تعاظم دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية

(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة لدور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية)

الدكتور
أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي
مدرس بقسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿...وَٱتَّقُواْ ٱللَّهُ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.

صدق الله العظيم

«سورة البقرة/ ٢٨٢»

المقدمة

يندرج مبدأ سلطان الإرادة ضمن المبادئ القانونية التي ترتبط بصفة مباشرة بجوهر القانون ذاته، حيث توجد مذاهب فقهية تتناول أهمية إرادة الأفراد وتأثيرها في مجالات القانون الدولي الخاص المتنوعة[١]، ففي العلاقات التعاقدية يحتل مبدأ سلطان الإرادة مركز الصدارة[٢]، حيث تلعب إرادة المتعاقدين دورا جوهريا بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، ولكن سرعان ما اخترق مبدأ سلطان الإرادة بعض العلاقات الدولية وطرق أبوابها كمسائل المسئولية غير التعاقدية ومسائل الأحوال الشخصية، أما مسائل المسئولية غير التعاقدية، فتقضى قوانين غالبية الدول بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار عليها، ولكن على الرغم من ذلك ظهرت اتجاهات فقهية تدعوا إلى العمل بقانون الإرادة علي ما ينشأ من التزامات ناجمة عن العمل الضار.

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية محور بحثنا، فتعود فكرة قانون الإرادة إلى الفقيه دومولين، والذي كان يرى أن هذه الفكرة لم تكن ترتكز على وجود العقد، ولكن على نظام المالية المشتركة للزوجين، بمعنى أنه متى حدث الزواج بدون عقد، فإن الزوجين يتفقان ضمنيا، وبصورة مؤكدة على اختيار

---

(١) فقد ذهب اتجاه فقهي إلى اعتبار مبدأ سلطان الإرادة مسألة نظرية عامة يتم معالجتها بالدراسة من وجهات نظر فقهية مختلفة ، بينما البعض الآخر يري أن جوهر القانون يتجسد في سلطان الإرادة، بينما يميل اتجاه آخر إلى اعتباره مبدأ غريبا على القانون.

- للنظر حول هذه الاتجاهات الفقهية :-

- **Paul Lerebours – Pigeonniere**, Precis de droit international prive, ed 1973, Paris, P.280, 281. – **Batiffol (H.)**, Traite elementaire de droit international prive, 6 ieme ed, 1976, Paris. - **Viboyet (J.P.),** Traite de droit international prive, V 1987, Paris, P.10.

د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، الهيئة العامة للمكتبات، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص ٤١٨، **د/ فؤاد رياض**، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٩، ص٣٨١

(٢) **Jean – Michel Jacquet,** Principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica 1983 Spec, P.17.

النظام القانوني، وعلى هذا الحال يمكن لأطراف العقد ليس فقط اختيار النظام الأساسي الذي يتفقون عليه لدى نظام قانوني معين، بل كذلك اختيار النظام القانوني ذاته، ويعتقد أن هذا الاختيار يظل ضمنًيا، بحيث لا يمكن لأطراف العقد اختيار القانون واجب التطبيق بصورة صريحة[1].

إلا أن تطورات العلاقات القانونية، وتغير وضعها ، دفع الفقه إلى ضرورة إعطاء دور لإرادة الأفراد واختيارهم، ونتج عن ذلك مسايرة الوضع من قبل النظم القانونية، سواء الدولية أو الداخلية. كما أن دور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية لم يقف عند تعيين وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، بل امتد إلى تحديد المحكمة التي تفصل في المنازعة، ومن هنا فإن هذا البحث تناول هذا الموضوع من خلال الحديث عن المحاور الآتية.

أولا: مفهوم موضوع البحث:

يدور موضوع البحث حول تحديد وتعيين دور إرادة الأطراف وتعاظمها في مسائل الأحوال الشخصية خاصة المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص عليها.

ثانيا: أهمية موضوع البحث:

تظهر أهمية هذه الدراسة نظر لتطور العلاقات الإنسانية في الوقت الراهن، ووجود علاقات تفاعلية بين البشر من دول مختلفة، لأن حاجات الإنسان في كثير من الأحيان مرهونة ومتعلقة بما عند غيره من البشر، لكثرة انتقال الأفراد بين الدول، إذ أصبح العالم بمثابة قرية صغيرة، مما ترتب عليه وجود الفرد في دولة مغايره لدولته ودخوله في العديد من العلاقات كالزواج،

---

(1) **Th. Vignal,** Droit interntional prive, ARMAND COLIN, 2005, P.220.

وما نتج عنه من ميراث ونفقات ، ونتج عن هنا ضرورة وجود قواعد تتفق مع هذه التطورات، ومحاولة الخروج من أغلال القوانين الوطنية.

ومن هذا المنطلق كان البحث عن وسيلة للتخفيف من غلواء القواعد الجامدة التي تحيط المتعاملين بالقيود في العلاقات الخاصة الدولية، وعلى وجه التحديد مسائل الأحوال الشخصية، والتي تتبنى على قدر من الحرية كاختيار الزواج والانفصال والنفقات والنظام المالي، فظهر مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الجمود ما يزال يكتنفه خاصة في العلاقات الدولية الخاصة بالأحوال الشخصية.

ومن هنا اكتسبت هذه الدراسة أهميتها ، من خلال الخروج عن القاعدة العامة فى بناء الاختصاص القانوني بشأن مسائل الأحوال الشخصية، والمنصوص عليها في غالبية النظم القانونية من تطبيق القانون الشخصي لصالح قانون الإرادة، لتوافقه مع الطبيعة الذاتية لمثل هذه العلاقات متمثلا في قانون الإرادة، وتعظيم دور إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية وتحديد القضاء المختص.

ثالثا: أسباب اختيار موضوع البحث:

تتمثل أسباب اختيار البحث في: قلة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت سبل اختيار القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بمنازعات الأحوال الشخصية، لأن الفقه الحديث أيد فكرة اختراق مبدأ سلطان الإرادة لمجال الأحوال الشخصية خاصة في الزواج، والنظام المالي المطبق عليه، وما تبعه في ذلك من مختلف أفرع مسائل الأحوال الشخصية، فترتب على ذلك وجود ندرة في البحوث والدراسات الأكاديمية التي عالجته، مما يتطلب تسليط الضوء عليه لسد جزء من النقص في المكتبة القانونية.

رابعا: إشكاليات موضوع البحث:

يثير موضوع البحث العديد من الإشكاليات ، وبالتبعية نحاول تقنين هذه الإشكاليات في العديد من الأسئلة التي تعبر في مضمونها عن صعوبات

موضوع البحث، ومن التساؤلات: ما مدى إمكانية أن تلعب الإرادة دورها في مسائل الأحوال الشخصية؟ فقد وجدنا المشرع المصري يسلك نفس مسلك معظم النظم القانونية من تطبيق القانون الشخصي على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

تعتبر قاعدة قانون الإرادة من أكثر قواعد الإسناد ملاءمة لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال العقود الدولية، إلا أنه يمكن مد العمل بقانون الإرادة في فروع القانون الدولي الخاص الأخرى المتعلقة بمسائل المسئولية التقصيرية، والأحوال الشخصية، والتي تتصف في الغالب بالطابع الآمر والإلزامي لموقف كل من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بالنسبة لإرادة الأطراف وحريتهم في اختيار القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، فهل أيدت هذه النظم اختيار الأطراف، أم اتخذت موقفا معاديا من قانون الإرادة؟

وإذا كانت لإرادة الأطراف دور في مسائل الأحوال الشخصية، فهل هذا يعني أن إرادة الأطراف طليقة بدون قيد أو ضابط يحكمها، أم على العكس من ذلك استلزام مجموعة من الشروط والضوابط تحد من جماحها؟

فيما يتعلق باتفاق الأطراف في مجال الأحوال الشخصية على اختيار القانون الواجب التطبيق او القضاء المختص، فهل يستلزم أن يكون اتفاقهم صريحا أم من الإمكان أن يأتي بصورة ضمنية؟

بالنسبة للنظام العام وتأثيره على حرية اختيار الأطراف في نطاق الأحوال الشخصية ، فهل هناك شبه أو مماثلة بين المنظور الحمائي للنظام العام بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية، خاصة في مجال الأحوال الشخصية؟

وبالنظر لقواعد الاختصاص القضائي الدولي نجدها محددة من قبل مشرعي الدول، فهل يحق لأطراف المنازعة الخاصة الدولية أن يستبعدوا قضاء الدولة المعقود لها الاختصاص لصالح قضاء دولة أخرى، أم أن هذا

الاختيار محظور من قبل الأطراف؟ وفى مجال منازعات الأحوال الشخصية ، هل يحق للأطراف سلب الاختصاص من المحكمة المختصة لصالح التحكيم؟

كل هذه الأسئلة تمثل في مجملها الصعوبات والإشكاليات التي يدور حولها موضوع البحث، ونحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث.

خامسا: خطة البحث:-

نستهل هذه الدراسة بالمطلب التمهيدي والذي نستعرض فيه ماهية مسائل الأحوال الشخصية من المقصود بها، وتقسيماتها، ودور الإرادة منها، ثم في الفصل الأول تناولنا دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية من الموقف الفقهي من دور قانون الإرادة بمسائل الأحوال الشخصية ، ثم الموقف من دور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة والعربية، وأخيرا في الفصل الثاني، تحديد النظام القانوني للإرادة في مجال الأحوال الشخصية، وأثره على تحديد القضاء المختص، من تحديد القيود التي تحد من إرادة الأطراف، سواء في اختيار القانون الواجب التطبيق، أو تحديد القضاء المختص.

وبناء عليه نقسم دراستنا على النحو التالي:

المطلب التمهيدي: ماهية مسائل الأحوال الشخصية .

الفصل الأول: دور الإرادة في تحديد القانون الحاكم لمسائل الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني: النظام القانوني للإرادة في مجال الأحوال الشخصية وأثره على تحديد القضاء المختص.

المطلب التمهيدي

ماهية مسائل الأحوال الشخصية

من المعلوم بدهيًّا أن دراسة أية مسألة تقتضي الوقوف على مدلولها وتحديد ماهيتها، و المقصود بها، حتى يتسنى للباحث معرفة المفتاح الذي يرشده إلى موضوعات هذه الدراسة ، لاسيما إذا كانت الدراسة أو نطاق البحث واردًا على مسائل اختلف الفقهاء فيما يخص تحديدها بصفة قاطعة (مسائل الأحوال الشخصية)، ولهذا فإنه يتعين بنا الوقوف على مدلول وماهية مسائل الأحوال الشخصية، من خلال تحديد المقصود بها ، ثم على التوالي لنطاق وتقسيمات مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

المقصود بمسائل الأحوال الشخصية

أولا: المعنى اللغوي والاصطلاحي لمسائل الأحوال الشخصية :-

مسائل الأحوال الشخصية تحتوي على كلمتين يتماثلان في الأحوال والشخصية ، لذا وجب بيان كل منهما في اللغة العربية للوقوف على مدلول الاصطلاح.

١- المعنى اللغوي :-

قد ورد في المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية أن كلمة "أحوال" أصلها الفعل الثلاثي (حال)، ومنها حول (بتشديد الواو) الشيء، أي: غيره أو نقله من مكان إلى آخر، أو غيره من حال إلى حال، ومنها الحائل بمعنى المتغير، ومفرد هذه الكلمة (الحال)وهو الوقت الذي أتت فيه ، وحال الشيء صفته، وحال الإنسان ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية.

أما بخصوص كلمة (الشخصية) ، فكما ورد في المعجم الوجيز السابق ذكره، هي أصلها الفعل الثلاثي (شخص) الشيء شخصيا، أي: ارتفع وبدا من

بعيد ، ومنها شخّص (بتشديد الخاء) الشيء، أي: عينه وميزه مما سواه ويقال شخّص الداء وشخّص المشكلة،ومنها الشخص وهو كل جسم له ارتفاع وظهور وغلب في الإنسان، ومنها الشخصية وتتمثل في صفات تميز الشخص عن غيره ، فيقال فلان يتمتع بشخصية جذابة أو قوية، أي: ذو صفات وسمات متميزة وكيان مستقل عن غيره، والأحوال الشخصية هي المسائل المتعلقة بالأسرة: كأحكام الزواج والميراث.. وغيرها [١] ، وسوف نعرضها لاحقا.

٢- بخصوص المعني الاصطلاحي :-

إذا كانت مسائل الأحوال الشخصية قد تم تحديدها وتعريفها وفقا للغة، إلا أنه على العكس من ذلك، فالمعنى الاصطلاحي المرتبط بالنظم التشريعية والقوانين لم يعرف منذ البداية لهذه المسائل.

فاصطلاح الأحوال الشخصية ليس من فقه الشريعة الإسلامية، كما لم يرد ذكره في كتب فقهائها، وإن كانت تضمنت جميع المسائل التي يحتويها هذا المصطلح من خلال قسم المعاملات التي نظمتها الشريعة الإسلامية [٢].

بالإضافة لذلك، فلم تعرف النظم التشريعية القديمة اصطلاح الأحوال الشخصية،فلم يرد ذكر المصطلح في القوانين المصرية القديمة، ولا في تقنين حمو رابي، ولا حتى في القانون الروماني الذي يعتبر المصدر التاريخي لكثير من القوانين الوضعية السائدة في البلاد الأوربية في الوقت الحاضر [٣].

---

(١) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ١٣٧٩ه، ١٩٦٠م ، شمس العلوم، نشوان بن سعيد الحميدى.

(٢) يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين جعل تشريع الأسرة قسما مستقلا، بينما ذهب آخرون إلى تضمين قسم المعاملات جميع العقود والتصرفات سواء أكانت متعلقة بتكوين الأسرة، وتنظيمها من خطبة، وزواج، وفرقة، ونفقة، ورضاع، وحضانة، ونسب، وميراث، وحقوق متبادلة بين الزوجين، أم كانت متعلقة بالأموال أو بالعقوبات، أم بالإجراءات كرفع الدعوى بالمال، ام بطريق الإثبات والحكم، وبهذا تندرج المسائل المسماة بالأحوال الشخصية عند هؤلاء الفقهاء في قسم المعاملات.

(٣) **المستشار حسين حسن منصور**، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ،دار الجامعة الجديدة للنشر (الإسكندرية) ، ١٩٩٧، ص١٦

وكـان أول ظهـور لاصـطلاح الأحـوال الشخصـية – كمـا يقـول فقهـاء القانون الوضعي – على يد الفقه القانوني الايطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وقت أن كان هذا الفقه يبحث عن حل لصعوبة ومشكلة تنازع قانونين كانا قائمين وقت ذاك، ويتمثلان في القانون الروماني باعتباره القانون العام الذي يحكم كل إقليم ايطاليا، والثاني القانون المحلي الذي يحكم حدود إقليم معين، وقد اعتاد الفقه الايطالي وقت ذاك على تسمية القانون الأول بمصطلح قانوني ، بينما الثاني حال جمع أحوال، وهذه الأحوال قسمت فيما بعد إلى قسمين، أحدهما : أحوال تتعلق بالأشخاص. وثانيهما: أحوال تتعلق بالأموال تحكم الروابط المالية، واستقر على تسمية النوع الأول بالأحوال الشخصية، بينما النوع الثاني بالأحوال العينية[1].

وبالرغم من توحيد إيطاليا، وتطبيق قانون واحد، يتمثل في القانون العام، واختفاء القوانين المحلية بقسميها المالي والشخصي ، إلا أن الفقه ظل متمسكا بهذه التسمية، وأصبح القانون المدني الايطالي مقسم قسمين: الأحوال العينية. والأحوال الشخصية[2].

وبالنسبة للقانون المصري ،فقد ورد اصطلاح الأحوال الشخصية لأول مرة إلى مصر عن طريق التقاضي والترافع أمام القضاء المختلط ، والذي بدوره كان يطبق القانون المدني المختلط الصادر في ٢٨ يونيه ١٨٧٥ ، فقد نصت المادة الرابعة منه على أن " تظل المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام المالي للزوجية وبحقوق الإرث الطبيعية والايصائية وبالوصاية والقوامة من اختصاص قاضي الأحوال الشخصية"، وقد استنبط الفقه وقت ذاك، أن قاضي الأحوال الشخصية هو الذي يقضي وينظر في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ،وقد توسع القضاء المختلط في نظر هذه

---

(١) انظر في ذلك، **المستشار احمد نصر الجنيدي**، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان ،دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ١١

(٢) أحكام الولاية على المال **للمستشار صلاح خاطر**، ص٤

المسائل وغيرها، كمسائل الأهلية والتي اعتبرتها المحاكم المختلطة من اختصاصها استنادا لنص المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، الذي كان يمنع هذه المحاكم من نظر المنازعات المتعلقة بالأهلية ، وبالتالي فالاختصاص بمثل هذه المسائل محكوم ومعهود للمحاكم المختلطة.

وإزاء هذا التوسع في الاختصاص من جانب القضاء المختلط، تدخلت محكمة النقض المصرية منذ إنشائها لتحديد مدلول الاصطلاح المتعلق بالأحوال الشخصية ، للتقليل من تدخل وامتداد اختصاص المحاكم المختلطة له، فقضت محكمة النقض المصرية في عام ١٩٣٤ بأن مسائل الأحوال الشخصية " مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية، أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، بكونه إنساًنا ذكرا أو أنثى،وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا ،أو أبا، أو ابنا شرعيا، وكونه تام الأهلية أو ناقصها – لصغر سن أو جنون – أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها، بسبب من أسبابها القانونية، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، فكلها بحسب الأصل تعتبر من الأحوال العينية، فالوقف والهبة والنفقات على اختلاف أنواعها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية، وغيرها من عقود التبرعات، تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ، لذا اعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية، كما أخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نطاقها النظر في المسائل التي تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في تقدير حكمها ، على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود فإن نظر مما فيه مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصي بها[1].

(1) نقض الطعن ، رقم ٤٠ لسنة ٣ ق جلسة ٦/٢١/ ١٩٣٤ مجموعة الربع قرن ص١١٧

ثانيا: المعنى القانوني لمسائل الأحوال الشخصية :-

على الرغم من التحديد السابق لمسائل الأحوال الشخصية، والواضح من مسلك محكمة النقض المصرية ، إلا أن المشرع المصري قد حدد المقصود بمسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم ١٤٧/ ١٩٤٩ وفقا للمواد (١٣) و (١٤) على تحديد هذه المسائل [١].

فقد نصت المادة (١٣) من هذا القانون على أن يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ما يأتي:

١- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم .

٢- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، الخطبة، الزواج، حقوق الزوجين، وواجباتهما المتبادلة، والطلاق، والتطليق، والتفرقة.

٣- المسائل المتعلقة بالبنوة، والإقرار بالأبوة، وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع.

٤- الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار.

٥- تصحيح النسب والتبني

٦- الولاية، والوصاية، والقوامة، والحجر، والإذن بالإدارة والغيبة، واعتبار المفقود ميتا.

٧- المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث، والوصايا، وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت.

---

(١) سبق هذا القانون، القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ الصادر بلائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة ، حيث نصت المادة (٢٨) على أن " تمثل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة، وعلى الأخص الخطبة، والزواج، وحقوق الزوجين ، وواجباتهم المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفرقة والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب، والتبني، والوصاية والقوامة، والحجر، والإذن بالإدارة، وكذلك المنازعات المتعلقة بالهبات، والمواريث، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وبالغيبة، وباعتبار المفقود ميتا" .

وقد اعتبرت المادة (١٤) من القانون سالف الذكر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية، ولما صدر قانون تنظيم القضاء في عام ١٩٤٩ اعتبرها من العقود المدنية.

وبصدور القانون رقم ١٩٦٥/٤٣ في شأن السلطة القضائية، ألغي القانون رقم ١٩٤٩/١٤٧ بشأن نظام القضاء والقوانين المعدلة له، وبالتالي أصبحت مسائل الأحوال الشخصية غير محددة من الناحية التشريعية ،وترك تحديدها للاجتهاد الفقهي والقضائي.

وبالنظر لتحديد الفقه لمسائل الأحوال الشخصية ، فقد اختلفت الاتجاهات الفقيه حول تحديد المقصود بهذه المسائل، فقد اتجت الغالبية من الفقه حول الأخذ بمفهوم للأحوال الشخصية مستمد من نطاق القانون الدولي الخاص، القائل بأن الأحوال الشخصية هي مجموع المسائل التي يحكمها القانون الشخصي[١].

كما يقرر الدكتور سمير عبد السيد تناغو بأن تحديد مسائل الأحوال الشخصية قد تبنته العديد من المحاولات الفقهية، قد تختلف من حيث الشكل ولكنها في المضمون متماثلة، والسبب في ذلك أنه لا توجد تفرقة واضحة في معاملات الناس بين المسائل المالية والمسائل الشخصية، وبعض المسائل لها طبيعة مزدوجة كالميراث مثلا، ومن ثم ينبغي أخذ التعريفات التي أعطيت على أنها تعبر فقط عن الاتجاه العام لفكرة الأحوال الشخصية[٢].

الفرع الثاني
تقسيمات مسائل الأحوال الشخصية

مما سبق يتضح صعوبة وضع تعريف جامع مانع لمسائل الأحوال الشخصية ، فمن يحاول تحديد مفهوم هذه المسائل كمن يرسم على الماء، وهذا واضح من استقراء النصوص التشريعية السابقة [٣] وآراء الفقهاء الذين

---

(١) **المستشار/ صلاح خاطر**، أحكام الولاية على المال، ص٥

(٢) **د/ سمير عبد السيد تناغو** ، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، ص٢٣، **المستشار/ حسن حسن منصور**، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص١٩

(٣) القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ الصادر بلائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، المادة (١٣) (١٤) من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ، والقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ المعدل

تكلموا عن وضع تعريف وتحديد لمسائل الأحوال الشخصية، إلا أنه يمكن تحديد المسائل التي تندرج تحتها، وقد سلك الفقه[1] إلى تصنيف هذه المسائل أربع فئات أساسية وجوهرية تندرج تحت كل منها مسائل فرعية متعددة، وتتمثل في الآتي:

١- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم

٢- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، وتشمل الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق، والتطليق، والتفرقة والبنوة، والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقات بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني.

٣- المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية، والقوامة، والحجر، والإذن بالإدارة، والغيبة، واعتبار المفقود ميتا.

٤- المسائل المتعلقة بالمواريث، والوصايا، والتصرفات المضافة لما بعد الموت[2].

لبعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء، وأخيرا القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية.

(1) انظر في ذلك، **المستشار / حسن حسن منصور**، المحيط في شرح الأحوال الشخصية (مرجع سابق)، ص٢٦

(2) فى نظرة مبسطة حول تعريف مسائل الأحوال الشخصية :-

- الزواج : عقد وضعه الشارع لاستمتاع كل من الرجل والمرأة بالأخر، فالعاقدان يباشران السبب الذي هو العقد ،والشارع يرتب عليه أحكامه.
- الطلاق: الطلاق في اللغة رفع القيد مطلقا، سواء أكان القيد حسيا كقيد البعير، أم معنويا كقيد النكاح، ومنها إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ كناية ظاهرة أو بلفظ مانع فيه.
- الخلع : إزالة ملك النكاح ببدل بالفظ الخلع أو ما في معناه كالمبرأة
- النفقة: كل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه ، لأنه احتبسه لينتفع به فوجب عليه أحكام القيام بكفايته.
- الوصية: تصرف في التركة مضاف إلى مابعد الموت
- المهر: اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أو بالدخول بها دخولا حقيقيا.
- العدة : اجل ضرب شرعا لانقضاء ما بقي من أثار الزواج.

وبخصوص نطاق مسائل الأحوال الشخصية موضوع دراستنا والمتعلقة بالأجانب، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فقد نظم القانون المدني المصري تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل وفقا للمواد من ١٢ حتى ١٧ من القانون المدني ، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقة والولاية والوصاية والقوامة والميراث والوصية ، ولكن هذا كله في إطار ما نصت عليه المادة (٢٨) من القانون المتعلق بالنظام العام ، بحيث لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر.

وبصفة عامة أو طبقا للأصل العام أخذ المشرع المصري بالقانون الشخصي، سواء قانون الجنسية أو قانون الموطن، ولكن يثور التساؤل حول مدى إمكانية أن تلعب الإرادة دورا في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما نتعرض له لاحقا.

ولكن قبل الإجابة على هذا التساؤل ، ينبغي الوقوف على مبدأ سلطان الإرادة ونشأته .

- النسب: رابطة سامية ووصلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة تربط بين الأصل بالفرع.
- الحضانة: تربية من لا يستقل بأموره ، بما يصلحه ويقيه عما يضره، ولو كان كبيرا مجنونا ، كأن يتعهد بغسل جسده وثيابه.
- الخطبة: أن يطلب الرجل أو وكيله أو وصية إذا كان قاصرا إلى ذوى فتاه أو سيدة التزوج بها.
- المفقود: إنسان غائب لا يعلم مكانه ولا يدرى أهو حي أم ميت.
- الوقف: حبس العين على حكم ملك الواقف، أي: منع تملكها لأحد ويكون التصدق بالمنفعة لاغير.

انظر في ذلك، **د/ مصطفي الرافعي**، الأحوال الشخصية، دار الكتب اللبناني، بيروت لبنان، **د/ بدران أبو العنين بدران**، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية بالقاهرة، الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، **الإمام احمد إبراهيم بك والمستشار واصل علاء الدين احمد إبراهيم**، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون ١٩٩٤، **د/ محمود محمد على** ، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، ١٩٧٨

فبالنسبة لسلطان الإرادة ، فإن الإرادة هي الأساس في تكوين العقد وتحديد آثاره، بمعنى أنها وحدها القادرة على أن تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الآثار التي تترتب عليه[١] ، فإرادة الأطراف تعتبر بمثابة المصدر الوحيد لاتفاقهم، بحيث لا يلتزم الشخص خارج إرادته.

ومن ثم فإن مبدأ سلطان الإرادة يظهر من خلال مرحلتين ، أولاهما: مرحلة تكوين العقد، فتكتفي الإرادة وحدها لتكوين العقد، ولو جاءت مجردة من أي شكل أو إجراء وهذه الحرية للأطراف يطلق عليها مبدأ الرضائية، وهو أساس مبدأ سلطان الإرادة [٢] .

المرحلة الثانية ، بعد تكوين العقد وانعقاده، يصبح ملزما لأطرافه ولا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاقهما، احتراما لإرادتهم ولمبدأ الحرية التعاقدية، فيستطيع كل طرف أن يتمسك بالعقد ويرفض كل تدخل من القاضي بتعديل أحكامه ، وعند اختلاف الأطراف حول أثر من آثار العقد، فيتعين على القاضي أن يبحث ما بداخل نيتهم التعاقدية وإرادتهم الضمنية، وليس عليه أن يطبق ما يراه أو ما تتجه إليه إرادته[٣].

ومن هنا جاء مبدأ القوة الملزمة لاتفاق الأطراف، والذي يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، بمعنى: أن الإرادة هي الأساس في تحديد مضمون الاتفاق وما يترتب عليه من التزامات تقع على عاتق الأطراف ، بالإضافة لذلك، فقد تعدت دور الإرادة من تحديدها للالتزامات التعاقدية إلى تحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص على علاقات الأفراد الخاصة الدولية، أي: أن أثر الإرادة تعدى الحدود الوطنية أو الداخلية في اتفاقات الأطراف إلى العلاقات الخاصة الدولية.

---

(١) **د/ عبد الرزاق السنهوري**، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد، منشورات محمد الراية، بيروت لبنان، ص٨٥

(٢) **د/ سليمان مرقس**، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة ، مطبعة السلام بالقاهرة، ١٩٨٧، ص٦٢

(٣) **د/ سليمان مرقس**، المرجع السابق، ص٦٣

لذا وجد مبدأ سلطان الإرادة مجاله في العلاقات الخاصة الدولية، من خلال التصور الشخصي والموضوعي لقانون الإرادة، ويعني أن الفرد يملك إمكانية إنشاء قانونه الخاص، أو إمكانية أن يختار بنفسه القانون من بين العديد من القواعد القانونية، ومن منظور عام نستطيع القول بان قانون الإرادة يكمن في التحديد الحر للقواعد التي يخضع لها الفرد الذي اختار بحرية هذه القواعد، فالأمر يتعلق إذن باختيار المبادئ الأساسية المشتركة التي تطبق على مجتمع انسانى في وقت وظروف معينة وإنشاء القواعد الخاصة بطريق الرضاء، ومن المؤكد أن الاختيار إرادي من بين القوانين التي ترتبط برابطة مع الأحوال الشخصية [١].

وقد مر مبدأ سلطان الإرادة بعدد مراحل إلى أن وصل لذروته الموجود به حاليا، فقد نشأ في أحضان المذاهب الفردية التي قصرت مهمة القانون بدور سلبي، ينحصر في منع الفرد من تجاوز حريته حماية لحرية غيره، وانحصار إرادة الفرد عليه فقط دون امتدادها للغير[٢]، أما في العصور الوسطى فقط اخذ المبدأ قوته من تأثره بالمبادئ الدينية، والقانون الكنسي الذي ينادي بضرورة احترام إرادة الأطراف وعقودهم ، حتى ولو لم تفرغ هذه الإرادة في الشكل اللازم لانعقاد الاتفاق.

ومع بداية القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ازدهاره وتطوره، إلى إن بدأ ينحصر مرة أخرى ويتقلص ابتداء من القرن العشرين تحت تأثير المبادئ الاشتراكية، ولكن سرعان ما انتصر مرة أخرى وعاد في الوقت الراهن لقوته في تحديد وإنشاء التصرف القانوني وتحديد الآثار التي تترتب عليه.

---

(١)**Goldstein (G.),** l'autonomie de la volonté dans le statut personnel, chron, Bibliographiques, P.201.

(٢) **د/ محمد جمال الدين ذكي**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٦، ص٣٧

الفصل الأول

دور الإرادة في تحديد القانون الحاكم لمسائل الأحوال الشخصية

تعد قاعدة خضوع العلاقات ذات العنصر الأجنبي – خاصة العقدية – لقانون الإرادة من الأمور المسلم بها، والتي تم إقرارها منذ أمد بعيد من قبل النظم القانونية والفقه والقضاء[1]، وقد امتدت حرية الأطراف في اختيار القانون إلى خارج حدود المنازعات التعاقدية لنظيرها غير التعاقدي، واتسع نطاق حرية الاختيار في معظم العلاقات أيا كان تكييفها في المجال المدني والتجاري.

بحيث أصبح لإرادة الأطراف الدور الرئيس في اختيار قانون معين واستبعاد قانون آخر مما يتوافق مع مصالحهم، ويتماشي مع النظام العام، وذلك ناتج عن تطور العلاقات الدولية بصفة عامة ومعاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، ولكثرة انتقال الأفراد خارج حدود دولهم، مما أثر على حالة الأشخاص ونظام الأسرة، فظهرت فكرة الزواج المختلط والميراث الناتج عن وفاة الأجنبي على إقليم دولة مغايرة، الأمر الذي أفضى إلى السعي نحو إقرار قاعدة للإسناد تناسب معظم المجتمعات، وتؤدي لاختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وبطبيعة الحال اتجهت الأنظار حول إرادة الأطراف في الاختيار ودوره كضابط للإسناد في قاعدة التنازع، مما دفع فقه القانون الدولي الخاص للتناغم مع الدور الرئيس لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية ، وتكريسها من قبل النظم القانونية، سواء الدولية أو الداخلية.

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الفصل لمبحثين :

([1]) من الأحكام القضائية التي أرست مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي من حيث تكوينه أو شروطه أو أثاره ، حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٥ ديسمبر لعام ١٩١٠ ، للنظر في الحكم Clunet , 1912, P.1156 ets.

المبحث الأول: الموقف الفقهي من دور قانون الإرادة بمسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثاني: الموقف من دور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية في الاتفاقيات الدولية، والتشريعات المقارنة والعربية.

المبحث الأول

الموقف الفقهي من دور قانون الإرادة بمسائل الأحوال الشخصية(القاعدة تطبيق القانون الشخصي والمحاولات الفقهية الداعية لإقصائه)

إذا كانت القاعدة العامة هي تطبيق القانون الشخصي على مواد الأحوال الشخصية [١] فالوقع أن أنصار هذا الاتجاه من تطبيق القانون الشخصي لم يتفقوا بشأن تحديد ماهية القانون الشخصي الذي يقصدونه، هل هو قانون الجنسية حسبما يرى البعض؟ أم قانون الموطن وفقا لرأى البعض الأخر [٢] ؟ وانعكس ذلك على تشريعات الدول من الاختلاف في تطبيق القانون الشخصي[٣].

وإزاء تلك الصعوبات في مجال تطبيق القانون الشخصي على مسائل الأحوال الشخصية، ظهر الاتجاه الفقهي الرامي إلى تطبيق قانون الإرادة وإقصاء القانون الشخصي ، ومثال لذلك: إذا ثار نزاع بين زوجين من جنسيات مختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج المبرم بينهما، فما القانون الواجب التطبيق؟ بحسب الأصل ذهبت غالبية التشريعات المقارنة إلى تطبيق قانون دولة كل من الزوجين[٤] وهنا الصعوبة والإشكالية في تطبيق القانون هل نطبق قانون الزوج أم قانون الزوجة ؟ أو تطبق قانون الجنسية؟ أم الموطن لكل منهما؟

---

(١) **Betizike (G.),** Les obligations delictuelles en droit international privé, R.C.A.D.I, 1965, Tome II, P.67.

(٢) **Audit (B.)** Droit international privé, ECONOMICA, 3 ed, 2000, N.131. P.117 ets.

(٣) سار على نفس المنوال تشريعات الدول التي أخذت بالقانون الشخصي، ففريقا من الدول قد اعتبر القانون الشخصي هو قانون الجنسية (الكثير من دول القارة الأوربية كتركيا) ، بينما فضل البعض الآخر اعتبار القانون الشخصي هو قانون الموطن ومنها (غالبية دول أمريكا اللاتينية)

(٤) وهذا ما اقره المشرع المصري بقاعدة إسناد خاصة بالشروط الموضوعية ، فقد نصت المادة (١٢) من القانون المدني المصري على انه " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة

وبناء على ذلك، فقد ظهر اتجاه يرى إخضاع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الإرادة كبديل للقانون الشخصي.

المطلب الأول

الاتجاه التقليدي الرافض لتطبيق قانون الإرادة وتعميم القانون الشخصي

وجد اتجاه فقهي يعمم تطبيق القانون الشخصي على مسائل الأحوال الشخصية ، ويجحد تطبيق أي قانون آخر ، وجاء ذلك نتيجة للفلسفات والمفاهيم التي كانت سائدة في ذلك الوقت، من عدم الاعتراف لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية وقصرها على قانون محدد بالذات.

لذا فنتناول في ظل هذا الاتجاه في البداية مضمونه ، ثم المبررات التي يستند عليها.

الفرع الأول

مضمون الاتجاه الرافض لتطبيق قانون الإرادة

من الثابت أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع للقانون الشخصي، وأن خضوعها لهذا القانون أثار تساؤلًا لدى الفقه عن هذا القانون، أهو قانون الجنسية أم قانون الموطن؟ حيث اختلف الفقهاء في الإجابة عن ذلك، ومرجع هذا الاختلاف، لتباين موقف التشريعات الوطنية من تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن[1] .

الزواج إلى قانون كل من الزوجين"، وهو ذات ما نص عليه القانون الإماراتي والجزائري والليبي.

- كذلك ينص القانون الفرنسي إلى تطبيق قانون دولة كل من الزوجين، اى قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف بجنسيته.

PARTSCH (P.H) et RIGAUX (F.), Droit international privé, Larcier, 2003, P 91.

(1) للمزيد عن القانون الشخصي ، وموقف الفقه والتشريعات من قانون الجنسية والموطن انظر إلى،

وبالنظر للاتجاه الفقهي والتشريعي، المعتد بالجنسية كتحديد للقانون الشخصي، فهذا الاتجاه قد تأثر بفقه مانشيني وبالنظريات التي قادها في القرن التاسع عشر، والتي بمقتضاها أحل قانون الجنسية محل قانون الموطن وتأثر بذلك غالبية الفقهاء في أوربا في ذلك الوقت، وكان الفضل في ذلك أيضا للدور البارز الذي لعبته مؤتمرات لاهاي التي انعقدت قبال ذلك، والمقررة لإعمال قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية [١].

وبالنسبة للبلاد العربية التي تطبق القانون الشخصي، فإن ذلك يرجع لاعتبارات تاريخية فرضها الواقع العملي في هذه البلاد، نظرا لوجود نظام الامتيازات الأجنبية، والتي كان لها الأثر الكبير في تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية بدلًا من تطبيق قانون الموطن، فكانت الدول الاستعمارية صاحبة الامتيازات ترفض تطبيق قوانين الدول المحتلة على رعاياها، ولتجنب تطبيق قوانين الدول المستعمرة، فقد أثرت الدول الاستعمارية عليها بما يعرف بعهد الإصلاح القضائي والأخذ بالمفهوم الواسع للأحوال الشخصية [٢].

بالإضافة لنظام الامتيازات الأجنبية ، فقد رأت البلاد العربية الأخذ بقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، لأن البلاد العربية يوجد رابط قانوني متمثل في الديانة وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتبعية فلا يتفق مع العدالة أن يخضع التابعون للدول العربية والموجودون بداخلها للقوانين الإسلامية في الأحوال الشخصية، بينما يخضع الوطنيون القانطون في الخارج لقانون الدولة التي يتوطنون بها بوصفه قانون الموطن، وعدم تطبيق أحكام

Audit (B.), Droit international privé…op.cit, N131 ets, P.117 ets.

(١) **د/ جابر جاد عبد الرحمن**، تنازع القوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠، ص٤٨٣

(٢) **د/ عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة السادسة ، ١٩٩٦، ص١٦٨

الشريعة الإسلامية عليهم، لذا كان من الأفضل أن تخضع كل هذه الطوائف لقانون واحد، متمثل في قانون جنسيتهم[١].

وبالرغم مما سبق من توضيح الخلفية التاريخية لتطبيق القانون الشخصي، وتفضيل قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية، إلا أنه وجه إليه العديد من الانتقادات التي تتمثل في:

١-القول بتطبيق قانون الجنسية من شأنه جعل النظام العقاري خاضعا لأكثر من قانون يتعدد بتعدد الدول الموجودة فى العالم، ويترتب على ذلك عدم معرفة الملاك أو أصحاب العقارات الموروثة على وجه التأكيد، نظرا لاختلاف أحكام القوانين، وما تشترطه لصحة ولجواز الميراث[٢].

ويمكن الرد على هذا الانتقاد، بأن المشرع قد نظم انتقال الملكية بالإرث في قانون التسجيل العقاري أو الشهر العقاري، وقد أوجب هذا القانون شهر حق الإرث بتسجيل أو إشهار الوراثة، وذلك إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية[٣].

٢- يترتب على تطبيق القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة في الوصية والميراث، أن تؤول توريث العقارات التي لا وارث لها للدولة إلى الحكومات الأجنبية، وذلك في حالة وفاة أحد رعاياها في مصر بغير ورثة ولا وصية ، لأن الحكومة ترث من لا وارث له من رعاياها بمقتضى قانون الجنسية [٤].

وقد تم الرد على هذا ، حيث تم تكييف المسألة على أنها من مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع لقانون الجنسية ، وهذا بطبيعة الحال مخالف

---

(١) **د/ عز الدين عبد الله**، المرجع السابق، ص٩١

(٢) **د/ عبد الحميد أبو هيف** ، القانون الدولي الخاص في أوربا وفى مصر،..... ص ٥٣٦

(٣) **د/ جابر جاد عبد الرحمن** ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠، ص٤٨٥

(٤) **د/ عبد الحميد أبو هيف**، المرجع السابق، ص ٥٣٦

للنظام القانوني ، لكون هذه المسألة تعد من الأمور المالية البحتة التي تخضع للقانون الإقليمي من ناحية التنظيم ، وكيفية انتقال هذه الأموال[1].

٣- قد يؤدى الأخذ بقانون الجنسية إلى تطبيق قوانين أجنبية على العقارات الموجودة في الدولة، وقد يكون الهدف من هذه القوانين مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الدولة، ومثال لذلك توريث أولاد السفاح الجائز بمقتضي القانون المدني الفرنسي .

وللرد على هذا نقول: إنه بالرغم من تطبيق القوانين الأجنبية في مصر – بالرغم من مخالفتها لقواعد النظام العام – فإن هذا كان يتم أثناء عمل المحاكم القنصلية في مصر، ولكن مع إلغائها لم يعد مجال لإعمال مثل هذه القواعد المخالفة للنظام العام، بالإضافة لذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يصطدم بأحكام المادة (٢٨) من القانون المدني المصري والمتعلقة بالقواعد الآمرة التي لا تجوز مخالفتها.

وبالنظر للانتقادات السابقة، فقد ظهر اتجاه فقهي وتشريعي يعتد بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية، ومن أهم تشريعات الدول التي أخذت بالموطن هي تشريعات البلاد الانجلو أمريكية (بريطانية والولايات المتحدة الأمريكية) بالإضافة إلى بلاد أخرى في الدول الأوربية كالنرويج والدينمارك، في حين ظهرت بلاد أخرى في أمريكا اللاتينية مثل الأرجنتين وأورجواى وبراجواى[2].

وترجع الأسباب التي دفعت هذه الدول إلى الأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي، إلى خلفية تاريخية قديمة، نشأت منذ معرفة الرومان لفكرة الموطن وفكرة المدنية التي كانت تحمل الشخص بالالتزامات المدنية، من

---

(١) **د/ جابر جاد عبد الرحمن** ، المرجع السابق، ص٤٨٥

(٢) **د/ عز الدين عبد الله** ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٥٨، ص٤٠٩

حيث القضاء الذي يخضع له والقانون الذي يحكمه، وأن المقصود بالمدنية هي التي يستوطن فيها الشخص، وليس التي ينتمي إليها الشخص بأصله.

ويستند هذا الاتجاه الفقهي المعتد بقانون الموطن على عدة جوانب نظرية وعملية في ذات الوقت، فقد ذهب جانب من الفقه وفى مقدمتهم سافيني، بضرورة التمسك بقانون الموطن على مسائل الأحوال الشخصية لكونه نظاما تقليديا واعتباره أقدم من نظام الجنسية، بالإضافة لذلك، فقد اعتبر بعض الفقه الموطن مكان تمركز مصالح الشخص ومركزه القانوني، فيعد المكان الذي يباشر فيه الشخص حقوقه وتصرفاته، بالإضافة لذلك، فالاعتداد بقانون الموطن يعتبر أسهل بالنسبة للقضاء من تطبيق قانون الجنسية الذي قد يخطئون في فهمه وتفسيره[1].

وبالرغم مما سبق من أسانيد، إلا إن تطبيق قانون الموطن على مسائل الأحوال الشخصية قد تعرض للنقد، لأن تغيير الموطن يعد أسهل من تغيير الجنسية في الواقع العملي ، لكون الموطن خاضعا للإرادة، بالإضافة لذلك، فإن قانون الموطن بني في الغالب الأعم على أساس الواقع العملي ولم يبنَ على أساس أنه قانون الدولة، وخاصة أن هذا القانون يحكم مسائل الأحوال الشخصية لرعايا الدولة، لذا يجب أن تتبعهم هذه القوانين في أية جهة وجدوا فيها بصرف النظر عن موطنهم، لأنه سهل تغييره وإبداله بموطن آخر.

وخلاصة الأمر، فإن أي من المعيارين في تحديد القانون الشخصي، سواء كان قانون الجنسية او الموطن له ما يبرره من أسانيد، بالإضافة لما يعتريه من أوجه نقد ونقصان، ومرجع ذلك لاختلاف السياسة المتبعة في كل دولة ولظروف أخذ كل من القانونين، ولكن ما يهمنا في هذا الأمر أن الاتجاه الفقهي يميل إلى تطبيق القانون الشخصي على مسائل الأحوال الشخصية،

([1]) انظر في ذلك ، **د/ جابر جاد عبد الرحمن** ، القانون الدولي الخاص العربي، تنازع القوانين، الجزء الثاني، ١٩٦٢، ص١٠٧

سواء أكان قانون الجنسية أم قانون الموطن، ورفض هذا الاتجاه الاعتداد بقانون آخر كقانون الإرادة مغاير للقانون الشخصي.

الفرع الثاني

مبررات الاتجاه الرافض لتطبيق قانون الإرادة

لقد اعتبر الاتجاه التقليدي المتمسك بتطبيق القانون الشخصي على مسائل الأحوال الشخصية، أن هذه المسائل يغلب عليها الجانب الشخصي على الجانب العيني، لذلك فالقانون الحاكم لمثل هذه المسائل هو القانون الشخصي، مستندين في ذلك للعديد من الحجج منها، الطابع الأمر لقواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومبدأ السيادة.

١- الطابع الأمر لمسائل الأحوال الشخصية:-

الكثير من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة، وتعتبر من النظام العام ، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على تعديلها أو تغييرها، ومن هذه المسائل علاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات، إذا لم تكن هذه الحقوق مالية بحتة ، ومثال على ذلك ما يترتب على عقد الزواج من حقوق بين الزوجين كحق الزوج المسلم في إيقاع الطلاق، نجد ذلك متعلقا بالنظام العام، بحيث لا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق.

كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة، تعتبر من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فيقع على الأب حق تربية أولاده، كذلك في النفقات كنفقة الزوجة أو الأولاد الصغار والنفقة بين الأرحام، فلا يجوز الاتفاق على تنازل الشخص مقدما عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له، وذلك لاعتبارها مسائل متعلقة بالنظام العام.

وبذلك تعد فكرة النظام العام والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية عائقا أمام تطبيق القوانين الأجنبية ، كما يحدث في الزواج المختلط المنعقد بين

زوجين من جنسيات مختلفة، وكان الزوج مسلما أن يتفقوا على تطبيق قانون معين يحرم التطليق ، وبالتبعية القانون الأخير يصطدم بما يقرره قانون القاضي فى دولة الزوج من حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة[١].

وبذلك فتتفق معظم التشريعات على أنه إذا كان القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسنادمخالفً ا للنظام العام وجب استبعاده[٢] ففي مجال الوصية يضرب بعض الفقه مثالا[٣] إذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز الوصية للموصَى له قاتل الموصِي عمدا، أو يمنع الوصية بسبب الجنس أو اللون، فيجب استبعاد هذا القانون من قبل القاضي الوطني، لتعارضه مع أحكام النظام العام في الدولة.

فالنظام العام يقدم ويعلي مصلحة المجتمع على مصالح الفرد، نظرا لتضمينه واشتماله على مجموعة القواعد التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية ، لذا فيعد وسيلة قانونية من خلالها يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي والمنعقد الاختصاص به لقانون أجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي، وهذا الدفع مسلم به في مختلف دول العالم، بما في ذلك البلاد الأنجلو أمريكية، وإن كان تحركه في هذه الأخيرة أقل منه في غيرها بالنظر إلى ما تجرى عليه من إسناد الأحوال

---

(١) **BIZIMANA (Z.R.)**, L'autonomie de la volonté comme facture de rattachement, expression de droit de l'Homme, université catholique de louvain, 2005, P.45.

(٢) انظر في ذلك، نص المادة (٢٨) من القانون المدني المصري التي تنص على انه " عدم جواز تطبيق قانون أجنبي متى خالفت أحكامه النظام العام والآداب"

(٣) **د/ احمد عبد الكريم سلامة** ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء (المنصورة)، الطبعة الأولي، ١٩٩٦، ص٩٦١

الشخصية، (وهى أوسع مجال لتطبيق القانون الأجنبي) إلى قانون الموطن، وغالبا ما يكون الموطن هو قانون القاضي[١].

ويستند الدفع بالنظام العام على فكرة الاشتراك القانوني، والتي تعني أن الدول تتوافق فيما بينها على وحدة الفكر والثقافة القانونية، فإذا اتضح للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية يتعارض مع أحكام قانونه، امتنع عن تطبيقه وطبق في النزاع قانونه الوطني، وللتدليل على فكرة الاشتراك القانوني توافر الاشتراك بين دولة القانون الأجنبي ودولة القاضي في مسألة معينة، كالحق في التطليق أو الشروط الواجب توافرها في الوصية.

بالإضافة لذلك، فإن الدفع بالنظام العام ينهض على مراعاة الضرورات العملية، حيث إن القاضي الوطني لم يعرف أو يتنبأ مسبقا بمضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، لذا فتكمن الحاجة لوسيلة من خلالها تعطيل بعض أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق الماسة بحماية المصالح الاجتماعية في بلد القاضي [٢].

وتطبيقا لذلك، فعلى الرغم من أن المشرع الوطني ينظم العلاقات القانونية الخاصة الدولية عن طريق قواعد إسناد تسند العلاقة بمقتضى ضابط معين إلى قانون يحكمها، فإن المشرع قد اخضع بعض قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية لضابط معين متمثل في ضابط الجنسية، وقيد هذا الضابط بالنظام العام، وللتدليل على ذلك، النظام المالي للزوجين يخضع

---

(١) **د/ عز الدين عبد الله**، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد (دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية) ، مجلة مصر المعاصرة، المجلد ٧٠ وع ٣٧٨، ص٤٨٩

(٢) **د/ خضر حامد على** ، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٧٧

لقانون جنسية الزوج وقت الزواج[1] إلا أن المشرع المصري أراد تقييد تطبيق القانون الأجنبي بقواعد النظام العام، وذلك بنصه في حكم المادة (١٤) مدني مصري على تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين يتمتع بالجنسية المصرية وقت الزواج.

وينطبق هذا الحكم فيما يخص الميراث، فعلى الرغم من نص المادة (١/١٧) من القانون المدني المصري على أنه " يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته"، إلا أنه عندما يصطدم القانون الواجب التطبيق بالنظام العام، كوجود مانع من موانع الميراث في القانون المصري، يتم تجاهل القانون الأجنبي وتطبيق القانون المصري باعتباره قانون القاضي، لحماية المصالح الحيوية في المجتمع المصري.

مبدأ السيادة :-

يعني مبدأ السيادة Principe de souveraineté وفقا للاتجاه الغالب فقهيا وقضائيا والذي كان سائدا في القرن العشرين، السلطة Le pouvoir غير المحددة بحدود وغير المشروطة للدولة في تحديد وممارسة اختصاصاتها الداخلية، والمتعلقة بمن يقطن على الإقليم الوطني، وبغض النظر عن اصطدام هذه السيادة بسيادة دول أخرى، وقد كان يطلق على سيادة الدولة وقت ذاك، السيادة المطلقة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للسيادة، والتي بمقتضاها تحتكر الدولة كافة اختصاصاتها سواء التشريعية أو القضائية[2].

---

(1) نصت المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال" .

(2) للنظر حول مبدأ السيادة وفقا للاتجاه التقليدي (السيادة المطلقة)

Pascal de vareilles – sommières, " la compétence internationale de l'Etat en droit international privé", thèse paris, L.G.D.J, 1997, P31, **Ph.francescakis**, compétence etrangere et jugement étrangère, Rev.crit. 1953, P.1. , **A. Pillet**, Le Droit international privé considere dans ses repports avec le droit international publc , paris 1892, n.18.

وتأسيسا على ذلك، فقد كانت كافة قواعد القانون الدولي الخاص تنطلق من مبدأ السيادة، وتدور في فلكه، وتهدف من ذلك المحافظة على سيادة الدولة ضد التعدي من سيادات الدول الأخرى، حيث كان القانون كالقضاء، يمثل مظهراً لسيادة الدولة ويندرج تحت ما يسمى بالنطاق الإقليمي أو الشخصي للسيادة، بمعنى: أن كل دولة لها نطاق إقليمي معين تمارس عليه سيادتها التشريعية وتطبق داخل حدوده قانونها الوطني، بحيث لا تقبل تطبيق قانون آخر مغاير لقانونها[١].

ووفقا لذلك، فالعلاقات ذات العنصر الأجنبي، على خلاف العلاقة الوطنية، يكون هناك مطالبة بتطبيق أكثر من قانون لدول مغايرة من بينها القانون الوطني، وهذا قد ينطوي على تنازع بين سيادات الدول التي على صلة بالعلاقة، وفي ذلك قد يستحوذ تطبيق القانون الوطني[٢] وحرمان الأطراف من مكنة الاتفاق على خلاف ما أشارت إليه قواعد الاختصاص الوطنية من تطبيق قانونها.

وقد كان لهذا الاتجاه الفقهي تأثير ملحوظ في ظل القوانين الوطنية المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ومنها على سبيل المثال، نص المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري بأنه " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"، وكذلك الحال في الطلاق والتطليق قانون جنسية الزوج عند إيقاع الطلاق، أو عند رفع الدعوى في التطليق، وقد جاءت المادة (١٤) من القانون المدني بنص عام لتطبق من خلاله القانون المصري على الرغم من خضوع العلاقة لقانون

---

(١) **A. Pillet,** Traité pratique de droit international privé, sirey 1923, P.101

(٢) انظر في ذلك، **د/ احمد عبد الكريم سلامة** ، القانون الجنائي الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة في ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص وقانون العقوبات الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٨، ص١٧٧

أجنبي ، وذلك إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، وتطبيقا لذلك، فقد اعتد المشرع المصري بفكرة السيادة لقانونه الوطني عن باقي القوانين الأجنبية المتزاحمة في العلاقة الخاصة الدولية، بجعله الأولوية والأسبقية في التطبيق لقانونه المصري، وامتدادا لنطاق الدولة الإقليمي أو الشخصي.

المطلب الثاني

الاتجاه الحديث المؤيد لتطبيق قانون الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية

تعتبر قاعدة قانون الإرادة وسيلة من الوسائل الفعالة في ميدان العقود الدولية، حيث إن قاعدة خضوع العقد الدولي لأحكام القانون المختار، تقتضي التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق احتراما لمبدأ سلطان الإرادة، الذي لا يطبق فقط في نطاق العلاقات الداخلية أو الوطنية، وإنما يجد مجالا خصبا للتطبيق في العلاقات الخاصة الدولية[1] .

وتقوم فكرة الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، لتحديد كافة الآثار القانونية الناشئة عن العقد، والتي من بينها تحديد قانون العقد، والمقصود بالإرادة في هذا المجال، الإرادة المشتركة لطرفي العقد الدولي، وليس الإرادة المنفردة لإحداهما.

وبناء على ذلك، فنتناول في ظل هذا الاتجاه في البداية مضمونه، ثم المبررات التي يستند عليها.

([1])**Carlier (J.Y.),** Autonomie de la volonté et statut personnel, cah. Dr. Maqh. Vol. 1, 1995, P.13.

الفرع الأول

مضمون الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون الإرادة

تعتبر قاعدة قانون الإرادة من أهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مما أدى إلى انتشارها والنص عليها في غالبية النظم القانونية الدولية والداخلية، كما تعتبر هذه القاعدة من أكثر قواعد الإسناد ملاءمة لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال العقود الدولية. وتستند في الأساس على أن العقد الدولي يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية لإرادة أطرافه، فالإرادة هي التي توجد العقد على الكيان المادي وأساس قوته الملزمة، حيث إن الإرادة تستمد قوتها من ذاتها، وليس من أية قوة خارجية عنها، كذلك بالنسبة للعقد الدولي لا يستمد قوته الملزمة من أية سلطة غير سلطة إرادة أطرافه منذ لحظة إبرامه إلى تنفيذ آثاره، وسلطة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي ليست سلطة مطلقة، وإنما محكومة بقيود تتعلق بالصالح العام والنظام العام في الدولة المراد تنفيذ العقد فيها[1] .

وبالنظر لمجال تطبيق قانون الإرادة ، فلم يقتصر على مجال العقود الدولية ، وإنما يمتد بالتطبيق رويدا رويدا إلى مجالات أخرى بخلاف مجال الالتزامات العقدية، كمسائل المسئولية التقصيرية ومسائل الأحوال الشخصية،

---

(1) **د/ هشام صادق**، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص٦٤٥ بند ١٨١، **د/ عز الدين عبد الله**، القانون الدولى الخاص، الجزء الثاني فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص٨١٤، ٨٢٥، **د/ فؤاد رياض صالح**، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٤، ص٦٤٥ ، **سلطان عبد الله محمود الجوارى**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص١٢٢

- **Paul lerebours – Pigeonniere**, Precis de droit international privé, ed, 1973, paris, P.280- 281, **Batiffol (H.)**, Traite elementaire de droit international privé, 6 ed, 1976, Paris.

بحيث يسمح النظام المعاصر باختيار القانون الواجب التطبيق في هذه المعاملات عندما تتصف بالصفة الدولية[١].

فقد رأى الأستاذ / جان إيف كارلية ، في مطولة قانون الإرادة والأحوال الشخصية، أن مجال تطبيق قانون الإرادة هو العلاقات التعاقدية، إلا أنه قد أفسح القانون الدولي الخاص في ألمانيا مكانا لقانون الإرادة في الأحوال الشخصية[٢].

فبالنسبة لإعمال قانون الإرادة وإفساح مجاله للتطبيق على مسائل المسئولية التقصيرية، وما يترتب عليها من التزامات ، فقد ظهرت محاولات فقهية عديدة[٣] تنادى بمد العمل بقانون الإرادة Lex volunatis المعمول به بشأن العقود الدولية وتطبيقه على ما ينشأ من الالتزامات الناجمة عن العمل الضار، وتأثرت بعض الدول حديثا بقانون الإرادة في مجال الالتزامات غير التعاقدية، وتبنته كبديل للقانون المحلى، شريطة ألا يخالف قانون الإرادة النظام العام، بمعني: أن النظام العام يشكل قيدا على حرية الإرادة في مسائل المسئولية التقصيرية[٤].

---

(١) **Goldstein (G.),** L'autonomie de la volonté dans le statut personnel, chron. Bibliographiques, P.201.

(٢) **M. Jean – Yves Carlier**, juriste belge, éveille la curiosité de lecteur situe de l'autre coté de l'Atlantique, interessé par le droit international privé.

- **Carlier (J.Y.)**, Autonomie de la volonté et statut personnel, Bruylant, Bruxelles, 1992.

(٣) **Bourel (P.)**, De ratachement de quelques délites spéciaux en droit international privé, R.C.A.D.I. 1989, Tome II, P.253 ets, P.299., **Betizke (G.)**, Les obligation delictuelles en droit international privé, R.C.A.D.I., 1965, Tome II, P.72.

(٤) الكثير من مسائل المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام في الدولة، وفى هذا الإطار لا يجوز الاتفاق على تنظيم مسائل المسئولية التقصيرية ، لأن النظام العام يشكل قيدا عليها، فمثلا لا يجوز التنازع عن الحق في التعويض قبل حدوث الفعل الضار، وبخلاف المسائل المتعلقة بالنظام العام يجوز الاتفاق بين طرفي المسئولية من مرتكب الفعل الضار والمضرور على تنظيم ما ترتبه المسئولية بينهم، وتحديدا بمحض إرادة الأطراف وتطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية، اقتناعا منهم أن هذا القانون يحقق

أما بالنسبة لإعمال قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، والذي يعد حجر الأساس في بحثنا هذا، فقد ظلت مسائل الأحوال الشخصية دهرا من الزمن رهينة بضابط الجنسية والذي يحدد القانون الذي يحكم آثار الميراث، والوصية، والزواج، وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الوضع الآن ، قد تغير جذريا، ودفع الفقه [1] بإفساح المجال لقانون الإرادة وسلطانها لاختيار القانون الذي يطبق على مسائل الأحوال الشخصية، فقد أُثير خلال عام ١٩٦٦ من جانب الفقيه Von overbeck الذي كرس لفكرة La professioiuris ، وفى عام ١٩٧٥ احتجت Catherine labrusse – Riou أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي بإمكانية اختيار قانون الإرادة وسلطانها كقاعدة تنازع في مجال الأحوال الشخصية في مواجهة ظاهرة الهجرة[٢].

وقد تناولنا فيما سبق مسائل الأحوال الشخصية، كالمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وما يترتب عليه من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين والمهر ، والنظام المالي بين الزوجين، والفرقة بينهما كالطلاق والتطليق والخلع، والعلاقة بين الأصول والفروع ، كالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والالتزام بالنفقة للأقارب ، وتصحيح النسب والولايا والوصاية والحجر ، والإذن بالإدارة، وأحكام المفقود والغائب ،

مصالحهم ويتفق مع رغباتهم وميولهم، انظر في ذلك لرسالتي للدكتوراه، تحت عنوان إشكاليات المسئولية التقصيرية في ضوء القانون الدولي الخاص الالكتروني، مقدمة لكلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠١٥ ، ص١٧٦

(١) للنظر في الاتجاه المدافع عن قانون الإرادة، وإعمالها فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية :

GOLDSTEIN (G.), L'autonomie de la volonté dans le statut personnel, Article Precité, P.203. **CARLIER (J.Y.)**, Autonomie de la volonté et statut personnel..op.cit, P.309.

(٢) **Carlier (J.Y.)**, op.cit, P.14

وما يتعلق بالمنازعات الخاصة بالمواريث و الوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت[١].

وفى مجال إعمال قانون الإرادة فيما يتعلق بالمسائل السابقة، فيتفق الاتجاه الفقهي السابق، والمرجح لدور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية ، على أنه من المتصور أن يوجد الاتفاق من الأطراف على خضوع ما يتعلق بالنواحي العائلية والشخصية لقانون مغاير للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، نابع من إرادة حرة لأطرافه، وتجدر الإشارة إلى أن هناك عديدًا من النظم القانونية تقبل إعمال قانون الإرادة بالنسبة لكافة الروابط القانونية، وعدم قصر مجالها على الالتزامات العقدية أو التعاقدية[٢].

وفيما يتعلق باختيار الأطراف لقانون ما يطبق على علاقاتهم الزوجية أو نظام الأموال بينهما، فقد اقر الفقه والقضاء الفرنسيين قبول مثل هذا الاتفاق شريطة تقييده بقيدين [٣] :

" ١- أن يرد الاتفاق على حق من الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، فإن لم يكن الأمر كذلك لما أمكن قبول هذا الاتفاق، ولهذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قضت في ٢٠ أكتوبر ١٩٨٧ بأن القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة للزوجين، والمنصوص عليها في المادة ٢١٢ وما يليها من القانون المدني الفرنسي تعتبر ذات تطبيق إقليمي، ويعني أن القواعد

---

(١) المادة (١٣) من القانون المصري الخاص بنظام القضاء رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩

(٢) مانص عليه القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩٤٨ في المادة (٩) :

" Les parties sont autorisées à soumettre leur rapport de droit à une legislation déterminée pourvu que ce rapport ait des relation significatives avec la législation choisie et que le choix ne soit pas contraire aux règles imperatives des législations auxquelles le rapport de droit dont il s'agit est soumis d'après les dispositions du présent chapitre".

(٣) انظر فى ذلك ، **د/ اشرف وفا محمد** ، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف (نظام الاتفاق الإجرائي)، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى، ص١١٩

المقررة في هذا الشأن تتعلق بحقوق لا يملك الأطراف التصرف فيها، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق بشأنها على القانون واجب التطبيق[1].

٢- يتعين أن يكون الاتفاق بين الزوجين على القانون واجب التطبيق اتفاقا صريحا لا لبس فيه أو غموض ".

وبالنسبة لوقت اختيار الزوجين للقانون الواجب التطبيق على ما ينشأ بينهما من منازعات ، فقد يكون قبل إبرام عقد الزواج ذاته، أو أثناء الحياة الزوجية، أو بعد حدوث النزاع بينهما.

واتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية له ما يبرره، فبمقتضى الاتفاق السابق، سيؤدى إلى التقليل من حالات الدفع بالنظام العام، لأن القانون الواجب التطبيق والتي تشير إليه قاعدة التنازع التقليدية قد يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، بتطبيق قانون دولة أجنبية قد يتعارض مع المبادئ الرئيسة والأسس الحيوية والجوهرية في دولة القاضي، ومن ثم يتم استبعاده لتعارضه مع النظام العام بدولة القاضي، على عكس الحال وخلاف الأمر، فقد يترتب على السماح للأطراف باختيار القانون المطبق على مسائلهم الشخصية والعائلية التقليل من حالات الدفع بالنظام العام لمعرفتهم المسبقة بأحكام هذا القانون الواجب التطبيق، بل يزيد الأمر، بأنه قد يكون القانون المختار من قبل الأطراف قانون القاضي ذاته.

وقد استند الفقه المؤيد لتعاظم دور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية للعديد من المبررات والحجج، لترسيخ نظريتهم ومبدئهم القانوني، والخروج عن تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد التقليدية، والمتمثل في الغالب بالقانون الشخصي.

---

(1) " Les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des epoux enoncées par les articles 212 et suivants du code civil sont d'application territotiale". V.cass. 20 octobre 1987, Revue gitique de droit international privé, 1988, P.540 . مشار إليه، المرجع السابق، ص١١٩

الفرع الثاني

مبررات الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون الإرادة

وجد العديد من المبررات التي ساقها الاتجاه الفقهي حول إقحام الإرادة في مجال الأحوال الشخصية ، وترسيخ اتفاق الأطراف وجعله الدور الحيوي في عقد الاختصاص بهذه المسائل للقانون المتفق عليه، والبعد كل البعد عن القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد التقليدية، ومن هذه المبررات والحجج، التخفيف من الطابع الآمر لقواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، بالإضافة لهجر نظرية السيادة المطلقة، واستخدام الإرادة في تركيز العلاقة محل النزاع .

١- التخفيف من الطابع الآمر لقواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الأحوال لصالح قانون الإرادة:-

القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية عموما والمتمثل في القانون الشخصي، يتم تحديده وفقا لقواعد الإسناد التقليدية، والتي يضعها المشرع الوطني، والتي ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على المنازعات بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي[١]، فوفقا للعلاقة ذات الطابع الدولي، والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون، كل منهما صالح للتطبيق وحكم العلاقة، ويتعين على القاضي اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة بواسطة قاعدة التنازع أو قاعدة الإسناد.

ويأخذ الفقه على قاعدة الإسناد أنها صعبة الاستخدام ، حيث يتطلب لمعرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية، القيام بمجموعة

---

(١) **NIBOYET (J.P.),** Cours de droit international privé francais, sirey, 2 eme ed, 1949, N.390, P.349., **Paul GRAULICH,** Principe de droit international privé, librairie, Dalloz, 1961, N.25, P.27., **AUDIT (B.)**, droit international privé, ECONOMICA, 3 ed, 2000, P.82 et 83. , **Clavel (S.)**, droit international privé, Hyper cours, DALLOZ, 2009, P.45 et 46.,

من العمليات الفنية المعقدة، منها تفسير ضابط الإسناد والتكييف القانوني للمسألة، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق [١]، بالإضافة لذلك فمنهج التنازع يقود إلى عدم إمكان توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني، بمعنى: أنه لا يكفل تحقيق عنصر الأمان القانوني Le securite juridigue، حيث يؤدى إعماله في بعض الأحيان إلى نتائج غير مرغوب فيها، فكل ما تهتم به قاعدة التنازع هو تحديد القانون الواجب التطبيق، دون أن تلقى بالا إلى نتائج إعمال هذا القانون، وأخيرا، قد يترتب على إعمال قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي قد يتعارض بطريقة صارخة مع الركائز الأساسية، والثوابت الرئيسة والمقومات العليا، والمفاهيم الراسخة في مجتمع القاضي ونطاقه القانوني[٢] مما يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى تعارض مع النظام العام أو الآداب في بلد القاضي.

وإعمال قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية وإفساح النطاق لسلطان إرادة الأطراف، من شأنه أن يخفف من حدة النقد الموجه للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، فمن ناحية عندما يُقدم الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم مسائل الأحوال الشخصية، وما يترتب عليها من منازعات، فإن هذا يعد بمثابة قانون معروف من قبل الأطراف، وليس بغريب عنهم،ويعنى أن قانون الإرادة يعبر عن مبدأ القرب أو الجوار Proximite : بمعنى أن الاختيار من قبل الأطراف ينبغي أن يتم من بين عدة قوانين كالقانون الوطني، أو قانون الموطن المعتاد أو قانون الإقامة المعتادة أو

---

(١) للنظر حول عناصر قاعدة التنازع وصعوبة إعمالها انظر، **د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي**، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي)، بدون دار نشر، ١٩٩٠

(٢) **Bucher (A.),** L'ordre public et le social des lois en droit international privé, R.C.A.D.I., 1993, Tome II, P13., **Hammje**, droit fondamenteux et ordre public, Rev crit, 1997, P.1 ets. **, Gutmann (D.),** droit international privé, cours Dalloz, 2000, N122, P.92.

القانون الذي يختاره القاضي، على اعتبار أن اى من هذه القوانين يكون الأقرب لحكم المسألة الشخصية[١].

على عكس الحال، فالقانون الأجنبي المشار إليه بمقتضى قاعدة الإسناد، قد يكون قانونًا غير مرغوب فيه من قبل الأطراف، ولا يلقى قبولا لديهم، ويعتبر بمثابة تعدي على عنصر الأمان القانوني المرجو من قبل الأطراف.

ومن ناحية ثانية ، قد يترتب على تطبيق القانون الأجنبي المساس بالنظام العام في دولة القاضي، مما يستتبع استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله[٢] ومثال لذلك، استبعاد أي قانون أجنبي من شأنه المساس بالنظام العام واصطدامه بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والدينية لمجتمع القاضي، كعرقلة النظام العام بتطبيق القانون الأجنبي الذي تقوم بعض قواعده على أسس عرقية أو عنصرية، كالقانون الأجنبي الذي يمنع الزواج من السود، أو منع زواج القساوسة، أو القانون الأجنبي الذي يفرض شروطا شكلية معينة تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، والتي تعتبر الزواج نظاما مدنيا ، كما هو الحال في مصر، ومن ثم يتعين على القاضي استبعاد كل ما من شأنه المساس بهذه الطبيعة المدنية، مع مراعاة جنسية وديانة طرفي الزواج[٣]، وهذا على عكس الحال في اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، فالقانون المتفق عليه من قبل الأطراف يأتي متماشيا مع مقتضيات النظام العام والأسس الجوهرية في دولة القاضي، لمعرفة الأطراف المسبقة بهذا القانون، بل قد يزيد الأمر

---

(١) **Carlier (J. Y.)** , op.cit, P.14

(٢) **د/ عز الدين عبد الله**، قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري (المرجع السابق)، ص٨٠

(٣) **د/ رشا على الدين**، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠، ص٧٩

بأن يكون القانون المتفق عليه من قبل الأطراف، هو في ذات الوقت قانون القاضي.

ومن ناحية ثالثة: لا نستطيع أن نجزم بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النزعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية يؤدي دائما إلى إنكار الطابع الآمر للقوانين الداخلية، بمعنى: أن الإرادة لا تقوى على الخروج عن القواعد الآمرة، مما يرتب نتائج على مثل هذا الاختيار، فإذا استمدت قدرة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد في دولة القاضي، سمي هذا بالاختيار التنازعي، لأنه يخضع اتفاقهم لأحكام القانون[1]، ومثال لذلك بعض النظم القانونية تجعل من اتفاق الأطراف للقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، وما يتعلق بها من منازعات، يدور في فلك القانون وينبع من قوته، وبمقتضي ضوابط إسناد معينة مثل الموطن أو محل الإقامة المعتادة أو الجنسية، فوفقا للمادة (٩) من القانون المدني الإسباني لعام ١٩٩٠ تنص على أكثر من قانون لحكم آثار الزواج، ويمكن بمقتضاها للزوجين الاختيار من بينها، ويتمثل في قانون الموطن المشترك للزوجين ، وقانون محل الإقامة المعتادة لأحدهما[2].

من ناحية أخيرة، قد يترتب على إفساح المجال للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، التخفيف من القواعد الجامدة التي تحيط المتعاملين في إطار العلاقات ذات الطبيعة

---

(١) **حواء فرج محمد**، مدى كفاية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة بني غازي ليبيا، ٢٠٠٠ ، منشور عبر الموقع الالكتروني http://search.mandumah.com/Record/832118

(٢) للنظر حول احكام هذا القانون، راجع :

BORRAS (A.), Commentaire de la loi Espagnole 11/90 du 15 octobre 1990 concernant du code civil, en application du principe non discrimination en raison du sex, Rev. crit, 1991, P.624 ers.

الخاصة الدولية، وعلى وجه الخصوص مسائل الأحوال الشخصية، والتي تتبني أساسا على قدر كبير من الحرية والاختيار، ومثال لذلك حرية اختيار الزوج، والاسم، والقانون الملائم للنظام المالي للزوجية وغيرها، وعندما تتدخل الإرادة يزول الجمود المحيط بالإسناد في العلاقات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وبالتالي فإعمال سلطان الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، قد يحقق العديد من الغايات الموضوعية التي تتفق مع طبيعة هذه المسائل، كنظام توزيع التركات واختيار اسم الشخص، ولا ينال هذا من الطابع الآمر لقواعد التنازع، طالما كان بعيدا عن مقتضيات النظام العام .

٢- مقتضيات المعاملات الدولية بين الأفراد:

شهد العالم في أواخر القرن العشرين تطورا ملحوظا في وسائل المواصلات والنقل والاتصالات، وترتب عليه أن أزيلت كافة العقبات التي تعترض سبيل التواصل الاجتماعي بين الأفراد داخل الدول، وانتقالهم من دولتهم لدول أخرى يقطنون بها ويستقرون ويدخلون في علاقات مع غيرهم من مواطني الدول الأخرى، سواء كانت هذه العلاقات أو المعاملات تجارية أو عائلية وشخصية كالزواج وغيرها.

كذلك حدث تطور سريع في القانون الداخلي للأسرة، نحو المزيد من تحرير الأفكار ، كما أن الدولة لا تتدخل في مجال العلاقات الشخصية داخل الأسرة سوى في حدود التصديق على اتفاقاتهم، وتسوية الخلافات الزوجية، بينما تترك للأفراد الحرية، خاصة مع غلبة طابع الألفة على مثل هذه العلاقات[١].

(١) **Goldstein (G,),** L'autonomie de la volonté dans le statut personnel….op.cit, P.203.

وترتب على ذلك أن كل دولة تلتزم بأن تزيل العقبات التي تقف أمام تدعيم المعاملات، وتعترض نموها، وتلتزم بضمان مركز قانوني جيد للمعاملات التي تتم على إقليمها الوطني، طبقا لمبدأ المعاملة بالمثل، وغيره من المبادئ الدولية التي تقرر قدرًا من الحماية والرعايا للأجنبي على إقليمها، وذلك لتحقيق الأمان القانوني للأفراد وحماية مصالحهم عبر الحدود.

وهذا ما استتبع بالضرورة تغيير النظرة الدولية لمفهوم سيادة الدولة، نظرا لما طرأ من تطورات ملحوظة في مركز الأفراد عبر الحدود ولضمان ازدهار المعاملات الدولية، فقد تم هجر نظرية السيادة المطلقة، والتي تعنى أن السيادة بحكم الضرورة، هي ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية انفرادية ومطلقة، وأن احترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يعد أساسًا جوهريا من أسس العلاقات الدولية [١]، فالدولة تمارس سلطة عليا على إقليمها في ممارسة اختصاصاتها سواء الداخلية أو الخارجية[٢].

---

(١) انظر في ذلك تعريف محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كورفو لعام ١٩٤٩ مشار إليه لدى **د/ عبد القادر القادري** ، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف بالقاهرة، ١٩٨٤

(٢) لنظرة عامة عن مفهوم السيادة Souveraineté

Bartrand Badi , Un Monde sans souverainete, fayard, paris, 1999, P.19, 20., **Pascal de vareilles – sommières,** compétence internationale de l'Etat en droit international privé, Thèse paris, L.G.D.J. 1997, P.31., **Buisson (ph.),** la notion de for exorbitant, these dacty paris, II 1996, P.210., **Mayer (P.)** , L'Etat et le droit international privé, Rev. Droits, n161992, P.33., **Pataut (E.)**, principe de souveraineté et conflits de jurisdictions, thèse paris, L.G.D.J. 1999, P.304

فداخليا تتمتع السيادة بمضمون ايجابي من خلال سموها بالنسبة لأفراد المجتمع، ويتضمن ذلك من احتكار الدولة وسلطتها المطلقة في وضع القوانين والأنظمة والاحتكار التشريعي، أما من جهة الخارج فإن مضمون السيادة يصبح سلبيا، وذلك بعدم قبول أية سلطة أعلى منها، وتعني أن الدولة وسلطتها لا تقر سلطة فوقها ، ولا تتقيد في النطاق الدولي إلا من خلال أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي عقدتها الدولة بنفسها ورضت بأحكامها، انظر في ذلك ، **د/ أحلام نوارى**، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية ، دفاتر السياسة والقانون ، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢٦ منشور عبر الموقع الالكتروني http://search.mandumah.com/Record/832118

ولكن تطور العلاقات والمعاملات الدولية على مر الزمن، حمل معه تعديلا على نطاق السيادة المطلقة Souveraineté absolue بصورة تدريجية، حيث إن السيادة الوطنية في الوقت الراهن قد اهتزت، لكونها عرفت العديد من التحديات على صعيد العديد من القطاعات، والتي من أهمها الاجتماعي والاقتصادي، سواء أرادت الدولة أم أبت، والتحول للسيادة النسبية للدولة، مما استلزم التمييز بين السيادة كمفهوم قانوني يتمثل في الاعتراف للدولة قانونا بحقها على قدم المساواة في أن تتخذ ما تراه مناسبا من قرارات، أو سياسات تكفل لها حماية مصالحها الوطنية، وبين فكرة السيادة كواقع سياسي تفرضه ضروريات التعايش بين الدول والقدرة الفعلية على حماية رعاياها وحقوقهم على نحو كفالة الضمانات الدولية التي تمكن لاحترام حقوق وحريات مواطنيها في الخارج، وتكفل عدم انتهاكها من جانب الحكومات الوطنية [1]، ومن ذلك فإن فرض قانون دولة معينة على رعايا دولة أخرى، قد يشكل مساسا بحقوقهم الجوهرية والأساسية.

ونظرا لذلك فالسيادة قد لحقها التغيير بشكل ملموس منذ منتصف القرن العشرين، بعد أن كانت مجرد فكرة قانونية مجردة لفترة طويلة محاطة بهالة من القدسية، مما ترتب عليه أن يكون لإرادة الأفراد دور في مجال الاختصاص القانوني، والخضوع للسلطة التشريعية لدولته أو لدولة أخرى، والتخفيف من غلواء قواعد تنازع القوانين التي تهدف إلى تحديد مجال السلطة التشريعية، وتدور في فلك السيادة الوطنية مقابل السلطات التشريعية لسيادات الدول الأخرى.

وفى مجال الأحوال الشخصية، ولتزايد حركة المعاملات الدولية بين الأفراد، فقد تزايدت في الآونة الأخيرة فكرة الزواج المختلط بين جنسيات مختلفة، والناتج عن الانتقال عبر حدود الدول، بالإضافة لحركة انتقال رؤوس

([1]) **د/ ممدوح محمود نصر**، العولمة ، دراسة في المفهوم والظاهر والإبعاد، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٤٣، ٤٥

الأموال ذهابا وإيابا عبر الدول والناتجة عن التصرفات المضافة لبعد الموت من ميراث ووصية، استتبع ذلك، السعي وراء إقرار قاعدة للإسناد تتفق عليها معظم دول العالم وتتماشي مع النظم القانونية المختلفة لهذه الدول، كي تؤدى دورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية .

٣- استخدام الإرادة في تركيز العلاقة محل النزاع :

إذا كان لأطراف العلاقة التعاقدية أن يختاروا بمحض إرادتهم القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقودهم والتزاماتهم التعاقدية، فليس هناك ما يمنع من مد العمل بقانون الإرادة المعمول به بشأن العقود الدولية وتطبيقه على ما ينشأ من منازعات ناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية، حيث يري جانب من الفقه، أن انطلاق قانون الإرادة يشكل نتيجة حتمية للحرية التي تحظى بها إرادة أطراف العقد في القانون الداخلي، وعلى وجه الخصوص في مجال الأحوال الشخصية، وحرية الاختيار تشكل العنصر الأساسي والجوهري في فعالية تسوية العلاقات الأسرية الدولية(١).

وذلك حالة مساهمة قانون الإرادة في تركيز العلاقة القانونية في قانون معين، ففي مجال الأحوال الشخصية، يختار الأطراف ما بين قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها أو قانون محل الإقامة المعتادة، ويلزم في هذا تطبيق القانون الذي يعبر بشكل واضح وصريح على تركيز العلاقة وارتباطها بروابط وثيقة بدولة معينة(٢)، وهذا ما سبق وأن قال به الفقيه سافيني Savigny بأن " يخضع القانون الواجب التطبيق على كل رابطة قانونية لسلطان الإرادة الحرة

---

(١) **Wautelet (P.)**, Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationals, http://orbi.uliege.be/handle.

(٢) **CARLIER (J.Y.)**, Auonomie de la volonté et statut personnel, étude prospective de droit international privé, Bruylant, Bruxelles, 1992, P.309.

للأشخاص المعنيين، حيث يخضعون بإرادتهم الحرة لقانون محدد، بالرغم من أن هذا التأثير غير مطلق"[١].

وتطبيقا لذلك، فقد نصت اتفاقية لاهاي الصادرة في ١٤ مارس لعام ١٩٧٨ والمتعلقة بالنظام المالي للزوجية، في المادة الثالثة على أنه " يخضع نظام الزواج للقانون الداخلي الذي حدده الزوجان قبل الزواج ، ويمكن للزوجين فقط تحديد أحد القوانين التالية:

أ- قانون الدولة التي يكون فيها أحد الزوجين مواطنا وقت التعيين.

ب- قانون الدولة التي يقيم في إقليمها أحد الزوجين إقامة عادية عند التعيين.

ج- قانون الدولة التي يقيم في إقليمها أحد الزوجين إقامة اعتيادية جديدة بعد الزواج[٢].

ويترتب على تركيز قانون الإرادة في تركيز العلاقة القانونية، اتفاقها مع توقعات الأطراف وارتباطها بالواقعة القانونية، نظرا لصلة القانون المختار

---

(١) ' Le droit applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonte libre des personnes interessées, qui se soumettent volontairement à l'emprise d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée".

- F.C. Von Savigny, "system des Heutigen romischen Rechts" traduction Guenoux, Paris, Firmin Didot fréres, 1851, P.110.

(٢) Article (3) le régime matrimonial est soumis à la loi interne designée par les epoux avant le marriages.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes:

1- la loi d'un Etat don't l'un des époux a la nationalité au momente de cette désignation .

2- la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

3- la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établire une nouvelle résidence habituelle après le marriage. Par http://www.hcch.net

الوثقى بالمسألة، مما يجعله أقدر القوانين بحكمها، وأجدرها إقامة للتوازن بين مصالحهم[١] .

غير أن هذا الرأي ينطوي على مغالطة كبيرة " فتارة ينادى بقصر دور الإرادة على تركيز العلاقة، ولكن بالنظر للضوابط الشخصية المستقاة من الجنسية المشتركة أو قانون محل الإقامة المعتادة، وحتى في هذه الحالة كان عليه أن يشير إلى قانون محل إقامة أحد الطرفين أو كليهما، وتارة أخرى ينادي بتطبيق القانون الذي يعبر عن تركيز العلاقة في دولة معينة أو التركيز المكاني للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"[٢].

٤- تراجع ضوابط الإسناد التقليدية بمسائل الأحوال الشخصية لصالح قانون الإرادة :-

تتمثل ضوابط الإسناد التقليدية المعهود من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية في الجنسية والموطن، وتتم المفاضلة بينهما على حسب المعايير والأسس التي تعتنقها الدول وتأخذ بها، بحيث تقف ضوابط الإسناد التقليدية عائقا أمام اختيار الأطراف لقانون يحكم ما ينشأ من منازعات متعلقة بأحوالهم الشخصية .

وقد ظل ذلك أمدا طويلا من الزمن، إلا أن الوضع قد تغير في الآونة الأخيرة بتنامي فكرة الاستعانة بضوابط إسناد أخرى، وإقرار دور قانون الإرادة.

ويرجع ذلك التغيير إلى أمرين، الأول: فكرة الرابطة الوثيقة، والتي من خلالها يتم تركيز العلاقة الدولية في مكان معين، وتعتمد على التركيز المكاني في إقليم معين، كاختيار الأطراف مابين قانونهم الوطني أو قانون محل

---

(١) **Carlier (J.Y.)**, op.cit, P.15.

(٢) **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل** ، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢١٠٤، ص٦٦

الإقامة المعتادة، ويستتبع ذلك وجود رابطة وثيقة بين الشخص والقانون المختار[١].

الأمر الثاني، تأثير بعض المبادئ الأساسية والتي سادت في العصر الحديث على ضوابط الإسناد التقليدية المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومنها مبدأ المساواة والحرية والتطور الملحوظ في حقوق الإنسان[٢]، وترتب على هذا أن الإرادة أصبح لها دور فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، كالزواج والتبني والتطليق وغيرها، ويجب الاعتراف لها من باب أولى في تحديد القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية والمطبق عليها[٣].

---

(١) **Th. Vignal**, Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005, P.221.

(٢) هذا ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر لعام ١٩٤٨

(٣) تعرض هذا الرأي للانتقاد ، لأنه يحدد الحريات والحقوق، وتعلقها بمسائل الأحوال الشخصية في مجتمع معين ، ألا وهو المجتمع البلجيكي، والذي يسمح بعدة أمور قد تعد غير مقبولة بالنسبة لمجتمعات أخرى، كالزواج من نفس النوع والزواج المثلي، وهذا غير مقبول ويتعارض تعارضا صارخا مع النظام العام في المجتمعات الإسلامية، انظر في ذلك، **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل**، مرجع سابق، ص٦٠

المبحث الثاني

الموقف من دور الإرادة في مسائل الأحوال الشخصية في الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة والعربية

ذكرنا سابقا أن المجال الأصيل لسلطان الإرادة ، واتفاق الأطراف، هو الالتزامات التعاقدية، فإن من المتصور أن يوجد مثل هذا الاتفاق في مجالات أخرى لقواعد تنازع القوانين ، كمسائل المسئولية التقصيرية ، ومسائل الأحوال الشخصية، وتجدر الإشارة إلى أن هناك من القوانين ما تفسح مجال إعمال قانون الإرادة لكافة الروابط القانونية، وعدم قصرها على المجال التعاقدي[١].

والسؤال الذي يطرح نفسه، ما موقف كل من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بالنسبة لإرادة الأطراف وحريتهم في اختيار القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية؟ هل أيدت وأكدت على حرية الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية ؟ أم على العكس من ذلك، أخذت موقفا معاديا من قانون الإرادة؟ وهذا ما نتطرق للإجابة عليه لاحقا.

حيث إن إرادة الأطراف تحتل مكانة مهمة بالنسبة للآثار المالية للزواج، وهنا تتدخل الإرادة بصفة أساسية ، وإذا كانت إرادة الأطراف محصورة في حدود معينة، فإنها تقابل قاعدة الإسناد أو التنازع، وبالتالي يمكن استبعاد القاعدة الأخيرة لصالح إعمال إرادة الأطراف، ومن ثم، فلا عجب في القول باعتبار قانون الإرادة البديل عن قاعدة التنازع، على أن الأمر يختلف في ظل النظم القانونية الدولية أو الداخلية بالنسبة لمجالات الآثار الشخصية للزواج وانحلاله، حيث يظل قانون الإرادة دورا ثانويا[٢].

---

(١) كما تناولنا آنفا، للمادة (٩) من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر في ١١ مارس ١٩٤٨

(٢) **Gannagé (P.)**, la pénetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famile, Rev. crit. Dr. internat. Privé, 81-3-, 1992, P.445.

المطلب الأول

موقف الاتفاقيات الدولية والتنظيمات الأوربية من دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية

لقد كانت للتطورات التي ذكرناها أثر جوهري على صعيد العلاقات الدولية بصفة عامة من ناحية، بالإضافة لتأييد الفقه لدور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، مع انهيار الحجج والأسانيد التي ساقها الاتجاه التقليدي لضوابط الإسناد التقليدية، ترتب على ذلك تكريس الاتفاقيات الدولية والتنظيمات الأوربية لدور قانون الإرادة بصدد مسائل الأحوال الشخصية، فقننته نصوصها صراحة وفصلت أحكامه، على النحو التالي

الفرع الأول

الاتفاقيات الدولية تكرس دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية

أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية، منذ وقت مبكر نسبيا، دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، وخاصة دورها في اختيار وتحديد القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، ولاشك في أن اتخاذ هذا الموقف من قبل الاتفاقيات الدولية كان له أثر محمود في اتجاه كثير من التشريعات والنظم القانونية الداخلية إلى إقرار دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية[١].

والثابت في الفقه القانوني أن الاتفاقيات الدولية تعد أداة مهمة وفعالة في توحيد القواعد الموضوعية بين أطرافها، وبذلك تعد سبيلا للحد من ظاهرة تنازع القوانين، والقواعد الاتفاقية كثيرة في الواقع العملي، وسنكتفي في هذا الصدد، تجنبا للإسهاب باتفاقيات محددة كاتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨...

أولا: اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ :

اتفاقية لاهاي الصادرة في ١٤ مارس لعام ١٩٧٨ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجية[٢].

---

(١) **Gannagé (P.)**, op.cit, P.439. 440.

(٢) أبرمت اتفاقية لاهاي بتاريخ ١٤/٣/ ١٩٧٨، ودخلت حيز التنفيذ والتطبيق بتاريخ ١٩٩٢/٣/١ ، وقد وردت هذه الاتفاقية في أربعة فصول، حدد الفصل الأول لمجال تطبيق

من الجدير بالذكر أن هذه الاتفاقية التزمت وبدرجة كبيرة بالمبدأ الأساسي الذي استلهمه القانون الفرنسي، حيث يخضع نظام الزواج لقانون مستقل، أي: القانون الذي يختاره الخصوم، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بأن الارتباط بإرادة الزوجين من حيث تحديد موضوع المصالح المالية لهم[١].

وقد أشارت المادة الأولى من الاتفاقية إلى نطاق تطبيقها ، وذلك بأن " تحدد هذه الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية ولا تنطبق على : ١- المحافظة على الالتزامات الزوجية ٢- تداول حقوق الزوج الباقي على قيد الحياة . ٣- أهلية الزوجين " .

ويتضح من هذا، أن الاتفاقية قد حددت نطاق ومجال تطبيقها على النظام المالي للزوجية، أو أنظمة الملكية الزوجية فقط، دون المسائل الخاصة بالنفقات والمواريث، فقد استبعدتها من مجال تطبيقها.

ويقصد بالنظام المالي للزوجين، مجموعة القواعد والأحكام التي اختارها كلا الزوجين، واتفقا عليها بإرادتهما، بوصفها نظاما ماليا يحكم حياتهما الزوجية، وهذا التنظيم الاتفاقي لا يتم إلا عن طريق عقد يسمى مشارطه الزواج Contrat de marriage[٢].

ومشارطه الزواج أو التنظيم الاتفاقي للنظام المالي للزوجين، يكون واجب التطبيق بين الزوجين ، حالة إذا أعلن كلا الزوجين صراحة أن حياتهما الزوجية تخضع لنظام مالي متفق عليه بموجب مشارطه الزواج، وبالتالي

الاتفاقية، وتناول الفصل الثاني للقانون الواجب التطبيق على مسائل أو أنظمة الملكية الزوجية، وعرض الفصل الثالث لبعض الأحكام المتنوعة مثل الجنسية المشتركة للزوجين، والدول التي يوجد بها عدة أقاليم وتخضع لأنظمة قانونية مختلفة أو تتعدد فيها الشرائع، ونظام تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، أما الفصل الأخير فيخصص للأحكام الختامية المتعلقة بالاتفاقية، مثل كيفية التصديق على الاتفاقية ونظام التوقيع عليها وتاريخ بدء سريانها وكيفية الانضمام إليها، وتتضمن على واحد وثلاثين مادة .

(١) **Mayer (P.), et Heuzé (V.)**, Droit international privé, 9 ed, Montchrestion, 2007, P.578, N.771.

(٢) للنظر حول عقد مشارطه الزواج Contrat de marriage ، انظر :
Pillebout (F.), contrat de marriage, 1 ed, J.C.P., 1993, P141

فاتفاقية لاهاي أعطت الأولوية لإرادة الزوجين لاختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، وفي حالة عدم اتفاق الزوجين تتولى الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي استنادا لضوابط مختلفة اعتمدتها الاتفاقية .

وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من الاتفاقية، بإعطائها الأولوية لاختيار الزوجين في تعيين القانون الذي يحكم النظام المالي للزوجية، وإفساح المجال جليا لمبدأ سلطان الإرادة، فنصت على أنه " يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الداخلي الذي يحدده الزوجان قبل الزواج، ويمكن للزوجين فقط تحديد أحد القوانين التالية:

١- قانون دولة جنسية أحد الزوجين عند إجراء الاختيار.

٢- قانون الدولة التي يقيم أحد الزوجين في إقليمها إقامة عادية عند التعيين والاختيار.

٣- قانون الدولة الأولى التي يقيم احد الزوجين في إقليمها إقامة عادية جديدة بعد الزواج

٤- وبالتالي ينطبق القانون المختار من الزوجين على مجموع أموالهما، ومع ذلك بالنسبة للممتلكات الثابتة (العقارات) أو بعضها، وسواء قام الزوجان بالتعيين وباختيار القانون أم لم يعين الزوجان القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، يتم اختيار قانون المكان الذي توجد عليه هذه العقارات، كما يمكنهم أيضا، إخضاع العقارات التي سوف يكتسبونها مستقبلا لقانون موقعها[1].

([1]) Article 3 " Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.

Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence

فيجوز للزوجين اختيار القانون الوطني لأحدهما ليطبق على أموالهم، أو كذلك قانون الموطن المعتاد لأحدهما، وبالتالي يجب تقدير الجنسية والموطن خلال لحظة تعيين القانون ذاتها،على أية حال، ويمكنهم كذلك اختيار قانون الدولة الأولى التي وجد بها الموطن المعتاد الجديد لأحدهما أو كليهما، حيث يكون الموطن المعتاد الجديد عقب الزواج، ومن المناط بالمحاكم في مثل هذه الحالة تحديد المدة الدونية لهذا الموطن(١).

أما إذا لم يحدد ولم يعين الزوجان لنظامهما المالي الذي يسرى على حياتهما الزوجية، ففي هذه الحالة ستتولى الاتفاقية تعيين القانون الواجب التطبيق، والذي يحكم النظام المالي للزوجية، فوفقا للمادة السابعة من الاتفاقية، فإن قانون الدولة التي يملك فيها الزوجان إقامة عادية هو القانون الواجب التطبيق، وهذا القانون الذي سيحدد التنظيم التشريعي الذي يخضع له الزوجان في نظامهما المالي.

ومجال تطبيق قانون محل الإقامة العادية للزوجين ينحصر في ثلاث حالات نصت عليها الاتفاقية:

١- يتم تطبيق قانون دولة محل إقامتهم المعتادة عندما تنشأ إقامتهما العادية في هذه الدولة، إذا كان كلاهما يحمل جنسية هذه الدولة، أو من الوقت الذي يصبح فيه كلاهما وطنيا في تلك الدولة.

---

habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens…….

https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions

(١) **Mayer (P.)**, et Henzé (V.), op.cit, P.580.

٢- يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة، حتى لو لم يكن الزوجان يتمتعان بجنسية هذه الدولة، إذا استمرت إقامتهما العادية بعد الزواج في هذه الدولة لمدة لا تقل عن عشرة سنوات.

٣- يطبق قانون محل الإقامة المعتادة بمجرد اكتسابهما هذه الإقامة في ذات الدولة، بدلا من قانون جنسيتهما المشتركة الذي يحكم نظامهما المالي، بسبب عدم اكتسابهما إقامة مشتركة في دولة واحدة بموجب الفقرة الثانية من المادة الرابعة البند الثالث[١].

وتطبيق قانون محل الإقامة المعتادة على النحو السابق، يتم النظر إليه باعتباره قواعد موضوعية دون تلك التي تتعلق بتنازع القوانين، فلا يتم إعمال قواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون دولة الإقامة العادية للزوجين، بل يتم إعمال قواعده الموضوعية، لأن مصطلح القانون الداخلي الوارد في المادة السابعة من الاتفاقية يدل على أن ما يطبق من قانون دولة الإقامة العادية للزوجين هو القواعد الموضوعية فقط، والتي تنطبق داخل إقليم الدولة، دون قواعد تنازع القوانين، والتي تشير إلي تطبيق قانون أجنبي يسري خارج إقليم الدولة[٢].

وبالنظر لموقف اتفاقية لاهاي لقانون محل الإقامة المعتادة، فقد أراد واضعوا الاتفاقية استبدال معيار المسكن الأول للزوجين بمعيار موضوعي

([1]) Article 7 "1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune, ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité, ou

2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans, ou

3. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3

https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions

([٢]) **د/ رعد مقداد محمود الحمداني**، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ص١٠٢

يسهل تحديد هويته، ألا وهو قانون محل الإقامة المعتادة، وقد كفل واضعوا الاتفاقية لقانون الجنسية المشتركة دورا احتياطيا، ويتميز قانون الإقامة المعتادة بالسهولة من حيث تحديد هويته، بالإضافة لكونه ذات طابع مادي صرف ولا يقتضي البتة البحث عن القصد[١].

وقد اعتدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي بالاختيار الصريح، وفى حالة عدم وجود شرط صريح في العقد، يمكن الاستعانة بالإرادة الضمنية للزوجين وفقا للمادة (١١) من استنتاج الاختيار من بنود العقد ذاته[٢].

ثانيا: اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ :-

اتفاقية لاهاي الصادرة في ٢ أكتوبر ١٩٧٣ المتعلقة بالاعتراف بالقرارات الخاصة بالتزامات النفقة وإنفاذها، قد عقدت لرغبة الدول الموقعة على هذه الاتفاقية في وضع أحكام مشتركة، تحكم الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتزامات النفقة ونفاذها في إقليم هذه الدول، ورغبة منها في تنسيق هذه الأحكام، والأحكام الخاصة باتفاقية ١٥ ابريل لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالتزامات النفقة المتعلقة بالأطفال وإنفاذها، وتشمل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ بين طياتها سبعة فصول، يبدأ الفصل الأول، بنطاق الاتفاقية، من حيث السلطة المختصة بإصدار الحكم بالنفقة أو التسوية، سواء كانت سلطة قضائية أو إدارية، بالإضافة لنطاق تطبيق الاتفاقية بالنسبة للدول الأعضاء أو غير الأعضاء، حالة تعديل قرار تسوية سابق خاص بالنفقات إذا كان للشخص جنسية أو إقامة معتادة في إقليم الدولة العضو، ثم الفصل الثاني، ويتعلق بشروط الاعتراف وإنفاذ القرارات، والمتعلق بضرورة الاعتراف بالقرار الصادر في دولة متعاقدة أو نفاذه في دولة متعاقدة أخرى، كذلك لحالات رفض الاعتراف بالقرارات المتعلقة بالنفقة، حالة إذا كان الاعتراف بالقرار أو

---

(١) **Mayer (P.) et Heuze (V.)**, op.cit, N.777.
(٢) **Mayer (P.) et Heuze (V.)**, op.cit, N.772, P.579.

تنفيذه يتعارض بشكل واضح مع السياسة العامة والنظام العام للدولة المعنية والمراد تنفيذه على إقليمها، ويتناول الفصل الثالث إجراءات الاعتراف وإنفاذ القرارات، أم الفصل الرابع فيتعلق بأحكام إضافية تتعلق بالهيئات العامة، والفصل الخامس يتعلق بالمستوطنات، حيث أقر مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة للملتزم بالنفقة[١]، وجاء الفصل السادس بأحكام متنوعة،أخيرًا الفصل السابع وتضمن أحكامًا نهائية متعلقة بكيفية الانضمام للاتفاقية والانسحاب منها[٢].

وقد ظلت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٣ سارية التطبيق، إلى أن تم إلغاؤها بمقتضى بروتوكول لاهاي الصادر في ٢٣ نوفمبر لعام ٢٠٠٧، والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقات، والسبب في إلغاء اتفاقية لاهاي احتواؤها على قواعد تنازع صعبة التطبيق ومعقدة في إعمالها.

---

(١) الفصل الخامس : المستوطنات، تنص المادة (٢١) من الاتفاقية على أنه " يلتزم الحكم الصادر بالنفقة، والذي يكون قابلًا للتنفيذ في دولة المصدر أو الملقى على عاتقه الالتزام بالنفقة، بنفس الشروط التي تنطبق على المستحق للنفقة في إقليم دولته"

Article 21 "Les transactions exécutoires dans l'Etat d'origine sont reconnues et déclarées exécutoires aux mêmes conditions que les décisions, en tant que ces conditions leur sont applicables.".

https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions

(٢) الفصل السابع: أحكام نهائية : تنص المادة (٣٠) من الاتفاقية على أنه " هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع من قبل الدول الأعضاء في مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص في وقت انعقاد دورتها الثانية عشرة، تصادق عليه أو تقبله أو تصدق عليه، وتصدق عليه صكوك التصديق أو القبول أو الإقرار تودع لدى وزارة الشئون الخارجية في هولندا"
- كذلك المادة (٣١) تنص على أن " أية دولة أصبحت عضوا في مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بعد تاريخ انعقاده دورته الثانية عشرة او التي هي عضو في الأمم المتحدة أو في وكالة متخصصة هذه المنظمة، أو طرف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد تنضم إلى هذه الاتفاقية بعد دخولها حيز التنفيذ وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٥ "

Article 30 "La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Douzième session……."

https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions

وعلى الرغم من صدور التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ بتاريخ ١٨ ديسمبر لعام ٢٠٠٨ بشأن الولاية القضائية، والقانون الواجب التطبيق والاعتراف وإنفاذها والتعاون في المسائل المتعلقة بالالتزام بالنفقات، فقد اهتم هذا التنظيم بتحديد ولاية الاختصاص القضائي وتحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائي، فبعد أن نص على الاختصاص القضائي بالمسائل المتعلقة بالنفقات في الدول الأعضاء بصفة عامة، بمحكمة المكان الذي يقيم فيه المدعي عليه بشكل اعتيادي، ومحكمة المكان الذي يقيم فيه الدائن بشكل اعتيادي[1] سمح التنظيم للأطراف المتنازعة في مسائل النفقات باختيار المحكمة، وإعطاء الإرادة دورا فعالا وحيويا في مجال الاختصاص القضائي، فقد نصت المادة الرابعة من التنظيم على أنه "

١- يجوز للأطراف الموافقة على أن تكون المحكمة أو المحاكم التالية التابعة لدولة عضو مختصة بتسوية أية نزاعات في الأمور المتعلقة بالالتزام بالنفقات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما :

أ- محكمة أو محاكم دولة عضو يكون فيها أحد الطرفين مقيما بشكل اعتيادي.

ب- محكمة أو محاكم دولة عضو يحمل أحد الطرفين جنسيتها.

ج- في حالة الالتزام بالنفقات بين الزوجين :

([1]) Article 3 : **(Dispositions générales)**, "Sont compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres:

a) la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou

b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle, ou……."

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL

– المحكمة التي لديها اختصاص لتسوية نزاعهم في المسائل الزوجية .

– محكمة أو محاكم الدولة العضو التي كانت الدولة العضو في آخر مكان اعتيادي مشترك للزوجين لمدة لا تقل عن سنة واحدة.

٢– يجب أن يكون اختيار اتفاق المحكمة خطيا، أو بالوسائل الالكترونية، ويجب أن تكون الأخيرة معادلا للكتابة اليدوية.

٣– لا تسرى هذه المادة على أي نزاع يتعلق بالالتزام بالنفقات تجاه طفل يقل عمره عن ١٨ سنة....."[١].

ويتضح مما سبق، أن التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ بعد أن نص على الاختصاص القضائي الدولي في مسائل النفقات بصفة عامة وفقا لمحكمة

([1]) Article 4: **(Élection de for) "**1. Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles:

a) une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle;

b) une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité;

c) en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux:

i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou

ii) une juridiction ou les juridictions de l'État membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an….." https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL

المدعَى عليه، جاء بنص آخر يعطي مبدأ سلطان الإرادة مكانته واعتباره، بتخويل وإعطاء الأطراف في منازعات النفقات الحرية في اختيار المحكمة المختصة، ولكن التنظيم في الوقت ذاته، لم يشأ أن يترك إرادة الأطراف بدون قيد أو عاصم، فقد قيد اختيار الأطراف بعدة ضوابط يتم بمقتضاها اختيار المحكمة المختصة دوليا بالنزاع ، والعلة في ذلك، رغبة من المشرع الأوربي في وجود صلة ورابط جوهري بين المحكمة المختصة والنزاع المعروض عليها والمتعلق بمسائل النفقات، وهذا ما نبينه بشيء من التفصيل لاحقا خلال الفصل التالي.

أما فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل النفقات ، فقد أحال التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ لعام ٢٠٠٨ مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لبروتوكول لاهاي لعام ٢٠٠٧، حيث نصت المادة (١٥) من التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ على أنه " يحدد القانون المطبق على التزامات النفقة وفقا لبروتوكول لاهاي الصادر في ٢٣ نوفمبر لعام ٢٠٠٧ بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقات[١].

وبالنظر لبروتوكول لاهاي لعام ٢٠٠٧، والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات بالنفقات، فقد نصت المادة السابعة من البروتوكول على أنه " ١- مع مراعاة المواد ٣ : ٦ ، فإن للدائن والمدين بالنفقة أن يختارا في أي وقت أحد القوانين الآتية ليحكم الالتزام بالنفقة:

---

(١) نص المادة (١٥) من التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ في ١٨ ديسمبر لعام ٢٠٠٩ بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام في إطار الالتزام بالنفقات

Article 15 : **(Détermination de la loi applicable), "** La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé «le protocole de La Haye de 2007») pour les États membres liés par cet instrument.". https://eur-lex.europa.eu/legal-content

أ- قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد الأطراف بجنسيته وقت الاختيار.

ب- قانون محل الإقامة المعتادة لأحد الأطراف وقت الاختيار.

ج- القانون الذي تم اختياره من جهة الأطراف لحكم العلاقات المالية الزوجية، أو هذا الذي يجب تطبيقه فعلا لحكم هذه العلاقات.

د- القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم نظام التطليق، أو الذي يتم تطبيقه فعلا في هذا الشأن.

٢- هذا الاتفاق يجب أن يتم كتابة، أو بأية طريقة تمكّن من الاطلاع عليه لاحقا، مع توقيعه من قبل الزوجين.

٣- لا تطبق الفقرة الأولى على الالتزامات بالنفقة المتعلقة بالأشخاص الذين يقل سنهم عن ثمانية عشر عاما، أو البالغين الذين لا يستطيعون تقدير مصالحهم بسبب حالتهم الصحية، أو عدم توافر الكفاءة الشخصية لهم".

ويتضح من تحليل هذه المادة أنها وسعت من نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق، ليشمل عدة قوانين على النحو التالي، قانون الجنسية المشتركة للأطراف، أو قانون دولة محل الإقامة المعتادة للدائن أو المدين بالنفقة، أو الذي يحكم النظام المالي للزوجية أو التطليق.

بالإضافة لاشتراطها ان يكون هذا الاتفاق مكتوبا، بمعنى أن يكون اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق مكتوبا، والكتابة هنا للانعقاد وليس للإثبات، فبدون كتابة الاتفاق لا ينعقد الاختصاص للقانون، وهذا ما نص عليه البروتوكول عندما اشترط توقيع الاتفاق من قبل الزوجين، والعلة في ذلك، هي التأكيد على حرية الاختيار وعدم تعرضها لأي عارض أو مانع ينتقص أو يعدم هذه الإرادة، لحماية غير كاملي الأهلية والمتقدمين في العمر أو من أصابهم عارض من عوارض الأهلية.

بالإضافة لذلك ، فقد اعتد البروتوكول بكافة أنواع الكتابة، سواء الكتابة التقليدية أوالكتابة الإلكترونية، وساوى بينهما في الأثر المترتب عليها، والمتمثل في اختيار قانون معين ليحكم العلاقة، ولكن شريطة أن تكون الكتابة موقعة، سواء بالتوقيع المادي في الكتابة الورقية أو بالتوقيع الالكتروني في الكتابة الالكترونية التي تتم عبر الحاسوب أو بالبريد الإلكتروني.

ثالثا: اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٩:-

أبرمت اتفاقية لاهاي في أغسطس لعام ١٩٨٩ بشان القانون الواجب التطبيق على الميراث في ممتلكات المتوفين[١]، وتقرر هذه الاتفاقية مبدأ حرية اختيار القانون الذي يحكم نظام المواريث على عقارات المتوقي[٢].

فقد نصت المادة الخامسة من الاتفاقية ، على المبدأ المذكور والمتعلق بحرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق بأنه " ١- يجوز لأي شخص أن يحدد قانون دولة معينة ليحكم مجموعة أموال التركة وكامل ممتلكاته، ولن يكون التعيين نافذ المفعول إلا إذا كان هذا الشخص في وقت تعيينه أو وفاته من مواطني هذه الدولة أو كان يقيم عادة فيه (له بها محل إقامة معتادة).

٢- يعبر عن هذا التعيين في بيان يتم وفقا للمتطلبات الرسمية لترتيبات الملكية عند الوفاة، ويحكم القانون المختار والمعين وجود وصحة الرضاء بهذا الاختيار، إذا كان اختيار القانون أو التعيين غير صالح بموجب هذا القانون، يطبق القانون الذي يخضع له الميراث بموجب المادة (٣)[٣].

---

(١) لقد حررت الاتفاقية في اليوم الأول من أغسطس لعام ١٩٨٩ باللغتين الانجليزية والفرنسية، وكلا النصين متساويين في الحجية، في نسخة واحدة تودع في محفوظات حكومة مملكة هولندا، وترسل نسخة مصدقة عبر القنوات الدبلوماسية إلى كل دولة من الدول الأعضاء في مؤتمر لاهاي المعني بالقانون الدولي الخاص في موعد انعقاد دورتها السادسة عشرة، وتحتوي هذه الاتفاقية على واحد وثلاثين مادة .

(2) Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort

(٣) المادة (٣) :

١- يخضع الخلافة أو الميراث لقانون الدولة الذي كان يقيم فيه المتوفي وقت الوفاة ، إذا كان من مواطني هذه الدولة آنذاك.

٣- يقتضى تعديل هذا الاختيار أن يتم في ضوء الشروط الشكلية اللازم توافرها بشأن تعديل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

٤- وفقا لهذه المادة ، فإن اختيار القانون الواجب التطبيق على الميراث، يجب أن يفسر على أنه حكم يحكم التعاقد على كامل ما يمتلك المتوفي أو المورث أو جزء منها"[١].

وقد نصت المادة السادسة من الاتفاقية على أنه " يمكن للشخص اختيار قانون دولة معينة أو عدة قوانين لتحكم الأموال الخاصة بتركته، بيد أنه لا ينال هذا الاختيار من قواعد النظام العام والقواعد الآمرة في القانون الواجب

٢- يحكم الميراث أيضا قانون الدولة الذي كان يقيم فيه المتوفي وقت الوفاة، إذا كان مقيما هناك لمدة لا تقل عن خمس سنوات قبل وفاته مباشرة، ومع ذلك، وفى ظروف استثنائية ، كان من الواضح أنه كان على صلة وثيقة بالدولة التي كان عندها من رعاياها، ينطبق عليها قانون تلك الدولة.

٣- وفى حالات أخرى، يخضع الميراث لقانون الدولة الذي كان المتوفي عند وفاته مواطنا، ما لم يكن المتوفي في ذلك الوقت أكثر ارتباطا بدولة أخرى، وفى هذه الحالة يكون قانون الدولة الأخيرة ينطبق.

(١) Article 5: " 1. Une personne peut désigner la loi d'un Etat déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La désignation ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle.

2. Cette désignation doit être exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort. L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée. Si d'après cette loi la désignation n'est pas valide, la loi applicable à la succession est déterminée par application de l'article 3.

3. La révocation par son auteur d'une telle désignation doit remplir en la forme les conditions de la révocation d'une disposition à cause de mort.

4. Pour l'application du présent article, la désignation d'une loi est considérée, sauf précision expresse contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens". https://www.hcch.net/fr

التطبيق بمقتضى المادة الثالثة أو المادة الخامسة في فقرتها الأولى من هذه الاتفاقية"[1].

ويتضح من نص المادة الخامسة والسادسة من الاتفاقية، أنه لا يجوز للمورث اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث أو تركته، إذا كان هذا الشخص متمتعا بجنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتادة، ففي هذه الحالة تطبق قانون محل الإقامة المعتادة للمورث عند وفاته. بالإضافة لذلك، فالمورث هو الشخص الوحيد القادر على تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث، دون غيره من الأشخاص، فالورثة ليس لديهم القدرة والحرية في اختيار هذا القانون أو مشاركة المورث في ذلك، وتكمن العلة في أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

كما أعطت الاتفاقية الحرية للمورث في اختيار القانون ، وقيدت ذلك في أن يكون هذا الاختيار، اختيارا صريحا، فلم تعرف الاتفاقية الاختيار الضمني، والسبب في ذلك، أن مسائل الميراث لها طبيعتها الذاتية والخاصة التي يصعب فيها استخلاص النية الضمنية للأطراف، أيضا نحن أمام تصرف منفرد الإرادة يصدر من جانب طرف وحيد في العلاقة القانونية، قد لا يصدق عليه وصف المورث لعدم تحقق واقعة الوفاة

الفرع الثاني
التنظيمات الأوربية وتأكيدها لدور الإرادة

هناك العديد من التنظيمات الأوربية الصادرة عن المشرع الأوربي، والتي تعمل على صياغة قواعد موحدة لمسائل الأحوال الشخصية داخل المجموعة الأوربية، إضافة إلى أن هذه التنظيمات والأعمال يمكن أن تكون أساسا وقاعدة لإبرام اتفاقيات دولية لاحقة، خصوصا وأن هذه الأعمال لها قيمة علمية عالمية واتجاه نحو الالتزام بها، ومن هذه التنظيمات ، التنظيم الأوربي

([1]) Article 6: " Une personne peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats. Toutefois, cette désignation ne peut porter atteinte à l'application des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5, paragraphe 1." https://www.hcch.net/fr

رقم ٢٠٠٩/٤ الصادر في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨ ، بشان الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام في إطار الالتزام بالنفقات، والتنظيم الأوربي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ المتعلق بأعمال وتعزيز التعاون في تحديد نطاق القانون واجب التطبيق والانفصال الجسماني، والتنظيم الأوربي رقم ٢٠١٢/٦٥ بتاريخ ٤ يوليو ٢٠١٢ والمتعلق بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام وقبول وتنفيذ التصرفات الرسمية في مجال المواريث.

والسبب في المجال الواسع المتاح أمام قانون الإرادة في مجال العلاقات الأسرية الدولية، يشكل محاولة جادة للتخفيف نوعا ما من استحالة توحيد قوانين الدول الأعضاء بالاتحاد الأوربي، أو أن فكرة الاختيار ذاتها ترتبط كل الارتباط وبصورة جوهرية بفكرة الاتحاد الأوربي، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالعقد الداخلي(١).

أولا: التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ :-

التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ في تاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨، بشأن الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، وتنفيذ الأحكام في إطار الالتزام بالنفقات(٢)، فقد تناول الفصل الثالث منه القانون المعمول به CHAPITRE III – Loi Applicable في المادة (١٥) المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النص بأن " يحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقات وفقا لبروتوكول لاهاي الصادر في ٢٣ نوفمبر لعام ٢٠٠٧ ، بشأن القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة"(٣) وبالرجوع لبروتوكول

---

(١) **Wautelet (P.),** Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationals, https://orbi.uliege.be/handle

(٢) Règlement (CE) n 4/2009 du conseil du 18 décembre 2008 relatif à la competence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

(3) Article 15 " La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye

لاهاي ، يتضح أن سرد القانون الواجب التطبيق وفقا للقاعدة العامة في تطبيق قانون دولة الإقامة المعتادة للدائن الملتزم بالنفقة، وفي حالة حدوث تغيير في مكان الإقامة المعتادة للدائن ينطبق قانون دولة الإقامة المعتادة الجديدة منذ لحظة حدوث التغيير[١]، ثم تناول البروتوكول حالات اختيار الأطراف (الدائن – المدين) للقانون المنطبق على مسائل النفقات، فقد اشتملت المادة الثامنة على مجموعة من القوانين يتم الاختيار بينها من الدائن والمدين، تتمثل في قانون الدولة التي يحمل أحد الطرفين جنسيتها وقت التعيين، وقانون دولة الإقامة المعتادة لأحد الطرفين وقت التعيين أو الاختيار، ثم القانون الذي يحدده الطرفان لتنظيم علاقات الملكية الخاصة بهما، أو القانون المطبق بالفعل على هذه العلاقات، وأخيرا القانون الذي يحدده الطرفان لحكم طلاقهما أو انفصالهما القانوني، أو القانون المطبق فعلا على الطلاق أو الانفصال[٢].

---

du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé «le protocole de La Haye de 2007») pour les États membres liés par cet instrument.

([1]) Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires , Article 3 (Règle générale relative à la loi applicable) :" 1. Sauf disposition contraire du Protocole, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier régit les obligations alimentaires.

2. En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.". https://www.hcch.net/fr

([٢]) Article 8 " ….. a) la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;

b) la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;

c) la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ;

d) la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation …." https://www.hcch.net/fr

ثانيا: التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ :-

التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ المتعلق بإعمال وتعزيز التعاون في تحديد نطاق القانون واجب التطبيق والانفصال الجسماني الصادر في ٢٠ ديسمبر لعام ٢٠١٠ [١]، حيث تنص المادة الخامسة منه، والتي تحمل عنوان اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الطرفين Choix de la loi applicable par les parties على أنه " ١- يجوز للزوجين الموافقة على تحديد القانون الواجب التطبيق على التطليق والانفصال الجسماني ، بقدر ما يتعلق الأمر في أحد القوانين التالية :

أ- قانون دولة الإقامة المعتادة للزوجين وقت إبرام الاتفاق ، أو

ب- قانون دولة آخر إقامة معتادة للزوجين، مادام أحد الزوجين لا يزال مقيما هناك في وقت إبرام الاتفاق، أو.

ج- قانون دولة جنسية أحد الزوجين في وقت إبرام الاتفاق، أو.

د- قانون القاضي.

٢- دون المساس بالفقرة ٣، والمتعلقة بجواز تعديل الاتفاق بين الزوجين على تحديد القانون الواجب التطبيق في أي وقت يشاء، قبل اللجوء للقضاء .

٣- إذا كان قانون القاضي يوفر ذلك (يجيز للزوجان تحديد القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة وأثناء سير الإجراءات) ، فعندئذ يمكن الاحتكام في اتفاق الاختيار إلى قانون القاضي[٢].

---

(1) REGLEMENT (UE) NO 1259/2010 DU CONEEIL de 20 decembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

(2) Article 5 "1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

وقد نصت المادة السادسة من التنظيم على أنه " ١- وجود وصلاحية اتفاق الزوجان في اختيار القانون الواجب التطبيق، أو أي بند منه يخضع للقانون الذي ستكون قابليته للتطبيق بموجب هذه اللائحة أو التنظيم . ٢- ومع ذلك، من أجل إثبات عدم موافقة أحد الزوجين على اختيار القانون، يمكن للزوج الاعتماد على قانون البلد الذي لديه الإقامة المعتادة فيه وقت رفع الدعوى"[١].

وقد قضت المادة السابعة والثامنة من التنظيم على تحديد الشروط المتعلقة بالصحة الشكلية لاتفاق الاختيار، وكيفية الاختيار عند غياب التحديد الارادى للزوجين.

ويتضح مما سبق، أن المشرع الأوربي قد قيد إرادة الزوجان في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل التطليق والانفصال الجسماني بعدد قوانين، منها: قانون محل الإقامة المعتادة المشترك لهما عند التعيين، أو

---

b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

d) la loi du for." https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

([1]) Article 6 "1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1". https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

قانون الدولة التي يوجد على إقليمها آخر محل للإقامة بعد إبرام الاتفاق، أو قانون جنسيتهما المشتركة أو قانون القاضي، ويلزم أن تكون العلاقة ذات طابع دولي خاص، بمعنى قد يكون الزوجان من جنسية واحدة، ولكنهما ابرموا عقد الزواج في دولة أجنبية، كذلك فقد أجاز التنظيم للزوجين مكنة تعديل أو تغيير اتفاقهما سواء قبل اللجوء للقضاء، أو أثناء سير الدعوى القضائية وبعد نشوء النزاع، طالما كان قانون القاضي المطروح أمامه الدعوى يسمح بهذا التغيير [١].

ثالثا: التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٢/٦٥٠ :

التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٢/٦٥٠بتاريخ ٤ يوليو ٢٠١٢، والمتعلق بالاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام، وقبول وتنفيذ التصرفات الرسمية في مجال المواريث [٢] ، حيث نصت المادة (٢٢) منه والتي تحمل عنوان اختيار القانون Choix de loi على أنه " ١- يجوز لأي شخص أن يختار قانون الدولة التي يكون مواطنا فيها في الوقت الذي يختاره، أو في لحظة وفاته، ليحكم مجموع أموال تركته بالكامل.

ويجوز لشخص من أكثر من جنسية (مزدوج ، متعدد) أن يختار قانون أي دولة يكون من رعاياها وقت اتخاذ هذا الخيار أو وقت الوفاة.

٢- يعبر عن الاختيار للقانون الواجب التطبيق صراحة في إعلان في شكل تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، أو يستشف من نصوص هذا القانون.

---

(١) يتوافق ذلك مع لائحة روما الثالثة وفقا لنص المادة الثالثة منها راجع في ذلك:
Loussouarn (Y.) , Bourel (P.) et Sommieres (P.V.), Droit international privé, 10 ed, Dalloz, 2013, P.477.

(٢) REGLEMENT (UN) N 650/2012 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 4 juill et 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'éxécution des actes authentiques en matière de successions et la création d'un certificat successoral européen.

٣- يحكم الصحة الموضوعية للتصرف نصوص القانون الذي تم اختياره.

٤- يخضع تعديل أو إلغاء الاختيار للقواعد الشكلية، أو الشروط الرسمية الواجبة التطبيق على تعديل أو إلغاء التصرفات المضافة لما بعد الموت.

ويتضح باستقراء نص المادة أن المشرع الأوربي قد حدد الاختيار للشخص أو المورث الذي يريد تحديد النظام القانوني لميراثه مستقبلا ، مع تقييد حريته في عدد قوانين، كما أن هذا التنظيم أضاف الإرادة الضمنية التي يمكن استخلاصها من نصوص التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، ولكنه يختلف عن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٩ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المواريث بسبب الموت، لكونها منحت مجالا واسعا لإعمال سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق [١].

بالإضافة لذلك، تناول التنظيم شروط الصحة الموضوعية للتصرف الخاص بالقانون الواجب التطبيق، واقتضى أن يكون هذا الاتفاق أو الاختيار مكتوبا في شكل وثيقة تأخذ شكل الوصية، حتى يعتد بها بالنسبة للشخص الذي يريد تحديد وتعيين نظام ميراثه قبل وفاته.

المطلب الثاني

موقف التشريعات المقارنة والعربية من دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية

نتعرض لموقف النظم القانونية الداخلية سواء المقارنة أو العربية، ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، ونطاق الإرادة في المسائل المتعلقة بالنظام المالي للزوجين، وإنهاء العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق ومسائل النفقات.

---

(١) **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص١١٠

الفرع الأول

موقف التشريعات المقارنة من دور الإرادة

أولا: بالنسبة لدور الإرادة في النظام المالي للزوجين:-

أ- القانون الفرنسي :-

يقصد بالنظام المالي للزواج Regime matrimonial مجموعة المبادئ العامة والقواعد التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال الزواج وبعده[١]، ففي مرحلة الزواج يثير مشكلة المحافظة على ملكية كل زوج لأمواله الخاصة، وكيفية توزيع السلطة بين الزوجين على أموالهما، أما مرحلة ما بعد الزواج فيدخل فيها مشكلة توزيع الديون الناتجة عن الحياة الزوجية.

لذا فموضوع النظام المالي يختص بتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين أو بينهما وبين الغير، لذا فالقانون المدني الفرنسي ترك للزوجين الحرية في اختيار أي نظام مالي يتفقان عليه ويلائم حياتهما المالية، طبقا للمادة (١٣٨٧) من القانون المدني الفرنسي، والتي تقضى بدور الإرادة في الاختيار وتستلزم وجود اتفاق بين الزوجين ، وفي حالة وجود مثل هذا الاتفاق يطبق القانون الفرنسي، ويعرف القانون الفرنسي عدة أنظمة اتفاقية، بحيث يمنح للراغبين في الزواج إمكانية اختيار أي نظام لتنظيم علاقتهما المالية، ومن هذه النظم [٢] :

---

(١) انظر في ذلك :

Colomer (A.), Régimes matrimoniaux, édit litec, paris, 1992, **CORNU (G.)**, Régimes matrimoniaux, P.U.F., paris 1992, **MAZEAUD**, Leçons de droit civil, Régimes matrimoniaux, Tome IV, 1 er volume, paris 1978, **MALAURIE** , Les régimes matrimoniaux, édit, Gujas, 1995.

(٢) للنظر في أنواع الأنظمة المالية الاتفاقية، **د/ محمد إبراهيم احمد الشافعي**، النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، بحث منشور بمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المغرب، عدد ٣٧، السنة ٢٠٠٢، ص٥٠، ٥١

منشور عبر الموقع الالكتروني

http://search.mandumah.com/Record/595419

١- يمكن للزوجين أن يختارا نظام فصل الأموال Le régime de la séparation des biens الذي نظمته المواد من ١٥٣٦ إلى ١٥٤٢ من القانون المدني، بحيث يستقل كل زوج من الناحية المالية عن قرينه خلال الزواج وبعد انحلاله.

٢- نظام المساهمة في المكتسبات Le régime de la participation aux acquets والذي نظمه القانون المدني الفرنسي في المواد ١٥٦٩ إلى ١٨٥١، فهذا النظام يفصل بين الزوجين أثناء الحياة الزوجية، ويخول لهما اقتسام الأموال التي اكتسبها كل زوج عند انحلاله، بحيث يكون لكل واحد نصف الأموال التي اكتسبها الآخر خلال الزواج.

٣- نظام الاشتراك الاتفاقي Le régime de la communauté conventionnelle ونظمه القانون الفرنسي في المواد من ١٤٠٧ إلى ١٥٢٧، والذي يقضي بأن يبرمالزوجان اتفاقاً ما، بحيث تصبح بموجبه أموالهما الحاضرة أو المستقبلة أو الماضية سواء كانت منقولة أو عقارية مشتركة بينهما، على أنه في حالة هلاك احد الزوجين ، تنتقل أمواله بأكملها للزوج المتبقي على قيد الحياة، وذلك لتأمين حياته الاقتصادية.

وقد فرق القانون الفرنسي في اختيار الزوجين للقانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، بين المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية في مشارطة الزواج.

فبالنسبة للمسائل الموضوعية في مشارطة الزواج: فقد أخضعها القانون الفرنسي لإرادة الأطراف، طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، النابع من سلطان الإرادة ، والعلة في ذلك، أن المشرع الفرنسي قنن الأنظمة المالية للزواج

ضمن الأحوال العينية وليس ضمن الأحوال الشخصية[١]، لذا ارتبط اختيار الأطراف للنظام المالي المنطبق عليهم بقانون العقود، والذي لا يعرف أية قيود أو معوقات من شأنها تقييد إرادة الزوجان في اختيارهما للنظام المالي أو في تغيير النظام المالي المختار في أي وقت يشاؤون[٢].

ولا يشترط المشرع الفرنسي في اختيار الأطراف للقانون المطبق ، أن يكون الاختيار صريحا، فقد اعتد بالإرادة الضمنية للزوجين، وأكد على ذلك القضاء الفرنسي، وقضى بتطبيق القانون المختار من قبل الزوجين، سواء أكان الاختيار صريحا أم ضمنيا على النزاعات الناشئة بينهما بمناسبة مشارطة الزواج ، وتستقي الإرادة الضمنية من الملابسات والظروف التي أحاطت بمشارطة الزواج ذاتها كلغة المشارطة، أو استخدام نصوص قانون معينة تطبق عليها[٣].

أما فيما يخص المسائل الشكلية ، وعلى الرغم من أحالة المشرع الفرنسي في مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين[٤] فقد يرى الفقه والقضاء الفرنسي أن المشرع قيد اختيار الزوجين للقانون المطبق على المسائل الشكلية بعدة قوانين تكون على صلة وثيقة بمشارطة الزواج ذاتها أو الزوجين، إذ تكون مشارطة الزواج صحيحة إذا

---

(١) انظر في ذلك المواد من ١٣٨٧ إلي ١٥٨١ في القانون المدني الفرنسي.

(٢) **Raymond de Gentile**, Volonté des époux et role du juge dans la modification du régime matrimonial, J.C.P. 1973, I, 12558.

(٣) Cass.civ. 25. febr. 1986. Rev. crit droit international privé, 1987, P.830. – Cass. Civ. 25 Juill 1987, Rev. crit. Inter. Prive, 1988, P.699.

(٤) انظر نص الفقرة الثانية من المادة (١٣٩٧) من القانون المدني الفرنسي على أنه " يعين الزوجان القانون الواجب التطبيق على زواجهما بموجب الاتفاقية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الزواج المعقودة في لاهاي لعام ١٩٧٨، وفي هذه الحالة تطبق أحكام المواد (١٣٩٧- ٣) ، (١٣٩٧- ٤)

أبرمت وفقا للشكلية المنصوص عليها في قانون محل إبرام مشارطة الزواج[١]، أو إخضاع شكل المشارطة للقانون الذي يحكم موضوعها[٢].

ب- القانون السويسري :

أشار المشرع السويسري في القانون الدولي الخاص لعام ١٩٨٧ [٣] إلى حرية اختيار الأطراف أو الزوجين للقانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، وفي حالة عدم اختيارهما لهذا القانون ، سيتم تحديده من قبل المشرع السويسري[٤]. وتنص المادة (٥٢) من القانون الدولي الخاص على حرية الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق بأن " ١- يحكم النظام المالي القانون المختار بواسطة الزوجين .

٢- يستطيع الزوجان اختيار قانون الدولة التي يقيمان فيها، أو التي سيقيمان فيها بعد إبرام عقد الزواج ، أو قانون جنسية أحدهما"[٥].

ويتضح من هذا النص ، تمكين الزوجين من اختيار القانون الذي يحكم جميع المسائل الموضوعية في مشارطة الزواج ، كما لم يترك المشرع السويسري للزوجين الحرية الكاملة في اختيار أي قانون، ولكنه قيدهم بثلاثة قوانين يختار الزوجان أحدها، فيمكنهم اختيار قانون الدولة التي يقيمان فيها

---

(١) Cass. Civ, 28 juin 1963, Rev crit, 1964, P.513. , - Cass. Civ, 10 dec 1974, Rev crit, 1975, P.541.

(٢) **Mayer (P.) et Heuzé (V.),** op.cit, P.584, N.780.

(٣) نصوص القانون منشورة في Rev. Crit, 1988, P.409 ets.

(٤) فمقتضى المادة (١/٥٤) من القانون الدولي الخاص السويسري بأنه عند عدم اختيار القانون يكون نظام الزوجية محكوما بقانون محال الإقامة المعتادة للزوجين.

Article 45/1 : " [1] A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi:

a.- par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés en même temps ou, si tel n'est pas le cas;

b.- par le droit de l'Etat dans lequel, en dernier lieu, les deux époux ont été domiciliés en même temps…..".

(٥) نصوص القانون منشورة في : Rev. Crit. 1988, P.409.

ليحكم نظامهما المالي، كما يجوز لهم اختيار قانون الدولة التي سيقيمان فيها بعد إبرام عقد الزواج، وأخيرا يستطيعان الاختيار بين قانون جنسية أحد الزوجين.

وينبغي في هذا الصدد أن يكون اختيار الزوجين صريحا للقانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في مشارطة الزواج، فلم يعتد بالإرادة الضمنية للزوجين ، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٣) من القانون الدولي الخاص السويسري بأنه " يجب أن يكون اختيار القانون موضوعا لاتفاق تحريري" .

بالإضافة لذلك، فقد أجاز المشرع السويسري للزوجين اختيار القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في أي وقت، ولكن بشرط ألا يخالف اتفاقهما النظام العام والقواعد الخاصة بالواجبات والحقوق الناتجة عن الزواج، وكذلك القواعد المتعلقة بالولاية وإدارة أموال الأبناء ، كذلك أعطى المشرع السويسري للزوجين الحق في تغيير النظام المالي الذي اختاراه خلال الزواج، وهذا ما قضت به المادة (٢/٥٣) من القانون الدولي الخاص السويسري [١]، ويفهم من ذلك أن القانون الذي تم اختياره من قبل الزوجين يظل واجب التطبيق على نظامهما المالي ما لم يتم تعديله، أو تغييره من قبل الزوجين أثناء حياتهما الزوجية.

وفي عقدنا الشخصي : كان الأجدر بالمشرع السويسري أن يسلك نفس مسلك المشرع الفرنسي ، فيما يتعلق بدور إرادة الزوجين في تغيير القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في مشارطة الزواج، فقد قيد المشرع الفرنسي إرادة الزوجين في تغيير القانون بعد مرور مدة سنتين من تطبيق القانون الذي يحكم نظامهما المالي، طبقا للمادة (١٣٩٧) من القانون المدني الفرنسي، والعلة في ذلك أولا: حتى يتم إضفاء نوع من الثبات

---

(١) تنص المادة (٢/٥٣) من القانون الدولي الخاص بأنه " يجوز اختيار القانون وتعديله في كل وقت".

والاستقرار في المعاملات، بحيث يصبح النظام المالي غير قابل للتعديل أو التغيير قبل مرور مدة السنتين تفاديا للتحايل على حقوق الغير ولحماية حقوق الأسرة ذاتها . ثانيا: أعطى المشرع للزوجين أجلا ومهلة زمنية للتفكير قبل طلب تغيير النظام المالي.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المسائل الشكلية في مشارطة الزواج، فقد نصت المادة (٥٦) من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه " تعد مشارطة الزواج صحيحة من حيث الشكل، إذا توفرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو الشروط التي يتطلبها قانون محل إبرام التصرف"[١].

فيجب أن تراعي مشارطة الزواج من حيث الشكل الشروط المتطلبة في القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في مشارطة الزواج، أو قانون محل إبرام المشارطة.

كذلك طبقا للمادة (٩٩) من القانون الدولي الخاص السويسري، تستبعد الأموال العقارية التي يملكها الزوجان من نطاق القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية و الشكلية في مشارطة الزواج، وتخضع هذه العقارات لقانون موقعها أو قانون موقع المال[٢].

ج- القانون الإسباني:-

اقر القانون المدني الإسباني لعام ١٩٧٤ والمعدل في ١٥ أكتوبر لعام ١٩٩٠ على مسألة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في المادة (٢/٩) منه، والتي نصت على أن " يحكم آثار الزواج القانون الشخصي المشترك للزوجين".

---

(١) نصوص القانون منشورة في : Rev. Crit. 1988, P.409.

(٢) تنص المادة (٩٩) من القانون الدولي الخاص السويسري على انه " تنظم الحقوق العينية العقارية بقانون موقع العقار".

وفي غير هذه الحالة، يحكم آثار الزواج القانون الشخصي أو قانون محل الإقامة المعتادة لأي من الزوجين، والذي تم اختياره بوثيقة رسمية يتم الاتفاق عليها قبل إتمام الزواج، وفي حالة عدم وجود اختيار يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة المشترك للزوجين، والسابق مباشرة لإتمام الزواج، وما لم يوجد، يتم تطبيق قانون مكان إتمام الزواج"[1].

ويتضح من نص المادة ، أن المشرع الإسباني ، نظر منذ اللحظة الأولى إلى مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، بحيث يتم تطبيق قانون موحد لحكم هذه الآثار، والمتمثل في القانون الشخصي المشترك للزوجين، حالة اشتراكهما في جنسية واحدة.

وبعد ذلك، يأتي الدور المهم والجوهري لإعمال إرادة الزوجين حالة اختلاف الجنسية، أو حالة الزواج المختلط، فيحق لهما الاتفاق على اختيار قانون معين يحكم آثار الزواج، ولم يترك المشرع الإسباني للزوجين، الحرية الكاملة في اختيار أي قانون، وإنما قيد هذه الحرية أو الإرادة بمجموعة أو عدة قوانين، قد تحقق الصلة بينها وبين النزاع، وتتمثل في قانون جنسية أحد الزوجين أو قانون محل الإقامة المعتادة لأي من الزوجين.

واشترط المشرع لإعمال إرادة الزوجين في اختيار القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، أن يتم إفراغ محتوى هذا الاختيار في وثيقة رسمية يتم الاتفاق عليها قبل إتمام الزواج.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة المشترك للزوجين، أو قانون مكان إتمام وإبرام الزواج.

([1]) للنظر حول أحكام هذا القانون، راجع :

BORRAS (A.), Commentaire de la loi Espagnole 11/90 du 15 octobre 1990 concernant du code civil, en application du principe non discrimination en raison du sex, Rev. crit, 1991, P.624 ers.

د-القانون البلجيكي:

تبنى القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٦ يونيو لعام ٢٠٠٤ مسألة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، وذلك في الفصل الرابع منه تحت عنوان القانون المطبق على النظام المالي للزوجية La loi applicable au regime matrimonial .

فقد نصت المادة (٤٩) من القانون الدولي الخاص البلجيكي على أن :

١- النظام المالي للزوجية يحكمه القانون المختار بواسطة الزوجين.

٢- لا يجوز للزوجين الاختيار إلا من بين عدة قوانين:

- قانون الدولة التي تم تعيينه من قبل الزوجين للمرة الأولى كقانون محل الإقامة المعتادة بعد إتمام الزواج .

- قانون الدولة التي بها محل الإقامة المعتادة لكل من الزوجين وقت الاختيار.

- قانون دولة جنسية أي منهما وقت الاختيار"[١].

وتجدر الإشارة ، إلي أن المشرع البلجيكي لم يقم بتقرير حرية اختيار الزوجين للقانون الواجب التطبيق على ما ينشأ من آثار مالية بينهما فقط، وإنما عرض أيضا لطرق الاختيار وإمكانية التعديل، فقد نصت المادة (٥٠) من القانون الدولي الخاص البلجيكي على أنه

---

(١) .Article 49: " Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux".

2. Les époux ne peuvent désigner que l'un des droits suivants:

1° le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage;

2° le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment du choix;

3° le droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment du choix".

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

" ١- يتم اختيار القانون الواجب التطبيق قبل أو أثناء الزواج، ويمكن تعديل هذا الاختيار لاحقا.

٢- يجب أن يتم الاختيار مع مراعاة حكم المادة (١/٥٢) ويلزم أن ينصب على جميع ممتلكات الزوجين.

٣- لا يترتب على تغيير القانون الواجب التطبيق آثاره إلا بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يجب أن ينال من حقوق الغير"[١].

يتضح مما سبق، أن المشرع البلجيكي قد تبنى حرية اختيار الزوجين للقانون الواجب التطبيق على الآثار المالية الناشئة بينهما، وقد منح للزوجين حرية الاختيار بين عدد من القوانين تتمثل في قانون محل الإقامة المعتادة لكل من الزوجين، أو قانون دولة جنسية أى منهما، ويسمح بالاختيار سواء قبل انعقاد الزواج أو أثنائه، كما أنه يمكن تعديل القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الزوجين في أي وقت لاحق على الاختيار ذاته.

كما أنه ينبغي مراعاة حكم المادة (٥٢) ، عند اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، والتي تقتضى بأن يكون الاختيار صحيحا من حيث الشكل إذا اتفق مع نظيره في القانون الواجب التطبيق عند إجراء الاختيار، أو مع قانون الدولة التي تم على إقليمها إبرام اتفاق الاختيار، كما ينبغي أن يكون الأخير مكتوبا وموقعا من الزوجين" [٢].

---

(١) Article 50 "Le choix du droit applicable peut être fait avant la célébration du mariage ou au cours du mariage. Il peut modifier un choix antérieur.

2. Le choix doit être effectué conformément à l'article 52, alinéa 1er. Il doit porter sur l'ensemble des biens des époux.

3. Le changement de droit applicable résultant d'un choix effectué par les époux n'a d'effet que pour l'avenir. Les époux peuvent en disposer autrement, sans pouvoir porter atteinte aux droits des tiers."

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

(٢) Article 25 "Le choix d'un régime matrimonial est valable quant à la forme si celle-ci répond soit au droit applicable au régime matrimonial au moment du choix, soit au droit de l'Etat sur le territoire duquel il a été fait. Il doit au moins faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux".

ثانيا: بالنسبة لدور الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية :-

أ-القانون الفرنسي:

يعترف القانون الفرنسي بالتطليق والانفصال الجسماني فقط، ويتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين، ولكن الوضع تغير مع صدور التنظيم الأوربي لعام ٢٠١٠ ، والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التطليق والانفصال الجسماني ، والذي أصبح ساري المفعول داخل القطر الفرنسي، ويتم تطبيقه على منازعات إنهاء العلاقة الزوجية ذات الطبيعة الدولية.

وبالنظر لموقف القضاء الفرنسي، فقد انتهى إلى اتخاذ موقف ضيق بالرفض على أساس أن الطلاق من جانب واحد وبالإرادة المنفردة للزوج يتعارض ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة[١]، ومن هذا المنطلق فقد سلمت محكمة النقض بقبول الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في الخارج، طالما أن الزوجة قد استفادت من الحصول على النفقة الكافية، وبحسب تقدير القاضي الفرنسي .

أيضا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التشديد في رفض الاعتراف بالطلاق من جانب واحد كان بمثابة التكريس للنظام العام الإجرائي[٢].

ب-القانون البلجيكي:-

نصت المادة (٥٥) من القانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر في ١٦ يوليو لعام ٢٠٠٤ على انه " ١- يخضع الطلاق والانفصال الجسماني إلى :

أ- قانون الدولة التي يقيم الزوجان في إقليمها إقامة معتادة عند تقديم الطلب.

---

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

(١) Cass. Civ. 1 er, 17 fevrier 2004, cette Revue, 2004, 423, note p. Hammje.

(٢) Cass. Fr. 3 janvier 2006, R.C.D.I.P, 2006, P.627, note M – CI. Najm, P.642.

ب- في حالة عدم وجود مكان إقامة معتادة في إقليم الدولة ذاتها، يخضع لقانون الدولة التي يقع في إقليمها أحد مكان إقامة اعتيادي مشترك للزوجين، حيث يقيم أحدهما مقر إقامته المعتاد في إقليم أراضي هذه الدولة وقت تقديم الطلب.

ج- في حالة عدم وجود مكان إقامة معتاد لأحد الزوجين في إقليم الدولة التي يقع فيها آخر مكان إقامة اعتيادي مشترك، يخضع لقانون الدولة التي يحمل كلا الزوجين جنسيتها في وقت طلب الطلاق.

د- في حالات أخرى يخضع الطلاق والانفصال الجسماني للقانون البلجيكي.

٢- مع ذلك يجوز للزوجين اختيار القانون المنطبق على الطلاق أو الانفصال الجسماني من بين:

أ- قانون الدولة التي يكون لكل منهما الجنسية عند تقديم الطلب.

ب- القانون البلجيكي [١].

ويتضح مما سبق، أن المشرع البلجيكي لم يتعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على الطلاق، لعدم اعترافه بالطلاق، اقتصاره على التطليق والانفصال الجسماني، بالإضافة لذلك، فقد حدد مجموعة من القوانين تطبق على حالات التطليق والانفصال في مقدمتها قانون الإقامة المعتادة للزوجين، ثم قانون الدولة التي يقع في إقليمها آخر مكان إقامة

---

(١) Article:"Le divorce et la séparation de corps sont régis:
1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande;
2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande;……"
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

معتادة للزوجين، ثم قانون الدولة التي يحمل كلا الزوجين جنسيتها، وأخيرا القانون البلجيكي.

ولم يكتفِ المشرع البلجيكي بالحالات السابقة للقانون المطبق على إنهاء العلاقة الزوجية، وإنما ترك مجالا واسعا فضفاضا لإعمال سلطان الإرادة، وإرادة الزوجين، فقد قضت الفقرة الثانية، بأنه يجوز للزوجين اختيار القانون الواجب التطبيق على التطليق أو الانفصال الجسماني من بين قانون الدولة التي يتمتع أحد الزوجين بجنسيتها أو القانون البلجيكي، والعلة في تحديد المشرع البلجيكي لهذا القانون، تقييد إرادة الأطراف عند الاختيار، بحيث يتفادى اختيار الأطراف لقانون دولة قد يكون منبت الصلة بالنزاع.

د- القانون الهولندي :-

وبالنظر للقانون الهولندي الصادر في ٥ مارس لعام ١٩٨١ المتعلق بتسوية تنازع القوانين في شأن حل الزواج، فقد رخص في الغالب للزوجين تجنب قاعدة الإسناد أو التنازع في شأن الطلاق، واختيار التشريع الهولندي، وذلك رغبة منه في إفساح المجال أمام قانون الإرادة في سبيل الحصول على خدمة قضائية جيدة ، على أن القاضي يمكنه تحقيق هذه الغاية من خلال تطبيق قانونه الخاص، ومع توافق القانون الهولندي وقانون محل الإقامة، فإن الخيار المتاح أمام الزوجين يسمح لهما وبحسب رغبتهما، تجنب تطبيق القانون الوطني المشترك لصالح القانون الذي يختارانه[1].

إن القانون الهولندي لم يحقق هذا الخيار العادل سوى في حالة محددة، وهي حالة الزوجين الأجنبيين اللذين يحملان جنسية واحدة، ولكنهما لا يحتفظان بأية رابطة اجتماعية فعلية مع بلدهم الأصلي،

---

(1) **Gannage (P.)**, op.cit, P.445.

وبالتالي يمكن استبعاد تطبيق القانون الوطني المشترك لصالح قانون الموطن المشترك[1].

والملاحظ مما سبق أن القانون الفرنسي والبلجيكي أعطى للإرادة دورا واسعا فيما يتعلق بانحلال العلاقة الزوجية، على خلاف القانون الهولندي الذي اتسم بقدر كبير من التعقيد والغموض، لأن قانون الإرادة مجاله الوحيد يتمثل في هيمنة تطبيق قانون القاضي فقط.

ثالثا: بالنسبة لدور الإرادة في مسائل النفقات :-

تتنوع مسائل النفقات بين النفقة للزوجة على زوجها، كما أن هناك نفقة المطلقة، فضلا عن نفقة الأقارب، والنفقة المؤقتة، وكل نوع من هذا يخضع لقانون واجب التطبيق عليه.

فبالنسبة لنفقة الزوجة، والتي تعد مبلغا من المال يدفعه الزوج لزوجته، ويكفيها على معيشتها وكل ما يلزم لها كما تعارف عليه الناس، تخضع وفقا للمادة (١/١٣) من القانون المدني المصري لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال، ما لم يكن أحد الزوجين مصريا فيطبق القانون المصري.

أما بالنسبة لنفقة الأقارب، فيعد الالتزام بهذه النفقة فيما بين الأقارب (أقارب الدم، أقارب المصاهرة، أقارب النسب) من مسائل الحالة والأسرة، لكون الالتزام بالنفقة نابعًا من وجود صلة قرابة أو مصاهرة[2] ويطبق

---

(١) **Wautelet (P.),** Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationals, http://orbi.ulie ge.be/handle,

Art. 1 par 4 de la " Wet houdende regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk" du 25 mars 1981 (traduction francaise in Revue critique de droit international privé, 181, 8091, aujourd'hui devenu l'article 10: 56 du code civile.

(٢) المستحق لنفقة الأقارب إما أن يكون من فروع الملتزم بالنفقة، أى من أولاده وإن نزلوا، أو من أصوله، أى أبويه وإن علوا، أو من أقاربه الذين يتفرعو عن أبويه أو أجداده.

بشأنها وفقا للمادة (١٥) من القانون المدني المصري قانون جنسية المدين بها.

أما النفقة المؤقتة، والتي يطلبها احد الخصوم تحت ضغط الاستعجال والضرورة والخشية من خطر التأخير أثناء نظر الدعوى الأصلية ولحين الفصل فيها، سواء تعلقت بالزواج أو غيره، أو قد يطلب أحد الأقارب نفقة مؤقتة على من يجب عليه إعالته أو كان يعوله[١].

ويسرى على النفقة المؤقتة قانون القاضي باعتباره يتعلق بالأمن المدني، كما أنها من التدابير الضرورية والأساسية للشخص المطالب بها، وبالتبعية ينبغي الفصل فيها بصفة مستعجلة، لذلك عقد الاختصاص بالنفقة المؤقتة لقانون القاضي.

وإذا كان ذلك بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل النفقات وفقا لغالبية النظم القانونية، إلا أن بعض التشريعات الوطنية، قد أقحمت مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة، منها القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام ٢٠٠٤، فقد نصت المادة (٧٥) على القانون التي يحكم النفقة في بادئ الأمر بأنه " ١- يخضع الالتزام بالنفقة لقانون الدولة الذي يقيم الدائن فيها إقامة معتادة وقت المطالبة بها، ومع ذلك، يخضع الالتزام بالنفقة لقانون الدولة التي يتمتع فيها الدائن والمدين بالجنسية المشتركة وقت المطالبة، إذا كان للمدين مقر إقامة معتادة في إقليم هذه الدولة.

---

(١) وللتدليل على ذلك، فقد نصت المادة (٩٥٠) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ إذا لذوى الشأن المطالبة بالنفقة الوقتية لمن كان المورث يعولهم حتى تنتهي تصفية التركة بناء على طلبهم بعد أخذ رأى المصفي كتابة، كما تنص المادة (٢٥٩) مدني مصري على حق المدين المعسر في طلب النفقة.
كذلك المادة (٩٢١) من قانون المرافعات المصري تنص على أنه " لمستحق النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له".

٢- النفقة بين الأزواج، أو النفقة المستحقة للأبناء غير البالغين، تخضع لقانون الجنسية المشترك للأطراف ، وعند تعذر منح الحق بالنفقة في هذا القانون، فإن القانون البلجيكي ينطبق عليه"[١].

ويتضح مما سبق أن المشرع البلجيكي على الرغم من تحديده للقانون الواجب التطبيق على مسائل النفقات وفقا للمادة (٧٤)، إلا أنه تعرض لمسألة إرادة الأطراف وإفساح المجال أمامهم لاختيار القانون الذي يحكم النفقة من بين عدة قوانين، لا يحق للأطراف (الدائن والمدين بالنفقة) الخروج عنها، ففي حالة الاختيار يكون قانون الجنسية المشتركة أو قانون دولة محل إقامتهم المعتادة، وفى حالة عدم الاختيار بين الأطراف يكون قانون محل الإقامة العادية للدائن أو قانون دولة الجنسية المشتركة للدائن والمدين بالنفقة، عندما يكون للأخير محل إقامة معتادة على إقليم هذه الدولة وقت الاتفاق.

كذلك فقد كان للقانون الدولي الخاص البلجيكي ، السبق في إفساح المجال لإرادة الأطراف فيما يتعلق بالميراث، حيث نصت المادة (٧٩) على أنه " يمكن للشخص أو المورث أن يخضع ميراثه لقانون دولة محددة، وهذا الاختيار لا يكون له أثر إلا إذا كان الشخص يتمتع بجنسية هذه الدولة، أو كان له محل إقامة معتادة على إقليمها وقت الاختيار، أو وقت الوفاة.

---

(١) Article 75 " L'obligation alimentaire non visée à l'article 74 est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le créancier a sa résidence habituelle.

En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.

2. Par dérogation au paragraphe 1er, l'obligation alimentaire est régie par le droit de l'Etat dont le créancier et le débiteur ont la nationalité si le débiteur a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat"

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

ومع ذلك، فإن هذا الاختيار لا يجوز أن يؤدى إلى الحرمان من الميراث الذي يقرره القانون الواجب التطبيق ، وفقا للمادة (٧٨)، وهذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث أو العدول عنه، يجب أن يأتي في الشكل الذي أتت فيه التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت"[١].

وبذلك فقد قيد المشرع البلجيكي إرادة المورث في الاختيار على قانونين: قانون الجنسية أو قانون محل الإقامة المعتادة، كما يلزم أن يراعي هذا الاختيار للقواعد الآمرة والملزمة المقررة في المادة (٧٨) من هذا القانون، وأن يكون هذا الاختيار مكتوبا.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية بين الضيق والاتساع

نستعرض موقف النظم القانونية العربية من دور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، في الآتى :

أولا: بالنسبة للنظام المالي للزوجية :

فقد نصت المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري على أنه " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك أثر المال"، كذلك المادة (٣٩) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الصادر في ١٤ فبراير لعام ١٩٦١ على أنه " يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ويرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة للمال"، كذلك المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد

(١) Texte de l'article 79 (choix du droit applicable a la succession), via le site internethttp://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"، كما نصت المادة (١٢ معدلة)[١] من القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥[٢] على أنه "يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، وسار على نفس النهج القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٤[٣] وفقا للمادة (١/١٣) على أنه " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال".

ويتضح من هذا، أن غالبية القوانين العربية اعتدت بمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق للنظام المالي للزوجية والمتمثل في تطبيق قانون جنسية الزوج على الآثار المالية والشخصية للزواج كحق الطاعة وحل المعاشرة وعدة الوفاة، غير أن بعض القوانين تطبق قانون الجنسية المشترك للزوجين، كالقانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لعام ١٩٩٨، والملاحظ على هذا القانون أنه أعطى للزوجين ثلاثة قوانين يتم تطبيقها على النزاع بالتوالي، وهي: قانون الجنسية المشترك للزوجين، وعند اختلاف الجنسية يطبق قانون أول مقر مشترك بينهما، وأخيرا قانون مكان إبرام الزواج[٤].

ثانيا : انتهاء الرابطة الزوجية :

تنص المادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري على أنه " الطلاق يسرى عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

أما المادة (٤٠) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي لعام ١٩٦١ فتنص على أنه " يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل

---

(١) عدلت بالقانون رقم ٠٥ – ١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥

(٢) القانون المدني الجزائري، أمر رقم ٧٥- ٥٨ مؤرخ في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ ويتضمن القانون المدني معدل ومتمم

(٣) نشر في الجريدة الرسمية الليبية بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٥٤

(٤) ينص الفصل (٤٨) من القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ على أنه " يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج، وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك لهما- إن وجد - وإلا فلقانون مكان إبرام الزواج".

الطلاق، أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو الانفصال، فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة ، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج".

وبالنظر للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فتنص المادة (٣/١٩) على أنه " يسري في الطلاق والتفرقة والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى"، وسار على نفس النهج القانون المدني الليبي في المادة (٢/١٣) بأن الطلاق يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

كذلك تنص المادة (١٢) من القانون المدني الجزائري على أنه " يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، وتنص المادة (٤٩) من القانون الدولي الخاص التونسي على أن " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين – إن وجد – وإلا تطبق المحكمة قانونها".

ويتضح مما سبق، أن التظم القانونية العربية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل إنهاء الرابطة الزوجية ، قد سلكت مسلكين، الأول، تطبيق قانون وحيد متمثل في قانون جنسية الزوج سواء وقت إيقاع الطلاق، أو وقت رفع الدعوى في التطليق أو الانفصال الجسماني، الثاني، التطبيق المرن للقانون الواجب التطبيق، وهذا ما اعتد به المشرع الكويتي والتونسي، بالتطبيق المتوالي لعدة قوانين ممثلة في تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، أو تطبيق قانون آخر مقر مشترك للزوجين، وأخيرا تطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

ثالثا: بالنسبة لمسائل النفقات :

تنص المادة (١٥) من القانون المدني المصري على أنه " يسرى على الالتزام بالنفقة قانون جنسية المدين بها"، وقد سار على نفس النهج القانون

المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (٢١)، والمادة (١٤) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١٥) من القانون المدني الليبي، كذلك نصت المادة (٤٥) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بأنه " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها، أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسرى عليها القانون الكويتي".

ويتضح أنه لم تُشر القوانين العربية لفكرة التحديد الإرادي للقانون الذي يحكم النفقة ، وذلك بتطبيق قانون جامد متمثل في قانون جنسية المدين بها، عدا القانون الدولي الخاص التونسي رقم ٩٧ لعام ١٩٩٨، فتنص المادة (٥١) على أنه " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره" .

ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن، إلا أن نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية".

وبذلك خرج المشرع التونسي عن القاعدة العامة في القوانين العربية من تطبيق قانون المدين أو قانون جنسية المدين بها، لتطبيق القانون الوطني للدائن أو قانون جنسية المدين أو موطنه، مع ترك الخيار للقاضي لتعيين القانون الأصلح للدائن.

رابعا: بالنسبة للميراث:

نصت المادة (١/١٧) من القانون المدني المصري على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الكويتي في قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي في الكويت رقم ٥ لسنة ١٩٦١[1].

([1]) تنص المادة (٤٨) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي في الكويت على أنه " يسرى على الميراث قانون المورث وقت موته" ، و"يسرى على الوصية وسائر

كذلك تنص المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه " قضايا الميراث يسرى عليها قانون المورث وقت موته"، والمادة (٢٣) بأنه " قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصى وقت موته"، وتنص المادة ١٦ معدلة من القانون المدني الجزائري بأنه " يسرى على الميراث أو الوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته"، وتنص المادة (١/١٧) من القانون المدني الليبي على أنه " يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

بينما ينص القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ في المادة (٥٤) على أنه " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقر له، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكه" .

وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية".

ويتبين مما سبق من نصوص قانونية، أن القوانين العربية لم تترك مكانا لحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الميراث، أو كافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والعلة في ذلك أن هذه التصرفات تتعلق بالنظام العام الداخلي وتتسم بتنظيم الأمر لقواعدها، وبالتالي فليس هناك مجال لاختيار الأشخاص، ويتم تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة على مثل هذه التصرفات في معظم القوانين العربية، ويحكم القانون الأخير كافة شروط الميراث وأسبابه والمستحقون للتركة.

التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون من صدر منه التصرف وقت موته، ومع ذلك يسرى على شكل الوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف".

غير أنه بالنسبة لموقف القانون الدولي الخاص التونسي، فقد توسع في تحديد القانون الواجب التطبيق على المواريث، بحيث أخضعها في بادئ الأمر لقانون جنسية المتوقي وقت وفاته أو قانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا، وفى عقدنا الشخصي، أن المشرع التونسي أعطى للمورث مكنة الاختيار وحرية الإرادة في تطبيق قانون أحد الدول السابقة على ممتلكاته، والاعتراف للإرادة بدورها كضابط إسناد في الاختيار على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، خاصة في مجال المواريث.

الفصل الثاني

النظام القانوني للإرادة في مجال الأحوال الشخصية وأثره على تحديد القضاء المختص

إذا كانت لإرادة الأطراف دور جوهري في مسائل الأحوال الشخصية، وفقا لما هو مستقر عليه في الفقه المقارن، والنظم القانونية الدولية والداخلية، والتوجيهات الأوربية، على نحو ما بيناه في الفصل السابق، إلا أن ذلك لا يعنى أن إرادة الأطراف طليقة بدون قيد أو ضابط يحكمها في مجال الأحوال الشخصية سواء من ناحية اختيار القانون الواجب التطبيق، أو من ناحية قدرة إرادة الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، ولكنها مقيدة بعدة قيود تحد من حرية الأطراف .

وهذه القيود تكبح من جماح إرادة الأفراد في مجال الاختصاص القانوني والقضائي، مما يستتبع إقامة توازن من نوع خاص بين مصلحة الأطراف من ناحية ومصلحة الدولة من ناحية أخرى، حتى لا تصبح حرية الاختيار وسيلة للتحايل على القانون أو قواعد الاختصاص.

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا الفصل لمبحثين :

المبحث الأول: النظام القانوني للإرادة في مسائل الأحوال الشخصية (الأحكام المتعلقة باتفاق الأطراف)

المبحث الثاني: منازعات الأحوال الشخصية بين القضاء والتحكيم.

المبحث الأول

النظام القانوني للإرادة في مسائل الأحوال الشخصية (الأحكام المتعلقة باتفاق الأطراف)

المتأمل في حرية الأفراد في الاختيار للقانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص بمنازعات الأحوال الشخصية، يجد أن التشريعات المقارنة قد قيدت إرادة الأفراد، بل إن هناك بعض القيود المفروضة وتقوم على أساس توازن المصالح الحاضرة، بين مصالح الفرد ومصالح الدولة، بتوافر مجموعة من الشروط والضوابط والأسس التي من خلالها يصح اتفاق الأطراف، سواء فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية أو القضاء المختص(١).

والنظام القانوني لإرادة الأطراف في مجال الأحوال الشخصية يقتضي منا التعرض أولا : لشروط صحة اتفاق الأطراف، ثم نبين آثار اتفاق الأطراف في مجال الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالنظام العام، وذلك من خلال مطلبين متتاليين.

المطلب الأول: شروط صحة اتفاق الأطراف

المطلب الثاني: تأثير النظام العام على حرية اختيار الأطراف في نطاق الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

شروط صحة اتفاق الأطراف

يعتبر اتفاق الأطراف على ما ينشأ بينهم من منازعات متعلقة بأحوالهم الشخصية عقدا، بموجبه يختار أطرافه القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، وبالتبعية سلب الاختصاص الأصيل.

---

(١) **Goldstein** , op.cit, P.202.

ولكي يكون هذا الاتفاق صحيحا، لا بد أن تتوافر عدة شروط رئيسة، ممثلة في الشروط الموضوعية الثلاثة لأي اتفاق ينشأ بين أطرافه، فيجب أن يكون هذا الاتفاق مبنيا على رضاء صحيح سليم خالٍ من عيوب الإرادة التي قد تؤدى لبطلانه، بالإضافة لأن يكون محل الاتفاق مستوفيا لكافة شروط صحته، وأن يتجه الاتفاق لتحقيق سبب مشروع. والسبب يفترض أن يكون مشروعا في الغالب، إلا إذا قام الدليل على أن الأطراف يقصدون من وراء اتفاقهم مجرد التحايل أو الغش نحو القانون أو نحو الاختصاص [١].

بالإضافة للشروط السابقة، يستلزم اتفاق الأطراف أن يكون بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي، وهذا شرط أساسي وجوهري، فلا يتصور الحديث عن اتفاق الأطراف بصدد مسائل الأحوال الشخصية على القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص، دون أن يكون هناك دولية لموضوع المنازعة، لتعلق العلاقة القانونية بالقانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

شرط دولية موضوع النزاع والمتعلق بالأحوال الشخصية

الصفة الدولية ينبغي أن تنصرف إلى النزاع الذي ارتبط بأكثر من نظام قانوني، لا إلى اتفاق الأطراف على تحديد قانون ما أو قضاء معين، سواء أكان هذا الاتفاق مدرجا ضمن بنود العقد أم مستقلا عن العقد، كما هو الحال في التحكيم ، فالدولية في التحكيم تنصرف إلى العلاقة القانونية محل النزاع ذاتها وليس إلى اتفاق التحكيم، ويعني بالدولية المطلقة المتعلقة باتصال النزاع بأكثر من نظام قانوني واحد[٢].

---

(١) انظر في ذلك:

Pascal de vareilles – sommière, Le forum shopping devant les juridicitions françaises, Travaux du comité français de droit international privé, 1998- 2000. P49, 82.

(٢) **د/ نور حمد الحجايا**، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي ، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني – السنة الثالثة والثلاثون- رجب ١٤٣٠ ه – يونيو ٢٠٠٩، ص٢٩٨

وبالتالي فالدولية موضوع النزاع تفترض أن تكون هناك علاقة قانونية على صلة وثيقة بأكثر من نظام قانوني، وبالتالي فتدخل المنازعة الناتجة عن هذه العلاقة في اختصاص أكثر من قانون وقضاء دولة واحدة، ويتفق أطراف العلاقة على الاختيار بمقتضى إرادتهما، بمعنى أن يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو على أقل تقدير، لا يتم إبرام وتنفيذ العقد في ذات البلد[١].

أما في المنازعات الداخلية، فإن كان القانون يخول للأطراف مكنة الاتفاق على اختصاص محكمة محلية غير المختصة أصلا بالفصل في النزاع، إلا أنهم لا يملكون إعفاء أنفسهم من الخضوع لقضاء الدولة برمته والخضوع لولاية قضاء دولة آخري بموجب الاتفاق[٢].

ولذلك فتحديد الصفة الدولية للمنازعة ينصرف إلى محل الاتفاق لا إلى الاتفاق ذاته ، والذي بموجبه يتم تحديد القانون المطبق والقضاء المختص، وشرط دولية المنازعة لم ينص عليه في غالبية النظم القانوني بصفة صريحة، وإنما يستشف من نصوص التشريعات، والعلة في ذلك تكمن في كونه شرطا بدهيا، ومتطلبا دون الحاجة للإفصاح عليه، غير أن بعض التشريعات الوطنية قد نصت على شرط دولية المنازعة والتأكيد عليها، ومن ذلك نص المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي بأنه " الاختصاص الدولي الثابت للمحاكم الفنزويلية وفقا للمواد السابقة لا يمكن استبعاده باتفاق الأطراف لصالح محاكم أجنبية أو محكمين يعملون في الخارج ، عندما تتعلق القضية أو النزاع بحقوق عينية على عقارات كائنة على إقليم الجمهورية، أو عندما تكون متعلقة

Mayer (P.), Heuzé (V.), Droit international privé, 7 edition, paris, Montchrestien, 2001, P.200. , **Kaczorowska** , L'internationalité d'un contrat, R.O.I.D.C. 1995, P204 ets.

(١) **M.L. Niboyet, et G.G. de la pradelle** , Droit international privé. 2 ed, L.G.D.J, 2009, P.56.

(٢) **د/ محمد الروبي** ، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ص١١٤

بمسائل لا يجوز الصلح فيه، أو تمس المبادئ الأساسية في النظام العام الفنزويلي"[١].

كذلك نص المادة (١/٦٢) من القانون الدولي الخاص المجري، بأنه للأطراف في علاقة اقتصادية ذات طابع دولي الحق في الاشتراط كتابة على اختصاص هيئة التحكيم أو محكمة مجرية، أو محكمة أجنبية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد[٢].

وبالنظر للاتفاقيات الدولية ، فقد نصت بعض الاتفاقيات على شرط دولية المنازعة، ومن ذلك اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية والمنقولة لعام ١٩٥٥ حيث نصت المادة الأولى على أنه " الاتفاقية الحالية واجبة الانطباق على البيوع ذات الطابع الدولي المنصبة على أشياء مادية منقولة "[٣]، وقد نصت المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٥ المتعلقة باتفاقات اختيار القاضي على نفس المضمون، بأن الاتفاقية الحالية تطبق على العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية بشأن اتفاقات اختيار القاضي المبرمة في المجال المدني أو التجاري"[٤]، وهذا ما سارت عليه اتفاقية لاهاي لعام ٢٠٠٥ المتعلقة باختيار القاضي، وفقا للمادة (١/١) بأن الاتفاقية الحالية تسري بصدد المراكز القانونية ذات الطابع الدولي.." [٥].

ويتضح مما سبق، أن غالبية النظم القانونية الدولية والداخلية لم تنص صراحة على شرط دولية المنازعة، ولكنها قررت شرط الدولية ضمنيا، من

---

(١) للنظر حول نصوص القانون انظر : Rev. Crit. 1999, P.392 ets.

(٢) للنظر حول نصوص القانون انظر : Rev. Crit. 1981, P.161 ets

(٣) يتطابق هذا النص مع اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٨ والمتعلقة باختصاص القاضي المختار في حالة البيع الدولي للأشياء المادية المنقولة وفقا لمادتها الأولى.

(٤) Article 2 " La présente convention s'applique, dans les rapports internationaux, aux accords d'election de for conclus en matière civile ou commerciale".

(5) Article premier (Champ d'application) " 1. La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale. …"https://www.hcch.net/fr

خـلال تأكيـدها لاتفـاق الأطـراف علـى القـانون الواجـب التطبيـق والقضـاء المخـتص فـي إطـار تحديـدها لقواعـد الاختصـاص الـدولي سـواء القـانوني أو القضائي، وهذا ما يجعل الأمر مفترضا ومتطلبا دون الحاجة للنص عليه.

ولتحديد صفة الدولية ، اى دولية العلاقة القانونية، واعتبار العقد دوليا ثلاثـة آراء، الأول: يـرجح المعيـار الاقتصـادي . والثـاني: يـرجح المعيـار القانوني. والثالث: معيار مزدوج بين المعيار الاقتصادي والقانوني.

أولًا ، المعيار الاقتصادي:

مضمونه لتحديد دولية العلاقات أو التصرفات القانونية ، يستلزم تطبيق مراحل المعيار الاقتصادي، والمتمثلة في ثلاث مراحل، تتمثل في الأولى: تضمن العقد لعملية ذهاب وإياب للبضائع عبر الحدود. المرحلة الثانية : تجاوز العقد لنطاق اقتصاد الدولة الواحدة . المرحلة الأخيرة، ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية.

ومفهوم ذلك، أن دولية العلاقة القانونية تضمن حركة مد وجزر للقيم الاقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر، فالعبرة بالمضمون الاقتصادي للعقد ذاته بخروج ودخول للقيم الاقتصادية بين الدول واعتباره دوليا[١]، وبالتالي لا تعتمد الصفة الدولية للعقد على محل إقامة أطراف العقد أو مكان إبرامه، وإنما على حركة رؤوس الأموال التي تتجاوز الاقتصاد الوطني[٢].

ثانيا : المعيار القانوني :

المعيار القانوني يقوم على التفرقة بين العقد الوطني الذي لا تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني، والعقد الدولي الذي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني، وإذا تجاوزت هذه العناصر حدود الدولة الواحدة اعتبر دوليا[٣].

---

(١) **د/ احمد عبد الكريم سلامة** ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٥٦

(٢) **POMMIER (J.C.),** Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris, Economica, 1992, P.148 ets.

(٣) **PIERRE LALIVE,** Tendances et méthods en droit international privé, R.C.A.D.I, 1997- 11, P.16.

وبناء عليه يعتبر العقد دوليا إذا كان سبب إبرامه أو تنفيذه أو بالنظر إلى موطن الأطراف أو جنسيتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني، وينتج عن ذلك توليد التزامات متبادلة للأطراف ناتجة عن العقد وارتباطها بأكثر من قانون.

وبالنظر للعناصر القانونية السابقة، فقد تتوافر الصفة الدولية للعلاقة القانونية باجتماع عدة عناصر مرتبطة بأكثر من نظام قانوني، وقد يصبح العقد دوليا بالنظر لدخول عنصر أجنبي واحد في العقد، كاتحاد أطراف العقد في الجنسية مع إبرام أو تنفيذ العقد بدولة أخرى(١).

ثالثا : المعيار المزدوج :

يقوم المعيار المزدوج لتكييف دولية العلاقات والتصرفات القانونية، على الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي(٢) لتداخل العلاقات الاقتصادية والقانونية في العقود الدولية ، فإذا كان المعيار الاقتصادي يتعلق بحركة مد وجزر لرؤوس الأموال عبر حدود الدول، والمعيار القانوني يتعلق بارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد، فمن الجائز أن يتصل العقد الدولي باقتصاد أكثر من دولة، مع تطبيق النصوص القانونية لأكثر من دولة على العقد.

<u>وفي عقدنا الشخصي</u> ، أن المعيار المزدوج ناتج من عمومية المعيار القانوني واحتوائه للمعيار الاقتصادي، وذلك بالنظر للعملية التعاقدية، فإن المعيار الاقتصادي يعطي للعقد الطابع الدولي من خلال عنصر وحيد متعلق بمكان تنفيذ العقد فقط، بيد أن المعيار القانوني يشمل كافة عناصر دولية العقد المتعلقة بالأطراف والمحل والسبب.

الفرع الثاني
الشروط الموضوعية لصحة اتفاق الأطراف

يقصد بدور الإرادة في مساءل الأحوال الشخصية، قدرة الأطراف في النزاع ذي الطابع الدولي والمتعلق بأحوالهم الشخصية، على اختيار القانون

---

(١) **KASSIS (A.),** Le nouveau droit européen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J. 1993, P.25. N17. , **GOURION (P.A.), et PEYRARD (G.)**, Droit du commerce international, P.152, N.148.

(٢) **POMMIER (J.G.)**, Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris, Economica, 1992, P141, N139.

الواجب التطبيق والقضاء المختص، مما يستتبع توافر مجموعة من الشروط، كشرط دولية النزاع ، وهذا شرط بدهّي لتعلق موضوع النزاع بعلاقة خاصة دولية، بالإضافة لذلك، يستلزم مجموعة أخرى من الشروط، ينبغي توافرها في أي اتفاق، تتمثل في الرضاء والمحل أو الموضوع والباعث أو السبب باعتبارها شروطا موضوعية .

فينبغي أن يكون السبب أو الباعث مشروعا وغير مخالف للنظام العام ، بالإضافة لضرورة توافر رضاء الأطراف في الاتفاق على منازعاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية، وأن يكون محل الاتفاق ممكنا وجائزا، ولا يصطدم مع الاختصاص الأمر والذي يقرره المشرع، والذي يتقرر له الصفة الآمرة، وتدخل هذه الشروط تحت مسمى الشروط الموضوعية اللازمة والمتطلبة لاتفاق الأطراف.

أولا: شرط الرضاء من قبل الأطراف :

يقصد برضاء الأطراف، اتفاق إرادتين أو كثر على ترتيب أثر قانوني معين [١]، بانصراف إرادتهم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بأحوالهم الشخصية، كما تناولنا سابقا، ودخول مبدأ سلطان الإرادة في حلبة المنافسة مع ضوابط الإسناد التقليدية، أو المعتادة المتمثلة في الجنسية والموطن ، وإمكان اختيار الأطراف لقانون أو قضاء يحكم المنازعات المطروحة في مسائل الأحوال الشخصية.

ويستتبع ذلك، إمكانية الأطراف من الاتفاق وانصراف إرادتهم إلى الفصل في المنازعات الناشئة أو تلك التي تنشأ عن علاقاتهم القانونية من قبل قضاء دولة معينة أو محكمة مخصوصة ضمن هذا القضاء، أو المحاكم المختصة أصلا بالفصل فيه[٢].

---

(١) **د/ عبد الحميد الشواربي ، عز الدين الناصورى** ، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ١٩٨٨، ص ٣٨٧

Ghestin (J.), La notion de contrat, Dalloz, 1990, chron, P.147

(٢) د/ محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٢٦

وينبغي أن يكون رضاء الأطراف صحيحا خاليا من عيوب الرضا أو الإرادة وهى الغلط والتدليس والاكراة والاستغلال[١]، فكل ما يشوب الإرادة عند الاتفاق من عيوب تجعله قابلا للإبطال [٢]، وأن يكون هذا التراضي صادرا ممن يملكونه قانونا، أي يتعين أن تتوافر للطرفين أهلية الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص ، ونفرق في ذلك بين [٣].

الأول : إذا كان الحق المتفق عليه من قبل الأطراف من الحقوق القابلة للتصرف فيها، فينبغي أن يتوافر في الشخص أهلية التصرف وليس أهلية التعاقد، بمعنى: أن يكون الشخص قادرا وأهلا للتصرف فى الحق المتفق على اختيار القانون أو القضاء المختص، والا كان الاتفاق باطلا، ومثال لذلك لا يجوز للوصي أن يبرم اتفاقاً على اختيار القاضي نيابة عن القاصر دون إذن صريح من المحكمة .

الثاني : فيما يتعلق بالحقوق غير القابلة للتصرف فيها كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، ويجوز مع هذا الاتفاق على اختيار القانون والقضاء المختص ، فهنا يكتفي بأهلية التعاقد وليس بأهلية التصرف في الحق الناشئ عنه النزاع، وهذا ما نبينه لاحقا.

والقاعدة العامة، أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون وأهلية التعاقد شرط رئيس لصحة الاتفاق، فالصبي تكون تصرفاته قابلة للإبطال إذا كان مميزا ، أما إذا كان الصبي غير مميز كانت تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا ومنعدمة، وكذلك المحجور عليهم لا يمكنهم

---

(١) **Mayer (P.) et Heuzé (V.),** op.cit, P.579, N.773.

(٢) فقد عالج المشرع المصري عيوب الإرادة في النظرية العامة للعقد معالجة وافيه ، وذلك في المواد من ١٢٠ إلى ١٣٠ من القانون المدني ، أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذه العيوب في المادة (١١٠٩) من القانون المدني والتي تنص على أنه " لا يكون هناك قبول أو تراضي صحيح ، إذا تم بشكل خاطئ أو مأخوذ بالاكراة أو بطريق الاستغلال أو التدليس".

(٣) انظر في ذلك **د/ محمد الروبى**، المرجع السابق، ص١٢٧

الاتفاق إلا بواسطة من يمثلهم قانونيا [1]، وتتحدد أهلية الأطراف وفقا للقانون الشخصي لكل منهما، والسؤال الذي يطرح نفسه، هل يلزم لاتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص فيما يتعلق بالمنازعات المطروحة في مسائل الأحوال الشخصية، أن يتوافر مجرد التراضي؟ أم يتطلب لصحة الاتفاق توافر شكلية معينة؟ بمعنى أنه هل يكتفي برضاء الأطراف وانصراف إرادتهم على اختيار قانون معين أو قضاء على المنازعات المطروحة في مسائل الأحوال الشخصية؟ أم يشترط أن يكون الاتفاق على هذا الاختيار مكتوبا؟

كافة النظم القانونية سواء الداخلية او الدولية التي أقحمت إرادة الأطراف وحرية اختيارهم في مجال الأحوال الشخصية ، لم تشترط أن يكون اتفاقهم على اختيار القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة مكتوبا، بل إن مجرد توافق الإرادتين صراحة أو ضمنية كافٍ في حد ذاته لصحة اتفاق الأطراف، تطبيقا للمبدأ العام الذي يقضي بأن الأصل في العقد رضاء المتعاقدين، وما التزماه في التعاقد أو الاتفاق، ومن هذا القبيل يكون اتفاق الأطراف في مسائل الأحوال الشخصية اتفاقا رضائيا لا شكليا .

وبذلك فاتفاق الأطراف قد يأتي في صورتين، أولاهما: الاتفاق الصريح، وهذا الوضع الغالب، ويقصد بالاختيار الصريح اتفاق الأطراف على إخضاع اتفاقهم أو عقدهم لقانون معين ، وبذلك يلتزم القاضي المعروض عليه النزاع بإعمال هذا الاختيار من قبل الأطراف، نزولا على حكم المشرع الذي أعطاهم هذه الرخصة، وهنا يقع التزام على عاتق القاضي بتطبيق بنود و نصوص اتفاق الأطراف[2].

---

(1) انظر المواد (١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٤) من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٢٤) من القانون المدني الفرنسي ، والتي تنص على انه " الأطفال اقل من ١٨ عاما وأيضا الكبار المحجور عليهم لا يمكن أن يتعاقدوا إلا بواسطة ممثلهم القانوني".

(2) **د/ عكاشة محمد عبد العال** ، القانون التجاري الدولي (العمليات المصرفية)، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٣، ص٤٠

ويرد الاتفاق الصريح في شكل شرط وارد في العقد ، ويطلق عليه شرط الاختصاص القانوني أو القضائي، أو في اتفاق مستقل لاحق على إبرام العقد وقبل نشوء النزاع، يعين المحكمة أو القانون المطبق، كذلك قد يأتي اتفاق الأطراف الصريح في صورة مشارطة أو وثيقة يبرمها الطرفان بعد نشوء النزاع يحددان القضاء المختص أو القانون الواجب التطبيق [١].

ويستلزم أن يكون اختيار الأطراف اختيارا مبنيا على الصلة الجوهرية والوثيقة بين الاتفاق والدولة التي اختير قانونها ليحكم العقد أو قضائها، لينطبق على المنازعة المتعلقة بأحوالهم الشخصية، وأن يتم هذا الاختيار على نحو متوافق مع النظام العام، ولا ينطوي على غش قانوني[٢].

وقد ذهب اتجاه فقهي نؤيده، إلى أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة فيما يتعلق بالمنازعات المطروحة في مسائل الأحوال الشخصية، يقتصر على الإرادة الصريحة فقط دون الضمنية، حيث تؤدي الإرادة الضمنية لتحكم القاضي في تحديد مضمون الاتفاق، وهذا ما يؤدي بالتبعية إلى نتيجة معكوسة تعصف باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق مما يخل بتوقعات الأطراف على غير ما قصدوه، ويكون الاختيار في نهاية المطاف بيد القاضي وليس بيد أطراف العقد الدولي، مما يستتبع اغتيال قاعدة الإسناد التي صاغها المشرع بيده، تحت ستار سلطة التفسير المتاحة من قبل القاضي، والذي هيأ له المشرع ذلك [٣].

---

(١) **د/ محمد الروبي**، المرجع السابق، ص ١٢٨

(٢) **د/ احمد عبد الكريم سلامة** ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٠٩٧

(٣) راجع في ذلك:

FRANCE DEBY – GERARD, Le role de la régle de conflate dans le réglement des rapports internationaux, paris 1973, P.260.

د/ هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ١٩٩٥، ص ٣١٩ ، **د/ عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص٤٢

وقد لاقى الاتفاق الصريح قبولا من قبل العديد من النظم القانونية الداخلية ، فقد نصت المادة (٢٤) من القانون الدولي الخاص التركي على أنه " تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يوافق عليه الأطراف صراحة "[١]، والمادة (٥/١٠) من القانون المدني الإسباني والتي تنص على أنه " يكون اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم صريحا"[٢].

الصورة الثانية: لاتفاق الأطراف فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بأحوالهم الشخصية ، الاتفاق الضمني والذي بمقتضاه يسكت الأطراف عن تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق، بحيث لا يعبر الأطراف صراحة عن اختيار القانون الواجب التطبيق، والذي يخضع له عقدهم، بحيث لا يعدو عدم التحديد لقانون العقد من قبل الأطراف المتعاقدين انتهاء لكل دور لهم في الاختيار، وإنما يتعين على القاضي المطروح عليه النزاع أن يبحث عن قانون معين لينظم العلاقة محل النزاع ، من خلال الكشف عن نيتهم الضمنية التي تعبر عن رغبتهم في تطبيق قانون معين أو قضاء ما، وهنا نكون بصدد إرادة الأطراف الضمنية [٣].

وتستشف الإرادة الضمنية للأطراف من عدد دلائل ، ففي مجال القانون الواجب التطبيق، توجد مجموعة من الظروف المحيطة والقرائن الدالة على الاختيار الضمني، والتي من خلالها يمكن استخلاص النية الضمنية للأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن هذه القرائن، قرائن أو الظروف

---

(١) نصوص هذا القانون منشورة Rev. Crit, 1983, P.141 ets .

(٢) نصوص هذا القانون منشورة Rev. Crit, 1978, P.224 ets.

(٣) قد أكدت العديد من التشريعات المقارنة على الإرادة الضمنية ، حيث نصت المادة (١/٣٥) من القانون الدولي الخاص النمساوي على أن " تخضع الالتزامات للقانون الذي يعينه الأطراف صراحة أو ضمنيا " ، والمادة (٢/١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري ، والتي تنص على أن اختيار القانون إما أن يكون صريحا أو مستخلصا من نصوص العقد أو الظروف" ، والمادة (١/٢٧) من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في ٣٠ يوليو ١٩٨٦ والتي تنص على أن " يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وهذا الاختيار يجب أن يكون صريحا أو ناتجا بشكل مؤكد من نصوص العقد، أو ظروف التعاقد، وبموجب هذا الاختيار يمكن للأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو جزء منه ، انظر في ذلك Rev. Crit. 1987, P.170.

المحيطة بسبب العقد ذاته، وهو ما يرتب بدوره ذات الأثر الذي يرتبه الاختيار الصريح[١]، ومثال لذلك، إذا قرر الأطراف في عقدهم أنه يمكن تكملة بنود العقد بالرجوع لقانون دولة معينة، فهذا يدل على انصراف إرادة الأطراف لاختيار هذا القانون ليطبق على علاقتهم[٢] كذلك من القرائن تطبيق قانون القضاء المختص من قبل الأطراف[٣].

أما في مجال القضاء المختص، فتوجد أيضا دلائل وقرائن تؤكد على تراضي الأطراف على اختيار القاضي، كأن يرفع المدعي دعواه إلى قضاء دولة معينة، ويحضر المدعَى عليه أمامها ويخوض في موضوع الدعوى دون أن يعترض على اختصاص المحكمة المرفوع إليها النزاع، أو أن يبرم الأطراف اتفاق إطار يحددون فيه الخطوط العريضة والقواعد الكلية لمعاملاتهم المستقبلية، ويتضمن من البنود ما يتيح للأطراف حرية اختيار المحكمة المختصة ، ثم يبرموا عقدا لاحقا بتنفيذ ما اتفقوا عليه[٤]، وأيا كان من صور لاتفاق الأطراف سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا ، فيجب أن ينصب الاتفاق على محل وسبب مشروع وقانوني.

ثانيا : شرط السبب والمحل :

لكي يكون اتفاق الأطراف صحيحا وقانونيا، لابد أن يكون هذا الاتفاق قائما على رضاء مستنير من الأطراف، بالإضافة لتحقيق سبب مشروع ، ويصادف محلا مستوفيا لشروطه ، وهذه الشروط الموضوعية ينبغي أن تستوفي في أي اتفاق، وتعرضنا للشرط الأول المتمثل في الرضاء من قبل الأطراف ، ونستعرض لاحقا للشرطين الموضوعين المتمثلين في السبب والمحل أو الموضع.

---

(١) **M.L. Niboyet et G.G. de la pradelle**, Droit international privé, op.cit, P.56.

(٢) **د/ عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص٤٨

(٣) **GUTMANN (D.),** Droit international prive, paris, Dalloz, 1999, P.177, N236.

(٤) **د/ محمد الروبى** ، المرجع السابق، ص ١٢٨

١ – السبب أو الباعث:

لكي يكون اتفاق الأطراف صحيحا، سواء على القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص، يقتضي كما تناولنا سابقا أن يكون هذا الاختيار قائما على رضاء صحيح خالٍ من العيوب، بالإضافة لسبب أو باعث مشروع .

ويقصد بالسبب، الغاية التي يستهدف الشخص تحقيقها نتيجة التزامه أو الغرض الذي يقصده الطرف المتعاقد من وراء رضائه، وبالنظر للمشرع المصري فلم يحدد مدلول وماهية السبب كركن من أركان العقد مكتفيا في ذلك بالنص عليه في المادة (١٣٦) مدني مصري، بضرورة أن يكون لكل التزام سبب وإلا يكون هذا السبب مخالفا للنظام العام، ووضع المشرع جزاء لمخالفة ذلك ببطلان الاتفاق[١].

ويستفاد من ذلك أن هناك قرينة قانونية على وجود سبب صحيح ومشروع في الاتفاق، حتى لو لم يذكر هذا السبب في العقد أو الاتفاق القائم بين أطرافه ، ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، ومثال لذلك، إذا ادعى طرف في عقد الاتفاق على مسائل الأحوال الشخصية بأن للاتفاق سببا غير مشروع، كأن يكون الإفلات من الاختصاص القانوني مبنيا على غش نحو القانون ، فعلى الطرف الأخير أن يثبت ذلك، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا يكتفي عليه أن يثبت عدم مشروعية السبب، بل يقع عليه التزام بأن الطرف الآخر كان يعلم بعدم مشروعية السبب أو كان يستطيع العلم به، ويثبت ذلك بكافة الطرق أيضا[٢] .

والمقصود بالسبب، أو الباعث في الاتفاق هو السبب الحقيقي فرضا، بمعنى: أنه إذا ادعى المدين بالالتزام أن هذا السبب ليس حقيقيا، بل سبب

---

(١) الموقف السلبي الواضح من المشرع المصري في عدم تحديد السبب، قد خالف بعض النظم القانونية الداخلية من تحديدها للركن السبب ، فبالنظر لموقف المشرع الإماراتي فقد خالف هذا الاتجاه بالنص في المادة (٢/٢٠٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه عرف السبب بأنه " الغرض المباشر المقصود من العقد".

(٢) **د/ عبد الرازق السنهوري**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤، ص١٨٣

صوري ينطوي خلفه سبب غير مشروع، فله أن يتخذ أحد الموقفين، الأول: أن يقتصر على إثبات صورية السبب المذكور في الاتفاق، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي إلى الطرف الآخر في الاتفاق، أما الموقف الثاني: فيتمثل في إثباته للسبب الحقيقي للعقد، وأنه سبب غير مشروع وينطوي على غش نحو القانون، وهنا لن يتقيد المدين بالالتزام بطرق إثبات معينة، بل يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات[١].

والسبب يتمثل في إطار بحثنا هذا على اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين أو قضاء ما ليحكم ما ينشأ من منازعات متعلقة بأحوالهم الشخصية، فرغبة الأطراف في تنحية المحكمة أو المحاكم المختصة بالفصل في النزاع والعهدة به إلى المحكمة المختارة من قبلهم، وهذا السبب يفترض أنه مشروع دائما لحين قيام الدليل على عكس ذلك، بأن السبب أو الباعث الدافع إلى اختيار الأطراف للقاضي هو الغش أو التحايل، إما نحو القانون أو نحو الاختصاص أو نحوهما معا[٢].

٢ – المحل أو الموضوع:

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به. والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، ويشترط في محل الالتزام أن يكون موجودا أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعًا عن عمل ، كما يشترط أن يكون معينا وقابلا للتعيين، وقابلا للتعامل فيه[٣].

---

(١) **د/ عبد الرازق السنهوري**، المرجع السابق، ص١٨٤

(٢) **د/ محمد الروبي** ، المرجع السابق، ص١١١

ومن الفقه الفرنسي : **Pascal de vareilles – Sommière** , Le forum shopping de vant les juridictions francaises, Travaux du comité francais de droit international privé, 1998- 2000, P.49 – 82.

(٣) لذلك تشترط مجموعة من الشروط في محل الاتفاق، أولهما: أن يكون محل الالتزام ممكنا غير مستحيل، ويعنى أن يكون محل الالتزام موجودا أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد ويترتب على ذلك ، بطلان العقد في حالة ما يتعاقد الطرفان على اعتبار أن هذا الشيء موجود وقت العقد، بحيث قد نكون بصدد استحالة لمحل العقد، والشرط الثاني، أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين ، فلابد أن يتوافر هذا الشرط أيا كانت صورته أو ما تفرضه طبيعة الأشياء، ومثال لذلك إذا ورد

وما يهمنا في موضوع دراستنا، هو ألا ينصب اتفاق الأطراف على اختيار القانون أو القاضي على مسائل لا يجوز بشأنها هذا الاختيار. ذكرنا سابقاً عن حديثنا عن القانون الواجب التطبيق، أنه على الرغم من جمود بعض قواعد الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة تداخل وبشدة في مسائل الأحوال الشخصية ، وتعاظم دور الإرادة فيها، خاصة بالنسبة للنظام المالي للزوجية والتطليق والنفقات ، وأيضا بالنسبة للمواريث، مع إقرار العديد من النظم القانونية الداخلية والدولية على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

أما بالنسبة للقضاء المختص، وهذا ما سنتناوله لاحقا، فيجب ألا ينصب اتفاق اختيار القاضي على مسائل لا يجوز بشأنها إبرام هذا الاتفاق، أي أن يكون هذا المحل ممكنا، وألا يتصادم اتفاق اختيار القاضي مع الاختصاص الأمر أو الحتمي، والذي يقصد به عدم قدرة إرادة الأفراد على مخالفته قواعد الاختصاص المباشر التي يتقرر لها الصفة الآمرة، بحيث يزيل كل اتفاق على ما يخالفها، وهذا ما نوضحه بشيء من التفصيل لاحقا عند التعرض لمسائل الاختصاص القضائي.

وينبغي في نهاية الحديث عن الشروط الموضوعية لصحة اتفاق لأطراف، عدم الخلط بين كل من محل الاتفاق وسببه، فإذا كان محل اختيار الأطراف فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ينصب بعدم طرح المنازعة الناشئة أو التي قد تنشأ عن علاقاتهم على المحكمة المختصة بها أصلا وعرضها على محكمة دولة أخرى، أو عدم اختصاص القانون الواجب التطبيق

الالتزام على شئ معين بالذات يجب أن تحدد ذاتية الشيء على وجه يميزه عن غيره، ويمنع الاختلاط بغيرها، والشرط الأخير: أن يكون المحل مشروعا، فإذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا، ويتضح من هذا النص استلزام توافر شرط المشروعية في محل الالتزام، فإذا كان المحل غير مشروع لا يقوم الالتزام ويبطل العقد لانتفاء محله ، انظر في ذلك ، **د/ عبد الرازق السنهوري**، المرجع السابق، ص١٤٥

على العلاقة واتفاقهم على قانون آخر أو معايير، وهذا ينصب على ما التزم به الأطراف، أما السبب، فيتمثل في الباعث الدافع إلى هذا الالتزام، وألا يكون هذا السبب مخالفا للنظام العام ، لذا نتعرض بنظرة مبسطة لمدى تأثير وتأثر النظام العام على حرية اختيار الأطراف في مسائل الأحوال الشخصية .

المطلب الثاني

تأثير النظام العام على حرية اختيار الأطراف في نطاق الأحوال الشخصية

فكرة النظام العام تهدف في الأساس حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، وهذا الهدف تسعي إلى تحقيقه، سواء في مجال القانون الداخلي أو في مجال القانون الدولي الخاص، بالإضافة لذلك فقد يختلف المنظور الحمائي للنظام العام بين النظم القانونية والشريعة الإسلامية، لاسيما لتعلق دراستنا بمسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما سنتعرض له.

الفرع الأول

أوجه التباين للنظام العام بين العلاقة الداخلية والعلاقة ذات العنصر الأجنبي

أولا: ماهية النظام العام وضوابط إعماله :-

تحديد فكرة النظام العام أمر بالغ الصعوبة، نظرا لاختلاف الأسس التشريعية التي تستند عليها كل دول العالم في وضع قوانينها، بالإضافة لأن النظام العام يعد انعكاسا للرأي العام والأفكار والأعراف والقيم السائدة في مجتمع دولة القاضي في وقت معين، لذا فمن الطبيعي أن هذه الأفكار والأعراف غالبا ما تواجه هذا التطور فتتغير معه الأمر الذي يجعل مضمون ومدلول النظام العام خاضعا للتغيير المستمر [1].

([1]) **د/ عكاشة محمد عبد العال** ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية بالقاهرة ، ٢٠٠٢، ص٥٥٥

لذلك ففكرة النظام العام متغيرة زمنيا ومكانيا ، بسبب أنها فكرة نسبية تضيق وتتسع حسب المبادئ السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية ، ومقدار تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد[١]، لذا فقد التزمت غالبية النظم القانونية الصمت في تحديد ماهية النظام العام، غير أن الفقه سلك مسلكا آخر بتحديده لمضمون النظام العام بأنه الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدولة ما، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية، أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك [٢].

ويعيب على هذا التعريف أنه يسهب في تحديده للنظام العام ، بالإضافة لعدم شموله لتحديد فكرة النظام العام من الوجهة الخارجية ، حيث إن تحديد مضمون النظام العام يختلف اختلافا جوهريا فى العلاقة الداخلية عنه في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، فالعلاقة الداخلية والتي يكون كافة عناصرها وطنية تقع داخل قطر دولة معينة، فاستخدام فكرة النظام العام في هذه العلاقة يضمن عدم الخروج الاختياري عن أحكام القواعد الآمرة في القانون، ففكرة النظام العام في العلاقة الوطنية البحتة هدفها الحد من سلطان الإرادة، لكن ليس في ذلك خروج عن الأصل العام، والمتمثل في أن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها القانون [٣].

---

(١) **د/ ممدوح عبد الكريم حافظ** ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ٢٠٠٥، ص ١٩٦

(٢) انظر في ذلك، **د/ احمد مسلم** ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ببيروت ، ١٩٦٦، ص ٢٠٣

(٣) انظر رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة من الباحث **صالح السيد هريدى** ، تحت عنوان التحكيم في إطار النظام العام ، مقدمة لكلية الحقوق جامعة طنطا ، ٢٠١٦، ص١٢٥

أما بالنظر لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ، فلم يظهر النظام العام دفعة واحدة، بل بصورة تدريجية من خلال تطوره على يد فقهاء القانون الدولي الخاص [١] ، وتستخدم هذه الفكرة كضمانه لتطبيق قانون القاضي من خلال استبعادها للقانون الأجنبي، وتطبيق القانون الوطني[٢] بصفة استثنائية خروجا عن المبدأ العام الذي يوجب تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه سواء أكان وطنيا أو أجنبيا[٣].

وفكرة النظام العام لا يمكن الاستغناء عنها في أي نظام قانوني وخاصة في مجال تنازع القوانين، لاعتبارها صمام الأمان لتعطيل العمل بالقانون

---

(١) فكرة النظام العام ترجع جذورها التاريخية لفقه نظرية الأحوال الايطالية في القرن الثالث عشر ، عندما قام الفقيه بارتول بالتفرقة بين الأحوال الملائمة أو المستحسنة والأحوال البغيضة أو المستهجنة ، ثم جاء الفقيه مانشيني في القرن التاسع عشر بتطوير فكرة النظام العام لصالح قانون القاضي ، كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي من خلال فكرة الاشتراك القانوني على يد الفقيه الألماني سافيني ، انظر فى ذل ، **د/ صلاح الدين جمال الدين** ، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ، ٢٠١٠، ص٢٢، **د/ عكاشة محمد عبد العال** ، مرجع سابق، ص ٥٣٢، **د/ احمد عبد الكريم سلامة** ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧ ، ص٢٢٦، ٢٢٧

(٢) **Batiffol (H.), et Lagarde (P.),** Traité de droit international privé, 8 éd, T.1, L.G.D.J, 1993, P.575. , **Lagarde (P.),** Rechreches sur l'ordre public en droit international privé, Rev. Inter, Dr. comp., 1960, P.866.

(٣) ومثال تطبيقي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، ما جاء في قرار جمعية القانون الدولي ILA والذي اعتمدته جمعية القانون الدولي في اجتماعها الذي عقد في نيودلهي الهند خلال الفترة من ٢ إلى ٦ ابريل ٢٠٠٢ والمتعلق بالنظام العام كعائق أمام تنفيذ أحكام التحكيم الدولية بأنه .... (ج) يستخدم لفظ النظام العام في هذه التوصيات لتحديد هيكل المبادئ والقواعد التي تعترف بها الدولة والتي قد تعوق بطبيعتها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر في تحكيم تجارى دولي، إذا نتج عن الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه مخالفة تلك القواعد ، أما بسبب الإجراءات التي صدر تطبيقا لها (النظام العام الإجرائي الدولي) أو بسبب موضوعه (النظام العام الموضوعي الدولي)

(د) يتضمن النظام العام الدولي لأي دولة ما يأتي :

١- المبادئ الأساسية للعدالة أو الأخلاق التي ترغب الدولة في حمايتها حتي إذا لم تكن معنية مباشرة بذلك.

٢- القواعد الخاصة بخدمة المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

٣- التزام الدولة باحترام التزامها تجاه الدول الأخرى والمنظمات الدولية .

انظر في ذلك، **د/ صالح السيد هريدي**، المرجع السابق، ص١٢٥

الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، مما يستوجب الحيطة والحذر من القاضي عن إعماله فكرة النظام العام، فلا تتم إلا عبر ضوابط خاصة وذاتية بالنظام العام ، والتي تتمثل في أن يكون تطبيق القانون الأجنبي بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية على الواقعة المتنازع فيها ، بالإضافة لتحقيق مخالفة أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمبادئ النظام العام في القانون الوطني لقاضي الموضوع، وأخيرا بوجود رابطة بين الواقعة المتنازع فيها والقانون الوطني لقاضي الموضوع[١] .

ويضرب الأستاذ/ بول لاجارد مثالاً لذلك في حالة طلاق فرانكو إيطالي الجنسية تم في فرنسا، ثم تزوجت ايطالية أحد المواطنين الايطاليين، ثم ما لبث بعد ذلك أن تم تحريك دعوى المنازعة في نسب الطفل الناتج عن هذا الزواج في فرنسا، هنا نجد أن القانون الايطالي هو الواجب التطبيق بحسب قاعدة التنازع، على أنه وبحكم أن القانون الايطالي يعتبر هذا الزواج الثاني باطلاً، ومن ثم إنه يتعارض والنظام العام الفرنسي، لأن موضوعه ينحصر في مسألة أولية، وعليه فقد انتهى القاضي الفرنسي إلى الحكم بشرعية نسب الطفل[٢].

ويتضح مما سبق، إنه يجب على القاضي الوطني، وعقب النظر في مضمون القانون الأجنبي المعين بطريق قاعدة التنازع، أن يستبعد هذا القانون، متى تعارض مع النظام العام، وعلى هذا يجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار ظروف الموضوع، وكذلك الحال وبالنظر إلى النصوص التشريعية والاتفاقيات الحديثة، فلا محل للاحتجاج بالنظام العام كسبب لعدم تطبيق

---

(١) انظر في ذلك ، **د/ صلاح الدين جمال الدين** ، المرجع السابق، ص١١٥، **د/ عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص٥٥٧

(٢) "Un ménage franco – italien divorce en france , l'italien epouse une compatriote , et ultérieurement un procés….par, **Lagarde (P.)** , op.cit, P.866.

القانون الأجنبي، إلا إذا تعارض هذا القانون ذاته مع النظام القانوني لقاضي الموضوع[١].

فعلى سبيل المثال، الدفع بالنظام العام أصبح أمر مسلما به في مختلف النظم القانونية الداخلية ، بما في ذلك البلاد الأنجلو أمريكية ، وإن كان تحركه في هذه الأخيرة أقل من غيرها بالنظر إلى ما تجرى عليه من إسناد مسائل الأحوال الشخصية (وهى أوسع مجالا لتطبيق القانون الأجنبي) إلى قانون الموطن، وغالبا ما يكون القانون الأخير بمثابة قانون القاضي[٢].

فالنظام العام يستهدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، وهذه الحماية هي حماية نسبية تتصل بمجتمع معين، كما أنها تتصل بطبيعة الدولة في ذلك المجتمع، فالملاحظ أن القوانين التي تنص على تعدد الزوجات، إنما تتعارض مع وجهة نظر القضاء الفرنسي مع القواعد الأساسية للحضارة الفرنسية، ولكنها لا تتعارض مع النظام العام في الدول العربية التي تنص قوانينها على هذه الأوضاع، كذلك يختلف الدفع بالنظام العام بحسب طبيعة النظام العام القائم فالدول التي تعتمد على أساس ديني تختلف عن غيرها من الدول العلمانية في أخذها بالنظام العام من عدمه[٣].

أما بالنسبة للنظام العام في مجال الأحوال الشخصية ، فقد عبر عنه بمصطلح النظام العام القريب ordre public de proximite في كتابات الفقيه الفرنسي بول لاجارد في عام ١٩٥٩، بحيث وضع أطروحته للدكتوراه بعنوان (البحث في النظام العام في القانون الدولي الخاص)[٤]، وفى عام ١٩٨٦ تناول هذا الموضع في دروس القانون الدولي الخاص في أكاديمية

---

(١) Cass. Belgique, 2 avril 1981, (R 1983, 59, not verwilghen).

(٢) انظر في ذلك ، **د/ سيف الدين محمد محمود البلعاوى** ، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، مجلة جامعة الاقصي، سلسلة العلوم الإنسانية ، جامعة الاقصي بغزة فلسطين ، المجلد السابع، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص٢٣٨

(٣) المرجع السابق، ص٢٤٠

(٤) **Lagarde (P.),** Recherches sur l'ordre public en droit international prive, Paris, L.G.D.J, 1959.

القانون الدولي الخاص بلاهاي[١]، بينما فى عام ١٩٩٣ وفى الكتب المختلطة للقانون الدولي الخاص، التي تقدم على شرف بعض الأساتذة تناولت النظام العام الدولي في مواجهة حالة تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة[٢] .

وبالنظر لموضوع المركز القريب ، فيكشف عن الصلة أو الرباطة الضيقة بين المركز القانوني الدولي الخاص والنظام القانوني الوطني من خلال قواعد التنازع أو الإسناد التي تحدد الاختصاص القضائي تارة، ومن خلال قواعد التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق تارة أخرى.

وهذا ما يصل الرابطة القانونية بصلة محددة، وذلك بحسب العبارة الشائعة للفقيه Savigny[٣]، ومن المنظور السلبي نجد أن المبدأ ينتهي بالقاضي إلى أن يقر صراحة بانعدام اختصاصه أو باختصاصه بتطبيق القانون الأجنبي.

على هذا القبيل جرت العادة بتطبيق القانون الوطني على مسائل الأحوال الشخصية حيث قانون الأسرة والقانون الوطني يترجم فى آن واحد الارتباط بين الهوية الثقافية وضرورة الاستقرار للشخص، وتطبيق قانون أجنبي يعتبر بمثابة نوع من المجاملة الدولية، حيث العبارة الشائعة، متى طبق القانون الوطني لرعايا دولة ما ، فعلى قاضي هذه الدولة أن يطبق قانوننا على رعايانا[٤].

من اليسير أن يندرج مثل هذا المنطق في إطار مجموع النظم القانونية التي تقوم على مبادئ مشتركة ، فنجد محل الإقامة عند الفقيه Savigny ، أو

---

(١) **Lagarde (P.),** Le principe de proximite dans le droit international prive contemporain, cours general de droit international prive R.C.A.D.I, 1986, T.I, vol, 196, P.238.

(٢) **Lagarde (P.),** La theorie de l'ordre public international Face a la polygamie et a la repudiation l'experience francaise. In Nouveaux itineraires en droit, Hommage a Francois Rivaux, 1993, P.263 ets.

(٣) **Savigny (F.C.),** system des heutigen romischen Rechts, Berlin, Veit und comp. 1849.

(٤) **Carlier (J.Y.),** Quand l'ordre public fait desordre , a propos de deux arrest de cassation relatifs a la polygamie et a la repudiation, R.C.D.I.P. 2008, P.526, et P.527.

الارتباط الشخصي بطريق الجنسية عند الفقيه Mancini ، وهذا ما يكشف عن فكرة التقارب التي يجرى تطبيقها بصور مختلفة.

وهذا ما قامت باستخدامه محكمة عدل الاتحاديات الأوربية لفكرة مماثلة للروابط الفعلية، والروح الدولية التي تفسح المجال للارتباط بقانون أجنبي لا تزال تتراجع أمام القوانين التي تقوم على مبادئ مختلفة عن بعضها البعض، بما ينتهي بطبيعة الحال إلى تنازع القوانين، وهو ما يكشف من جهة أخرى عن صراع الحضارات[١] .

وهذا لم يكن بغريب أن يبرر الدفع بالنظام العام بغية تصحيح النتائج السلبية للتطبيق العادي لقواعد القانون الدولي الخاص في النظام القانوني لقانون القاضي، فالدفع بالنظام العام يؤدي تارة إلى رفض تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بصورة عادية، وتارة أخرى إلى رفض الآثار المترتبة على المركز الأجنبي المتكون في الخارج بطريق حكم قضائي[٢] .

وهذا ما سنوضحه في التطبيقات القضائية اللاحقة من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يفرض للزوجة نفقة معيشة عقب طلاقها، أو يفرض للزوجة نفقة معيشة ولكنها غير كافية.

وبالنسبة لدور إرادة الأطراف في مسائل الأحوال الشخصية ، ومجال إعمال النظام العام بها، فقد ظهرت اتجاهات حديثة في نهاية القرن العشرين تنادى بتطبيق قانون الإرادة على مسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما تعرضنا له سابقا، إلا أنه قد تقف فكرة النظام العام عائقا أمام تطبيق قانون الإرادة، متى ترتب على تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف انتهاك صارخ للركائز الحيوية والجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي، بأن يؤدي تطبيق قانون الإرادة بمخالفة الاعتبارات الدينية في قانون دولة القاضي، كالمنع من

---

(١) **Deprez (J.),** Droit international prive et conflits de civilisations, Aspects methodologique, R.C.A.D.I, 1988, IV, T.211, P.9- 372.

(٢) **Calier (J.Y.)**, Quand l'ordre…op.cit, P.526.

الميراث لأسباب لا يعتد بها قانون دولة القاضي، أو يؤدى تطبيق قانون الإرادة بمخالفة الاعتبارات الدينية في قانون دولة القاضي، كتحريم الطلاق على الرغم من إتاحة القانون الأخير للطلاق، وفى سبيل ذلك قد تطبق المحاكم الفرنسية القوانين الأجنبية التي تتعارض مع القوانين الفرنسية على سبيل المثال في حالة الطلاق، طالما أن تطبيق هذا القانون الأجنبي، وبالنظر إلى الحالة المعروضة على القاضي، تعطى نتيجة قريبة من النتيجة التي يمكن الحصول عليها في القانون الفرنسي، أما لو كان يشكل انتهاكا صارخا للقانون الفرنسي فيستبعد لتعارضه معه[١].

وقد قيل إن مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة يقتضى عدم تطبيق القانون الشخصي للزوج وتطبيق قانون آخر يتفق مع مقتضيات المساواة نابع من اختيار أطراف العلاقة الزوجية ، هذا قول مردود عليه من الفقه[٢] فإذا كانت المساواة في الحقوق السياسية والاقتصادية أمر متفق عليه في المواثيق والاتفاقيات الدولية، إلا أن البناء الديني والاجتماعي الذي تنهض عليه العلاقات الأسرية، يستوجب تدخل القانون الوطني وأحكام الشرائع السماوية في الحد من تطبيق القوانين الأجنبية التي تهدم النظام الاجتماعي والديني للأسرة.

ثانيا: التطبيقات التشريعية والقضائية للنظام العام في مجال الأحوال الشخصية :-

نتناول موقف النظم القانونية الدولية والداخلية التي أقحمت المجال لحرية إرادة الأطراف في مجال الأحوال الشخصية، ومدى تعلق حرية الإرادة بالنظام العام حالة اصطدام اختيار الأطراف مع المبادئ الأساسية في المجتمع، والمتمثلة في المبادئ الاجتماعية والسياسية والاقتصادية[٣].

---

(١) Paris 16 nov 1936, J.1937. 292.

(٢) **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل** ، المرجع السابق، ص١٢١

(٣) **Batiffol (H.) et Lagard (P.)**, Traite de droit international prive, T.1, 8 ed, paris, L.G.D.J. 1993, P.569, N355.

فوفقا للتنظيم الأوربي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على التطليق والانفصال الجسماني، فقد نصت المادة الثانية عشرة منه على أنه " لا يستبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقا للتنظيم الحالي، إلا إذا جاء متعارضا بشكل صارخ مع النظام العام في دولة القاضي"[١].

وبالرجوع لنصوص التنظيم السابق، يتضح أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم بإحدى الطريقتين ، الأولى: بموجب المادة الخامسة من التنظيم رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ والتي تتيح للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق. الطريقة الثانية: وفقا للمادة الثامنة من التنظيم، والتي من خلالها يتم تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل أطراف العلاقة [٢] ، وبذلك يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي حالة تعارضه مع الأسس الرئيسة والجوهرية التي نص عليها التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ ، كأن يحرم القانون الأجنبي نظام الانفصال الجسماني أو التطليق الذي أقره التنظيم ذاته.

بالإضافة لذلك، فقد جاء التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٢/٦٥٠ المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها، والقانون الذي يحكم الميراث وفقا للمادة (٣٥) [٣] بنفس النصوص للتوجيه السابق مطابقا تماما

---

(1) Article 12 "L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.". https://eur-lex.europa.eu

(2) Article 8" À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État:

a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,…. https://eur-lex.europa.eu

(3) Article 8 " L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette

للمادة الثانية عشرة من تنظيم ٢٠١٠/٢٥٩ والتي تقضي بأنه لا يجب أن ينال القانون الواجب التطبيق، سواء الذي تحدده وأشارت إليه المادة (٢١) من تنظيم ٢٠١٢/٦٥٠ أو الذي يختاره الأطراف لنظام ميراثه على الركائز الأساسية، والتي ينص عليها التنظيم الأوربي رقم ٢٠١٢/٦٥٠، كالنص في القانون الواجب التطبيق على الحرمان من الميراث لأسباب لا يعترف بها قانون دولة القاضي.

وبالنظر للتشريعات الوطنية ، فقد قضى القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام ٢٠٠٤ وفقا للمادة (٣/٥٥) على أن استبعاد القانون الأجنبي الذي اتفق عليه الأطراف فيما يتعلق بمسائل أحوالهم الشخصية في التطليق لتعارضه مع النظام العام، وتطبيق القانون البلجيكي قانون دولة القاضي ، والذي يسمح بنظام التطليق[١].

وبالنظر للقانون المدني الإسباني لعام ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٢٠٠٣/١١، فقد أجاز للزوجين حرية الاختيار بين قانون محل الإقامة المعتادة لأي من الزوجين ، أو قانون الجنسية المشتركة حالة عدم وجود اختيار لحكم آثار الزواج[٢] ، وأيضا لحرية الاختيار في مسائل الانفصال الجسماني والتطليق، وأضافت المادة (١٠٧) من ذات القانون حكما يتيح للقاضي استبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض تعارضا واضحا وصريحا مع الأسس والمبادئ الرئيسة التي تقوم عليها الدولة حالة عدم اعتراف القانون

---

application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for . "https://eur-lex.europa.eu

(١) Article (55/3) "L'application du droit désigné au 1er est écartée dans la mesure où ce droit ignore l'institution du divorce. Dans ce cas, il est fait application du droit désigné en fonction du critère établi de manière subsidiaire par le 1er."
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr

(٢) المادة (٢/٩) من القانون المدني الاسباني لعام ١٩٩٠

الأجنبي بنظام التطليق أو الانفصال الجسماني، إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الإسبانية أو يقيم إقامة عادية في قطر هذه الدولة [١] .

التطبيقات القضائية للنظام العام :

بالنظر لحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٨ نوفمبر لعام ٢٠٠٦ بأنه لا يجوز أن يؤخذ على محكمة الاستئناف أنها لم تبين على وجه التحديد القانون الذي تطبقه، طالما أن المحكمة ذكرت في حكمها أن تقدير طلب الطلاق المقدم من الزوجة قدم وفقا للمادة (١/٥٦) من تقنين الأسرة المغربية، إذ بذلك تكون المحكمة قد طبقت بدون غموض القانون المغربي الذي يحكم الروابط بين الزوجين. وحينما قضت محكمة الاستئناف بأن القانون المغربي واجب التطبيق، لم يسمح بتقديم نفقة تكفي الزوجة عقب الطلاق، فقد خلصت من ذلك إلى الحكم بأن القانون المغربي يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي[٢].

وبالنظر لوقائع الحكم ، فقد قضت محكمة استئناف Douai في حكمها المطعون فيه الصادر في ١٨ سبتمبر لعام ٢٠٠٣ بطلاق الزوجين اللذين يحملان الجنسية المغربية، والمقيمان في فرنسا، كما قضت بإلزام الزوج بأن يدفع لزوجته مبلغًا من المال على سبيل النفقة .

بخصوص وسيلة الطعن الأولى: أخذ الزوج على حكم محكمة الاستئناف عدم استناده على أساس مشروع بالنظر إلى المادة (٣١٠) من التقنين المدني، والمادة (٩) من الاتفاقية الفرانكو مغربية الصادرة في ١٠ أغسطس لعام ١٩٨١ ، حيث وبحسب الطاعن لم تبين المحكمة على سبيل الدقة القانون الذي قامت بتطبيقه، بيد أنه، وبحكم أن المحكمة قد أشارت في حكمها إلى إن طلب الطلاق المقدم من الزوجة المغربية خضع في تقديره للمادة (١/٥٦) من تقنين الأسرة المغربية ، فلا جرم في أن محكمة الاستئناف تكون بذلك قد

---

(١) نص المادة (١٠٧) من القانون المدني الاسباني رقم ٢٠٠٣/١١

(٢) Cass. Civ, 28 novembre 2006, Rev.crit. DIP 2007, P.584.

طبقت القانون المغربي للأحوال الشخصية بدون غموض، على الرغم من أن الأسباب التي استندت عليها المحكمة لا تستوجب اللوم، وبناء عليه فإن هذه الوسيلة للطعن غير مقبولة.

بخصوص وسيلة الطعن الثانية: فقد أخذ الزوج المغربي على حكم محكمة الاستئناف أنه صدر بالمخالفة للمادة (٤) من الاتفاقية الفرانكو مغربية الصادرة في ١٠ أغسطس لعام ١٩٨١ ، والمادة (١١) من اتفاقية لاهاي الصادرة في ٢ أكتوبر لعام ١٩٧٣ ، بالحكم بإلزام الزوج بسداد نفقة للزوجة بالتطبيق للقانون الفرنسي، لمجرد استناد محكمة الاستئناف بحسب الطاعن أن القانون المغربي يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي، بينما القانون الأجنبي الذي ينص على نفقة معيشة محدودة خلال فترة العدة La periode de viduite لا يتعارض بصورة ظاهرة والنظام العام الفرنسي، بيد أن محكمة الاستئناف قضت بان القانون الأجنبي واجب التطبيق لا يسمح للزوجة بالحصول على نفقة كافية عقب الطلاق، وقد خلصت محكمة الاستئناف من ذلك إلى إن القانون المغربي، وبخصوص هذه النقطة على وجه التحديد يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي، وبناء عليه، فإن هذه الوسيلة للطعن غير مقبولة .

صفوة القول : أن القانون المغربي، وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين وفقا للمادة (٩) من الاتفاقية الفرانكو – مغريبية، باعتباره قانون الطلاق، كان هو القانون واجب التطبيق على تحديد النفقة التي يمكن للزوجة الحصول عليها عقب الطلاق، ولكون القانون المغربي لا يسمح للزوجة المطلقة بالحصول من زوجها على نفقة كافية عقب الطلاق، فقد تم استبعاده بصورة صريحة لتعارضه والنظام العام الدولي الفرنسي.

* وفى حكم آخر: قضت محكمة النقض الفرنسية بأن النظام العام الدولي الفرنسي لا يتعارض فقط مع القوانين الأجنبية التي لا تعطى ضمان مالي للزوجة ، ولكن أيضا مع القوانين الأجنبية التي تنص على نفقة غير

كافية. ومن نافلة القول أن محكمة لاستئناف تبنت هذا في حكمها الصادر في ١٠ مايو ١٩٩٨ Aix – en – province ، حيث رفضت تطبيق القانون الأجنبي الذي لم يفرض نفقة لصالح الزوجة المطلقة سوى نفقة غير كافية، حيث كانت محددة بنسبة مئة يوم فقط لا غير، وهو ما يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي، وأن هذا الحل الذي شدد على مقتضى النفقة الكافية في شان الالتزامات المالية بين الزوجين يوافق الحل المأخوذ به في موضوع النسب، حيث لم تكن النفقة الممنوحة للطفل كافية على اعتبار أن القانون الأجنبي الذي يقر بالنسب الطبيعي يتعارض والنظام العام الدولي الفرنسي، ولا ريب في أن هذا الحل يوافق وبدرجة كبيرة اتفاقية لاهاي المبرمة في ٢ أكتوبر لعام ١٩٧٣ بشأن منح نفقة المعيشة[١].

* وفى حكم صادر عن الدائرة المدنية الثانية بمحكمة النقض الفرنسية في ١ ديسمبر لعام ٢٠١١ مقتضاه أن التصور الفرنسي للنظام العام الدولي يتعارض وتعدد الزوجات، حيث إبرام عقد الزواج الثاني في الجزائر بالرغم من وجود عقد زواج أولي في فرنسا يرتب آثاره القانونية، ومن ناحية محكمة الاستئناف فقد رفضت دونما تمييز أو مساس بمبدأ المساواة ولهذا السبب، تصفية حقوق نفقة الأيلولة، التي طلبت بها الزوجة الثانية الجزائرية لاعتقادها بحقها في هذه النفقة لدى زوجها الجزائري، الذي لا يزال يرتبط بعلاقة زوجية مع زوجته الفرنسية[٢] .

وبالنظر لحيثيات الحكم ، فحكم محكمة استئناف آكس – إن – بروفانس الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٠ أن السيد عبد الحميد ، الجزائري الجنسية قد تزوج في فرنسا من سيدة فرنسية في عام ١٩٧٠ ثم تزوج بعد ذلك في الجزائر عام ١٩٨٩ من سيدة جزائرية ، وفى عام ١٩٩٠ صدر حكم بطلاق الزوجة

---

(١) Cass. Civ. 1 er, 10 fevrier 1993, Latouz, et Cass. Civ. 1 er, 10 mai 2006, prec.

(٢) Cass. 2 ch. Civ., 1 er dec. 2011, Rev. crit, DIP, 101, 2012, P.339.

الأولى الفرنسية ، بينما وخلال عام ٢٠٠٣ وعلى وجه التحديد في ١٢ يونيه لعام ٢٠٠٣ توفى الزوج ، وعلى أثر ذلك، وبتاريخ ٧ يوليو ٢٠٠٤ طلبت الزوجة الفرنسية تصفية حقها في نفقة الأيلولة لوفاة الزوج ، وقد قضى بحقها في هذه النفقة بتاريخ ٢٤ نوفمبر لعام ٢٠٠٤ ، وبتاريخ ٧ ابريل ٢٠٠٦ طلبت الزوجة الجزائرية من الصندوق الإقليمي للتامين ضد المرض ، والذي أصبح صندوق تامين المعاشات والصحة تصفية حقوقها في نفقة الأيلولة ، التي اعتقدت بحقها فيها عن طليقها المتوفي بحكم إنها كانت زوجته، ولكن المحكمة قد رفضت طلبها .

الفرع الثاني

أوجه التباين للنظام العام الوطني والنظام العام الإسلامي

أولا: ماهية النظام العام الإسلامي وعناصره :-

ذكرنا سابقاً أن النظام العام الوضعي يتضمن مجموعة من المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذة في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا وقانونيا وأخلاقيا، بحيث يعتبر بمثابة صمام الأمان الحامي للأسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع، بمنع تسرب وانقلاب القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع هذه الأسس والمبادئ[١].

أما بالنظر للنظام العام في النظام الإسلامي، فجده من الأفكار ذات الطبيعة الخاصة والذاتية ، وانه مرتبط بمقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية، فيقول الإمام الشاطبي " فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجد مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتعارج وفوت حياة ، وفى الأخرى فوت النجاة والنعم ، والرجوع بالخسران المبين"[٢].

---

(١) انظر في ذلك ، **د/ سيف الدين محمد محمود** ، النظام العام ومسألة استبعاد القانون الأجنبي (المرجع السابق)، ص ٢٣٩

(٢) الموفقات للشاطبي ، المجلد الأول، الجزء الثاني، ص٢٦٥

لذا فالشريعة الإسلامية وضعت لتحقيق عدد مقاصد، وأغراض لتحقيق مصالح العباد بجلب المنافع لهم ودرء الضرر عنهم، وأن مصالح العباد تتعلق بأمور جوهرية وهذا ما قصده الشارع ، ومن هذه المقاصد أو المصالح الحيوية للعباد الأمن والسلامة العامة والصحة والآداب العامة ، وسلامة المعاملات والحفاظ على الدين وأحكامه.

١- فبالنسبة للأمن والسلامة العامة والصحة والآداب العامة:

فقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق الأمن والسلامة العامة، الهادفة إلى تحقيق الاستقرار ونشر الطمأنينة في نفوس العباد، ولتوفير نوع من مناخ الأمان لهم، بحيث يؤمنون على أنفسهم وحياتهم من الإيذاء أو القتل أو التهديد ، كما يؤمنون على أموالهم وممتلكاتهم وأعراضهم، كقوله تعالى " من قتل نفس بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"[١] ، "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"[٢] وكذلك حفظت الشريعة الإسلامية السكينة العامة للعباد ، بقوله تعلى "هو الذي أنزل السكينة في قلوب المؤمنين ليزدادوا إيمانا مع إيمانهم"[٣]، وقوله تعالى " ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين"[٤] .

وقد جاء الإسلام حريصا كل الحرص على بناء مجتمع سليم قائم على أسباب من القوة والسلامة، وخالٍ من الأمراض، كقولة تعالى " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"[٥]، " ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن"[٦] ، وقوله تعالى "يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل

---

(١) سورة المادة الآية (٣٢)
(٢) سورة البقرة الآية (١٨٨)
(٣) سورة الفتح الآية (٤)
(٤) سورة يونس الآية (٩٩)
(٥) سورة البقرة الآية (١٩٥)
(٦) سورة الأنعام ، الآية (١٥١)

الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"[١]، وكذلك قولة تعالى لحماية الآداب العامة "يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها"[٢] ، وقوله تعالى " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم"[٣].

٢- سلامة المعاملات وحفظ الدين وأحكامه :-

من سلامة المعاملات ممارسة النشاط الاقتصادي وفقا للمبدأ الشرعي، والالتزام بالأمانة والوفاء بالعهد كقوله تعالى " يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين"[٤]، " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها"[٥]، وأمر الإسلام بالحفاظ على الدين وأحكامه، وتحفيز العباد على التمسك بمثلهم العليا، وقيمهم من الحفاظ بصفة رئيسة على الإتيان بأركان الإسلام الخمس من إيمان ونطق الشهادتين وصلاة وصيام وحج وزكاة، وبالتبعية من أجل الحفاظ على الدين وتحقيق المصالح حرم الله كل المعاصي، وحدّ لمرتكبها حدودا حتى يضمن لهذا المجتمع أن يترفع عن كل معصية.

وبالنظر لعناصر النظام العام الإسلامي السابق ذكرها ، يتضح اتفاق النظام العام الوضعي معها في استهدافه لنفس الغايات والمبادئ المتمثلة في الحفاظ على حياة الإنسان وتنظيم حياته، أما أوجه الاختلاف، فتظهر في مضمون النظام العام الإسلامي الذي يتميز باتساعه عن النظام العام الوضعي ، فالنظام العام الإسلامي يرمي لتحقيق المقاصد الخمس الضرورية، فليست تقتصر على المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة فقط، بل تتسع لتشمل المحافظة على الدين والعقل والنفس والنسل والمال وجلب المصالح ودرء المفاسد .

---

(١) سورة النحل، الآية (١٠)
(٢) سورة النور، الآية (٢٧)
(٣) سورة النور الآية (٣٠)
(٤) سورة التوبة ، الآية (١١٩)
(٥) سورة النساء ، الآية (٥٨)

بالإضافة لذلك، فالنظام العام الإسلامي أكثر مرونة من النظام العام الوضعي ، والعلة في ذلك يرجع إلى المضمون المتغير للنظام العام الإسلامي وفقا لمنهج الشريعة الإسلامية، بأنه تحدد المبادئ العامة والأحكام القطعية وتترك التفصيلات لتتلاءم مع المصالح الحيوية والزمنية .

ثانيًا: التطبيقات التشريعية والقضائية للنظام العام الاسلامى في مجال الأحوال الشخصية :-

إن مسائل الأحوال الشخصية تصون الدين الإسلامي ، بمعنى أن المحافظة على أحكام الشارع المتعلقة بها تصون الدين وأحكام الإسلام ، مثل حكم زواج المسيحي أو اليهودي بمسلمة، فمثل هذا الزواج باطل لمخالفته قاعدة من قواعد النظام العام، والتي تتمثل في عدم جواز أن تكون المسلمة تحت غير المسلم ولو كان كتابيا، بالإضافة لذلك، فإن مجال الأحوال الشخصية يؤكد تأكيدا كاملا لقاعدة أن حق الله هو المعبر عنه، أي أن كل ما عده الفقه حقا خالصا لله فهو بحكم اللزوم والضرورة من النظام العام الوضعي[1].

وبالنظر لموقف التشريعات الوضعية للدول العربية ، فقد أقر المشرع المصري تطبيق قانون دولة القاضي، أي: القانون المصري على الرغم من تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذا كان الأخير يصطدم بالمبادئ الأساسية في المجتمع المصري .

فإذا كانت القاعدة العامة أن النظام المالي للزوجية يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، والطلاق يخضع لقانون جنسية الزوج عند إيقاع الطلاق، بينما التطليق يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، إلا أنه وفقا للخروج من المبدأ العام السابق لصالح النظام العام المصري، فقد قضت المادة

([1]) انظر في ذلك ، **د/ عماد طارق البشرى** ، فكرة النظام العام في مجال قضاء الأحوال الشخصية ، مجلة مصر المعاصر – مصر، المجلد ٢٩، العدد ١١٦، ٢٠٠٥ يونية ، ص١٧٧، ١٧٨

(١٤) مدني مصري على تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج.

بالإضافة لذلك ، فقد نصت المادة (١/١٧) مدني مصري على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث، أو الوصي، أو من صدر منه التصرف وقت الموت" ، ومع ذلك ينطبق القانون المصري لمنع تطبيق وإعمال القانون الأجنبي الذي يتيح الميراث رغم اختلاف الدين، أو وجود مانع من موانع الميراث في القانون المصري.

وبالنظر لقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات رقم ٢٠٠٥/٢٨ فقضت المادة (٢/١) على أنه يسرى أحكام هذا القانون على جميع مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة، ما لم تكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم، كما يسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك احدهم بتطبيق قانونه، والملاحظ أن القانون الإماراتى في مجال الأحوال الشخصية قد أخذ بمبدأ شخصية القانون، فينطبق القانون على المواطنين المنتمين إليها، سواء كانوا موجودين على الإقليم الاماراتى أم كانوا موجودين خارج الإقليم، وقد أخذ المشرع في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية بمبدأ إقليمية قانون الأحوال الشخصية، بأنه يسرى على غير المواطنين المقيمين في الدولة ، ما لم يتمسك الخصم بتطبيق قانونه الأجنبي.

بيد أن المشرع الاماراتى قد أراد حماية منازعات الأحوال الشخصية في حالة تطبيق قانون أجنبي قد يتعارض مع النظام العام في التشريع الإماراتي، ولكن المشرع أضفى على النظام العام طابعًا إسلاميا بحتا بالنص على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية القطعية أو النظام العام أو الآداب العامة للدولة[١].

([١]) المادة (١/٢، ٢) من القانون رقم ٢٨/ ٢٠٠٥ على انه " يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون ، وتفسيرها وتأويلها إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده" ، "وتطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها ، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت به".

وبالنسبة لموقف القضاء، فقد سار على نفس منوال التشريعات العربية من اعتبار النظام العام بمفهومه الإسلامي دافعا لعدم تطبيق القانون الأجنبي في منازعات الأحوال الشخصية، وبذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة، وبينها القرآن الكريم بيانا محكما، وقد استمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع، بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان، ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدئة أو في صورة دفع [1]، كذلك قضى باعتبار الشريعة الإسلامية بمثابة القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية [2].

وبذلك تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بوجه عام، فتستعمل تلك الفكرة في نطاق القانون الداخلي للإشارة إلى القواعد الآمرة والملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفة أحكامها باتفاق خاص، أما في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، فيكمن دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان من شأن تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالمبادئ والأسس الجوهرية التي يستند إليها المجتمع الوطني، لذا فنتناول في المبحث التالي دور النظام العام وتأثيره على حرية اختيار الأطراف بمنازعات الأحوال الشخصية .

(1) الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٧٤ جلسة ٢٠١٣/٧/٢
(2) الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٦٩ قضائي أحوال شخصية ، جلسة ٢٠٠٥/١/٣

المبحث الثاني

منازعات الأحوال الشخصية بين القضاء والتحكيم

يقصد بالمنازعة الدولية الخاصة أي خلاف بين أشخاص، سواء أكانوا طبيعيين أم معنويين، يمكن أن يطرح أمام القضاء بشأن علاقات نشأت بين بعضهم البعض إذ ما تعدت حدود الدولة الواحدة، وهذا ما يصدق على منازعات الأحوال الشخصية [1].

لذا فتتحدد دولية المنازعة بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، إذ يكفي أن يتخلل العلاقة القانونية عنصر أجنبي، أو في أطرافها أو موضوعها أو سببها ، وهذا بالنسبة للقاضي الذي ينظر النزاع ، ويكون ذلك وفقا لضوابط الإسناد المتمثلة في الجنسية والموطن، وبالتالي فجعل من المنازعة دولية بالنظر لضوابط الإسناد التي تناسب كل فكرة مسندة، مثال لذلك: الاختلاف في الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية يجعل المنازعة دولية .

وتتمثل منازعات الأحوال الشخصية في منازعات الميراث والطلاق والخلع والمنازعات المتعلقة بالنفقات بأنواعها ....، وقد حدد المشرع الوطني لهذه المنازعات ضوابط للاختصاص ، يتم بمقتضاها تحديد الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية ، والسؤال المطروح، هل يجوز للأطراف الاتفاق على تعيين محكمة أخرى للفصل في المنازعة غير المختصة أصلا بنظر النزاع، أو اللجوء للتحكيم كطريق قضائي خاص للفصل في منازعات الأحوال الشخصية بعيدا عن القضاء المختص أصلا بنظر النزاع؟ وهذا ما نتطرق إليه من خلال دور الإرادة في تحديد القضاء المختص بمسائل الأحوال الشخصية، ومجال التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية.

([1]) **د/ حسام الدين فتحي ناصف**، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤، ص١١

المطلب الأول

دور الإرادة في تحديد القضاء المختص بمسائل الأحوال الشخصية

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي مجموعة الأحكام التي تحدد نطاق ولاية محاكم الدولة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وبهذه المثابة تتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد الاختصاص الداخلي التي تعين اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة المعنية إزاء غيرها من المحاكم التابعة للدولة ذاتها[1] .

بمعنى أن الاختصاص القضائي الدولي منوط به تحديد وبيان الحدود التي تباشر فيها محاكم دولة معينة وظيفة القضاء بالمقابلة مع الحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأخرى هذه الوظيفة، وللتدليل على ذلك ، دعاوى الأحوال الشخصية موضوع دراستنا ، ففي القانون المصري ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في حالتين منصوص عليهما في المادة (٣٠) من قانون المرافعات ، تتعلق الحالة الأولى باختصاص المحاكم المصرية في الدعاوى المرفوعة من الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كان المدَعى عليه وطنيا، أو إذا كان أجنبيا له موطن في مصر. أما الحالة الثانية، فتتمثل في حالات أخرى للاختصاص في دعاوى الأحوال الشخصية مقيدة بنوعية الدعاوى، كالدعاوى المتعلقة بالزواج والانفصال أو التطليق، بحيث

---

(1) **د/ عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة التاسعة ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص٦٠٥، **د/ هشام على صادق** ، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ٢٠٠١، ص٥، **د/عكاشة محمد عبد العال** ، القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، ١٩٩٦، ص ٤٠٢، **د/ هشام خالد** ، القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠١، ص٤٧
Yvon LOUSSOUARN, et Pierre BOUREL, Droit international privé, 7 edition, Dalloz, 2001 , N438, P.544., **MAYER (P.) et HEUZE (V.),** Droit international privé, 9 édition, édition MONTCHRESTIEN, paris, 2007, N276, P.199.

يكون الاختصاص للمحاكم المصرية ولو أم يكن للمدَعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر[1].

وإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي محددة من قبل مشرعي الدول ، فهل يحق لأطراف المنازعة الخاصة الدولية أن يستبعدوا قضاء الدولة المعقود لها الاختصاص لصالح قضاء دولة أخرى، أم أن هذا الاختيار محظور من قبل الأطراف؟

لقد وجد اتجاه تقليدي يحظر على الأطراف مكنة الاختيار في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، ولكن مع مرور الوقت، تغيرت النظرة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي من ارتباطها بفكرة السيادة المطلقة، لاعتبارها قواعد لحل التنازع بين سيادات الدول المختلفة، وبالتالي تم الاعتراف لدور إرادة الأفراد في سلب اختصاص القضاء.

الفرع الأول

الاتجاه التقليدي المنكر لدور إرادة الأفراد في اختيار القاضي

أنطلق هذا الاتجاه من مبدأ سيادة الدولة Souverainete de l'Etat ، التي تعد السلطة القضائية أحد ركائزها الأساسية، وما يترتب عليه من حرمان الأفراد من مكنة الاتفاق على سلب قضائها، ومخالفة ما قررته الدولة من قواعد لاختصاص قضائها بالفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي [2].

---

(1) ففي دعاوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال ، نصت المادة (٤/٣٠) مرافعات مصري على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج، أو بالتطليق، أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن في الجمهورية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ، أو التطليق، أو الانفصال، أو كان قد ابعد عن الجمهورية".

(2) انظر في صدد ذلك:

Bartin (E.), Etudes sur les effets internationaux des jugements, paris, L.G.D.J., 1907, P.57 ets. , **H. Gaudmet – Tallon**, Nationalisme et

فالقضاء وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسطة سلطة من سلطاتها العامة، وهذه السلطة تؤدى وظيفتها وفقا للقواعد المقررة في قانون الدولة التي تباشر فيها دون قانون أية دولة أجنبية، لذا فمرفق القضاء يتصل بكيان الدولة ذاته[١]، وإذا كانت الدولة في بعض الأحيان تركت للأفراد مكنة اختيار الظروف التي يحرك فيها السلطة القضائية، فذلك لا يعنى إلا التقاء المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، ولكن ليس للفرد أن يذهب إلى أبعد من ذلك ويمتنع عن تحريك السلطة القضائية لهذه الدولة، ويحرك بدلها سلطة قضائية أخرى غير مختصة أصلا بنظر النزاع ، فمرفق القضاء مرفق عام لا يمكن أن يترك تحت رحمة المتقاضين وإرادتهم.

لذلك فالمتقاضين لا يمكنهم بإرادتهم مخالفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لتعلق الأخيرة بسيادة الدولة وللطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص، لذا يجب إنكار أي دور للمتقاضين في تحريك هذه السلطة وتعيين واختيار سلطة قضائية أخرى في دولة أجنبية أو حتى محكمين في دولة أخرى.

وكما ذكرنا سابقا، أن مبدأ السيادة الأساس في القانون الدولي الخاص وفى كل مجالاته وفروعه ، ففي مجال الجنسية يحدد النطاق الشخصي لسيادة الدولة ، كذلك في مجال تنازع القوانين التي تهدف إلى تحديد مجال السلطة التشريعية للسيادة الوطنية مقابل السلطات التشريعية لسيادات الدول الأخرى، وأخيرا في مجال الاختصاص القضائي والمنوط بها تعيين المجال المخصص للسلطة القضائية الوطنية في مواجهة السلطات القضائية الأجنبية [٢].

وتطبيقا لذلك، فقد قضت المادة (١٤) مدني فرنسي على أنه " يحق للأطراف المتنازعين الذين يحملون الجنسية الفرنسية، حتى لو لم يكونوا

---

competence judiciaire: decline ou renouveau? Travaux du comité français de droit international prive, 1986- 1988, P.171.

(١) **Bernerd AUDIT**, Droit international privé, 4 edition, ECONOMICA, Paris, 2006, N441, P.359. . , **MAYER (P.), et HEUZE (V.),** op.cit, N.103, P.75

(٢) **د/ محمد الروبى**، المرجع السابق، ص١٦

متوطنين أو مقيمي على الإقليم الفرنسي أن يقاضوا خصمهم أيا كانت جنسيته أو موطنه أو محل إقامته أمام القضاء الفرنسي، والمادة الثانية من قانون المرافعات المدنية الايطالي لعام ١٩٤٠ تنص على أنه " لا يجوز للمتقاضين الاتفاق طواعية على استبعاد ولاية القضاء الإيطالي لصالح محكمة أجنبية، أو محكمين خارج القطر الايطالي".

الفرع الثاني

الاتجاه الحديث المؤيد لدور إرادة الأفراد في اختيار القاضي

حدث تغير جوهري وجذري على صعيد العلاقات الدولية بعد حلول الثلث الأخير من القرن العشرين، من حيث النظرة للأفكار العقيمة التي كانت تسيطر على الأذهان، والمتمثلة في فكرة سيادة الدولة، والتي تعد السلطة القضائية أهم ركائزها، مما يستتبع عليه حرمان الأفراد من حرية اختيار القضاء المختص ، وتعديل قواعد الاختصاص القضائي التي تم إقرارها من قبل الدولة للفصل في المنازعات الخاصة الدولية.

إلا أن نظرية السيادة قد أسيء استخدامها لتبرير الرغبة الاستبدادية الداخلية للدول ، وقد أدى هذا بالتبعية إلى إعاقة تطور القانون الدولي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولذلك اتجه مفهوم السيادة في الوقت الراهن نحو منحنى جديد، نظرا لتحولات النظام الدولي في الميادين الاقتصادية والسياسية، وتزايد تدخل الأفراد بعلاقات مع بعضهم خارج حدود دولتهم، إلى انحسار وتآكل فكرة سيادة الدولة الوطنية .

فالسيادة وضع قانوني ينسب للدولة عند توافر مقومات مادية من مجموع أفراد وإقليم وسلطة ، وتمثل ما للدولة من سلطان تواجه به الأفراد داخل إقليمها وتواجه به الدول الأخرى في الخارج، ومن مقتضيات هذا السلطان أن يكون

مرجع تصرفات الدولة في مختلف شئونها إرادتها وحدها، مما يعني أن سلطة وسلطان الدولة سواء في الداخل أو الخارج لا يعلون أية سلطة [١].

ومع تنامي العلاقات الدولية، تم الاستعانة بفكرة السيادة النسبية كبديل لفكرة السيادة المطلقة، وذلك لمقتضيات المعاملات وتداخل علاقات الأفراد وتعديها حدود الدولة الواحدة ، بحيث أصبحت الدولة بوصفها عضوا في الجماعة الدولية، يتحتم عليها عدم تجاهل سيادات الدول الأخرى.

وهذا الانتقال من فكرة السيادة المطلقة للسيادة النسبية [٢] أثر تأثيرا جوهريا ورئيسًا مع قواعد القانون الدولي الخاصة، خاصة المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، بحيث أصبح التنازع الذي يجعله قواعد القانون الدولي الخاص ليس تنازعا وتصارعا بين سيادات الدول المختلفة، بل أضحى الأمر مجرد تنظيم بحت لعلاقات الأفراد عبر الحدود للدول المختلفة[٣].

وترتب على إقرار فكرة السيادة النسبية، إقحام مبدأ سلطان الإرادة لمعظم فروع القانون الدولي الخاص، ومنها الاختصاص القضائي وإمكانية تحديد المحكمة اختياريا من قبل المتقاضين، ولكن شريطة الاعتراف بهذا الاختيار من قبل مشرعي الدول، وبطبيعة الحال، لا يعد لمثل هذا الاختيار من قبل

---

(١) **د/ على صادق أبو هيف**، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص١٠٣

(٢) فيرى كل من Williams و Clark ضرورة إعادة النظر في مفهوم السيادة بهدف تقديم تعريف جديد لها، أو تحديد مضمون معاصر لهذا المفهوم يكون أكثر واقعية وتناسبا مع السياق المعاصر، وهم يشيرون في هذا الصدد إلى آراء بعض الكتاب الداعيين إلى صورة جديدة من السيادة كالسيادة الجزئية Partial أو المقيدة Limited أو المشتركة Pooled / shared .

انظر في ذلك **د/ أحلام نوارى**، تراجع السيادة الوطنية في طل التحولات الدولية ، دفاتر السياسة والقانون ، الجزائر ، العدد الرابع ، يناير ٢٠١١، ص٣٠ منشور عبر الموقع الالكتروني http://search.mandumah.com/Record/86167

(٣) **Mayer (P.)**, Le movement des idées dans le droit des conflits de lois, Revue droits, 1985, P.142 .

الأطراف المتنازعين أي أثر طالما لم يعتد به قانون الدولة التي تم اختيار محاكمها للفصل في النزاع .

وتوجد ثمة ضوابط يتعين توافرها عند اختيار القاضي من قبل الأطراف، كاستجابة القانون الداخلي في الدولة لهذا الاختيار أو وجود اتفاقية دولية تلزم الدولة بهذا الاختيار [١].

وإقرار فكرة الخضوع الاختياري والإرادي للأطراف المتنازعين لم يقف عند نوع معين من المنازعات، كمنازعات العقود الدولية، بل اخترق العديد من المنازعات كمنازعات الأحوال الشخصية، واختراق مبدأ سلطان الإرادة لمجال الأسرة وخاصة في إطار الزواج، نظرا لمبدأ حرية الاختيار في الزواج والطابع التعاقدي للزواج، بل امتدت حرية اختيار القاضي لمعظم فروع ومجالات الأحوال الشخصية كالميراث والطلاق والتطليق والوصية وغيرها من الأمور[٢].

وقد استند هذا الاتجاه المقر لدور إرادة الأفراد في اختيار القاضي خاصة في مسائل الأحوال الشخصية للعديد من الحجج والأسانيد:

أولا : اختيار المحكمة المختصة بمسائل الأحوال الشخصية يتوافق مع التوقعات المشروعة للأطراف

القاعدة العامة في الاختصاص القضائي الدولي الاختيار لا الحتمية [٣]، وهذا ما نصت عليه غالبية النظم القانونية الدولية و الداخلية ، فوفقا لنص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري بأنه " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة،

---

(١) **د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل** ، المرجع السابق، ص ١٦٣

(٢) **GANNAGE (P.)**, la penetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, Rev. Crit, 1992, P.425 ets.

(٣) أن المبدأ العام في الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر هو الاختيار بمعنى أن يكون مشتركا بين محاكم الدول، والاستثناء أن يكون الاختصاص مانعا، يحظر فيه اتفاق الأطراف المتنازعين على اختيار القاضي، وذلك كالمنازعات المتعلقة بالعقارات والاختصاص بالتدابير المستعجلة وقتية كانت أم تحفظية أم تنفيذ جبري ، انظر في ذلك ، **د/ محمد الروبي**، المرجع السابق، ص١٤٨

إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنيا"، وقد نص على حرية الأفراد في مجال الاختصاص القضائي الدولي أيضا التشريعات المقارنة ، ومنها المادة (٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ والتي بمقتضاها أقرت شرط الاختصاص القضائي الدولي والخضوع الاختياري ، والمادة (٥) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٨٧ بحيث تنص على أنه "١- في مجال المعاملات المالية يحق للأطراف المتنازعين أن يتفقوا فيما بينهم بخصوص منازعة قائمة أو سوف تنشأ بصدد علاقة قانونية معينة على اختيار وتعيين محكمة أخرى للفصل فيها، ويكون هذا التعيين من قبل الأطراف، سواء كتابة، أو في صورة أخرى كالبرقيات أو الرسائل المتبادلة بين الطرفين أو بالتلكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي يمكن الاستناد إليها... ٢- يكون اختيار القاضي عديم الأثر إذا نَجَم عنه حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي يكفلها له القاضي المختص وفقا للقانون السويسري"[١] .

وقد نصت المادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي لعام ١٩٩٨ على أن " الاختصاص الدولي الثابت للمحاكم الفنزويلية وفقا للمواد السابقة لا يمكن استبعاده باتفاق الأطراف لصالح محاكم أجنبية أو محكمين عندما تنصب القضية على حقوق عينية على عقارات كائنة على إقليم الدولة أو عندما تكون متعلقة بمسائل لا يجوز فيها الصلح، أو تمس المبادئ الرئيسة في النظام العام الفنزويلي "[٢].

ويتضح من هذا النص أن المشرع الفنزويلي أرسي مبدأ عامًا مقتضاه حرية اختيار المحكمة المختصة من قبل الأطراف فيما عدا عدد معين من الدعاوى، كالدعاوى العينية المتعلقة بعقارات كائنة في فنزويلا والدعاوى

---

(١) للنظر حول نصوص القانون : Rev. Crit. 1988, P. 409 ets.

(٢) للنظر حول نصوص القانون : Rev. Crit. 1999, P. 392 ets.

المتعلقة بمسائل لا يجوز فيها الصلح أو متعلقة بالنظام العام الفنزويلى، وهذه الدعاوى تمثل استثناء من الاختصاص المشترك بين الدول.

وقد سار على نفس المنوال من حرية اختيار الأطراف لمحكمة أجنبية ومد ولايتها القضائية عن طريق الاتفاق ، القانون المدني البيروني الجديد لعام ١٩٨٤ من المواد (٢٠٤٦ إلى ٢١١١)[١] ، والقانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام ١٩٨٢ وفقا للمادة (٤٩)[٢] ، والمادة (٣١) من القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢[٣]، والمادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص المجرى لعام ١٩٧٩[٤].

وبالنظر للاتفاقيات الدولية ، فقد نصت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٥ المتعلقة باتفاقات اختيار القاضي وفقا للمادة الأولى على أنه " في المسائل التي تنطبق عليها الاتفاقية الحالية، وبشرط مراعاة الشروط المتطلبة، يجوز للأطراف المتنازعين أن يعبروا عن طريق اتفاق اختيار القاضي، للفصل في منازعاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة ١- إما محاكم دولة متعاقدة، وتكون المحكمة المختصة داخليا هي التي تم تعينها، وفى حالة عدم التعيين من قبل الأطراف تكون هذه المحكمة هي التي يحددها قانون هذه الدولة ٢- وإما محكمة تم تسميتها صراحة تابعة لدولة متعاقدة، هذه مع عدم الإخلال بالقانون أو القوانين الداخلية لهذه الدول"[٥].

وقد سار على نفس النهج التنظيمات الأوربية ، فقد نصت المادة (٢٣) من تنظيم بروكسيل(١) رقم ٢٠٠١/٤٤ على أنه " ١- إذا اتفق الأطراف الذين يوجد موطن أحدهم على الأقل في دولة متعاقدة على اختصاص محكمة

---

(١) للنظر حول نصوص القانون : Rev. Crit, 1986, P.192.
(٢) للنظر حول نصوص القانون : Rev. Crit, 1983, P.353.
(٣) للنظر حول نصوص هذا القانون: Rev. Crit, 1983, P.141.
(٤) للنظر حول نصوص القانون : Rev. Crit, 1981, P.161.
(٥) للنظر حول نصوص الاتفاقية -https://www.admin.ch/opc/fr/classified compilation/19650222/index.html

أو محاكم دولة متعاقدة بالفصل في المنازعات القائمة، أو التي سوف تنشأ بينهم بخصوص علاقة قانونية معينة، فإن هذه المحكمة أو محاكم الدولة العضو تكون هي المختصة ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، ويكون الاختصاص قاصرا عليها ، ويجب أن يكون الاتفاق على هذا الاختصاص من قبل الأطراف ثابتا بأحد الطرق (أ) كتابة أو شفاهة مع تأكيد كتابي (ب) بشكل يتفق مع عادات الأطراف وسلوكهم (ج) في مجال التجارة الدولية وفقا للشكل المطابق للعادات التي يكون الأطراف على إحاطة بها، أو يفترض أنهم على إحاطة بها، ويكون مستقرا ومتبعا بانتظام من قبل أطراف العقود في المجال التجاري المقصود.

٢- كل تعامل بالطريق الإلكتروني يسمح بإثبات الاتفاق ويجعله واردا بشكل كتابي .

٣- عندما يكون الاختيار والتعيين مبرما من قبل أطراف ليس لهم موطن على إقليم دولة عضو، فإن محاكم الدول الأعضاء الأخرى لا يمكنها الاعتراف باختصاص المحكمة أو المحاكم التي اختارها الأطراف، طالما لم تعترف الأخيرة باختصاصها[١].

([1]) Article 23 "1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou……"
https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr

ووفقا لما سبق ذكره من إقرار النظم القانونية الدولية والداخلية لحرية الأطراف في اختيار المحكمة سواء أكان هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا، فإن اختيار القاضي من قبل المتنازعين في مسائل الأحوال الشخصية أصبح أمرًا مسلما به ويقينيا، فإذا قلنا خلاف ذلك من عدم جواز اتفاق الأطراف في تعيين المحكمة بمنازعات الأحوال الشخصية، فسوف يترتب عليه عنت للأطراف المتقاضيين ويعصف بتوقعاتهم المشروعة، مما يخل بثقة الخصوم وحماية مصالحهم وتوقعاتهم .

وهذا يتوافق مع رأى فقهي يقر بأهمية الاتفاق من قبل الأطراف على المحكمة و اختيار القاضي، تجنبا لعدم اليقين الذي يلازم الحالة التي لا ينتبه فيها الأطراف لمشكلة المحكمة المختصة ، وبالتالي الخضوع لقضاء غير محايد[1].

ثانيا : حرص النظم القانونية على تفعيل دور إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة بمسائل الأحوال الشخصية :-

نجد أن التنظيم الأوربي رقم ٢٠٠٩/٤ الصادر في ١٨ ديسمبر لعام ٢٠٠٨ والمتعلق بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، وتنفيذ الأحكام في إطار الالتزام بالنفقات، قد ساهم في إحداث تطور ملحوظ يذكر في مجال إرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة بمسائل النفقات ، حيث نصت المادة (٤) منه على أنه " ١- يحق للأطراف المتقاضين اختيار محكمة أو محاكم الدول الأعضاء التالية، لتفصل في كافة المنازعات الناشئة أو التي سوف تنشأ في مجال الالتزام بالنفقات:

أ- محكمة أو محاكم الدولة العضو التي يكون لأحد الخصوم محل إقامة بها.

---

(1) **J. LE CLAINCHE,** La détermination de la loi e du juge compétence, 2008, P.11.

ب- محكمة أو محاكم الدولة العضو التي يحمل الشخص جنسيتها.

ج- فيما يتعلق بالالتزام بالنفقة بين الزوجين :

- القضاء المختص بمنازعات النظام المالي للزوجين

- محكمة أو محاكم الدولة العضو التي يعتبر محل الإقامة العادية المشترك بينهما لمدة عام على الأقل.

٢- ويتم الاتفاق بين الأطراف على اختيار المحكمة سواء كتابيا أو بطريق إلكتروني يسمح للاطلاع عليه، ويكون في حكم الاتفاق المكتوب.

٣- لا يسرى النص السابق على المنازعات المتعلقة بنفقة الأبناء الذين يقل أعمارهم عن ثمانية عشر عاما .

٤- يستطيع الأطراف المتقاضون أن يمنحوا الاختصاص الحصري لمحكمة أو محاكم الدولة العضو أو الطرف في اتفاقية الاختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام في المجال المدني والتجاري والتي تم توقيعها في لوجا نو بتاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٧، حالة أن تكون هذه الدولة ليست عضوا في المجموعة الأوربية ، وهذه الاتفاقية لا تطبق على المنازعات الخاصة بنفقة الأبناء الذين يقل أعمارهم عن ثمانية عشر عاما[١] .

([1]) Article4 "1. Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles:

a) une juridiction ou les juridictions d'un État membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle;

b) une juridiction ou les juridictions de l'État membre dont l'une des parties a la nationalité;

c) en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux:

ومن هذا القبيل ، تنص المادة (٥) من التنظيم الأوربي المتعلق بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق والاعتراف وتنفيذ الأحكام وقبول وتنفيذ التصرفات الرسمية في مجال المواريث وإنشاء شهادة أو نظام ميراث أوربي والصادر في ٤ يوليو ٢٠١٢ [١] على أنه " ١- عندما يختار المورث قانوناً معينا ليحكم نظام ميراثه بمقتضى المادة (٢٢)، ويكون هذا القانون قانون إحدى الدول الأعضاء ، يحق للوارثين الاتفاق على أن تكون محكمة أو محاكم هذه الدولة العضو هي المختصة قصريا للفصل في كافة المنازعات المتعلقة بالميراث.

٢- ويشترط في اتفاق الأطراف أو الوارثين على اختيار القاضي، أن يكون مكتوبا ومؤرخا وموقعا من هذه الأطراف، و أي إرسال وتبادل من قبل الأطراف بطريق إلكتروني لتسهيل الاطلاع عليه يمكن اعتباره متخذا في الشكل الكتابي [٢].

---

i) la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou……". https://www.lynxlex.com/fr

(١) جاء التنظيم الأوربي ليقنن مسألة الاختصاص القضائي والقانوني فيما يتعلق بمسائل المواريث٣ فى خمسة فصول، الأول، لمجال تطبيقه، الثاني، لنظام الاختصاص القضائي الدولي ، والثالث ، للقانون الواجب التطبيق على المواريث، والرابع للتصرفات الرسمية والمعاملات القانونية . وأخير الفصل الخامس، لنظام شهادات الميراث الأوربية وللنصوص الختامية.

(2) Article 5 "1. Lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession.

2. Cet accord d'élection de for est conclu par écrit, daté et signé par les parties concernées. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite." https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

ثالثا : الاعتراف لإرادة الأطراف بدورها الجالب للاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية:

إتاحة الفرصة الكافية للأطراف في اختيار القاضي قد يلبى احتياجاتهم في تحقيق العدالة دون أن ينال ذلك من المساس للسيادة الإقليمية للدولة، ولن يتأثر سلب اختصاص محاكم دولة معينة بإرادة الأطراف ، حين تقرر ذلك بمقتضى تشريعها الداخلي أو عن طريق اتفاقية دولية تكون الأخيرة طرفا فيها[١].

أصبحت قواعد الاختصاص القضائي في الغالب الأعم غير متعلقة بالنظام العام ، لأن معظم النظم القانونية تجيز لأطراف الخصومة الاتفاق على اختصاص محاكمها حتى ولو كانت الأخيرة غير مختصة ، وهذا ما يسمى بشرط امتداد الاختصاص Clause prorogation de competence بحيث يكون اتفاق الأطراف على اختيار القاضي دائما جالبا للاختصاص لا سالبا له.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري بأنه " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمادة السابقة ، إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمنيا". والمقصود من المواد السابقة، والتي تحدثت عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في المادة ٢٨ إلى ٣١ المتعلقة بالأحوال الشخصية والمعاملات المالية على السواء .

ويتضح من موقف المشرع المصري السابق والذي سلك نفس مسلكه العديد من النظم القانونية ، بأن الاعتراف للإرادة بدورها في جلب الاختصاص لا سلبه يستند من قبل بعض الفقهاء[٢] بأن قواعد الاختصاص القضائي

---

(١) **د/ خالد عبد الفتاح خليل** ، المرجع السابق، ص ١٦٩

(٢) **د/ عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ، في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص١٣٥

الدولي متعلقة بالنظام العام، وهذا مردود علية بأن فكرة النظام العام لا تعتبر عائقا أمام إرادة الأطراف في اختيار المحكمة المختصة، سواء بجلب الاختصاص أو سلبه، ومن ناحية ثانية ، فالمقصود بالمواد المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي، والمتمثلة في المواد (٢٨ إلى ٣١) تتعلق بمسائل المعاملات المالية ومسائل الأحوال الشخصية على السواء، وبالنظر لطبيعة الاختصاص في النوع الأول، يتضح أنه يجيز اتفاق الأطراف في سلب وجلب الاختصاص في مسائل المعاملات المالية، أي: الدور المزدوج للإرادة في الاختصاص، أما النوع الثاني (مسائل الأحوال الشخصية) يحظر المشرع على الأطراف سلب اختصاص القضاء المصري لصالح محكمة أجنبية أخرى، فهل يعد ذلك تفرقة بدون مبرر لنوعين من المنازعات تضمنها مادة قانونية واحدة ممثلة في المادة (٣٢) مرافعات مصري؟ وكان أجدر بالمشرع المصري أن يأخذ بالدور المزدوج للإرادة في مسائل الأحوال الشخصية ، كما هو الحال في مسائل المعاملات المالية.

رابعا: تعلق مسائل الأحوال الشخصية بالنظام العام ينصرف إلى أحكامها الموضوعية فقط:-

هناك اتجاه فقهي [١] يرى أن " هناك الكثير من مسائل الأحوال الشخصية تعد متعلقة بالنظام العام، بحيث لا يجوز للأطراف تعديلها باتفاقات فيما بينهم ، فإن ذلك ينصرف إلى الأحكام الموضوعية فقط، ولا ينصرف إلى المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات التي قد تثور بشأنها".

ويضرب مثالا لذلك، أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق فيما بينهم على تعديل حالتهم المدنية أو النزول عن أهليتهم ، أو تعديل الحقوق والواجبات التي تنشأ وتترتب عن عقد الزواج، إلا أن هذا لا يستتبع حظر الاتفاق على محكمة معينة لتتولى الفصل في المنازعات التي تثور بشأن هذه المسائل.

---

(١) **د/ محمد الروبي**، المرجع السابق، ص١٤٢

ويتضح مما سبق، أنه يجوز لأطراف الخصومة الاتفاق فيما بينهم على اختيار القاضي على مسائل الأحوال الشخصية، ويتأتى الدور لبحث مكنة الأطراف في سلب الاختصاص من المحكمة المختصة لصالح التحكيم.

المطلب الثاني

التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية

يعتبر التحكيم وسيلة مهمة وفعالة لحل المنازعات التي تثار بين الأطراف أو الخصوم، بحيث تقترن قرارات المحكمين بالعدالة والإنصاف وحرية الرأي، وقد عرف التحكيم منذ القدم في جميع الحقب الحضارية القديمة[١]، إلى أن ظهر الإسلام وأكد على أهمية التحكيم واعتنى به عناية القضاء ، وذلك لدوره الرئيس في حل بعض الخصومات، وحديثا وفى ظل تنظيم النظم القانونية المعاصرة، أصبح التحكيم وسيلة فعالة وسريعة في حل الخلافات، يقوم أساسا على اتفاق الطرفين بالالتجاء إليه دون القضاء، وذلك لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت او يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء أكانت علاقة عقدية أو غير عقدية [٢]، لذا فإرادة الأطراف هي التي تنشئ التحكيم وتحدد نطاقه كطريق استثنائي لفض المنازعات، وبالنسبة لتحديد نطاق التحكيم ينبغي أن يشمل أطرافه فقط ولا يلتفت لغيرهم، بالإضافة لأن يكون التحكيم قائما على منازعات يجوز تسويتها عن طريقه.

وبالنظر لغالبية النظم القانونية، يتبين أنها حظرت التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[٣] كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، وهذا بمثابة مبدأ عام ، ولكنه على الرغم من ذلك يحوز التحكيم في

---

(١) وهذا ما ذهب إليه الدكتور صوفي أبو طالب ، بأن التحكيم في المجتمعات القديمة استقر في أذهان الناس، وألفوا الالتجاء إليه حتى أصبحت عادة أصلية في نفوسهم، ومع ذلك كان الالتجاء إلى التحكيم اختياريا، وتنفيذ الحكم الصادر أمره متروكا إلى المتنازعين، لأن القوة مازالت هي الموئل الأخير لفض المنازعات" ، **د/ صوفي أبو طالب** ، مبادئ تاريخ القانون، ص١

(٢) المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

(٣) المادة (١١) من قانون التحكيم المصري

المصالح المالية التي تترتب على هذه المسائل، وسوف نخصص في إطار بحثنا لدراسة مسألة التحكيم وجوازه في مسائل الأحوال الشخصية مع التعرض لموقف الشريعة الإسلامية منه بالمقارنة لموقف النظم القانونية الوضعية.

الفرع الأول

ماهية التحكيم ومشروعيته في مسائل الأحوال الشخصية

أولا: مفهوم التحكيم وأهميته:-

التحكيم لغة ، مأخوذ من (حكم) الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع ، فيقال حكمه في ماله تحكما، أي: جاز فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان إذ أجاز فيه حكمه[١]، ومنه استقت الحكم بضم الحاء وسكون الكاف وتعنى القضاء [٢]، أي: المنع من الظلم، فيقال حكمت عليه بكذا، إذا منعته من خلاف، وحكمت بين القوم: فصلت بينهم وجمعه أحكام[٣] وقيل حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه[٤]، مما يعنى أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد تفويض الغير على فض النزاع بين الخصمين.

أما بالنسبة لتعريف التحكيم الاصطلاحي، فيقصد به في الشريعة الإسلامية عقد تولية وتقليد من طرفي الخصومة إلى طرف ثالث محايد ليفصل فيما تنازعا فيه، مثله مثل عقد تولية القاضي، ولكنه يختلف عنه في صفة المحكم ذاته، بأنه يصح أن يقع التحكيم في أحاد الناس أو من صفة خاصة كالإمام[٥] .

---

(١) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي، دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، بيروت ١٩٨٨، ص٦٢

(٢) **الفيروز آبادي**، ، محمد بن يعقوب ، **القاموس المحيط** ، مادة (حكم) مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، ١٩٨٧م ، ص١٤١٦

(٣) **تاج العروس**، الجزء الثامن، ص٢٥٢

(٤) **ابن منظور**، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بابا القاف، فصل السين المعجمة، دار صادر، بيروت ، المجلد العاشر، ص ٢٢٥

(٥) انظر في ذلك، **د/ إسماعيل الاسطل**، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ١٦

وقد تنوعت تعريفات الفقه للتحكيم ، حيث عرفه فقهاء الأحناف بأنه " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما" [١] ،وقد عرفه المالكية بأنه " الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا وارتضياه، لأن يحكم بينهما جاز "[٢]، وعرفه الشافعية بأنه " أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه"[٣]، وقد عرفه الحنابلة بأنه " أن يتحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء"[٤].

وقد نصت المادة (١٧٨٤) من مجلة الأحكام العدلية العثمانية على أن " القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية" ، ونصت المادة (١٧٩٠) على أن التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة" [٥]. وهذه التعريفات متفقة من حيث المضمون على أن التحكيم لا يتم إلا بإرادة الطرفين أو الخصمين، ويتم به حسم النزاع بينهما بعيدا عن طريق القضاء، ويتولى الفصل بينهما محكم له ولاية خاصة على المتخاصمين.

وبالنظر للمفهوم القانوني للتحكيم، فقد تنوعت تعريفات فقهاء القانون للتحكيم، إلا أنها واحدة من حيث المضمون، ومن هذه التعريفات بأنه "اتفاق لفض المنازعات، أو إحالة هذه المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين الأفراد، أو بين أطراف نزاع معين بالفصل على واحد أو أكثر من الأفراد ، يسمون محكمين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من أن يفصل

---

(١) **ابن نجم** ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الرقائق ، دار المعرفة ، بيروت ، مصورة عن الطبعة المصرية، الجزء السابع، ص ٢٤

(٢) **برهان الدين المالكي**، ابن فرحون ، هامش تبصره الحكام ، الجزء الأول، ص٥٥

(٣) المادوردى ، أبو الحسن، على بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، دار الكتب العلمية، ١٩٩٨، الجزء الأول، ص ٣٢٠

(٤) **ابن قدامه** ، عبد الله بن أحمد المقدسي الحنبلي المغني، مكتبة الرياض الحديثة، طبعة ١٤٠١ ه، ١٩٨١م، الجزء التاسع، ص١٠٧

(٥) انظر في ذلك ، **د/ سحر رشيد**، محل اتفاق التحكيم، مجلة مصر المعاصرة، مصر، المجلد ١٠٠ العدد ٤٩٤، ابريل ٢٠٠٩، ص٥٩٢

فيها القضاء المختص[1] وقد عرفت المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية "[2].

ويتضح في ضوء التعريفات السابقة للتحكيم أنه يختلف عن القضاء والصلح والتوفيق، إلا أن ما يهمنا في الأمر التفرقة بين التحكيم والإفتاء وخصوصا في مسائل الأحوال الشخصية، فالتحكيم اتفاق الخصمين على حسم النزاع بينهما بواسطة حاكما، أما الإفتاء فيقصد به " محض إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم إخبار ماله الإنشاء والإلزام، أي: التنفيذ والإمضاء لما كان قبل الحكم فتوى"[3] ويتبين من ذلك أن الفتوى لا تقتصر على المستفتي وحده بل عامة للكافة، وهذا على خلاف التحكيم، فيعتبر قاصرا على الخصمين فقط ، بالإضافة لذلك فالفتوى بيان لحكم الشرع في مسألة معينة، أما التحكيم فهو بيان مع الإلزام والسلطة .

*** وبالنظر لأهمية التحكيم:**

فالتحكيم من شانه الإسراع في فض النزاع والخصومة بين الأطراف، فالمحكمين غالبا ما يكونون متفرغين لحل النزاع، وليس عندهم خصومات أخرى، فيتيسر لهم البدء في إجراءات التحكيم إلى إنهائه، بالإضافة لذلك يعمل التحكيم وذلك على عكس القضاء على تلافى الحقد والبغضاء بين الخصوم، لأن التحكيم يقوم على مبدأ الرضا والحرية في اختيار المحكمين من قبل الأطراف ذاتهم، وهذا الشخص المختار يحوز ثقتهم مما يجعل الحكم

---

(١) **د/ احمد أبو الوفا**، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٤، ص١٧

(٢) نصوص القانون منشورة بالجريدة الرسمية العدد (١٦) بتاريخ ١٩٩٤/٤/٢١

(٣) **أبو العباس** احمد بن إدريس الصنهاجى القدانفي، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق خليل المنصور، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ه، ١٩٩٨م، ص١١٢

الصادر عنهم وكأنه صدر من داخل أسرة أو كيان واحد، مما يترتب عليه الحفاظ على العلاقة الطيبة بين الأقارب والأصهار.

وأيضا يترتب على التحكيم تقليل العبء المالي عن الدولة من تقليل عدد القضايا المرفوعة في القضاء، ويتيح للخصوم اختيار محكمين من أصحاب الخبرات على دراية واسعة ودقيقة بالمنازعة، خصوصًا في منازعات الأحوال الشخصية، ما يكون عليه المحكم من دراية وفهم للقضية المطروحة أمامه وأسرع في الفصل من غيره، وأن التحكيم يتيح للخصوم من اختيار المذاهب الفقهية الذين يرغبونه في التحكيم، وهذا الحال على خلاف القضاء، الذي قد تفرض الدولة مذهبا فقهيا معينا بالذات على القضاء للعمل به للفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، بحيث يكون التحكيم مخرجا للخصوم في الاستفادة مما لدى المذاهب الفقهية مما يخدم القضية أو الواقعة محل النزاع .

ومن أهم مميزات التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية في عقدنا الشخصي ، أنه يعتبر مخرجا من الالتزام بما يخالف الله عز وجل ، وذلك عندما يتعلق النزاع بعنصر أجنبي وتخشى الأطراف الخضوع لقانون دولة لا تحكم بشرع الله، هنا يجد المتنازعون في التحكيم مخرجا لتطبيق شرع الله في الحكم بينهما، بالإضافة لذلك، فالتحكيم يتيح مخرجا من مسألة تنازع القوانين، ويتيح للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الذي يحكم المنازعة وموضوعها، بالإضافة فالتحكيم يحد من مسألة تنازع الاختصاص القضائي، ويتيح للأطراف اختيار مكان التحكيم، فالبعض لا يرغبون في القضاء، لبعد المحاكم وصعوبة الوصول إليها.

ثانيا: مشروعية التحكيم بمسائل الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون:

قول تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا أصلحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا"[1].

(1) سورة النساء ، الآية ٣٥

أي: أن الشريعة الإسلامية الغراء أقرت بمشروعية التحكيم بين الزوجين، حالة ظهور أمارات تدل على الشقاق والنزاع بين الزوجين، وبالتالي تصبح الحياة مجالا للمجادلات والنزاعات بين الزوجين، وبالتالي فمجال التحكيم السعي الدءوب للمصالحة والتراضي بينهما، بحيث يبذلان جهدهما بإتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والرحمة بين الزوجين[١] ، ولكن السؤال الذي يثار في الذهن، حالة عجز المحكمين على الإصلاح والمقرر في الشريعة الإسلامية، فهل يمكن للمحكم أن يفرق بين الزوجين؟ أم ليس لهم الحق في التفرقة بينهم؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول[٢] : ذهب كل من الحنفية والشافعية في رواية والحنابلة وأبى الحسن بن المغلس من الظاهرية ، إلى إن الحكمان لا يملكان التفرقة بين الزوجين ، لاعتبارهما وكيلين للزوجين، أحدهما وكيل للمرأة والآخر وكيل للزوج، لأن مهمة المحكم الرئيسة هي الإصلاح وليس التفرقة بين الزوجين.

وقد استدلوا بقوله تعالى "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلحا يوفق الله بينهما".

القول الثاني[٣] ذهب كل من المالكية والشافعية في رواية ثانية، إلى أن الحكمين يملكان التفرقة بين الزوجين، واستدلوا بنفس الآية التي استند إليها الرأي الأول، والتي تدل على كونهما حاكمين ولهما أن يفعلا ما يريان من

---

(١) انظر في ذلك ، **د/ محمد بن إسماعيل خليل** ، الوسائل الودية فى حل الخلافات الأسرية بين الشريعة والقانون ، مجلة الحكمة السعودية ، العدد ٥١، ابريل ٢٠١٥، ص ١٤٤، **د/ محمد خلف بن سلامة** ، الطبيعة القانونية للتحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ ، مجلة دراسات وأبحاث جامعة الحلفة بالجزائر، العدد ١٩ لسنة ٢٠١٥ ، ص٤٦٢

(٢) تبين الحقائق – الزيلعي ١٩٣/٤ ، ابن عابدين – حاشية ابن عابدين ٢٥٧/٥ ، روضة الطالبين – النووي ٣٧١/٧، الحاوي الكبير – الماوردى ٢٤٥/١٢، الجامع لأحكام القرآن – القرطبي ١٧٦/٥

(٣) الموطأ – مالك ٥٨٤/٢، الشربيني – مغنى المحتاج ٤٢٩/٤، المدونة الكبرى – مالك ٣٦٨/٣٦٧/٥

جمع وتفريق، سواء بعوض أو بغير عوض ، ولا يحتاج إلى توكيل من الزوجين ، فإذا حصل شقاق ونزاع بين الزوجين وتعذر الإصلاح وجب التسريح ، لقوله تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[1].

الرأي الراجح: أما عن الترجيح بين القولين، فظاهر الآية محتمل للوجهين فيها، فمن أخذ بالقول الأول تعلق بقوله " إن يريدا أصلحا"، حيث جعل مهمة الحكمين السعي وراء الإصلاح فقط، وماوراء الإصلاح غير مفوض إليها، إما القول الثاني فتمسكه بلفظ الحكم فإن الله تعالى سمى كل منهما حكما، وأن الحكم هو الحاكم ومن شأن الحاكم أن يحكم، وإن لم يرضَ المحكوم عليه، ولما كانت الآية محتملة لوجه كل من الفريقين، فالذي يقتضيه النظر والله اعلم – ترجيح الرأي الأول الذي يعد بأن الحكمين لا يملكان التفريق بين الزوجين، والأمر راجع للحاكم[2].

وإذا كان هذا موقف الشريعة الإسلامية الغراء، فما بال موقف التشريعات الوضعية من دور التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية ومدى مشروعيتها، هذا ما نتطرق إليه لاحقا.

الفرع الثاني

مدى جواز التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية

محل التحكيم يتمثل في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم أو العلاقة القانونية التي يراد حسم النزاع بشأنها[3]، وقد توسع قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في تحديده للمنازعات التي يكون محلا لاتفاق التحكيم، فقد أجاز التحكيم بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية عامة أو خاصة مدنية أو

---

(1) الآية ٢٢٩ سورة البقرة

(2) للنظر في ذلك، **د/ محمد بن إسماعيل** ، مرجع سابق، ص ١٥٦

(3) د/ برهان محمد عطا الله، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري ، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مجلة التحكيم العربي، المجلد ٢، يناير ٢٠٠٠، ص١٨

تجارية[١]، والقيد الوحيد الذي وضعه المشرع المصري هو عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح [٢].

وقد اتبع المشرع المصري بذلك، نفس مسلك معظم النظم القانونية العربية والمقارنة، من عدم جواز التحكيم في النزاعات المخالفة للنظام العام، والتي لا يجوز فيها الصلح، ومن هذه المسائل ما يتعلق بالأحوال الشخصية البحتة، كالمسائل المتعلقة بثبوت النسب وصحة الزواج أو بطلانه أو المحارم التي لا يجوز الزواج بينهم ووقوع الطلاق أو عدم وقوعه، وتحديد الأنصبة في الميراث وعدم جواز التبني، إلى غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية التي تحكمها الشريعة الإسلامية دون غيرها.

إلا أنه تجدر الملاحظة إلى أن إجماع الفقه ينعقد على تقسيم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى نوعين ، الأول: مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، وهذه التي تعرضنا لها، والتي لا تكون محلا للتحكيم، أما النوع الثاني: فيتمثل في مسائل تتصل بالمصالح المالية المترتبة عليها، وهذه المسائل يجوز التحكيم فيها، والعلة في ذلك ، أن هذه الأمور قابلة للصلح فيها، بحيث يجوز للمطلقة مثلا التحكيم على مقدار نفقة العدة ونفقة الصغار ومؤخر الصداق، ويجوز للورثة الاتفاق على التحكيم لحصر الإرث وتوزيعه، كما يجوز للخاطب التعويض عن فسخ الخطبة و التحكيم عن اجر الحضانة ومسكن الحاضنة[٣].

وتطبيقا لذلك، فقد نصت قوانين الأحوال الشخصية ، على العديد من الحالات الجائز بها التحكيم، حيث نص قانون الأحوال الشخصية المصري على الشقاق وإرسال الحكمين في المادة (٨/أ) بأنه " يشمل قرار بعث الحكمين

---

(١) المادة (١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

(٢) المادة (١١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

(٣) انظر في ذلك:

Nadia (K.), Les modes négociés de règlement juridique des conflits familiaux, Rechrches et prévisions, n 70, 2002, P.100.

على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما، على ألا يتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين على أن يقوم بمهمته بعدل وأمانة".

أما عن سلطة الحكمين في التفرقة، فقد نصت المادة (١٠) من القانون ١٠٠ لعام ١٩٨٥ على أنه حالة عجزهم عن الإصلاح :

أ- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج.....

وبالنظر لقانون الأحوال الشخصية السوري، فقد نصت المادة (٢/٤) على أنه " على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي على أن يكون معللا في حالة وجود دعاوى أخرى بين الطرفين أو وجود شكاوى بينهما، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير وفى هذه الحالة يعين حكمين آخرين وللمرة الأخيرة"، وفى نص المادة (٥٦) من قانون الأسرة الجزائري نصت على أنه" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

وبالنظر لموقف المشرع الأردني، فقد اتخذ موقفاً أكثر توسعا من غيره، بأن قرر للمحكمين سلطة من شأنها أحقيتهم في التفرقة بين الزوجين، فقد كان قانون الأحوال الشخصية القديم رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ ، ينص في المادة (١٣٢) على أنه إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما :

أ- أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على ألا يقل عن المهر وتوابعه.

ب- وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفرقة بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالب بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه.

ج- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفرقة بينها على قسم المهر بنسبة إساءة كل منهما.

د- وإن جهل الحال ولم يتمسكا من معرفة تقدير نسبة الإساءة، قررا التفرقة بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما .

هـ- وعلى الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام المادة (١٣٢)

وقد جاء قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ بعد مرحلة طويلة من العمل بقانون الأحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، وعمل المشرع الأردني على تلافى معظم أوجه النقص والقصور التي تنتاب القانون الأخير، فقد نصت المادة (١٢٦) من القانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ على أنه " لأي من الزوجين أن يطلب التفرقة للشقاق والنزاع، إذا ادعى ضررا لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيا كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنويا كأي تصرف أو سلوك مشين أو مخل للأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية ، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية بحيث :

أ- إذا كان طلب التفريق من الزوجة وتحقق القاضي من ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح، أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصرت الزوجة على دعواها أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

ب- إذا كان المدعى هو الزوج، وأثبت وجود الشقاق والنزاع، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه أحال القاضي الأمر إلى حكمين

ج- يشترط في الحكمين أن يكونا عدليين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج

إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك، حكّم القاضي اثنين من ذوى الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح.

د-يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معا أو مع اى شخص يرى الحكمان فائدة في بحثها معه، وعليهما أن يرونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها ودونا ذلك في محضر يقدم إلى المحكمة .

هـ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفرقة بينهما على العوض الذي يريان على ألا يزيد على المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما...

و- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم المهر..

ج- إذا اختلف الحكمان، حكّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحا، وفى الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.

ط- على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام هذه المادة".

*** موقف المشرع الفرنسي :-**

في الواقع وخلال العقود الأخيرة، كانت الوساطة في المنازعات الأسرية تنصب في المقام الأول على منازعات الطلاق مع زيادة حالات الطلاق، ولكن في أيامنا هذه أضحت الوساطة الأسريةطريقاً مهماً لحل المنازعات الأسرية بمختلف أشكالها، وتدخل بشكل جوهري لإعادة تنظيم حياتهم الأسرية بعيدا عن أروقة المحاكم، مع العلم بأن المحترفين في المجالات النفسية والاجتماعية والقانونية هم الذين يضطلعون بمهام الوساطة الأسرية.

أولا: السند التاريخي والاجتماعي للوساطة الأسرية:-

الوساطة بمثابة التسوية السلمية للمنازعات ، فمنذ عام ١٩٠٧ جرى النص عليها في اتفاقية لاهاي لتسوية المنازعات الدولية، وبالرغم من ذلك فإن استخدامها في المجالات التجارية أما مجال تطبيقها في الشئون الأسرية فلا يزال حديثا، فقد ظهرت الوساطة في المنازعات الأسرية في حالات الطلاق والتطليق في البلاد الأنجلوسكسونية في فترة السبعينات من القرن العشرين، وسرعان ما انتشرت هذه الوسيلة في العديد من الدول[١].

وإذا كانت الوساطة الأسرية قد دارت في بداية الأمر في إطار البعد الديني خاصة مع تأثير البروتستانت، إلا أنها ومن منظور عام تعتبر وسيلة لإصلاح الأسرة، فلم يكن بالغريب أن تصبح الوساطة الأسرية آلية مهمة لحل هذه المنازعات، بحيث تعطي للمواطنين سلطة للمشاركة في هذا الحل، كما أنها تضعهم في مقام المسئولية عن هذه المنازعات التي تثور بينهم داخل الأسرة.

ظهرت الطرق التفاوضية للتسوية القانونية للمنازعات الأسرية في القانون الفرنسي من خلال قانون ٨ فبراير لعام ١٩٩٥ ، حيث حدد القواعد القانونية للوساطة في إطار المنازعة القضائية[٢]، أما عن قانون ٤ مارس لعام ٢٠٠٢ الصادر بتعديل الولاية فيسمح للقاضي بدعوة الخصم للبحث عن وسيط، كما أنها تسمح للخصوم بأن يطلبوا من القاضي التصديق على الاتفاقات الودية التي يتوصلون إليها، والتي تتعلق بطرق مباشرة الولاية على النفس، كنفقة الرعاية وفقا للمادة ٣٧٣ – ٢- ٧ من التقنين المدني الجديد،

---

(١) **Avila (E.M.)**, Analyse comparative des modèles francais et brésilien de la pratique de la médiation familiale et les effets sur les couples en instance de séparation, Thèse Lyon 2, 2010, P.59.

(٢) Loi n 95 – 125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des jurisdictions et à la procédure civile, pénale et admistrative (Jo du 9 février 1995).

وقد صدر قانون ١٠ أكتوبر لعام ٢٠٠١ بتعديل إجراءات الطلاق على النحو الذي يبسط الطلاق من خلال الرضاء المتبادل[١] .

وعلى أية حال ، فقد سمح هذا القانون للقاضي بتوجيه المدعين للبحث عن وسيط أسري، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الزوجين، شريطة اتفاق الزوجين على الوساطة.

بينما قد ظهرت الوساطة الأسرية في الولايات المتحدة الأمريكية في الربع الأخير من القرن العشرين ، ومن أول المبادرين في مجال الوساطة الأسرية السيد/ كوجلير ١٩٧٨، وهو محامٍ ومحلل نفسي ، كما أنه مؤسس للمركز الأول الخاص للوساطة في البلاد، فضلا عن دراسات هاينز ١٩٨١، وهو أستاذ جامعي ومصلح اجتماعي ومعالج أسري، أما عن الآخرين أمثال سابوسنيك ١٩٨٥، وبوش وفولجير ١٩٩٤ وبراون ١٩٨٢، فقد ساهموا بدورهم في تطوير الوساطة الأسرية في الولايات المتحدة الأمريكية. بينما ظهرت الوساطة الأسرية في كندا خلال فترة الثمانينات من القرن العشرين [٢].

ثانيا: مبررات الوساطة الأسرية أو الطرق التفاوضية للتسوية القانونية للمنازعات الأسرية:-

الوساطة الأسرية تطورت بالنظر لزاويتين: الأولى: تتعلق بتطور وتحولات الأسرة المعاصرة. ومن الناحية الثانية: تتعلق بتطور الوسائل البديلة لحل المنازعات.

ومن هنا وبحسب رأى الأستاذ/ دانيال جانانسيا ٢٠٠٧ ، وهو قاضٍ فرنسي يفصل في المنازعات الأسرية الدولية، أن القانون لا يمكن أن يفصل وحده وبصورة ملائمة في المنازعات الأسرية التي يهيمن عليها جانب الوجدان، بما يقتضي مراعاة الاعتبارات النفسية والعقلانية في آن معا. ومن

---

(١) **Nadia (K.),** Les modes négocies de réglement juridique des conflits familiaux, op.cit, P.99.

(٢) **Avila (E.M.)**, op.cit, P.60.

الخطأ الاعتقاد بأن القانون هو وحده الذي يمكن أن يضطلع بحل المنازعات الأسرية[١] .

أولا: فمن جانب التغيرات على مستوى المجتمع وتحولات الأسرة: فإن الوساطة وسيلة لتسوية النزاع أكثر ملاءمة لحل المنازعات في مجتمعنا من خلال المنطق القانوني، يجب أن يتم حل هذه المنازعات عن طريق القضاء وتحت مظلته، إلا أن الوساطة تعتبر طريقة لتسوية المنازعات أكثر مرونة ، حيث تقوم على أساس الاتصال بين الأفراد مما لا يتاح عند السير في الطريق القضائي التقليدي، كما أنها تفرض التعاون بين أطراف الوساطة .

وهذا ما أكده عالم الاجتماع الفرنسي بوردو، في مقالة بعنوان (سطوة القانون) على أن القانون يحوز من القوة والهيمنة ما يمكن من خلاله حل المنازعات التي تقوم بين الأشخاص، وقد تكون هناك أشكال أخرى لتسوية المنازعات التي لا تقتضى بالضرورة السير في الطريق القضائي، والوساطة تعتبر طريقة لتسوية المنازعات أكثر مرونة[٢] .

قديما كان الزوجان يلجآن إلى القضاء لتسوية عملية الانفصال أو الطلاق وما يترتب عليه من آثار ، ولكن سرعان ما تغير هذا الخيار مع ظهور الوسيط العائلي ، فاليوم وفى المجتمعات المتقدمة وحيثما يعزم الزوجان على الانفصال، يقوم الوسيط – وهو رجل مهني – على تقديم المساعدة لهم وعلى إعادة تنظيم حياتهم في المستقبل من خلال إيجاد جو من الحوار والتسامح بينهما.

---

(١) **Danielle Ganancia** (2007), magistrat français oeuvrant dans les situations des conflits familiaux internationaux, la droit seul ne peut pas resoudre de facon appropriée les conflits familiaux ou dominet l'effectif, le psychologique et le relationnel . il est illusoire de penser que seul le droit résoudre le litige familial.

(٢) Le sociologue français Bourdieu (1986) dénonçait cette logique, dans son article (la force du droit) Lorsqu'il mentionnait le pouvoir de domination et l'institution du monopole ou seul le droit peut régler les conflits qui existent entre les personnes.

ثانيا: فمن ناحية التغيرات على مستوى القائمين بالوساطة الأسرية وأطرافها : فيمكن للقضاة الاستعانة بخبير في مجال الطب النفسي أو الشئون الاجتماعية لمساعدتهم بما يصدرونه من أحكام، وهذا الشخص المحترف يتصرف على ضوء ما يتوافر لدية من معارف، وبما يتفق والأحكام القضائية للقضاة، بما يعرف عنه بالوسيط الأسري Mediateur familial ، وبالتالي فلا غرابة في القول بأن الوسيط في المنازعات الأسرية ييسر تحقيق الاتصال بين الأشخاص ، من خلال ما يقدم إليهم من معلومات وآراء لإرشادهم وتشجيعهم على اتخاذ القرار[١] .

ثالثا: آليات الوساطة القضائية :-

تتنامى الوساطة الأسرية في شكلين أساسين، حيث توجد الوساطة فوق القضائية، و الوساطة القضائية.

أ- الوساطة فوق القضائية La mediation extrajudiciare

تكمن هذه الوساطة في خارج الإطار القضائي قبل الاتصال بالمحكمة وبصورة عامة، فإنها تدعى بالوساطة السابقة على الدعوى القضائية في الكيبيك، بينما توصف في فرنسا بالوساطة الاتفاقية أو التلقائية أو المستقلة، أما في البرازيل فتوصف بالوساطة فوق القضائية أو الوقائية[٢] .

نظم المرسوم الصادر في ٢٠ مارس ١٩٧٨ إجراءات التوفيق بطريق المصلح القضائي، والذي يعمل بدوره على تشجيع التسوية بناء على طلب الأطراف وخارج إطار الإجراءات القضائية، وتتعلق إجراءات التسوية على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، كما يمكن للخصوم عرض اتفاق الصلح على القاضي الذي يعطيه القوة التنفيذية، أما عن قانون ٨ فبراير لعام

---

(١) **Avila (E.M.)**, Thèse précité, P63.
(٢) **Avila (E.M.)**, Thèse précité, P.64.

١٩٩٥، فقد نص على أن القاضي يمكنه أن يطلب التوفيق أو التسوية بطريق المصلح القضائي، بصورة مسبقة على القضية[١] .

والوساطة فوق القضائية قد تكون جزئية، لا تمتد إلا للمسائل المتعلقة بالأطفال، مثل حق الزيارة والرؤية ونفقة الصغار، وقد تكون شاملة تمتد إلى كافة الآثار التي تترتب بين الزوجين، وعلى أثر التطليق من حيث الأطفال والمشاركة المالية والمسائل الخاصة بالذمة المالية، على انه ينبغي في النوع الأخير من الوساطة أن يتم التصديق عليها بطريق قاضٍ، حتى تصبح تنفيذية[٢] .

ب- الوساطة القضائية La mediation judiciaire

هي الوساطة التي تتم من لحظة اتصال القاضي بالنزاع ، وتقترح على الأشخاص حل مشكلاتهم بصورة ودية، بفضل التدخل من طرف ثالث محايد يوصف بالوسيط، وتعتبر بذلك إجراء ارادى يعتد بإرادة الأطراف، فيتعين على القاضي الحصول على موافقة الأشخاص المعنيين، حيث يعين القاضي الوسيط الذي يتولى بدوره مسئولية الرقابة على سير الوساطة، ويتم بناء على ذلك وقف الدعوى القضائية بصورة مؤقتة وفقا للمهمة التي يعينها القانون[٣] .

وما يصل إليه الخصوم في الوساطة من اتفاقات، يتم التصديق عليها بموجب عريضة قانونية مرتبطة حيث يمكن تنفيذ ما انتهت إليه الوساطة من نتائج.

ولكن في عقدنا الشخصي ، أن الوساطة القضائية قد تؤدي إلى نتائج مغايرة ، بحيث لا تشجع على تحقيق روح التعاون بين الأطراف أو التخفيف من النزاع، فمنذ تحدي القاضي للقضية وإصدار أمره باللجوء للوساطة ، فإن النزاع يصاغ في لغة قانونية ، بحيث يهتم الأفراد في المقام الأول بتحقيق مصالحهم الشخصية دون إعطاء المزيد من الاهتمام بمسألة المصالح الفعلية وحاجات الخصوم.

---

(١) **Nadia (K.)**, Les modes negocies ….op.cit, P.103.
(٢) **Avila (E.M.)**, Thèse précité, P.65.
(٣) **Avila (E.M.)**, Thèse précité, P.65.

الخاتمة

حاولنا خلال صفحات هذه الدراسة أن نستعرض دور إرادة الأطراف وتعاظمها في مسائل الأحوال الشخصية، من خلال الوقوف على دور اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، حيث ظهر اتجاه فقهي حديث يؤيد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة وتكريسها في مسائل الأحوال الشخصية، وقد سار على نفس النهج التشريعات الحديثة، والاتفاقيات الدولية، والأعمال الصادرة عن الهيئات العلمية العالمية.

وبالنظر لحرية الأفراد فلم تعد قاصرة على المثال المعتاد التقليدي المتمثل في العقود الدولية بل تعد ذلك لمجالات أخرى، كمسائل الأحوال الشخصية، حيث أدى تطور مفهوم النظام العام الدولي إلى استيعاب العديد من المسائل واتساع نطاق اختيار الأفراد.

ولكن حرية اختيار الأفراد في مسائل الأحوال الشخصية ليست طليقة، وإنما مقيدة بعدة قيود تحد من إطلاقها، كضرورة توافر مجموعة من الشروط والضوابط والأسس التي من خلالها يصح اتفاق الأطراف سواء فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية أو القضاء المختص.

ومن هذا المنطلق فقد حرصنا على تسجيل أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال بحثنا هذا، وهي على النحو التالي.

أولا: النتائج:-

١- على الرغم من تطبيق القانون الشخصي على المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، إلا أن أنصار هذا الاتجاه الفقهي لم يتفقوا بشأن تحديد ماهية القانون الشخصي الذي يقصدونه من قانون الجنسية أو قانون الموطن، وهذا ما ترتب عليه ظهور الاتجاه الفقهي الرامي لتطبيق قانون الإرادة وإقصاء القانون الشخصي .

٢- تعتبر قاعدة قانون الإرادة من أهم قواعد الإسناد التي يلجا إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، والنص عليها في غالبية النظم القانونية الدولية والداخلية، إلا أنه انتشر صيتها إلى خارج مجال العقود الدولية ليمتد للمسائل غير العقدية أو مسائل المسئولية التقصيرية ومسائل الأحوال الشخصية، بحيث يسمح النظام المعاصر باختيار القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل، عندما تتصف بالصفة الدولية.

٣- يتميز إعمال قانون الإرادة في مجال الأحوال الشخصية بالعديد من المميزات منها: التخفيف من حدة النقد الموجه للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، ومن ناحية أخرى يترتب على تطبيق القانون الأجنبي المساس بالنظام العام في دولة القاضي، مما يستتبع استبعاده وإحلال قانون القاضي محله، وأخيرا يؤدى تطبيق قانون الإرادة إلى التخفيف من القواعد الجامدة التي تحيط المتعاملين في إطار العلاقات ذات الطبيعة الخاصة الدولية، والتي تتبني أساسا على قدر كبير من الحرية والاختيار .

٤- تكريس الاتفاقيات الدولية والتنظيمات الأوربية والتشريعات الوطنية لدور قانون الإرادة بصدد مسائل الأحوال الشخصية، وذلك ناتجا عن تطور العلاقات الدولية وتأييد الفقه لدور الإرادة في مجال الأحوال الشخصية.

٥- بالنسبة لإرادة الأطراف فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية أو القضاء المختص، يتضح أن إرادة الأطراف ليست طليقة بدون قيد أو ضابط يحكمها، ولكنها مقيدة بعدة قيود تحد من حرية الأطراف وشروط رئيسة ممثلة في الشروط الموضوعية الثلاثة لأي اتفاق ينشأ بين أطرافه، فيجب أن يكون هذا الاتفاق مبنيا على رضاء صحيح مستنير خالٍ من عيوب

الإرادة، بالإضافة لأن يكون محل الاتفاق مستوفيا لكافة شروط صحته وأن يتجه الاتفاق لتحقيق سبب مشروع، وأخيرا يستلزم في اتفاق الأطراف أن يكون بصدد علاقة ذات عنصر أجنبي.

ولتحديد الصفة الدولية فهناك ثلاثة أراء أو معايير لتحديدها، المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المزدوج، ونميل إلى المعيار القانوني في تحديد دولية العلاقة القانونية.

٦- فيما يتعلق باتفاق الأطراف في مجال الأحوال الشخصية، فلم تشترط النظم القانونية سواء الداخلية أو الدولية أن يكون اتفاقهم على اختيار القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختص مكتوبا، بل إن مجرد توافق الإرادتين صراحة أو ضمنيا كافٍ في حد ذاته لصحة اتفاق الأطراف، وتستشف الإرادة الضمنية من عدة دلائل ، ففي مجال القانون الواجب التطبيق، توجد مجموعة من قرائن مستوحاة من نصوص العقد، كإقرار الأطراف في عقدهم أنه يمكن تكملة بنود العقد بالرجوع لقانون دولة معينة ، وفى مجال القضاء المختص أن يرفع المدعي دعواه إلى قضاء دولة معينة ويحضر المدَعي عليه أمامها ويخوض في موضوع الدعوى دون أن يعترض على اختصاص المحكمة المرفوع إليها النزاع.

٧- تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بصفة عامة، فتستعمل هذه الفكرة في نطاق القانون الداخلي للإشارة إلى القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفة أحكامها باتفاق خاص، أما في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، فيكمن دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان من شأن تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالمبادئ والأسس الجوهرية التي يستند إليها المجتمع الوطني، أما بالنظر للنظام العام الإسلامي، فنجده من الأفكار ذات

الطبيعة الخاصة والذاتية لارتباطه بمقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية للعباد من الآمن والسلامة العامة والصحة والآداب العامة، وسلامة المعاملات والحفاظ على الدين وأحكامه.

٨- بالنظر لدور إرادة الأطراف في تحديد القضاء المختص بمنازعات الأحوال الشخصية، فقد وجد اتجاه فقهي تقليدي يحظر على الأطراف مكنة الاختيار في مجال الاختصاص القضائي الدولي، ولكن مع مرور الوقت، تغيرت النظرة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي من ارتباطها بفكرة السيادة المطلقة، وبالتالي تم الاعتراف بدور إرادة الأفراد في سلب اختصاص القضاء.

٩- إذا كانت غالبية النظم القانونية قد حظرت التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، وهذا بمثابة مبدأ عام، ولكنه على الرغم من ذلك يجوز التحكيم في المصالح المالية المرتبطة بهذه المسائل ، فقد أجمع الفقه على تقسيم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى نوعين، الأول: مسائل الأحوال الشخصية البحتة، والتي لا تكون محلا للتحكيم مطلقا. أما النوع الثاني، فيتمثل في مسائل تتصل بالمصالح المالية المترتبة عليها، وهذه المسائل يجوز التحكيم فيها، والعلة في ذلك، أن هذه الأمور قابلة للصلح فيها ، بحيث يجوز للمطلقة مثلا التحكيم على مقدار نفقة العدة.

ثانيا: التوصيات:

١- **<u>توجيه الدعوى للمشرع المصري</u>** بتعديل بعض أحكام نصوص مواد القانون المدني، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بعض مسائل الأحوال الشخصية ، وتقرير دور الإرادة في اختيار وتحديد هذا القانون.

أ- فبالنسبة للنظام المالي للزوجية والآثار التي يرتبها عقد الزواج:-

فنرجوا تعديل نص المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال " إلى

" ١- يحكم آثار الزواج ومنها النظام المالي القانون المختار بواسطة الزوجين ، على أن يكون الاختيار من بين :

- قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان بعد إتمام الزواج.
- قانون الدولة التي بها محل الإقامة المعتادة لكل من الزوجين وقت الاختيار.
- قانون جنسية أحدهما

٢- وفى حالة عدم وجود اختيار على القانون الواجب التطبيق ، تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج".

ب- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الطلاق:

فنوصى بتعديل المادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن " الطلاق يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق، والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى". إلى

"يجوز للزوجين الموافقة على تحديد القانون الواجب التطبيق على كل من الطلاق، أو التطليق أو الانفصال من بين :

١- قانون الدولة التي يقيم الزوجان في إقليمها إقامة معتادة في وقت إيقاع الطلاق أو عند رفع الدعوى بالنسبة للتطليق والانفصال.

٢- قانون دولة آخر مقر معتاد مشترك للزوجين ، مادام أحد الزوجين لا يزال يقيم هناك في وقت إبرام الاتفاق.

٣- قانون الدولة التي يحمل أحد الزوجين جنسيتها وقت إيقاع الطلاق أو رفع الدعوى.

٤- قانون القاضي".

د- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النفقات :-

نوصى بتعديل نص المادة (١٥) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " يسرى على نفقة الأقارب قانون جنسية المدين بها" إلى

" ١- إن الاتفاق المتعلق بالنفقة الناشئة عن علاقات القرابة، يحكمها القانون المختار من قبل الأطراف من بين قانون الدولة التي يحمل أحدهما الجنسية في وقت الاختيار، أو قانون الدولة التي يوجد على إقليمها محل إقامته المعتادة وقت الاختيار.

٢- وفى حالة عدم وجود اختيار على القانون الواجب التطبيق، تخضع النفقة الزوجية لقانون الدولة التي ينتمي إليها المدين بها".

٢- **<u>نوصى المشرع المصري</u>** بإتاحة الفرصة للأطراف بحرّية اختيار القاضي في منازعات الأحوال الشخصية ، والاعتراف للإرادة بدورها المزدوج في جلب الاختصاص، وسلبه في تلك المنازعات، وذلك بتعديل نص المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري، والتي تنص على أن " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة ، إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمنيا" بالاتي :

" ١- في مجال المعاملات المالية، ومسائل الأحوال الشخصية، يحق للأطراف المتنازعين أن يتفقوا فيما بينهم بمناسبة منازعات قائمة،

أو سوف تنشأ بصدد علاقة قانونية معينة على اختيار محكمة أخرى للفصل فيها، ويكون هذا الاختيار صراحة أو ضمنيا.

٢- يكون اختيار وتعيين القاضي عديم الأثر إذا كان من شأنه حرمان أحد الأطراف المتنازعين بطريقة تعسفية من الحماية التي يكفلها له القاضي المختص وفقا للقانون المصري".

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية :

١. **أحلام نوارى**، تراجع السيادة الوطنية في طل التحولات الدولية ، دفاتر السياسة والقانون ، الجزائر ، العدد الرابع ، يناير ٢٠١١

٢. **احمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين احمد إبراهيم**، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون ١٩٩٤

٣. **احمد أبو الوفا**، عقد التحكيم وإجراءاته ، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٤

٤. **احمد عبد الكريم سلامة :**

- الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة
- التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧
- القانون الجنائي الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة في ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص وقانون العقوبات الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٨
- القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية بالقاهرة
- علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء (المنصورة)، الطبعة الأولي، ١٩٩٦

٥. **احمد مسلم** ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ببيروت ، ١٩٦٦

٦. **احمد نصر الجنيدي**، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان ،دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى، ٢٠٠٨

٧. **إسماعيل الاسطل**، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار النهضة العربية بالقاهرة

٨. **اشرف وفا محمد** ، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف (نظام الاتفاق الإجرائي)، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى

٩. **بدر الدين عبد المنعم شوقي**، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين– الاختصاص القضائي الدولي)، بدون دار نشر، ١٩٩٠

١٠. **بدران أبو العنين بدران**، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،دار النهضة العربية بالقاهرة

١١. **برهان محمد عطا الله**، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري ، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مجلة التحكيم العربي، المجلد ٢، يناير ٢٠٠٠

١٢. **جابر جاد عبد الرحمن :**

- القانون الدولي الخاص العربي، تنازع القوانين، الجزء الثاني، ١٩٦٢
- تنازع القوانين ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠

١٣. **حسام الدين فتحي ناصف**، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤

١٤. **حسن حسن منصور**، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ١٩٩٧

١٥. **حواء فرج محمد**، مدى كفاية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق جامعة بني غازي ليبيا، ٢٠٠٠

١٦. **خالد عبد الفتاح محمد خليل** ، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢١٠٤

١٧. **خضر حامد على** ، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف بالإسكندرية

١٨. **رشا على الدين**، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٠

١٩. **رعد مقداد محمود الحمداني**، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات

٢٠. **سحر رشيد**، محل اتفاق التحكيم، مجلة مصر المعاصرة، مصر، المجلد ١٠٠ العدد ٤٩٤

٢١. **سلطان عبد الله محمود الجوارى**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية،

٢٢. **سليمان مرقس**، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة ، مطبعة السلام بالقاهرة، ١٩٨٧

٢٣. **سمير عبد السيد تناغو** ، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين

٢٤. **سيف الدين محمد محمود البلعاوى** ، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، مجلة جامعة الاقصي، سلسلة العلوم الإنسانية ، جامعة الاقصي بغزة فلسطين ، المجلد السابع، العدد الثاني، ٢٠٠٣

٢٥. **صالح السيد هريدى** ، التحكيم في إطار النظام العام ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق مقدمة لكلية الحقوق جامعة طنطا ، ٢٠١٦

٢٦. **صلاح الدين جمال الدين** ، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ، ٢٠١٠

٢٧. **عبد الحميد الشواربي ، عز الدين الدناصورى** ، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ١٩٨٨

٢٨. **عبد الرازق السنهوري :**

- الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤
- النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد، منشورات محمد الراية، بيروت لبنان

٢٩. **عبد القادر القادري** ، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف بالقاهرة، ١٩٨٤

٣٠. **عز الدين عبد الله :**

- القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٥٨
- القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦
- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة السادسة ، ١٩٩٦

• قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد (دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية) ، مجلة مصر المعاصرة، المجلد ٧٠ وع ٣٧٨

٣١. **عكاشة محمد عبد العال :**

• القانون التجاري الدولي (العمليات المصرفية)، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١٣

• القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، ١٩٩٦

• تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية بالقاهرة ، ٢٠٠٢

٣٢. **على صادق أبو هيف**، القانون الدولي العام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥

٣٣. **عماد طارق البشرى** ، فكرة النظام العام في مجال قضاء الأحوال الشخصية ، مجلة مصر المعاصر – مصر، المجلد ٢٩، العدد ١١٦، ٢٠٠٥ يونية

٣٤. **فؤاد رياض صالح**، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٤، ١٩٧٩

٣٥. **محمد إبراهيم احمد الشافعي**، النظام المالي للزوجين في القانون الفرنسي، بحث منشور بمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المغرب، عدد ٣٧، السنة ٢٠٠٢

٣٦. **محمد أبو زهرة**، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي، ١٩٧٨

٣٧. **محمد الرويي** ، دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية بالقاهرة

٣٨. **محمد بن إسماعيل خليل** ، الوسائل الودية في حل الخلافات الأسرية بين الشريعة والقانون ، مجلة الحكمة السعودية ، العدد ٥١، ابريل ٢٠١٥

٣٩. **محمد جمال الدين ذكي**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٦

٤٠. **محمد خلف بن سلامة** ، الطبيعة القانونية للتحكيم، دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ ، مجلة دراسات وأبحاث جامعة الحلفة بالجزائر، العدد ١٩ لسنة ٢٠١٥

٤١. **محمود محمد على** ، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، ١٩٧٨

٤٢. **مصطفي الرافعي**، الأحوال الشخصية، دار الكتب اللبناني، بيروت لبنان

٤٣. **ممدوح عبد الكريم حافظ** ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ٢٠٠٥

٤٤. **ممدوح محمود نصر**، العولمة ، دراسة في المفهوم والظاهر والإبعاد، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، ٢٠٠٣

٤٥. **نور حمد الحجايا**، الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات ذات الطابع الدولي ، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني – السنة الثالثة والثلاثون– رجب ١٤٣٠ هـ – يونيو ٢٠٠٩

٤٦. **هشام خالد** ، القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠١

٤٧. **هشام على صادق** :

- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ١٩٩٥

- تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤
- القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ٢٠٠١

ثانيا: المراجع الأجنبية :

1- **A. Pillet**, Le Droit international privé considéré dans ses repports avec le droit international publc , paris 1892

2- **A. Pillet**, Traité pratique de droit international privé, sirey 1923, P.101

Audit (B.) Droit international privé, ECONOMICA, 3 ed, 3- 2000

4- **Avila (E.M.)**, Analyse comparative des modeles français et bresilien de la pratique de la mediation familiale et les effets sur les couples en instance de separation, Thèse Lyon 2, 2010.

5- **Bartin (E.)**, Etudes sur les effets internationaux des jugements, paris, L.G.D.J., 1907.

6- **Bartrand Badi** , Un Monde sans souveraineté, fayard, paris, 1999

7- **Batiffol (H.) et Lagard (P.)**, Traité de droit international privé, T.1, 8 ed, paris, L.G.D.J. 1993.

8- **Batiffol (H.)**, Traité elementaire de droit international privé, 6 ieme ed, 1976, Paris.

9- **Bernerd AUDIT**, Droit international privé, 4 edition, ECONOMICA, Paris, 2006, N441, P.359.

10- **Betizike (G.)**, Les obligations delictuelles en droit international privé, R.C.A.D.I, 1965, Tome II

11- **BIZIMANA (Z.R.)**, L'autonomie de la volonté comme facture de rattachement, expression de droit de l'Homme, université catholique de louvain, 2005

12- **Bourel (P.)**, De ratachement de quelques délites spéciaux en droit international privé, R.C.A.D.I. 1989, Tome II

13- **Bucher (A.)**, L'ordre public et le social des lois en droit international privé, R.C.A.D.I., 1993, Tome II

14- **Buisson (ph.)**, la notion de for exorbitant, thèse dacty paris, II 1996

15- **CARLIER (J.Y.)**:

* Auonomie de la volonté et statut personnel, étude prospective de droit international privé, Bruylant, Bruxelles, 1992

* Autonomie de la volonté et statut personnel, cah. Dr. Maqh. Vol. 1, 1995

*Quand l'ordre public fait desordre , a propos de deux arrest de cassation relatifs a la polygamie et a la repudiation, R.C.D.I.P. 2008.

16- **Clavel** (**S.**), droit international privé, Hyper cours, DALLOZ, 2009

17- **Colomer** (**A.**), Régimes matrimoniaux, édit litec, paris, 1992

18- **CORNU** (**G.**), Régimes matrimoniaux, P.U.F., paris 1992

19-**MAZEAUD,** Lecons de droit civil, Regimes matrimoniaux, Tome IV, 1 er volume, paris 1978

20- **Deprez** (**J.**), Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects methodologique, R.C.A.D.I, 1988, IV, T.211.

21- **F.C. Von Savigny,** "system des Heutigen romischen Rechts" traduction Guenoux, Paris, Firmin Didot freres, 1851

22-**FRANCE DEBY – GERARD**, Le role de la régle de conflate dans le réglement des rapports internationaux, paris 1973.

23- **Gannagé** (**P.**), la pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famile, Rev. crit. Dr. internat. Prive, 81- 3-, 1992,

24- **Ghestin** (**J.**), La notion de contrat, Dalloz, 1990, chron,

25- **Goldstein** (**G.**), l'autonomie de la volonte dans le statut personnel, chron, Bibliographiques

26- **GOLDSTEIN (G.)**, L'autonomie de la volonté dans le statut personnel, Article Precité

27- **GOURION (P.A.), et PEYRARD (G.),** Droit du commerce international,

28- **GUTMANN (D.)**, Droit international privé, paris, Dalloz, 1999. 2000.

29- **H. Gaudmet – Tallon,** Nationalisme et competence judiciaire: decline ou renouveau? Travaux du comité français de droit international privé, 1986- 1988.

30- **Hammje,** droit fondamenteux et ordre public, Rev crit, 1997

31- **J. LE CLAINCHE**, La détermination de la loi e du juge compétence, 2008.

32- **Jean – Michel Jacquet**, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica 1983 Spec

33- **Kaczorowska** , L'internationalité d'un contrat, R.O.I.D.C. 1995

34- **KASSIS (A.)**, Le nouveau droit europeen des contrats internationaux, paris, L.G.D.J. 1993.

35- **Lagarde (P.)**,:

* La theorie de l'ordre public international Face a la polygamie et a la repudiation l'experience francaise. In Nouveaux itineraires en droit, Hommage a Francois Rivaux, 1993.

* Le principe de proximite dans le droit international prive contemporain, cours general de droit international privé R.C.A.D.I, 1986, T.I, vol, 196.

* Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris, L.G.D.J, 1959.

* Rechreches sur l'ordre public en droit international privé, Rev. Inter, Dr. comp., 1960.

36- **Loussouarn (Y.)** , Bourel (P.) et Sommierés (P.V.), Droit international privé, 10 ed, Dalloz, 2013

37- **M. Jean – Yves Carlier,** juriste belge, eveille la curiosite de lecteur situe de l'autre cote de l'Atlantique, interesse par le droit international prive.

38- **M.L. Niboyet**, et G.G. de la pradelle , Droit international privé m 2 ed, L.G.D.J, 2009

39- **MALAURIE** , Les régimes matrimoniaux, édit, Gujas, 1995.

40- **Mayer (P.)** , L'Etat et le droit international privé, Rev. Droits, n161992

41- **MAYER (P.) et HEUZE (V.)**, Droit international privé, 9 édition, édition MONTCHRESTIEN, paris, 2007,2001.

42- **Mayer (P.),** Le movement des idées dans le droit des conflits de lois, Revue droits, 1985.

43- **Nadia (K.),** Les modes negocies de réglement juridique des conflits familiaux, Rechrches et previsions, n 70, 2002.

44- **NIBOYET (J.P.)**, Cours de droit international privé français, sirey, 2 eme ed, 1949

45- **PARTSCH (P.H) et RIGAUX (F.)**, Droit international privé, Larcier, 2003

46- **Pascal de vareilles – Sommières** :

* Le forum shopping de vant les juridictions françaises, Travaux du comité francais de droit international privé, 1998- 2000

* " la compétence internationale de l'Etat en droit international privé", these paris, L.G.D.J, 1997, P31, Ph.francescakis, competence étrangere et jugement étranger, Rev.crit. 1953

* compétence internationale de l'Etat en droit international privé, These paris, L.G.D.J. 1997

47- **Pataut (E.)**, principe de souveraineté et conflits de jurisdictions, thèse paris, L.G.D.J. 1999

48- **Paul GRAULICH**, Principe de droit international privé, librairie, Dalloz, 1961

49- **Paul Lerebours – Pigeonniere**, Precis de droit international privé, ed 1973, Paris

50- **PIERRE LALIVE,** Tendances et méthods en droit international privé, R.C.A.D.I, 1997- 11

51- **Pillebout** (**F.**), contrat de marriage, 1 ed, J.C.P., 1993

52- **POMMIER** (**J.C.**), Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, paris, Economica, 1992

53- **Raymond de Gentile**, Volonte des epoux et role du juge dans la modification du regime matrimonial, J.C.P. 1973, I, 12558.

54- **Savigny** (**F.C.**), system des heutigen romischen Rechts, Berlin, Veit und comp. 1849.

55- **Th. Vignal**, Droit international privé, ARMAND COLIN, 2005

56- **Viboyet** (**J.P.**), Traité de droit international privé, V 1987, Paris

57- **Wautelet** (**P.**), Autonomie de la volonte et concurrence regulatoire – le cas des rélations familiales internationals, http://orbi.uliege.be/handle.

58- **Yvon LOUSSOUARN**, et Pierre BOUREL, Droit international privé, 7 édition, Dalloz, 2001 .