قواعد الإسناد الخاصة المصرية

«في مواد الأحوال الشخصية»

إعداد

د/مصطفى محمد مصطفى الباز

مدرس القانون الدولي الخاص

جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون

بالقاهرة

أولاً

المقدمة وخطة البحث

ما زالت قواعد الإسناد هى الاداة الفنية الغالبة فى حل مشكلة تنازع القوانين ــ حتى اليوم ــ على الرغم من وجود وسائل أخرى بجوارها كالقواعد الموضوعية ، والاعتماد على فكرة الإقليمية بصورة ما ... الخ .

وتقوم منهجية تلك القواعد على اختيار القانون الأكثر صلة بالنزاع أو اختيار القانون الأكثر ملاءمة لفض النزاع بناء على معايير وضوابط معينة تعتمد عليها تلك القواعد ، يستوى فى ذلك أن ينعقد الاختصاص وفقا لهذه القواعد للقانون الوطنى ، أو القانون الأجنبى .

تلك هى قواعد الإسناد بحسب الأصل ــ العامة ــ إلا أنه توجد نوعية من قواعد الإسناد تقوم فى منهجيتها على عقد الاختصاص للقانون الوطنى وحده وذلك لوجود اعتبارات وظروف معينة ودوافع تدعو إلى ذلك .

وتلعب تلك القواعد الأخيرة دوراً بارزاً فى حل مشكلة تنازع القوانين عامة ويظهر دورها فى مجال الأحوال الشخصية بصورة أوضح وأكثر من غيرها .. إزاء ذلك وغيره ــ ارتأى الباحث ــ إلقاء الضوء عليها . فكانت تلك النقطة البحثية تحت العنوان الآتى : " قواعد الإسناد الخاصة المصرية فى مواد الأحوال الشخصية " .

ومما يجب ملاحظته أن تلك القواعد فى الغالب منصوص عليها فى القوانين والتشريعات ، وبعضها قواعد فقهية تعارف الفقه القانونى على العمل والأخذ بها بجوار تلك القواعد التشريعية .

وقد اعتمد الباحث إزاء ذلك على المنهج الوصفى وحصر تلك القواعد فى دائرة الأحوال الشخصية وتقديمها بصورة تتناسب مع حجمها ودورها الفنى فى حل مشكلة تنازع القوانين.

ويقترح الباحث خطة للدراسة تتكون من : مقدمة ومطلبين وخاتمة على النحو الآتى :

أولا : المقدمة وخطة البحث .

ثانيا : **المطلب الأول** : الإطار الفقهى لقواعد الإسناد الخاصة .

تقديم وتقسيم :

الفرع الأول : التعريف بقواعد الإسناد الخاصة وأوصافها وفيه : تقسيم :

الغصن الأول : ماهية قواعد الإسناد الخاصة .

الغصن الثانى : أوصاف قواعد الإسناد الخاصة . وفيه مسألتين : تمهيد :

المسألة الأولى : الأوصاف العامة لقواعد الإسناد بنوعيها.

المسألة الثانية : الأوصاف الذاتية لقواعد الإسناد الخاصة .

الغصن الثالث : تمييز قواعد الإسناد الخاصة عن القواعد ذات التطبيق الضرورى .

الفرع الثانى : مبررات الأخذ بقواعد الإسناد الخاصة .

تقسيم :

الغصن الأول : القضاء على التحايل على القانون .

الغصن الثانى : سلامة واستقرار المعاملات الدولية .

الغصن الثالث : حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية الوطنية .

الغصن الرابع : سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها .

ثالثا : المطلب الثانى : الإطار التطبيقى الوطنى لقواعد الإسناد الخاصة فى مواد الأحوال الشخصية .

تقديم وتقسيم .... وفيه

***الفرع الأول : قواعد الإسناد الخاصة فى نطاق الأشخاص الطبيعيين .**

تقسيم ..... وفيه

الغصن الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الظاهرة .

الغصن الثانى : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية .

الغصن الثالث : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الخاصة .

****الفرع الثانى : قاعدة الإسناد الخاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة .**

تقسيم ..... وفيه .

الغصن الأول : النص التشريعى والغاية منه .

الغصن الثانى : مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها .

الغصن الثالث : ضوابط اعمال القاعدة .

الغصن الرابع : موقف الفقه القانونى من القاعدة [1] وبعض التوصيات .

خامسا : قائمة بالمراجع والفهرس .

وفى الختام أسأل الله تعالى التوفيق والسداد والصفح عن الأخطاء والزلات وحسبى حسن القصد وصدق النية .

[1] فى كل غصن من أغصان الدراسة تقسيمات أخرى مشار إليها فى حينها

ثانيا

المطلب الاول

الإطار الفقهى لقواعد الإسناد الخاصة

تقديم وتقسيم :

إن المتأمل فى قواعد الإسناد باعتبارها الأداة الفنية والوسيلة الأكثر شيوعا لحل مشكلة تنازع القوانين يلحظ انها تعمد إلى اختيار القانون الأنسب والأكثر صلة بالنزاع سواء كان هذا القانون هو القانون الوطنى أم قانون أجنبى ، ومثل هذه القواعد يطلق عليها قواعد الإسناد العامة ، كما أنها المراد عند إطلاق لفظ قواعد الإسناد . ومن يدقق النظر فى قواعد الإسناد يمكنه أن يدرك نوعا منها يعمد إلى عقد الاختصاص للقانون الوطنى وحده وذلك للعديد من الاعتبارات والمبررات ، وهذه يطلق عليها قواعد الإسناد الخاصة ، والتساؤل الذى يطرح نفسه الان ما هى تلك القواعد وما خصائصها ؟ ، وهل تختلف أم تتفق مع قواعد الإسناد العامة ؟ ، وما الفرق بينها وبين القواعد ذات التطبيق الضرورى ؟.

هذا ما تجيب عليه الصفحات الآتية . وذلك على النحو الآتى :

الفرع الأول : التعريف بقواعد الإسناد الخاصة وأوصافها .

الفرع الثانى : مبررات الأخذ بقواعد الإسناد الخاصة .

الفرع الأول

التعريف بقواعد الإسناد الخاصة وأوصافها

تقسيم :

تعمل قاعدة الإسناد الخاصة بمنهجية معينة تقوم على عقد الاختصاص للقانون الوطنى باعتباره قانون واجب التطبيق على

العلاقة القانونية المشتملة على عنصر اجنبى ، وعليه يتعين على القاضى إعمالها وعدم تجاوزها إلى غيرها . مما يظهر معه عدم حيادية تلك القواعد .... الخ .

الأمر الذى يتطلب الوقوف على ماهية تلك القواعد وأوصافها المختلفة ، حيث تشارك قواعد الإسناد العامة مجموعة من الخصائص والأوصاف وتنفرد بأوصاف ذاتية خاصة بها تتناسب مع طبيعتها ومنهجيتها فى العمل . وهذا ما يحاول الباحث الوقوف عليه فى الصفحات الآتية ، وذلك على النحو الآتى :

الفصل الأول : ماهية قاعدة الإسناد الخاصة .

الفصل الثانى : أوصاف قاعدة الإسناد الخاصة .

الفصل الثالث : تمييز قواعد الإسناد الخاصة عن القواعد ذات التطبيق الضرورى .

الفصل الأول

ماهية قاعدة الإسناد الخاصة

إن قواعد الإسناد عامة هى الأداة الفنية والتى بموجبها يتم اختيار أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة بالعلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبى . فهى قواعد وضعية ذات طبيعة فنية تسرى على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفى أكثر

القوانين مناسبة وملاءمة لتنظيم تلك العلاقات ، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها [١].

ومن يدقق النظر فى منهجيه قواعد الإسناد يمكنه أن يلحظ أمرين :

الأول : قواعد تقوم فى منهجيتها على تحديد نطاق تطبيق القانون الوطنى وفى نفس الوقت تحدد نطاق تطبيق القانون الأجنبى فى إقليم الدولة . فهذه القواعد تختار القانون الملائم لفض النزاع دون أن تهتم بكونه قانون وطنى أو قانون أجنبى ، وتلك قواعد الإسناد العامة .

الثانى : قواعد تقوم فى منهجيتها على تحديد نطاق تطبيق القانون الوطنى وحده بصرف النظر عن كون العلاقة وطنية خالصة أو كونها مشتملة على عنصر أجنبى فهو قواعد مفردة أو أحادية وتلك القواعد يمكن تسميتها بقواعد الإسناد الخاصة .

على أنه يقصد بقواعد الإسناد الخاصة تلك القواعد التى تكتفى ببيان حالات : إختصاص قانون القاضى دون أن تشير إلى الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبى [٢].

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم جـ٢ص ٢١ .

(٢) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية د/ هشام على صادق ط سنة ٢٠٠١ دار الفكر الجامعى ص٥٩٨ ، علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم ص١٠٧ .

فالواقع أن قاعدة الإسناد الخاصة ـ مفردة الجانب ـ لا تهتم إلا بتحديد حالات تطبيق قانون القاضى فهى تعكس روح المحاباة لهذا القانون وهى محاباة مبررة ولها دوافعها المقبولة.

ولا مراء فى أن قواعد الإسناد الخاصة لها دور لا يستهان به فى خصوص تنازع القوانين ولقد عمدت العديد من التشريعات إلى الأخذ بها ومن قبيل تلك التشريعات .

ما جاء فى المادة الثالثة الفقرة ثالثا من القانون المدنى الفرنسى والتى تقضى بأن " القوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسى ولو كان مقيما فى بلد أجنبى".

فهذه القاعدة والتى تضمنتها الفقرة السابقة تحدد مجال تطبيق القانون الفرنسى ولا تبين مجال تطبيق القانون الأجنبى،

ـ ما عليه العمل فى المادة ٢/١١ مدنى مصر حيث ذكرت ما يلى : أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى ، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى [1].

ـ والمتأمل فى عَجُزْ الفقرة الثانية من المادة الحادية عشر من القانون المدنى المصرى يقف على قاعدة إسناد خاصة

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

مفادها عقد الاختصاص للقانون المصرى وحده بشأن تنظيم المركز القانونى للأشخاص الاعتبارية المنصوص عليها وفى نفس الوقت لم تفصل فى النزاع مباشرة ، كما أنها ملزمة لا يجوز للقاضى تجاهلها وإلا نعى على حكمه بالخطأ ... مما مفاده أن تلك القواعد لها من الأوصاف ما لغيرها ـ قواعد الإسناد العامة ـ ، وفى نفس الوقت لها أوصاف ذاتية خاصة بها ، وهذا ما نتناوله فى الغصن التالى :

الغصن الثانى

أوصاف قاعدة الإسناد الخاصة

تمهيد :

تشارك قاعدة الإسناد الخاصة قواعد الإسناد العامة فى مجموعة الأوصاف والخصائص فكلتاهما قواعد وضعية من صنع المشرع الوطنى ، كما أنها قواعد إرشادية ، وقواعد غير محددة المضمون ، وكلتاهما قواعد ملزمة . وفى ذات الوقت لقواعد الإسناد الخاصة عدة أوصاف ذاتية خاصة بها تتناسب مع طبيعتها ومنهجيتها فى العمل فهى قواعد غير محايدة ، كما أنها قواعد أحادية الجانب .

ومن جماع تلك الأوصاف يظهر الفرق بين قواعد الإسناد الخاصة ، والقواعد ذات التطبيق الضرورى .

وعلى ذلك فإن خطة الدراسة تتجلى على النحو الآتى :

المسألة الأولى : الأوصاف العامة لقواعد الإسناد بنوعيها.

المسألة الثانية : الأوصاف الذاتية لقواعد الإسناد الخاصة .

المسألة الأولى

الأوصاف العامة لقواعد الإسناد بنوعيها

استهلال :

تتلاقى قاعدة الإسناد العامة والخاصة فى مجموعة من الأوصاف والخصائص تجمع بينهما : فهما قواعد وطنية ، غير مباشرة ، غير محددة المضمون ، وأخيراً هما قواعد ملزمة ، هذا فضلا بطبيعة الحال عن إتصاف قاعدتى التنازع بالأوصاف المألوفة للقاعدة القانونية عموما كقاعدة عامة تنظم السلوك الظاهرى ــ الاجتماعى ــ وفيما يلى بيان تلك الأوصاف على النحو الآتى :

الأمر الأول

قواعد الإسناد قواعد وطنية خالصة

لما كان موضوع العلاقات الدولية الخاصة هو تنظيم العلاقات القانونية ذات الطبيعة الدولية فإنه من المناسب أن تكون الأداة المعنية باختيار أفضل وأنسب القوانين المتزاحمة ذات طبيعة وصبغة دولية ، وهذا يتطلب وجود سلطة عليا فى المجتمع الدولى تسند إليها مهمة تحديد قواعد الإسناد .

لكن لما كان المجتمع الدولى تعوزه وجود تلك السلطة العالمية التى تعمل على تنظيم تلك المسائل من الأنظمة القانونية

للدول المختلفة ، أو يفتقر إلى وضع قواعد موحدة تسرى داخل تلك النظم [1] هذا أمر .

امر ثان : على فرض وجود تلك الجهه فإن ما تضعه من قواعد عادة ما يكون جزئياً بين عدة دول فقط ولم تصل بعد إلى أن تكون قواعد شاملة وعامة .

أمر ثالث : وهو أن واقع المعاملات الدولية ينبئ عن وجود علاقات قانونية دولية باضطراد نظراً للعديد من الأسباب لعل من أهمها التقدم الهائل فى وسائل الاتصالات بين الدول ، تشابك المصالح الدولية وتعقدها ... الخ . ومن البداهة ضرورة إيجاد تنظيم قانونى يحكم تلك النوعية من العلاقات ، فلا يعقل تركها بلا تنظيم قانونى .

إزاء ذلك وغيره ــ مما لا يتسع المقام لتناوله ــ وجد المجتمع الدولى نفسه مضطرا أمام واقع ألجئ إليه وهو استثناء المشرع الوطنى [2] الداخلى ــ فى الغالب ــ لكل دولة بتنظيم مسائل وموضوعات فى القانونى الدولى الخاص مما يُمكن معه

---

(١) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ــ تنازع القوانين ، المرافعات الدولية د/ أحمد عبد الكريم سلامة ط سنة ١٩٩٦ دار النهضة العربية ص٣٩ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ص٢٢ ، القانون الدولى الخاص د/ سعيد يوسف البستانى الطبعة الأولى ٢٠٠٤ منشورات الحلبى الحقوقية ص١٢٧ .

(٢) تنازع القوانين . دراسة مقارنة د/ عكاشة محمد عبد العال ط سنة ٢٠٠٢ دار المطبوعات الجامعية ص١١ .

القول بأن قواعد الإسناد وطنية بتوجهات دولية ، وهكذا فإن ولادة قواعد الإسناد ولادة وطنية من صنع المشرع الوطنى[1].

وتلك الولادة الوطنية لقواعد الإسناد ترجع فيما ترجع إلى كونها تقوم بتحديد السيادة التشريعية الوطنية فكل دولة لها نطاقها الإقليمى تمارس عليه سيادتها ويسرى فيه قانونها ...

ولا يعقل ترك تحديد تلك السيادة وهذا النطاق إلى مشرع دولة أجنبية ، لكن بالإمكان تطبيق قانون دولة أجنبية داخل هذا النطاق الإقليمى للدولة بموافقة مشرعها الوطنى[2].

وهذا الطابع الوطنى لقواعد الإسناد له إنعكاساته على موضوع الاختصاص التشريعى ، فمن ناحية تتفاوت الدول فى تبنى ضابط الإسناد بخصوص المسألة الواحدة فمثلا فى مسائل الأحوال الشخصية ، نجد بعض الدول تعمد إلى الأخذ بقانون الموطن كضابط للإسناد ، بينما تعمد دول أخرى إلى الأخذ بقانون الجنسية كضابط للإسناد ، مما يترتب عليه اختلاف فى الحلول القضائية ــ الأحكام ــ فى المسألة الواحدة من دولة

(١) القانون الدولى الخاص د/ سعيد البستانى ط ١ سنة ٢٠٠٤ منشورات الحلبى الحقوقية ص ١٢٧ .

(٢) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ــ مرجع سابق ص٣٥ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردى ط سنة ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص٥٢ ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص د/ هشام أحمد محمود عبد العال ط سنة ٢٠٠٢ دار النهضة العربية ص٥٣

أخرى وذلك حسبما يقرر القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية [1] كذلك يظهر الطابع الوطنى لقواعد الإسناد فى مسألة أخرى ذات صلة وهى متمثلة فيما تضعه الدولة من قيود على تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد ومن بين تلك القيود قيد النظام العام والذى يعد كما ذهب البعض [2] بأنه بمثابة شرطى الآداب الذى يطلق صفارته كلما تبين له أن قاعدة قانونية أجنبية قد تسللت خلسة إلى النظام القانونى الداخلى وتعارضت معه ، وحتى هذه اللحظة ما زالت فكرة النظام العام تنبع من مفاهيم وطنية بحتة مما يترتب عليه اختلافها من دولة لأخرى .

ــ على أنه يمكن التعرف على قاعدة الإسناد وذلك بالرجوع إلى مصادرها ، واهمها التشريع مثال ذلك ما عليه المشرع المصرى بدءاً من المادة ١١ حتى المادة ٢٥ مدنى مصرى قد تضمنت تلك المواد قواعد إسناد تحكم المنازعات الدولية الخاصة وتحدد القانون الذى ينظمها .

على أنه فى الأحوال التى ترد فيها قاعدة الإسناد فى معاهدة دولية فإن ذلك لا ينفى عنها صفة الوطنية ، إذ المعاهدة لابد لنفاذها من التصديق عليها وبمجرد وقوعه صارت جزءًا

(١) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٤٠ ، ٤١ ، القانون الدولى الخاص الليبى ــ الجزء الأول ، تنازع القوانين من حيث المكان د/ سالم أرجعيه الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩ ، المركز القومى للبحوث والدراسات العلمية طرابلس ص٥٩ .

(٢) د/ سالم أرجعية . القانون الدولى الخاص الليبى ــ مرجع سابق ص٥٩

من قانون الدولة الداخلى [1].

وفى الختام ننوه إلى أن وطنية قواعد الإسناد صفة متوافرة فى نوعى قواعد الإسناد العامة والخاصة على حد سواء ، كما أنه لا يلزم من ذلك بالضرورة اختلاف تلك القواعد من دولة لأخرى فقد يحدث إتحاد الحلول التى تأخذ بها الدول ، حيث إن الفكر القانونى ليس حبيس حدود الدولة فهو ينتقل منها إلى غيرها [2].

الأمر الثانى

قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة

(قواعد إرشادية)

تواترت كتابات الشراح على وصف قاعدة الإسناد - بالخصوص - بكونها قواعد غير مباشرة ، ويقصد بذلك أنها لا تفصل فى موضوع النزاع مباشرة وإنما يقتصر دورها الفنى على تحديد القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة والذى تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائى للمنازعة ذات الطابع الدولى [3] ومن هنا فهى قواعد غير مباشرة - قواعد إرشادية،

---

(١) القانون الدولى الخاص الليبى د/ سالم أرجعية ص٢٧ .

(٢) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله - الجزء الثانى ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين - الطبعة الثامنة سنة ١٩٧٧ - دار النهضة العربية ص٦٤ .

(٣) تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية د/ فؤاد رياض ، د/ محمد خالد الترجمان ط سنة ١٩٩٨ /١٩٩٩ ص٢٩ ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ فؤاد رياض ،===

وهى بذلك تختلف عن غيرها من القواعد الموضوعية العادية ، حيث تقوم هذه القواعد الأخيرة باعطاء مركز واقعى معين الصفة القانونية بترتيب أثاراً قانونية عليه ، أما قاعدة الإسناد فهى وإن كانت تتناول مراكز واقعية - أو روابط - معينة إلا أنها لا ترتب بذاتها آثاراً قانونية عليها .

فمثلا القاعدة التى تقرر ان سن الرشد إحدى وعشرون سنة تعتبر قاعدة مباشرة تتضمن حلاً للنزاع وذلك فيما لو ثار نزاع

=== سامية راشد ، الجزء الثانى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ط سنة ١٩٩٢ دار النهضة العربية ص٢٩ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق الطبعة الثانية منشأة المعارف ص١١ ، القانون الدولى الخاص الكتاب الأول - مركز الأجانب وتنازع القوانين د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سنة ١٩٩٢ ص٣٧٠ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين ط سنة ٢٠٠٢ ص١٦٠ دار النهضة العربية ، القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم سلامة جـ٢ مرجع سابق ص٥٤ ومؤلفه علم قاعدة التنازع مرجع سابق ص٩٨ ، ١٠١ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ط سنة ٢٠٠٢ دار المطبوعات الجامعية ص١٣ ، مبادئ القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين د/ ماهر إبراهيم السداوى ط سنة ١٩٨١ ص٤٢ ومؤلفه القانون الدولى الخاص الجزء الأول ، تنازع القوانين ط دار قاسم للطباعة سنة ١٩٩٧ ص٩٦ ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى - تنازع القوانين - الاختصاص القضائى الدولى ص٢٠ ط سنة ١٩٩٠م ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردى ط سنة ٢٠٠٥ دار النهضة العربية ص٥٣ ، القانون الدولى الخاص د/ سعيد يوسف البستانى الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤ ، منشورات الحلبى الحقوقية ص١٢٢ .

حول مدى صحة التعاقد الذى أجراه شخص وطنى ثم تمسك بقابليته للإبطال بسبب نقص أهليته .

أما إذا كان الشخص أجنبيا فإنه لا يتم الرجوع إلى تلك القاعدة المباشرة ، وإنما يتعين الرجوع إلى قاعدة غير مباشرة ـ الإسناد ـ والتى تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسألة الأهلية ، وبناء على هذا القانون يتم حل النزاع وإعطاء الحكم فى المسألة .

وتختلف قواعد الإسناد عن غيرها من القواعد التى تنظم باقى موضوعات القانون الدولى الخاص .

فمثلا قواعد قانون الجنسية تهتم بتحديد من هم وطنى الدولة ومن هم رعاياها وهى تقوم بذلك بصفة مباشرة ، ولكنها لا تقوم بالإشارة إلى القانون الذى يتكفل بهذا الأمر .

وكذلك قواعد الاختصاص القضائى الدولى تهتم بتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات الخاصة الدولية ، وهى تقوم بذلك بصفة مباشرة وكذلك الحال فى القواعد المنظمة لمركز الأجانب ، حيث تقوم وبصفة مباشرة بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب داخل إقليم الدولة وكذلك الالتزامات والواجبات الملقاة عليهم طيلة إقامتهم فى إقليمها [1].

---

(١) الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ، ص٣٠ ، الوجيز فى القانون الدولى الخاص د/ عوض الله شيبة الحمد الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧ دار النهضة العربية ص٣٣٦ ، تنازع القوانين==

ـ لكن رغم هذا الاختلاف فى طبيعة قواعد الإسناد ، وباقى القواعد المنظمة لموضوعات القانون الدولى الخاص ، فإن ذلك لا يمنع الاستعانة بفكرة القواعد غير المباشرة ـ الملازمة لقواعد الإسناد ـ فى بعض موضوعات القانون الدولى الخاص .

ـ ففى مجال مركز الأجانب نجد أنه عندما يعلن المشرع الوطنى تمتع الأجنبى بالحقوق داخل إقليم دولته على مبدأ التبادل ، فإن تحديد ما يتمتع به الأجنبى من حقوق إنما يتم بالرجوع إلى قانون الدولة الأجنبية والذى يبين مدى الحقوق التى تمنح لرعايا دولة المشرع الوطنى ، فى إقليم الدولة الأجنبية .

ـ وفى قواعد الاختصاص القضائى الدولى نجد أنه عندما يعلق المشرع الوطنى إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل إقليم الدولة على مبدأ التبادل فإنه يتعين على القاضى الوطنى قبل الشروع فى تنفيذ الحكم الأجنبى ، الرجوع إلى القانون الأجنبى لمعرفة مدى سماحه بتنفيذ الحكم الصادر منه [1].

==وتنازع الاختصالص القضائى الدولى د/ محمد المبروك اللافى ط سنة ٢٠٠٠ ـ الجامعة المفتوحة ـ طرابلس ص٥٣ .

(١) p _ cheshire _ private international law 3 rd _ ed 1948 _ p _ 7 _

ـ على أن انفراد ـ بحسب الأصل ـ قواعد الإسناد بصفة القواعد غير المباشرة قد شبهها بعض الفقه [1] " بمكتب استعلامات السكك الحديدية ـ حيث يقتصر دوره على مجرد الإشارة إلى رصيف القطار الذى سنسافر فيه فهو يرشدنا إلى الوجهة التى نريدها .

وتلك الصفة الإرشادية تتوافر فى نوعى قواعد الإسناد العامة والخاصة على حد سواء .

الأمر الثالث

قواعد الإسناد غير محددة المضمون

القاعدة القانونية ـ بحسب الأصل ـ تنتهى دائما إلى نتيجة محددة أى تنتهى إلى حكم موضوعى فى النزاع فمثلا لو ثار نزاع بين وطنيين بصدد علاقة بيع فإن معرفة الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف عقد البيع يمكن الوقوف عليها من خلال تطبيق القواعد القانونية المنظمة لعقد البيع ، وستنتهى تلك القواعد إلى التزام البائع بتسليم الشئ المبيع ، التزام المشترى بدفع الثمن ... الخ .

فهذه القواعد ـ وغيرها ـ تتضمن حكمًا موضوعيًا فهى قواعد محددة المضمون اما بخصوص قواعد الإسناد فهى عكس ذلك تماماً فهى لا تعطى حلاً ـ حكما موضوعياً ـ

---

(1) P _ Arminjon _ precis de droit international prive tom I ed 3 _ 1947 _ p _ 32 _ no _ 7 .

نهائيا للنزاع ، بل يقتصر دورها عن طريق ضابط الإسناد ـ ظرف الإسناد ـ والذى يرتبط بمركز الثقل [1] فى العلاقة الدولية الخاصة فى تحديد أى القوانين المتزاحمة أفضل وأنسب لحكم المنازعة والفصل فيه بناءً على ما تضمنه من أحكام .

الأمر الذى يترتب عليه بداهة اختلاف نتيجة تطبيق تلك القواعد من حالة لأخرى رغم تعلقها بذات الموضوع .

فمثلا ـ لو ثار نزاع دولى بشأن الأهلية فإن القاعدة التى تحكمه خضوع اهلية الشخص لقانون جنسيته ، ومتى كان مصرياً فإن القانون المصرى هو الواجب التطبيق ، ومتى كان فرنسياً فإن القانون الفرنسى هو الواجب التطبيق ... الخ .

وعليه فإنه من المتصور اختلاف النتيجة الموضوعية فى كلا القوانين . اما قاعدة الإسناد فهى واحدة إلا انها لم تات بحكم موضوعى ، نظراً لكونها غير محددة المضمون ، ولم تفصل فى النزاع بصفة نهائية ولعل ذلك صفة خاصة بقواعد الإسناد سواء العامة منها أو الخاصة .

---

(1) الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ص٣٠ / ٣١ ، القانون الدولى الخاص وتنازع القوانين الكتاب الأول د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص٩٤ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر السداوى ص٤٢ ومؤلفه ـ القانون الدولى الخاص جـ١ تنازع القوانين ط سنة ١٩٧٩ ص٩٧ ، القانون الدولى الخاص ـ د/ هشام أحمد محمود عبد العال ـ ص٦٢ .

الأمر الرابع

قواعد الإسناد قواعد ملزمة

فى المنازعات الوطنية الخالصة يقوم القاضى بتطبيق القانون من تلقاء نفسه ، وحيث إن قواعد الإسناد قواعد قانونية وطنية خالصة ذات مهمة محددة فهل يلزم القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه أم لا ؟

ـ قبل الإجابة على هذا التساؤل فإنه مما يجب التنويه إليه أن الحديث عن تلك الجزئية بالتحديد قد اختلط وامتزج ـ لدى البعض ـ بجزئية أخرى وهى مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ، ويرى الباحث أن هاتين الجزئيتين كل واحدة منهما تعتبر مشكلة قائمة بذاتها وينبغى الفصل بينهما فمشكلة مدى إلزام القاضى الوطنى بتطبيق قاعدة الإسناد تأتى فى مرحلة أولى وسابقة ويتعين حسمها بالنسبة للمنازعات الدولية الخاصة ثم تليها من حيث الترتيب مشكلة المركز القانونى للقانون الأجنبى ، والذى أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد .

وعليه فإن هاتين المشكلتين تثيران تساؤلين ـ مرتبين ـ على النحو الآتى :

١ ـ هل القاضى ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد شأنها شأن القواعد الموضوعية المقررة فى قانون الوطنى أم لا ؟ .

٢ ـ هل القاضى ملزم بتطبيق القانون الأجنبى الذى أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد أم لا ؟ .

والكلام هنا يدور حول التساؤل الأول فقط ، وقد تعددت الاتجاهات الفقهية والتطبيقات القضائية فى هذا الخصوص ، وبعد رصدها وتصنيفها امكن للباحث تناولها فى اتجاهين رئيسيين ثم نُرِدف ذلك ببيان موقف القضاء المصرى وذلك على النحو الآتى :

أولاً : **الاتجاه الأول : قاعدة الإسناد قاعدة غير ملزمة .**

ثانياً : **الاتجاه الثانى : قاعدة الإسناد قاعدة ملزمة .**

ثالثاً : **موقف القضاء المصرى .**

أولاً : الاتجاه الأول

قاعدة الإسناد قاعدة غير ملزمة

ـ مضمون هذا الاتجاه :

إن قاعدة الإسناد العامة منها والخاصة غير ملزمة ولا يجوز للقاضى الوطنى تطبيقها من تلقاء نفسه ، مما يترتب عليه عدم جواز تمسك الخصوم بتطبيقها أمام محكمة النقض لأول مرة ، لأنه لا يجوز إبداء طلبات أو دفوع لأول مرة أمام تلك المحكمة حيث إن ذلك لا يعتبر إبداءً لحجة قانونية [1].

---

(١) فى الإشارة إلى ذلك راجع :
الوسيط فى القانون الدولى الخاص ـ د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد مرجع سابق ص٤٥ ، ٥١ ، تنازع القوانين د/ فؤاد رياض ، د/ محمد

ـ مبررات هذا الاتجاه :

يستند هذا الاتجاه فيما ذهب إليه إلى عدة مبررات ويمكن تناول تلك المبررات فيما يلى :

أولاً : قاعدة الإسناد ليست قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح :

إن القاعدة القانونية فى معناها الصحيح هى تلك القاعدة التى تهدف إلى إقامة النظام فى المجتمع وتقويم سلوك الأفراد عن طريق أحكام سلوكية للأفراد ، وتقترن بجزاء يُوقع على من يخالفها ، ويتعين على الأفراد إحترامها والخضوع لها ، ويتعين على القاضى تطبيقها .

أما قاعدة الإسناد فليست قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، فهى لم تتضمن أحكام سلوكية للأفراد ولا تهدف إلى إقامة النظام فى المجتمع وليس موضوعها تأكيد أو إنكار الحق المتنازع عليه ، إنما تهدف إلى تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة ، فهى ليست ملزمة ولا يلزم القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه [1].

ثانياً : عدم الحاجة إلى قاعدة الإسناد :

خالد الترجمان مرجع سابق ص٤٥ ، ٤٧ ، ٥١ ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص٤٤ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ـ مرجع سابق == ==ص٢٩٧ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر إبراهيم السداوى ـ مرجع سابق ص ٩٥ .

(١) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٤٤ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ط ٣ ص٢٥٧ .

قاعدة الإسناد لا تقدم حلا موضوعيا للنزاع ، كما أن الحل الموضوعى فى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد قد لا يكون أفضل الحلول القانونية كما أن العديد من الصعوبات قد تكتنف الوقوف على القانون الاجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد ، وفى الوقت الذى يقدم فيه القانون الوطنى حلاً موضوعياً للنزاع .

وكون القاضى أكثر علما بالأحكام القانونية المقررة فيه بدرجة تفوق بكثير معرفته بالقانون الأجنبى ، ولا صعوبات تذكر فى الوقوف على أحكام القانون الوطنى على عكس القانون الأجنبى [1] ، مما يمكن معه القول بعدم الحاجة إلى قاعدة الإسناد وعليه فإنها غير ملزمة .

ثالثاً : تطابق أحكام القانون الأجنبى مع أحكام القانون الوطنى:

إن الأحكام المقررة فى القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد تتطابق بحسب الأصل مع الأحكام المقررة فى القانون الوطنى وتتماثل معها وعليه فإن القانون الأخير يصلح للفصل فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى .

لكن إذا ما أثبت الخصوم اختلاف الأحكام الموضوعية فى كلا القانونيين فإنه يمكن للقاضى ان يرجع إلى قاعدة الإسناد مطبقاً إياها وإذا عجز الخصوم عن إثبات ذلك فإنه يتعين إهمال قاعدة الإسناد الوطنية من الناحية الفعلية وتطبيق الأحكام

---

(١) علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً د/ أحمد عبد الكريم سلامة الطبعة الأولى مكتبة الجلاء الجديدة ص٧٨ .

الموضوعية فى القانون الوطنى نظرا لتطابقها مع الأحكام المقررة فى القانون الأجنبى [1] وحينئذ يكون القاضى غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد .

رابعا : قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام :

إن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام خاصة فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى [2] وعليه فإنه لا يتعين على القاضى إعمالها من تلقاء نفسه ولا يُنعى على حكمه بالبطلان إذا لم يطبق تلك القواعد ، ويتعين لإعمالها تمسك الخصوم بذلك وعليه فإنها قواعد غير ملزمة .

اما إذا تعلقت قواعد الإسناد بمسالة من النظام العام الداخلى فإنها ملزمة وتعين على القاضى إعمالها من تلقاء نفسه ، نظراً لكونها ملزمة .

ثانياً : الاتجاه الثانى

قواعد الإسناد قواعد ملزمة

ـ مضمون هذا الاتجاه :

قاعدة الإسناد قاعدة ملزمة ، ويتعين على القاضى تطبيقها من تلقاء نفسه سواء تمسك الخصوم بذلك أم لا ، ومن ثم يمكن

(١) الوسيط د/ فؤاد رياض ص٤٦ ، د/ سامية راشد ، وهو بصدد بيان موقف القضاء الإنجليزى ، علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم ـ ص٧٨ .

(٢) الوسيط د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد مرجع سابق ـ ص ٤٧ وهو بصدد بيان موقف القضاء الفرنسى .

التمسك بها أمام محكمة النقض لأول مرة ، حيث إن ذلك يُعَدُّ إبداء لحجة قانونية ، وهذا ما عليه الفقه القانونى فى العصر الحديث بل يكاد يكون هذا الاتجاه مجمعاً عليه [1].

ـ مبررات هذا الاتجاه :

لقد تعددت مبررات هذا الاتجاه للتدليل على إلزامية قواعد الإسناد ويمكن تناولها فيما يأتى :

أولا : قواعد الإسناد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح :

تعتبر قواعد الإسناد قواعد قانونية بالمعنى السليم فهى قواعد ذات طبيعة وهدف محدد من قبل المشرع واضع تلك القواعد وهو اختيار القانون الملائم والمناسب لحكم العلاقة محل النزاع.

(١) فى الإشارة إلى ذلك راجع : القانون الدولى الخاص د / عز الدين عبد الله ط ٦ ص ٥٧٨ ، ط ٨ ص ٥٨٧ ، أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمى ط ٢ ص١٤ ، وبحثه رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى ـ منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ العدد الثالث ص٤٧ ، ص٥٢ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ط ٢ ص٢٥٨ ، القانون الدولى الخاص جـ٢ د/ أحمد عبد الكريم سلامة ص٤٥ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص٣٠٠ ، الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى ط سنة ١٩٩٠ ص٢٠ ، دور الإرادة الفردية فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية د/ محمد حمدى بهنسى بحث منشور فى المجلة القانونية الاقتصادية ـ كلية الحقوق جامعة الزقازيق العدد ١٥ سنة ٢٠٠٣ ص ١٥٦،١٥١،٩٩ .

كما أنها قواعد تؤدى فى النهاية إلى تحقيق الاستقرار القانونى للعلاقة ذات الطبيعة الدولية .

كما أنها قواعد من ضمن قواعد القانون الداخلى فهى قواعد وطنية خالصة من صنع المشرع الوطنى ، والذى يتكفل ببيان وتقنين الأحكام المختلفة فى هذا الشأن [1].

ويمكن لقائل أن يقول أن قواعد الإسناد الملزمة تلك القواعد المقررة بنصوص تشريعية دون القواعد غير المنصوص عليها .

والجواب على هذا القول ميسور . صحيح إن القواعد المنصوص عليها فى تشريع داخلى أو معاهدة تم التصديق عليها قواعد ملزمة كذلك الأمر فى حق القواعد المستمدة والتى مصدرها غير تشريعى كتلك القواعد المستمدة من أحكام القضاء وأقوال الفقهاء ، والمبادئ المسلمة فى القانون الدولى الخاص ، وذلك استنادا إلى ما أورده المشرع المصرى فى المادة ٢٤ مدنى حيث ذكرت " تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص " [2].

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ط سنة ١٩٥٦ ــ المطبعة العالمية ص٣٣ ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة ــ ص٤٩ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ص٤٥ ، ومؤلفه علم قاعدة التنازع ص٧٩ .

(٢) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

وعلى ذلك فقواعد الإسناد قواعد قانونية بالمفهوم الصحيح فهى ذات هدف وتحقق الحل النهائى للنزاع ، وجزء من القانون الداخلى ..

فتعين على القاضى إعمالها والالتزام بها وتطبيقها من تلقاء نفسه [1].

غير أن إلتزام القاضى بإعمال وتطبيق قاعدة الإسناد يختلف مداه بحسب ما إذا كانت القاعدة آمرة أم مكملة ــ مفسرة ــ فالآمرة يلتزم القاضى بتطبيقها فى جميع الأحوال والحالات .

أما القواعد المكملة فإنه يجوز للأفراد استبعادها صراحة ، وحينئذ يكون القاضى فى حلٍ من تطبيق هذه القواعد .

ولكن بعض الفقه [2] رد ذلك قائلاً بأنه يتضمن خلطاً غير جائز بين أمرين :

الأمر الأول : صفة الإلزام فى القاعدة القانونية .

الأمر الثانى : كون القاعدة القانونية آمرة ــ أو مكملة ــ .

فصفة الإلزام قائمة فى كل القواعد القانونية سواء الآمرة منها أو المكملة غاية ما هنالك أن المشرع ترك للأفراد تحديد

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ط ٨ص٥٨٧ .

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة ــ فى مؤلفه علم قاعدة التنازع ص٨٠ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ــ ص٤٦ ، ومؤلفه مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ص٤٧ .

نطاق تطبيق القواعد المكملة فقط دون أن يُفقدها ذلك صفة الإلزام ، آية ذلك أن الأفراد إذا لم يتدخلوا فى نطاق تطبيقها فإنها تكون واجبة التطبيق وملزمة .

ثانياً : قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام :

إن الاعتبارات التى يعتد بها المشرع عند صياغته لقواعد الإسناد تتصل بالسياسة التشريعية وهى اعتبارات تتعلق بصميم النظام العام [1] سواء أدت إلى تطبيق القانون الوطنى أم الأجنبى . إلا أن بعض الفقه [2] ذهب إلى القول بأن قواعد الإسناد التى تؤدى إلى تطبيق قانون أجنبى لا تتعلق بالنظام العام وبالتالى القاضى غير ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه .

لكن هذا الرأى منتقد من ناحيتين :

الأولى : مثل هذا القول من شأنه تمكين الخصوم من التحايل على القانون الواجب التطبيق ، فهم يستطيعون اختيار المحكمة التى يعلمون مقدماً أنها ستطبق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسها أو اختيار المحكمة التى تهمل قاعدة الإسناد ، وذلك وفقاً لما تمليه مصالحهم فى كل حالة ، وهذا ما جعل الفقيه الفرنسى باتيفول يعدل عن رأيه بعدما تنبه إلى ذلك . **الثانية** : هذا القول

---

(١) أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمى ص١٤ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ط ٣ ص٢٥٩ .

(٢) p _ BatiffoL _ traite` e`le`mentaire de droit international prive _ ed3 _ p 391 _ et _ p _ 404

أقام تفرقة لا معنى لها بين نوعين من قاعدة الإسناد ـ فالقاعدة التى تؤدى إلى تطبيق القانون الوطنى متعلقة بالنظام العام أما التى تؤدى إلى تطبيق قانون أجنبى غير متعلقة بالنظام العام ـ لأن الأمر فى الحالتين واحد فكلاهما قواعد صادرة عن المشرع الوطنى ، ويُلزم القاضى الوطنى بتطبيقها [1].

والمشرع حين عقد الاختصاص للقانون الأجنبى فإن ذلك يرجع لاعتبارات تتصل بالسياسة التشريعية وهى اعتبارات تتعلق بالنظام العام فضلاً عن أنه يتعين النظر إلى قاعدة الإسناد نفسها وليس إلى ما قد تؤدى إليه من تطبيق قانون وطنى أو أجنبى .

ثالثاً : قواعد الإسناد تحدد مجال تطبيق القوانين المتنازعة واختيار أكثرها عدالة لحل النزاع :

إن تنازع القوانين فى حقيقته تنازع بين السيادات ووظيفة قواعد الإسناد حسم هذا التنازع عن طريق بيان نطاق تطبيق القوانين المتنازعة ومن ثم يتعين على القاضى إعمال تلك القواعد من تلقاء نفسه فى جميع الحالات لأن مخالفته ذلك ينطوى على إنتهاك لسيادة دولته التشريعية وسيادة الدول

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم سلامة جـ٢ مرجع سابق ص٤٦ .

الأخرى [1] فعدم تطبيقه لقاعدة الإسناد قد يُطبق قانوناً أجنبياً فى حين إن القانون الوطنى الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية ، كما قد يحدث العكس بأن يطبق القانون الوطنى على غير إرادة مشرعه حين عقد الاختصاص للقانون الأجنبى بموجب قواعد الإسناد ، وعليه يتعين على القاضى التزام سيادة دولته التشريعية وسيادة غيرها من الدول بأن يلتزم بإعمال قاعدة الإسناد . **هذا أمر** .

أمر آخر : وهو أن قاعدة الإسناد تهدف إلى تحقيق أكبر قسط من العدالة للأفراد فى المنازعات الدولية الخاصة باختيار أكثر القوانين صلة بالنزاع وصولاً إلى أكثر الحلول القانونية عدالة .

وهذا الهدف لا يتأتى إلا بإلزامية القاضى الوطنى بإعمال قاعدة الإسناد وإلا حلّ النزاع وفصل فيه دونما تحقيق للعدالة أو أنه طبقها ولكن على غير وجهها الصحيح .

رابعاً : قواعد الإسناد تكفل قيام كل نظام قانونى بحكم المسائل الوثيقة الصلة به :

تهدف قواعد الإسناد من بين ما تهدف إلى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ، ولتحقيق ذلك يقوم المشرع الوطنى بوضع القواعد التى تقوم بتجديد مجال تطبيق القوانين المتزاحمة أو القواعد التى تحدد المجال الحيوى لكل

---

(١) p_ Pillet . traité de droit international privé-2vols-1923-n_51.

نظام قانونى [1] فتترك لكل نظام قانونى حكم المسائل التى يرى أنها وثيقة الصلة به والتى يقدر ضرورة خضوعها لهذا النظام حتى لا تختل حياة الجماعة الدولية ، وذلك دونما إخلال بمصالح الدولة الأساسية ومقتضيات واقعها الاجتماعى ومن ثم فمن غير المقبول السماح للأفراد بالاتفاق على استبعاد قواعد الإسناد ، وهذا يعد مبرراً كافياً لإلزام القاضى بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه .

هذا وقد اعتنقت العديد من التقنينات هذا الاتجاه منها [2] :

- مجموعة القانون الدولى الخاص التركى لسنة ١٩٨٢ حيث قضت فى المادة ١/٢على أنه " يطبق القاضى من تلقاء نفسه القواعد التركية لتنازع القوانين والقانون الأجنبى المختص وفقاً لهذه القواعد ...

- وقواعد القانون الدولى الخاص الأسبانى الواردة فى القانون المدنى الأسبانى لسنة ١٩٧٤ حيث نصت المادة ٦/١٢فقرة أولى منها على أن : " المحاكم والسلطات تطبق من تلقاء نفسها قواعد التنازع فى القانون الأسبانى .. " .

- هذا ويترتب على كون قاعدة الإسناد ملزمة عدة نتائج قانونية يحملها فى الآتى [1] :

---

(١) الوسيط د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ص ٥٤ ، تنازع القوانين د/ فؤاد رياض ، د/ محمد خالد الترجمان ص٥٤ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٧ وما بعدها .

(٢) فى الإشارة إلى ذلك : راجع : القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم سلامة جـ٢ص ٤٧ .

١ ــ يجوز التمسك بإعمال قاعدة الإسناد فى أية حالة تكون عليها الدعوى حتى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض حيث إن الأمر يتعلق بمسألة قانونية .

٢ ــ إذا أغفلت محكمة الموضوع إعمال قاعدة الإسناد أو أخطأت فى تطبيقها أو تفسيرها كان ذلك مبرراً للطعن فى حكمها أمام المحكمة الأعلى درجة .

٣ ــ قواعد الإسناد يثيرها القاضى ويطبقها من تلقاء نفسه حتى ولو اتفق الخصوم على استبعادها متى ظهر له أن النزاع ذو طبيعة دولية وأن القاعدة تشير إلى تطبيق قانون أجنبى ويقع على القاضى عبء إعمال تلك القاعدة .

ثالثا

موقف القضاء المصرى

لم يتصد القضاء المصرى صراحة لهذه المسألة ، بل تصدى لها عرضاً وهو بصدد بحث مسألة مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى وبخصوص ذلك سجلت محكمة النقض المصرية عدة أحكام فى هذا الشأن من بينها ما يلى :

(١) تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص٣٠٦ ، القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم سلامة جـ٢ ــ مرجع سابق ص٤٩ ، ومؤلفه علم قاعدة التنازع ص٨٩ .

**الحكم الأول : تعرضت فيه محكمة النقض لبحث مدى القوة الإلزامية للمادة ١٤ من القانون المدنى والتى تقضى بأنه : "فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج [١] ، فقررت المحكمة بأن نص المادة ١٤ مدنى نص آمر يتعلق بالنظام العام ويسرى بأثر فورى [٢].

معنى ذلك أن القاضى ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه ، لكن مع ملاحظة أن ذلك كان بخصوص المادة ١٤ مدنى . فهل كانت المحكمة تتجه إلى اعتبار جميع قواعد الإسناد ملزمة للقاضى ويتعين على القاضى الالتزام بها وتطبيقها من تلقاء نفسه ، أم أن ذلك خاص بالمادة المذكورة ؟

من الصعب القول بأن هناك قاعدة عامة مؤداها تعلق قواعد الإسناد كلها بالنظام العام خاصة وأن المحكمة لم توضح بأن هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلق بالمادة ١٤ ذاتها .

**الحكم الثانى : وفيه أيدت محكمة النقض إعتبار مشارطة الزواج من آثار الزواج وبالتالى تخضع للمادة ١٣ مدنى حيث قضت بأن " المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .
(٢) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، منشور فى مجموعة أحكام النقض السنة ١١ قضية رقم ٩١ ص٥٨٣ .

الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها تخضع لقاعدة الإسناد فى المادة ١٣ مدنى ، وما تثيره الزوجة من نزاع حول العقد الذى اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه ، وتقادم دعوى الإبطال أو عدم تقادمها لا يخرج المنازعة من نطاق النظام المالى الذى يخضع له الزوجين باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية [1] .

ـ وفى هذا الحكم أعلنت محكمة النقض رقابتها على تطبيق قواعد الإسناد من قبل محكمة الموضوع حيث كان موضوع النزاع هو تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بمشارطة الزواج ـ النظام المالى للزوجين ـ لأموال موجودة فى مصر هل هى المادة ١٣ مدنى أم المادة ١٩ مدنى والخاصة بالعقود وهنا نلحظ بسط محكمة النقض رقابتها على تطبيق قاضى الموضوع لقاعدة الإسناد والذى يعد مُلزماً بتطبيقها من تلقاء

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٦٣ ، منشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض ـ الدائرة المدنية ـ السنة ١٤ عدد ٢ ص ٩١٣ ، وحكمها الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٦٤ منشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ١٥ ص٣٧٢ .

نفسه ، حيث إنها من المسائل القانونية لأن محكمة النقض لا تتدخل إلا فى المسائل القانونية .

***الحكم الثالث : وفيه أعلنت محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع فى تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد العمل حيث لا يوجد فى القانون المصرى قاعدة تشريعية تخصه فقالت [1] : " ... يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم ، القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد فيها مركز إدارة هذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسى فى الخارج فكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق ... " .

وحيث أعملت محكمة النقض رقابتها فإن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يلزم قاضى الموضوع بتطبيقها وتنفيذها من تلقاء نفسه .

ـ ومن خلال هذه الأحكام الثلاثة يمكن القول بأن القضاء المصرى يرى أن قاعدة الإسناد ملزمة ويتعين على القاضى ومن تلقاء نفسه الالتزام بها ، والخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها يعد أمرا مستوجبا النعى عليه والطعن فيه أمام محكمة النقض .

(١) حكم محكمة النقض الصادر ٥ إبريل سنة ١٩٦٧ ، منشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض ـ الدائرة المدنية السنة ١٨ عدد ٢ ص ٧٩٨ .

المسألة الثانية

الأوصاف الذاتية لقواعد الإسناد الخاصة

استهلال :

تنفرد قواعد الإسناد الخاصة بأوصاف وخصائص قاصرة عليها ومستقلة بها فإذا ما كانت قواعد الإسناد العامة تنفرد بأنها قواعد ثنائية الجانب ــ مزدوجة ــ وأنها قواعد محايدة ، فإن قواعد الإسناد الخاصة تنفرد بأنها قواعد أحادية ــ مفردة ــ الجانب ، كما أنها قواعد غير محايدة ، وفيما يلى يكون الحديث عن هذين الوصفين الذاتيين بقواعد الإسناد الخاصة ــ محل الدراسة ــ على أن يُرجع إلى الوصفين الخاصين بقواعد الإسناد العامة إلى الكتب والمؤلفات ذات الصلة .

ويقترح الباحث تناول الأوصاف الذاتية لقواعد الإسناد الخاصة على النحو الآتى :

الأمر الأول : قواعد الإسناد الخاصة قواعد أحادية الجانب .

الأمر الثانى : قواعد الإسناد الخاصة قواعد غير محايدة .

الأمر الأول

قواعد الإسناد الخاصة قواعد أحادية الجانب

إن القول بثنائية أو أحادية قواعد الإسناد العامة محل خلاف فى الفقه القانونى ، ما بين قائل بضرورة أن تكون قواعد الإسناد مزدوجة ثنائية ــ الجانب ــ وذلك حتى لا تقع فى مشكلة أخرى وهى مشكلة الفراغ التشريعى وذلك فى الأحوال

التى لا ينعقد فيها الاختصاص التشريعى للقانون الوطنى ... الخ.

وما بين قائل بضرورة أن تكون قواعد الإسناد أحادية ــ مفردة ــ الجانب حيث يتعين أن يقتصر دور قواعد الإسناد فى بيان حالات تطبيق القانون الوطنى دون أن يمتد دورها إلى بيان حالات تطبيق القانون الأجنبى لأن بيان ذلك من اختصاص المشرع الأجنبى وحده [١].

كما أن الأحادية فى قواعد الإسناد لا توقعنا فى مشكلة الإحالة ، وتغنينا عن الوقوع فى مغبة إلزام القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى [٢] وإذا كان هذا الخلاف له ما يبرره فى نطاق قواعد الإسناد العامة فإنه لا مجال له فى نطاق قواعد الإسناد الخاصة فهى قواعد مفردة الجانب ــ

---

(١) الوسيط د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ص٣١ ، القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سنة ٢٠٠٢ دار النهضة العربية ص١٥٩ ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم سلامه ص٥٢ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص١١ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ ص٤٢ .

(٢) الوسيط د/ فؤاد رياض ،د/ سامية راشد ص٣٢ ، القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ص١٥٩ ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٥٣ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص١٤ ، الوسيط د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى ص٢٠ ، الوجيز فى القانون الدولى الخاص ، د/ عوض الله شيبة الحمد ط ٢ دار النهضة العربية ص٣٣٣ وما بعدها .

أحادية ـ بمعنى أن دورها يقتصر فى تحديد نطاق القانون الوطنى باعتباره قانون القاضى .

ويمكن للباحث تلمس مجموعة من الأمور والاعتبارات التى تدعم الطبيعة الأحادية لقواعد الإسناد الخاصة منها ما يلى :

١ ـ أحادية قواعد الإسناد الخاصة أمر يتفق مع وظيفة قاعدة الإسناد :

إن تنازع القوانين فى حقيقته ما هو إلا تنازع بين السيادات ، وعليه فلا يهتم المشرع إلا بتحديد نطاق سيادته التشريعية ، إذ ليس للدولة أن تقرر اختصاص تشريع دولة أخرى بحكم مسألة ما ، لأن ذلك ينطوى على إهدار لإرادة المشرع الأجنبى فضلا عن أنه ينطوى على مخالفة لإرادة هذا المشرع فقد يتقرر الاختصاص للقانون الأجنبى فى حين أن المشرع الأجنبى لا يريد ذلك .

على أن تفادى ذلك كله وغيره لا يتأتى إلا عن طريق الصياغة الانفرادية لقواعد الإسناد ، وهذا ما يتحقق بالكلية فى قواعد الإسناد الخاصة ويؤيده وظيفة قاعدة الإسناد فى الأصل[1].

---

(١) أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمى الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥ ص٣٢٨ ، القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الكريم جـ٢ص٥٧ ، ومؤلفه علم قاعدة التنازع ص١٠٤ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص١٥ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردى ص٥٦ .

٢ ـ أحادية قواعد الإسناد أمر يتفق مع باقى موضوعات القانون الدولى الخاص :

المتأمل فى القواعد القانونية المتعلقة بباقى موضوعات القانون الدولى الخاص ـ غير تنازع القوانين ـ يجد أنها قواعد أحادية ـ مفردة ـ الجانب ـ فمثلاً القواعد القانونية المنظمة للجنسية تقوم بتحديد من هم وطنى الدولة ، ومن يحملون جنسيتها ، دون أن تقوم بتحديد وطنى الدول الأخرى .

ـ والقواعد القانونية المنظمة لمركز الأجانب تقوم بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب طيلة إقامتهم فى الدولة وكذلك الواجبات والالتزامات الملقاة عليهم ، دون أن تتعدى بالتنظيم هذه الأمور فى إقليم دولة أخرى .

ـ والقواعد القانونية المنظمة للاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية تقوم بتحديد الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية دون أن تتعدى بالتنظيم الأحوال التى ينعقد فيها الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الأجنبية .

ـ والقواعد القانونية المتعلقة بالأحكام الأجنبية وآثارها تقوم بتحديد إمكانية تنفيذها فى الإقليم الوطنى وما يلزم لذلك من شروط يتعين توافرها لإمكانية تنفيذها فى إقليم الدولة دون أن تتعدى بالتنظيم ما يلزم لذلك فى إقليم دولة أخرى .

وعلى ذلك يتعين ان تكون قواعد الإسناد احادية الجانب قياساً على باقى القواعد القانونية المنظمة لموضوعات القانون

الدولى الخاص حتى لا تكون نشاذاً عنها ، والأحادية صفة تنفرد بها قواعد الإسناد الخاصة ويرغب العديد من الفقه فى أن توصف بها قواعد الإسناد العامة كذلك .

غير أن بعض الفقه [1] يرى أن قياس قواعد الإسناد على غيرها من القواعد المنظمة لموضوعات القانون الدولى الخاص لهو قياس مع الفارق ، إذ لا يملك المشرع الوطنى فعلاً تحديد اختصاص محاكم الدول الأجنبية كما لا يملك تحديد كسب وفقد جنسيتها ، لكن يملك مع ذلك إلزام محاكمه بتطبيق القانون الأجنبى فى الحدود الإقليمية لدولته متى رأى أن تطبيق القانون الأجنبى أوفى بالغرض وأنسب للفصل فى النزاع .

٣ ـ أحادية قواعد الإسناد الخاصة لا تكتنفها صعوبات فى الواقع العملى :

المتأمل فى قواعد الإسناد الخاصة يجد أنها بعيدة تماماً عن الصعوبات التى تقابل قواعد الإسناد الثنائية .

فمثلاً القاضى الوطنى لا يتحمل عبء البحث عن مضمون الحكم الأجنبى ، أو تفسيره أو تطبيقه والوقوف على أحكامه مما يكون له إنعكسات إيجابية على سرعة الفصل فى المنازعات وتحقيق العدالة بشأنها .

(١) د/ محمد كمال فهمى ـ أصول القانون الدولى الخاص ط٢ سنة ١٩٨٥ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، د/ جمال محمود الكردى تنازع القوانين مرجع سابق ص٥٩ .

ـ كما انه لا وجود لمشكلة الفراغ التشريعى إذ يفصل فى المنازعات جميعها ـ الدولية الخاصة ـ وفقاً لقانون القاضى إذ يعمد المشرع الوطنى لذلك متى وُجد مبرر وحكمة تقتضى ذلك .

ـ كما أن الأحادية تجعلنا نتفادى صعوبة الإحالة تلك المشكلة التى يتصور عملاً وجودها فى الأحوال التى يعلن فيها القانون الأجنبى المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد عدم اختصاصه بنظر الدعوى .

بل إن الصعوبة تزداد بصورة أكبر إذا ما أحال هذا القانون بدوره الفصل فى النزاع إلى قانون دولة ثالثة ..

وعليه فإن صفة الأحادية والتى تنفرد بها قواعد الإسناد الخاصة إنما جاءت ملبية لأمنية طالما نادى العديد من الفقه بها فى مجال القواعد الثنائية ، بل إن تلك الأحادية جاءت بنصوص تشريعية يرضى عنها كل مشرع ، وتساهم فى حل بعض مشاكل القانون الدولى الخاص دون إثارة أية صعوبات تذكر .

الأمر الثانى

قواعد الإسناد الخاصة قواعد غير محايدة

قواعد الإسناد الخاصة قواعد غير محايدة حيث إنها تقضى بتطبيق القانون الوطنى على العلاقة الدولية الخاصة مثار النزاع ، نظراً لوجود صلة بينه وبينها قدّرها المشرع .

فمثلاً القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٤ مدنى مصرى والتى تقضى بأنه : " فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج[1].

تقضى بعقد الاختصاص للقانون المصرى فى جميع المسائل التى تضمنتها المادتين ١٢،١٣ وذلك متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وهذا على خلاف قواعد الإسناد العامة فهى قواعد محايدة لا تتحيز لقانون دولة معينة بالذات ، وإنما تقضى بأن القانون الواجب التطبيق على المنازعة إنما هو قانون تربطه صلة بالنزاع ترجح فوزه بحكمها قاعدة الإسناد إلى هذا القانون إسناده مجرده .

فمثلاً : القاعدة التى تقضى بخضوع العقار لقانون موقعه ، قاعدة محايدة إذ ينعقد الاختصاص للقانون الوطنى متى وجد العقار فى مصر ، كما ينعقد الاختصاص للقانون الانجليزى مثلاً ، متى وجد العقار فى انجلترا .

وهذا بخلاف قواعد الإسناد الخاصة إذ تقضى بخضوع النزاع للقانون الوطنى فى جميع الأحوال .

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

الفصل الثالث

تمييز قواعد الإسناد الخاصة عن القواعد ذات التطبيق الضرورى

تمهيد : يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضرورى كما عرفها البعض[1] بأنها : القواعد الداخلية التى تتسم بطابع آمر بغرض، تطبيقها الضرورى على المراكز التى تدخل عقلا فى نطاق سريانها والذى يتطلبه مضمونها ، والأهداف التى تسعى إلى إدراكها سواء كانت هذه المراكز ذات طابع داخلى بحت أو اتسمت بالصفة الدولية ، فهى على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولى للنظام القانونى الذى تنتمى إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين ، ويشار عادة إلى القواعد ذات التطبيق الضرورى بمصطلح re`gles de polices قواعد البوليس ، أو قواعد الأمن المدنى .

- فى الوقت ذاته عرفنا أن قواعد الإسناد الخاصة يراد بها تلك القواعد التى تكتفى ببيان حالات اختصاص قانون القاضى بنظر المنازعات الدولية الخاصة ، دون أن يشير إلى الحالات التى ينعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبى [2].

---

(١) د/ هشام على صادق ــ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ط منشأة المعارف ص ٦٣٤ ، د/ أحمد عبد الكريم سلامه ــ القانون الدولى الخاص ــ مرجع سابق ص ١٠٦ ، تنازع القوانين د/عكاشة محمد عبد العال ص ٤٧٤ .

(٢) د/ هشام على صادق ــ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ــ مرجع سابق ص٥٩٨ .

فمن خلال هذا التعريف ـ لكل منهما ـ نلحظ أنهما يجلبان الاختصاص الدولى للنظام القانونى الذى تنتمى إليه كل منهما دونما حاجة إلى قواعد تنازع القوانين الثنائية ، أو بمعنى اخر وكأنهما يجعلان المجال محجوزاً للنظام القانونى فى الدولة التى تنتمى إليه كل منهما ، مما يوحى بأنهما مترادفان ، حيث إن النتيجة المترتبة عليهما فى النهاية واحدة ، إلا أنه يتعين عدم الخلط بينهما إذ تبدو عدة فروقات بينهما تميز كل واحدة عن الأخرى وإن توصلنا فى النهاية إلى نتيجة واحدة ، وفيما يلى نذكر ـ وبما يتناسب مع طبيعة الدراسة ـ أهم تلك الفروقات وذلك على النحو الآتى :

أولاً

من حيث المنهجية فى العمل

القواعد ذات التطبيق الضرورى تقوم على فكرة أساسية مؤداها أنه لا يجوز تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه ، فالتنازع فيها هو تنازع بين السيادات ، وعليه فإذا ما تبين للقاضى أن قانونه لا يريد الانطباق على العلاقة المطروحة مثار المنازعة تعين عليه أن يبحث عن القانون الأجنبى الذى يريد الانطباق ، وتطبيق هذا القانون ، وهذا ما يحقق الاحترام المتطلب للسيادة الأجنبية [1].

معنى ذلك أن هذه القواعد قد تتعرض لحالات تطبيق القانون الأجنبى فى الأحوال التى لا يريد فيها قانونها الانطباق، أو بمعنى

(١) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية د/ هشام على صادق ص٥٨٧ ، مركز القواعد الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى د/ نادر محمد إبراهيم ط دار الفكر الجامعى سنة ٢٠٠٢ ص٤٩٠ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص٤٧٩ .

آخر هذه القواعد فى منهجيتها فى العمل تنطلق من القاعدة القانونية ابتداءً للبحث عن العلاقة القانونية التى تسرى عليها فإن وُجدت تُطبق مباشرة دونما سابق بحث عن طبيعة المسألة .

أما قواعد الإسناد الخاصة فمنهجيتها فى العمل تنحصر فى تحديد حالات انطباق القانون الوطنى على المنازعة المطروحة، ولا شأن لها بتقرير حالات اختصاص القوانين الأجنبية [1].

ثانياً

من حيث كيفية الفصل فى المنازعة

القواعد ذات التطبيق الضرورى تعد من قبيل القواعد المباشرة فى التطبيق بمعنى أنها تفصل وتحكم فى المنازعة التى تسرى عليها ، وتورد الحكم القانونى الواجب التطبيق والذى يحقق العدالة ، ويستطيع القاضى وبمجرد الوقوف على تلك القواعد استبيان إرادة وحكم المشرع بصدد هذه المنازعة ، وهذا على عكس قواعد الإسناد الخاصة حيث أنها قواعد غير مباشرة يقتصر دورها على تحديد النظام القانونى والذى يُفصل فى النزاع القائم وفق أحكامه ، دون أن تتجاوز ذلك إلى بيان الأحكام القانونية الموضوعية فى هذا النظام القانونى [2].

(١) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية د/ هشام على صادق ص٢٥٨ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ ص١٠٩ .

(٢) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية د/ هشام على صادق ص ٥٩٨ ، مركز القواعد عبر الدولية د/ نادر محمد إبراهيم ص٤٩١ .

ثالثا

من حيث العلاقة بقواعد الإسناد العامة

إن قواعد الإسناد الخاصة تؤدى إلى اختصاص النظام القانونى للقاضى الوطنى بحكم العلاقة مثار المنازعة مع إقصاء أى احتمال لتطبيق قانون أجنبى بشأنها . أما القواعد ذات التطبيق الضرورى فهى وإن كانت تفصل فى المنازعة الدولية وفق أحكام موضوعية مقررة فى القانون الوطنى إلا أنها لا تستبعد تطبيق قانون أجنبى إعمالاً لقواعد الإسناد العامة [1].

رابعاً

من حيث المصدر

تتفق قواعد الإسناد الخاصة مع القواعد ذات التطبيق الضرورى فى المصدر فهما قواعد وطنية خالصة من صنع المشرع الوطنى يقررها لاعتبارات معينة يرى أنه من الأوفق والملائم حجز الاختصاص التشريعى للقانون الوطنى فى مسائل معينة نظراً لوجود مصالح جديرة بالحماية يُخشى المساس بها فيما لو طبق عليها قانون أجنبى [2].

---

(١) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية د/ هشام على صادق ص ٦٠٦ ، مركز القواعد عبر الدولية د/ نادر محمد إبراهيم ص٤٩١ .

(٢) القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين د/ إبراهيم أحمد إبراهيم طسنة ٢٠٠٢ ــ دار النهضة العربية ص٣٩ .

خامساً

من حيث قيمة العنصر الأجنبى

قواعد الإسناد بنوعيها لا عمل لها ما لم تنطوِ المسألة المعروضة على عنصر اجنبى يمنحها الصفة الدولية ، وكان العنصر الأجنبى هو نتاج عمل قواعد التنازع ، وترتبط به وجوداً وعدماً فمتى وُجد وُجدت ومتى انعدم انعدمت قواعد التنازع ، وبالتالى تُطبق قواعد القانون الوطنى ــ قانون القاضى ــ .

أما القواعد ذات التطبيق الضرورى فإنها لا تهتم بالعنصر الأجنبى أو الطابع الدولى للمسألة المعروضة حيث إن منهجيتها فى العمل أن تضرب صفحاً عن العنصر الأجنبى فتركيزها يكون على القاعدة القانونية والبحث عن علاقة قانونية تسرى عليها تلك القاعدة[1].

الفرع الثانى

مبررات الأخذ بقواعد الإسناد الخاصة

تقسيم :

المتأمل فى قواعد الإسناد الخاصة يجد أن المشرع يُعول عليها إيماناً منه بأنها تحقق مصلحة لا يمكن تداركها أو معالجتها فى ضوء قواعد الإسناد العامة ، فقد يلجأ المشرع لتلك القواعد ليقطع الطريق على الأفراد حتى قبل تفكيرهم فى الهروب من تلك القواعد أو

---

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم ص٢٦٠ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ص ١١٠ .

التحايل عليها ، كما قد يلجأ المشرع إليها لتحقيق سلامة واستقرار المعاملات الدولية أو حماية لمصالح معينة يقدرها المشرع ، كما قد يعمد إليها فى بعض المسائل لبسط سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها ..

وبذلك تتضح بعض هذه المبررات ويمكن للباحث تناولها على النحو الآتى :

الفصل الأول : القضاء على التحايل على القانون .

الفصل الثانى : سلامة واستقرار المعاملات الدولية .

الفصل الثالث : حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية الوطنية .

الفصل الرابع : سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها .

الفصل الأول

القضاء على التحايل على القانون

إن فكرة التحايل على القانون ليست بدعاً من القول فى مجال تنازع القوانين بل هى موجودة ومتصورة فيه كأى فرع من فروع القانون ، وتصورها ينبع من فكرتين أساسيتين هما :

١ــ القانون سمح للإرادة الفردية بالتحرك فى نطاق معين وإحداث اثار قانونية فى كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، بل إنها تلعب دوراً بارزاً فى مجال العلاقات والتصرفات القانونية .

٢ــ القانون وضع قيودًا وضوابط ينبغى أن تعمل الإرادة الفردية فى إطارها وريثما يستشعر الأفراد ثقل تلك الضوابط والحدود فإنهم

يفكرون فى التحايل عليها لتفاديها والهروب منها تحقيقاً لمصالحهم ــ من وجهة نظرهم ــ ومما يساعد على ذلك ــ انتشار التحايل فى مجال تنازع القوانين ــ إن القواعد القانونية الآمرة قد تكاثرت وتعاظمت ، كما أن القواعد القانونية فى هذا النطاق متباينة من دولة لأخرى .

كما يساعد على ذلك أن ضابط الإسناد أو ظرف الإسناد ــ والذى عليه الأساس فى تحديد واختيار القانون الملائم محل النزاع ــ غالباً ما يمكن تغييره من قِبل الأفراد [1].

فمثلاً إذا ما كان القانون الواجب التطبيق لا يجيز الطلاق أو التطليق وضابط الإسناد قائم على الجنسية فى هذه الحالة قد يعمد الزوج إلى تغيير جنسيته أملا فى الوصول ــ تحايلا ــ إلى قانون يسمح له بذلك ... الخ .

ولتفادى ذلك تم تكريس الجهود التشريعية فضلا عن القضائيه ــ بوضع نصوص صريحة لمواجهة هذا التحايل .

فمن ذلك ما جاء فى المادة ٣١ من القانون المدنى لدولة الجابون الصادر سنة ١٩٧٢ حيث قضت " لا يجوز التمسك بمركز قانونى نشأ بتطبيق قانون أجنبى لم يكن مختصا إلا بطريق الغش نحو قانون الجابون " كذلك ما جاء فى المادة ١/٨من القانون الدولى الخاص المجرى لسنة ١٩٧٩ حيث قضت "لا محل لتطبيق القانون الأجنبى الذى يستند إختصاصه إلى عنصر أجنبى خلقه الأطراف على نحو

---

(١) مختصر قانون العلاقات الدولية د/ أحمد عبد الكريم سلامة ص٢٧٧ ، الوجيز فى القانون الدولى الخاص د/ عوض الله شيبة الحمد ص٤٠٢ .

إصطناعى أو صورى تحايلا على الحكم التشريعى الذى يحكم عادة الحالة المعروضة " ٠

" ilny apas liev da`ppliquer le droit etranger quise rattache a`unélément étrangercréé par les parties artificiellement ou par simulation enfraude a`la disposition legislative quil régirait normalemente le cas " (١)

أما فى النظام القانونى المصرى نجد أنه لم يواجهه موضوع التحايل على القانون بنصوص تشريعية كما فعل بخصوص الدفع بالنظام العام !

وإن كان فى النص على قواعد إسناد خاصة ما يقطع الطريق على الافراد إذا ما رغبوا فى التحايل على القانون او فكروا فى ذلك حيث تعين القانون الوطنى قانوناً واجب التطبيق بصرف النظر عن طبيعة النزاع ، وعلى هذا تعتبر مثل هذه النصوص بمثابة وسيلة دفاع وطنى ضد تلاعب الأفراد بقاعدة التنازع العامة والقانون الأجنبى الذى تشير إليه ، وبما يقضى على التعاون المنشود بين النظم القانونية لمختلف الدول ٠

ولنضرب لذلك مثالاً : ما جاء فى المادة ٢/١١ مدنى مصرى والمتعلقة بحالة الأشخاص الاعتبارية حيث قضت بأنه " ... أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى ، ومع ذلك فإذا ما باشرت

(١) orientations méthodologiques dans les codifigations régentes de droit international prive` en Europe – tome cxc v – paris 1987 – p 414.

نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى"(١).

فنلاحظ أن هذه الفقرة قد تناولت قاعدتين للإسناد :

القاعدة الأولى : قاعدة إسناد عامة مؤداها أن القانون الواجب التطبيق هو قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى ٠

القاعدة الثانية : قاعدة إسناد خاصة مؤداها أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى متى باشرت تلك الأشخاص نشاطها الرئيسى الفعلى فى مصر ، فإعمال القاعدة الأولى يتصور معه نية التحايل على القانون بأن يتخذ الأفراد أو يتفقوا على مركز إدارة رئيسى – فى عقد التأسيس – فى الخارج ، وحينئذ يمكنهم الهروب من تلك القاعدة ٠

– أما إعمال القاعدة الثانية فإن فيه قطع التحايل على هؤلاء الافراد ، وقد احسن المشرع بالنص على تلك القاعدة ، حيث تجاوز خلافاً حاداً فى الفقه القانونى مقصوده كيفية الوقوف على القصد المعنوى – نية الهروب والتحايل – فى التحايل على القانون وهو أمر معنوى أو باطنى يصعب الكشف عنه ٠

كما أن النص على تلك القاعدة قد منع إهدار الوقت والجهد للوقوف على تلك النية وجعل تطبيق القانون المصرى بصفة أصلية لا استثنائية ، ومؤداها وجوب تطبيق قانون القاضى – الوطنى – منذ البداية على حالة الأشخاص الاعتبارية التى تمارس نشاطها

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ ٠

الرئيسى الفعلى فى مصر بصرف النظر عن جنسية الخصوم والأفراد ودون بحث فى قاعدة الإسناد العامة .

الغصن الثانى

سلامة واستقرار المعاملات الدولية

إن تقدم وسائل الاتصال المختلفة جعلت العالم كما يقال – قرية صغيرة – تتم فيها العديد من المعاملات الخاصة - الدولية - ولابد لتلك المعاملات من نظام قانونى يحكمها وإزاء قصور المجتمع الدولى فى ذلك تبارت الدول فى وضع تشريعات تحكم تلك المعاملات بقصد سلامة واستقرار المعاملات الدولية .

لأن إعمال قاعدة الإسناد العامة فى بعض الحالات قد يسبب اضطراباً فى المعاملات الدولية ويزعزع الثقة اللازمة لنمو تلك المعاملات ، وخير مثال على ذلك : ما استقر عليه الفقه القانونى - فى الغالب – من إخضاع الأهلية لقانون الجنسية .

فإعمال تلك القاعدة فى نطاق المعاملات الوطنية أمر سهل وميسور ، لكن فى المعاملات بين الوطنيين والأجانب ، أو بين أجانب من دول مختلفة ، فإن الاستعلام عن الأهلية فيما بينهم لا يبدو سهلاً خاصة إذا ما أخذنا فى الاعتبار عدم علم المتعاقد الوطنى او الأجنبى بمدى كمال أهلية المتعاقد الأجنبى الآخر الذى يتعامل معه ، فالسماح للقاعدة العامة بالتطبيق يؤدى فى نهاية الأمر إلى عدم استقرار المعاملات الدولية .

إزاء مثل هذا الأمر فإن المشرع حينما يقرر – وبشروط معينة – الرجوع إلى قانون الدولة التى تم فيها التصرف لمعرفة مدى

كمال أهلية المتعاقد الأجنبى وبموجب قاعدة إسناد خاصة يكون قد حقق السلامة والاستقرار للمعاملات الدولية

وإتمامها بدلا من اضطرابها وإهدارها نتيجة التذرع بإعمال القاعدة العامة .

وآية ذلك ما تضمنه المشرع المصرى – كغيره من باقى التشريعات – كمثال لذلك فى المادة ٢/١١ مدنى مصرى حيث قضت " ... ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته " [1].

الغصن الثالث

حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية الوطنية

لا تستطيع دولة ما أن تعيش بمعزل عن غيرها من الدول، إذ من الصعب أن تشبع كافة احتياجاتها بمجهودها الخاص ، بل يمكنها ذلك بمجهودها وبتعاونها مع غيرها من الدولة ، وفى المجال القانونى يتأتى هذا التعاون عن طريق السماح لقوانين غيرها من الدول بالتطبيق والسريان فى إقليمها عن طريق قواعد تحدد مجال تطبيق هذه القوانين ، ولا يمكنها أن تضرب صفحاً عن ذلك مكتفية بتطبيق قوانينها الوطنية فى جميع المعاملات أيا ما كانت طبيعتها .

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

لكن هذا التعاون يتعين ألا يتأتى على حساب مصالح الدولة الوطنية المختلفة وأبرزها المصالح الاقتصادية والاجتماعية وغيرها فلا غضاضة فى أن تحافظ الدولة على تلك المصالح حيث إنها موكول إليها ذلك ٠

وبتطبيق ذلك على موضوع الدراسة نجد أن مصالح الدولة الاقتصادية قد تضار من تطبيق قاعدة الإسناد العامة ، فيتدارك المشرع ذلك ويعمد إلى قواعد الإسناد الخاصة لرفع ودفع هذا الضرر المحتمل ، ويجب ألا يغيب عن البال أن مثل هذا الحظر لا يتصور حدوثه إلا فيما لو كان ضابط الإسناد يمكن تغييره عن طريق الافراد حسبما يرد أنه محقق لمصالحهم حتى ولو ألحق ضرراً بمصالح المجتمع ٠

وقد أورد المشرع المصرى مثال عملى على ذلك فيما يتعلق ببيان القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص الاعتبارية تقرر فى المادة ٢/١١ مدنى أن هذه الأشخاص وخروجاً على القاعدة العامة تخضع فيما لو باشرت نشاطها الرئيسى الفعلى فى مصر للقانون المصرى فيما يتعلق بحالتها وأهليتها حفاظاً منه على المصالح الاقتصادية والتجارية ٠

ـ كذلك من المتصور أن تضار مصالح الدولة الاجتماعية عن طريق المساس بمسألة وثيقة الصلة بالناحية الاجتماعية فى الدولة وذلك فيما لو طبقت قاعدة الإسناد العامة بشأنها ، فنجد المشرع يتدخل حفاظاً منه على ذلك بوضع قاعدة إسناد خاصة تجلب الاختصاص القانونى فى المنازعات الدولية للنظام القانونى الوطنى وآية ذلك ما فعله المشرع المصرى بخصوص مسائل الزواج

باعتباره عماد الناحية الاجتماعية ، فأورد فى المادة ١٤ مدنى مؤداها متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج إنعقد الاختصاص القانونى للقانون المصرى ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج ـ وذلك على نحو ما سنرى لاحقاً ـ

لذا كان المشرع منطقياً مع نفسه ومنصفاً فى نفس الوقت فى الاعتماد على قواعد الإسناد الخاصة حماية لمصالح وطنية ودفاعاً عنها ٠

الغصن الرابع

سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها

إن من مسلمات القول أن لكل دولة سيادتها وسلطانها الكامل على إقليمها لذا كان منطقياً أن تستقل كل دولة بسن قوانينها فلا يقبل أن تسن دولة قوانين وتشريعات تسرى فى إقليم دولة أخرى ٠

لكن من ناحية ثانية أننا بصدد منازعات وعلاقات ذات طبيعة دولية أضحت واقعاً بل تتزايد كل يوم وإزاء تصور المجتمع الدولى عن وضع تشريعات تحكمها لافتقاره إلى السلطة المُشرعة والجزاء الفعال ، كان لابد من مواجهة تلك المنازعات بقواعد وطنية المنشأ والمولِد لكنها ذات توجهات دولية فكانت قواعد الإسناد العامة ٠

وتلك القواعد تحقق أمرين :

الأول : تحقيق سيادة الدولة على إقليمها وما تطبيق وسريان القوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة إلا بإذن منها وبعد السماح لها بالسريان داخل حدودها الإقليمية ٠

الثانى : مواجهة تلك النوعية من المنازعات ـ الدولية ـ وعدم تركها بدون نظام قانونى يحكمها ٠

لأن البديل عن ذلك هو تمسك وتشبث الدولة بفكرة الإقليمية فى صورتها المطلقة الأمر الذى يعنى العودة إلى الوراء ، القطيعة بين الدول ، ثم استحالة العيش بمعزل عن الغير ٠

لكن ما يحقق سيادة الدولة وسلطانها وبصورة كاملة ميل المشرع الوطنى إلى وضع قواعد قانونية مقبولة ومستساغة بل يمكن القول بأنها أضحت متعارفا عليها بين جميع الدول تسرى على جميع المنازعات الوطنية والدولية مثل قاعدة خضوع المال لقانون موقعه ، خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه ٠٠٠ الخ ٠

وبجوار تلك القواعد يبقى دور لقواعد الإسناد الخاصة محققة سيادة الدولة عن طريق جلب الاختصاص التشريعى للقانون الوطنى فى مسائل معينة بصرف النظر عن طبيعة المنازعة ٠

ثالثاً

المطلب الثانى

الإطار التطبيقي الوطني لقواعد الإسناد الخاصة في مواد الأحوال الشخصية

تقديم وتقسيم :

إن من يدقق النظر فى النظام القانونى المصرى يجده قد اعتمد فى مواجهة تنازع القوانين على عدة مناهج ــ وسائل ــ منها القواعد الموضوعية ، قواعد الإسناد العامة والتى تحدد القانون الواجب التطبيق سواء كان القانون الوطنى ، الأجنبى ، ومن بين الوسائل التى اعتمد عليها المشرع كذلك قواعد الإسناد الخاصة والتى يقتصر دورها على جلب الاختصاص القانونى الدولى للنظام القانونى الوطنى ، وقد اعتمد عليها المشرع فى نطاق الأحوال الشخصية ، والعينية والوقائع والتصرفات القانونية ، وقد استعان النظام القانونى الوطنى فى ذلك بنصوص تشريعية ، وفى بعض الأحوال اعتمد على التطبيقات القضائية ، والراجح فى الفقه المصرى والذى يميل إلى تغليب رأى ــ فى حقيقته ــ أقرب ما يكون إلى قاعدة إسناد خاصة وعليه فإن دراسة قواعد الإسناد الخاصة تارة تكون بنصوص قانونية ، وتارة تكون معتمدة على اجتهادات فقهية وقضائية على ما سنرى وسيقتصر حديثنا فى هذه الدراسة على تناول قواعد الإسناد الخاصة فى مواد الأحوال الشخصية المصرية ــ فقط ــ .

ويقترح الباحث تناول ذلك على النحو الآتى :

الفرع الأول : قواعد الإسناد الخاصة فى نطاق أهلية الأشخاص الطبيعيين .

الفرع الثانى : قواعد الإسناد الخاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة.

الفرع الأول

قواعد الإسناد الخاصة

فى نطاق أهلية الأشخاص الطبيعيين

تقسيم :

إن الأهلية بصفة عامة تعنى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق ، وتعتبر الأهلية من أهم مواد الأحوال الشخصية والمتأمل فى النظام القانونى المصرى يمكنه أن يدرك عدة أنواع للأهلية وبالتالى عدة قواعد إسناد خاصة بالأهلية .

ــ فأهلية الأداء والتى تعنى صلاحية وقدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية أفرد لها المشرع المصرى قاعدة إسناد مفادها إخضاعها للقانون الشخصى ويراد به هنا قانون الجنسية وذلك عملاً بما نصت عليه المادة ١١/١مدنى حيث جاء فيها " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم ... " (١).

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها " ... وينصرف إصطلاح الأهلية فى هذا المقام إلى أهلية الأداء وحدها ، أى صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية ، وهذه

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

الصلاحية تتصل إتصالاً وثيقاً بالحالة ، وقد أخضع المشرع الأشخاص وأهليتهم لقانون الجنسية ... " (١).

ـ أما أهلية الوجوب ، والتى تعنى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات فإن الفقه القانونى على إخضاعها للقانون الذى يحكم موضوع الحق الذى يراد معرفة مدى تمتع الشخص به وفقاً لقاعدة الإسناد المختصة .

ـ وهناك أنواع أخرى من الأهلية لا تخضع للقاعدة العامة والتى تحكم أهلية الأداء وهى ما درج الفقه القانونى على تسميتها بأهلية الأداء الظاهرة ، وهذه أفرد لها المشرع المصرى قاعدة إسناد خاصة ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بأهلية الأداء الخاصة ، وأخيراً قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية .

وعلى ذلك فإنه يمكن تناول قواعد الإسناد الخاصة فى نطاق أهلية الأشخاص الطبيعية على النحو الآتى :

الفصل الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الظاهرة .

الفصل الثانى : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية .

الفصل الثالث : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الخاصة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ص٢٤٢ /٢٤٣ .

الفصل الأول

قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الظاهرة

تمهيد :

إن الأهلية تعتمد على الإدراك والتمييز ، وهو لا يتحقق للإنسان دفعة واحدة ، فالإنسان يبدأ حياته معدوم الإدراك ، ثم يتطور فى السن ويبدأ فى اكتساب بعض الملكات العقلية حتى يكتمل إدراكه ببلوغ سن الرشد ـ سن الأهلية القانونية ـ على أن هذه السن ليست واحدة بين مختلف النظم القانونية بل هى متفاوتة بينها .

وإزاء هذا التفاوت فإنه يمكن لناقص الأهلية فى نظام قانونى معين أن يقدم على تصرفات قانونية فى نظام قانونى أجنبى ، وحتى يفلت من التزاماته يمكنه أن يتذرع بنقصان أهليته ... الخ مما يتسبب معه حدوث اضطرابات فى المعاملات المالية الدولية ، ومن ثم زعزعة الثقة بين المتعاملين فى المجال الدولى ، خاصة مع تصور عدم معرفة الأحكام القانونية المختلفة من قبل الأشخاص ، ومما يُقوى حدوث ذلك إذا ما كان العاقد الأجنبى بمظهره الخارجى لا يدع مجالا للشك فى كمال أهليته .

وإزاء ذلك فما هو السبيل لحماية المتعاملين فى النطاق الدولى من مثل هذه الأضرار ... ؟

لأجل دفع ذلك واجه المشرع المصرى وبنصوص تشريعية هذه المسألة ــ قاعدة إسناد خاصة ــ لمسألة الأهلية الظاهرة ــ فكانت المادة ١١/١مدنى ٠

وحتى يمكن بيان ذلك يقترح الباحث تناولها على النحو الآتى :

المسألة الأولى : النص التشريعى وأصوله التاريخية ٠

المسألة الثانية : مضمون القاعدة وأساس الأخذ بها ٠

المسألة الثالثة : ضوابط إعمال القاعدة ٠

المسألة الأولى

النص التشريعى وأصوله التاريخية

لقد أخذ المشرع المصرى صراحة بقاعدة إسناد خاصة بمسالة الأهلية الظاهرة وعمد إلى حماية المتعاقدين مع الأجنبى ناقص الأهلية فنص فى المادة ١١/١مدنى على أنه " ٠٠٠ ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته " (١)٠

ويتضح من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى أن المشرع قد استقى هذا النص من نظرية شهيرة أخذ بها

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ ٠

القضاء الفرنسى فى القرن التاسع عشر والتى عرفت بنظرية المصلحة الوطنية " ٠

فقد سطرت محكمة النقض الفرنسية حكما فى ١٦ يناير سنة ١٨٦١ (١) بخصوص قضية شهيرة فى فقه القانون الدولى الخاص تسمى بقضية ليزاردى AFFaire lizardi ٠

وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن شاباً مكسيكيا يدعى ليزاردى عمره ثلاثة وعشرون عاماً اشترى فى باريس بعض المجوهرات من تاجر فرنسى بما قيمته ٨٠,٠٠٠ ثمانين ألف فرنك فرنسى ، وحرر بها سندات إذنية ، حيث كان يعيش فى باريس عيشة بذخ وترف ، وعندما طولب بالثمن ، دفع ببطلان السندات بسبب نقص أهليته ، حيث أنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكى ، والذى يحدد سن الرشد بخمس وعشرون سنة ، وهو القانون الواجب التطبيق ــ وفقاً لقاعدة الإسناد

(١) فى الإشارة إلى هذا الحكم والتعليق عليه ، راجع العديد من الدوريات والمؤلفات منها :

- Dalloz – t-I- p-193 – 1861 – et sirey – t .I p – 305 – 1861 – notemasse

- p – Nibayet – traité de droit international privé - t – 5 –p-528. n – 1538 – ed – 1948.

-p – Batiffol – traité élémentaire de droit international prive` ed – 4 – Paris – p – 143 – n – 491 – 1967 .

p – Batiffol – et – lagarde – droit international prive` - ed5 t – I et II – Paris – 1970 – p – 143 n 491

-p – valéry – manul de droit international prive` - Paris 1914 – n – 600 – p – 852 – 855 .

الفرنسية ــ باعتباره قانون الجنسية ، لكن محكمة الموضوع استبعدت هذا الحكم واعتبرته كامل الأهلية وفقاً لأحكام القانون الفرنسى ، وإلزامه بالدفع على أساس صحة تحريره للسندات ولما رفع الأمر أمام محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى تأييد حكم محكمة الموضوع وجاء فى حيثيات ذلك " أنه لا يجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد ، وعلى ذلك يكفى لصحة العقد أن يكون الفرنسى قد تعاقد بدون خفة وبغير رعونة ، وأن يكون حسن النية ، وعليه لا يجوز إبطال هذه السندات لأن التجار الفرنسيين لا يعرفون أحكام القانون المكسيكى ولهم عذرهم ، فقد خدعتهم مظاهر هذا الشاب والذى تراءى لهم رشيداً وكانوا حسنى النية ، ومن ثم فإن تطبيق القانون المكسيكى باعتباره القانون الواجب التطبيق فيه اضرار بمصلحتهم ، أو فيه اضرار بالمصلحة العامة ، أو فيه اضرار بالمصلحة الوطنية ، هذا وقد اضطرد القضاء الفرنسى فى أحكامه اللاحقة على نفس الحكم منذ ذلك التاريخ وتواترت أحكامه منتهجة نفس النهج [1] كما قلده قضاء الدول الأخرى ،

---

(١) هذا وقد ذهب بعض الفقه إلى أن المحاكم الفرنسية بدأت فى تطبيق هذه النظرية منذ ١٨٣١ وإن كانت لم تستخلص استخلاصاً واضحاً إلا فى

ففى مصر قضت المحاكم المختلطة فى ٦ يناير ١٩٠٨ بأنه " إذا كان هناك من الظروف ما يجرى على الاعتقاد أن الطرف الآخر فى العقد مصرى يبلغ الثامنة عشرة ، وظهر أن هذا الشخص إيطالى قاصر وفقاً لقانونه فإن العقد يكون صحيحاً[1] .

ــ ثم تواترت الأحكام القضائية فى فرنسا وغيرها من الدول على هذا النحو إلى الحد الذى جعل فكرة المصلحة الوطنية تصل إلى درجة التعميم ، ثم ثبتت نهائياً كقاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص ، وما لبث المشرعون أن نصوا عليها فى تشريعاتهم ، ومن هنا ظهرت قاعدة تشكل خروجاً على الاختصاص العام للقانون الفرنسى والذى يحكم مسائل الأهلية مقتضاها أن ذلك القانون لا يعتد به فى كل مرة يدفع فيها ببطلان تصرف أجراه مع طرف آخر إستناداً إلى أنه ناقص الأهلية طبقاً لقانونه الوطنى ، متى كان الطرف الآخر قد تعامل معه بحسن نية معتقداً كمال أهلية ذلك الأجنبى آخذاً بالظاهر بحيث يجب إعتباره كامل الأهلية [2] .

ومن بين تلك التشريعات ما جاء فى مجموعة القانون الدولى الخاص المجرى رقم ١٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة ٣،٢/١٥ حيث قضت الفقرة الثانية بأن : الرعية الأجنبى غير

سنة ١٨٦١ ، د/ جابر جاد عبد الرحمن ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص ٥٦٥ هامش رقم ٢ .

(١) فى الإشارة إلى ذلك راجع مؤلف د/ عبد الحميد أبو هيف ــ القانون الدولى الخاص فى أوروبا ومصر ــ مطبعة الاعتماد بند ٣٦١ ص٤٣١ .

(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة ص٧٤٣ .

كامل الأهلية أو الوارد تقييد على أهليته بموجب قانون الشخص، يجب اعتباره أهلا بالنسبة لتصرفاته القانونية المالية التى تتم فى إطار الحاجيات الاعتيادية للحياة اليومية التى تتم فى المجر ، إذا كان كامل الأهلية وفقاً للقانون المجرى ٠

(2)le ressortissant étranger incapable ou frappé d'une limitation de capacite en vertu de sa loi personnelle,

doit étre considere comme capable pour ses actes juridiques patrimoniaux effectués en Hongrie dans le domaine des besoins Habituels de la vie quotidienne larsqu'il serait capable d'apre`s le droit hangrois

كما قضت الفقرة الثالثة بأن " الرعية الأجنبى غير كامل الأهلية أو الوارد تقييد على أهليته بموجب قانونه الشخصى ، والذى يكون أهلاً طبقاً للقانون المجرى ، يجب اعتباره أيضاً أهلاً بالنسبة لتصرفاته القانونية المالية إذا كانت تلك التصرفات ترتب آثارها فى المجر ٠

(3) le ressortissant étranger incapable ou frappé d'un limitation de capacité en vertu de loi personnelle, mais qui serait capable d'aprés le droit hongrois droit également étre consideré comme capable pour ses autres actes juridiques patrimoniaux , si les effets juridiques de ces actes doivent se produire en hongrie . (١)

---

(١)orientations methodologiques dans les codifica tions récentes du droit international prive en Europe – Tome Cxev – ed – 1987 BiBliotheque de droit prive – paris – p 415

ومن بين تلك التشريعات كذلك ما عليه المادة ٢/٣ من القانون الدولى الخاص لدولة تشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٦٣ حيث قضت بأن " الأجنبى الذى يبرم تصرف قانونى فى جمهورية تشيكوسلوفاكيا فإنه يكفى لمباشرة هذا التصرف أن يكون كامل الأهلية وفقاً للقانون التشيكوسلوفاكى ٠

(2)Lorsqu'un étranger fait un acte juridique dans la repubique socialiste Tchecoslovaqué it suffit qu' il soit apte a`faire ledit acte d'apres le droit Tchecoslovaque sauf disposition contraire de la présente loi (١)

كذلك ما عليه العمل فى المادة ١٠ من القانون الدولى الخاص البولونى لسنة ١٩٦٥ حيث قضت بأن " الأجنبى غير كامل الأهلية وفقاً لقانون جنسيته فإن أهليته تخضع للقانون البولونى إذا تم التصرف فى بولونيا وترتبت آثاره فيها ، وذلك حماية للمتعاملين بحسن نية ، وهذا الحكم لا يطبق على التصرفات القانونية لقانون الأسرة والوصاية والمواريث ٠

(art10) – lorsqu'un , étranger' incapable d'agir selon sa loi nationale a accompli en pologne un acte juridique devant produire des effets sur le territoire de celle ci , sa capacité juridiqe est soumise a` la polonaise , a` condition que cet acte réponde aux principes de protection des personnes agissant de bonne foi – cette disposition ne peut étre appliquee` aux actes juridiques relevant du droit de la famille et de la tutelle' ainsi que du droit des successions ٠ (٢)

---

(١) المرجع السابق ص٣٦٧ ٠

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٢ ٠

كذلك ما عليه العمل فى المادة ٨/١٠ من القانون المدنى الأسبانى لسنة ١٩٧٤ حيث قضت بأن " العقود المبرمة فى أسبانيا عن طريق أجنبى غير كامل الأهلية وفقاً لقانونه الشخصى تكون صحيحة وفقاً لأحكام القانون الأسبانى إذا كان عدم أهليته يرجع لسبب لا يقره القانون الأسبانى ، وهذا الحكم لا يسرى على العقود المتصلة بعقارات واقعة فى الخارج ٠

(art10/8)les contrats a`titre on éreux conclus en Espagne par un étranger incapable selon sa loi nationale sont valables ou regard de l'ordre juridique Espagnol si la cause de lincaplicable n'est pas de celles reconnues par la législation Espagnole – cette regle nést pas opplicable aux contrats relatifs a`des immeubles situés al étranger

كذلك ما جاء فى المادة ٢/٦ من القانون الدولى الخاص الألمانى لسنة ١٩٧٥ حيث قضت بأن الأهلية القانونية للشخص محكومة بقوانين الدولة التابع لها هذا الشخص ، ومع ذلك إذا أبرم أجنبى تصرفاً قانونياً فى ألمانيا وكان ناقص الأهلية بالنسبة لهذا التصرف فإنه يعد مع ذلك أهلا لإبرام هذا التصرف متى كانت القوانين الألمانية تقضى بجعله كذلك ٠

(art6/2)la constitution dans la Re`publique democratique allemande de droits et d'obligations de`rivant de contrats et d'autres actes juridques par des nationaux d'autres etats et par de apatrides parojuit ses effets si sont remplies les conditions de capacile` d'agir d'apre`s le droit de la républque dé mocrtique all emande (١)

(١) المرجع السابق ٠

كذلك ما تقضى به المادة ٢/٨ من القانون الدولى الخاص التركى لسنة ١٩٨٢ حيث قضت بأنه : " ومع ذلك إذا كان الأجنبى الغير كامل الأهلية طبقاً للقانون الوطنى ، أهلاً وفقاً للقانون التركى فإنه يلتزم بتصرفاته القانونية التى تمت فى تركيا ، وهذا الحكم لا ينصرف إلى الأعمال المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون المواريث وبالتصرفات التى ترد على عقار يقع فى الخارج ٠

...”toutefois sil'etranger incapable selon sa loi (١) nationale se trouve étre capable d'apres la loi turque, il est engagé par ses actes juridiques accomplis en Turquie – cette disposi –tion ne vise pas les actes concernant le droit de la famille et ledroit des successions' ainsi qui ceux partant sur des immeubles sis al étranger

كذلك ما كانت عليه المادة ٢/١٤ من القانون الدولى الخاص ليوجوسلافيا (سابقاً) والصادر سنة ١٩٨٢ حيث قضت بأن الشخص الطبيعى الذى لا يتمتع بأهلية ممارسة التصرف وفقاً لقانون الدولة التى ينتمى إليها يعتبر أهلاً لممارسة التصرف وفقاً لقانون محل إبرام التصرف ٠

(art14/2) la personne physiqui qui selon le droit de l'etet don't elle est ressortissante ne posséde pas la capacité d' exerice est considérée comme capable si elle posséde la

(١) المرجع السابق ٠

copacite d'exercice selon le droit du lieu oul`obigation estnée (١)

ـ وكذلك ما عليه المادة ١٧ من القانون الدولى الخاص الرومانى لسنة ١٩٩٢ حيث قضت بأن " الشخص غير كامل الأهليـة أو الـوارد تقييد على أهليته بموجب قانون الشخص أو قـانون موطنـه لا يمكنـه التمسك بنقصان أهليته متى كان المتعاقد معه حسن النية وفقـاً لقـانون البلد الذى تم فيه التصرف ، وهذا الحكم لا يطبـق علـى التـصرفات القانونية المتعلقة بالأسرة أو المواريث أو المتعلقة بنقل ملكية العقارات.

(Art17) la personne qui, conformément a` la loi national ou a` la loi de son domicile est incapable ou n'aqu'une capacite` d"exercice restreinte, ne peut opposer cette cause d'invalidite` a`qui, de bonne foi, considére ladite personne comme pLeinement capable, conformement a` la loi du lieu ou l'a`cte a élé dressé . cette régle n'est pas applicable aux actes juridiques portant sur la famille la succession et la transmission des immeubles (٢)

كذلك ما عليه المادة ٢/٢٣ من القانون الدولى الخاص الإيطالى رقم ٢١٨ الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٩٥ حيث قـضت بأنـه " عندما يبرم عقد بين أشخاص متواجدين فى دولة واحدة فلا يجوز

---

(١) المرجع السابق ص ٤٣٧ .

(٢)Rev crit dr inter prive – n t – 1994 – t 83 pp – 1 – 173 – sirey .

للشخص الطبيعى الكامل الأهلية طبقاً للقانون الداخلى لتلك الدولة التمسك بنقص أهليته الناتج من القانون الداخلى لدولته ، إلا إذا كان يعلم أو من الواجب أن يعلم نقص الأهلية تلك .

(Art23/2) relativement aux contrats entre personnes qui se trouvent dans le me`me étet , la personne considirée comme capable par la loi de l étet dans lequel le contrat ast conclu ne peut invoquer l'incapacité derivant desa loi national que si l'autre partie contractante , au moment de la conclusion du contrat, avait Connaissance de cette incapacite au ne l'e ignorée que par sa faute (١)

وقد أخذت جميع التشريعات العربية بهذه القاعدة وضمنتها نصوصها ومن بين تلك التشريعات ما جاء فى القانون المدنى الليبى الصادر فى ٢٨ نوفمبر لسنة ١٩٥٣ حيث جاء فى المادة ١/١١ متضمنة ما يلى : " ... ومع ذلك ففـى التـصرفات المالية التى تعقد فى ليبيا وتترتب آثارها فيهـا إذ كـان أحـد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع إلـى

(١ Rev crit dr inter prive – n 1 – 1995 – t 85 pp 1 – 178 – sirey

سبب فيه خفاء ، لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته " [1] .

ـ وكذلك ما عليه القانون المدنى الجزائرى الجديد الصادر فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ فى المادة العاشرة حيث جاء فيها " ... ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى الجزائر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته وفى صحة التصرف " [2].

ـ وكذلك ما عليه العمل فى القانون المدنى السورى رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ فى المادة ١/١٢ حيث جاء فيها " ... ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى سورية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته " [3].

ـ ما عليه العمل فى القانون الكويتى رقم ٥ لسنة ١٩٦١ والصادر فى ١٩٦١/٤/١٤ والخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى ، حيث تضمنت المادة ٣٣ ما يلى "الحالة المدنية للشخص وأهليته يسرى عليها قانون جنسيته ، ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى الكويت وتترتب آثارها فيها

---

(١) موسوعة التشريع الليبى ـ القانون المدنى ـ دار المعارف بمصر سنة ١٩٦٥ .

(٢) موسوعة التشريعات العربية .

(٣) موسوعة التشريعات العربية .

إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه فإن السبب لا يؤثر فى أهليته " [1] . كما أن الاقتناع بعدالة هذه النظرية لم يقتصر على القوانين الوطنية فحسب وإنما إمتد ليشمل الإتفاقيات الدولية كذلك . ومن بين هذه الإتفاقيات إتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونيو سنة ١٩٨٠ [2] والخاصة بالعقود الدولية بين دول السوق الأوروبية المشتركة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نصت المادة ١١ منها على ما يلى "فى العقد المبرم بين أشخاص متواجدين فى ذات البلد لا يجوز للشخص الطبيعى الأصل طبقا لقانون ذلك البلد التمسك بعدم أهليته طبقا لقانون آخر ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم لحظة إبرام العقد بعدم الأهلية أو أنه لم يجهلها إلا بسبب عدم تبصر من جانبه " .ـ وفى نفس الاتجاه أخذت إتفاقيتى جنيف المبرمة فى ٧ يونيه سنة ١٩٣٠ بخصوص تنازع القوانين بالنسبة للكمبيالة والسند الإذنى ، وإتفاقية جنيف المبرمة فى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين فى الشيك [3].

---

(١) موسوعة التشريعات العربية .

(٢) فى الإشارة إلى ذلك راجع : تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال ص٦٩٠ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردى ص٣٧١ هامش٢٥٦

(٣) مشار إليها فى مؤلف د/ جابر جاد عبد الرحمن مبادئ القانون الدولى الخاص ص٥٦٨ هامش ٨ .

المسألة الثانية

مضمون القاعدة وأساس الأخذ بها

مضمون القاعدة ومسمياتها :

يقصد بهذه القاعدة استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق على أهلية المتعاقد الأجنبى ، وعدم الاعتداد بها فى كل مرة يدفع فيها الأجنبى ببطلان التصرف الذى تم مع شخص آخر استناداً لكونه ناقص الأهلية وفقاً لأحكام قانونه الوطنى طالما كان الشخص المتعاقد معه قد تعامل بحسن نية ، واعتقد فى كمال أهلية ذلك الأجنبى أخذاً بالظاهر الذى يوحى باعتباره كامل الأهلية .

ـ معنى ذلك أن تلك القاعدة تعد خروجاً على القاعدة العامة والتى تخضع الأهلية للقانون الشخصى ، وعليه فإن الأهلية تخضع ـ بموجب هذه القاعدة ـ إلى قانون البلد الذى تم فيه التصرف ، وقد قبل الفقه والقضاء تلك القاعدة حتى إنها أصبحت تشكل قاعدة أساسية من قواعد القانون الدولى الخاص .

والمتأمل فى كتابات فقهاء القانون الدولى الخاص يمكنه أن يدرك عدة مسميات لتلك القاعدة .

* فأطلق عليها بعض الفقه [1] مسمى " **المصلحة الوطنية** " حيث أنها تهدف من وجهة نظرهم إلى استبعاد تطبيق أحكام

---

(١) الفقيه فاليرى ـ الموجز ـ بند ٦٠٠ ، د/ محمد كمال فهمى ـ أصول القانون الدولى الخاص ص٥٥٨ ، د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ص ٢٣١ بند ٨٤ .

الأهلية فى القانون الأجنبى إذا ما ترتب عليها إضرار بمصلحة الطرف الوطنى فى العلاقة .

ـ **ولكن هذه التسمية محل نظر** ، حيث إن العمل قد استقر على أن الهدف من الأخذ بهذه النظرية هو تحقيق وتأمين سلامة واستقرار المعاملات الدولية ، صحيح أن منشأ النظرية كان هو حماية الطرف الوطنى ـ الفرنسى ـ لكن العمل على أن الهدف الآن هو حماية المعاملات الدولية وليس حماية مصلحة فردية ـ وطنية ـ ثم إن هذه التسمية توحى بأن الهدف هو حماية مصلحة المتعاقد الوطنى ـ أيا ما كان الأمر ـ على حساب المتعاقد الأجنبى ، وليس هذا مقصودها .

بينما أطلق بعض الفقه [1] على هذه النظرية مسمى " **الجهل المغتفر بالقانون** " وذلك على اعتبار أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لا يسرى إلى على القانون الوطنى فقط دون القانون الأجنبى والذى يختلف فى قيمته الذاتية عن القانون الوطنى ، فهو ـ القانون الأجنبى ـ لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الواقع ، وعليه فمن المتصور ـ المقبول ـ أن يجهله الخصوم ومن ثم يكون ذلك سببا لإبطال التصرف .

---

(١) الفقيه باتيفول ـ المطول ـ بند ٤١٧ ص٤٧١ ـ ٤٧٣ ، د/ أحمد عبد الكريم ـ القانون الدولى الخاص ص٣٢٢ ، د/ عكاشه محمد عبد العال ـ تنازع القوانين ٦٨١ ، د/ جمال محمود الكردى ـ تنازع القوانين ص٣٦٦ .

*بينما أطلق بعض الفقه [1] على هذه النظرية مسمى "**حماية المتعاقدين المقيمين فى الدولة من مفاجآت التشريع الأجنبى فى مادة الأهلية**" وهذه التسمية تبدو غير دقيقة إذ إنها توحى بأن المقصود هو حماية كلا الطرفين فى العلاقة الدولية، والصحيح هو حماية الطرف حسن النية فقط ، وذلك مراعاة لحسن نيته ، وتأمين وسلامة المعاملة الدولية ٠

على أنه قد يستدل بحسن النية هذا على أن الأصوب هو إطلاق مسمى " **الدفع بحسن النية** " على هذه النظرية ، على اعتبار أن حسن النية فى مجال الأهلية يكون مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبى ، لكن حتى مع التسليم بأن هذه النظرية تهدف إلى حماية حسن النية إلا أن هذه التسمية تبدو غير دقيقة وإن كانت أقرب إلى مضمون تلك النظرية لكن الأخذ بها يوحى بأن الاختصاص التشريعى قد انعقد بداءة للقانون الأجنبى ، ونظراً لأن تطبيقه يلحق ضرر بأحد المتعاقدين فإنه يُستبعد ويسرى على النزاع قانون الدولة التى تم فيها التصرف ، وهذا غير دقيق إذ ان هذه النظرية تعقد الاختصاص للقانون الوطنى بداءة وليس انتهاءاً ٠

بينما أطلق بعض الفقه [2] على هذه النظرية مسمى "**نظرية الأهلية الظاهرة**" على اعتبار أن الظاهر من المتعاقد الأجنبى كمال الأهلية ، مما ساعد فى تكوين وإنشاء التصرفات

---

(١) د/ جابر جاد عبد الرحمن ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٥٧٨ ٠
(٢) الفقيه نيبوابيه ــ المطول ــ فقرة ١٥٣٨ ص٥٢٩ ٠

القانونية، وهذا يستلزم إتمامها حيث إنه خير من إبطالها عن طريق التذرع بأحكام القانون الشخصى ٠

ــ وهذه التسمية تبدو موفقة إلى حد كبير حيث إنها وبعبارات موجزة وصفت المسألة ــ النظرية ــ محل البحث وصفاً أقرب إلى الكمال ، فالأمر فى حقيقته أننا أمام أهلية يبدو من ظاهرها الكمال لكنها فى الحقيقة غير ذلك ، مما استدعت تمييزها ــ بقاعدة إسناد خاصة بها ، عن الأهلية العادية ، ولهذا التمييز ما يبرره ويستند عليه قانونا ــ كما سنرى ــ ٠

***أساس الأخذ بهذه القاعدة :**

رغم أن الفقه القانونى يكاد يكون متفق على الأخذ بهذه النظرية ، إلا أنه دار خلاف محمود فيه بشأن بيان الأساس القانونى للأخذ بها ، وقد تنوعت الآراء وتعددت ويمكن حصرها فى عدة اتجاهات على النحو الآتى :

١ ــ الاتجاه الأول :

وذهب أصحابه [1] إلى أن الأخذ بهذه القاعدة يجد أساسه فى فكرة المصلحة الوطنية linteret national والتى مبناها حماية العاقد الوطنى ، حيث إنه لا يجوز أن يضار من تطبيق أحكام القانون الأجنبى فى الأهلية ٠

---

(١) من هؤلاء : باتيفول فى المطول ــ بند ٤٩١ ص١٤٣ ٠
نيبوابية فى المطول ــ بند ١٥٣٨ ص٥٢٩ ٠
فاليرى فى الموجز بند ٦٠٠ ٠

*** وفى تقييم هذا الاتجاه :**

يمكن القول بأنه محل نظر حيث يحمى مصالح الوطنيين على حساب مصالح الأجانب ، وهو ما يخالف حكمة التشريع حيث إن قواعد القانون الدولى الخاص ترمى إلى حماية مصالح الأفراد دون تفرقة بين وطنيين أو أجانب ، وحماية حسن النية يستلزم المساواة بينهما ، كما أن تأمين وسلامة المعاملات الدولية يستلزم التسوية بينهما دونما تفرقة .

ـ وعلى فرض التسليم بهذا الاتجاه فإنه يؤدى إلى إنكار العدالة فى كثير من الحالات ، ذلك أن التمسك بفكرة المصلحة الوطنية على إطلاقها قد يؤدى إلى استبعاد وتجاهل القوانين الأجنبية فى كثير من الفروض بدعوى حماية المصلحة الوطنية[1].

٢ ـ الاتجاه الثانى :

وذهب أصحابه [٢] إلى تبرير الأخذ بهذه القاعدة على أساس فكرة النظام العام ، حيث إن الدفع بالمصلحة الوطنية ما هو إلا أحد تطبيقات الدفع بالنظام العام ما دام إن تطبيق القانون الأجنبى بموجب القاعدة العامة يضر بمصالح الوطنيين .

***وفى تقييم هذا الاتجاه :**

يمكن القول بأنه محل نظر كما أنه معيب حيث إن استبعاد

---

(١) د/ هشام على صادق ـ تنازع القوانين ص٥٩٢ ، د/ ماهر إبراهيم السداوى فى مؤلفه مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٤ ومؤلفه القانون الدولى الخاص ـ تنازع القوانين جـ١ص ٢٩١ .

(٢)- p – Bartin – principes de droit international prive t I et II – 3 eme – ed – 1930 , t – 2 – n – 234.

أحكام القانون الأجنبى باسم الدفع بالنظام العام لا يكون إلا فى الحالات التى تتعارض فيها أحكام القانون الأجنبى تعارضاً صارخاً مع الأسس الجوهرية والدعائم الأساسية فى القانون الوطنى أما ما عدا ذلك فإنه لا يعد تعارضاً كاختلاف القانون الأجنبى فى تحديد سن الرشد مع القانون الوطنى فى دولة القاضى .

كما أن التسليم بهذا الاتجاه على إطلاقه يجعل قاعدة الإسناد الوطنية عديمة الفائدة بل مجرد لغو ، فهى قد تشير إلى القانون الوطنى ـ متى كان المتعاقد وطنيا ـ وقد تشير إلى القانون الأجنبى متى كان المتعاقد أجنبياً وفى هذه الحالة قد تتفق أحكام القانون الأجنبى مع أحكام القانون الوطنى ، كما قد تختلف أحكامه مع أحكام القانون الوطنى ووقتها يتم استبعاد أحكامه ، لكن ذلك غير مسلم خاصة فى الحالة التى يعلم فيها المتعاقد الوطنى بسن الرشد المحددة فى القانون الأجنبى فهذا العلم يحول دون استبعاد أحكام هذا القانون [١].

٣ ـ الاتجاه الثالث :

ذهب أصحابه [٢] إلى أن الأخذ بهذه القاعدة يجد أساسه

---

(١) تنازع القوانين د/ عز الدين عبد الله ص٢٣٢ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٣ .

(٢) الفقيه الفرنسى نيبوايية فى كتابه الموجز ط٢ سنة ١٩٢٨ فقرة ٦٠٠ وكتابه دروس ط سنة ١٩٤٩ فقرة ٥٤٩ ، ويرى أن تطبيق ==

فى فكرة الإثراء بلا سبب ، ذلك أن العاقد الأجنبى والذى يتمسك بنقص أهليته طبقاً لقانونه الوطنى توصلاً لإبطال العقد يكون قد أثرى على حساب المتعاقد الوطنى ـ المفتقر ـ والإثراء بلا سبب يحكمه قانون المحل الذى وقع فيه الفعل مصدر الإثراء وهو قانون القاضى ٠

ـ وفى تقييم هذا الاتجاه : يمكن القول برده على اعتبار أن القضاء الفرنسى فى حكمه الشهير فى قضية ليزادى لم يفرق بين ما إذا كان الأجنبى قد أثرى من وراء التصرف الذى أبرم من عدمه ٠ **هذا أمر** ٠

أمر آخر : لو كانت هذه القاعدة تجد أساسها فى فكرة الإثراء بلا سبب لترتب على ذلك أن الطرف المفتقر ـ المستحق للحماية ـ لا يمكنه أن يطالب إلا بأقل القيمتين وهما:

١ ـ المنفعة التى عادت على الأجنبى من التصرف ٠

٢ ـ مقدار الافتقار الذى لحق بالمتعاقد الآخر ـ الوطنى٠ لكن الثابت من إعمال تلك القاعدة هو تصحيح التصرف واعتباره

==القانون الفرنسى فى هذا الفرض أمر تمليه اعتبارات البوليس والأمن المدنى ، مع ملاحظة أنه يقيد ذلك بمجال العقود اليومية المعتادة ، أما العقود ذات الأهمية الخاصة أو الخطرة فإنها تخضع للقاعدة العامة إذ يتعين على المتعاقد الوطنى أن يكون حذراً ومستلزماً الحيطة بتقصى أحكام القانون الأجنبى الخاصة بالأهلية قبل أن يقدم على التعاقد ، د/ حامد زكى ـ القانون الدولى الخاص المصرى ـ الطبعة الأولى ١٩٣٦ بند ٣٢٧ ص٣٥٩ ٠

صحيحاً على الرغم من صدوره من ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطنى [١] ٠

٤ ـ الاتجاه الرابع :

ذهب أصحابه [٢] إلى أن الأخذ بهذه القاعدة يجد أساسه فى فكرة الجهل المُغتفر بأحكام القانون الأجنبى ، حيث إنه لا يقف على قدم المساواة مع القانون الوطنى بل يعامل على أنه عنصر من عناصر الواقع ـ أى واقعه ـ وليس قانون ، وعليه فالجهل بهذا القانون الأجنبى جهل بالواقع وهو مغتفر وجائز ٠

***وفى تقييم هذا الاتجاه :**

يمكن القول بأن مبدأ عدم الإعتذار بالجهل بالقانون يطبق فى شأن القانون الأجنبى تماماً كالقانون الوطنى على حد سواء لأن تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه بحكم النزاع يستجيب إلى اعتبارات آمرة تمليها السياسة التشريعية ، وعليه فلا مجال للتفرقة بينه وبين القانون الوطنى فى إعمال هذا المبدأ ٠

---

(١) تنازع القوانين د/ عز الدين عبد الله ص٢٣٣ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٣ ٠

(٢) د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص ـ تنازع القوانين جـ٢ص٢٣٣ ٠

p – Batiffol – traité élémentaire de droit international – prive – 3 éme ed – 1959 – Paris n – 417 – p 471 – 473 .

أمر آخر : لو سلمنا المتعاقد الوطنى التمسك بجهله بالقانون الأجنبى فإن ذلك يؤدى بالضرورة إلى التمسك بذلك فى جميع الأحوال والفروض التى ينعقد فيها الاختصاص التشريعى للقانون الأجنبى ، لا فرق فى ذلك بين الأهلية وغيرها ، وهذا لم يقل به أحد وأيا ما كان الأمر فى تبرير الأخذ بهذه القاعدة فإن الفقه القانونى متفق على الأخذ بها مؤكداً سلامة القضاء بها وعدالتها. وفى مصر ، فقد أغنانا المشرع المصرى عن عناء البحث فى أساس إعمال هذه القاعدة والتى تضمنتها المادة ١/١١ مدنى حيث علل الأخذ بها بقوله " ... من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملماً بالقواعد المتعلقة بأهليته وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع مجالاً للشك فى كمال أهليته ... " [1] ومن ثم يجب على المحاكم الوطنية حماية السكان الوطنيين من مفاجآت التشريعات الأجنبية. هذا فى الأحوال العادية ، لكن إذا ما لجأ الأجنبى إلى وسائل خادعة أوهم بها العاقد الوطنى بكونه أهلاً فى حين أنه غير أهلٍ فإنه يعتبر مسئولاً مسئولية تقصيرية وبالتالى يخضع للقانون المحلى ــ وهو القانون الوطنى فى هذا الغرض [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ص٢٤٣ .

(٢) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٥٧٢ ، القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين د/ عز الدين عبد الله ص٢٣٣ ، ٢٣٤ .

المسألة الثالثة

ضوابط إعمال القاعدة

إن من يدقق النظر فى المادة ١/١١ مدنى يجد أنها تتضمن مجموعة من الضوابط والشروط لإعمالها ، وهذه الضوابط تنحصر فيما يأتى :

أولاً : أن يكون التصرف من التصرفات القانونية المالية .

ثانياً : أن يكون التصرف معقوداً فى مصر وتترتب آثاره فيها.

ثالثاً : أن يكون المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته ، كامل الأهلية وفقاً للقانون الوطنى .

رابعاً : أن يكون المتعاقد مع الأجنبى حسن النية .

وفيما يلى بيان تلك الضوابط بشئ من التفصيل .

أولاً

أن يكون التصرف من التصرفات القانونية المالية

يتعين أن تكون العلاقة موضوع النزاع من العلاقات المالية سواء المدنية أو التجارية مما يعنى أنه لا مجال لإعمال تلك القاعدة متى كان موضوع النزاع متعلق بالأحوال الشخصية .

على أن لفظ ــ التصرفات المالية ــ المذكورة فى النص قد أثارت خلافاً فى الفقه القانونى يدور حول النطاق الموضوعى لهذه القاعدة بمعنى هل حكم المادة ١١ مدنى يتناول كل

التصرفات القانونية المالية أيا ما كان أهميتها أو طبيعتها ما دامت واقعة فى نطاق التصرفات المالية ؟ ٠

وفى الإجابة على هذا التساؤل يمكن رد هذا الخلاف الفقهى إلى اتجاهين وهما :

الاتجاه الأول :

ومفاده ضرورة التفرقة بين العقود حسب أهميتها وطبيعتها فهناك العقود المالية الجارية أو اليومية وهى التى تحصل فى كل يوم وفى كل ساعة كالعقود المتعلقة بالمأكل والمشرب والعلاج ، وشراء مختلف عروض التجارة ونحوها ٠

وهناك العقود المالية ذات الخطر كبيع العقار أو رهنه ، والاقتراض من البنوك ونحوها ٠

وحصر النطاق الموضوعى لتلك القاعدة فى العقود المالية الجارية فقط حيث أنها تتم سراعاً ولا تعطى العاقد فرصة تقصى أهلية العاقد الآخر فلا يعقل أن تطالب المحكمة هذا المتعاقد بالتحرى عن حكم القانون الأجنبى والقيام بدراسة القانون المقارن ومن ثم فإنها تحميه ، كما أنها عند البعض لا تعد من العقود الدولية حيث إنها لا تمس قواعد أو أنظمة تتعدى نطاق القانون الداخلى ، وبالتالى تسرى عليها أحكام القانون الداخلى ابتداءً حتى فيما يتعلق بالأهلية وهذا بخلاف العقود ذات الخطر ، والتى تستلزم قدراً من الحيطة والحذر وتقصى أهلية المتعاقد الأجنبى قبل الإقدام عليها وعليه فلا عذر للمتعاقد مع الأجنبى إن هو أهمل أو قصر فى ذلك [1].

(١) د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص ــ جـ٢ ط٨ ص٢٣٨ د/ جابر جاد عبد الرحمن ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٥٧١ ==

الاتجاه الثانى :

ومفاده أنه لا محل لتقييد الإطلاق الوارد فى المادة ١/١١ مدنى ، حيث اقتصرت تلك المادة على اشتراط وقوع التصرف فى دائرة المعاملات المالية دونما تحديد لدرجة هذا التصرف أو أهميته ، مما يعنى أن النص يسرى على كل أنواع التصرفات الجارية منها أو ذات الخطر ، ولأن العلة حتى مع التقييد موجودة فالتصرفات ذات الخطر تقتضى قدراً من الحذر وتقصى أهلية العاقد أمر صحيح ومسلم لكن لا يكفى له ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص الأهلية راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه ٠

وكلما زادت خطورة التصرف كلما زاد القدر المطلوب من الحذر فى نقص أهلية المتعاقد ، ومع ذلك عجز عليه الوقوف على تلك الأهلية ، ومن هنا تجب حمايته [1] على أن تحديد قيام

==د/ أحمد صادق القشيرى فى بحثه الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود الدولية ، منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥ ص٨٠ ، وهو يشير إلى تحديد المقصود بالعقد الدولى ٠

(١) د/ منصور مصطفى منصور ــ مذكرات فى القانون الدولى الخاص ــ سنة ١٩٥٦ /١٩٥٧ ص٢٥٠ ، ٢٥٤ ، د/ محمد كمال فهمى أصول القانون الدولى الخاص ص٥٦٠ ، د/ شمس الدين الوكيل دروس فى القانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٢/١٩٦٣ ص١٣٤ ، د/ فؤاد رياض فى مؤلفه تنازع القوانين بالاشتراك مع د/ سامية راشد ص٢٦٤ ، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم تنازع القوانين ط سنة ٢٠٠٢ ص١٩٧ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ــ الكتاب الأول ط سنة ١٩٩٢ ص٤٠٧ ، د/ أحمد ==

المتعاقد مع الأجنبى بالتقصي عن أهلية المتعاقد الأجنبى يعد أمراً موضوعياً متروكاً لتقدير قاضى الموضوع ٠

ثانياً

أن يكون التصرف معقوداً في مصر وتترتب آثاره فيها

يتعين لإعمال الحكم المنصوص عليه فى تلك القاعدة ، أن يكون التصرف قد تم إبرامه فى مصر ، وتترتب آثاره فيها ، وهذا هو منطوق المادة ١/١١ حيث ذكرت " ٠٠٠ ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها٠٠٠ " ومن خلال هذا النص نلحظ تلازم الأمرين ــ بمعنى أن تعقد التصرفات فى الإقليم الوطنى ــ مصر ــ وتنتج آثارها فيه ٠ وعليه فلا يكفى أحدهما عن الآخر ، كما لا يكفى وجود أحدهما دون الآخر ، لأن المقصود هو حماية المعاملات التى تتم فى الإقليم الوطنى من حيث انعقادها وآثارها [1] وهذا ما

==عبد الكريم سلامه ــ علم قاعدة التنازع ص٧٥٠ ، ومؤلفه مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ص٣٦٩ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ص٣٢٦ ، د/ عكاشه محمد عبد العال ــ تنازع القوانين ص٦٩٣ ، د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى ــ الوسيط ص٨٨ ، د/ جمال محمود الكردى ــ تنازع القوانين ص٣٧٣ ، د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٨ ، ومؤلفه ــ القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين ص٢٩٥ ، د/ سالم أرجيعه ــ القانون الدولى الخاص الليبى جـ١ص٣٠٠ ٠

(١) تنازع القوانين د/ فؤاد رياض بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان ص٢٦٤ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٦ ، ==

يتفق مع قصد المشرع وهدفه من تقريره لتلك القاعدة ، على أنه يرجع فى شأن تحديد المقصود بالإقليم وعناصره المختلفة إلى مبادئ وأحكام القانون الدولى العام ومؤلفاته ويستفاد من ذلك أن الحماية التى يقصدها المشرع تتجه نحو التصرف لا الأشخاص متى تم هذا التصرف بشرطيه ، وعليه يستوى ما إذا كان أطرافه أجانب أو أحدهما وطنيا ٠

وهنا يدور فى الأفق السؤال الآتى : هل يمكن إعمال حكم هذه القاعدة بخصوص التصرفات التى تتم فى الخارج حتى ولو كان أحد أطرافها وطنيا أم لا ؟

ذهب البعض [1] إلى وجوب إعمال هذه القاعدة لو تم التصرف فى الخارج متى كان أحد المتعاقدين وطنيا ناقص

==أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمى ص٥٦٠ ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة ــ مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ص٣٦٨ ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ص٣٢٦ ، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ــ القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين ط سنة ٢٠٠٢ص١٩٧ ، د/ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٥ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين ص٢٩١ ، القانون الدولى الخاص د/ أحمد عشوش ، د/ أحمد الهوارى جـ٢ط٢٠٠٠/٢٠٠١ ص١١٠ ٠

(١) نيبوابيه ــ المطول جـ٥بند ١٥٣٨ ص٥٢٩ ،د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى فى مؤلفه الوسيط ص٨٩ حيث ذكر ٠٠٠ وهذا رأى جدير بالتأييد لاستناده إلى الهدف الحقيقى للقانون الدولى الخاص كما يراه الفقه الحديث٠

الأهلية وفقا لقانون دولته ــ الوطنى ــ لكنه كامل الأهلية وفقا لقانون دولة محل الإبرام ، أما لو كان المتعاقدين فى الخارج أجنبيين فإنه يمكن كذلك إعمال تلك القاعدة متى كان قانون دولة دولة محل الإبرام يتضمن نصاً مماثلاً لما هو فى القانون الوطنى ، لأن الهدف هو حماية المعاملات الدولية واستقرارها بصفة عامة دون الاكتفاء بحماية المعاملات الدولية التى تتم داخل إقليم الدولة ٠

وبإسقاط ذلك الرأى على نص المادة ١/١١ مدنى مصرى نجد أنه يتجافى معها مجافاة حقيقية بل وصريحة وذلك إزاء وضوح النص ووضوح ألفاظه ٠

غير أنه ليس هناك ما يمنع القضاء من الأخذ بهذا الرأى والذى يحقق هدفاً أساسياً فى أهداف القانون الدولى الخاص وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ، وهذا لا يتأتى إلا بحماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التى تقوم داخل حدود الدولة ، وتلك التى تقوم خارج هذه الحدود [1] .

ــ كما أنه وبخصوص هذا الشرط يوجد تساؤل آخر مؤداه هل يتعين أن يكون المتعاقد مع الأجنبى وطنيا أم لا ؟

من المعلوم أنه إذا كان المتعاقدان يحملان نفس الجنسية أى

---

(١) الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى ص٨٩ ٠

ينتميان بجنسيتهما لدولة واحدة ، فلا مجال لإعمال تلك القاعدة حيث إن كلا منهما بحسب الأصل يعلم بالأحكام القانونية المقررة فى قانونه الشخصى والمتعلقة بالأهلية ، وعليه فلا عذر لأحدهما أو كليهما بعدم معرفته بتلك الأحكام [1] .

أما إذا اختلف المتعاقدين فى جنسيتهما بحيث ينتمى كل منهما لجنسية دولة مختلفة وتم التصرف فى مصر ، وتترتب آثاره فيها فإنه وإزاء عموم النص يمكن القول بإعمال تلك القاعدة حيث إن القصد هو حماية المعاملات التى تتم فى حدود الإقليم المصرى [2] .

غير أن البعض [3] ذكر أن مطالعة النص القانونى تفيد أن هذه القاعدة بما تتضمنه من حكم قاصرة على حماية الوطنيين فقط مما يستلزم معه ضرورة ان يكون المتعاقد مع الأجنبى وطنيا ــ مصرياً ــ فظاهر نص المادة ١/١١ ــ بطريق المخالفة ــ أن الطرف الآخر وطنى ٠

ومن ناحية أخرى نجد أن المذكرة الإيضاحية تؤكد ذلك ،

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ص٢٣٧ ، تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال ص٦٩٩ ٠

(٢) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ــ ص٥٩٦ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٥٧٢ ، أصول القانون الدولى الخاص ، د/ محمد كمال فهمى ص٥٦٠ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر السداوى ص٢١٧ ٠

(٣) مشار إليه فى مؤلف د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص ــ جـ٢ص٢٣٧ ، ومؤلفد/ أحمد عشوش ص١١١ دون ذكر صاحبه ٠

حيث جاء فيها ... من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملماً بالقواعد المتعلقة بأهليته [1] كما أن فكرة المصلحة الوطنية قد نشأت تاريخياً فى فرنسا ، لحماية المتعاقد الوطنى . ــ هذا وقد ذهب بعض الفقه [2] إلى أن حمل النص (م١/١١) **على هذا المعنى محل شك للأسباب الآتية :**

أولاً : لأن عبارة النص لا تقطع فى كون العاقد المراد حمايته من بطلان التصرف لنقص أهلية العاقد الأجنبى أجنبياً .

ثانياً : لأن القوانين ــ الألمانى ، الإيطالى ، البولونى ... لا تقصر هذه الحماية على العاقد الوطنى وحتى يمكن الاستناد إلى نصوصها ومقابلة المادة ١/١١ مدنى مصرى بهذه النصوص .

ثالثاً : لأن المشروع التمهيدى للمادة ١١ مدنى مصرى كان يقضى بأنه " واستثناء من أحكام المادة السابقة فإن القانون المصرى هو الذى يحدد أهلية الأجنبى الذى يتعاقد فى مصر مع مصرى أو مع أجنبى من جنسية مختلفة تكون إقامته العادية فى مصر .

رابعاً : لأن الحكمة فى استبعاد أحكام القانون الأجنبى هى تأمين سلامة المعاملات وليس مجرد حماية العاقد الوطنى لوطنيته ، وهو ما يجب أن يستفيد منه المصرى والأجنبى على السواء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص٢٤٢ .

(٢) د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٢٣٧ ، ٢٣٨ .

ثالثاً

أن يكون المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقاً للقانون الوطنى

يتعين للاستفادة من القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/١١ مدنى أن يكون المتعاقد الأجنبى كامل الأهلية وفقاً لقانون البلد الذى يراد التمسك بالحماية فيه ــ الوطنى ــ لأنه لو لم يكن كامل الأهلية ، لما أمكن التمسك فى مواجهته بتصحيح العقد [1] ، كما أن المتعاقد المصرى يكون غير معذور فى جهله بنقص أهلية العاقد الأجنبى .

وقد ذكر بعض الفقه [2] عدة أسباب لضرورة تطلب هذا الشرط لإعمال تلك القاعدة رغم عدم النص عليه .

أولاً : المادة ١١ مدنى وهى تقضى بأن نقص أهلية المتعاقد الأجنبى تعطل تطبيق القانون الأجنبى المختص أصلاً بحكم الأهلية وبهذا يسترد القانون المصرى اختصاصه بناء على سيادته الإقليمية باعتباره قانون محل التصرف،

---

(١) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٧ .

(٢) د/ منصور مصطفى منصور ــ مذكرات فى القانون الدولى الخاص ص٢٥٦ ، د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٢٣٦، د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد تنازع القوانين ص٢٦٦، د/عكاشه محمد عبد العال ــ تنازع القوانين ص٦٩٦ ، د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٦ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين جـ١ص ٢٩٢ .

ويتعين مراعاة حكمه فى الأهلية ، والقول بغير ذلك معناه أن تصبح أهلية العاقد الأجنبى غير محكوم بأى قانون .

ثانياً : كون العاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقاً للقانونين - قانونه الشخصى ، القانون الوطنى - يجعل العاقد المصرى غير معذور فى جهله بنقص أهليته .

ثالثاً : هذا الشرط مذكور صراحة فى أصل المادة ١١ مدنى ففى مشروع تنقيح القانون المدنى جاء النص الآتى : " ... ومع ذلك فالأجنبى الذى يقوم فى مصر بتصرف لا يكون أهلا له بحسب القانون المبين فى الفقرة السابقة (قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص) يلتزم بهذا التصرف إذا كان أهلا للقيام به طبقاً للقانون المصرى إلا فيما يتعلق بالعلاقات المتعلقة بالأسرة والمواريث والوصايا والتصرفات الواقعة على عقارات كائنة فى الخارج .. [1].

رابعاً : لأن هذا الشرط ورد صراحة بنصوص كل من القانون الألمانى والإيطالى والبولونى وهى القوانين التى أستقى منها حكم المادة ١١ مدنى مصرى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص٢٤١ .

رابعاً

أن يكون المتعاقد مع الأجنبى حسن النية

للإستفادة من الحكم المنصوص عليه فى المادة ١١ مدنى يتعين أن يكون المتعاقد مع الأجنبى حسن النية ويتأتى ذلك بأن كان نقص الأهلية فى حق المتعاقد الأجنبى يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على المتعاقد معه - تبينه وفى نفس الوقت لا يعلمه - فإن كان يعلم ذلك السبب وتعمد تجاهله فلا محل لحمايته ، كذلك يتعين أن يكون تصرفه ينم عن حكمة وتعقل لا عن رعونة وعدم تبصر ، وهذا الشرط يتضمن عنصرين [1] :

الأول : عنصر شخصى :

يُنظر فيه إلى جهل المتعاقد مع الأجنبى فعلاً بنقص أهلية المتعاقد الأجنبى ، فإن كان يجهل ذلك فهو حسن النية تجب حمايته ، أما إذا كان عالماً بنقص أهليته انتفى عنه حسن النية ولا عذر له ومن ثم فلا يمكنه التمسك بالحكم المقرر فى تلك القاعدة .

الثانى : عنصر موضوعى :

يُقدر فيه هذا الجهل وفقاً لمسلك الشخص العادى وهو أمر يقدره القاضى حسب ظروف الحال ويأخذ فيه بمعيار شخصى يختلف باختلاف الحال من عاقد إلى آخر [2].

---

(١) دروس فى القانون الدولى الخاص د/ شمس الدين الوكيل ص١٣٨ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٧ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر السداوى ص٢١٥ ، ٢١٦ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص ص٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٢) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله ص٢٣٦ ، علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة ص٧٥٢ .

والمعيار العادى والمعقول هو ألا يكون المتعاقد مع الأجنبى معذوراً فى جهله بنقص أهليته كما لو كان سبب النقص ظاهر لا خفاء فيه كمجنون وصغر سنه ٠٠ الخ ٠

على أن تقدير ذلك أمر متروك لمحكمة الموضوع وفقاً لمعيار موضوعى ــ وهو معيار الرجل العادى ــ فالقاضى يقدر مسلك الرجل العادى ثم يقارن مسلك المتعاقد مع الأجنبى به مع الأخذ فى الاعتبار نفس الظروف والأحوال التى وجد فيها المتعاقد [1].

وأيا ما كان الأمر فإنه متى انتفى حسن النية لدى المتعاقد مع الأجنبى كما لو كان يعلم بنقص أهليته أو تعاقد برعونة وخفة دون تحرى وضع الأجنبى ، أو سبق له التعامل معه ٠٠٠ الخ فإن هذا المتعامل يكون غير جدير بالحماية ، وبإمكان الأجنبى أن يتمسك بعدم صحة التصرف لنقص الأهلية [2].

وفى الختام نذكر أنه متى توافرت تلك الشروط والضوابط السابقة فإنه إعمالاً لتلك القاعدة يتعين حماية المتعاقد مع الأصلى ، وذلك بطرح الدفع الذى أثاره الأجنبى ــ كونه ناقص الأهلية ــ توصلاً لإبطال التصرف ، وتصحيح التصرف باعتباره كامل الأهلية ، وإلزامه بما يترتب على ذلك من آثار هذا ما لم يكن هناك سبب آخر لإبطال هذا التصرف ٠

---

(١) الوسيط د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ، ص٢٦٦ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٩٧ ، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٣٦٩ ، القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط ٢٠٠٢ص١٩٨ ٠

(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة ــ ص٧٥١ ، ٧٥٢ ٠

الفصل الثانى

قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية

تمهيد :

لقد اعتد المشرع المصرى بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصى فى مجال الأحوال الشخصية ، وقد لاحظ المشرع أن ثمة صعوبة قد تطرأ فى الحياة العملية بخصوص تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق فى حق الشخص متعدد الجنسية والذى أثير نزاع بشأن أهليته أمام القضاء الوطنى على أن الفقه القانونى عند مواجهة تلك الصعوبة عادة ما يفرق بين فرضين أساسيين هى :

الأول : إذا كانت جنسية دولة القاضى من بين الجنسيات المتعددة ٠

الثانى : إذا لم تكن جنسية دولة القاضى من بين الجنسيات المتعددة على أن هذا الفرض (الثانى) خارج عن المسألة التى نودُ الحديث عنها ، وعليه يقتصر الحديث عند بيان قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية فى الفرض (الأول) الذى تكون فيه جنسية دولة القاضى من بين الجنسيات المتعددة ونتناول ذلك على النحو الآتى:

المسألة الأولى : النص التشريعى ٠

المسألة الثانية : مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها ٠

المسألة الأولى

النص التشريعى

واجه المشرع هذه الحالة فى المادة ٢/٢٥ مدنى حيث جاء فيها :"٢ ــ على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه " (١).

فهذه الفقرة تواجه التنازع ــ الإيجابى ــ بين الجنسيات المتعددة والجنسية الوطنية أحدها وذلك لمعرفة القانون الشخصى الواجب التطبيق ، وقررت عقد الاختصاص للقانون المصرى وحده ، بصرف النظر عن باقى القوانين الشخصية الأخرى .

ــ ولا غرابة فى موقف المشرع المصرى هذا ، حيث سبقه فى الأخذ به ، والتعويل عليه العديد من التشريعات ، بل إنه يمكن القول بأن هذا ما عليه غالب التشريعات فى القوانين المقارنة ، ومن بينها :

ما جاء فى المادة ٥/٥ من القانون الدولى الخاص الألمانى لسنة ١٩٧٤ حيث قضت بأن الشخص المتمتع بجنسيات متعددة من بينها الجنسية الألمانية ، فإن القانون الألمانى هو الواجب التطبيق .

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

b)aux personnes ayant plusieurs nationalites , quand elles ant en méme temps la nationalité de la république démocratique allemende, le droit de la république **démocratique** allemande(١)

وكذلك ما جاء فى المادة ١/٩ من القانون الدولى الخاص النمساوى لسنة ١٩٧٨ حيث قضت بأن القانون الشخصى للشخص الطبيعى هو قانون الدولة التى ينتمى إليها ، والشخص المتمتع بجنسية أجنبية مع الجنسية النمساوية يكون قانونه الشخصى هو القانون النمساوى .

(Art 9-1) le statut personnel d'une personne physique est le droit de l'etat dont la personne est le ressortissant si une personne posse`de a`la fois une nationalité étrange`re et la citoyenneté autrichienne, celle – ci estdécisive(٢)

وما جاء فى المادة ٢/١١ من القانون الدولى الخاص المجرى لسنة ١٩٧٩ حيث قضت بأنه : عندما يتمتع الشخص بجنسيات متعددة من بينها الجنسية المجرية فإن القانون الشخصى هو القانون المجرى .

(Art 11-2) lorsqu ' une personne possé de pLusieurs nationalites , don't La nationalite hongroise, sa Loi

---

(١)-orienations methodol OGiques dans les CODIEIG ations recentes du droit international prive` en europe BiBliotheque de droit prive` . paris – 1987 – p 397

(٢) المرجع السابق ص٤٠٥ .

personnelle est la loi hongroise (١)

كذلك ما جاء فى المادة ٤/ب من قانون الجنسية التركية لسنة ١٩٨٢ حيث قضت بأنه " عندما يتمتع الشخص بجنسيات متعددة من بينها الجنسية التركية فإن القانون الشخصى هو القانون التركى ٠

(Art 4/b) pour les personnes ayant plusieurs nationalites, la Loi turque, si elles possé dent également la nationaLté turque . (٢)

ـ كذلك ما عليه العمل فى المادة ٢/٢٥ من القانون المدنى الليبى الصادر سنة ١٩٥٣ حيث جاء فيها : " على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى ليبيا الجنسية الليبية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون الليبى هو الذى يجب تطبيقه " (٣).

ـ وكذلك ما عليه العمل فى المادة ٢٢ من القانون المدنى الجزائرى الصادر فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ حيث ذكرت بأنه " عند تعدد الجنسيات يطبق القاضى قانون الجنسية الفعلية ، على أن القانون الجزائرى هو الذى يطبق تثبت للشخص فى وقت واحد الجنسية الجزائرية بالنسبة إلى الجزائر وجنسية أخرى بالنسبة لدولة أو لعدة دول أجنبية (٤).

كذلك ما عليه العمل فى المادة ٢/٢٧ من القانون المدنى

---

(١) المرجع السابق ص٤١٤ ٠
(٢) المرجع السابق ص٤٢٧ ٠
(٣) موسوعة التشريعات العربية ٠
(٤) موسوعة التشريعات العربية ٠

السورى ٨٤ لسنة ١٩٤٩ والصادر فى ١٨ آيار حيث جاء فيها" على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى سورية الجنسية السورية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون السورى هو الذى يجب تطبيقه " (١).

ـ كذلك ما عليه العمل فى المادة ٢/٧٠ من القانون الكويتى رقم ٥ لسنة ١٩٦١ والخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى والصادر فى ١٩٦١/٤/١٤ حيث جاء فيها : " على أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى الكويت الجنسية الكويتية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، يطبق عليهم القانون الكويتى"(٢).

ـ كما أخذت بعض الاتفاقيات الدولية بنفس الحكم ولا أدل على ذلك من الحكم المقرر فى اتفاقية لاهاى المبرمة فى ١٢ إبريل سنة ١٩٣٠ ، والتى أصبحت نافذة منذ سنة ١٩٣٧ والخاصة بتنظيم بعض المسائل فى تنازع القوانين فى شأن الجنسية (٣) حيث قررت الاتفاقية فى مادتها الثالثة ما يلى "٠٠٠ إن الشخص الذى يتمتع فى وقت واحد بجنسية أكثر من دولة يمكن اعتباره بالنسبة لأية دولة يحمل جنسيتها كأنه أحد

---

(١) موسوعة التشريعات العربية ٠
(٢) موسوعة التشريعات العربية ٠
(٣)Reportoire de droit international privé – t – 9 nationalite – p 286 – N 88 .
- Batiffol et lagarde – droit international privé – 1970 ed – 5 – t – I – N 78 – et n 87 .

مواطنيها " .

فيؤخذ من ذلك التسليم بحل التنازع الإيجابى فى الجنسية على أساس تطبيق قانون القاضى إذا كانت جنسية دولته إحدى الجنسيات المتنازعة .

المسألة الثانية

مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها

***مضمون القاعدة :**

تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها الشخص متعدد الجنسية ، وبالتالى يكون القانون الشخصى له هو القانون المصرى ، بصرف النظر عن باقى الجنسيات .

معنى ذلك إذا عرض نزاع على القاضى الوطنى متعلق بشخص متعدد الجنسية والجنسية المصرية إحدى هذه الجنسيات تعين أن يطبق القاضى القانون المصرى باعتباره القانون الواجب التطبيق .

ولكن هذه القاعدة يرد عليها الاستثناءات الآتية [1] :

الأول : فى حالة وجود اتفاق دولى بين كل من الدولة التى طُرح النزاع أمام محاكمها ودولة أخرى من الدول التى تتراكم جنسياتها على الشخص ، إذ يتعين فى هذه الحالة إعمال حكم المعاهدة ولو أدى ذلك إلى معاملة متعدد

---

(١) الجنسية والوطن د/ هشام على صادق فقرة ٨٤ ص ٢٠٩ ، ومؤلفه تنازع القوانين ص٣٩٦ هامش رقم ١ ، تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال ص٥٨٤ وما بعدها .

الجنسية معاملة الأجنبى .

الثانى : إذا كان متعدد الجنسية يحمل جنسية دولة من دول الأعداء فى زمن الحرب فقد جرى العمل لدى العديد من الدول على معاملته بوصفه أجنبياً من رعايا الدولة المعادية على الرغم من أنه يحمل الجنسية الوطنية فى نفس الوقت ، وعليه يكون لسلطات الدولة أن تعامله بهذه الصفة فتتخذ فى مواجهة الإجراءات الاستثنائية كأن تضع أمواله تحت الحراسة ، وباقى الأحكام التى يقررها القانون .

الثالث : ليس للدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية على أحد رعاياها فى مواجهة دولة أخرى يحمل فى نفس الوقت جنسيتها ، على أنه تظهر فاعلية هذا الاستثناء فى نطاق القانون الدولى .

مبررات الأخذ بهذه القاعدة :

إن الأخذ بهذه القاعدة والعمل بها إنما يبرره العديد من الاعتبارات والأسباب منها ما يلى :

أولاً : الأخذ بهذه القاعدة يُستمد من القانون الداخلى :

حيث إن القانون الداخلى هو الذى يحدد من هو الوطنى ، وغيره يعد أجنبياً ، والقاضى المنظور أمامه النزاع وهو فى هذه الحالة وطنياً ، يتعين عليه الاعتداد بذلك والفصل فى النزاع المتعلق بمتعدد الجنسية على أساس أنه وطنى وبالتالى القانون الشخصى له هو القانون الوطنى وفقاً للمادة ٢/٢٥ مدنى مصرى.

ومما لا شك فيه أن إفراد الجنسية المصرية - لمتعدد

الجنسية ـ وجعلها ضابطا لاختيار القانون الشخصى له بموجب تلك القاعدة الخاصة له من الخصوصية ما يجعل النطاق محجوزاً للقانون الوطنى بصرف النظر عن باقى القوانين الأخرى والتى تعطى هذا الشخص جنسيتها [1].

ثانياً : الأخذ بهذه القاعدة تُبرره قواعد المنطق :

إن قواعد المنطق السليم تقتضي الأخذ بهذه القاعدة ، إذ لا يستطيع القاضى أن يتخذ قراراً يتعارض مع السلطة التشريعية فى بلده ، فهو يستمد من هذه السلطة مهمته وبدونها فهو لا صفة له فإذا كان المشرع قد أعطى القاضى بمقتضى قواعد الإسناد مكنة تطبيق قانون أجنبى معين ، فليس معنى ذلك السماح له باتخاذ المبادرات الشخصية والخروج عن الحدود التى يرسمها له المشرع .

وعليه فإذا قضى قانون الجنسية اعتبار شخص ما مصرى فليس فى وسع السلطات الإدارية والقضائية فى مصر أن تعرض عما يقوله المشرع ، وإلا فإنها تكون قد خالفت النظام القانونى والتى تستمد منه وجودها وشرعيتها [2].

ثالثاً : الأخذ بهذه القاعدة يُبرره العرف الدولى :

إن تغليب الجنسية الوطنية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها شخص واحد مبدأ عام استقر عليه العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعين بالسيادة

---

(١) القانون الدولى الخاص الليبى د/ سالم أرجيعه ـ مرجع سابق ص٢٥ .
(٢) تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال ص٥٧٩ ، القانون الدولى الخاص د/ سالم أرجيعة ص٢٥٢ .

ولا يعقل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها [1] لأن مسائل الجنسية وثيقة الصلة بكيان الدولة ، فيجب أن يخلص لها دون غيرها ضبط هذه المسائل حسب ما تقتضيه مصالحها ، وحينئذ تفيض قواعد الجنسية من سيادة المشرع الوطنى وحده .

وهذا عين ما أكدته المذكرة الإيضاحية حينما كشفت عن علة الأخذ بالحل المنصوص عليه فى المادة ٢/٢٥ مدنى مصرى فقالت " أن تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها شخص واحد هو مبدأ عام استقر فى العرف الدولى ، باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم فى شأنها لغير قانونها " [2].

الغصن الثالث

قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الخاصة

تمهيد :

لقد أخضع المشرع المصرى أهلية الأداء العامة ـ المطلقة ـ لقانون الجنسية بموجب المادة ١١ مدنى ، أما أهلية الوجوب فإنها تخرج من تلك القاعدة وتخضع للقانون الإقليمى ، كذلك يخرج من هذه القاعدة ما يطلق عليه أهلية الأداء الخاصة أو الأهلية المقيدة ، أو الأهلية النسبية .

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ١ الجنسية والموطن ط ١١ سنة ١٩٨٦ ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ص٤٨٤ ، تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال ص٥٧٩ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ص٢٠٠ .

على أنه يقصد بأهلية الأداء الخاصة عدم قدرة الشخص على مباشرة تصرفات قانونية معينة بالذات .

فهى تعتبر فى حقيقتها مجرد موانع من مباشرة التصرف القانونى وقد أكدت المذكرة الإيضاحية عدم خضوع تلك الأهلية لقانون الجنسية بقولها " ... أنه لم ينص على خضوع الأهلية المقيدة أو الخاصة لقانون الجنسية على نقيض ما تقضى به المادة ١٣٠ ، ١٩٠ من التقنين المدنى الملغى لأن لهذه الأهلية وضعاً خاصاً يحسن أن يترك لاجتهاد القضاء ... " (١).

هذا وقد كانت أهلية الأداء الخاصة تخضع لقانون الجنسية شأنها فى ذلك شأن أهلية الأداء العامة وهذا ما قررته المادة ١٣٠ مدنى أهلى ، المادة ١٩٠ مدنى مختلط ، ولعل ذلك يرجع إلى اتساع نطاق الأحوال الشخصية للأجانب نتيجة لمبدأ شخصية القوانين والذى كان سائداً فى مصر إبان سريان الامتيازات الأجنبية (٢) ، وهذا على خلاف ما عليه الوضع الآن فى القانون المدنى الجديد .

وفى سبيل الوقوف على قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الخاصة وبعض تطبيقاتها يقترح الباحث تناول ذلك على النحو الآتى :

المسألة الأولى : القانون الواجب التطبيق على أهلية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ١ص ٢٤٣ .

(٢) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٤٠٨ ، القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ص٢٢٥ .

الأداء الخاصة .

المسألة الثانية : بعض تطبيقات أهلية الأداء الخاصة .

وفيما يلى بيان ذلك :

المسألة الأولى

القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة

لقد اختلف الشراح والفقهاء بشأن بيان القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة ــ موانع التصرف ــ ويمكن حصر هذا الخلاف فى عدة اتجاهات على النحو الآتى :

الاتجاه الأول : خضوع أهلية الأداء الخاصة للقانون الإقليمى :

يرى أصحاب هذا الاتجاه (١) أن القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة هو القانون الإقليمى ، وذلك على أساس أن هذه الأهلية فى حقيقتها حالات إنعدام أهلية الوجوب ، وتدخل فى نطاق الإقليمية وعليه فإنها تحكم بنفس القانون الذى يحكم أهلية الوجوب وهو القانون الإقليمى .

ــ وفى تقييم هذا الرأى يمكن القول بأن اعتبار أهلية الأداء الخاصة من قبيل حالات إنعدام أهلية الوجوب قول غير مسلم بإطلاق وأنه ما زال محل خلاف فى الفقه القانونى .

(١)- p -LOUIS Loucas – les principes directeurs peses par le project de codification du droit international prive` francais – rev – crit – dr ..inter – 1951 p – 597 – bo 1 .

كما أن التسليم بإخضاع أهلية الوجوب للقانون الإقليمى أمر غير مسلم بصفة مطلقة فما زال ذلك محل خلاف فى الفقه حيث يرى البعض إخضاع أهلية الوجوب إلى القانون الإقليمى، والبعض يرى إخضاعها للقانون الذى يحكم نشأة الحق ذاته ، والبعض يرى إخضاعها لقانون الجنسية ، والبعض يرى إخضاعها للقانون الذى يحكم موضوع الحق ، وهذا الرأى الأخير هو **الراجح** فى الفقه القانونى المصرى [1].

٢ ــ **الاتجاه الثانى** : خضوع أهلية الأداء الخاصة لقانون الجنسية :

يرى أصحاب هذا الاتجاه [2] أن القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة هو قانون الجنسية ، خاصة بالنظر إلى زاوية المتصرف حيث إن الأمر يتعلق بعدم أهليته للأداء ــ العامة ــ بهدف حماية المتصرف ، وعليه فإنها تخضع لقانونه الشخصى ، وبخصوص حالة التبرع للطبيب المعالج يتعين تطبيق قانون المتصرف ، وقانون الموقع او قانون محل ممارسة المهنة تطبيقاً جامعاً .

---

(١) د/ جابر جاد عبد الرحمن ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٤١١ ، ٤١٣ ، د/ فؤاد رياض فى مؤلفه تنازع القوانين بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان ص٢٥٨ ، د/ هشام على صادق ــ تنازع القوانين ص٥٨٨ ، ٥٨٩ ، د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى الوسيط ص٦٧ ، د/ ماهر إبراهيم السداوى مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٢ ، د/ عوض الله شيبة الحمد ــ الوجيز ص٤١٢ .

(٢) p- Bartin – principes de droit international prive t – II – p 58 – n 241
د/ محمد عبد المنعم رياض ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٤٢ .

ــ وفى تقييم هذا الرأى يمكن القول بأن أصحابه نظروا بحسب الأصل إلى زاوية المتصرف وهذا أمر غير مقبول ، لأن النظر إلى طرف معين من أطراف العلاقة القانونية ــ كالمريض مرض الموت مثلا ــ وإغفال الطرف الآخر ــ كالطبيب المعالج ــ أمر يشوبه شئ من التحيز لطرف على حساب طرف آخر [1].

ثم إنه لم يتم قصر الحماية على هذا الطرف دون غيره ، إن هذا يوحى بأن الحكمة من موانع التصرف هى حماية الممنوع من التصرف بسبب نقص إرادته وهى حكمة غير مقصودة .

٣ ــ **الاتجاه الثالث** : خضوع أهلية الأداء الخاصة للقانون الذى يحكم التصرف ذاته : يرى أصحاب هذا الاتجاه [2] : وهم

---

(١) الوسيط فى القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى ص٧٣ .

(٢) ومن بينهم :
د/ جابر جاد عبد الرحمن ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٤٠٧ وما بعدها ، د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٢٢٥ ــ ٢٢٦ ، د/ فؤاد رياض ــ تنازع القوانين بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان ص٢٥٩ ، د/ محمد كمال فهمى ــ أصول القانون الدولى الخاص ص٥٦١ ــ ٥٦٢ ، د/ هشام على صادق ــ تنازع القوانين ص٥٩٠ ، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ــ القانون الدولى الخاص ص١٩٠ ، د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٢١٢ ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ١ص٢٨٨ ، د/ عكاشه محمد عبد العال تنازع القوانين ص٦٧٧ ،====

أغلبية فى الفقه أن القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة هو القانون الذى يحكم التصرف ذاته ــ القانون الذى يحكم العلاقة ــ معنى ذلك مثلا أنه إذا كانت العلاقة خاضعة للقانون المصرى لاتصالها بمال موجود فى مصر ، فإن المنع من التصرف ــ أهلية الأداء الخاصة ، يخضع للقانون المصرى حتى ولو كانت أهلية الأداء العامة خاضعة لقانون أجنبى .

المسألة الثانية

بعض تطبيقات أهلية الأداء الخاصة

استهلال :

لقد تضمن القانون المصرى عدة حالات لأهلية الأداء الخاصة ــ موانع التصرف ــ وذلك حماية لمصلحة عامة ، أو حماية لمصلحة الغير ، وهذه الحالات منصوص عليها بنصوص قاطعة .

وبالنظر فى هذه الحالات يتضح أنها تتعلق بقدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية ــ أهلية الأداء ــ مما يتعين معه القول ووفقا للقواعد العامة فى الإسناد بإخضاعها لقانون الجنسية ، ولكن لاعتبارات معينة قدّرها المشرع فإنها تخرج من نطاق أهلية الأداء العامة وخضوعها لقانون الجنسية ،

=== د/ جمال محمود الكردى تنازع القوانين ص٣١٣ ، د/ محمد المبروك اللافى ــ تنازع القوانين ص١٥٨ .

وتخضع للقانون الذى يحكم التصرف ذاته فمثلا لو كان النزاع متعلقا بأموال موجودة فى مصر فإن أهلية الأداء الخاصة تخضع للقانون المصرى وحده ... الخ .

وفيما يلى نتناول بعض تطبيقات أهلية الأداء الخاصة على النحو الآتى :

الأمر الأول : منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها .

الأمر الثانى : منع تعامل المحامى مع موكله فى الحقوق المتنازع فيها .

الأمر الثالث : منع الوكلاء والأوصياء والقوّام والأولياء من شراء الأموال المنوط بهم بيعها .

الأمر الرابع : منع الطبيب من قبول تبرعات المريض مرض الموت .

الأمر الخامس : منع المحكوم عليه بعقوبة جناية من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه .

وفيما يلى بيان تلك الحالات وبما يتناسب مع موضوع الدراسة .

الأمر الأول

منع رجال القضاء وأعوانهم

من شراء الحقوق المتنازع فيها

منع المشرع المصرى رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها حرصا منه على هيبة القضاء وكرامته وحسن سمعته ، لأنه قدر أن القاضى إذا اشترى حقا متنازعاً فيه إنما يضارب على نتيجة التقاضى فى شأن هذا الحق ، وربما يدفعه ذلك إلى استغلال نفوذه فى الحصول على حكم لمصلحته بشأن الحق الذى اشتراه ، أو أن يظن الناس فيه ذلك على الأقل فلأجل هذه المصلحة العامة وحمايتها كان هذا المنع وبموجب المادة ٤٧١ مدنى حيث ذكرت [1] " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً " .

ولكى نتصور المسألة نذكر أن أهلية الشراء بحسب الأصل تخضع لقانون الجنسية م ١/١١مدنى .

والحال لا يخلو من أمرين :

الأول : أن تنظر المنازعة ذات الطابع الدولى الخاص أمام القضاء المصرى فى هذه الحالة تسرى المادة ٤٧١ مدنى على القضاة وأعوانهم وباقى من تضمنتهم تلك المادة .

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

الثانى : أن تنظر المنازعات ذات الطابع الدولى الخاص أمام قضاء دولة أجنبية وفى تلك الحالة نكون أمام احتمالين :

الاحتمال الأول : إذا لم تتعلق المنازعة بمال موجود فى مصر ووقتها لا وجه لسريان المادة ٤٧١ مدنى .

الاحتمال الثانى : أن تتعلق المنازعة بمال موجود فى مصر . كما لو كان موضوعها عقارات كائنة فى مصر أو منقولات موجودة فى مصر فإن المادة ٤٧١ مدنى تسرى حينئذ على من تضمنتهم من طوائف بصرف النظر عن جنسيتهم يستوى فى ذلك المصريون والأجانب ، أما بالنسبة للمصريين فالأمر ظاهر وواضح .

أما فى حق الأجانب فإن أهليتهم لشراء تخضع بموجب قاعدة الإسناد العامة لقانون الجنسية ، لكن تلك الأهلية ـ الخاصة ـ تخضع لقاعدة الإسناد الخاصة والتى بموجبها تخضع أهلية الأداء الخاصة للقانون المصرى .

ومن خلال قراءة المادة ٤٧١ مدنى يمكن تلمس شرطين لإعمالهما :

الأول : يتعلق بنطاقها الشخصى حيث تتوجه بالخطاب إلى أشخاص معينة .

والثانى : تتعلق بنطاقها الموضوعى حيث تتوجه بالخطاب إلى أموال معينة .

وفيما يلى بيان هذين الشرطين على النحو الآتى :

الشرط الأول

النطاق الشخصى للمادة ٤٧١مدنى

إن من يُطالع المادة ٤٧١ مدنى يمكنه أن يدرك أنها موجهة إلى أشخاص معينين على سبيل الحصر ، على أن العبرة فى تحديد هؤلاء الأشخاص تكون بصفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت شراء الحقوق المتنازع فيها ، وهؤلاء الأشخاص هم :

ـ **القضاة** ، وهم كل من ولى وظيفة القضاء طبقا لقانون السلطة القضائية ، أيا ما كانت درجة المحاكم التى يعملون فيها وأيا كان نوعها كما يستوى أن يكونوا من قضاة القضاء العادى أو قضاة مجلس الدولة .

ـ **أعضاء النيابة** ، وهم يتدرجون من النائب العام حتى معاونى النيابة ، ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التى يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام ومساعديه إلى جميع أنحاء الدولة ، والمحامى العام فى نطاق اختصاصه والمحامى العام الأول فى نطاق محافظته ، والمحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض يمتد إختصاصهم إلى جميع أنحاء الجمهورية .

ـ **المحامون** ، وهم كل من كان عضواً فى نقابة المحامين، ولو كان لا يزال تحت التمرين ، وكل محامى يتحدد نطاق الحظر بالنسبة له بحسب درجة المحكمة التى يعمل ويدافع أمامها .

ـ **كتبة المحاكم** ، ويندرج فيهم كتاب الجلسات والكتاب الذين يعملون فى الأقسام الإدارية فى المحكمة والحظر بالنسبة لهم يشمل إختصاص المحكمة التى يعملون فيها .

ـ **المحضرون** ، ويشمل نطاق الحظر بالنسبة لهم دائرة اختصاص المحكمة التى يعملون فيها .

ـ ويتعين أن يثبت لهؤلاء الأشخاص صفاتهم المستمدة من وظائفهم وقت شراء الحقوق المتنازع فيها [١] ، وأن يكون مشترين لهذه الحقوق لا بائعين ، إذ شراء مثل هذه الحقوق هو الذى يجعل لهم مصلحة فيها ويخشى معه قيام الشبهة وفى معنى الشراء المقايضة [٢] ، ومتى تثبت ذلك يتعين عليهم عدم الشراء بأسمائهم صراحة [٣] أو بأسماء غيرهم لحسابهم .

الشرط الثانى

النطاق الموضوعى للمادة ٤٧١ مدنى

إن المنع من الشراء ليس عاماً فى كل الأموال فى حق هؤلاء الأشخاص ، إنما هو قاصر على نوع معين من الأموال

---

(١) الوافى فى شرح القانون المدنى ـ٣ـ فى العقود المسماة ـ المجلد الأول ـ عقد البيع د/ سليمان مرقس ط الخامسة ١٩٩٠ بند ١١١ ص٢٥٢ ، العقود المسماة د/ نبيل إبراهيم سعد ـ الجزء الأول ـ البيع ص١٤٥ ـ منشأة المعارف .

(٢) عقد البيع فى القانون المدنى د/ خميس خضر ـ القاهرة ط سنة ١٩٧٢ ص٣٠١ .

(٣) مذكرات فى عقد البيع د / إسماعيل غانم ط سنة ١٩٥٨ ص٦٢ .

وهو الحقوق ــ الأموال ــ المتنازع فيها ، وأن يدخل النزاع المتعلق بهذه الأموال فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فيها [1].

ــ ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ولو لم ترفع به الدعوى بعد، كما يتعين أن تكون المنازعة ــ على هذا المعنى ــ قائمة وقت البيع وأن تكون معروفة للمشترى وقت الشراء سواء كانت مطروحة على القضاء أو لم تطرح بعد ، وأن يكون النزاع المتعلق به الشراء ، داخلاً فى اختصاص المحكمة التى يباشر المشترى أعماله فى دائرتها ، فإذا انتفت تلك الأمور السابقة لم يكن شراء هذه الحقوق من مثل هؤلاء الأشخاص ممنوعاً .

ــ أما إذا توافرت تلك الأمور وهذين الشرطين فإن الشراء يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يتعلق بالنظام العام [2].

وتكمن علة المنع فى الحيلولة دون استغلال عمال القضاة وأعوانهم فى شراء تلك الحقوق ، فضلاً عن إبعادهم عن الشبهات ، كما أن ذلك له صلة بحسن تنظيم وسير مرفق القضاء ، ... الخ .

وعليه فإذا تم مثل هذا الشراء من هؤلاء الأشخاص فى أموال متنازع فيها أمامهم وتعلقت المنازعة بأموال موجودة فى مصر كما لو كانت عقارات كائنة فيها أو منقولات بها فإن

(١) الوافى فى شرح القانون المدنى د/ سليمان مرقس ص٢٥٤ .

(٢) فى هذا المعنى حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٨٢/٥/١٥ منشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٣١ طعن رقم ٢٦١ ص١٣٧٣ .

الشراء يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً م ٤٧١ مدنى ووفقاً لقاعدة الإسناد الخاصة والتى تقرر إخضاع مثل هذا المنع من التصرف للقانون الذى يحكم التصرف ذاته وهو هنا القانون المصرى ، على الرغم من أن أهلية الأداء العامة لهؤلاء الأشخاص تخضع لقانون الجنسية وفقاً لقاعدة الإسناد العامة .

الأمر الثانى

منع تعامل المحامى مع موكله فى الحقوق المتنازع فيها

منع المشرع المصرى تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه بكافة أنواع التعامل سواء كان بالبيع أو الشراء وغيرهما متى كان يتولى الدفاع عن صاحب هذا الحق ، وهذا ما نطقت به المادة ٤٧٢ مدنى حيث جاء فيها " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً " [1].

ــ والمتأمل فى هذا النص يجد أنه تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، ولكن المشرع أتى به فى هذا التوقيت لأن فى النص عليه التطبيق الكثير الوقوع فى العمل للمنع المنصوص عليه فى المادة السابقة (٤٧١مدنى) كما أنه أراد أن ينتهز فرصة تحريم شراء المحامين الحقوق المتنازع

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

فيها والتى يتولون هم الدفاع عنها ، ليحرم كل نوع من أنواع التعامل فى هذه الحقوق فليس البيع أو الشراء فحسب [1] بل يشمل الحظر سائر أنواع التعامل كالمقايضة والهبة والرهن والاقتراض .. الخ وذلك على خلاف المادة ٤٧١ مدنى والتى تقصر الحظر على الشراء فقط [2].

ـ وتبدو حكمة الحظر هنا فى ألا يستغل المحامى علمه لإيهام موكله بضعف مركزه فى قضيته ، فيحصل منه على مزايا كبيرة تفوق ما يستحقه من أتعاب عادلة فى خدمة القضية.

ـ ولتصور الأمر نذكر أن المحامى إذا ما كان مصريا فإنه بطبيعة الحال يخضع للحكم المقرر فى المادة ٤٧٢ مدنى.

أما إذا كان أجنبياً وكانت الحقوق المتنازع فيها والتى يتولى الدفاع عنها متعلقة بأموال كائنة فى مصر ، فإنه يخضع للحظر المنصوص عليه فى المادة ٤٧٢ مدنى على اعتبار أن الأمر يتعلق بأهلية الأداء الخاصة بمعنى أن منعه من التصرف فى تلك الأموال إنما يخضع للقانون الذى يحكم التصرف ذاته ، وحيث إن هذه الأموال موجودة فى مصر فإن القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق ووفقاً له فإن أهلية المحامى الأجنبى فى التصرف مقيدة بما تضمنته المادة ٤٧٢ مدنى من حظر ، وإن كانت أهليته للأداء العامة تخضع لقانون جنسيته .

---

(١) الوافى فى شرح القانون المدنى د/ سليمان مرقس ص٢٦٠ .
(٢) العقود المسماة د/ نبيل إبراهيم سعد ص١٤٧ .

والمتأمل فى المادة ٤٧٢ مدنى يجد أنها تتضمن شرطين لإعمالها وهما :

الأول : أن يكون الحق محل التعامل متنازعاً فيه .

الثانى : أن يكون المحامى وكيلاً عن صاحب الحق المتنازع فيه .

وفيما يلى بيان ذلك بشئ من التفصيل المناسب .

الشرط الأول

أن يكون الحق محل التعامل متنازعاً فيه

يتبين لإعمال المادة ٤٧٢ مدنى أن يكون الحق محل التعامل متنازعاً فيه ، بأن كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى ولو لم ترفع الدعوى بعد ، ويتعين أن تكون المنازعة فى الحق قائمة وقت التعامل فيه بأى صورة من صور التعامل أما إذا لم يكن الحق محل التعامل متنازعاً فيه ـ على النحو السابق ـ فإن تصرف وتعامل المحامى فيه لا يكون باطلاً ، على أن تقدير اعتبار الحق مثاراً للمنازعة من عدمه يعتبر مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض [1].

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الشرط ما سبق ص ١٧٠ عند الحديث عن النطاق الموضوعى للمادة ٤٧١ مدنى .

الشرط الثانى

أن يكون المحامى وكيلا عن صاحب الحق المتنازع فيه

يتعين لإعمال الحظر الوارد فى المادة ٤٧٢ مدنى أن يكون المحامى وكيلاً عن المتصرف فى الحق المتنازع فيه ، وبمقتضى هذه الوكالة يخشى من استغلال المحامى علمه لإيهام الموكل بضعف مركزه فى قضيته فيحصل منه على مزايا كثيرة تفوق ما يستحقه من أتعاب عادلة خاصة إذا ما دخل معه فى تعامل بصدد الحق المتنازع فيه .

ـ على أنه يمكن ملاحظة اختلاف نص المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ مدنى بخصوص ذلك .

فالمادة ٤٧٢ مدنى تقصر التعامل فى الحقوق المتنازع فيها والتى يتولى فيها المحامى الدفاع عن مولكه ـ المتصرف ـ وإن كانت تتوسع فى نطاق الحظر ، حيث جعلته عاماً يشمل كل أنواع التصرف .

أما المادة ٤٧١ مدنى فإنها تمنع المحامون من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام المحاكم التى يمارسون عملهم أمامها، وعليه فإن نطاقها ـ المكانى ـ أوسع حيث أن المحامى لا يتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة ، بل يتقيد بدرجات المحاكم وبالجهات القضائية فالمحامى المقبول المرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها أمام أى محكمة جزئية فى أنحاء الجمهورية .... وهكذا .

لكن وإن كانت المادة ٤٧١ مدنى توسع من نطاق الحظر

إلا أنها تضيقه فى نطاقه الموضوعى حيث قصرته على الشراء دون غيره ، فيحظر على المحامى شراء الحق المتنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق متى كان النزاع منظوراً أمام محكمة هو مقبول للمرافعة أمامها [١] .

ـ وأيا ما كان الأمر فإنه متى توافر هذين الشرطين وتم الاتفاق بين المحامى وموكله فى شأن الحق المتنازع فيه والذى يتولى الدفاع عنه بالنيابة عن موكله ، فإن مثل هذا الاتفاق يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام [٢] لأن أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هى مصالح الأفراد إلا أنها تمس الأفراد فى مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

ـ وبإسقاط تلك الأحكام على مادة تنازع القوانين وتحديداً أهلية الأداء الخاصة وأحكامها يمكن القول بأن المحامى متى كان أجنبياً ـ يتمتع بجنسية دولة أجنبية ـ يحظر عليه التعامل فى الحقوق المتنازع فيها والذى يتولى الدفاع عن المتصرف بشأنها بأى نوع من أنواع التصرف ، وأى إتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ويرجع فى تلك الأحكام إلى القانون المصرى باعتباره القانون الواجب التطبيق ـ القانون الذى يحكم التصرف ذاته ـ إذ الأموال المتنازع فيها موجودة فى

---

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ منشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٣١ طعن رقم ٢٦١ ص ١٣٧٣ .

(٢) الموجز فى النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام د/ أنور سلطان ص٤١ ط سنة ١٩٩٨ دار المطبوعات الجامعية ، طبعة سنة ١٩٨٣ دار النهضة العربية ص٤١ .

مصر .

ولا يمكن لهذا المحامى الاحتجاج بأن هذه التصرفات جائزة قانوناً وفقاً لقانون جنسيته ، حيث لا مجال لإعمال القاعدة العامة ـ خضوع الأهلية لقانون الجنسية ـ هنا ـ بل العمل للقاعدة الخاصة والتى تخضع أهلية الأداء الخاصة للقانون المصرى .

الأمر الثالث

منع الوكلاء والأوصياء والقوّام والأولياء من شراء الأموال المنوط بهم بيعها

ـ من المعلوم أنه يجوز أن يتم التعاقد فى البيع بواسطة نائب عن البائع أو المشترى أو نائب عن كل واحد منهما وفى هذه الحالة لابد من تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد من ١٠٤ ـ ١٠٨ مدنى مصرى وقد منع المشرع المصرى تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع أو الشراء فقد نصت المادة ١٠٨ مدنى على أنه" لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " [1].

وعليه فالأصل هو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه سواء

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ٢٩ / ١٩٤٨/٧ .

كان نائباً عن أحد الطرفين أصيلاً عن نفسه او كونه نائباً عن الطرفين فى التعاقد ، وبخصوص عقد البيع فقد طبق المشرع المصرى هذا الأصل .

ـ فنصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه [1]" لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى .

ـ كما نصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه [2] " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار .

ـ كما نصت المادة ٤٨١ مدنى على أنه [3] : " يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا اجازه من تم البيع لحسابه" .

كما طبق المشرع المصرى هذا الأصل فى شأن الولاية على المال فقد نصت المادة ٣١ من القانون رقم ١١٩ لسنة

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .

١٩٥٢ حيث ذكرت فى الفقرتين ب ـ جـ ... أن تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى أحوال معينة منها حالة :

ب ـ إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

جـ ـ إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فيما تقدم .

ثم أورد المشرع عدة استثناءات على هذا الأصل منها :

ما نصت عليه المادة ١٤ من أنه " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

كذلك ما تضمنته المادتين ٦،٩ من نفس القانون من جواز إيجار الوصى مال القاصر لنفسه بإذن من المحكمة .

ـ كذلك ما جرت عليه قواعد التجارة من جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفين معاً .

كل هذه النصوص السابقة تؤكد المبدأ العام وهو منع الوكلاء والأوصياء والقوام والأولياء من شراء الحقوق المنوط بهم بيعها ، وجزاء مخالفة هذا المبدأ هو جعل العقد موقوفاً على إقرار هذا الأصيل ،

فإن أقره نفذ وإلا لم ينتج آثاره [١] . والحكمة من هذا المنع هى حماية الغير ، حيث إن تعاقد الشخص مع نفسه ربما يدفعه إلى أن يتصرف على حساب غيره ولا يعدل أو يحقق العدالة ولا يكون أميناً فى تصرفه ، لأن الأمانة لازمة فى حق هؤلاء الأشخاص .

ونطاق هذا المنع المنصوص عليه من حيث الأشخاص يسرى فى حق المصريين أصالة ، وفى حق الأجانب مع انعقاد الاختصاص للقانون المصرى بأن كانت الأموال المنوط بهم التصرف فيها موجودة فى مصر .

على أنه يرجح فى إقرار هذا المنع أو عدم إقراره إلى القانون الذى يحكم التصرف ذاته وهو هنا القانون المصرى ، باعتباره القانون الواجب التطبيق وإن كان هذا المنع بحسب القواعد العامة من قبيل الأهلية والتى تخضع لقانون الجنسية .

لكن عملاً بقاعدة الإسناد الخاصة يخضع ذلك للقانون المصرى ، وعليه فلو تم هذا التصرف بالمخالفة لأحكام هذا

---

(١) المدخل إلى القانون د/ حسن كيرة منشاة المعارف ص٦٠٠ ، ٦٠٦ ، ٦١٠ ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام د/ أنور سلطان ص ٣١ ، ٤٩ ، ٤٣٤ ، الوافى د/ سليمان مرقس ص٢٢٩ ، ٣٤٢ ، شرح النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الأول ـ مصادر الالتزام ـ د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله ط ٣ سنة ٢٠٠١ منشاة المعارف ص١٢٨ ، ١٣٢ ، ١٣٧ ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية د/ رمضان أبو السعود ، د/ جلال على العدوى ، د/ محمد حسن قاسم ط ١٩٩٦ منشأة المعارف ص١٧٠ .

القانون من أجنبى ، فإن هذا التصرف لا يسرى فى حق الأصيل إلا إذا أجازه وإلا فلا ينتج أثره ولا يدفع ذلك كون قانون جنسية ــ الأجنبى ــ يجيز ذلك لأن الاختصاص ليس له وإنما للقانون المصرى ، وتلك أحكامه ، والتى تسرى فى حق الوكلاء والأوصياء والقوام والأولياء على هذا النحو السابق

الأمر الرابع

منع الطبيب من قبول تبرعات المريض مرض الموت

يقصد بمرض الموت المرض الذى يغلب فيه الهلاك ويتصل الموت به فعلاً ، ويؤخذ من ذلك ضرورة توافر شرطين فى المرض الذى يعتبر مرض موت :

الأول : أن يغلب فيه الهلاك ، على أنه يرجع فى تقدير غلبة الهلاك إلى رأى الأطباء ، ويكفى أن يكون المرض من الأمراض التى تسبب الموت ، وأن يعلم المريض بذلك ، لأن المعتبر هو ما يبعثه المرض فى النفس من شعور بدنو الأجل يحمل المريض على إبرام تصرفات ما كان يبرمها لو لم يشعر بذلك .

الثانى : أن يتصل به الموت فعلاً ، بمعنى أن يموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض . فإذا أراد شخص أن يتصرف إلى غيره تبرعاً وهو فى مرض الموت فإنه مقيد فى ذلك بأحكام الوصية هذا فى حق المتصرف ، أما المتصرف له فإنه غير مقيد بأى قيد فى قبوله الوصية ، حيث إن انعقادها

غير متوقف على قبول الموصى له . على أن مثل هذه التصرفات أيا ما كان التسمية التى أطلقها المتعاقدين عليها إنما تأخذ حكم التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كما نطقت بذلك المادة ١/٩١٦ مدنى حيث ذكرت : كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف [١] .

وعليه فإن هذا التصرف يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وتخضع بالتالى بموجب المادة ١٧ مدنى إلى قانون الجنسية حيث قضت تلك المادة " يسرى على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته " [٢] .

على أن العبرة بقانون جنسية الموصى وقت الوفاة [٣] .

وعليه فأهلية الموصى فى الإيصاء تخضع لقانون جنسيته وقت الوفاة أما أهلية الموصى له فإنها تخضع

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٤٤٧ ، القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ص٣٠١ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٦٣٩ .

لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجسيته (م١١/١مدنى) ، وذلك وفقاً لقاعدة الإسناد العامة .

لكن المشرع المصرى قرر وبموجب قاعدة إسناد خاصة تقييد أهلية الموصى له ـ المتبرع له ـ فى قبول الوصية التبرع متى تعلقت الوصية ـ التبرع ـ بأموال موجودة فى مصر . فمنع الطبيب من قبول تبرعات المريض مرض الموت ، على أن مثل هذا المنع يعد قيداً على أهلية الطبيب فى قبول التبرع وذلك حماية للغير ، الورثة ، وتأكيداً لسلامة المعاملات، الأمر الذى يعنى أنه يرجع فى شأن هذا القيد ـ أهلية أداء خاصة ـ إلى القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال ـ والاختصاص التشريعى له ـ وليس إلى قانون جنسية الموصى له ـ المتبرع له ، وفقاً للقاعدة العامة .

الأمر الخامس

منع المحكوم عليه بعقوبة جناية من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه

الشخص إذا بلغ سن الرشد عاقلاً اكتملت أهليته ، لكن قد تطرأ عليه ظروف تمنعه من مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه ، أو تجعل قيامه بهذه التصرفات وحده مستحيلاً ، وهنا يتدخل القانون يقيم له من يقوم بمباشرة تلك التصرفات نيابة عنه .

ومن بين تلك الأمور ما جعله المشرع المصرى من أن الحكم على الشخص بعقوبة جناية يعد مانعاً قانونياً من موانع الأهلية .

وبسببه يمنع الشخص من مباشرة تصرفاته المالية بنفسه ، دون أن تنتقص أهليته .

حيث إن علة المنع لا ترجع إلى نقص فى العقل أو التمييز، وإنما ترجع إلى موانع أخرى كعزله فى السجن مثلاً ، بدليل أنه بعد انقضاء العقوبة تعود إليه أمواله ، وله عليها كافة أنواع التصرفات .

هذا وقد تضمنت المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات المصرى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ ذلك بقولها : " كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية :

رابعاً : إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناءً على طلب النيابة العمومية أو ذى المصلحة فى ذلك، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة ، ويكون القيم الذى تقره المحكمة أو تنصبه تابعاً لها فى جميع ما يتعلق بقوامته ، ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغياً من ذاته وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته " .

فالمتأمل فى الفقرة الرابعة هذه يجد أنها تقيد أهلية المحكوم عليه بعقوبة جناية ، وتجعل ذلك بمثابة عقوبة تبعية ، وبالتالى تغل يد المحكوم عليه عن التصرفات فى أمواله ، ومخالفته ذلك يجعل التصرف ملغياً من ذاته .

ـ والقاعدة أن عدم الأهلية أمر متعلق بأهلية الأداء العامة، ومن ثم يخضع لقانون الجنسية أيا ما كان عدم الأهلية بأن تقرر قانوناً أم قضاء أم كان طبيعيا . **هذا أمر .**

أمر آخر : الأحكام الجنائية الأجنبية ليس لها من أثر على الأجنبى الموجود فى مصر سواء أكان هذا الحكم صادراً من محكمة دولته أو من محكمة أخرى ، لأن الأحكام الجنائية لا تنفذ إلا فى البلد [1] ، الصادرة فيه ولا يمكن تنفيذها فى بلد أجنبى لأن ذلك يصطدم بسيادة هذا البلد ، حيث إن العقوبة الجنائية محلية هذا أمر ثان .

أمر ثالث : وهو أن المسألة تنحصر فى حالة الأجنبى المحكوم عليه فى مصر من محكمة مصرية بعقوبة جناية أو بعقوبة الأشغال الشاقة ، وفى هذه الحالة يكون عديم الأهلية عملاً بالمادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات المصرى حتى ولو كان قانون جنسيته لا يعترف ولا يقرر ذلك .

لأن العمل فى هذه الحالة ليس لقانون الجنسية وإنما للقانون المصرى حيث إن الحكم الجنائى له قوة محلية ولأن القوانين الجنائية إقليمية التطبيق ، وحتى لا يكون المحكوم عليه الأجنبى فى مركز قانونى أفضل من المحكوم عليه الوطنى وهذا قول

---

(١) د/ جابر جاد عبد الرحمن ـ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٤١٥ ، د/ محمد المبروك اللافى ـ تنازع القوانين ص١٥٨ .

منطقى [1] . وحينئذ فإن تقييد أهلية المحكوم عليه بعقوبة جناية تخضع للقانون المصرى ، ويصير عديم الأهلية فترة العقوبة ، دون أن ينتقص من كمال أهليته [2] . ومن ثم يمنع من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه وفقاً للأحكام المقررة فى القانون المصرى حتى ولو كان قانون جنسيته لا يقر بذلك .

الفرع الثانى

قاعدة الإسناد الخاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة

تقسيم : إن الزواج إتفاق يتم بين رجل وامرأة وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً بقصد تأسيس أسرة بصفة شرعية ، وهو من المسائل التى تختلف الدول بشأنها اختلافاً بيناً ، لأن الفكرة الاجتماعية التى يقوم عليها تختلف من مجتمع إلى مجتمع ، فهو فى بعضها متصل بالدين ، وفى البعض الآخر غير متصل بالدين ، وهو فى بعضها قائم على الوحدانية وفى البعض الآخر قائم على التعدد ، كما أنه فى بعضها رابطة أبدية وفى البعض الآخر قابل للانحلال ... الخ . وعلى كل الأحوال يرتب عقد الزواج آثاراً على عاتق الطرفين فيحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات ، ولقد حرص المشرع المصرى على تنظيم كافة الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية منذ نشأتها إلى انقضائها ، ووضع لها قواعد إسناد متعددة فى المواد

---

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٤١٦ .
(٢) المدخل إلى القانون د/ حسن كيرة بند ٣٠٣ ص٥٩٣ ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية د/ جلال على العدوى ، د/ رمضان أبو السعود ، د/ محمد حسن قاسم ص١٥٧ ، المدخل إلى علم القانون دراسة فى نظريتى القانون والحق فى التشريع الليبى د/ سالم عبد الرحمن غميص ـ الطبعة الثانية ـ دار الكتب الوطنية بنغازى ص٣٢٩ .

١/١٢،١٣ ، ٢/١٣ من القانون المدنى ، ثم أردف تلك القواعد العامة فى الإسناد بقاعدة إسناد خاصة لكل مسائل الزواج بحيث تجعل تلك القاعدة والتى نص عليها المشرع فى المادة ١٤ مدنى المجال التشريعى محجوزاً للقانون المصرى وحده على ما سوف نرى . ولمعالجة قاعدة الإسناد الخاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة يقترح الباحث تناولها على النحو الآتى :

الغصن الأول : النص التشريعى والغاية منه .

الغصن الثانى : مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها .

الغصن الثالث : ضوابط إعمال القاعدة .

الغصن الرابع : موقف الفقه القانونى من القاعدة .

الغصن الأول

النص التشريعى والغاية منه

لقد أورد المشرع المصرى قاعدة إسناد خاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة ضمنها المادة ١٤ مدنى فجاء فيها : فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية [١].

هذا وقد تناولت المادة ١٢ مدنى بيان القانون الواجب التطبيق على إنعقاد الزواج من الناحية الموضوعية وهو قانون جنسية كل من الزوجين ، كما تناولت المادة ١/١٣ مدنى بيان القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

---

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

كما تناولت المادة ٢/١٣ مدنى بيان القانون الواجب التطبيق على إنقضاء الزواج وهو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطبيق أو الانفصال .

هذا وقد جاءت المادة ١٤ مدنى متضمنة قاعدة إسناد خاصة على كل المسائل التى تناولتها المادتين ١٢،١٣ مدنى ، وخصوصيتها أنها جعلت الاختصاص التشريعى محجوزاً للقانون المصرى وحده متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج فإنه يخضع للقانون الذى يحكم الأهلية عامة .

ـ هذا وقد ذكر بعض الفقه [١] أن المادة ١٤ مدنى مصرى قد استقى المشرع المصرى حكمها من المادة ١٠٩ من القانون المجرى لسنة ١٨٩٤ ـ الهنغارى ـ والتى تقضى بأنه : " إذا تزوج هنغارى بأجنبية فى هنغاريا أو فى الخارج فإن صحة الزواج فيما عدا سن الزوجة وأهليتها العامة تخضع للقانون الهنغارى "[٢] . ـ وعلى أية حال فإن نص المادة ١٤ من القانون المدنى الحالى نص جديد فى التشريع المصرى ، حيث لم يكن موجوداً فى مشروع التقنين المدنى الذى تقدمت به الحكومة للبرلمان وقد أضافته لجنة القانون المدنى بمجلس

---

(١) د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٢٦٨ هامش ٣، د/ جابر جاد عبد الرحمن ـ مبادئ القانون الدولى الخاص ص٣٠٠ .

(٢) مشار إليه فى مؤلف د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص ـ جـ ٢ص٢٦٨ هامش ١ ، ومؤلف الدكتور جابر جاد عبد الرحمن مبادئ القانون الدولى الخاص ص٣٠٠ .

الشيوخ نقلاً عن المادة ١٠٩ من القانون المجرى ـ الهنغارى ـ الخاص بالزواج والصادر سنة ١٨٩٤ [١] مع ملاحظة أن المادة ١٤ مدنى مصرى تختلف عن مصدرها م ١٠٩ من القانون المجرى لأن المادة ١٠٩ قصرت حكمها على حالة زواج المجرى بأجنبية دون حالة زواج المجرية بأجنبى ، أما المادة ١٤ فتشمل الحالتين زواج المصرى بأجنبية ، وزواج المصرية بأجنبى .

ـ كما أن هذا الحكم لم يكن موجوداً فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة .

وقد نقلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص من القانون المجرى ، وقد ذكرت سبباً وحكمة لإضافته ، حيث جاء فى التقرير ما نصه : " وقد نقلت اللجنة هذا النص عن القانون الهنغارى رعاية لقواعد القانون المصرى فى شان الزواج ، أما مسألة الأهلية للزواج فيرجع بالنسبة إلى كل من الزوجين إلى قانون جنسيته " [٢].

كما جاء بمحاضر جلساتها ما نصه [٣]" وقد أبدى تخوف من تعارض أحكامها (أى المادة ١٣ بأحكامها فى المشروع

---

(١) تقرير لجنة مجلس الشيوخ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول ص٢٦٣ ، القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ص٢٦٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص٢٦٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص٢٥ .

والتى صارت المادة ١٢ فى التقنين) مع عقد الزواج الصحيح بالنسبة للزوج المسلم والباطل وفقاً لقانون الزوجة " .

ـ وقد برر تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حكم المادة ١٤ مدنى والتى تضمنت قاعدة إسناد خاصة بمسائل الزواج عامة ، بالرغبة فى تلافى ما قد يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية من أن يكون زواج المصرى المسلم من أجنبية صحيحاً وفقا لأحكام القانون المصرى وباطلاً وفقاً لقانون الزوجة إذا ما كان قانونها يبطل الزواج ، وعليه فإنه يقضى بصحة الزواج وفقاً لقانون الزوج"[١].

الغصن الثانى

مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها

أولاً : مضمون القاعدة :

المتأمل فى المادة ١٤ مدنى يجد أنها تقرر قاعدة إسناد خاصة مفردة الجانب ، قاعدة تنازع انفرادية ـ مضمونها أنه متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج فإن القانون المصرى وحده هو الذى يسرى على الزواج فى شروطه الموضوعية وفى آثاره وفى إنقضائه ، يستوى فى ذلك أن يبرم الزواج فى مصر أو فى الخارج ويراد التمسك به أو بآثاره فى مصر [٢]. معنى ذلك أنه قصد بهذه القاعدة فقط تحديد حالات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ص ٢٦٣ .

(٢) تنازع القوانين د/ عكاشه محمد عبد العال مرجع سابق ص٧٩٩ .

تطبيق القانون المصرى على الزواج المختلط وضابط الإسناد فيها هو الجنسية المصرية لأحد الزوجين وقت إبرام العقد .

ومضمون تلك القاعدة أمران [1] :

ـ **الأمر الأول** : أنه يجب تطبيق القانون المصرى كلما كان أحد الزوجين ـ الرجل والمرأة ـ مصرياً عند إبرام الزواج .

الأمر الثانى : أنه لما كان قانون القاضى وهو هنا قانون المصرى له الأولوية فى التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع المفردة المشار إليها فإنه يتعطل العمل بقواعد التنازع المزدوجة ـ العامة ـ التى أوردها المشرع بخصوص إبرام الزواج (م١٢) وآثاره (م١/١٣) وانحلاله (م٢/١٣) .

على أن تطبيق تلك القاعدة يسرى على هذه المسائل فيما عدا شرط الأهلية للزواج إذ تخضع للقاعدة العامة ، وقد أخضع المشرع كل هذه المسائل لقاعدة إسناد واحدة حيث إنه وجد أنه من الملائم توحيد القاعدة لهذه المسائل تحقيقاً للتجانس فى القانون الذى يحكم نظام الأسرة .

على أنه يتعين الأخذ فى الاعتبار أن علاقات الأسرة فى القانون المصرى ذات نظام قانونى مركب ، إذ يتضمن الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة العامة والتى تطبق على المسلمين ، ويتضمن شرائع غير المسلمين والمنظمة شئونهم قانوناً

---

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ بند ٦٦٩ ص٨٦٣ .

بمقتضى القانون ٤٦٢لسنة ١٩٥٥ إذ تتضمن هذا القانون شروطاً لتطبيق تلك الشرائع عليهم ، وإذا لم تتوافر تلك الشروط تسرى الشريعة الإسلامية عليهم ... ويجب ألا يغيب عن البال ذلك خاصة وأن المادة ١٤ مدنى اشترطت كون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج بصرف النظر عن ديانته.

ثانياً : مبررات الأخذ بالقاعدة :

لقد وضع المشرع المصرى الحل القانونى عن طريق قواعد الإسناد العامة فيما يتعلق بانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله، إلا أنه استبعد هذا الحل القانونى فى حالة خاصة وضع لها المشرع قاعدة إسناد خاصة تضمنتها المادة ١٤ مدنى ، وفى سبيل تبرير الأخذ بتلك القاعدة يمكن رصد تبريرين وهما :

أ ـ تعلق المادة ١٤ مدنى بالنظام العام .

ب ـ ارتباط الزواج بصميم حياة الجماعة الوطنية .

وفيما يلى بيان ذلك :

أ

تعلق المادة ١٤ مدنى بالنظام العام

ذهب بعض الفقه [1] فى تبرير الأخذ بهذه القاعدة إلى القول بأن المادة ١٤ مدنى نص آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر

---

(١) د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ط٨ ص٢٧٢ هامش ١ ، د/ هشام على صادق ـ تنازع القوانين ص٥٥١ ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٣٧١ ، ومؤلفه

بمقتضى القانون ٤٦٢لسنة ١٩٥٥ إذ تتضمن هذا القانون شروطاً لتطبيق تلك الشرائع عليهم ، وإذا لم تتوافر تلك الشروط تسرى الشريعة الإسلامية عليهم ... ويجب ألا يغيب عن البال ذلك خاصة وأن المادة ١٤ مدنى اشترطت كون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج بصرف النظر عن ديانته.

ثانياً : مبررات الأخذ بالقاعدة :

لقد وضع المشرع المصرى الحل القانونى عن طريق قواعد الإسناد العامة فيما يتعلق بانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله، إلا أنه استبعد هذا الحل القانونى فى حالة خاصة وضع لها المشرع قاعدة إسناد خاصة تضمنتها المادة ١٤ مدنى ، وفى سبيل تبرير الأخذ بتلك القاعدة يمكن رصد تبريرين وهما :

أ ـ تعلق المادة ١٤ مدنى بالنظام العام .

ب ـ ارتباط الزواج بصميم حياة الجماعة الوطنية .

وفيما يلى بيان ذلك :

أ

تعلق المادة ١٤ مدنى بالنظام العام

ذهب بعض الفقه [1] فى تبرير الأخذ بهذه القاعدة إلى القول بأن المادة ١٤ مدنى نص آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر

(١) د/ عز الدين عبد الله ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ط٨ ص٢٧٢ هامش ١ ، د/ هشام على صادق ـ تنازع القوانين ص٥٥١ ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة ـ القانون الدولى الخاص جـ٢ص٣٧١ ، ومؤلفه

فورى ، وإن عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ١٤ من القانون المدنى نص آمر يتعلق بالنظام ويسرى بأثر فورى [1].

ـ وفى مجال تطبيق ذلك : يمكن القول بأن فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص لها دور ومفهوم متميز ، ولا محل لإقحامها هنا ، وأنه من الأفضل عدم الأخذ بها كلما كان فى الإمكان تحقيق نفس النتيجة عن طريق إعمال قواعد الإسناد ذاتها ، خاصة وأن فكرة النظام العام ما زالت حتى الآن فكرة غير واضحة المعالم ، وإعمالها هنا سيقصر أعمال المادة ١٤ مدنى على حالة ما إذا كان القانون الأجنبى متعارضاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية بخصوص الطرف المصرى المسلم ، فى حين أن المادة ١٤ مدنى نطاقها يشمل بالحماية العلاقة الزوجية التى يكون أحد طرفيها مصرياً سواء كان مسلماً أو غير مسلم [2].

القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص دراسة تحليلية تطبيقية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى بند ٤٢ ص٥٤ .

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ـ الدائرة المدنية ـ منشور فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ١١ العدد ٣ ص٥٨٣ .

(٢) الوسيط د/ فؤاد رياض ، بالاشتراك مع د/ سامية راشد ص٢٣٩ ، القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم جـ١سنة ٢٠٠٢

فورى ، وإن عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ١٤ من القانون المدنى نص آمر يتعلق بالنظام ويسرى بأثر فورى [١].

ـ وفى مجال تطبيق ذلك : يمكن القول بأن فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص لها دور ومفهوم متميز ، ولا محل لإقحامها هنا ، وأنه من الأفضل عدم الأخذ بها كلما كان فى الإمكان تحقيق نفس النتيجة عن طريق إعمال قواعد الإسناد ذاتها ، خاصة وأن فكرة النظام العام ما زالت حتى الآن فكرة غير واضحة المعالم ، وإعمالها هنا سيقصر أعمال المادة ١٤ مدنى على حالة ما إذا كان القانون الأجنبى متعارضاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية بخصوص الطرف المصرى المسلم ، فى حين أن المادة ١٤ مدنى نطاقها يشمل بالحماية العلاقة الزوجية التى يكون أحد طرفيها مصرياً سواء كان مسلماً أو غير مسلم [٢].

القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص دراسة تحليلية تطبيقية ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى بند ٤٢ ص٥٤ .

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ـ الدائرة المدنية ـ منشور فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ١١ العدد ٣ ص٥٨٣ .

(٢) الوسيط د/ فؤاد رياض ، بالاشتراك مع د/ سامية راشد ص٢٣٩ ، القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم جـ١ سنة ٢٠٠٢

الضابط الثانى : تعلق النزاع بمسألة من مسائل الزواج .

وفيما يلى نلقى الضوء على هذين الضابطين :

الضابط الأول

تمتع أحد طرفى العلاقة الزوجية بالجنسية المصرية وقت انعقاد الزواج

يتعين لإعمال القاعدة التى تضمنتها المادة ١٤ مدنى أن يكون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، سواء كان المصرى منهما الزوجة أو الزوج وبصرف النظر عن نوع الجنسية التى يتمتع بها أيهما إذ يستوى أن تكون أصلية أو مكتسبة المهم أنه يتعين وقت انعقاد الزواج كون أحدهما متمتعاً بالجنسية المصرية .

وعليه فلو كان الزوجان وقت انعقاد الزواج يتمتعان بجنسية أجنبية سواء اتحدا فيها أو اختلفا فإنه لا مجال لإعمال المادة ١٤ مدنى وما تضمنته من حكم قانونى ولا يشفع فى ذلك صيرروتهما أو أحدهما بعد ذلك مصرياً .

وفى المقابل يتعين إعمال حكم المادة ١٤ مدنى متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ولا يقدح فى ذلك صيرورتهما أو أحدهما أجنبياً سواء اتحدت جنسيتهما الأجنبية أو اختلفت ، حيث أن الوقت المعتبر فى عقد الاختصاص للقانون المصرى هو وقت إنعقاد الزواج .

ـ هذا وقد يبدو الأمر غريباً ، ففى الحالة التى يصير فيها الزوجين أو أحدهما مصرياً بعد إنعقاد الزواج لا ينعقد الاختصاص التشريعى للقانون المصرى ٠

وفى الحالة التى يصير فيها الزوجين أو أحدهما أجنبياً بعد انعقاد الزواج سينعقد الاختصاص التشريعى للقانون المصرى!!

ولعل هذا الوضع هو ما أثار حفيظة بعض الفقه على ما سنرى لاحقاً لكن على كل حال فإن هذا هو منطوق المادة ١٤ مدنى حيث ذكرت "٠٠٠ إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ٠٠ "

وبإسقاط هذا الشرط على المسائل المتعلقة بالزواج يمكن الوقوف على ما يلى :

١ ـ بالنسبة لانعقاد الزواج من الناحية الموضوعية :

يمكن القول بتوافر هذا الشرط متى كان أحد أطراف العلاقة ـ وقت انعقاد الزواج ـ مصرياً ، ووقتها ينعقد الاختصاص للقانون المصرى وحده على الشروط الموضوعية وفقاً للمادة ١٤ مدنى بدلاً من قانون جنسية الزوجين وفقاً للمادة ١٢ مدنى ، وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج إذ تخضع للقاعدة العامة وفقاً للمادة ١١ مدنى ٠

٢ ـ بالنسبة لآثار الزواج :

يمكن القول بأنه إذا كان الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن الاختصاص التشريعى يكون للقانون المصرى ولكن

وفقاً لقاعدة الإسناد العامة وفقاً للمادة ١/١٣ مدنى أما إذا كانت الزوجة مصرية وقت الزواج والزوج أجنبياً فإن الاختصاص التشريعى يكون للقانون المصرى وفقاً لقاعدة الإسناد الخاصة وفقاً للمادة ١٤ مدنى ٠

٣ ـ بالنسبة لانقضاء الزواج :

يمكن القول بأنه إذا كان الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن الاختصاص يكون للقانون المصرى حتى ولو غيّر الزوج جنسيته بعد ذلك بأن صار وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال أجنبياً وذلك وفقاً للمادة ١٤ مدنى وليس وفقاً للمادة ٢/١٣ مدنى إذ يسرى القانون المصرى بدلا من القانون الأجنبى (قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق ، ولا عبرة بالجنسية الجديدة التى يتمتع بها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق) ٠

ـ أما إذا كان الزوج أجنبياً وقت إنعقاد الزواج ثم تمتع بالجنسية المصرية وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق ٠

فالحال لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : إذا كانت الزوجة أجنبية ـ لا تتمتع بالجنسية المصرية ـ فإن القانون المصرى هو الذى يطبق عملا بالمادة ٢/١٣ مدنى إذ العبرة بقانون جنسية الزوج وقت الاطلاق أو رفع الدعوى ، وهو فى هذا الوقت مصرياً ، ومن ثم ينعقد الاختصاص التشريعى للقانون المصرى ٠

الأمر الثانى : إذا كانت الزوجة مصرية فإن الاختصاص ينعقد للقانون المصرى عملاً بالمادة ١٤ مدنى ـ لتوافر شروطها ـ ولا عبرة بجنسية الزوج وقانونها ، وعليه فالقانون الذى يسرى على انحلال الزواج يكون وفقاً للمادة ١٤ مدنى وليس وفقاً للمادة ٢/١٣ مدنى ، بمعنى أنه تسرى قاعدة الإسناد الخاصة دون قاعدة الإسناد العامة .

ومتى انعقد الاختصاص للقانون المصرى فى أية حالة فإن قواعد التنازع الداخلى هى التى تحدد بعد ذلك الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق استناداً إلى ديانة الأطراف .

الضابط الثانى

تعلق النزاع بمسألة من مسائل الزواج

يتعين لإعمال حكم المادة ١٤ مدنى أن يكون النزاع متعلقاً بمسألة من مسائل الزواج سواء فى مرحلة الانعقاد والإنشاء أو الآثار أو الانقضاء وهذا مستفاد من صدر تلك المادة حيث جاء فيها " .. فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ... وتلك الأمور الانعقاد ، الآثار ، الانقضاء تناولتهما المادتين ١٢،١٣/١، ١٣/٢ مدنى .

على أنه يقصد بالشروط الموضوعية لانعقاد الزواج ، كل ما يتعلق بالتراضى وبالإرادة التى تسهم فى تكوين العقد سواء كانت إرادة المتعاقدين أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما أو

وانحلاله ، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية[١] .

ويقصد بانقضاء الزواج :

كل ما يترتب عليه انفصام عُرى الزوجية من طلاق أو تطليق أو انفصال جسمانى ، والشروط اللازمة لإيقاع كل صورة منها وما يترتب عليها من آثار سواء فيما يتعلق بالآثار الشخصية للعلاقة بين المطلق والمطلقة أو بين الزوجين المنفصلين ، أو ما تعلق بالآثار المالية لانقضاء الزواج ويقصد بها أثر الانقضاء على النظام المالى للزوجين [٢] .

ويمكن القول بأن الاختصاص التشريعى ـ بخصوص الانقضاء ـ يكون محجوزاً له للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى فى أحد فروض ثلاثة وهى :

الفرض الأول :

إذا كانت الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، وظلت متمتعة بالجنسية المصرية حتى انقضاء الزواج ففى هذا الغرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

---

(١) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥١٧ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر السداوى ص١٨٣ .

(٢) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٤١ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر إبراهيم السداوى ص١٩٠ ، ١٩١ .

وانحلاله ، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية[1].

ويقصد بانقضاء الزواج :

كل ما يترتب عليه انفصام عُرى الزوجية من طلاق أو تطليق أو انفصال جسمانى ، والشروط اللازمة لإيقاع كل صورة منها وما يترتب عليها من آثار سواء فيما يتعلق بالآثار الشخصية للعلاقة بين المطلق والمطلقة أو بين الزوجين المنفصلين ، أو ما تعلق بالآثار المالية لانقضاء الزواج ويقصد بها أثر الانقضاء على النظام المالى للزوجين [2].

ويمكن القول بأن الاختصاص التشريعى – بخصوص الانقضاء – يكون محجوزاً له للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى فى أحد فروض ثلاثة وهى :

الفرض الأول :

إذا كانت الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، وظلت متمتعة بالجنسية المصرية حتى انقضاء الزواج ففى هذا الغرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

---

(١) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥١٧ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر السداوى ص١٨٣ .

(٢) تنازع القوانين د/ هشام على صادق ص٥٤١ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر إبراهيم السداوى ص١٩٠ ، ١٩١ .

الفرض الثانى :

إذا كانت الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، ثم فقدت جنسيتها وقت انقضاء الزواج ، ففى هذا الفرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

الفرض الثالث :

إذا كان الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج ثم فقد الجنسية المصرية عند الانقضاء ، ففى هذا الفرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

ونلاحظ أنه لا عبرة بقانون جنسية الزوج فى الفرضين الأول والثانى ، كما أنه لا عبرة بقانون جنسية الزوج الجديدة فى الفرض الثالث .

– **وفى الختام** نذكر أن المشرع المصرى بأخذه بهذه القاعدة على هذا النحو يكون قد تأثر بمبدأ شخصية القوانين رغبة منه فى ربط من يحمل الجنسية المصرية بالنظام القانونى وبالوطن المصرى ، ولا سيما لتحقيق الحماية للطرف المصرى المسلم الذى يتزوج من أجنبية أو من أجنبى [1].

---

(١) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٣٩٥ ، هذا وقد ذكر د/ جابر جاد عبد الرحمن حالة أخرى تتعلق بالمادة ١٤ مدنى وهى ما يتعلق بالبنوة الشرعية فقال : إن المادة ١٤ مدنى يدخل فى نطاقها الموضوعى ما يتعلق بالبنوة الشرعية حيث أنها من آثار الزواج ومن ثم تخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج ======

الفرض الثانى :

إذا كانت الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، ثم فقدت جنسيتها وقت انقضاء الزواج ، ففى هذا الفرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

الفرض الثالث :

إذا كان الزوج مصرياً وقت انعقاد الزواج ثم فقد الجنسية المصرية عند الانقضاء ، ففى هذا الفرض يخضع الطلاق أو التطليق للقانون المصرى وفقاً للمادة ١٤ مدنى .

ونلاحظ أنه لا عبرة بقانون جنسية الزوج فى الفرضين الأول والثانى ، كما أنه لا عبرة بقانون جنسية الزوج الجديدة فى الفرض الثالث .

ـ **وفى الختام** نذكر أن المشرع المصرى بأخذه بهذه القاعدة على هذا النحو يكون قد تأثر بمبدأ شخصية القوانين رغبة منه فى ربط من يحمل الجنسية المصرية بالنظام القانونى وبالوطن المصرى ، ولا سيما لتحقيق الحماية للطرف المصرى المسلم الذى يتزوج من أجنبية أو من أجنبى [1].

---

(١) مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الكريم ص٣٩٥ ، هذا وقد ذكر د/ جابر جاد عبد الرحمن حالة أخرى تتعلق بالمادة ١٤ مدنى وهى ما يتعلق بالبنوة الشرعية فقال : إن المادة ١٤ مدنى يدخل فى نطاقها الموضوعى ما يتعلق بالبنوة الشرعية حيث أنها من آثار الزواج ومن ثم تخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج ======

الغصن الرابع

موقف الفقه القانونى من القاعدة

لقد وجه الفقه القانونى سهام النقد الجارحة إلى هذه القاعدة ـ المنصوص عليها فى المادة ١٤ مدنى ـ خاصة فيما يتعلق بنطاقها الموضوعى ومن هذا النقد ما يلى :

أولاً : فيما يتعلق بآثار الزواج :

وفقا للقاعدة نجد أنها تسرى متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وهذا وضع يبدو غريباً فى بعض الأحيان فمثلاً :

١ ـ لو كان الزوجان أجنبيان وقت انعقاد العقد واكتسبا الجنسية المصرية بعد ذلك فإن القانون المصرى لا يسرى ولا مجال لإعماله .

٢ ـ لو كان الزوجان أو أحدهما مصرياً وقت انعقاد الزواج ثم غيرا جنسيتهما أو أحدهما بجنسية أجنبية فإن القانون المصرى هو الذى يسرى إذ العبرة بجنسيتهما أو أحدهما وقت انعقاد الزواج .

====== قانون جنسية الزوج وفقاً للقواعد العامة ، لكن متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى هو الذى يحكم إثبات البنوة الشرعية .

مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ص٣٧٩ ، ٣٨٥ .

ومن هنا تبدو غرابة هذا الوضع ، إذ يسرى القانون المصرى على أطراف لم يصيروا بعد وطنيين بل صارا أجانب، فى الوقت ذاته لا يسرى القانون المصرى على أشخاص أصبحوا مصريين ــ وطنيين ــ لا لشئ إلا لأنهم كانوا أجانب وقت انعقاد الزواج .

إزاء ذلك ذهب جانب من الفقه القانونى [1] إلى أنه من الأوفق من الوجهة التشريعية أن يسرى القانون المصرى على آثار الزواج وانحلاله إذا كان أحد الزوجين ينتمى حالياً إلى الجنسية المصرية ، أى أن العبرة ليست بكون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وإنما العبرة بكونه مصرياً وقت تحقق آثار الزواج أو وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، فلا يكفى سبق كون أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج حتى ولو صارا أجنبيين بعد ذلك ، بل يتعين كون الزوجة مصرية وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال [2].

ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به لما يلى :

---

(١) د/ منصور مصطفى منصور ــ مذكرات فى القانون الدولى الخاص ص٣٣٢ ، د/ محمد كمال فهمى ــ أصول القانون الدولى الخاص ص٥٥٣ ، د/ هشام على صادق ــ الجنسية والموطن ص ٥٥٣ ، د/ شمس الدين الوكيل ــ دروس فى القانون الدولى الخاص ص١٣٨ .

(٢) د/ عز الدين عبد الله ــ القانون الدولى الخاص ص٣١٩ .

أ ــ المشرع اعتد بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج فيما يتعلق بآثار الزواج ولم يعتد بجنسية الزوجة على أساس سيادة الزوج فى الأسرة وسلطته على زوجته .

ب ــ المشرع قد حسم مشكلة التنازع المتغير ــ المتحرك ــ التى تعرض إذا ما غيّر الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج فقرر أن آثار الزواج تظل خاضعة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج لأن الزواج باعتباره رابطة قانونية يحسن خضوعها لقانون واحد ومتى نشأ الزواج فى ظل قانون جنسية الزوج وتولدت حقوق وواجبات كل من الطرفين فى ظله ، ورضيت الزوجة وقبلت الخضوع لنظام الزوجية كما يحدده هذا القانون ، فليس من العدل حينئذ أن تتعدل تلك الحقوق والواجبات لمجرد عمل إرادى من جانب الزوج .

جـ ــ القول بأن عناصر الأسرة صارت وطنية يُعد مبرراً لتطبيق القانون المصرى قول مردود لما يلى [1] :

١ ــ القول بهذا القول يؤدى إلى إهدار وحدة القانون الذى تتولد فى ظله آثار الزواج على النحو الذى ارتآه المشرع المصرى .

---

(١) فى هذا الرد د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص١٩٨ ، ١٩٩ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ١ ــ تنازع القوانين ص٢٧١ .

٢ ــ إذا سلمنا جدلاً بإمكان خضوع آثار الزواج للقانون المصرى متى اكتسب الزوجان الجنسية المصرية بعد انعقاد الزواج على أساس أن الأسرة أصبحت مصرية فى جميع عناصرها.

فيحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت الحكمة التى دفعت أصحاب هذا الرأى إلى القول بوجوب تطبيق القانون المصرى على آثار الزواج بوصفه قانون الجنسية المشتركة ، تصلح أيضاً للتمسك بها بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبى على هذه الآثار بوصفه قانون الجنسية المشتركة فى الفرض الذى يفقد فيه الزوجين جنسيتهما المصرية ويكتسبان معاً جنسية أجنبية بعد انعقاد الزواج ؟ .

ألا يمكن حينئذ القول بأنه لا يوجد أى مبرر لتطبيق القانون المصرى فى هذا الفرض ، بعد أن أصبحت الأسرة أجنبية فى جميع عناصرها ؟ .

٣ ــ لو سلمنا بهذا القول جدلاً فإنه يؤدى إلى وضع ونتيجة غريبة تدعو إلى التأمل ، فإذا ما سلمنا بتطبيق القانون المصرى مع الجنسية المشتركة فى الغرض الذى يكتسب فيه الزوجان الجنسية المصرية بعد انعقاد الزواج ، نكون قد أهدرنا القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١/١٣ مدنى .

ــ إذا ما أعملنا هذا الرأى فى الفرض الذى يكتسب فيه الزوجان جنسية أجنبية بعد الزواج نكون قد خرجنا على القاعدة المنصوص عليها فى م ١٤ مدنى .

وعليه ينبغى القول بأن اكتساب أو فقد الزوجين أو أحدهما للجنسية المصرية فى تاريخ لاحق على الزواج لا يؤثر على القانون الواجب التطبيق بالنسبة لآثار الزواج .

د ــ إعمال هذا الرأى والقول به يخالف صريح نص المادة ١٤ مدنى والذى يعتد بوقت الزواج متى كان الزوجين أو أحدهما مصرياً فى هذا الوقت .

ثانياً : ما يتعلق بإنقضاء الزواج :

ذهب البعض إلى أن هذه القاعدة تؤدى إلى نتيجة غير مقبولة فى حالة ما إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج ، ولكنهما وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال صارا أجنبيين ، ففى هذه الحالة يكون الاختصاص للقانون المصرى عملاً بالمادة ١٤ مدنى فى حين أنه لا يوجد ما يبرر تطبيقه ، وإذا ما كان الزوج وقت إيقاع الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال مصرياً ، انعقد الاختصاص للقانون المصرى وفقاً للمادة ٢/١٣ مدنى وليس لحكم المادة ١٤ مدنى ، والواقع أن هذا القول يعد خروجاً صريحاً على نص المادة ١٤ مدنى [١].

(١) د/ ماهر إبراهيم السداوى ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ص ٢٠٠ ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ ١ تنازع القوانين ص٢٧٣ .

فإذا كان المشرع قد أوجب الاعتداد بالقانون المصرى متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج بالنسبة لانقضاء الزواج أيا ما كانت جنسيتهما وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال ، فلأنه قرر أنه ما دام الزواج قد ارتبط منذ نشأته بالقانون المصرى ورتب آثاره فى ظل هذا القانون أيضاً ، فمن المنطقى أن يخضع إنحلاله للقانون المصرى كذلك، ومن ثم لا يعتد بتغيير الجنسية اللاحقة على الزواج فى شأن القانون الواجب التطبيق على إنقضاء الزواج ، لأن مثل هذا التغيير لا يجب أن ينزع الاختصاص الذى ثبت للقانون المصرى بحكم جميع جوانب هذا الزواج .

ـ وفى حالة ما إذا كان الزوجان أجنبيان وقت الزواج واكتسبا معاً أو أحدهما الجنسية المصرية بعد ذلك فالقانون الذى يحكم إنقضاء الزواج تحديده لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : إذا أصبح الزوج مصرياً وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال طبق القانون المصرى وفقاً للمادة ٢/١٣ مدنى ولا نحتاج إلى المادة ١٤ مدنى .

الأمر الثانى : إذا كانت الزوجة هى التى اكتسبت الجنسية المصرية وظل الزوج محتفظاً بجنسيته الأجنبية وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق ، فإن الاختصاص ينعقد للقانون الأجنبى ووفقاً للقاعدة العامة ، وليس هناك ما يدعو إلى العدول

عنها وإعمال القاعدة الخاصة (م١٤ مدنى) [١].

غير أن بعض الفقه [٢] يرى أن الاختصاص فى هذه الحالة يجب أن ينعقد للقانون المصرى تأسيساً على أن القاعدة المقررة فى المادة ١٤ مدنى مرجعها ارتباط الأسرة بالجماعة الوطنية عن طريق انتماء أحد طرفيها بهذه الجماعة وقت الزواج وتعتبر ذات العلة متوافرة فى حالة تمتع أحد أطراف العلاقة ـ الزوجية ـ ولو فى تاريخ لاحق على الزواج بالجنسية المصرية عند انقضاء الزواج .

ـ وعلى ذلك فإن غاية ما يقال على نص المادة ١٤ مدنى بحالتها هذه بأنه نص غير واقعى ، والأقرب إلى الصواب كما ذكر بعض الفقه [٣] .

ـ ويتفق معه الباحث فى صوغ تلك المادة على النحو الآتى :

" فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً عند انعقاد الزواج ، أو صار فيما

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ص٢٦٣ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ ماهر إبراهيم السداوى ص٢٠٠ ، ٢٠١ ، ومؤلفه القانون الدولى الخاص جـ١ ـ تنازع القوانين ص٢٧٤ .

(٢) د/ فؤاد رياض ـ الوسيط بالاشتراك مع د/ سامية راشد ص٣٢٠ ، ومؤلفهما تنازع القوانين ص٢٤١ .

(٣) أستاذنا الدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة فى مؤلفه القانون الدولى الخاص جـ٢ص٣٧٣ ، ومؤلفه علم قاعدة التنازع ص٨٧٠ .

بعد مصرياً وظل محتفظاً بجنسيته حتى وقت رفع الـدعوى ، يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج ".

رابعاً

الخاتمـــــــــــة

هذا وقد كشفت الدراسة عن العديد من النتائج وبعض التوصيات ، وفيما يلى ذكر أهم هذه النتائج وبعض التوصيات ٠

١ ــ ما زالت قواعد الإسناد هى الوسيلة الأكثر شيوعاً لحل مشكلة تنازع القوانين ، فهى قواعد قانونية ملزمة ، إلا أنها تختلف عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى فى أنها من صنع المشرع الوطنى لكن بتوجهات دولية ، إذ ما زال المجتمع الدولى يواجه مشاكله الدولية بحلول من صنع المشرعين الوطنيين ، كما أنها وإن كانت قواعد قانونية إلا أنها تكتفى بتحديد القانون الذى يحكم النزاع ويفصل فيه وفق نصوصه وأحكامه فهى أشبه ما تكون بمكتب الاستعلامات ، هذا فضلاً عن أنها قواعد غير محددة المضمون ، تهدف إلى اختيار القانون الأكثر صلة بالنزاع والأكثر ملائمة للفصل فى الدعوى ، بقصد تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ، وتحقيق أكبر قسط من العدالة للأفراد فى المنازعات الدولية الخاصة ٠

٢ــ تنفرد قواعد الإسناد الخاصة بأوصاف ذاتية تمييزها عن غيرها من قواعد الإسناد العامة ــ المزدوجة ــ :

أ ــ فهى قواعد مفردة الجانب ــ أحادية ــ يقتصر دورها على تحديد حالات تطبيق القانون الوطنى وحده ، دون أن تمتد إلى بيان حالات تطبيق القانون الأجنبى ٠

على أن لتلك الأحادية ما يبررها إذ أن ذلك يتفق مع باقى موضوعات القانون الدولى الخاص كالقواعد المنظمة للجنسية ، والقواعد المنظمة للاختصاص القضائى الدولى ، وكذلك القواعد المتعلقة بآثار الأحكام الأجنبية ، والقواعد المنظمة لمركز الأجانب ٠

كما أن تلك الأحادية تجنبنا العديد من الصعوبات العملية كالبحث عن مضمون القانون الأجنبى أو تفسيره أو تطبيقه مما يكون له انعكاسات إيجابية على سرعة الفصل فى المنازعات وتحقيق العدالة ، كما أنها تجنبنا مشكلة الإحالة ، فضلاً عن أن ذلك يحقق سيادة الدولة التشريعية ، إذ لا يعقل أن يترك تحديد تلك السيادة إلى مشرع دولة أجنبية ٠

ب ــ كما تنفرد قواعد الإسناد الخاصة بأنها قواعد غير محايدة، إذ تجعل الاختصاص التشريعى فى جميع الاحوال محجوزاً للقانون الوطنى ، وذلك على عكس قواعد الإسناد العامة إذ تقوم بتحديد القانون الذى يفصل فى النزاع بصرف النظر عن كونه قانون وطنى أو قانون أجنبى ٠

٣ ــ تتفق قواعد الإسناد الخاصة مع القواعد ذات التطبيق الضرورى فى أنهما يجعلان المجال محجوزاً للقانون الوطنى ، كما أنها من صنع المشرع الوطنى ، إلا أنهما يختلفان فى عدة أمور كالمنهجية فى العمل وكيفية الفصل فى المنازعة وعلاقتها بالقواعد العامة ، وقيمة العنصر الأجنبى ٠

ـ فمن حيث المنهجية فى العمل :

نجد أن قواعد الإسناد تنحصر فى تحديد حالات إنطباق القانون الوطنى فى المنازعة المطروحة ، ولا شأن لها بتقرير حالات اختصاص القوانين الأجنبية .

أما القواعد ذات التطبيق الضرورى فإنها تنطلق من القاعدة القانونية ابتداءً للبحث عن العلاقة القانونية التى تسرى عليها ، فإن وجدت فتطبق مباشرة دونما سابق بحث عن طبيعة المسألة، ثم إنها قد تتعرض لحالات تطبيق القانون الأجنبى .

ـ ومن حيث كيفية الفصل فى المنازعة :

نجد أن قواعد الإسناد الخاصة قواعد غير مباشرة لا تفصل فى المنازعة وإنما تحدد النظام القانونى الذى يفصل فى النزاع، أما القواعد ذات التطبيق الضرورى فإنها تعد من القواعد المباشرة ، والتى تفصل فى النزاع .

ـ ومن حيث العلاقة بقواعد الإسناد العامة :

نجد أن قواعد الإسناد الخاصة تعمد إلى استبعاد أى احتمال لتطبيق أى قانون أجنبى ، بينما لا تستبعد القواعد ذات التطبيق الضرورى احتمال تطبيق قانون أجنبى .

ـ ومن حيث قيمة العنصر الأجنبى :

نجد أن العنصر الأجنبى يعد ضرورياً لإعمال قاعدة الإسناد وتهتم به تلك القاعدة إذ هو مفتاح عمل قواعد التنازع ، بينما لا تهتم القواعد ذات التطبيق الضرورى بالعنصر الأجنبى أو الطابع الدولى للمسألة المعروضة .

٤ـ تتنوع الاعتبارات التى تدفع المشرع الوطنى إلى الأخذ بقواعد الإسناد الخاصة ـ وصولاً إلى تحقيق التعايش والتعاون الدولى بين النظم القانونية المختلفة ، وتطبيق القانون على وفق ما أراده مشرعه ـ كالقضاء على التحايل على القانون واستقرار المعاملات الدولية ، وتحقيق سيادة الدولة ، وحماية مصالحها المختلفة .

ـ فمن حيث القضاء على التحايل على القانون :

تعتبر قواعد الإسناد الخاصة بمثابة وسيلة دفاع وطنى ضد تلاعب الأفراد بقاعدة التنازع العامة ، وذلك فى الأحوال التى يسمح فيها المشرع بل يعطى الأفراد مكنة التحايل على ضابط الإسناد ، ولتعطيل ذلك بل ووأده فى مهده يعمد المشرع إلى الأخذ بقاعدة الإسناد الخاصة .

ـ ومن حيث سلامة وتأمين المعاملات الدولية واستقرارها :

نجد أن ذلك يعد هدفاً منشوداً بين مختلف النظم القانونية ، وفى سبيل الوصول إليه يعمد مشرعى الدول إلى تصحيح بعض التصرفات القانونية متى توافرت شروط معينة والتى تتم فى إقليمها ، وعدم تمكين الأفراد من إبطالها أو التمسك بذلك تذرعاً بأحكام قانونهم الشخصى ، وفقاً لقاعدة الإسناد العامة ، فسلامة واستقرار المعاملات الدولية يمكن الوصول إليها بتقرير مثل هذه القواعد والعمل بها .

ـ ومن حيث تحقيق سيادة الدولة وسلطانها ، وحماية المصالح المختلفة للدولة :

إذ نجد أن العمل بقواعد الإسناد العامة فى بعض الأحيان قد ينتقص من سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها إذ المشرع الوطنى يكون بين أمرين : عدم ترك بعض المنازعات بدون نظام قانونى يحكمها ، وعدم المساس بكيان وسيادة الدولة .

وفى التعويل على قواعد الإسناد الخاصة ما يحقق الأمرين معاً .

كما أن هناك العديد من المصالح المختلفة والتى قد يلحقها ضرر من جراء تطبيق القاعدة العامة فى الإسناد .

٥ـ يتفق الباحث مع غيره من الفقه القانونى فى أنه لا محل لتقييد الإطلاق الوارد فى المادة ١/١١ مدنى والمتعلقة بنطاقها الموضوعى ، إذ يكفى لإعمالها أن يكون التصرف من قبيل التصرفات المالية دونما تفرقة بين التصرفات الجارية أو التصرفات ذات الحظر ، لأن العلة من إيراد

مثل هذا الحكم متوافرة حتى مع التصرفات ذات الحظر والتى تقتضى قدراً من الحيطة والحذر والتقصى لكن مع ذلك عجز عن المتعاقد مع الأجنبى ، وبحسن نية الوقوف على أهليته ، ومن ثم تجب حمايته ، على أن يترك لمحكمة الموضوع تقدير ذلك .

٦ ـ يتفق الباحث مع غيره فى أنه لا مانع من سريان المادة ١/١١ مدنى فى نطاقها الشخصى على المتعاقد مع الأجنبى متى كان أجنبياً أسوة بالمتعاقد الوطنى مع الأجنبى فكلاهما سواء فى الحكم .

حيث لا محل لحمل المادة ١/١١ مدنى على ضرورة أن يكون المتعاقد مع الأجنبى وطنياً حيث إن عبارة النص غير قاطعة فى ذلك ، ولأن المشرع التمهيدى للمادة ١١ مدنى يؤكد ذلك أيضاً حيث قضى بأن القانون المصرى هو الذى يحدد أهلية الأجنبى الذى يتعاقد فى مصر مع مصرى أو مع أجنبى من جنسية مختلفة ، فضلاً عن أن الحكمة من استبعاد القانون الأجنبى ـ وفقاً للقاعدة العامة ـ وهى تأمين سلامة واستقرار المعاملات الدولية تسرى على كل من الوطنى والأجنبى ، وليست الحكمة قاصرة على حماية العاقد الوطنى لوطنيته .

٧ ـ إيمانا من الباحث من أنه لا مانع من قبول الحكم المنصوص عليه فى المادة ١٤ مدنى إلا أنه جاء متجاوزاً الحكمة منه إذ هو بحسب الأصل جاء فى شان انعقاد الزواج ـ من الناحية الموضوعية ـ لكن وضعه الحالى يسرى على الانعقاد والآثار والانحلال . **هذا أمر .**

أمر آخر : وهو أن النص بحالته هذه غاية ما يقال عنه أنه غير واقعى ، إذ يترتب عليه بحالته هذه نتائج غريبة بل شاذة وغير منطقية لعل منها سريانه على أشخاص صاروا أجانب لمجرد أنهم وقت انعقاد الزواج كانوا أو أحدهما وطنيين .

ـ وفى المقابل عدم سريانه على أشخاص صاروا وطنيين لمجرد أنهم وقت انعقاد الزواج لم يكونوا ـ أو أحدهم ـ وطنيين .

لكل ما سبق فإن الباحث يتفق مع من سبقوه على صياغة جديدة للمادة ١٤ مدنى وهى على النحو الآتى :

" فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريا عند انعقاد الزواج أو صار فيما بعد مصرياً وظل محتفظاً بجنسيته حتى وقت رفع الدعوى ، يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج " .

وبعد ،،، فإن هذه الدراسة لتلك الجزئية وللباحث خاصة محل قبول ورفض خاصة مع اختلاف وجهات النظر والأفكار ، فإن أصبت فى بعضها وأخطأت فى البعض الآخر فحسبى حسن المقصد وإخلاص النية ، وعلمى بأن للمجتهد المخطئ أجر .

وفى الختام أدعوا المولى عز وجل أن يعفو عن الخطأ والزلل ، ويستر العيب والنقص .

وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب

خامساً

المراجع والفهرس

أولاً

المراجع

١ ـ *المراجع باللغة العربية :*

أ ـ الكتب والمؤلفات :

١ ـ د/ إبراهيم أحمد إبراهيم :

ـ القانون الدولى الخاص ـ الكتاب الأول ـ مركز الأجانب وتنازع القوانين طبعة سنة ١٩٩٢ .

ـ القانون الدولى الخاص الكتاب الأول تنازع القوانين ط سنة ١٩٩٩ دار النهضة العربية .

ـ القانون الدولى الخاص ـ تنازع القوانين ط سنة ٢٠٠٢ دار النهضة العربية .

٢ ـ د/ أحمد صادق القشيرى .

ـ الاتجاهات الحديثة فى تبين القانون الذى يحكم العقود الدولية منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٢١ لسنة ١٩٩٥ .

ـ بحث نطاق وطبيعة القانون الدولى الخاص منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة العاشرة يناير سنة ١٩٦٨م .

٣ ـ د/ أحمد عبد الحميد عشوش بالاشتراك مع د/ أحمد محمد الهوارى .

ـ القانون الدولى الخاص ـ الجزء الثانى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائيين الدوليين ط سنة ٢٠٠٠/٢٠٠١ .

٤ ـ د/ أحمد عبد الكريم سلامة .

ـ المبسوط فى شرح نظام الجنسية الطبعة الأولى سنة ١٩٩٣ دار النهضة العربية .

ـ مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ط سنة ١٩٩٦ دار النهضة العربية .

ـ القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص الطبعة الأولى دار النهضة العربية .

ـ القانون الدولى الخاص ـ الجزء الثانى ـ التنازع الدولى للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ط سنة ٢٠٠١/٢٠٠٢ دار النهضة العربية .

ـ علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجا . الطبعة الأولى ـ مكتبة الجلاء الجديدة .

ـ المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية ـ تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائى الطبعة الأولى .

٥ ـ د/ أحمد قسمت الجداوى .

ـ مبادئ القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٨٨م .

٦ ـ د/ أحمد محمد الهوارى بالاشتراك مع د/ أحمد عبد الحميد عشوش .

ـ القانون الدولى الخاص ـ الجزء الثانى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ط سنة ٢٠٠٠/٢٠٠١

٧ ـ د/ إسماعيل غانم .

ـ مذكرات فى عقد البيع ط سنة ١٩٥٨ .

٨ ـ د/ أنور سلطان .

ـ الموجز فى النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ط سنة ١٩١٨ دار المطبوعات الجامعية .

٩ ـ د/ بدر الدين عبد المنعم شوقى .

ـ الوسيط فى القانون الدولى الخاص ـ تنازع القوانين الاختصاص القضائى الدولى ط سنة ١٩٩٠ .

١٠ ـ د/ جابر جاد عبد الرحمن .

ـ مبادئ القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٥٦ ـ المطبعة العالمية .

١١ ـ د/ جلال على العدوى بالاشتراك مع كلاً من د/ رمضان أبو السعود ، د/ محمد حسن قاسم .

ـ الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ط سنة ١٩٩٦م منشأة المعارف .

١٢ ـ د/ جمال محمود الكردى .

ـ تنازع القوانين ط سنة ٢٠٠٥ ـ دار النهضة العربية.

١٣ ـ د/ حامد زكى .

ـ القانون الدولى الخاص ط الأولى سنة ١٩٣٦ .

ـ أصول القانون الدولى الخاص المصرى ط ٤ سنة ١٩٤٦

١٤ ـ د/ حسن كيرة .

ـ المدخل إلى القانون ـ ط منشأة المعارف .

١٥ ـ د/ حفيظة السيد الحداد .

ـ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ط سنة ٢٠٠١ دار الفكر الجامعى .

١٦ ـ د/ خميس جعفر .

ـ عقد البيع فى القانون المدنى ط سنة ١٩٧٢ القاهرة .

١٧ ـ د/ رمضان أبو السعود بالاشتراك مع كلاً من د/ جلال العدوى ، د/ محمد حسن قاسم .

ـ الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ط سنة ١٩٩٦ منشأة المعارف .

١٨ ـ د/ سالم أرجيعه .

ـ القانون الدولى الخاص الليبى ـ الجزء الأول ـ تنازع القوانين من حيث المكان . الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩ المركز القومى للبحوث والدراسات العليا .

١٩ ـ د/ سالم عبد الرحمن غميض .

ـ المدخل إلى علم القانون ـ دراسة فى نظريتى القانون والحق فى التشريع الليبى ط٢ دار الكتب الوطنية بنغازى.

٢٠ ـ د/ سامية راشد بالاشتراك مع د/ فؤاد عبد المنعم رياض.

ـ الوسيط فى القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٩٢ دار النهضة العربية .

ـ ومؤلفها تنازع القوانين بالاشتراك مع د/ فؤاد رياض ط سنة ١٩٩٤ دار النهضة العربية .

٢١ ـ د/ سعيد يوسف البستانى .

ـ القانون الدولى الخاص ـ الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤ منشورات الحلبى الحقوقية .

٢٢ ــ د/ سليمان مرقس ٠

ــ الوافى فى شرح القانون المدنى العقود المسماة ــ المجلد الأولى عقد البيع ط٥ سنة ١٩٩٠م ٠

٢٣ ــ د/ شمس الدين الوكيل ٠

ــ دروس فى القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٦٢/١٩٦٣

٢٤ ــ د/ عبد الحميد أبو هيف ٠

ــ القانون الدولى الخاص فى أوروبا ومصر مطبعة الاعتماد ٠

٢٥ ــ د/ عِز الدين عبد الله ٠

ــ القانون الدولى الخاص ــ الجزء الأول ــ الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق ــ الطبعة الحادية عشرة ــ مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٨٦ م ٠

ــ القانون الدولى الخاص ــ الجزء الثانى ــ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ــ الطبعة الثامنة سنة ١٩٧٧ دار النهضة العربية ٠

٢٦ ــ د/ عصام الدين القصبى ٠

ــ القانون الدولى الخاص ــ الجنسية ومركز الأجانب ط سنة ١٩٨٥/١٩٨٦ م ٠

٢٧ ــ د/ عكاشه محمد عبد العال ٠

ــ تنازع القوانين دراسة مقارنة ط سنة ٢٠٠٢ دار المطبوعات الجامعية ٠

٢٨ ــ د/ عوض الله شيبة الحمد ٠

ــ الوجيز فى القانون الدولى الخاص ــ الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧ دار النهضة العربية ٠

٢٩ ــ فؤاد عبد المنعم رياض بالاشتراك مع د/ سامية راشد ٠

ــ الوسيط فى القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٩٢ دار النهضة العربية ٠

ــ ومؤلفه مع د/ سامية راشد ــ تنازع القوانين ط سنة ١٩٩٤ دار النهضة العربية ٠

٣٠ ــ د/ فؤاد عبد المنعم رياض بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان ٠

ــ تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية ط سنة ١٩٩٨ /١٩٩٩ ٠

٣١ ــ فتحى عبد الرحيم عبد الله ٠

ــ شرح النظرية العامة للالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ط٣ سنة ٢٠٠١ منشاة المعارف ٠

٣٢ ــ د/ ماهر إبراهيم السداوى ٠ ــ مبادئ القانون الدولى الخاص ــ تنازع القوانين ط سنة ١٩٨١ م ٠

ــ القانون الدولى الخاص ــ الجزء الأول ــ تنازع القوانين ط سنة ١٩٧٩ دار قاسم للطباعة ٠

٣٣ ــ د/ محمد المبروك اللافى ٠

ـ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ط سنة ٢٠٠٠ الجامعة المفتوحة ـ طرابلس ـ ليبيا .

٣٤ ـ **د/ محمد حسن قاسم بالاشتراك مع كلا من د/ جلال على العدوى ، د/ رمضان أبو السعود .**

ـ الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ط سنة ١٩٩٦ منشأة المعارف .

٣٥ ـ **د/ محمد حمدى محمد بهنسى .**

ـ دور الإرادة الفردية فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير التعاقدية ، بحث منشور فى المجلة القانونية الاقتصادية العدد ١٥ .

٣٦ ـ **د/ محمد خالد الترجمان بالاشتراك مع د/ فؤاد عبد المنعم رياض .**

ـ تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية ط سنة ١٩٩٨ /١٩٩٩ .

٣٧ ـ **د/ محمد عبد الخالق عمر .**

ـ القانون الدولى الخاص الليبى .

٣٨ ـ **د/ محمد عبد المنعم رياض .**

ـ مبادئ القانون الدولى الخاص ط سنة ١٩٤٧ الطبعة الثانية مكتبة النهضة العربية .

٣٩ ـ **د/ محمد كمال فهمى .**

ـ أصول القانون الدولى الخاص ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥

ـ بحث رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى منشور فى مجلة الاقتصاد والقانون العدد الثالث سنة ١٩٦٣ م

٤٠ ـ **د/ منصور مصطفى منصور .**

ـ مذكرات فى القانون الدولى الخاص ١٩٥٦/١٩٥٧ .

٤١ ـ **د/ نادر محمد إبراهيم .**

ـ مركز القواعد عبر الحدود الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى ط دار الفكر الجامعى سنة ٢٠٠٢ .

٤٢ ـ **د/ نبيل إبراهيم سعد .**

ـ العقود المسماة ـ الجزء الأول ـ البيع ـ طبعة منشأة المعارف .

٤٣ ـ **د/ هشام أحمد محمود عبد العال .**

ـ محاضرات فى القانون الدولى الخاص ط سنة ٢٠٠٢ ـ دار النهضة العربية .

٤٤ ـ **د/ هشام على صادق .**

ـ تنازع القوانين ط٢ منشاة المعارف .

ـ القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ط٣ دار الفكر العربى سنة ٢٠٠١ .

ـ الجنسية والموطن ومركز الأجانب المجلد الأول ط سنة ١٩٧٧ .

ب ـ الدوريات :

ـ الوقائع المصرية العدد ١٠٨مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الحادية عشرة العدد الثالث .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض الدائرة المدنية السنة الرابعة عشر العدد الثانى .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة عشرة .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض الدائرة المدنية السنة الثامنة عشر العدد الثانى .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الحادية والثلاثون .

ـ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الأولى .

٢ ـ المراجع باللغة الأجنبية :

أ ـ الكتب والمؤلفات :

1) p – Arminjon précis de droit international privé – tomeI – ed 1947 .

2) p – Bartin – principes de droit international privé ed 3 – tom I et II – 1930 .

3) p – Batiffol – traite élémentaire de droit international privé ed – 4 – paris 1967 et ed 3 – 1959 .

4)p – Batiffol et lagarde droit international privé –cinquieme édition – tomes I et II paris – 1970

5) p – cheshire – private international law – 3rd ed – 1948

6) p – louis lucas – les principes directeurs pesés le project de codification du droit international privé francais – ret . dr – int – 1951 – p – 597 – 601 .

7) p – Niboyet – traité de droite international privé tome – - 5 ed 1948 .

8) p – Pillet – traité de droit international privé 2 vol 1923 .

-cours de droit international prive francais ed 2 1949

- Manuel de droit international prive ed2 - 1928

9) p – valéry – manuel de droit international privé paris – 1914 .

ب ـ الدوريات :

1) Orientations méthodalagiques dans les codifigations régentes de droit international privé en Europe tome cxcv – paris – 1987 .

2) Revue critique de droit international privé - n – 2 -1966 et n- 3 – 1975 .

3) Receu des cours de L'académie de la Haye en droit international privé-tome-I-1963

4) DaLLoz – t – I – 1861 .

5) Sirey – t – I 1861 .

6) Reportoire de droit international privé – t – 9 nationalité

ثانياً

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
أولاً : المقدمة وخطة البحث	٦٧٣
ثانيا : المطلب الأول	
الإطار الفقهى لقواعد الإسناد الخاصة	٦٧٨
تقديم وتقسيم :	٦٧٩
الفرع الأول : التعريف بقواعد الإسناد الخاصة وأوصافها	٦٧٩
تقسيم :	٦٧٩
الغصن الأول : ماهية قاعدة الإسناد الخاصة	٦٨٠
الغصن الثانى : أوصاف قاعدة الإسناد الخاصة	٦٨٣
المسألة الأولى : الأوصاف العامة لقواعد الإسناد بنوعيها	٦٨٤
الأمر الأول : قواعد الإسناد قواعد وطنية خالصة	٦٨٤
الأمر الثانى : قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة	٦٨٨

الموضوع	رقم الصفحة
الأمر الثالث : قواعد الإسناد غير محددة المضمون	٦٩٢
الأمر الرابع : قواعد الإسناد قواعد ملزمة	٦٩٤
أولا : الاتجاه الأول : قواعد الإسناد قواعد غير ملزمة	٦٩٥
مضمون هذا الاتجاه	٦٩٥
مبررات هذا الاتجاه	٦٩٦
١ ــ قاعدة الإسناد ليست قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح	٦٩٦
٢ ــ عدم الحاجة إلى قاعدة الإسناد	٦٩٦
٣ ــ تطابق أحكام القانون الأجنبى مع أحكام القانون الوطنى	٦٩٧
٤ ــ قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام	٦٩٨
ثانياً : الاتجاه الثانى : قواعد الإسناد قواعد ملزمة	٦٩٨
مضمون هذا الاتجاه	٦٩٨
مبررات هذا الاتجاه	٦٩٩
١ ــ قواعد الإسناد قواعد قانونية بالمعنى الصحيح	٦٩٩

الموضوع	رقم الصفحة
٢ ــ قواعد الإسناد تتعلق بالنظام العام	٧٠٢
٣ ــ قواعد الإسناد تحدد مجال تطبيق القوانين المتنازعة واختيار أكثرها عدالة محل النزاع	٧٠٣
٤ ــ قواعد الإسناد تكفل قيام كل نظام قانونى بحكم المسائل الوثيقة الصلة به	٧٠٤
ثالثاً : موقف القضاء المصرى	٧٠٦
المسألة الثانية : الأوصاف الذاتية لقواعد الإسناد الخاصة	٧١٠
استهلال :	٧١٠
الأمر الأول : قواعد الإسناد الخاصة قواعد أحادية الجانب	٧١٠
١ ــ أحادية قواعد الإسناد الخاصة أمر يتفق مع وظيفة قاعدة الإسناد	٧١٢
٢ ــ أحادية قواعد الإسناد أمر يتفق مع باقى موضوعات القانون الدولى الخاص	٧١٣
٣ ــ أحادية قواعد الإسناد الخاصة لا تكتنفها صعوبات فى الواقع العملى	٧١٤
الأمر الثانى : قواعد الإسناد الخاصة قواعد غير محايدة	٧١٥

الموضوع	رقم الصفحة
الغصن الثالث : تمييز قواعد الإسناد الخاصة عن القواعد ذات التطبيق الضرورى	٧١٧
تمهيد :	٧١٧
أولاً : من حيث المنهجية فى العمل	٧١٨
ثانياً : من حيث كيفية الفصل فى المنازعة	٧١٩
ثالثاً : من حيث العلاقة بقواعد الإسناد العامة	٧٢٠
رابعاً : من حيث المصدر	٧٢١
خامساً : من حيث قيمة العنصر الأجنبى	٧٢١
الفرع الثانى : مبررات الأخذ بقواعد الإسناد الخاصة	٧٢١
تقسيم:	
الغصن الأول : القضاء على التحايل على القانون	٧٢٢
الغصن الثانى : سلامة واستقرار المعاملات الدولية	٧٢٦
الغصن الثالث : حماية المصالح الاقتصادية والاجتماعية الوطنية	٧٢٧

الموضوع	رقم الصفحة
الغصن الرابع : سيادة الدولة وسلطانها على إقليمها	٧٢٩
ثالثاً : المطلب الثانى	
الإطار التطبيقى الوطنى لقواعد الإسناد فى مواد الأحوال الشخصية	٧٣١
تقديم وتقسيم :	٧٣٢
الفرع الأول : قواعد الإسناد الخاصة فى نطاق أهلية الأشخاص الطبيعيين	٧٣٣
تقسيم	٧٣٣
الغصن الأول : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الظاهرة	٧٣٥
تمهيد	/٣٥
المسألة الأولى : النص التشريعى وأصوله التاريخية	٧٣٦
المسألة الثانية : مضمون القاعدة وأساس الأخذ بها	٧٤٨
المسألة الثالثة : ضوابط إعمال القاعدة	٧٥٧
أولاً : أن يكون التصرف من التصرفات القانونية المالية	٧٥٧
ثانيًا : أن يكون التصرف معقوداً فى مصر وتترتب آثاره فيها	٧٦٠

الموضوع	رقم الصفحة
ثالثاً : أن يكون المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقا لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقاً للقانون الوطن	٧٦٥
رابعًا : أن يكون التعاقد مع الأجنبى حسن النية	٧٦٧
الغصن الثانى : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية متعدد الجنسية	٧٦٩
تمهيد :	٧٦٩
المسألة الأولى : النص التشريعى	٧٧٠
المسألة الثانية : مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها	٧٧٤
الغصن الثالث : قاعدة الإسناد الخاصة بأهلية الأداء الخاصة	٧٧٧
تمهيد :	٧٧٧
المسألة الأولى : القانون الواجب التطبيق على أهلية الأداء الخاصة	٧٧٩
الاتجاه الأول : خضوع أهلية الأداء الخاصة للقانون الإقليمى	٧٧٩
الاتجاه الثانى : خضوع أهلية الأداء الخاصة لقانون الجنسية	٧٨٠

الموضوع	رقم الصفحة
الاتجاه الثالث : خضوع أهلية الأداء الخاصة للقانون الذى يحكم التصرف ذاته	٧٨١
المسألة الثانية : بعض تطبيقات أهلية الأداء الخاصة	٧٨٢
استهلال :	٧٨٢
الأمر الأول : منع رجال القضاء وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها	٧٨٤
الشرط الأول : النطاق الشخصى للمادة ٤٧١ مدنى	٧٨٦
الشرط الثانى : النطاق الموضوعى للمادة ٤٧١ مدنى	٧٨٧
الأمر الثانى : منع تعامل المحامى مع موكله فى الحقوق المتنازع فيها	٧٨٩
الشرط الأول : أن يكون الحق محل التعاقد متنازعا فيه	٧٩١
الشرط الثانى : أن يكون المحامى وكيلا عن صاحب الحق المتنازع فيه	٧٩٢
الأمر الثالث : منع الوكلاء والأوصياء والقوام	٧٩٤

الموضوع	رقم الصفحة
والأولياء من شراء الأموال المنوط بهم بيعها	
الأمر الرابع : منع الطبيب من قبول تبرعات المريض مرض الموت	٧٩٨
الأمر الخامس : منع المحكوم عليه بعقوبة جناية من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه	٨٠٠
الفرع الثانى : قاعدة الإسناد الخاصة فى نطاق مسائل الزواج عامة	٨٠٣
تقسيم :	٨٠٣
الغصن الأول : النص التشريعى والغاية منه	٨٠٤
الغصن الثانى : مضمون القاعدة ومبررات الأخذ بها	٨٠٧
أولاً : مضمون القاعدة	٨٠٧
ثانياً : مبررات الأخذ بالقاعدة	٨٠٩
أ ــ تعلق المادة ١٤ مدنى بالنظام العام	٨٠٩
ب ــ ارتباط الزواج بصميم حياة الجماعة الوطنية	٨١١
الغصن الثالث : ضوابط إعمال القاعدة	٨١٢

الموضوع	رقم الصفحة
الضابط الأول : تمتع أحد طرفي العلاقة الزوجية بالجنسية المصرية وقت انعقاد الزواج	٨١٣
الضابط الثانى : تعلق النزاع بمسألة من مسائل الزواج	٨١٦
الغصن الرابع : موقف الفقه القانونى من القاعدة	٨٢١
رابعاً : الخاتمة	٨٢٩
خامسا : قائمة بالمراجع والفهرس	٨٣٧
أولا : قائمة المراجع	٨٣٨
ثانياً : الفهرس	٨٤٨

تم بحمد الله وتوفيقه