القانون الواجب التطبيق على الأفعال
أو التصرفات الصادرة من المهاجر غير الشرعي

بحث متطلبات مناقشة رسالة الدكتوراه

مقدم من
الباحث/ إسلام محمد رضوان الحديدي عبده
تحت إشراف
الأستاذ الدكتور / محمد السيد عرفة
أستاذ القانون الدولي الخاص
وعميد كلية الحقوق – جامعة المنصورة الأسبق

١٤٤٠ هـ / ٢٠١٩ م

الملخص

إن العيش في المجتمع يستلزم وجود قواعد قانونية تنظم الروابط بين أفراده، فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة سواء كانت مدنية أم تجارية أم علاقات أحوال شخصية يحكمها القانون الوطني وحده، أما العلاقات القانونية التي تتضمن عنصر أجنبي مثالها علاقات (المهاجر غير الشرعي) فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، لأن ذلك يؤدي إلى الإضرار بأطراف العلاقة، وانتفاء العدالة، وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة، الأمر الذي يترتب عليه عرقلة التجارة الدولية، والحيلولة دون الازدهار الثقافي، والعلمي، والاقتصادي بين الدول، لذلك يتولى القانون الدولي الخاص تحديد القانون الأنسب من بين القوانين المتنازعة ليكون واجب التطبيق على الأفعال أو التصرفات الصادرة من المهاجر غير الشرعي ، من خلال قواعد قانونية يتضمنها قانون القاضي تسمى بقواعد الإسناد أو قواعد فض تنازع القوانين، فهي قواعد يضعها المشرع الوطني في دولة ما لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرًا أجنبيًا، وأكثرها اتساقًا مع مقتضيات العدالة.

Abstract

Living in society requires the existence of legal rules that regulate the links between individuals, and purely national legal relations Civil or commercial, or personal relations of relations governed solely by national law, legal relations involving a foreign element such as relations (illegal immigrants) can't be applied National law directly, because this leads to harm to the parties to the relationship, the absence of justice, and impede the interaction between members of States The mother Which impedes international trade and prevents cultural, scientific and economic prosperity among States. Private international law therefore determines the most appropriate law of the laws of conflict to be applicable to acts or conduct of illegal immigrants, through legal rules contained in the law of the judge called rules Reference or conflict resolution rules are rules established by a national legislator in a country to select the most competing laws Meh to rule the special relationship included foreign elements, the most consistent with the requirements of justice.

مقدمة:

يعد المهاجر غير الشرعي في دولة الاستقبال ، أجنبي في كل الأعمال أو التصرفات الصادرة منه، والثابت أن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، إنما ترتبط بأكثر من نظام قانوني موضوعي من ناحية. كما أنها ترتبط بأكثر من نظام قانوني إجرائي من ناحية أخرى.[١]

يعد موضوع تنازع القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص بل يعد صلب هذا القانون وما المواضيع الأخرى إلا ملحقة به ومكملة له ويعد تحديد اختصاص المحكمة التي تنظر في النزاع بصدد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي أو ما يطلق عليه بالاختصاص القضائي الدولي المرحلة الأولى في عملية تنازع القوانين ولها الأثر الفاعل في مراحل هذه العملية بجميع مراحلها.[٢]

والآلية المتبعة -بشكل رئيسي- في موضوع التنازع هي قواعد الإسناد ويقصد بهذه الأخيرة مجموعة القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق (المختص) في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

وعلى ذلك إذا ما أثيرة مشكلة تنازع القوانين، فيتم فضها عادة بواسطة إعمال قواعد خاصة تسمى بقواعد الاستناد أو قواعد تنازع القوانين.[٣]

أهمية الدراسة :

تتمتع الدولة كقاعدة عامة في إطار الممارسات الدولية، وبموجب أحكام القانون الدولي ّ بتكريس مبدأ السيادة في مجال اختصاصها الإقليمي وبتنظيم مظاهر الحياة الإنسانة بجميع أبعادها بقصد تحقيق الأمن والعدالة والرفاهية، ومن ضمن متطلبات تحقيق الأمن تنظيم مركز الأجانب، وإقامتهم داخل إقليمها، وكذا استبعاد الأجانب غير المرغوب فيهم لأسباب ودوافع قد تتعلق بكل ما يخل بالأمن والنظام العام والسكينة والصحة العامة والاقتصاد الوطني وغيرها من الأسباب والمبررات ، ولكن إذا ما تواجد المهاجر غير الشرعي على أرض الدولة ، فعلى الرغم من دخوله بطريقة غير الشرعية ، إلا أن ذلك لا يمنعه من القيام بعض الأفعال والتصرفات ،

---

[١] لاحظ ما تذهب إليه الأستاذة الدكتورة حفيظة الحداد، حين تقرر ما نصه: "قد يحدث أن تكون العلاقة القانونية محل البحث على ارتباط مادي بأكثر من نظام قانوني معين، بمعني أنها تتسم بالصفة الدولية منظوراً لها من خلال معيار موضوعي، فلو افترضنا أن شخصاً فرنسياً أبرم عقداً مع أخر مصريًا في فرنسا، فما هي المحكمة المختصة بنظر الدعاوى التي تنشأ بصدد تنفيذ هذا العقد؟". د. حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، مصر، ١٩٩٩، ص٥.

[٢] د. عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٢ ، مجلد ١، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٠ .

[٣] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠١٠، ص١١٩.

وهنا جاءت أهمية البحث لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الأفعال أو التصرفات الصادرة من المهاجر غير الشرعي .

مشكلات البحث:

تثير ظاهرة الهجرة غير الشرعية نقطة القانون الواجب التطبيق على الأفعال الصادرة من المهاجر غير الشرعي – وهذا يجعلنا أمام ظاهرة تنازع القوانين لحسم ذلك الخلاف – مما يعنى إننا لابد وأن نشير إلى أنه في حالات الهجرة داخل حدود الدولة الواحدة لا تثار تلك المشكلة – حيث أن السبيل الوحيد لأعمال قواعد التنازع هو وجود العنصر الأجنبي، وبالتالي فإشكالية البحث قائمة على الإجابة على السؤال التالي :-

- **ما هو القانون الواجب التطبيق على الأفعال أو التصرفات الصادرة من المهاجر غير الشرعي في دولة الاستقبال ؟**

منهج البحث:

أتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي الاستدلالي ، فالبحث قائم بالأساس على المنهج التحليلي العلمي للمصادر العلمية من دراسات وأبحاث متعلقة بالهجرة ، مع تحليل لبعض نصوص القانون التي تعني بهذا الموضوع ، بالإضافة إلى استعمالنا للمنهج الاستدلالي وذلك باستناد النصوص القانونية واعتمادنا على الأدلة وبعض الأمثلة من الواقع المعاش .

خطة البحث:

الفصل الأول : تنازع القوانين بشأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمهاجر غير الشرعي

المبحث الأول : المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية للمعاجر غير الشرعي

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن الزواج

الفصل الثاني : تنازع القوانين بشأن معاملات المهاجر غير الشرعي .

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على تركات المهاجر غير الشرعي

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية للمهاجر غير الشرعي

الخاتمة

التوصيات

قائمة المراجع

الفصل الأول

تنازع القوانين بشأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمهاجر غير الشرعي

تمهيد وتقسيم :

تعتبر الأحوال الشخصية المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها، وتعلقها بالنظام العام الذي يميزها عن باقي المجالات حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول .وعلى أساس المعطيات السابقة، تحتل قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية مكانة هامة في مختلف التشريعات الوطنية.

إذا كانت الأحوال الشخصية من المواضيع الخاصة بالشخص في ذاته وفي علاقاته الأسرية و ذات بعد ديني، فهي إذن من النظام العام، تتطلب حماية من طرف المشرع في إطار قواعد الإسناد الخاصة بها. من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية للمهاجر غير الشرعي ذلك نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

- المبحث الأول : المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية للمعاجر غير الشرعي.
- المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن زواج المهاجر غير الشرعي.

المبحث الأول

المفاضلة بين قانون الموطن وقانون الجنسية فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية للمهاجر غير الشرعي

درج المشرع المصري على النص على قانون الجنسية[1] باعتباره القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، فاعتمد المشرع المصري على ضابط الجنسية لتحديد هذا القانون وذلك بموجب المواد من ١١ إلى ١٧ من التقنين

---

[1] يرى د. عز الدين عبد الله، أن المشرع المصري قد أصاب في الأخذ بالقانون الشخصي (الجنسية) لحل منازعات الأحوال الشخصية لأنه إذا أخذ بقانون الموطن فإن ذلك يعني أن كافة الأجانب بمصر سيخضعون في مواد الأحوال الشخصية للقانون المصري وهو أمر صعب قبوله، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧ ، ص ١٦٩.

المدني المصري[١]، وعلى أساس ذلك رأى المشرع أنه أفضل قانون يكرس حماية للمصريين والنظام العام المصري وفق المتطلبات المختلفة للدولة في المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو ذات الحل المعتمد في فرنسا، لا سيما وأن نص المادة الثالثة[٢] من التقنين المدني الفرنسي، في حين استخدمت دول أخرى مثل إنجلترا وأمريكا قانون الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية، وتذهب التوجهات المعاصرة في القانون الدولي الخاص إلى أهمية قانون موطن الشخص باعتباره القانون الشخصي، وترى أن دوره سيتزايد في المستقبل، لاسيما بالنظر إلى اعتماده على مبررات موضوعية، والمشاكل العملية التي يثيرها اعتماد ضابط الجنسية والحلول المقررة بموجب تطبيق قانون الموطن، وهو الوضع في الدول الحديثة النشأة، كالولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، إذ الاعتماد على قانون جنسية الشخص سيؤدي بالقاضي إلى التطبيق الواسع للقوانين الأجنبية، أضف إلى ذلك حالات تعدد الجنسيات لدى الشخص أو انعدام الجنسية[٣]، وهذا الاتجاه يقصر الأحوال الشخصية على القوانين التي يكون محل الاعتبار فيها هو الشخص والتي تنظم مسائل وثيقة الصلة بحياته. وليس هناك أدنى شك من أن ما يدخل في ميدان الأحوال الشخصية هو مسألة تكييف تختلف من دولة إلى أخرى بحسب حاجاتها وظروفها.[٤]

وحيث إن مناط البحث هو الأفعال الناتجة عن المهاجر غير الشرعي لذا فإننا نقصد بالأحوال الشخصية للمهاجر الأحوال التي يقوم بها المهاجر في الدولة المستقبلة له أي دولة الإقامة أو الموطن ... باعتباره سوف يقيم بها إقامة دائمة... حيث أن ذلك أساس الهجرة غير الشرعية كما سبق ذكره، فلابد أن نوضح القانون الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالمهاجر غير الشرعي التي تعد من قبيل الأحوال الشخصية.

فقد تضاربت الاختيارات بين من يفضل تطبيق قانون جنسية المهاجر غير الشرعي وبين من يفضل قانون موطن المهاجر غير الشرعي على أحواله الشخصية كالآتي:

---

[١] القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني، نشر في الوقائع المصرية، العدد ١٠٨، صادر في ٢٩ يوليو ١٩٤٨.

[٢] تنص الفقرة الثالثة من المادة على أنه:

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même resident en pays étranger.», Code civil, www.legifrance.gouv.fr.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٥١، ٦٥٢ وكذلك:

BUREAU(D) et WATT (H.M), Droit international privé, Tom٢, Partie spécial, ٢éd, P U F, Paris, ٢٠١٠, pp٢٢ et ٢٣. NIBOYET J-P, op. cit, pp.٥٢٥et ٥٢٦.

[٤] د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق . ص ١٦٢.

الرأي الأول: أكد أنصار الجنسية[1]: بأن قانون الدولة التي ينتمي إليها المهاجر بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية . وللتحقق من انتماء الشخص إلى دولة معينة هو أمر ليس بالعسير، وذلك خلافًا للموطن لسهولة تغييره – وبناء على ذلك يتم الاعتداد بعنصر الجنسية استناداً إلى كونه أكثر استقراراً – كما أنه يقلل من فرصة التغيير الإرادي لضابط الإسناد بنية الغش نحو القانون، إننا لا نسيء الظن بالمهاجر غير الشرعي ولكنه في أي وقت بالفعل قد يقوم بتغيير محل إقامته من مكان إلى آخر بنية التوطن، نظرًا لوضعه القانوني غير المستقر، وخصوصًا في ظل القوانين التي قد تصدر بين الحين والآخر، وبالتالي تؤثر في مركزه القانوني.

الرأي الثاني: يذهب أنصار الموطن[2] إلى أن قانون جنسية الدولة التي يتوطن بها الفرد هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم تلك النوعية من المسائل حيث إن استقرار الشخص في مكان معين يجعل ارتباطه به أقوى من ارتباطه بالدولة الذي ينتمي إليها بجنسيته.

لا- مب لأخ بضاب لم في مجال لأح ل لشخصية: فأنصا قان لم يستن لى لحجج لآتية:

الحجة الأولى: من السهل توحيد موطن الأسرة إذا اختلفت جنسية الزوجين، ولكن من الصعب توحيد جنسية الأسرة، إذ إن موطن الزوجة والأولاد القصر هو موطن الزوج أو الأب، في حين أن جنسيته قد لا تكون هي جنسيتهم.

الحجة الثانية: قانون الموطن هو الواجب التطبيق حينما يكون هناك شخص بلا جنسية وهو ما يحدث كثيرًا في حالة المهاجر غير الشرعي إذا فقد جنسيته، واصبح عديم الجنسية.

الحجة الثالثة: قانون الموطن أصلح من قانون الجنسية بالنسبة للمهاجرين الذين توطنوا في إقليم آخر، إذ يكون من مصلحتهم أن يسري عليهم قانون الموطن

---

[1] د. أحمد رشاد سلام: "الهجرة غير مشروعة في القانون المصري – دراسة في القانون الدولي الخاص"، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١م ، ص ٦٦ .

[2] يتسم ضابط الموطن بثلاث خصائص تميزه وهي (أ) إنه ضابط شخصي وإقليمي، حيث إنه مبني على الصلة التي بين الشخص وإقليم الدولة، (ب) إنه ضابط قانوني " لأنه مبني على فكرة قانونية – محل الإقامة، (ج) إنه ضابط عام لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات . راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٤٦، د. صلاح الدين جمال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي. الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٦.

الذي يعرفونه، دون جنسيتهم، فقد يجهلونه نظرًا لبعدهم عن إقليم دولتهم.[1]
الحجة الرابعة: من مصلحة القاضي أن يطبق قانونه الذي يعرفه حق المعرفة إذا كان هو قانون الموطن بدلًا من أن يبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لا سيما أن الأجانب قد ينتمون إلى دول مختلفة وعديدة فيجب على القاضي أن يرجع إلى قانون كل منهم الأمر الذي يشكل بالنسبة له صعوبة معتبرة، كذلك كما لو طُبق مثلاً في دولة يكثر فيها الأجانب كالولايات المتحدة الأمريكية، قانون جنسيتهم لضاق مجال تطبيق القانون الوطني إلى حد كبير، وفي ذلك إهدار لسيادة الدولة وسيادة قانونها.
الحجة الخامسة : يرتبط الشخص بموطنه الذي يعيش فيه كما ترتبط مصالحه بموطنه أكثر من ارتباطه بقانون دولة جنسيته. وهذا حال المهاجر، الذي يترك الدولة التي يحمل جنسيتها ليقيم في دولة أخري، ويجعل منها موطنه.

ونحن نرى أن موضوع الأخذ بأحد الضابطين الجنسية أم الموطن وتفضيل أحداهما على الأخر، يرجع إلى الدولة ذاتها فلكل دولة نشأتها وسياستها التشريعية وأهدافها، فقد نرى أن الدول المصدرة للهجرة وفي مقدمتها دول شمال إفريقيا نظرًا لما تعانيه هذه الدول من تردي في أوضاعها الاقتصادية، أن من مصلحتها الأخذ بقانون الجنسية، وذلك لضمان عدم اندماج أفراد شعبها بشكل مباشر وكامل في مجتمعات الدول التي استقروا بها للإبقاء على الرابطة التي بينها وبين رعاياها في الدول المستقبلة لهم (دولة المهجر). أما الدول المستقبلة للهجرة كالدول الأوربية، فمن الأفضل لها الأخذ بقانون الموطن حتى يتسنى لها تطبيق قانونها على كافة المهاجرين المستقرين بأرضها ولتحقيق التجانس القانوني داخل أراضيها.[2]

ثانيا- موقف القانون المصري :

أما موقف القانون المدني المصري من ذلك، فإنه قد نص في المادة ١/١١ على ما يلي : الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم... وهكذا أخذ القانون المدني المصري الأحوال الشخصية بقانون الجنسية، باعتباره القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية .

---

(١) la permanence et la stabilité de la loi nationale peuvent en effet conduire dans un pays d'immigration comme la France, à l'application d'une multitude de lois étrangères différentes selon l'origine des individus, et à l'impossibilité pour eux de s'intégrer dans le milieu français, puisqu'ils continuent à être régis par leur loi nationale, voir:
MONEGER François droit international privé, conflits de juridictions, conflit de lois, CASBAH éditions, Alger, ٢٠٠٤, p ٨٠.

(٢) د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص ٦٧ .

ثالثا- مشكلة تنازع القوانين :

قد تنشأ مراكز قانونية في ظل قانون جنسية ما باعتباره الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية، بعد ذلك تطرح مسألة تغيير جنسية الشخص؛ تحديد الجنسية المعتمدة في مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت تحت سلطان قانون الجنسية القديمة، وهو ما يطلق عليه أسم "التنازع المتحرك".[١]

يتبين موقف القانون المصري في العديد من النصوص القانونية[٢]، ففي تحديد القانون الواجب التطبيق على أثار عقد الزواج تنص المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري على أنه: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"، فيعبر المعيار الزمني عن اعتماد الجنسية التي كان يحملها الزوج وقت إبرام عقد الزواج وليس الجنسية الجديدة، ويلعب هذا الحل دور مزدوج لمصلحة الزوجة، فمن جهة يراعي نيتها إذ ما وضعت في اعتبارها أن يطبق القانون الوطني لزوجها عند الزواج، ومن جهة أخرى يحميها من تطبيق قانون الجنسية الجديدة في حالة تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق والذي يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج، لا سيما إذا كان من الصعب إثبات حالة الغش نحو القانون لاستبعاد القانون الواجب التطبيق بحسب الأصل.

وعلى ذلك إذا هاجر مصري إلى فرنسا، وتزوج من إيطالية مقيمة في فرنسا، وأثناء تواجده في فرنسا اكتسب الجنسية الفرنسية، فإن ما يسري على الزواج هو القانون المصري لأنه قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج وفقًا لحكم المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري.

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن زواج المهاجر غير الشرعي نتحدث في المبحث الثاني .

---

[١] LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, ٧eme éd, Dalloz, Paris, ٢٠٠١, p٣٧٣.

[٢] راجع ما تنص عليه المواد ١٣، ١٤، ١٧ من القانون المدني المصري.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة

عن زواج المهاجر غير الشرعي

نحن إذ نتناول الهجرة غير الشرعية وأثارها – فالزواج أمر طبيعي، إذ قد يرغب المهاجر (ذكر كان أو أنثى) بالزواج للاستقرار وتكوين أسرة في بلد الاستقبال، فقد يتم الزواج بين أفراد من دول مختلفة فيعتبر زواج مختلط لأنه ينعقد بين أفراد من جنسيات مختلفة مما يؤدي إلى تنازع عدة قوانين حوله ذلك أن تكييفه مختلف من قانون إلى أخر فهناك دول تعتبر الزواج رابطة أبدية غير قابلة للانحلال بالطلاق، في حين أن هناك دول تسمح بانحلاله باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة، ومما لا ريب فيه أن طبيعة هذا العقد وشروطه تخضع لعملية التكييف التي يختص بها قانون القاضي والحقيقة إن اختلاف مفهوم الزواج بين النظم القانونية، تحت تأثير الدين يفتح المجال أمام القاضي المصري، لإجراء التكييف اللازم للتعرف على طبيعة الرابطة المطروحة أمامه، وما إذا كانت تعتبر زواجاً أم لا و لهذا فإنه يجب على القاضي المختص أن يتوسع في فهم رابطة الزوجية، مستعيناً في ذلك بالقدر المستطاع من الدراسات المقارنة، دون أن يتقيد بالمفهوم الخاص بالشريعة الإسلامية، وذلك حتى يتمكن من استيعاب نظم الزواج في القوانين الأجنبية.[1] وعليه فإننا سوف نوضح مقدمات الزواج و يأتي في مقدمتها الخطبة.ثم نوضح تلك العلاقة والآثار المترتبة عليها[2] والقانون الواجب التطبيق عليها على النحو الآتي:

لا لخ بة

لقد جرت العادة على أن الزواج دائماً ما تسبقه مقدمة تسمى الخطبة، والخطبة هي طلب التزوج وهي مرحلة وسطي بين التفكير في الزواج الذي هو أساس الاختيار النفسي وإبرام العقد. وهي مجرد وعد بالزواج مستقبلاً. ولا ترتب الخطبة بوصفها كذلك أي التزام قانوني على عاتق الخاطب، كدفع مهر أو التزام بنفقه. وهذا هو موقف الشريعة الإسلامية[3].

واعتبر المشرع المصري الخطبة من الأحوال الشخصية (م١٣ من قانون نظام القضاة) وتخضع بالتالي لقانون الجنسية. ولكن يجب أن نفرق بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، ثم لآثارها وأخيراً للعدول عنها:

١- فبخصوص الشروط الموضوعية للخطبة، أي تحديد من تحل بينهما الخطبة أو من يحرم بينهما الزواج بسبب النسب والمصاهرة أو الرضاع، وعدم جواز خطبة الرجل زوجة الغير أو معتدته، وكذلك الإيجاب والقبول. وتخضع الشروط

---

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٨٦.
[2] د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص٧٦.
[3] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٨٨.

الموضوعية بالمعني السابق لقانون جنسية كل من الخاطب والمخطوبة[١]، بحيث يلزم أن يتوافر في الخاطب الشروط التي يضعها قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ويلزم أن يتوافر في المخطوبة الشروط التي يراها قانون دولتها. إلا أنه يلاحظ أن القانون المصري لم ينص على إجراءات خاصة بالخطبة أخذا في الاعتبار "أنها ليست عقدا ولكنها مقدمات عقد ولم تعطي مقدمات العقود إجراءات مستقلة عن العقود" فالخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، وهي تخضع عند وجود عنصر أجنبي لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، لإن هذا القانون هو الذي يحدد شروط الزواج والعقد النهائي من أهلية وأن تكون المرأة صالحة لأن تكون زوجة في الحال. لذلك فلا بد من إخضاع الخطبة لنفس قواعد إسناد الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية و ذلك بالتمييز بين حالتين:

الأولى: إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة فهنا يرجع لقانون جنسيتهما، لتحديد الأهلية وباقي الشروط والآثار ما لم يكن هذا القانون مخالفًا للنظام العام في دولة القاضي.

الثانية: إذا كان الخاطبان من جنسيتين مختلفتين؛ تثار هنا مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهما مستقبلا في الخطبة وآثارها، وقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد ذلك خاصة فيما يتعلق بالآثار. أما فيما يتعلق بالشروط الموضوعية؛ من إيجاب وقبول وموانع الزواج تخضع لقانون جنسية الخاطبين بحيث يلزم توافر شروط الخاطب الذي نص عليها قانونه وشروط المخطوبة التي نص عليها قانونها وذلك تطبيقًا جامعًا للقوانين، وإذا وجد ما يتعارض مع النظام العام في أحدهما لا يمكن إعمال تلك النصوص بل يطبق القاضي قانونه.[٢]

٢-أما الشروط الشكلية للخطبة، أي إجراءاتها أو الشكل أو الصيغة التي تتم فيها الخطبة، فتخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة.

٣-وبخصوص آثار الخطبة، مثل عدم جواز الخطبة على الخطبة، وجواز النظر والمخالطة بين الطرفين، فهي تخضع لقانون جنسية الخاطب وقت تمام الخطبة وذلك ضماناً لوحدة القانون الواجب التطبيق على الخطبة كنظام قانوني.

٤-أما العدول عن الخطبة ونتائجه، فذهب البعض إلى أنها إجراء تعاقدي حيث يظهر أحدهما إيجاباً ورغبة، ويلقاه الآخر بالقبول، والعدول عن ذلك يرتب مسئولية العادل. إلا أنه مع وجاهة ذلك التبرير، إلا أنه يتنافى وقواعد النظام

---

[١] Pierre Mayer, Droit international privé, ٣ed, ١٩٨٧, p٥٤٤.

[٢] د. كريمة كريم، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بجاية، الجمهورية الجزائرية، بحث قدم في ملتقي وطني، حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، في الفترة من ٢٣-٢٤ من إبريل ٢٠١٤، ص ٧٢.

العام في مصر لما يتضمنه من إكراه على الزواج . وهو ما دفع البعض[١] إلى القول بضرورة تطبيق القانون المصري على أثار الخطبة واستبعاد القانون الأجنبي، بالنسبة لالتزام الخاطب برد الهدايا فإن ذلك استناداً لفكرة الإثراء بلا سبب وعليه فهو يخضع للقانون المحلي وذهب البعض الآخر إلى نفي الطبيعة التعاقدية عن الخطبة وأباح العدول عنها دون مسئولية أو التزام.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في عام ١٩٣٩ إلى أن الخطبة ليست عقداً وأنه لا مسئولية على من يعدل عنها، إلا إذا ترتب على العدول أفعال مستقلة عنه ينشأ عنها ضرراً للآخر[٢]، فيكون التعويض عن هذا الضرر لا عن مجرد العدول. وهذا هو المعمول به في القانون الألماني والقانون الفرنسي والقانون اليوناني.[٣]

ونحن نري إخضاعها لقانون جنسية الخاطب (المهاجر) وقت العدول. وذلك لأن الخاطب هو الذي يعدل في الغالب الأعم من الحالات – كما أن نتائج العدول كاسترداد ما قد تم تقديمه من هدايا أو مهر أو شبكة، تؤثر في ذمة الخاطب لا المخطوبة. ومن هنا نري تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المهاجر بجنسيته. ولكن يمكن استبعاد هذا القانون إذا كان يلزم الخاطب الذي عدل بالتعويض لمجرد العدول أو الفسخ، وهذا ما يجب أن يلتزمه القاضي المصري خصوصاً وأن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة إجراء تعاقدياً، فهي مجرد وعد بالزواج وليس لها أي قوة ملزمة، ويمكن العدول عنها.[٤]

ثانيا شكل ا ض ب ه:

متى تم الاعتراف للمهاجرغير الشرعي بإبرام عقد زواجه من أحد مواطني الدولة المقيم فيها، أو أحد مواطني دولة أخرى لا يحمل جنسيتها، على إقليم الدول المضيفة، فإن العلاقة القانونية في هذه الحالة، يتطرق إليها العنصر الأجنبي في عنصر أشخاصها، وذلك لأن أطراف العلاقة مختلفي الجنسية، مما يضفي على هذه الرابطة وصف الزواج المختلط، فيظهر أكثر من قانون ممكن التطبيق عليها.

ويتم حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله سواء كان وطنيًا أو أجنبيًا، ويكون ذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني لفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية لقانون يحكمها. يتضح من هذا أنه في كل

---

[١] د. هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٨٠.

[٢] القاعدة العامة في القانون المصري هي إخضاع الفعل الضار للقانون المحلي، أما الاستثناء فيتمثل في اعتبار الفعل الضار غير المشروع في مصر أي يكون الفعل في مجمله خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية طبقا للقانون لمصري باعتباره قانون القاضي – فإذا تحقق القاضي من توافر هذا الشرط طبق القانون المحلي في شأن باقي أحكام المسئولية التقصيرية .

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٨٨؛ انظر د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص ٩٢.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٨٩.

حالة من أحوال تنازع القوانين، تمر العلاقة القانونية بمرحلتين، أولهما تعيين القانون الواجب التطبيق، وثانيهما تطبيق هذا القانون على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.[١]

أ- من حيث شكل الزواج: فهو الإجراء المتبع لإظهار الإرادة و"يقصد بالشروط الشكلية اللازمة لإبرام الزواج كل ما يتعلق بالمظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، أي إجراءات ومسائل الاختصاص، والإعلانات عن الزواج، والمعارضات التي تقدم فيه والوكالة في الزواج وشهود تحرير العقد، وإثباته"[٢] ولتحديد الشكل اللازم فلابد من الرجوع إلى قانون القاضي، حيث أن المراسيم الدينية في بعض الدول وداخل الدولة الواحدة أيضا تتضارب الأحكام فيها، فهي تعتبر شرطا موضوعياً في العلاقات التي تقتضي شروط معينة[٣] في حين تعتبر شرطاً شكليا في العلاقات التي لا تستلزم شكلًا معينًا لصحة الزواج.[٤]

لقد أخضع المشرع الفرنسي شكل الزواج لقانون المحل حسب نص المادة (١٧٠)[٥]، ولا يهم ما إذا كان شكلًا دينيًا أو مدنيًا، وعليه فإن الزواج الذي يتم في الخارج بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحًا إذا تم وفقاً للأشكال التي يتطلبها قانون

---

[١] د. أمينة الرحاوي: رسالة في "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، جامعة أبي بكر بلقيد الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٨ .

[٢] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٨٥.

[٣] فقد ذهب القضاء المصري في أحكام أخرى إلى نتائج، حيث قضت المحكمة أن الزواج الذي تم في مصر مخالفًا للشكل المنصوص عليه في القانون اليوناني يعد باطلاً، معنى ذلك أن الطقوس والمراسيم التي طعن ببطلان الزواج لتخلفها تعد من الشروط الموضوعية للزواج وتخضع بذلك للقانون الذي يحكم الموضوع وليس للقانون المصري. أنظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية في أول مايو ١٩٥١ مشار إليه لدى د. عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٥٨، هامش ٤.

[٤] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب طبعة ١٩٩٥، ص ٤٣٣.

[٥] Art: ١٧٠ du code civil français dispose:" Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article ٦٣, au titre des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et un étranger, s'il a été célébré par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises.

Toutefois les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République".

البلد الذي أبرم فيه بشرط أن يكون قد سبق إشهاره طبقا لنص المادة (٦٣)، لأنه وبحسب الفقرة الثانية من نص المادة المذكور أعلاه، يجوز للفرنسيين إبرام زواجهم في الخارج باللجوء إلى قانون المحل، أو اختيار الخضوع لأحكام القانون الفرنسي وذلك في حالة إبرام عقود زواجهم أمام الهيئات الدبلوماسية أو القنصلية. وهذا الاتجاه سلكه أيضًا المشرع المصري حيث يؤكد في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري على الطابع الاختياري للقاعدة، حيث أجاز للأفراد اختيار قانون البلد الذي أبرم فيه العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون الموطن المشترك أو القانون الوطني المشترك.

ن لتع ض ب لإسنا لخاصة بشكل ا فإننا ن ضح كل نق ة على ح على لنح لآتي:

- لضاب لأ ل: ضاب بل لإب :

إذا تم الزواج وفقاً للشروط الشكلية المحددة في القانون المحلي للدولة التي انعقد على أرضها الزواج اعتبر صحيحًا ومنتجًا لأثاره.[١]

من هذه الناحية ناحية يجوز للمهاجرين المصريين أن يتزوجوا في الخارج وفقاً للشكل الذى يتطلبه القانون المحلي، أي قانون الدولة التي يبرمون فيها زواجهم وهنا نفرق بين الأزواج المسلمين، وغير المسلمين. فإذا كان كلا الزوجين مسلمين، أو كان الزوج فقط مسلماً فيكون لهما إبرام زواجها في الشكل الذى يستلزمه القانون المحلي، إذا كان شكلاً مدنياً فقط، طالما توافرت فيه الشروط التي تفرضها الشريعة الإسلامية،[٢] من رضا الزوجين، وحضور شاهدين. ولو تم أمام الموثق المختص في دولة محل الإبرام.

ولكن لا يجوز لهما أن يبرمها زواجهما في الشكل الديني غير الإسلامي.

أما إذا كان الزوجان غير مسلمين، فيكون زواجهما صحيحاً إذا كان قد تم في الشكل الذي يتطلبه قانون محل الإبرام أياً كان هذا الشكل هل هو مدني أن ديني.

وبخصوص زواج الأجانب المبرم في الخارج، يعتبر صحيحاً من حيث الشكل إذا استوفي الشروط الشكلية التي يستلزمها قانون دولة محل الإبرام، أياً كان هذا الشكل إلا إذا كان هؤلاء الأجانب، مسلمين فلا يكون زواجهما، في نظر القاضي المصري، سليمًا من ناحية الشكل إذا كان قد أبرم في الشكل الديني غير الإسلامي.[٣]

- لضاب لثاني- ضاب لم لمشت لل جي :

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص ٧٧.

[٢] د. هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٩٤.

في حالة اتحاد موطن الزوجين يجوز إبرام الزواج طبقاً للشكل المقرر في قانون الموطن المشترك للزوجية[١]. وعلى ذلك في حالة توطن الأجانب بمصر فإنه يجوز لهم إبرام الزواج طبقاً للشكل المقرر في القانون المصري[٢].

- لضاب لثاا - ضاب لجنسية لمشت :

يمكن للمهاجرين المصريين في الخارج أن يبرموا زواجهم وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون المصري، باعتباره قانون جنسيتهم المشتركة، فلهم أولًا إبرام زواجهم في الشكل العرفي، الذي لا يقضي أكثر من تلاقي القبول بالإيجاب وحضور شاهدين أو رجل وامرأتين، ألا أنه لا يمكن الاحتجاج به أمام القضاء عند الإنكار، حيث أن دعوى الزوجية لا تسمع طالما لم يثبت الزواج في وثيقة رسمية. ولذلك يكون بمكنة الزوجان أن يوثقا زواجهما في القنصلية المصرية في الدولة التي تزوجوا على إقليمها. ولهم ثانيًا، أن يبرموا زواجهم في الشكل الدبلوماسي أو القنصلي، أمام القنصلية المصرية في الدولة التي يريدون الزواج فيها. فالمادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٥م بإصدار قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي تعطي الاختصاص لقناصل مصر في الخارج بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصرياً، أو أحدهما فقط بشرط الحصول على ترخيص أو إذن مسبق من وزير الخارجية المصرية وفي هذه الحالة يكون لهؤلاء القناصل ذات السلطات والاختصاصات المخولة للمأذونين الشرعيين في مصر.

واختصاص قناصل مصر في الخارج بإبرام الزواج يشمل المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين. ويتعين في حالة اختلاف الجنسية، فيتعين في تلك الحالة إبرام الزواج في الشكل المقرر طبقا لقانون جنسية الزوج مرة ثم قانون جنسية الزوجة مرة أخرى، على أن يتولى الممثلين الدبلوماسيين إبرام زواج رعايا دولهم وفقا لقوانينها[٣]، وكذلك وطبقا للمادتين ٤٨ و١٧١ [٤] من القانون المدني الفرنسي يمكن أن يتم إبرام الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القنصليين الفرنسيين. فالزواج المدني هو المعترف به رسميًا والملزم لجميع المواطنين وكذلك الأجانب الذين يتزوجون من فرنسيين أو فرنسيات. ولكن يبقى للزوجين الخيار في إبرامه مرة ثانية على الشكل الديني أمام الكاهن متى رغبا في ذلك.

---

[١] عادة ما يكون قانون الموطن هو قانون جنسية الزوجين أو قانون محل الابرام .

[٢] د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص ٧٨.

[٣] د. إبراهيم أحمدإبراهيم ، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

[٤] L'art.٤٨ du code civil français dispose que :" Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires.

زواج الأجانب في مصر. مكرر – يكون زواج الأجانب صحيحًا من حيث الشكل، إذا أبرم وفقًا لما يتطلبه شكلاً القانون المحلي أي القانون المصري، أو قانون جنسيتهم أو موطنهم.[١]

إذا كان أحد الزوجين مصري والطرف الأخر مهاجر غير شرعي ومكان انعقاد الزواج هو جمهورية مصر العربية، فلابد من الخضوع للشكل المقرر في القانون المصري دون الشكل المقرر في قانون جنسية المهاجر غير الشرعي حتى لو أجاز ذلك قانون جنسية المهاجر غير الشرعي.[٢]

والقانون الفرنسي، فلم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط اللازمة لعقد الزواج، مما جعل جانب من الفقه[٣]، يقترح إخضاعها للقانون الشخصي للزوجين استنادا لنص المادة (٠٣) في فقرة الثالثة التي نصت على ما يلي: "القوانين الشخصية التي تحكم حالة الأشخاص وأهليتهم تتبع الفرنسيين ولو أقاموا في الخارج".[٤]

وعليه لقد طبق القضاء الفرنسي، قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، وفي حالة اختلاف الزوجين في الجنسية، يطبق قانون الموطن المشترك، مسايرة لمبدأ المساواة.[٥] فقد راعي المشرع الفرنسي لذلك كلا من الضابطين في المادة (٣٠٩)[٦] من القانون

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامه، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٩٥.

[٢] د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص ٧٨.

[٣] GUTMAN DANIEL : Droit Intrnational privé, Dalloz, ٣ème édition, ٢٠٠٢, p ١٤٣.

[٤] Art ٠٣ Al.٠٣ du C.CIV.Fr(١٩٨٤-١٩٨٥) qui dispose : « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résident en pays étrangers ».

[٥] LOUSSOUARN YVON, Bourel Pierre : Droit International privé – Dalloz, ٧ème édition, ٢٠٠١, p٣٥٣.

[٦] تنص المادة (٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

_ lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

_ lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français.

_ lorsque aucune loi étrangère ne se reconnait compétence, alors que les tribunaux français sont compétent pour connaitre du divorce ou de la séparation de corps » , v www.legifrance.gouv.fr:

المدني الفرنسي كذلك أخذت واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٢، الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج في مادتها الأولى[١] بالقانون المشترك للزوجين.

وقد استقر الفقه الانجلوسكسوني على تطبيق قانون القاضي باعتباره قانون الموطن المشترك للزوجين:[٢]

ثالثا: الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج:

يمكن أن نذكر من الشروط الموضوعية، التراضي أو الإيجاب والقبول، وانعدام موانع من الزواج كوجود قرابة موجبة للتحريم سواء قرابة دموية أو قرابة مصاهرة أو قرابة رضاعة، أو ارتباط الزوجة بزواج قائم، أو أثناء عدتها، اختلاف الدين، وتحريم الزواج بين الزاني وشريكته.. أما شهادة الشهود فهي لا تعتبر من الشروط الموضوعية. فالمقصود منها الإشارة والعلانية وهي بالتالي تدخل في فكرة شكل الزواج وتخضع للقانون الذى يحكمه.[٣]

والشروط الموضوعية بالمعني السابق تثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليها لاسيما وأن الأمر يتعلق بزواج ذو طابع دولي، أي أحد أطرافه أو كلاهما مختلفي الجنسية، هذا إذا نوزع في صحة الزواج استناداً إلى تخلف تلك الشروط، ورفعت الدعوى أمام القاضي المصري.[٤]

بعا م ق لقانو لمصر م لقانو ل ج لتنبيه على لشروط لموضوعية لل:

حسم المشرع المصري المسألة للقانون الوطني عندما نص في المادة ١٢ من القانون المدني على قاعدة الإسناد في هذا الشأن بقوله "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".[٥] فإذا عرض على القاضي المصري نزاع متعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج فيجب عليه أن يطبق قانون جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج وليس وقت إثارة النزاع، باعتبار أن اكتمال شروط صحة الزواج لا تكون إلا أثناء الانعقاد[٦] أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق

---

[١] : Art. ٠١de convention du١٢ juin ١٩٠٢ pour régler les conflits de lois en matiére de marriage qui dispose : Le droit de contracter mariage est régler par la loi nationale de chacun des future époux, a moins qu'une disposition decette loi ne se réfère expressément à une autre loi .

التالي بالموقع موجودة الاتفاقية هذه www.hcch .com :

[٢] MAYER Pierre, Droit international privé, ٥e éd, Delta, Paris, ١٩٩٦, p٣٧٨.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٩٠ .

[٤] د صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها .

[٥] المادة ١٢ من القانون المدني المصري.

[٦] د. غالب علي الداوودي، حسين محمد الهداوي، مرجع سابق، ص ص ١٠٢، ١٠٣.

هذه المادة من حيث الأشخاص نص المشرع المصري في المادة (١٤) من القانون المدني المصري على أنه:

"في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج" . نلاحظ إذن أن المشرع المصري قد رفض مزاحمة القانون الأجنبي للقانون المصري في حكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فيما عدا شرط أهلية الزواج الذي يبقى يخضع للقاعدة العامة والمتمثلة في قانون الجنسية..[١]

وقد سبق لمحكمة النقض المصرية أن كرست هذا الاتجاه عندما قضت في ١ أبريل سنة ١٩٥٤ بنقض حكم صادر من محكمة الموضوع، لأنه طبق بخصوص موانع الزواج قانون أحد العاقدين فقط دون تطبيق قانون العاقد الآخر.[٢]

خامسا موقف القانون الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية :

خالف المشرع الفرنسي نظيره المصري، بحيث أنه لم يأت بقاعدة تنازع صريحة تحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، غير أن الفقه الفرنسي قد اجتهد في تأويل المادة (٣) من القانون المدني الفرنسي[٣]، واقترح إخضاع الشروط الموضوعية للقانون الشخصي للزوجين أي قانون جنسية الزوجين وذلك على أساس أن هذه الشروط تندرج ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وحالة الأشخاص يحكمها ضابط الجنسية، إذن فمن المنطقي جداً إخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية العاقدين ولعل ما يدعم هذا الموقف الذي ينادي به الفقه الفرنسي هو نص المادة (١٧٠)[٤] من القانون المدني الفرنسي، التي جعلت من الزواج الذي يبرمه الفرنسي خارج فرنسا باطلاً متى خالف الأحكام الأساسية للقانون الفرنسي، فرغم أن الزواج الذي يبرمه هذا الفرنسي يكون خارج فرنسا، إلا أنه فيما يتعلق بشروط صحته يبقى خاضعاً للقانون الفرنسي، و بمفهوم

---

[١] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢٦٤.

[٢] د. جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٢٩٨-٢٩٩.

[٣] لقد جاء في نص المادة مايلي:

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en payes étranger ».

[٤] جاءت صياغة المادة بالفرنسية كما يلي:

« Le mariage contracté en payes étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les

Français n'aient au point contrevenu au dispositions contenues au chapitre ١er du présent titre …… ».

المخالفة لهذه المادة يمكن الاستخلاص أن نية لمشرع قد اتجهت إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين على صحة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج.

لكن فيما يخص مسألة موانع الزواج فقد استقر القضاء الفرنسي على إخضاعها للتطبيق الجامع، وعلى هذا الأساس فقد سبق لمحكمة استئناف باريس وأن قامت بإبطال زواج فرنسية مع كاميروني متزوج على الرغم من أن القانون الكاميروني يسمح له بتعدد الزوجات، وتكون المحكمة بذلك قد طبقت القانون الفرنسي الذي يحكم الزوجة تطبيقا جامعا. [1]

سادسًا: الصعوبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق أمام القضاء المصري:

لا صعوبة في أعمال القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج إذا كان الزوجان أجانب من جنسية واحدة. فيطبق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما. إذا كانت قاعدة الإسناد الوطنية المستندة إلى ضابط الجنسية في القانون المصري، قد بينت القانون الواجب التطبيق، إلا أن هناك صعوبات قد تعترض القاضي وهو بصدد إعمال هذه القاعدة، إذ تعترضه صعوبات يثيرها ضابط الجنسية، فقد يكون أحد الزوجين مهاجر عديم الجنسية أو متعدد (أولا)، وقد يغير أحدهما أو كلاهما جنسيته (ثانيا)، كما قد يتوصل القاضي إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف (ثالثا).

أ- انعدام الجنسية:

من الثابت في الفقه والقانون أن عديم الجنسية تثبت له صفة الأجنبي لأنه لا يتمتع بجنسية أي دولة فهو أجنبي على كل دول العالم[2]، ويترتب على أثر هذا مركز أسوأ من كل أجنبي عادي، وعلى الرغم من ذلك فإن مبادئ حقوق الإنسان تستوجب معاملته على نحو يحفظ له كرامته الإنسانية، ويساعده على الاندماج في مجتمع الدولة التي يعيش فيها توطئة لمنحها جنسيتها، ذلك أن عديم الجنسية وإن يكن أجنبيا إلا أنه الأكثر ضعفًا، وبؤسًا شقآء بين جميع الأجانب الأمر الذي يقتضي معاملته معاملة حسنة تليق بإنسانيته، وأن تمتنع الدولة أن تتخذ ضده من الإجراءات ما يسيء إليه أو يحط من كرامته.[3]

---

[1] BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), droit international privé, tome ١, ٧éme éd. L.G.D.I. Paris, ١٩٨٣, p. ٤١٤.

[2] قضت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها في ١٩٥٥/١/١٨ بأن مركز عديم الجنسية ينطوي في المدلول العام بمعنى الأجنبي فلا ريب أن صفة الأجنبي بالنسبة إليه ليست نسبية كما هو الحال فيما يتعلق بالأجنبي العادي وإنما هي مطلقة إذا الواقع أنه أجنبي عن جميع الدول وهو بهذا الوصف لا يتمتع بأي نظام قانوني دولي مما يتمتع به الأجنبي المعتبر عضوا أصيلا في مجتمع معين يستمد منه الرابطة القانونية القائمة على انتمائه في هذا المجتمع.

[3] وفي هذا المجال بذلت العديد من الجهود الدولية من أجل تحسين المركز القانوني لعديم الجنسية، وكان أبرزها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية سنة ١٩٥٤، أما من الناحية الفقهية فحاولت العديد من الآراء تحسين وضع عديمي الجنسية، ودعوة الدول إلى امتصاص هذه الظاهرة ، للتوسع انظر في ذلك محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٧١؛ وعكاشة محمد عبد العال: أحكام الجنسية. اللبنانية ومركز الأجانب، الجزء الأول، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص ٣٩٤.

فقد تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على الزواج في حالة انعدام جنسية الزوجين أو في حالة زواج امرأة يمنع قانون جنسيتها الزواج من اجنبي، فتتزوج مهاجر عديم الجنسية، فتسقط عنها جنسيتها الأصلية ولا تستطيع الدخول في جنسية الزوج.[١] يطلق على هذه الحالة، بحالة التنازع السلبي، ويذهب الرأي الراجح فقهًا إلى إسناد الأحوال الشخصية لمنعدم الجنسية لقانون الموطن، وقد أخذ بهذا الرأي الكثير من التشريعات الوطنية.[٢]

لكن في حالة ما إذا كان الطرفين عديمي الجنسية، فالمشكلة في هذا الفرض تتمثل في الالتزام الواقع على عاتق القاضي بتطبيق قانون جنسية الطرفين، وذلك عند التشريعات التي تأخذ بالجنسية كظرف للإسناد كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية، فإذا تعلق الأمر بشخص عديم الجنسية فإن التساؤل سرعان ما يثور: ما هو الضابط الذي يمكن الأخذ به بوصفه بديلا عن الجنسية؟[٣]

ولذلك ففي تلك الحالة سوف يطبق قانون الموطن أو قانون محل إقامتهما العادية على مسائل الأحوال الشخصية.

ويميل الرأي الغالب[٤] إلى إعطاء الاختصاص في الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، فإن لم يكن له موطن، ينسب الاختصاص لقانون محل الإقامة، وإن تعذر تعيين موطن أو محل إقامة عديم الجنسية، فقد استقر العرف الدولي على أن يطبق القاضي في هذه الحالة قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية،

---

[١] ومن الأمثلة التي تؤدي إلى انعدام الجنسية بناًء على هذا الأساس في القانون المقارن، انظر المرسوم الذي أصدره سمو الشيخ زايد بن سلطان الذي يحظر بمقتضاه على المواطنة الإماراتية أن تتزوج بأجنبي. فان تزوجت بأجنبي أسقطت عنها جنسية دولة الإمارات ودخلت في جنسية زوجها. فقد نص المرسوم رقم ١٧ لسنة ١٩٩٦ على أنه يمنع زواج المواطنة من أي شخص لا يتمتع بجنسية الدولة، وان أرادت بتاريخ ١٢/١٩/ ١٣٨١ه- المواطنة الزواج من غير مواطن فعليها ان تتنازل عن جنسية الدولة وتأخذ جنسية زوجها غير المواطن، واعتباراً من تاريخه تسحب جنسية أي مواطنة تتزوج من غير مواطن .(أشار إلى ذلك د.هشام صادق و د.عكاشة محمد عبد العال ود. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص٧١)، هامش رقم (١).

[٢] ومن ذلك ما تقضي به المادة ٢٩ ق.م. إيطالي لسنة ١٩٤٢، والمادة ٣٢ من القانون المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٦، المادة ٣٣ من قانون التشيكوسلوفاكي الخاص بالقانون الدولي الخاص ١٩٦٣، المادة ٠٣ من قانون البولوني الخاص ١٩٦٥، راجع في ذلك: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، المرجع السابق، ص ١٤٢، وكذلك وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١٢ من اتفاقية نيويورك المبرمة في ٢٨ أوت ١٩٥٤.

[٣] د. عكاشه عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات "دراسة تحليلية وتأصيليه" في القانون المصري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٩٠ .

[٤] Jean Marc Bischoff : op.cit,p.٠٥.

وهناك من القوانين العربية أوكلت للقضاء مهمة تحديد القانون الواجب ا لتطبيق في حالة انعدام الجنسية.[١]

ب- تعدد الجنسيات:

في حال تعدد الجنسية وكانت من بينها جنسية دولة القاضي، في هذا الفرض ليس هناك من تنازع بين الجنسيات، فجنسية دولة القاضي تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورًا حاذفا، فتحذف مسبقًا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها. وتبعًا لذلك إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدد الجنسيات، ومن بين جنسياته جنسية دولة القاضي، فإنه يطبق قانون جنسية القاضي، فقواعد الجنسية هي قواعد عامة، إقليمية التطبيق، ترفض أي فكرة للتزاحم.[٢]

ولكن الفقه يورد استثناء على ذلك وهو خاص بمزدوج الجنسية الذي يحمل الصفة الوطنية لدولة من دول الأعداء في زمن الحرب، إذ قد جرى قضاء بعض الدول على معاملة هذا الشخص على أنه أجنبي من رعايا الدولة المعادية رغم حمله في نفس الوقت للصفة الوطنية. ومن مقتضى ذلك أن يكون لسلطات الدولة أن تعامله بهذه الصفة فتتخذ في مواجهته الإجراءات الاستثنائية مثل وضع أمواله تحت الحراسة.[٣]

سابعًا- آثار الزواج (Les effets du marriage):

متى استوفي العقد أركانه وشروط انعقاده وصحته كان نافذاً وترتب عليه آثاره التي يقرها المشرع. ومن تلك الآثار ما يخص الزوجين معاً من حقوق مشتركة كحل العشرة وحرمة المصاهرة وانتساب الأولاد أو ما يثبت لكل واحد منهما من حقوق تخصه دون الآخر كالمهر والنفقة للزوجة، والطاعة والقوامة... ويثور التساؤل عن القانون الذى يحكم آثار زواج المهاجر غير الشرعي ؟

أورد المشرع المصري قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج تقضي بأن كافة الأثار الشخصية والمالية المترتبة على الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، حتى ولو كانت الزوجة تحمل جنسية أخري . والحكمة من ذلك هو تحقيق وحدة النظام القانوني في الأسرة[٤]. وعلى ذلك نصت المادة (١٣) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولي، التي تنص على أن "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال".

بقراءة هذا النص يتضح أن المشرع قد انحاز إلى مبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ولم ينحو إلى قانون كل من الزوجين على غرار ما فعل في خصوص إبرام عقد الزواج. ومبتغى المشرع هو تحقيق وحدة النظام القانوني

---

[١] المادة ١/٢٥ من القانون مدني مصري.

[٢] د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٨٧.

[٣] د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٧٨؛ د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

[٤] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٩.

في داخل الآسرة. وهذا على عكس بعض التشريعات الغربية، حيث يتجه القضاء في فرنسا إلى تطبيق قانون موطن الزوجية[١] إذا اختلفت جنسية الزوجين وهذا ما ينجو إليه القضاء الإنجليزي أيضاً. والملاحظ أيضاً أن المشرع لم يفرق بين الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج فكلاهما يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ومع ذلك سوف نلقي الضوء عليهما: [٢]

١- الآثار الشخصية للزواج (Effects Personnels):

وهي مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة التي تقع على عاتق كل من الزوجين وتنشأ عن عقد الزواج، [٣] من أبرز الآثار الشخصية التي يرتبها عقد الزواج الصحيح لصالح الزوج حق الطاعة والقرار في منزل الزوجية وحق القوامة والتوجيه. ومنها ما يترتب لصالح الزوجة مثل حق المعاملة الحسنة، أي عاملة الزوج لها بما يجب أن تعامله به فلا يضربها بالقول أو الفعل ولا يؤذيها في بدنها أو ما لها بما تكره، كذلك الحق في العدول بين الزوجات إذا قضي القانون الذى ينتمي إليه الزوج بأن يكون له أكثر من زوجة، وكذلك الحق في النفقة، أي ما يلزم لغذاء الزوجة وكسوتها ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف.

ولنا بخصوص الآثار الشخصية عدة ملاحظات:

الملاحظة الأولي: أن المراد بقانون الزوج، هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته، أي الأحكام الخاصة بالزواج ومسائل الأسرة في قانون دولته. فإذا كان الزوج فرنسيًا والزوجة إنجليزية كانت أحكام الزواج والأسرة في القانون الفرنسي هي الواجبة التطبيق.

والعبرة هنا بقانون دولة الزواج وقت انعقاد عقد الزواج فإذا كان المهاجر غير الشرعي فرنسيًا لحظة إبرام عقد الزواج، ولكن غير جنسيته أثناء حياته الزوجية، وصار خلاف حول أثر من آثار الزواج، كالنفقة أو المساكنة مثلاً، فلا يعتد بقانون دولة جنسيته الجديدة. فالعبارة دائمًا بقانون جنسيته وقت انعقاد الزواج، حيث هي اللحظة التي تبدأ فيها الحياة الزوجية، وتكون الزوجة على علم بهذا القانون. وهذا أيضاً يحول دون الغش أو التحايل على القانون الذى أبرام الزواج في ظله.

الملاحظة الثانية: أن هناك من الآثار الشخصية للزواج ما هو ذو طبيعة مالية ونخص بالذكر النفقة. والمراد بالنفقة هنا نفقة الزوجية، أي التي تجب على أي من الزوجين قبل الآخر، وخصوصاً التزام الزوج المهاجر بالإنفاق على زوجته أثناء قيام رابطة الزوجية. والنفقة بهذا المعني تخضع للقانون الذى يحكم آثار الزواج، أي قانون دولة الزواج وقت إبرام الزواج. ونفقة الزوجية هذه تختلف عن النفقة

---

[١] BATIFFOL (H.), Aspects philosophiques du droit intrrnayional prive, Dalloz, paris, ١٩٥٦, a. ٤٢٢, p . ٦٥.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٩٧.

[٣] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٩.

الوقتية، التي تطالب بها الزوجة أثناء نظر أي دعوى أصلية ترفعها الزوجة على زوجها، كدعوى المطالبة بسكن شرعي أو المطالبة بمسكن خاص في حالة تعدد الزوجات، أو المطالبة بالتطليق أو الانفصال الجسماني. فالزوجة أن تطالب بنفقة وقتية تتعيش منها لحين الفصل في طلبها أو دعواها الأصلية. ولا تخضع النفقة الوقتية لقانون جنسية الزوج المهاجر وقت إبرام الزواج كالنفقة العادية، ولكن تخضع لقانون القاضي الذى ينظر الدعوى، فالأمر يتعلق بإجراء مستعجل يتصل بالسلام العام والأمن المدني الذى يجب توافره لكل من يوجد على إقليم دولة القاضي. وذات الاعتبار يبرر اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعوى المستعجلة التي ترفع لاتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، حتى ولو لم تكن مختصة بنظر الدعوى الأصلية .

٢- الآثار المالية للزواج (Effects Pecuniaires):

وهي "مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما، وإيرادات هذه الأموال، وإدارتها، والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثنائه وبعد انحلال عقدته، وتسويته وحقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية".[١]

فكما يرتب الزواج آثاراً قانونية تتسم بالطابع الشخصي لتعلقها بشخص كل من الزوجين فإنه يرتب آثاراً ذات طابع مالي، أي تتعلق بالذمة المالية والأموال التي يملكها أي من الزوجين. بحيث يجب تحديد المركز القانوني لتلك الذمة والأموال التي يملكها الزوج أو الزوجة قبل الزواج وبعده من حيث ملكيتها وإدارتها والانتفاع بها فهل تخضع الآثار المالية للزواج لذات القانون الذى يحكم آثاره الشخصية أي قانون جنسية الزوج وقت الزواج. [٢]

٣-القيود التي ترد على القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج:

الأصل أن قانون جنسية الزوج وقت الزواج هو الذي يحكم كافة الأثار الشخصية والمالية الناشئة عن عقد الزواج، ولم يفرق المشرع المصري بين الآثار المالية والآثار الشخصية للزواج من حيث قاعدة الإسناد. فالآثار المالية لزواج المهاجر غير الشرعي، تخضع هي الأخرى لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج سواء كنا بصدد تنظيم قانوني أم تنظيم اتفاقي لمركز أموال الزوجين إلا أن هذا القانون بتقيد بثلاثة قيود[٣] هي:

---

[١] د. محمد السيد عرفه، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩٠.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص٩٨.

[٣] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٩١ وما بعدها .

القيد الأول: إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، استبعد قانون جنسية الزوج الأجنبي وطبق القاضي القانون المصري وحده بناء على المادة (١٤)[١] من القانون المدني المصري التي وضعت هذا الاستثناء لصالح القانون المصري. وبناء عليه، إذا تزوج المهاجر غير الشرعي من مصرية فيكون القانون المصري هو الواجب التطبيق على أثار الزواج .

القيد الثاني: إذا كان قانون دولة الزوج هو الذى يحكم الآثار المالية للزواج فلا يجب أن يتعارض هذا مع أحكام قانون موقع الأموال التي يتملكها الزوجين. فالأصل أن المركز القانوني للأموال يخضع لقانون موقعها (م١٨ مدني مصري). فإذا كانت أموال الزوجين تقع في إقليم دولة معينة، وكان قانون الزوج وقت الزواج يقرر أو يعترف بحقوقًا معينة على هذه الأموال، فلا يجب أن تتعارض هذه الحقوق مع أحكام قانون الموقع.[٢]

يتعطل تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على النظام المالي للزوجين مراعاة لما يفرضه قانون موقع المال من قيود، فإذا كان الزوجان أجنبيين وكانت بعض أموالهما كائنة في مصر، فلا يعترف في مصر بأي حقوق عينية تتقرر بمقتضى قانون جنسية الزوج وقت الزواج على هذه الأموال الكائنة بمصر .

ثامنا: انتهاء الزواج (La Dissolution du Marriage):

قد تنتهي رابطة الزوجية لأسباب غير إرادية أو طبيعية كالوفاة، أو لأسباب إرادية يترتب عليها انقضاء الزواج فعلياً كالطلاق والتطليق، أو انتهاء حكمياً.

ففي قضية (Riviere) تلخصت الوقائع في زواج فرنسية بروسي الجنسية واختار الاثنان دولة " إكوادور " موطناً للزوجية، ولم تطل العشرة بينهما طويلاً فتم الطلاق بناء على إرادتهما المشتركة، ذلك الطلاق تلاه زواج ثان بين تلك الفرنسية وأخر يحمل جنسيتها .

في هذه القضية، إذا طبقنا على مسألة الطلاق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية الزوجة ترتب على ذلك وقوع هذا الطلاق باطلاً و يجعل من الزواج الثاني نوعًا من تعدد الأزواج وهو أمر باطل أيضًا.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت تلك القواعد الموضوعية المقررة في القانون الفرنسي وطبقت قانون دولة "إكوادور" باعتباره قانون موطن الزوجية وقضت بصحة الطلاق وكذا بصحة الزواج الثاني.[٣]

---

[١] مادة ١٤ من القانون المدني المصري على أنه " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون المصري وحده، فما عدا شرط الأهلية للزواج" الوقائع المصرية – عدد رقم ١٠٨ مكرر (أ) ١٩٤٨/٧/٢٩.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص ٩٩.

[٣] أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٧ أبريل ١٩٥٣ والمنشور في :
Rev- Crit. Dr. int. prive, ١٩٥٤ p, ٤١٢ notes BATIFFOL (H).

وقد أورد المشرع المصري بشأن انتهاء الزواج قاعدة إسناد خاصة في الفقرة الثانية من المادة ٢/١١٣ من القانون المدني ونصها "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى).

ش ه لن يقتضي منا نف بيـ لقانـ ل جـ لتـ بيـ على نها بـ ة ل جية، نـ ا تـ بيـ ه لقانـ .

أـ القانون الواجب التطبيق على انقضاء الزواج:

ففي خصوص الطلاق (La repudiation)، فقد راعي المشرع أنه يتم بإرادة الزوج وحده، أي بإرادته المنفردة كما هو معروف في الشريعة الإسلامية. وهنا يعتد بجنسية الزوج وقت الطلاق، [١] أي لحظة إعلان الزوج إرادته في إنهاء رابطة الزوجية. وإذا كان الطلاق بيد الزوجة، كما هو الحال في بعض التشريعات، فالعبرة بجنسيتها وقت الطلاق.[٢]

أما بخصوص التطليق Le divorce والانفصال الجسماني، La separation des corps فالعبرة بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وعلة ذلك أن التطليق والانفصال لا يقعان بمجرد إعلان الإرادة كما هو الحال في الطلاق بل لابد لإيقاعهما من تدخل القضاء وصدارة حكماً في هذا الخصوص. فلحظة رفع الدعوى هي الفيصل إذن فإذا كان الزوج وقت إبرام الزواج يحمل جنسية دولة معينة ثم اكتسب جنسية دولة أخرى أثناء قيام الزوجية، ثم رفعت دعوى التطليق أو الانفصال، فلا يطبق إلا قانون الدولة التي اكتسب جنسيتها مؤخراً. فالمهاجر غير الشرعي إذا كان سوري الجنسية وقت انعقاد الزواج ثم اكتسب الجنسية المصرية وقت رفع دعوى التطليق ضده، فيطبق القانون المصري، لأنه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

أما المادة (٣١٠) من القانون المدني فقد حددت اختصاص القانون الفرنسي بشأن الطلاق والانفصال الجسماني، في الحالات الآتية:

إذا كان الزوجان فرنسيان/ إذا كانا أجنبيين مقيمين في فرنسا/ إذا لم يكن هناك قانون أجنبي مختص بالطلاق ورفعت الدعوى أمام المحاكم الفرنسية.

وكذلك هناك نظام جديد صدر عن الاتحاد الأوربي بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ أعطى الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يخص التطليق

---

[١] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

[٢] مادة (١٣ – ٢) من القانون المدني المصري على أنه " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى".

والانفصال الجسماني كضابط الإقامة المعتادة أو قانون آخر موطن للزوجين أو قانون جنسية أحدهما.[١]

ب- نطاق تطبيق قانون دولة الزوج:

يدخل في مجال تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق والانفصال كافة الآثار التي تترتب على الطلاق والتطليق والانفصال.[٢]

ونذكر من هذه الآثار نفقة الزوجة المطلقة، والتعويض الذي تستحقه إذا كان هناك خطأ في جانب الزوج يستوجب إصلاحه، وكذلك حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزواج. ويسري قانون الزوج وقت رفع الدعوى على آثار الانفصال كنفقة الزوجة المنفصلة وتحديد فترة الانفصال إلى الطلاق. ولكن لا يدخل في قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، الآثار التي تصل بحالة الزوج أو الزوجة كل على حدة، فهي تخضع للقانون الشخصي أي قانون جنسية كل طرف على حدة. والاستثناء الوارد على هذه القاعدة هو تطبيق القانون المصري على انحلال الزواج متى كان أحد العاقدين مصريًا وقت الزواج[٣]، وبالرجوع إلى هذا الاستثناء نجد أن المهاجر غير الشرعي المصري الذي هاجر إلى دولة ما وتزوج بها وفقد على أثر الهجرة الجنسية المصرية وبعد ذلك أراد الطلاق فيحكم هذا الطلاق القانون المصري لأنه وقت الزواج كان مصريًا.

---

[١] Jean Derruppé Jean pierre laborde Droit international privé ١٧ème édition ٢٠١١ page١٤٥.

François Mélin Droit international privé ٥ème édition ٢٠١٢ page١٧١.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٤١.

[٣] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ٢٧٥ .

الفصل الثاني

تنازع القوانين بشأن معاملات المهاجر غير الشرعي

تمهيد وتقسيم :

قواعد الإسناد الخاصة بالأموال والتي تسند العلاقة ذات العنصر الأجنبي(المهاجر غير الشرعي) هي قواعد يضعها المشرع الوطني في دولة ما لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وأكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة.[١]

ونتناول في هذا الفصل من البحث القانون الواجب التطبيق على معاملات المهاجر غير الشرعي من خلال مبحثين كالتالي :-

- المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على تركات المهاجر غير الشرعي
- المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية للمهاجر غير الشرعي

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على تركات المهاجر غير الشرعي

أولا: الميراث :

يظهر ومن الوهلة الأولى أنّ مصطلح الميراث والذي معناه الخلافة بسبب الموت مرجعه دائما نص قانوني. إلاّ أنّ بعض الدول تطلق مصطلح الميراث على الميراث القانوني والذي مرجعه نص قانوني وعلى الميراث الإيصائي والذي مرجعه إرادة المتوفي قبل وفاته، ومن بين هذه الدول إيطاليا وإنجلترا، واللتان جعلتا الأولوية للميراث الإيصائي على حساب الميراث القانوني والذي لا ينفّذ إلاّ في غياب الأوّل، لأنّ الأصل في البلاد التي تأخذ بالميراث الإيصائي هو أنّه لا يُرجع إلى قواعد التوريث القانونية إلاّ عند عدم وجود وصية من المتوفي أو عند بطلانها.[٢]

أمّا تشريعات دول أخرى فإنّها تطلق مصطلح الميراث على الخلافة بسبب الموت فقط، ومنها الدول التي تأخذ بالتشريع الإسلامي كمصدر لقوانين الأحوال الشخصية، إذا رجعنا للقانون المقارن فإنّ معظم الدول تفرّق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، بحيث وضعت لكل منهما قاعدة إسناد تخصّه. وقد اتفقت هذه الدول على إخضاع الميراث في العقار لقانون موقعه، واختلفت في قاعدة الإسناد

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ١٩٩٣، مرجع سابق، ص ٥.

[٢] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص٣٣٦.

الخاصة بالمنقول، حيث أخذت بعض الدول ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي، وأخذ البعض الآخر مثل النمسا والمجر ورومانيا بقاعدة إخضاع الميراث المنقول لقانون جنسية المتوفي، أمّا باقي الدول لم تفرّق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، فصارت قاعدة إسناد واحدة لهما مع اختلافهم في هذه القاعدة، فمنهم من أخضع كل الميراث لقانون موقع المال (دول أمريكا اللاتينية)، ومنهم من أخضعه كلّه لقانون جنسية المتوفي (إيطاليا، ألمانيا، اليونان)، ومنه من أخضعه لقانون موطن المتوفي (النرويج، الأرجنتين، الدانمارك).[١]

وقد كان اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية[٢]، نتيجة التأثير بنظام الامتيازات الأجنبية من ناحية، وبفقه مانشيني من ناحية أخرى، فلم يغير المشرع المصري من موقفه من إخضاع الميراث لقانون جنسية المتوفي، بالرغم من إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية، وانقضاء فترة الانتقال، وإنما أكد ذلك في المادة ١٧ مدني.[٣]

وتفرق بعض التشريعات بين العقار والمنقول، فتخضع الميراث في العقار لقانون موقعه، والميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي، ومن الدول التي تأخذ تشريعاتها بالتفرقة السابقة فرنسا وإنجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية، ويرجع السبب الذي جعل القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه يفرق في الميراث بين العقار والمنقول، إلى الفكرة القديمة التي سادت العهد الإقطاعي، وهي أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، وأن المنقولات ضئيلة القيمة ولذلك تتبع الشخص حيث يوجد، ويرى نبوييه، أن الميراث يجب أن يخضع كله لقانون موقع المال، لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية، ويرى أن إخضاع العقار لقانون والمنقول لقانون آخر، تترتب عليه أوضاع شاذة، إذ قد يخضع المنزل المورث لقانون.[٤]

وقد أخذ المشرّع المصري كغيره من المشرعين العرب بقاعدة إخضاع الميراث كله عقار ومنقول، لقانون جنسية المتوفي. ويكون بذلك قد وضع له قاعدة إسناد واحدة وهذا ما جاء في المادة ١٧م١ من التقنين المدني المصري والتي جاء نصّها كما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفّذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ثانيا: مسائل لا كا :

---

[١] د. د. عز الدين عبد الله: مرجع سابق، ص ٣٣٨.

[٢] د. أحمد عبد الحميد عشوش: مرجع سابق، ص ٣٣٢.

[٣] مادة (١٧-١) من القانون المدني المصري على أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"

[٤] د. أحمد عبد الحميد عشوش: مرجع سابق، ص ٢٣٢.

واجه المشرع مسائل التركات ذات العنصر الأجنبي، وأورد في المادة ١/١٧ من القانون المدني قاعدة الإسناد التي تفض التنازع والتي تقرر بأن "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات إلى ما بعد الموت قانوناً المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته". ومن الواضح أن الفقرة الأولي من المادة ١٧ مدني تفرق بين الميراث والوصية وهو ما يستدعي إيضاحها.

١- ميراث المهاجر غير الشرعي:

أ- الميراث ينقسم إلى نوعين:[١]

- الميراث الشرعي: وهو يخضع لشرط التبادل التشريعي حيث لا يباح للأجنبي غير المسلم الميراث إلا إذا كان قانون دولته يجيز ذلك.
- الميراث الإيصائي: وهو يخضع أيضاً لنفس الشرط المذكور سابقاً ولكنه غير ممنوع بسبب اختلاف الدين أو الملة أو الدار كما في الأول .

ب- القانون الواجب التطبيق على الميراث

تعتبر مسائل المواريث في القانون المصري من مسائل الأحوال الشخصية. فقد نصت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء على أن (تشمل الأحوال الشخصية .. المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت).

والميراث بهذا التكييف يدخل في نطاق اختصاص قانون الجنسية. وقد قررت المادة ١/١٧ أنه (قانون المورث وقت موته) ويكون المشرع بذلك قد حقق خطوة هامة نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على المواريث. هذا بعكس بعض القوانين الأجنبية، كالقانون الفرنسي والقانون الإنجليزي، حيث فيهما يخضع الميراث في الأموال المنقولة لقانون موطن المتوفي، ويخضع الميراث في الأموال العقارية لقانون موقع العقار.

تنص المادة (٣١) من قانون المرافعات على أن " تختص المحاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت في الجمهورية، أو كان المورث مصريا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية".

وقد تبني المشرع قانون جنسية المورث انطلاقاً من أن الميراث أكثر اتصالاتً بنظام الأسرة فهو لا يكون إلا بين أفراد الأسرة وهو يترتب على الروابط العائلية. وقد حدد المشرع اللحظة التي يعتد فيها بقانون جنسية المورث، فقرر أنه قانون جنسية المورث وقت موته. فهذه اللحظة هي التي يثبت فيها الحق في الإرث وتنفذ فيها الوصية.

---

[١] د. أحمد رشاد سلام: مرجع سابق، ص ٤٥ .

وعلى ذلك تنص المادة ٣١ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية إذا كان المورث مصريا" فالضابط الذي بمقتضاه يمكن أن تختص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة هو ضابط الجنسية المصرية للمورث. والعبرة في تحقق هذا الضابط هي بوقت وفاة هذا الأخير، لأنه هو الوقت الذي يثبت فيه الحق في الإرث.[١]

٢- القانون الواجب التطبيق على الوصية:[٢]

لا يمكن نفي العلاقة بالوثيقة بين الميراث والوصية من حيث كونهما يؤديان إلى خلافة الشخص في أمواله بعد الوفاة، وأنّ الاختلاف الذي سبق ذكره يتمثّل في أنّ الأوّل (الميراث القانوني) تتمّ الخلافة فيه بسبب القانون، أمّا الثاني (الميراث الإيصائي) فبسبب التصرف الإرادي. واعتبار الوصية من الأحوال الشخصية يقتضي إخضاعها للقانون الشخصي، لهذا وضع لها المشرّع المصري وغيره من المشرّعين العرب قاعدة إسناد واحدة.

وتلحق بعض التشريعات– كما في فرنسا -الوصية بالميراث، وتدخلها في نظام الأحوال العينية، فتخضع الوصية في العقار لقانون الموقع، والوصية في المنقول لقانون موطن الموصي وقت موته، وهذا هو ما يجري عليه العمل أيضًا في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.[٣]

ولما كانت الوصية عمل إرادي، لذلك يجب أن تتوافر لدى الموصي أهلية التبرع عند صدورها ولذا فإن الرأي السائد، هو أن أهلية الموصي تخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية، وهو الرأي المعمول به في فرنسا، وتخضع الشروط الموضوعية الأخرى لقانون جنسية الموصي "وقت وفاته". فيبين هذا القانون، الجزء الذي يجوز الإيصاء به، ونفاذ الوصية وآثارها، ولمن تجوز الوصية. ويؤيد خضوع أهلية الموصي لقانون جنسيته وقت عمل الوصية، أن المادة (١/١٧) من القانون المدني المصري مستمدة من المادة ٢٩ من القانون البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦، "وهي تخضع الشروط الموضوعية في الوصية لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو للشكل المحلي".[٤]

أما شروط الوصية الشكلية، فقد أخضعها القانون المدني المصري لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، أو لقانون المحل الذي تتم فيه الوصية، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٧ على ذلك بقولها..." ومع ذلك، يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ويلاحظ أن التفرقة بين ما

---

[١] د. محمد السيد عرفه، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

[٢] د. محمد السيد عرفه، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٢٨٠.

[٣] د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص٣٣٧.

[٤] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ٢٨٠ .

يعتبر من شروط الوصية موضوعياً وما يعتبر منها شكلياً، مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي طبقاً للقاعدة العامة. ووفقًا للقانون المصري يكون القانون واجب التطبيق على الوصية كالآتي:

أولاً: موضوع الوصية: وفقا لما جاء بالمادة (١٧) من التقنين المدني المصري يسري على موضوع الوصية وما في حكمها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية الموصي أو المتصرف اليه وقت الوفاة .

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية : وفقا لما جاء بالمادة (١٧) من التقنين المدني المصري يسري على شكل الوصية وما في حكمها من التصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت أحد قانونين على سبيل التخيير : قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون محل إبرام الوصية.

٣- حكم التركة الشاغرة:

قد يتوفى أجنبي عن تركة تتضمن أموالاً موجودة في مصر، ويتضح من قانون جنسية المتوفي ألا وارث له. أو أن ورثته تنازلوا عن حقهم، وفي أيلولة أموال التركة، تتجه بعض التشريعات إلى أيلولتها للدولة التي توجد فيها باعتبار أن الدولة هي وارث من لا وارث له، وبعضها يتجه إلى أيلولتها لدولة جنسية المتوفي، أو دولة موطن المتوفي.

الثابت أن المادة الرابعة من قانون المواريث المصري قد أخذت بالمذهب الحنفي " فالتركة تذهب إلى بيت المال إن لم يكن هناك ورثة على أنها من الضوائع التي لا يعرف لها مالك لا على بيت المال وارث".[١]

أما عن القانون الذي يحكم التركة الشاغرة، فقد جاء القانون المصري خاليًا من قاعدة صريحة في هذا الشأن ومع ذلك فإنه إعمالا للتكييف المتقدم فإن أموال هذه التركة الشاغرة تخضع لقانون موقعها. بعبارة أخرى فإن خضوع التركة الشاغرة للمادة الرابعة سالفة الذكر مرهون بوقوع أموال التركة في مصر.[٢]

ومن هنا نكون قد بينا القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للمهاجر غير الشرعي، من خلال المبحث الثاني نوضح القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية للمهاجر غير الشرعي كالآتي:

---

[١] انظر الإمام محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، فقرة ٦٦، ص ٨٩؛ د. عصام الدين القصبي: مرجع سابق، ص ٢٨٢ .

[٢] د. هشام على صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، فقرة ١٧٠، ص ٦٢٥ وما بعدها .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية للمهاجر غي الشرعي

قواعد الإسناد الخاصة بالأموال والتي تسند العلاقة ذات العنصر الأجنبي(المهاجر غير الشرعي) هي قواعد يضعها المشرع الوطني في دولة ما لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة.[١]

لا: لقانو ج لة بيع على لأم ل لما ية للمهاج :

المقصود بالأموال المادية هي الأموال المحسوسة من عقارا ت ومنقولات مادية فالمال المادي هو كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجوده مستقل عن وجود الإنسان ويمكن حيازته وتملكه والانتفاع به، [٢] ويترتب على تقسيم الأموال المادية إلى عقار ومنقول نتائج قانونية هامة بالنسبة للقانون واجب التطبيق على كل منهما. لذلك فقد يكون المال موضوع علاقة قانونية للمهاجر مما يثير تنازعًا بين القوانين ذات الصلة بهذه العلاقة، لذلك يتوجب بداية قبل انعقاد الاختصاص لمحكمة معينة أن يتم تكييف المسألة لتحديد القانون المختص، ومن ثم إجراء التكييف الثانوي المتعلق بتحديد وصف المال فيما إذا كان عقارًا أو منقولًا (ماديًا أو معنويًا)، إذ أن قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها منصوص عليها في تشريعات الدول[٣]، وهي قاعدة قديمة استقر عليها الفقه منذ القدم.[٤] أما الأموال المنقولة بشقيها (المادية والمعنوية)، فهي الأخرى تخضع لقانون الموقع إلا أن الصعوبة تكمن في تركيز هذه المنقولات في موقع معين، خصوصًا في الحالة التي يكون فيها للمنقول أكثر من موقع - فأي قانون سيطبق - مع العلم أن بعض التشريعات تخضعه لقانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية أو فقدها. فلكي نحدد المحكمة المختصة للفصل في الدعاوى العينية الخاصة بالمهاجر غير الشرعي لابد من دراسة قواعد الإسناد للتعرف على القانون الواجب التطبيق على أموال المهاجر، أما بخصوص القانون واجب التطبيق على المنقول المادي فيجب الإشارة إلى أن قاعدة خضوع المال لقانون موقعه تعدّ من القواعد المستقرة فقهًا وقضًاء وقانونًا. لكننا سنرى فيما بعد أن هذه القاعدة لا تصلح لحكم المنقول في كل الأحوال، إذ إن هنالك العديد من

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ١٩٩٣، مرجع سابق، ص ٥.

[٢] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، مرجع سابق، ص ١٠-١١.

[٣] المادة (١٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ – والمادة (٥٨) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٠.

[٤] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٣.

الصعوبات التي يمكن أن تثور بسبب طبيعة المنقول وسهولة نقله من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى.[١]

وفقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بالأموال، تقضي المادة (١٨) من القانون المدني المصري بأنه "تسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد بها هذه المنقولات وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها" .

يتضمن هذا النص قاعدة خضوع مركز المال لقانون موقعه، ولا تسري تلك القاعدة إلا على الأموال المادية، فيخرج من نطاق تطبيقها الحقوق المعنوية سواء كانت حقوقا فكرية أو حقوقا مالية.[٢]

وقد تكون الأموال عقارًا أو منقول، وتجب الإشارة إلى أن تنازع القوانين لا يتوقف على وجود علاقة قانونية بين أشخاص ينتمون بجنسياتهم إلى دول مختلفة فحسب، بل قد يكون نتيجة لعلاقة قانونية يكون أطرافها من جنسية دولة واحدة عندما تتصل بعنصر اجنبي، من حيث مكان الانعقاد أو التنفيذ أو مكان وجود فالتكييف المتعلق بتحديد وصف المال يتم الرجوع بخصوصه إلى قانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية وليس إلى قانون القاضي كما هو الحال بالنسبة للتكييف الأولي.[٣]

ونحن نؤيد ما ذهب اليه المشرّع المصري بخصوص خضوع التكييف المتعلق بوصف المال لمكان وجوده وقت إبرام التصرف أو تحقق الواقعة المكسبة للحق، فتقضي المادة (١٨) من القانون المدني المصري بأنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد بها هذه المنقولات وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها" يتضمن هذا النص قاعدة خضوع مركز المال لقانون موقعه، ولا تسري تلك القاعدة إلا على الأموال المادية، فيخرج من نطاق تطبيقها الحقوق المعنوية سواء كانت حقوقًا فكرية أو حقوقًا مالية.[٤]

أولًا-النظريات الفقهية التي عنيت بتحديد القانون واجب التطبيق على المنقول المادي وقد تعددت النظريات الفقهية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنقولات كالآتي:

---

[١] د. رضي نبيه راضي علاونة: رسالته بعنوان، القانون واجب التطبيق على الأموال "دراسة مقارنة" جامعة النجاح الوطنية - كلية الدراسات العليا، ٢٠١٥، ص٤٧ .

[٢] د. عصام الدين القصبي: مرجع سابق، ص ٢٨٣ .

[٣] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق. ص ١٢٨ ؛ غالب علي الداودي: مرجع سابق، ص ١٢٨.

[٤] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ٢٨٣ .

١- نظرية قانون موطن المالك:

يعدّ موطن المالك هو الموقع المفترض ذلك أن المنقول يبقى في حركة مستمرة، وللمحافظة على استقرار نظامه القانوني فإنه يفترض وجوده في موطن المالك. ويعود تفضيل موطن المالك إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة حيث كان المنقول مرتبط بذمة مالكه ولكن وصفت هذه النظرية بأنها غير عملية وتخالف العدالة وتوقعات الأطراف في معاملاتهم وتضر بحقوق الآخرين لأن المشكلة تكمن في اختيار قانون أي موطن، أهو قانون موطن المدعي أم موطن المدعى عليه، واذا طبق قانون موطنِ أحدِاهما فإن الحكم سوف يختلف تبعاً إلى من سعى لرفع الدعوى أولًا، كما أن هذه النظرية غير واقعية، إذ قد يستوطن المالك في مكان وتكون أمواله المنقولة في مكان أخر. على اعتبار أن القانون الشخصي لمالك الأموال المنقولة يمثل موقعها الحكمي.[١]

ونرى من جانبنا أن هذه القاعدة تفترض تواجد كلٍ من المنقول والمهاجر في نفس المكان أي في دولة واحدة، وبالنتيجة فإنها لن تكون مجدية في الحالة التي يكون فيها موطن المهاجر مختلفًا عن مكان وجود المنقول كأن يكون المهاجر في دولة والمنقول في دولة أخرى، الأمر الذي يتطلب البحث عن حلٍ آخر فيما يتعلق بالقانون واجبِ التطبيق على المنقولِ المادي.

٢- نظرية قانون مكان إبرام التصرف في المنقول:

يخضع وفقا لهذه النظرية أي نزاع يتعلق بالأموال المنقولة لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد المتعلق بموضوع النزاع.[٢] لكن هذه النظرية وإن كانت تصلح للتطبيق على بعض الأموال المنقولة مثل الأوراق التجارية فلا تصلح لبعض الأموال المنقولة الأخرى.

٣- نظرية قانون موقع المال:

قد بنى الفقيه سافيني هذه النظرية على أساس فكرة الخضوع الإرادي، أي أن من يدخل في علاقة قانونية متعلقة بمنقول يفترض أنه قبل خضوعها لقانون موقع هذا المنقول تخضع الأموال المنقولة وفقا لهذه النظرية لقانون موقعها أي مكان وجودها.[٣] حيث تقضي هذه القاعدة بحقيقة انفصال المنقولات من الناحية العملية عن حيازة المالك، وبناءً على ذلك فإنها تخضع لقانون موقعها الفعلي لا المفترض، وبالنتيجة فإن هذه القاعدة تقضي بالاختصاص التشريعي لقانون موقع المال المنقول. ويمكن تبرير خضوع المنقول لقانون موقعة لاعتبارات منها:

---

[١] ويجب الإشارة إلى أن هذه القاعدة تجد جذورها في عهد مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، ولازالت مطبقة في بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي والبريطاني والأمريكي والأسترالي في موضوعات الميراث والوصية حيث أخضعت التركة المنقولة في الوصية والميراث لقانون دولة موطن المتوفي الأخير، انظر: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

[٢] د. غالب علي الداودي، مرجع سابق. ص ٢٠٣ .

[٣] د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق. ص ٣٩٠.

اعتبار الملائمة وقوامه تحقيق مصالح الأفراد ومصالح الدولة، فبالنسبة للأفراد فهو يساهم في سريان قانون هم على علم به، بما يحفظ توقعاتهم، ويحقق الطمأنينة بالنسبة للآخرين. أما بالنسبة لمصالح الدولة فإنه يساهم في سريان قانونها على الثروات المنقولة الموجودة في إقليمها وتوحيد القانون الذي يحكم التصرفات الواردة على تلك الثروات.[١] وكذلك سلامة المعاملات، إذ إن قانون الموقع هو اكثر القوانين يسرا ويقينا في التعرف إليه.[٢]

ونحن نرى أن هذه النظرية الأكثر قبولًا من غيرها للأسباب سالفة الذكر ولكنها قد لا تكون مجدية في الحالة التي يصعب فيها تعيين موقع محدد للمنقول، وذلك في حالة وجود المال في موقع لا يخضع لسيادة أي من الدول، كما هو الحال بالنسبة لأعالي البحار والمساحة الهوائية التي تعلو الإقليم، إلا أن هذا الأمر يمكن التغلب عليه من خلال تطبيق قانون العلم، أو قانون قاضي النزاع.[٣]

ثانيا لقانو ا ج لتطبيق على لعقا:

يقصد بالعقار (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).

أما بخصوص موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العقار، فإن غالبية الفقه يجمع على خضوع العقار لقانون موقعه، فهذه القاعدة تعتبر من القواعد المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص ومن أقدمها.[٤]

فالثابت أن النظم القانونية الوضعية قد تواترت على اختصاص محكمة دولة العقار بنظر كافة الدعاوى العقارية المتعلقة بهذا الأخير. فهذه المحكمة هي الوحيدة ذات السلطة الفعلية على العقار المعني، وهي التي بوسعها أن تباشر عليه كافة الإجراءات التحفظية، كذا إجراءات المعاينة وما شكلها من إجراءات.[٥]

أن قانون موقع المال هو الذي يطبق في تكييف المال وتحديد وصفه، إذ يعتبر اختصاص قانون موقع المال في تكييف المال وتحديده وصفه من المبادئ العامة والشائعة واستقر عليه فقها وقضاًء في القانون الدولي الخاص وما شاع وانتشر دوليًا يعمل به حتى في حال غياب النص.

١- موقف الفقه من القانون واجب التطبيق على العقار:

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص. مرجع سابق. ص ٩.

[٢] د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٩١.

[٣] د. عكاشه عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض و وساميه راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية. القاهرة: دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص٣٠٠؛ جمال محمود الكردي: مرجع سابق، ص٤٢٣.

[٥] د. فؤاد عبد المنعم رياض و ساميه راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٤، ص ٣٠٠ . ؛ د. جمال محمود الكردي: مرجع سابق، ص ٤٢٣.

تعد قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها من القواعد الأساسية في فقه القانون الدولي الخاص ومن أقدمها[١]، فقد توارثتها المذاهب الفقهية[٢]، وتبنتها أيضًا الاتفاقيات الدولية ومن بينها اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣، فهذه القاعدة ليست حديثة بل تعود إلى القرون الوسطى وقد تطورت عبر مراحل متعددة ساهم فيها الفقه مساهمة في غاية الأهمية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحالي، حتى إن رسوخ هذه القاعدة قد دفع البعض إلى القول بأنها أصبحت عرفًا دوليًا يلزم الدول الأخذ به[٣]. لذلك لابد من تسليط الضوء على التأصيل الفقهي لهذه القاعدة، ومبرراتها، والصعوبات التي تواجه تطبيقها في ثلاثة مسائل. بدأت معالم هذه القاعدة بالظهور في عهد فقه الأحوال الإيطالي القديم الذي لم يتردد في إخضاع الحقوق على الشيء لقانون موقعه.[٤] حيث تساءل الفقيه "بارتول" عن حق الأجنبي في البناء على عقار يملكه وقد تمت الإجابة من الفقه الإيطالي في ذلك الوقت بأن الحق على الشيء يخضع لقانون الموقع. كما أن جانبًا من فقه المدرسة الإيطالية القديمة في القرون الوسطى ذهب إلى إخضاع الميراث لقانون موقع المال[٥]، وقد أكد هذه القاعدة الفقيه الفرنسي "دار جنتريه" المعروف بنزعته الإقليمية في القرن السادس عشر حيث أخضع كل ما يتعلق بالعقار لقانون موقعه في كافة النواحي، من حي أهلية تعاقد العقد وشكله وشروطه الموضوعية[٦]، قد أبرز دار جنتريه[٧] تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية، ووضعه في قالب منطقي، ولكنه كان يعتبر الأحوال العينية هي الأصل، بينما الأحوال الشخصية هي الاستثناء، ولذلك فقد ضيق كثيراً من نطاق الأحوال الأخيرة لحساب الأحوال الأولى، وقصر الأحوال الشخصية على الحالة أو على الأهلية العامة دون الأهليات الخاصة، مثل عدم أهلية الإيصاء بين الزوجين الذي أدخلها في الأحوال العينية. ثم لاحظ أن هناك أحوالاً لا يمكن اعتبارها شخصية بحتة ولا عينية بحتة، فوضعها في طائفة ثالثة وسماها الأحوال المختلطة وضرب مثلاً لذلك حالة منع الزوجة من الإيصاء بالعقار لزوجها، وقال أن هذه الحالة تتعلق بأشخاص وبالعقار في ذات الوقت فهي حالة

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض وساميه راشد، مرجع سابق، ص٣٠٠؛ د. جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص ٤٢٣.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩١٥.

[٣] د. جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٤٢٤.

[٤] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٤ . ؛ د. جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص٤٢٣.

[٥] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٧٩٤.

[٦] د. جمال محمود الكردي، مرجع سابق. ص٤٢٣.

[٧] للمزيد عن دار جنتيريه انظر :

NIBOYET (J.P.) , Cours de Droit international prive français , ٢e .ed , Sirey. ١٩٤٩. A. ٤١٠, p. ٣٦٢

نقلا عن د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ٧٠ .

مختلطة، ثم الحق هذه الأحوال المختلطة بالأحوال العينية، وأخضعها لقانون موقع العقار (المال).[١]

ورأى دار جنتريه، أن القوانين المتعلقة بالأحوال العينية إقليمية وأن القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ممتدة، وبما أنه كان متعصباً لمبدأ الإقليمية، فقد أناط الأحوال. الشخصية بقانون الموطن دون قانون الجنسية، باعتبار أن قانون الموطن إقليمي وقانون الجنسية شخصي. وقد ساد فقه دار جنتريه في فرنسا حتى قيام الثورة الفرنسية، وأتبعه القضاء الفرنسي حتى هذا التاريخ، ثم جاء فقهاء القرن التاسع عشر فتناولوه بمعاول الهدم. ومن أهم ما عابوه، أنه اقتصر على إسناد الأحوال الشخصية والأحوال العينية، ولم يسند الجرائم ولا العقد ولا إجراءات المرافعات إلى قانون معين. وهذا يعتبر نتيجة منطقية لنظريته في التنازع والتي أكد فيها أن الأصل هو إقليمية القوانين والاستثناء هو شخصيتها، وبالنتيجة فإن القانون السائد في الإقليم هو الذي يحكم كل الأموال الكائنة فيه وكل الأشخاص المتوطنين في رحابه ولذا فمن الطبيعي أن تخضع الأموال لقانون موقعها وفقا لهذه النظرية.[٢]

ولقد جاءت المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر بمبدأ إقليمية القانون مؤكدتًا موقف المدرسة الإيطالية ومتأثرة بفقه الفقيه دار جنتريه. وهذه النظرية استندت إلى المبادئ التي جاء بها الفقه الفرنسي والذي قسم الأحوال إلى عينية وأخضعها للقانون الإقليمي كقاعدة عامة، وإلى شخصية وأخضعها للقانون الشخصي كاستثناء، ولكنها تميزت عن المدرسة الفرنسية في أن أساس سريان القانون الشخصي على الأحوال الشخصية للشخص خارج البلاد لا يستند إلى فكرة العدالة بل يستند إلى مبدأ المجاملة بين الدول ،ما لم يؤدي ذلك إلى الإخلال بسيادتها.[٣]

في القرن التاسع عشر جاء الفقيه الإيطالي مانشيني الذي كان ينادي بمبدأ شخصية القوانين، وأخضع المال إلى قانون موقعه استثناء على قاعدة شخصية القوانين، وأساس هذا الاستثناء هو أن القوانين التي تحكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام[٤]، التي يبرر إعمالها تطبيق قانون الموقع القانون الإقليمي (على فكرة الأموال عموما والأموال العقارية خصوصا).[٥] وتعتبر نظرية التركيز المكاني التي نادى بها الفقيه الألماني" سافيني "أهم النظريات التي أكدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، إذ اعتمدت هذه النظرية على تحليل الروابط القانونية بقصد تركيزها في مكان معين يتفق مع طبيعتها وإخضاعها لقانون هذا المكان.[٦] حيث تهدف هذه

---

[١] د. أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص ٢٤٨.
[٢] د. هشام علي صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٤.
[٣] د. غالب علي الداودي: مرجع سابق، ص٨٢.
[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض وساميه راشد: مرجع سابق. ص ٣٠٠، ٣٠١.
[٥] د. جمال محمود الكردي: مرجع سابق، ص ٤٢٣.
[٦] د. فؤاد عبد المنعم رياض وساميه راشد، مرجع سابق، ص ٣٠١.

النظرية إلى إخضاع العقار لقانون موقعه، لأن مصالح الأشخاص تتركز عادة في المكان الذي توجد فيه أموالهم، و إن أساس فكرة التركيز المكاني للعلاقة قائمة على افتراض مفاده اتجاه نية الأطراف إلى تطبيق القانون السائد في المكان الذي تتركز العلاقة فيه، وتطبيقًا لذلك توصل "سافيني" إلى إخضاع نظام الأموال لقانون موقعها.[١]

٢- مبررات خضوع العقار لقانون موقعه:

لقد استند الفقه[٢] في إخضاع الأموال ومن بينها العقارات لقانون موقعها إلى عدة مبررات أهمها:

أ) سلامة المعاملات واستقرارها وتوحيد الحلول والأحكام وتماثلها بين الدول المختلفة، بتطبيق قاعدة واحدة عليه في جميع قوانين دول العالم ، [٣] زيادة على أنه يؤدي إلى سهولة في تنفيذ الحكم الصادر.[٤]

ب) حماية الغير، حيث إنه من مبررات خضوع المال لقانون موقعه أنه يحقق الحماية القانونية للغير، يمكنه من الوقوف على النظام القانوني للمال بالاطلاع على السجلات الخاصة به، ومعرفة الأعباء المترتبة عليه والتصرفات التي لحقت به، فيمكن في هذا المكان التأكد من خلو صحيفة العقار من وجود إشارة رهن أو دعوى بخصوصه أو كونه مثقلا بأعباء وديون. إذ يتم بموجبه إشهار الحقوق العينية العقارية، [٥] وكذلك تبسيط الإجراءات كإجراءات الإشهار والعلانية الواجبة في التصرفات الواردة على العقار، فيكونون على بينة من القواعد القانونية المتعلقة به قبل إقدامهم على إبرام أيّ تصرف قانوني متعلق به.[٦]

ج) التركيز المكاني، حيث برر الفقه إخضاع المال لقانون موقعه على أساس أنه عادة ما يندمج المال العقاري في الإقليم، وبالنتيجة فالمال يتمركز في موقعه، وبالتالي فإنه يوجد تركيز في هذا الإقليم وفي هذا الفرض فإنه يوجد تركيز واقعي لكافة العلاقات القانونية الخاصة بالمال[٧]، فتكون مصالح الشخص مركزة حيث يوجد موضوع الحق المكتسب، فقانون الموقع هو بالنتيجة الأنسب لحكمه.

---

[١] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٩٥٧.

[٢] د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

[٣] د. فؤاد عبد المنعم رياض وساميه را شد، مرجع سابق، ص٢٩٩.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامه، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، مرجع سابق، ص٤٧٨.

[٥] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٦.

[٦] د. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

[٧] د. احمد عبد الكريم سلامة، (القانون الدولي الخاص) الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٩١٥.

د) سيادة الدولة، وهذه الحجة قائمة على اعتبارا ت سياسية مفادها أن العقار يعد جزءًا من إقليم الدولة الذي يقع فيه مما يوجب خضوعه لقوانينها. ولما كان الإقليم وعاء لسيادة الدولة فإنه من غير المعقول أن يخضع جزء من إقليمها إلى قانون غير قانونها، ومن ثمة وجب خضوع المال لقانون موقعه، لأن المسألة تتعلق بسيادة الدولة.[١] فكما أن الأشخاص يشكلون ركن الشعب في الدولة ويطبق عليهم القانون الشخصي في أحوالهم الشخصية أينما وجدوا، فكذلك الأمر بالنسبة للعقارات والتي هي جزء من إقليم الدولة وهي بمجموعها تشكل ركن الإقليم فإنها تخضع لقانونه.[٢]

ه) تحقيق التلازم بين كل من الاختصاصين التشريعي والقضائي، - حيث ذهب جانب من الفقه إلى تبرير إخضاع العقار لقانون موقعه على أساس الاختصاص القضائي ذلك أن المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقار وحالة التنفيذ عليه تكون عادة هي محاكم الدول التي يوجد فيها هذا العقار.[٣] زيادة على أن تلك المحكمة هي الأقدر على الفصل في تلك المنازعات لقربها من العقار كما أنها الأنسب لكفالة تنفيذ الحكم الصادر إذ لا يتصور تنفيذ حكم متعلق بعقار خارج موقعه، وهذه المحكمة لا يتصور أن تطبق غير قانونها، ويتحقق وفقاً لهذا الفرض التلازم بين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق[٤] وبذلك يتوحد الاختصاص التشريعي والقضائي في حكم المسألة. كما يؤدي خضوع العقار لقانون موقعه إلى توفير الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي. ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد على القيمة وكشفها وتقديرها في حسم النزاع بالنظر لقربها من العقار.

وبناء على ما تقدم نرى أن ما ورد بشأن خضوع عقار المهاجر الذي ألت له ملكيته أيا كان سبب الملكية الشراء أم الميراث أو الوصية، لقانون موقعه هو أمر منطقي وقائم على مبررات عملية تهدف إلى سهولة الإجراءات وحماية الأطراف والغير، كما تهدف إلى حماية مقومات الدول وسيادتها على إقليمها، ناهيك عن أن قانون موقع العقار هو الأكثر ارتباطًا وصلة بالعقار.

ولا يثير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة ولكن قد تثار بعض الفروض التي يمكن أن تعيق تطبيق قانون الموقع، كوقوع العقار على حدود دولتين، جزء منه في دولة والجزء الآخر في دولة أخرى، ففي هذه الحالة ذهب الفقه[٥] إلى إخضاع كل

---

[١] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٧.
[٢] د. عكاشه عبد العال، القانون الدولي الخاص، بيروت، الدار الجامعية ١٩٩٥، ص ٣٠٦.
[٣] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧٩.
[٤] أحمد عبد الكريم سلامة، (القانون الدولي الخاص) الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص٩١٥.
[٥] د. جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٥٢٣؛ هشام علي صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٧٩٧.

جزء منه لقانون الدولة التي يقع فيها. ولكن إذا وجدت اتفاقية بين الدول فإنه يؤخذ بهذه الاتفاقية.[١] وفي حالة وجود حق ارتفاق بين عقارين يقعان على حدود دولتين، فإن الراجح هو الاعتداد بقانون دولة العقار الخادم وليس بقانون دولة العقار المخدوم، وذلك لأن العقار الخادم هو المثقل بالارتفاق، إذ في هذا المكان تأخذ ممارسة الحق تعبيرها المادي، كما أن المنازعات بصدد ممارسة هذه الحقوق تثور فيه، زيادة على أن هذا الموقع يعدّ موقعا ماديا للمال موضوع الارتفاق.[٢] أما عن نطاق قانون موقع العقار؛ فالراي الراجح[٣] أنه يسري قانون موقع العقار على الحيازة والملكية والحقوق العينية المتعلقة بالعقار كما يسري أيضًا على العقود الواردة على العقار ولكن يستثنى من نطاقه أهلية المتعاقدين وشكل العقد، وهذا الاتجاه هو السائد في فرنسا.[٤] وهو المتبع في القانون المدني المصري.[٥]

وفقًا لقاعدة الإسناد الخاصة بالأموال، تقضي المادة (١٨) من القانون المدني المصري بأنه "تسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد بها هذه المنقولات وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها" .

يتضمن هذا النص قاعدة خضوع مركز المال لقانون موقعه، ولا تسري تلك القاعدة إلا على الأموال المادية، فيخرج من نطاق تطبيقها الحقوق المعنوية سواء كانت حقوقا فكرية أو حقوقا مالية.[٦]

ثالثًا: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية للمهاجر غير الشرعي :

المسئولية العقدية للمهاجر غير الشرعي، هي تلك المسئولية التي تنشأ عن عقد من العقود. وقد وضع المشرع المصري قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من حيث الموضوع وأخرى تحدد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم شكل العقد.[٧]

١- موضوع العقد الدولي:

العقد الدولي الذي يشوبه عنصر أجنبي، فهو العقد الذي تمتد آثاره إلى أكثر من دولة واحدة، ومن بعد ذلك يخضع لقواعد قانونية تتفق مع طبيعته من خلال البحث عن أنسب القوانين ملاءمة عن طريق المفاضلة بين النظم القانونية التي يحتمل تطبيقها.

موقف القانون المصري من العقد الدولي:

---

[١] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٧٩٧.
[٢] د. جابر جاد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٥٢٣.
[٣] د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٨٠٩.
[٤] د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص٣٨٤.
[٥] المادة (١١) والمادة (٢٠) من القانون المدني المصري.
[٦] د. عصام الدين القصبي: مرجع سابق، ص ٢٨٣ .
[٧] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً فأن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ".

ومن مراجعة هذا النص يتبين لنا موقف المشرّع المصري في إعماله لقانون إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فإذا خلا العقد من الإرادة الصريحة ولم يتمكن من الوصول إلى الإرادة الضمنية واختلف موطن الأطراف ، ففي هذه الحالة يجب تطبيق قانون مكان إبرامه وذلك على سبيل التدرج [١]

٢- شكل العقد الدولي :

وضع المشرع المصري قاعدة إسناد خاصة بشكل العقود نصت عليها المادة ٢٠ مدني بقولها : " العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن يخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطني المشترك ". ويكاد يجمع فقهاء القانون الدولي الخاص في مختلف الدول على إخضاع شكل العقد لقانون بلد إبرامه. [٢]

وفي النهاية بعد أن يفرغ القاضي من حل المشاكل المتعلقة بتفسير قاعدة الإسناد، فإن هذه الأخيرة قد تعقد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي معين . ولكن تطبيق هذا القانون ليس مؤكدًا في كل الأحوال. فقد يتضح للقاضي الوطني أن هناك مانعًا يحول دون تطبيق القانون الأجنبي، وذلك إذا ثبت أن مثل هذا التطبيق سيؤدي إلى الاصطدام بقواعد النظام العام الوطني[٣]، أو قواعد الأمن والبوليس.

---

[١] د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص٩٢.

[٢] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

[٣] د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٣٠.

لخاتمة

نظرًا لأن المهاجر غير الشرعي يصدق عليه وصف الأجنبي، لذا فإنه يحق له اللجوء إلى المحاكم الوطنية، بطلب الحصول على الحماية القضائية المناسبة وهذا الحق مستمد مباشرة من القانون الدولي العام، بحسبان دخوله في نطاق الحد الأدنى من الحقوق، التي يجب أن يتمتع بها الأجانب على التراب الوطني للدولة الإقليمية، التي يتواجد فيها الأجنبي. بغض النظر عن طريق دخوله للبلاد سواء كان دخوله بصورة شرعية أو غير شرعية. ويترتب على حرمان المهاجر غير الشرعي من اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة الإقليمية، إنكار العدالة، الأمر الذي يوجب مساءلة الدولة عن خطئها التقصيري سالف البيان، أمام القضاء الدولي. ويجب أن يعامل الأجنبي أمام القضاء الوطني معاملة كريمة وأن تكفل له جميع الحقوق الإجرائية، التي تتم كفالتها للمتقاضي الوطني.

فمن خلال هذا البحث قد تطرقنا للقانون الواجب التطبيق على الأعمال والتصرفات الصادرة من المهاجر غير الشرعي ، وتوصلنا إلى مجموعة من التوصيات في هذا الشأن كالتالي :-

١- من المعلوم أن القانون الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية هو قانون الجنسية، هذا الضابط المعتمد عليه قد يثير بعض الصعوبات عند إعماله، وذلك في حالة تغيير المهاجر لجنسيته لذلك نرى ضرورة تحديد الجنسية المعتمدة في مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت تحت سلطان قانون الجنسية القديمة.

٢- لا ينبغي أن تترك قاعدة الإسناد دون عنصر يتعلق بظرف الزمان ، إذ بدون تحديد هذا الظرف، قد نكون أمام مشكلة التنازع المتغير أو المتحرك كما يسميه الفقه .

٣- كذلك مع تحديد القانون الأصلح للتطبيق على أعمال وتصرفات المهاجر غير الشرعي لابد من التأكد من ألية التنفيذ ، لان قانون وحكم بغير تنفيذ لا داعي له .

قائمة المراجع :

أولا: المراجع العربية :

١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب طبعة ١٩٩٥.

٢) د. أبو العلا النمر، التنظيم القانوني لدخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها، " وفقًا لأحكام القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ م.

٣) د.أحمد رشاد سلام: "الهجرة غير مشروعة في القانون المصري – دراسة في القانون الدولي الخاص"، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١م.

٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٥) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٢، مطبعة التفويض، بغداد، ١٩٤٧-١٩٤٨.

٦) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، مصر، ١٩٩٩.

٧) د. صلاح الدين جمال، تنازع القوانين: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي. الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٨) د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦.

٩) د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

١٠) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.

١١) د. فؤاد عبد المنعم رياض و ساميه راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩٤م.

١٢) د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١م.

١٣) د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

١٤) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ١٩٩٣م.

١٥) د. هشام علي صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

١٦) د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠٠٨م.

١٧) د. محمد السيد عرفة، مختصر القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠١٠م.
١٨) ثانيًا : الأبحاث والمقالات :
١٩) د. أمينة الرحاوي: رسالة في "الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص"، جامعة أبي بكر بلقيد الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١م.
٢٠) د. عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٢ ، مجلد ١، ٢٠٠٩م، ص ١٦٠.
٢١) د. كريمة كريم، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بجاية، الجمهورية الجزائرية، بحث قدم في ملتقي وطني، حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، في الفترة من ٢٣-٢٤ من إبريل ٢٠١٤م.
ثانياً: المراجع الأجنبية :
٢٢) Pierre Mayer, Droit international privé, ٣ed, ١٩٨٧.-
٢٣) BUREAU(D) et WATT (H.M), Droit international privé, Tom٢, Partie spécial, ٢éd, P U F, Paris, ٢٠١٠.
٢٤) Jean Derruppé Jean pierre laborde Droit international privé ١٧ème édition ٢٠١١.
٢٥) LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, ٧eme éd, Dalloz, Paris, ٢٠٠١.
٢٦) NIBOYET (J.P.) , Cours de Droit international prive francais , ٢e ed , Sirey. ١٩٤٩.
٢٧) MONEGER François droit international privé, conflits de juridictions, conflit de lois, CASBAH éditions, Alger, ٢٠٠٤.