دور الإرادة الفردية فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية

دراسة تحليلية تأصيلية
فى مجال القانون الدولى الخاص

دكتور
محمد حمدى محمد بهنسى
المدرس بقسم القانون الدولى الخاص
بكلية الحقوق- جامعة الزقازيق

٢٠٠٤م

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت-القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

"قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما

علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

صدق الله العظيم

"الآية ٣٢ من سورة البقرة"

إهداء

إلـى أســـــــــتاذى الجليل

الدكتـور/ زكريـا عزمى رئيس

ديـوان فخامة رئيس الجمهورية

"احتراماً واعتزازاً وعرفاناً بالجميل"

مقدمة عامة

١-موضوع البحث وأهميته:

يشـــهد العلم حالياً تزايد مطرداً للعلاقات الخاصة الدولية بين مختلف الـــدول ، فقـــد تطورت العلاقات العقدية وازدادت وتنامى دور الإرادة فى تنظـــيمها ، لتنمية التجارة الدولية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية ، لتحقيق الـــنمو الاقتصادى المنشود. كما تنامت العلاقات غير العقدية لازدياد تدفق المهاجرين من دولة إلى أخرى.

وتلعب الإرادة الفردية دوراً جوهريا فى مجال العقود الدولية طبقاً لمبدأ ســـلطان الإرادة[١] ، إذ تخضع هذه العقود أصلاً لقانون الإرادة الذى ينطبق على كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية من تراض ومحل وســـبب ، وكـــذا آثاره وما يرتبه من التزامات متبادلة بين أطرافه ، وجزاء مخالفـــة هذه الالتزامات وما تثيره من مسئولية عقدية ، وقد تخضع أشكال العقود لقانون الإرادة[٢].

---

[١] راجع فى مبدأ سلطان الإرادة تفصيلاً:

[٢] ولا يســـتبعد مـــن مجـــال قانون الارادة سوى مسألة أهلية التعاقد التى تخضع للقـــانون الشخصى للمتعاقد والذى يكون إما قانون الجنسية أو قانون الموطن ، أما شـــكل العقـــد فيـــتم إسناده اختياريا لقانون العقد أو قانون بلد الابرام تيسيراً على المتعاقديـــن "انظـــر فى ذلك د.هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩٥ م ، صـــ١٦ ، ١٧.

ويـــرى هيجل Hegel أنه عندما تتقيد إرادتان بعقد ما نكون قد انتقلـــنا من الإرادة التحكمية إلى الإرادة المعقولة[١]. إذ تلعب الإرادة دوراً متعاظم الأهمية فى تنظيم العلاقات ، أما القواعد القانونية فتهدف إلى تعايش الحريات فى المجتمع على قدم المساواة فيما بينها[٢].

ومـــع ذلك ، لا يقتصر دور الإرادة فى حل تنازع القوانين على مجال العقـــود فحســـب ، وإنما تلعب الإرادة الفردية دوراً لا يمكن انكاره بصدد العلاقـــات غير العقدية ، إذ يعترف العالم حديثاً بالدور الهام الذى تقوم به الإرادة فى مجال اختيار القانون فى مجال الأحوال الشخصية والحالة السياسية للفرد. فمن المعروف أن الإرادة تلعب دوراً هاماً فى تغيير الجنسية باكتساب جنسية ثانية شريطة موافقة السلطة المختصة التى تصدر القرار بمنح الجنسية ، كمـــا تلعـــب الإرادة دوراً هاماً فى تحديد الموطن ، ولا يخفى أن الجنسية والموطن كلاهما ضابط إسناد فى قاعدة التنازع واجبة التطبيق على الأحوال الشخصية ، فتقضى قوانين بعض الدول بخضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية ، بينما تخضعها دول أخرى لقانون الموطن[٣].

---

(١) انظر :

.

(٢) انظر فى ذلك:

philosophie de droit , T. XIII , P.55.

(٣) إذ تخضع غالبية الدول اللاتينية ومنها فرنسا والدول التى أخذت عنها كمصر ، الأحـــوال الشخصية لقانون الجنسية ، بينما تخضع الدول الأنجلو أمريكية كأمريكا وإنجلترا هذه المسائل لقانون الموطن.

كما يعترف للإرادة بدور هام فى مسائل الطلاق بالرضا المتبادل بين الـزوجين وبالدور الرئيسى فى اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالى بين الزوجين. وأعطت العديد من التشريعات دوراً هاماً لإرادة المورث فى تنظيم تركته.

أمـا فى مسـائل المسـئولية التقصـيرية ، فقد أعطت التشريعات الحديـثة دوراً هاماً لإرادة المضرور فى اختيار تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار أو قانون محل حدوث الضرر ، طبقاً لما تمليه عليه مصالحه الخاصة.

وقد تلعب الإرادة دوراً غير مباشر فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات غير العقدية من خلال تبنى شكل معين أو صيغة محددة ، تقود إلى تطبيق قانون معين على العلاقة المعنية ، وقد يختار الفرد اللجوء إلى سلطة معيـنة بغية تطبيق قانونها ، وهو ما يعد بطبيعة الحال ، اختياراً حقيقياً غير مباشر للقانون الواجب التطبيق.

كمـا تقـوم الإرادة بـدور هـام فى تخفـيف جمـود قـاعدة التـنازع[1] وجعلها أكثر مرونة طبقاً لظروف كل قضية على حدة ، فكثيراً مـا طـبق قانون الإرادة متلافياً تطبيق قاعدة التنازع ، وهو ما قاد إلى سن قواعد تنازع تتضمن حق الاختيار.

وإذا كان دور الإرادة لا يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بل امتد كما المحنا إلى العلاقات غير العقدية حديثاً ، فإن

---

[1] انظر فى ذلك:

rattacheme

هـــذه الإرادة ليست طليقة من كل قيد ، إذ ترد عليها قيود تحد من سلطانها مثل النظام العام الذى يشكل قيداً رئيسياً على حرية الإرادة ، إذ لا يجوز لها أن تخـــتار قانونـــاً يصطدم مع الأسس والمبادئ العليا التى يقوم عليها نظام المجـــتمع فى دولة القاضى ، وإلا تم استبعاده وتطبيق قانون القاضى ، كما لا يجـــوز للإرادة اختيار قانون يتعارض والقواعد الآمرة ضرورية التطبيق ولا يجوز التحايل على القانون بأى حال.

وقـــد اخـــترت دور الإرادة الفردية فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقـــات غير العقدية ليكون موضوع هذا البحث ، نظراً لما تلعبه هذه الإرادة مـــن دور متعاظم الأهمية بصدد هذه العلاقات –حالياً– وهو ما قاد إلى سن تشريعات حديثة أعطت دوراً هاماً للإرادة فى هذه العلاقات التى تنامت فى المجتمع الدولى وتشابكت بسبب انفتاح دول العالم حديثاً ، وتدفـــق أعداد كبيرة من المهاجرين من دولة إلى أخرى ، فضلاً عن ندرة المؤلفـــات الـــتى تعرضت لهذا الموضوع رغم أن مؤلفات القانون الدولى الخاص تعج بإبراز دور الإرادة فى مجال العقود الدولية.

٢ –منهج البحث:

ســـوف نتـــبع فى دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلى والمقارن: من خلال عرض القوانين المعنية لدول مختلفة وتحليل هذه القوانين والمقارنة بينها وموقف القانون المصرى منها ، وآراء الفقه بشأنها ، وعرض مختلف أحكام القضاء والتعليق عليها وبيان رأينا فيها.

٣-خطة البحث:

فى ضـــوء ما سبق ، سوف نتناول موضوع البحث من خلال أبواب أربعة على الوجه التالى:

الباب الأول: اختيار الإرادة المباشر للقانون الواجب التطبيق.

الباب الثانى: اختيار الإرادة غير المباشر للقانون الواجب التطبيق.

الباب الثالث: آثار الإرادة على تطور قاعدة التنازع.

الباب الرابع: القيود التى ترد على الإرادة.

وإذا كنا قد استهللنا البحث بمقدمة تضمنت تحديد الموضوع وأهميته ومنهج البحث ، فسوف نذيله بخاتمة تحمل خلاصة البحث وما توصلنا إليه من نتائج. والله والموفق والمستعان والهادى إلى سواء السبيل.

الباب الأول

اختيار الإرادة المباشر

للقانون الواجب التطبيق

تقديم وتقسيم:

تعترف كافة دول العالم بمبدأ سلطان الإرادة فى القانون الدولى الخاص ، والذى يعنى تخويل أطراف العلاقة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ذى الطابع الدولى[١] واعتبره البعض قاعدة إسناد ، بينما اعتبره البعض الآخر قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص الموضوعى وليس قاعدة تنازع[٢].

ويرجع أخذ كافة الدول بالمبدأ المذكور إلى أنه يحقق مزايا عديدة : تكمن فى تحقيق مصالح الأطراف إذ يحقق لهم الأمن واليقين القانونيين ، فيعرف أطراف النزاع مقدما القانون الواجب التطبيق ، وهو مالا يحققه الإسناد الموضوعى بطريقة كافية. كما يحقق مبدأ سلطان الإرادة ميزة أخرى تكمن فى إسهام الإرادة فى تحقيق التنظيم الدولى الموحد للعلاقات القانونية ذات الطابع الدولى ، وهو ما قاد كافة الأنظمة القانونية للاعتراف به مع بعض الاختلافات البسيطة فى شروط تطبيقه. ويشكل النظام العام الدولى

---

[١] انظر فى ذلك أطروحة:

[٢] انظر فى ذلك:

Deby-
internationaux , these , Dalloz Paris 1973, P.255.

وانظر أيضاً ، د.محمد عبد الله المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية فى تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى ، دراسة تأصيلية ، دار النهضة العربية ١٩٩٨ ، صـ٢٦٧.

قـــيداً على سلطان الإرادة إذ لا يجوز أن يتعارض القانون المختار مع مبادئ ذلك النظام.

كمـــا يقـــود الأخـــذ بمـــبدأ ســـلطان الإرادة إلى تحقيق الانسجام الدولى للحلول ، ومن ثم كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة فى العلاقات الخاصة الدولية.

ويتم الاختيار المباشر للقانون بالتعبير عن الإرادة صراحة ، بأن يختار الطـــرفان القانون الواجب التطبيق مباشرة على العلاقة غير العقدية ، فيناط بـــالإرادة المباشرة اختيار القانون[1].وفى البداية انحصر دور هذه الإرادة فى مجال العقود ثم امتد سلطانها إلى العلاقات غير العقدية[2]. فقد عرفت الإرادة حديـــثاً مجالات أخرى غير تعاقدية. ونميز فيما يلى بين اختيار القانون أمام

---

[1] ذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يعد قاعدة تنازع ، بينما ذهب جانب آخر إلى أن هذا المبدأ يعد قاعدة مادية من قواعد القانون الدولى الخاص ، وتـــرى الدكـــتورة حفيظة الحداد أن قانون الإرادة هو قاعدة قانونية تتسم بالطابع التنازعى والمادى فى آن واحد "انظر د.حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ، صـــ ٧٨٧ وما بعدها ، خاصة ، صـــ٥٠٤.

[2] إذ يـــرجع لديمولان Dumoulin الفضل فى اكتشاف نظرية سلطان الإرادة لحل تـــنازع القوانيـــن فى المجال التعاقدى ، إذ كان تنازع القوانين يحل قبلاً بالتطبيق الملزم لقانون محل إبرام العقد.

راجع فى ذلك:

القاضـــى المختص فى فصل أول ، ثم نعرض اختيار القانون بعيداً عن ساحة القضاء فى فصل ثان.

الفصل الأول

اختيار القانون أمام القاضى

إذا ثـــار نـــزاع بـــين طرفى العلاقة غير العقدية ، ورفع أمام القاضى المخـــتص ، فلطرفى النزاع اختيار قانون ليطبق على المسائل محل النزاع دون المســـائل المتفق عليها بينهما ، إذ ليس بالضرورة أن تكون كافة المسائل التى تتضمنها العلاقة محل نزاع. وغالباً ما تكون مسائل الذمة المالية للأسرة محل اتفـــاق. أما مسائل الالتزامات الناجمة عن المسئولية التقصيرية ، فلا يمكن أن نتخيل أى دور للإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق قبل وقوع الفعل الضار ، ومن ثم يجوز للأطراف اختيار قانون معين أمام القاضى الذى ينظر النزاع.

وقـــد يقوم الطرفان باختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة غير العقديـــة. وقد ينفرد أحد الطرفين بحق الاختيار ، وهو مالا يمكن تصوره فى حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، ذلك لأنه لا ينفرد بإبرامه شـــخص واحـــد ، وإنما هو عبارة عن تلاقى إرادتين أو أكثر لإنشاء مركز قانونى أو نقله أو تعديله ، ونعرض فيما يلى لاختيار الطرفين فى مبحث أول والاختيار الانفرادى فى مبحث ثان.

المبحث الأول

اختيار الطرفين القانون الواجب التطبيق

من خلال استعراض بعض القوانين الوضعية ، يتبين لنا جلياً أن هناك نموذجين لاختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق فى العلاقات غير العقدية أحدهما هو الطلاق خصوصاً المقرر فى القانون الهولندى الصادر سنة ١٩٨١ م ، أما الثانى فيكمن فى الالتزامات التقصيرية وهو ما نعرض له فيما يلى:

المطلب الأول

الطلاق

الطـــلاق هو وسيلة لحل الرابطة الزوجية ، ويعد مجالاً خصباً للإرادة خصوصـــاً فى الدول التى تطبق الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية ومـــنها مصـــر[١] إذ يـــتم الطلاق بإرادة الزوج كقاعدة ، أو إرادة الزوجة أحـــياناً، وقـــد تنقضـــى الـــرابطة الزوجـــية بحكم قضائى وهو ما يعرف

---

[١] ومع ذلك تطلبت بعض القوانين الاسلامية شروطاً معينة لإثبات الطلاق ، ففى المغرب تنص المدونة المغربية فى المادة ٤٨ على أن الطلاق يجب أن يتم بشهادة اثنين بالغين ، ويتعين توثيق الطلاق. وينص القانون الجزائرى فى المادة ٤٩ من قـــانون الأســـرة لســـنة ١٩٨٤م على أن الطلاق لا يتحقق إلا بحكم قضائى. أما القـــانون المصرى ففى المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يفرض علـــى المطلق الالتزام بتوثيق وثيقة الطلاق أمام موثق الحالة المدنية "المأذون" فى خلال ثلاثين يوماً من وقوع الطلاق. انظر فى ذلك:

بالتطبيق[١]. وتقضى المادة ٢/١٣ من القانون المدنى المصرى بإخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق ، بينما يخضع التطليق والتفريق الجسدى[٢] لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. واستثناءً يطبق القانون المصرى على انحلال الزواج إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج (م١٤) أى تطبق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين ، وتطبق الشرائع الملية الطائفية الخاصة لغير المسلمين شريطة أن يتحدوا فى الملة والطائفة ، فإن اختلف الزوجان فى الملة والطائفة ، طبقت أحكام الشريعة الاسلامية على انقضاء الزواج[٣].

أما فى بعض أنظمة الدول الأوربية ، يفسح الطلاق مجالاً ضيقاً للإرادة ، بسبب التشدد فى شروط الاعتراف به. ويبدو أنه فى مجال الأحوال الشخصية ، لا يوجد مكان لاختيار القانون الواجب التطبيق على الطلاق ، ويرجع ذلك إلى عدم تطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، وهو ما أكده القضاء الفرنسى فى أحد أحكامه[٤] عندما قرر أن

---

[١] انظر : د.فؤاد رياض ، د.سامية راشد ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، صـ٢٢٤.

[٢] التفريق الجسدى أو الانفصال الجسمانى هو المباعدة بين الزوجين ، وإبقاء الرابطة الزوجية قائمة مع التحلل من الالتزام بالمعيشة المشتركة "انظر د.عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين – دراسة مقارنة –دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ٢٠٠٢م ، صـ٧٧٦.

[٣] انظر د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، صـ٨٠١.

[٤] انظر حكم:

Tri-de grande ins-de la seine , 10Juin , 1966 , rev. Cri.1967.

الطرفين لا يمكنهما اختيار القانون الواجب التطبيق بإرادتهما. وهو ما انتهى إليه مجمع القانون الدولى الخاص فى دورة انعقاده بالقاهرة سنة ١٩٨٧م.

وذلك على خلاف القانون الهولندى الصادر سنة ١٩٨١م[١] الذى يخضع الطلاق للقانون الوطنى المشترك للزوجين ، وفى حالة عدم وجوده ، فيخضع لقانون محل إقامتهما المشتركة المعتادة وإلا لقانون القاضى ، ويقرر أنه فى غياب "رابطة اجتماعية فعالة ، فلا توجد جنسية مشتركة ، إلا إذا اختار الزوجان قانون هذه الجنسية ، ويعطى للزوجين مكنة اختيار القانون الهولندى كقانون قاض.

ويعطى القانون الهولندى للزوجين مكنة اختيار القانون الهولندى كقانون قاض ، ويمارس هذا الاختيار بحرية تامة ، وكى يتمتع بالفعالية الكاملة ، يكفى أن يقوم أحد الزوجين باختياره ، ولا يعترض عليه الآخر- وتكمن أسباب تطبيق قانون القاضى فى ملاءمته لحل النزاع ، كما أن اختيار الزوجين له يحقق لهما بعض النتائج المرجوة ، بخلاف ما ينجم تطبيق ذلك القانون عن إرادة القاضى نفسه ، ذلك أن اختيار الزوجين لقانون القاضى يحقق نتيجة يبتغيها الطرفان ، وهى الحصول على الطلاق.

ويتبين لنا مما سبق ، أن اعتداد القانون الهولندى بإرادة الطرفين فى اختيار هذا القانون ، يقود إلى تطبيقه على قضايا تطليق عديدة ، ولكنه

---

[١] انظر:

لا يطبق بصفة مطلقة ، إذ يتعين أن تكون المحاكم الهولندية مختصة ، ويفترض هذا الاختصاص وجود رابطة ملائمة بهولندا[1].

وتقضى المادة ٨١٤ من تقنين الإجراءات المدنية الهولندى باختصاص المحاكم الهولندية إذا كان الزوجان يحملان الجنسية الهولندية ، أو إذا كان أحدهما مقيماً بهولندا منذ ستة أشهر على الأقل.

أما إذا كان الزوجان متوطنين فى الخارج ، فلا يستطيعان الحصول على حكم بالتطليق فى هولندا ، ذلك أن المحاكم الهولندية حينئذ ستحكم بعدم اختصاصها. ذلك أن شرط التوطن فى هولندا يعطى الزوجين الحق فى اختيار القانون واجب التطبيق ، والذى يكون إما القانون الوطنى أو قانون الموطن. وإذا كان طرفا النزاع مختلفى الجنسية وأحدهما متوطن فى هولندا فيمكنه أن يرفع دعواه أمام المحاكم الهولندية ، ويجوز له فى هذه الحالة اختيار قانون القاضى أو قانونه الوطنى أو قانون موطنه. ويسمح حق الاختيار فى تذليل العقبات عندما لا توجد بين الزوجين لا جنسية مشتركة ولا موطناً مشتركاً ، إذ يكون لأحد الزوجين اختيار قانون موطنه فى هذه الحالة شريطة أن تربطه بالنزاع رابطة ملائمة.

وعندما لا يحمل الزوجان جنسية مشتركة ولا يكون لهما موطن مشترك ، تطبق المحاكم الهولندية القانون المختص بموجب إعمال قاعدة التنازع ، وإذا كان لهما موطن مشترك خارج هولندا ، لا تختص محاكمها

---

[1] انظر فى هذا المعنى:

aris 1, 1989 1990.

بـــنظر دعـــوى التطلـــيق بأى حال. أما إذا وقع الموطن المشترك للزوجين الأجنبـــيين فى هولندا ، يكون القانون الهولندى واجب التطبيق ، نتيجة لهذه الـــروابط الموضـــوعية . أمـــا إذا حمل الزوجان المتوطنان فى هولندا جنسية مشـــتركة أو كـــان أحدهما متوطنا فيها. فيكون لهما اختيار تطبيق القانون الهولندى كقانون موطن أو قانون ملائم لحكم النزاع ، وينتج هذا الاختيار آثاره فى مواجهة القانون المختص أصلاً بحكم ذلك النزاع[١].

مما سبق يتضح لنا أن الإرادة لا تقوم بدور تدعيم الإسناد الضعيف، وتقوم بدور فاعل لتحديد القانون الوطنى للزوجين فى غياب رابطة اجتماعية فعالة ، كما تقوم بدور فعال فى حسم التنازع فى حالة وجود قوانين عديدة تريد الانطباق.

المطلب الثانى

الالتزامات التقصيرية

تقضـــى قوانـــين غالبـــية الـــدول بتطبـــيق قانون محل وقوع الفعل الضار[٢] La lex loci delicti على الالتزامات الناجمة عن العمل غير

---

[١] راجع فى ذلك:

contrats , these 1993 , P.147.

[٢] راجع فى ذلك : د.أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، بدون تاريخ نشر ، صـــ١١٦٩ وما بعدها.

المشـــروع ، ولكن بدأت بعض الدول حديثاً تتخلى عن التطبيق المطلق لهذه القاعدة.

ففـــى الولايـــات المتحدة الأمريكية مثلاً ، ظلت تلك القاعدة سائدة حـــتى صـــدور حكم Babcock V.Jackson سنة ١٩٦٣م[١] من محكمـــة اســـتئناف نـــيويورك الذى تخلى عن قاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل وقوعه المقررة منذ عدة عقود ، وتدور وقائع هذه القضية حول الـــزوجين جاكسون Jackson اللذين غادرا نيويورك مصطحبين الآنسة بـــابكوك Babcock فى سيارتهما فى رحلة إلى كندا ، وفى إقليم أونتاريو Ontario وقـــع لهم حادث ، وقد طرحت مسألة تحديد القانون واجب التطبـــيق ، لتحديد مسئولية قائد السيارة تجاه مضيفته. واستبعدت المحكمة تطبيق قانون إقليم أونتاريو الذى يعفى قائد السيارة من تعويض الأضرار التى لحقـــت الراكب معه بالمجان ، وطبقت قواعد قانون ولاية نيويورك التى تلزم قائد السيارة بتعويض مضيفته عن الأضرار التى لحقت بها.

وانتقد الحكم قاعدة التنازع التى تقضى بخضوع الفعل الضار لقانون محل حدوثه بأنها قاعدة جامدة ، ذلك أنها تعين القانون الواجب التطبيق أياً كان مكان وقوع الفعل الضار ، ويتعين الخروج عليها أحياناً لتخفيف جمود هذه القاعدة التى تحدد القانون بطريقة آلية بغض النظر عن الحل الناجم عن تطبـــيقها. فضـــلاً عن أن قاعدة التنازع المذكورة تسند الاختصاص لقانون واحـــد أيـــاً كانت العلاقة القانونية المعنية ، كما أنها قاعدة مزدوجة تعامل

---

[١] راجع فى التعليقات على هذا الحكم:

, colum , L. Rev. 1963 , P.1212 1257.

القانون الأجنبى على قدم المساواة مع قانون القاضى. وقد يكون من المصلحة تطبيق قانون القاضى رغم وقوع الفعل الضار فى بلد أجنبى. كما أنه من المثير للدهشة أن يتغير نظام حكم تعويض الأضرار الناجمة بين اثنين من ولاية نيويورك ، بسبب وقوع الحادث مصادفة فى إقليم أونتاريو ، والذى يقود تطبيق قانونه إلى رفض طلب التعويض المقدم من المضرور.

ويمكننا القول أن المحكمة وضعت معايير تحديد القانون الواجب التطبيق ، التى تسمح للمجنى عليه بتجنب تطبيق القانون الذى يبدو له غير عادل ، وأنها غلّبت إرادة الطرف المضرور وأهدرت تطبيق قاعدة التنازع.

ويسهم حكم بابكوك Babcock فى وضع مبدأين: أحدهما هو ضرورة الأخذ فى الاعتبار هدف القواعد المادية المعنية ، والآخر هو البحث عن القاعدة التى ترتبط بها العلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً ، كما أن أخذ الإرادة الفردية فى الاعتبار فى تطبيق قواعد متصلة بالتزاع يعد أخذاً بالمذهب الفردى الذى يقود إلى تحجيم هيمنة قواعد الإسناد.

إن احترام الإرادة فى تطبيق القواعد الموضوعية يتفق والبحث عن القاعدة التى ترتبط بها العلاقة بروابط أكثر وثوقاً ، وأن الروابط التى تربط العلاقة القانونية بالنظام القانونى لا يجب أن تتحدد بعدد الروابط ولكن بطبيعة الرابطة ، إذ العبرة بالكيف لا بالكم[1]. بمعنى أنه عندما ترتبط وقائع

---

(1) it may be assumed that grouping of contracts does not mean more counting of contacts, that qualitative rather than quantitative evaluation determines the most significant relationship qualitative evaluation is inevitably in terms of policies and inte

Comments on Babcock , Op. Cit , P.1247.

القضـــية بعلاقات خاصة بنظام قانونى ، يكون لقواعد هذا النظام مصلحة فى الانطـــباق ، و لم يعـــن حكم بابكوك إلا بالعلاقة الخاصة التى تربط قائد الســـيارة بمضـــيفته ، وهو ما حظى بالأولوية على قانون محل وقوع الفعل الضـــار ، وهـــو ما يعنى أن علاقات النزاع بولاية نيويورك كانت ضرورية وكافية كى تطبق قواعد مسئولية قائد السيارة على النزاع.

وفى فرنســـا ، يـــبدو أن القانون الوضعى الحديث يتعارض والتطبيق المطلق لقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون محل وقوعه ، معطياً دوراً لإرادة الأطـــراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار. ففى حكم Roho الذى صدر فى ١٩ إبريل سنة ١٩٨٨م ، ثار النزاع بين شخصين من افراد القوات المسلحة الفرنسية المرابطة فى جيبوتى ، لتسبب أحدهما فى حـــادث للآخـــر فى تلك الدولة ، وكان القانون الواجب التطبيق عادة هو قـــانون جيـــبوتى طبقاً لاتفاقية لاهاى المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على حـــوادث الطـــريق ، المبرمة فى ٤ مايو سنة ١٩٧١م [١] و لم تتوافر شروط تطبـــيق القـــانون الفرنســـى ، ومع ذلك طبقت المحكمة المختصة القانون الفرنسى ، وطبقاً للمادة ٥/١٢ من تقنين الإجراءات المدنية الجديد اعترفت محكمـــة الـــنقض الفرنســـية بأن للطرفين أن يقيدا القاضى باتفاق صريح ، ويحـــددا نطاق الحقوق فيما بينهما ، وهو ما صرح لهما فى القضية المنظورة

---

[١] انظر :

XI session T.III, accidents de la circulation routiere la Haye 1974 , Biblio. De droit inter 82.

باستبعاد تطبيق قاعدة التنازع التى تشير إلى تطبيق القانون الجيبوتى ، والاتفاق على تطبيق القانون الفرنسى.

ويتبين لنا أن هذا الحكم يعطى لإرادة الأطراف دوراً مؤكداً وملموساً، ولكن هذا لا يعنى أنه يتعين صياغة قاعدة التنازع المعنية مرة أخرى[1] ، إذ لا يعتبر أن الحكم قد عدل قاعدة التنازع فى مجال الفعل الضار ، ولكن أجاز للطرفين مخالفتها.

ونلاحظ أنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون معين مخالف للقانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع ، يجب أن تسمح القواعد الإجرائية فى قانون القاضى بهذا الاتفاق ، أما إذا لم تجزه ، فلا تكون لإرادة الطرفين أى أثر.

ففى حكم روو Roho لم يطبق القاضى قاعدة التنازع التى يتضمنها قانونه ، واكتفى بالرجوع إلى النظام القانونى له ، للتأكد من أن حق الاختيار مصرح به من عدمه.

ولكن يشترط أن يكون اختيار الأطراف قانوناً بخلاف القانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع اختياراً صريحاً ، إذ لا يكفى أن تكون الإرادة غير معلنة ، أى لا يعتد فى هذا الصدد بالإرادة الضمنية.

أما فيما يتعلق بنطاق الإرادة ، فلا تلعب هذه الإرادة دوراً إلا فى مجالات معينة ، ذلك أنه فى مجال المسئولية التقصيرية هناك حقوق غير

---

[1] انظر:

مصـــرح بالاتفاق بشأنها ، فمثلاً لا يجوز التنازل عن الحق فى التعويض قبل حدوث الفعل الضار ، ذلك أن الكثير من مسائل المسئولية التقصيرية تتعلق بالـــنظام العام. وفى هذا الإطار لا يجوز الاتفاق على تنظيم مسائل المسئولية التقصيرية ، ذلك أن النظام العام يشكل قيداً على حرية الإرادة.

وعلى خلاف ما سبق ، يجوز لصاحب الحق فى التعويض التنازل عنه بعـــد ثـــبوت الحق فيه ، وهو ما يبرر مكنة الأطراف فى تعطيل عمل قاعدة التـــنازع ، ولكـــن يثار تساؤل حول ما إذا كان التنازل عن تطبيق قاعدة الإسناد يجب أن يقود إلى اختيار قانون القاضى أم أى قانون؟

ذهـــب رأى [1] إلى أنـــه لا يجـــوز للأطراف تجنب قاعدة التنازع إلا باختـــيار تطبـــيق قـــانون القاضى ، لأسباب تتعلق بالملاءمة. ونرى أنه لا مجـــال للتميـــيز بـــين قانون القاضى وغيره من القوانين ، إذ للأطراف اختـــيار قـــانون القاضـــى أو أى قـــانون آخـــر ، وتتحقق المصلحة من الاختـــيار إذا تم لصـــالح القـــانون الذى يرتبط به المركز القانونى بروابط أكـــثر وثوقـــاً ، وهـــو مـــا تحقـــق ، فى حكم Roho سالف الإشارة. ذلـــك أن القـــانون الفرنســـى-الذى كان قانون القاضى أيضاً- ارتبطت بـــه العلاقـــة بـــروابط أكـــثر وثوقـــاً ، لكونـــه القانون الوطنى المشترك للطـــرفين ، بخـــلاف القـــانون الجيبوتى الذى مثل قانون الدولة التى وقع الحـــادث فـــيها عرضـــاً ، ويمكنـــنا القـــول أن القـــانون الأكثر ارتباطاً

---

[1] انظر:

P.315.

بالعلاقة قد لا يكون القانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع ولا قانون القاضى وإنما قد يكون قانون دولة ثالثة.

وفى مسائل المسئولية التقصيرية ، أعيد النظر فى قاعدة التنازع التقليدية السائدة ، التى تقضى بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار ، وذلك فى مشروع اتفاقية المجموعة الاقتصادية الأوربية بشأن الالتزامات العقدية وغير العقدية التى نصت على أنه "عندما لا توجد روابط ذات مغزى بين مكان وقوع الفعل الضار والمركز القانونى الناجم عن ذلك الفعل ، وأن العلاقة القانونية بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ترتبط بروابط وثيقة بدولة أخرى ، يطبق قانون هذه الدولة[١].

ويتبين لنا جلياً أن الحل الأخير الذى قرره حكم Roho المذكور ، ومشروع اتفاقية المجموعة الاقتصادية الأوربية ، يعد تطبيقاً للشرط الاستثنائى Clause d, exception الذى يعطى القاضى سلطة استبعاد القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع عادة ، بتطبيق قانون آخر يرتبط بالنزاع بروابط أكثر وثوقاً.

وكذلك الحال فى سويسرا ، إذ تقضى المادة ١٣٢ من القانون السويسرى الصادر سنة ١٩٨٧م بأنه فى مجال المسئولية التقصيرية[٢] يجوز

---

[١] انظر:

P, 1971-1973 , P.147.

[٢] وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً للمادة ١٢٨ من القانون السويسرى ، يكون باب الاختيار مفتوحاً للأطراف فيما يتعلق بمسألة الإثراء بلا سبب.

للأطـــراف بعـــد وقوع الفعل الضار الاتفاق فى أية لحظة على تطبيق قانون القاضـــى. ويتضـــح لـــنا من هذا النص أن الاختيار لا يكون صحيحاً إلا بشـــرطين: أولهمـــا هو أن يتم بعد وقوع الفعل الضار ، أما الثانى فهو أن القـــانون المختار ينبغى أن يكون قانون القاضى وليس قانوناً آخر ، ويقترب هـــذا النظر من القاعدة التى أرساها المشرع المجرى فى القانون الصادر سنة ١٩٧٩م ، الذى يعطى الأطراف مكنة التنازل عن القانون الواجب التطبيق عـــادة ، لصـــالح اختـــيار تطبـــيق قـــانون القاضـــى[١] لملاءمـــته لحـــل النزاع ، ولا يجوز للأطراف اختيار قانون آخر ، إذ لا يملكون سوى التنازل عن تطبيق القانون الأجنبى.

إن الـــدور المتزايد لإرادة الأطراف يمكن أن يعتبر كشرط استثنائى[٢] يستخدم من قبل أطراف العلاقة لا من جانب القاضى كما هو المعتاد. فإذا كـــان القاضـــى هو الذى يدفع بالشرط الاستثنائى لاستبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع ، لصالح تطبيق القانون الذى ترتبط بـــه العلاقـــة بـــروابط أكثر وثوقاً[٣] فإن اختيار أطراف النزاع قانوناً معيناً

---

[١] انظر:

1987 , P.152 et s.

[٢] انظر فى ذلك تفصيلاً:

1986.

[٣] انظـــر: د.أحمد محمد الهوارى ، نظرات فى استثناءات تقويم الإسناد ، دراسة تحليلـــية تاصـــيلية فـــى ضوء تشريعات القانون الدولى الخاص الحديثة ، وبوجه

بالمخالفة للقانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد ، يعد تطبيقاً للشرط الاستثنائى ، ولكن من جانب الأطراف الذين يتفقون على تطبيق قانون القاضى ، لأنه يرتبط بالنزاع بروابط أكثر وثوقاً.

وتعطى المادة ١٤ من القانون سالف الإشارة ، للقاضى سلطة استبعاد القانون الواجب التطبيق عادة ، وتطبيق قانون آخر يرتبط بالنزاع بروابط أكثر وثوقاً. ويبرر اختيار الطرفين تطبيق قانون آخر على مسائل المسئولية التقصيرية بخلاف قانون محل وقوع الفعل الضار بعدم ملاءمة هذا القانون أحياناً ، لعدم ارتباطه بالنزاع بروابط وثيقة ، وأن قواعد المسئولية ليست من النظام العام. ولكن يشترط أن يكون اتفاق الطرفين صحيحاً. وإذا قام أحد الطرفين بإقناع الآخر باختيار قانون لا يحقق مصلحة الأخير ، كان على القاضى تبصير الطرف الضعيف لتجنيبه القانون غير المناسب له[١].

ويرى الأستاذ مورى Maury [٢]أن علاقات الحياة الدولية تتميز بطبيعتها الخاصة التى تتطلب تنظيماً خاصاً ، ومن ثم فإن المادة ١٣٢ من القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧م ، تمنح الأطراف ميزة

خاص التشريع السويسرى ، دار النهضة العربية "بدون تاريخ نشر" صـ١٧ ، ٢١.

[١] انظر:

[٢] انظر:
36 , T. III, P.368

مبررة ، إذ تأخذ فى الاعتبار الصفة الدولية للعلاقة القانونية ،ومن الضرورى أن تلعب الإرادة دوراً بارزاً فى العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى ، لأنها ليست علاقات داخلية بحتة ، لذا كان من الملائم إعطاء قدر أكبر من المرونة ، لتنظيم هذه العلاقات التى ترتبط بأكثر من نظام قانونى.

وخلاصة القول ، أنه طبقاً للتشريعات الحديثة لبعض الدول ، تلعب الإرادة دوراً هاماً فى تسوية منازعات المسئولية التقصيرية بموجب اختيار القانون الواجب التطبيق عليها. إلا أن ثمة قيداً يرد على اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على هذه المنازعات ، وهو أن يرتبط النزاع بالقانون المختار بروابط مبررة ، ومع ذلك لا يوجد مبرر لتقييد حرية الأطراف باختيار قانون القاضى دون غيره ، إذ يجوز لهم اختيار قانون آخر ، رغم أن اختيار قانون القاضى يسهل مهمة القاضى [1].

---

[1] انظر:

Geneve , 1990 , P.225.

المبحث الثانى

الاختيار المقرر لأحد الأطراف

قد يشمل المشرع طرفاً واحداً بعنايته ، ولأنه الطرف الضعيف يفضله عن الطرف الآخر ، ولذا يعطيه وحده الحق فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، نظراً لمركزه القانونى المتميز ، ولذا يكون له الحق فى الاستفادة من مكنة الاختيار.

وفى مسائل العقود ، اهتمت اتفاقية روما بالمستهلك والعامل[١] ففى العقود التى يبرمها المستهلك يستطيع طرفا العقد الاتفاق على القانون الواجب التطبيق. وكذلك الحال فى عقود العمل[٢]. ومع ذلك لا يجوز حرمان المستهلك أو العامل كطرفين ضعيفين فى عقدى البيع والعمل من حماية النصوص الآمرة فى قانون محل إقامة المستهلك المعتادة والقانون الواجب التطبيق على موضوع عقد العمل.

ويبرر الاختيار بتحقيق الأمن القانونى للطرف الضعيف ، ومنحه أكبر قدر من الحماية ، وفى عقد العمل يبرر اختيار الطرفين بالمركز القانونى الخاص للعامل أو بالطبيعة الخاصة لعمله ، فضلاً عن أن القانون الواجب

---

[١] انظر:

[٢] انظر د.أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ نشر) صـ١٠٣ وما بعدها.

التطبيق موضوعياً على عقد العمل قد لا يتضمن النصوص الحمائية التى يتضمنها القانون المختار.

ويعطى المشرع دوراً ملموساً لإرادة الطرف الضعيف فى العلاقات غير العقدية خصوصاً المجنى عليه فى بعض الجرائم وهو ما نعرض له فيما يلى:

الاختيار المقرر للمجنى عليه:

يقضى القضاء الألمانى منذ وقت طويل بحق المجنى عليه فى جريمة مدنية باختيار القانون الواجب التطبيق على التعويض كطرف ضعيف ، فعندما يقع الفعل الضار فى دولة ، ويتحقق الضرر فى دولة أخرى ، يكون من حق المضرور اختيار القانون الأفضل له[1] من بين قانون الدولة التى وقع فيها الفعل الضار وقانون الدولة التى تحقق فيها الضرر.

وأخيراً صدر القانون الألمانى الجديد فى ٢١ مايو سنة ١٩٩٩م بشأن الالتزامات غير العقدية ، وقضت المادة ٤٠ منه فى فقرتها الأولى بخضوع الفعل الضار لقانون مكان حدوثه ، ونصت العبارة الثانية على مكنة المجنى عليه فى طلب تطبيق قانون الدولة التى تحقق فيها الضرر إذا اختلفت عن دولة محل وقوع الفعل الضار. وجاءت العبارة الثالثة لتضع قيداً على حرية المجنى عليه ، باشتراطها ضرورة اختيار المجنى عليه قانوناً بعد تحقق الضرر ، وقبل نفاذ ذلك القانون كان القاضى المختص بنظر النزاع ملتزماً بأن يقارن

---

[1] انظر:

Bib, DIP , 1961 , P.84.

من تلقاء نفسه بين قانون مكان الفعل الضار، وقانون محل حدوث الضرر ، إذا اختلفت أحكامهما الموضوعية ، وتطبيق القانون الأفضل للمجنى عليه[١] ثم أتـــت المادة ٤١ باستثناء يقضى بأنه من حق القاضى تغليب قانون الدولة التى ترتبط بها العلاقة بروابط أكثر وثوقاً.

خلاصـــة القـــول ، أن القاعدة العامة فى القانون الألمانى الجديد هى تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار على الآثار الناجمة عنه ، وإذا اختلفت دولة محل وقوع الفعل الضار عن دولة محل حدوث الضرر ، يجوز للمضرور اختيار الأفضل له من بين القانونين ، أى قانون محل حدوث الضرر ، شريطة أن يتم ذلك بعد وقوع الضرر ، إذ لا يجوز له اختيار هذا القانون قبل نشأة الالـــتزام. واســـتثناء من الحكم السابق يجوز للقاضى تغليب القانون الذى ترتبط به العلاقة بروابط أكثر وثوقاً.

ويتـــبين لنا أن اختيار المجنى عليه الذى أقره القانون الألمانى لا يشكل نظام الإسناد الأساسى فى مسائل المسئولية التقصيرية ، ذلك أنه يعتبر إسناداً احتياطـــياً مصححاً للإسناد العادى ، ولذا ذهب رأى[٢] إلى حصر الاختيار المقـــرر للمجنى عليه فى قانون مركز نشاط المدعى عليه أو قانون محل وقوع الضرر.

---

[١] انظر:

international pr
1999 , P.656.

[٢] انظر:

Moreau-

ويكون للمجنى عليه اختيار القانون الأفضل له فى مجال المسئولية عن فعل المنتجات من ناحية ، والمساس بالحقوق الشخصية من ناحية أخرى ، وهو ما سوف نعرض له تباعاً.

المطلب الأول

المسئولية عن فعل المنتجات

نصت اتفاقية لاهاى على حق المضرور فى اختيار القانون الواجب التطبيق على المسئولية عن فعل المنتجات ، كما يقضى القانون السويسرى الحديث بحق المضرور فى اختيار القانون المطبق على ذلك الفعل ، ونعرض لاتفاقية لاهاى المعنية نتبعها بموقف القانون السويسرى.

أولاً- *اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على المسئولية عن فعل المنتجات:*

تضمنت المواد من ٤ : ٧ من اتفاقية لاهاى المذكورة والموقعة فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٧٣م القانون الواجب التطبيق على المسئولية عن فعل المنتجات ، والتى أقرت للمجنى عليه اختيار هذا القانون بصفة أساسية. إذ تقضى المادة ٤ بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار ، إذا كان هذا المكان هو مقر الإقامة العادية للمجنى عليه[1]

---

[1] انظر:

أو مكـــان مركز الأعمال الرئيسى للمدعى عليه ، أو مكان اكتساب ملكية المنتج.

وتقضـــى المـــادة الخامســـة بتطبيق قانون الدولة محل الإقامة المعتادة لـــلمحنى عليه ، إذا كانت هذه الدولة هى أيضاً دولة مركز أعمال المدعى عليه أو دولة اكتساب ملكية المنتج. وإذا اختلف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان الإقامة العادية للمحنى عليه ، يستطيع الأخير الاختيار بين تطبيق المادة الرابعة والمادة الخامسة.

وعـــندما تـــتوزع روابط النزاع بين أنظمة قانونية مختلفة ، ويتعذر التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب المادتين الرابعة والخامسة، يطـــبق قـــانون مركز الأعمال الرئيسى لصاحب المصنع بصفة احتياطية ، شريطة ألا يختار الطرف المضرور تطبيق قانون الدولة التى حدث فيها الفعل الضار (م٦).

وتقضـــى المادة ٧ بأنه لا يكون القانون الذى حددته قواعد الإسناد مطبقاً إذا أثبت المدعى عليه أنه لم يكن يتوقع أن المنتج سوف يتم تسويقه فى الدولة المعنية ، حتى لا يفاجأ بتطبيق قانون غير متوقع.

ويتـــبين لـــنا مما سبق ، أن الاتفاقية قد وضعت عدة معايير لتحديد القـــانون الواجـــب التطبـــيق وهى: تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار كمعـــيار إسناد رئيسى ، ومعيار محل الإقامة العادية ، وأخيراً مكنة المضرور فى اختيار القانون الأنسب له[1].

---

[1] راجع:

Doc-de travail N,2 , Actes et documents , 95 C.F.L, intervention de M. Reese , Rapporteur , Actes et document 169 , et de M. valladao , 171.

ثانياً-القانون الدولى الخاص السويسرى:

جعل القانون الدولى الخاص السويسرى من حق الاختيار المقرر للمضرور الإسناد الرئيسى ، إذ تعطى المادة ١٣٥ للمضرور حق اختيار إما قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار ، أو قانون مكان تملك المنتج. وهو ما يعنى أن للقاضى أن يسأل المجنى عليه عن القانون الذى يرغب فى اختياره. وإذا لم يختر المجنى عليه أى قانون ، يختار القاضى القانون الأنسب الذى يحقق مصلحة المجنى عليه كطرف ضعيف[1] والذى يكون إما قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار ، أو قانون مكان اكتساب ملكية المنتج ، ولا يكون القانون الأخير واجب التطبيق إذا أثبت المدعى عليه أن تسويق المنتج تم فى الدولة المدعى تطبيق قانونها دون رضاه ، لعدم الإخلال بتوقعات المنتج المشروعة ، كى لا يفاجأ بتطبيق قانون يجهله ولا يأخذه فى الاعتبار.

ويتبين لنا بجلاء أن قانون محل إقامة المجنى عليه ليس من بين القوانين المعروضة لاختياره ، وهو ما يدعو للغرابة والدهشة ، لأنه كثيراً ما يصاب المجنى عليه بالضرر بسبب استخدام المنتج المعيب فى محل إقامته ، فضلاً عن أن الشخص المذكور كطرف ضعيف يكون أدرى وأعلم بأحكام قانونه.

وإذا اتفق المجنى عليه والمنتج على تطبيق قانون القاضى ، ورفع النزاع أمام محكمة المنتج ، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون مركز أعمال

---

[1] راجع:

Overbeck (A

مرتكب الفعل الضار ، ذلك أن اختيار القضاء يعد فى هذه الحالة اختياراً للقانون.

وأخيراً ذهب رأى[١] إلى القول بضرورة تطبيق القانون الأفضل للمضرور ، خصوصاً فى حالة المسئولية عن الأضرار الجسيمة التى تعد من قبيل الكوارث ، ومن ثم تبرر اختيار القانون الأنسب للمضرور. ونرى أنه فى مجال المسئولية عن فعل المنتجات ، يجب أن يعطى المضرور مكنة اختيار قانون محل إقامته أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون مكان انتقال ملكية المنتج ، كما فعلت اتفاقية لاهاى سالفة الإشارة.

المطلب الثانى

الحقوق اللصيقة بالشخصية

يقصد بحماية الحقوق الشخصية ، حق الفرد الطبيعى فى حماية اسمه وصورته واحترام حياته الخاصة وسرية خطاباته[٢] ، وفى فرنسا تعد فكرة احترام الحقوق اللصيقة بالشخصية حديثة الظهور ، خصوصاً احترام الحياة الخاصة للشخص ، وهو ما أكدته المادة ٩ من القانون المدنى الفرنسى الصادر فى ٩ يناير ١٩٧٠م ،

---

[١] انظر:

RCADI 1990 T.I P. 289 et s.

[٢] انظر:

ومـــا يعنيـــنا فى هـــذا الصـــدد هو القانون الواجب التطبيق إذا انتهكت حرمة الحياة الخاصة للفرد ، وارتبطت العلاقة غير المشروعة بأكثر من دولة.

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم فرح ديبا Farah Diba بإســـناد آثار المساس بالحياة الخاصة لإمبراطورة إيران القديمة لقانون المكان الـــذى وقعت فيه الأفعال الضارة. ومن ثم يمكننا القول بأن المحكمة كيفت الأفعـــال الـــتى أضرت بالحياة الخاصة للمدعية على أنها أفعال ضارة تخضع لقـــاعدة التنازع التى تقضى بخضوع العلاقة غير المشروعة لقانون محل وقوع الفعل الضار[١].

أمـــا القـــانون السويسرى الصادر عام ١٩٨٧م ، فقد خولت المادة ١٣٩ مـــنه المجـــنى علـــيه مكنة اختيار التشريع الذى يريد تطبيقه ، أى أن المضـــرور يستطيع اختيار إما قانون محل إقامته العادية أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار ، أو قانون مكان تحقق الضرر ، شريطة أن يكون ذلك القـــانون مـــتوقعاً من قبل مرتكب الفعل الضار. أى أن المجنى عليه يمكنه أن يمارس حقه فى اختيار أى من القوانين السابقة دون تدخل من القاضى.

وغالـــباً ما يتفق مركز أعمال مرتكب الفعل الضار مع مكان النشر غير المشروع ، والذى يعتبر مكان وقوع الفعل الضار[٢]. ولا يستطيع المجنى علـــيه اختيار قانون محل إقامته إلا إذا تحقق الضرر فيه ، وإلا جاز لمرتكب الفعل الضار أن يدفع بعدم توقعه تطبيق هذا القانون ، مما يقود إلى استبعاده ، حتى لا يفاجأ المسئول عن الضرر بتطبيق قانون لم يتوقعه.

---

[١] راجع حكم محكمة النقض الفرنسية:
Civ Iere ch., 13 Avril 1988, Rev. Cri. 1988 . P.546 note P.Bourel.

[٢] انظر:

P.355 et s.

ويعطى القضاء الألمانى للمجنى عليه الذى انتهكت حياته الخاصة اختيار إما قانون مكان حدوث الفعل الضار ، أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار ، أو قانون محل تحقق الضرر المتوقع.[١] ويستطيع المضرور اختيار أفضل القوانين له من بين القوانين المتصلة بالنزاع ، باعتباره الطرف الضعيف.

ولا ريب أن منح المجنى عليه الحق فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، أى الإسناد الاختيارى يهدف إلى حماية مصلحة المجنى عليه وتعتبر هذه القاعدة قاعدة ذات طبيعة موضوعية[٢] Une r gle caract re substantiel إذ يعطى الإسناد الاختيارى للمجنى عليه فرصاً كبيرة للحصول على أقصى تعويض بموجب اختيار القانون الأفضل له ، عن طريق تحليل المضمون الموضوعى للقوانين المتصلة بالنزاع واختيار أفضلها ، وهو ما يكفل تحقيق أقصى حماية للحياة الخاصة للفرد فى مواجهة وسائل الإعلام المتعددة[٣] كما يحقق الإسناد الاختيارى مصالح الدولة ، ومن ثم يمثل منح المجنى عليه حق اختيار القانون الأنسب له أحد أدوات السياسة التشريعية لتحقيق المصلحة العامة[٤].

---

[١] انظر:

P.234 et s.

[٢] انظر:

Patocchi (P.M) , Op Cit , P.121.

[٣] انظر:

Chenaux , Op. Cit , P.244.

[٤] وعلى صعيد آخر يرى باتوتش عدم منح المجنى عليه حق الاختيار ، لأن ذلك يقود إلى عدم الأمن واليقين القانونيين ، وعدم التوقع بالنسبة للمسئول عن الفعل الضار. "راجع أطروحته سالفة الإشارة ، ـ١٩٦".

الفصل الثانى

اختيار قانون خارج ساحة القضاء

إذا كان للإرادة دور ملحوظ فى اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضى ، فإن ثمة تطوراً للقانون الدولى الخاص ، منح الإرادة دوراً ملموساً فى العلاقات المرتبطة بالأحوال الشخصية[1] للفرد بعيداً عن ساحة القضاء. ونعرض فيما يلى لاختيار القانون بشأن مسألة الزواج وفسخه فى مبحث أول ، ثم اختيار قانون يطبق على النظام المالى بين

---

[1] وقد عرفت محكمة النقض المصرية مسائل الأحوال الشخصية بأنها "مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه "نقض مدنى مصرى فى ١٩٣٤/٦/٢١م ، مجلة المحاماة ، س ١٥ ،صـ٧٨" وانتقد البعض خروج النفقات من مجال الأحوال الشخصية ، فضلاً عن صعوبة تحديد الأحوال الشخصية ، وأن ما يعد من مسائل الأحوال الشخصية له أهميته فى مجال القانون الدولى الخاص ، وتظهر الحاجة إليه ملحة عندما تتنازع القوانين مسألة لم يورد المشرع فى شأنها قاعدة إسناده مثل الخطبة والبنوة والإقرار بالأبوة ، وانكارها وتصحيح النسب والتبنى ، إذ يكون من شأن اعتبار هذه المسائل من الأحوال الشخصية إمكان إسنادها للقانون الشخصى. "انظر د.عز الدين عبد الله ، الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين ، الطبعة التاسعة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة ١٩٨٦، صـ١٧٩.

الزوجين فى مبحث ثان ، ثم نكرس المبحث الثالث لعرض اختيار القانون فى مسائل التركات.

المبحث الأول

اختيار قانون بشأن انعقاد الزواج وفسخه

نعرض لمسألة تكوين العلاقة الزوجية ، فالزواج يبدأ عقداً ثم يتحول إلى نظام قانونى يرتب القانون آثاره ، ثم فسخ هذه العلاقة ، فالقانون الدولى الخاص المعاصر يرتب آثاراً -على اختيار الزوجين تطبيق قانون معين- تتعلق بفسخ الزواج.

ويختلف دور الإرادة فى المسائل المتعلقة بالزواج باختلاف القوانين الوضعية الوطنية. فالقانون الدولى الخاص الفرنسى مثلاً لا يعطى دوراً للإرادة فى مسألة الزواج إلا لتحديد طبيعة هذا الزواج. ففيما يتعلق بآثار الزواج يطبق قانون الموطن المشترك للزوجين ، إذا لم توجد الجنسية المشتركة ، ومن ثم يستبعد كل دور للإرادة[1].

وفى مصر تقضى المادة ١٣ من القانون المدنى بأنه "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال" أى أن القاعدة العامة هى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على آثار الزواج سواء أكانت الزوجة تحمل ذات جنسية الزوج أم جنسية أخرى. ويرجع ذلك لضرورة وحدة

---

[1] انظر:

F
1977 , P.344.

النظام القانونى المطبق على آثار الزواج ، وأن الزوج هو رب الأسرة ويدور فى فلكه باقى أعضائها[١]. وإذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى هو الذى يسرى على انعقاد الزواج وآثاره وانقضائه.

مما سبق يتبين لنا عدم وجود دور للإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج كقاعدة عامة ، ومع ذلك تتدخل الإرادة فى مسألة الهبات بين الزوجين ، ففى حكم لمحكمة ليون[٢] قضى بخضوع هبة منقولات بين الزوجين للقانون الفرنسى باعتباره مختاراً ضمنياً من قبل الزوجين ، وليس كقانون واجب التطبيق على آثار الزواج ، وقرر أن الواهب كان فرنسياً ومتوطناً فى فرنسا ولم يتفق على تطبيق القانون السويسرى ، ومن ثم فقد أعطى هذا الحكم دوراً للإرادة فى مسألة الهبة ، بعيداً عن القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وهو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك فى حالة اختلاف جنسيتيهما[٣].

---

(١) راجع د.فؤاد رياض ، د.سامية راشد ، المرجع السابق ، صـ٢١٥.

(٢) راجع حكم:

26 Dec. 1950 , Rev .Cri 1951 , P.510 note Loussouarn (Y.).

(٣) وعلى خلاف ذلك الحكم ، قضى حكم كامبل جونستون Campbell-Johnston بإسناد الهبة بين الزوجين لقانون آثار الزواج ولم يعط دوراً للإرادة. راجع حكم:

27 Juin 1988 , Rev-
ere 3 Avril 1990.

ويختلف الحكم فى القانون الألمانى والقانون الأسبانى ، اللذين نصاً حديثاً على مكنة الزوجين فى اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج فتقضى المادة ١٤ من القانون الدولى الخاص الألمانى بخضوع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة وإلا فلقانون الموطن المشترك للزوجين ، وفى حالة تمتع أحد الزوجين بأكثر من جنسية ، فللزوجين اختيار أحد هذه القوانين شريطة أن يكون هذا القانون هو القانون الوطنى للطرف الآخر ، أى أنه يطبق قانون الجنسية المشتركة سواء أكانت هى الجنسية الفعلية من عدمه[١] إذ يجوز للزوجين اختيار قانون الجنسية الأقل فعالية ، طالما كانت هى ذات الجنسية التى يحملها الزوج الآخر. ولاريب أن منح الزوجين مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج فى غياب الجنسية المشتركة والموطن المشترك لهما ، من شأنه أن يدعم الإسناد غير القوى ، بسبب عدم اشتراك الزوجين لا فى الجنسية ولا فى الموطن.

ويقضى القانون الدولى الخاص الأسبانى المعدل الصادر سنة ١٩٩٠م[٢] بخضوع آثار الزواج للقانون الوطنى المشترك للزوجين ، وفى غياب

---

[١] ويعد ذلك استثناء على القاعدة العامة التى تقضى بأنه عندما تتعدد جنسيات الشخص يتعين الاعتداد بالجنسية الفعلية لهذا الشخص ، وهى الجنسية التى يرتبط بها بروابط وثيقة أكثر من غيرها "راجع فى ذلك د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، د.أحمد قسمت الجداوى ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول فى الجنسية ، دار النهضة العربية ١٩٩٧م ، صـ٢٢٦ وما بعدها.

[٢] انظر:

- 1991 , P.628.

الجنسية المشتركة يسمح للزوجين بإخضاع آثار الزواج للقانون الوطنى لأحدهما ، أو لقانون الإقامة المعتادة لأحد الزوجين دون تطلب شروط خاصة ، ويتعين أن يكون هذا الاختيار موثقاً ، وهو ما يعطى دوراً للإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج فى غياب الجنسية المشتركة للزوجين.

وفى دورة انعقاده بالقاهرة سنة ١٩٨٧م بشأن ازدواجية معايير الجنسية والموطن فى القانون الدولى الخاص[١] اقترح مجمع القانون الدولى تقرير حق الزوجين- فى مجال آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى - فى اختيار القانون الوطنى المشترك للزوجين أو قانون موطنهما المشترك إذا وقع هذا الموطن فى دولة أخرى.

ويتبين لنا أن مجمع القانون الدولى قد أقر بدور محدود للإرادة فى مجال آثار الزواج ، لحسم التنازع بين الجنسية والموطن ، إذ يجب تجنب التطبيق المطلق لأحد المعيارين إذا فقد الزوجان كل صلة بدولتهما الوطنية.

وذهب رأى[٢] إلى تقرير حق اختيار القانون الواجب التطبيق إذا كان الزوجان يحملان جنسية مشتركة ، ويقع موطنهما فى دولة أخرى ، كما اضاف رأى آخر[٣] إلى ذلك حق الاختيار عند اختلاف الزوجين فى الجنسية

---

[١] راجع:

Annuaire de l, institut de droit international 1987.

[٢] انظر:

[٣] انظر:

والموطـــن ، ومن ثم يكون للزوجين مختلفى الجنسية والموطن اختيار القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

ويجـــوز اختـــيار القـــانون الواجـــب التطبـــيق عـــلى الهبات بين الـــزوجين كأثـــر مـــن آثار الزواج ، وكذا الطلاق ، لتطور دور الإرادة فى مجـــال القـــانون الداخـــلى ، إذ قـــد يحدث الطلاق بالرضا المتبادل بين الزوجين[1].

ويلعـــب الاختـــيار دوراً ملموســـاً إذا كانـــت القوانـــين المرتبطة بالعلاقـــة فى ذات القـــوة ، فـــيكون للزوجين اختيار تطبيق أحدها ، وإذا اخـــتارا قانونـــاً معيـــناً يتضمن نصوصاً غير عادلة ، يمكن استبعاده باسم النظام العام.

خلاصـــة القول ، أنه فيما يتعلق بآثار الزواج ، يكون للزوجين حق اختـــيار القـــانون الواجب التطبيق عليها وقت إبرام الزواج ، طبقاً لقوانين بعـــض الدول الأجنبية كالقانون الألمانى والقانون الأسبانى ، ولا يجوز تغيير القانون المختار إلا إذا تغيرت الظروف أى تغير ضابط الإسناد بمرور الوقت.

ونلاحـــظ أنـــه فـــيما يـــتعلق بـــالقوانين المرشحة للاختيار والتى ترتـــبط بالعلاقـــة ، تعتـــبر ذات صـــفة فى التطبيق على قدم المساواة فيما بيـــنها ، وتقـــوم الإرادة بترجـــيح أحدهـــا عـــلى الآخـــر. ففـــى حالـــة إقامـــة الـــزوجين إقامـــة معـــتادة فى دولـــة أخرى بخلاف الدولة

---

[1] راجع:

Carlier (J.Y
Bruxelles 1991 , P.135 et s.

التى يحملان جنسيتها ، يقود اختيارهما لقانون جنسيتهما أو قانون محل إقامتهما المعتادة إلى حسم التنازع بين ضابطى الجنسية والموطن[١].

ولا ريب أن تقرير حق الاختيار يقود إلى تخفيف الجمود الذى يعترى قاعدة التنازع التقليدية ، إذ يسمح الاختيار بتحقيق الملاءمة بين العلاقة القانونية والقانون المختار إذ تلعب الإرادة دور الشرط الاستثنائى الذى يسمح بالتدخل لاستبعاد قاعدة التنازع الجامدة[٢].

ولذا نعتبر أن حق الأطراف فى الاختيار يعتبر شرطاً استثنائياً Une clause d, exception وهو ما يقود إلى تحقيق الأمن القانونى ، فعلى سبيل المثال ، إذا أراد زوجان الطلاق أمام محكمة محل إقامتهما ، فلهما اختيار قانون هذه المحكمة التى لا يجوز لها تطبيق قانونهما الوطنى المشترك إذا كان مخالفاً للنظام العام.

وأخيراً نرى أنه إذا كانت مسائل آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى تخضع كقاعدة عامة لقانون الزوجين الوطنى المشترك ، فللزوجين وقت إبرام الزواج الحق فى إخضاع هذه المسائل لقانون محل الإقامة المشتركة

---

[١] يعرف الموطن فى المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، راجع فى ركنى الموطن ، د.أحمد مسلم ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول فى الجنسية ومركز الأجانب ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٦م ، صـ٢٧٩.

[٢] راجع فى ذلك تفصيلاً:

1986.

المعتادة ، كما يكون للزوجين حق اختيار القانون واجب التطبيق إذا لم يكن لهمـــا لا جنسية مشتركة ولا محل إقامة مشترك ، وينحصر الاختيار فى هذه القوانين المرتبطة بالعلاقة.

المبحث الثانى

اختيار قانون فى مجال الأنظمة المالية

يقصد بالنظام المالى مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية ، التى تبين حقوق وواجبات الزوجين من حيث ملكية الأموال وإيراداتها والانتفاع بها ، ومن حيث الديون الثابتة قبل الزواج واثنائه وبعد انحلاله ، وتسوية حقوق كلا الزوجين بعد انقضاء رابطة الزوجية[١] ففى فرنسا لا يجمع الزواج بين رجل وامرأة فحسب ، ولكن يجمع أيضاً بين أموالهما[٢] فإذا صدر حكم بالتطليق ، تعين فض الشركة المالية بين الزوجين وتصفيتها بأثر رجعى من تاريخ طلب التطليق. وفى الدول الإسلامية التى تطبق الشريعة الإسلامية الغراء ، يرتب عقد الزواج آثاراً شخصية بين الزوج والزوجة ، وآثاراً مالية تتمثل فى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته وأولاده ، ويجعل لكل زوج على حدة ذمته المالية المستقلة عن الزوج الآخر. وقد اعتبر المشرع المصرى نظام الأموال بين الزوجين من الأحوال الشخصية ، كما فعل المشرع الإيطالى ، خلافاً للقانون الفرنسى الذى يلحق نظام الأموال بين الزوجين بنظام العقود. ويخضعه لقانون إرادة المتعاقدين[٣] ويخضع القانون المصرى النظام المالى بين

---

(١) انظر فى ذلك أطروحة د.ياسر عبد العزيز هنا ، القانون الواجب التطبيق على انقضاء عقد الزواج ، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الدولى الخاص، التى نوقشت بكلية حقوق الزقازيق سنة ٢٠٠٢م ، صـ٢٤٣ ، ٢٤٤.

(٢) انظر د.عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، صـ ٣٠٠.

(٣) انظر د.محمد كمال فهمى ، اصول القانون الدولى الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ١٩٩٢ ، صـ٥٤٥.

الزوجين لقانون جنسية الزوج وقت الزواج (م١/١٣) ولا يرتب على تغيير الزوج جنسيته أى أثر على القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ، ومن ثم يعتبر المشرع المصرى قد اعتنق مبدأ ثبات نظام الزوجية[١] غير أنه أتى باستثناء فى المادة ١٤ من القانون المدنى المصرى يتضمن تطبيق القانون المصرى على آثار الزواج إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المصرى لم يعرف النظام المالى بتاتاً[٢] ويسرى القانون الواجب التطبيق على شكل مشارطة الزواج التى تعتبر صحيحة إذا أبرمت فى الشكل الذى يتطلبه قانون محل إبرامها ، عملاً بالمادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى. ويسرى الحكم السابق إذا كانت مصر محلاً لأموال الزوجين ، أما إذا شملت عقارات واقعة بالخارج، فلا تسرى مشارطات الزواج المعقودة طبقاً لقانون أجنبى على العقارات الواقعة فى دولة أخرى. إلا إذا استوفت الشكل الذى يتطلبه قانون موقع العقار[٣] وهو ما بينته مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى عندما قررت "أن ولاية القانون الشخصى للزوج فيما يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين لا تخل باختصاص القانون المصرى بوصفه قانوناً لموقع الأموال" وبمفهوم المخالفة ، إذا كان القانون المصرى واجب التطبيق على النظام المالى بين الزوجين ، فيجب الأخذ فى الاعتبار القوانين الأجنبية التى تقع بها العقارات التى يملكها الزوجان.

---

(١) د.محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، صـ٥٤٦.

(٢) انظر د.جابر جاد عبد الرحمن ،تنازع القوانين ،دار النهضة العربية ١٩٧٠م ، صـ٣٢٩.

(٣) انظر د.جابر جاد ، المرجع السابق ، صـ٣٣٠.

ويتبين لنا مما سبق أن المشرع المصرى لم يضع تنظيماً للنظام المالى بين الزوجين ، كل ما هنالك أنه اعتبره من آثار الزواج التى تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، وإذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج طبق القانون المصرى. أما المشرع الفرنسى فقد اعتبر النظام المالى بين الزوجين نظاماً تعاقدياً ، ولا يعتبر من آثار الزواج بأى حال ، ومن ثم فقد أطلق العنان لإرادة الزوجين فى تحديد وتنظيم النظام المالى لهما ، أى الحقوق والالتزامات المالية المتبادلة بينهما ونعرض فيما يلى للاعتراف بالإرادة طبقاً لاتفاقية لاهاى ثم موقف بعض القوانين الوطنية من الاعتراف بالإرادة فى مسألة النظام المالى بين الزوجين.

المطلب الأول

اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية

تعتبر الأنظمة المالية أرضاً خصبة للإرادة فى مجال اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية الموقعة فى ١٤ مارس سنة ١٩٧٨م ، إذ تقضى المادة الثالثة منها بأنه "يخضع النظام المالى للزوجين للقانون الذى اختاره الزوجان قبل الزواج ، ولا يجوز لهما إلا اختيار قانون الدولة التى يحمل أحد الزوجين جنسيتها أو قانون الدولة التى يقيم فيها أحد الزوجين إقامة عادية ، ويطبق القانون المختار على كافة الأموال ، ويجوز أيضاً -فيما يتعلق بالعقارات- أن يحدد الزوجان قانون موقع هذه العقارات ، وهو ما يعد أمراً غريباً ، ذلك أن قانون موقع العقار قد يتضمن قواعد آمرة، ومن النادر أن توافق الدولة محل العقار على تطبيق قانون الإرادة رغماً عنها. ويجوز للزوجين اثناء الزواج إخضاع النظام المالى لقانون داخلى خلافاً

للقـــانون الأول ، أى يجـــوز لهما تغيير القانون الواجب التطبيق على النظام المالى بينهما شريطة أن ينحصر الاختيار فى أحد القوانين الثلاثة سالفة البيان ، وهـــى قانون جنسية أحد الزوجين ، وقانون محل إقامة أحد الزوجين أو قـــانون موقع العقار (م٦) ويظل القانون المختار مطبقاً إذا لم يختر الزوجان قانونـــاً آخر ، حتى ولو غيرا الجنسية أو محل الإقامة العادية. (م١/٧) ويتعين أن يـــتم تحديـــد القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح أو نص من نصوص عقد الزواج (م١١). وهو ما يعنى استبعاد الإرادة الضمنية ، فإذا لم يوجد شرط اختيار صريح ، يطبق قانون محل الإقامة العادية للزوجين[١].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية تشكل القانون الوضعى للأزواج –فى فرنســـا والدول المصدقة عليها– بعد دخولها حيز التنفيذ ابتداء من أول ســـبتمبر ســـنة ١٩٩٢م ، ويجوز لمن تزوجوا قبل هذا التاريخ اختيار تطبيق أحكامها ، وذلك بتغيير القانون الواجب التطبيق على نظامهم المالى[٢].

المطلب الثانى

موقف بعض القوانين الوطنية

من الاعتراف بالإرادة بشأن الأنظمة المالية

أعطـــت بعـــض الـــدول الأوروبـــية لإرادة الزوجين دوراً كبيراً فى اختـــيار القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية بين الأزواج. ونعرض

---

[١] انظر فى ذلك:

Droz (G.) "Rev. Cri. 1992 , p. 670.

[٢] راجع:

Droz , "Rev. cri. 1992 , P.643.

لموقـــف القضاء الفرنسى نتبعه بأحكام القانون الألمانى والقانون السويسرى تباعاً.

أولاً موقف القضاء الفرنسى:

طـــبق القضـــاء الفرنســـى فى الـــبداية نظرية التركيز التى نادى بها الفقـــيه باتـــيفول Batiffol [1] بالبحـــث عـــن المكان الذى ركز فيه

---

[1] إذ ينـــتقد باتـــيفول مـــبدأ سلطان الإرادة الذى يعطيها دوراً مباشراً فى اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ، ونادى بضرورة التركيز الموضوعى الذى يســـتند علـــى إرادة الأطراف ، ويعطيها دوراً كبيراً ، إذ تقوم هذه الإرادة بتحقيق عناصر مادية واقعية تسمح بتركيز العقد فى مكان معين وإسناد حكمه لقانون ذلك المكـــان. وتـــتعارض هـــذه الإرادة ذات الطابع التركيزى مع الإرادة ذات الطابع الاختيارى ، التى تكمن فى الاختيار المباشر للقانون.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية التركيز الموضوعى إذا كان طبقها حكم Fourrures Renel " انظر:

Civ. 6 Juillet 1959 , Rev . cri. 1959 , P.708. N. Batiffol."

فقـــد خففـــت بعـــد ذلك من قبل الأستاذ باتيفول والقضاء ، ولم يعد هناك اختلاف حقيقى بين نظرية التركيز ومبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن هذه الإرادة تلعب دوراً رئيسياً. وقد حكم القضاء بعد ذلك ، بأنه عندما يختار أطراف العقد قانوناً صراحة يتعين تطبيقه وإلا يتعين تركيز العلاقة وإسنادها لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بها. وهـــو ما أقرته اتفاقية روما الموقعة فى ١٩ يونية ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إذ تقضى المادة الثالثة منها على أن العقد يكون منظماً بقانون الدولة الذى يختاره الأطراف ، ويتعين أن يكون الاختيار صريحاً أو ناجماً بصفة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال.

انظر أطروحتنا للدكتوراه بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقود المشروعات المشـــتركة ، الـــتى نوقشت بكلية حقوق الزقازيق سنة ١٩٩٨م ، صـــ ٢٤٠ وما بعدها.

الـــزوجان مصـــالحهما المالـــية[١] وقـــد وضع قرينة تقضى بأن يكون هذا المكـــان هـــو الموطـــن العائـــلى ، وقد يسند النظام المالى مباشرة لقانون مركـــز المصـــالح[٢]. وهـــناك أحكـــام قضائية أقرت بدور الإرادة بشأن الـــنظام المـــالى فى ظـــل قانون يعترف بنظام تعدد الزوجات ، مثل حكم المحكمـــة الابتدائـــية بـــباريس الصـــادر فى ٢٦ فبراير ١٩٨٦م[٣] والذى تـــدور وقائعـــه حـــول ســـورى تـــزوج من فرنسية ، ولم يحددا الموطن العائـــلى ، وعاشـــا فى فرنســـا بضـــع سنوات بعد الزواج ، وامتد نشاط الـــزوج إلى عـــدة دول عربـــية ، وتزوج من زوجتين أخريين. وأثناء سير الإجـــراءات كـــان قـــد توطن فى المملكة العربية السعودية وظلت الزوجة متوطـــنة بفرنســـا. ولم تـــرجع المحكمـــة إلى الموطن العائلى ، وبحثت عن الـــنظام الـــذى تبـــناه الـــزوجان بإرادتهمـــا المشتركة ، وانتهت إلى أن الـــزواج ينـــتمى لـــنظام تعـــدد الزوجات ، ويعد ذلك إشارة إلى إرادة الـــزوجين فى الخضـــوع للقـــانون الســـورى الذى يمنح الزوجة الحق فى الحصول على نفقة زوجية.

ويتـــبين لـــنا مـــن هذا الحكم ، أن المحكمة أخذت بإرادة الزوجين الضـــمنية فى الخضـــوع للقانون السورى ، وأن الإرادة لعبت دوراً هاماً فى استبعاد تطبيق القانون الفرنسى الذى اتصلت به العلاقة.

---

[١] راجع:
Wiederkehre (G.) "Les conflits de lois en matiere de régime matrimonial , Bib-DIP 1967 , P.157 et s.

[٢] انظر المرجع السابق ، صـــ١٦٦.

[٣] انظر حكم:
26 Fev. 1986 , Clunet 1988 , P.420 note wiederkehre.

وفى حكـــم آخـــر ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ بذات الـــنظر ، واعترفت بأن الإرادة تلعب دوراً جوهرياً لتحديد النظام المالى بين الزوجين اللذين تزوجا فى المغرب ، وأخضعا الزواج للنظام النافذ فى القانون المغربى[١].

وخلافـــاً لمـــا ذهبت إليه محكمة الاستئناف بتطبيق القانون الفرنسى اســـتناداً إلى وقـــوع الموطن العائلى فى فرنسا وأن الزوجين اكتسبا الجنسية الفرنســـية ، رأت محكمة النقض الفرنسية أن محكمة الاستئناف لم تأخذ فى الاعتـــبار نظـــام الزواج المغربى ، وأقرت الاختيار الصريح للزوجين لنظامى الخطبة والزواج المغربيين.

وتلعـــب إرادة الـــزوجين دوراً هامـــاً فى تغيير النظام المالى بينهما ، وهـــو مـــا أكـــده القضاء الحديث ، خصوصاً فى حكم لمحكمة الاستئناف صـــادر فى ٥ يولـــيو ١٩٩٠م[٢] الـــذى اعـــترف بدور كبير للإرادة فى مجـــال تغـــيير الـــنظام المـــالى. وتـــدور وقائع هذه القضية فى أن زوجين رومانـــيين ســـافرا إلى فرنســـا وأقاما فيها إقامة عادية ، ثم اكتسبا الجنسية الفرنســـية ، وهـــو مـــا يشـــير إلى إرادتهمـــا فى تغـــيير القانون الواجب التطبيق على النظام المالى.

---

[١] انظر حكم:

Civ. lere 6 Juillet 1988 , Rev. Cri. 1989 , P.360 note Khairallah.

[٢] راجع الحكم فى:

Recueil Dalloz . siry, 1990 , I.R, P.219.

وقررت محكمة النقض الفرنسية أن تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالى بين الزوجين ، يجب أن يتم وقت الزواج ، ولكن يتعين الأخذ فى الاعتبار الظروف الطارئة وتغيير الزوجين للنظام المالى بينهما. إذ يجوز للزوجين اختيار الخضوع للنظام القانونى النافذ فى دولة موطن الزوج. ولم تسند المحكمة النظام المالى بصفة أساسية لقانون موطن الزوجين ، واعتبرته مجرد قانون مرشح من بين القوانين التى يجوز تطبيقها على النظام المالى.

ويرجع منح إرادة الزوجين دوراً كبيراً فى تحديد القانون الذى يحكم النظام المالى لهما ، إلى عدم كفاية قاعدة التنازع النافذة ، والتى تتسم بالجمود ، وقد تشير إلى تطبيق قانون يخل بالتوقع واليقين القانونيين[1]. ونرى أن الإرادة لا يجب أن تلعب سوى دور استثنائى ، إذ يطبق نظام الإسناد الموضوعى أولاً فإذا قاد إلى نتائج غير مقبولة ، يتعين أن تحدث الإرادة أثرها.

ثانياً–أحكام القانون الألمانى:

ينص القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٨٦م فى المادة ١٥ منه على أن "النظام المالى للزوجين يكون محكوماً بالقانون المختص بتنظيم آثار الزواج ،

---

[1] ويذهب رأى إلى أن "مهمة القانون الدولى الخاص هى تفادى الظلم الذى قد يحيق بالأفراد من جراء تطبيق قانون غير متوقع منهم أو غير معلوم لديهم". انظر فى ذلك ، أستاذنا الدكتور ، أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة" بحث منشور فى المجلة القانونية الاقتصادية التى تصدرها كلية حقوق الزقازيق ، العدد الأول ، سنة ١٩٨٦ ، صـ١٠٩.

إلا إذا كان هناك اختيار للقانون الوطنى لأحد الزوجين أو قانون محل إقامته العاديـــة ، أو قـــانون موقع العقار. ولا يخضع هذا الاختيار لأية شروط ، ويمكن تقريره فى أية لحظة. ويتبين من ذلك أن القانون الألمانى يعترف بدور كبير للإرادة ، ويعطيها الأولوية عن قواعد الإسناد الموضوعى.

وللزوجين دائماً اختيار القانون الذى يحكم النظام المالى لهما ، استثناء عـــلى قـــانون آثـــار الزواج ، ويمتد الاختيار إلى كافة القوانين التى ترتبط بالعلاقة، بما فيها قانون موقع المال[1].

ويتعاظم دور الإرادة فى حالة عدم تمتع الزوجين لا بموطن مشترك ولا جنســـية مشتركة ، إذ يجوز لهما اختيار قانون أحدهما ، وكذلك الحال إذا كان للزوجين موطن مشترك ولا يحملان جنسية مشتركة.

وقـــد قصر نص المادة ١٥ -سالف الإشارة- الاختيار على القانون الوطـــنى لأحد الزوجين أو قانون محل الإقامة المعتادة لأحدهما. و لم يتضمن حالة اشتراك الزوجين فى الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة المعتادة. ونرى أنه إذا اتحـــدت جنسية الزوجين أو اتحدا فى الموطن ، لم يعد لهما حق الاختيار ومن ثم يطبق موضوعياً القانون الذى يسرى على آثار الزواج والذى نصت علـــيه المـــادة ١٤ . أما إذا اختلف موطن الزوجين المشترك عن جنسيتهما المشتركة ، يجوز لهما اختيار أحد هذين القانونين. فالزوجان اللذان يحملان جنسية واحدة ، يمكنهما إخضاع نظامهما المالى لقانون موطنهما المشترك أو قانون محل إقامتهما العادية المشتركة. وكذلك الحال إذا اختلفت جنسيتاهما

---

[1] راجع:

Vignal (T.) "Op. Cit , P.224.

، وهو ما يبرز دور إرادة الزوجين ، إذ يسمح لهما بتنظيم أموالهما بالطريقة التى يرغبانها.

ثالثاً–أحكام القانون السويسرى:

سار القانون السويسرى الجديد على ذات الدرب الذى اسسه القانون الألمانى سالف الإشارة ، إذ نص فى المادة ٥٢ منه على أن النظام المالى يكون محكوماً بالقانون المختار من قبل الزوجين ، ويكون الاختيار قاصراً على قانون موطنهما الحالى أو المستقبلى[١] أو القانون الوطنى لأحدهما ، وفى حالة غياب الاختيار ، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشترك وإلا يطبق القانون الوطنى المشترك أو يطبق النظام السويسرى الذى يقضى بانفصال أموال الزوج عن الزوجة. وإذا اختلفت جنسية كلا الزوجين ، واشتركا فى موطن واحد ، يمكنهما اختيار قانون من بين هذه القوانين الثلاثة ، إما قانون جنسية أحدهما أو الآخر أو قانون موطنهما المشترك. وإذا حمل الزوجان جنسية واحدة وتوطنا فى دولة أخرى ، يمكنهما اختيار قانون هذا الموطن (م٥٢).

وأخيراً عندما يختلف الزوجان فى الجنسية والموطن ، يجوز لهما اختيار أحد القوانين الوطنية لكليهما ، بموجب شرط فى عقد الزواج[٢] وجدير بالذكر أن القانون السويسرى قد تطلب أن يكون الاتفاق على اختيار

---

[١] وهو ما اعترفت به المادة ٣/٣ من اتفاقية لاهاى المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية سالفة الإشارة.

[٢] انظر:

Von Overbeck (A.E) "Le nouveau droit international privé suisse des régimes matrimoniaux et des successions" Journées d, etude lausanne, 1987 , P.59 et s.

القـــانون مكتوباً ، أو يستخلص من نصوص العقد بصفة مؤكدة ، ويخضع للقانون المختار (م٥٣). كما يجوز تعديل الاختيار فى أى وقت ، وإذا تم فى تاريخ لاحق على إشهار الزواج ، يمتد اثره إلى تاريخ الزواج أى يعتبر ذا اثر رجعى إلا إذا كان هناك اتفاق يخالف ذلك.

وتقضـــى المادة (٥٥) بأنه فى حالة تغيير موطن الزوجين بالانتقال إلى دولة أخرى ، يكون قانون هذه الدولة واجب التطبيق بأثر رجعى ، ويجوز للزوجين استبعاد هذا الأثر باتفاق صريح ، ويظل تغيير الموطن دون أثر على القـــانون الواجب التطبيق عندما يتفق الزوجان صراحة على ثبات واستمرار القانون المختار سلفاً.

وتجـــدر الإشـــارة إلى أنـــه يـــتعين تطبيق نظام الإسناد الأساسى ، الـــذى يقضـــى بتطبـــيق قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك إذا لم يـــتفق الـــزوجان عـــلى القـــانون الواجب التطبيق على النظام المالى لهمـــا. أمـــا فى حالـــة الاختـــيار يـــتعين إعمـــال دور الإرادة حتى ولو خالفـــت نظـــام الإســـناد الرئيسى ، ولكن بالشروط التى يتطلبها القانون ، فـــإذا اقتصـــر عـــلى تحديد قوانين معينة ، يتعين الاختيار من بينها وإلا كـــان الاختـــيار غـــير ذى أثـــر. فيجـــب عـــلى الزوجين اختيار قانون الموطـــن المشـــترك ، أو الإقامـــة المشـــتركة المعـــتادة إذا كان مختلفاً عن قـــانون الجنســـية ، وذلـــك لتخفيف جمود قاعدة الإسناد ، خصوصاً أن اختـــيار تلـــك القوانـــين يحقـــق توافقاً وانسجاماً مع القانون الذى يحكم آثـــار الـــزواج. إذ يجـــوز للـــزوجين اختيار قانون الموطن المشترك أو محل

الإقامة المشتركة. فتوحيد النظام القانونى ، يكون ملائماً فى الدول الإسلامية التى تأخذ بمفهوم واسع للأحوال الشخصية[١].

وفى حالة وجود زوجين يحملان جنسيتين مختلفتين ، يمكن بصفة أصلية تطبيق قانون الموطن المشترك أو محل الإقامة العادية المشتركة ، ومع ذلك يجوز لهما اختيار أحد القوانين النافذة فى دولتيهما. ولا يجوز الادعاء برفض الاختيار فى هذا الصدد استناداً إلى الأسباب التى قادت إلى رفض هذا الاختيار بصدد آثار الزواج.

وفيما يتعلق بالزوجين اللذين ليس لهما لا جنسية مشتركة ولا موطن مشترك أو إقامة عادية مشتركة ، يتعين عليهما اختيار أحد القوانين الوطنية لأيهما أو قانون موطن أحدهما ، ويصبح الاختيار بمثابة الإسناد الرئيسى الذى يقود إلى تحقيق التناسق والانسجام.

أما اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على النظام المالى للأزواج ، والتى دخلت حيز التنفيذ فى فرنسا فى أول سبتمبر سنة ١٩٩٢م ، فقد نصت على الاختيار بصفة أساسية ، وفى حالة عدم وجود اختيار ، تسند النظام المالى لقانون محل الإقامة المعتادة المشتركة[٢].

---

[١] انظر فى هذا المعنى:

GANNAGE (P.) "la penetration de l, autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille , Rev. Cri. 1992, P.453 et s.

[٢] انظر:

Actes et documents de la 12e session de la conference , 1976.

ويبدو لنا أن الاتفاقية أعطت الأولوية لاختيار الزوجين ، ومن ثم فقد أعطت دوراً كبيراً للإرادة ، إذ يشمل الاختيار -كما أسلفنا- القوانين الوطنية للزوجين وقوانين محال الإقامة المشتركة أو قانون محل إقامة أحدهما ، ولا يعتد باختيار قانون محل الإقامة المشتركة إلا إذا تم اختياره وقت الزواج[١].

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أنه يتعين الأخذ بالإسناد الموضوعى لصالح القانون الوطنى المشترك للزوجين ، إذا كانا يحملان جنسية دولة واحدة ، تغليباً على الإرادة[٢].

ويثار تساؤل فى هذا الصدد يدور حول القانون الواجب التطبيق على اختيار الزوجين ووقت الاختيار وهو ما نعرض له فيما يلى:

١ -القانون الواجب التطبيق على اختيار القانون:

قد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالى للزوجين بموجب اتفاق خاص مستقل ، وقد يتم فى صورة شرط من شروط عقد الزواج ، فما هو القانون الذى يطبق على الاختيار لتبيان صحته من عدمه؟ تنص المادة ٥٢ من القانون السويسرى على أن اختيار القانون يكون منظماً بالقانون المختار".

---

(١) انظر:

Rapport von overbeck (AE) , P.357.

(٢) انظر فى ذلك:

Vignal (T.) Op. Cit , P.228.

ويتبين لنا أن هذا النص يشوبه الغموض ، ذلك أنه إذا اعتبرنا أن الاختيار يكون منظماً بالقانون المختار ، فيعنى هذا أن القاعدة حملت بين طياتها جذور فنائها إذا اشتُرط اعتراف القانون المختار بصحة الاختيار. ولذا ذهب البعض[١] إلى أن صحة موضوع الاختيار هى التى تنظم بالقانون المختار كصحة الرضا على سبيل المثال. أما صحة الاختيار لا يحكمها إلا القانون الذى يقرر مبدأ الاختيار ذاته وليس القانون الذى يكون موضوع الاختيار. وهو ما تأخذ به اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فى المادة ٣ / ٤ منها[٢].والتى تقرر أن صحة اختيار القانون الواجب التطبيق تنجم من الاتفاقية ذاتها[٣].

٢-وقت الاختيار:

يقرر القانون السويسرى والقانون الألمانى أن للزوجين الحق فى اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالى لهما فى أى وقت ، فيمكنهما اختيار القانون لحظة إبرام الزواج ، ويجوز لهما أيضاً اختياره فى أى وقت بعد الزواج ولكن يثار تساؤل حول مكنة الزوجين فى تغيير القانون المختار ، فهل يجوز لهما نقض الاختيار الأول باختيار قانون آخر؟

---

(١) انظر:

- Cabrillac (M.R) "L, acte Juridique conjonctif en droit privé Francais , LGDJ , 1991.
- Von Overbeck (A.E) "les régimes , matrimoniaux et les successions dans la nouvelle loi suisse" Journées d, etude , Cedidac, Lausanne , 1987 , P.63.

(٢) راجع أطروحتنا للدكتوراه سالفة الإشارة ، صـ٢٣٩ وما بعدها.

(٣) انظر:

Lagarde (P.) "Le nouveau droit international privé des contrats ...." Rev. Cri., P.305.

طبقاً للقانونيين سالفى الذكر ، يجوز للزوجين تغيير النظام المالى وكذا تغيير القانون الواجب التطبيق عليه[١]. فيجوز للزوجين اللذين يحملان جنسيتين مختلفتين ويتوطنا فى إقليم دولة ثالثة اختيار أحد قوانينهما الوطنية. فمثلاً إذا تزوج إيطالى من إنجليزية وتوطنا فى فرنسا ، فإن غياب الجنسية المشتركة يقود إلى تطبيق قانون الموطن المشترك الذى لا يتفق وأى من قوانينهما الوطنية. ويتعارض اختيار أى من هذه القوانين مع مبدأ ثبات الإسناد ، الذى يمكن أن يهدد مصالح الغير ، وهو السبب فى أن مختلف نصوص القوانين الوضعية فى ألمانيا وسويسرا وفرنسا ، نصت على أن علاقات الزوجين بالغير تكون محكومة بقانون موطن الزوج الذى تعاقد مع الغير لحظة إبرام هذا العقد[٢] مع عدم الأخذ فى الاعتبار الاختيار اللاحق الذى يحكم النظام المالى وهو ما يحد من حالات الغش نحو القانون.

وإذا كان الزوجان غير متفقين لا فى الجنسية وليس لهما موطن مشترك ، فيكون لهما حق اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه. وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضى أو القانون الذى يرتبط به النظام المالى بروابط أكثر وثوقاً.

إذاً يجوز للزوجين الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على النظام المالى لهما ، شريطة أن يستند الاختيار إلى قانون معين يعطيهما هذا الحق وليس القانون المختار ذاته كما سبق أن أوضحنا.

---

(١) انظر :

Droze (G.) "les regimes matrimoniaux en droit international privé" Op Cit P.133 et s.

(٢) المادة ٥٧ من القانون السويسرى سالف الإشارة.

ولكـــن هل يجوز للزوجين نقض الاختيار الأول باختيار قانون آخر بـــدلاً مـــن القانون المختار أولاً؟ تجدر الإشارة إلى أن مكنة نقض الاختيار أكـــثر خطـــورة من الاختيار اللاحق للقانون ، ذلك لأنه باختيار الزوجين قانونـــاً فى البداية تترتب آثار قانونية قد تمس حقوق الغير. ولذلك يتعين ألا يسمح للزوجين بنقض الاختيار الأول وتعديله إلا إذا كان مبنياً على اساس ضـــعيف ، فمـــثلاً يجوز نقض الاختيار الأول إذا اكتسب الزوجان جنسية مشـــتركة ، فـــيجوز لهما اختيار قانون هذه الجنسية ، تفضيلاً على القانون الأول الـــذى ينـــتمى لدولة أحد الزوجين دون الآخر. وكذلك الحال إذا اخـــتارا أحد قانونيهما الوطنيين واكتسبا موطناً مشتركاً ، يجوز لهما اختيار قـــانون هذا الموطن بدلاً من الاختيار الأول. ويجوز رفض الاعتراف بتعديل القـــانون المخـــتار إذا لم يوجد سبب معقول يدفع الزوجين لتغيير القانون الواجـــب التطبـــيق. فإذا لم يتغير مثلاً ضابط الإسناد ، فلا يجوز لهما نقض الاختيار الأول.

وتجـــدر الإشارة إلى أن اتفاقية لاهاى بصدد القانون الواجب التطبيق على النظام المالى بين الزوجين ، تسمح للزوجين باختيار قانون فى أى وقت خلافاً للقانون الأول ، أى تعترف بنقض الاختيار الأول باختيار قانون ثان، دون أيـــة قـــيود وهو ما يعد اطلاقاً لعنان إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على النظام المالى لهما[1].

---

[1] المـــادة السابعة من اتفاقية لاهاى بصدد القانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية بين الزوجين سالفة الإشارة.

وقـــد يقود هذا الاعتراف الواسع بتغيير القانون ، إلى تجنب القانون الذى يحكم النظام المالى عادة وتفضيل القانون المختار[٢] ، ذلك لأن إطلاق العنان للإرادة يعطى لها دوراً كبيراً فى التملص من القانون الأساسى فى أى وقت وهو مالا نؤيده.

ويمكن القول بأنه طبقاً للاتفاقية المذكورة،فإن حق الزوجين فى تغيير الاختيار يعد قاعدة مادية واجبة التطبيق فى الدول التى صدقت عليها.

وأخـــيراً نرى ضرورة منح الزوجين الحق فى اختيار القانون الواجب التطبـــيق عـــلى النظام المالى لهما شريطة أن يرتبط بالعلاقة برابطة معقولة ، ويكون للزوجين الحق فى نقض الاختيار الأول وتعديله إذا اقتضت الضرورة ذلك ، بأن تغير ضابط الإسناد ، كما إذا اتحدا فى الجنسية مثلاً أو توطنا فى دولـــة واحـــدة. فيجوز لهما تغيير الاختيار الأول باختيار قانون جنسيتهما المشـــتركة أو قـــانون موطنهما المشترك.ويتعين ألا يمس التغيير حقوق الغير الـــذى تعامل مع أحدهما بحسن نية. ويجب أن تكون الإرادة صريحة ،إذ لا يعتد بالإرادة المفترضة فى هذا الصدد. وأخيراً تعد مسائل الأنظمة المالية من المسائل التى تلعب فيها إرادة الزوجين دوراً كبيراً فى تنظيم أموالهما.

---

[٢] انظر فى ذلك:

Couchez (G.) "Essai de delimitation de la loi applicable au régime matrimonial" Bibl. DIP, 1971 , P.211.

المبحث الثالث

دور الإرادة فى مسائل التركات

لا ريب أن مفاهيم القانون الداخلى تؤثر مباشرة على قواعد التنازع فى كل دولة ، وتختلف الأنظمة القانونية فى حكم مسائل الميراث ، إذ تقرر بعضها انتقال التركة الفورى للورثة عقب وفاة المورث ، بينما يقرر البعض الآخر نظام إدارة التركة[١]. تحت الرقابة القضائية والذى يخضع لقانون القاضى. وبتحليل القانون المقارن يتبين لنا أن هناك بعض الدول ومنها مصر تخضع الميراث والوصية لقانون جنسية المتوفى وقت موته[٢] أما فى فرنسا فيخضع ميراث المنقول لقانون موطن المتوفى وقت موته ، أما ميراث العقار فيخضع لقانون موقع العقار[٣] ، فإذا كانت النظم القانونية الداخلية قد حددت قواعد التنازع واجبة التطبيق على الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. فهل تلعب الإرادة الفردية للمورث أو الموصى أو الواهب دوراً ملحوظاً فى هذه المسائل؟ يبدو

---

[١] تشمل إدارة التركة كل ما يحدث بين لحظة الوفاة ولحظة حصول الورثة والدائنين على حقوقهم ، وتشمل حصر أصول التركة وإدارتها وتصفية الديون والأعباء الخاصة بها وهى عملية معقدة وتتسم بالبيروقراطية انظر فى ذلك:
Loussouarn (Y.) "L, administration des successions en droit international privé" Clunet , 1970 P.251.

[٢] انظر المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.

[٣] انظر فى ذلك:
Audit ,(B.) "Droit international privé , Economica 1991 , P.688.

اختيار القانون ضرورياً بصفة مؤكدة لتحقيق التوقع للحلول وكذا اليقين القانونى للمورث[١] وإلا سينظم الميراث طبقاً لنظم مختلفة يطبقها القضاء المختص ، وهو السبب فى أن بعض الاتفاقيات الدولية وكذا النظم القانونية الوضعية أعطت المورث الحق فى إخضاع تركته لنظام قانونى معين ، يسمح له بإزالة كافة الشكوك التى تساوره فى مسألة الميراث[٢].

فهل يجوز لموصى أن يختار القانون الواجب التطبيق على تركته؟ ثار جدل محتدم فى هذه المسألة بين مؤيد ومعارض ، ففى القانون الدولى الخاص الفرنسى لا يعترف بدور فعال للإرادة ، ونص على إسناد التركة لقانون الموطن بصفة أساسية ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية[٣] فى قضية الأمريكى الذى توطن فى فرنسا وحاول إخضاع تركته للقانون الأمريكى ، بغرض حرمان ابنته غير الشرعية التى تحمل الجنسية الفرنسية من حقها فى الميراث. وأوصى بكل ماله إلى أشخاص يحملون الجنسية الأمريكية ، وقد حكمت المحكمة بتطبيق القانون الفرنسى ، وراعت حقوق الموصى لهم ، ولم تأخذ فى الاعتبار الاختيار الذى قام به المورث ، بأن طبقت قاعدة التنازع الفرنسية.

---

(١) انظر فى ذلك:
Lagarde (P.) "Le principe de proximité" RCADI 1986 , T. 196 , P.116.

(٢) انظر فى ذلك:
Goré marie , "L,administration des successions en droit international privé Francais , 1990 , P.268.

(٣) راجع حكم:
Civ-Iere , 22déc. 1970 , Rev . Crit. 1972, P.497 note Droz. G.A.L.

وفى حكـــم كـــارون Caron [١] فقد اختار الموصى تطبيق قانون الجزر الحديثة عن طريق خلق بعض الوقائع الشائكة ، وذلك لتمييز خادمته ومـــنحها مزايا أكثر من تلك التى يتضمنها القانون الفرنسى ، ومع ذلك لم تعـــتد المحكمة باختيار الموصى وطبقت القانون الفرنسى الذى كان واجب التطبيق على العقارات الكائنة بفرنسا. ويتبين لنا أن هذا الحكم رتب جزاءً على الغش نحو القانون فى مسائل التركات ، بأن أوصد الطريق أمام الإرادة .ذلـــك وإن كـــان تطبيق القانون المختار يقود إلى تحقيق التوقع إلا أن هذا الـــتوقع بات غير مشروع ، وذلك لمحاولة الموصى تغيير الظروف واختلاق وقـــائع جديـــدة. أضف إلى ما سبق أن القانون الفرنسى لم يترك للموصى حرية حقيقية إلا فى حدود عدم تضمن القانون الواجب التطبيق على الميراث نصوصاً آمرة[٢] ، [٣].

وعـــلى صـــعيد آخر فإن مجمع القانون الدولى L,institut du droit internaional فى دورة انعقـــاده بالقاهـــرة ، قد أوصى بمنح

---

[١] انظر حكم:

Civ. lere 20 Mars 1985 , Rev . Cri 1986 , P.66 note Y. Lequette.

[٢] انظر:

Gore Marie "Op Cit , P.269.

[٣] وقـــد استبعد اختيار القانون المطبق على مسائل الميراث فى أسبانيا "المرسوم بقانون الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٧٤م . انظر:

" Iglesias (J.L) "Le Nouveau systéme de régles de conflits du droit international privé Espagnol, Rev. Cri 1976 P.397 et s"

وكذلك استبعد الاختيار فى النمسا بموجب القانون الدولى الخاص الصادر فى ١٥ يونية ١٩٧٨م انظر:

"Rev. Cri, 1979, P.174 et s"

الموصى حق الاختيار من بين القانون الوطنى له وقانون موطنه فى محاولة منه للتوفيق بين نظامى الإسناد[١].

وقد أعطت اتفاقية لاهاى بشأن القانون الواجب التطبيق على التركات الموقعة فى أول أغسطس سنة ١٩٨٩م ، للإرادة دوراً متزايداً إذ أقرت هذه الاتفاقية مبدأ وحدة التركة Le principe d,unité de la succesion ونصت فى المادة ١/٥ على أن الشخص يمكنه تحديد قانون دولة محددة ليحكم تركته ولا يكون للاختيار أى أثر إلا إذا كان لصالح قانون جنسيته أو قانون الدولة محل إقامته العادية ، وفى غياب الاختيار ، تخضع التركة إلى قانون محل الإقامة العادية للمتوفى[٢] أما فى القوانين الوطنية ، فتلعب الإرادة دوراً بارزاً فى القانون المدنى الفرنسى فى مسائل الهبات ولا تتقيد إلا بحظر التعامل فى التركات المستقبلة واستبدال الموهوب له.

---

[١] انظر:

Annuaire de l, Institut du Droit International, le Caire , 1987 , Vol.62.T.I la dualité des principes de Nationalité et de domicile en droit international privé, Rapport définitif et projet de resoluton par loussouarn , P.295 et s et la note 45.

[٢] انظر فى ذلك:

Le texte de la convention in Rev-Cri- 1988 , P.807. Lagarde (P.) "La nouvelle convention de la Haye sur la loi applicable aux successions , Rev. Cri , 1989 , P.249 et s.

أمـــا القـــانون الـــدولى الخاص الأمريكى فقد أعطى لإرادة المورث دوراً فى اختـــيار القـــانون ، ومـــع ذلـــك تواجه حرية الإرادة فى الإيصاء بعـــض القـــيود. وقـــد تضـــمن قـــانون ولاية نيويورك لسنة ١٩٦٦م حـــرية الإيصـــاء (م١/٥/٣) والـــذى جعلـــه القضاء الأمريكى استثناء عـــلى تطبـــيق مـــبدأ إسناد الميراث لقانون آخر موطن للمتوفى، إذ تعترف الفقـــرة هـــــ مـــن المادة ١/٥/٣ للموصى غير المتوطن فى ولاية نيويورك بمكـــنة إخضـــاع أموالـــه الواقعـــة فى هذه الولاية لقانون ولاية نيويورك. وفى هـــذه الحالـــة فـــإن صـــحة الوصـــية التى تشمل أهلية الموصى وأثر الوصية تخضع للقانون المحلى لهذه الولاية[1].

ويـــثار تســـاؤل حـــول حـــرية الإيصـــاء فهـــل تسمح للموصى المـــتوطن فى فرنســـا مـــثلاً بـــتجاهل النصوص الآمرة فى القانون الفرنسى بإخضاع الوصية لقانون ولاية نيويورك؟

لاريـــب أن القـــانون الفرنســـى لا يقـــرر ذلك ولا يسمح بمخالفة نصوصـــه الآمـــرة. أمـــا من وجهة نظر القانون الأمريكى فإن الأمر يبدو غامضـــاً. لأن كـــل دولـــة تحـــدد نصـــاب الميراث ، ويقود الإفراط فى الوصـــية إلى تهديـــد الورثـــة بحـــرمانهم من الميراث الشرعى كلياً أو جزئياً ، ويواجـــه حـــرية الإيصـــاء أيضـــاً عقـــبة كئود تتمثل فى حماية الزوج الـــباقى عـــلى قـــيد الحياة. وتمنح جميع الولايات الأمريكية للزوج الباقى عـــلى قـــيد الحـــياة حمايـــة موضـــوعية ، تتمثل فى منح الزوج المذكور الخـــيار بـــين قـــبول الوصية أو تفضيل نصيبه الذى آل إليه شرعاً إذا كان

---

[1] انظر فى ذلك:

Goré Marie , Op- Cit , P.276.

أفضل له ، ونعرض فيما يلى لمدى فعالية اختيار القانون المتعارض مع حقوق الزوج الباقى على قيد الحياة من جهة وفعاليته فى مواجهة نصاب الورثة من جهة أخرى.

المطلب الأول

فعالية الاختيار الضار بحقوق الزوج

إن مسألة فعالية اختيار الموصى قانوناً يطبق على التركة يمس بحقوق زوجه الباقى على قيد الحياة التى يقرها قانون الموطن طرحت على محكمة استئناف نيويورك سنة ١٩٦٨م فى قضية " In Re Estat of Clark" [1] حيث كان الموصى متوطناً فى ولاية فيرجينيا ، واختار تطبيق قانون ولاية نيويورك –التى ترك فيها ثروة منقولة طائلة– على وصيته. وكانت الوصية صحيحة طبقاً لقانون ولاية نيويورك. ولكن اختيار الموصى أوقع غبناً فاحشاً على أرملته التى ادعت رفض الوصية وطلبت نصيبها من التركة المستحق لها دون ترك وصية، بمقتضى قانون ولاية فيرجينيا. ورفضت محكمة الاستئناف تغليب إرادة الموصى التى تضر بحقوق الأرملة والتى كانت محددة بقانون الموطن الأخير (بولاية فيرجينيا)

ويتبين لنا من هذا الحكم أنه وإن كان القانون الأمريكى يعترف بحرية الإرادة فى الإيصاء ، إلا أن هذه الإرادة مقيدة بعدم الإضرار بحقوق الغير ، فإذا اختار الموصى تطبيق قانون معين على

---

[1] انظر حكم:

Court of Appeals of New York , 1968 "In re Estate of Clark" in E.F scoles and R J Weintraub , cases and Materiales of conflict of laws , P.636 et s. J.P. confirméepar Down V.Morris , 31 App. Div , 2d 870, 297 N.Y.S. 2d 265 (1969).

وصيته للإضرار بحقوق زوجته الباقية على قيد الحياة ، فلا يعتد بهذا الاختيار ، لأن اختياره قانوناً آخر يظهر التحايل والغش نحو القانون الأصلى واجب التطبيق على الميراث ، وهو قانون آخر موطن للمتوفى. وكى يعاقب المرء بنقيض قصده. وأضافت المحكمة أن منح الموصى غير المتوطن بنيويورك حق اختيار قانون هذه الولاية لا يجوز أن يقود إلى حرمان زوجه من حقوقه[١].

المطلب الثانى

فعالية الاختيار الضار بحقوق الورثة

فيما يتعلق بفعالية اختيار القانون الذى يقود تطبيقه إلى الإضرار بحقوق الورثة أصحاب الفروض ، تعرضت لها محكمة استئناف نيويورك فى حكم In Re Estate of Ronard [٢] وتدور وقائع القضية حول فرنسية ولدت سنة ١٨٩٩م وأقامت فى نيويورك إقامة عادية سنة ١٩٤١م ، حيث حصلت على الجنسية الأمريكية سنة ١٩٦٥م ، وبعد سبع سنوات من عودتها إلى فرنسا سنة ١٩٧١م توفيت فيها ، وكان ابنها بالتبنى الذى حمل الجنسية الفرنسية والجنسية الأمريكية متوطناً فى كاليفورنيا ، وكانت قد أوصت له بشقة بباريس ، فضلاً عن وصيتها بثروة منقولة لمؤسسات خيرية تقع بولاية نيويورك. وكان قانون ولاية نيويورك هو القانون المختار صراحة لحكم صحة وتفسير الوصية وادعى الابن بتخفيض مقدار الوصية ، لمساسها بنصاب الميراث المنصوص عليه فى القانون الفرنسى كقانون آخر موطن للمتوفى ، وضرورة تغليب قاعدة التنازع التقليدية هذه. وقد رفضت

---

[١] فى سلطان الإرادة وحماية الطرف الضعيف انظر:
Patocchi , Op. cit , P.149.

[٢] انظر حكم:
"In re Estate of Renard" 437 N.Y.S 2d 860 (sur. Ct, N.Y. Co) , 444 N.Y.2d 106 (IST Dept. 1981) , P. Hezog , 34 Syracuse law Review , 1983 , P.150.

محكمة نيويورك طلب الابن وأعطت أثراً فعالاً لاختيار القانون النافذ فى ولاية نيويورك ، وقد أسست محكمة استئناف نيويورك حكمها على اعتبارين ، أولهما أنها أكدت تطبيق المادة ١/٥/٣ (هـ) من N.Y. Estates , Powers and trusts law ، وثانيها أنها رفضت الرجوع التلقائى لقاعدة التنازع.

ويتضح لنا أن المحكمة قد وازنت بين حرية الإيصاء من ناحية وحماية نصاب الورثة من ناحية أخرى طبقاً لقانون ولاية نيويورك والقانون الفرنسى. وقد ارتأت المحكمة أن هناك عدة إشارات تحدد قانون ولاية نيويورك ، ذلك أنه قانون جنسية الموصية ، وقانون محل إقامتها القديمة ، وقانون الإرادة الصريحة لها ، ومكان الأسهم التى امتلكتها. كما يقع موطن الابن فى كاليفورنيا. ويبدو أن هدف المحكمة تمثل فى تجنب جمود قاعدة التنازع التقليدية ، وضرورة وجود مرونة بصدد إعمال قاعدة الإسناد إلى قانون آخر موطن للمتوفى.

والخلاصة أنه بتحليل الأحكام التى أصدرها القضاء الأمريكى ، يتبين لنا أن الأحكام التى طبقت معيار اختيار القانون لم تطبقه بطريقة موحدة ، فعندما يهدف الاختيار إلى تجاوز نصاب الإرث تكون إرادة الموصى فعالة. أما إذا تضمن القانون المختار مساساً بحقوق الزوج الباقى على قيد الحياة ، يتم استبعاده وتطبيق النصوص الآمرة لقانون الميراث وهو قانون آخر موطن للمتوفى.

وإذا كنا قد عرضنا لدور الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على التركة فى القانون الأمريكى ، فقد اعترف القانون الدولى الخاص السويسرى بدور الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على الميراث. إذ يسمح لرعايا الدول الأنجلو ساسكونية المتوطنين فى سويسرا بإخضاع

تركاتهم لقانونهم الوطنى ، بسبب اختلاف مضمون ذلك القانون عن القانون السويسرى الذى ينظم التركة. ولا يجوز تطبيق تلك القاعدة على تركة متوفى يحمل جنسية دولة يقترب نظامها القانونى من النظام القانونى السويسرى فى مسائل التركات[١].

وبتعديل القانون الدولى الخاص السويسرى سنة ١٩٨٧م ، توسع هذا القانون فى حالات اختيار قانون التركة ، بأن مُنح حق الاختيار أيضاً للأجانب المتوطنين فى سويسرا وكذا السويسريون المتوطنون فى الخارج ، رغم أن إسناد الميراث يتم لصالح قانون الموطن بصفة اساسية[٢] ولا يتدخل اختيار القانون إلا لتصحيح الإسناد الأساسى.

فتعطى المادة ٢/٩٠ من القانون المذكور للأجانب المتوطنين فى سويسرا الحق فى إخضاع تركاتهم لقانونهم الوطنى ، ويجوز للسويسريين المتوطنين فى الخارج اختيار تطبيق قانونهم الوطنى أى القانون السويسرى (م ٢/٨٧)[٣].

ويبدو لنا أن الاختيار يتم دائماً لصالح القانون الوطنى دون سواه ، أى لا يجوز اختيار قانون آخر ، ويقود إلى تطبيق قانون واحد يحكم التركة بحذافيرها ، ويهدف إلى تحقيق الانسجام بين قانون الميراث والقانون الذى يحكم النظام المالى للزوجين.

---

[١] انظر فى ذلك:

Vignal (T.) Op. cit , P.242 –243.

[٢] المادة ١/٩٠ من القانون الدولى الخاص السويسرى.

[٣] انظر:

Overbeck (A.E) Rev. Cri. 1988, P.258.

كما أعطى القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٨٦م الشخص الذى يملك عقارات فى ألمانيا مكنة اختيار القانون الألمانى[١] ، رغم استبعاده دور الإرادة فى اختيار قانون الميراث كقاعدة عامة. ويرجع ذلك لملاءمة قانون موقع المال لحكمه ، واحترام حرية المورث.

وفى إيطاليا ، صدر أخيراً القانون الدولى الخاص الإيطالى الخاص بالأسرة والأنظمة المالية والتركات فى ٣١ مايو سنة ١٩٩٥م ، والذى أدخل حق المورث فى اختيار القانون الواجب التطبيق على تركته la professto-Juris (م٢/٤٦) وحصر حق الاختيار فى القانون الوطنى وقانون الدولة محل إقامة المورث ، ومن ثم فللمورث الإيطالى الحق فى إخضاع تركته إلى قانون دولته أو قانون الدولة التى يقيم بها[٢] وبهدف حماية الأسرة تقضى المادة ٢/٤٦ فى حالة التركة التى يخلفها الإيطالى، لا يجب أن يمس الاختيار بالحقوق التى يقررها القانون الإيطالى للورثة الشرعيين المقيمين بإيطاليا لحظة وفاة المورث[٣].

---

[١] المادة ٢/٢٥ من القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٨٦م.

[٢] وجدير بالذكر أن إيطاليا لم تنضم إلى اتفاقية لاهاى الصادرة فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٦١م التى تحدد عدة قوانين لاختيار المورث.

[٣] انظر فى ذلك:

Tito-Ballarino , "personnes , Famille , régimes matrimoniaux et successions dans la loi de reforme du droit international privé italien Rev. Cri-85 , Tan-Mars , 1996 , P.36.

الباب الثانى

اختيار الإرادة غير المباشر للقانون الواجب التطبيق

تقديم وتقسيم:

يكمن الاختيار غير المباشر للقانون فى تحقيق واقعة أو القيام بتصرف خاص ، يقود بما لا يدع مجالاً للشك إلى حل تنازع القوانين ، فمن قام بهذا التصرف فى شكل معين أو رفع دعواه إلى سلطة معينة ، يكون قد اختار القانون الواجب التطبيق بطريقة غير مباشرة. إذ تسعى الإرادة المعبر عنها بطريقة غير مباشرة دوماً إلى تحقيق هدف معين. وتختلف هذه الإرادة عن الاختيار الفورى للقانون الواجب التطبيق ، والذى يمكن أن يقود إلى عدم تركيز العلاقة المعنية ، ومن ثم إهدار الإسناد الموضوعى.

وقد تقود الإرادة غير المباشرة إلى تحقيق نتائج غير مشروعة من وجهة نظر بعض الدول ، وهو ما يحدث عندما يطلب مسلم تطليق زوجته أمام سلطات دولته الأصلية ، رغم توطنها فى إقليم دولة تحرم الطلاق ، وارتباطها بها. ومن ثم ينتج التصرف الإرادى آثار الشرط الاستثنائى فى مواجهة القانون الواجب التطبيق موضوعياً.

وقد تقود الإرادة غير المباشرة باعتبارها شرطاً استثنائياً إلى إسناد العلاقة إلى الدولة التى ترتبط بها بروابط اكثر وثوقاً. ففى قضية بسبال BISBAL استطاع زوجان إسبانيان متوطنان فى فرنسا الحصول على الطلاق فيها ، رغم أنه كان محظوراً بموجب القانون الإسبانى "قانونهما الوطنى" ويرجع ذلك إلى عدم تطبيق قاعدة التنازع الفرنسية مباشرة على النزاع. ويكشف ذلك أن

الإرادة غير المباشرة للزوجين تتفق والتركيز الحقيقى والحالى للعلاقة[١]. وتختلف الإرادة المباشرة مع الإرادة غير المباشرة فى أن الأولى ذات طبيعة فورية وحالية ، أما الثانية تتعلق بفعل معين ، إذ تقوم بتحقيق وقائع معينة ، أى تركيز العلاقة باختيار الوسط المعنى[٢]. وقد يتم الاختيار غير المباشر للقانون الواجب التطبيق عن طريق اختيار شكل معين يصب فيه التصرف وهو ما نعرض له فى الفصل الأول ، وقد يتم من خلال اختيار سلطة معينة وهو ما نخصص له الفصل الثانى.

---

(١) انظر فى ذلك:

Labrusse Riou (V.C) , "Les conflits de lois face au phénoméne de l, immigration étrangére" Trav. Com. Fr. de DIP , 1975, 77 , P.111.

(٢) انظر فى ذلك:

Batiffol (H.) "la volonté en droit international privé" Archives de philosophie du droit 1957 , P.71.

الفصل الأول

اختيار شكل محدد

لا ريب فى أن قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام Locus Regit Actum تتسم بالطابع الاختيارى أحياناً ، وهو ما يعنى أن الأطراف يمكنهم اختيار القانون الواجب التطبيق على الشكل. وغالباً ما يتبنى الأطراف شكلاً محدداً يستخلص منه القانون الواجب التطبيق. وإلا يطبق القاضى القانون الذى يقرر صحة التصرف من حيث الشكل[١] إذا ما تراءى له وجود عدة قوانين تحكم شكل التصرف[٢].

وثمة حالات كثيرة ، يعتبر اختيار الشكل فيها إشارة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التصرف. فاختيار شكل عرفى أو رسمى يسمح بمعرفة وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية على سبيل المثال. فضلاً عن أن اختيار شكل دينى معين قد يشير إلى تبيان ما إذا كان نظام الزواج ينتمى إلى الزواج الأحادى أو نظام تعدد الزوجات. فإذا تم اختيار شكل الزواج المسيحى الذى ينعقد فى الكنيسة على يد قسيس ، فيشير ذلك إلى أن هذا الزواج ينتمى إلى الزواج الأحادى ، أما إذا أبرم الزواج فى الشكل الدينى

---

(١) انظر فى ذلك:

Patocchi (P.M.) "Régles de rattachement localisatrices et régles de rattachement à caractére substantiel, Op. cit , P.39.

(٢) انظرر د.أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، بدون تاريخ نشر ، صـ ١١٦٢

الإسلامى فيعنى ذلك أنه يأخذ بنظام تعدد الزوجات[1]. ومن ثم يوحى اختيار الشكل باختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

ونعرض فيما يلى لاختيار الشكل وصحة التصرف فى مبحث أول ، واختيار الشكل وتأثيره على الموضوع فى مبحث ثان.

المبحث الأول

اختيار الشكل وصحة التصرف

قد تكون قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام إلزامية ، أى يترتب على عدم اتباع الإجراءات المقررة فى قانون محل الإبرام بطلان الشكل ، ومن ثم بطلان التصرف ، وقد تكون هذه القاعدة قاعدة اختيارية ، أى يكفى أن يكون التصرف القانونى صحيحاً طبقاً لعدة قوانين منها قانون جنسية الطرفين أو قانون موطنهما

---

[1] ولا ريب فى أننا نرى فى نظام تعدد الزوجات خير الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى فى المجتمع ، ذلك أنه إذا استحالت العشرة بين الرجل والمرأة فمن الخير أن ينفصلا ويبحث كل منهما عن شريك آخر لعله يجد السعادة معه ، أما الزواج الأحادى الذى لا يجيز الطلاق كقاعدة عامة ينجم عنه مشاكل عديدة ، إذ لا يستطيع الزوج تطليق زوجته حتى ولو كانت عاقراً أو مريضة أو تكره الحياة معه، وهذا يعد مدعاة للتصدع الأسرى وكثرة الجرائم خصوصاً الزنا ورغبة الانتقام بين كلا الزوجين ، ولذا نرى أن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت بأحكام فيها خير البشرية وسعادتها.

المشترك أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع[١] ونعرض فيما يلى الصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام والصفة الاختيارية لها.

المطلب الأول

الصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام

طبقا للقانون الدولى الخاص الفرنسى ، يعد الزواج هو المجال الوحيد الذى يعتبر قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام قاعدة ذات صفة آمرة[٢] وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكم زاجا Zagha الذى تدور وقائعه فى أن الزوجين زاجاسوريان يهوديان تزوجا فى إيطاليا طبقاً للشكل المقرر فى التوراة ، ولما طرحت مسألة صحة الزواج على محكمة النقض طبقت قواعد

---

[١] إذ تقضى المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى بأن "العقود ما بين الأحياء ، تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك".

[٢] كانت قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرام التصرف ذات طابع إلزامى طبقاً للقضاء الفرنسى القديم ، وفى نهاية القرن التاسع عشر بعد تقرير قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ، جرى القضاء الفرنسى على إخضاع العقد لقانون محل الإبرام إذا لم يختر أطرافه القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً أو قانون الجنسية المشتركة. وهو ما يبرز الطابع الاختيارى لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام "انظر د.هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٥م ، صـ٤١٦ ، ٤١.

الإسناد الإيطالية (قانون مكان إشهار الزواج) التى أحالت إلى تطبيق القانون الوطنى السورى والذى أخذ بالقانون الموسوى ، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت الإحالة من الدرجة الثانية. واعترفت بالصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام، وهو الحل الذى طبقته محكمة استئناف إكس إن بروفنس Aix-en-provence [1].

ويكشف لنا هذا الحكم أن عدم وجود أى رابطة بين النزاع وفرنسا ، يتفق والاهتمام بتأكيد صحة الزواج ، واحترام التوقعات المشروعة للزوجين. وهو ما قاد إلى عدم تطبيق قاعدة التنازع التى يتضمنها قانون القاضى ، وفرض احترام الشكل المقرر بمكان إشهار الزواج.

ويقضى القانون الدولى الخاص الألمانى الحديث فى المادة ٣/١٣ منه بأنه "لا يجوز شهر الزواج إلا فى الشكل المقرر فى القانون الألمانى" . وكذلك الحال فى القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر سنة ١٩٨٧م حيث قضت المادة ٣/٤٤ منه بأن "شكل إشهار الزواج فى سويسرا يكون منظماً بالقانون السويسرى". ونتبين من هذين النصين أن القانون الألمانى والقانون السويسرى قد أخذا بالصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام عندما يشهر الزواج فى إقليمهما.

---

[1] انظر حكم:

Civ-Iere 15 Juin 1982 . D. 1983 ,somm. P. 151 note Audit , Rev. Cri . 1983 P.300 note Bischoff, Aix en provence , Janv. 1981 Rev. Cri . 1982 , P.297.

ولم يـأخذا بالصفة الآمرة لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام عندما يشهر الزواج فى الخارج[١] إذ يحكم بقواعد إقليمية.

أمـا القـانون الفرنسى فيعتبر أن قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبـرام ذات صفة آمرة حتى ولو تم إشهار الزواج فى الخارج كما سبق أن أوضحنا.

كمـا تذهـب تشـريعات بعـض الـدول أيضاً إلى اعتبار قاعدة خضـوع شـكل الـزواج لقانون محل إبرامه ذات صفة ملزمة ، أى يجب إبـرام الـزواج طـبقاً للأشـكال المقـررة فى قـانون محل إبرامه دون الخضـوع لقـانون الجنسـية المشـتركة أو قـانون الموطن المشترك لكلا الـزوجين ، ومـن أمـثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا والدانمرك واليابان وبيرو[٢].

ومـع ذلـك ، فـإذا كـان الـزوجان أجنبيين ، فتقضى المادة ٣/١٣ مـن القـانون الألمـانى ، بحقهمـا فى إشـهار الزواج أمام الجهة المختصـة طـبقاً للشـكل المقـرر فى قانون الدولة التى يحملان جنسيتها. وهـو مـا يكشـف لـنا بجلاء عن الدور الجوهرى الذى يمكن أن تلعبه الإرادة فى اختـيار شـكل الـزواج ، ومـن ثم القانون الواجب التطبيق عـلى موضـوعه ، سـواء تم شـهر الـزواج فى الخارج أو تعلق الأمر بـزواج أجنبـيين ، ذلـك أن تبنى الزوجين شكلاً معيناً يبرز إرادتهما فى اختيار تطبيق قانون معين.

---

[١] انظر فى ذلك:
Legier G et Mestre (J.) Rev. Cri. 1982, P.306 – 307.

[٢] راجع د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، صـ٧٣٥.

المطلب الثانى

الطبيعة الاختيارية لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام

لاريب فى الاعتراف بالطبيعة الاختيارية لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام بصورة كبيرة فى مجال التصرفات القانونية[١] ، ونجد لزاماً علينا بحث هذه المسألة بصدد شكل الزواج والوصايا والهبات.

أولاً شكل الزواج:

تذهب تشريعات بعض الدول إلى إخضاع شكل الزواج لقانون محل إبرامه ، وترى أن هذه القاعدة ذات طابع اختيارى ، بمعنى أنه يجوز أن يخضع أيضاً لقوانين أخرى ، مثل القانون الذى يحكم موضوع الزواج أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك.

ويستقر الفقه المصرى على أن شكل الزواج يخضع لقانون الدولة محل الإبرام وهى قاعدة اختيارية ، بحيث يصح الزواج كذلك فى الشكل الذى يقرره قانون كل من الزوجين ، وفى الشكل القنصلى أو الدبلوماسى[٢].

---

[١] فى مجال العقود ، إذا اختار طرفا العقد قانوناً لحكمه ، يختص هذا القانون أيضاً بحكم الشكل ، وفى حالة عدم الاختيار يطبق قانون محل الإبرام أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع بصفة عامة . مما يقود بدوره إلى احترام التوقعات المشروعة للأطراف ، كما يقود إلى تقرير صحة العقد.

[٢] انظر فى ذلك ، د.عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، صـ٧٣٦.

ويرى الفقه الغالب أن نص المادة ٢٠ من القانون المدنى سالف الإشارة يتعين تطبيقه على أشكال التصرفات عامة ومنها شكل الزواج ، ومن ثم يكون الزواج صحيحاً من حيث الشكل إذا تم وفقاً لقانون دولة الإبرام أو القانون الواجب التطبيق على موضوع الزواج ، أو قانون جنسيتهما المشتركة ، أى يكفى أن يكون الزواج صحيحاً طبقاً لأى من القوانين المذكورة. ويهدف المشرع إلى تقرير صحة الزواج من حيث الشكل فى كافة الحالات.

ثانيًا-الوصايا:

اعترف القضاء الفرنسى منذ أمد بعيد بالصفة الاختيارية لقاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام فى مجال الوصايا ، ويقع الاختيار بين الأشكال التى يقررها القانون الوطنى للموصى ، والأشكال التى يتضمنها قانون الدولة التى يقيم بها هذا الموصى[1].

وقد وسعت -فى نطاق الاختيار - اتفاقية لاهاى الموقعة فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٦١م (بشأن تنازع القوانين فى مجال الوصايا) ، إذ أخذت هذه الاتفاقية بالصفة الاختيارية للقاعدة المذكورة Le Caractere Facultative ونصت الفقرة الأولى من المادة الأولى منها على أن تكون الوصية صحيحة من حيث الشكل ، إذا قضى بذلك قانون جنسية الموصى أو قانون موطنه أو قانون محل الإقامة العادية له لحظة الإيصاء أو وقت وفاته ، أو قانون موقع

---

[1] انظر حكم:
Civ. 1 ere , 17 avr. 1953 , Rev. Cri 1953 , P.790. note loussouarn. (Y).

العقـــار بالنســـبة للعقـــارات إذا كانت محلاً للوصية ، إذ يكفى أن يكون الشكل صحيحاً طبقاً لأى من هذه القوانين المذكورة[١].

ويتبين لنا من هذا النص أن الاتفاقية قد أفسحت المجال لتقرير صحة الوصـــية ، وهو ما يجعل من الصعوبة بمكان الحكم بإبطال الوصية من حيث الشكل ، إذ يكفى أن تكون صحيحة شكلاً طبقاً لأحد القوانين المذكورة.

وتجـــدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية قد لاقت نجاحاً ملحوظاً حيث وقعت عليها أكثر من عشرين دولة حتى الآن ، وهو ما يشير إلى أنها أشبعت حاجات حقيقية لهذه الدول.

فغالـــباً مـــا يقوم الموصى بالإيصاء طبقاً لشكل معين دون أن يحدد القـــانون الواجـــب التطبيق على هذا الشكل ، ومن ثم يتعين على القاضى تطبيق القانون الذى يقرر صحة الوصية من بين القوانين المنصوص عليها فى المـــادة الأولى ، وذلك لاحترام التوقعات المشروعة للموصى ، ومن ثم تعتبر الوصية صحيحة فى غالبية الحالات ولا تعد باطلة إلا فى حالات نادرة.

ثالثاً–الهبات:

لا تعـــد قاعدة خضوع الشكل لقانون محل الإبرام ذات طبيعة ملزمة فى مســـائل الهـــبات بين الأحياء ، إذ يخضع القانون الوضعى شكل الهبات للـــنظام المطـــبق على كافة العقود بصفة عامة ، إذ تدخل الهبات فى نطاق

---

[١] انظر فى ذلك:

PATOCCHI (P.M.) "OP CIT , P.22.

تطبيق اتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية الموقعة فى ١٩ يونية سنة ١٩٨٠م كأى عقد من العقود.

ففى حكم روكو Rouquaud [١] قررت محكمة استئناف باريس أنه فيما يتعلق بصحة الهبة من حيث الشكل ، كانت خاضعة للقانون السويسرى طبقاً لإرادة الأطراف ، ذلك أنه للأطراف تبنى شكل مخالف لقانون محل الإبرام ، وهو ما قررته المحكمة. حماية للتوقعات المشروعة للأطراف.

وتجدر الإشارة إلى أن تبنى الواهب شكلاً آخر بخلاف أحكام قانون المحل ، لا يكفى لتجنيب الهبة البطلان الشكلى الذى قد يقرره قانون محل إبرام الهبة ، وهذا الحكم يعد غير ذى أثر منذ سريان اتفاقية روما واجبة التطبيق على الهبات[٢] والتى تأخذ بالإسناد الاختيارى للشكل مثل بقية العقود الأخرى. ويلاحظ خضوع الهبات لقيود أكثر من تلك المفروضة على الوصايا.

---

(١) انظر حكم:
Paris 27 Mai 1964 , Rev. Cri . 1965 , P.540 note J.DEPREZ , Civ , 1 ere 31 Jan. 1967 , Rev. Cri. 1968 P.292.

(٢) انظر:
Foyer (J.) Clunet , 1991 , P.605.

المبحث الثانى

اختيار الشكل وأثره على الموضوع

إن مسألة أثر الشكل على الموضوع لم تعد مجالاً لأدنى شك ، فاختيار شكل معين قد يكون إشارة للقانون الواجب التطبيق على الموضوع فى حالة عدم اختيار الأطراف قانوناً معيناً ، أى أن الشكل قد يكشف عن إرادة الأطراف الضمنية ، ولذلك فله أثر كبير فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع. كما يكون لاختيار شكل معين أثر على صحة موضوع التصرف ، فإذا أبرم الموصى وصية فى الشكل الصحيح الذى يقرره قانون محل إبرامها ، كانت الوصية صحيحة من حيث الشكل.

ويبدو أثر اختيار الشكل على تحديد القانون الذى يحكم الموضوع أكثر وضوحاً فى مجال الزواج le Mariage ، خصوصاً إذا لم يختر الزوجان القانون الواجب التطبيق على موضوع الزواج ، وهو ما تقرره بعض الدول الإفريقية ، التى تسمح للزوجين باختيار النظام القانونى المناسب لهما.

ويظل التساؤل قائماً ، والذى يدور حول أثر شكل الزواج على تنظيمه من حيث الموضوع ، وهو ما يفترض أن الزوجين لم يمارسا حق الاختيار الذى تقرره بعض الأنظمة القانونية فى أفريقيا على سبيل المثال ونرى أنه أحياناً لا يكون للشكل أثر على الموضوع ، وأحياناً أخرى يكون هناك تأثير للشكل على تنظيم الموضوع.

المطلب الأول

فصل الشكل عن الموضوع

أحـــياناً يكـــون هناك فصل بين الشكل والموضوع ، أى قد يكون الـــزواج المشـــهر فى شكل مدنى منتمياً لنظام تعدد الزوجات ، عندما يختار الـــزوجان هـــذا النظام ، لاحترام التوقعات المشروعة للزوجين ، فإذا أبرم الزوجان زواجهما فى شكل مدنى دون اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوعه ، فيستخلص من ذلك إرادتهما فى إبرام زواج علمانى أحادى[١].

وتقضـــى غالبـــية التشريعات الأفريقية بحق الزوجين فى اختيار نظام الـــزواج لحظـــة ابرامه ، وفى غياب هذا الاختيار تعتبر هذه التشريعات أن الـــزوجين يتـــبعان نظام تعدد الزوجات[٢] إذ ينحصر الاختيار فى القانون الموضـــوعى ، ولا اثر لتعدد الأشكال على الموضوع. ومن أمثلة هذه الدول السنغال[٣]. ويبدو لنا جلياً أن اختيار النظام المالى صراحة أمام الموثق ، يجعل الشـــكل بـــلا اثر على الموضوع ، إذ يوجد فصل كامل فى هذه الحالة بين الشكل والموضوع.

---

(١) انظر:

Francescakis (P.) "problémes de droit international privé de l, Afrique noire indépendante" RCADI , 1964 , T.II, P.305 et s.

(٢) انظر فى ذلك:

Bourdelois (B.) "Le Mariage polygamique en droit international privé Francais , these Paris II , 1991 P.99.

(٣) انظر:

Boulanger (F.) "Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d, Afrique noir" Rev Cri., 1982 , P.647 et s.

خلاصة القول أن الحل المؤسس على الفصل بين الشكل والموضوع له بالتأكيد جانب سياسى لا يمكن إهماله ، إذ تأخذ به الدول الحديثة الاستقلال التى تعارض هيمنة الشكل المدنى ، إذ تسمح بالتعايش بين الشكل المدنى والأنظمة المحلية التقليدية ، فهى تؤكد دور الإرادة الذى لا يمكن إهماله.

المطلب الثانى

الارتباط بين الشكل والموضوع

منح القضاء الإنجليزى أهمية كبيرة للقانون الواجب التطبيق على الشكل ، إذ يكفى أن يصرح قانون مكان إشهار الزواج بتعدد الزوجات ، كى يكون الزواج الثانى للزوج صحيحاً. ففى حكم صدر فى ٧ مايو ١٩٥١[1] ، قررت المحكمة أن الزواج المبرم فى إنجلترا فى الشكل الإنجليزى لا يمكن حله بالإرادة المنفردة للزوج ، ذلك أن شكل الزواج ومكان إشهاره يحدد طبيعته ، وهو ما يعطى دوراً كبيراً للإرادة ، إذ للفرد دائماً حق اختيار مكان زواجه وشكل هذا الزواج.

ومن ثم يعطى القضاء الإنجليزى أثراً كبيراً للروابط بين الشكل والموضوع ، بحيث أن طبيعة الزواج تكون محددة لحظة إشهاره ، فإشهار الزواج فى الشكل الإسلامى يقطع باتباع نظام تعدد الزوجات. ما لم تتجه الإرادة الصريحة إلى غير ذلك.

---

[1] انظر حكم:

Prob. Div . and Adam- Div. Clunet , 1954 , P.693.

وفى فرنسا قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكم ميزداد[١] Mezdad أن الجزائرى الذى تزوج فى فرنسا من فرنسية أما موثق الحالة المدنية ، يعتبر مرتكباً لجريمة تعدد الزوجات (الجمع بين أكثر من زوجة) بإبرامه عقد الزواج الثانى فى الجزائر فى الشكل الإسلامى ، أى أن إشهار الزواج فى فرنسا والزواج من فرنسية باتباع الشكل الفرنسى يشير بوضوح إلى رغبة الزوجين فى اتباع نظام الزواج الأحادى.

وفى حكم شيمونى[٢] Chemouni والذى تعلق بتونسى مقيم بفرنسا ، رأت محكمة أول درجة أن الإقامة فى فرنسا تعطى الزواج صفة أحادية ولا عبرة بالنظام الشخصى للزوج المستمد من الشريعة الإسلامية ، ولكن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم مؤكدة أنه لا يوجد أى تنازل صريح أو ضمنى لشيمونى وأن إقامته فى فرنسا لا تفقده نظامه الشخصى ، ولا تغير من طبيعة الزواج ، لوثوق الروابط بين الشكل والموضوع ، وأن الاحتفاظ بطبيعة الزواج التعددى يقود إلى احترام التوقعات المشروعة للزوج وزوجته الثانية. كما يعد تدعيماً لفكرة الحقوق المكتسبة.

وقد ذهب رأى فى الفقه[٣] إلى إعطاء إرادة الزوجين أثراً حاسماً فى تحديد طبيعة الزواج ، وغالباً ما تكون هذه الإرادة ضمنية ، ويكون شكل الزواج بمثابة إشارة حاسمة لهذه الإرادة. وهو ما أكده القضاء فى بعض أحكامه. ففى حكم لمحكمة استئناف داكار صدر فى ٥ مارس

---

[١] راجع حكم:

14 Février , 1929 , Clunet , 1929 , P.712.

[٢] انظر حكم:

Tribunal . Civ . Seine , 30 Mars 1955 , Rev. Cri. 1957 , somm . P.716.

[٣] راجع:

Bourdelois , thése préciteé , P.125.

سنة ١٩٧١م[١] قرر أنه عندما يتعاقد الزوجان أمام موثق الحالة المدنية الفرنسى ، يقود هذا الزواج إلى تنازلهما عن نظامهما الشخصى ، وإخضاع زواجهما لنظام القانون المدنى الفرنسى الذى يقرر الزواج الأحادى.

وفى حكم للمحكمة الابتدائية بباريس[٢] تعلق بجزائرى كان متوطناً بفرنسا تزوج أمام موثق الحالة المدنية الفرنسى ، ثم تزوج من زوجة ثانية أمام قنصل الجزائر بباريس ، فاعتبرته المحكمة متهما بجريمة الجمع بين زوجتين ، وهو ما قد يعنى أن الشكل المدنى للزواج الأول قاد إلى حظر الزواج الثانى. ومن المؤكد أن المحكمة طبقت قانون الموطن المشترك للزوجين كقانون مختص بحكم آثار الزواج الأول وهو القانون الذى يحظر على الزوج إبرام عقد زواج ثان.

خلاصة القول ، أن الزواج طبقاً لشكل معين إذا لم يكن هذا الشكل مفروضاً بموجب قانون مكان الإشهار ، يشير بوضوح إلى إرادة الزوجين فى الخضوع لنظام زواج أحادى أو زواج تعددى. فإذا قام الزوجان باحتفال دينى بعد إبرام الزواج فى شكل مدنى نعتبر أنهما اتفقا على أن الزواج تعددى.

ويقود تقرير الارتباط بين شكل الزواج وموضوعه إلى الاهتمام باحترام التوقعات المشروعة للزوجين ، خصوصاً عند تبنى شكل معين ، من خلال اللجوء إلى سلطة معينة ، ذلك أن هذا

---

[١] راجع حكم:

Dakar 5 Mars 1971 , Rev. Cri. 1971 , P.722 , note P.Gulphe.

[٢] انظر حكم:

8 Avril 1987 , Rev. Cri. 1988 , P.73 note Y Lequette.

المسلك هو تصرف إرادى يظهر إرادة الزوجين فى تحديد طبيعة زواجهما[١].

---

[١] راجع:
Bourdelois (B.) , Op. Cit , P. 154.

الفصل الثانى

اختيار جهة الاختصاص

لا ريـــب فى أن اختيار سلطة قضائية معينة أو جهة إدارية له أثر كبير فى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، الذى يتوقف على ما تقضى بـــه قواعد التكييف وقواعد الإسناد فى قانون هذه السلطة[١]. وتختلف هذه القواعـــد من دولة إلى أخرى ، فقد يكيف قاضى دولة معينة مسألة ما على أنهـــا تتعلق بالشكل ، بينما يعتبرها آخر من مسائل الأهلية ويختلف القانون الواجـــب التطبيق فى الحالتين. كما تختلف قواعد الإسناد ذاتها من دولة إلى أخـــرى فتخضع الدول الأنجلوساكسونية مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن ، بينما تخضع الدول اللاتينية والدول التى حذت حذوها هذه المسائل لقـــانون الجنسية. وغير خاف أن اختلاف قواعد التكييف وقواعد الإسناد يقـــود إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق ، وبالتالى الحل النهائى للنزاع. ومن ثم ذهب البعض إلى القول أن من يختار القاضى يختار قانونه[٢].

ولكـــى تلعب الإرادة دوراً ملموساً ، يتعين أن يكون للفرد حرية فى اختـــيار هذه السلطة ، وكثيراً ما يكون للفرد اختيار جهة القضاء التى يرفع إليها النزاع ، وهو ما تقرره–فى حالات كثيرة– القوانين الوطنية كما تقضى به الاتفاقيات الدولية. ونعرض فيما يلى : لمدى حرية الإرادة فى رفع النزاع

---

(١) انظر فى ذلك د.فؤاد رياض ، د.سامية راشد ، المرجع السابق ، صـــ٣٤١.

(٢) انظـــر فـــى ذلك د.أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولى الطليق بين القـــانون الدولـــى الخاص وقانون التجارة الدولية ، دراسة تأصيلية انتقادية ، دار النهضة العربية ١٩٨٨ م، صـــ٤١١.

أمـــام القضـــاء فى مبحث أول ، ثم موقف المحكمة المرفوع إليها النزاع فى مبحث ثان ، ثم فعالية الحق المكتسب إرادياً فى مبحث ثالث.

المبحث الأول

مدى حرية الإرادة فى رفع النزاع أمام القضاء

تعطى القوانين الوطنية دوراً متزايد للإرادة الفردية فى رفع العديد من المنازعات أمام الجهات القضائية التى يختارها الفرد ، كما منحت الاتفاقيات الدولـــية المتعلقة بالاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية للفرد الحرية فى اختـــيار جهـــة القضـــاء المناســـبة. ونعـــرض لذلـــك بإيجـــاز فيما يلى:

المطلب الأول

حكم القوانين الوطنية

تتعدد الحالات التى يجوز للمتقاضى فيها اختيار الاختصاص القضائى ، أى جهـــة القضـــاء الـــتى تفصـــل فى الـــنزاع طـــبقاً للعديـــد مـــن القوانـــين الوطنـــية مثل القانون الفرنسى والقانون المصرى ، فللمدعى أن يـــرفع دعواه أمام الجهة القضائية التى يتبعها موطن المدعى عليه[1] ، وله أن يرفع ذات الدعوى أمام محكمة مكان التسليم الفعلى للشىء المبيع أو مكان تنفيذ العقد[2].

---

[1] انظر فى ذلك ، د.محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٩٢م ، صـــ٦٢١.

[2] انظر مؤلف د.محمد كمال فهمى ، سالف الإشارة ، صـــ٦٢٨

وفى مجـــال المسئولية التقصيرية ، فللمدعى الخيار بين جهة قضاء محل حـــدوث الفعل الضار أو مكان حدوث هذا الضرر فى حالة اختلاف دولة وقوع الفعل الضار عن الدولة محل تحقق الضرر[١].

كذلـــك تســـمح قواعد الإجراءات المدنية للمدعى باختيار السلطة القضائية المناسبة له فى مسائل النفقة والمساهمة فى نفقات الزواج[٢]. وتعطى المادة ٤/٣٠ من قانون المرافعات المدنية المصرى للزوجة المصرية الحق فى رفع دعوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال أمام المحاكم المصرية ضد زوجها الأجنبى الذى كان مقيماً بمصر ثم هجرها أو أبعد عن الجمهورية[٣].

ويكشـــف هـــذا الـــنص أن المشـــرع المصرى أعطى هذه الزوجة الخـــيار بـــين المحـــاكم المصـــرية ومحاكم موطن أو محل إقامة المدعى عليه الأجـــنبى ، طـــبقاً لإرادتهـــا بما يحقق مصالحها. فرغم أن المشرع قد يسر علـــيها بمـــنحها حمايـــة القضـــاء المصرى إلا أنها تستطيع مقاضاة الأجنبى أمـــام محـــاكم دولـــته إذا كـــان ذلك يحقق حماية أفضل. كأن يقضى لها بـــنفقة أكـــبر[١] أو تعويـــض ملائم. أو لسهولة تنفيذ الحكم لتركز أموال المحكوم عليه فى دولته التى يحمل جنسيتها.

---

(١) راجع حكم:

Paris , 15 Juin 1982 , Gaz . de pal. 1982 II pan. P.327.

(٢) انظر حكم:

Valentinis , Clunet 1959 , P.113 obs. Sialelli.

(٣) انظـــر فـــى ذلـــك ، د.أحمد قسمت الجداوى ، مبادئ القانون الدولى الخاص ١٩٨٨ ، صـــ١١٠.

(١) تقضـــى المـــادة ٥/٣٠ مرافعات مصرى بأن "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية إذا كانـــت الدعـــوى مـــتعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لها موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم بها.

المطلب الثانى

حكم الاتفاقيات الدولية

تضمنت اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨م المتعلقة بالاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام ، بعض الخيارات للمدعى ، إذ أعطت المادة الثامنة منها للمستأمن حق مقاضاة المؤمن أمام محاكم موطنه أو محاكم دولة المؤمن ، كذلك تسمح المادة ١٤ من هذه الاتفاقية للمستهلك بمقاضاة البائع له أو المقرض أمام محاكم موطن البائع أو محاكم موطنه هو.[١] ومن المؤكد أن اختيار المحكمة يعنى اختيار قاعدة التنازع التى تطبقها ، وبالتالى اختيار القانون الذى يحقق مصلحة المدعى ، وهو ما يفسر رفع المدعى دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه إذا حددت تلك المحكمة قانوناً أكثر تفضيلاً له بموجب قاعدة التنازع المطبقة.

وغالباً ما تقرر الخيارات لحماية الطرف الضعيف[٢]. لمنحه ميزة اختيار جهة القضاء التى تناسبه ، والتى تطبق القانون الذى يشمله بأقصى حماية[٣].

---

[١] انظر فى ذلك:

Gothot(P.) et Holleaux (D.) "La convention de Bruxelles, 1985 , No 137 , P.81.

[٢] انظر:

Pocar (F.) "La protection de la partie Faible en Droit international privé, RCADI 1984 T. IV. P.339.

[٣] راجع فى حماية العاقد الضعيف تفصيلاً ، د.أحمد محمد الهوارى ، حماية العاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية (بدون سنة نشر) صـ ٦٠ وما بعدها.

وفى مجال المسئولية التقصيرية أعطت المادة ٣/٥ من اتفاقية بروكسل المدعى مكنة مقاضاة المدعى عليه أمام محكمة محل وقوع الفعل الضار ، أو المحكمة التى يتبعها محل حدوث الضرر إذا وقع الفعل الضار فى دولة بينما تحقق الضرر فى دولة أخرى وهو فرض نادر الحدوث من الناحية العملية ، وهو ما أخذ به القانون الفرنسى كما سبق أن أوضحنا. ويفقد الاختيار المخول للمجنى عليه قدراً من فعاليته ، فى حالة توافق المحكمتين فى الحكم (محكمة محل وقوع الفعل الضار ومحكمة محل تحقق الضرر).

وفى حكم[1] Dumez لم تمنح المحكمة للمجنى عليه إلا حق الاختيار بين محكمة موطن المدعى عليه ومحكمة محل تحقق الضرر المباشر. وقد أكدت المحكمة أن مغزى المادة ٣/٥ سالفة الإشارة ليس حماية المجنى عليه وإنما الاهتمام بحسن سير العدالة La bonne administration de la justice من ثم يمكن القول بأن دور إرادة المجنى عليه ليس طليقاً ، وإنما هو مقيد نسبياً ، ويتعين أن توجد روابط مناسبة بين النزاع والمحكمة المختارة.

وفى جرائم المساس بالحياة الخاصة التى ترتكبها الصحافة ضد بعض الأفراد ، قد يكون مكان وقوع الفعل الضار فى دولة ، بينما يتحقق الضرر فى دولة أخرى. وهو ما حدث فى قضية الأميرة كارولين Caroline أميرة موناكو " التى حكم فيها فى ٢٩ سبتمبر ١٩٨٢م" والتى أصابها الضرر من جراء ما نشرته صحيفة ألمانية تم توزيعها فى فرنسا. ولا ريب فى أن للمجنى عليه فى هذه الحالة الحق فى اختيار محكمة محل حدوث الضرر أو

---

[1] راجع حكم:
CJCE 11 jan. 1990 ,. Rev. Cri. 1990 , P.363 note H.Gaudemet-tallon.

أن "قواعد التنازع الفرنسية "لا تتعلق بالنظام العام خصوصاً عندما تشير إلى اختصاص القانون الأجنبى"[١].

أمـــا فى الآونة الأخيرة،فهناك أحكام-مثل حكمى Rebouh et schul[٢]- قضت بإلزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع تأسيساً على المادة ٣/١٢ مـــن تقـــنين الإجراءات المدنية الجديد ، والتى تقضى بأنه يجب على القاضى أن يفصل فى النزاع طبقاً لقواعد القانون الواجبة التطبيق عليه ، وفى حكـــم صـــدر فى ٤ ديسمبر ١٩٩٠م[٣] قرر أنه لا يجوز للأطراف الادعاء بتطبيق قوانين أخرى خلافاً للقوانين التى تشير إليها قواعد الإسناد الفرنسية، فى المسائل غير الخاضعة لأية اتفاقية دولية.

أمـــا المـــادة ٤/١٢ مـــن تقنين الإجراءات المدنية الجديد ، فتسمح للأطـــراف بتقيـــيد سلطة القاضى بموجب اتفاق صريح Un accord exprés بالنســـبة للحقوق التى يملكون حرية تنظيمها". وهو ما يعنى أنه يتعين على القاضى أن يرجع إلى النص القانونى الذى حددته قاعدة التنازع ، لمعرفة ما إذا كان يتعلق بالنظام العام من عدمه[٤] ففى مسائل التركات هناك

---

(١) قررت محكمة النقض الفرنسية:

"Les Régles Francaises de conflit de lois ne sont pas d,ordre public en tant qu, elles prescrivent l,application d, une loi étrangére" "Civ. 12 Mai 1959 , Bisbal D.1960 , P.610 , note Malaurie.

(٢) انظر حكمى:

Civ. Iere 11 et 18 Oct. 1988, Rev. Cri. 1989 , P.368 et-chr. Y.Lequette P.277 , Clunet 1989 P.349 note Alexandre , GA No 70-71.

(٣) انظر حكم:

Civ. 1ere 4 déc- 1990 , Rev. Cri. 1991 P.563 . note Niboyet.

(٤) انظر فى هذا المعنى:

Lequette (Y.) "L, abandon de la jurisprudence Bisbal , Rev. Cri. 1989 , P.311.

حقوق لا يملك الأطراف حرية تنظيمها كالمتعلقة بحماية النصاب ، وحقوق طليقة التنظيم . يفسح فيها المجال لحرية الإرادة.

مجمل القول ، أنه سواء سمحت قاعدة التنازع للأطراف باختيار قانون آخر بخلاف القانون الذى تحدده هذه القاعدة أو لم تسمح بذلك الاختيار ، يجب على القاضى فى كل الأحوال تطبيق قاعدة التنازع التى يتضمنها قانونه من تلقاء نفسه. ويمكننا القول أن اختيار جهة القضاء يُعد اختياراً للقانون الواجب التطبيق بطريقة غير مباشرة.

المطلب الثانى

إثبات مضمون القانون الأجنبى

يعطى النظام القانونى الفرنسى ونظيره المصرى لإرادة الأطراف دوراً حاسماً فى إثبات مضمون القانون الأجنبى ، ويتم إثبات هذا القانون بكافة طرق الإثبات عدا الإقرار واليمين ذلك أن الأمر يتعلق بإثبات حكم قانونى[1].

ومع ذلك تذهب التشريعات الحديثة[2] فى القانون الدولى الخاص إلى فرض التزام على القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى كقاعدة عامة ، ولا يلقى القانون السويسرى التزاماً على عاتق القاضى بالبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبى إلا فى المسائل غير المتعلقة بالذمة

---

[1] انظر فى ذلك د.جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ١٩٧٠م ، صـ٦٠٩.

[2] مثال ذلك المادة ١٦ من القانون السويسرى الصادر سنة ١٩٨٧م ، التى تلزم القاضى بإثبات مضمون القانون الأجنبى من تلقاء نفسه.

المالـــية ، حيث تقضى المادة ١٦ منه بأنه فى مسائل الذمة المالية ، فيجوز أن يلقى عبء الإثبات على عاتق الأطراف ، وإذا عجزوا عن ذلك يطبق قانون القاضـــى. وهو ما يمنح الأطراف مكنة تجنب تطبيق القانون الأجنبى بموجب تقاعسهم عن إثبات مضمون ذلك القانون.

وفى ظـــل القانون الفرنسى ، عندما لا يكون القاضى ملزماً بالبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبى-عدا بعض القواعد الخاصة التى يلتزم بالبحث عن مضمونها-فإن إرادة الأطراف تلعب دوراً كبيراً فى إثبات مضمون هذا القانون. فإذا كان المدعى هو الذى يلتزم بالإثبات وأخفق فيه ترفض دعواه أو يطبق قانون القاضى احتياطياً ، ونفضل الحل الأخير ، إذ لا يجب رفض الدعوى لمجرد عجز المدعى عن إثبات مضمون القانون الأجنبى ، إذ مـــن الأنسب تطبيق قانون القاضى بدلاً منه لتحقيق العدالة. وفى حكم فـــرقان Ferkane [١] طبق القاضى القانون الفرنسى بسبب عدم التحقق مـــن مضـــمون القـــانون الجزائرى ، دون أن يبحث عن سبب عدم توافر المعلومات عن هذا القانون.

وفى حكـــم ماســـون Masson [٢] قررت المحكمة أنه يجب على الطـــرف الـــذى يدعى خضوع العقد لقانون أجنبى أن يثبت مضمون هذا القانون ، وإزاء عجز المدعى عن إثباته قانون ولاية نيويورك ، فيعتبر تطبيق القانون الفرنسى بصفة احتياطية قد صادف صحيح القانون. ومن ثم فقد أقر هذا الحكم بأنه فى غياب إثبات مضمون القانون الأجنبى يُطبق مباشرة قانون

---

[١] راجع حكم:

Civ. 1 ere 22 oct. 1980 . Rev. Cri 1981 P.99 et s note paul lagarde.

[٢] انظر حكم:

Civ. 1ere 5 nov. 1991 , Rev. Cri. 1992 , P.314 note H. Muir-Watt.

القاضـــى. ومن ثم يمكننا القول بأن عجز أحد الأطراف فى إثبات مضمون القـــانون الأجـــنبى لم يعد معاقباً عليه برفض الإدعاء ، ولكن بتطبيق قانون القاضـــى بصـــفة احتياطية ، وهو الأقرب للمنطق القانونى السليم والعدالة. ذلـــك أن رفـــض الدعوى لعدم قدرة المدعى على إثبات مضمون القانون الأجنبى يعد إنكاراً للعدالة.

ونـــرى أن عـــدم التزام القاضى بإثبات القانون الأجنبى الذى تقرره بعـــض النظم القانونية كالقانون الفرنسى والقانون المصرى ، يعطى لإرادة الأطـــراف دوراً كبيراً فى إثبات مضمون هذا القانون ، وإذا رأى المدعى أن تطبـــيق القـــانون الأجنبى فى غير مصلحته ، فيمكنه أن يتقاعس عن إثبات مضـــمون هـــذا القانون وهو ما يفسح المجال أمام إرادة الأطراف فى كافة المنازعات العقدية وغير العقدية.

ولـــذا كان من الأنسب أن يفرض على القاضى البحث عن مضمون القـــانون الأجـــنبى وإثباته ، بالتعاون مع أطراف النزاع ، وهو ما يقود إلى تبســـيط الحلـــول وتحقيق العدالة ، ويكون للقاضى أن يستعين بالسلطات السياسية والتفصيلية فى هذا الصدد.

المبحث الثالث

فعالية الحق المكتسب إرادياً

قد يحصل فرد وأكثر على حكم من سلطة قضائية أو قرار من سلطة إدارية بثبوت حق معين ، وقد تكون هذه السلطة ليست مختصة موضوعياً بإصدار الحكم أو القرار الذى صدر بناء على الإرادة غير المباشرة للفرد الذى سعى للحصول على حق معين لم يستطع الحصول عليه بالتعبير عن إرادته المباشرة. فما هو أثر هذا الحكم؟ تطرح هذه المسألة نفسها بصدد تكوين العلاقة الزوجية وفسخها ، وهو ما نعرض له تباعاً.

المطلب الأول

تكوين العلاقة الزوجية

قد يحدث أن يغادر زوجان دولة موطنهما إلى دولة أخرى أكثر تسامحاً ، ليتزوجا فيها وهو ما قد يقود إلى تعدد الزوجات ، فى هذه الحالة لا يتعلق الأمر بغش نحو القانون بالمعنى الدقيق ، لأنه لا يوجد تغيير لضابط الإسناد ، وإنما اكتفى الزوجان بتغيير السلطة المختصة إراديا للإقرار بصحة الزواج. فهل يعد هذا الزواج صحيحاً؟ تسمح المادة ١٧٠ من القانون المدنى الفرنسى للوطنى بالزواج فى الخارج فى الشكل المحلى ، وكذا إبرام الزواج أمام القنصل المختص إذا كان الزوجان يحملان جنسية واحدة. وذهبت بعض الأحكام إلى أن هذا الزواج قد يكون هو الزواج الثانى للزوج إذا كان ينتمى لدولة إسلامية تأخذ بنظام تعدد

الـــزوجات[١] إذ يعترف القانون الفرنسى بذهاب الزوج إلى الخارج لإبرام زواج ثـــان ، وإذا كان هذا الزوج فرنسياً ، يقع الزواج الثانى فى إطار عدم المشروعية . طبقاً للمادة ١٧٠ من القانون الفرنسى ويتعين إبطاله.

ولم يـــأخذ القضـــاء الإنجلـــيزى بـــذات النظر فى حكم حسين[٢] Hussain الذى طبق فيه قانون الموطن كقانون واجب التطبيق على أهلية الـــزوج فى إبـــرام الزواج الثانى ، وقرر أن الشخص لا يمكن أن يبرم سوى زوج أحـــادى ، وهو ما يقود بدوره إلى الإقلال من حالات الغش. ولذا نـــرى أنه بينما افسح القانون الفرنسى المجال للأجانب واعترف بدور أكبر لإرادتهمـــا فى إبرام زواج ثان دون الوطنيين ، فقد سوى القضاء الإنجليزى بين الوطنى والأجنبى بأن قيد إرادتهما فى إبرام زواج ثان.

المطلب الثانى

فسخ العلاقة الزوجية

قـــد يرغب زوجان فى الحصول على الطلاق ولا يستطيعان ذلك ، فيذهـــبا إلى دولة أجنبية تبيح الطلاق للحصول على حكم به. وقد يذهب

---

[١] راجع حكم شيمونى فيما سبق ، صـــ ٨٦ .

[٢] وتـــدور وقـــائع القضـــية حول زواج اشهر فى باكستان بين رجل متوطن فى إنجلترا وزوجه كانت متوطنة فى باكستان ، وكان هذا الزواج قد اشهر فى الشكل الإســـلامى ، وقـــررت محكمـــة الاستئناف أن الزواج الأحادى يعد صحيحاً ، أما الزواج الثانى للمدعو حسين يعد باطلاً . انظر:

Clunet 1988 , P.807 et s.

الـــزوج لـــلخارج لتطليق زوجته ، فما مدى صحة الحكم بالتطليق الذى حصل عليه الزوجان بتصرف إرادى منهما؟

ذهـــب حكم Simitch [١] إلى أنه إذا كانت المحكمة المرفوع إليها الدعـــوى غير مختصة بالحكم بالتطليق بصفة مؤكدة ، فإن رقابة اختصاصها يشـــير بوضوح إلى غياب أى علاقة متميزة تربط الدعوى بهذه المحكمة ، مما يقود إلى رفض الاعتراف بهذا الحكم.

أمـــا فى حكـــم أكلا[٢] Akla الذى تعلق بحالة زوج مغربى طلق زوجته المغربية فى المغرب ، وصدق على إقرار الطلاق قاض وطنى ، اعترفت محكمة تولوز بهذا الحكم ، وكان من المؤكد أن اللجوء إلى القضاء المغربى لم يكن بقصد الغش.

وتقضـــى المادة ٦٥ من القانون الدولى الخاص السويسرى الحديث[٣] بأن يعترف فى سويسرا بأحكام التطليق الصادرة فى الخارج. إذا كانت هذه الأحكـــام صادرة فى دولة موطن أو محل الإقامة العادية أو الدولة التى يحمل أحـــد الـــزوجين جنســـيتها. ولكن الحكم الصادر فى دولة لا يحمل أحد الزوجين جنسيتها لا يعترف به فى سويسرا إلا إذا كان أحد الزوجين متوطناً أو مقيماً فى هذه الدولة وكان الزوج المدعى عليه غير متوطن بسويسرا ، أو عندما يخضع الزوج المدعى عليه لاختصاص المحكمة الأجنبية إرادياً دون أن

---

[١] راجع حكم:

Civ. 1ere 6 Fév . 1985 , Rev . Cri , 1985 P.369.

[٢] انظر حكم :

Civ. 1ere 6 et 26 Juin 1990 , Rev. Cri. 1991 , P.593 not P. Courbe.

[٣] انظر نص هذه المادة فى:

Rev. Cri. 1988 , P. 409 , 420.

يدفع بعدم اختصاصها ، أو يوافق صراحة على تنفيذ الحكم فى سويسرا. ولا ريب أن حكم هذه المادة يشير بوضوح إلى الإقلال من حالات الدفع بالغش نحـو القـانون إلى حد كبير ، ذلك أنه عدَّد الروابط التى يمكن الاستناد إلى إحداهـا لتبرير اللجوء إلى جهة اختصاص أجنبية للحكم بالتطليق ، وهو ما يعـد إفساحاً لمجال الإرادة فى اختيار جهة الاختصاص والذى يعتبر بطريقة غير مباشرة اختياراً للقانون الواجب التطبيق.

وخلاصة القول كما يرى أحد الفقهاء[1] ، أنه يتعين استبعاد فكرة الغـش عندما يوجد تنازع حقيقى Vrai Conflit ، أى عندما ترتبط دعـوى التطلـيق بعـدة أنظمـة قانونية ، فلا يجوز للقاضى الامتناع عن الاعـتراف بحكم التطليق الصادر فى الدولة التى يحمل الزوجان جنسيتها. ويتعين لعدم الدفع بالغش نحو القانون أن توجد علاقات متميزة بين الدعوى والمحكمة من ناحية ، وتوافر الإرادة المشتركة للزوجين من ناحية أخرى.

أمـا الدفع بالغش فيجوز إبداؤه إذا لجأ أحد الزوجين بإرادته المنفردة إلى دولة لا يتوطن بها ولا يحمل جنسيتها لطلاق زوجته أو للحصول على حكـم بتطلـيقها. أمـا إذا لجأ إلى دولة يحمل جنسيتها أو كان يتوطن بها فيجوز إثارة الدفع بالنظام العام إذا توافرت شروطه.

---

(١) انظر فى ذلك

Muir-Watt, ,Rev . Cri , 1991 . P.400.

الباب الثالث

آثار الإرادة على تطور

قاعـدة التنـــــازع

تقديم وتقسيم

تقود مكنة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إلى إعادة النظر فى قاعدة التنازع التقليدية التى تطبق بصفة مجردة دون أخذ ظروف القضية فى الاعتبار ، كما لا تعنى بالحل الموضوعى للنزاع. الذى يأخذه أطراف النزاع فى الاعتبار باختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة[1]. ومن ثم فكثيراً ما طبق القانون المختار من قبل الأطراف متلافياً تطبيق قاعدة التنازع التقليدية طبقاً للمنهج السافينى وهو ما قاد إلى سن قواعد تنازع تتضمن حق الاختيار لما للإرادة من دور هام فى حل المنازعات ولتفضيل طرف أولى بالرعاية وتعدد الاختيارات المقررة للأطراف كما تتعدد أهدافها ونعرض فيما يلى لصياغة قواعد تنازع تتضمن حق الاختيار فى فصل أول ، ونخصص الفصل الثانى لإعمال قواعد التنازع التى تتضمن هذا الاختيار.

---

[1] إن مبدأ سلطان الإرادة يمنح الأطراف مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ، ولا يعطى حلاً مباشراً للمسائل المتنازع فيها ، إذ يتميز بأنه يعد ضابطاً للإسناد فى قاعدة التنازع. وهناك رأى ذهب إلى أن مبدأ سلطان الإرادة هو قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص الموضوعى ، راجع:

Deby- Gerard Op Cit , P.255.,
Patocchi , Op. Cit. P.119 , 120.

الفصل الأول

صياغة قواعد تنازع تتضمن حق اختيار القانون

بادئ ذى بدء ، لا يوجد حق اختيار -مقرر لطرف معين أو للطرفين- غير محدد ، إذ يجب أن تحدد قاعدة التنازع من له حق اختيار القانون وكذا القوانين التى يتعين عليه الاختيار من بينها، لأن حرية الإنسان ليست طليقة وإنما مقيدة بالقانون. أى لا نكون بصدد إسناد إرادى مطلق ، حتى ولو لعب هذا الإسناد دوراً أساسياً فى حل النزاع- وتأخذ هذه القواعد شكل الإسناد الاختيارى وهو ما نعرض له فى مبحث أول وقد تكون فى شكل استثناءات على الإسناد الموضوعى أحياناً أخرى وهو ما نعرض له فى المبحث الثانى.

المبحث الأول

الإسناد الاختيارى

قد يتمثل الإسناد الاختيارى فى منح الأطراف سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق مقدماً قبل ظهور النزاع ، وقد يأخذ شكل تحديد القانون الأفضل لحل النزاع[1].

ويكمن الإسناد الاختيارى فى اختيار الشخص لقانون معين من بين عدة قوانين. وهو ما يشكل قاعدة التنازع الواجبة التطبيق على المسألة المعنية

---

[1] راجع أطروحة:

Laborde , Op Cit , No 325 , P.224.

، ويعـــرف القـــانون الوضعى هذا النظام فى حالات ثلاث: وهى الجرائم الخاصـــة فى القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧م ، والزواج فضلاً عن الأنظمة المالية.

المطلب الأول

الجرائم الخاصة فى القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧م

تتعلق هذه الجرائم بالمسئولية عن فعل المنتجات[١] التى يقضى القانون السويســـرى بشـــأنها بحق المضرور فى اختيار تطبيق إما قانون مركز أعمال المنتج ، أو قانون محل حدوث الفعل الضار.

كمـــا تـــتعلق بمســـائل المســـاس بالشخصية والتى يكون للمضرور حـــق الاختـــيار مـــن بـــين قانون محل الإقامة العادية له ، وقانون مركز أعمـــال مرتكـــب الفعـــل الضار ، وقانون محل وقوع الفعل الضار ، ولا يصـــرح بالاختـــيار إلا للشـــخص المضـــرور. ولعـــل الهدف من تقرير الإســـناد الاختـــيارى فى هـــذه الحالـــة هـــو تحقيق مصلحة المجنى عليه أو الطـــرف المضـــرور. ويقـــود هـــذا الاختـــيار إلى تحقيق هدف السياسة التشريعية التى يتغياها المشرع[٢].

---

[١] انظر اتفاقية لاهاى المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسئولية عن فعل المنتجات:

Loussouarn (Y.) "Clunet , 1974 , P.5.

[٢] انظر فى ذلك:

M.Jorge , "Les rattachements alternatifs en droit international privé , thése , Paris, 1988 P.19.

المطلب الثانى

الزواج

يأخذ بالإسناد الاختيارى الأساسى فى مسائل الزواج القانون اللبنانى والقانون الألمانى ، كما تأخذ به قوانين بعض الدولة الإفريقية لسببين: أولهما ليس من الضرورى تطبيق نظام الإسناد الموضوعى لأن الزوجين يمارسان سلطة الاختيار من خلال اللجوء إلى جهة الإشهار المفضلة لهما. وثانيهما أنه يصعب تحديد الإسناد الموضوعى فى نظام قانونى يعتنق ضوابط شخصية إذ قد يتغير الموطن ، كما أن الاعتداد بجنسية أحد الزوجين دون الآخر يخل بمبدأ المساواة بينهما. ومن ثم يستند الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إلى صعوبة استخلاص إسناد موضوعى كاف ، وهو ما يبرر الإسناد الاختيارى الذى قرره القانون الألمانى لسنة ١٩٨٦م عندما لا يحمل الزوجان لا جنسية مشتركة ولا يكون لهما محل إقامة مشتركة. فعندما تفتقد ضوابط الإسناد إلى القوة الكافية ، تقوم الإرادة بدور هام فى تغليب أحد هذه الضوابط ، ومن ثم تلعب الإرادة دوراً هاماً فى هذه الحالة.

المطلب الثالث

الأنظمة المالية

تلعب الإرادة دوراً متعاظم الأهمية فى مجال الأنظمة المالية ، إذ تعطى اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٧٨م للزوجين حق اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون محل الإقامة العادية لأحدهما أو قانون موقع العقار. ويعطى القانون السويسرى لسنة ١٩٨٧م للزوجين حق اختيار تطبيق قانون الموطن المشترك للزوجين أو أحد قوانينهما الوطنية[1]. ومن ثم يبرز دور الإرادة فى اختيار القانون المناسب للزوجين من بين القوانين المحددة ، وهو ما يبرز الاهتمام بتغليب إرادة الزوجين وإفساح الطريق لحريتهما فى إدارة ذمتهما المالية ، وهو ما يعنى به القانون الداخلى.

والخلاصة أن الاختيار يلعب دوره بصفة أساسية عندما يريد المشرع تطوير سياسة تشريعية يكون موضوعها أحد الأطراف ، وكذا عندما يكون هناك صعوبة فى تحديد إسناد موضوعى كاف.

---

[1] راجع ما سبق ، صـ

ويمـــارس هـــذا الاختيار عندما يوجد اختلاف موضوعى بين قانون الدولـــة الـــتى يحمل الزوجان جنسيتها وقانون الموطن المشترك لهما ، ويعد قـــاعدة موضـــوعية ، ويعـــد بمثابة إعادة نظر فى النموذج التقليدى لقاعدة التنازع. ولذا يسعى المشرع إلى البحث عن مرونة قواعد التنازع التى تسمح بالتوفـــيق بـــين الأنظمة ، عن طريق منح الإرادة دوراً معيناً لتطبيق القانون الذى يقدم حلاً عادلاً للتراع.

وأخـــيراً يعطـــى القـــانون الهولندى الصادر سنة ١٩٨١م للأطراف مكـــنة اختـــيار تطبيق قانون القاضى ، ومن ثم يتعلق الأمر بشرط استثنائى Clause d,.exception ، ولا يرتبط اختيار قانون القاضى بالضرورة بتطبيق قانون يرتبط بالتراع بروابط أكثر وثوقاً. وينتقد هذا الاختيار عندما لا يرتبط التراع بقانون القاضى بروابط متميزة وهو ما يقود إلى تطبيق قانون ليس له صفة فى التطبيق ويعد إخلالاً بالتوقع واليقين القانونيين[١]

والخلاصة ، يمكن القول أن الشكل الذى تأخذه قاعدة التنازع يستند على اعتبار عدد ضوابط الإسناد ، فإذا تبنت أكثر من ضابط إسناد ، يكون للطـــرف المعـــنى اختيار التشريع الملائم. وأخيراً يثار تساؤل يتعلق بكيفية إعمال قواعد التنازع وهو ما نعرض له فى الفصل الثانى.

---

[١] انظر فى هذا المعنى:
Lalive "P." "Tendances et methods en droit international privé, RCADI 1977 , T. II , P.169 et s.

الفصل الثانى

تطبيق قواعد التنازع التى تتضمن اختيار

تقـــوم قـــاعدة التنازع بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطـــابع الـــدولى ، وقد تعطى هذه القاعدة دوراً لإرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، ومن ثم يجب أن نعرف نطاق هذه الإرادة وما إذا كان يمكنها اختيار قانون أو أكثر من قانون.

ولا ريـــب فى أن تقريـــر اختيار الأطراف قانوناً معيناً بتفضيله على قوانـــين أخرى ، لكونه أكثر ملاءمة ، يلعب دوره فى تطوير قاعدة التنازع التقلـــيدية ، ولذا سوف نبحث فيما يلى اختيار الإرادة لقانون أو أكثر فى مبحث أول ، ثم تحديد قانون مناسب فى مبحث ثان تباعاً.

المبحث الأول

تطبيق قانون واحد أو أكثر

يـــثار تساؤل يتعلق بمعرفة ما إذا كان جائزاً اختيار عدة قوانين لحكم علاقـــة قانونية واحدة ، أو أن الأطراف ملزمون بتحديد قانون واحد لحكم هـــذه العلاقة. وقد طرحت هذه المسألة فى المجال التعاقدى ، وذهبت غالبية الفقـــه إلى جواز تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم أكثر من جانب من جوانب العقد ، ولكن لا يجوز تجزئة القانون باختيار بعض قواعده دون

البعض الآخر[١]. ونعرض فيما يلى لتحديد عدة قوانين فى مطلب أول نتبعه بتحديد قانون واحد فى مطلب ثان.

المطلب الأول

تحديد عدة قوانين بمقتضى قواعد التنازع

هـــناك قواعد تنازع تعطى الأطراف مكنة تحديد عدة قوانين لتنظيم ذات العلاقة أو المركز القانونى ، وهو ما يعنى حق الأطراف فى تجزئة العلاقة ، وغـــير خـــاف أن التجزئة قد اعترف بها فى المجال التعاقدى الذى قررته اتفاقية روما ، التى قررت مكنة الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على جانب من جوانب العقد. وهو ما يدعو للاعتقاد بأن الأطراف يمكنهم اختيار قانون آخر على جانب آخر من العقد ، وهو ما أقره غالبية الفقهاء[١] ذلـــك لأنه يسمح باحترام إرادة الأطراف ، واحترام إرادة مختلف القوانين الـــتى يرتبط بها العقد بروابط وثيقة. ويلاحظ أن التجزئة لا تكون ممكنة إلا إذا تضـــمن العقد عناصر موضوعية قابلة للتجزئة[٢] ويعترف بالتجزئة لأنها تقود إلى تنقية قاعدة التنازع ، إذ تأخذ فى الاعتبار الروابط التى تصل العقد بعدة أنظمة قانونية ، خيراً من إسناد العقد تحكمياً لأحد هذه الأنظمة.

---

[١] انظر فى ذلك أطروحتنا للدكتوراه سالفة الإشارة ، صـــ٢٤٢.

[١] انظر فى ذلك:

Lagarde (P.) "ledépecage dans le droit international privé des Contrats" Riv. 1975 , P.649 et s.

[٢] راجع فى هذا المعنى تفصيلاً:

Pommier (J.B) "Le role de la volonté dans la détermination de la loi applicable au contrat en droit international privé conventionnel , these Paris II, 1990.

فإذا تطرقنا إلى العلاقات غير العقدية ، نجد أن التجزئة ليس معترفاً بها فى مسائل الأنظمة المالية ، إذ يتعارض مبدأ وحدة النظام المالى مع التجزئة تعارضاً جذرياً. وفى ظل اتفاقية سنة ١٩٧٨م سالفة الإشارة ، فللزوجين اختيار قانون واحد من بين القوانين المحددة لهما ، ويحظر عليهما تجزئة النظام المالى باختيار أكثر من قانون.

أما فى مسائل التركات ، فيأخذ القانون الوضعى الفرنسى بالتجزئة ، بمعنى أن للمورث اختيار عدة قوانين تطبق على جوانب مختلفة من التركة ، وهو ما عارضته اتفاقية لاهاى التى قضت بالتنظيم الموحد للتركة، ومن ثم تعارض نظام التجزئة كقاعدة ، غير أنها اعترفت بالتجزئة فقط فى حالة اختيار قانون موقع المال بالنسبة للعقارات.

وتجدر الإشارة إلى أن حق المورث فى اختيار قانون الموقع لحكم بعض الأموال ، لا يجوز أن يتعارض مع النصوص الآمرة التى يتضمنها قانون التركة الأساسى المختار أو المحدد موضوعياً.

إذ من الجائز تحديد عدة قوانين فى مجال التركات ، وذلك لتسهيل تنظيم التركة ، أما إذا أدى تحديد عدة قوانين إلى ظهور بعض العقبات فى تنظيم التركة تستبعد هذه القوانين لصالح تطبيق القانون الأساسى الموضوعى الواجب التطبيق على التركة.

ونرى أنه فى مجال العلاقات غير العقدية ، يتعين على الأطراف المعنيين اختيار قانون واحد ، وإذا اختارت الإرادة أكثر من قانون تكون غير فعالة ، ذلك لأن تعدد القوانين المطبقة يؤدى إلى إحداث نوع من الفوضى أو الاضطراب.

ومن ثم يجب رفض تحديد الأطراف للعديد من القوانين. عدا مسائل الميراث التى قد تقتضى تحديد أكثر من قانون لحكمها. وهو ما أخذ به القانون الدولى الخاص الفرنسى.

المطلب الثانى

تحديد قانون واحد

غالباً ما تختار الإرادة تطبيق قانون واحد لحكم العلاقات التى تنشئها ، ولا يعرف القانون الدولى الخاص الفرنسى التجزئة إلا فى مسائل الميراث ، فمتى يتحقق تحديد قانون واحد؟ فى المجال التعاقدى فالقاعدة هى خضوع اكتساب الحقوق العينية كأثر من آثار عقد البيع لقانون العقد[١] وقد طبق القانون التعاقدى المختار على بيع عقار متاخم للحدود يقع بين فرنسا وإمارة موناكو[٢] ، ومع ذلك فهناك حلول قضائية أخذت بأكثر من قانون.

ويكثر تطبيق قانون واحد فى مجال مسائل الذمة المالية للأسرة[٣] ذلك أنه يسمح بتحقيق الانسجام بين القانون الذى يحكم التركة والقانون الذى ينظم النظام المالى بين الزوجين ، والذى يقود إلى تصفية النظام المالى والتركة

---

[١] انظر:

Mayer (P.) "Droit international privé" Montchrestien , 4. edition , 1991 , P.400.

[٢] راجع حكم:

Civ. 1ere 21 Juill. 1987 ., Rev . Cri . 1988 P.699 note Heron.

[٣] انظر:

Batiffol (H.) "La Coordination des systémes nationaux en droit international privé , RCADI, 1967 , T.I, P.169 et s.

طـــبقاً لـــذات القانون وهو ما يقود إلى تحقيق العدالة المنشودة التى يصعب تحقيقها بتطبيق قانونين مختلفين.

وتعطـــى اتفاقـــية لاهـــاى لسنة ١٩٧٨م-المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الأنظمة المالية- لإرادة الزوجين دوراً جوهرياً فى اختيار القانون الواجـــب التطبيق على نظامهما المالى وهو إما قانون جنسية أحد الزوجين ، أو قـــانون محل إقامته العادية أو قانون موقع العقار. فالاختيار ينصب على قـــانون واحد من بين هذه القوانين ، ولا يجوز اختيار أكثر من قانون لحكم الـــنظام المـــالى. فإذا تغير ضابط الإسناد ، فلم تنص الاتفاقية المذكورة على تغـــيير القانون الواجب التطبيق تلقائياً. ذلك أن القاعدة هى ثبات القانون الواجـــب التطبـــيق سلفاً ، إما إذا لم يختر الزوجان قانوناً لحكم النظام المالى وتغـــير ضـــابط الإسناد ، يجوز فى هذه الحالة تغيير القانون الواجب التطبيق عـــلى النظام المالى. وتتفق وحدة النظام القانونى الواجب التطبيق مع طبيعة الذمة المالية للزوجين التى يصعب حكمها بعدة قوانين.

المبحث الثانى

تحديد قانون مناسب

طبقاً للمفهوم الشخصى ، تعنى فكرة القانون المناسب ذلك القانون الذى يلائم ظروف أطراف العلاقة[١] ، وهو ما لم يعد مأخوذاً به ، إذ أنه يستند إلى المفاهيم الشخصية للعقد ، خصوصاً نظرية اندماج القانون فى العقد[٢] التى لم يأخذ بها القانون الوضعى.

أما فى المفهوم الموضوعى ، فإن القانون المناسب La loi apprôpriee يعنى القانون الأفضل لتنظيم العلاقة القانونية محل النزاع[٣] ، ويسعى أطراف العلاقة القانونية إلى تحديد قانون مناسب لحكم هذه العلاقة.

ويتعين أن تكون قاعدة التنازع ذات مضمون موضوعى بمنح دور لإرادة الأطراف ، ولا توجد هذه الموضوعية إلا من خلال القيام بدور مصحح وسوف نعرض فيما يلى لهذا الدور وآثاره على قاعدة التنازع.

---

[١] انظر فى فكرة القانون المناسب تفصيلاً:
Batiffol (H." "La loi appropriée au contrat, mélanges Gold man 1982 , P.1 et s.

[٢] انظر فى انتقاد فكرة اندماج القانون فى العقد د.أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ١٩٨٨م ، صـ١٥٦ وما بعدها.

[٣] وتقضى المادة ١٤٩٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى بصدد التحكيم الدولى بأنه يفصل المحكم فى النزاع طبقاً لقواعد القانون التى اختارها الأطراف ، وإلا فطبقاً للقواعد التى يقرر ملاءمتها" راجع Batiffol ، المرجع السابق ، صـ١.

المطلب الأول

دور الاختيار فى تقويم أنظمة الإسناد

إن قـــيام الإرادة باختيار قانون معين مخالفاً للقانون الواجب التطبيق بـــناء على الإسناد الموضوعى ، قد يعالج الأضرار الناجمة عن هذا الإسناد، لتحديد قانون أكثر ملاءمة من ذلك الناجم عن الإسناد الموضوعى.

فتعد الإرادة إذاً بمثابة أداة لتصحيح قاعدة التنازع ، كما تقدم علاجاً شافياً للانغلاق السائد بين أنظمة تنازع القوانين ، بإقامة أواصر الاتصال بين هذه الأنظمة. ويتعين صياغة قواعد تنازع أكثر كفاية وقدرة على حل أكبر قدر من المشكلات ، تعطى الإرادة دوراً لتقويم جمود الإسناد وعلاج انغلاق الأنظمة القانونية.

أولاً–تقويم جمود أنظمة الإسناد:

قادت الصفة الآليةوالغامضة لقواعد التنازع إلى جمودأنظمة التنازع[١]، ممـــا أدى إلى تواتـــر الانتقادات التى وجهت لهذه القواعد. وقد رأى الفقه تطويـــر مبدأ الملاءمة ، إذ يجب أن يؤخذ فى الاعتبار التوقع المشروع[٢] وقد تـــبنى ذلك المبدأ المشرع السويسرى فى المادة ١٤ من القانون الدولى الخاص فى شكل المخالفة الاستثنائية للإعمال العادى لقاعدة التنازع بموجب الشرط

---

[١] راجع فى ذلك د.أحمد محمد الهوارى ، نظرات فى استثناءات تقويم الإسناد ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، صـــ١٢١ وما بعدها.

[٢] انظر:

Vassilakakis (E.) "Orientation méthodologiques dans les codification du droit international privé en Europe , these Paris 1, 1985 , P.299.

الاستثنائى Claused , exception إذ يكون للقاضى تطبيق هذا الشرط عند الضرورة ، ومن ثم يلعب دوراً بارزاً فى تقويم جمود أنظمة الإسناد.

وكذلك فإن الاختيار يعمل على تخفيف الانتقادات الموجهة لقاعدة التنازع ، إذ يسمح بتقويم واسع النطاق لجمود قاعدة التنازع وجعلها أكثر مرونة ، كما تقوم الإرادة بدور هام إذا تعددت أنظمة الإسناد ، إذ تلعب دوراً موزعاً. وكذلك عندما تكون هذه الأنظمة متكافئة القوة تقوم الإرادة بتحديد أحدها لحسم التنازع فيما بينها.

أ-ضوابط الإسناد متكافئة القوة:

يتنازع حكم مسائل الأحوال الشخصية قانونان ، أحدهما هو قانون الجنسية الذى تأخذ به مصر وفرنسا وغالبية دول أوربا الغربية ، وقانون الموطن الذى تأخذ به إنجلترا والدول الأنجلوساكسونية. فضلاً عن أن هناك من الدول من يستخدم ضابط الإقامة العادية ، وقادت هذه الاختلافات إلى حدوث عقبات فى مجال الاعتراف بالأحكام ، ما دفع الفقه إلى البحث عن حلول لها ، فانعقد مجمع القانون الدولى بالقاهرة سنة ١٩٨٧[١] وأقر ضابطى الجنسية والموطن وبشأن مسائل آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى ، اقترح تقرير حق الزوجين فى اختيار قانون الجنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك عندما لا يقع هذا الموطن فى الدولة التى يحمل الزوجان جنسيتها. فلا يجوز عدم الأخذ بقانون الموطن تغليباً على

---

[١] راجع:

Rev. Cri. 1988 , P.133.

قانون الجنسية أو العكس ، ولكن من الجائز إدخال عامل مرونة يقضى باختيار قانون الموطن أو محل الإقامة العادية ، وهو ما تم اقتراحه فى مسائل آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى والأنظمة المالية بين الزوجين والتركات بموجب اتفاقية لاهاى الحديثة. وهو ما يبدو حلاً أكثر معقولية ، ذلك أن قاعدة التنازع التقليدية لا تأخذ إلا بأحد الضابطين (الجنسية- الموطن) مستبعدة الآخر ، وقد يكون ضابط الإسناد المستبعد سواء أكان الجنسية أم الموطن أكثر أهمية وملاءمة للطرفين فيكون من الملائم أن نسمح باختياره[١].

ويكمن دور الإرادة فى توزيع الاختصاص بين ضابطى إسناد متعادلى القوة ، إذ تحدد القانون الذى يرتبط بالعلاقة المعنية بروابط موضوعية هامة وهو التجديد الذى نعنيه لقاعدة التنازع ، والذى يستند على اعتبارات نفسية أو اجتماعية. ولذا فإن اختيار زوجين تونسيين القانون الفرنسى باعتباره قانون موطنهما المشترك ، يترجم الرغبة فى الاندماج فى المجتمع الفرنسى ، أما التطبيق التلقائى لقانون الموطن طبقاً للمادة ٣١٠ من القانون الفرنسى لا يحقق هذا الاندماج[٢].

---

[١] انظر:

Gaudemet –Tallon (H.) "la désunion du couple en droit international privé , RCADI 1991 , T.1 .P.81.

[٢] انظر:

Gaudemet-tallon "la désunion du couple en droit international privé" Op. Cit, P.221.

أما الجيل الأول من دول المغرب العربى والمتوطن فى فرنسا ، فمازالوا يحتفظون بروابط قوية بدولهم الأصلية ، ويسمح الاختيار لهم بتطبيق قانون جنسيتهم الأصلية[١]. إذ يمثل الاختيار عامل مرونة فى هذا الصدد ويلبى حاجات هؤلاء الأفراد النفسية.

ويسمح القانون الألمانى للزوجين اللذين يحملان جنسيتين مختلفتين ولهما محل إقامة عادية مشتركة ، باختيار القانون فى مسائل النظام المالى كما هو معترف به بموجب اتفاقية لاهاى ، ولكنه رفض منحهم حق الاختيار فى مسألة آثار الزواج والطلاق.

وتثور صعوبة بصدد حالة الشخص مزدوج الجنسية الذى يقيم إقامة عادية فى إحدى الدولتين اللتين يحمل جنسيتهما ، كشخص مغربى يحمل الجنسية الفرنسية أيضاً ويقيم إقامة عادية فى فرنسا. ذهب رأى[٢] إلى السماح لهذا الشخص باختيار القانون المغربى ليطبق على أحواله الشخصية.

ومع ذلك يشكل هذا الاختيار صعوبة عملية ، إذا غلّبت الدولة جنسيتها ومن ثم اعتدت بجنسية دولة القاضى ، ذلك أن القانون الفرنسى والقانون المغربى يتضمنان حلاً لازدواج الجنسية، يقضى بأنه إذا أثير نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية وكانت جنسية دولة القاضى هى إحدى هاتين الجنسيتين يتعين تغليب جنسية دولة

---

(١) انظر:
Courbi (P.) "Travaux –de- Comité Francais , 1989 –90, P.120.

(٢) انظر:
Carlier (J.Y) "Autonomie de la volonté et statut personnel , Buylant , Bruxelles , 1991 , P.297.

القاضـــى[١]. ذلـــك أنـــه غالـــباً ما تتفق جنسية دولة القاضى مع الإقامة العادية للشخص ، ومن ثم يرتبط بها الشخص بروابط أكثر وثوقاً.

وقد خالفت هذا المبدأ المحكمة الابتدائية بباريس فى حكم لها صدر فى ٢٧ ســبتمبر ســنة ١٩٩٠م[٢] فى قضـــية الشخص المغربى الذى اكتسب الجنسية الفرنسية مع زوجته المغربية ، ثم قام بتطليق زوجته فى المغرب ، وقد اعتبرت المحكمة أن الزوجين لم يفقدا رابطة الولاء للمغرب ، وليس من حق الزوجة الاعتراض على الطلاق المعترف به فى دولتها الأولى.

ويتـــبين لـــنا أن هذا الحكم لم يغلب جنسية دولة القاضى الفرنسى ولا حتى الجنسية الفعلية[٣] كما هو معترف به حديثاً ، ولكن أكد انسجام

---

[١] إذ تقضى المادة ٢/٢٥ من القانون المدنى المصرى بأنه "على أن الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة 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" وقد أشارت المذكرة الإيضاحية فى تعليقها على تلك المادة إلى 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 تقبل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها".

انظر فى ذلك د.أحمد قسمت الجداوى ، مبادئ القانون الدولى الخاص ١٩٨٨ ، صـــ٤٢٥ ، د. عصام الدين القصبى ، القانون الدولى الخاص ، الجنسية ومركز الأجانب ١٩٨٥ / ١٩٨٦، صـــ٢٢٦.

[٢] راجع حكم:

Tri-de grande . ins. Paris , 27 Sept. 1990 , Rev. Cri. 1992 , P.91 note Lequette (Y.)

[٣] انظر د.عصام الدين القصبى ، المرجع السابق ، صـــ٢٢٥.

الحلـــول بصـــدد العلاقات الفرنسية المغربية ، بقبول الحل المقرر فى القانون المغـــربى ، والـــذى قاد إلى الاعتراف بالطلاق الذى وقع فى المغرب بين مغربـــيين رغـــم أن الزوجين احتفظا بعلاقات متميزة بفرنسا حيث اكتسبا جنســـيتها وأقامـــا فيها ، ولكن أعطت المحكمة دوراً كبيراً للإرادة الفردية. وذهـــب رأى[1] إلى أن إقرار الاختيار غير المباشر للقانون الواجب التطبيق بالســـماح لمزدوجى الجنسية بتغليب أحد الجنسيتين بما يحقق مصالحهم يعد افتـــئاتاً عـــلى القواعد القانونية النافذة. فإذا أراد زوجان فرنسيان يحملان جنســـية أخرى مشتركة ممارسة حق الاختيار بصدد آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى ، فلا يبدو من المنطقى والمعقول السماح لهما باختيار القـــانون الأخـــير رغم إقامتهما فى فرنسا. ويقترب من هذا الحكم القانون الهولندى الصادر سنة ١٩٨١م الذى يقضى بالنسبة لمزدوجى الجنسية ، بعدم أخذ الجنسية الهولندية فى الاعتبار فى غياب علاقة اجتماعية فعالة بهولندا.

وتجـــدر الإشارة إلى أن أساس الاختيار فى العلاقات غير العقدية هو عدم كفاية الإسناد الموضوعى الذى يتسم بالجمود. ولذا تلعب الإرادة دوراً هاماً فى حسم التنازع بين ضابطى إسناد ضعيفين.

ب-ضوابط الإسناد متعادلة الضعف:

قـــد يتعدد أشخاص العلاقة القانونية وهو ما يحدث بصدد العلاقات الأســـرية: مثل اسم الشخص والتركة ، ويكون هناك صعوبة فى استخلاص ضـــابط إسناد مشترك ، إذا لم توجد لا جنسية مشتركة ولا موطن مشترك

---

[1] انظر:

Vignal , Op. Cit , P.306.

ولا إقامة عادية مشتركة ، فتقوم الإرادة بتكملة هذا النقص باختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتعادلة التى ترتبط بها العلاقة وهو ما أخذ بـــه القانون الألمانى الصادر سنة ١٩٨٦م سالف الإشارة ، إذ يحل الاختيار محـــل الحـــل التقليدى الذى كان سائداً حتى وقت قريب ، والذى يقضى بتطبـــيق قـــانون القاضـــى احتياطياً ، فيقوم بترجيح أحد ضوابط الإسناد الضعيفة.

ولا ريـــب أن الـــدور المـــرجح الذى تقوم به إرادة الأطراف أكثر نفعـــاً مـــن تطبـــيق قـــانون القاضى بصفة احتياطية ، لأن ذلك ليس إلا حـــلاً عرضـــياً لا يشـــبع حاجـــة الأطراف وقد لا يكون لقانون القاضى روابط وثيقة بالنزاع.

إن اختـــيار قانون يرتبط بالعلاقة بروابط ضعيفة ، يجعل هذا الاختيار مشـــروعاً ، وهـــو مـــا يترك أثره فى اعتقاد الأطراف بأن هذا القانون هو الأقرب لحكم العلاقة المعنية ، وهو القانون الأنسب للأسرة[1].

ويبرر ذلك بعدم اليقين الناجم من صعوبة استخلاص إسناد موضوعى كـــاف وملائـــم فى ذات الوقت ، والذى يتلاشى بإعطاء دور الإرادة فى اختـــيار القـــانون الواجب التطبيق عند تعدد القوانين التى ترتبط بها العلاقة بروابط واهنة. وهو ما قد يقود إلى تزايد الانفصال بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى.

---

[1] راجع فى ذلك تفصيلاً:
Carlier "Autonomie de la Volonté et statut personnel" précité.

من غير مسلم فى الخارج صحيحاً ، فيُعد هذا الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لأحكام القانون الإسلامى. كذلك لا يجوز الزواج من المحرمات ومن المعتدة حتى ولو اعترف بذلك القانون الأجنبى المختار من قبل طرفى العلاقة[١] ذلك أن مثل هذه القواعد تعد من قبيل القواعد ذات الطابع الآمر المطلق التى تعبر عن المبادئ والقيم السائدة فى المجتمع ، والتى تفرض أحكامها على جميع المتقاضين أمام محاكمها أياً كان القانون الذى يحكم المركز القانونى محل النزاع[٢].

ونرى أن تضييق نطاق قاعدة تنازع القوانين فى قانون القاضى هو شرط لازم لتفعيل دور الإرادة ، وإلا لا تقوم الإرادة بدورها على أكمل وجه. ولذا فإن الاعتراف بالاختيار يقود إلى تحجيم مجال تطبيق قاعدة التنازع فى قانون القاضى. وإذا لعبت الإرادة دوراً تصحيحياً لقاعدة التنازع فتسهم فى تنقية هذه القاعدة ويمكن أن تعكس عدم الحياد وموضوعية قاعدة التنازع.

---

(١) انظر فى ذلك د.عنايت عبد الحميد ثابت ، أطراح فكرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م ، صـ١٢.

(٢) انظر بحثنا بعنوان النظام العام والبعد الاجتماعى للقوانين الوطنية فى مجال القانون الدولى الخاص ، المنشور فى المجلة القانونية الاقتصادية لكلية حقوق الزقازيق ، العدد الثانى عشر ، سنة ٢٠٠٠م ، صـ٢٩١.

المطلب الثانى

اثر الإرادة على طبيعة قاعدة التنازع

لا تؤثـــر الإرادة عـــلى طبـــيعة قـــاعدة التنازع إلا عندما يعبر عن هـــذه الإرادة بـــرفع الـــتراع أمـــام القضـــاء المختص ، وهو ما قد يعد اختـــياراً حقيقـــياً غـــير مباشـــر للقـــانون. وعـــندما نكون بصدد إرادة حقيقـــية ذات طـــابع اختـــيارى ، فـــلا ريب أنها تؤثر على طبيعة قاعدة التـــنازع ، فأحـــياناً تـــأخذ الإرادة شـــكل القواعد المادية الحقيقية ، كما هـــو الحـــال بالنســـبة لنصـــوص القـــانون الألمانى بصدد مسألة الاسم ، ولكـــن غالـــباً مـــا يظهـــر الاختيار فى شكل قاعدة تنازع ، إذ يجوز أن يـــأخذ شـــكل قـــاعدة التـــنازع دون أن يـــتفق والمفهوم التقليدى لهذه القاعدة.

ويرى لاجارد[1] أن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض والمبدأ الذى يقضى بإخضـــاع العلاقة محل التراع للقانون الذى ترتبط به بروابط أكثر وثوقاً ، ذلـــك أن المـــبدأ الأخير يتفق والإرادة الضمنية للأطراف التى تعكس تركيز العلاقـــة القانونـــية ، وهو مالا تفعله الإرادة المختارة. ويأخذ المبدأ المذكور شـــكل الشـــرط الاســـتثنائى والـــذى نصت عليه المادة ١٤ من القانون السويســـرى التى قضت بأنه لا يطبق القانون المحدد بموجب التشريع الحالى بصـــفة اســـتثنائية ، إذا بـــدا أن الدعوى ترتبط بروابط أكثر وثوقاً بقانون

---

[1] انظر فى ذلك:

Lagarde "Le principe de proximité en droit international privé contemporain" Op. cit , P.61,

آخـــر[١] ويعـــد الشرط الاستثنائى وسيلة لتحقيق المرونة فى قواعد التنازع التقليدية[٢] ويجوز أن تأخذ الإرادة شكل الشرط الاستثنائى باستبعاد القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع واختيار القانون الذى يقدم ميزة لأحدهما أو كلـــيهما دون الاهتمام بالقانون الذى ترتبط به العلاقة القانونية بروابط أكثر وثوقاً ، إذ تسمح لهم بالتصرف طبقاً لما تمليه مصالحهم.

---

[١] تنص المادة ١٤ من القانون الدولى الخاص السويسرى على أنه:

"Le droit désigné par la présente loi n, est exceptionnellement pas applicable si il est manifeste que la cause se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit".

[٢] انظر:

Dubler "Les clauses d, exception en droit international privé" Genéve , 1985 , P.79.

الباب الرابع

القيود التي ترد على الإرادة

تقديم وتقسيم:

إذا كانت الإرادة الفردية تقوم بدور بارز فى مجال القانون الدولى الخاص إلا أن حرية هذه الإرادة ليست طليقة ، إذ أن ثمة قيود رئيسية ترد عليها مثل النظام العام الذى يعتبره الفقه التقليدى القيد الرئيسى على سلطان الإرادة[1] رغم أنه لم يضع الفقهاء تعريفاً جامعاً مانعاً للنظام العام وبات فكرة غير محددة المعالم. ويشمل القوانين الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

ويلعب النظام العام دوراً أساسياً فى مواجهة القوانين المحددة عن طريق الإسناد الموضوعى وكذا الإرادة ، فإذا أشار الإسناد الموضوعى إلى قانون يجيز تجارة المخدرات على سبيل المثال اعتبر هذا القانون مخالفاً للنظام العام. ومن ثم فإنه يجوز أن تجد اختيارات الأطراف حدودها فى الدفع بالنظام العام. وتعد مسائل الأحوال الشخصية مجالاً خصباً لإعمال الدفع بالنظام العام.

وثمة قيد آخر يرد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق أى على حرية الإرادة ، يتمثل فى القوانين الآمرة التى يجب على القاضى الوطنى تطبيقها على النزاع المطروح أمامه نظراً لأنها تتميز بطابع خاص.

وهناك قيد ثالث يرد على الإرادة. يتمثل فى الدفع بالغش نحو القانون ، إذ قد يختار أحد أطراف العلاقة أو كلاهما قانوناً معيناً عن طريق

---

[1] انظر:
-Aubry (J.) "Le domaine de la loi d,autonomie en droit international privé, Clunet , 1896, P.465 et s.
-Kayser (P.) "L,autonomie de la Volonté en droit international privé, Clunet 1931 , P.32.

تغـــيير ضـــابط الإسناد والظروف المحيطة بالنزاع ، وذلك لتجنب القانون الواجـــب التطبيق أصلاً ، وهو ما يخول الدفع بالغش نحو القانون ، وتطبيق القـــانون المختص أصلاً بحكم العلاقة لرد الأمور إلى نصابها الصحيح وعملاً بالمـــبدأ الـــذى يقضى بأن يعاقب المرء بنقيض قصده ، وهو مبدأ مستقر فى الشريعة الإسلامية الغراء.

وأخـــيراً قـــد تجد الإرادة حدوداً لها تنجم عن تطبيق القاضى قاعدة التـــنازع الـــتى يتضمنها قانونه من تلقاء نفسه. فهل يعد هذا التطبيق قيداً حقيقياً على حرية الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق؟

فى ضوء ما سبق سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين. نتناول فى الأول منهما النظام العام والقوانين الآمرة ، ثم نخصص الفصل الثانى لدراسة الغش نحو القانون وتطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه.

الفصل الأول

النظام العام والقوانين الآمرة

إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع قانوناً أجنبياً ، فإن القاضى الذى ينظر الدعوى لا يطبق هذا القانون مباشرة ، إذ يجب عليه أن يقوم بتحليل مضمونه ، فإذا تبين أنه يتوافق والأفكار الأساسية التى يحملها قانونه قام بتطبيقه. ولا يشترط بطبيعة الحال تطابق الأفكار بين القانون الأجنبى وقانون القاضى. أما إذا تبين أن القانون المختار من قبل الأطراف أو الذى حددته قاعدة التنازع يصطدم والقواعد التى يقوم عليها النظام العام فى قانونه ، امتنع عن تطبيقه جزئياً أو كلياً ، ذلك أنه لا يجوز تطبيق قوانين أجنبية تحمل قواعد يخدش تطبيقها الشعور العام وتثير الاستهجان ، أو تمس بمصالح الدولة العليا ، ومن ثم يعد الدفع بالنظام العام بمثابة صمام الأمان الذى يحمى القيم والمبادئ التى يقوم عليها النظام القانونى فى دولة القاضى[1] كما يعد قيداً على حرية الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، فإذا اختار أطراف العلاقة قانوناً أجنبياً تصطدم قواعده بمبادئ النظام العام فى دولة القاضى وجب عليه استبعاده.

---

[1] راجع تفصيلاً بحثنا بعنوان النظام العام والبعد الاجتماعى للقوانين الوطنية فى مجال القانون الدولى الخاص ، المجلة القانونية الاقتصادية التى تصدرها كلية حقوق الزقازيق ، العدد الثانى عشر ، سنة ٢٠٠٠م.

وثمة قيد آخر وهو القوانين الآمرة وهى قواعد ملزمة يتعين تطبيقها على كافة العلاقات والروابط التى تدخل مجال سريانها. وهى قواعد لازمت تزايد تدخل دور الدولة فى المجال الاقتصادى والاجتماعى ، ويعد تطبيقها قيداً أساسياً على حرية الإرادة فى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العلاقة.

فى ضوء ما سبق ، سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول فى الأول منهما النظام العام ونعرض فى المبحث الثانى للقوانين الآمرة على الوجه التالى:

المبحث الأول

النظام العام

يتضمن قانون كل دولة بعض المبادئ الأساسية التى لا يجوز الافتئات عليها لحماية مصالح الدولة ، ويختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى طبقاً لظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وتعد مصلحة الدولة قيداً رئيسياً على الإرادة الفردية ، وهو ما يعبر عنه بالنظام العام وقوانين الآمرة[1]. وللدفع بالنظام العام أهمية خاصة فى مجال العلاقات الأسرية ، وكذلك الأنظمة المالية بين الزوجين. ونعرض للنظام العام فى العلاقات الأسرية فى مطلب أول ، ثم نكرس المطلب الثانى لدراسة القانون المالى للعائلة.

---

[1] راجع:

Carlier (J.Y) "Autonomie de la volonté et statut personnel" Op. Cit , P.251.

المطلب الأول

النظام العام والعلاقات الأسرية

يكثر استخدام الدفع بالنظام العام إذا أعطى قانون القاضى دوراً كبيراً للقانون الأجنبى ، وبرز دور الإرادة فى اختيار القانون الأجنبى لحكم موضوع النزاع ، إذ يتدخل الدفع بالنظام العام فى حالة ما يتعارض حكم القانون الأجنبى بمضمون النظام العام فى دولة القاضى ، وعلى النقيض من ذلك ، لا يلعب النظام العام دوره إذا طبق القاضى قانونه الوطنى مباشرة[1].

ولما كان اختيار القانون هو وسيلة فعالة لتطبيق القوانين الأجنبية على نطاق واسع ، وكان من الممكن تعارض هذه القوانين مع المبادئ الأساسية فى قانون القاضى ، لذا كان تدخل الدفع بالنظام العام ضرورياً عند تعارض مضمون القوانين الأجنبية مع تلك المبادئ.

فإذا اختار زوجان مسلمان قانونهما الوطنى لحكم آثار الزواج والطلاق والانفصال الجسمانى فى فرنسا مثلاً ، وتضمن القانون الإسلامى نصوصاً مخالفة للنظام العام فى قانون القاضى ، فيمتنع القاضى الفرنسى عن تطبيق القانون المختار ولا يقع الطلاق

---

[1] انظر فى ذلك:

Lagarde (P.) "Recherches sur l,ordre public en droit international privé" Bibl. DIP, 1959 , P.123.

فى فرنسا أمام السلطة القنصلية الأجنبية المختصة لتعارضه مع النظام العام الفرنسى[١].

أما إذا اختار الزوجان قانونهما الإسلامى الوطنى وحصلا على حكم بالتطليق فى دولتهما الأصلية ، فيعترف بأثر هذا الحكم فى فرنسا ، تطبيقاً لفكرة النظام العام المخفف. فإذا اكتسب الشخص الحق أو المركز القانونى فى الخارج بموجب حكم صادر من محكمة أجنبية ، وأراد التمسك بآثار الحكم فى دولة أخرى ، فغالباً ما يسمح القاضى بترتيب آثاره فى دولته احتراماً لفكرة الحقوق المكتسبة[٢]من ناحية ولبروز الطابع الإقليمى للنظام العام من ناحية أخرى[٣].

وتكييف بعض الدول القيود التى ترد على الزواج بأنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام–التى لا يجوز تدخل الإرادة الفردية بشأنها ، وإلا يعد هذا التدخل غير ذى اثر– ففى مصر لا يجوز الزواج من المحارم وإلا وقع باطلاً ولو تم فى الخارج ، كما لا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم ، كما لا يجوز التوارث مع اختلاف الدين. وفى فرنسا يعد تعدد الزوجات مخالفاً للنظام العام ويحظر على الأجنبى إبرام الزواج الثانى

---

(١) انظر:

Lagarde (P.) "Intervention , travaux de comité Francais , 1988-1990 , P.146 , Gaudement Tallon , la désunion du couple en droit international privé , precité , P.191.

(٢) انظر فى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة تفصيلاً د.حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها ، المرجع السابق ، صـ٨٠٧ وما بعدها.

(٣) انظر فى ذلك بحثنا النظام العام والبعد الاجتماعى للقوانين الوطنية فى مجال القانون الدولى الخاص سالف الإشارة ، صـ٢٧٧ وما بعدها.

فى فرنسا ، ويعد حظر الزواج لاختلاف الجنس أو اللون مخالفاً للنظام العام ذلك أن الناس لدى القانون سواء. فإذا خالف قانون الإرادة أيا من القواعد سالفة الذكر ، فلا يعتد به ويتعين إهدار أى دور للإرادة فى هذا الصدد.

وترتب إرادة الزوجين أثرها فى الطلاق إذا وقع بالرضا المتبادل بينهما ، إذا اعترفت الزوجة بالآثار المترتبة عليه ، ولكن التطليق الذى يتم بالإرادة المشتركة ويترتب عليه أضرار تلحق بالزوجة قد يثير تدخل النظام العام ، لتأكيد حد أدنى من الحماية لها باعتبارها الطرف الضعيف فى العلاقة.

ويرفض القانون الدولى الخاص الفرنسى وقوع الطلاق وفسخ العلاقة الزوجية فى فرنسا بصفة عامة ، ويقترب من أحكامه عدة أنظمة أجنبية مثل القانون الإنجليزى[1] والقانون السويسرى اللذين يقرران نظام وحدة الزواج وعدم جواز انحلاله بالإرادة المنفردة.

فالنظامان الإنجليزى والسويسرى لا يعترفان بالطلاق المحكوم به فى الخارج إلا إذا كان الزوجان متوطنين فى الدولة المعنية ، شريطة ألا يكون أحدهما أو كلاهما متوطناً فى دولة القاضى.

---

[1] يقضى القانون الإنجليزى الخاص بالأسرة الصادر سنة ١٩٨٦م بأنه "للاعتراف بالطلاق الذى صدر بالخارج والذى وقع بالإرادة المنفردة يجب أن يكون الزوجان متوطنين فى الدولة التى صدر فيها الطلاق ، أو فى دولة تعترف به ولا يكون أحد الزوجين مقيماً إقامة عادية فى إنجلترا مدة سنة سابقة على وقوع الطلاق. انظر فى ذلك:

Cheshire-North, "private international law" Butterworths , London , 11th edition, 1987 , P.667

وإذا تزوج أجنبى من فرنسية طبقاً للنظام الأحادى النافذ فى فرنسا ، وسافر إلى دولته الأصلية وتزوج من ثانية فى تلك الدولة ، ثم عاد إلى فرنسا فيعتبر القانون الفرنسى هذا الزواج مخالفا للنظام العام الفرنسى ، وعلى العكس من ذلك ، يعترف بهذا الزواج الثانى إذا ظل الزوج متوطناً فى دولته الأصلية.

ونلاحظ أنه كلما اختار الزوجان قانوناً معيناً بإرادتهما كلما ضيقنا من حالات تطبيق الدفع بالنظام العام ، لأنه يصعب الاعتراف بتصرف فردى للزوج بالطلاق للإضرار بزوجته.

وأخيراً فالأصل هو تطبيق القانون المختار من قبل الزوجين ، والاستثناء هو الدفع بالنظام العام إذا اصطدم هذا القانون بالمبادئ الأساسية فى قانون القاضى ، ويقل استخدام الدفع بالنظام العام كلما كانت الأنظمة القانونية المعنية متقاربة ووليدة حضارة مشتركة.

المطلب الثانى

النظام العام والقانون المالى للأسرة

خلافاً للأنظمة المالية التى تتضمن أيضاً العديد من القواعد الآمرة التى لا تختلط بالنظام العام ، فإن مسائل التركات هى الأرض الخصبة التى يتدخل فيها النظام العام ، لاستبعاد القانون المختار كلياً أو جزئياً ، إذ يتدخل النظام العام لحماية الورثة.

وهكذا فإن المادة ٢٤ من اتفاقية لاهاى الحديثة المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التركات ، تسمح للدولة بعدم الاعتراف باختيار

القانون الذى يقود إلى حرمان الزوج وورثة المتوفى من كل أو جزء كبير من حقوقهم ، إذا كان قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق عادة فى غياب الاختيار. وذلك عن طريق الدفع بالنظام العام[١].

ويعتبر القانون الفرنسى مسألة حماية النصاب فى مسائل الميراث تتعلق بالنظام العام[٢]. وفى القانون الدولى الخاص ، يختص قانون الميراث بتحديد النصاب ، ويتعين تطبيقه مباشرة وبصفة آمرة ، حتى ولو كان هناك قانون مختار. ومع ذلك فإن الاعتراف باختيار القانون بموجب اتفاقية لاهاى يقود إلى تحقيق مفهوم أكثر مرونة لحماية النصاب. ولا يتعلق الأمر بفرض التطبيق الكامل والتلقائى لقانون التركة الموضوعى ، ولكن بتجنب القانون المختار إذا قاد تطبيق نصوصه إلى حرمان الورثة من الميراث ، بموجب الدفع بالنظام العام ، إذ لا يعترف بحرمان زوج المتوفى وورثته من حقوقهم الثابتة ، ومن ثم يشكل النظام العام أحد القيود الأساسية التى ترد على فعالية اختيار القانون.

وقد يتدخل النظام العام لتنازع الحضارات ، فى حالة ما إذا قرر مسلم إخضاع تركته لقانونه الوطنى الذى يطبق الشريعة الإسلامية على مسائل الميراث ، والتى تحظر على غير المسلم أن يرث المسلم[٣] وكان هناك من بين الورثة شخص غير مسلم. إذ يعد ذلك مخالفاً للنظام العام الفرنسى ، فى حين أن الميراث بين المسلم وغير المسلم يعد مخالفاً للنظام العام المصرى.

---

[١] راجع فى ذلك:

Vignal , Op. Cit, P.359.

[٢] انظر:

M.Grimaldi "Successions" Litec , 1990 N° 278.

[٣] انظر فى ذلك:

Slim (H.) "Les conflits de lois en Matiere de succession , etude comparée des systémes libanais , égyptien et syrien, thése Paris II, 1992 , P.275.

إذ تقـــرر الشريعة الإسلامية الغراء مبدأ لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، وهـــى شـــريعة عادلة إذ لم تحظر على غير المسلم ميراث المسلم فقط ، وإنما قـــررت عـــدم جواز ميراث المسلم من غير المسلم أيضاً طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

ويلاحـــظ أن الدفـــع بالنظام العام يتدخل دائماً ، لاستبعاد القانون المختـــار وهـــو لا يشكل حماية للوطنيين فقط ، ولكن كل المضرورين من تطبـــيق القـــانون المختار لوضع الأمور فى نصابها الصحيح. كما أن تدخل الـــنظام العام يقود إلى تنظيم التركة من جديد ، إذ يتعلق الأمر بحالة الدفاع عن القيم الاجتماعية التى تُغلب دوماً على التنظيم الرضائى للعلاقة القانونية الدولية.

المبحث الثانى

القوانين الآمرة

تشـــكل القوانـــين الآمـــرة قـــيداً عـــلى حـــرية الإرادة فى اختيار القـــانون الواجـــب التطبـــيق ، ذلك أنها تتمتع بالصفة الملزمة ، ولا يجب أن تصـــبح هـــذه القوانـــين اختـــيارية بموجب انتقالها من النظام الداخلى إلى الـــنظام الـــدولى ، وأساس ذلك هو صدارة القانون على إرادة أطراف العلاقة[1].

---

[1] ولذا لم يعترف بيليه Pillet بمبدأ سلطان الإرادة لأنه يهدد إعمال القانون ويلغى ســـلطته ، ذلك أن جميع القوانين–فى سياق مفهوم الإرادة–تعتبر قوانين اختيارية على المستوى الدولى ، بحيث أنها تستند على سلطان إرادة الأطراف فى قبول أو رفض سلطة القوانين. راجع:

Pillet "Essai d, un systéme general de solutions des conflits de lois C lunet , 1895 P.942.

حـــاملاً الجنسية الألمانية. أما فى فرنسا فلا يسمح بمثل هذا النظام[1]. ونرى أن للزوجين الأجنبيين إشهار الزواج فى شكل دينى أمام السلطات القنصلية لهمـــا ومـــن ثم الاعـــتراف بتغليـــب النصوص الآمرة للقانون المختار على النصـــوص الآمـــرة فى قانون القاضى. مشايعين فى ذلك النظام السويسرى والألمانى.

ولا ريـــب أن هذا الحل يتضمن مساساً بمبدأ العلمانية الذى تأخذ به العديـــد من الدول الأوروبية مثل فرنسا ، من خلال السماح بالزواج الدينى للأجانـــب ، وهو ما يقود إلى عدم المساواة بين هؤلاء الأجانب والوطنيين الذيـــن يتـــبعون دولـــة القاضى. ولكننا نرى أن المساواة لا تكون إلا بين المتساويين فى المراكز ، وبالطبع يختلف مركز الوطنى عن مركز الأجنبى.

كمـــا أن الزواج الدينى قد يكون هو الزواج الثانى للزوج ، ومن ثم يعـــد مســـتبعداً بموجب تطبيق قانون مكان الإشهار لمخالفته للنظام العام ، ومـــن ثم تُغلب النصوص الآمرة فى قانون القاضى فى هذه الحالة. فالقاضى الفرنسى مثلاً لا يمكنه أن يتسامح فى إبرام زواج ثنائى فى فرنسا.

ومـــن ثم فـــإن تطبيق النصوص الآمرة فى القانون المختار سيصطدم بالنصـــوص الآمرة فى قانون القاضى بصدد شكل الزواج ، وهو ما يقود إلى استبعاد الأولى لصالح تطبيق الثانية.

---

(1) انظر:
Mestre (J.) "Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel , Rev. Cri. 1977, P.659 et s.

مجمل القول: أنه يتعين تغليب النصوص الآمرة فى القانون المختار على النصوص الآمرة فى قانون القاضى بصدد علاقة الزواج كقاعدة عامة ، أما إذا شكل تطبيق القواعد الآمرة فى القانون المختار اصطداماً وتعارضاً مع النظام العام فى دولة القاضى ، فيجب استبعادها لصالح تطبيق القوانين الآمرة فى قانون القاضى.

المطلب الثانى

دور القوانين الآمرة فى مسائل الأنظمة المالية

إذا تأسس النظام المالى بقواعد آمرة ، فإن النظام القانونى الذى تنتمى إليه هذه القواعد يشكل قيداً على اختيار الزوجين للقانون الذى يحكم النظام المالى بينهما ، إذا كانت هذه القواعد ذات تطبيق إقليمى[١] ، والتى تغلب على القانون المختار بما يتضمنه من قواعد آمرة.

وفى ظل القانون الفرنسى ، إذا اختار الزوجان قانوناً بخلاف القانون الفرنسى ، وكان القانون المختار ينص على تدابير حمائية ، فيتعين على القاضى الفرنسى تطبيق القانون الأجنبى، ويجوز أن يتدخل القانون الفرنسى إذا كان قانون النظام المالى لا يتضمن تدابير حمائية وكانت هذه التدابير ضرورية ويعلق تدخل القانون الفرنسى على النظام العام.

---

(١) انظر:

Neumayer (K.H) "Autonomie de la volonté et dispositions impérative en droit international privé des obligations" Op. Cit, P.479.

ويمكن القول أنه عندما يختار الزوجان قانوناً لحكم النظام المالى ، يكونا قد اتفقا على إسناد المساهمة فى نفقات الزواج لحكم ذلك القانون ، ويجوز أيضاً أن تعتبر المساهمة فى هذه النفقات أثراً من آثار الزواج ، يمكن إسنادها للقانون الذى يحكم آثار الزواج والذى قد يكون مختاراً من قبل الزوجين[1].

وفى كل الأحوال ، فإن النصوص الآمرة فى قانون القاضى لا يجوز أن تتعارض مع إرادة الزوجين ، إلا إذا اصطدم القانون المختار بالنظام العام ، وذلك بالإضرار بمصالح أحد الزوجين إضراراً جسيماً لا يمكن قبوله. كذلك تجد إرادة الزوجين قيودا لها فى القوانين ذات التطبيق الإقليمى التى تتعلق بحماية السكن العائلى والمعاملات البنكية التى تهدف إلى حماية الغير. إذ تجد إرادة الزوجين حدوداً لها لحماية الغير حسن النية ، الذى لا يلتزم بأن يتحرى عن جنسية الزوجين.

أما المادة ٣/٢١٥ من التقنين المدنى الفرنسى المتعلقة بحماية السكن العائلى، والتى تتضمن حظراً على أحد الزوجين فى تجهيز سكن عائلى دون موافقة الآخر ، فلا تتعلق بحماية الغير. ومع ذلك تطبق إقليميا رغماً عن القانون المختار من قبل الزوجين ولعل ذلك يرجع إلى تفضيل تطبيق قانون الموقع على العقار. ونظراً لأن المسكن يقع فى فرنسا لذا يختص القانون الفرنسى بحكمه.

---

[1] وهو ما لم تأخذ به محكمة النقض الفرنسية فى حكم صدر لها فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٠م واعتبرت أن المساهمة فى النفقات الزوجية خاضعة لقانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة. انظر حكم:
6 Nov. 1990 , Rev , Cri 1991 , P.348 note M.Simon-Depitre.

أما من جهة تغيير النظام المالى بين الزوجين ، فيثير مسألة خضوع هذا النظام للنصوص الآمرة التى يتضمنها القانون المختار والنصوص الآمرة فى قانون القاضى. ذلك أن هناك بعض القوانين الأجنبية[١] تعترف بالاختيار فى أية لحظة ، كما يجوز للزوجين نقض اختيار سابق. ومن ثم يجوز تغيير النظام المالى بتغيير القانون الواجب التطبيق عليه[٢].

وفى حالة التغيير يطبق القانون الجديد على النظام المالى ، وقد يحدث التنازع بين القانون الأصلى والقانون الحديث ، ويتعين استشارة القانون الأصلى ، لحماية مصالح الأسرة وهو الذى ينظم التغيير. وإذا كان قانون القاضى هو القانون الأصلى للنظام والذى لا يتضمن نصوصاً حمائية ، فلا غرو فى تطبيق القاضى القانون الأجنبى الذى يتضمن قواعد أكثر حماية. وأخيراً يتعين تغليب مصلحة الأسرة على إرادة الزوجين.

---

[١] ومن أمثلة هذه القوانين القانون السويسرى والقانون الألمانى والقانون الفرنسى الحديث ، واتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٧م.

[٢] ويذهب رأى إلى أنه لا يجوز تغيير النظام المالى إلا إذا استند التغيير إلى تغيير ضابط الإسناد. راجع:

Vignal , Op. Cit , P.369 note N° 157.

الفصل الثانى

الغش نحو القانون وتطبيق القاضى

قاعدة التنازع من تلقاء نفسه

قـــد تلعب الإرادة الفردية دوراً هاماً فى التحايل على القانون ، إذ قد يقوم الشخص عمداً بتغيير ضابط الإسناد فى قاعدة التنازع ، بقصد التهرب مـــن القانون الواجب التطبيق أصلاً لحكم العلاقة ، وإسنادها للقانون الذى يحقـــق مآربه وذلك بتغيير جنسيته أو موطنه للتحايل على القانون الواجب التطبـــيق أصلاً على أحواله الشخصية ، أو تغيير موقع المال المنقول لتطبيق قـــانون معين أصلح له ، أو نقل مركز إدارة الشركة إلى دولة أخرى هروباً من القوانين الآمرة فى دولة مركز الإدارة الفعلى ، وذلك للإضرار بالطرف الآخر فى العلاقة.

ففـــى هـــذه الحالات ، يتم الدفع بالغش نحو القانون[1] ، لاستبعاد القانون الذى يريد الشخص تطبيقه ، وتطبيق القانون الواجب التطبيق أصلاً

---

[1] ويخـــتلف الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام ، فالأول موجه إلى الوسيلة التى أدت إلى القانون الواجب التطبيق ، أما الدفع بالنظام العام موجه إلى مضمون القانون الواجب التطبيق الذى يتعارض مع المبادئ العليا للدولة ، ويوجه الدفـــع الأول لقـــانون القاضى أو القانون الأجنبى على حد سواء. أما الدفع الثانى فيوجه دائماً إلى قانون أجنبى ، كذلك يترتب على أعمال الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الذى أراد الشخص تطبيقه وتطبيق القانون الواجب التطبيق أصلاً علـــى حكـــم العلاقـــة ، أما الدفع بالنظام العام فيقود إلى استبعاد القانون الأجنبى وتطبيق قانون القاضى بدلاً منه.

انظـــر فـــى ذلـــك د.أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، المرجع السابق ، صـــ٥٤٧ ، ٥٤٨.

عـــلى العلاقـــة بموجب قاعدة التنازع. ذلك أنه يعاقب المرء بنقيض قصده. ولرد الأمور إلى نصابها.

أمـــا عن تطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، فقد اختلفت الأنظمـــة بشأن مدى التزام القاضى بذلك ، فذهبت بعض القوانين إلى عدم جـــواز تطبـــيق القاضى الوطنى لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه. مثال ذلك النظام الإنجليزى ، والثانى يجيز تطبيق القاضى لها دون أن يشكل ذلك التزاماً عليـــه مثل النظام الفرنسى حتى عهد قريب. أما النظام الثالث فيلزم القاضى بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه مثل النظام الألمانى[1] ، فهل يعد التزام القاضـــى بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه قيداً على حرية الإرادة؟ هذا هو ما سوف نعرض له.

فى ضـــوء مـــا سبق سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول فى الأول مـــنهما الغش نحو القانون ، بينما نخصص الثانى لتطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه تباعاً.

---

[1] انظـــر د.فـــؤاد ريـــاض ، د.ســـامية راشـــد ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، المرجع السابق ، صـــ٨٧ وما بعدها.

المبحث الأول

الغش نحو القانون

الغـــش نحـــو القـــانون أو التحايل على القانون هو التعديل الإرادى للعنصر الواقعى فى ضابط الإسناد ، بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً سواء أكان قانون القاضى أم قانوناً أجنبياً[١].

فإذا كانت قاعدة التنازع تقضى بأنه يسرى على التطليق قانون دولة الزوج وقت رفع الدعوى[٢] ، وكان قانون تلك الدولة يحظر التطليق ، فإذا لجـــأ الـــزوج إلى تغيير جنسيته باكتساب جنسية دولة جديدة يجيز قانونها التطلـــيق. فـــيكون قد تحايل على القانون بحصوله على حكم التطليق طبقاً لقانون الدولة الأخيرة[٣].

ذلـــك أنـــه عـــندما تؤسس قاعدة التنازع على ضابط إسناد إرادى كالجنسية أو الموطن أو محل الإقامة أو محل الإبرام ، فإن الغش نحو القانون لا يكون مستحيلا[٤].

---

[١] انظـــر فى ذلك د.أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، المرجع السابق ، صـــ٥٥٥.

[٢] مـــثال ذلـــك المـــادة ٢/١٣ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بخضوع الطـــلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق ، وخضوع التطليق والتفريق الجسدى لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

[٣] إذ يعـــد فـــى هـــذه الحالة قد استخدم وسيلة مشروعة للحصول على أغراض مخالفة للقانون غير مشروعة.

[٤] انظر:

Audit (B.) "La Fraude à la loi en droit international privé" Bibl . DIP , 1974 , P.386 et s.

وقـــد أثيرت فكرة الغش نحو القانون أمام القضاء الفرنسى فى قضية أميرة بوفرمون Princesse de Bauffremont [١] فى أواخر القرن التاســع عشــر ، وتتلخص وقائعها فى أن أميرة فرنسية تدعى "بوفرمون" تزوجت من شخص بلجيكى الأصل ، اصبح فرنسياً بعد الزواج ، ثم رغبت فى الحصول على حكم بالتطليق منه ، للزواج من أمير رومانى الجنسية يدعى بيبســكو Bibesco. وكان القانون الفرنسى يحظر التطليق آنذاك ، ولذا انتقلت إلى ألمانيا وحصلت على جنسية التنبورج Altenbourg "إحدى دويلات ألمانيا" والتى يسمح قانونها بالتطليق ، وبعد أن حصلت على حكم بالتطلــيق تزوجــت من الأمير الرومانى ، وعادت معه للإقامة فى باريس ، وعقــب طعــن الزوج الأول أمام المحاكم الفرنسية ببطلان الزواج الثانى ، قضــت محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ مارس سنة ١٨٧٨م بعدم الاعتراف بالتطلــيق الــذى تم فى الخــارج ومن ثم بطلان الزواج الثانى. وقررت "فى القــانون الــدولى الخاص يوجد تحايل على القانون ، عندما يغير الأطراف عناصــر العلاقــة القانونية إرادياً بهدف التملص من القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة"[٢].

وقــد طبق ذات الحكم فى قضية السيد جيرو Giroux الذى نقل موطــنه خارج إقليم كيبك Québec ، للتخلص من تطبيق قانون ذلك

---

[١] راجع وقائع القضية والحكم فيها فى مؤلف:

Ancel (B.) , Lequette , "grands arrêts de la jurisprudence Francaise de droit international privé , 2e edition , sirey 1992 , P.42 et s.

[٢] إذ قررت المحكمة:

"Il Y a fraude à la loi en droit international privé lorsque les parties ont volontairement modifie le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente".

الإقليم الذى يحظر التطليق ، وحصل على حكم بالتطليق من محكمة رينو Reno بتطبيق قانون ولاية نيفادا[١].

وإذا كان الشخص يحمل جنسيتين تتفق إحداهما مع محل إقامته العادية ، تكون هذه الجنسية هى الجنسية الحقيقية الفعلية التى يتعين أخذها فى الاعتبار ، وقد يختار الفرد تطبيق قانون جنسيته الأخرى التى لايرتبط بها بقصد الإضرار بالغير.

ومن ثم تكون فكرة الغش غير مستبعدة ، إذ يتعلق الأمر بمنع مزدوج الجنسية من استعمال إحدى الجنسيتين ، لتجنب القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع[٢]. وهو ما يتم بأخذ الجنسية الفعلية فى الاعتبار ، وهو ما أخذت به اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٩م المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التركات ، التى تقرر أنه يجب الأخذ فى الاعتبار توافق أحد الجنسيات مع الإقامة العادية ، تغلباً على القانون المختار إذا خالف ذلك النظر. وذهب رأى[٣] إلى أن القانون المختار لا يتعين رفضه إلا إذا لم توجد أموال فى الدولة الوطنية الأخرى للمورث، وبعبارة أخرى إذا كان المورث يحمل جنسيتين وكان يملك أموالاً تقع فى إقليم دولة جنسيته الثانية التى لا يقيم بها عادة فله اختيار قانون هذه الدولة ، دون أن يشكل ذلك غشاً نحو القانون ، لأنه اختار قانون موقع المال وهو قانون تتصل به العلاقة غير العقدية. أما إذا

---

(١) انظر حكم:

Civ. Ire , 11/7/1977 , Rev-Cri. 1978 P.145 , note Audit (B.).

(٢) راجع حكم:

27 Sept. 1990 , Rev. Cri 1992, P.105 note Y.Lequette.

(٣) راجع:

Vignal , Op. Cit , P.372.

كان المورث مقيماً فى دولته الوطنية وقام باختيار قانون دولته الثانية والتى لا يملك أموالاً فيها ، فيتعين رفض هذا الاختيار.

وتقضى المادة ٢٤/جـ من اتفاقية لاهاى لسنة ١٩٨٩م سالفة الإشارة بعدم الاعتراف باختيار قانون دولة لا يحمل المورث جنسيتها وقت وفاته ، أو لم يقم بها وقت موته. إذ يجب أن يكون الاختيار مبرراً ومعقولاً.

وتجدر الإشارة إلى أنه كلما اعترف القانون للشخص بمكنة اختيار القانون كلما قلت حالات الدفع بالغش نحو القانون ، إذ لا يتصور أن يمنح القانون شخصاً حق الاختيار ثم يقضى بعد ذلك برفض هذا الاختيار دور جريرة اقترفها الشخص.

مع ملاحظة أن مكنة تعديل الاختيار خصوصاً فى مسائل الأنظمة المالية بين الزوجين ، قد تثير الدفع بالغش نحو القانون ، إذا شكل تعديل الاختيار أضرار للغير ، وهو السبب فى أننا نرى أنه يتعين عدم الاعتراف بتعديل القانون الواجب التطبيق بموجب الإرادة إلا إذا تغيرت الظروف وتغير ضابط الإسناد حقيقة.

المبحث الثانى

تطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه

أسلفنا أن هناك بعض الأنظمة القانونية تفرض على القاضى تطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه كالقانون الألمانى وهو ما نؤيده ، فهل يعد ذلك قيداً على حرية الإرادة؟

اعتـــبر القضاء أن تطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه لا يعد قـــيداً عـــلى الإرادة ، ذلـــك أن التطبيق التلقائى لقاعدة التنازع ، وإرادة الأطراف طريقان متوازيان. ففى حكم لمحكمة النقض الفرنسية[١] صادر فى ٤ أكـــتوبر لسنة ١٩٨٩م ، انتقدت المحكمة قضاء الموضوع لعدم بحثهم عن القـــانون الواجب التطبيق على البيع فى غياب اتفاق صريح للأطراف طبقاً لاتفاقية لاهاى لسنة ١٩٥٥م[٢].

ويتـــبين لنا أنه فى المجال التعاقدى ، إذا اختار طرفا العقد قانوناً معينا ليطـــبق عـــلى موضـــوع العقد ، وجب تطبيقه إذا ارتبطت به العلاقة و لم يتعارض مع النظام العام ، أما إذا لم يختر طرفا العقد قانونا معيناً ، تعين على القاضى تطبيق قاعدة التنازع فى قانونه.

وتعطى اتفاقية روما الموقعة فى ١٩ يونية سنة ١٩٨٠م-بصدد القانون الواجـــب التطبيق على الالتزامات التعاقدية- أطراف العقد الحق فى الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق حتى ولو أثناء نظر الدعوى.

فـــإذا انتقلنا إلى مجال العلاقات غير العقدية ، فإذا كان هناك اختيار سابق ، يجب على القاضى أن يوافق عليه بعد التأكد من أن القانون المختار هـــو أحـــد القوانـــين المحددة من قبل قاعدة التنازع المختصة. أما إذا اختار

---

[١] انظر حكم:
Civ. 1ere 4 Oct. 1989 ,. Rev. Cri. 1990 , P.316 note P. Lagarde.

[٢] انظر فى هذه الاتفاقية تفصيلاً بحثنا بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقود البـــيع الدولى للبضائع ، طبقاً للاتفاقيات الدولية وقواعد تنازع القوانين ، المنشور فى المجلة القانونية الاقتصادية التى تصدرها كلية حقوق الزقازيق ، العدد الحادى عشر ١٩٩٩م ، صـــ١٢٣ وما بعدها.

أطـــراف العلاقة قانوناً ليس وارداً بقاعدة التنازع ، فيتعين على القاضى أن يســـمح للأطـــراف بـــتعديل اختيارهم وإلا يطبق القاضى نظام الإسناد فى قانونه.

ويجـــوز للأطراف تعديل اختيارهم شريطة أن يتوافق هذا التعديل مع التغيير الحقيقى لضابط الإسناد ، أى يجب أن تتغير الظروف الواقعية.

أمـــا إذا لم يخـــتر الأطـــراف سلفاً القانون الواجب التطبيق وأرادوا اختـــياره أثناء النزاع ، فيتعين على القاضى أن يثير تطبيق قاعدة التنازع من تلقـــاء نفسه ، أى يجب أن يعلم الأطراف بحقهم فى الاختيار ، فإذا رفضوا يطبق الإسناد الموضوعى.

وخلاصة القول ، أن تطبيق القاضى قاعدة التنازع من تلقاء نفسه لا يتعارض مع الاختيار الذى تقرره قاعدة التنازع ، ولا يشكل قيداً على حرية الإرادة إلا إذا أراد الأطـــراف الـــرجوع فى اختيارهم الأول دون تأسيس موضوعى.

الخاتمة

من خلال دراستنا لدور الإرادة فى حل تنازع القوانين بشأن العلاقات غير العقدية ، تبينا أن دور الإرادة لم يعد يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ، وإنما امتد حديثا إلى مجال العلاقات غير العقدية ، إذ تعترف القوانين الحديثة للعديد من الدول للإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق. ففيما يتعلق بمسألة الطلاق يعترف القانون المصرى بدور الإرادة ، كما تقوم الإرادة بدور هام فى هذه المسألة طبقاً للقانون الهولندى رغم أن هنالك دولاً أخرى لا تعترف للإرادة بدور كبير فى مجال الطلاق مثل فرنسا وإنجلترا.

وفى مسائل المسئولية التقصيرية ، أعيد النظر فى قاعدة التنازع التى تقضى بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار ، عندما لا توجد روابط ذات مغزى بين مكان وقوع الفعل الضار والمركز القانونى الناجم عن ذلك الفعل ، وأن العلاقة القانونية بين المضرور ومرتكب الفعل الضار ترتبط بروابط وثيقة بدولة أخرى ، فتقوم الإرادة بدور الشرط الاستثنائى الذى يستخدمه الطرف المضرور باعتباره الطرف الضعيف فى العلاقة.

وفى مجال المسئولية عن فعل المنتجات ، تعطى اتفاقية لاهاى -بشأن القانون الواجب التطبيق على هذه المسئولية لسنة ١٩٧٣ م- المضرور حق اختيار قانون محل إقامته أو قانون مركز أعمال

المنتج أو قانون مكان انتقال ملكية المنتج ، أو القانون الأفضل له. كما أعطى القانون الدولى الخاص السويسرى المضرور حق اختيار إما قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون مكان تملك المنتج ، وليس قانون محل إقامة المجنى عليه وهو ما يدعو للغرابة والدهشة ، ذلك أن الضرر غالباً ما يتحقق فى مكان إقامة المضرور حيث يستخدم السلعة ، كما قد يكون تطبيق القانون المذكور أفضل له . ويعطى القضاء الألمانى للمجنى عليه الذى انتهكت حرمة حياته الخاصة اختيار إما قانون مكان حدوث الفعل الضار أو قانون مركز أعمال مرتكب الفعل الضار أو قانون محل تحقق الضرر ، وذلك إمعاناً فى حماية الحياة الخاصة للشخص فى مواجهة وسائل الإعلام المختلفة والمتعددة ، وكفالة أقصى حماية للمضرور باعتباره الطرف الضعيف فى العلاقة.

وفى مسائل شكل الزواج ، تذهب تشريعات بعض الدول مثل فرنسا وسويسرا وألمانيا إلى أن قاعدة خضوع شكل الزواج لقانون محل إبرامه قاعدة ملزمة آمرة لا مجال للاختيار فيها. أما فى مصر فيخضع شكل الزواج لقانون محل الإبرام وهى قاعدة اختيارية ، إذ يجوز إخضاعه لقانون الموضوع أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك. أما فى مسائل آثار الزواج ، فتلعب الإرادة الفردية دوراً محدوداً واحتياطياً ، إذ يقضى القانون الدولى الخاص الألمانى بخضوع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وإلا فلقانون الموطن المشترك ، فإذا لم يشترك الزوجان لا فى الجنسية ولا فى الموطن يكون لهما اختيار القانون الواجب

الالـتزامات الـتعاقدية. ويعـترف بالـتجزئة فى مجال التركات ، أى لـلمورث اختـيار عـدة قوانين تطبق على جوانب مختلفة من التركة ، أمـا فى مجـال الأنظمـة المالـية فـلا يعـترف بالتجزئة ، لأن ذلك يتعارض مع وحدة النظام المالى الذى يجب أن يخضع لقانون واحد.

كمـا تقـوم الإرادة بـدور هام فى تقويم جمود أنظمة الإسناد ، إذ تلعـب دور الشـرط الاسـتثنائى ، وتقوم بحسم التنازع إذا كانت ضـوابط الإسـناد متكافـئة- كضـابطى الجنسية والموطن- إذ تقوم بـدور هـام فى توزيـع الاختصـاص بين ضابطى إسناد متعادلى القوة. كمـا تقـوم بحسـم التـنازع إذا كـنا بصدد ضوابط إسناد ضعيفة ، باختـيار أحدهمـا. وتعـالج الانغلاق بين الأنظمة القانونية ، فإذا سمح قـانون الجنسـية باختـيار قـانون الموطن أحياناً ، أدى ذلك إلى تحقيق الانسـجام والـترابط بـين هـذه الأنظمة ،ومن ثم تسهم الإرادة فى تفعيل التقارب بين الأنظمة القانونية.

وإذا كانـت الإرادة تقـوم بـدور مـلحوظ فى مجال العلاقات غـير العقديـة فإنهـا ليسـت طلـيقة ، إذ ثمة قيود ترد عليها. ويعد الـنظام العـام والقوانـين الآمـرة مـن القيود التى ترد على الإرادة. ويشـكلا عقـبة فى سـبيل المذهب الفردى الذى يطلق العنان للإرادة الفـردية. ويكـثر اسـتخدام الدفـع بالـنظام العام فى حالة اختلاف الأنظمـة القانونـية المسـتمدة مـن حضارات مختلفة ، ويشكل النظام العـام والقوانـين الآمـرة تهديـداً لفعالـية الاختيار ، وذلك لتغليب مصـالح مجـتمع القاضـى ، الـتى لا يجوز التضحية بها بدعوى لتنظيم

الأفضل للعلاقات الخاصة الدولية. إذ يذود النظام العام عن قيم حضارية. فإذا اختار الزوجان قانونهما الوطنى المشترك لحكم زواجهما أو طلاقهما ، فيجب أن يكون للنظام العام أثره فى عدم تطبيق هذا القانون إذا اصطدم بالمبادئ الأساسية التى يتضمنها قانونه والتى تثير الامتعاض الاستهجان العام.

وإذا كان لأحد أطراف العلاقة حق اختيار القانون الواجب التطبيق ، فلا يعتد باختيار القانون الناجم عن التحايل نحو القانون ، بتغيير ضابط الإسناد لتطبيق قانون معين يحقق مآربه ، إضراراً بالطرف الآخر فى العلاقة خصوصاً فى مسائل الطلاق.

وأخيراً لا يعد التزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، قيداً حقيقياً على الإرادة ، ذلك أنه إذا اختار طرفا العلاقة قانوناً معيناً تقره قاعدة التنازع طبق هذا القانون ، وإذا لم يختر طرفا العلاقة قانوناً طبق القاضى قاعدة التنازع التى يتضمنها قانونه.

بذلك أكون قد انتهيت من هذا البحث ، فإن كنت قد وفقت فمن الله وإن كنت قد قصرت فمن نفسى وحسبى أننى حاولت، والله من وراء القصد وهو الهادى إلى سواء السبيل.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً-المراجع باللغة العربية:

١-المؤلفات العامة:

د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، د.أحمد قسمت الجداوى:

-القانون الدولى الخاص، الجزء الأول ، الجنسية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧م.

د.أحمد عبد الكريم سلامة:

-علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجلاء بالمنصورة ، بدون تاريخ نشر.

د.أحمد قسمت الجداوى:

-مبادئ القانون الدولى الخاص ، "الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية ، تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ، الجنسية المصرية"، ١٩٨٨م.

د.أحمد مسلم:

-القانون الدولى الخاص ، الجزء الأول فى الجنسية ومركز الأجانب ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٦م

د.جابر جاد عبد الرحمن:

-تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ،١٩٧٠م.

د.عز الدين عبد الله:

-القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين ، الطبعة التاسعة ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٦م.

د.عصام الدين القصبى:

-القانون الدولى الخاص ، الجنسية ومركز الأجانب ١٩٨٥ ، ١٩٨٦م

د.عكاشة عبد العال:

-تـــنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ٢٠٠٢م.

د.فؤاد رياض ، د.سامية راشد :

-مـــبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م.

د.محمد كمال فهمى:

-أصـــول القانون الدولى الخاص ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٩٢م.

٢-المؤلفات المتخصصة:

د.أحمد عبد الكريم سلامة:

-نظـــرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى والخاص ، وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨م.

د.أحمد عبد الحميد عشوش:

- قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، المجلة القانونية الاقتصادية لكلية حقوق الزقازيق ، العدد الأول ١٩٨٦م.

د.أحمد محمد الهوارى:

-حمايـــة العـــاقد الضعيف فى القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر.
-نظـــرات فى استثناءات تقويم الإسناد ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر.

د.حفيظة السيد الحداد :

-العقـــود المـــبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، تحديد ماهيتها والنظام القانونى الحاكم لها ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.

د.عنايت عبد الحميد ثابت:

-إطـــراح فكـــرة الدفع بالنظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ١٩٩٥م.

د.محمد حمدى بهنسى:

-القـــانون الواجـــب التطبـــيق على عقود المشروعات المشتركة ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق الزقازيق ١٩٩٨م.

-القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولى للبضائع ، طبقاً للاتفاقيات الدولية وقواعد تنازع القوانين ، المجلة القانونية الاقتصادية التى تصدرها كلية حقوق الزقازيق ، العدد الحادى عشر ١٩٩٩م.

-الـــنظام العـــام والبعد الاجتماعى للقوانين الوطنية فى مجال القانون الدولى الخاص ، المجلة القانونية الاقتصادية لكلية حقوق الزقازيق ، العدد الثانى عشر ٢٠٠٠م.

د.هشام على صادق:

-القـــانون الواجـــب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م.

د.ياسر عبد العزيز هنا:

-القـــانون الواجـــب التطبيق على انقضاء عقد الزواج ، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الدولى الخاص ، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية حقوق الزقازيق ٢٠٠٢م.

ثانياً-المراجع باللغة الأجنبية:

١-المؤلفات العامة:

-Ancel , Lequette:

"grands arrêts de la jurisprudence francaise de droit international privé 2e edition , sirey 1992.

-Audit (B.):

"Droit international privé" Economica, 1991.

-Cheshire, North:

"Private international law" Buttermorths, London, 11e edition , 1987.

-Grimaldi (M.):

"Successions" Litec, 1990.

-Mayer (P.):

"Droit international privé "Montchrestien 4e edition, 1991.

٢-المؤلفات المتخصصة والرسائل والمحاضرات:

-Ballarino (T.) :

Droit international privé et domages catastrophiques, RCADI , 1990. T.I

-Batiffol (H.) "la Coordination des systémes nationaux en droit international privé, RCADI , 1967. T.I

-Bourdelois (B.):

"Le mariage polygamique en droit international privé Francais, Thése Paris II, 1991.

-Bourel (P.):

-Les Conflits de lois en matiere d,obligations extracontractuelles, Bibl. DIP 1961.

-Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé RCADI , 1989.

-Cabrillac (M.R):

"l,acte juridique conjonctif en droit privé francais , LGDJ 1991.

-Carlier (J.Y):

"Autonomie de la volonté et statut personnel , Buylant , Bruxelles 1991.

-Chenaux (J.L):

"Le droit de la personnalité face aux medias internationaux" Géneve 1990.

-Couchez (G.):

"Essai de delimitation de la loi applicable au régime matrimonial, Bibl. DIP 1971.

-Deby-Gerard (F.):

"Le role de la régle de Conflit dans le réglement des rapports internationaux " these Dalloz , Paris, 1973.

-Droz:

"Les régimes matrimoniaux en droit international privé , RCADI 1974 T.III.

-Dubler (C.E):

"Les clauses d,exception en droit international privé" Géneve , 1985.

-Fadlallah (I.):

"La Famille légitime en droit international privé . Bibl DIP 1977.

-Francescakis(P.)

"problémes de droit international privé de l, Afrique noire indépendante" RCADI , 1964 T.I.I.

-Gaudemet-Tallon (H.):

"La désunion du couple en droit international privé RCADI 1991. T.I.

-Goré (M.):

"L, administration des successions en droit international privé Francais" thése Paris II, 1990.

-Jorge (M.):

"les rattachements alternatifs en droit international privé" these Paris , 1988.

-Kayser (P.):

"L,autonomie de la volonté en droit international privé" Clunet, 1931.

-Lagarde (P.):

- "Recherches sur l, ordre public en droit international privé" Bibl DIP 1959.

- "Le principe de proximité en droit international privé contemporain RCADI 1986 T.I.

-Aspects de l, autonomie de la volonté en droit internatioal privé cours inedit DEA Pais1 1989-1990.

-Lalive :

"Tendances et methodes en droit. International privé , RCADI 1977.

-Maury (J.):

"Régles génerales des conflits de lois" RCADI 1936.

-Mestre (J.):

Le marriage en France des etrangers de statut confessionnel , Rev. Cri. 1977.

-Moreaw-Bourles:

"Structure de rattachement et conflits de lois en matiere de responsabilité délictuelle , these Paris II, 1985.

-Neumayer: "K.H) :

"Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations" Rev. Cri. 1957.

-Patocchi (P.M):

"Régles de rattachement localisatrices et régles de rattachment à caractére substantiel , thése , Genéve 1985.

-Pélichet:

"Les ventes aux consommateurs , RCADI , T. 168, 1980 III.

-Pommier (J.C):

"Principe d, autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel" , Economica , 1992.

-Slim (H.):

"Les conflits de lois en matiére de succession" etude comparée des systémes libanais , Egyptien et syrien, these Paris II 1992.

-Vassilakakis (E.):

"Orientations méthodologiques dans les codifications du droit international privé en Europe , these Paris 1 , 1985.

-Vignal(T.):

"La part de la volonté dans les régles de conflit de lois hors des contrats , thése , Paris II, 1993.

-Von Over Beck (A.E) :

"Le nouveau droit international privé suisse des régimes matrimoniaux et des successions" Journées d, etude Lausanne , 1987.

-Wiederkehr (G.):

"Les Conflits de lois en Matiére de régime matrimonial Bibl. DIP. 1967.

٣-المقالات والتقارير:

-Aubry (J.):

"Le domaine de la loi d,autonomie en droit international privé" Clunet 1896.

-Ballarino:

"Personnes , Famille , régimes matrimoniaux et successions dans la loi de reforme du droit inter. Privé Italien , Rev. Cri. 1996.

-Batiffol. (H.):

- "La volonté en droit international privé" Archives de philosophie de droit 1957.

-La loi appropriée au contrat, Mélanges Gold man 1982.

-Boulanger (F.):

"Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationals des pays d,Afrique noire" Rev. Cri. 1982.

-Courbe:

"Premier bilan de l,application de l,article 310 du code civil" trav. Com. Fr.1989-1990.

-Hans Jurgen Sonnenberger:

"La loi allemande du 21 Mai 1999 sur le droit international privé des Obligations non contractuelles et des biens, Rev. Cri. 1999.

-Gannage (P.):

"La penetration de l, autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille , Rev.Cri1992.

-Labrusse-Riou (C.):

"Compétence et application des lois nationals face au phénoméne de l, immigration étrangere , Trav-Com.Fr DIP 1975.

-Lagarde (P.):

"Le dépecage dans le droit international privé des contrats Riv. Dir. Int. 1975.

-Loussouarn (Y.):

"L,administration des successions en droit international privés" Clunet 1970.

-Revillard:

"La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux Rep. Def. 1992.

-Roula Elhusseini:

"Le droit international privé francais et la repudiation islamique" Rev. Cri. 1999.

-Von Over beck (A.E):

- "Le projet de convention de la Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs" A.S.DI , 1981.

- "Les régimes matrimoniaux et les successions dans la nouvelle loi Suisse" Journées d, etude Cedidac, Lausane , 1987.