- «تخضع العقارات لقانون الموقع»، فلو كان الموقع فى الوطن، سرى القانون الوطنى. ولو كان الموقع فى الخارج، سرى القانون الأجنبى.
- «تخضع أهلية الشخص لقانون جنسيته»، فلو كان الشخص وطنياً، سرى القانون الوطنى، ولو كان الشخص أجنبياً، سرى القانون الأجنبى وهكذا.

---

(١١١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٩، ص ٦٨.



## الفصل الثالث

### إعمال قاعدة التنازع

١٦٢. تقسيم : يتبين لنا مما سبق اختلاف قاعدة الإسناد فى طبيعتها وتركيبتها الداخلية عن غيرها من مختلف القواعد الواردة فى باقى فروع القانون، وإذا كانت طبيعة قاعدة الإسناد مختلفة عن غيرها على هذا النحو، فمن الطبيعى أن يمتد هذا الاختلاف إلى كيفية إعمال قاعدة التنازع ليتقرر هذا الإعمال بأسلوب مختلف عن ذلك الأسلوب الذى يمكن إتباعه فى شأن تطبيق القواعد العادية، فلاشك أن الاختلاف فى الطبيعة يعكس اختلافاً فى التطبيق. وتبدو مظاهر هذا الاختلاف من خلال نظامى التكيف (المبحث الأول) والإحالة (المبحث الثانى).

### المبحث الأول

#### التكيف

#### La Qualification

#### مفهوم التكيف

١٦٣. استقر القانون الدولى الخاص على قاعدة الإسناد كآلية فنية يتم بمقتضاها فض تنازع القوانين الناتج عن تسلل الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة، فمجرد تسلل هذه الصفة يجعل العلاقة - كما سلف البيان - على اتصال بقانون دولتين على الأقل، إذ يغدو كل منهما مرشحاً لحكمها، فيدخل مع الآخر فى تنازع من أجل الظفر بها، ويعد هذا الواقع هو المحرك الأساسى لمباشرة قاعدة الإسناد لعملها، حيث تنطلق نحو تركيز الروابط القانونية تركيزاً موضوعياً بهدف اصطفاء العنصر الذى يشكل مركز الثقل ثم إصااق النزاع بالقانون الذى يمثلته.

١٦٤. وإذا كان القانون الدولى الخاص متسعاً ليشمل كل فروع القانون الخاص ولكن على المستوى الدولى، بما يشمل كل علاقات القانون المدنى بالمعنى الواسع، وعلاقات القانون التجارى وقانون العمل وقانون المرافعات وغيرها<sup>(١١٢)</sup>، فإننا نكون بحاجة ماسة إلى كم لا يستهان به من قواعد الإسناد لتنظيم المجتمع الدولى للأفراد وبالأحرى الحياة الخاصة الدولية. بيد أن تشعب العلاقات الدولية وتنوعها ودقتها بل وتعقدها فى

(١١٢) انظر سابقاً رقم ٤٠ وما يليها.

بعض الأحوال يقتضى - وعلى أقل تقدير - ضم كل المسائل المتجانسة أو المتشابهة مع بعضها ثم خصها بقاعدة إسناد واحدة.

١٦٥. فمن غير المعقول مثلاً تقرير قاعدة إسناد لعقد بيع العقار، وأخرى لعقد الإيجار الواقع على العقار، وأخرى لعقد الرهن أو التأمين الواقع عليه، فإذا كان القاسم المشترك فى جميع الأحوال هو العقار، فمن الأولى تحديد قاعدة إسناد خاصة بمختلف المعاملات الواردة عليه، ليتقرر خضوعها لقانون موقعه، حيث يتولى هذا القانون حكم كافة المعاملات الواردة عليه، سواء كانت بيعاً أو إيجاراً أو رهنًا أو تأميناً إلخ. وكذلك الحال بالنسبة لمختلف المسائل القانونية الأخرى، فمن غير المتصور أيضاً أن يقوم المشرع - فى مسائل الزواج - بتقرير قاعدة إسناد خاصة بالتزام الزوج بالنفقة، وقاعدة ثانية لالتزام الزوج بحسن المعاشرة، وقاعدة ثالثة لالتزام الزوجة بالطاعة، وقاعدة رابعة لالتزام الزوجة بالإقامة فى منزل الزوجية، وإنما يصح جمع مختلف هذه المسائل - حيث يجمعها رباط مشترك - تحت موضوع واحد، هو الآثار الناشئة عن عقد الزواج، ليتم خص هذه الآثار - بمختلف مسائلها الفرعية - بقاعدة إسناد واحدة، قوامها مثلاً - على نحو ما فعل المشرع فى المادة ١٣/١ من القانون المدنى - سريان قانون جنسية الزوج على الآثار التى يربتها عقد الزواج، لتكون مهمة القاضى - بعد ذلك - أكثر يسراً، وهى مجرد إسباغ الوصف القانونى على وقائع النزاع لإدخالها ضمن النظام القانونى الذى تنظمه إحدى قواعد الإسناد، بأن يكون مثلاً داخلاً ضمن آثار الزواج، أو مسائل الطلاق، أو التطليق، أو الميراث، ثم إعمال حكم قاعدة الإسناد وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق، والقول بغير ذلك وتحديد قواعد إسناد للشىء الواحد تتعدد بتعدد تفصيلاته، سيؤدى إلى التزام المشرع بتقرير مئات بل الآلاف من قواعد الإسناد، وتلك مهمة - فضلاً عن عدم الحاجة إليها - تؤدى إلى الاستغراق فى تفصيلات لا مبرر لها.

١٦٦. إن تحديد قاعدة الإسناد لا يتم بصفة آلية بمجرد طرح النزاع على القاضى، وإنما تسبق هذه الخطوة، عملية قانونية دقيقة، هى إلحاق الوصف القانونى بوقائع النزاع، وتلك عملية منطقية ومبدئية يجب القيام بها لتحديد نوع قاعدة الإسناد المختصة بالنزاع المطروح أمام القاضى. إن علاقات الأفراد ومنازعاتهم تظل مجرد وقائع مادية إلى أن يتم التعرف على وصفها القانونى، وقد عرفت هذه المشكلة اصطلاحاً باسم التكييف

**Qualification** فإذا كانت الفكرة المسندة تتمثل فى موضوع النزاع المطروح أمام القاضى، فإن هدف نظام التكيف هو معرفة الطبيعة القانونية للوقائع المكونة لهذه الفكرة.

١٦٧. ولا يظن ظان أن تلك عملية سهلة أو قليلة الأهمية، وإنما «تظهر هذه الأهمية إذا علمنا أن قواعد التكيف قد تختلف فى بلد عنها فى بلد آخر، ويترتب على هذا الاختلاف فى التكيف اختلاف آخر فى الحلول الواجبة الاتباع لحسم الموضوع نهائياً»<sup>(١١٣)</sup>. فقد تعتبر بعض القوانين مثلاً النزاع على حضانة الابن من آثار الزواج، ومن ثم سيقوم القاضى بإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج، فى حين قد تلحق بعض القوانين الأخرى النزاع على الحضانة بمسائل الولاية، وبالتالي سيقوم القاضى بإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالولاية. وهكذا ستختلف قاعدة الإسناد باختلاف الوصف القانونى للعلاقة، وهو ما قد يؤدى إلى تطبيق قانون مختلف تماماً حسب الاختلاف فى تكيف وقائع النزاع. ويعكس هذا الاختلاف أهمية عملية التكيف وضرورة تحرى الدقة لدى القيام بها، ولذا فإن «حق القاضى فى الهيمنة على عملية التكيف ليس مطلقاً، فالتكيف عملية قانونية أو مسألة قانون Question de droit تخضع لرقابة محكمة النقض، لاتصالها بحسن اختيار وتطبيق القاعدة القانونية، فإذا جانب القاضى الصواب فى إعطاء التكيف الصحيح، بأن اعتبر مثلاً المسألة من المسؤولية العقدية فى حين أنها من المسؤولية التقصيرية، أمكن تخطئته واستوجب حكمه النقض»<sup>(١١٤)</sup>.

١٦٨. ولا تعد عملية التكيف حكراً على مسائل القانون الدولى الخاص، وإنما تعد بمثابة خطوة أولية ومبدئية لابد للقاضى من القيام بها فى مختلف الدعاوى، فلا بد للقاضى الجنائى أن يحدد - وبكل دقة - الوصف القانونى للجريمة، هل قتل عمد أم قتل خطأ أم ضرب أفضى إلى موت؛ حتى يتمكن من تحديد العقوبة المناسبة لها. ولا بد للقاضى المدنى أن يتوصل إلى التكيف القانونى السليم للعقد المطروح أمامه، هل بيع أم هبة أم وديعة؛ حتى يتمكن من تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق. ولا بد للقاضى التجارى أن يقوم بتحديد الطبيعة القانونية للورقة التجارية محل التداعى،

(١١٣) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٨٥، ص ٢٠٥.

(١١٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٣٤١، ص ٣٧٠.

هل شيك أم كمبيالة أم سند إذن، بهدف تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق. فلا يمكن - في مختلف هذه الأحوال - تطبيق القواعد القانونية التي تخص نظاماً قانونياً معيناً على نظام قانوني آخر. فإذا كان من غير الممكن في المجال الجنائي أن يقوم القاضي بتطبيق الأحكام المتعلقة بالقتل العمد على جريمة تعد من قبيل القتل الخطأ، وإذا كان من غير الممكن في المجال المدني أن يقوم القاضي بتطبيق الأحكام المتعلقة بعقد البيع على عقد يعد من قبيل الهبة، وإذا كان من غير الممكن في المجال التجاري أن يقوم القاضي بتطبيق الأحكام المتعلقة بالشيك على ورقة تجارية أخرى كالكمبيالة، فإنه من غير الممكن أن يقوم القاضي بتطبيق قاعدة إسناد تخصص نظام قانوني معين على نظام قانوني آخر، كأن يقوم مثلاً بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج على مسائل النسب أو العكس، وهو ما يوجب تحري الدقة عند تكيف النزاع بأنه من آثار الزواج أو من مسائل النسب، لأن التكيف سيترتب عليه اللجوء إلى قاعدة إسناد مختلفة<sup>(١١٥)</sup>.

١٦٩. وتجدر الإشارة - رغم ذلك - إلى الاختلاف في الدور الوظيفي للتكيف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، فالتكيف في القانون الداخلي يعد بمثابة الخطوة الأولى والمبدئية لتحديد القواعد القانونية الموضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع بصفة مباشرة، أما وظيفة التكيف في القانون الدولي الخاص فتتمثل في تحديد قاعدة الإسناد المختصة، التي ستتولى فيما بعد - وفي مرحلة لاحقة - الإشارة إلى القانون الذي يتضمن القواعد الموضوعية التي سيقوم القاضي بتطبيقها على موضوع النزاع.

١٧٠. تعريف التكيف : ننتهي إلى تعريف التكيف بأنه العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي لإسباغ الوصف القانوني على وقائع النزاع تمهيداً لتحديد قاعدة الإسناد المختصة. ويمكن التعبير عن هذا التعريف بعبارات أخرى تتساوى مع بعضها من حيث الأهمية ولا توجد بينها إلا

(١١٥) ويلاحظ البعض أن «فكرة التكيف في ذاتها قديمة، عرفت في القانون الكنسي، وفي القانونين الفرنسيين القديم والحديث، عرفها قانون العقوبات حيث تستهدف البحث عما إذا كان الفعل المرتكب قد توافرت فيه العناصر القانونية للجريمة، ثم انتقلت إلى القانون المدني بقصد تحديد صفة الأعمال والتصرفات القانونية المختلفة... وقد استخدمها القضاء بهذا المعنى بعد ذلك عند قيامه بحل مسائل تنازع القوانين، ولكن أهميتها في الفقه لم تظهر إلا في أواخر القرن التاسع عشر». د. جابر جاد عبد الرحمن. تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٨٤، ص ٢٠٤.

اختلافات لفظية كالقول بأن التكيف هو تحديد الطبيعة القانونية لوقائع النزاع، أو إلحاق الوصف القانوني بالنزاع أو تحديد الوصف القانوني لوقائع الدعوى، ولذا يشبه البعض - وبحق - نظام التكيف بعملية التشخيص في مجال الطب، فإذا كان من اليسير على المشتغل في مجال الطب أن يتعرف على العلاج المقرر لكل مرض بمجرد الاطلاع على المراجع العلمية، فإن تشخيص حالة المريض - بالمقابل - وما «إذا كان يشكو من هذا المرض أو ذاك هو أمر لا يسهل على المبتدئ تبينه في جميع الأحوال، رغم ما لهذه المسألة من أهمية جوهرية غير خافية بوصفها مسألة أولية لازمة لتحديد العلاج الصحيح... ففي هذا التشخيص تتمثل القدرة الحقيقية للطبيب الكفاء والتي تميزه عن غيره من الأطباء»<sup>(١١٦)</sup>. وإذا كان من اليسير - من باب القياس - على المشتغل في الحقل القانوني أن يتعرف على الأحكام القانونية المتعلقة بأى عقد بمجرد الاطلاع على نصوص القانون المدني، فإن «إدراك التكيف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث فهي عملية ذهنية تحتاج إلى خبرة خاصة وبصيرة نافذة، بالإضافة إلى ما تتطلبه من حاسة قانونية مرهفة»<sup>(١١٧)</sup>.

١٧١. وأيا ما كان، فإن القاضى الوطنى هو القائم بعملية التكيف من أجل تحديد قاعدة الإسناد المختصة، بيد أن هذه القاعدة الأخيرة قد تشير إلى تطبيق قانون القاضى، وقد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبى، فهل يتم التكيف وفقاً لقانون القاضى أم وفقاً للقانون الأجنبى؟

### القانون الذى يحكم التكيف

١٧٢. مبعث التساؤل السابق هو - كما ذكرنا - اختلاف القوانين من

(١١٦) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١١٢.  
(١١٧) ويقارن الدكتور هشام صادق بين عمليتي التشخيص في المجال الطبى والتكيف فى المجال القانونى حيث يلاحظ أن «عملية التشخيص فى الطب تبدو أكثر سهولة ويسراً بالمقارنة بالتكيف فى مجال القانون. إذ يستطيع الطبيب أن يستعين فى تشخيصه للمرض بوسائل مادية ومعملية يمكن عن طريقها القطع بسلامة التشخيص المبدئى الذى انتهى إليه. فهو يستطيع مثلاً أن يتأكد من حقيقة حالة المريض عن طريق الأشعة والفحوص المعملية، بل والعمليات الجراحية التى تهدف إلى مجرد الكشف عن حقيقة الداء. وكل هذه الوسائل لا يملكها الباحث القانونى، والذى تعد عملية التكيف بالنسبة له عملية محض تجريدية وذهنية، ولهذا فهو لا يستطيع أبداً الجزم بسلامة التكيف الذى انتهى إليه بصفة مطلقة. وهذا هو شأن كافة العلوم الاجتماعية. والى تعد حقائقها نسبية إلى حد بعيد». انظر مؤلفه: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١١٣، هامش ١.

حيث نظرتها إلى طبيعة المسألة محل التداعي، بل إن طبيعة هذه المسألة قد تختلف في نفس البلد ولكن من وقت إلى آخر. والدليل على ذلك أن المحاكم المصرية قضت في بعض أحكامها بأن الحضانة تدخل في نظام الولاية، ثم اطردها بعد ذلك على اعتبارها من آثار الزواج<sup>(١١٨)</sup>، بما يعنى أن التكيف يتصف بالصفة النسبية سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان. وطالما اختلفت النظرة إلى طبيعة المسألة محل التداعي، فمن الطبيعي أن يختلف - بالتبعية - القانون الذى سيحكم التكيف. وإذا كانت قاعدة الإسناد توازن عادة - عند اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع - بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى، فما هو حال التكيف؟ ربما يدفعنا هذا التساؤل إلى القول بأن التنازع لا يقتصر فقط على القوانين المرشحة لحكم العلاقة، وإنما يمتد أيضاً إلى تكيف الوقائع المكونة لهذه العلاقة أو على حد تعبير بعض الفقه أن «النزاع ذا الطابع الدولى لا يثير فقط تنازعا بين قوانين الدول حول القانون الذى يتعين أن تخضع له المسألة محل البحث، بل إنه يثير أيضاً تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذى يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانونى لهذه المسألة والذى يتم عن طريقه رد المسألة إلى طائفة قانونية خصها المشرع بقاعدة إسناد»<sup>(١١٩)</sup>.

ولهذه الأسباب فقد تعددت آراء الفقه فى شأن القانون الذى يحكم التكيف، ويمكن رد هذه الاختلافات إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية :

الاتجاه الأول : خضوع التكيف لقانون القاضى.

الاتجاه الثانى : خضوع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع.

الاتجاه الثالث : خضوع التكيف للقانون المقارن.

الاتجاه الأول : خضوع التكيف لقانون القاضى

١٧٣. شيد بارتان Bartin نظرية كاملة متكاملة تتأسس على خضوع التكيف لقانون القاضى عند القيام بتحديد الطبيعة القانونية للنزاع، وقد بدأ الفقيه فى استخلاص نظريته فى ثلاث مقالات رئيسية نشرها على سبيل التعاقب فى عام ١٨٩٧<sup>(١٢٠)</sup>، ثم تناولها بعد ذلك فى مؤلفاته

(١١٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ١٣٦، ص ١٣٧.  
(١١٩) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع القضاء الدولى، المرجع السابق، ص ٩٧.

(١٢٠) انظر سلسلة المقالات الثلاثة منشورة فى Clunet لعام ١٨٩٧ : (=)

اللاحقة<sup>(١٢١)</sup>. وإذا كان بارتان قد بدأ في استخلاص نظرية خضوع التكيف لقانون القاضى بداية من التاريخ المذكور، فالملاحظ أن الفقيه الألماني كان Kahn، قد سبق بارتان في تشييد هذه النظرية في مقاله الذى نشره فى ألمانيا عام ١٨٩١، أى قبل بارتان بست سنوات. إلا أن بعض الفقه الفرنسى يقرر أن بارتان قد أسس هذه النظرية فى فرنسا دون أن يعطى بكتابات الفقيه الألماني كان، ويستخلص من ذلك أن كلا الفقيهين قد بنى نظريته على استقلال<sup>(١٢٢)</sup>. فى حين يشكك البعض الآخر من الفقه الفرنسى فى هذه النتيجة مقررأ أن بارتان قد انطلق من أفكار كان الذى يعتبر أول من نادى بالرجوع لقانون القاضى فى شأن التكيف<sup>(١٢٣)</sup>. وأيا ما كان فإن فهم نظرية خضوع التكيف لقانون القاضى يتطلب ضرورة معالجة مجموعة من النقاط :

- مضمون النظرية (أولاً).
- أساس النظرية (ثانياً).
- مجال إعمال قانون القاضى (ثالثاً).
- الاستثناء الذى قرره بارتان على النظرية (رابعاً).

#### أولاً : مضمون النظرية

١٧٤. تنطلق النظرية من مبدأ خضوع التكيف لقانون القاضى *Lex fori* لتقرر اختصاص هذا القانون بإسباغ الوصف القانونى على الوقائع التى تشكل موضوع النزاع، ليتم إلحاقه بعد ذلك بقاعدة الإسناد التى تناسبه. وتستند النظرية إلى المنطق القانونى السليم الذى يقضى بخضوع التكيف

---

(=)Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *Clunet*, 1897, p. 225 et s., p. 466 et s., p. 720 et s.

(١٢١) انظر :

Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Tome I, 1930, p. 220 et s.; même auteur, *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles des conflits de lois*, *Rec. cours la Haye*, 1930, I, p. 565 et s.

(١٢٢) انظر :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 291, p. 474; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 156, p. 110.

(١٢٣) انظر :

Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 183, p. 201.

للقانون الوطنى، فالقاضى يهدف إلى تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالنزاع، ولاشك أن تحديد هذه القاعدة يقتضى أولاً ضرورة تحديد الوصف القانونى لهذا النزاع. وإذا كان القاضى سيقوم بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، فمن الطبيعى أن يتم تكييف النزاع وفقاً للمفاهيم الوطنية، فلا يكون مقبولاً أن يتم تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية على وقائع تم تكييفها بالرجوع لقانون آخر. وقد كان بارتان من أوائل من لاحظ اختلاف النظم القانونية بشأن تكييف بعض المسائل، ولذلك فقد اعتمد على دراسة أحكام القضاء التى وجد فيها خير معين لتشييد النظرية، وهو ما يبرز لنا أهمية الدور الذى يقدمه القضاء للنهوض بالنظريات القانونية وتأسيسها، ومن الأمثلة الشهيرة التى استدل بها بارتان للتدليل على صحة نظريته مثالا ميراث المالطى ووصية الهولندى.

#### المثال الأول : ميراث المالطى

١٧٥. تتلخص وقائع هذه الدعوى فى أن زوجين من جزيرة مالطة، وهما الزوجان بارتولو Bartholo كانا قد توطنا فى الجزائر وقت أن كانت مقاطعة فرنسية، ولما توفى الزوج لجأت الزوجة إلى القضاء الفرنسى فى الجزائر للمطالبة بحقها على عقارات زوجها الكائنة فى الجزائر، وهو ذلك الحق المقرر لها فى القانون المالطى، والذى كان يعرف باسم نصيب الزوج المحتاج *La quarte du conjoint pauvre* وقد كان مقطع النزاع يتمثل فى أن القانون الفرنسى - على خلاف القانون المالطى - لا يعرف ذلك الحق ولا يقره، فهل يتم تكييف وقائع الدعوى طبقاً للقانون المالطى وتجاب الزوجة إلى طلبها أم يتم تكييفها وفقاً للقانون الفرنسى - باعتباره قانون القاضى - ويرفض طلب الزوجة؟

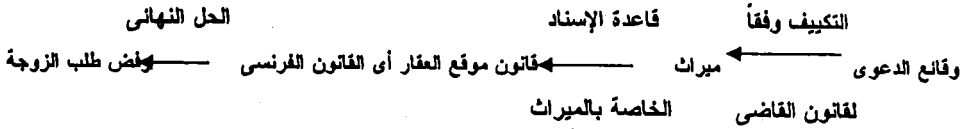
١٧٦ اتبع بارتان منهج التحليل المنطقى لينتهى إلى أنه ليس أمام المحكمة إلا حلان :

الحل الأول : تكييف ادعاء الزوجة وفقاً لقانون القاضى أى القانون الفرنسى، الذى يقضى باعتبار طلب الزوجة مسألة تتعلق بالميراث، بما يعنى تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، والتى كانت تشير - آنذاك - بتطبيق قانون موقع العقار؛ ليكون الحل النهائى ممثلاً فى رفض ادعاء الزوجة؛ لأن القانون الفرنسى لا يعرف ذلك الحق الذى تطالب به الزوجة والمسمى بنصيب الزوج المحتاج.



**الحل الثاني :** تكيف ادعاء الزوجة وفقاً للقانون المالطي باعتباره القانون الذي تدعى الزوجة تطبيقه، وهو ما يستلزم إدراج طلبها ضمن مسائل النظام المالي للزوجين *Régime des biens entre époux* ثم تطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالنظام المالي للزوجين، والتي كانت تشير إلى تطبيق قانون الموطن الأصلي أي القانون المالطي، وهنا يتعين الحكم بأحقية الزوجة في دعاها وفقاً لأحكام القانون المالطي<sup>(١٢٤)</sup>.

فاختلاف التكيف في الحالتين يؤدي إلى إعمال قاعدة إسناد مختلفة، ويستتبع بالضرورة الاختلاف في تحديد القانون الواجب التطبيق، بحسب ما إذا تقرر التكيف وفقاً لقانون القاضى أم وفقاً للقانون المالطي، وذلك على النحو التالي :



(١٢٤) وفي ذلك يقول بارتان :

«Il est malheureusement fort loin d'en être ainsi. La loi maltaise peut très bien rattacher cette prétention au régime des biens entre époux, tandis que la loi française estime qu'elle se rattache à la dévolution héréditaire du patrimoine du conjoint prédécédé. Dans ces conditions, il faut tout d'abord choisir entre les qualifications différentes de ces deux lois. Quand ce choix sera fait, alors on pourra choisir entre les lois différentes auxquelles on peut songer pour reconnaître ou nier le bien fondé de cette prétention, en tous cas pour en fixer les limites et l'étendue. Ce n'est pas une seule question de conflit que nous avons à résoudre: il y en a deux très différentes, et la solution de la seconde dépend de celle de la première. Quelle est donc la loi à laquelle nous devons nous attacher pour donner à cette prétention du conjoint survivant la qualification qu'elle mérite? Et pour réduire à la concision d'une formule abstraite la difficulté que je viens de dégager, quelle est, en droit international privé, la loi qui fournit la *qualification des droits*?», De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *op. cit.*, p. 228 et s., même auteur, Principes de droit international privé, *op. cit.*, p. 221 et s.; v. aussi, Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 291, p. 474 et s.; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 184, p. 202; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, *op. cit.*, n° 365 et s., p. 210 et s.

التكييف وفقاً قاعدة الإسناد ————— فلتنقح الموطن الأصلي لقتلون المتطى ————— قبل طلب الزوجية  
القتلون الماطى الخاصة بالنظام المالى

١٧٧. وقد انتهت محكمة استئناف الجزائر إلى اعتناق الحل الأول، وتكييف ادعاء الزوجة وفقاً للمفاهيم السارية في قانون القاضى الفرنسى، وبذلك فقد اعتبرت طلب الزوجة داخلاً ضمن طائفة المسائل المتعلقة بالمواريث، ثم قامت بتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بهذه الطائفة والتي كانت تشير إلى خضوع الميراث على العقار لقانون موقعه أى للقانون الفرنسى باعتبار أن العقار يقع في فرنسا؛ لذلك فقد قضت المحكمة - فى ٢٤ ديسمبر ١٨٨٩ - برفض طلب الزوجة بحسبان أن القانون الفرنسى لا يعرف ذلك الحق المسمى بنصيب الزوج المحتاج<sup>(١٢٥)</sup>.

#### المثال الثانى : وصية الهولندى

١٧٨. استقى بارتان هذا المثال كسابقه من القضاء الفرنسى؛ ففى قضية تتلخص وقائعها فى أن هولندياً قام بتحرير وصية فى الشكل العرفى على الإقليم الفرنسى أى بخط يده وتوقيعه. وقد كان مقطع النزاع يتمثل فى أن القانون الهولندى كان يقضى بتكييف هذه الواقعة باعتبارها أمراً متعلقاً بالأهلية، حيث لم يكن يعترف إلا بالوصايا المحررة فى الشكل الرسمى، وبالتالي كان يحظر على الهولنديين تحرير الوصايا العرفية سواء فى هولندا أو خارجها وإلا كانت باطلة، فى حين يختلف الحكم فى القانون الفرنسى الذى يعتبر تحرير الوصية بخط الموصى أمراً متعلقاً بالشكل، لأنه يجيز هذا النوع من الوصايا. وتأسيساً على ذلك فقد ثار نزاع بين الورثة والموصى له، حيث طالب الورثة ببطالان الوصية لمخالفتها القواعد الآمرة فى القانون الهولندى باعتباره قانون جنسية الموصى، فى حين دافع الموصى له عن صحة الوصية، لأن شرط إبرامها فى الشكل الرسمى لا يعتبر من الشروط الإلزامية فى القانون الفرنسى، وهو قانون بلد الإبرام، وبذلك سيختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف عملية التكييف.

١٧٩. واتباع المنهج التحليلى السابق، فليس أمامنا إلا حلان :

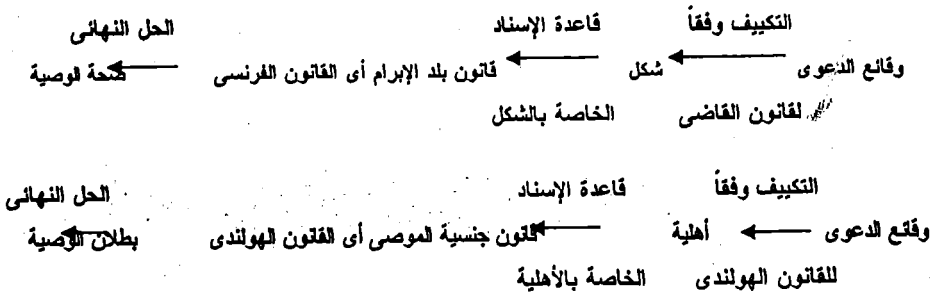
(١٢٥) راجع نص الحكم منشوراً فى :

Clunet, 1891, p. 1171; Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, par Ancel et Lequette, Paris, Dalloz. 4<sup>e</sup> édition, 2001, p. 73 et s.

**الحل الأول :** إذا اعتبرنا المنع الذي يقرره القانون الهولندي على الوصايا العرفية مسألة تتعلق بالشكل وفقاً للمفاهيم السائدة في القانون الفرنسي، لأدى ذلك إلى تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل. ومن المعلوم أن قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالشكل تقضى بتطبيق قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف أى القانون الفرنسي، بما يعنى الحكم بصحة الوصية على اعتبار أن القانون الفرنسي يجيز الوصايا العرفية.

**الحل الثانى :** إذا اعتبرنا المنع الوارد على تحرير الوصية بخط الموصى مسألة تتعلق بالأهلية وفقاً للمفاهيم الهولندية، لاستتبع ذلك تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية، وهى تشير إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل، لأن المعلوم أن قاعدة الإسناد الفرنسية تقضى بخضوع مسائل الأهلية لقانون الجنسية أى القانون الهولندي، بحسبانه قانون جنسية الموصى، وهو ما يترتب عليه الحكم ببطلان الوصية على اعتبار أن القانون الهولندي لا يجيز الوصايا العرفية.

وهكذا فإن اختلاف التكييف سيؤدى فى هذا الفرض - كما فى الفرض السابق وفى أى فرض آخر - إلى إعمال قاعدة إسناد مختلفة، بما يعنى الاختلاف فى تحديد القانون الواجب التطبيق، بحسب ما إذا تقرر التكييف وفقاً لقانون القاضى أم القانون الهولندي وذلك على النحو التالى :



١٨٠. وقد حكم القضاء الفرنسى بصحة الوصية على أساس تكييفها كمسألة متعلقة بالشكل وفقاً للمفاهيم السائدة فى القانون الفرنسى الذى يعترف بصحة الوصية دون أن يجعل إبرامها بخط الموصى عيباً موجباً للبطلان. ويختلف الحكم بطبيعة الحال لو كان النزاع قد عرض ابتداءً أمام القضاء الهولندى، لأن هذا الأخير كان سيعتبر شرط إبرام الوصية بخط الموصى من الشروط المتعلقة بالأهلية بما يوجب بطلان الوصايا العرفية

وفقاً للأحكام المقررة في القانون الهولندي<sup>(١٢١)</sup>.

١٨١. وبهذه المثابة ينتهي بارتان إلى تأكيد خضوع التكييف لقانون القاضي، وأكثر من ذلك فقد استنتج من خلال استقرائه لأحكام المحاكم أن القضاة أنفسهم يقومون بتطبيق هذه النظرية بشكل عفوي، حيث يذهبون فعلاً - ولو بطريقة ضمنية - إلى تحديد الطبيعة القانونية لوقائع النزاع وفقاً للأحكام المقررة في قوانينهم الداخلية حتى ولو كان القانون الذي سيقوم القاضي بتطبيقه فيما بعد على موضوع النزاع قانوناً أجنبياً<sup>(١٢٧)</sup>. فالثابت عملاً أن القضاء الفرنسي قد واجه «مشكلة التكييف من زمن بعيد، منذ عهد القانون الفرنسي القديم، دون أن يفصح عنها، بمعنى أنه كان يقوم بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها ليصل إلى التعرف على قاعدة الإسناد التي تحكمها دون أن يعبر عما يفعله، وكان هذا التحديد يجري وفقاً لقانون القاضي»<sup>(١٢٨)</sup>، بما يعني أن بارتان - أو حتى الفقيه الألماني كان - قد كشفاً عن الاتجاه الذي يسلكه القضاء مع تشييد نظرية عامة تتأسس على الرجوع لقانون القاضي بشأن التكييف.

١٨٢. وهكذا يختلف الحل المقرر لأي نزاع من منازعات القانون الدولي الخاص باختلاف القاضي الذي تطرح عليه المنازعة، حيث يترتب على هذا الاختلاف :

(١٢٦) انظر :

Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *op. cit.*, p. 229 et s.; même auteur, Principes de droit international privé, *op. cit.*, p. 225 et s.; v. aussi Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 291 et s., 475 et s.

(١٢٧) وفي ذلك يقول بارتان :

«Lorsque l'application de la *lex fori* ou d'une loi étrangère quelconque à un même rapport de droit dépend de la nature de ce rapport, c'est la *lex fori* qui fixe la nature de ce rapport», De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *op. cit.*, p. 236.; même auteur, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles des conflits de lois, *op. cit.*, p. 593.

(١٢٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، رقم ٥٧، ص ١١٧. وانظر في الفقه الفرنسي :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 184, p. 203; Mayer et Heuzé, Droit international privé, *op. cit.*, n° 158, p. 111 et s.; Holleaux, Foyer et de La-Pradelle, Droit international privé, *op. cit.*, n° 379 et s., p. 215 et s.

- اختلاف فى التكيف؛
- اختلاف فى تحديد قاعدة الإسناد؛
- اختلاف فى تعيين القانون الواجب التطبيق؛
- اختلاف فى الحل النهائى للنزاع.

وهو ما يعكس فى النهاية أهمية اختيار القاضى الذى ستطرح عليه المنازعة، كما يعكس أيضاً أهمية ودقة عملية التكيف باعتبارها الخطوة الأولى والأساسية لتحديد قاعدة الإسناد التى تناسب النزاع.

#### ثانياً : أساس النظرية

١٨٣. أسس بارتان نظريته على فكرة السيادة التشريعية لدولة القاضى، فالتنازع بين القوانين ليس فى حقيقته إلا تنازاعاً بين السيادات، ولذا يجب فض التنازع فى التكيف لصالح الانتصار لسيادة دولة القاضى الذى ينظر النزاع. إن مهمة قاعدة الإسناد تتلخص فى تحديد الإطار التشريعى لقوانين الدولة، ولذا يلزم أن يتم هذا التحديد فى ضوء تكيف الوقائع بالخضوع لقانونها، وإلا كان فى ذلك تعدى على سيادتها، فلا يمكن أن تتولى القوانين الأجنبية مهمة تحديد الإطار التشريعى للقوانين الوطنية. وبذلك يؤكد مؤسس النظرية أن خضوع التكيف لقانون القاضى هو المذهب الوحيد الذى يحفظ للدولة الوطنية سيادتها التشريعية، والقول بغير ذلك والسماح لأى قانون آخر بحكم مسألة التكيف ينطوى على انتقاص من سيادة الدولة<sup>(١٢٩)</sup>. يضاف إلى ذلك أن قاعدة الإسناد، وإن كانت تحدد الإطار التشريعى لقانون دولة القاضى، فإنها تحدد كذلك الإطار التشريعى للقوانين الأجنبية، فهذه القاعدة قد تقرر سريان القانون الوطنى وقد تقرر سريان القانون الأجنبى، بما يعنى أن المشرع الوطنى يخضع لسلطانه مسألتى التكيف وإعمال قاعدة الإسناد، وهو ما يعنى أن «التزام القاضى بتطبيق قواعد الإسناد التى يأمر بها مشرعه الوطنى يتضمن فى الوقت ذاته التزامه بتطبيق قواعد التكيف التى يأمره بها نفس المشرع، نظراً لأنها هى التى يتحدد بها الإطار الفعلى لتطبيق القوانين الأجنبية، أى الإطار الفعلى لسيادة الدولة التشريعية»<sup>(١٣٠)</sup>.

(١٢٩) انظر :

Bartin, Principes de droit international privé, *op. cit.*, p. 228.

(١٣٠) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد. مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى. المرجع السابق. ص ١٠٠.

١٨٤. وقد لاقت نظرية بارتان رواجاً كبيراً في الفقه، لكونها تقترح السبيل الذي يمكن عن طريقه تحديد الطبيعة القانونية للنزاع، فالفرض أنه يتحتم على القاضي أن يقوم - بصفة مبدئية - بالتعرف على طبيعة المسألة، حتى يمكنه اختيار قاعدة الإسناد التي تناسبه. والمتأمل يجد أنه قبل تحديد قاعدة الإسناد، لا يوجد إلا القانون الوطني بوصفه المرشح الأساسي والوحيد لحكم عملية التكييف، حيث لا يزاحمه أي قانون آخر لحكم هذه المسألة على وجه التحديد. والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق قاعدة الإسناد في غير موضعها، فمن غير المعقول أن يتم تحديد الطبيعة القانونية لوقائع النزاع وفقاً لقانون ما، ثم تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بقانون آخر.

١٨٥. والحقيقة أن هذه الحجة المنطقية كافية بذاتها لتأسيس نظرية بارتان، دون الاستناد لأفكار غامضة وغير مجدية وتستعصى على التحديد مثل فكرة السيادة، ولذلك فإن الفقه الغالب وإن كان يتفق مع بارتان في نظريته إلا أنه يختلف معه في الأساس القانوني الذي اتخذته سنداً لها، وهي فكرة السيادة التشريعية، فالسيادة من الأفكار العامة والتقليدية التي دأب الفقه قديماً على اللجوء إليها بصفة آلية لإيجاد المبرر القانوني لأي نظرية من النظريات القانونية، يضاف إلى ذلك أن هدف قاعدة الإسناد يتمثل في المفاضلة بين القوانين ذات الصلة بالعلاقة لاختيار أنسبها، وليس في ذلك مباس بالسيادة التشريعية لأي دولة، وبالتالي يتضح أن التبرير الذي ساقه بارتان للدلالة على نظريته يتأسس على «مقدمة خاطئة. ذلك أنه ليس في قيام بلد القاضي بتطبيق قوانين غيرها من البلدان أدنى انتقاص من سيادتها التشريعية. إذ أنها قد ارتضت هذا الخيار بمحض إرادتها، وليس إذعائاً لسلطان دولة أو بعض دول أخرى»<sup>(١٣١)</sup>.

١٨٦. وقد سبق أن تعرضنا لأركان قاعدة الإسناد، وعلمنا أن لهذه القاعدة أركاناً ثلاثة هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق. ولا سبيل لإعمال ضابط الإسناد وصولاً للقانون الواجب التطبيق إلا بالتعرف على ماهية الفكرة المسندة بتحديد طبيعتها القانونية لإدخالها ضمن طائفة معينة من النظم القانونية، تختص بحكمها قاعدة إسناد. وهنا لا يمكن فصل وقائع النزاع عن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق عليها، بما يستوجب حتماً ضرورة تكييف الفكرة المسندة أو بالأحرى تفسيرها في

(١٣١) د. عنايت عبد الحميد ثابت، تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولي، المرجع السابق، رقم ٢٧٠، ص ٩٢.

ضوء الأحكام المقررة في النظام القانوني الذي تنتمي إليه قاعدة الإسناد. وانطلاقاً من هذه الوجهة من النظر يؤكد الفقه الحديث أن أساس نظرية خضوع التكيف لقانون القاضي ليس السيادة - كما نادى بارتان - وإنما النظر إلى عملية التكيف على أنها تشكل في جوهرها مجرد تفسير لقاعدة الإسناد أو بالأحرى تفسير للفكرة المسندة، بل إن بعض الفقه يعالج موضوع التكيف صراحة تحت عنوان «تفسير قاعدة الإسناد»<sup>(١٣٢)</sup>؛ فإذا تصدى القاضي الفرنسي مثلاً «لإعمال قاعدة الإسناد التي تقرر أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلد إبرامها، فعليه بداهة أن يحدد المقصود بفكرة الشكل ليري ما إذا كانت المسألة المطروحة أمامه تدخل حقاً في مضمون هذه الفكرة من عدمه... ذلك أن تحديد مضمون فكرة الشكل ليس سوى تفسير لقاعدة الإسناد الفرنسية ذاتها وهو تفسير لا يتصور إلا وفقاً للقانون الفرنسي الذي تنتمي إليه هذه القاعدة. فلا يعقل أن يقصد المشرع الفرنسي بفكرة شكل التصرفات الواردة في قاعدة الإسناد السابق الإشارة إليها معنى يختلف عن ذلك الذي يقصده من وراء هذه الفكرة في القانون الداخلي. فالمشرع يقصد بفكرة الشكل في القانون الدولي الخاص نفس المعنى الذي حدده هو لها في إطار المبادئ العامة في قانونه»<sup>(١٣٣)</sup>. وبذلك فقد استقر الفقه والقضاء في مجمله في أنحاء القارة الأوروبية والبلاد الأنجلوأمريكية ومصر على أن مشكلة التكيف ليست إلا تفسيراً لقاعدة الإسناد<sup>(١٣٤)</sup>.

### ثالثاً. مجال إعمال قانون القاضي

١٨٧. يميز بارتان بين التكيف الأولي أو الاختصاصي Qualification primaire والتكيفات اللاحقة أو الثانوية Qualification secondaire، حيث يخضع التكيف الأولي لقانون القاضي في حين تخضع التكيفات اللاحقة للقانون الذي أشارت إليه قاعدة

(١٣٢) انظر :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, n° 182, p. 200.

(١٣٣) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(١٣٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، رقم ٥٩، ص ١٢١ وما يليها؛ وانظر في استقرار هذا الحل في الفقه المصري: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٠١ وما يليها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٣٥٠، ص ٣٧٩ وما يليها. وانظر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي :

Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, op. cit., n° 293, p. 478 et s., où ils déclarent : « de problème posé consiste à interpréter une règle de conflit de lois »; Mayer et Heuzé, Droit international privé, op. cit., n° 160, p. 112.

الإسناد<sup>(١٣٥)</sup>. والتكليف الأولى هو الوصف المبدئى الذى يهدف إلى وضع النزاع ضمن طائفة قانونية معينة تختص بحكمها قاعدة إسناد، فهو التكليف اللازم للتعرف على قاعدة الإسناد. ويسمى أيضاً بالتكليف الاختصاصى، لأن الغرض منه تصنيف النزاع ضمن نظام قانونى تمهيداً لتحديد قاعدة الإسناد المختصة، ولذا يطلق البعض على هذا النوع أيضاً اسم التكليف الضرورى *Qualification nécessaire* على اعتبار أنه من اللوازم الضرورية لإعمال قاعدة الإسناد<sup>(١٣٦)</sup>. أما التكييفات اللاحقة فهي مختلف الأوصاف أو التعريفات التى قد تتطلبها طبيعة النزاع ولكن بعد إسنادها للقانون المختص بحكمه، وذلك من أجل تحديد مجموعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع هذا النزاع. وبعبارة أخرى، التكليف الأولى هو بيان الأوصاف اللازمة لتحديد قاعدة الإسناد التى تناسب النزاع، أما التكييفات اللاحقة فهي الأوصاف اللازمة لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق من بين القواعد التى يتضمنها القانون الأجنبى. ويصح القول بأن وظيفة هذا التكليف تتمثل فى إصاق النزاع بمجموعة القواعد القانونية التى تناسبه فى القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد.

١٨٨. ولم يكن غريباً أن يستند بارتان فى تبرير هذه التفرقة إلى فكرة السيادة، فلو قيل بخضوع جميع التكييفات لقانون القاضى، لشكل ذلك تعدياً على السيادة التشريعية للدولة الأجنبية. وهكذا يبدو بارتان - من خلال نظريته - حريصاً على التوفيق بين سيادات الدول المعنية، عندما يقرر خضوع التكليف الأولى أو الاختصاصى لقانون القاضى مع خضوع التكييفات اللاحقة أو الثانوية - بالمقابل - لقانون الدولة التى أشارت إليه قاعدة التنازع.

١٨٩. والاستناد إلى السيادة ليس بجديد، فقد سبق أن علمنا أن تلك الفكرة قد نضاعل حجمها فى نطاق تنازع القوانين إلى حد بعيد، كما أنها لا تفلح فى تبرير التفرقة بين التكييفين الأولى واللاحق على اعتبار أن التنازع

(١٣٥) انظر :

Bartin, *Principes de droit international privé, op. cit.*, p. 231 et s.; même auteur, *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles des conflits de lois, op. cit.*, p. 603.

(١٣٦) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٨٣، ص ٢٠١؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٣٦٨ وما يليها، ص ٤٠٠ وما يليها.



بين القوانين ليس تنازعا في السیادات<sup>(١٣٧)</sup>، ولذا نرى أن هذه التفرقة تتبرر - من وجهة نظرنا - في ضوء الأسانید الآتية :

١- لا يوجد أى مبرر لاستمرار خضوع التكیيف لقانون القاضی طالما أمكن الوصول للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ يختص هذا القانون بحكم النزاع من مختلف جوانبه بدءاً من اللحظة التى تم فيها تحديده، فقانون القاضی قد أدى المطلوب منه وهو تحديد طبيعة النزاع لالتصاقها بقاعدة الإسناد المختصة. إن النظر إلى التكیيف على أنه تفسير لقاعدة الإسناد يوحى بضرورة «قصر مجال إعمال قانون القاضی على التكیيف الاختصاصى دون التكیيفات اللاحقة. ذلك أن التكیيف الاختصاصى هو وحده الذى يعد لازماً لتطبيق قاعدة الإسناد، وهو الذى يحدد مدلولها، مما يبرر إخضاعه لقانون القاضی، أما ما عدا ذلك من تكیيفات لاحقة فإنها لا تتصل بتحديد مدلول قاعدة الإسناد وبالتالي فإنه لا يتعين إخضاعها لقانون القاضی، إنما يتعين إخضاعها للقانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد»<sup>(١٣٨)</sup>.

٢- من غير المجدى خضوع التكیيفات اللاحقة لقانون القاضی، فإذا كان موضوع النزاع يتعلق بعقد معين فإن ذلك يعد كافياً لتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود دون حاجة لتحديد نوع هذا العقد، لأنه لا توجد إلا قاعدة إسناد واحدة خاصة بطائفة العقود، يمتد اختصاصها لحكم العقود على مختلف أنواعها وصورها سواء أكانت عقوداً مسماة أم غير مسماة، وبالتالي يكون من غير المفيد الاستمرار فى التكیيف وفقاً لمفاهيم قانون القاضی بتحديد نوع هذا العقد.

٣- الهدف من التكیيفات اللاحقة هو كفالة تطبيق القانون الأجنبى بطريقة سليمة، ولاشك أن هذا القانون هو الأقدر - دون غيره - على بيان الأسلوب المناسب لتطبيق أحكامه. فإذا كان التكیيف الأولى الذى تقرر وفقاً لقانون القاضی يقضى باعتبار النزاع عقداً، فإن القانون الأجنبى هو الذى يحدد نوع هذا العقد تمهيداً لتحديد أحكامه الموضوعية الواجبة التطبيق، بحيث إذا تبين أن تكیيف القانون الأجنبى اللاحق للعقد على أنه بيع تم تطبيق القواعد المتعلقة بعقد البيع، وإذا تبين أنه هبة تم تطبيق القواعد الخاصة بعقد الهبة وهكذا.

(١٣٧) انظر سابقاً رقم ٤٥ وما يليها.  
(١٣٨) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، رقم ٩٧، ص ١٠٣.

#### رابعاً : استثناء الأموال من الخضوع لقانون القاضى

١٩٠. لا تسلم النظريات القانونية - فى الغالب - من الاستثناءات، فالمعتاد أن تتضمن النظرية استثناء أو اثنين أو ثلاثاً لتدعيم الأصل الذى تنادى به، حتى شاع أن الاستثناء يؤكد القاعدة. ولا يخفى على الفطنة أن الغرض من هذا التقديم هو معرفة مدى انطباق هذا المفهوم على نظرية خضوع التكييف لقانون القاضى، هل ذهب بارتان إلى خضوع تكييف جميع المنازعات لقانون القاضى أم أن هناك استثناءات ترد على النظرية؟

١٩١. أجاب الفقيه على هذا التساؤل بالإيجاب مقررأ استثناء تحديد طبيعة المال - من حيث كونه عقاراً أم منقولاً - من نطاق نظرية خضوع التكييف لقانون القاضى. وقد كان الحل البديل الذى إرتأه هو خضوع تكييف المال لقانون موقعه، فقانون الدولة التى يقع فيها المال هو الأقدر على إسباغ الوصف القانونى المناسب عليه من حيث كونه عقاراً أم منقولاً، ومن ثم ينتهى بارتان إلى أن تكييف الأموال لا يتقرر وفقاً لقانون القاضى؛ وإنما يتم - وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى أورده على النظرية - وفقاً لقانون موقع المال<sup>(١٣٩)</sup>.

١٩٢. ولا تخفى علة هذا الاستثناء فى ضوء الفلسفة العامة لنظرية بارتان، والتى يؤسسها على السيادة، فالدولة مهما اتسعت رقعتها الجغرافية ما هى إلا مجموعة عقارات، حيث تشكل هذه العقارات مجتمعة - مهما تعددت - مهبط سيادة الدولة، ولذا تقضى النظم القانونية بخضوع الأموال لقانون موقعها، ليكون هو القانون الواجب التطبيق عليها، بما يستتبع - بالإضافة إلى ذلك - ضرورة خضوع تكييف الأموال لذات القانون. وقد استند بارتان فى تبرير الاستثناء الذى ينادى به إلى حجة أخرى لها وزنها، مستمدة من الاعتبارات العملية، وقوامها أن استقرار المراكز القانونية يقتضى إخضاع تكييف المال لقانون موقعه، فسلامة المعاملات تتطلب ضرورة خضوع الأموال - وكل ما يتعلق بها - لقانون الموقع، فضلاً عن أن الأحكام العامة فى القانون الدولى الخاص تملى - ذاتها - هذا

(١٣٩) انظر :

Bartin, Principes de droit international privé, *op. cit.*, p. 236; même auteur, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles des conflits de lois, *op. cit.*, p. 598.

## الاستثناء<sup>(١٠)</sup>.

١٩٣. وينطوى هذا الاستثناء على مصادرة على المطلوب، حيث يصل إلى النتائج بدون مقدمات، فالاستثناء الذى يقرره يقفز فى الظلام قفزة مباشرة من وقائع النزاع إلى القانون الواجب التطبيق، دون معرفة التكييف القانونى للفكرة المسندة، فهذه الفكرة تظل مجرد وقائع مادية حتى يتم إسباغ الوصف القانونى المناسب عليها. إن تحديد طبيعة الشيء من حيث كونه مالا تعد الخطوة الأساسية والمنطقية لتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بهذا المال، وإذا لم يتم تكييف الشيء لمعرفة طبيعته، فكيف سيتم تحديد قاعدة الإسناد؟ فمن الذى يقول - بصفة مبدئية - إن وقائع النزاع عبارة عن مال حتى نرجع لقانون موقعه من أجل تكييفه؟ فى حين أن تكييفه مسألة سابقة على معرفة قانون الموقع، كيف يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق دون القيام بعملية التكييف؟!

١٩٤. إن اختيار قاعدة الإسناد يتوقف بصفة أساسية ومباشرة على التكييف القانونى للشيء، فلو كان عقارا، خضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقار، ولو كان منقولا، خضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول. ولإيضاح الأمور نستشهد بما ينص عليه القانون الفرنسى من خضوع الميراث فى العقار لقانون موقعه، وخضوع الميراث فى المنقول لقانون موطن المتوفى<sup>(١١)</sup>، ويترتب على ذلك أن الخطأ فى التكييف سيؤدى إلى خطأ فى تحديد قاعدة الإسناد، وهو ما سيؤدى بدوره إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على نحو خاطئ. فلو أسبغ القاضى على المال محل الميراث وصف المنقول، فى حين أنه عقار - بالتخصيص مثلاً - لأدى ذلك لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث على المنقول التى تقضى كما فى المثال السابق بالخضوع لقانون موطن المتوفى، وقد يقع هذا الموطن فى أى دولة فى العالم بما يستتبع تطبيق قانون هذه الدولة، فى حين أنه كان يجب

(١٤٠) وفى ذلك يقرر بارتان :

«Il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit de fixer la nature mobilière ou immobilière d'une chose. Dans ce cas, pour des raisons particulières qui tiennent au fondement juridique de la détermination de la loi applicable au régime de la propriété, la *lex fori* s'efface devant la *lex situs*. Telles sont les conséquences auxquelles nous ont conduit les principes généraux du droit international privé, tels que nous permet de les dégager la notion actuelle de la souveraineté civile», De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *op. cit.*, p. 480.

(١٤١) انظر: Loussouarn et Bourel, Précis..., *op. cit.*, n° 429, p.509.

تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقار، والتي تقضى بسريان الميراث على العقار لقانون موقعه، وموقع العقار لا يكون إلا فى دولة واحدة بعكس المواطن الذى قد يقع فى أى دولة كما ذكرنا.

١٩٥. وحتى إذا سلمنا جدلاً بصحة الاستثناء وقام القاضى بإخضاع العقار لقانون موقعه ثم تبين له عند تطبيق أحكام قانون الموقع أن هذا القانون لا يعتبر المال عقاراً وإنما - مثلاً - منقولاً بحسب المآل، فهل يتراجع من جديد؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فكيف سيتم تكيف المال مرة أخرى؟ واستناداً لأى قانون؟ هل قانون القاضى؟ ولما لا منذ البداية؟ يضاف إلى ذلك - من ناحية أخرى - أن استثناء بارتان عديم القيمة من الناحية العملية، فإذا كانت مشكلة التكيف «تثور بنوع خاص بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، إذ تختلف وجهات النظر فيها اختلافاً كبيراً، إلا أنها قلما تثور بالنسبة للعلاقات المالية، إذ تتفق تشريعات الدول غالباً - وبخاصة التشريعات اللاتينية إذ أساسها جميعاً القانون الرومانى - على الأوصاف الخاصة بها»<sup>(١٤٢)</sup>. وإزاء ذلك، ننتهى إلى أن النظرية تبرأ من الاستثناء الذى قرره بارتان عليها، حيث تبدو قوية فى بنائها، متينة فى أساسها، دون حاجة إلى أى استثناء يرد على مضمونها.

#### الاتجاه الثانى : خضوع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع مضمون النظرية

١٩٦. لم تلق نظرية خضوع التكيف لقانون القاضى قبولاً لدى بعض الفقه، فذهب إلى البحث عن بديل لها. وقد كان الأستاذ دسبانييه Despagnet من أشد المنتقدين لتلك النظرية مؤكداً خطأ التصور الذى بنيت عليه، منادياً فى ذات الوقت بضرورة خضوع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع<sup>(١٤٣)</sup> Lex causae فما دما قد سلمنا باختصاص القانون الذى

(١٤٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٩٤، ص ٢٥٤.  
(١٤٣) انظر :

Despagnet, Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, *Clunet*, 1898, p. 253 et s.

ويؤكد الكاتب فى ص ٢٦١ من هذا المقال :

Après les observations qui précèdent, nous pouvons affirmer que le principe même établi par M. Bartin est erroné les qualifications des rapports juridiques ne sont pas déterminées par la *lex fori*, mais bien par la loi reconnue applicable à ces rapports juridiques.

تشير إليه قاعدة الإسناد، فإن هذا القانون يجب أن يختص بحكم النزاع بشكل كامل، بحيث يمتد هذا الاختصاص ليشمل التكييف إضافة إلى حكم الموضوع. ويعد هذا المسلك - من وجهة نظر أنصاره - أفضل من تجزئة آلية الإسناد بتكييف الفكرة المسندة وفقاً لقانون القاضى ثم تطبيق القانون الأجنبى على موضوع النزاع. فما دام هذا الأخير هو الذى سيحكم الموضوع، فما المانع لأن يحكم التكييف أيضاً؟ وبذلك تنتهى هذه النظرية إلى ضرورة إجراء التكييف وفقاً للمفاهيم السائدة فى القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، فهذه القاعدة عندما تختار قانوناً، لا تختاره ليكون واجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب، وإنما ليحكم أيضاً عملية التكييف. وقد لاقت هذه النظرية رواجاً لدى جزء من الفقهاء الألمان والإيطالى<sup>(١٤٤)</sup>.

١٩٧. ويبرر منهج خضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع - فى نظر أصحابه - مجموعة من الحجج :

١ - الحفاظ على وحدة النزاع وعدم تجزئته، فإذا كان دسبانيه يرفض نظرية بارتان، فإنه يوافق على الاستثناء الذى يقرره، بيد أنه يجعل منه نظرية عامة تتأسس على الرجوع للقانون المختص بحكم النزاع فى شأن التكييف، ولذلك يعود ويقرر أنه إذا كان أساس خضوع تكييف المال لقانون موقعه هو اعتبارات النظام العام، فإن أساس خضوع تكييف باقى الموضوعات الأخرى للقانون المختص بحكم الموضوع هو الحرص على عدم تجزئة النزاع<sup>(١٤٥)</sup>. فأهم ما يميز النظرية فى نظر صاحبها هو كونها تتلافى التجزئة التى تنتاب النزاع نتيجة لإعمال مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى، إذ يترتب على هذا الأسلوب إخضاع التكييف لقانون مختلف عن

(١٤٤) انظر فى الإشارة لهذا الفقه :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 187, p. 205; Mayer et Heuzé, Droit international privé, *op. cit.*, n° 166 et s., p. 116 et s.

(١٤٥) راجع مقاله السابق ص ٢٦٢ وما يليها حيث يقرر :

Il faut bien, en effet, se garder de confondre, ainsi que nous l'avons dit plus haut, les qualifications des biens ou celles des actions avec les qualifications des rapports juridiques : les premières se rattachent incontestablement à l'ordre public tel qu'on le conçoit habituellement, tandis qu'on ne voit pas dans quelle circonstance l'ordre public, tel qu'il résulte de la *lex fori*, peut être intéressé par la répartition des rapports de droit en telles ou telles catégories.

ذلك القانون الذى يحكم النزاع، فى حين أن خضوع التكييف للقانون الذى يحكم الموضوع يضمن لهذا القانون الاختصاص الكامل بحكم النزاع سواء من ناحية التكييف أو من ناحية الموضوع.

٢ - يقتضى المنطق القانونى السليم إدخال التكييف فى اختصاص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فما دام هذا القانون هو المختص بحكم الموضوع، فمن باب أولى يختص بحكم التكييف، فما يسرى على الأصل يسرى - وبالأحرى - على الفرع. يضاف إلى ذلك أنه لا يجب على القاضى أن يفرض مفاهيم التكييف السائدة فى قانونه الوطنى على المنازعات الدولية طالما أن القانون الواجب التطبيق سيكون أجنبياً، وبعبارة أخرى، لا يتعين أن يقوم القاضى بفرض تكييفه على المنازعات طالما أن قاعدة الإسناد ستشير إلى تطبيق قانون أجنبى<sup>(١٤٦)</sup>.

٣ - عدم إجراء التكييف وفقاً للقانون المختص بحكم النزاع يشكل مسخاً لهذا القانون وتطبيقاً له فى غير الحالات التى أرادها مشرعه، فالمشرع الأجنبى وحده هو الأقدر على تحديد مجال وأحوال تطبيق القوانين التى يصدرها، ولا سبيل لتحقيق هذه الغاية إلا بإخضاع التكييف لهذا القانون، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القانون الأجنبى بالاستناد للتكييف المقرر فى دولة القاضى وليس بالاستناد للمفاهيم التى ينتمى إليها هذا القانون، فإذا كان قانون القاضى مثلاً «يدخل المسألة محل النزاع ضمن طائفة مسائل الأهلية ويسندها بالتالى إلى قانون الجنسية وكان قانون الجنسية (باعتباره القانون المختص بحكم النزاع) يعتبرها مسألة متعلقة بالشكل ومن ثم غير داخلة فى نطاق تطبيقه، فإن الإصرار على اعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقاً لقواعد التكييف فى قانون القاضى من شأنه تطبيق القانون الأجنبى على مسألة لا يعتبر نفسه مختصاً بحكمها»<sup>(١٤٧)</sup>.

(١٤٦) وفى ذلك يقرر دسبانييه :

Ce qu'il y a de capital, ce qui entraîne toutes les conséquences juridiques ultérieures, c'est précisément la qualification à donner à un rapport de droit, et il y a une contradiction éclatante dans le fait d'imposer sa propre qualification, tout en prétendant suivre la loi étrangère», Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, *op. cit.*, p. 262.

(١٤٧) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، رقم ١٠١، ص ١٠٦.

## نقد النظرية

١٩٨. تتشابه نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع مع الاستثناء الذى قرره بارتان على نظرية خضوع التكييف لقانون القاضى والذى يقضى بخضوع تكييف المال لقانون موقعه أو بالأحرى للقانون المختص بحكم النزاع<sup>(١٤٨)</sup>، غاية ما هنالك أن بارتان يجعل هذا الاختصاص استثناءً على نظريته، فى حين يعتبر دسبانييه - كما ذكرنا - من إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع نظرية متكاملة الأركان. وعلى أى حال فإن النظرية التى نادى بها دسبانييه لا تسلم من النقد :

١- إذا كانت النظرية محل الحديث تتشابه مع الاستثناء الذى نادى به بارتان بخضوع تكييف المال لقانون موقعه، فإنها تستهدف لذات النقد الذى وجهناه للاستثناء المذكور، حيث تنطوى النظرية على مصادرة على المطلوب *Petition de principe*. إن نظرية دسبانييه تتأسس على إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع فى حين أن هذا القانون لا يتم الاهتداء إليه إلا بعد القيام بعملية التكييف، فكيف يتأتى القول بإخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع رغم أن التعرف على هذا القانون لم يتقرر بعد؟! إن التكييف يعد بمثابة الخطوة التمهيدية لتحديد قاعدة الإسناد التى ستشير فيما بعد للقانون المختص بحكم النزاع، فكيف يمكن النظر للمشكلة بطريقة عكسية والقول بأن التكييف يتوقف على القانون المختص وليس القانون المختص هو الذى يتوقف على التكييف. فكما أن الواقع يسبق القانون، فإن التكييف يسبق الإسناد، فلا وجود للقانون المختص إلا إذا وجد الإسناد، ولا وجود للإسناد إلا إذا وجد التكييف.

إن أركان قاعدة الإسناد كما حددناها سابقاً<sup>(١٤٩)</sup> هى الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق، ولا يصح ولا يمكن الوصول إلى الركن الثالث إلا بإعمال الركن الأول وعبر الركن الثانى، فالتعرف على وصف الفكرة المسندة يعد نقطة الانطلاق نحو إعمال ضابط الإسناد وصولاً للقانون الواجب التطبيق، ولا يمكن اتباع هذه المراحل بطريقة عكسية. إن القانون المختص بحكم النزاع لا يمكن معرفته ولا يتم الوصول إليه إلا بعد إجراء التكييف، فكيف يتصور فى عقل أو منطق أن يتولى هذا القانون

(١٤٨) وذلك على اعتبار أن كل النظم القانونية تقرر - بصفة أساسية - اختصاص قانون الموقع بحكم مسائل الأموال.

(١٤٩) انظر سابقاً رقم ١١٦ وما يليها.

- وهو لم يعرف بعد - حكم التكييف؟ إن عملية التكييف تسبق مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث الزمن، فكيف يمكن الرجوع إلى الوراء - بعد تحديد هذا القانون - والقول بخضوع التكييف لسلطانه؟

٢- تنطوى النظرية على استحالة عملية في التطبيق، وتؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة *Cercle vicieux* فتحديد القانون المختص بحكم التكييف وفقاً للمنهج الذي تقضى به النظرية يتضمن في الوقت ذاته إقراراً بأن المسألة محل النزاع قد تم تكييفها فعلاً وفقاً لقانون القاضى بدليل أنه تمت معرفة القانون الواجب التطبيق، فكيف يحكم هذا القانون التكييف فى حين أنه تقرر فعلاً؟! يضاف إلى ذلك أنه وفى «مثال وصية الهولندى، كيف يمكن القول بإخضاع التكييف للقانون المختص، مادام أن القاضى لم يحدد ما إذا كانت المسألة محل البحث تعد مسألة شكل تخضع لقانون بلد الإبرام (القانون الفرنسى)، أم مسألة أهلية يرجع فى شأنها إلى قانون الجنسية (القانون الهولندى)؟ ولماذا نحكم بضرورة الرجوع إلى القانون الذى يحكم شكل الوصية دون القانون الذى يحكم الأهلية أو العكس؟ لاشك أنه من العسير على القاضى أن يجد مبرراً للبدء بإخضاع التكييف لأحد القانونين دون الآخر، وهو ما يوقعه فى النهاية فى حلقة مفرغة»<sup>(١٥٠)</sup>.

٣- تنطوى نظرية دسبانييه - كذلك - على مغالطة فنية واضحة، فالفقيه يؤسس مذهبه على اعتبار أن القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد يجب أن ينعقد له الاختصاص الكامل بحكم النزاع تكييفاً وموضوعاً، والنظرية بذلك تتأسس - وهذه هى المغالطة الفنية الواضحة - على افتراض أن قاعدة الإسناد تشير دائماً إلى تطبيق القانون الأجنبى، فى حين أن هذا الافتراض ليس إلا محض خيال لا يستطيع أحد تأكيده. فقد علمنا أن حظوظ القانون الوطنى تتساوى تماماً مع حظوظ القانون الأجنبى فى التطبيق، فماذا يكون الحكم لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطنى، هل يقوم القاضى بتكييف العلاقة من جديد بعد سبق تكييفها؟! وكيف يكون ذلك؟!.

٤- ليس من العسير تفنيد الحجة المتعلقة بأن عدم إجراء التكييف وفقاً للقانون المختص بحكم النزاع يشكل مسخاً لهذا القانون وتطبيقاً له فى غير الحالات التى أرادها مشرعه، إذ يرد على ذلك بأن أساس تطبيق



القانون الأجنبي هو قاعدة الإسناد الوطنية وليس إرادة المشرع الأجنبي. ولا غرو في ذلك طالما تأسس هذا التطبيق على مقتضيات التعاون الدولي ومبدأ المعاملة بالمثل، تحقيقاً للأهداف المثالية التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى تحقيقها.

هكذا، والحال كذلك، تفرغ نظرية دسبانييه من مضمونها.

### الاتجاه الثالث : خضوع التكييف للقانون المقارن مضمون النظرية

١٩٩. قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني وقد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي. وإذا كان القانون الوطني هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع، فإنه من المتصور أن يكون القانون الأجنبي هو قانون أى دولة من الدول. وإذا كان من شأن قاعدة الإسناد أن تشير إلى تطبيق قانون أى دولة في العالم، فقد نادى الأستاذ الألماني رابل Rabel بوجود عدم التقيد بالمفاهيم الوطنية لدولة من الدول عند القيام بالتكييف، وإنما يجب إجراء الوصف القانوني لوقائع النزاع في ضوء المبادئ العامة للنظم القانونية.

٢٠٠. وتتأسس النظرية على اعتبار أن القانون الدولي الخاص يهدف إلى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية، إذ يسعى إلى تبني حلول عالمية ترضى جميع الدول مع تجنب اللجوء إلى حلول جزئية مستمدة من الأثنية الوطنية، فما يرضى النظام القانوني لدولة ما، قد لا يرضى النظام القانوني لدولة أخرى. وإذا كان القانون الدولي الخاص عالمياً في أهدافه على هذا النحو، فإنه يجب أن يكون عالمياً في وسائله وأدواته، فلا يتم التكييف وفقاً للمفاهيم المتعارف عليها في قانون القاضي أو وفقاً للأفكار السائدة في القانون المختص بحكم النزاع، وإنما يتعين استلزام الحلول المناسبة لعملية التكييف من أحكام القانون المقارن، وذلك على الرغم مما قد تشهده قوانين الدول من اختلافات حول وصف الفكرة المسندة<sup>(١٥١)</sup>. فإذا كانت وقائع الفكرة المسندة المطروحة أمام القاضي تشكل

(١٥١) انظر :

Rabel, Le problème de la qualification, *Rev. crit.*, 1933, p. 1 et s.

وفي ذلك يقرر الفقيه الألماني في ص ١ وما يليها أنه :

En ce qui concerne d'abord le droit international privé désirable, de l'avenir, il ne devra pas être une législation déterminée où l'on devra

نزاعاً بين الوالدين على نسب الابن، فإن مفهوم النسب يجب أن يتحدد طبقاً للمفهوم السائد في القانون المقارن وليس وفقاً لقانون القاضى وحده أو حتى وفقاً للقانون المختص بحكم النزاع. وإذا كانت هذه الوقائع تشكل عقداً من العقود، فإن تحديد مفهوم العقد يجب أن يتقرر وفقاً لذات الأسلوب. ولذلك قيل بأن «إجراء التكييف وفقاً للقانون المقارن، يساعد على توفى عيوب النظريتين السابقتين، لا سيما في الفرض الذى يواجه فيه القاضى نظاماً قانونياً يجهله قانونه، أو القانون واجب التطبيق على القضية. فالدراسة المقارنة للقوانين تعين القاضى على التعرف على بنیان ومعالـم قوانين الدول الأخرى، وتوسع من مداركه، وتقيم الإلف بينه وبين النظم القانونية الأجنبية، بحيث لن يصعب عليه تفهم غالب المسائل التى تعرض عليه، ويضعها موضعها المناسب من الطوائف القانونية التى لها قواعد تنازع فى قانونه»<sup>(١٥٢)</sup>. وعلى هذا فإنه يتعين على «القاضى إذن، بل وعلى المفسرين والأخصام، أن يقوموا، فى سبيل تحقيق هذه الغاية، بدراسة وتفسير التشريع والقضاء فى مختلف الدول دراسة مقارنة ودون أن ينقيدوا بالتكييفات الواردة فى بلادهم، بذلك، وبذلك وحده، يستطيعون الكشف عن تكييف عالمى وأن يجعلوا لقواعد الإسناد معنى عالمياً»<sup>(١٥٣)</sup>.

---

puiser la définition des notions employées par la règle de conflit, mais il faudra au contraire former des notions spéciales qui ne sont identiques ni avec les notions du droit interne du juge saisi, ni avec les notions d'un droit interne quelconque. Et même pour le droit international privé actuel dont les règles se rattachent en effet étroitement aux idées usuelles dans la législation interne du même pays, il est impossible de se résigner à reconnaître ce fait. Au contraire, il faut s'inspirer des résultats du droit comparé qui nous ont révélé que, malgré les grandes diversité, les institutions des pays civilisés se ressemblent assez pour permettre de créer des notions plus abstraites valables pour tous les droits nationaux.

(١٥٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٣٥٦، ص ٣٨٥ وما يليها.

(١٥٣) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٩٢، ص ٢٣٧. انظر كذلك فى شرح نظرية خضوع التكييف للقانون المقارن فى الفقه الفرنسى: Loussouarn et Bourél, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 188, p. 207 et s.

## نقد النظرية

٢٠١. تتفق النظرية في مظهرها الخارجى مع طبيعة القانون الدولى الخاص، الذى يسعى - كما ذكرنا - إلى تبنى حلول عالمية تبتعد عن الحلول الجزئية التى تتبع من الأثانية الوطنية لكل دولة، ورغم ذلك تنطوى النظرية، على صعوبات عملية فى التطبيق :

١- يتطلب الأستاذ رابل ضرورة قيام القاضى باستقراء المفاهيم المستقرة فى معظم النظم القانونية لإجراء التكيف وفقاً لمقتضاها. والحقيقة أن تكليف القاضى بدراسة هذه النظم ينطوى على صعوبات عملية كبيرة، فمن غير المستساغ إلزام المحاكم بهذه المهمة التى تفترض:

- إلمام القاضى - على الأقل - باللغات الرئيسية فى العالم.
- مطالعة الفقه القانونى وأحكام القضاء فى النظم القانونية الرئيسية.
- القيام بمجهود ذهنى ضخم يتطلب مساحة كبيرة من الوقت.

٢- وحتى إذا تمكن القاضى - على سبيل الفرض الجدلى - من القيام بهذه المهمة، فلن يجد «فى الكثير من الأحيان عوناً كافياً من الدراسات الفقهية للقانون المقارن. فدراسات القانون المقارن لم تتعد بعد فى كثير من الحالات مرحلة العموميات بحيث قد لا يتسنى للقاضى أن يستمد منها حلاً واضحاً لمسألة دقيقة ومحددة مطروحة أمامه»<sup>(١٥٤)</sup>. ولا أدل على ذلك من أن «فقهاء القانون المقارن أنفسهم لم يستطيعوا حتى الآن - وباستثناء حالات محددة - أن يستخلصوا مفاهيم مشتركة للأفكار التى يتضمنها القانون الدولى الخاص فى مختلف دول العالم. فالطابع الوطنى لهذا الفرع من فروع القانون، والتنافر الواضح بين النظم الوضعية المختلفة حول الكثير من المسائل، مازال عائقاً يقف فى سبيل جهود المشتغلين بالدراسات المقارنة. بل إن هؤلاء أنفسهم قد تأثروا بدورهم بالطابع الوطنى لنظم الدول التى يتبعونها. ولعل هذا هو ما يفسر تلك الحلول المتعارضة التى استخلصوها من دراستهم المقارنة، والتى تؤكد مرة أخرى ابتعاد نظرية رابل عن الواقع العملى»<sup>(١٥٥)</sup>.

٣- استشعر رابل ذاته الصعوبة التى تترتب على الأخذ بنظريته، ولكنه ذهب فى ذات الوقت إلى أن هذه الصعوبة لا يجب أن تكون داعياً للإحباط،

(١٥٤) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، رقم ١٠٤، ص ١٠٨.

(١٥٥) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٤٢.

مؤكداً أن قانون التنازع قادر على مواجهة هذه المشكلة، حيث يكفى الاعتراف بالمبدأ العام وهو خضوع التكييف للقانون المقارن مع إمكان تعداد بعض الاستثناءات على تطبيقه. والواقع أن محاولة رابل للتطيف من حدة نظريته تتسم بالطلبع النظرى التجريدى البحت، فالواقع العملى لا يدل على أن القانون المقارن يقدم لنا المبادئ الأساسية لعملية التكييف<sup>(١٥٦)</sup>.

٤ - يرتبط بما سبق أن الحل الذى يقترحه الفقيه لا يصلح لأن يكون نظرية عامة، فالنظم القانونية قد تشهد خلافات حادة حول تكييف الفكرة المسندة على النحو الذى قد يستحيل معه تصور وجود مفاهيم عالمية للتكييف فى بعض الأحوال، فإذا رفعت الزوجة الثانية دعوى أمام القاضى المصرى لمطالبة زوجها بالإتفاق عليها، فإن القاضى سيقوم بتكييف الدعوى على أنها نفقة، فى حين أن القضاة فى الكثير من الدول - الغربية على وجه الخصوص - قد لا يقومون بتكييفها على أنها كذلك، لأن النظم القانونية لهذه الدول لا تعترف بتعدد الزوجات. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الخلع، حيث لا تعترف بها النظم غير الإسلامية، فكيف يتأتى الوصول إلى مفاهيم عالمية موحدة بشأن تكييف الفكرة المسندة؟ إن اختلاف المعتقدات الدينية سيؤدى إلى استحالة الوصول إلى مفاهيم عالمية بشأن التكييف فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الخصوص، وهنا لا يمكن بأى حال من الأحوال اعتبار التكييف فى مختلف مسائل الأحوال الشخصية بمثابة استثناء على الأصل العام - على فرض التسليم به - وهو خضوع التكييف للقانون المقارن كما ينادى رابل.

(١٥٦) ويعبر رابل عن هذه المحاولة بقوله :

La méthode du droit comparé, il est vrai, ne suffit pas pour résoudre tous les problèmes de la qualification, étant donné que ces problèmes se posent surtout dans les cas où la différence entre la législation du juge saisi et la législation applicable en vertu de la règle de conflit est si grande qu'une transaction entre les points de vue opposés ne semble guère être possible. Mais, malgré ce fait, il ne faut point désespérer de la méthode que je voudrais proposer. Parce que le droit de conflit à former peut se servir de tous les moyens auxquels un législateur a recours pour dominer les phénomènes hétérogènes de la vie sociale. Il peut formuler des principes et reconnaître en même temps des exceptions. Et c'est précisément cette liberté dans le choix des moyens qui, à mon avis, peut seule établir et garantir la qualité la plus désirable du droit de conflit, à savoir sa praticabilité», Rabel, Le problème de la qualification, *op. cit.*, p. 2.

## رأينا الخاص

٢٠٢. يتعين بعد استعراض النظريات الثلاث بشأن التكيف أن نحدد الراجح منها، فقد نادى بارتان بخضوع التكيف لقانون القاضى، بما يعنى التزام هذا الأخير بإضفاء الوصف القانونى على النزاع طبقاً للأحكام المقررة فى قانون الدولة التى ينتمى إليها، فى حين ذهب دسبانييه إلى ضرورة إهمال قانون القاضى والرجوع للقانون المختص بحكم النزاع، وأخيراً لا يتبنى رابل لا هذا ولا ذاك، وإنما يفضل اللجوء إلى القانون المقارن بشأن التكيف.

٢٠٣. وقد تبين لنا عدم جدوى نظرية إخضاع التكيف للقانون المختص بحكم النزاع، لكونها تنطوى على مصادرة على المطلوب، كما يستحيل الأخذ بها من الناحية العملية. فتحديد القانون المختص بحكم النزاع يفترض القيام بعملية التكيف، وليس التكيف هو الذى يفترض تحديد القانون المختص. وقد تبين لنا كذلك الصعوبات العملية الفائقة ذات الطابع المزدوج التى تصاحب الاعتداد بنظرية إخضاع التكيف للقانون المقارن والتى تتمثل فى إلقاء أعباء إضافية مرهقة على كاهل القاضى الذى ينظر النزاع، وذلك بالإضافة إلى عدم شمول القانون المقارن لمفاهيم عالمية كافية بشأن التكيف.

٢٠٤. ولا يتبقى لنا - والحال كذلك - إلا نظرية خضوع التكيف لقانون القاضى لتكون هى الراجحة، ونزيد الأمر تفصيلاً فنقول إن اتصال الصفة الأجنبية بأى عنصر من عناصر النزاع يرشح - على الأقل - قانونين لحكم العلاقة، وبذلك تشكل هذه الصفة نقطة انطلاق لقاعدة الإسناد لتباشر عملها نحو المفاضلة بين هذين القانونين لاختيار الأنسب. وإذا كان القاضى الوطنى يقوم بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية، فلا مناص فى ظل هذه الآلية الوطنية البحتة من إجراء التكيف وفقاً لقانون القاضى. ويتأيد هذا رأى - بالإضافة إلى ما ذكر فى حينه - بالحجتين الآتيتين :

١ - يعد التكيف القانونى للمسألة محل التداعى مفترضاً أساسياً من مفترضات قاعدة الإسناد، فقد سبق أن علمنا أن لهذه القاعدة ثلاثة أركان هى: الفكرة المسندة، وضابط الإسناد، والقانون الواجب التطبيق. وإذا كان ضابط الإسناد يستمد من النظام القانونى الوطنى، وإذا كان القانون الواجب التطبيق يتم تحديده بناء على إعمال هذا الضابط الوطنى، فإن الفكرة المسندة يجب أن تستمد وصفها القانونى من القانون الذى ينتمى إليه ضابط

الإسناد، فلا يعقل أن يتم التكيف وفقاً لنظام قانونى أجنبى، ثم يتم بعد ذلك أعمال ضابط إسناد ينتمى للنظام الوطنى، وإلا فإن من شأن ذلك «عزل قاعدة الإسناد عن النظام القانونى الذى تنتمى إليه»<sup>(١٥٧)</sup>.

٢- يرتبط بالحجة السابقة أن آلية الإسناد بمختلف عناصرها تعتبر آلية وطنية بحتة لا علاقة للقانون الأجنبى بها، ولذا يتعين أن يتم التكيف وفقاً لقانون القاضى. وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه لا يوجد أى قانون آخر يتزاحم مع القانون الوطنى لحكم التكيف، ومن ثم يبدو هذا القانون هو المرشح الوحيد بشأن تحديد الطبيعة القانونية لوقائع النزاع.

٢٠٥. وإذا كانت نظرية بارتان هى الراجحة، فإن هذا لا يعنى غض الطرف تماماً عن القانون المقارن لدى القيام بعملية التكيف، وإنما يتعين على القاضى الاستئناس دائماً بالمبادئ العامة فى عالم القانون الدولى الخاص، من أجل الوصول للوصف القانونى السليم للنزاع، وخاصة فى الأحوال التى يجهل فيها قانون القاضى نوع المنازعة محل التقاضى، ولذا يعلق البعض - بحق - على هذا التقرير بأن للفقهاء الحديث فضل تلافى «أوجه النقد الأساسية الموجهة إلى نظرية بارتان عن طريق إخراج النظرية نفسها من إطارها الجامد، فسمح للقاضى من ناحية باستشارة القانون الأجنبى لتحديد المفهوم الحقيقى للعلاقة المطروحة أمامه، ثم أتاح له - من ناحية أخرى - أن يوسع مضمون الأفكار المسندة فى قانونه حتى يسهل له أن يدخل فيها المراكز التى يجهلها هذا القانون»<sup>(١٥٨)</sup>.

#### التكيف فى القانون المصرى

٢٠٦. بدا لنا تأييد الفقه على نحو موسع لنظرية خضوع التكيف لقانون القاضى، ولم يرد المشرع المصرى أن يتخلف عن هذا التأييد، فقضى فى المادة العاشرة من القانون المدنى بأن «القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها».

٢٠٧. وقد جاء النص قاطعاً فى تبنى المشرع لنظرية بارتان. وبإمعان النظر نجد أن النص يتضمن مفترضين أساسيين يعقبهما الحكم

(١٥٧) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٠٩.

(١٥٨) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٣٦ وما يليها.

الذى تبناه المشرع :

- ١ - المطلوب هو تحديد نوع العلاقة فى قضية تتنازع فيها القوانين.
- ٢ - الهدف من تحديد نوع العلاقة هو معرفة القانون الواجب التطبيق.
- ٣ - الحكم الذى قرره المشرع هو كون القانون المصرى هو المرجع فى تكييف هذه العلاقات لمعرفة نوعها.

٢٠٨. فأىما عرض على القاضى المصرى نزاع يشتمل على عنصر أجنبى، فإنه يجب تحديد الطبيعة القانونية للفكرة المسندة فى ضوء الأحكام العامة المتعارف عليها فى الدولة، فإذا فرغ القاضى من هذه المرحلة، انتقل للمرحلة التالية وهى اختيار قاعدة الإسناد المناسبة، ثم إعمالها من أجل الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق. فإذا وجد أن الفكرة المسندة تثير نزاعاً بشأن الأهلية، لجأ لإعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ١/١١ من القانون المدنى التى تنص على أن «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم». وإذا وجد أن التكييف القانونى للدعوى يثير نزاعاً بشأن الميراث قام بتطبيق قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١/١٧ من ذات القانون والتى تقرر أن «يسرى على الميراث... قانون المورث... وقت موته» وهكذا.

٢٠٩. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية فى ٢٦ مارس ١٩٥٣ بأن النزاع القائم بين زوج سويسرى وزوجة يونانية بشأن النظام المالى للزواج يعتبر نزاعاً متعلقاً بالآثار الناشئة عن عقد الزواج وفقاً للمفاهيم السائدة فى القانون المصرى، وهو ما يقتضى تطبيق نص المادة ١/١٣ من القانون المدنى. وقد قررت المحكمة أنه لا عبرة بتكييف القانون السويسرى (باعتباره قانون جنسية الزوج) لهذا النزاع على أنه يتعلق بالعقود وصحة الرضاء، وهو ما يوجب تطبيق نص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى والتى تتضمن قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود؛ ولذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه «ولما كان المرجع فى تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليست كذلك هو القانون المصرى وفقاً للمادة ١٠ من القانون المدنى، فيكون فى غير محله استناد الطاعنين إلى القانون السويسرى فى تكييف النظام المالى بين الزوجين (على أنه مسألة تتعلق بالعقود وصحة الرضاء)؛ (وذلك لأن البين) من المادة ١٣ من القانون المدنى المصرى... أن المنازعات المتعلقة

بالنظام المالى بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية» (١٥٩).

٢١٠. وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها فى أن زوجاً يونانى الجنسية أقام دعوى أمام القضاء المصرى يطالب فيها بإعدام الزواج المبرم بينه وبين زوجته الفرنسية الجنسية واعتباره كأن لم يكن منذ نشأته، وقال المدعى اليونانى بأنه مسيحى الديانة أرثوذكسى المذهب، وقد تزوج بالمدعى عليها وهى مسيحية الديانة كاثوليكية المذهب، وتم إبرام الزواج أمام قسيس تابع لإحدى الكنائس الكاثوليكية التى تتبع مذهب الزوجة. وقد نعى المدعى على هذا الزواج بالبطلان لمخالفته لنص المادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى الذى يوجب إتمام زواج من ينتمى للكنيسة اليونانية الأرثوذكسية أمام كاهن تابع لهذه الكنيسة بالذات وإلا وقع باطلاً، لأن شرط إبرام الزواج على هذا النحو يعتبر من الشروط الموضوعية فى القانون اليونانى. ولما كان الزواج لم يبرم بواسطة كاهن تابع للكنيسة الأرثوذكسية وإنما أبرم بواسطة كاهن تابع للكنيسة الكاثوليكية (مذهب الزوجة)، فإنه يقع باطلاً - على حسب ما يدعى الزوج - لمخالفته لنص المادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى.

ومقطع النزاع كان يتمثل فى تحديد القانون الذى يخضع له تكييف شرط إتمام الزواج أمام كاهن أرثوذكسى، هل هو القانون المصرى (قانون القاضى) أم القانون اليونانى (القانون المختص بحكم النزاع)؟ هل يعتبر هذا الشرط من الشروط الموضوعية للزواج وفقاً للتكييف المقرر فى القانون اليونانى أم يعتبر من مسائل الشكل وفقاً للقانون المصرى؟ لاشك أن الحل النهائى للنزاع يتوقف - كما علمنا - على مسألة التكييف؛ فلو كيف القاضى المصرى النزاع طبقاً للقانون اليونانى، لصار شرط إتمام الزواج أمام كاهن أرثوذكسى من الشروط الموضوعية للزواج، بما يستتبع تطبيق نص المادة ١٢ من القانون المدنى الذى يقرر بأن «يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين»، وبالتالي سيكون الزواج باطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوج لعدم إبرامه أمام كاهن أرثوذكسى. أما لو كيف القاضى النزاع طبقاً للمفاهيم المقررة فى القانون المصرى، لصار شرط إتمام الزواج أمام كاهن أرثوذكسى من المسائل المتعلقة بالشكل، ولتقرر تطبيق نص المادة ٢٠ من القانون المدنى التى تقضى بأن

(١٥٩) نطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢١ قضائية، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض. السنة الرابعة، العدد الثانى، يناير - مارس ١٩٥٣، ص ٧٧٠ وما يليها.



«العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك»<sup>(١١٠)</sup>. ولما كان الزواج قد أبرم فى مصر، ولما كان القانون المصرى كيف شرط إبرام الزواج أمام كاهن على أنه من الشروط الشكلية، ولما كان هذا القانون لا يتطلب مواصفات خاصة فى الكاهن، فإن مؤدى ذلك اعتبار الزواج صحيحاً. فما بين الصحة والبطان تدور عملية التكيف، وهو ما يعكس أهمية ودقة هذه المرحلة. وأياً ما كان فقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى ٥ يناير ١٩٥٤ بشأن هذا النزاع المائل بالآتى: «وبما أنه يبين من الاطلاع على المذكرة المقدمة من النيابة العامة بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٥٣ أنها اعتبرت هذا الشرط من شروط الزواج الشكلية التى تخضع لقانون البلد الذى تم فيه، وهو القانون المصرى وهو لا يبطل مثل هذه الزيجات ومن ثم يكون الفصل فى هذا الطلب متوقفاً على تكيف Qualification هذا الشرط أو وصفه القانونى أهو من شروط عقد الزواج الموضوعية التى تخضع لقانون كل من الزوجين فإذا خالف أحدهما انعقد باطلاً، أم هو من شروطه الشكلية التى يكفى أن ينعقد وفقاً لقانون البلد الذى تم فيه ليكون العقد صحيحاً، لأنه لا يمكن تطبيق قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص لحل تنازع القوانين بشأن أى علاقة قانونية إلا بعد وصف هذه العلاقة. وبما أن المشرع المصرى نص فى المادة العاشرة من القانون المدنى "على أن القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها"... وبما أن المادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى التى يؤسس عليها المدعى دعواه توجب عقد الزواج على يد كاهن تابع لكنيسة الروم الأرثوذكس، فهى تفرض وجوب اتباع إجراء معين تقوم به جهة معينة لإبرام العقد، وهى لذلك تعتبر من شروط الزواج الشكلية لا من شروطه الموضوعية، وهذا ما استقر عليه رأى الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا، فالإجماع هنا وهناك على أن اشتراط عقد الزواج أمام جهة دينية معينة يعتبر من شروطه الشكلية لا الموضوعية... ومن ثم تكون هذه الدعوى قائمة على غير أساس ويتعين

(١٦٠) لمزيد من التفاصيل عن الإسناد التخييرى الذى تقرره هذه المادة انظر سابقاً رقم ١٣٨ وما يليها.

لذلك رفضها» (١٦١).

(١٦١) وقد ذكرت المحكمة في حيثيات حكمها: «وبما أن المادة ٢٠ من القانون المدني المصري تنص على أن "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك" أورد المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة القاعدة التي تقرر أن كل تصرف يعتبر صحيحا إذا تم وفقا للشكل المعتبر في قانون الجهة التي حصل فيها régité actum، والمرجع في الشكل المحلي كما يرى ذلك أغلب الفقهاء هو الشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى التي سنّها المشرع تطبيقا لها فإليها يجب الرجوع لبيان ما إذا كان الزواج موضوع النزاع الراهن قد استوفى الشكل الذي تقره هذه الشريعة، أي أن كل ما أحلته هذه الشريعة والقوانين المصرية الأخرى يكون واجب الاحترام في مصر وواجب النفاذ فيها ولو خالف القانون الشخصي لأحد الزوجين (يراجع القانون الدولي الخاص للدكتور محمد عبد المنعم رياض صحيفة ٤٠٤، وأصول القانون الدولي الخاص للدكتور حامد زكي صحيفة ١٣٩ وما بعدها)، كما أجازت المادة في فقراتها الأخرى عقد الزواج وفقا للقانون الذي يسرى على أحكام الموضوعية أو لقانون موطن المتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك. فإذا انعقد الزواج مستوفيا للشروط التي يستلزمها أي قانون من هذه القوانين الأربعة وهي قانون البلد الذي تمت فيه والقانون الذي يسرى على أحكامه الموضوعية وقانون الموطن والقانون الوطني المشترك اعتبر صحيحا ولا يجوز إبطاله ولو خالف الشروط الخاصة بالقانون الشخصي لأحد الزوجين، بل ولو كان في استطاعته أن يعقد زواجه وفقا للإجراءات التي يستلزمها هذا القانون الشخصي كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الحميد مصطفى.

«En vertu de la règle locus regit actum les étrangers peuvent se marier dans les formes de la loi du lieu où le mariage est célébré, ainsi un étranger peut opter pour la forme locale même dans le cas où il lui est aisé de suivre la forme de sa loi personnelle. (Egypte contemporaine No. 9 page 314).

وهو ما استقر عليه القضاء المختلط منذ أمد بعيد؛ إذ تجيز هذه الأحكام للأجانب سواء اتحدوا في الجنس والديانة أم اختلفوا فيهما عقد زواجهما أمام القاضي الشرعي (جازيت المحاكم المختلطة مجلد ١٩١٨/١٩١٩ صحيفة ١٧١). وينعقد الزواج صحيحا في الشريعة الإسلامية بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بحضور شاهدين عاقلين بالغين، ولا يتطلب عقد الزواج من الإجراءات أكثر من ذلك، كما أجازت قوانين الأحوال الشخصية التي أصدرها المشرع المصري عقد الزواج أمام كنيسة أحد الزوجين، وفي النزاع الراهن تم الزواج أمام الكنيسة الكاثوليكية وهو شكل من الأشكال المحلية التي أقرها المشرع المصري؛ ومن ثم فقد انعقد صحيحا ولا محل لإبطاله ولا يجدي المدعي الاحتجاج بأن إبرام هذا العقد على الصورة سالفة الذكر يرتطم بقواعد قانونية فرضها النظام العام في بلاد اليونان؛ لأنه فضلا عن أنه من المقرر عدم تعدى حكم ديانة إلى من لا يؤمن بها (يراجع مؤلف بطرس وديع كساب صحيفة ١٥٨ وما بعدها) فإنه من الأصول المقررة أنه لا يعقد إلا بالنظام العام الوطني وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٢٨ من القانون المدني المصري) فضلا عن ذلك فإن النصوص الموضوعية التي تشير بتطبيقها قاعدة من قواعد الإسناد المصرية لا تستبعد إلا إذا كانت مخالفة للنظام العام في مصر وحدها وعدم استيفاء عقد الزواج موضوع النزاع الراهن للشكل المقرر في قانون جنسية الزوج وهو إبرامه علي يد كاهن تابع لكنيسة الروم الأرثوذكس - لا تعتبر ماسا بالنظام العام في مصر - ومن ثم تكون هذه الدعوى قائمة على غير أساس ويتعين لذلك رفضها. مع إلزام المدعي المصروفات عملا بالمواد ٣٥٦ و ٣٥٧ و ٨٨٣ من مراجعات كما ذهبت إلى ذلك النيابة العامة في مذكرتها»، محكمة القاهرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، برئاسة القاضي إميل جبران وعضوية القاضيين حامد (=

٢١١. ورغم هذا الوضوح فقد عاب البعض على نص المادة ١٠ من القانون المدنى التى تحدد القانون الواجب التطبيق على التكيف بأنه «كان من الأفضل، والحال كذلك، ألا يتخذ المشرع المصرى موقفا صريحا من هذه المشكلة على نحو ما فعل، تاركا للقضاء فرصة اتخاذ الموقف الملائم، بما يتمشى مع تطور الاتجاهات الفقهية الحديثة فى هذا المجال»<sup>(١١٢)</sup>. ويرد على ذلك بأنه ها هو القضاء، قد اتخذ الموقف الملائم، فضلا عن أن اتخاذ المشرع المصرى لهذا الموقف الصريح كان بمثابة ضرورة قانونية ملحة، حتى لا تترك المسألة - بأكملها - محلا للاجتهاد. وإذا تطور الفكر القانونى للأفضل، فما المانع من تعديل النص. وهكذا يبدو النص القانونى واضحا فى تكيف مختلف المنازعات الدولية التى تعرض على القاضى المصرى طبقا للأحكام الواردة فى القانون المصرى، وعلى الرغم من هذا الوضوح فإن جوهر النصر يقتضى بيان ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: وجوب أن يقرر التكيف فى ضوء المبادئ العامة لجعل النظام القانونى المصرى

٢١٢. لا يتعين على القاضى أن يتطلب ضرورة استجابة العلاقة لمطلق التفصيلات التى يلزم توافرها فى العلاقات الداخلية البحتة، ولذا يجب استعارة المفاهيم التى تحكم تكيف العلاقات الداخلية بشكل أكثر مرونة إذا ما أريد استعمالها فى تكيف العلاقات الدولية، لتبدو أكثر اتساعا بما يستوعب الاختلافات بين النظم القانونية خاصة فى مسائل الأحوال الشخصية، فيتعين على القاضى المصرى «أن يأخذ النظم القانونية الواردة بالقانون المصرى بأفق واسع بحيث يستطيع أن يدخل فى الواحد منها أو الآخر مختلف العلاقات القانونية التى يتصدى لتحديد طبيعتها ليتعرف على قاعدة الإسناد التى تبين القانون الذى يحكمها، وذلك بدل أن يلتزم مدلولات هذه النظم التى تكفى عادة لتطبيق القواعد الموضوعية فى قانونه»<sup>(١١٣)</sup>.

٢١٣. فالمتعارف عليه فى أحكام شريعتنا الإسلامية الغراء أن من شروط ومقتضيات عقد الزواج أداء المهر وتحديد مؤخر الصداق، فإذا عرض على القاضى المصرى منازعة بشأن زواج أجنبيين لا يعرف قانونيهما المهر أو مؤخر الصداق، فلا ينبغى أن يشكل ذلك عقبة أمام تكيف

(=) وصفى وأحمد صفاء الدين. القضية رقم ١٠١ سنة ١٩٥٣ أحوال شخصية، انظر هذا الحكم منشورا فى مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، ١٩٥٣ - ١٩٥٤، القسم الأول، القضاء، حكم رقم ٨١ ابتدائى القاهرة، ص ٣٢٩ وما يليها.

(١٦٢) هـ. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(١٦٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٤.

النزاع بأنه يتعلق بعقد زواج. ففي هذا المجال الرحب الفسيح - الذى يعود للمعتقدات الشخصية - يكتفى بتوافر الأركان العامة التى يتأسس عليها الزواج كوجود زوج وزوجة وتوافر الرضاء وتحقق العلانية، دون تطلب مختلف الشروط التفصيلية المقررة فى قانون الدولة. وكذلك فى الفرض العكسى الذى يطرح فيه أمام القاضى الأجنبى عقد زواج مبرم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ يتعين على القاضى الأجنبى - بالمقابل - أن يكتفى بتوافر الأركان العامة لقيام الزوجية، وهى - كما ذكرنا - وجود زوج وزوجة وتحقق الرضاء والعلانية، دون أن يلجأ لجدد وصف الزواج عن العلاقة لمجرد أن قانونه يجهل بعض النظم المرتبطة بالزواج كالمهر ومؤخر الصداق. فالتكييف مسألة يختلط فيها القانون بالواقع، ولذا وحسب ما قررت محكمة النقض المصرية فإن «تكييف التصرف وإن كان من مسائل القانون، إلا أنه يستلزم بداءة تمحيص عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه مما يتصل بعناصر الدعوى التى يتعين طرحها تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم فى الدعوى حتى يتسنى لها تحقيقها وتقديرها»<sup>(١٦٤)</sup>.

٢١٤. والقول بغير ذلك والتمسك بالمفهوم الوطنى الضيق للأفكار التى تحكم تكييف العلاقات الداخلية ومحاولة نقلها على الصعيد الدولى، لتحكم - بذات المفهوم - تكييف العلاقات الدولية من شأنه تحقيق الصدام بين النظم القانونية وعدم تحقيق التعايش المشترك فيما بينها، وهو ما يؤدى إلى جمود الحياة الدولية الخاصة، وإهدار الأهداف التى يسعى القانون الدولى الخاص إلى تقريرها، فالمفاهيم الداخلية وضعت أساساً لتلبى متطلبات ومعتقدات المجتمع الداخلى، ولذا يجب تحرى الدقة عند استعارتها لتحكم المجتمع الدولى، الذى يختلف فى مقوماته ومفترضاته عن المجتمع الداخلى، فاستعارة القواعد الداخلية يجب أن يتقرر على نحو أكثر اتساعاً بما لا يعد افتتاً على طبيعة القواعد الداخلية ويستجيب لمتطلبات الحياة الدولية.

٢١٥. وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى هذا المفهوم حين ورد فيها أن «تطبيق القانون المصرى بوصفه قانوناً للقاضى فى مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات القانونية فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو

بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمراكز الأموال. والمقصود بالقانون المصري، القانون المصري في جملته، بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد، دون أن يقتصر القاضي على الأحكام التي يختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء»<sup>(١١٥)</sup>. وتطبيقاً لذلك، وبخصوص تحديد الوصف القانوني لموانع الزواج - مقارنة بالطقوس التي تصاحب عقد الزواج - قضت محكمة القاهرة الابتدائية بأنه «إذا كان المشرع المصري قد نص في المادة العاشرة من القانون المدني على أن القانون المصري هو المرجع في تكليف العلاقات، وكان التشريع الوضعي لم ينظم قواعد للوصف، فإنه يتعين الرجوع إلى الروح السائدة في التشريع المصري. والرأي المعول عليه أن موانع الزواج سواء كانت متعلقة بالدين أو بدرجة القرابة أو الأهلية تعتبر من شروط الزواج الموضوعية، بعكس الشروط المتعلقة بالجهة التي تباشر عقد الزواج أو الطقوس التي يجب أن يخضع لها أو ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة، فإنها من شروط الزواج الشكلية»<sup>(١١٦)</sup>.

(١٦٥) مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص ٢٣٣.  
(١٦٦) صدر هذا الحكم من محكمة القاهرة الابتدائية في ٩ مارس ١٩٥٤، مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، ١٩٥٣ - ١٩٥٤، القسم الأول، القضاء، حكم رقم ٨٢، ص ٣٣٣. وقد قضت ذات المحكمة في حكمها الصادر في ٥ يناير ١٩٥٤ السابق ببيان أحكامه والمتعلق بالزواج اليوناني الذي طالب باعتباره زواجه من زوجته الفرنسية كأن لم يكن لتخلف إبرامه أمام كاهن تابع للكنيسة الأرثوذكسية بأنه «ومن المقرر أن المشرع المصري لم ينظم في التشريع الوضعي قواعد للوصف يمكن الرجوع إليها، وورد تعليقاً على هذه المادة في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزء الأول صحيفة ٢٢٤ ما يأتي: "وينبغي أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها في مسألة التكليف إلزامها بالرجوع إلى القانون المصري في جملته فيما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد - دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه، ويراعي من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانوناً للقاضي في مسائل التكليف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً". وهو ما يفيد أن المشرع المصري لم يضع في التشريع الوصفي قواعد للوصف يمكن الرجوع إليها، ويتعين لذلك الرجوع إلى الشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، ويتضح من الرجوع إلى الروح السائدة في التشريع المصري L'esprit général de la législation égyptienne أن كل ما كان متعلقاً بالجهة التي تباشر عقد الزواج أو الطقوس التي يجب أن يخضع لها أو ما يتعلق بالتعبير عن التراضي يعتبر من شروط الزواج الشكلية formes extrinsèques لا من شروطه الموضوعية. أو وضعاً من الأوضاع الجوهرية في الشكل»، راجع مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، ١٩٥٣ - ١٩٥٤، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

٢١٦. وإذا كان التكييف يتقرر بالرجوع لمجمل النظام القانونى المصرى على هذا النحو، فإنه - وأكثر من ذلك - لا يوجد هناك ما يمنع من الاستئناس بالقانون الأجنبى لدى القيام بعملية التكييف، ذلك أن خضوع التكييف لمجمل النظام القانونى لدولة القاضى لا يعنى ولا يجب أن يعنى «تجاهل القانون الأجنبى الذى تمسك الخصوم بأحكامه، أو المحتمل التطبيق». ذلك أن الوقوف على حقيقة العلاقة المطروحة أمام القضاء لا يتأتى إلا بالرجوع إلى نظام القانون الأجنبى الذى تمسك الخصوم بنصوصه. وعلى هذا النحو يمكن للقاضى أن يكشف عن الملامح الأساسية للعلاقة أو المركز محل البحث»<sup>(١٦٧)</sup>.

#### المسألة الثانية : مجال التكييف فى القانون المصرى

٢١٧. مضت الإشارة إلى التفرقة بين التكييف الأولى أو الاختصاصى والتكييفات اللاحقة، فالتكييف الأولى - كما علمنا - هو الوصف المبدئى الذى يهدف إلى وضع النزاع ضمن طائفة قانونية معينة تختص بحكمها قاعدة إسناد، ويسمى أيضاً بالتكييف الاختصاصى، لأن الغرض منه تصنيف النزاع ضمن نظام قانونى معين تمهيداً لتحديد قاعدة الإسناد المختصة التى تشير إلى القانون المختص بحكم النزاع. أما التكييفات اللاحقة فهى أى تعريفات قد تتطلبها طبيعة النزاع ولكن بعد إسناده للقانون الواجب التطبيق. وإذا وصلنا لهذه النتيجة واستطاع القاضى معرفة القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون هو الذى يتولى بيان هذه التكييفات، إذ لا يوجد أى مبرر لاستمرار قانون القاضى فى حكم التكييف، فالقانون الأخير قد انتهت مهمته بمجرد إلحاق النزاع بالقانون المختص.

٢١٨. ولا يخرج مجال التكييف فى حكم المادة ١٠ من القانون المصرى عن ذات المفهوم، وأكثر من ذلك - وحسماً لأى خلاف - فقد كانت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى واضحة تمام الوضوح حين قررت أن «تطبيق القانون المصرى بوصفه قانون القاضى فى مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح... ومتى انتهى هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضى إذ يختص القانون الواجب تطبيقه، ولا يكون للقاضى إلا أن يعمل أحكام هذا القانون»<sup>(١٦٨)</sup>. بل ولا نبالغ إذا

(١٦٧) ٢ هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٥٦.  
(١٦٨) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، الجزء الأول، ص ٢٣٥.

قررنا مع البعض أن النص في المادة العاشرة على أن القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوعها فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها، أن المشرع قد أخذ فى صلب النص «بالتفرقة التى قال بها بارتان بين التكيف الأولى أو السابق والذي يخضع لقانون القاضى، وبين التكيف الثانوى أو اللاحق والذي يرجع فى شأنه للقانون المختص بحكم النزاع»<sup>(١٦٩)</sup>.

٢١٩. وتأسيساً على ذلك يخضع التكيف الأولى أو الاختصاصى فقط لأحكام القانون المصرى، دون التكيفات اللاحقة التى يتقرر إجراؤها طبقاً لأحكام القانون الذى تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد المصرية. فإذا استبان للقاضى المصرى أن العلاقة المطروحة أمامه تتشكل فى أوصافها من طرف أول وطرف ثان مع التزام الطرف الأول بأداء عمل معين مقابل التزام الطرف الثانى بأداء المقابل المادى، فإن هذه الأوصاف تشير بتوفر الأركان العامة للعقد، من رضاء ومحل وسبب، بما يعد - بذاته - كافياً لتصنيف العلاقة ضمن طائفة العقود وتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بهذه الطائفة والواردة بالمادة ١/١٩ من القانون المدنى : «يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه».

٢٢٠. وهنا يقف قطار القانون المصرى وتنتهى مهمته عند هذا الحد، فالتكيف الذى يجرى فى ظله هو التكيف الاختصاصى الذى يهدف إلى إلصاق النزاع بقاعدة الإسناد المختصة، أما التكيفات اللاحقة التى يكون مضمونها التعرف على طبيعة العقد ونوعه، فتخضع للقانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية، فهذا القانون هو الذى يتولى تحديد نوع العقد، هل هو بيع أم هبة أم وديعة أم إيجار... إلخ. وتجدر الإشارة إلى أنه لا تقل أهمية القيام بالتكيفات اللاحقة عن أهمية القيام بالتكيفات الأولى، فالقاضى لن يقوم بإخضاع العقد لمطلق الأحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية، وإنما يجب عليه أولاً تحديد طبيعة هذا العقد لمعرفة القواعد التى سيقوم بتطبيقها، هل أحكام عقد البيع أم الهبة أم الوديعة أم الإيجار إلخ. فإذا كان التكيف الأولى يهدف إلى تحديد قاعدة الإسناد المختصة فى القانون الوطنى، فإن التكيف اللاحق يهدف إلى تحديد مجموعة القواعد القانونية التى سيتم تطبيقها من بين قواعد القانون الواجب التطبيق.

### المسألة الثالثة : مدى جدوى استثناء تكييف الأموال من الخضوع للقانون المصرى

٢٢١. استثنى بارتان تكييف المال من نظرية خضوع التكييف لقانون القاضى مقررأ خضوعه لقانون الموقع. وقد سبق رفض هذا الاستثناء، لكونه ينطوى على مصادرة على المطلوب ويسنحيل الأخذ به من الناحية العملية، كما أنه لا يستند إلى أى مبرر منطقى يبرر تطبيقه، فالفرض أن القاضى لا يمكنه التوصل لقاعدة الإسناد المناسبة إلا بعد القيام بالتكييف. ورغم ذلك فقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتبنى هذا الاستثناء صراحة - فى المادة ٢/٢٥ - التى كانت تقضى بأنه «ومع ذلك فإن القانون الذى يحدد ما إذا كان الشئ عقاراً أم منقولاً هو قانون الجهة التى فيها هذا الشئ»<sup>(١٧٠)</sup>. بيد أن هذا النص لم يظهر فى المشروع النهائى. وقد ورد فى تبرير حذفه فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى بأنه يعالج «مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد»<sup>(١٧١)</sup>.

٢٢٢. ويثور التساؤل - إزاء حذف المادة ٢/٢٥ فى المشروع النهائى - عما إذا كان يريد المشرع المصرى هجر هذا الاستثناء بصفة نهائية، حيث ذهب البعض فى معرض الإجابة على هذا التساؤل إلى أن «الأعمال التحضيرية لا تقطع بهجره، بل إنها على العكس من ذلك تفتح الباب للتسليم به، حيث تشير إلى أعمال القواعد العامة وإعمال الاجتهاد، والاجتهاد... يؤدى إلى التسليم بوجود هذا الاستثناء، أى يؤدى إلى إخضاع تكييف المال أهو عقار أم منقول، لقانون موقعه»<sup>(١٧٢)</sup>. ويرد على ذلك بالحجتين الآتيتين: **الحجة الأولى** : حذف نص المادة ٢/٢٥ من المشروع التمهيدى يعنى رفض الاستثناء الذى يقرره، فلو كان المشرع يريد هذا الاستثناء لقرر الإبقاء عليه، فالاستثناء لا يتقرر إلا بنص صريح. **والحجة الثانية** : المطالع لنص المادة ١٠ من القانون المدنى يجد أنها لا تختلف فى موقفها الرافض لاستثناء تكييف المال من الخضوع لقانون القاضى، فهذه المادة تقرر أن «القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها»، وقول المشرع إن «القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات»، قد ورد مطلقاً، بما

(١٧٠) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، الجزء الأول، ص ٢٣٧.

(١٧١) المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(١٧٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٦.



يعنى أن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف أى علاقات قانونية مهما كان نوعها ومهما كانت طبيعتها بما فى ذلك مسائل الأموال. وهكذا يصطدم رأى المنادى باستثناء تكييف المال من الخضوع لأحكام القانون المصرى بالنصوص التشريعية الصريحة، كما يستهدف - علاوة على ذلك - لأوجه النقد الأخرى التى سبق إيدائها عند الحديث عن هذا الاستثناء<sup>(١٧٣)</sup>. وهكذا تبرأ نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضى فى مفهوم القانون المصرى - كما برأت فى مذهب الفقه الغالب - من أى استثناء يرد على مضمونها، ومن ثم يخضع تكييف مختلف العلاقات التى تطرح أمام القضاء المصرى للمفاهيم السائدة فى القانون المصرى.

#### الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع

٢٢٣. قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، وقد يكون تعدد الشرائع تعددا إقليميا وقد يكون تعددا شخصيا، ويقصد بالتعدد الإقليمى للشرائع انقسام إقليم الدولة إلى عدة أجزاء يحتفظ كل منها باستقلال تام فى التشريع والتنفيذ والقضاء، فالمعطوم أن دولة كالولايات المتحدة الأمريكية تنقسم إلى خمسين ولاية، تتمتع كل منها بسلطات ثلاث تستقل تمام الاستقلال عن السلطات الموجودة فى الولايات الأخرى، بما يعنى خضوع سكان كل ولاية لنظام قانونى مختلف عن النظام الذى يخضع له سكان باقى الولايات.

٢٢٤. ويقصد بالتعدد الشخصى للشرائع انقسام شعب الدولة إلى عدة طوائف مع خضوع كل طائفة لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام القانونى لباقى الطوائف. إن دولة مثل لبنان تتعدد فيها الشرائع الدينية بين المسيحية والإسلام، حيث يوجد بين سكانها من يدين بالإسلام كما يوجد بينهم من يدين بالمسيحية، بل وينقسم من يدينون بالمسيحية إلى ثلاث طوائف مستقلة هم الكاثوليك والبروتستانت والأرثوذكس، ومن ثم تخضع كل طائفة لشريعة مختلفة عن الشريعة التى تخضع لها الطائفة الأخرى، خاصة فى مسائل الأحوال الشخصية.

٢٢٥. والتساؤل الذى تجب معالجته فى هذا المقام، ماذا لو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع؟ ما هى الشريعة الداخلية واجبة التطبيق فى الدول التى تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا؟ وما هو القانون الواجب التطبيق فى الدول التى تتعدد فيها الشرائع تعددا

إقليمياً؟ ومن الذى يتولى تحديد الشريعة أو القانون واجب التطبيق؟ نزيد الأمر إيضاحاً فنقول إنه إذا عرض على القاضى المصرى نزاع بشأن دعوى تطليق أقامتها زوجة فرنسية الجنسية على زوجها الأمريكى، فإن تطبيق قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ من القانون المدنى يقضى بسريان قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أى القانون الأمريكى. ولا يظن ظان أن المشكلة قد انتهت عند هذا الحد، فالولايات المتحدة الأمريكية تتكون - بسبب تعددها الإقليمى - من خمسين ولاية، يوجد بها خمسون مشرع وخمسون قانوناً للأحوال الشخصية، فأى قانون من القوانين الخمسين يكون واجب التطبيق؟

٢٢٦. أجابت المادة ٢٦ من القانون المصرى على هذا التساؤل مقررّة أنه «متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها»<sup>(١٧٤)</sup>. وهكذا يلتزم القاضى بالرجوع لقانون الدولة التى تتعدد فيها الشرائع - والتى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانونها - من أجل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين شرائعها، وعلى هذا فإن القانون الأمريكى هو المختص فى شأن تحديد قانون الولاية الذى يجب تطبيقه على دعوى التطليق. وربما تتعدد الحلول التى تتبناها الدول متعددة الشرائع، فقد يعتد بعضها بتطبيق قانون الولاية التى يوجد فيها الموطن الأصلى، وقد يعتد بعضها الآخر بضابط آخر قوامه قانون الولاية التى يوجد فيها الموطن الفعلى.

٢٢٧. وقد تعرض على القاضى المصرى دعوى مماثلة موضوعها تطليق زوجة لبنانية مسيحية من زوجها اللبنانى المسمى ولكن كليهما يختلف مع الآخر فى الملة أو الطائفة التى ينتمى إليها، كأن يكون الزوج من الكاثوليك والزوجة من الأرثوذكس أو البروتستانت أو العكس، ومن ثم فإنه - وبعد إعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ ووفقاً لنص المادة ٢٦ من القانون المدنى - يتم الرجوع إلى القانون اللبنانى لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على هذه الدعوى، فالقانون اللبنانى - وطالما أسند إليه الاختصاص بمقتضى قاعدة الإسناد المصرية - هو الذى يحدد ما إذا كانت شريعة الزوج أم شريعة الزوجة أو حتى شريعة ثالثة هى الواجبة التطبيق.

(١٧٤) انظر فى معالجة تفصيلية لهذا الموضوع: د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٠٩ وما يليها.

٢٢٨. وقد أعلت محكمة النقض المصرية هذا المفهوم فى أحد أحكامها الصادرة فى أول مايو ١٩٥٨ بشأن دعوى تطليق أقامتها زوجة إيطالية على زوجها الإنجليزي إذ قضت بأنه «وبين من هذه النصوص»<sup>(١٧٥)</sup> أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته، وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها... (وإذا كان معلوماً أن) بريطانيا دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن الشريعة التى يتعين تطبيق أحكامها الموضوعية فى حالة الدعوى لابد أن تكون إحدى الشرائع السماوية فى بريطانيا... طبقاً لما يقرره القانون البريطانى»<sup>(١٧٦)</sup>.

٢٢٩. وهكذا يقودنا نص المادة ٢٦ من القانون المدنى إلى نتيجة مؤداها أن وظيفة قاعدة الإسناد لا تتجاوز دور إسناد الاختصاص التشريعى للقانون الواجب التطبيق دون أن تتعدى هذا الدور لتحديد الأحكام الموضوعية واجبة التطبيق فى هذا القانون، وإنما يعود لهذا القانون ذاته مهمة تحديد القواعد الموضوعية التى سيطبقها القاضى عند الفصل فى النزاع.

## المبحث الثانى

### الإحالة

#### Le Renvoi

٢٣٠. وضع المشكلة : يفخر القانون الدولى الخاص بحل تنازع القوانين عن طريق قاعدة الإسناد التى تساوى بصفة مطلقة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى من حيث تعادل حظوظ كل منهما فى التطبيق. إن اللجوء إلى قاعدة الإسناد لا يؤدى فى جميع الأحوال إلى تطبيق القانون الوطنى، كما أنه لا يؤدى فى جميع الأحوال — أيضاً — إلى تطبيق القانون الأجنبى، وإنما يختلف الحكم باختلاف كل حالة على حدة، فالقاعدة

(١٧٥) والمقصود نصوص المواد ١/١٣ (التي تحدد القانون الواجب التطبيق على دعوى التطليق) و ٢٦ (التي تحدد الجهة المختصة بتحديد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق من بين شرائع الدول التى تتعدد فيها الشرائع) و ٢٧ التى تنص على أنه «إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص». ولمزيد من التفاصيل عن هذه المادة انظر لاحقاً رقم ٢٤٤ وما يليها.

(١٧٦) الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى. ١٩٥٨. السنة التاسعة، ص ٥٢٥ وما يليها.

المنصوص عليها في المادة ١/١٧ من القانون المدني والتي تقضى بأن «يسرى على الميراث والوصية... قانون المورث أو الموصى... وقت موته»، تجعل اختيار القانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف جنسية المورث أو الموصى، بحيث إذا كان مصرياً فإن أعمال هذه القاعدة يوجب تطبيق القانون المصري. أما إذا كان أجنبياً، فإن أعمال القاعدة السابقة يوجب تطبيق القانون الأجنبي. والأمر في جميع الأحوال لا يخرج عن الفرضين الآتيين :

**الفرض الأول :** أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضى، وهنا تنتهى المشكلة، لأنه يتعين على القاضى أن يقوم بتطبيق الأحكام الموضوعية التى يتضمنها قانونه من أجل الفصل فى الدعوى.

**الفرض الثانى :** أن تقضى قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأجنبى، والتساؤل الذى يثور فى هذا المقام: هل يقوم القاضى بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى أم يقوم أولاً بتطبيق قواعد الإسناد الواردة فيه؟ فالقانون الأجنبى كالقانون الوطنى يشتمل على نوعين من القواعد : قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية التى تنظم كافة مناحى الحياة فى كل فروع القانون، كالقانون المدنى والقانون التجارى وقانون العمل، فهل تعتبر الإحالة إلى القانون الأجنبى إحالة إلى مجمل النظام القانونى الأجنبى بحيث تشمل قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية الواردة فيه، أم أنها إحالة موضوعية على النحو الذى لا يشمل إلا القواعد الموضوعية فقط؟ وبعبارة أخرى: إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى، فهل يقوم القاضى بالفصل فى النزاع مباشرة طبقاً للقواعد الموضوعية فى القانون المشار إليه أم يقوم بتطبيق قواعد الإسناد الواردة فيه أولاً؟ هل الإسناد إلى القانون الأجنبى إسناد موضوعى أم إسناد إجمالى؟ وقد لا تنتهى المشكلة عند هذا الحد، وإنما قد يؤدى أعمال قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى إلى الإشارة إلى قانون دولة ثالثة، وقد يؤدى أعمال قاعدة الإسناد فى هذا القانون الأخير إلى تطبيق قانون دولة رابعة وهكذا.

٢٣١. تعرف هذه المشكلة فى فقه القانون الدولى الخاص باسم الإحالة، والذى تجب ملاحظته أن تقرير الحل المناسب لهذه المشكلة يعد من المسائل الأساسية فى المعاملات الدولية، لأن من شأنه إما تثبيت الاختصاص التشريعى للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وإما تثبيته للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية، ولهذا فإن جوهر

فكرة الإحالة يتمثل في تحديد القواعد واجبة التطبيق في القانون الأجنبي، هل هي قواعد الإسناد أم القواعد الموضوعية؟ فالأمر في حقيقته يثير تنازعا بين قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية، وكان التنازع لا يقتصر على التنازع بين القوانين المرشحة لحكم العلاقة، وإنما يمتد أيضاً إلى تنازع قواعد الإسناد *Conflit des règles de rattachement* أو تنازع قواعد التنازع *Conflit des règles de conflit* وهو ما يعنى أن القانون الدولي الخاص هو قانون التنازع على وجه العموم.

٢٣٢. وقد ثارت الإحالة - أول ما ثارت - أمام القضاء الفرنسي في أواخر القرن التاسع عشر<sup>(١٧٧)</sup>، حيث تعتبر محكمة النقض الفرنسية هي المبتكرة أساساً لهذه الفكرة، وذلك في إحدى القضايا الشهيرة في عالم القانون الدولي الخاص والتي تعرف بقضية فورجو *Affaire Forgo* وتتخلص وقائع هذه الدعوى في أن المدعو فورجو - وهو ولد غير شرعي يتمتع بالجنسية البافارية - كان قد انتقل إلى فرنسا وهو في سن الخامسة، وأقام بها مع والدته لفترة طويلة حتى تزوج من فرنسية غنية ماتت عن ثروة طائلة تركتها له، وبعد ذلك بفترة توفي فورجو ذاته عن عمر يناهز ٦٨ عاماً تاركا وراءه هذه الثروة الطائلة دون أن يكون له زوجة أو أولاد، فثار نزاع على التركة بين الحكومة الفرنسية وأقاربه الطبيعيين من الأخوة والأعمام والعمت الذين يعتبرون من الحواشي آنذاك، حيث لم يثبت نسب فورجو لأبيه قانوناً.

٢٣٣. وقد كان مقطع النزاع يتلخص في اختلاف الأحكام الموضوعية المقررة في كل من القانونين الفرنسي والبافاري، فلم يكن القانون الفرنسي يسمح بتوريث الحواشي، وبالتالي تعتبر التركة شاغرة وتؤول إلى الدولة الفرنسية لعدم وجود الوارث الشرعي. في حين كان يسمح القانون البافاري بتوريث الحواشي رغم عدم شرعية النسب، وبذلك تؤول التركة لهؤلاء الحواشي بالأولوية على الدولة الفرنسية. ولما عرض الأمر على

---

(١٧٧) انظر في ظهور فكرة الإحالة وتطورها في الفقه والقضاء الفرنسيين :

Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, n° 91 et s., p. 95 et s. *spéci.*, n° 242 et s., p. 226 et s.; Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 302 et s., p. 494 et s.; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 200, p. 225 et s.; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, *op. cit.*, n° 474 et s., p. 241 et s.

محكمة استئناف بوردو قضت بتطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية التي كانت تقرر آنذاك خضوع الميراث لقانون الموطن الأصلي للمتوفى أى القانون البافارى، وبالتالي تؤول التركية إلى الحواشى لكون هذا القانون يسمح بتوريثهم كما ذكرنا. بيد أن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم، وذهبت إلى أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف ألا تقوم بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون البافارى مباشرة، وإنما كان يجب عليها أن تقوم بتطبيق قواعد الإسناد الواردة فى هذا القانون أولاً ، والتي كانت تقضى فى ذلك الوقت بخضوع الميراث لقانون الموطن الفعلى للمتوفى أى القانون الفرنسى على اعتبار أن المدعو فورجو كان يتخذ من فرنسا موطناً فعلياً له قبل الوفاة، ثم قامت المحكمة بتطبيق القانون الفرنسى، وبالتالي فقد آلت التركية إلى الدولة الفرنسية باعتبارها تركة شاغرة لا وارث لها<sup>(١٧٨)</sup>. وهكذا ابتكرت محكمة النقض الفرنسية فكرة الإحالة من إرهاصات وقائع قضية البافارى فورجو الذى فارق الدنيا ولم يكن يعلم أن اسمه سيرتبط بموضوع من أشهر موضوعات القانون الدولى الخاص وهو الإحالة.

٢٣٤. وقد اهتمت النظم القانونية فى مختلف دول العالم ببحث مشكلة الإحالة وإيجاد الحل المناسب لها. والأمر لا يخرج عن أحد فرضين : إما قبول الإحالة أو رفضها، ولهذا فقد انقسم موقف المشرعين والفقه والقضاء فى العالم إلى اتجاهين رئيسيين :

الاتجاه الأول : قبول الإحالة والتزام القاضى باستقصاء أثر قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى دون أن يقوم مباشرة بتطبيق الأحكام الموضوعية فيه.

الاتجاه الثانى : رفض الإحالة وتجنيب القاضى عناء تتبع قواعد الإسناد فى الدول المختلفة مع قيامه بصفة مباشرة بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

---

(١٧٨) صدر هذا الحكم بتاريخ ٢٤ يونيه ١٨٧٨، انظره منشوراً فى : Sirey, 1878, I, 429; D., 1879, I, 26; Clunet, 1879, p. 285; Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, *op. cit.*, p. 62 et s.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية صراحة فى هذا الحكم ما يلى :  
«une succession mobilière est régie par la loi française lorsque les dispositions du droit international privé de la loi étrangère désignée par la règle de conflit française déclinent l'offre de compétence qui leur est faite et renvoient au droit interne français».

### الاتجاه الأول : قبول فكرة الإحالة : تطبيق قواعد الإسناد فى القانون الأجنبى

٢٣٥. مضمون الاتجاه : ينطلق هذا الاتجاه من مهمة قاعدة التنازع التى تقتصر - من وجهة نظر أصحابه - على إسناد النزاع إلى القانون الواجب التطبيق دون أن تهتم بطبيعة هذا الإسناد، هل هو إسناد للقواعد القانونية الموضوعية الواردة فيه أم أنه إسناد لمجمل النظام القانونى بأكمله، فكان قواعد الإسناد الوطنية تحيل النزاع إلى القانون الواجب التطبيق ليتولى هو بما يتضمنه من قواعد إسناد - وقواعد موضوعية - مهمة البحث مرة أخرى عن الحل الذى يناسبه، وذلك عن طريق إعمال قواعد الإسناد المقررة فيه. إن إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون ما على أنه القانون الواجب التطبيق لا يجب أن تفهم على أنها إشارة إلى القواعد الموضوعية فى هذا القانون، وإنما هى إشارة لكل ما يتضمنه من قواعد، وهو ما يوجب التزام القاضى بعدم الفصل فى النزاع طبقاً للأحكام الموضوعية التى يتضمنها القانون الأجنبى المشار إليه، وذلك لالتزامه أولاً بإعمال قواعد الإسناد الواردة فيه، وتقصى ما سيسفر عنه إعمال هذه القواعد الأجنبية. والأمر لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة الآتية :

**الفرض الأول :** أن يؤدى إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية إلى إحالة النزاع لقانون القاضى، ويطلق على الإحالة فى هذا الفرض اسم الإحالة من الدرجة الأولى أو الرجوع *Renvoi au premier degré ou de retour*، وهنا يتعين على القاضى أن يقبل فكرة الإحالة، ولاسيما أنها أدت إلى تطبيق قانونه الذى يألف أحكامه، فما أسهل أن يقوم القاضى بالفصل فى النزاع وفقاً للقواعد الموضوعية التى يتضمنها قانونه. وما حدث فى قضية فورجو خير مثال للتدليل على هذا الفرض، فقد كانت قاعدة الإسناد الفرنسية تقرر - كما أشرنا - سريان قانون الموطن الأصلى أى القانون البافارى، بيد أن محكمة النقض الفرنسية أعملت أولاً قاعدة الإسناد المقررة فى قانون الموطن الأصلى، التى قضت بخضوع الميراث لقانون الموطن الفعلى أى القانون الفرنسى، فقاعدة الإسناد البافارية ردت الاختصاص التشريعى للقانون الفرنسى الذى تصير أحكامه دون غيرها - وفقاً لهذا الاتجاه - هى الواجبة التطبيق على الدعوى.

**الفرض الثانى :** أن يؤدى إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تثبيت الاختصاص التشريعى للقانون الأجنبى الذى تنتمى إليه، وهنا يتأكد الاختصاص لهذا القانون مرتين: مرة بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية، والمرة الثانية بإعمال قاعدة الإسناد الأجنبية. ولا تتور - فى هذا الفرض - أدنى شبهة بالالتزام بالقاضى بالفصل فى النزاع طبقاً للأحكام الموضوعية الواردة

فى القانون الأجنبى الذى أشارت إلى تطبيقه كل من قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية. ومن أمثلة ذلك أن ترفع إنجليزية دعوى أمام القضاء المصرى تطالب فيها بإثبات نسب وليدها إلى زوجها الأمريكى الأصل، فىقوم القاضى بإعمال قاعدة الإسناد المصرية التى تقرر خضوع النسب لقانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه أى القانون الأمريكى، ثم يقوم القاضى بتطبيق قواعد الإسناد الأمريكية، والتى تقضى مثلاً بسرمان قانون الموطن الأصلى للشخص المراد الانتساب إليه، وهنا تنتهى المشكلة ويثبت الاختصاص للقانون الأمريكى مرتين : مرة بفعل قاعدة الإسناد المصرية التى أشارت لقانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه، ومرة بفعل قاعدة الإسناد الأمريكية التى أشارت لقانون الموطن الأصلى للشخص المراد الانتساب إليه، وهو فى الحالتين القانون الأمريكى.

**الفرض الثالث :** أن يؤدى إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون أجنبى آخر، وتعرف الإحالة فى هذا الفرض باسم الإحالة من الدرجة الثانية أو الإحالة المطلقة *Renvoi au deuxième degré ou de prolongation* ويتصور ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد - فى المثال السابق - إلى تطبيق قانون أجنبى آخر غير القانون الأمريكى، كان تشير مثلاً إلى تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين. وقد لا ينتهى الأمر عند هذا الحد، وإنما تشير قاعدة الإسناد فى القانون الأخير إلى تطبيق قانون أجنبى ثالث مثل قانون بلد إبرام عقد الزواج وهكذا.

٢٣٦. ولزيادة الأمر إيضاحاً نضرب المثال التالى : لو أن إنجليزيين أبرما عقد زواجهما فى أستراليا، وكان موطنهما الفعلى فى بولندا ثم أقامت الزوجة دعوى أمام القضاء المصرى لمطالبة زوجها بالإفراق عليها. فالمعلوم أن النفقة الزوجية تعتبر من آثار الزواج، ولذا كان حكم المادة ١/١٣ من القانون المدنى بسرمان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج أى القانون الإنجليزى. فإذا اعتبرنا أن الإسناد إلى القانون الإنجليزى إسناد إجمالى أى أنه إسناد إلى قواعد الإسناد الإنجليزية، وإذا افترضنا أن هذه القواعد تقضى بسرمان قانون الموطن الفعلى، فإنها بذلك تحيل النزاع إلى القانون البولندى، (لأن الموطن الفعلى للزوجين فى بولندا). وإذا افترضنا أن قواعد الإسناد فى هذا البلد الأخير تشير إلى قانون محل إبرام العقد، فإنها بذلك تحيل إلى القانون الأسترالى وهكذا، حتى يتم العثور على قاعدة الإسناد التى تثبت الاختصاص التشريعى للأحكام الموضوعية لقانون دولة معينة، وقد تقضى قواعد الإسناد فى القانون الأسترالى مثلاً بسرمان قانون الموطن الأصلى، وبذلك ترد النزاع إلى القانون الإنجليزى على اعتبار أن



إنجلترا هي البلد الأصلي للزوجين، وقد تقضى هذه القواعد بسريان قانون البلد الذى رفعت فيه دعوى النفقة، وهنا يذهب الاختصاص للقانون المصرى. وهكذا يختلف الحل باختلاف مضمون قواعد الإسناد فى الدول المختلفة، فقد وصلنا فى هذا المثال إلى حلين مختلفين :

الحل الأول: القانون الإنجليزى — القانون البولندى — القانون الأسترالى — القانون الإنجليزى.  
الحل الثانى: القانون الإنجليزى — القانون البولندى — القانون الأسترالى — القانون المصرى.

٢٣٧. وقد ساد الاتجاه القابل للإحالة فى عدد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهى المبرمة فى ١٢ يونيو ١٩٠٢ بشأن فض تنازع القوانين فى مسائل الزواج<sup>(١٧٩)</sup>، واتفاقية جنيف المنعقدة فى ٧ يونيو ١٩٣٠ والمتعلقة بتنازع القوانين فى مسائل الكمبيالة والسند الإذنى<sup>(١٨٠)</sup>، واتفاقية جنيف الموقعة فى ١٩ مارس ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين فى مسائل الشيك<sup>(١٨١)</sup>. كما يسود أيضا فى بعض الدول وعلى رأسها فرنسا<sup>(١٨٢)</sup>، وألمانيا واليابان وبولندا والنمسا وتركيا<sup>(١٨٣)</sup>.

#### (١٧٩) المادة الأولى من الاتفاقية :

Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

#### (١٨٠) المادة الثانية :

La capacité d'une personne pour s'engager par lettre de change et billet à ordre est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière loi est appliquée. (texte dans *Clunet*, 1931. 1336, *Revue*, 1935. 829).

#### (١٨١) المادة الثانية :

La capacité d'une personne pour s'engager par chèque est déterminée par sa loi nationale. Si cette loi nationale déclare compétente la loi d'un autre pays, cette dernière loi est appliquée. (texte dans *Clunet*, 1931. 1364, *Revue*, 1936. 260).

#### (١٨٢) انظر :

Franciscakis, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, n° 91 et s., p. 95 et s.; Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 302 et s., p. 494 et s.; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 203 et s., p. 231 et s.; Mayer et Heuzé, Droit international privé, *op. cit.*, n° 217 et s., p. 147 et s.; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, droit international privé, *op. cit.*, n° 494 et s., p. 249 et s.

(١٨٣) انظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ٦٦، ص ١٤٧ وما يليها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٢٦، ص ٤٥٩.

٢٣٨. حجج أنصار الإحالة : يرى أنصار الإحالة أن نظريتهم تحقق الأهداف الأساسية لقاعدة الإسناد ويبررون وجهة نظرهم على النحو الآتي:

١ - يستند أنصار الإحالة أولاً إلى فكرة الإسناد الإجمالي Rattachement global ومقتضاها فهم وظيفة قاعدة الإسناد على أن الهدف منها هو وضع العلاقة القانونية في رحاب النظام القانوني الأكثر صلة بالعلاقة ليتولى هذا النظام في مجمله البحث عن الحل المناسب لها، ويترتب على هذا التصور نتيجتان : النتيجة الأولى : أن الإسناد الذي تقوم به قاعدة الإسناد الوطنية هو في حقيقته إسناد لقاعدة الإسناد الأجنبية. والنتيجة الثانية : عدم جواز قيام القاضى بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية على اعتبار أن الإسناد لم يتقرر إليها وإنما إلى قواعد الإسناد الواردة فى هذا القانون. فالفهم الصحيح لآلية الإسناد يجب أن يتقرر على أنه إسناد إجمالى للقانون الأجنبى وليس إسناداً موضوعياً.

٢ - قيام القاضى بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة دون أن يقوم بتطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية أولاً، ينطوى على تدخل فى وظيفة المشرع الأجنبى كما ينطوى فى ذات الوقت على اعتداء على السيادة التشريعية للدولة الأجنبية<sup>(١٨٤)</sup>. فالقاضى الوطنى ليس أهلاً لتحديد مجال تطبيق القانون الأجنبى، وإنما الذى يقوم بهذه المهمة هو المشرع الأجنبى ذاته، ووسيلته إلى ذلك قواعد الإسناد التى يقررها. فكل مشرع هو الذى يقوم بتحديد نطاق تطبيق قانونه، ولا يسمح لأى هيئة أخرى بالتدخل لتغيير أو تعديل هذا النطاق. فكما تقوم قاعدة الإسناد الوطنية بتحديد حالات تطبيق القانون الوطنى تقوم قاعدة الإسناد الأجنبية بتحديد حالات تطبيق القانون الأجنبى، والقول بغير ذلك والسماح للقانون الوطنى بالتدخل لتحديد حالات تطبيق القانون الأجنبى دون استشارة قاعدة الإسناد الخاصة به من شأنه تطبيق هذا القانون دون إرادة مشرعه. فالقواعد الموضوعية «فى القانون الأجنبى لا تطبق إلا إذا قررت ذلك قواعد التنازع فيه. وهذا أمر يتصل بالسيادة التشريعية لكل دولة، ولا تقبل دولة أن تترك أمر تحديد حالات تطبيق قوانينها لدولة أخرى»<sup>(١٨٥)</sup>.

(١٨٤) انظر :

Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, n° 119 et s., p. 121 et s.

(١٨٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق. رقم ٤١٢، ص ٤٤٢ وما يليها.

٣- يستند أنصار الإحالة إلى حجة أخرى لها وزنها، مستمدة من الاعتبارات العملية، فالإحالة هي السبيل الوحيد لضمان تنفيذ جميع الدول للأحكام الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص. وأساس ذلك أن قبول الإحالة - من وجهة نظرهم - هو الضمان الوحيد إلى «تحقيق الاتساق القانوني وتوحيد الحلول في الدول التي تتصل بها العلاقة. فالقاضي بقبوله الإحالة إنما يعطى النزاع ذات الحل الذي سيأخذ به القاضي الأجنبي لو كان قد تم طرح النزاع عليه. وبذلك لا يختلف الحل الذي يلقاه النزاع تبعاً للمحكمة التي يطرح عليها، كما تتوحد الحلول في مجال المعاملات الدولية»<sup>(١٨٦)</sup>.

**الاتجاه الثاني : رفض فكرة الإحالة : تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي**

٢٣٩. مضمون الاتجاه : يذهب أنصار هذا الاتجاه - على عكس ما يدعى أنصار الاتجاه السابق - إلى أن الإحالة للقانون الأجنبي تعنى تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها دون أن تعنى مطلقاً الإحالة إلى قواعد الإسناد الواردة فيه، فإشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين يجب أن تفهم على أنها إشارة للقواعد الموضوعية في ذلك القانون، دون أن تعنى - البتة - الإشارة إلى قواعد الإسناد المقررة فيه. وينطلق هذا الاتجاه من فهم وظيفة قاعدة الإسناد والآلية التي تباشر بها عملها، فالمعلوم أن تسلسل الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة يرشح أكثر من قانون لحكمها، ليأتى ضابط الإسناد ليرجح بين هذه القوانين ليختار القانون الذي يرتبط بالنزاع أكثر من غيره وفقاً لمنهج التركيز الموضوعي للروابط القانونية. ويرجع لمشرع كل دولة تبني الأسلوب الذي يراه - من وجهة نظره - مناسباً لتحقيق التركيز الموضوعي للروابط القانونية. فقد علمنا سابقاً أن عنصر الأطراف يشكل - مثلاً - مركز الثقل في مسائل الأحوال الشخصية ومع ذلك يختلف منهج المشرعين في اعتماد ضابط الإسناد الذي يرونه محققاً للتركيز الموضوعي للروابط القانونية في شأن هذه المسائل.

٢٤٠. فالملاحظ أن الدول اللاتينية تأخذ بضابط الجنسية، في حين تعتد الدول الأنجلوسكسونية بضابط الموطن، فإذا عرض نزاع بشأن مسائل الأحوال الشخصية في دولة لاتينية فإن التركيز الموضوعي للروابط

(١٨٦) انظر: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

القانونية يقتضى تطبيق قانون الجنسية، وإذا عرضت مسألة من هذه المسائل فى دولة أنجلوسكسونية فإن التركيز الموضوعى يتطلب تطبيق قانون الوطن. ويترتب على ذلك أن قبول الإحالة يؤدى إلى إهدار مقتضيات التركيز الموضوعى الذى تقرر فى الدولة الأولى ليتم من جديد تركيز ذات العلاقة فى الدولة الثانية، فى حين أن الأصل هو تركيز العلاقة مرة واحدة فقط، وفى الدولة التى رفعت فيها الدعوى أولاً. وفى قضية المدعو فورجو خير دليل على ذلك، فقد تم تركيز النزاع أمام القاضى الفرنسى، ولذا قام بتطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية التى قضت بخضوع الميراث لقانون الوطن الأصلى أى القانون البافارى. أما قيام محكمة النقض الفرنسية - فيما بعد - بإعمال قاعدة الإسناد البافارية وما أدت إليه من تطبيق قانون الوطن الفعلى أى القانون الفرنسى، فإن معناه إعادة تركيز الروابط القانونية مرة ثانية من وجهة نظر القانون البافارى، مع أن المفترض هو تركيزها من وجهة نظر القانون الفرنسى على اعتبار أن العلاقة تم طرحها أمام القضاء الفرنسى وليس أمام القضاء البافارى، ولذلك كان من المفترض أن يتم تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون البافارى مباشرة وفقاً لما قضى به التركيز الفرنسى للروابط القانونية، ولم يكن من المفترض تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الفرنسى، حيث لم تقض قاعدة الإسناد الفرنسية - وهى قاعدة الإسناد المختصة - بهذا الحل. فقبول الإحالة قد يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد التى تركز النزاع فى رحابها للمرة الأولى.

٢٤١. ويسود هذا الاتجاه الرافض للإحالة فى العديد من الدول مثل إيطاليا واليونان والبرازيل وبيرو<sup>(١٨٧)</sup> وسوريا والعراق وليبيا والكويت والسودان<sup>(١٨٨)</sup>.

٢٤٢. حجج هذا الاتجاه : يجد أنصار المذهب الرافض للإحالة - ونحن منهم - فى مجرد تفنيد حجج الاتجاه المقابل سنداً قوياً لرفض هذه

(١٨٧) انظر :

Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, p. 265 ets.

(١٨٨) انظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ٦٦، ص ٤١٤٨ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٢٥، ص ٤٥٨.

الفكرة<sup>(١٨٩)</sup>، فالإحالة تستهدف - بحق وعندنا أيضاً - لأوجه نقد جوهرية:

١ - الأخذ بالإحالة ينطوي على إهدار صارخ لمقتضيات التركيز الموضوعي للروابط القانونية الذي تقرر في رحاب قاعدة الإسناد الوطنية، يضاف إلى ذلك أنه ليس صحيحاً أن الإسناد للقانون الأجنبي هو إسناد إجمالي وإنما هو إسناد موضوعي. إن قاعدة التنازع عندما تباشر عملها نحو تكييف الفكرة المسندة تمهيداً لإعمال ضابط الإسناد الذي يرشد للقانون الواجب التطبيق، إنما تباشر هذه المهمة من أجل الفصل في النزاع طبقاً للقواعد الموضوعية في القانون الذي تمت الإشارة إليه، وليس معناها مطلقاً مجرد نقل النزاع إلى قاعدة الإسناد الأجنبية، وإلا كان معنى ذلك اقتصار وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية على مجرد الإشارة إلى قاعدة الإسناد الأجنبية مع إهدار كل قيمة للتركيز الموضوعي للروابط القانونية التي تقرر في رحاب قاعدة الإسناد الوطنية وهو ما لا يجوز. وبذلك يتأكد لنا أن الأخذ بالإحالة يتعارض مع طبيعة قاعدة الإسناد وأسلوب أدائها لوظيفتها، وهو «اختيار القانون المناسب والملائم للمسألة محل النزاع، وليس قواعد التنازع المناسبة أو الملائمة»<sup>(١٩٠)</sup>.

٢ - يدعى أنصار الإحالة أن الأخذ بهذه الفكرة هو الأسلوب الأمثل لتحقيق احترام سيادة الدولة الأجنبية عن طريق منع القاضي من التدخل في وظيفة المشرع الأجنبي على اعتبار أن تحديد حالات تطبيق القانون الأجنبي يعد أمراً لا يختص به إلا المشرع الأجنبي ذاته. وتتفرغ هذه الحجة من مضمونها إذا أدركنا أن تطبيق القانون الأجنبي مرده تقدير المشرع الوطني ولا يستند إلى إرادة المشرع الأجنبي، بل «ولا يهم بعد ذلك أن نطبق القانون الأجنبي خارج الحدود التي رسمها له مشرعه. ذلك أن المشرع الوطني لا يطبق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة، ولا يهدف إلى احترام إرادة المشرع الأجنبي، بقدر ما يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملائمة لطبيعة العلاقة المطروحة وتحقيق العدالة من وجهة نظره»<sup>(١٩١)</sup>. فالمشرع في كل دولة يختص بوضع قواعد الإسناد التي يراها

(١٨٩) انظر في عرض الاتجاه المعارض للإحالة في الفقه الفرنسي :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 301, p. 493 et s.; Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé, op. cit.*, n° 201, p. 227 et s.

(١٩٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

(١٩١) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٧١.

كفيلة بتنظيم الحياة الخاصة الدولية على الوجه الأمثل، وكما تؤدي هذه القواعد إلى تطبيق القانون الوطني تؤدي كذلك إلى تطبيق القانون الأجنبي، بما يعنى أن تطبيق كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي يستند إلى إرادة قاعدة الإسناد الوطنية، وليس إلى إرادة قاعدة الإسناد الأجنبية. ولا غرو في ذلك، فقاعدة الإسناد الأجنبية تقوم بنفس الدور بخصوص المنازعات التي تختص بحكمها، فالأمر يستند إذن إلى التعاون الدولي ومبدأ المعاملة بالمثل، تحقيقاً للأهداف التي يسعى القانون الدولي الخاص إلى تقريرها وأهمها تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية.

يضاف إلى ذلك أن فكرة السيادة التي يقول بها أنصار الإحالة لا تصلح لأن تكون حجة لهم وإنما تنقلب حجة عليهم، فالزام القاضي الوطني بعدم تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي لصالح تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون بدعوى احترام سيادة المشرع الأجنبي، ينطوي - بالمقابل وإذا صح منطقهم - على انتهاك لسيادة الدولة الوطنية، كما ينطوي في الوقت ذاته على عصيان القاضي لأوامر مشرعه، فهذا المشرع قد أصدر قواعد الإسناد وألزم القاضي بالعمل بمقتضاها حتى ترشده للقانون الواجب التطبيق، أما وأن يتنازل عن تطبيق الأحكام الموضوعية في هذا القانون، ويقوم بتطبيق قواعد الإسناد الخاصة به، لترشده هي - ومن وجهة نظر مشرعها - إلى القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك ينطوي على انصياع لأوامر المشرع الأجنبي وعصيان لأوامر المشرع الوطني، بدليل أن القاضي قد قام بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الأجنبية ولم يقم بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

٣- ليس صحيحاً أيضاً ما يقرره أنصار الإحالة بأن الأخذ بهذه الفكرة من شأنه توحيد الحلول بما يضمن سهولة تنفيذ الأحكام الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص، فالأخذ بالإحالة «ليس من شأنه في واقع الأمر توحيد الحلول إلا إذا أخذ فريق من الدول بالإحالة دون الفريق الآخر، أما إذا أخذت جميع الدول بالإحالة - وهذا هو المفروض إذا كانت النظرية سليمة - فإن القوانين المطبقة ستختلف من دولة إلى أخرى»<sup>(١٩٢)</sup>، ولن يتحقق بالتالي أي توحيد للحلول كما يدعى أنصار النظرية. والرجوع إلى قضية المدعو فورجو يساعد على تأكيد هذا الذي نقرر. فقد قضت قاعدة

---

(١٩٢) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٢٥ وما يليها.

الإسناد الفرنسية بتطبيق قانون الموطن الأصلي أى القانون البافارى، وقد قضت قاعدة الإسناد البافارية بتطبيق قانون الموطن الفعلى أى القانون الفرنسى، بما يعنى أن النتيجة النهائية للإحالة هى تطبيق القانون الفرنسى. ولو صح ما يدعيه أنصار هذه الفكرة من أن الأخذ بها سيؤدى إلى توحيد الحلول لكان عرض ذات النزاع على القضاء البافارى أن يؤدى إلى ذات النتيجة وهى تطبيق القانون الفرنسى. بيد أنه وعلى فرض أن ذات الدعوى - أو دعوى مماثلة موضوعها الميراث - قد رفعت ابتداءً أمام القضاء البافارى فإن أعمال قاعدة الإسناد البافارية سوف يشير إلى تطبيق قانون الموطن الفعلى أى القانون الفرنسى، فى حين أن أعمال قاعدة الإسناد الفرنسية سوف يشير إلى تطبيق قانون الموطن الأصلي أى القانون البافارى، بما يعنى أن النتيجة النهائية للإحالة التى تمت أمام القاضى البافارى هى تطبيق القانون البافارى، وليس تطبيق القانون الفرنسى كما فى حالة الإحالة من وجهة النظر الفرنسية. فقد أدت الإحالة البافارية إلى تطبيق القانون البافارى، وقد أدت الإحالة الفرنسية إلى تطبيق القانون الفرنسى، فأى توحيد للحلول تقرر بمقتضى الإحالة؟!

وحتى إذا أدت الإحالة إلى توحيد الحلول على المستوى العالمى - وليس هذا هو الفرض - فإن اختلاف الحلول لا يعد فى حد ذاته عائقاً أمام تنفيذ الأحكام الدولية، فهذا الاختلاف يعتبر من المسلمات فى المجال الدولى، ويستحيل أن تقوم الدول بتوحيد قواعدها الموضوعية أو حتى صياغة قواعد إسنادها على نحو موحد، وإلا اختفى تنازع القوانين من عالم الوجود. وإذا كان اختلاف الحلول التى تقضى بها محاكم الدول من الأمور الطبيعية، فلا يصح اتخاذه ذريعة لتبرير نظرية ليست سليمة فى أساسها.

٤- يصاحب قبول الإحالة صعوبات عملية فائقة بسبب التزام القاضى بتتبع قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى، وما قد تشير إليه من تطبيق قانون دولة أجنبية ثالثة تؤدى قواعده بدورها إلى تطبيق قانون دولة أجنبية رابعة وهكذا. إن وظيفة القاضى الحقيقية هى الفصل فى النزاع وليس الجرى وراء قاعدة الإسناد، فالجرى وراء قاعدة الإسناد قد يوقعنا فى حلقة مفرغة، وقد تكون هذه الحلقة المفرغة «لا بداية لها ولا نهاية وتصبح التشريعات "كالمرايا المتقابلة" تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى أو "كلاعبى التنس" يتقاذف كل منهم الكرة ولا ندرى عند من ستسقط فى النهاية. وهكذا يستعصى حل النزاع من حيث الموضوع مع ما يترتب على

ذلك من إنكار العدالة»<sup>(١٩٣)</sup>. ولا يكون هناك سبيلاً للخروج من هذا المأزق إلا بتطبيق الأحكام الموضوعية لقانون دولة من الدول. وقد استشعر بعض أنصار الإحالة هذه النتيجة، فذهب إلى أنه يتعين على القاضى فى مثل هذه الأحوال أن يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لأول مرة<sup>(١٩٤)</sup>. ويكاد يقف هذا التقرير بأنصاره موقف المتناقض، فإذا كانوا يرفضون تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فإن عودتهم للمطالبة بذات الحل من جديد يعنى إحساسهم بأهمية الإشارة لهذا القانون. يضاف إلى ذلك أنه ما دمنا سنطبق الأحكام الموضوعية لقانون دولة من الدول، فلماذا لا نطبق الأحكام المقررة فى قانون الدولة التى أشارت إليها قاعدة الإسناد الوطنية ابتداءً؟! ولماذا - وعلى أى أساس - يلتزم القاضى - وفقاً لنظرية الإحالة - بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الأجنبية، ولا يلتزم بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية؟!

٥- إن قاعدة الإسناد المختصة بحكم المنازعات التى تطرح على القضاء الوطنى هى قاعدة الإسناد الوطنية وليست قاعدة الإسناد الأجنبية، فالمشرع يهدف من صياغة قواعد الإسناد الإرشاد إلى القانون الذى سيتولى تحديد الحل النهائى للنزاع، ولا شك أن قبول الإحالة سيؤدى إلى مجرد الإشارة لقواعد الإسناد الأجنبية دون تحديد الحل النهائى للنزاع. ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى : إهدار الحل الذى سعى إليه المشرع وهو الفصل فى النزاع طبقاً للقانون الذى يراه مناسباً لحكم العلاقة، والثانية: تبديل اختصاص قاعدة الإسناد الأجنبية باختصاص قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما لا يجوز.

(١٩٣) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٢٠٨، ص ٦٢٨. وتجدر الإشارة إلى أن الفقيه المصرى يستشهد بالعبارتين المقوسنتين فى المتن من كتاب آخرين، فالأستاذ الألمانى Kahn هو الذى أطلق على الإحالة وصف «غرفة المرايا أو المرايا المتقابلة»، والأستاذ الإيطالى Buzzati هو الذى وصفها «بلعبة التنس». وانظر فى ذلك أيضاً: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ٦٨، ص ١٥٣.

(١٩٤) انظر فى المناداة بهذا الحل فى الفقه الفرنسى : Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, p. 391; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, p. 292; Mayer et Heuzé, Droit international privé, *op. cit.*, p. 187.

وانظر فى المناداة بذات الحل فى الفقه المصرى: د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٣٠، ص ٤٦٦.



٦- وأخيراً وليس آخراً، يرتبط بكل ما سبق أن تبني نظرية الإحالة لا يستند إلى أساس قانوني متين، وإنما هي مجرد فكرة اعتقها القضاة الفرنسي لتحقيق أهداف عملية أكثر منها قانونية، أهمها<sup>(١٩٥)</sup>:

أ - حماية المصلحة الوطنية عن طريق استفادة الحكومة الفرنسية بتركة المدعو فورجو بالأولوية على الورثة غير الشرعيين.

ب - ميل القضاة الفرنسيين إلى تطبيق قانونهم الوطني بالأفضلية على القانون الأجنبي، نظراً للصعوبات التي تنتاب البحث عن هذا القانون وكشف أحكامه، حتى شاع أن القاضى يحب تطبيق القانون الوطني ولا يحب تطبيق القانون الأجنبي.

ج - سرعة الفصل فى الدعوى، فالقاضى يألف أحكام قانونه على نحو يساعده على الفصل فى الدعوى بشكل أسرع مما لو قام بتطبيق القانون الأجنبي لحاجته الماسة إلى وقت أطول للتعرف على أحكام هذا القانون وتحديد الأسلوب الأمثل لتطبيقه.

#### موقف القانون المصرى : رفض فكرة الإحالة

٢٤٣. لا تختلف قواعد الإسناد المصرية عن غيرها من قواعد الإسناد الواردة فى قوانين الدول الأخرى، حيث تختص بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية التى تطرح على القاضى المصرى، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى، وقد يكون القانون الأجنبى لأى دولة من الدول. وإذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق القانون المصرى، التزم القاضى - دون أدنى شك - بإعمال الأحكام الموضوعية المقررة فيه، حيث لا تتور مشكلة الإحالة من حيث المبدأ، لأنه قد تم إعمال قاعدة الإسناد الوحيدة ذات الصلة بالنزاع. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق قانون أجنبى، فإنه يثور التساؤل عن طبيعة الدور الذى يقوم به القاضى المصرى، هل يفعل مثاماً فعلت محكمة استئناف بوردو فى قضية المدعو فورجو ويقوم بإعمال الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة ومن ثم يرفض فكرة الإحالة، أم يتخذ موقف محكمة النقض الفرنسية ويعتبر أن الإسناد للقانون الأجنبى ما هو إلا إسناد إجمالى لقواعد الإسناد الأجنبية وبالتالي يقبل فكرة الإحالة؟

٢٤٤. اتخذ المشرع المصري موقفاً قاطعاً وصريحاً في معرض بيان الإجابة على هذا التساؤل، حيث ذهب في المادة ٢٧ من القانون المدني إلى أنه «إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص». وعبارة النص تقطع برفض المشرع لفكرة الإحالة. وتطبيقاً لذلك، إذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن القاضي المصري لا يطبق منه إلا أحكامه الموضوعية الداخلية التي يطبقها القاضي الأجنبي في شأن المنازعات الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، والمقصود بالأحكام التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، قواعد الإسناد الواردة في القانون الأجنبي. وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تبريراً لهذا النص أن «قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي حالة قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة»<sup>(١٩٦)</sup>.

٢٤٥. ورغم ذلك لم يلق هذا النص قبولاً لدى جانب من الفقه، فذهب إلى أنه كان يتعين التلطيف من حدة نص المادة ٢٧ بأن يميز المشرع بين حالتى إشارة قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق القانون المصري أو إشارتها إلى تطبيق القانون الأجنبي بحيث لا ترفض الإحالة إلا في هذا الفرض الأخير. أما إذا أوجت قاعدة الإسناد الأجنبية بتطبيق القانون المصري، فإنه كان من الأفضل - من وجهة نظر هذا الفريق - قبول الإحالة ولاسيما أنها أدت إلى تطبيق قانون القاضي المصري، حيث تقرر رد الاختصاص إليه. فأنصار الرأي محل الحديث يميزون إذن بين الإحالة من الدرجة الأولى أو الرجوع وبين الإحالة من الدرجة الثانية أو الإحالة المطلقة، ويرون أنه كان يتعين على المشرع قبول النوع الأول مع رفض الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي آخر<sup>(١٩٧)</sup>. ويؤسس أنصار هذا الرأي مذهبهم على

(١٩٦) مجموعة الأحكام التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ٣١٠.  
(١٩٧) وقد كان هذا هو مسلك القانون الصيني الصادر في ٥ أغسطس ١٩١٨ حينما قررت مادته الرابعة:

«Dans les cas où la présente loi prévoit l'application de la loi nationale d'une personne et où cette loi renvoie elle-même à la loi chinoise, il sera fait application de la loi chinoise», v. Francescakis, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, p. 266.

## مجموعة من الأسانيد<sup>(١٩٨)</sup>:

١- تهدف قاعدة الإسناد إلى إيجاد الحل المناسب للمنازعات التي تنطوى على عنصر أجنبي، وبالتالي فلن يكون تبني الإحالة من الدرجة الأولى متعارضاً مع وظيفة قاعدة الإسناد، بل على العكس سيكون أكثر تحقيقاً لأهدافها، إذ سيؤدي إلى حل أكثر سهولة بالنسبة للقاضي المصري وهو تطبيق قانونه الذي يألفه. ولاشك أن هذا التيسير سوف يسهم في النهاية في استقرار الحياة القانونية وتوحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي سواء في المنازعات الوطنية أو الدولية.

٢- لن يترتب على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أى مساس بالقانون الأجنبي، نظراً لأن تطبيق القانون المصري قد تقرر بناء على الإحالة الصادرة إليه من هذا القانون، وليس بناء على الأعمال المباشرة لقاعدة الإسناد المصرية. بل ويؤسس بعض أنصار هذا الرأي هذه الحجة على سند من القول بأن الأخذ بالإحالة من القانون الأجنبي إلى القانون الوطني «ليس في الحقيقة إعمالاً لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وإنما هو إعمال للسيادة الإقليمية لقانون القاضي ترتب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقرره له قانون القاضي... وليس ذلك الذي نراه من قبيل التأثير بالنزعة الوطنية أو باعتبار التيسير على القاضي المصري، وإنما هو بالنظر إلى السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل في سلطان القانون. وليس الرجوع إلى القانون المصري انصياعاً لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، بل هو نتيجة طبيعية لرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي الذي يعقده له القانون المصري»<sup>(١٩٩)</sup>.

٣- لن يخل اعتناق الإحالة من الدرجة الأولى بالتوقعات المشروعة للأفراد المرتبطين بالإقليم المصري، لأنه من السهل عليهم معرفة القواعد القانونية السائدة في ذلك الإقليم، كما قد يكون من الأفضل بالنسبة لهم تطبيق القوانين المصرية بدلاً من تطبيق قواعد قانونية أجنبية قد لا يعرفون أحكامها<sup>(٢٠٠)</sup>.

---

(١٩٨) انظر في تبني هذا الرأي والدفاع عنه: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما يليها.  
(١٩٩) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ١٦١ وما يليها.

(٢٠٠) انظر كذلك في مزايا وتبرير الإحالة من الدرجة الأولى :

Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, n° 305, p. 499.

٢٤٦. ونحن متحفظ على هذا الرأي، ونرى أن تبني الإحالة ولو من درجتها الأولى ينطوى على إهدار صارخ لمقتضيات التركيز الموضوعي لقاعدة الإسناد. إن القاعدة الأخيرة تمارس عملها استناداً إلى تحليل الروابط القانونية واختيار العنصر الذى يشكل مركز الثقل ثم إلصاق النزاع بالقانون الذى يمثل هذا العنصر سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً. لذلك يكون من غير الصواب - فى حالة ما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى - اللجوء ثانية إلى قاعدة الإسناد الأجنبية لإعادة اختيار القانون الواجب التطبيق من جديد، لأن هذا المسلك - وكما ذكرنا - معناه:

- إعادة تركيز الروابط الموضوعية من جديد أمام قاعدة الإسناد الأجنبية.
- خلول قاعدة الإسناد الأجنبية محل قاعدة الإسناد الوطنية.
- استبدال وجهة نظر قاعدة الإسناد الأجنبية بوجهة نظر قاعدة الإسناد الوطنية.

إن اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن يتقرر فى جميع الأحوال من وجهة نظر قاعدة الإسناد الوطنية، أما قبول الإحالة - ولو فى درجتها الأولى - سيجعل اختيار القانون الوطنى رهناً بوجهة نظر قاعدة الإسناد الأجنبية، وهو ما لا يجوز.

٢٤٧. ليس من العسير - بالإضافة إلى ذلك - الرد على الحجج الثلاث السابقة بما يلى:

١ - لا يمكن إهدار الوظيفة الأساسية لقاعدة الإسناد فى تحديدها للقانون الواجب التطبيق بدافع التوسيع من حالات تطبيق قانون القاضى، وبجدة أن هذا التطبيق سيكون أكثر سهولة بالنسبة له. كما يكون من غير المعقول إلغاء وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية لمجرد أن قاعدة الإسناد الأجنبية ردت النزاع إلى القانون الوطنى بزعم أن هذه الإحالة تؤدى إلى استقرار الحياة القانونية وتوحد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضى سواء فى المعاملات الوطنية أو الدولية، فتوحيد القواعد الموضوعية للمنازعات الداخلية والدولية ليس من أهداف القانون النولى الخاص.

٢ - يقرر رأى السابق أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لن يؤدى إلى أى إخلال بالقانون الأجنبى، لأنه هو الذى أحال النزاع - مشكوراً - للقانون المصرى. والحقيقة أن الأخذ بالإحالة سيؤدى - فى هذا الفرض - إلى إخلال بالقانون الوطنى ذاته على اعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها

هى التى أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبى، بما يعنى أن عدم التزام القاضى بما قضت به يعد افتئاتاً على حكمها. ولماذا يتبارى أنصار الإحالة - سواء فى درجتيها الأولى والثانية - باحترام القانون الأجنبى وينسون احترام القانون الوطنى؟! ولا نتفق كذلك مع «هذا رأى فيما قرره من أن قبول الإحالة إلى قانون القاضى عودة إلى الأصل العام فى إقليمية القوانين. فإن كان صحيحاً أن القانون الوطنى هو صاحب الاختصاص العام لحكم جميع علاقات القانون الخاص فى الإقليم، فإن الصحيح أيضاً أن هذا الاختصاص يتقيد بالعلاقات الوطنية البحتة. أما إذا تضمن النزاع عنصراً أجنبياً، فقد تعين الرجوع إلى قواعد القانون الدولى الخاص لاستشارتها فيما إذا كان القانون الوطنى هو الواجب التطبيق، أم أنه يتعين تطبيق قانون آخر. وفى هذه الحدود فلا وجه للقول بأن القانون الوطنى هو صاحب الاختصاص العام لحكم علاقات القانون الخاص، أو أن تطبيق القانون الأجنبى يتسم بطابع استثنائى»<sup>(٢٠١)</sup>. فقد مضت الإشارة إلى أن قاعدة الإسناد توازن بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى، حيث تتناصف حظوظهما فى التطبيق، وإذا كان هذا التطبيق يقرر منصفة، فلا محل للقول بأن تطبيق أحد القانونين يشكل أصلاً وأن تطبيق الآخر يشكل استثناءً.

٣- ينطلق رأى السابق من مسلمة قانونية خاطئة حين يفترض أن تطبيق القاضى للأحكام الموضوعية فى القانون المصرى لن يخل بالتوقعات المشروعة للأطراف، بحجة أنه من السهل على الأجانب المقيمين فى مصر التعرف على أحكامه، فالواقع أنه لا يمكن قبول الإحالة استناداً لهذا التخمين، وما يدل على فساد هذه الحجة أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى سيترتب عليه حتماً - على عكس ما يدعى أنصارها - الإخلال الصارخ بالتوقعات المشروعة للأطراف. وللتدليل على صحة ما نقول نضرب المثال التالى : من المعلوم أن مسائل «الأحوال الشخصية هى الميدان الخصب للإحالة، إذ يحدث أن تختلف قواعد الإسناد بشأنها من دولة إلى دولة، وبخاصة من حيث تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن أو العكس»<sup>(٢٠٢)</sup>. فلو فرض أن زوجين إنجليزيين توطنا بمصر، ثم أقامت الزوجة دعوى تطليق أمام القضاء المصرى، فإن إعمال قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ٢/١٣ يؤدى إلى تطبيق القانون الإنجليزى باعتباره

(٢٠١) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٢٠٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ٧١ ص ١٥٨.

قانون جنسية الزوج، ومما لاشك فيه أن تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الإنجليزى هو الذى يتفق مع التوقعات المشروعة للأطراف، أما لو قام القاضى بتطبيق قاعدة الإسناد الإنجليزى التى تتبنى صراحة قانون الموطن، وعلى فرض أنها تقرر سريان قانون الموطن الفعلى، بما يعنى رد الاختصاص للقانون المصرى على اعتبار أن الزوجين متوطنان فعلاً بمصر، فمما لاشك فيه أن الزوجين لم يتوقعا هذه النتيجة، ولم يكن فى حساباتهما سريان القانون المصرى على دعوى التطبيق. وهكذا فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لن يؤدى - فحسب - إلى الإخلال بمقتضيات التركيز الموضوعى لقاعدة الإسناد كما رأينا، وإنما سيؤدى أيضاً إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف، وليس حسبما يدعى أنصار هذه الفكرة إلى صيانة هذه التوقعات.

وربما استشعر بعض أنصار الرأى السابق هذه النتيجة فعاد إلى تقييده بحالة ما إذا «تبين أن تطبيق القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه ينطوى على إخلال صارخ بتوقعات الأفراد، فإنه يتعين فى هذه الحالة رفض الإحالة وتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه»<sup>(٢٠٣)</sup>. ومع هذا التذبذب، فإنه من المتعذر إدراك الأحوال التى يتبين فيها أن تطبيق القانون المصرى سيتفق مع التوقعات المشروعة للأطراف أم لا. يضاف إلى ذلك أن الاتساق فى هذا الاتجاه على إطلاقه سيجعل الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى رهناً بإرادة الأطراف، فما أسهل أن يدعى أحدهم أن تطبيق القانون المصرى سيخل بتوقعاته المشروعة حتى يدفع القاضى لرفضها!

٤ - لا يمكن تبنى هذا الحل واعتناق الإحالة من الدرجة الأولى وفقاً للصياغة الحالية للمادة ٢٧ من القانون المدنى التى ترفض الإحالة بصفة مطلقة، فالحل الذى ينادى به أصحاب الإحالة الجزئية يتعارض صراحة مع صريح نص المادة ٢٧، وهو ما سيجعل حكم القاضى حرياً بالإلغاء أمام محكمة ثانى درجة للخطأ فى تطبيق القانون وتأويله. وربما استشعر البعض أيضاً هذه النتيجة، فلجأ إلى فكرة السيادة التشريعية المستقبلية، ووجد أنه لا حرج من القول بأنه من الأوفق أن يتبنى المشرع فى المستقبل «موقفاً أكثر مرونة، ويقرر رخصة الأخذ بالإحالة كلما بدا ذلك ملائماً، وبالنظر إلى

(٢٠٣) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى، المرجع السابق، ص ١٢٩.

المصالح الوطنية المصرية»<sup>(٢٠١)</sup>. ويرد على ذلك بأن قيام كل دولة بتبنى نظرية المصلحة الوطنية في مجال الإحالة سيعتبر بمثابة ردة إلى السوراء، نحو التوسيع من حالات تطبيق قانون القاضى على حساب حالات تطبيق القانون الأجنبى، وهو ما يؤدى إلى التضيق من نطاق القانون الدولى الخاص دون مبرر. يضاف إلى ذلك أن رفضنا لفكرة الإحالة - ولو من الدرجة الأولى - ليس هو الحظر التشريعى الوارد فى المادة ٢٧، وإنما لأن هذه الفكرة ليست فى حد ذاتها سليمة، فلو «قيل بضرورة الوقوف بالإحالة عند حد الدرجة الأولى - وهذا ما قاله أنصار الإحالة فعلاً - فإن هذا القول لا يتمشى مع المنطق فى شيء، ويدل على ما تنطوى عليه النظرية من فساد، إذ لو كانت صحيحة منطقياً لوجب متابعة الشوط إلى نهايته»<sup>(٢٠٥)</sup>.

ولهذه الأسباب - وغيرها - كان موقفنا مع الفقه الغالب فى مصر بشأن رفض الإحالة ولو فى درجتها الأولى<sup>(٢٠٦)</sup>.

٢٤٨. ولم يختلف موقف القضاء - وما كان له ليختلف - عن موقف القانون والفقه، فقد أرست هذا المبدأ محكمة النقض المصرية منذ ما يزيد على نصف قرن من الزمان - وتحديدأً بجلسة أول مايو ١٩٥٨ - حين قضت بأنه، ومن حيث قد «ثبت لمحكمة الاستئناف أن المطعون عليه ينتمى إلى جنسية أجنبية معينة هى الجنسية البريطانية، ولكنها مع ذلك أجرت عليه حكم عديم الجنسية، تأسيساً على أنها لم تهتد إلى قانون ينتمى إليه الزوج ورتبت على ذلك تطبيق القانون المصرى باعتبار أن القطر المصرى هو محل إقامة المطعون عليه وذلك تطبيقاً للمادتين ٢٤<sup>(٢٠٧)</sup> و ٢٥<sup>(٢٠٨)</sup> من

(٢٠٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٢٩، ص ٤٦٣.

(٢٠٥) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٢٠٨، ص ٦٢٨.  
(٢٠٦) انظر على سبيل المثال: د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٠٢ حيث يقرر «وعندنا أن المشرع قد أحسن صنعا برفضه للإحالة... وإذا كان جانب من الفقه الحديث فى بعض الدول ومن بينها فرنسا قد أعلن إيمانه بالإحالة القريبة بصفة خاصة، وحاول فى هذا السبيل أن يتلمس لها سنداً فقهيّاً سليماً، فإن مرد ذلك كما رأينا هو رغبة هذا الفقه فى تبرير الحلول القضائية التى استقرت على الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضى». وانظر كذلك: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ٢٠٨، ص ٦٢٧ وما يليها.

(٢٠٧) تنص هذه المادة على أنه «تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص».

(٢٠٨) تجرى هذه المادة على النحو التالى: «(١) يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين ثبت لهم (=

القانون المدنى - وهذا الذى قرره الحكم مخالف للقانون المدنى. ذلك أن المادة ١٣ من القانون المدنى نصت على أنه "يسرى على التطبيق والاتصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى"...، ونصت المادة ٢٧ على أنه "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص"، ويبين من هذه النصوص أن طلب التطبيق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطبيق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع، تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الممتنع تطبيقه فى هذه الحالة...، وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن هذا النص لا يجوز الأخذ بمبدأ الإحالة... وتأسيساً على ما تقدم... كان من الممتنع تطبيق القانون المصرى باعتباره قانون موطن المطعون عليه لامتناع الإحالة كما سبق بيانه - لما كان ذلك، فإن القانون الواجب التطبيق يكون - طبقاً لنص المادتين ١٣ و ٢٧ من القانون المدنى - هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه هو قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها المطعون عليه بجنسيته»<sup>(٢٠٩)</sup>.

#### إثبات القانون الأجنبى

٢٤٩. علمنا أن قاعدة الإسناد قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبى كما تشير إلى تطبيق القانون الوطنى، ولا يثير هذا الفرض الأخير أية مشاكل، لأن القاضى سيقوم بإعمال الأحكام الموضوعية فى قانونه، والتى يألف تطبيقها. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى، فهنا تنثور المشكلة عن كيفية إثبات هذا القانون وإظهار مضمونه.

٢٥٠. تواترت أحكام القضاء المصرى فى البداية على عدم التزام القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى، وإلقاء هذا العبء على عاتق الخصوم، فالذى يتمسك بتطبيق قانون أجنبى معين، عليه عبء إثبات

---

(=) جنسيات متعددة فى وقت واحد. (٢) على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه». (٢٠٩) الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٥٩، السنة التاسعة، العدد الأول من يناير إلى مارس ١٩٥٨، ص ٢٥.



مضمونه بترجمة عربية معتمدة من الجهات المعنية. وقد تأسس هذا الاتجاه - الذى تزعمته محكمة النقض المصرية - على النظر للقانون الأجنبى على أنه مجرد واقعة مادية من وقائع النزاع، ولذا يجب إقامة الدليل عليها. فالقانون الأجنبى يفقد - وفقاً لهذا الاتجاه - صفته كقانون ليصبح مجرد واقعة مادية من الوقائع المكونة للدعوى دون أن يكتسب صفة الإلزام لمجرد أنه عبر الحدود وعرض أمر تطبيقه على القاضى المصرى ما لم يقر الخصوم بإثبات مضمونه<sup>(٢١٠)</sup>، إذ يعامل - فى هذه الحالة الأخيرة فقط - معاملة القانون الملزم. أما إذا لم يقر الخصوم بإثبات القانون الأجنبى، قام القاضى بتطبيق الأحكام المقررة فى القانون المصرى، دون أى التزام من جانبه بتحرى مضمون القانون الأجنبى.

٢٥١. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض فى مناسبات عديدة بالآتى:

١- «الاستناد إلى قانون أجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع - القائم على القانون الأجنبى - أمام محكمة الموضوع، فإنه يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض»<sup>(٢١١)</sup>.

٢- «إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذى يبيح لها طلب إبطال الوصية من نصوص القانون الأسبانى عملاً بالمادة ١٧ من القانون المدنى، وكان الإسناد إلى قانون أجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه، فإن النعى لا يكون مقبولاً»<sup>(٢١٢)</sup>.

(٢١٠) لمزيد من التفصيل حول هذه الفكرة انظر :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 329 et s., p. 531 et s.; Mayer et Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 180 et s., p. 124 et s.; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, *Droit international privé, op. cit.*, n° 302 et s., p. 187 et s.

(٢١١) الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٤ إبريل ١٩٧٠، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٧١، السنة ٢١، العدد الثانى من إبريل إلى يونيه ١٩٧٠، ص ٥٩٩.

(٢١٢) جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٧٩، السنة ٢٨، الجزء الأول من يناير إلى يونيو ١٩٧٧ ومن أكتوبر إلى ديسمبر ١٩٧٧، ص ٢٧٨.

٣- «الاستناد إلى قانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها - وإذا خلت الأوراق مما يدل على أن الطاعن قدم إلى محكمة الموضوع القانون المدنى التشيكى الذى تمسك بأنه القانون الواجب التطبيق عملاً بالمادة ١٧ من القانون المدنى، فإن النعى فى هذه الخصوصية يكون غير مقبول» (٢١٣).

٢٥٢. بيد أن محكمة النقض قد بدأت فى العدول عن هذا الاتجاه بداية من عام ١٩٨٤ حيث تمسك المدعى فى إحدى الدعاوى بضرورة تطبيق القانون الإنجليزى، باعتباره القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أن محكمة استئناف الإسكندرية رفضت الدفع وقضت - استناداً لما جرى عليه قضاء محكمة النقض القديم - بأن المدعى ملزم بإثبات مضمون الإنجليزى الذى يدعى تطبيقه، ولكن محكمة النقض نقضت الحكم فى ٦ فبراير ١٩٨٤ وقضت بأنه إذا كان القضاء قد جرى على اعتبار القانون الأجنبى مجرد واقعة مادية، فإن أساس هذا القضاء كان هو «الاستجابة للاعتبارات العملية التى لا يتيسر معها للقاضى الإلمام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبى قريباً عن القاضى، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضى يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق هذه القاعدة» (٢١٤).

٢٥٣. وقد تأكد هذا الاتجاه بحكم آخر لمحكمة النقض عام ١٩٩٦ عندما قضت بأنه «إذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التى لا يتيسر معها للقاضى الإلمام بأحكام ذلك القانون فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبى قريباً عن القاضى، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره أما إذا كان القاضى يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة، لما كان ذلك وكانت المعاهدات الدولية قد أصبحت مصدراً هاماً من مصادر القانون البحرى وطريقاً لتوحيد

(٢١٣) جلسة ٧ إبريل ١٩٨١، الطعن رقم ٨٠٤ لسنة ٤٤ق، غير منشور.

(٢١٤) جلسة ٦ فبراير ١٩٨٤، الطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٩ق، مشار إليه فى مؤلف

د. هشام صادق، التعليق على أحكام النقض فى مسائل القانون البحرى، الدار

الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ١٣ وما يليها.

أحكامه على النطاق الدولي وصارت قواعده بمقتضى هذه المعاهدات قواعد دولية معروفة لدى القضاء البحرى فى كثير من الدول وكانت مصر قد انضمت إلى المعاهدات الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسيل فى ١٩٢٤/٨/٢٥ والتى أصبحت تشريعاً نافذاً المفعول فى مصر بموجب المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٤٤/١/٣١ وكان بروتوكول هذه المعاهدة قد خول الدول المتعاقدة الحق فى تنفيذها إما بإعطائها قوة القانون أو بإدخال أحكامها فى تشريعها الوطنى وكان من المعلوم فقهاً وقضاءً أن إنجلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة ١٩٢٤ فى تشريعها الداخلى حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحراً لسنة ١٩٢٤ وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التى أصبحت تشريعاً نافذاً فى مصر فإن علم القاضى بمضمون هذا القانون يكون مفترضاً ولا يكون ثمة محل لإلقاء عبء إثبات مضمونه على عاتق من يتمسك به، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم الابتدائى الذى قضى بعدم قبول دعوى الطاعنة... تأسيساً على أن الطاعنة لم تقم بإثبات القانون الإنجليزى الذى اتفق الطرفان فى سند الشحن على تطبيقه... فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه»<sup>(٢١٥)</sup>.

٢٥٤. قد استقر هذا المذهب بحكم حديث لذات المحكمة عام ٢٠٠٢ حين قضت بأنه: «أقيم الطعن على أربعة أسباب ينعى الطاعن بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون من أربعة وجوه، حاصل النعى بالوجه الأول منها أن الحكم المطعون فيه ألغى قضاء محكمة أول درجة تأسيساً على ما انتهى إليه الخبير فى تقريره بأن السفينة تمتلكها الشركة المطعون ضدها التابعة للشركة الأم وهى شركة الصين للنقل المحيطى، فى حين أن الثابت على نطاق العالم بأن الصين دولة شيوعية وأن نظامها يجعل من الدولة المالك الوحيد لكل أدوات الإنتاج وأن الشركات التى تعمل فى نطاق الدولة الشيوعية هى فى الواقع وحدات إدارة تقوم على إدارة أدوات الإنتاج فضلاً على أن ما انتهى إليه الحكم يتعارض مع حقائق المذهب الشيوعى. وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - بأن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها وكان مرد ذلك هو الاستجابة للاعتبارات العملية

التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بهذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إليه. لما كان ذلك، وكان الطاعن لم يقدّم الدليل على وجود نظام أجنبي لدولة الصين الشعبية يخولها ملكية جميع وسائل الإنتاج وحدها وأن شركاتها مجرد وحدات إدارة لهذه الوحدات الإنتاجية. ومن ثم يكون النعى عار من الدليل ويتعين عدم قبوله»<sup>(٢١١)</sup>.

٢٥٥. وقد أظهرت محكمة النقض في هذه الأحكام - بما لا يدع مجالاً للشك - بواثق قضائها القديم الذي تأسس على إلزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي، والتي تمثلت في التيسير على القضاة تمشياً مع الاعتبارات العملية. فقد اطرّد قضاء النقض القديم على إعفاء القضاة من إثبات القانون الأجنبي مع اعتباره مجرد واقعة مادية، وعلى من يدعي وجوده أن يقوم بإثباته. بيد أن المحكمة عادت - في قضائها الراشد - إلى تحديد مناط تطبيق هذه القاعدة لتقتصرها فقط على الأحوال التي يكون فيها القانون الأجنبي غريباً على القاضي أو عندما يصعب أو يستحيل عليه الوصول إلى مضمونه. وبعبارة أخرى ترفض محكمة النقض حالياً الدفع بضرورة إلزام الخصم بإثبات القانون الأجنبي، لأن تلك المهمة يقوم بها القاضي في ظل الظروف العادية باعتبارها جزءاً أصيلاً من عمله القضائي، ولا يلتزم بها الخصم إلا في الظروف الاستثنائية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بهذا القانون. ويتفق قضاء النقض الحديث مع المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص التي توجب حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي إذا استحال - فقط - الكشف عن أحكام هذا الأخير.

٢٥٦. إن المفاهيم الرجعية التي تنظر للقانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة مادية، تجعل من القانون الوطني - في الخارج - مجرد واقعة مادية أيضاً ولمجرد أنه عبر الحدود، وتلك المفاهيم لم يعد لها وجود. فقد أضحت القاضي الوطني ملزماً بالتحري عن القانون الأجنبي كما هو ملزم بالكشف عن القواعد الواجبة التطبيق في القانون الوطني<sup>(٢١٧)</sup>. وإذا كانت مهمة القاضي قد تبدو شاقة في البحث عن أحكام القوانين الأجنبية، فمن هنا «كانت الدعوة إلى تخصيص هيئات أو أجهزة في وزارة العدل أو الخارجية

(٢١٦) جلسة ١١ فبراير ٢٠٠٢، الطعن رقم ٦٢١٦ لسنة ٦٥ ق، غير منشور.

(٢١٧) انظر حول هذا الإلزام :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 243 et s., p 283 et s.

تنهض بتزويد المحاكم بترجمات القوانين الأجنبية إلى اللغة الوطنية، وكذا كافة الوثائق التي عسى أن يطلبها القاضى بشأن تلك القوانين. وحبذا لو أنشئت مثل تلك الهيئات أو الأجهزة... كي تقدم العون للقضاة الذين قل رصيدهم من اللغات الأجنبية فى ظل السياسة الحالية للتعليم بكليات الحقوق المصرية»<sup>(٢١٨)</sup>، بل وفى ظل السياسات التى تتبعها الهيئات القضائية ذاتها لدى اختيار أعضائها الجدد، والتى تتأسس على البعد عن الموضوعية والارتكان إلى المحسوبية فى بعض الأحوال.

#### رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبى

٢٥٧. إذا كانت محكمة النقض قد ترددت فى البداية بشأن إلزام القاضى بالكشف عن مضمون القانون الأجنبى، فإن موقفها بدا - بالمقابل - حاسماً وقاطعاً منذ البداية فى ضرورة بسط رقابتها على قاضى الموضوع لدى قيامه بتطبيق وتفسير القانون الأجنبى. وقد حدث فى إحدى القضايا أن أقام زوج فرنسى دعوى لتطليق زوجته الفرنسية أمام القضاء المصرى مؤسساً دعواه على مذكرات وخطابات متبادلة لزوجته مع عشيقها، كان قد حصل عليها بعد كسر المكتب الخاص بها، ودفعت الزوجة بعدم قبول هذه المستندات كأدلة إثبات، لأن الزوج قد حصل عليها بطريق غير مشروع وهو السرقة، حيث لا يقر القانون الفرنسى الحصول على الأدلة بهذا الشكل، غير أن محكمة استئناف المنصورة لم تلتفت لدفع الزوجة ولم تفصل فيه، فطعنت الزوجة على حكمها بالنقض، وهنا لامت محكمة النقض على محكمة استئناف المنصورة خطأها فى تطبيق القانون حيث كان يتعين عليها «تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج فى الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل فى الإثبات أم غير مشروعة فلا تقبلها، ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص، لما كان ذلك، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويتعين نقضه»<sup>(٢١٩)</sup>.

٢٥٨. وقد اطرء قضاء محكمة النقض المصرية على رقابة المحاكم الدنيا لدى قيامها بتطبيق القانون الأجنبى، من ذلك قضائها بأن «المادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز الحكم لصالح الزوج الذى

(٢١٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٧٣، ص ٥٢٢.

(٢١٩) الطعن رقم ٣ لسنة ٢٢ق، جلسة ٨ يناير ١٩٥٣، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٥٣، السنة الرابعة، العدد الثانى، ص ٣٤٩.

يحصل على الطلاق بنفقة لا تجاوز ثلث إيراد الزوج الآخر لا تنطبق إلا في حالة ما إذا قضى لأحد الزوجين بالطلاق لخطأ الطرف الآخر وكان قد طلب الحكم له بالنفقة على خصمه. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقض بالطلاق بل قضى بالانفصال الجسماني لخطأ مشترك بين الزوجين وكانت الطاعة لم تطلب النفقة استناداً إلى المادة ٣٠١ مدنى فرنسى وإنما قضى الحكم الابتدائى لها ولأولادها بالنفقة استناداً إلى المادتين ٢٠٣ و ٢١٢ من القانون المذكور لحاجتها إليها هى وأولادها ولا استمرار بقاء الرابطة الزوجية التى لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية، فإن الحكم المطعون فيه إذ عدل المبلغ المقضى به من محكمة أول درجة بما لا يزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استناداً إلى المادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون المذكور» (٢٢٠).

٢٥٩. ومن ذلك أيضاً - وفى نفس هذا الاتجاه المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية - قضاؤها بأنه «متى كانت المحكمة قد تبينت أن الأفعال التى نسبها المدعى اليونانى الجنسية فى دعوى طلاق رفعها على زوجته قد وقعت كلها قبل تاريخ الصلح معها، وأنه وفقاً للمادة ١٤٧٤ من القانون المدنى اليونانى لا يجوز طلب الطلاق لأسباب كان قد تم الصلح عنها، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون الواجب تطبيقه على واقعة الدعوى» (٢٢١).

---

(٢٢٠) الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢١ق، جلسة ١٤ يناير ١٩٥٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٥٤، السنة الخامسة، العدد الأول من أكتوبر إلى ديسمبر ١٩٥٣، ص ٤٢٧.

(٢٢١) الطعن رقم ٧ لسنة ٢٣ق، جلسة ٢٥ فبراير ١٩٥٤، المرجع السابق، ص ٥٦١.

## الفصل الرابع

### تعطيل قاعدة الإسناد وتصحيح مسارها

٢٦٠. تمهيد وتقسيم: شهد العالم في الآونة الأخيرة ثورة في تكنولوجيا الاتصالات بصورة غير مسبقة، وقد كان من أهم نتائج هذه الثورة تشعب وتعقد وتنوع المعاملات الدولية الخاصة بشكل فاق كل التصورات. إن السوق العالمي لم يعد يقتصر - وكما ألمحنا من قبل (٢٢٢) - على بقعة محددة من العالم وإنما أصبح الكون كله مسرحاً لهذا السوق. فقد يطرح النزاع أمام قاضى فى جنوب إفريقيا بخصوص طرف أمريكى وآخر يابانى، بسبب علاقة تعاقدية نشأت فى روسيا، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الهندى أو البرازيلى أو حتى الكندى، فمن شأن قاعدة الإسناد الإشارة إلى تطبيق قانون أى دولة فى العالم. ويتطلب الأمر - مع ذلك - ضرورة التأمل فى القانون الذى سيقوم القاضى بتطبيقه على الدعوى، هل يلتزم بالاعتراف بأحكام هذا القانون أياً كان مضمونها؟ فإذا كنا قد رفضنا فكرة الإحالة وبالتالي يلتزم القاضى بتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى، فهل يترتب على هذا الوضع إلزام القاضى بأعمال أحكام القانون الأجنبى أياً كان محتواها؟ أليس من المتصور - من ناحية - أن يكون القانون الأجنبى مخالفاً لقواعد النظام العام فى دولة القاضى؟ فالمعلوم أن قوانين العالم تشهد - خاصة فى مسائل الأحوال الشخصية - تبايناً صارخاً فيما بينها، على النحو الذى قد تتعارض فيه هذه القوانين مع قواعد النظام العام فى بعض الدول، فهل يكون مقبولاً أو مستساغاً أن يقوم القاضى الوطنى بتطبيق قانون أجنبى تتعارض أحكامه مع قواعد النظام العام فى دولته؟ تعرف هذه الحالة اصطلاحاً باسم استثناء الدفع بالنظام العام (المبحث الأول). ثم أليس من المتصور - من ناحية أخرى - أن يلجأ الخصوم أنفسهم إلى التحايل على ضابط الإسناد بهدف تغييره أملاً فى الوصول إلى تطبيق قانون آخر يرغبون فى تطبيقه؟! إن قاعدة الإسناد تباشر عملها بتحليل الروابط القانونية لاختيار العنصر الذى يشكل مركز الثقل، فإذا ما تحايل الأطراف على هذا العنصر من أجل تبديله بعنصر آخر يشير إلى تطبيق قانون آخر، فهل يجازى القاضى الخصوم فى سلوكهم المؤسس على الغش ويقوم بتطبيق القانون الذى أشار إليه ذلك العنصر الجديد؟ أم يتعين عليه مقاومة هذا الغش؟ تعرف هذه الحالة اصطلاحاً باسم الدفع بالغش نحو القانون (المبحث الثانى).

## المبحث الأول

### تعطيل قاعدة الإسناد : الدفع بالنظام العام

#### Exception d'ordre public

٢٦١. وضع المشكلة : يتميز القانون الدولي الخاص عن غيره من مختلف القوانين - سواء في مجال القانون العام أو في مجال القانون الخاص - بقواعد الإسناد التي يتضمنها. إن قاعدة الإسناد ذات تركيبة سحرية لكونها لا تتكفل بحل النزاع بصفة مباشرة، وإنما لكونها تتضمن في تكوينها الداخلى الضابط الذى يشير إلى القانون الذى سيتولى تقديم هذا الحل. والقاضى قبل إعماله لقاعدة الإسناد لا يكون - مقدماً - على علم بمضمون القانون الأجنبى الذى سوف تشير إليه هذه القاعدة، بل لا يكون حتى على علم باسم الدولة التى ينتمى إليها هذا القانون، أما بعد توصله للقانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع، فإنه يتمكن فى هذه اللحظة - وفى هذه اللحظة فقط - من التعرف على أحكام هذا القانون، والأمر لا يخرج عن أحد فرضين إذا كان القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً :

الفرض الأول : أن يجد القاضى أن تطبيق القانون الأجنبى لا يتعارض مع قواعد النظام العام فى دولته.

الفرض الثانى : أن يجد القاضى أحكام القانون الأجنبى تتعارض مع قواعد النظام العام فى دولته.

٢٦٢. وتكثر حالات تعارض القانون الأجنبى مع أحكام قانون القاضى - وبخاصة - فى مسائل الأحوال الشخصية أكثر من تعارضها مع أحكام القوانين فى باقى المجالات، فالمقرر أن مسائل الأحوال الشخصية تنبع من المعتقدات الدينية، فإذا ما سمح القانون الأجنبى بزواج المسلمة من غير مسلم أو بزواج المحارم أو بالزواج بين أفراد الجنس الواحد، فإننا لا محالة أمام تعارض لا يمكن قبوله بين أحكام القانون الأجنبى والقواعد الأساسية فى دولة القاضى، حيث لا يمكن للقاضى المصرى أن يقر هذا النوع من العلاقات. والمتأمل يجد أن قاعدة الإسناد قد أدت - فى مثل هذه الأحوال - إلى تطبيق قانون يتعارض كلية مع القواعد الأساسية فى دولة القاضى، فماذا يفعل هذا الأخير؟ هل يطبق القانون الأجنبى على الرغم من مخالفته لقواعد النظام العام فى دولته؟ أم يستبعد تطبيق ذلك القانون حفاظاً على قواعد النظام العام؟ وإذا قيل بهذا الحل الأخير، فما هو القانون البديل؟



٢٦٣. مفهوم النظام العام بنوعيه الداخلى والدولى : لا تعد فكرة النظام العام - فى نطاق القانون الدولى الخاص - حديثة النشأة، وإنما تمتد بجذورها إلى العصور الوسطى حيث ارتبط ظهورها بظهور تنازع القوانين فى تلك العصور<sup>(٢٢٣)</sup>. وربما الذى يتبادر إلى الذهن لدى سماع هذا المصطلح هو النظام العام بمعناه المتعارف عليه فى القانون الداخلى، ومرد ذلك أن فكرة النظام العام الداخلى من الأفكار التقليدية التى ارتبط وجودها بنشأة القانون وتطوره. ولذا يحسن بنا قبل التعرض لأحكام الدفع بالنظام العام أن نتعرض أولاً لمفهوم النظام العام الداخلى لنرى فى النهاية معالم التمييز والاختلاف بين النظامين الدولى والداخلى، أى النظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص والنظام العام فى نطاق القانون الخاص الداخلى.

٢٦٤. تتجسد فكرة النظام العام الداخلى فى مجموعة القواعد الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، فالمرشح يحدد مجموعة من القواعد الآمرة لحكم الإطار العام لنشاط الأفراد، وهنا يجب أن يدور - فى فلك هذه القواعد - مختلف التصرفات التى يجرى إبرامها على الإقليم. إن المشرع لم يعترف للإرادة بالقدرة على مخالفة تلك القواعد فى اتفاقاتهم الخاصة، وإنما جعلها فى مرتبة أعلى من هذه الاتفاقات، والأدنى يجب أن يدور دائماً فى نطاق الأعلى. وبذلك تبدو المقارنة - فى إطار النظام العام الداخلى - بين القواعد الآمرة واتفاقات الأفراد، فالسياسة التشريعية التى يتبناها المشرع تتأسس - بصفة عامة - على الموازنة بين المصالح المتعارضة ليرجح فى النهاية كفة الميزان لصالح المصلحة التى يراها أولى بالترجيح. فالأصل فى مجال العقود - على سبيل المثال - هو سلطان الإرادة الذى يعترف للأفراد بالقدرة على إبرام ما يعين لهم من التصرفات القانونية، لتظل كفة الميزان - وهذا هو الأصل - راجحة لصالح الإرادة، فى حين تنقلب هذه الكفة للجانب المقابل فى الأحوال التى يهدف فيها المشرع إلى المحافظة على بعض الأوضاع، فيلجأ إلى التقييد من سلطة الإرادة فى التعاقد على نحو معين لصالح النظام العام الداخلى. ومن أمثلة ذلك القواعد المتعلقة بالمحافظة على كيان الدولة الاجتماعى والاقتصادى، كالأحكام المتعلقة بحماية العمال والمستأجرين والطرف المذعن.

(٢٢٣) انظر فى ظهور فكرة النظام العام الدولى وتطورها:

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 354, p. 567 et s; Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé, op. cit.*, n° 248, p. 297 et s.

٢٦٥. ويختلف النظام العام الدولي بمفهومه عن النظام العام الداخلى، فالنظام العام الدولي عبارة عن مجموعة الأسس والمبادئ التى تشكل جوهر النظام القانونى للدولة والتى لا تقبل أن يندطوى تطبيق القانون الأجنبى على مساس بها بأى شكل من الأشكال. وقد كان لمحكمة النقض فضل تعريف النظام العام الدولي بأنه مجموعة «القواعد الأصولية... التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معها أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه»<sup>(٢٢٤)</sup>، ذلك أن الهدف من هذه القواعد هو المحافظة على «نظام المجتمع الأعلى»<sup>(٢٢٥)</sup>. وتأسيساً على ذلك، إذا تم تطبيق القانون الأجنبى بالمخالفة لإحدى قواعد النظام العام الدولى، تعطلت آلية النظام القانونى الوطنى بأكملها، على اعتبار أن المخالفة قد تقرررت طعناً لإحدى الركائز الأساسية فى قانون الدولة. وبعبارة أخرى إذا تعطل تطبيق إحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولى لصالح تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، فإن النظام القانونى للدولة يفقد كل فاعليته وسبب وجوده، ولو أن المخالفة قد تقرررت لإحدى قواعد النظام العام وليس لمجمل قواعده<sup>(٢٢٦)</sup>. فإذا كان المشرع يوازن - كما ذكرنا - بين المصالح المتعارضة ليرجح فى النهاية كفة الميزان لصالح المصلحة التى يجدها أولى بالترجيح، فإن الموازنة تكون - فى هذا المقام - بين تطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد وبين المحافظة على قواعد النظام العام الدولى. وإذا كان من الطبيعى أن تسير الأمور فى اتجاه تطبيق القانون الأجنبى إعمالاً لحكم قاعدة الإسناد، فإن كفة الميزان يتحتم ترجيحها للجانب المقابل فى الأحوال التى يترتب فيها على هذا التطبيق مخالفة واضحة لقواعد النظام العام فى الدولة، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ولذا فإن المحافظة على النظام القانونى لدولة القاضى أولى من تطبيق القانون الأجنبى المخالف.

(٢٢٤) الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ق، جلسة ٢٠ يونيو ١٩٧٩، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٨٠، السنة ٣٠، العدد الثانى من إبريل إلى يونيو ١٩٧٩، ص ٧٢٥.

(٢٢٥) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ١٤٦، ص ٥٣٥.

(٢٢٦) انظر رسالتنا للدكتوراه :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op cit.*, n° 142, p. 72.

٢٦٦. بعد هذا الاستعراض يتضح لنا اختلاف النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلى من حيث المفهوم والنطاق من ناحية ومن حيث الوظيفة من ناحية أخرى.

٢٦٧. الفارق من حيث المفهوم والنطاق : تعد فكرة النظام العام الدولي فكرة محورية الغرض منها حماية المبادئ الأساسية فى دولة القاضى، وذلك عن طريق استبعاد القانون الأجنبى المخالف وحلول قانون آخر محله. ولما كان إعمال هذه الفكرة يؤدى إلى نتائج خطيرة مؤداها تعطيل قاعدة الإسناد كلية وتغيير الاختصاص التشريعى، فإنه يجب تحرى الدقة عند النظر لقاعدة ما على أنها من قواعد النظام العام الدولي، حتى لا يدخل فى مفهوم هذا الاصطلاح إلا القواعد التى تنطوى مخالفتها فعلاً على خدش للشعور العام فى الدولة. وبعبارة أخرى يجب ألا تتضمن هذه القواعد إلا الأحكام التى لا يمكن قبول أى حل خلاف ما تقضى به، ولهذا يتحتم إدراك الفارق بين مفهوم ونطاق النظام العام الدولي ومفهوم ونطاق النظام العام الداخلى. فإذا كان النوع الأخير يتسع ليشمل كل القواعد الآمرة التى يصدرها المشرع الداخلى فى أى فرع من فروع القانون ، فإن قواعد النظام العام الدولي تكتسب مفهوماً أضيق من ذلك بكثير، ليقصر فقط على مجمل المبادئ الأساسية المستمدة من مجمل هذه الفروع والتى تشكل فى جوهرها الإطار العام للنظام القانونى لدولة القاضى، فهى - وعلى حد تعبير محكمة النقض الفرنسية - القواعد ذات الطابع الأمر المطلق<sup>(٢٢٧)</sup>.

٢٦٨. وهكذا يتضح لنا أن فكرة النظام العام الداخلى تعد أكثر اتساعاً من فكرة النظام العام الدولي، حيث تتعدد حالات النظام العام الداخلى بتعدد القواعد الآمرة التى يقررها المشرع فى الفروع المختلفة للقانون، فى حين تقتصر حالات النظام العام الدولي على جملة المبادئ الأساسية المستمدة من مختلف هذه الفروع والتى تعتبر مشتركة فيما بينها، وبالتالي فليس كل ما يعتبر من النظام العام الداخلى يعتبر حتماً من النظام العام الدولي، فالقاعدة التى تقضى مثلاً «بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعتبر من النظام العام فى القانون الداخلى... ولا يجوز للأفراد من ثم الاتفاق على مخالفتها، ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبى الذى يحدد سن الرشد بأكثر من هذه السن أو أقل لا يصطدم بالنظام العام»<sup>(٢٢٨)</sup>. بيد أن

(٢٢٧) انظر: Cass. civ., 25 Mai 1948, D., 1948, II, p. 357, note P.L.P.

(٢٢٨) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣١٧.

العكس صحيح، بمعنى أن كل ما يعتبر من النظام العام الدولي يعتبر حتماً من النظام العام الداخلى، باعتبار أن المخالفة تقربت فى النهاية لقاعدة أمرة بلغت درجة الأمر فيها حداً من الجسامه، ارتقت بها إلى مرتبة قواعد النظام العام الدولي، فإذا كان القانون الأجنبى يسمح - على سبيل المثال - بزواج المسلمة من غير مسلم، فإن ذلك القانون الذى يخالف النظام العام الدولى، يخالف - فى ذات الوقت - النظام العام الداخلى، بما يعنى أن الأحوال التى تقع فيها مخالفة للنظام العام الدولى تتضمن - فى الوقت ذاته - مخالفة للنظام العام الداخلى. ولم تتوان محكمة النقض المصرية عن تأكيد هذه المفاهيم حيث قضت بأنه «وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى»<sup>(٢٢٩)</sup>.

٢٦٩. الفارق من حيث الوظيفة : يهدف النظام العام الداخلى إلى مراقبة تصرفات الأفراد ومدى اتفاقها مع صحيح القانون، فلو ثبت مخالفة الأفراد لأى قاعدة من قواعد هذا النظام، ترتب على ذلك بطلان التصرف المخالف بطلاناً مطلقاً. وقد تقدر الإشارة إلى أن القاعدة التى تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين عاماً تعتبر قاعدة أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ويعنى هذا الحكم - فى حالة الاتفاق على مخالفته - تثبيت الاختصاص التشريعى للقانون الداخلى واستبعاد التصرف المخالف، فإعمال قواعد النظام العام الداخلى يترتب عليه إذن نتيجتان : النتيجة الأولى: بطلان التصرف المخالف، والنتيجة الثانية : الانتصار لقواعد النظام العام بتثبيت الاختصاص التشريعى للقانون الداخلى. ويدفعنا هذا الوضع للتأكيد على أن عدم إعمال إحدى القواعد المتعلقة بالنظام العام الداخلى يترتب

---

(٢٢٩) الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق، جلسة ٥ إبريل ١٩٦٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٦٧، السنة ١٨، العدد الثانى مارس وإبريل ١٩٦٧، ص ٧٩٩؛ وراجع أيضاً: حكم النقض فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٧٩، السنة ٢٨، الجزء الأول من يناير إلى يونيو ١٩٧٧ ومن أكتوبر إلى ديسمبر ١٩٧٧، ص ٢٧٧؛ حكم النقض فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠ يونيو ١٩٧٩، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٨٠، السنة ٣٠، العدد الثانى من إبريل إلى يونيو ١٩٧٩، ص ٧٢٢.

عليه فقدان النظام القانوني الوطني لجزء من فاعليته فقط<sup>(٢٣٠)</sup>.

أما النظام العام الدولي فلا يهدف إلى مراقبة تصرفات الأفراد، وإنما إلى مراقبة تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فإذا ما أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي تأهب النظام العام الدولي - بصفة آلية - للقيام بدوره في مراقبة تطبيق هذا القانون، بهدف استبعاد القوانين التي ينطوى تطبيقها على انتهاك لقواعد هذا النظام، ليحل - في النهاية - قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد. فإعمال قواعد النظام العام الدولي يترتب عليه أيضاً نتيجتان : النتيجة الأولى : تعطيل قاعدة الإسناد وعدم الاعتراف بالحل الذي أدت إليه، والنتيجة الثانية : نفى الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي وحلول قانون آخر محله<sup>(٢٣١)</sup>.

وهكذا يتضح لنا أنه إذا كان يترتب على إعمال قواعد النظام العام الداخلي تأكيد الاختصاص التشريعي للقانون الوطني وبطلان التصرف المخالف، فإن إعمال قواعد النظام العام الدولي يترتب عليه تعطيل جزء من النظام القانوني الوطني ممثلاً في قاعدة الإسناد بهدف الانتصار لقواعد أكثر أهمية في قانون القاضي، بما يعنى استبعاد القانون الأجنبي المخالف وحلول قانون آخر محله. يضاف إلى ذلك أن آلية كلا النظامين مختلفة عن الأخرى، إذ تتجسد هذه الآلية في النظام العام الداخلي في مواجهة بين اتفاق الأطراف والقواعد الأمرة، في حين تتمثل في النظام العام الدولي في مواجهة بين القانون الأجنبي المخالف والقواعد الأصولية في دولة القاضي<sup>(٢٣٢)</sup>. وبذلك يصح لنا أن نقرر أن النظام العام الداخلي يعد بمثابة قيد على سلطان الإرادة، في حين يعد النظام العام الدولي بمثابة قيد على تطبيق القانون الأجنبي.

(٢٣٠) انظر رسالتنا للدكتوراه :

Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op. cit.*, n° 142, p. 72.

(٢٣١) لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع انظر لاحقاً رقم ٢٧٩ وما يليها.  
(٢٣٢) لمزيد من التفاصيل حول وظائف النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص انظر :

Lagarde, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse, Paris, LGDJ, 1959; Chapelle, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, Thèse, Paris II, 1979; Abd El Moneem Zamzam, Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, *op. cit.*, n° 140 et s., p. 71 et s.

٢٧٠. تعريف الدفع بالنظام العام : إذا أردنا - بعد هذا الاستعراض - تعريف الدفع بالنظام العام لوجدنا أنه آلية يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب تعارض أحكامه مع القواعد الأساسية في دولة القاضي.

#### شروط الدفع بالنظام العام

٢٧١. يؤدي إعمال الدفع بالنظام العام - في نطاق القانون الدولي الخاص - إلى نتائج خطيرة مؤداها تعطيل قاعدة الإسناد واستبعاد القانون الأجنبي المخالف الذي دلت عليه، وإذا كانت هذه النتائج تؤدي إلى تعطيل آلية الإسناد كلية فإنه ينبغي تحديد شروط الدفع بالنظام العام بكل دقة، وفي ذلك تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر». وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض - غير مرة - بأن «المقرر في - قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة»<sup>(٢٣٣)</sup>.

٢٧٢. وليس من العسير استنتاج شروط الدفع بالنظام العام من نص المادة ٢٨ أو من حكم النقض أو حتى من تعريفنا السابق، حيث يشترط لقبول الدفع بالنظام العام ضرورة توافر شرطين هامين : أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانوناً أجنبياً، وأن يكون هذا القانون مخالفاً لقواعد النظام العام في دولة القاضي.

#### الشرط الأول : أن يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً

٢٧٣. تختار قاعدة الإسناد معصوبة العينين وبطريقة محايدة ومجردة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، حيث تتساوى في الاختيار - كما ذكرنا - حظوظ كل منهما في التطبيق، فلا امتياز للقانون الوطني لمجرد أنه وطني، ولا تحامل على القانون الأجنبي لمجرد أنه أجنبي. والأمر لا يخرج - في النهاية - عن أحد الفرضين التاليين:

(٢٣٣) الطعن رقم ٧ لسنة ٤٢ق، جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧، سابق الإشارة إليه، وانظر كذلك الأحكام المشار إليها في هامش ٢٢٧.

١- أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضى، وهنا لا يتصور عقلاً أو منطقاً إعمال الدفع بالنظام العام فى مواجهة قانون القاضى، فمن غير المتصور أن يخالف القانون الوطنى نفسه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه، فقواعد النظام العام مستمدة أساساً من نفس النظام القانونى الذى ينتمى إليه القانون الوطنى، ولا يستساغ أن يخالف القانون الوطنى بعضه البعض.

٢- أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى، وهذا الفرض هو المقصود تحديداً من الشرط الأول، لأن إعمال الدفع بالنظام العام لا يتقرر إلا فى مواجهة قواعد تخالف المبادئ الأساسية فى دولة القاضى، ولا يمكن لهذه القواعد إلا أن تكون مستمدة من نظام قانونى أجنبى أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، فالدفع بالنظام العام لا يتصور إعماله - من الناحية المنطقية - إلا فى مواجهة القانون الأجنبى دون القانون الوطنى، وعلة ذلك أن القانون الأجنبى قد يحمل فى طياته أحكاماً متعارضة، تصل درجة تعارضها مع القانون الوطنى حداً من الجسامة، يحتم استبعادها من أجل المحافظة على الاعتبارات التى يرسىها هذا القانون. ويبدو استنتاج هذا الشرط مؤكداً من مطلع نص المادة ٢٨ من القانون المدنى التى تقرر أنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة»، فالمقصود بالقانون الذى لا يجوز تطبيق أحكامه - وفقاً لصريح النص - هو القانون الأجنبى الذى تم تعيينه بمقتضى النصوص السابقة على نص المادة ٢٨، وتحديد المواد من ١٠ إلى ٢٧ من القانون المدنى.

الشرط الثانى : أن يكون القانون الأجنبى مخالفاً لقواعد النظام العام فى دولة القاضى

٢٧٤. إن تحديد قاعدة الإسناد لقانون أجنبى معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق لا يؤدى بصفة آلية إلى إعمال الدفع بالنظام العام، وإنما يتعين أن يتضمن هذا القانون أحكاماً مخالفة لقواعد النظام العام فى دولة القاضى. وليس الأمر رغم ذلك بهذه السهولة، فمن العسير تحديد تطبيقات حصرية لفكرة النظام العام، فتلك الفكرة تستعصى بذاتها على التحديد ويتعذر وضعها فى إطار جامد أو تعيين معيار محدد لتمييزها. وما يزيد من صعوبة الأمر أن فكرة النظام العام تتصف بالطابع النسبى، سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان، فما يعد من النظام العام فى دولة معينة قد لا يعد من النظام العام فى دولة أخرى، وما يعد من النظام العام فى نفس الدولة فى وقت محدد قد لا يعتبر كذلك فى وقت لاحق. إن تعدد الزوجات

- مثلاً - أمر مباح فى الدولة الإسلامية ولا يجوز حظره بطريقة مطلقة وإلا عد ذلك مخالفاً للنظام العام، فى حين أن هذا التعدد يعد مخالفاً للنظام العام فى الكثير من الدول، كما يعتبر الاتفاق على إباحته مخالفاً للنظام العام فى تلك الدول، وميراث الذكر مثل حظ الأنثيين كان يعتبر من النظام العام فى دولة مثل تونس حتى وقت قريب، إلا أن تلك الدولة أصبحت تساوى - على غير مقتضى الشريعة الإسلامية - بين ميراث الذكر وميراث الأنثى، وهكذا يتضح - من هذين المثالين - أن فكرة النظام العام تتسم بالطابع النسبى سواء من حيث المكان أو الزمان.

٢٧٥. ومهما يكن من أمر فإنه يشترط - ثانياً - لقبول الدفع بالنظام العام أن ينطوى تطبيق القانون الأجنبى على مخالفة لإحدى القواعد الأساسية فى دولة القاضى. ولا نبالغ إذا قلنا إن تحقق هذا الشرط يعد كافياً - بمفرده - لتوافر أحد مقتضيات الدفع بالنظام العام، لأنه يشتمل - ولو بطريقة ضمنية - على الشرط الأول. وهكذا يعتبر هذا الشرط هو جوهر فكرة الدفع بالنظام العام، إلا أن التحقق منه - رغم ذلك - يعد أمراً من أصعب الأمور وأشدّها تعقيداً. وإزاء تلك الصعوبة فقد حاول البعض وضع قائمة إرشادية بالقوانين المتعلقة بالنظام العام، وحصرها فيما يلى (٢٣٤):

- ١ - القوانين السياسية والإدارية.
- ٢ - القوانين المتعلقة بالقانون العام.
- ٣ - القوانين الجنائية وقوانين المسؤولية المدنية.
- ٤ - قوانين التنفيذ الجبرى.
- ٥ - القوانين المالية.

٢٧٦. والحقيقة أن أى محاولة لحصر حالات النظام العام فى قائمة عددية هى محاولة مقضى عليها بالفشل، فالقائمة المقترحة تتسم بالإفراط الشديد وتقترح قوانين بأكملها كتطبيقات لفكرة النظام العام، فى حين أن هذه الفكرة تجد مقتضياتها فى قواعد أساسية متناثرة فى كل فروع القانون، حيث تنبع منها جميعاً ومن النبض العام للجماعة الوطنية. يضاف إلى ذلك أن النظام العام يعد - كما ذكرنا - فكرة نسبية، إعمالها رهن فى الواقع بالعلاقة بين قانون الأجنبى والنظام القانونى الوطنى لحظة قيام القاضى

---

(٢٣٤) انظر فى الإشارة إلى هذا الفقه ونقده: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ١٨١، ص ٥٦٣ وما يليها؛ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٥٤٣.



بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين، فهذه اللحظة تحديداً، هي التي يمكن الجزم فيها بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمه. ويرتد هذا الحكم إلى آنية النظام العام *L'actualité de l'ordre public* لاختلاف مضمون هذه الفكرة من آن إلى آخر، وطالما اختلف المضمون من آن إلى آخر، فمن المستحيل تحديد قائمة محددة وحصرية تسرى على كل آن (٢٣٥).

٢٧٧. وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن القانون الأجنبي يعد متعارضاً مع قواعد النظام العام إذا كان يخالف السياسة التشريعية في دولة القاضي، أو إذا كان يخالف المبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة، أو إذا كان يتضمن قاعدة لا يعرفها القانون الوطني. والواقع أن تلك الأفكار الواسعة والفضفاضة لا تصلح لتحديد فكرة تستعصى بذاتها على التحديد مثل فكرة النظام العام الدولي.

٢٧٨. ولا سبيل إلى التغلب على تلك الصعوبات إلا باللجوء إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فالقاضي الذي ينظر الدعوى يستطيع - بما لديه من دراية قانونية كافية - أن يستنبط ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام أم لا، ولا تعد تلك المهمة من إطلاقات قاضي الموضوع، وإنما يتعين عليه أن يباشرها في ضوء مجموعة من الاعتبارات:

١- يجب أن يدرك القاضي أن لفكرة النظام العام الدولي مفهوماً موسعاً، فكل ما يعتبر من النظام العام الداخلي لا يعتبر بالضرورة من النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص، وليست كل مخالفة لقاعدة آمرة تعد - كما ذكرنا - مخالفة لقواعد النظام العام الدولي، وينتج عن ذلك أن

---

(٢٣٥) وهذا هو مسلك محكمة النقض الفرنسية حين تقرر :

La définition de l'ordre public dépend «dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France», *Rev. crit.*, 1946, p. 108, note Niboyet; *cass. civ.*, 23 nov. 1976, *Rev. crit.*, 1977, p. 746, note Foyer, *Rev. crit.*, 1980, p. 753 et s., note Simon-Depitre; *Clunet*, 1988, p. 101, note Marie-Laure Niboyet - Hoegy; v. aussi Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 364, p. 585 et s., où ils déclarent que «La loi du for prise comme ordre de référence est la loi dans sa teneur au moment où le juge statue. C'est en ce sens que l'on parle en France, depuis Pillet, de l'actualité de l'ordre public international»; Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé, op. cit.*, n° 254, p. 309 et s.; Abd El-Moneem Zamzam, *Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, op. cit.*, n° 142 et s., 72 et s.

مجرد اختلاف القانون الأجنبي في أحكامه عن القانون الوطنى لا يعتبر سبباً موجباً للدفع بالنظام العام، فالطبيعى أن تتضمن القوانين أحكاماً مختلفة، ولكن الأساسى ألا يصل هذا الاختلاف إلى حد التنافر الصارخ مع الركائز الأساسية لدولة القاضى والتى تقوم مقام المسلمات، فيسرى حكمها على الجميع سواء أكانوا وطنيين أم أجنبياً ماداموا يقيمون على نفس الإقليم. فالدولة الوطنية لم تقبل تطبيق القانون الأجنبي من أجل التوضيحية بمبادئها الأساسية، ولذا يجب عدم السماح بتطبيق أى قاعدة ينطوى تطبيقها على مساس بهذه المبادئ دون أن يشمل ذلك مجرد الاختلافات التى قد تشهدها النظم القانونية. وتطبيقاً وتأكيداً لهذه المفاهيم قضت محكمة النقض بأنه «وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطنى أكثر فائدة - وإذا كان الثابت فى الدعوى أن طرفى النزاع أمريكياً وتم التعاقد بينهما فى أمريكا والقانون الذى يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكى وقد استبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن "قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام العام فى مصر وهو يقضى بحق العامل كمكافأة نهاية الخدمة ولا يجوز تطبيق القانون الأمريكى على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل كمكافأة نهاية مدة الخدمة أو فى الطلبات الأخرى موضوع الدعوى وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين"، فى حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التى يعقدها قاضى الدعوى - ومن عنده - بين القانونين الوطنى والأجنبى وما يراه - هو - من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى الأسباب»<sup>(٢٣٦)</sup>. وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم أن «الثابت فى الدعوى أن الطاعنة شركة أمريكية والمطعون عليه طيار أمريكى وأبرم العقد بينهما فى أمريكا سنة ١٩٤٥ وفقاً لأحكام عقد عمل جماعى بين الشركة

(٢٣٦) الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق، جلسة ٥ إبريل ١٩٦٧، مجموعة الأحكام صادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٦٧، السنة ١٨، العدد الثانى، مارس - إبريل ١٩٦٧، ص ٨٠٥.

وطياربها، والقانون الواجب التطبيق على واقعة الدعوى هو قانون ولاية ميسورى الأمريكية عملاً بقاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٩ من القانون المدنى، ولا وجه لاستبعاده استناداً لفكرة النظام العام، لأن هذه الفكرة ليس مبناهـا وجود تشريع مصرى فى المسألة يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفه، بل مبناهـا وجود تشريع مصرى رأى المشرع وجوب تطبيقه على الأجانب والوطنيين سواء وبغير تمييز لاتصاله بقيم أو بعقائد وسياسات لا تحتل استثناء الأجانب من الخضوع له، وقانون عقد العمل المصرى لا يحمل هذا الطابع، ولم يقصد منه المشرع أن يكون نظاماً شاملاً للأجانب والمصريين على السواء بحيث يتمتع بمزاياه وضمائنه كل عامل مهما كانت جنسيته أو موطنه، وفى نصوص هذا القانون ما يؤكد أنه ذو طابع وطنى لا يطبق إلا على عقود العمل المبرمة فى مصر ولا يمتد إلى علاقات العمل المبرمة فى الخارج، وصفة النظام العام اللاصقة به لا تتعدى العقود الخاضعة لأحكامه ولا يجوز إعمالها خارج هذا النطاق»<sup>(٢٣٧)</sup>.

والأساسى فى هذا الحكم الرشيد ما يلى :

أ - ليس مجرد اختلاف مضمون القانون الأجنبى عن مضمون القانون الوطنى سبباً موجباً للدفع بالنظام العام.

ب- ليست من وظيفة القاضى المفاضلة بين القانون الوطنى والأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى بهدف اختيار الأفضل لأحد الطرفين، فالمفاضلة بين القانونين سبق وأن تقررت بمقتضى قاعدة الإسناد التى اختارت - بشكل محايد - القانون الذى رأته مناسباً لحكم النزاع.

ج- الجوهرى والأساسى لآلية الدفع بالنظام العام «ليس مبناهـا وجود تشريع مصرى فى المسألة يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفه، بل مبناهـا وجود تشريع مصرى رأى المشرع وجوب تطبيقه على الأجانب والوطنيين سواء وبغير تمييز لاتصاله بقيم أو بعقائد وسياسات لا تحتل استثناء الأجانب من الخضوع له».

٢- من أهم ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى فى شأن النظام العام أنه «يخلق بالقاضى أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة بالعدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه

أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً» (٢٣٨)، ولذلك لا يتعين على القاضى عند تحديده لما يعد مخالفاً للنظام العام أن يقوم بهذه المهمة «فى ضوء نظرتة الشخصية للأمور، فهو يفصل فى النزاع بوصفه ممثلاً لمجتمع الدولة، ومن ثم ينحصر دوره فى تمثيل الأفكار السائدة فى هذا المجتمع والبحث عن مدى اصطدامها بالقانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد» (٢٣٩).

٣- نظراً لما يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام من نتائج خطيرة تتمثل فى تعطيل الكلى لقاعدة الإسناد ونفى الاختصاص التشريعى عن القانون الذى أشارت إليه، فإن القاضى يخضع - لدى قيامه بهذه المهمة - لرقابة محكمة النقض، وهذا الخضوع ضرورى؛ لأن مسألة تقدير مدى توافر أحد مقتضيات النظام العام تعد على درجة كبيرة من الأهمية، ولذا يجب ألا ينفرد القاضى بتقديرها، وإنما يتعين أن يخضع لرقابة محكمة العليا، فما يتوافر لقضائتها - من خبرة طويلة - جدير بإعادة تقدير الأمور ووضعها فى نصابها الصحيح. وقد حدث فى إحدى الدعاوى أن دخل أحد المسيحيين اللبنانيين فى الإسلام فى حين ظلت زوجته المسيحية على دينها، ولما توفى الزوج ثار نزاع أمام القضاء المصرى حول تركته الموجودة فى مصر، حيث طالبت الزوجة بإحضار التركة فيها دون غيرها من باقى الورثة المسلمين على اعتبار أن الزوج لا يزال مسيحياً وفقاً للقانون اللبنانى، لعدم اتباعه الأشكال المحددة فى هذا القانون لشهر الإسلام. وقد أجابت محكمة استئناف القاهرة الزوجة إلى طلبها، بيد أن باقى الورثة طعنوا على هذا الحكم بالنقض. وقد كان مقطع النزاع يتمثل فى مدى مخالفة القاعدة اللبنانية التى توجب وضع قوالب محددة لشهر الإسلام لمقتضيات النظام العام فى مصر من عدمه. فالمعلوم والمقرر شرعاً أن النطق بالشهادتين يعتبر فى حد ذاته السبب الوحيد والكافى لاعتبار الشخص مسلماً. غير أن محكمة استئناف القاهرة قدرت أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام المصرى، ومن ثم فليس هناك ما يستوجب تعطيل قاعدة الإسناد. فلما اتصل الطعن بمحكمة النقض، مارست المحكمة العليا سلطتها فى الرقابة على محكمة الاستئناف بخصوص هذه المسألة فقررت

(٢٣٨) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، ص ٢٢٣.

(٢٣٩) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٤٩.

أنه «ولئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة ١٧ من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصى أو من صدرت منه التصرفات وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام أو للآداب في مصر وفقاً لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدني. لما كان ذلك، وكان من الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام أو الآداب في مصر. لما كان ما تقدم، وكان القانون اللبناني - وعلى ما يتضح من حكم محكمة التمييز اللبنانية المقدم من المطعون عليها - لا يعتد بإسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقاً للأوضاع المحددة به، ولذا لم تعد المحكمة المذكورة بإسلام المتوفى لعدم اتباعه هذه الأوضاع، بينما المقرر شرعاً أنه يكفي لإسلام غير المسلم واعتباره في عداد المسلمين أن يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أى إجراء آخر وهو ما ليس محل خلاف، وهى من القواعد الأصولية فى الشريعة الإسلامية التى ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معها أن يتخلل عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه، فانه لا مجال لتطبيق أحكام القانون اللبناني فى هذا الخصوص، لما كان ما سلف، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن اختلاف الدين من موانع الميراث، وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل فى نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق أحكام قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها... (وإذا قضى الحكم المطعون فيه بغير ذلك) فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه»<sup>(٢٤٠)</sup>.

(٢٤٠) الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠ يونيو ١٩٧٩، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، ١٩٨٠، السنة ٣٠، العدد الثانى من إبريل إلى يونيو ١٩٧٩، ص ٧٢٢ وما يليها، خاصة ص ٧٢٥.

## آثار الدفع بالنظام العام

٢٧٩. تقسيم : لا شك أن القاضى حين يقوم بالنظر فى اعتبار مسألة ما من النظام العام، يقوم بمهمة حساسة، فتلك المهمة يترتب عليها - كما نعلم - نفى الاختصاص التشريعى عن القانون المختار، ليحل محله قانون آخر. وبإمعان النظر فى هذا الحكم يتضح لنا أنه يترتب على إعمال الدفع بالنظام مجموعة من الآثار :

- نلاحظ أولاً أن الدفع بالنظام العام يؤدى إلى نفى الاختصاص التشريعى عن القانون الأجنبى بما يعنى امتناع القاضى عن تطبيقه وهو ما يعرف بالآثر السلبى للنظام العام (أولاً).

- إذا تم استبعاد القانون الأجنبى المخالف فإننا نكون بصدد فراغ قانونى ناشئ عن امتناع القاضى عن تطبيق هذا القانون، وهو ما يثير التساؤل عن القانون الذى يتعين تطبيقه محل القانون المستبعد، فمن غير المعقول أن يستبعد القانون الأجنبى دون تحديد قانون آخر محله، ويطلق على هذا الإحلال الأثر الإيجابى للنظام العام (ثانياً).

- هل آثار النظام العام مطلقة التطبيق فى جميع الأحوال؟ أم تنبغى التفرقة بين حالتى نشوء مركز قانونى فى دولة القاضى ونشوء مركز قانونى فى الخارج ولكن يراد فقط الإحتجاج ببعض آثاره فى دولة القاضى؟ وتعرف هذه التفرقة اصطلاحاً بالآثر المخفف العام (ثالثاً).

## أولاً : الأثر السلبى : استبعاد القانون الأجنبى

٢٨٠. إن الفلسفة الأساسية لآلية الدفع بالنظام العام فلسفة استثنائية تتأسس على مراقبة النتيجة التى تؤدى إليها قاعدة الإسناد، بحيث إذا أدت هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبى يتضمن أحكاماً تنطوى على انتهاك للمبادئ الأساسية فى دولة القاضى، فإن هذا الأخير يمتنع - قولاً واحداً - عن تطبيقه. إن مقتضيات الأثر السلبى Effet negatif تتطلب ضرورة استبعاد القانون الأجنبى المخالف، فالغاية الأساسية من النظام العام هى عدم السماح بتطبيق قواعد أجنبية تنال من سلامة النظام القانونى الوطنى، ولهذا السبب يترتب الأثر السلبى فى ضمير القاضى بطريقة تلقائية بمجرد تأكده من مخالفة القانون الأجنبى للقواعد الأصولية فى دولته، فالآثر السلبى يتولد بطريقة مباشرة - على الأقل من الناحية النفسية - لحظة إدراك القاضى أن الأحكام الأجنبية الواجبة التطبيق تتنافر - بصورة مطلقة - مع المثل العليا التى يتأسس عليها نظامه القانونى.

٢٨١. ويجسد الأثر السلبي وظيفة النظام العام كصمام أمان يراد به دفع الخطر الذى يترتب بالنظام القانونى الوطنى نتيجة لتطبيق القانون الأجنبى. وبعبارة أخرى، يعكس الأثر السلبي «الوظيفة الوقائية للدفع بالنظام العام، حيث يقى النظام الوطنى من أسباب الضعف التى قد تتسرب إليه من الأنظمة القانونية الأجنبية، التى تتعارض مع مبادئه الأساسية»<sup>(٢٨١)</sup>. كما يعكس هذا الأثر أيضاً طبيعة الدفع بالنظام العام كدفع استثنائى لتعطيل آلية تنازع القوانين التى قضت بتطبيق قانون يخالف قانون القاضى، فالأصل هو تطبيق قاعدة التنازع واحترام الحل الذى أدت إليه، والاستثناء هو إعمال الدفع بالنظام العام فى الأحوال التى يكون فيها احترام القانون الوطنى هو الأولى بالاتباع.

٢٨٢. ويتعين حسم الجدل حول المدى المعترف به للأثر السلبي، هل يستبعد القانون الأجنبى برمته أم يقتصر فقط نطاق الاستبعاد على الجزء المخالف؟ فالفرض أن القانون الأجنبى يتضمن أحكاماً ينطوى تطبيقها على المساس بالمثل العليا لدولة القاضى، فهل يتم استبعاد القواعد المخالفة فقط أم يتعين استبعاد القانون الأجنبى بأكمله؟ ذهب بعض الفقه إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبى بأكمله ولو كانت قاعدة واحدة فقط من بين قواعده هى التى تخالف النظام العام، وحجة هذا الفريق أن السماح بتطبيق جزء من القانون الأجنبى مع استبعاد الجزء المخالف فقط يؤدى إلى تطبيق هذا القانون بغير الطريقة التى أرادها مشرعه، فالقانون الأجنبى إما أن يكون واجب التطبيق بأكمله وإما أن يستبعد بأكمله، أما تطبيق بعض قواعده مع إهمال بعضها الآخر، فمن شأنه أن يؤدى إلى مسخ لهذا القانون وتحويل لأحكامه وهو ما يخالف قصد قاعدة الإسناد الوطنية التى أشارت إلى تطبيق مجمل القانون الأجنبى دون تحديد أجزاء معينة منه<sup>(٢٨٢)</sup>.

٢٨٣. ولم يكتب لهذا رأى الانتصار فى الفقه. ومع ذلك يتعين قبل إبداء رأينا فى هذا الموضوع أن نقوم بتأصيل المشكلة فى ضوء فلسفة الدفع بالنظام العام وأهدافه. فالدفع المشار إليه يباشر مهمته كآلية استثنائية فى نطاق تنازع القوانين من أجل تلافى النتيجة التى تترتب على

---

(٢٨١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٤٣، ص ٦٠٥.

(٢٨٢) انظر فى عرض هذا الفقه د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما يليها؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٢٤ وما يليها.

شروط قاعدة الإسناد حينما تؤدي إلى وضع النزاع في رحاب قانون يخالف الأهداف الرئيسية لدولة القاضي. ولما كان الدفع بالنظام العام ينظر إليه على أنه آلية استثنائية، فإن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره. وطالما أمكن تلافي التناقض بين القانون الأجنبي والقانون الوطني باستبعاد الجزء المخالف فقط، فلا محل لاستبعاد باقى الأحكام طالما لم تحمل ثمة تعارضاً مع قانون القاضي. ولا يعد هذا المسلك تحويراً للقانون الأجنبي، ولا يتضمن حتى مسخاً لتطبيقه على اعتبار أن تطبيق هذا القانون يستند إلى إرادة قاعدة الإسناد الوطنية وليس على إرادة المشرع الأجنبي. يضاف إلى ذلك إن قاعدة التنازع حينما تسند النزاع لأى قانون، فهي لا تهتم بمضمون هذا القانون، بل ولا يمكنها التعرف مقدماً على مضمونه، فكيف يقال بعد ذلك أن استبعاد الجزء المخالف فقط يخالف قصد قاعدة الإسناد؟! (٢٤٣) وأكثر من ذلك فإن «استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلية وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه يعد أكثر تعارضاً مع حكمة التشريع. إذ مادام أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلاً، بوصفه أكثر القوانين ملاءمة للمسألة المعروضة، فإن الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا يستبعد من أحكامه إلا ما يتعارض فعلاً مع مقتضيات النظام العام فى دولة القاضي» (٢٤٤)، فالنظام العام «دأء لدواء، ويجب أن يستعمل الدواء بقدر الداء» (٢٤٥).

٢٨٤. وبذلك ننتهى - إلى أن طبيعة الدفع بالنظام العام كآلية استثنائية يتم اللجوء إليها فى مواجهة القانون الأجنبي المخالف - تقتضى ضرورة حصره فى ذلك الإطار الاستثنائى المتمثل فى اقتصار أثره السلبى على استبعاد الأجزاء المخالفة فقط دون باقى الأجزاء الصالحة للتطبيق. فهذا رأى هو الأكثر اتفاقاً مع مفهوم النظام العام وطبيعته والنتائج التى تترتب عليه، ويسود هذا الحل فى القانون المقارن، كما استقر عليه أيضاً القضاء الفرنسى منذ زمن بعيد. فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يتحدد بالضرورة القصوى، فالنظام العام يهدف إلى استبعاد الحكم المخالف فى ذلك القانون دون أن يعنى الاستغناء عنه كلية (٢٤٦)، وهو ما دفع بعض من الفقه الفرنسى إلى

(٢٤٣) لمزيد من التفاصيل عن آلية قاعدة الإسناد وأوصافها انظر سابقاً رقم ١١٦ وما يليها.

(٢٤٤) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

(٢٤٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٤٥، ص ٦٠٧.

(٢٤٦) انظر فى ذلك : (=)



تشبيهه عمل آلية الدفع بالنظام العام، بحالة توقف محرك السيارة عن العمل، إذ لو توقف المحرك عن العمل، فهل يتم استبداله بالكامل أم يتم استبدال الجزء التالف فقط؟! فكما يتم استبدال الجزء التالف فقط من المحرك، يتم استبعاد الجزء المخالف فقط من القانون الأجنبي<sup>(٢٤٧)</sup>.

٢٨٥. ولعل مطالعة نص المادة ٢٨ من القانون المدني توحى بهذا الحل، حين تقرر أنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي... إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر»، فالنص يوحي بنفس الاختصاص عن الأحكام المخالفة للنظام العام دون أن ينتفى عن القانون الأجنبي كلية، فعبارة «وإذا كانت هذه الأحكام» الواردة في عجز النص لم ترد نكرة، لتشمل مختلف الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، وإنما وردت معرفة فقط بالأحكام المخالفة للنظام العام في مصر. ويدل على صدق هذا الرأي من ناحية أخرى، أنه لو أراد المشرع النتيجة العكسية باستبعاد القانون الأجنبي كلية، لجاءت صياغة النص مغايرة للصياغة الحالية، حيث كان من المتصور أن تحمل مضموناً مختلفاً يدل على رغبة المشرع في استبعاد القانون الأجنبي برمته.

٢٨٦. ولم يختلف موقف القضاء المصري عن هذا الذي نقره، فقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية منذ فترة طويلة - وتحديدًا في ١٧ مارس ١٩٦٣ - بأنه «ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند، بل هو متعارض مع نص المادة ٢٨ من القانون المدني الذي يجرى بأنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر". وظاهر أن النص هكذا يقصد عدم جواز التطبيق على "الأحكام" التي تخالف

---

(=) Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 368, p. 592; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 213, p. 144 et s.; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 601, p. 296.

(٢٤٧) انظر :

Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 257, p. 313.

النظام العام وليس على القانون ذاته... (والقول بغير ذلك يعنى) تعطيل لغايات تغيها القانون المصرى من تعيين القانون الأجنبى الواجب التطبيق لمطلق اشتغال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب، وهو الأمر الذى يعطل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبى فى الحالات التى يعينها مع استثنائها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصرى من أحكام هذا القانون»<sup>(٢٤٨)</sup>.

#### ثانياً : الأثر الإيجابى : حلول قانون القاضى محل القانون المستبعد

٢٨٧. لا يكفى لإجراح مهمة النظام العام كآلية استثنائية تمارس عملها فى نطاق تنازع القوانين أن يتقرر استبعاد القانون الأجنبى وفقاً للأثر السلبي، وإنما يلزم سد الفراغ القانونى الناشئ عن هذا الاستبعاد، فالنزاع المطروح أمام القاضى أضحي بلا قانون يحكمه بعد أن تعطل عمل قاعدة الإسناد كلية. ويتطلب الأمر ضرورة البحث عن القانون الذى يحل محل القانون المستبعد، فإذا كانت قاعدة الإسناد قد قامت - وفقاً لمنهجها التركيزى - بتحليل الروابط القانونية لتحديد العنصر الذى يشكل مركز الثقل ثم اختيار أوثق القوانين المرشحة لحكم العلاقة، فإن هذا الاختيار - رغم أنه قد تم بطريقة موضوعية ومحيدة ودون محاباة لأى قانون - أضحي غير مناسب بسبب مضمون القانون الأجنبى الذى تم اختياره، فالمادة ١/١٣ من القانون المدنى تقضى مثلاً بخضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج، وبالتالي فإذا عرضت على القاضى منازعة بخصوص أى أثر من آثار الزواج، فإنه سيقوم - إعمالاً لحكم النص المذكور - بتطبيق قانون جنسية الزوج. ولكن إذا ثبت أن هذا القانون يتضمن أحكاماً تخالف النظام العام فى مصر وقام باستبعاد هذا القانون، فإنه يثور التساؤل عن القانون الذى سيحل محل القانون المستبعد.

٢٨٨. ربما يبدو الأمر صعباً، لأن المادة ١/١٣ - ومثيلاتها من كل قواعد الإسناد - تقرر اختيار القانون الواجب التطبيق على نحو مغلق، عن طريق تحديد قانون واحد - كأن يكون قانون جنسية الزوج - دون تعيين أى إرشادات يتم اللجوء إليها لتحديد قانون بديل فى حالة عدم إمكانية تطبيق القانون الذى تشير إليه. ويزيد من صعوبة الأمر أن المادة ٢٨

(٢٤٨) محكمة استئناف الإسكندرية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، غير منشور، مشر إلى د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٢٥ وما يليها.

مدنى مصرى لم تكثر فقط إلا بنصها على الأثر السلبي حين قضت بأنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى... إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر»، وذلك دون أن تهتم بحل المشكلة الناتجة عن عدم جواز تطبيق هذا القانون الأجنبى، وهى نشأة فراغ قانونى يحتاج إلى قانون بديل يحكمه. وأياً ما كان فقد ألقى هذا الوضع على عاتق الفقه مهمة البحث عن القانون الذى يحل محل القانون المستبعد، ولذا يتعين حسم الجدل حول تحديد هذا القانون البديل، ما هو القانون الذى يتولى حكم النزاع خلفاً للقانون الأجنبى الذى تم استبعاده؟

٢٨٩. ذهب فريق من الفقه - فى سبيل الإجابة على هذا التساؤل - إلى أنه يكفى إعمال الأثر السلبي فقط باستبعاد القانون الأجنبى المخالف دون حاجة إلى إعمال الأثر الإيجابى وتحديد قانون آخر يحل محله، ومثال ذلك: «الحالة التى يسمح فيها القانون الأجنبى بنشوء علاقة لا يسمح بنشونها القانون الوطنى، كالزواج بين مسلمة وغير مسلم، ففى هذه الحالة يقتصر دور النظام العام على استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز الزواج، وليس ثمة حاجة لتطبيق قانون آخر، لأن الغاية المقصودة وهى عدم السماح بالزواج قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبى»<sup>(٢٨٩)</sup>.

٢٩٠. ولا جدال - لدينا - فى عدم صحة هذه الوجهة من النظر، حيث يرد عليها بالآتى :

١- لا يكفى مجرد إعمال الأثر السلبي لإنجاز الدفع بالنظام العام لمهمته، فتمام تلك المهمة يتطلب ضرورة تحديد قانون بديل يحل محل القانون المستبعد، فإذا كان الاختصاص التشريعى ينطفى عن القانون الأجنبى، فإنه لابد وأن يثبت - من الناحية القانونية ووفقاً للأثر الإيجابى - لقانون آخر، فالأثرين السلبي والإيجابى يعتبران من مقتضيات الدفع بالنظام العام، ويرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة، فلا غنى لكلاهما عن الآخر، وطالما وجد السبب وجدت حتماً النتيجة، وطالما وجد الأثر السلبي فلا بد حتماً أن يوجد الأثر الإيجابى. فلاشك أن مجرد استبعاد القانون الأجنبى وفقاً للأثر السلبي يستتبع بالضرورة وبحكم اللزوم إحلال قانون آخر محله وفقاً للأثر الإيجابى.

---

(٢٨٩) انظر فى شرح هذا المذهب: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٥٥.

٢- يزيد من رفضنا للرأى السابق أن مجرد استبعاد القانون الأجنبى يؤدى حتماً إلى ميلاد فراغ قانونى ناشئ عن تعطيل قاعدة الإسناد، أما وأن تعطلت هذه القاعدة، فقد عدنا إلى سيرتنا الأولى وكأن القاضى ينظر النزاع لأول مرة دون أن يمر بمراحل تكيف الفكرة المسندة، وتحديد ضابط الإسناد، ثم تعيين القانون الواجب التطبيق، فتلك المراحل لم تؤد من الناحية العملية ثمارها المرجوة، لأن النتيجة الى أدت إليها لم تلق قبولا لدى المجتمع الوطنى لدولة القاضى. ولا يمكن - بأى حال - أن يترك النزاع دون تحديد قانون آخر يحكمه، وهو ما يصير معه القول بالاكتفاء بالآثر السلبى غير مجد فى مجال الدفع بالنظام العام.

٢٩١. وهكذا يتبين لنا فشل هذا الرأى فى الإجابة على التساؤل محل الحديث، ونرى أن سر الفشل يكمن فى أن أنصاره لم يحاولوا مواجهة المشكلة بقدر ما حالوا تجنبها. فالتساؤل الذى نبحت له عن إجابة؛ ما هو القانون الذى يحل محل القانون المستبعد؟ أما وأن تكون الإجابة بأنه يكتفى باستبعاد القانون المستبعد، فإنها إجابة لا تحمل فى طياتها مضمونا إيجابيا ناجما عن مواجهة المشكلة، وإنما هى إجابة سلبية تتم عن غض الطرف عن المشكلة الأساسية، بتجنب مواجهتها بصورة كلية.

٢٩٢. إزاء هذا الوضع، وإيمانا من الفقه بضرورة تعيين قانون بديل وفقاً للآثر الإيجابى، فقد أعلن البعض عن إمكانية البحث عن قاعدة بديلة فى القانون الأجنبى، ومن الأحكام الشهيرة التى اعتنقت هذا الاتجاه حكم «محكمة الريخ الألمانى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية تتعلق بدين خاضع للقانون السويسرى، وكان القانون السويسرى يقضى بعدم تقادم الدين. ولما كان القانون الألمانى لا يقر مبدأ عدم تقادم الدين ويعتبره مخالفاً للنظام العام الألمانى، فقد اضطرت المحكمة إلى استبعاد قاعدة القانون السويسرى التى تقضى بعدم التقادم ولكن لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها فى قانون القاضى الألمانى، وإنما أحلت محلها قاعدة القانون السويسرى الخاصة بالتقادم، وأخذت بأطول مدة يأخذ بها القانون السويسرى فى التقادم»<sup>(٢٥٠)</sup>. ولما كان هذا الرأى يلقي مزيداً من الأعباء على القاضى الوطنى ويتطلب منه ثقافة قانونية واسعة تتأسس على التبحر فى القانون الأجنبى، فقد فضل البعض الآخر من الفقه اللجوء

(٢٥٠) انظر: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٥٧.

إلى المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص<sup>(٢٥١)</sup>، أو الاستعانة بفكرة القانون الطبيعى وقواعد العدالة. بيد أن تلك الأفكار غامضة وفضفاضة وليس من السهل اللجوء إليها أو الاستعانة بها.

٢٩٣. والحقيقة أن رد المسألة إلى سيرتها الأولى يزيل الصعوبة التى تعترى هذا الوضع؛ فمن المعلوم أن قاعدة الإسناد تفضل - من حيث المبدأ - بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى لتختار من بينهما بطريقة محايدة القانون الواجب التطبيق، إذ تتساوى حظوظهما فى التطبيق كما أشرنا، أما وأن انتفى الاختصاص التشريعى عن القانون الأجنبى، فلا شك أن الرجوع للقانون الوطنى يعد - فى مذهب الفقه الغالب - ضرورة تفرض نفسها لسد ذلك الفراغ القانونى الناشئ عن تعطيل قاعدة الإسناد. ولا ريب أن القاضى سيصير أسعد الناس بهذه النتيجة، لأنها ستتمكنه من إعمال قانونه الوطنى الذى يألف تطبيقه، بدلاً من تحمل مشقة القضاء وفقاً لأحكام قانون أجنبى. وهكذا إذا تمثل الأثر السلبى فى استبعاد القانون المخالف، فإن الأثر الإيجابى يتجسد فى حلول قانون القاضى محل القانون المستبعد، لتكون النتيجة النهائية لإعمال الأثرين السلبى والإيجابى نفى الاختصاص التشريعى عن القانون الأجنبى وتثبيته لقانون القاضى. ويتأيد هذا المذهب - رغم أن واجهته تكفى لتأييده - فى ضوء الآتى:

١ - غاية الدفع بالنظام العام ذاتها توجب إحلال قانون القاضى محل القانون المستبعد، فغاية هذا الدفع «هى حماية تضامن وتناسق النظام القانونى الوطنى، وقانون القاضى ذاته هو الأقدر على تقدير أبعاد تلك الحماية. فإذا كان ذلك القانون هو الذى شخص الداء، فهو المؤهل لوصف الدواء»<sup>(٢٥٢)</sup>.

٢ - التدقيق فى الأمر يوحى - حتى فى المثال المتعلق بحالة زواج المسلمة من غير المسلم الذى ضربه أنصار الاكتفاء بالأثر السلبى - بأن استبعاد القانون الأجنبى قد تقرر أساساً باسم القانون الوطنى، وهو ما يشكل فى حد ذاته تطبيقاً للقانون الأخير. فالقانون الوطنى قد تدخل بالفعل لحكم العلاقة بدليل أن أول نتائج هذا التدخل كانت استبعاد القانون الأجنبى المخالف. وهذا الحكم الذى تقرر بحلول قانون القاضى محل القانون

---

(٢٥١) وربما ينسجم هذا الاتجاه مع نص المادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى حين تقرر أنه «تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص».

(٢٥٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٤٨، ص ٦١١.

المستبعد يعتبر حكماً عاماً، يشمل كل الحالات التي يتصور فيها إبداء الدفع بالنظام العام، ولا يشذ عنه حتى المثال المتعلق بزواج المسلمة من غير المسلم. فاستبعاد القانون الأجنبي الذي يسمح بهذا الزواج يحمل في طياته حكماً من القانون الوطني بعدم صحة هذا الزواج. ولا يمكن أن يظل القاضي مكتوف الأيدي بعد استبعاد القانون الأجنبي دون أن يقضى - وعلى أقل تقدير - ببطلان تلك العلاقة وفقاً لأحكام القانون المصري. ففي كل مرة يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي لصالح القانون الوطني، فإن هذا الاستبعاد يتضمن في حد ذاته تطبيقاً لأحكام القانون الوطني بدليل أن أحكام هذا الأخير قد انتصرت لمضمونها على حساب القواعد التي يتضمنها القانون الأجنبي، وهو ما لا يستقيم معه - مرة ثانية - القول بأن الأثر السلبي يكفي بمفرده لإعمال الدفع بالنظام العام. وتأسيساً على ذلك ننتهى في مجال - آثار الدفع بالنظام العام - إلى نفي الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي المخالف وفقاً للأثر السلبي مع ثبوته لقانون القاضي وفقاً للأثر الإيجابي.

#### ثالثاً : الأثر المخفف للنظام العام

٢٩٤. قد ينشأ المركز القانوني المخالف في دولة القاضي وقد ينشأ خارجها، ولاشك أن الأمر يختلف في الحالتين، فمبلغ المخالفة في الحالة الأولى يبلغ حداً من الجسامة على النحو الذي يمتد معه أثر الدفع بالنظام العام إلى أصل وجود المركز القانوني بالإضافة إلى كل آثاره التي يراد تقريرها على الإقليم. أما في الحالة التي ينشأ فيها المركز القانوني في الخارج، فإن حجم الضرر العائد على المجتمع الوطني لا يبلغ نفس الدرجة التي يبلغها في حالة نشوئه على إقليم الدولة، ولذلك لا تمتد آثار الدفع بالنظام العام إلى أصل وجود المركز القانوني الذي نشأ في الخارج وإنما تقتصر فقط على آثاره التي يراد الاعتراف بها على الإقليم. وبعبارة أخرى قد «بتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع اعتبارات النظام العام فيها، بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الاعتبارات، مادام أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج» (٢٥٣).

٢٩٥. ونزيد الأمر تفصيلاً فنقول إن العلاقات القانونية على مختلف أنواعها - سواء معاملات شخصية أو التزامات تعاقدية أو غير تعاقدية - إما أن تجرى على أراضي الدولة الوطنية وإما أن تجرى على أراضي الدول

الأجنبية. والمنطقي أن الشعور العام للمجتمع الوطني لن يتأثر في حالة نشأة مركز قانوني مخالف في الخارج بنفس درجة تأثره في حالة نشأة نفس المركز على إقليم الدولة. فليس من الجائز مثلاً «أن يسمح القاضي الفرنسي للأجنبي بإنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسي، كالزواج بأكثر من زوجة داخل الإقليم الفرنسي، نظراً لما يؤدي إليه ذلك من مساس واضح بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، في حين أنه إذا قام الأجنبي بإبرام نفس الزواج خارج الإقليم الفرنسي فإن مجرد امتداد آثار العلاقة إلى فرنسا لن يחדش الشعور العام بنفس الدرجة»<sup>(٢٥٤)</sup>. وتطبيقاً لذلك «فإذا كان إبرام الزواج الثاني، لأول مرة، في فرنسا مخالفاً للنظام العام وواجب الحكم ببطلانه، إلا أنه إذا كان قد تم في الخارج بين زوجين طبقاً لقانون شخصي يجيز التعدد، فلا يقضى ببطلانه، بل يسلم بوجوده، ويعترف ببعض آثاره المالية. وقد قضت المحاكم الفرنسية للزوجة الثانية بالحق في نفقة زوجية، وبالحق في ميراث زوجها المتوفى، وبالحق في معاش التأمينات الاجتماعية، وبآثار الطلاق La répudiation المعروف في الشريعة الإسلامية»<sup>(٢٥٥)</sup>.

٢٩٦. وبهذه المثابة تتأسس فكرة الأثر المخفف للنظام العام على التفارقة بين فرضين رئيسيين :

**الفرض الأول :** نشأة الحقوق والمراكز القانونية في دولة القاضي، كما في حالة غير المسلم الذي يريد الزواج بمسلمة على الإقليم، أو حالة الأجنبي التي تطالب بميراث مساو لميراث الذكر على الإقليم الوطني أيضاً.

**الفرض الثاني :** نشأة الحقوق والمراكز القانونية في الخارج، ولكن يراد فقط الاحتجاج ببعض آثارها في دولة القاضي، كما في حالة مطالبة الزوجة الثانية لزوجها بالنفقة، أو طلب نسب وليدها إليه، أو المطالبة بحقها في الميراث على إقليم الدولة التي لا تقر تعدد الزوجات La polygamie.

---

(٢٥٤) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٦٠.  
(٢٥٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٥٠، ص ٦١٤. ولمزيد من التفاصيل عن الأثر المخفف في مذهب محكمة النقض الفرنسية انظر :

Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 361 et s., p. 580 et s.; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 259 et s., p. 314 et s.

وليس معنى التفرقة بين هذين الفرضين تعطيل الدفع بالنظام العام كلية في مواجهة المراكز القانونية التي نشأت في الخارج، وإنما المقصود هو إعمال الدفع في مواجهة هذه المراكز بصورة مخففة، بحيث يمتد فقط إلى آثارها التي يراد تقريرها على الإقليم دون أن ينال من أصل المركز القانوني طالما أنه نشأ في الخارج، فمبلغ صلة إقليم الدولة بالنزاع هو بعض آثار المركز القانوني وليس المركز القانوني ذاته. وعلى العكس من ذلك، يتم إعمال ذات الدفع ولكن بصورة مكثفة في مواجهة المراكز القانونية التي تنشأ في الإقليم الوطني بحيث يمتد نطاقه ليشمل أصل المركز القانوني فيبطله وأى آثار أخرى يراد تقريرها عليه فيلغيها. وتبرير ذلك أن مبلغ صلة الإقليم الوطني بالمركز القانوني لا تقتصر فقط على آثاره التي يراد تقريرها فيه، وإنما تمتد إلى أصل وجوده بحسبانه قد نشأ فيه، ومن ثم وجب أن يكون الجزاء أشد.

٢٩٧. وهكذا لا يبدو عسيراً تبرير فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فالتفرقة بين حالتى إعمال الأثر المخفف في مواجهة المراكز التي تنشأ في الخارج وإعمال الأثر المكثف في مواجهة المراكز التي تنشأ على الإقليم ترتد - وبالتبعية لما سبق - إلى عدم تأذى الشعور العام في الدولة بنفس الدرجة. وطالما أن الشعور العام لن يتأذى بنفس الدرجة فإن إعمال الدفع بالنظام العام يجب ألا يتقرر بنفس الدرجة، بحيث يتم إعماله بصورة كاملة أو مكثفة في مواجهة المراكز التي تنشأ ويراد الاعتراف بها على الإقليم، ليشمل كل أوجه اتصال المركز القانوني بالإقليم ممثلة في أصله وآثاره، في حين يتم إعماله بصورة خفيفة أو مخففة في مواجهة المراكز التي تنشأ في الخارج ولكن يراد فقط الاعتراف بآثارها في الدولة، بحيث لا يشمل إلا أوجه اتصال المركز المخالف بالإقليم وهى الآثار الناشئة عنه فقط، فلا يتم الاعتراف بها. ولإعمال الأثر المخفف للنظام العام على هذا النحو فائدة لا تنكر في نطاق القانون الدولي الخاص من أجل المحافظة على مقتضيات التجارة الدولية، فإعمال «فكرة النظام العام لتعطيل آثار المراكز والحقوق التي تتم خارج دولة القاضى من شأنه الحد من العلاقات القانونية التي تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولي للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظراً لحرمانها مما تحتاج إليه من تأمين لحقوق الدائنين في المجال الدولي»<sup>(٢٠٦)</sup>.

(٢٠٦) : فؤاد رياض ود. ساميه راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولي، المرجع السابق، ص ١٦١.



٢٩٨. وليس هذا الحكم - رغم ذلك - حكماً مطلقاً، وإنما يتعين النظر للآثار التي يراد الاعتراف بها على الإقليم مع التساؤل - في ضوء كل حالة على حدة - عن مدى قبول المجتمع الوطني للآثار الذي يراد الاعتراف به على الإقليم بالنسبة للمركز الذي نشأ في الخارج. والأمر لا يخرج عن أحد حلين :

**الحل الأول :** أن تكون هناك إمكانية لقبول المجتمع الوطني للآثار المترتبة على المراكز القانونية المخالفة التي نشأت في الخارج، وهنا لا يكون هناك أي مجال لإعمال الأثر المخفف للنظام العام، فتعدد الزوجات - كما أشرنا - محظور في دولة كفرنسا، بما يعني عدم التسامح في مواجهة أي شخص يريد إبرام زواجه الثاني على إقليمها بسبب مخالفته لقواعد النظام العام، أما إذا تم إبرام هذا الزواج في الخارج، فقد جرى العمل في فرنسا على الاعتراف بآثار هذا الزواج على الإقليم الفرنسي مثل السماح للزوجة بالإقامة مع زوجها والمطالبة بالنفقة ورفع دعوى تطليق دون أن يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام الفرنسي. ويتأسس هذا الحكم على قبول المجتمع الفرنسي لهذه الآثار على اعتبار أن هذا الزواج الذي نشأ في الخارج - ورغم أنه مخالف من حيث المبدأ للنظام العام الفرنسي - قد أصبح أمراً مقررأً. وينطوى هذا المسلك على تضيق محمود من وجهة نظر المجتمع الفرنسي لفكرة الأثر المخفف للنظام العام خاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

**الحل الثاني :** ألا تكون هناك إمكانية لقبول المجتمع الوطني للآثار المترتبة على المراكز القانونية المخالفة على الرغم أنها قد نشأت في الخارج، وهنا يتم إعمال الأثر المخفف في مواجهة الآثار المترتبة على هذه المراكز فلا يتقرر الاعتراف بها في دولة القاضي، فليس ممن المتصور مطلقاً الاعتراف - من وجهة نظر المجتمع المصري - بأي أثر ينتج عن الزواج بين أفراد الجنس الواحد أو الزواج بين المحرمات ولو نشأ هذا الزواج خارج الإقليم المصري، بل ولا نبالغ إذا قلنا إن القاضي قد يتطرق للحكم ببطلان العلاقة - مجاوزاً بذلك فكرة الأثر المخفف - على اعتبار أن القضاء ببطلان مثل هذا النوع من الزيجات يدخل في مسائل الحسبة.

## المبحث الثاني

تصحيح مسار قاعدة الإسناد : الدفع بالغش نحو القانون

La Fraud à la loi

### مفهوم الغش نحو القانون

٢٩٩. عالجنا في المبحث السابق النتيجة غير المقبولة التي قد تؤدي إليها قاعدة الإسناد عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع قانون القاضي، وعلمنا أن حل هذه المشكلة يتمثل في نفى الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي مع تقرير ثبوته للقانون الوطني. ونتناول في هذا المبحث موضوعاً آخر لا يقل أهمية، هو الدفع بالغش نحو القانون. ولا يتأسس الدفع بالغش نحو القانون على مخالفة القانون الأجنبي للقانون الوطني، وإنما على مخالفة أو تحايل أحد الأطراف لحكم قاعدة الإسناد ذاتها، فالفرض أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي معين، وأن أحكام هذا القانون لا تتعارض مع أحكام القانون الوطني، ولكنها لا تلقى قبولاً لدى أحد الأطراف فيلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد ليشير إلى تطبيق قانون آخر يتفق مع رغباته.

٣٠٠. فقد أصبح مستقراً لدينا أن تسلل الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر النزاع يعد بمثابة نقطة الانطلاق الأساسية لقاعدة التنازع في مباشرة عملها، فبدون هذه الصفة تغدو العلاقة وطنية بحتة وتظل قاعدة الإسناد راکدة في مخدعها دون أي تدخل من جانبها. أما وجود عنصر أجنبي - ولو واحد - فإنه يدفع قاعدة التنازع دفعا لتتولى تركيز الروابط القانونية بأسلوبها الموضوعي لتنتهي مثلاً إلى تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، أو قانون الموقع على مسائل الأموال أو قانون الإرادة في شأن الالتزامات التعاقدية<sup>(٢٥٧)</sup>. وهكذا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة طبيعية وفقاً لهذه القواعد والمعايير المعروفة والمحددة سلفاً منذ صدور القانون المدني في عام ١٩٤٨ وبداية العمل به في عام ١٩٤٩.

٣٠١. ونقطة الانطلاق في نظام الدفع بالغش نحو القانون أن أحد المتنازعين في المجال القانوني لا يرتضى حكم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فيرى أن من مصلحته الخلاص منه، ولكنه لا يجد إلى ذلك سبباً سوى تغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، بهدف

(٢٥٧) مزيد من التفاصيل عن آلية وأسلوب الإسناد نظر سابقاً رقم ١١٦ وما يليها.

أن يشير هذا الضابط الجديد إلى تطبيق القانون الذى يتفق تطبيقه مع أهداف هذا الشخص ورغباته. وقد يحدث تغيير ضابط الإسناد بعد نشوء النزاع وقد يحدث قبل أن يثور بين الطرفين. ويلاحظ أن تغيير ضابط الإسناد فى هذا الفرض الأخير يفترض فيمن يقوم به أنه على دراية كافية بالقوانين المرشحة لحكم العلاقة، فإذا كانت هذه القوانين تنتمى للدول أ، ب، ج فإن ذلك يتطلب مطالعة الشخص لقوانين هذه الدول للتعرف على أحكامها، بغرض تحديد القانون الذى يتفق مع رغباته ثم تغيير ضابط الإسناد لى يشير إلى تطبيق هذا القانون، بل وأكثر من ذلك فقد يرغب الشخص فى تطبيق قانون دولة لا يعتبر قانونها من القوانين المرشحة أساساً لحكم العلاقة كالدولة د مثلاً، ولذا يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد ليشير إلى قانون هذه الدولة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

٣٠٢. ولزيادة الأمر إيضاحاً نضرب المثال التالى: المعلوم أن القانون الفرنسى يحدد سن الرشد بثمانية عشر عاماً فى حين يحدد هذا السن فى القانون المصرى بإحدى وعشرين سنة<sup>(٢٥٨)</sup>، بما يعنى أن من بلغ سن الثامنة عشرة يعتبر كامل الأهلية وفقاً للقانون الفرنسى فى حين يظل ناقص الأهلية طبقاً للقانون المصرى. ولنفترض أن فرنسياً عمره عشرون عاماً أبرم مجموعة من الالتزامات التعاقدية ثم أراد التنصل منها لسبب يرجع لنقص أهليته، فالمعلوم أن قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١١ مدنى تقضى بخضوع الأهلية لقانون الجنسية أى القانون الفرنسى، ولما كان تطبيق القانون الفرنسى لا يحقق للشخص أهدافه، لأنه يعتبره كامل الأهلية، فمن مصلحة هذا الشخص استبعاد القانون الفرنسى وتطبيق القانون المصرى بدلاً منه، على اعتبار أن هذا الأخير لا يزال يعتبره ناقص الأهلية، وبالتالي ستكون جميع الالتزامات التعاقدية التى أبرمها فى سن العشرين قابلة للإبطال لمصلحته باعتبارها تصرفات دائرة بين النفع والضرر<sup>(٢٥٩)</sup>. ولكن كيف يتأتى له الهروب من تطبيق القانون الفرنسى ليصل إلى تطبيق القانون المصرى؟

(٢٥٨) تنص المادة ٢/٤٤ من القانون المدنى على أن «سن الرشد هو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة».

(٢٥٩) وذلك طبقاً لنص المادة ١١١ من القانون المدنى: «(١) إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. (٢) أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون».

٣٠٣. يتمثل السبيل الوحيد في تغيير ضابط الإسناد الذى يتم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا كانت قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١١ تقضى بخضوع الأهلية لقانون الجنسية، فإن ضابط الإسناد الذى يحدد القانون الواجب التطبيق هو الجنسية، ولما كان الشخص يريد تغيير القانون الفرنسى باعتباره القانون الواجب التطبيق فإن تغيير ضابط الإسناد وهو الجنسية يحقق له هذه النتيجة، فلو حصل الشخص على الجنسية المصرية، لخضعت أهليته حينئذ لأحكام القانون المصرى، ولصار ناقص الأهلية واستطاع بالتالى التوصل لإبطال التصرفات التى أبرمها حتى ولو ظل محتفظاً بجنسيته الفرنسية<sup>(٢١٠)</sup>، وتلك النتيجة لم يكن يستطيع الوصول إليها لو تم تحديد القانون الواجب التطبيق بإعمال قاعدة الإسناد وفقاً للمجرى العادى للأمور.

٣٠٤. ولم يقتصر الأمر - فى مجال الغش نحو القانون - على مجرد ضرب الأمثلة، وإنما تجاوز ذلك بكثير إلى الواقع العملى، فقد ثار الدفع بالغش أمام القضاء الفرنسى منذ فترة طويلة، فى قضية من أشهر قضايا القانون الدولى الخاص وهى قضية الأميرة دو بوفرمون *Affaire de la princesse de Bauffremont* وتتلخص وقائع هذه الدعوى فى أن زوجة أحد الأمراء الفرنسيين - وهى سيدة بلجيكية الأصل تدعى دو بوفرمون - اختلفت معه حتى حدث بينهما انفصال جسمانى، ولكن الأميرة أرادت التحلل من رابطة الزوجية نهائياً بالحصول على التطلق لرغبتها فى الزواج من آخر، ولذا لجأت إلى القضاء بهدف إنهاء رابطة الزوجية نهائياً. وقد كانت قاعدة الإسناد الفرنسية تقضى فى ذلك الوقت بسريان قانون جنسية الزوج على دعوى التطلق أى القانون الفرنسى الذى كان يحظر التطلق آنذاك.

---

(٢٦٠) ويستنبط هذا الحكم من نص المادة ٢٥ من القانون المصرى التى تقضى بأنه: «(١) يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد. (٢) على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه».

٣٠٥. فالوقائع المكونة للدعوى تقوم إذن على ثلاثة محاور:

- زوجة تريد التطلاق.
- قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج.
- قانون جنسية الزوج يحظر التطلاق، وتلك النتيجة لا ترتضيها الزوجة.

والذى يحقق للأميرة مرادها هو تغيير القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يكفل لها الهدف التى تسعى إليه، ولكن لن يتم الوصول إلى هذا الهدف إلا بتغيير ضابط الإسناد. وبالفعل لجأت الأميرة للتجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية الصغيرة التى يبيح قانونها التطلاق ثم انفصلت عن زوجها الفرنسى وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، وبعد ذلك تزوجت من أمير رومانى يدعى بيبسكو وأقامت معه بفرنسا. لم يرتض زوجها الأول هذه النتيجة، فأقام دعوى يطالب فيها ببطلان التطلاق والزواج الثانى الذى تقرر استناداً إليه، وقد أسس الزوج دعواه على أن تغيير الزوجة لجنسيتها قد قصد به التحايل على أحكام القانون الفرنسى.

٣٠٦. تداولت الدعوى فى درجات التقاضى حتى وصلت إلى محكمة النقض الفرنسية التى قضت - فى ١٨ مارس ١٨٧٨ - ببطلان كل من التطلاق والزواج الذى استند إليه، وقد بنت المحكمة قضاءها على أن الجنسية الجديدة لم تكن مقصودة لذاتها وإنما من أجل التحايل على القانون الفرنسى والهروب من أحكامه التى ترفض انفصام عرى الزوجية، وقد قررت المحكمة أيضاً أن الزواج الأول لا يزال قائماً بعد أن استبعدت كل النتائج القانونية المترتبة على الجنسية الجديدة وهى بطلان التطلاق والزواج الثانى<sup>(٢٦١)</sup>.

٣٠٧. تعريف الغش نحو القانون : يمكننا القول بوجود غش أو تحايل نحو القانون إذا قام أحد الأطراف بتغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من القانون الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق

(٢٦١) انظر وقائع هذه الدعوى والحكم كاملاً منشوراً فى:

Sirey, 1878, I, 193 note Labbé; Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé *op. cit.*, p. 49; v. aussi, Audit, La fraude à la loi, Thèse, Paris, Dalloz, 1974, n° 198 et s., p. 149 et s.; Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 371, p. 594; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 264, p. 319; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, Droit international privé, *op. cit.*, n° 451, p. 232.

أحكامه مع رغبات ذلك الشخص وأهدافه. وينطوى هذا المسلك - بدون شك - على قطع للطريق الطبيعي الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، فالطبيعي أن قاعدة الإسناد تحدد القانون الذي يسرى على النزاع وفقاً لضابط معين، ولكن يلجأ أحد الأطراف بشكل متعمد إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يتعين الإشارة إليه لو أن الأمور قد سارت بطريقة طبيعية. وبذلك يمكننا تعريف الغش نحو القانون بأنه اصطناع أحد الأطراف لضابط إسناد جديد يشير إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يتعين تطبيقه بواسطة ضابط الإسناد الشرعي. كما يمكننا تعريفه أيضاً بأنه الوصول إلى تطبيق قانون جديد نتيجة لتغيير قاعدة الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من القانون الذي كان من المفترض أن يسرى على النزاع بصفة مبدئية. أو هو قيام أحد الأطراف بتغيير قاعدة الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق أحكامه مع رغبات ذلك الشخص وأهدافه<sup>(٢٦٢)</sup>. فالغش نحو القانون ينطوى في حقيقته على الانحراف أو الاعوجاج بقاعدة الإسناد عن مسارها الطبيعي، فلا ريب أن مسلك الأميرة دو بوفرمون ينطوى على اصطناع إسناد جديد يصح أن نطلق عليه من جانبنا ضابط الإسناد المصطنع أو الصوري أو المزيف، بما يشكل اعتداء على قاعدة الإسناد صاحبة الاختصاص الشرعي.

٣٠٨. ويستند الدفع بالغش إلى مجموعة من المبررات أهمها :

١ - الغش يبطل التصرفات، فإذا كان المشرع ينظم - بمقتضى قاعدة التنازع - مختلف التصرفات القانونية على المستوى الدولي، فإنه يخرج عن هذا الإطار التنظيمي تحايل الأفراد على حكم قاعدة الإسناد، ولذا يجب أن يعمل الشخص بنقيض مقصوده فيبطل التحايل ويظل حكم قاعدة الإسناد قائماً. ويبرز هذا الحكم ذاتية الغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين كمظهر من مظاهر نظرية الغش المتعارف عليها في مجال القانون بصفة عامة<sup>(٢٦٣)</sup>.

٢ - من النتائج الأساسية للغش نحو القانون الافتئات على مبدأ المساواة، فقاعدة الإسناد - كقاعدة قانونية - وضعت لكى تطبق على

(٢٦٢) انظر في تعريفات أخرى لفكرة الدفع بالغش نحو القانون د. أحمد عبد الكريم سلامة،

علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٨٩، ص ٥٤٢.

(٢٦٣) انظر

الجميع، فحكمها واحد بالنسبة لكل طوائف المنازعات المتشابهة، فكل الدعاوى التى يكون موضوعها التطلاق يسرى عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بما يعنى أن كل قضايا التطلاق بين الفرنسيين - والنسبة التى يتم طرحها أمام القضاء المصرى مثلاً - تخضع للقانون الفرنسى باعتباره قانون الجنسية، وعلى فرض أن هذا القانون يحظر التطلاق أو يضيق من نطاقه، فإن قيام بعض الفرنسيين بتغيير جنسيتهم بقصد الهروب من هذه الأحكام سيجعلهم عليه إخلال بمبدأ المساواة مع باقى الفرنسيين لحصول هذا البعض على مزايا تشريعية بأسلوب ينطوى على الغش.

٣- من شأن الغش نحو القانون قطع الطريق الطبيعى لآلية الإسناد، فإذا كانت قاعدة التنازع تباشر عملها ابتداء من مسألة تكييف الفكرة المسندة تمهيداً لتحديد ضابط الإسناد المختص الذى سيشير بدوره إلى القانون الواجب التطبيق، فإن لجوء أحد الأطراف إلى التحايل سيؤدى إلى تحويل اتجاه قاعدة الإسناد من المسار الطبيعى الذى رسمه المشرع إلى المسار الشخصى الذى يبتغيه صاحب المصلحة، ولا يمكن - فى مثل هذه الأحوال - أن يتوقف تحديد ضابط الإسناد على إرادة الأطراف متى انطوى على غش أو تحايل، حيث يتعذر - والحال كذلك - قبول قاعدة الإسناد المصطنعة أو المزيفة وطرح قاعدة الإسناد الشرعية.

#### شروط الدفع بالغش نحو القانون

٣٠٩. نكون بصدد غش نحو القانون - كما رأينا - إذا قام أحد الأطراف بتغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق قواعده مع رغبات ذلك الشخص وأهدافه، فالذى يلجأ إلى الغش يهدف إلى تغيير القانون الواجب التطبيق، ووسيلته إلى ذلك هى تغيير ضابط الإسناد، ونيتة هى تعمد الهروب من القانون الذى كان يتعين تطبيقه على الدعوى. ويتضح لنا من هذا الاستعراض أنه يشترط - حتى نكون بصدد غش نحو القانون - ضرورة توافر الشرطين الآتيين :

- تغيير ضابط الإسناد بأسلوب مشروع، وهو ما يعرف بالعنصر المادى.
- قصد الهروب من القانون الواجب التطبيق، وهو ما يعرف بالعنصر المعنوى.

### العنصر المادى : تغيير ضابط الإسناد بأسلوب مشروع

٣١٠ يشترط لقبول الدفع بالغش نحو القانون أن يقوم أحد الأطراف بتغيير ضابط الإسناد الذى يتم على أساسه تعيين القانون الواجب التطبيق. والمعلوم أن تحديد هذا الضابط يتقرر أساساً وفقاً للعنصر الذى يشكل مركز الثقل، وبالتالي فإذا وجد أحد الأطراف - نتيجة لعلمه بالقانون - أن قواعد القانون الذى سيشير إليه ضابط الإسناد تتصادم مع مصلحته الشخصية، فقام بناء على ذلك بتغيير هذا الضابط، فإن الإجراء الذى قام به يعد كافياً لتحقيق الشرط الأول لإعمال الدفع بالغش. فالسلوك الذى قام به المتحايل ينطوى على تطويع لقاعدة الإسناد لأسباب شخصية، إذ أدى إلى قطع المسار الطبيعى لقاعدة التنازع وتحويل وجهتها إلى قانون آخر غير ذلك الذى تقصده وفقاً للمجرى العادى للأمر، فقد تبدل القانون الذى يريده ضابط الإسناد الشرعى بالقانون الذى يريده ضابط الإسناد المصطنع. وهكذا يتمثل العنصر المادى فى تغيير ضابط الإسناد *Le déplacement du facteur de rattachement* أى اصطناع الشخص لنفسه ضابط إسناد جديد يحل محل ضابط الإسناد الأصلى. أما إذا ارتضى الشخص حكم قاعدة الإسناد منذ البداية، ولم يقم بأى سلوك يهدف إلى تغيير هذا الضابط، فلا يكون هناك أى محل للإدعاء بوجود غش أو تحايل لاندغام العنصر المادى *Elément objectif*. ويسمى هذا الشرط بالعنصر المادى لسببين: أولهما: أنه يقوم على إجراء مادى ظاهر من قبل أحد الأطراف وهو تغيير ضابط الإسناد، والثانى: أنه يعد مقابلاً للعنصر المعنوى الذى يمثل الشرط الثانى وهو قصد الهروب من القانون المختص.

٣١١. صور الغش نحو القانون : تتعدد صور تغيير ضابط الإسناد لتشمل مختلف مجالات القانون بغض النظر عن نوعها أو طبيعتها، بداية من مسائل الأحوال الشخصية ومروراً بمسائل الأموال وانتهاءً بمسائل الالتزامات التعاقدية، وذلك على التفصيل التالى :

١- الغالب أن مسائل الأحوال الشخصية هى المرتع الخصب للتحايل على القانون، فإذا كانت النظم القانونية تتبنى إما ضابط الجنسية وإما ضابط الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف هذه المسائل، فمن الممكن أن يقوم الشخص - فى الدول ذات النظم اللاتينية - باكتساب جنسية جديدة يتضمن قانونها تسهيلات تشريعية تتفق مع رغباته وطموحاته، وسيجد ضالته المنشودة فى الدول المستوردة للسكان التى



تمنح جنسيتها بشروط ميسرة، وهو ما رأيناه في قضية الأميرة دو بوفرمون، وما أهون أن يقوم الشخص - الذى ينتمى إلى الدول الأنجلوسكسونية - بتغيير موطنه، حيث يغدو هذا الإجراء أكثر يسراً من تغيير الجنسية، فما أسهل أن يقوم الفرد بترك موطنه من أجل التوطن فى دولة أخرى يتضمن قانونها أحكاماً تلبي متطلباته وطموحاته.

٢- من المتصور كذلك اللجوء إلى فكرة التحايل فى مجال الحقوق العينية، فإذا كانت النظم القانونية مستقرة على خضوع العقارات والمنقولات لقانون موقعها، وإذا كان من المتعذر اللجوء إلى فكرة التحايل بشأن العقارات، لأنه لا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف، فإنه من الممكن - بالمقابل - اللجوء إلى فكرة الغش نحو القانون فى خصوص المنقولات، حيث يمكن نقلها من دولة إلى أخرى لتخضع فى شأن كل حق عيني يتقرر عليها لقانون الدولة التى يقع فيها.

٣- ليس من العسير إعمال فكرة الغش فى مجال العقود، فقد يستطيع أحد الأطراف اصطناع أى عنصر أجنبى فى عقد وطنى بغية إخراجـه من سلطان القوانين الوطنية ليصبح عقداً دولياً، ومن أمثلة ذلك الانتقال لدولة أجنبية لمجرد إبرام العقد فيها، أو أن يكون أحد طرفى العقد حاملاً لجنسية أخرى إضافة إلى جنسيته الوطنية، فيلجأ إلى إخفاء صفته الوطنية وإبرام التعاقد على أنه أجنبى، حيث يعتبر العقد منطوياً على عنصر أجنبى ليخضع بذلك لقاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٩<sup>(٢٦٤)</sup>.

٤- وأكثر من ذلك، فلا يستبعد - فى الدول غير الإسلامية - تحقق الركن المادى للغش نحو القانون بتغيير الديانة، ويتصور ذلك فى الأحوال التى يختلف فيها الوارث ديانة عن المورث، فالمقرر أن اختلاف الديانة يعد من موانع الإرث فى الشريعة الإسلامية<sup>(٢٦٥)</sup>، ولذا فإن لجوء الوارث لإشهار إسلامه بينما المورث فى مرض الموت، قد يستنتج منه - لدى قضاء الدول غير الإسلامية - أن اعتناق الإسلام ليس مقصوداً لذاته، وإنما من أجل الحصول على نصيب من التركة. وكذلك فى حالة الزوج الذى لا يمكنه قانونه الشخصى من طلاق زوجته فيلجأ إلى إشهار إسلامه بهدف الاستفادة من الأحكام التى تجيز الطلاق فى الشريعة الإسلامية. وقد يجد

(٢٦٤) لمزيد من التفاصيل عن أسلوب الإسناد الذى تقرره هذه المادة انظر سابقاً رقم ١٤٢ وما يليها.

(٢٦٥) مصداقاً لقول النبى صلى الله عليه وسلم «لا توارث بين مسلم وغير مسلم».

القضاء فى الدول غير الإسلامية من تغيير الديانة فى هذا الفرض أيضاً وسيلة للهروب من القانون الشخصى الذى يحظر الطلاق. ورغم أن هذا الأمر متصور فى الدول غير الإسلامية فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على عدم الأخذ بفكرة الغش نحو القانون بصدد تغيير الديانة باعتراف الإسلام، حيث قضت بأن «الطاعة تمسكت فى دفاعها بأن المطعون عليه لم يشهر إسلامه إلا بقصد التحايل على أحكام القانون والتخلص من التزاماته المالية قبل زوجته وأنه على الرغم من تظاهره بالإسلام فقد ظل على ديانته الموسوية، وقدمت كافة الأدلة المؤيدة لذلك، وفى مقدمتها أنه حين أشهر إسلامه أبقى هذا الأمر فى طى الكتمان إلى أن حكم ببطلان إظهار الطلاق الموقع بتاريخ ١٤/١٠/١٩٥٨ وعندئذ لجأ إلى التمسك بإسلامه، ومع ذلك فإنه لم يعط عن طلاقه المؤسس على الإسلام بوسيلة إعلان عامة بل كلف أحد زملائه الذهاب إلى مكتب الشهر العقارى فى غير علانية لا ليقرر بأن موكله يشهد بإيقاع الطلاق طبقاً للشريعة الإسلامية وإنما ليؤكد الطلاق السابق الذى أوقعه بتاريخ ١٤/١٠/١٩٥٨ وهو إسرائيلى الديانة، وليس هذا فحسب بل إنه بعد أكثر من سنة ونصف من إشهار إسلامه قد تمسك فى دعواه رقم ١٦٧ سنة ١٩٦٠ بطلب بطلان زواجه، لأنه لم يتم طبقاً لأحكام شريعته الموسوية، ويقطع كل ذلك بأنه قد استعمل الإسلام كوسيلة للعبث بأحكام القانون والكيد للطاعة، وقد اتجه الفقه والقضاء إلى أن تغيير الديانة لا يعول عليه إلا إذا كان صادراً عن عقيدة صحيحة، وإذا لم يعول الحكم المطعون فيه على هذا الدفاع وأقر الطلاق الذى أوقعه المطعون عليه فإنه يكون قد خالف القانون وشابه القصور. وحيث إن هذا النعى مردود... لأن الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الإقرار بظاهر اللسان والتى لا يجوز لقاضى الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يبحث فى جديتها ولا يواضعها ودواعيها، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه»<sup>(٢٦٦)</sup>. ويعد هذا الاتجاه

(٢٦٦) جلسة ٧ مايو ١٩٦٩، مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة النقض، المكتب الفنى، السنة ٢٠، ١٩٧٠، العدد الثانى من إبريل إلى يونيه ١٩٦٩، ص ٧٦٣؛ وانظر أيضاً: نقض ٤/٢١/١٩٦٥، الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ ق، مجموعة المحكمة، السنة ١٦، ص ٤٩٦؛ نقض ١٩/١/١٩٦٦، الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٣ ق، مجموعة المحكمة، السنة ١٧، ص ١٧؛ نقض ٢٩/١/١٩٦٩، الطعن رقم ١٩ لسنة ٣٦ ق، السنة ٢٠، ص ١٨٧.

- صدقاً وعدلاً - إعمالاً وتطبيقاً وتنفيذاً لقول الله عز وجل ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَى إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾<sup>(٢٦٧)</sup>، كما ينأسس أيضاً على السنة المشرفة، نظراً لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد «أنكر غاية الإنكار على أسامة (بن زيد) حين قتل الرجل في المعركة بعد أن نطق بالشهادة وقال : قتلته بعد أن قال : لا إله إلا الله؟ قال : إنما قالها تعوذاً من السيف، قال : هلا شققت عن قلبه؟ ما تصنع بـ (لا إله إلا الله)؟ فما زال يكررها حتى تمنيت أنى أسلمت يومئذ فقط»<sup>(٢٦٨)</sup>.

٣١٢. وإذا كانت صور الغش نحو القانون تتعدد في القانون المصري لتشمل مختلف مسائل الأحوال الشخصية والأموال والالتزامات التعاقدية، عدا تغيير الديانة، فإنه يشترط في الوسيلة سبب الدفع بالغش شرطان:

الشرط الأول : أن تكون الوسيلة مشروعة، إذ لو كانت الوسيلة غير سليمة فإنه يكفي تقرير بطلانها بسبب مخالفتها للقانون، فتقرير بطلان الوسيلة يكفي - بمفرده - للحيلولة دون الوصول للمصالح الشخصية التي أرادها المتحايل دون ثمة حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون. ويعكس هذا الحكم نتيجتين هامتين :

أ - أصالة الدفع بالغش نحو القانون كسبب مستقل وقائم بذاته يحارب الإرادة غير المشروعة لأحد الأطراف حينما يريد التلاعب بقاعدة الإسناد لتحقيق بعض المكاسب الشخصية.

ب- رغم أصالة الدفع بالغش كسبب مستقل وقائم بذاته، فإنه لا يؤدي إلا دوراً احتياطياً، إذ لا يتم اللجوء إليه إلا كعلاج أخير وفي حالة تعذر إبطال الوسيلة التي لجأ إليها المتحايل تطبيقاً لأي قاعدة أخرى. فلو فرض أن شخصاً ادعى - بواسطة شهادة جنسية مزورة - انتماءه إلى دولة معينة بهدف الاستفادة من الأحكام المقررة في قوانينها هروباً من قوانين دولته الأصلية، فإنه يكفي الدفع بعدم صحة الشهادة المزورة دون حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون.

الشرط الثاني : أن يكون تغيير الوسيلة قد تم بشكل متعمد، وهذا يعني أنه «إذا فرضت الجنسية الجديدة مثلاً على الشخص، كأثر تبعي أو عائلي

(٢٦٧) من الآية ٩٤، صورة النساء.

(٢٦٨) انظر: د. يوسف القرضاوى، الضحوة الإسلامية بين الجمود والتطرف، كتاب الأمة، الطبعة الثالثة، شوال ١٤٠٢ هـ، رقم ٦، ص ٥٦ مشار إليه لدى د. عنايت عبد الحميد ثابت، تداخل مجالات القوانين، المرجع السابق، رقم ٩٥، ص ١٠٧.

للجنس أو الزواج مثلاً، وترتب على ذلك تحول القانون الشخصى إلى قانون دولة الجنسية الجديدة، فلا يسوغ الدفع بالتحايل على قانون دولة الجنسية القديمة، فاختصاص الأول جاء بطريقة عرضية وتبعية وليس مقصوداً لذاته»<sup>(٢٦٩)</sup>. فالهدف من الدفع بالتحايل هو محاربة الغش نحو القانون، وليس فى استفادة الشخص من أحكام قانون جنسيته الجديدة أى غش أو تحايل إذا لم يكن قد سعى لاكتساب هذه الجنسية بقصد الهروب من قانون جنسيته الأصلية.

٣١٣. وتتعدد الأوصاف التى يمكن التعبير بها عن توافر العنصر المادى للدفع بالغش نحو القانون، إلا أن هذه الأوصاف - وإن تعددت - فإنها تتفق فى المعنى، وإن اختلفت فى اللفظ، كالقول بأن العنصر المادى عبارة عن تطويع قاعدة الإسناد، أو الانحراف بقاعدة الإسناد، أو الاعوجاج بقاعدة الإسناد<sup>(٢٧٠)</sup> Eluder la règle de rattachement.

#### العنصر المعنوى : قصد الهروب من القانون المختص

٣١٤. لا يتحقق التحايل على القانون إلا إذا توافر لدى أحد الأطراف قصد الغش L'intention frauduleuse ويتوافر قصد الغش فى حالة اتجاه نية الفرد إلى الهروب من القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد، فالفرض أن أحد طرفى النزاع لا يرتضى النتيجة التى يقضى بها القانون الواجب التطبيق، ولذا يلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد الذى يتم به تحديد هذا القانون بهدف الانحراف بقاعدة الإسناد حتى تحدد له قانون آخر يحقق النتائج التى يصبو إليها، بما يعنى أن تغيير ضابط الإسناد يتخذ فى حد ذاته وسيلة للوصول إلى غاية المتحايل ومراده. وبذلك فإذا كان العنصر المادى يتجسد فى تطويع قاعدة الإسناد، فإن العنصر المعنوى Elément subjectif يتمثل فى نية تطويع قاعدة الإسناد لتحقيق أهداف شخصية<sup>(٢٧١)</sup>.

(٢٦٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٠٢، ص ٥٥٨.

(٢٧٠) انظر:

Batiffol et Lagarde, Traité de droit international privé, *op. cit.*, n° 372, p. 596; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 266, p. 320 et s.

(٢٧١) وفى ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية فى قضية الأميرة دو بوفرمون: «Il y a fraude à la loi en droit international privé lorsque les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le (...)»

٣١٥. والحقيقة أن تطلب العنصر المعنوي كشرط جوهرى لقبول الدفع بالتحايل على القانون هو الذى يميز بين الحالة التى يتوافر فيها الغش فعلاً والحالة التى يتضح فيها أن الخضوع للقانون الجديد لم يكن مقصوداً لذاته وإنما ترتب كأثر عرضى لتغيير ضابط الإسناد، فالتغيير مناط الدفع بالغش هو ذلك الذى يكون باعته الأصلى الهروب من حكم قاعدة الإسناد. ويتحقق هذا المفهوم فى الأحوال التى يكون فيها تطبيق القانون الجديد مقصوداً لذاته من أجل الوصول للنتيجة التى يسفر عنها هذا التطبيق، حيث يكون تغيير ضابط الإسناد - فى مثل هذه الفروض - هو وسيلة المتحايل للوصول إلى النتيجة التى يصبو إليها. أما إذا تبين من خلال الظروف والملابسات أن تغيير ضابط الإسناد لم يكن مقصوداً لذاته، وأن الوصول للحل الأكثر يسراً لم يكن هو الغاية الأساسية من التغيير، فلا مجال لتوافر أى غش أو تحايل. وبعبارة أخرى يفرق - فى هذا المقام - بين الهدف والنتيجة، فإذا كان الهدف هو الهروب من القانون المختص، فإن ذلك يقطع بوجود غش، أما إذا كان الهدف هو التجنس بالجنسية الجديدة وما الوصول إلى المركز الجديد إلا مجرد نتيجة لهذا الاكتساب، فإنه لا يمكن القول بوجود غش<sup>(٢٧٢)</sup>. فلا يخفى أن نظام الغش نحو القانون يواجه النوايا السيئة لأحد الأطراف حينما يتحايل على الأهداف التى يبتغيها المشرع، قاصداً إهدار تلك الأهداف عن طريق تبديل ضابط الإسناد وتحويل مسار قاعدة التنازع من الاتجاه الطبيعى إلى الاتجاه الذى يريده، فالعنصر المعنوي يتمثل إذن فى قصد تزييف قاعدة الإسناد.

٣١٦. وليس الأمر بهذه السهولة فى جميع الأحوال، فقد يصعب - فى بعض الفروض - التحقق من توافر العنصر المعنوي خاصة وأن البحث فى قصد التحايل ليس بالأمر الهين، لأنه يتطلب التأمل فى مسائل باطنية قد يكون من العسير التحقق منها. ورغم ذلك فليس الاستدلال على هذه النية بالأمر المتعذر حيث يمكن للقاضى التأكد من توافر قصد الهروب من القانون المختص فى ضوء مجموعة من القرائن :

١- من أهم القرائن التى يستدل بها فى هذا المقام تحقق التزام

---

(=)soustaire à la loi normalement compétente», Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, *op. cit.*, p. 49.

(٢٧٢) انظر :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 372, p. 596.

الزمنى بين تغيير ضابط الإسناد والوصول للمركز القانونى الجديد الذى يصبو إليه أحد الأطراف، فالذى يبدو من قضية دو بوفرون أن «الحوادث تعاقبت سراعاً بحيث يمكن أن يقال إن الأميرة دو بوفرون لم تتجنس بالجنسية الألمانية لذاتها، وإنما اتخذتها سلماً لترقى به إلى غرضها الأصلي الذى يحرمه القانون الفرنسى وهو الزواج من جديد بدليل أنها بعد التجنس بشهور قلائل تزوجت بالفعل من الأمير بيبسكو»<sup>(٢٧٣)</sup>. وقد سبق أن رأينا كيف أن محكمة النقض الفرنسية قد اتخذت من هذا التلازم سبباً أساسياً لرفض تطبيق القانون الأجنبى الجديد عندما تأكد لها أن الهدف من التجنس كان هو التطلاق وليس التجنس بالجنسية الجديدة، فاكْتَسَابُ الجنسية الأخيرة كان مجرد وسيلة للحصول على المركز القانونى الذى كانت تبغيه الزوجة. ويختلف الوضع - بطبيعة الحال - لو أن الزوجة كانت حائزة أساساً لهذه الجنسية أو كانت قد شرعت - على أقل تقدير - فى الحصول عليها قبل أن يدب دبيب الشقاق بينها وبين زوجها. ويتمثل وجه الخلاف فى أن التطلاق سيتقرر - فى مثل هذه الأحوال - كمجرد نتيجة مثل غيره من النتائج التى تترتب على اكتساب الجنسية الجديدة، فتلك الأخيرة كانت هى الهدف فى حد ذاتها فى حين كان التطلاق على فرض وجوده هو النتيجة، كما أن التجنس بهذه الجنسية الجديدة لم يكن مقصوداً به الهروب من القانون المختص بدليل سبق شروع الزوجة فى المطالبة به.

٢ - من القرائن الرئيسية التى تدل أيضاً على قيام نية التحايل كون القانون المراد تطبيقه من تشريعات المجاملة التى تقرر مزايا استثنائية بهدف جذب الأجانب إليها، وتسود هذه القوانين فى الدول حديثة النشأة التى تعاني من نقص فى عدد سكانها، حيث تلجأ إلى تعويض هذا النقص عن طريق منح الأجانب تسهيلات تشريعية من أجل إغرائهم على الإقامة فيها، كأن تقرر منح جنسيتها بشروط ميسرة وبمدد قصيرة نسبياً مقارنة بباقي الدول أو تجعل من مجرد الزواج بأحد مواطنيها سبباً مباشراً لاكتساب جنسيتها، وبذلك فإذا استعصى على أحد الأفراد الحصول على مركز قانونى معين بالتطبيق للقانون المختص فسارع بالحصول على جنسية دولة من هذه الدول كوسيلة للوصول إلى هذا المركز، فإن هذا السلوك يعد قرينة كافية لقيام نية التحايل فى حقه مثلما حدث فى قضية الأميرة دو بوفرون.

## نطاق الدفع بالغش نحو القانون

١ - هل يمتد نطاق الغش ليشمل حالات التهرب من القواعد الآمرة والمكملة على حد سواء؟

٣١٧. استقر الرأي خلال فترة طويلة على قصر نطاق الغش نحو القانون على القواعد الآمرة دون القواعد المكملة، والمعلوم أن القواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملة فهي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. وقد ذهب الفقه التقليدي - لما هناك من فارق بين النوعين - إلى أن نطاق الغش يقتصر على القواعد الآمرة ولا يمتد للقواعد المكملة، بل أن بعض الفقه لا يزال يعالج صراحة العنصر المعنوي للدفع بالغش تحت عنوان: قصد الهروب من الأحكام القانونية الآمرة<sup>(٢٧٤)</sup> *L'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi* أو قصد تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق<sup>(٢٧٥)</sup>، أو عدم جواز ورود التحايل على القواعد المكملة<sup>(٢٧٦)</sup>، ليُخرج بذلك - هذا الفقه - قصد الهروب من الأحكام المكملة من نطاق الدفع بالغش نحو القانون. وقد لاقى هذا الاتجاه صدى لدى بعض التشريعات حيث قضت المادة ١٢/٤ من القانون المدني الأسباني لعام ١٩٧٤ بأنه «يعتبر تحايلاً على القانون استعمال إحدى قواعد التنازع بغية التملص من تطبيق قانون أسباني أمر»<sup>(٢٧٧)</sup>، بما يعنى استبعاد التحايل بشأن تطبيق قانون أسباني مكمل.

٣١٨. ولا يرتكن هذا الاتجاه - لدينا - إلى أساس موضوعي يبرره، وندعم رأينا بالأسانيد الآتية :

(٢٧٤) انظر :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 267, p. 322 où ils déclarent que «l'intention de fraude, dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond, existe lorsque les actes ou circonstances volontiers qui rendent applicables une loi étrangère ont eu pour cause déterminante le désir d'échapper à une disposition légale impérative».

(٢٧٥) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٥٦٢؛ وانظر كذلك في الإشارة إلى موقف الفقه التقليدي: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٧٠؛ د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٥٤ وما يليها.

(٢٧٦) د. عايت عبد الحميد ثابت، تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولي، المرجع السابق، رقم ٩٦، ص ١٠٧.

(٢٧٧) انظر في هذا النص د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٩٢، ص ٥٤٦.

١ - الغاية من الدفع بالتحايل هي محاربة الغش في حد ذاته، عن طريق تقويم سلوك الأفراد المناهض لقاعدة الإسناد، ومن المتصور أن يقوم التحايل في شأن القواعد المكملة كما يقوم في شأن القواعد الآمرة، ولذا تجب محاربته في الحالتين.

٢ - العلة من صياغة القواعد المكملة أنها تقوم بدور احتياطي في نظرية الالتزام، فالمشرع يترك للأفراد حرية الاتفاق على بعض الأمور التفصيلية، فإذا قاموا بهذه المهمة أصبح اتفاقهم ملزماً فيما بينهم، أما إذا لم يقوموا بالاتفاق عليها، قامت القواعد المكملة بدورها الاحتياطي ونزلت بينهم منزلة القواعد الآمرة لاكتسابها - في ذلك الفرض - صفة الأمر الذي تكتسبه القواعد الآمرة سواء بسواء. ولما كان ذلك كذلك فإنه ينبغي امتداد نطاق الدفع بالغش ليشمل القواعد المكملة، فهذه القواعد - وطالما نزل حكمها بين الأطراف - قد أصبحت آمرة ولم تعد مكملة، لأن اتفاق الأطراف لم يتناول تنظيم الأمور التي تنظمها، ولذا يصح أن نطلق عليها - في هذه اللحظة - القواعد الآمرة التي كانت مكملة.

٣ - يؤسس الفقه المناهض لهذا التصور مذهبه على اعتبار أن القواعد المكملة قواعد اختيارية أباح المشرع للأطراف الخروج صراحة على حكمها، وبالتالي فالأجدى والأوقع أن يتم الاتفاق على مخالفتها بدلاً من التحايل وتغيير ضابط الإسناد من أجل تبديل القانون المختص. فلما كان إعمال الدفع بالغش وعلى حسب ما يصرح أحد أنصار هذا الاتجاه «يتطلب أن يكون تغيير الاختصاص التشريعي قد تم بقصد تجنب تطبيق القانون المنقول منه الاختصاص، وكانت القواعد الآمرة من هذا القانون هي التي تتصور في شأنها محاولات التحايل للإفلات من نطاق تطبيقها، كان من غير المتصور أن تكون القواعد المكملة محل محاولة للتهرب من أحكامها تستدعي إعمال الدفع المذكور. ذلك أنه لما كان مقرر هذه القواعد قد أباح للمخاطبين بها الخروج على أحكامها، كان هؤلاء الأفراد في غنى عن التحايل في شأنها قصد الإفلات من نطاق تطبيقها»<sup>(٢٧٨)</sup>.

٣١٩. وما أحلى منطق هذا التصور، بيد أنه انطلق من مسلمة خاطئة، فقد فات صاحبه أن التحايل على القانون قد يتحقق - في فروض

(٢٧٨) د. عنایت عبد الحمید ثابت، تداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولي، المرجع السابق، رقم ٩٦، ص ١٠٧.



كثيرة - بفعل أحد الطرفين على حساب الآخر، ومن ثم لا يتحقق - فى مثل هذه الأحوال - باتفاقهما معاً، فالأميرة دو بوفرمون كانت تريد تطبيق قانون جنسيتها الجديدة فى حين تمسك زوجها بتطبيق قانون جنسيته الأصلية، ولو كان بين الطرفين توافق على نتيجة واحدة بخصوص قاعدة مكملة، لما كان هناك أى مجال لوجود غش أو تحايل. فالغش يفترض - غالباً - تعارض فى المصالح بين الطرفين، لذا يلجأ أحدهما - وهو الطرف الذى لا يرتضى حكم القانون المختص - للهروب إلى قانون آخر يحقق له المصلحة التى ينشدها. ولزيادة الأمر إيضاحاً، ولبيان فساد الرأى السابق، نقرر - فى مجال القواعد المكملة - أن آلية عمل هذه القواعد باعتبارها قواعد اختيارية لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة الآتية:

**الفرض الأول :** اتفاق الطرفين على مخالفتها، وهنا يسرى اتفاقهم مع استبعاد حكمها، ومن ثم لا يكون هناك أى مجال لتصور التحايل على القواعد المكملة لاستبعاد تطبيقها من الناحية المنطقية باتفاق الأطراف.

**الفرض الثانى :** اتفاق الطرفين على إعمال ما تقضى به القواعد المكملة بما يعنى سريان حكمها بالاتفاق المشترك فيما بينهما.

**الفرض الثالث :** عدم اتفاق الطرفين على تنظيم أى مسألة من المسائل التى تنظمها القواعد المكملة، وهنا تنزل هذه القواعد - فيما بينهما - منزلة القواعد الآمرة، فقد كانت مكملة ثم صارت أمرة كما ذكرنا. وفى هذين الفرضين الأخيرين يتصور التحايل على حكم القواعد المكملة، لأنها صارت أمرة، حيث يصح أن يكون لأحد الطرفين مصلحة فى التهرب منها كما يصح أن يكون للطرف الآخر مصلحة فى التمسك بها، وهذا هو الوضع العادى والمألوف فى مجال الدفع بالغش نحو القانون. وبذلك يتضح لنا عدم صحة الرأى السابق حين يقرر بأن الأجدى هو الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة بدلاً من التحايل عليها، فالاتفاق على مخالفة تلك القواعد لا يعدو إلا أن يكون فرضاً واحداً من ثلاثة فروض تشكل فى مجملها وضع هذه القواعد من اتفاقات الأفراد، ومن ثم لا يصلح هذا الرأى لأن يكون حكماً عاماً بشأن مدى جواز الغش نحو القواعد المكملة. وبذلك ننتهى إلى أنه لا يرتبط - كما يقرر أنصار هذا الرأى - إعمال الدفع بالتحايل بالاتفاق على مخالفة تلك القواعد، فقد يتفق الطرفان على إعمال أحكامها وقد يسكتان عن الاتفاق عما تنظمه تماماً وهنا يسرى حكمها، ويتصور - بالتالى - التحايل بشأنها شأن القواعد الآمرة سواء بسواء.

٢ - هل يمتد نطاق الغش ليشمل التهرب من القانونين الوطنى والأجنبى ؟

٣٢٠. ذكرنا غير مرة أن قاعدة الإسناد قد تشير إلى تطبيق القانون الوطنى وقد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبى، وقد جرى الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على قصر التحايل نحو القانون على حالات التهرب من قانون القاضى دون حالات التهرب من القانون الأجنبى، فالغش نحو القانون - وفقاً لهذا الاتجاه - هو «فى الحقيقة وسيلة لحماية سلطان قانون القاضى فى أحكامه الآمرة»<sup>(٢٧٩)</sup>، دون أى اعتبار لحماية سلطان القانون الأجنبى، فالقاضى الأجنبى هو الأجدر على حماية أحكامه الآمرة.

٣٢١. والتضييق من نطاق التحايل على هذا النحو يعنى إضافة شرط آخر إلى الشرطين اللازمين لإعمال الدفع بالغش لتصير ثلاثة شروط على النحو التالى :

- ١- العنصر المادى : تغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد وبأسلوب مشروع.
- ٢- العنصر المعنوى : قصد الهروب من القانون المختص.
- ٣- أن يكون القانون المختص الذى يقصد الهروب من أحكامه هو قانون القاضى. وبعبارة أخرى يجب أن تكون قاعدة الإسناد قد أشارت إلى تطبيق القانون الوطنى، أما إذا كانت هذه القاعدة قد أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبى فإنه ينتفى - وفقاً لهذا المذهب - شرط أساسى من شروط الدفع بالغش نحو القانون.

ومن أمثلة القوانين التى سلكت هذا المنحنى نص المادة ١٢/٤ من القانون المدنى الأسباني حين قضت - كما سبق أن أشرنا - بأنه «يعتبر تحايلاً على القانون استعمال إحدى قواعد التنازع بغية التملص من تطبيق قانون أسباني آمر»<sup>(٢٨٠)</sup>، بما يعنى - فى نطاق الدفع بالتحايل - استبعاد التملص من تطبيق قانون غير أسباني ولو كان آمراً. وقد استند التشريع والفقه والقضاء المؤيد لهذا الاتجاه إلى حجة مؤداها «أن وظيفة القاضى

---

(٢٧٩) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، ص ٢٧٠، ويقرر فى ذات الموضوع ما يلى: «أما الدفع بالغش نحو القانون فيتخذ أساسه من فكرة الباعث غير المشروع، وهو يعد وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبى الذى لم يكن مختصاً أصلاً بحكم العلاقة، وإنما انعقد له الاختصاص افتعالاً واصطناعاً لتجنب الأحكام الآمرة فى القانون المختص أصلاً بحكمها، وهو قانون القاضى، بمعنى أن الدفع بالغش نحو القانون هو فى الحقيقة وسيلة لحماية سلطان قانون القاضى فى أحكامه الآمرة».

(٢٨٠) انظر سابقاً رقم ٣١٧.

فى الدولة هى كفالة تطبيق القانون الوطنى ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه. ولا يدخل فى نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية والسهر على حراستها من تلاعب الأفراد»<sup>(٢٨١)</sup>.

٣٢٢. ولا يسلم هذا الاتجاه كسابقه - الذى يقصر نطاق الغش على القواعد الآمرة دون المكمله - من النقد :

١- لقد سبق أن أكدنا أن الغاية من الدفع بالتحايل هى محاربة الغش فى حد ذاته عن طريق تقويم سلوك الأفراد المناهض لقاعدة الإسناد، والتحايل قد يقوم فى شأن القانون الأجنبى كما يقوم فى شأن القانون الوطنى، ولذا تجب مناهضته - كذلك - فى الحالتين.

٢- هل من الأفضل مقاومة الغش نحو القانون الأجنبى أم ترك الأفراد يتحايلون على أحكامه لمجرد أنه أجنبى؟ هل من المنطقى سكوت القاضى عن تلاعب أحد الأطراف بالقانون الأجنبى بحجة أن وظيفته هى كفالة تطبيق القانون الوطنى؟ وإذا كانت الإجابة - وعلى حسب ما يدعى أنصار هذا الاتجاه - بالإيجاب، أليس من المتصور أن يتعرض القانون الوطنى لنفس التلاعب أمام القاضى الأجنبى؟ إن الوظيفة الأساسية للقانون الدولى الخاص تتجسد فى البحث عن حلول عالمية ترضى جميع الدول وتستجيب للمبادئ المثالية التى تصبو إليها الجماعة الدولية، وهو ما يفترض ضرورة طرح الأثانية الوطنية ونبذ اعتناق الحلول الجزئية. ولاشك أن الوصول لهذه الأهداف يحتم ضرورة تقرير المساواة بين القانون الأجنبى والقانون الوطنى من حيث الدفع بالغش، فكما تساوى بينهما قاعدة الإسناد من حيث التطبيق، يجب أن تتقرر المساواة بينهما - كذلك - من ناحية الدفع بالغش.

٣- يبرر أنصار الرأى محل الحديث مذهبهم بأن وظيفة القاضى هى كفالة تطبيق القانون الوطنى دون أن يدخل فيها منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية أو السهر على حراستها. والحقيقة أن هذه الحجة فاسدة فى أساسها وتنطوى على مغالطة فنية واضحة، فمن قال - فى حالة ما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى - أن التهرب سيكون من أحكام هذا القانون الأجنبى فقط؟ إن التهرب الحقيقى سيكون من حكم

(٢٨١) انظر فى الإشارة إلى هذه الحجة: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٧٢.

قاعدة الإسناد الوطنية، إذ لو «تحرينا الأمر بدقة لوجدنا أن التحايل على أحكام القانون الأجنبي لا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون غشاً نحو القانون الوطنى نفسه، ذلك أن مؤدى الغش هو الإفلات من أحكام القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضى أو قانون أجنبى آخر. فالتحايل على حكم القانون الأجنبى الذى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه يتضمن إذن تحايلاً على هذه القاعدة ذاتها، أى يتضمن بالضرورة غشاً نحو القانون الوطنى»<sup>(٢٨٢)</sup>. إن قاعدة الإسناد الوطنية هى التى أشارت إلى تطبيق قانون لا يتفق مع مصلحة الطرف المتحايل، ولذا يلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد لكى يشير إلى قانون آخر، فالغش تقرر أولاً تجاه قاعدة الإسناد الوطنية، وما تبديل القانون الذى أشارت إليه هذه القاعدة - وطنياً كان أم أجنبياً - إلا نتيجة لتغيير ضابط الإسناد. أليس من وظيفة القاضى كفالة تطبيق قاعدة الإسناد؟ ألا تفترض هذه الوظيفة ضرورة الوقوف فى مواجهة أى محاولة للتحايل على القانون الذى تحدده؟ وكيف يتأتى القول بعد ذلك بأن وظيفة القاضى لا تمتد لمنع الأفراد من التهرب من أحكام القانون الأجنبى؟ إن كلا المسألتين - أعمال قاعدة الإسناد وتحديد القانون الأجنبى - يرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة ولا يمكن فصل إحداهما عن الأخرى<sup>(٢٨٣)</sup>.

#### جزء التحايل على القانون : تصحيح مسار قاعدة الإسناد

٢٢٣. رأينا مذهب محكمة النقض الفرنسية فى قضية دو بوفرمون حينما قررت إبطال النتيجة التى حصلت عليها الزوجة فى ظل قانون جنسيتها الجديدة وهى التطليق، وعلمنا أن سبب هذا الحكم هو وصول الزوجة لهذه النتيجة بالتحايل على حكم قاعدة الإسناد التى كانت تشير إلى تطبيق القانون الفرنسى باعتباره قانون جنسية الزوج. ويلاحظ على محكمة

(٢٨٢) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٢٨٣) انظر فى الغش نحو القانونين الوطنى والأجنبى :

Audit, La fraude à la loi, *op. cit.*, n° 286 et s., p. 224 et s., et n° 323 et s., p. 248 et s.; Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, *op. cit.*, n° 268, p. 322 et s.

وانظر فى تأييد اتساع نطاق الدفع بالغش ليشمل القانونين الوطنى والأجنبى: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٧٢ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٩٨، ص ٥٥٣ د. عنایت عبد الحميد ثابت، سداخل مجالات انطباق القوانين ذو الطابع الدولى، رقم ١٠٠ وما يليها، ص ١١١ وما يليها.

النقض الفرنسية عدم تعرضها لتجنس الزوجة بالجنسية الجديدة، حيث لم تحاول بحث مدى صحة تجنسها بهذه الجنسية من عدمه، ومن ثم يثور التساؤل عن جزاء الغش نحو القانون، هل يظل هذا التجنس صحيحاً أم يبطل بالتبعية لبطلان النتيجة؟ وبعبارة أخرى هل يقتصر أثر الدفع بالتحايل على بطلان النتيجة فقط (التطليق) أم يمتد أيضاً إلى الوسيلة (التجنس) فيبطلها؟

٣٢٤. تكاد تكون محكمة النقض الفرنسية قد أجابت على هذا التساؤل - ولو بطريقة ضمنية - حينما اقتصر حكمها فقط على رفض الاعتراف بالآثار التي يربتها الغش أى عدم الاعتراف بالنتيجة دون الوسيلة<sup>(٢٨٤)</sup>. وعلى الرغم من ذلك فليس الفقه على كلمة سواء فى معرض بيان الإجابة على هذا التساؤل، فقد ذهب معظم الفقهاء - مؤيدين فى ذلك مذهب محكمة النقض الفرنسية - إلى تقرير بطلان النتيجة وحدها، ومن ثم فالذى يبطل هو التطليق الذى حصلت عليه الأميرة فى حين يظل التجنس صحيحاً. وتتمثل حجة الفقه الغالب فى أن الحصول على التطليق هو الذى تم بالتحايل على القانون المختص، فقد كان هذا الإجراء محظوراً، فإذا به جائز بناء على الغش والتحايل، ولذا يكون الحكم ببطلانه هو الإجراء المنطقي. أما الوسيلة - وهى اكتساب الجنسية الجديدة - فقد تم الوصول إليها بأسلوب مشروع وابتغاء الإجراءات التى حددها المشرع الأجنبى، وبالتالي فليس هناك أى مطعن على الوسيلة التى تظل قائمة من الناحية القانونية<sup>(٢٨٥)</sup>.

٣٢٥. لم يلق هذا الرأي قبولا لدى البعض الآخر، فذهب إلى ضرورة امتداد آثار البطلان لتشمل كلا من النتيجة والوسيلة، لأن رأى الأول من شأنه :

(٢٨٤) انظر :

Batiffol et Lagarde, *Traité de droit international privé*, n° 375, p. 600.

(٢٨٥) انظر :

Loussouarn et Bourel, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 269, p. 324; Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 274, p. 180; Holleaux, Foyer et de La Pradelle, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 457 et s., p. 233 et s.

وانظر فى الفقه المصرى: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ١٨٨، ص ٥٨٠. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ١٥١، ص ٥٦٧ وما يليها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٥٠٩، ص ٥٦٤ وما يليها.

- ١- إيجاد أوضاع قانونية متناقضة، فليس من المنطقي أن يتمتع شخص بجنسية دولة معينة ولا يمكنه التمتع بالحقوق والامتيازات الناشئة عنها.
- ٢- لا يحقق الرأي السابق استقرار المراكز القانونية، فالفرد يهدف من اكتساب جنسية جديدة تحقيق نتيجة معينة، فكيف يحكم ببطلان النتيجة مع استمرار تمتع الشخص بالجنسية التي اكتسبها؟!

ولذا ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى وجوب امتداد آثار التحايل لتشمل بطلان النتيجة والوسيلة دون تمييز، فالتطبيق لا يبطل وحده وإنما تبطل الوسيلة كذلك وهي التجنس<sup>(٢٨٦)</sup>.

٣٢٦. ويلاحظ - رغم ذلك - أن تغيير الجنسية ليس هو الصورة الوحيدة لكل أشكال الغش نحو القانون، فقد يكون التغيير - كما أشرنا - واقعاً على الموطن وقد يكون واقعاً على المنقول بأن يتم نقله من دولة إلى أخرى، وهنا يتعذر الحكم ببطلان تغيير الشخص لموطنه على اعتبار أن الموطن قد تغير بالفعل، كما يتعذر أيضاً الحكم ببطلان انتقال المنقول إلى دولة أخرى بحسبان أن المنقول قد انتقل بالفعل. وقد استشعر أنصار الرأي الأخير الحرج فذهبوا إلى تقييد رأيهم بعدم إمكان تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد، ومن هنا فقد انتهوا إلى أنه لا مفر - في مثل هذه الأحوال - من «قصر الجزاء على منع النتيجة... لأنه من غير المقبول الاستمرار في اعتبار الوسيلة نفسها كأن لم تكن، أي اعتبار أن المنقول لم ينتقل في إقليم الدولة الجديدة ورفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال، إذ إن في ذلك إنكاراً لحالة واقعية ثابتة هي وجود المنقول في الإقليم الجديد. وعلى ذلك فإن أثر الدفع بالغش سيقصر في هذه الحالة على النتيجة فقط فيبطلها، أما الوسيلة فتظل سليمة تنتج آثارها»<sup>(٢٨٧)</sup>.

٣٢٧. والحقيقة أنه يجب تأصيل المشكلة في ضوء الأهداف العامة للقانون الدولي الخاص، فقد استقر لدينا أن من شأن قاعدة الإسناد الإشارة إلى تطبيق قانون أي دولة في العالم، ولذا كانت المساعي الرئيسية لعلم

---

(٢٨٦) انظر في القول بهذا الرأي: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، رقم ١٦١، ص ١٧٣ وما يليها. وانظر في جزاء الغش نحو القانون بصفة عامة :

Audit, La fraude à la loi, *op. cit.*, n° 145 et s., p. 114 et s.

(٢٨٧) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما يليها.

القانون الدولي الخاصة في تبني حلول عالمية ترضى جميع الدول دون الالتفات لأية حلول جزئية نابعة من الأثنية الوطنية، ولا تكفل تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية، فليس منطقياً أن يقال ببطلان النتيجة والوسيلة معاً عند تغيير الجنسية مثلاً، ثم يقال باقتصار آثار البطلان على النتيجة فقط حال تغيير الموطن أو موقع المال. يضاف إلى ذلك - من ناحية أخرى - أنه لا يمكن أن تقرر دولة - من الناحية القانونية - بطلان اكتساب الشخص لجنسية دولة أخرى، فمشرع كل دولة هو الذى يحدد شروط اكتساب الجنسية وأحكامها، كما أن سلطات كل دولة هى الأقدر على تحديد الأشخاص الذين تتوافر فيهم هذه الشروط. إن لكل دولة - بمفردها - مهمة تحديد من ينتمى إلى عنصر الشعب فيها، وهى إن قامت بهذه المهمة فلا يمكن لأى دولة أخرى أن تقرر بطلاتها، وإنما يكون للدولة - إذا رأت أن دخول الشخص فى جنسية دولة ما قد تم بطريقة تخالف الأصول المتعارف عليها فى القانون الدولي الخاص - أن تقرر عدم الاعتراف بهذه الجنسية دون أن تمتد سلطتها لتقرير بطلاتها، لأنها لا تمتلك هذه السلطة. فالدخول فى الجنسية الجديدة - كتغيير الموطن ونقل المنقول - قد تم بالفعل ولا يستطيع أحد إنكاره. فإذا كان من غير الجائز - كما يقرر أنصار الرأى المقابل - إنكار واقعة انتقال المنقول على اعتبار أنه قد انتقل بالفعل، فإن ذات الحكم ينطبق أيضاً فى حالة اكتساب جنسية جديدة بحسبان أنها قد اكتسبت بالفعل، فإنكار الجنسية الجديدة يعد - كإنكار تغيير الموطن أو نقل المنقول - إنكاراً لحالة قانونية وواقعية ثابتة وصل إليها المتحايل بأسلوب مشروع وفقاً للأحكام القانونية المقررة فى الدولة الجديدة. وتأسيساً على ذلك لا يستطيع القاضى الوطنى مثلاً أن يحكم ببطلان المرسوم أو القرار الصادر بمنح الجنسية لأحد الأشخاص فى دولة أجنبية<sup>(٢٨٨)</sup>.

٣٢٨. لهذه الأسباب نرى أن الحل الذى يكفل لأحكام القانون الدولي الخاص وحدتها على المستوى الدولي هو تقرير بطلان النتيجة وحدها، وبعبارة أخرى عدم الاعتراف بالآثار الناتجة عن تغيير الوسيلة سواء تمثلت هذه الوسيلة فى اكتساب جنسية جديدة أو تغيير الموطن أو نقل المنقول مع بقاء الوسيلة ذاتها سليمة. وليس فى هذا الحل ما يصطدم

بالأصول المقررة في القانون الدولي الخاص، ففكرة الجنسية الاسمية مسلم بها بين مختلف الدول التي تواضعت على الاتفاق - ليس على بطلانها - وإنما على عدم الاعتراف بها أو بالآثار الناتجة عنها، ولذا فنحن نفضل القول مع بعض الفقه بأن «أثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقاً للضابط المفتعل، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه، فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلولى أو استبدالى، أى أن القانون المختص أصلاً يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه حينما قام بتغيير ضابط الإسناد تهرباً من أحكام القانون الأول»<sup>(٢٨٩)</sup>.

٣٢٩. فما الأمر في حقيقته إلا عودة بالمسألة إلى سيرتها الأولى، فالفرض أن قاعدة الإسناد قد أشارت إلى تطبيق قانون معين وأن تطبيق هذا القانون لا يتفق مع مصالح أحد الأطراف، ولذا يلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد حتى يشير إلى القانون الذى يلبي مصالحه. فالمتحايل قد قام إذن بتحويل قاعدة التنازع عن مسارها الطبيعي، ولذا يكون الرجوع إلى الوضع الطبيعي بمثابة تصحيح لمسار قاعدة الإسناد. ومن هنا كانت تسميتنا التى أطلقناها على هذا المبحث: الدفع بالغش نحو القانون: تصحيح مسار قاعدة الإسناد. وإذا كان ذلك كذلك، فإننا لا نرى صحة اتجاه الفقه الذى يعالج الغش نحو القانون تحت عنوان تعطيل قاعدة الإسناد<sup>(٢٩٠)</sup>، أو موانع تطبيق القانون الأجنبى<sup>(٢٩١)</sup>، أو استبعاد القانون الأجنبى<sup>(٢٩٢)</sup>. فليس فى الأمر تعطيل لقاعدة الإسناد وإنما تصحيح لمسارها. وليس الأمر مانعاً أو استبعاداً للقانون الأجنبى بدليل أن قاعدة الإسناد قد تشير إلى تطبيق القانون الوطنى وقد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبى، ومن ثم فقد يتقرر

(٢٨٩) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٦٦.  
(٢٩٠) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما يليها، خاصة ص ١٦٢ وما يليها.  
(٢٩١) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المرجع السابق، رقم ١٧٥ وما يليها، ص ٥٥٤ وما يليها، خاصة رقم ١٨٤ وما يليها، ص ٥٧٤ وما يليها، د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٢٩٥ وما يليها، خاصة ص ٣٤١ وما يليها.  
(٢٩٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ١٤٣ وما يليها، ص ٥٢٦ وما يليها، خاصة رقم ١٤٩ وما يليها، ص ٥٥٥ وما يليها، د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٨٩ وما يليها، ص ٥٣٨ وما يليها. وكذلك فى الفقه الفرنسى :

Loussouarn et Bourel, Précis de droit international privé, op. cit., n° 246, et s., p. 296 et s., spéc., n° 264 et s., p. 319 et s.



الغش ضد القانون الأجنبي كما قد يتقرر ضد القانون الوطني، وبالتالي يتأسس وصف الدفع بالغش على أنه مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي أو استبعاده على افتراض خاطئ وهو كون القانون الذي تم التحايل على أحكامه هو القانون الوطني وذلك بهدف الوصول إلى تطبيق قانون أجنبي كما فعلت دو بوفرمون في حين أن التحايل قد يتقرر على القانون الأجنبي بهدف الوصول إلى تطبيق القانون الوطني حسبما تقتضى مصلحة المتحايل، وهنا يكون الغش نحو القانون مانعاً من موانع تطبيق القانون الوطني!

٣٣٠. إن الذى يبدو لنا كحقيقة مؤكدة أن ميكانيكية الغش نحو القانون تتأسس على الاعوجاج أو الانحراف بقاعدة الإسناد عن مسارها الطبيعي إلى مسار آخر يتفق مع مصالح الطرف المتحايل وأهدافه، ولذا يكون إصلاح هذا الاعوجاج أو الانحراف بمثابة إصلاح لقاعدة الإسناد وتصحيح لمسارها الخاطئ إلى المسار الذى كان ينبغى أن تكون عليه منذ البداية. وما يؤكد وجهة نظرنا فى حقيقة الدفع بالغش بأنه تصحيح لمسار قاعدة الإسناد دون أن يعتبر تعطيلاً لها أو مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي - علاوة على ما سبق - أنه «يجوز الدفع بالتحايل حتى لو كان المتمسك بهذا الدفع طرفاً فى الغش، فإذا تواطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية للتوصل إلى الحكم بالتطليق بينهما، وحصل على الطلاق، ثم تزوج أحدهما للمرة الثانية، فإنه يجوز للزوج الأول أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق والزواج الثانى فى مواجهته. ولاشك أن هذه النتيجة تخالف القواعد العامة فى القانون الداخلى والتي تقضى بأنه لا يجوز لأحد أن يستند إلى ما يصدر عنه من غش» (٢٩٣). ويرتد هذا الحكم إلى طبيعة الغش نحو القانون حين «يستهدف الوصول إلى غاية غير مشروعة بوسيلة مشروعة فى ذاتها، بما يؤدى فى النهاية إلى مخالفة حكم القانون مخالفة غير مباشرة» (٢٩٤)، وهو ما يتيح لمن خالف القانون إمكانية العودة لتصحيح هذه المخالفة.

#### الغش نحو القانون والنظام العام

٣٣١. استقر القضاء الفرنسى لفترة ليست قصيرة على اعتبار الغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بالنظام العام، وقد أسس هذا القضاء مذهبه

(٢٩٣) د. هشام صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٣٦٦.

(٢٩٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، المرجع السابق، رقم ١٥١، ص ٥٦٨.

على اعتبار أن محاربة الغش تعد من الأهداف الرئيسية للنظام العام، بما يعنى أن الدفع بالتحايل ليس إلا مجرد صورة من صور النظام العام. وتبرير ذلك أن القانون الذى توصل الأطراف إلى تطبيقه، الافتئات على قاعدة الإسناد الشرعية قد تم التوصل إليه بتحايل غير مشروع، ومحاربة عدم المشروعية تعد فى حد ذاتها من النظام العام<sup>(٢١٥)</sup>.

٣٣٢. والواقع أن إمعان النظر فى طبيعة وآلية كل نظام يبصر بأن هناك مجموعة من الفوارق الجوهرية بينهما :

١ - فارق فى الطبيعة والوظيفة : الدفع بالنظام العام فى طبيعته عبارة عن آلية استثنائية موجهة ضد مصادقات قاعدة التنازع، بما قد تؤدى إليه من تطبيق قانون يصطدم بالقواعد الأساسية للنظام القانونى لدولة القاضى، فالدفع بالنظام العام يعد فى جوهره آلية استثنائية تباشر عملها فى قلب النظرية العامة لتنازع القوانين، فتجلب لقانون القاضى اختصاصاً استثنائياً مع استبعاد القانون صاحب الاختصاص الأصلى، وذلك من أجل التغلب على عيب فنى فى قاعدة الإسناد - التى تتصف بالحياد والتجرد - حينما تشير إلى تطبيق قانون أجنبى دون أن تدرى بطبيعة أحكامه، ولذا فقد كثر الحديث فى الفترة الأخيرة عن أزمة قاعدة التنازع بسبب أنها لا تفحص أحكام القانون الأجنبى قبل أن تشير إليه، ولهذا فقد وجد استثناء الدفع بالنظام العام بهدف التغلب على هذا العيب، وكأن القانون الدولى الخاص يتضمن الآلية والآلية المضادة التى تكفل الاحترام القانونى لدولة القاضى. أما الدفع بالتحايل فهو آلية موجهة - ليس إلى مضمون القانون الأجنبى كالنظام العام - وإنما إلى سلوك الأفراد الذى انطوى على غش نحو القانون الواجب التطبيق، فالدفع بالغش لا يوجه إلى آلية الإسناد وإنما إلى الوسيلة التى لجأ إليها الأطراف، والقصد منه رد الاختصاص التشريعى للقانون صاحب الاختصاص الشرعى الذى وقع التحايل على أحكامه. وبذلك يختلف كلا النظامين فى طبيعته ووظيفته عن الآخر، فالدفع بالنظام العام يمارس وظيفته بفعل مضمون القانون الأجنبى، أما الدفع بالغش فيمارس وظيفته بفعل تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد.

٢ - فارق فى المدى والنطاق : يهدف النظام العام كآلية استثنائية إلى

(٢١٥) انظر :

حماية المثل العليا في دولة القاضي، وإذا يقتصر نطاقه على صفوة القواعد الآمرة التي بلغت درجة الأمر فيها حداً من الجسامة على النحو الذي لا يتصور معه أن يقبل النظام القانوني الوطني تطبيق قاعدة مخالفة، في حين يتسع - على العكس من ذلك - نطاق الدفع بالغش ليشمل التحايل ليس فقط على القواعد الآمرة وإنما أيضاً على القواعد المكملّة على النحو الذي رأيناه<sup>(٢٩٦)</sup>. فالدفع بالتحايل يهدف إلى حماية النظام القانوني في مجمله، ولذا يمتد نطاقه إلى كل صور التحايل التي يمكن للأطراف اللجوء إليها، وبغض النظر عن صفة أو مضمون القاعدة المتحايل عليها، أمرة كانت أم مكملّة، بل وأكثر من ذلك فإن الدفع بالتحايل - ومن ناحية ثانية - يتم التمسك به «سواء تم التحايل نحو قانون القاضي أم نحو قانون دولة أجنبية مختص طبقاً لقواعد التنازع الوطنية. أما الدفع بالنظام العام، فلا يجوز التمسك به إلا في مواجهة القانون الأجنبي المتعارض مع النظام القانوني لبلد القاضي، ولا يلتزم القاضي، في ظل الوضع الحالي للمجتمع الدولي، بالسهر على حماية النظم القانونية الأجنبية»<sup>(٢٩٧)</sup>.

٣- فارق في الغاية : الدفع بالغش وسيلة الغرض منها تصحيح مسار قاعدة الإسناد، عن طريق إعمال ضابط الإسناد الحقيقي وتعطيل ضابط الإسناد المصطنع الذي نشأ بفعل أحد الأطراف. إن الدفع بالتحايل يبتغى - وهذه هي غايته - عدم الاعتراف بالخطوة التحايلية التي قام بها المتحايل مع العدول عن قاعدة الإسناد المصطنعة والعودة إلى قاعدة الإسناد الشرعية لتتولى هي حكم النزاع وكأن شيئاً لم يكن، سواء كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي. أما الدفع بالنظام العام فلا يهدف إلى تصحيح مسار قاعدة الإسناد، وإنما إلى تعطيلها كلية باستبعاد حكمها الذي قضت به، عن طريق نفى الاختصاص التشريعي عن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه مع ثبوت هذا الاختصاص لقانون القاضي. وتأسيساً على ذلك يتأكد لنا فساد ما يقرره البعض بأن الدفع بالغش يتفق «مع الدفع بالنظام العام من حيث الأثر، فهو بالنسبة لكل منهما استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي»<sup>(٢٩٨)</sup>، فليس صحيحاً أن قانون القاضي هو الذي سيجرى تطبيقه في الحالتين، فإذا كان قانون

(٢٩٦) انظر سابقاً رقم ٣١٧ وما يليها.

(٢٩٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، رقم ٤٩٤، ص ٥٤٨.

(٢٩٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، رقم ١٥٢، ص ٥٦٩.

القاضي يحل محل القانون الأجنبي المخالف فى حالة الدفع بالنظام العام، فإن القانون صاحب الاختصاص الشرعى - سواء كان وطنياً أم أجنبياً - هو الذى يستعيد حكم النزاع فى حالة الدفع بالغش نحو القانون.

٤ - الأصالة والذاتية المستقلة لكل من النظامين يجعل من المتصور قبولهما فى دعوى واحدة : فى الدفع بالنظام العام تعطيل لقاعدة الإسناد، وفى الدفع بالغش نحو القانون تصحيح لمسار قاعدة الإسناد، وذلك عن طريق إهمال قاعدة الإسناد المصطنعة والعودة إلى قاعدة الإسناد الشرعية التى ربما تشير إلى تطبيق القانون الوطنى أو القانون الأجنبى، فى حين لا تكون الإشارة فى الدفع بالنظام العام إلا إلى تطبيق القانون الوطنى لانعدام فرص تطبيق القانون الأجنبى المخالف، ولذا يكون متصوراً - والحال كذلك - قبول الدفع بالغش والدفع بالنظام العام فى قضية واحدة، فقد يلجأ أحد الأطراف إلى التحايل على حكم القانون الأجنبى المختص، ثم يكتشف القاضي - بعد رد الاختصاص لهذا القانون نتيجة لإعمال الدفع بالغش - أن أحكامه - لدى قيامه بتطبيقها - تخالف القواعد الأساسية فى قانون دولته، وهنا لا مناص من إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد هذا القانون المخالف، بيد أن هذا الاستبعاد - الذى يلبى مصلحة حيوية لدى أحد الأطراف - يتقرر ليس بناء على التحايل وإنما استناداً لآلية الدفع بالنظام العام.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

## الفهرس

### الصفحة

### الموضوع

- ٥ ..... مقدمة فكرة القانون الدولي الخاص  
القسم الأول

### المبادئ العامة فى القانون الدولي الخاص

#### الفصل الأول

#### ماهية القانون الدولي الخاص وتحديد فروعه

- ١٧ ..... المبحث الأول : التعريف بالقانون الدولي الخاص وفروعه  
٢١ ..... ١- قانون التنازع الدولي  
٢٥ ..... ٢- قانون تنازع الاختصاص القضائى الدولي  
٢٨ ..... ٣- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية  
٣٠ ..... ٤- قانون الجنسية  
٣٤ ..... ٥- قوانين الأجانب  
٣٦ ..... ٦- قانون التحكيم التقليدى والإلكترونى  
٤٤ ..... تنمة القول فى ضرورة تقنين القانون الدولي الخاص  
٤٨ ..... المبحث الثانى : مفترضات تنازع القوانين  
٤٨ ..... المفترض الأول : وجود دول ذات سيادة  
٤٩ ..... المشكلة الأولى : الدول الاتحادية : التنازع الداخلى للقوانين  
٥٢ ..... المشكلة الثانية : عدم الاعتراف بالدولة  
٥٦ ..... المشكلة الثالثة : عدم الاعتراف بالحكومة  
٥٧ ..... المفترض الثانى : اتصال العلاقة القانونية بقانون أكثر من دولة  
٥٩ ..... المفترض الثالث : تطبيق الدول لقوانين بعضها البعض

#### الفصل الثانى

#### ماهية قاعدة التنازع

- ٦٤ ..... المبحث الأول : أركان قاعدة التنازع  
٦٤ ..... الركن الأول : الفكرة المسندة  
٦٦ ..... الركن الثانى : ضابط الإسناد  
٧٠ ..... الركن الثالث : القانون الواجب التطبيق  
٧٢ ..... أنواع ضابط الإسناد  
٧٧ ..... المبحث الثانى : خصائص قاعدة التنازع

### الفصل الثالث إعمال قاعدة التنازع

٨٥	.....المبحث الأول : التكييف
٨٥	.....مفهوم التكييف
٨٩	.....القانون الذى يحكم التكييف
٩٠	.....الاتجاه الأول : خضوع التكييف لقانون القاضى
٩١	.....أولاً : مضمون النظرية
٩٧	.....ثانياً : أساس النظرية
٩٩	.....ثالثاً : مجال إعمال قانون القاضى
١٠٢	.....رابعاً : استثناء الأموال من الخضوع لقانون القاضى
١٠٤	.....الاتجاه الثانى : خضوع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع
١٠٤	.....مضمون النظرية
١٠٧	.....نقد النظرية
١٠٩	.....الاتجاه الثالث : خضوع التكييف للقانون المقارن
١٠٩	.....مضمون النظرية
١١١	.....نقد النظرية
١١٣	.....رأينا الخاص
١١٤	.....التكييف فى القانون المصرى
١٢٥	.....الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع
١٢٧	.....المبحث الثانى : الإحالة
١٢٧	.....وضع المشكلة
١٣١	.....الاتجاه الأول : قبول فكرة الإحالة
١٣٥	.....الاتجاه الثانى : رفض فكرة الإحالة
١٤١	.....موقف القانون المصرى : رفض فكرة الإحالة
١٤٨	.....إثبات القانون الأجنبى
١٥٣	.....رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبى

### الفصل الرابع

#### تعطيل قاعدة الإسناد وتصحيح مسارها

١٥٦	.....المبحث الأول : تعطيل قاعدة الإسناد: الدفع بالنظام العام
١٥٦	.....وضع المشكلة
١٥٧	.....مفهوم النظام العام بنوعيه الداخلى والدولى
١٦٢	.....شروط الدفع بالنظام العام
١٦٢	.....الشرط الأول : أن يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً
	.....الشرط الثانى : أن يكون القانون الأجنبى مخالفاً لقواعد النظام

١٦٣	..... العام في دولة القاضى
١٧٠	..... آثار الدفع بالنظام العام
١٧٠	..... أولاً : الأثر السلبي : استبعاد القانون الأجنبى
١٧٤	..... ثانياً : الأثر الإيجابى : حلول قاتون القاضى محل القانون المستبعد
١٧٨	..... ثالثاً : الأثر المخفف للنظام العام
	المبحث الثانى : تصحيح مسار قاعدة الإسناد : الدفع بالغش
١٨٢	..... نحو القانون
١٨٢	..... مفهوم الغش نحو القانون
١٨٧	..... شروط الدفع بالغش نحو القانون
١٨٨	..... العنصر المادى : تغيير ضابط الإسناد بأسلوب مشروع
١٨٨	..... صور الغش نحو القانون
١٩٢	..... العنصر المعنوى : قصد الهروب من القانون المختص
١٩٥	..... نطاق الدفع بالغش نحو القانون
	١ - هل يمتد نطاق الغش ليشمل حالات التهرب من القواعد
١٩٥	..... الآمرة والمكملة على حد سواء؟
	٢ - هل يمتد نطاق الغش ليشمل حالات التهرب من القانونين
١٩٨	..... الوطنى والأجنبى؟
٢٠٠	..... جزاء التحايل على القانون : تصحيح مسار قاعدة الإسناد
٢٠٥	..... الغش نحو القانون والنظام العام
٢٠٩	..... الفهرس

رقم الإيداع

٢٠٠٩/٢١٤٢

الترقيم الدولى I.S.B.N

978 - 977 - 04 - 5928 - 5

## قائمة بمؤلفات الدكتور/ عبد المنعم زمزم

### الكتب والأبحاث المنشورة بدور النشر

#### أولاً باللغة العربية:

- ١- الأبعاد القانونية لتصدير الغاز المصري لإسرائيل، المشكلات وبعض الحلول المقترحة، دار النهضة العربية، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ٢- الحماية الدولية للملكية الفكرية، دراسة في إنفاذ القوانين الدولي الخاص المادى الجديد للملكية الفكرية، دار النهضة العربية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- ٣- أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- ٤- الإفلاس الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
- ٥- عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.
- ٦- قانون التحكيم الإلكتروني - دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٧- الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، طبعات متعددة بداية من ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٨- الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٩- بعض أوجه الإثبات الدولي - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- ١٠- جنسية أبناء الأم المصرية - قرارات وزير الداخلية والتعديل التشريعي، دار النهضة العربية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- ١١- مركز الأجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، طبعات متعددة بداية من ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

#### ثانياً: باللغة الانجليزية

12- Introduction to The Egyptian Civil Law, Cairo, 2009.



13- Theory of Contract, Cairo, 2010.

### ثالثاً: باللغة الفرنسية

14- Les lois de police dans la jurisprudence étatique et arbitrale, Etude comparée Franco-Egyptienne, Thèse, Dijon, 2003, Reproduire par L'Atelier National de Reproduction des Thèses, Web <http://www.anrtheses.com.fr>

15- Précis de droit international privé, Le Cairo, 2004.

16- Introduction du droit, Le Caire, 2013.

### الأبحاث المنشورة في المجلات العلمية المحكمة

#### أولاً: باللغة العربية

١٧- «اتفاق التحكيم الإلكتروني وهيئاته، مجلة التحكيم العربي»، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد العشرون - يونيو ٢٠١٣.

١٨ - «الإفلاس الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية»، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الثلاثون - أكتوبر ٢٠١١.

١٩ - «الوسائل المستحدثة لفض منازعات عقود الإنشاءات الدولية - حلول احترازية وثلاث آليات جديدة»، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد السابع عشر - ديسمبر ٢٠١١.

٢٠ - «حالة مهمة لإسقاط الجنسية في الدستور الجديد، إسقاط الجنسية عن المصري المتزوج من إسرائيلية واجب دستوري»، مجلة الدستورية، مجلة فصلية تصدرها المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد العشرين، السنة التاسعة، أكتوبر ٢٠١١.

٢١ - «التفرد بالجنسية المصرية مدى الحياة كشرط للترشيح لرئاسة الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٥ من الدستور بين الواقع و المأمول»، مجلة الدستورية، مجلة فصلية تصدرها المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد التاسع عشر، السنة التاسعة، أبريل ٢٠١١.

٢٢- «الإفلاس التجاري بين الإقليمية والعالمية»، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة - السنة الخامسة والعشرون، العدد الخامس والأربعون - صفر ١٤٣٢هـ - يناير ٢٠١١م.

٢٣- «تنفيذ أحكام المحكمين في القانون المصري - مسح القضاء المصري لاتفاقية نيويورك»، مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة لاتحاد العربي للتحكيم الدولي، العدد الخامس عشر - ديسمبر ٢٠١٠.

٢٤- «أثر المساواة بين الأم والأب في نقل الجنسية للأبناء على ممارسة الحقوق السياسية وتولي الوظائف العامة»، مجلة الدستورية - مجلة فصلية تصدرها المحكمة الدستورية العليا، مصر - العدد الثامن عشر - السنة الثامنة، أكتوبر ٢٠١٠.

٢٥- «المساعدة القضائية الدولية في المسائل الإدارية»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد السادس والستون، ٢٠١٠.

٢٦- «مدى مشروعية قرارات وزير الداخلية الصادرة بتجنس بعض أبناء الأم المصرية استناداً للمادتين الرابعة والخامسة من قانون الجنسية»، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد الواحد والثمانون، ٢٠٠٩.

٢٧- «الإبابة القضائية الدولية في مفهوم اتفاقية لاهى بشأن الإثبات في المسائل المدنية والتجارية»، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد السادس والعشرون، أكتوبر ٢٠٠٧.

٢٨- «الإجراءات التحفظية والوقفية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم»، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، العدد الثامن والسبعون، ٢٠٠٧.

### ثانياً: باللغة الانجليزية

29- Deposit of Arbitral Awards in Egypt: An Arbitration Setback, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, The Chartered Institute of Arbitrations, Sweet&Maxwell, Volume 76, Number 2, May 2010.

30- Bankruptcy Jurisdiction and Enforcement of Foreign Bankruptcy judgments in Egypt, Journal of Private International Law, Harte Publishing, Volume 6, Number 3, December 2010.

