

حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص

(دراسة فقهية قانونية للقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي
الدولي بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية)

دكتور

أحمد عبدالموجود محمد فرغلى

مدرس القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق - جامعة أسيوط

مقدمة:

تحتاج الدول إلى نفسٍ متجددٍ تتطور به أنظمتها التشريعية حتى تتمكن من مسايرة المتغيرات الحاصلة في مجال الفكر الإنساني، ذلك أن الجمود هو وسيلة يسيرة لتهميش سياستها على طريق التطورات التي يشهدها العالم كل يوم، فقد عرف العالم منذ الحرب العالمية الثانية ثورةً فكريةً شملت في أساسها الجوانب الاجتماعية للبشرية وظهرت مفاهيم حديثة متطورة تناولت الأسرة مؤسسة وأفراداً، فبدأت بالاهتمام بالنواة الأولى للمجتمعات المعاهدات الدولية أعقبها اهتمامٌ تشريعي من أجل سن منظومة كاملة قادرةً على الارتقاء بمستوى الأسرة والمحافظة على حقوقها وصيانتها، ولكن مع ارتفاع مستوى الانفتاح وتنمي العلاقات الدولية بشكلٍ ملحوظٍ وفتح الحدود بين الدول ظهر ما يسمى بالزواج المختلط نتيجة تخالط الجنسيات ولم يعد الزواج قاصراً على أصحاب الجنسية الواحدة، وأصبحت ظاهرة الزواج المختلط أحد الظواهر التي تثير إشكالات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، ولم تعد القواعد الوطنية ملائمةً وقادرةً على إيجاد حلول للمنازعات الناشئة عن هذه العلاقات وأصبحت الحاجة ملحةً لقانون دولي خاص يحكم هذه العلاقات، ويضع حلولاً للمنازعات الناشئة عنها.

ونتيجة لما سبق تجلى القانون الدولي الخاص وزادت أهميته وأصبح حقيقة لا يمكن إنكارها في بعض المجالات، الأمر الذي دعا إلى ضرورة تحقيق نوع من الانسجام بين القواعد القانونية في مختلف الدول، وإن كان ذلك قد حدث في العلاقات الخاصة بمسائل الأموال إلا أنه قد استعصى حدوثه بمسائل الأحوال الشخصية التي ترتبط بوجهٍ عامٍ بالتقاليد والعقائد والتعاليم الدينية والنظام العام الاجتماعي والثقافي السائد في كل دولة والتي يستحيل توحيدها بين كل الدول، وزاد من تلك الصعوبة تزايد الروابط الأسرية وتشابكها نتيجة الاختلاط بين البشر.

ولقد كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول لكن بتطور التشريعات وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال وعلى أساس منطق العدالة الاجتماعية، وعلى

أساس المعاملة بالمثل أصبحت الدول تقبل بذلك، وعلى إثر هذا التبادل القانوني بين الدول بلغ التنازع نزوته خاصةً في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة، لذلك وجدت قواعد الإسناد، والجدير بالذكر أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصةً في المسائل الأسرية نظراً لاختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد، وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والآثار الناجمة عنه.

ومن هنا زادت أهمية الآثار المترتبة على الزواج المختلط الذي ينعقد بين زوجين يحمل كل منهما جنسية مختلفة عن الآخر، وتُعد الحضانة من أهم وأخطر الآثار التي تترتب على الزواج المختلط خاصةً في حالة النزاع على حضانة الطفل، حيث إن رعاية الطفل هي التزامٌ رئيس على الدولة قبل أن تكون على الوالدين أو المسؤولين شرعاً عن رعايته، حيث نص دستورنا المصري الحالي في المادة العاشرة منه على أن "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والاخلاق والوطنية، وتحرص الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها"، وفي المادة الحادية عشرة منه على أنه "..... كما تلتزم الدولة بتوفير الرعاية والحماية للأمم المتحدة والطفولة....."، وصدر قانون الطفل رقم ١٢ لعام ١٩٩٦م لينص في مادته الأولى على أنه "تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة، وترعى الأطفال، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لتنشئتهم التنشئة الصحية من كافة النواحي في إطار من الحرية والكرامة الإنسانية"، كما نص في مادته الثالثة على أنه "... تكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة، أيّاً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها"، وقرر أيضاً أنه "يتمتع كل طفل بجميع الحقوق الشرعية، وعلى الأخص حقه في الحضانة والمأكل والملبس والسكن ورؤية والديه ورعاية أمواله وفقاً للقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية".

وبالتالي فحق الطفل في الحضانة حق كفلته القوانين والشرائع ومنها أحكام الفقه الإسلامي باعتباره حقاً أساسياً غير قابل للإنكار ولا التفاوض للمجتمع بأسره أولاً

قبل الطفل لمراعاة حسن تربيته ونشأته ورعايته وتقويمه سلوكياً ونفسياً، وعليه فإن النزاع على الحق في الحضانة للطفل ثمرة الزواج خاصةً الزواج المختلط الذى ألقى بظلاله كمسألة غاية في الأهمية لا يمكن إغفالها ولا التهاون بشأنها.

وبالتالى كان لزاماً علينا البحث في أهمية الحضانة وتكييفها في القانون الوضعى والشريعة الإسلامية والأهلية اللازمة لها مع وجود عنصر أجنبى في العلاقة، ومدى اهتمام التشريعات وتنظيمها لهذه المسألة ليس فقط على مستوى القانون الواجب التطبيق، ولكن أيضاً على مستوى الاختصاص القضائى الدولى بشأنها^(١).

ولقد أبرمت مصر العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية ومسائل الحضانة وتنفيذ الأحكام المتعلقة بها، وأنشأت كذلك لجنة التعاون الدولى فى المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من الزواج المختلط بقرار من وزير العدل يحمل رقم ٦١٣ لسنة ٢٠٠٠م، وتجلى اهتمامه بإصدار قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م، ولم يغفل المشرع هذا الاهتمام فى قانون المرافعات، وفى القانون الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م فى المادة ٦٥ منه والتي قررت أن الأحكام والقرارات المتعلقة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجر أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبدون كفالة، كما قررت المادة ٦٧ من القانون ذاته أن تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحد الأماكن التى يحددها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم بالرؤية على مكانٍ آخر.

ونخلص من ذلك كله إلى أن التطور الهائل فى وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى فى جميع أنحاء العالم جعل الطفل ضحية للخلافات الناتجة عن انفصال الزوجين فى حالة الزواج المختلط التى

(١) د. صلاح الدين جمال الدين: حضانة الأطفال فى زواج الأجنبي، ٢٠٠٤م، دار الفكر الجامعى، القاهرة، ص ٤.

بدورها قد تؤدي إلى نزاعات بشأن الحضانة، كما لو قام أحد الزوجين واستناداً بما تقرر له من حق زيارة أو استضافة طفله الذي عهد بحضانتها إلى الزوج الآخر بتغيير محل إقامة الطفل وعدم السماح بعودته إلى حضانة الزوج الآخر المقرر الحضانة لمصلحته، ولذا فقد حرصت بعض الدول على تنظيم مسألة حضانة الأطفال ومعالجة القانون الواجب التطبيق على الحضانة واعتبرتها تشريعات دول أخرى ضمن العلاقات المتبادلة بين الآباء والأولاد وجمعتها بقاعدة إسناد واحدة، في حين أغفلت بعض التشريعات التطرق إليها، وهذا هو حال معظم التشريعات العربية، ومن أجل اكتمال جناح الحماية فإنه لا بد من تنظيم المشرع لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بمسائل الحضانة تنظيمياً يتحقق عن طريقه ضمان استقرار الأسر المصرية والمحافظة على كيان المجتمع الوطنى وضمان المحافظة على حق الفرد الوطنى فى التمتع بحماية دولته القضائية.

وتبرز أهمية الموضوع بأنه يتعلق بالحياة العلمية ويعتبر من القضايا المتشابكة؛ إذ تُعد الحضانة من أهم الآثار التى تترتب على الزواج المختلط والتي من الممكن أن تمتد إلى ما بعد الزواج في حالة الانفصال بين الزوجين إذا حصل نزاع على حضانة الأطفال، كما أن معظم التشريعات العربية لم تُعالج القانون الواجب التطبيق على الحضانة، كما هو الحال فى القانون المصرى، وهو ما أدى بدوره إلى تنوع الأحكام القضائية التى تناولت موضوع الاختلاف فى تكييف الحضانة.

ونتيجة لعدم تحديد المشرع بنصٍ تشريعى القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فقد أصبح من الحتمى دراسة التكييف القانونى للمسألة والقانون الواجب التطبيق عليها مع الاستعانة بموقف الفقه الإسلامى والشريعة الإسلامية فى هذا الشأن، إضافةً إلى دراسة الاختصاص القضائي الدولى بمنازعاتها، وهو ما سنتناوله تفصيلاً فى دراستنا من خلال الفصول الآتية:

الفصل الأول: النظام القانوني للحضانة.

الفصل الثاني: التكيف القانوني للحضانة .

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

الفصل الرابع : استبعاد القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

الفصل الخامس : الاختصاص القضائي الدولي بمنازعات الحضانة .

الفصل الأول

النظام القانوني للحضانة

وسنتناول فيه التنظيم القانوني لمسألة الحضانة من حيث المقصود بها وطبيعتها

وشروطها وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول : ماهية الحضانة في القانون والفقہ الإسلامي.

المبحث الثاني: طبيعة الحضانة وشروطها.

المبحث الأول

ماهية الحضانة في القانون والفقہ الإسلامي

لزاماً علينا قبل التعرض للتكيف القانوني للحضانة والقانون الواجب التطبيق

عليها التعرض لمفهوم الحضانة في اللغة والقانون والفقہ الإسلامي، وذلك وفق

المطالب التالية:

المطلب الأول

مفهوم الحضانة لغةً وقانوناً

تُعد الحضانة من الأمور المهمة للطفل المحضون، فلذة كبد الوالدين والأسرة

والمجتمع في أثناء قيام رابطة الزوجية وبعد انقضائها، فلا بد للطفل المحضون أن ينعم

برعايةٍ حقيقيّةٍ لا تُشعره بفراق والديه، وعلى الوالدين تفهم حالة المحضون وإلا فلا بد من

تدخل القانون بما له من سلطةٍ ملزمةٍ لحل ما يعانيه المحضون من مشاكل سواء أكانت

مشاكل نفسية أم اجتماعية أم حتى اقتصادية؟.

أولاً - مفهوم الحضانة لغة:

الحضانة لغة بفتح الحاء وكسرهما مأخوذة من الحضن وهو الضم إلى الجنب واحتضان الشيء ووضعه في الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح^(١)، ومنه الاحتضان وهو احتضانك للشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها وتحضنه في أحد شقيها، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، ويُقال الحاضن والحاضنة موكلان بالصبي يحفظانه ويرببانه^(٢)، وتأتى الحضانة بمعنى النصرة والايواء^(٣).

ومن العرض السابق يتبين لنا أن الحضانة تشمل معاني عدة:

المعنى الأول: حضن بمعنى ضم، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان.

المعنى الثاني: الحضن بمعنى التربية، فيقال حضن الصبي حضناً، والحاضن والحاضنة موكلان بتربيته يحفظانه ويرعيانه.

المعنى الثالث: الحضن بمعنى المنع، يقال حضنت الرجل عن هذا الأمر حضناً أى نحيت عنه وأبعدته عنه وانفردت به دونه.

ونختار من جانبنا معنى للحضانة هو الرعاية والتربية والحاضن الموكل في حفظه وتربيته ورعايته.

ثانياً - مفهوم الحضانة قانوناً:

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٩٥٦م، مادة (حضن)، ص ١٢٢-١٢٣.

(٢) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، دون سنة نشر، مادة (حضن)، ص ١٤٢.

(٣) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج ٤، مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر، باب الحاء، ص ١٠٧٣.

نجد أن التشريع المصري والمتمثل بقانون الأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م المعدل لم يُورد فيه تعريفاً للحضانة تاركاً للقضاء مهمة معالجة ما يُثار أمامه من نزاعاتٍ متعلقة بها (١).

أما عن القانون الأردني والمتمثل بقانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م النافذ أنه لم يورد تعريفاً للحضانة، وإنما ذكر شروطاً وترتيباً لمن له الحق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرة الحاضنة بموجب المواد (١٥٤ - ١٦٦) من القانون وترك أيضاً للقضاء الاجتهاد مسترشداً بما يستجد من أقوالٍ فقهية (٢).

وبخصوص القانون الكويتي، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة ١٨٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م النافذ ما يلي " يُراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعاً"، وقد عرف الحضانة قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م النافذ في المادة ١٤٢ منه بأنها: "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس".

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد جاء في المادة ٦٢ ق.١.ج بأن "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحةً و خلقاً"، أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المغربي فقد نصت المادة ٩٧ من المدونة المغربية على أن "الحضانة هي حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، و القيام بتربيته و مصالحه"، أما بالنسبة للقانون التونسي فقد عرفت مجلة الأحوال الشخصية في المادة ٥٤ بأنها: "حفظ الولد في بيته و القيام بتربيته".

(١) د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي: الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة، الجزء الثاني، دون سنة نشر، دار الاشعاع، القاهرة، ص ٦٢.

(٢) د. أحمد محمد علي داوود: الاجتهاد القضائي الأردني بخصوص الحضانة، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٤٠ - ٤٧.

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨م فلم يعرف الحضانة، وإنما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بأنه " يُقصد بإصلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدريب شئونه من قبل من له حق في ذلك قانوناً والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره " .

وبالنسبة للقانون السوري فقد نصت المادة ١٣٧ على أنه " يشرط أهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحةً و خُلُقاً"، ونلاحظ أن نص هذه المادة لم يعرف الحضانة بصورة واضحة وصريحة، وإنما عرفها من خلال شروطها.

ومن خلال النصوص السابقة يظهر لنا أن الحضانة في كل المواد السابقة المتعلقة بتشريعات الدول المختلفة قد أبرزت أن الحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده ممن له الحق بالحضانة في المدة التي لا يستغنى فيها الطفل عن النساء، وأن أساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشئونه في كل فترة من فترات حياته، وبالتالي يُقصد بالحضانة قانوناً في مجال بحثنا القانوني هو " القيام على تربية الطفل ورعاية شئونه ممن لهم الحق شرعاً في ذلك، بالإضافة إلى كون الحضانة حقاً للحاضن والمحضون"^(١).

فالحضانة فكرة واسعة تشمل الرعاية النفسية والمادية والتربية بكل أشكالها ومعانيها، والعمل جيداً على تتاغم الطفل المحضون مع الوسط الاجتماعي والثقافي روحياً ووجدانياً، وإعداده بشكل مناسب ليصبح فرداً نافعاً وصالحاً لأسرته ومجتمعه ووطنه.

المطلب الثاني

مفهوم الحضانة في الفقه الإسلامي

(١) دإبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٧٣.

لقد اهتم الإسلام بالأسرة اهتماماً بالغاً ودقيقاً شمل جميع علاقاتها وتفاعلاتها وظروفها، ومع هذا الحرص الشديد للإسلام على استمرارية الأسرة وديمومة بنائها جعل لمشكلاتها المتوقعة حلولاً استباقية وأحكاماً تُخفف من وطأة هذه المشكلات والآثار المترتبة عليها، وقد ناقشت الشريعة الإسلامية جميع المشكلات المنبثقة عن أى تغيير فى حياة الأسرة ومسارها، فشرعت الطلاق ليكون الملجأ والوسيلة لحالة انسداد شرايين استمرار العلاقة الزوجية، ورتبت آثاره احكاماً تشمل جميع أطراف الأسرة، ولقد جاء اهتمام الشريعة الإسلامية بالأبناء متنسفاً ومنسجماً مع احتياجاتهم البيولوجية والنفسية والتربوية والعاطفية، فكان تشريع الحضانة للأطفال بعد الطلاق مبنياً على متغيراتٍ عديدةٍ وظروفٍ مخصوصةٍ يستحكم فيها معيار المصلحة الأولى للطفل وحياته وأمانه.

وبالتالى فقد أحاطت الشريعة الإسلامية حق الحضانة بسياج منيع من الحماية بما يكفل للطفل العيش الكريم والتربية الحسنة والحقوق المستحقة؛ وذلك فى حال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية كما شرعها الإسلام، ومع مرونة أحكام الشرع فى حالة سوء التطبيق لهذه الأحكام تجعل على الحاضن قيوداً محكمة لا تزداد بعد قيود لا تتركه يتعدى أو يبغى.

ومن رحمة الله تعالى بالأطفال أن جعل الحضانة ابتداءً بالنساء لأنهن أكثر عطفاً وشفقةً من الرجال وأقدر على الرعاية والصبر والتربية، ولكن قد ينازع النساء فى حق الحضانة أب المحضون لحق يراه فى نفسه فى انتزاع المحضون من أمه أو من تتولى حضانتها من النساء، مما يُنشئ ازدواجية فى الحضانة بين الأم والأب، وهو ما يتولد عنه تعسفٌ من أيهما فى استعمال حقه فى الحضانة.

وقد عُرِّفت الحضانة فى اصطلاح الفقه الإسلامى بتعريفات ومعانى متعددة:

فقد عرفها المالكية بأنها: " حفظ وعناية العاجز عن القيام بامور نفسه ورعايته فى ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه"^(١).

وعرفها الحنفية بأنها: " تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره فى سنٍ معينةٍ لمن له حق الحضانة"^(٢).

وعرفها الشافعية بأنها: " حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته"^(٣).

وعرفها الحنابلة بأنها: " ضم المحضون وتربيته وكفالاته والقيام بمصالحه كغسل رأس الطفل وبديه وثيابه ودهنه وتكحيله والانفاق عليه وكل ما يتعلق بمصالحه"^(٤).

كما عرفها بعض الفقهاء المحدثين بأنها: "القيام بتربية الطفل ورعاية شئونه إلى أن يبلغ سنًا معينة"^(٥)، أو "ضم الولد وتربيته ممن له حق الحضانة فيه"^(٦)، أو "الولاية على الطفل و المجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصالح فى حفظه والاهتمام بشئونه"^(٧).

(١) الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير،

ج٢، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ٤٥١.

(٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، ج٣، رد المختار

على الدرر المختار، طبعه دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ، ص ٥٦٠.

(٣) الرملي، شمس الدين محمد بن احمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٧،

المطبعة البهية المصرية، ١٣١٧هـ، ص ٢٥٥.

(٤) اليهودي، منصور بن يونس بن إدريس اليهودي الحنبلي: كشاف القناع عن متن الإقناع،،

ج٣، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، من دون سنة نشر، ص ٣٢٥ - ٣٢٦.

(٥) د.مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وإنحلاله،، الجزء الأول، ط ٨،

٢٠٠٠م، دار الوارث للنشر، بيروت، ص ٢٦٨.

(٦) د.أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب،

١٩٩٨م، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ص ٢٧٥.

(٧) د.سمير عقبي: الحضانة في الفقه الإسلامي، ١٩٨٦م، دار المنار للنشر، القاهرة، ص ١١.

ومن المعلوم أن أقرب البشر إلى الطفل وأكثرهم عطفاً وخوفاً عليه هما والداه، ونتيجة لكون الطفل غير قادر على إدراك مصالحه في هذه السن المبكرة فهو في أمس الحاجة إلى من يتولى إرشاده وتربيته والقيام على أموره ومصالحه، وقد أعطيت الأولوية للنساء في هذا الأمر لكونها الأقدر على التحمل والصبر حتى يبلغ الطفل السن التي يستطيع بها الاعتماد على نفسه وتولى أموره بنفسه، وجاء الأب ليقوم بدور المكمل ليكمل جناحي التربية والتنشئة من خلال تقويمه وإشرافه ونصحه (١).

فالحضانة تعتبر واجبة لأن الإهمال فيها يُعرض الصبي للهلاك و الضياع، بالإضافة إلي أنها حق للصغير؛ كونه بحاجة إلى من يرعاه و يحفظه و يقوم على شئونه و يتولى تربيته و للأُم الحق في الحضانة لقول رسول الله صل الله عليه وسلم "أنتِ أحق به" إذا كانت الأولوية للنساء، و هذا نظراً للآثار الصحيحة التي أوردت بأن النساء أحق بالحضانة؛ إذ يرون أن امرأة جاءت إلي النبي صل الله عليه وسلم وقالت: يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء و حجري له حواء، و ثدى له سقاء، و أن أباه طلقني، و أراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم "أنتِ أحق به ما لم تتزوجي" (٢).

(١) د. الشحات إبراهيم منصور: حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٦.

(٢) سبق تخريج هذا الحديث عند الإمام أبي داود، والحاكم، والبيهقي، لكن أخرجه الدارقطني بلفظ: "ما لم تتزوجي"، بدلاً من "ما لم تتكحي"، في سنن الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، كتاب النكاح، باب المهر، بلفظ: "أن امرأة جاءت إلي النبي صلى الله عليه وسلم بابن لها ، قالت: يا رسول الله بطني كان له وعاء ، و ثديي كان له سقاء ، و حجري كان له حواء ، وإن أباه يريد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله ﷺ: "أنتِ أحق به ما لم تتزوجي"، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن عبد الله بن عمرو (٤/٤٦٩).

و يروون أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصمًا فرآه في الطريق و أخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه و تنازعا بين يدي أبو بكر الصديق فأعطاهما إياه، و قال لعمر الفاروق "ريحها و مسحها و ريقها خيرٌ له من الشهد عندك" (١).

بالإضافة أن الحضانة تتطلب اليقظة و الانتباه و الصبر و الخلق الجم، حتى أنه يُكره للإنسان أن يدعو على ولد أثناء تربيته لقوله صل الله عليه وسلم "لا تدعوا على أنفسكم، و لا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على خدمكم، ولا تدعوا على أموالكم، لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء، فيستجيب له" (٢).

و روى بن موسى عن بن عباس: "أن أوس بن عبادَةَ الأنصاري دخل على النبي صل الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إن لي بنات و أنا ادعو عليهن بالموت، فقال:

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خوستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ، بلفظ: "أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، ثم أتاها عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذ منها، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: "يا عمر، مسحها، وحجرها، وريحها خير له منك حتى يشب الصبي، فيختار"، كتاب الطلاق، عن قتادة، عن سعيد بن المسيب (١٨٠/٤)، وضعفه الشيخ الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (٢٤٤/٧).

(٢) حديث صحيح، أخرجه الإمام مسلم في المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، كتاب الزهد والرفائق، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر، بلفظ: "انزل عنه، فلا تصحبنا بملعون، لا تدعوا على أنفسكم، ولا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على أموالكم، لا توافقوا من الله ساعة يسأل فيها عطاء، فيستجيب لكم"، عن عبادة بن الوليد، عن جابر بن عبد الله (٢٣٠٤/٤).

يا بن ساعدة لاتدعُ عليهن فإن البركة في البنات هن المجملات عند النعمة و المعينات عند المصيبة و الممرضات عند الشدة ثقلهن على الأرض و رزقهن على الله" (١).

المبحث الثاني

طبيعة الحضانة وشروطها

ويثور التساؤل عن طبيعة الحضانة هل هي حق لله سبحانه وتعالى أم هي حق للمحضون أم حق للحاضن أم هي ذات طابع مشترك؟، أي هي حق مشترك بين الحاضن والمحضون؟، وما هي شروطها؟، وهو ما سنتناول الإجابة عنه تفصيلاً في المطالب الآتية:

المطلب الأول

طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلفت الاتجاهات والأقوال الفقهية في الفقه الإسلامي حول طبيعة الحضانة:

الاتجاه الأول : الحضانة حق لله تعالى.

يرى بعض الفقهاء من المالكية والاباضية أن الحضانة حق لله - سبحانه وتعالى - فشرعها الله لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله تعالى، فإذا أراد الحاضن إسقاطها لا تسقط، ولكنه لا يُجبر عليها ما لم يكن هناك عذر أو مانع شرعي يحول دون وفائه

(١) حديث ضعيف؛ لأنه في إسناده إبراهيم بن حيان المدني، وهو متهم بالوضع، راجع: المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (المتوفى: ٩٠٢هـ)، تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م، ص ٦٧٨، كشف الخفاء ومزيل الإلباس: إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي الجراحي العجلوني الدمشقي، أبو الفداء (المتوفى: ١١٦٢هـ)، المكتبة العصرية، تحقيق: عبد الحميد بن أحمد بن يوسف بن هنداري، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م (٣٤٦/٢).

بها ؛ فهي ولاية شرعية مقدره بحكم الشرع وملزمة ولا يجوز التحلل منها إلا باذن الشرع والشارع^(١).

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحضون.

يزكيه الفقه الحنفي بأنه الحضانة حق للمحضون ولا يمتلك الحاضن سلطة الامتتاع عنها ويجبر عليها بوصفها حقاً عينياً عليه حرصاً على مصلحة المحضون من أن ينزلق في طريق الضياع، ولا يجوز للحاضن التصرف في حقوق المحضون؛ فالحضانة حق خالص للمحضون^(٢)، وتلتزم الأم الحاضنة بحضانتها في صغره لكفاءتها وقدرتها التي تفوق قدرة الرجال في هذا الأمر في هذه السن، ولكن عندما يقارب المحضون سن البلوغ يتولى الرجال الحاضنين أمر حضانتها لأنهم يكونون الأقدر والأجدر في هذه المرحلة العمرية^(٣).

ويترتب على هذا الاتجاه عدم جواز تنازل الأم الحاضنة على استحقاق عن حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه من أب الحاضن، فهي بذلك تتصرف فيما لا تملك طالما أن الحضانة حق للمحضون وليس للحاضن، ويصبح بذلك تصرفها باطلاً وغير

(١) التسولي، أبي الحسن علي عبدالسلام التسولي المالكي: البهجة في شرح التحفة، ج١، مندون مكان طبع أو سنة نشر، ص ٤٠٤، إطفيش، محمد بن يوسف إطفيش: شرح النيل وشفاء العليل، تحقيق ضياء الدين عبدالعزيز اليمني، ج٧، المطبعة السلفية، من دون مكان طبع، ١٣٤٣هـ، ص ٢٠٦.

مشار إليهما د. نشوان زكي سليمان: الحضانة وشروط ممارستها، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد ٥٩، السنة ١٨، ص ٦٦.

(٢) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الحنفي: فتح القدير في شرح الهداية، للمرغيناي، ج ٣، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٥٦هـ، ص ٣١٦. السرخسي، شمس الدين ابي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي الحنفي، المبسوط، ج ٥، مطبعة السعادة، ط ١، القاهرة، ١٣٢٤هـ، ص ٢٠٧.

(٣) د. توفيق حسن فرج: أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٨٢م، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ص ٣٦٤.

جائز؛ فهي من حقها أن تسقط حقها ولا يجوز لها التصرف فيما لا تملكه وإسقاط حق غيرها، ولكن إذا ما خلعت أم المحضون أباه على أن تترك حقها في حضانتها فإن الخلع يصح، ولكن البدل يبطل لأنها فوتت حق المحضون وهي لا تملكه، وإذا كانت الحاضنة قد تم تعيينها للمحضون نظراً لتوافر شروط الحضانة بها ولا يوجد غيرها أو عدم توافر هذه الشروط في غيرها فإنها لا تملك الامتناع عن حضانة الطفل، وإذا امتنعت يجب إجبارها عليها محافظة على حق المحضون (١).

الاتجاه الثالث: الحضانة حق الحاضن:.

يرى الإمام مالك وبعض الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية أن الحضانة حق للحاضن خاصة الأم الحاضنة، فهي الأحق بالحضانة في حال الفرقة بينها وبين زوجها لشفقتها وحنانها عليه، وبالتالي فهو حق خالص لها تستطيع أن تمتنع عن القيام به ويسقط بالإسقاط إلا في حالاتٍ معينةٍ حرصاً فيها على تربية المحضون وتتسنته كحالة ما إذا كانت الحضانة واجباً تعييناً عليها كأن تكون الحاضنة مثلاً مسئولة عن نفقة محضونها لنتيجة انعدام الأب والأم والمنفق عليه، أو في حالة عدم قبول المحضون ثدياً غير ثديها (٢)، ولكن إذا أصرت على إسقاطها فإن أمهاتها لا يسقط

(١) د. محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ٢٠٠٧م، المكتبة العلمية، بيروت، ص ٤١٢.

(٢) الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٢، مطبعة السعادة، ط ١، مصر، ١٣٢٣هـ، ص ٣٦٥؛ السرخسي، شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي الحنفي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٩٧؛ المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني الحنفي الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر، ص ٥٣٧؛ الشافعي، أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، الأم، ويهامشه مختصر المزني، ج ٣، المطبعة الأميرية، ط ١، مصر، ١٣٢١ هـ، ص ٩٢؛ الباجوري، الشيخ إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي الشافعي، ج ٢، مطبعة السعادة، ط ١، مصر، ١٩٥٠م، ص ٣٣٠-٣٣١؛ بن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ج ٩، المكتبة الإسلامية، ط ١،

حقهن في الحضانة بوصفها فرض كفاية، فمتى قام بها أحد من أهلها سقط الحق فيها عن الباقيين مستدلين بقول الرسول صل الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تُنكحي"^(١).

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه أنه لو كان للمحضون مرضعة غير الحاضنة، فيكون من الواجب على المرضعة أن ترضعه في بيت الحاضنة لكي لا تفوت عليها حقها في حضانتها، وليس للأب حق انتزاع حق الحضانة من الحاضنة المتوافرة فيها الشروط ليدفع بالمحضون لمن هي دونها من الدرجة؛ لأن هذا يُعد تعدياً صارخاً على حق الحاضنة وتقويتاً له^(٢).

بيروت، ١٤٠٥هـ، ص ٨٧١؛ الطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، ج ٣، دار المعارف الإسلامية، دون دار طبع أو سنة نشر، ص ٨٦.

(١) أخرجه أبو داود في سننه: سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، بلفظ: "أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٣/٥٨٨)، والحاكم في المستدرک على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠، كتاب الطلاق (٢/٢٢٥)، والبيهقي في السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته (٧/٨)، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو، وحسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م (٧/٢٤٤).

(٢) د. محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤١٢.

الاتجاه الرابع: الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

ويحتضنه جانب من الفقه الحنفى وبعض الشافعية، ويرون أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، فلو وُجد من يستطيع أن يقوم بهذه المهمة فلا يتم إجبار الأم عليها، ولكن حق المحضون أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة الحاضن وأن الأولوية لما هو أنفع وأصلح له، وبالتالي فالحضانة واجب كفاية، ولكن إذا تم تعيينها فلا يمكنها الامتناع عن الحضانة وليس لها الحق في إسقاطها، لذا فإن إسقاط الزوجة حقها في الحضانة عند المخالعة مردود، فالمخالفة واقعة والشرط باطل؛ لأن فيه ضياع لحق المحضون، فإذا أسقطت الحاضنة حقها بقي حق المحضون؛ لأن حق الحاضنة لا يقوم على أساس التفريط بحق المحضون لأن الأخير هو أقوى الحقين^(١).

فلا بد للحاضنة من الاعتناء بالمحضون والقيام على شئونه وتربيته لأنه في أمس الحاجة لذلك في المرحلة الأولى من حياته، وكما سبق وأن قلنا أن الأم هي الأكفأ والأجدر على القيام بهذه المهمة في هذه المرحلة، وفي المرحلة اللاحقة التي يستغنى فيها المحضون عن حاجته للنساء ورعايتهن وتدبير أموره ينتقل الواجب إلى الأب ليستكمل المهمة^(٢).

المطلب الثاني

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص ٥٦٠؛ الشلبي، شهاب الدين احمد الشلبي الحنفى، حاشية الشلبي على تبیین الحقائق، ج٣، دون مكان طبع أو سنة نشر، ص ٤٧؛ ابن حجر الهيتمي، أحمد شهاب الدين بن محمد بن حجر الهيتمي الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج ٤، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢١٦.

(٢) د. بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دون سنة نشر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص ٦٢.

طبيعة الحضانة فى التشريعات الداخلية والدولية

لما كانت الحضانة تجمع بين ثلاثة حقوق (حق الصغير، حق الأم، حق الأب)، لذا نجد أن الفقه والقانون قد اختلف على من يملك الحق فيها، وللتعرف على ذلك فسنبحث موقف التشريعات الداخلية وموقف بعض الاتفاقيات الدولية:
أولاً : موقف التشريعات الداخلية.

بالنسبة لموقف التشريعات العربية فقد خلت نصوص قانون الأحوال الشخصية المصري والأردني والإمارتي من تحديد هل الحضانة حقٌّ خالصٌ للأم أم للصغير، إلا أن القضاء اعتبرها حقاً مشتركاً مع تفضيل مصلحة الصغير فى حاله تعارض المصالح^(١٩)، أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ فقد نص فى المادة ٩٣ منه على أن "حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط، وإنما يتمتع بموانعه ويعود بزوالها"، فى حين أن قانون الأحوال الشخصية اليمنى نص فى المادة ١٢٠ منه على أن الحضانة حق للصغير فلا يجوز النزول عنها، وتبنى القانون التونسى موقفاً مغايراً ؛ إذ أنه بموجب المادة (٥٥) منه إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تُجبر عليها.

أما المادة ٥٧ / ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقى فقد نصت على أن "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك"، ويُفهم من هذا النص أن الحضانة حق للصغير والأم معاً، إلا انها تُجبر على الحضانة إن لم يوجد غيرها، حتى لو أسقط حقها فيها؛ وأنه لو أختلعت الأم من زوجها على ترك حضانة ولدها، كان الخلع صحيحاً والشرط باطلاً، وأن حق المحضون أقوى من حق الوالدين.

وفيما يتعلق بالتشريعات الأوروبية فقد نظر المشرع الفرنسى إلى الحضانة على أنها حق للأم مادام الطلاق صدر لصالحها، وإلا انتقل الحق إلى الأب، أما المشرع الإنجليزى فقد كان ينظر إلى الأمر على أن هناك سلطة يتمتع بها الأب على أولاده القصر دون أن يكون هناك حديث عن واجبات الوالدين تجاه الأولاد، وذلك إلى حين

صدر قانون الطفل عام ١٩٨٩ م والذي بين هذه الواجبات، مع احتفاظه بالصيغة المسيحية التي تعطى الحق للأم إذا لم تتسبب في الطلاق^(١).

وبالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية فقد نصت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩^(٢) في المادة ١/٣ منها على أنه "في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى"، كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن "تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهيته، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة".

(١) د. أشرف وفا محمد: حماية غير نوي الاهلية على الصعيد الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٢، ص ٣٠٢، كما أن المحاكم الإنجليزية تميل بصورة عامة إلى إعطاء حق الرعاية إلى الأم عندما يكون الطفل رضيعاً، أما في غير مدة الرضاعة فستنتقل الحضانة إلى الأب إذا كان يُنظر للأم على أنها المتسببة في الطلاق - حول ذلك انظر:

Dicey and morris : conflict of laws , 9ed., Stevens and sons limited , London , 1974.

(٢) صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٥/٤٤) بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠ م، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من ١٩٩٠/٦/٢ م، و تضمنت ديباجه و (٥٤) مادة، وقد صدق عليها جميع الدول الأعضاء بالأمم المتحدة باستثناء الولايات المتحدة والصومال - لمزيد من التفاصيل حول ظروف وملابسات عقد هذه الاتفاقية انظر د. ماهر جميل أبو خوات: الحماية الدولية لحقوق الطفل، ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٤ وما بعدها.

أما اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦م المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال^(١) فقد نصت في المادة الثالثة منها في الفقرة (ب) أن حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية.

ومما سبق بيانه يبين لنا أن معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية كالقانون المصري والأردني والكويتي والعراقي قد اتجهت إلى أن الحضانة حق للأم والصغير معاً، فلو وُجد من يقوم بها غير الأم فلها إسقاطها والتنازل عنها، والامتناع عن القيام بها، وإذا تعينت فلا حق لها في تركها وإسقاطها لأن حق الصغير أقوى من حقها، أما التشريعات الأوروبية فقد نظرت للحضانة على أنها أثر من آثار الطلاق، فالرأى الراجح لديهم أنها حق مشترك ما بين الأبوين والصغير، ولكن حق الصغير فيها أقوى، بدليل أنه وبالرغم من أن حق الحضانة سيسقط عن الوالد المتسبب في الطلاق، إلا أنه يجوز أن يحتفظ بالحضانة إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك، وبخصوص اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦م فإننا نجد أن أكثر من طرف يشترك في هذا الحق كمؤسسات الدولة، إضافةً إلى الوالدين والصغير، إلا أن مصلحة الصغير هي الأقوى لأنها الأساس الذي عُقدت من أجلها هذه الاتفاقية.

(١) دأب مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، وهو منظمة دولية حكومية يبلغ عدد الدول الأعضاء فيها نحو سبعين دولة من مختلف القارات على توفير الأمن والحماية للأفراد الذين تتخطى حركتهم وأنشطتهم حدودهم الوطنية، وتقع على عاتق هذا المؤتمر مسؤولية المواءمة بين قواعد القانون الدولي الخاص على المستوى العالمي، وذلك من خلال إعداد ودراسة وتبني اتفاقية لاهاي متعددة الأطراف والتي يبلغ عدد الدول الأطراف بها حالياً أكثر من (١٢٠) دولة من مختلف أنحاء العالم، وقد تم منذ الحرب العالمية الثانية إقرار ٣٧ اتفاقية - لمزيد المعلومات حول هذه الاتفاقيات انظر الموقع الإلكتروني لمؤتمر لاهاي www.hcch.net.

ونخلص من كل ذلك إلى أن الاختلاف الشديد حول تكيف الحضانة هو الذى أدى إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وهذا ما سنتناوله تفصيلاً فى هذا البحث.

المطلب الثالث

شروط الحضانة

لقد اشترط الفقهاء جملةً من الشروط فى الحاضن لصحة حضانته، ولكن هناك من الشروط ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف عليه، ولكنها جميعاً تصب فى مصلحة رعاية المحضون وتمثل فى:

أولاً- الشروط المتفق عليها والواجب توافرها فى الحاضن :

١- العقل: يتفق جمهور فقهاء المسلمين^(١) على أنه لا حضانة من الرجال والنساء لمن يعتريه الجنون، فلا يصح أن يكون الحاضن فاقداً لعقله لأى سبب من الأسباب وسواء أكان هذا الجنون جنوناً مطبقاً أم جنوناً منقطعاً، فكليهما مانع من تولى الحضانة لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه ضرر كبير على المحضون، على أساس أن الغرض من الحضانة هى مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له وينبغى الابتعاد عن أى أذى أو ضرر يمكن أن يُخل برعاية المحضون^(٢)، فالفاقد لعقله لا يستطيع القيام بأمر نفسه فكيف سيقوم على شئون غيره إلا إذا كان جنونه نادراً ولمدة ضئيلة جداً لا تصل إلى حد الاضرار بالمحضون، وكذلك المعتوه وناقص الاهلية لحاجتهما إلى ولاية الغير،

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص ٥٥٥-٥٥٧، ٥٦٥؛ الغزالي، الوسيط، ج٦، ص ٢٣٥؛ النووي، المجموع، ج١٨، ص ٣٢٣؛ النووي، روضة الطالبين، ج٩، ص ٩٩؛ الشرييني، مغنى المحتاج، ج٥، ص ١٩٥، ١٩٧؛ ابن قدامة، الكافي، ج٣، ص ٢٤٥؛ المرادوى، الانصاف، ج٩، ص ٤٢٣ وما بعدها؛ البهوتى، كشاف القناع، ج٥، ص ٤٩٨-٤٩٩؛ ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ١٤٣؛ الرضيمان، الحضانة فى الإسلام، ص ١٦-١٧.

(٢) د. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م، دار الفكر العربى، القاهرة، ص ٢٣٥.

ومن غير المتصور أن يكون الإنسان قاصراً في حق نفسه وتثبت له الولاية على غيره^(١).

٢- البلوغ: وهو شرط بدهي؛ فالصغير الذي لم يبلغ سن الرشد سيكون غير قادر على تولى أمور نفسه فكيف سيرعى مصالح وحقوق غيره؟^(٢) والحضانة مهمة شاقّة لا يستطيع ان يتحملها إلا الكبار، وأما المراهقة فتستحق تولى الحضانة إذا ما توافرت فيها شروطها وأدعت البلوغ حكماً بالعلامات ما دام الظاهر يشهد صدق إدعائها بالبلوغ^(٣).

٣- القدرة والأمانة: لا بد من أن يكون الحاضن قادراً على تولى الحضانة بما تشمله القدرة من استعداد تام للحاضن والتفرغ له وعدم الانشغال عنه بما يرجع عليه بالضرر والسوء^(٤)، أي أن يستعد الحاضن بوقته وجهده، فلا يكن كثير الخروج ولو في مباح لأنه يصبح بذلك غير قادر على إصلاح المحضون ومراقبته جيداً، مما قد يؤدي إلى ضياعه وسوء أخلاقه.

والأمانة صفة مطلوبة في الحاضن ليكون بها أهلاً لممارسة الحضانة وليضمن بها حداً أدنى من التربية السليمة، فلا تصح حضانة الفاسق رجلاً كان أم امرأة أو من اشتهر عنه السكر والزنا واللهو الحرام، وإلا انتزع منهما المحضون

(١) د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والأدلة المذهبية وأهم

النظريات الفقهية، ١٩٩٧م، دار الفكر المعاصر، دمشق، ص ٧٣٥.

(٢) ذات المصدر السابق.

(٣) د. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً، مرجع سابق، ص

٢٣٥، ٢٣٦..

(٤) ذات المصدر السابق.

خوفاً على أخلاقه فهم غير آمنين عليه ولا يؤتمنان عليه (١) وأنهما لن يوفيا الحضانة حقها (٢) إلا أنه تكفى العدالة الظاهرة بهما كما فى شهود النكاح (٣).

٤- السلامة: أى السلامة من سائر العيوب المانعة من الحضانة أو المضرة بالمحضون، وبالتالي إذا كان بالحاضن عيبٌ أو مرضٌ لا يُرجى زواله ويمنعه من الحضانة كالفالج والسل والشلل والعمى والبرص والجذام وغيرها مما يشغل الحاضن عن المحضون فلا تصح حضائته (٤)، وجدير بالإيماء أن ما ذكره الفقهاء من أمراض هى على سبيل المثال وليس الحصر، ولم يتطرق الفقهاء إلى أمراض قد تكون مُعدية ظهرت حديثاً وتؤذى المحضون، وهو ما يوجب أن يُوكل الأمر إلى لجنةٍ طبيةٍ متخصصةٍ لتحديد طبيعة المرض وتقدير مدى إيذائه للمحضون، ويقوم القاضى بإيداع المحضون لدى من يستحق مؤقتاً، وهو الذى يلى الحاضن المريض فى استحقاقه للحضانة حتى يتم شفاؤه.

٥- العدالة والصالح: بمعنى ألا يكون الحاضن فاسقاً فسقاً يضر بالمحضون (٥)، وقد شدد الشافعية (٦) والحنابلة (٧) على ذلك واشتراطوا العدالة فى الحاضن وقالوا: بأن الفاسق يُمنع منعاً مطلقاً من تولى الحضانة سواء أضر فسقه المحضون أم

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٤٥٤؛ ابن

عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٢، ص ٨٧٢.

(٢) البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٣، ص ٣٢٨.

(٣) الشريينى، شمس الدين محمد بن احمد الشريينى الشافعي، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٣، مطبعة البابى الحلبي، دمشق، ١٩٣٣، ص ٤٥٤.

(٤) ذات المصدر السابق.

(٥) ذات المصدر السابق.

(٦) الغزالي، الوسيط، ج٦، ص ٢٣٩؛ النووى: المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠؛ النووى، روضة الطالبين، ج٩، ص ١٠٠؛ الشريينى، مغنى المحتاج، ج٥، ص ١٩٥.

(٧) ابن قدامة، الكافي، ج٣، ص ٢٤٥؛ المرادوى: الانصاف، ج٩، ص ٤٢٣ وما بعدها؛ البهوتى، البهوتى، كشاف القناع، ج٥، ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

لم يضره لأنه لا يوفى الحضانة حقها، فالحضانة إنما جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق؛ لأنه ينشأ عن طريقه ومنزعه^(١)، ولكن الإمام ابن القيم^(٢) أنكر عليهم ذلك لأن اشتراط العدالة هنا من شأنه أن يضيع أطفال الدنيا ويلحق المشقة والعنت على الأمة.

وجديرٌ بنا للإيماء أن بعض الحنابلة^(٣) وغيرهم رفضوا حضانة الأعمى وضعيف البصر لما في ذلك من ضرر محقق بمصالح المحضون، كما أفتى الإمام ابن تيمية بأن الأم التي أصابها مرض البرص أو الجذام يسقط حقها في الحضانة وصرح بذلك العلاني في قواعده مسبباً ذلك بالخشية على المحضون من لبنها ومخالطتها؛ فالمصابون بمرض الجذام ممنوعون من الاختلاط بالأصحاء، وبالتالي فمنع الحاضنة من الحضانة أولى^(٤).

ثانياً- الشروط المختلف عليها:

هناك جملة من الشروط تشترط في الحاضن ولكن اختلف الفقهاء فيها وهي

كالتالي :

١- الإسلام: لقد اختلف الفقهاء حول اشتراط الإسلام إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وقال به الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) وأبى سعيد الاصطخري^(١)، ويرون أن أن الإسلام ليس شرطاً في الحاضن، واستثنى الحنفية من ذلك الكفر بالردة.

(١) النووي، المجموع، ج١٨، ص ٣٢٠، ٣٢٣؛ ابن قدامة، الكافي، ج٣، ص ٢٤٥؛ والمغني، ج٨، ص ٢٣٧.

(٢) ابن القيم، زاد المعاد، ج٥، ص ٤١١-٤١٢.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج٥، ص ٤٩٨-٤٩٩.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج٥، ص ٤٩٩.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٤، ص٤٣، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص ٥٥٥-٥٥٧.

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص٥٢٩.

وقد استدلووا بحديث عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فأنتت النبي صل الله عليه وسلم وقالت: ابنتى وهى فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتى، فقال النبي صل الله عليه وسلم : اقعد ناحية، وقال لها: اقعدى ناحية، قال: واقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صل الله عليه وسلم: اللهم أهدها ؛ فمالت إلى ابيها فأخذها (٢).

كما جاء فى بعض طرق الحديث عن عثمان أبو عمرو البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، أن جده أسلم فى عهد النبي صل الله عليه وسلم ولم تسلم جدته، وله منها ابن، فاخصما إلى الرسول صل الله عليه وسلم، فقال لهما الرسول: إن شئتما خيرتما الغلام، قال: وأجلس الأب ناحية وأجلس الأم ناحية، فخيره فانطلق نحو أمه ، فقال الرسول صل الله عليه وسلم: اللهم أهده، قال: فرجع إلى أبيه (٣).

(١) النووى: المجموع، ج١٨، ص ٣٢٠-٣٢١، ص ٣٢٤، الشريبي:مغنى المحتاج، ج٥، ص ١٩٥.

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد(٥٥٩/٣)، والبيهقي فى السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا وهما فى قرية واحدة، فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج، وكانوا صغاراً، فإذا بلغ أحدهم سبع أو ثمان سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه، وكان عند أيهما اختار(٥/٨)، عن عبد الحميد ابن جعفر، عن أبيه، عن جده رافع بن سنان، وصححه الشيخ الألباني فى صحيح سنن أبي داود:الشيخ محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠ هـ)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢م(١٣/٧).

(٣) أخرج الحديث بهذا اللفظ الإمام أحمد فى مسنده:مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، عن عثمان أبي عمرو البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، عن جده(١٦٧/٣٩-١٦٨)، وأخرجه ابن ماجه فى سننه: سنن ابن ماجه:ابن ماجه - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة:

ووجه الدلالة: لو كان الإسلام شرطاً للحضانة ما قام النبي صل الله عليه وسلم بتخيير المحضون بين أمه وأبيه (١).

وأجيب عن استدلالهم بالحديث بأن الحديث منسوخ لأن الأمة أجمعت كما قال الشريبي على أنه لا يُسلم الصبي المسلم إلى الكافر، وأنه لا يصح عند أهل النقل؛ ففي إسناده مقال وفيه اضطراب، وقد روى على غير هذا الوجه، فتارة روى أنها بنت، وتارة روى أنه ولد، وتارة قيل عبد الحميد بن جعفر، وتارة قيل عبد الحميد بن سلمة، وإن صح الحديث فيحمل على أن النبي صل الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته وأنها تختار الأب المسلم فكان ذلك خاصاً في حقه صل الله عليه وسلم، فعلم بذلك على أنه لا دلالة فيه على اشتراط الإسلام في الحاضن؛ إذ لو كان للأُم الحق في الحضانة حال كفرها لأقره النبي ولما دعا النبي بهذا الدعاء (٢).

الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، أبواب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبيه، عن عثمان البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، عن جده: أن أبيه اختصما إلى النبي - ﷺ -، أحدهما كافر والآخر مسلم، فخيرته فتوجه إلى الكافر، فقال: "اللهم اهده فتوجه إلى المسلم، فقضى له به" (٤٣٩/٣)، والنسائي في السنن الكبرى: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، حقه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م، كتاب الفرائض، الصبي يسلم أحد أبيه، عن عثمان البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، عن جده، أن أبيه اختصما فيه إلى النبي - ﷺ -، أحدهما مسلم، والآخر كافر، فتوجه إلى الكافر، فقال النبي - ﷺ -: "اللهم اهده، فتوجه إلى المسلم، فقضى به له" (١٢٦/٦)، وقد ذكر الشيخ شعيب الأرنؤوط في تعليقه على هذا الحديث في سنن ابن ماجه ما يلي: "حديث صحيح، وقد وهم عثمان البتي - وهو ابن مسلم - فقال فيه: "عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، عن جده" وهذه سلسلة لا تعرف إلا من طريقه، وخالفه في ذلك جماعة فقالوا: "عن عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده" وفي رواية الجماعة أنه هو الذي أسلم ولم تسلم امرأته". راجع سنن ابن ماجه (٤٣٩/٣).

(١) النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٤.

(٢) الشريبي، مغنى المحتاج، ج ٥، ص ١٩٥، النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠ - ٣٢١، ٣٢٣.

ويُرد على ذلك بأن الإمام النووي بين أن دعوى النسخ لا تصح، وأن الشريبي استدل للنسخ بأدلة عامة كقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"^(١)، ومثل هذه الأدلة لا تقوى على دعوى النسخ^(٢)، وقد صحح الحديث جماعة من أهل العلم منهم الحاكم والذهبي والألباني والنووي وابن القطان، وقال النووي "ولكن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به، والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة، وهو كفر الأم وثبوت التخيير، وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم"^(٣)، وقال الألباني "قلت: إسناده صحيح على شرط مسلم، وصححه الحاكم والذهبي وابن القطان"^(٤).

القول الثاني: وقال به الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)، أن الإسلام يشترط في الحاضن؛ لأن الحضانة جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه، وذلك أعظم الضرر^(٧).

القول الثالث: وقال به ابن حزم من الظاهرية، أن الإسلام ليس شرطاً للحضانة، ويحق للكافة حضانة طفلها حتى يبلغ ابنها من السن والاستغناء مبلغ الفهم، ثم تسقط حضانتها، ومن هنا قدر ابن حزم أن مصلحة المحضون تكون مع أمه الكافة

(١) سورة النساء - الآية ١٤١.

(٢) النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠ - ٣٢١، ٣٢٣، ابن قدامة، الكافي، ج ٣، ص ٢٣٨.

(٣) النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٤.

(٤) الألباني، صحيح سنن أبي داود (الأم)، ج ٧، ص ١٣، حديث رقم (١٩٤١).

(٥) الغزالي، الوسيط، ج ٦، ص ٢٣٨، النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠ - ٣٢١، ٣٢٣.

الشريبي، مغنى المحتاج، ج ٥، ص ١٩٥.

(٦) ابن قدامة، الكافي، ج ٣، ص ٢٤٥، البهوتي، كشف القناع، ج ٥، ص ٤٩٨، ابن قدامة،

المغنى، ج ٢٣٧، ٨.

(٧) النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢١، النووي، روضة الطالبين، ج ٩، ص ٩٨.

مدة عدم استغنائه عنها مراعاة لمصلحة المحضون وأن مصلحة المحضون تكون مع أمه كافرّة كانت أم مسلمة^(١).

ولكن في الحقيقة يجب أن تقدر كل حالة على حده وتقدر بقدرها وينظر لها نظرةً مستقلةً بما يحقق مصالح المحضون، فإذا كانت مصالحه ستتحقق مع الحاضن الكافر فيبقى معه، وإن كانت في عدم بقاءه معه فيُنزع منه.

وقد أفتت دار الافتاء المصرية (فتوى رقم ١٧٩- وفتوى رقم ٣٤١٠) بأن اختلاف الدين لا يؤثر على حق الحاضنة إلا إذا خيف على الولد أن يألف ديناً غير الإسلام.

٢- الحرية: اختلف الفقهاء حول اشتراط الحرية في الحاضن إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وقال به الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)، و أن الحرية شرط شرط في الحضانة، لأن فاقد الحرية لا يقدر على الحضانة مع خدمة مولاه^(٥).

القول الثاني: وقال به المالكية^(٦) وابن حزم، وهو أن الحرية ليست بشرط في الحضانة؛ لأن القرآن والسنة لم يرد في إحداها نص في التفريق بين الحرة والأمة؛ والحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى^(٧).

(١) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ١٤٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٤٢، ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٤، ص ١٨٥.

(٣) النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠، الشرييني: مغنى المحتاج، ج ٥، ص ١٩٥.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج ٣، ص ٢٤٥، البهوتي: كشف القناع، ج ٥، ص ٤٩٨-٤٩٩،

المرداوي، الإنصاف، ج ٩، ص ٤٢٣.

(٥) الغزالي، الوسيط، ج ٦، ص ٢٣٨-٢٣٩، النووي، المجموع، ج ١٨، ص ٣٢٠، النووي، روضة

روضة الطالبين، ج ٩، ص ٩٩.

(٦) الدردير، الشرح الكبير، ج ٢، ص ٥٢٨-٥٢٩.

(٧) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ١٤٥.

القول الثالث: وهو قول أبو حامد الاسفراييني، وهو أن الحرية ليست بشرط لمن كانت أمة ولها ولد من سيدها إلى أن يبلغ المحضون سبع سنين ؛ ثم تنتقل الحضانة للسيد^(١).

٣- عدم زواج الأم بزوج أجنبي عن المحضون: وقد اختلف الفقهاء حول هذا الشرط لثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، واستدلوا بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص من أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ؟، فقال أنت أحق به ما لم تُنكح^(٦)، حيث إن المرأة إذا تزوجت انشغلت عن الحضانة باستمتاع زوجها فلا تقوم بالحضانة.

القول الثاني: وهو قول محكى عن الحسن البصرى^(٧) وقول ابن حزم^(١)، وهو وهو أن عدم زواج الأم بأجنبي ليس بشرط لصحة حضانتها، واستدلوا بقوله

(١) النووى، روضة الطالبين، ج٩، ص٩٩، ابن قدامة: الكافي، ج٣، ص ٢٤٥.

(٢) الكاسانى، بدائع الصنائع، ج٤، ص ٤٣،٤٤، ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤، ص١٨٣، ابن عابدين: رد المحتار، ج ٣، ص ٥٥٨-٥٥٩.

(٣) ابن عبد البر، الكافي، ج٢، ٦٢٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٢، ص ٥٢٩.

(٤) الغزالي: الوسيط، ج٦، ص ٢٣٩، النووى: المجموع، ج١٨، ص ٣٢٥،٣٢١، النووى، روضة روضة الطالبين، ج٩، ص١٠٠، الشرييني:مغنى المحتاج، ج٥، ص١٩١، ص ١٩٥-١٩٦.

(٥) ابن قدامة: الكافي، ج٣، ص ٢٤٥، المرادوى، الإتيصاف، ج٩، ص ٤٢٤، البهوتى: كشف القناع، ج٥، ص ٤٩٩، ابن القيم، زاد المعاد، ج٣، ص ٣٣١-٣٣٢.

(٦) أخرجه: أحمد، المسند، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما، حديث رقم (٦٧٠٧)، وابو داود، السنن، كتاب: الطلاق، باب: من احق بالولد، حديث رقم (٢٢٧٦).

(٧) النووى: المجموع، ج١٨، ص ٣٢٥.

تعالى"وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم"^(٢) ؛ فدللت الآية الكريمة على أن المحضون يبقى مع أمه حال زواجها، ولأن النبي صل الله عليه وسلم قد تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها، واستدل ابن حزم بأن الأم حملت بالولد وهو في يدها، وكان في حجرها مدة الرضاع بنص قوله تعالى"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"^(٣)، فلا يجوز نقله عن الأم أو نقلها عنه فيما ورد فيه النص، ولم يرد نص صريح يقضى بأن الأم يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت^(٤).

وقد أُجيب على أدلتهم بأن المقصود من آية الاحزاب أنه إذا لم يكن هناك أب أو كان هناك أب ورضى بأن يكون مع أمه في حجر زوجها، وما زينب فلأنه لم تكن هناك من النساء من تستحق الحضانة، وزوجها من أهل الحضانة^(٥)، وأما قول ابن حزم بعدم ورود نص صريح يسقط حق الأم بالحضانة إذا تزوجت ؛ فيُجاب عنه بحديث عمرو بن العاص وهو صحيح صريح في ذلك.

القول الثالث: وهو أن عدم زواج الأم بأجنبي شرط لصحة حضانتها إذا كان المحضون ذكراً حتى ولو رضى الزوج، وليس بشرط إذا كان المحضون أنثى إلى أن تبلغ سن سبع سنين ؛ لأن رسول الله صل الله عليه وسلم جعل بنت حمزة عند خالتها إلى سبع وهي متزوجة، وهذا القول هو رواية عن الإمام احمد، والقول الأول هو الصحيح عند الحنابلة^(٦).

(١) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ١٤٣.

(٢) سورة الاحزاب - الآية ٢٣.

(٣) سورة البقرة - الآية ٢٣٣.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج ١٠، ص ١٤٣.

(٥) ابن قدامة: الكافي، ج ٣، ص ٢٤٦.

(٦) ابن قدامة، الكافي، ج ٣، ص ٢٤٥-٢٤٦، البهوتى، كشف القناع، ج ٥، ص ٤٩٩، ابن

القيم، زاد المعاد، ج ٣، ص ٣٣١-٣٣٢.

والراجع من هذه الأقوال هو القول الأول لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص نص صريح فى اشتراط عدم زواج الأم بأجنبى عن المحضون حتى تبقى حضانتها صحيحة، وهو الأصلح للمحضون لأن زواجها فيه مظنة الانشغال عن المحضون وتقصيرها فى حق رعايته.

الفصل الثانى

التكليف القانونى للحضانة

على الرغم من أن الحاجة إلى التكليف القانونى فى العلاقات ذات الطابع الدولى هى ذاتها الحاجة إلى التكليف فى العلاقات الوطنية (الداخلية)، وهو الأمر اللازم لخلع وصف قانونى معين على النزاع المعروض، إلا أن الاختلاف يبدو جلياً فى أن الغرض من تكليف العلاقات الداخلية هو تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليها، بينما التكليف فى العلاقات الخاصة الدولية أى التى تحتوى على عنصر أجنبى كما فى منازعات الحضانة عندما يحمل الوالدان جنسيتين مختلفتين أو ذوي موطنين مختلفين غرضه الوصول على قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق من أجل أن ترشدنا للقانون الواجب التطبيق الذى يحمل الأحكام والقواعد الموضوعية المنهية للخصومة الناشبة والقادرة على تسويتها تسوية عادلة ونهائية.

ويبدو التكليف فى مسائل الحضانة ذا صعوبةٍ بالغيةٍ نظراً لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة حتى يتسنى ادراجها تحت أحد الافكار المسندة وإسباغ الوصف القانونى المناسب لها ليتمكن القاضى المعروض عليه النزاع الخاص بمسألة من مسائل الحضانة تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم الوصول لحل نهائى للنزاع.

وبالتالى فإن صعوبة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على الحضانة وراءها الاختلاف حول التكليف القانونى لها، ولهذا التبرير فقد آثرت الخوض فى مسألة التكليف القانونى للحضانة لاتصالها الوثيق والمباشر بالقانون الواجب التطبيق على منازعاتها، وسنلقى فى هذا الفصل على طبيعة الحضانة القانونية مع عرض الاختلافات الفقهية بهذا الشأن وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول

التكييف فى القانون المصرى

بالطبع تعتبر مسألة التكييف من أهم المشاكل التى تعترض طريق القاضى إزاء قيامه بتفسير قاعدة الإسناد تمهيداً للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة عليه، ولذلك سنتعرض للتكييف فى هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:
المطلب الأول: مفهوم التكييف وأهميته.

المطلب الثانى: القانون الذى يحكم التكييف.

المطلب الثالث: موقف المشرع المصرى من مسألة التكييف.

المطلب الأول

مفهوم التكييف وأهميته

أولاً : مفهوم التكييف.

هو عملية فنية تهدف إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسألة التى تثيرها وقائع المنازعة ذات الطابع الدولى وذلك بغرض إدراجها تحت طائفة معينة من طوائف الروابط والمسائل التى وضع لها المشرع قاعدة إسناد^(١)، ومن هذا التعريف يبين لنا أنه إذا ما عرضت على القاضى المصرى منازعة معينة متضمنة عنصراً أجنبياً، فإن السؤال الذى يثار حينئذٍ ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة ؟ ولن يتسنى للقاضى تحديد ذلك القانون ما لم يقم بتكييف المنازعة وإدخالها تحت أحد الافكار

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الدولية الخاصة،، الطبعة الأولى،

دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦٨، ١٦٩.

المسندة حتى يتيسر له معرفة ذلك القانون، فالتكييف أمرٌ حتمي لإعمال قاعدة الإسناد وإلا فإن تلك القاعدة ستتعلل حتماً عن العمل^(١).

وبالتالي فمهمة القاضى البحث عن الفكرة المسندة التى تدخل فى مضمونها المسألة محل المنازعة المعروضة عليه، فواجب عليه تكييف النزاع للوصول إلى قاعدة إسناد معينة من ضمن قواعد الإسناد فى قانونه، وهى التى سترشده بدورها للقانون الواجب التطبيق على المنازعة^(٢).

وجدير بالإيماء أن التكييف لا يقتصر على القانون الدولى الخاص، وإنما هو موجود فى كل فرع من فروع القانون، لاسيما القوانين الداخلية، وللتكييف أثر مهمٌ فى تعيين القانون الواجب التطبيق؛ فهو أمرٌ أساسى وأولى لحل تنازع القوانين، لأن تحديد قاعدة الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على تعيين طبيعة العلاقة القانونية وإدخالها ضمن صنف قانونى معين.

وبناء عليه فإن تحديد طبيعة النزاع وإدراجه فى إحدى الفكر المسندة هى مسألة أولية يتعين البت فيها أولاً لى يتسنى للقاضى لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وتُعرف هذه المسألة باسم التكييف، والتكييف على هذا النحو إذن هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحق ووضعها فى المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة فى فرعٍ معينٍ من فروع القانون^(٣)، أو هو عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانونى للمسألة التى تثير لنا وقائع المنازعة ذات الطابع الدولى، وذلك

(١) د. هشام خالد: دروس فى تنازع القوانين، ٢٠٠٣م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٣.

(٢) د. بدر الدين عبد المنعم شوقى: الوسيط فى القانون الدولى الخاص لتنازع القوانين - الاختصاص القضائى الدولى"، ١٩٩٠م، ص ٣١.

(٣) د. هشام صادق: تنازع القوانين، ١٩٩٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١١١.

يهدف إدراجها في طائفة معينة من طوائف الروابط والمسائل التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد^(١).

والتكييف على هذا النحو يمكن تشبيهه بالتشخيص في مجال الطب ذلك أنه إذا كان من اليسير على طالب كلية الطب أن يفرق بوضوح بين العلاج المقرر لمرضى معينٍ والعلاج الذي يتعين إتباعه لمرضى آخر، وبالتالي فإن تشخيص حالة المريض وما إذا كان يشكو من هذا المرض أو ذاك هو أمرٌ لا يسهل على المبتدئ تبيينه في جميع الأحوال، وذلك على الرغم من أن هذه المسألة من أهمية جوهريّة غير خافية بوصفها مسألة أولية لازمة لتحديد العلاج الصحيح، وعلى شاكلة طالب الطب يكون الباحث القانوني، فهو يعرف جيداً الأحكام لكل من عقد البيع وعقد الإيجار، ولكن إدراك التكييف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث لتحديد الوصف السليم للرابطة التعاقدية المطروحة أمامه لينتهي إلى كون العقد محل النزاع هو عقد إيجار أم عقد بيع... هو عملية ذهنية تحتاج إلى خبراتٍ خاصةٍ وبصيرةٍ نافذةٍ وحاسةٍ قانونيةٍ مرهفةٍ. أهمية التكييف:

ومن هذا المنطلق اكتسب التكييف أهميةً بالغةً في إطار القانون الدولي الخاص لعله من المناسب عرض أحد الأمثلة الشهيرة للتدليل على أهمية التكييف ولتوضيح هذه المشكلة.

قضية وصية الهولندي^(٢):

تتلخص هذه القضية في أن هولندياً كتب وصيةً بخط يده أثناء وجوده في فرنسا بالرغم من أن المادة ٩٩٢ من القانون المدني الهولندي تمنع الهولنديين من الإيحاء بخط اليد حتى ولو كانوا في الخارج، وتفرض عليهم في هذه الحالة إفراغ وصاياهم في

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، الطبعة الأولى، ١٩٩٦ م، المنصورة، ص ٣٧٦.

(٢) حول هذه القضية تفصيلاً راجع د. عوض الله شيبية الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٤٤، ٣٤٣.

الصورة الرسمية، وهذه القاعدة الموضوعية في القانون الهولندي تختلف عن القاعدة في القانون الفرنسي التي تجيز الوصايا المحررة بخط اليد، كما أن قاعدة الإسناد الفرنسية تُخضع شكل التصرفات لقانون محل إجرائها، أي أن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية هو القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إجراء الوصية، وهو يقرر صحة هذه الوصية.

والصعوبة في هذه القضية هي وجود اختلاف في تكييف الإيضاء بخط اليد، فبينما هو يُعتبر متعلقاً بشكل الوصية وفقاً للقانون الفرنسي، فإنه يُعتبر متعلقاً بالأحوال الشخصية في القانون الهولندي، باعتبار أن الغرض من منع الوصية بخط اليد هو حماية الوطنيين، ويعتبر ذلك حداً من أهليتهم أو من قدرتهم على الإيضاء، فإذا ما اتبعنا التكييف المقرر في القانون الفرنسي لاعتبرنا المسألة متعلقة بشكل الوصية، وقاعدة الإسناد تُخضع شكل الوصية لقانون محل إجرائها، وهو في هذه القضية القانون الفرنسي الذي يقرر صحة الوصية في الشكل العرفي، أما إذا أجرينا التكييف وفقاً للقانون الهولندي لاعتبرنا المسألة متعلقة بالأهلية، والأهلية تخضع لقانون الجنسية وفقاً لقاعدة الإسناد، والموصى هولندي الجنسية، وبتطبيق القانون الهولندي نتوصل إلى بطلان الوصية التي أُجريت في الشكل العرفي^(١).

وهكذا فإنه يترتب على اختلاف التكييف في تنازع القوانين نتيجة هامة وهي اختلاف قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، وبالتالي اختلاف القانون المختص بحكم النزاع وذلك على حسب التكييف الذي يضيفه القاضى على النزاع المطروح، ففي القضية السابقة يتضح أن هناك اختلافاً بين القانون الهولندي والقانون الفرنسي حول تكييف نفس المسألة، كما يتضح أن الاختلاف في التكييف يترتب عليه اختلاف قاعدة الإسناد التي تنطبق، وذلك يستتبع اختلاف القانون الواجب التطبيق، مما أدى إلى تغيير الحل النهائي في النزاع.

(١) انظر:

Batiffol et Lagarde : droit international prive ,7e ed.L.G.D.J.981
T.I.PP.338-339.

قضية ميراث المالطي^(١):

وتتلخص وقائعها في أن زوجين من جزيرة مالطة اتخذوا الجزائر وكانت تابعة لفرنسا وقتها موطناً لهما، وبعد وفاة الزوج أدرت الزوجة أمام محكمة الجزائر أن لها الحق في عقارات زوجها الكائنة بالجزائر ويسمى بنصيب الزوج المحتاج، وهو حقٌ مقررٌ لها بمقتضى نصوص القانون المالطي، ومن المعلوم أن اختلاف تكليف المحكمة لإدعاء الزوجة سوف يترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق على الدعوى، فلو كيفت المحكمة إدعاء الزوجة على أنه متعلق بالنظام المالى للزوجين فإن القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد التنازع الفرنسية في هذا الفرض سيكون القانون المالطي بوصفه قانون الموطن الأول للزوجية، وبالتالي قانون الدولة التي اتجهت إرادة الأطراف ضمناً إلى تطبيقه، وفي هذه الحالة ستحكم المحكمة بأحقية الزوجة في دعواها، أما إذا كيفت المحكمة إدعاء الزوجة بأنه يدخل تحت فكرة الميراث فإن القانون الواجب التطبيق سيصبح القانون الفرنسى وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية بوصفه قانون موقع العقار، مما سيترتب عليه رفض إدعاء الزوجة لأن القانون الفرنسى يجهل الحق المسمى بنصيب الزوج المحتاج^(٢).

وقد بان لنا من وقائعها ما يلعبه التكليف من دورٍ مهمٍّ وموثرٍ في تحديد القانون الواجب التطبيق ؛ حيث إنه لم يتم هذا التحديد إلا بعد قيام المحكمة بتكليف إدعاء الزوجة، وهو الأمر الذى أدى إلى اختلاف الحل النهائى للنزاع. قضية زواج اليونانى الارثوذكس^(٣):

وتتلخص وقائعها في أن يونانى ارثوذكسى تزوج من فرنسية في فرنسا وفقاً للشكل المدنى المقرر لصحة الزواج في القانون الفرنسى، وقد تم الطعن على صحة

(١) د. عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣٤٢ ، ٣٤٣.

(٢) الحكم منشور في clunet,1891,1171

(٣) د. عوض الله شيبه الحمد: المرجع السابق، ص ٣٤٢.

هذا الزواج أمام القضاء الفرنسى لعدم إتمامه وفقاً للشكل المقرر فى قانون جنسية الزوج ؛حيث إن القانون اليونانى يستلزم لطائفة المسيحيين الارثوذكس إتمام إجراءات الزواج بمعرفة أحد القساوسة التابعين لهذه الطائفة.

وكان على القاضى التزاماً بضرورة تكييف إجراء مراسيم الزواج بمعرفة أحد رجال الزواج هل هو متعلق بموضوع الزواج ويخضع بالتالى لقانون جنسية الزوج الذى يقرر فى هذه الحالة بطلان الزواج لعدم استيفائه الشكل الدينى المقرر فى القانون اليونانى لطائفة المسيحيين الارثوذكس، أم متعلق بشكل الزواج ويخضع بالتالى لقانون بلد الإبرام ومن ثم يصبح الزواج صحيحاً وفقاً للقانون الفرنسى الذى يُجيز الزواج فى الشكل المدنى.

وترتب على أهمية التكييف فى هذه القضية اختلاف القانون الواجب التطبيق، وبالتالي اختلاف الحل النهائى للنزاع، وقد قام القضاء الفرنسى فى هذه القضية بتكييف الإجراء بتعلقه بشكل الزواج وعليه يصبح الزواج صحيحاً وذلك لإتمامه وفقاً للأوضاع المقررة فى القانون الفرنسى^(١).

ومما سبق يبين لنا أن أهمية مشكلة التكييف تبرز فى القانون الدولى الخاص من النواحي التالية:

أ) باتت مشكلة التكييف مشكلةً فائقة الصعوبة عما ذى قبل بسبب نمو حركة التجارة الدولية وتشعب وتشابك علاقاتها وتزايد الاستثمارات الدولية الأجنبية فى الدول النامية، وهو ما أدى بدوره إلى ظهور العديد من العقود المركبة المختلفة

(١) وقد جاء بهذا الحكم:

"La question de savoir si un élément du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant la conception du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est question de forme."

الحكم منشور فى:

Clunet, 1955, 682 note Sialellt.

عن العقود التقليدية المعروفة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود القروض الدولية وعقود الاستثمارات والمساعدة الفنية.

ب) لا يمكننا اعتبار مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص عملية فنية فقط ينفرد بها القاضى الموكل إليه نظر النزاع كما في القانون الداخلى، ولكن الأمر متعلق بمنازعة تتضمن عنصراً أجنبياً دولياً ومتصلة بأكثر من نظام قانونى، وبالتالي فالأمر متعلق في الأساس بمشكلة تنازع القوانين في التكييف، وكل نظام قانونى منها يدعى لنفسه الحكم من ناحية التكييف.

ج) أن التكييف كما سبق وإن قلنا يترتب عليه نتيجة مهمة في مجال تنازع القانون الدولي ألا وهى اختلاف قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، ومن ثم اختلاف القانون الواجب التطبيق، وذلك على حسب التكييف الذى يضيفه قاضى النزاع على النزاع المعروض عليه^(١).

ولعل مشكلة التكييف تزداد صعوبةً وعموضاً وخصوصاً في الآونة الحديثة، وذلك لتشعب العلاقات القانونية وتعقيدها إثر تزايد الإستثمارات الاجنبية وتنامى حركة التجارة عبر الدول، مما أفرغ في الواقع العملى عقوداً ذات طبيعة مركبة، ويصعب بالتالى تكييفها بين طوائف العقود التقليدية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا كان للتكييف هذه الأهمية التي عرضناها فمن الطبيعى في هذه الحالة والعلاقات ذات الطابع الدولي ترتبط بأكثر من دولة أن نتساءل عن القانون الذى يحكم التكييف ؟ ، وهو تساؤل يختلف عن القانون الواجب التطبيق في النزاع.

المطلب الثانى

(١) انظر حول ذلك:

Loussouarn et Bourel: droit international prive ,4ed,précis Dalloz,paris , pp.179-181.

القانون الذى يحكم التكييف

في هذا الصدد يمكن رصد ثلاث اتجاهات فقهية للإجابة على هذا التساؤل، وسوف نعرض لها على أن نتبعها بموقف التشريع المصرى فى هذا الشأن: الاتجاه الأول: خضوع التكييف للقانون المقارن.

ويتبناه الفقيه الألماني "ارنست رابل" والذي يُسند الاختصاص فى التكييف للقانون المقارن، وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة، فإذا نص قانون القاضى مثلاً على أن الأهلية تخضع إلى قانون الجنسية، فإن مفهوم الجنسية يجب أن لا يتحدد طبقاً لقانون القاضى أو طبقاً لقانون جنسية الشخص، ولكن يُرجع فى ذلك إلى المفهوم العالمى فى هذا الشأن، ولا تثريب فى أن ما يدعو إليه هذا الاتجاه يُحقق أو يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية ويجعل لقواعد الإسناد معنى عالمياً، بالإضافة إلى أنها تُذلل الصعوبات التى تجابه القاضى عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانونى لا وجود له فى التشريع الداخلى^(١).

وبالتالى فالطريقة التى تعتبر أكثر اتفاقاً مع طبيعة هذه المنازعات هى الطريقة المقارنة، ووفقاً لها يتعين على القاضى تحديد طبيعة المسألة المعروضة عليها عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين الدول المختلفة ودون الاقتصار على المفاهيم الداخلية للقانون الوطنى.

ولقد أُنتقد هذا الاتجاه، إذ لا شك أن الأخذ بهذا الاتجاه يقتضى دراسة عميقة ومطولة للقانون المقارن، والقاضى وحده لن يمكنه التوصل لذلك، مما يقتضى جهداً فقهياً يساعد القضاء على اتباع هذه الطريقة، وهو ما لم يعد متوفراً بصورة كافية، كما

(١) حول هذا الاتجاه راجع د.أحمد الهوارى: الوجيز فى تنازع القوانين، ١٩٩١م، ص ٢٢٣، د.أحمد

عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ١٧٥-

أن فقهاء القانون المقارن قد تأثروا بالسمة الوطنية للأنظمة القانونية لدولتهم، وهذا يزيد من صعوبة التوصل إلى تحقيق هذا الاتجاه^(١).

الاتجاه الثانى: خضوع التكييف للقانون الذى يحكم النزاع.

نظراً للانتقادات التي وجهت للاتجاه السابق، فقد ظهر اتجاه آخر فى الفقه يُخضع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فإذا ما قضت قاعدة الإسناد باخضاع النزاع لقانونٍ أجنبى معين، فإن هذا القانون يجب أن يحكم النزاع بشكلٍ كاملٍ، أى بما فى ذلك من إعطاء للوصف القانونى للمسألة محل النزاع، وإعطاء الوصف القانونى للمسألة جزء لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، فإذا لم نأخذ بالوصف القانونى الذى قرره القانون الواجب التطبيق على النزاع نكون قد غيرنا من الحكم الموضوعى الذى تتضمنه القاعدة القانونية الأجنبية، فإذا كان قانون القاضى المطروح عليه النزاع يدخل المسألة محل النزاع ضمن طائفة مسائل الأهلية مثلاً ويسندها بالتالى إلى قانون الجنسية، وكان قانون الجنسية يعتبرها مسألة متعلقة بالشكل، ومن ثم غير داخلة فى نطاق تطبيقه، فإن الإجراء على اعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقاً لقواعد التكييف فى قانون القاضى من شأنه تطبيق القانون الأجنبى على مسألة لا يعتبر نفسه مختصاً بحكمها^(٢).

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، مركز الأجنب وتنازع القوانين، ١٩٩٢ م، ص ٣٠٤-٣٠٥، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، ١٩٩٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٥.

(٢) حول هذا الاتجاه راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى "تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى"، ١٩٨٠م، ص ٦٨، ٦٩، د. حفيفة الحداد: محل التكييف فى القانون الدولى الخاص "دراسة تحليلية وانتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء"، ١٩٩٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٠ وما بعدها، ص ٦٨، ٦٩، وانظر كذلك:

Loussouarn et Bourel: droit international prive, op.cit, p.183.

غير أن إخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع تعترضه استحالةً عمليةً، فالتكييف كما سبق أن بينا عملية أولية لا سبيل إلى الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق بدونها، إذ هي التي تبين طبيعة المسألة محل النزاع وتضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، لذلك يصف أنصار مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى كما سنرى هذه النظرية بأنها: تتطوى على مصادرة على المطلوب، فهي تتادى بإخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع، في حين أن هذا القانون لا يمكن معرفته إلا بعد إعطاء الوصف القانونى للمسألة محل النزاع^(١)، مما يعنى الوقوع فى حلقة مفرغة.

الاتجاه الثالث: خضوع التكييف لقانون القاضى (نظرية بارتان).

كان الفقيه الفرنسى "بارتان" هو أول من نادى بنظرية واضحة لمعالجة مشكلة التكييف، ومؤدى هذه النظرية إخضاع التكييف لقانون القاضى، وإذا كان التكييف هو صعوبة تعترض تطبيق قواعد الإسناد الوطنية، فمن المنطقى أن تتم هذه الصعوبة وفقاً للقواعد الوطنية، والتكييف يخضع لقانون القاضى سواء أكان هذا القانون من بين القوانين المتنازعة أم كان التنازع بين قوانين أجنبية^(٢).

ومعنى ذلك أنه إذا ما عُرض على القاضى الفرنسى نزاعاً يتعلق بعقد أبرم فى فرنسا بين مصرى وأمريكى يتعلق بشراء بضائع توجد فى ألمانيا، فإن قانون القاضى هنا من بين القوانين المتنازعة، وإذا عُرض على القاضى الفرنسى نزاعٌ يتعلق بعقد أبرم فى مصر بين مصرى وأمريكى يتعلق بشراء بضائع توجد فى ألمانيا، هنا نجد أن قانون القاضى ليس من بين القوانين المتنازعة، ووفقاً لنظرية بارتان فإن تكييف النزاع فى كلتا هاتين الحالتين المتقدمتين يخضع للقانون الفرنسى باعتباره قانون القاضى.

(١) د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وأثار

الأحكام الأجنبية، ١٩٩٤م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٥ - ٦٦.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٠٨-٣٠٩.

تبرير نظرية بارتان:

حاول الفقيه بارتان تبرير هذه القاعدة بحجة مستمدة من فكرة السيادة، فالقاعدة التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولي أى قاعدة الإسناد، إنما ترسم حدود السياسة التشريعية للدولة، فإذا ما سمحت هذه القاعدة بتطبيق القاضى لقانون أجنبى فإنها تكون قد انتقصت بذلك من سيادة قانون دولة القاضى لصالح قانون الدولة الأجنبية، ولا شك أن المشرع الوطنى هو الذى يحق له وحده الحد من سيادة دولته التشريعية، وبعبارة أخرى يمكن القول بأن التزام القاضى بتطبيق قواعد الإسناد التي يأمره بها مشرعه الوطنى يتضمن في الوقت ذاته التزامه بتطبيق قواعد التكيف التي يأمره بها نفس المشرع، نظراً لأنها هي التي يتحدد بها الإطار الفعلى لتطبيق القوانين الأجنبية أى الإطار الفعلى لسيادة الدولة التشريعية^(١)؛ لأن من شأن الأخذ بالتكيفات المقررة فى القانون الأجنبى احتمال الأخذ بقاعدة إسناد غير التي كان سيؤخذ بها لو أتبع التكيفات المقررة فى قانون القاضى، مما قد يترتب عليه إخراج مسألة ما من الاختصاص التشريعى للدولة أو إدخال مسألة ما فى هذا الاختصاص على غير إرادة المشرع، وتحديد الاختصاص التشريعى للدولة يجب أن يترك لمطلق إرادة المشرع، وقد أخذ الفقه فى غالبية بنظرية بارتان وإن لم يتفق معه فى الأساس الذى بنى عليه هذه النظرية أى فكرة السيادة، فقواعد الإسناد لا تهدف إلى حسم تنازع بين السيادات، وإنما تهدف في الفكر القانونى الحديث إلى تقرير الحل العادل والحكم المناسب للعلاقات ذات الطابع الدولي تحقيقاً للتعایش المشترك بين النظم القانونية.

وفى تأييد هذه النظرية قيل بأن تكيف مسألة ما فى دولته ما يجب أن يكون واحداً سواء أكان القاضى بصدد علاقات وطنية **بحثة** أم بصدد علاقات ذات طابع دولى، وهذا لا يتأتى إلا بإخضاع التكيف لقانون القاضى، فإذا عرض على القاضى نزاع وطنى وانتهى إلى تكيفه على أنه متعلق بالأهمية مثلاً فيجب أن يعطى هذا

(١) د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولي وآثار

الأحكام الأجنبية، مرجع سابق،، ص ٥٩ - ٦٠.

النزاع نفس التكييف إذا ما تضمن عنصراً أجنبياً، أما إذا أجرى القاضى التكييف وفقاً لقانون آخر غير قانونه، فسيترتب على ذلك أن يوجد داخل النظام القانونى الواحد تكييفان لنفس المسألة: تكييف لها بصدد العلاقات الوطنية، وتكييف آخر بصدد العلاقات ذات الطابع الدولى.

التكييف الأولى والتكييف اللاحق:

وقد أورد بارتان تحفظاً على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى، حيث إن التكييف الذى يخضع لقانون القاضى هو ذلك الذى يلزم لمعرفة قاعدة الإسناد فإذا ما اقتضى حل النزاع إجراء تكييفات لاحقة، فإنها تخضع للقانون الواجب التطبيق والذى تشير إليه قاعدة الإسناد، ولما كان هناك فارق زمنى بين النوعين فلقد سُمى التكييف اللازم لمعرفة قاعدة الإسناد بالتكييف الأولى أو السابق؛ إذ يسبق التوصل إلى قاعدة الإسناد أو الاختصاص لأنه يلزم لتحديد الاختصاص التشريعى، أما التكييف التالى فهو التكييف اللاحق لأنه يلحق التوصل لقاعدة الإسناد أو التكييف الموضوعى لأنه يلزم للفصل في موضوع النزاع، ولتوضيح التفرقة بين النوعين من التكييف نمثل بتكييف النزاع على أنه متعلق بالأهلية أو الحضانة فكلاهما تكييف سابق، أما تحديد من له الحق في الحضانة أو خصائص الحاضنة أو تحديد عوارض الأهلية أو القصر أو البلوغ، فكل هذه تكييفات لاحقة^(١).

وقد أورد بارتان استثناءان على قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى:

الاستثناء الأول- تكييف الالتزامات التعاقدية:

يُخرج بارتان من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى تكييف العلاقات التى تخضع لقانون الإرادة أى الإلتزامات التعاقدية، إذ يجب ألا نفرض على الأفراد تكييفاً معيناً للتصرفات التى يبرمونها، فإذا كانت قاعدة الإسناد تترك لهم حرية اختيار القانون الذى يحدد طبيعة هذه العقود، أى أن تكييف التصرفات التعاقدية يخضع لقانون

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

الإرادة، وأساس هذا الاستثناء الطابع الاتفاقي للعلاقات التي نتناولها والمترتب على استقلال إرادة الأفراد في هذا الشأن.

الاستثناء الثاني- تكييف المال:

أشار بارتان إلى ضرورة الرجوع إلى قانون الموقع وليس إلى قانون القاضى لتحديد وصف المال، وما إذا كان يُعد عقاراً أم منقولاً، وقد يُرد ذلك إلى فكرة الطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية واستقرار المعاملات، فكل ما يتعلق بنظام الأموال يجب أن يخضع دائماً لقانون موقعها استجابةً لهذه الاعتبارات، وقد انتقد الفقه هذا الاستثناء لأنه لا يقوم على أساس قانوني، وإنما يُبرره اعتبار عملي، وبالتالي فليس هناك تبرير قانوني للخروج على قاعدة تثبت صحتها، كما أن هناك من الأموال ما ليس له مقر مادي مثل الأموال المعنوية، وقد يتعلق النزاع بمال يوجد في أكثر من دولة، مما يُصعب من مشكلة التكييف.

الاستثناء الثالث - حالة الاستحالة المادية:

فإذا كانت هناك استحالة مادية في تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى تطبيق قانون القاضى، ففي هذه الحالة يُعطى الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضى كما في المهر والوقف، فالقوانين الغربية تجهل هذه الأمور، وهناك دعوى رفعت من قبل أحد رعايا مالطة أمام المحاكم الجزائرية طالب المدعى فيها بحق (ربع الزواج الفقير)، وهو نظام قانوني يقره القانون المالطي، إلا أنه مجهول من قبل القانون الفرنسي(قانون القاضى) المطبق آنذاك في الجزائر، وتعدر على القاضى تكييف موضوع النزاع بمقتضى قواعد القانون الفرنسي، واضطرت المحكمة تجاه هذه الاستحالة الناشئة من عدم وجود مثل هذا النظام في قانونها إلى أن تتخلى عن التكييف لقانون آخر وهو قانون جنسية المدعى (قانون مالطة).

الاستثناء الرابع- وجود نص قانوني مانع:

ففي حالة وجود نص في معاهدة أو اتفاقية دولية أو نص في قانونها الوطني التزمت به دولة القاضى يقضى بإخضاع التكييف فى مسائل معينة إلى قانون آخر غير قانون القاضى.

الاتجاه نحو التوسع فى تفسير قانون القاضى:

يورد الفقه تحفظاً على الأخذ بقانون القاضى مؤداه أنه لا يقتصر القاضى على تقسيمات الأنظمة^(١) السائدة فى قانونه، وإنما عليه أن يوسع من مدلول هذه التقسيمات بما يتلاءم مع طبيعة العلاقات ذات الطابع الدولى وحتى يمكن لقواعد الإسناد أن تقوم بوظيفتها فى مجال العلاقات الخاصة الدولية، وعلى هذا فإذا عُرِض على القاضى نزاع بشأن علاقة تختلف إلى حد ما عن تلك المقررة فى قانونه فلا يتعين عليه أن يستبعد هذه العلاقة كليةً، وإنما له أن يستعمل قدرًا من المرونة فيقر بها مما يشابهها من أنظمة فى قانونه الوطنى، أى أن يواجه المجتمع الدولى بفكرٍ أكثر تفتحاً عن ذلك الذى يواجه به المجتمع الداخلى، ومثال ذلك نظام الزواج فى العالم الغربى؛ إذ أنه يقوم على أساس الوحدة فهو علاقة شرعية بين رجل واحد وامرأة واحدة، فإذا عُرِض على قاضى إحدى الدول الغربية نزاع يتعلق بزواج متعدد فيتعين عليه أن يُكَيِّف هذا النزاع على أنه متعلق بنظام الزواج، وأن لا يقتصر فى تحديد مدلول الزواج على الأحكام التفصيلية المقررة فى قانونه، بل يكتفى بالتحقق من توافر العناصر الرئيسة التى يتطلبها تشريعه، والحق أن هذه مسألة تتعلق أيضاً بمدى ملاءمة القوانين الداخلية لحكم علاقات ذات طابع دولى، وهو ما يجعل قاعدة الإسناد هدفاً للنقد فى بعض الأحيان.

المطلب الثالث

(١) د. عزالدين عبدالله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثالث "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين"، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦م، الهيئة المصرية للكتاب، بند ٥٩ مكرر، راجع أيضاً د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وأثار الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٧١، وكذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣١٣.

موقف المشرع المصرى من مسألة التكييف

تأثر المشرع المصرى بنظرية بارتان إلى حد كبير؛ فأخضع التكييف لقانون القاضى (القانون المصرى)، وبذلك اتخذ المشرع موقفاً صريحاً ومحددأ من مشكلة كانت ولا زالت محلاً لجدلٍ فقهي كبير بين شراح القانون الدولى الخاص، ويجدر بنا الإيماء إلى أنه لم يكن هناك نص فى التشريع المصرى يُعالج المشكلة، ولكن الفقه والقضاء المصريين كانا مستقرين على الأخذ بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى، إلى أن صدر التشريع المدنى المصرى متضمناً المادة ١٠ والتي تنص صراحةً على الأخذ بقاعدة خضوع التكييف لقانون القاضى والتي تنص على أن "القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

ويبدو من نص المادة السابقة أن المقصود بالتكييف الذى يخضع للقانون المصرى هو التكييف اللازم لتحديد القانون الواجب التطبيق، فكما هو واضح بنصها أن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوعها فى قضية تتنازع فيها القوانين "لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها"، وكأن المشرع المصرى قد أخذ بالترفة التى قال بها بارتان بين التكييف الأوى أو السابق والذى يخضع لقانون القاضى وبين التكييف اللاحق والذى يرجع فى شأنه للقانون المختص بحكم النزاع.

هذا وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون أن المقصود بالتكييف الذى يخضع للقانون المصرى هو التكييف الأوى أو السابق، إذ جاء بها " أن تطبيق القانون المصرى بوصفه قانوناً للقاضى فى مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقة فى النزاع المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعيين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص... إلخ، ولا يكون للقاضى إلا أن يعمل أحكام هذا القانون".

ويؤكد فقه القانون الدولي الخاص المصرى فى مجموعته أن المقصود بالقانون المصرى فى المادة العاشرة السالفة الذكر هو المبادئ العامة فى هذا القانون أياً كان مصدرها، وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي " وينبغى أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكيف التزامها بمراعاة ثلاث أمور مهمة: أولها أن الرجوع إلى القانون المصرى لإجراء التكيف يعنى الرجوع إليه فى جملة بما يتضمنه من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أياً كان مصدر هذه القواعد ، دون أن تقتصر على الأحكام التى تختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء، وثانيهما أن رجوع القاضى إلى القانون المصرى لإجراء التكيف يكون هدفه فقط معرفة قاعدة الإسناد (التكيف السابق) دون التكييفات اللاحقة التى يتم إجراؤها وفقاً للقانون الواجب التطبيق والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، وثالثهما أن القاضى الوطنى وهو بصدد تكييفات علاقات دولية خاصة يجب أن يتحلى بقدر كبير من المرونة تكون كافيةً لمراعاة طبيعة علاقات القانون الدولى الخاص^(١)، وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضى الوطنى إذا ما وجد نصاً صريحاً فى التشريعات المصرية يحدد الوصف القانونى لمسألة ما أن يُعمل هذا النص، فإذا لم يجد نصاً صريحاً يتعين عليه الرجوع إلى مصادر القانون الأخرى وهى العرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى والعدالة^(٢).

غير أن الأمر يدق بشأن تكيف مسائل الأحوال الشخصية، فمن المعلوم أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة الواجبة التطبيق بالنسبة لجميع المصريين مسلمين أم غير مسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ما لم ينص القانون على غير ذلك، وباستعراض أحكام القانون المصرى فى هذا الصدد يتبين أن هناك بعض المسائل نظمها المشرع بنصوصٍ خاصةٍ كالميراث والوصية والأهلية والولاية

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص "تنازع القوانين"، مرجع سابق ، ص ١٠٣.

(٢) حول نقد موقف المشرع المصرى انظر د. هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص

على المال، كذلك نجد أن المشرع سمح في بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج بتطبيق شرائع أخرى غير الشريعة الإسلامية، وعلى ذلك فإذا ما عُرض على القاضى المصرى نزاعٌ يتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية تعين عليه أولاً تحديد ما إذا كانت المسألة تدخل في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية أم أنها من المسائل المستثناة أى المسائل التى نظمها المشرع بنصوصٍ خاصةٍ أو التى سمح بالنسبة لها بالرجوع إلى أحكام الشرائع المالية والطائفية، فإذا كانت المسألة محل النزاع من بين المسائل المستثناة تعين على القاضى الرجوع فى التكييف إلى النصوص التشريعية التى تحدد أوصافاً معينةً أو إلى الشريعة المحلية أو الطائفية التى منحها المشرع الاختصاص بحكم هذا التكييف وإلى النصوص التشريعية التى تُحدد أوصافاً معينة، وكذلك إلى المبادئ والأفكار السائدة فى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة والواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية^(١).

وفيما يتعلق بالاستثناءات على قانون القاضى التى قال بها الفقيه بارتان، فإنه بالنسبة إلى الاستثناء الأول المتعلق بتكييف التصرفات القانونية فلم ينص المشرع المصرى على الأخذ به، ويرى الفقه المصرى أنه لا محل للأخذ بهذا الاستثناء فى مصر، وذلك لأن القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته ليس له طابع إلزامى؛ فهو يتوقف على إرادة الأطراف كما توضح ذلك المادة ١٩ مدنى، فمن باب أولى تكييف العقد أيضاً يجب أن يكون اختيارياً ولا يجوز أن نفرض على إرادة الأفراد التكييف المقرر فى قانون القاضى.

أما فيما يتعلق بالاستثناء الثانى وهو تكييف الأموال وإخضاعه لقانون موقع المال وليس لقانون القاضى فلم يرد له نص تشريعى، ولكن المشروع التمهيدي للقانون المدنى كان ينص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٥ على أنه " مع ذلك فإن القانون الذى يحدد ما إذا كان الشئ عقاراً أو منقولاً هو قانون الجهة التى يوجد فيها الشئ "، أى أن

(١) د. فؤاد عبدالمنعم رياض، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار

الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦.

المشروع التمهيدي كان يسلم باستثناء تكييف المال من القاعدة واخضاعه لقانون موقعه، ولكن هذا النص حذف في مجلس الشيوخ " لأنه يتناول مسألة تفصيلية يستحسن أن تترك للاجتهاد "(١).

المبحث الثاني

التكييف القانوني للحضانة

نتيجة لعدم وجود قاعدة إسناد متعلقة بالحضانة بات للتكييف دوراً أساسياً في مجال دراسة القانون الواجب التطبيق على الحضانة حتى يتسنى إدراج هذه المسألة تحت طائفة معينة من العلاقات وإضفاء الوصف القانوني الملائم لها حتى يتمكن القاضى من الوصول للقانون الواجب التطبيق عليها، وجدير بالإيماء أن مرجع الاختلاف حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو الاختلاف المحتمل حول التكييف المناسب لها (٢).

(١) وبناء على ذلك ذهب جانب من الفقه المصرى إلى القول بأن "الإجتهاد في ظل القواعد العامة يؤدي إلى التسليم بوجود هذا الاستثناء، أى يؤدي إلى اخضاع تكييف المال أهو عقار أم منقول لقانون موقعه، وقد رفض جانب آخر من الفقه المصرى التسليم بالإتجاه السابق مقررراً على العكس أنه ليس هناك ما يدعو إلى الخروج من القاعدة العامة في اخضاع التكييف لقانون القاضى، ويستند هذا الرأى إلى ما سبق ذكره من أن حجة بارتان في الأخذ بهذا الاستثناء حجة غير قانونية ولا يمكن الاستناد إليها لأن حجته المتمثلة في تحقيق سلامة واستقرار المعاملات المالية يمكن القول بها بالنسبة لتكييف مسائل أخرى غير تكييف المال، وإذا كنا نبحت عن استقرار المعاملات المالية فلماذا لا نبحت من باب أولى عن استقرار الأحوال الشخصية، كما أنه في بعض الأحيان يصعب تحديد موقع المال مثل الأموال المعنوية فما القانون الذى يحدد موقع هذه الأموال؟، وأخيراً فقد ذهب إتجاه ثالث إلى تجريد هذا الجدل الفقهي من قيمته العملية في مصر فهذا الجدل ليس له أهمية في النظام القانونى المصرى، إذ تقسيم المال إلى منقول وعقار لا يُعد من قبيل التكييف الأولى اللازم لتطبيق قاعدة الإسناد، وبالتالي لا يصح أن يكون محل استثناء خاصة من القاعدة العامة فى التكييف.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص "تنازع القوانين"، مرجع سابق، ص ٧٨.

وقد رأى جانب من الفقه أن الحضانة فى حد ذاتها بوصفها ضم المحضون وتربيته ورعايته هى التزام يترتب عليه أن يصبح الحاضن ملتزماً ، بينما يضحى المحضون ملتزماً لصالحه أو صاحب الحق فى هذا الالتزام، ولذلك فإنه يجب عدم الخلط بين صاحب الحق فى الحضانة وبين الملتزم بها ^(١)، ويصدد تحديد طبيعة الحضانة والتكييف القانونى لها فقد اختلف الفقهاء بشأنها إلى عدة اتجاهات سنبينها فى المطالب الآتية :

المطلب الأول

انتظام الحضانة فى مسائل الأحوال الشخصية

مما لا شك فيه أن الحضانة تُعد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ونقصد بمصطلح الأحوال الشخصية هنا المفهوم الواسع له والذى يدخل تحت طاولته العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية التى يكون الأشخاص أطرافاً فيها ولا تقتصر فقط على كافة العلاقات التى ينخرط فيها الأشخاص.

ومن المعروف أن مفهوم الأحوال الشخصية يختلف من مكان إلى آخر ومن تشريع إلى آخر، ولكن يقع على القاضى التزاماً عند قيامه بتحديد طبيعة العلاقات القانونية أن يقوم بالتوسع فى مدلول الأحوال الشخصية ويتبنى كافة الأفكار التى تتأسس عليها النظم القانونية فى التشريعات الأخرى، ولا يعتمد فقط على ما قام تشريعه الوطنى بتصنيفه وتقسيمه، وبمعنى آخر فإنه على القاضى أن يجعل تكييفه للمسألة على نطاقٍ واسعٍ يكون متقبلاً فيه لكل الأفكار التى تتبناها النظم القانونية الأجنبية إلا ما يتعارض منها بالطبع مع النظام العام والآداب العامة فى مجتمعه

(١) د.صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، دراسة

مقارنة، ٢٠٠٤م، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ص ٣٠.

الوطني^(١)، حيث إن طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تتطلب في أوقاتٍ كثيرةٍ إضفاء معنى معين على فكرةٍ معينةٍ مختلف عما هو وارد في تشريع القاضي الوطني^(٢).

وأياً ما كان التكييف الذي يمكن أن يتم إسباغه على الحضانة والذي اختلف حوله الفقه ما بين اعتبار الحضانة أثراً من آثار علاقة الزواج أو اعتبارها أثراً من آثار الانفصال بالطلاق أو التطلق أو مسألة من مسائل النسب أو اعتبارها من مسائل الولاية على النفس أو الولاية على المال وهو ما سنبينه تفصيلاً في المطلب التالي، فإن الحضانة تنتظم في مسائل الأحوال الشخصية، ولعل الطفل المحضون في أمس الحاجة في هذه المرحلة الحرجة من عمره أن يبتعد ويتم حمايته من تأوه الخلافات الزوجية لأن مجرد وجودها أمرٌ قاسٍ عليه، وأنه لا يمكن النظر في قضايا النزاع بين الزوجين على الحضانة على مجرد صلاحية أي من الوالدين لحضانة الطفل.

وجدير بنا الإيماء أن كون الحضانة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية هو السبب الرئيس والأساسي وراء الاهتمام البالغ من الفقه الإسلامي الذي أولاه للحضانة عن طريق وضع شروط لها وضوابط وتسلسلاً لمن له الحق فيها والقواعد الواجبة على القاضي مراعاتها وإعمالها عند عرض نزاع عليه متعلق بالحضانة ؛ حيث إن الفقه الإسلامي لا يهتم بمسألة تكيف الحضانة اهتمامه بوضع القواعد التفصيلية للحضانة بغرض التقليل قدر الإمكان من العنت والتصلب في المنازعات المتعلقة بالحضانة سواء أكانت بين الزوجين أو بين من له الحق والمصلحة في الحضانة.

المطلب الثاني

(١) د.عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني "تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين"، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) د.حفيظة الحداد: القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول "تنازع القوانين"، ٢٠٠٢م، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٠٣ ، د. عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ١٣٩.

الاختلاف الفقهي حول التكييف القانوني الدقيق للحضانة

الرأى الأول : الحضانة أثر من آثار الزواج.

ويرى هذا الرأى أن الحضانة أثر مهم من آثار عقد الزواج لتعلقها بالبنوة التى تُعد فى حقيقتها أثراً من آثار الزواج وأن عقد الزواج هو المصدر الرئيس للالتزام بالحضانة، وأن المحضون هو نتاج العلاقة الزوجية^(١)، وقد أيد القضاء المصرى ما نادى به أصحاب هذا الرأى فى العديد من أحكامه القضائية^(٢)؛ فقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكم لها أن "الحضانة عمل تؤديه الحاضنة لحساب والد الحاضن... ولا بد للعمل فيه من التعاقد، وهذا التعاقد موجود فعلاً على أساس أن الحضانة أثر من آثار الزوجية، ونتيجة من نتاج عقد الزواج الحاصل بينهما"^(٣).

ولكننا نرى وفى اعتقادنا الخاص أن الحضانة لا يمكن أن تُعد أثراً من آثار الزواج، وبالتالي إلزام الزوجين بها، فما الحل إذا كان الزوجان قد فقدوا لأى سبب من

(١) د.فؤاد رياض، د.سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، ١٩٧٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣١٣، د.أحمد مسلم: موجز القانون الدولى الخاص المقارن، ١٩٦٦م، دون مكان نشر، بيروت، ص٢٢٨، وانظر أيضاً:

P.Mayer: droit international prive , paris, ed 1977,p.423.

(٢) انظر الحكم الصادر من محكمة محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر فى ١٥ يناير ١٩٥٢ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥١، والحكم الصادر فى ٤ مارس ١٩٥٢ فى القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥١ - اشار إليها د. عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين، الطبعة السادسة، ١٩٦٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٢٣ هامش رقم (٢)، وانظر كذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر فى ٣ نوفمبر ١٩٥٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥١ - منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى التى تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولى، المجلد الثامن، السنة ١٩٥٢، ص١٦٥.

(٣) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر فى مايو ١٩٥١ فى القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ - مشار إليه د.صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، مرجع سابق، ص ٣٢.

الأسباب أو فقدا أهليتهما وفقاً لما هو مقرر بنصوص القانون ؟ وهل يمكن أن تعتبر الحضانة أثراً من آثار الزواج في حالة انفصال الزوجين عن طريق الطلاق أو التطليق وثار النزاع بينهما حول أهلية أى منهما لحضانة الطفل؟.

الرأى الثانى:- الحضانة أثر من آثار الانفصال.

ويذكرى أصحاب هذا الرأى فكرة أن الحضانة أثر من آثار انفصال رابطة الزوجية بين الزوجين سواء بالطلاق او التطليق، ويستتدون فى رأبهم إلى أن النزاع على الحضانة أمام القضاء لا يُثار ولا يقوم إلا بعد انحلال رابطة الزوجية وانفصال الزوجين، وبالتالي فإن أى إجراء يتم اتخاذه فى حالة الطلاق أو التطليق لترتيب مسألة المحضون الشرعى يكون ذات صلة مباشرة بحالة الانفصال التى تحياها الأسرة، ومن ثم تتدرج الحضانة كأثر من آثار هذه الحالة وهى حالة الانفصال (١).

و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أنه " متى كان الحكم بالتطليق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً، فإنه طبقاً للقانون المدنى الفرنسى الزوج أحق بحضانه ابنه، وأنه لا مصلحة للزوجة فى التمسك بالقاعدة العامة الواردة فى صدر المادة ٣٠٢ من ذلك القانون والتى تقضى بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذى حُكم له بالطلاق، بمقوله أنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص " (٢).

ولكننا نرى أن هذا الرأى قد التبس عليه الأمر وأشكل ؛حيث إن الحضانة مسألة مستقلة وثيقة الصلة بالولاية الشرعية، ولا علاقة لها بحالة الزواج أو الطلاق التى

(١) د.جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولى الخاص العربى، طبعة معهد الدراسات العربية، الجزء الثالث، دون سنة نشر القاهرة،، ص٢١٣، د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، ١٩٦٩ م، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص٣٨٢.

(٢) انظر الحكم رقم ٣٨ لسنة ٢٦ ق، أحوال الشخصية، بتاريخ ١٩٥٨/٣/٢٧ م، منشور فى مجله المحاماة التى تصدر عن نقابه المحامين المصريين، العدد الثانى، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر ١٩٥٨م، ص١٤١-١٤٤.

تعيشها الأسرة، ولكن الشريعة الإسلامية قد وضعت لها شروطاً وأحكاماً وتناولتها بالتنظيم والتحديد.

الرأى الثالث: الحضانة أثر من آثار النسب.

ويتأسس هذا الرأى على أن الحضانة أثر من آثار النسب، وأنها فى حقيقتها إلزام يقع على عاتق من يثبت نسب المحضون إليه، وفى حالة ثبوت حق المحضون بالنسب يصبح له حق ولاية التربية له فى مرحلة حياته الأولى من الحضانة والحق فى النفقة عليه والولاية فى حفظه، والحضانة بهذا المعنى هى أثر من آثار النسب؛ حيث إن النسب يتعلق بشرعية الأولاد ولا شأن له برعايتهم، لذا فإن الحضانة أثر مستقل بذاته، يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام بها وآثارها^(١).

ولكننا نرى أن هذا الرأى افتقد لعنصر الدقة والتحديد وقام بالخلط بين النسب والحضانة، فالنسب هو إثبات شرعية الأولاد أو إثبات نسبهم إلى أبيهم، أما الحضانة فهى متعلقة بالرعاية والعناية والتربية والقيام على شئون المحضون وتولى أمره، وما يدل على عدم صحة ما ذهب إليه هذا الرأى أن القاضى فى حالات كثيرة قد يُسند أمر الحضانة إلى شخص مختلف غير الوالدين وغير من ثبت نسب المحضون إليه إما لفقدهم أهليتهما أو عدم توافر شروط الحضانة فى أيهما.

الرأى الثالث: الحضانة مسألة من مسائل الولاية على المال.

وينظر أصحابه إلى الحضانة على أنها قسم من أقسام الولاية على المال، وأنه من البدهى أن الولاية على النفس من النظام العام فى الأحوال الشخصية بضم المحضون إلى من له حق الولاية على نفسه لإتمام تربيته والعمل على رعايته وتنظيم شؤونه وتولى أمره وحفظه مما قد يلحقه من ضرر، أما الولاية على المال فهى حفظ الولى لمال المحضون والعمل على تنميته واستثماره، وقد تتعدد الولاية على النفس

(١) د. عنایت عبد الحمید ثابت: تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه فى القانون الیمنى،

الطبعة الثانية، ١٩٩٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٩١، د. صلاح الدين جمال

الدين، مشكلة حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، مرجع سابق، ص ٣٥.

والمال لشخصٍ واحدٍ^(١)، كما أن الشرع والقانون هما المصدر المباشر للالتزام بالحضانة فيقررهما بنصيٍ خاصٍ يحدد نطاقها ويضع شروطها وآثارها ويرسم مداها بصرف النظر عن أى عمل قانونى كعقد الزواج مثلاً أو عقد الطلاق، أو واقعة قانونية كواقعة الميلاد وما يترتب عليها من أنساب، فكل التزام ليست الإرادة مصدره فليس له مرد ولا مصدر سوى القانون.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكم لها صدر فى ٢/٢ / ١٩٥٤م بأنه "حيث إن واقع الأمر وأنه لم ترد فى القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة، ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ فى شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذى يجب حمايته قياساً فى ذلك على ما هو منصوص فيه فى المادة السادسة عشرة من القانون المدنى المصرى من أنه "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته"، وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الإنجليزى هى الواجبة التطبيق فى شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهم إلى المدعية هما إنجليزيان متبعين لوالدهما المدعى الإنجليزى الجنسية"^(٢).

الرأى الرابع: الحضانة عقد إجارة .

ويرى مؤيدوه أن الحضانة ما هى إلا التزام من الالتزامات الناشئة عن عقدٍ مستقلٍ تماماً عن عقد الزواج، ولكن الحضانة عقد إجارة يبرمه الأب لصالح الطفل الصغير المحضون^(٣)، وهو ما أيده القضاء المصرى فى حكم له حيث قالت المحكمة

(١) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص ٧٦، ٧٧.
(٢) انظر الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية فى الدعوى رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٤م - مشار إليه د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٨٤.
(٣) د. صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، مرجع سابق، ص

فى حكم لها أن"..... الحضانة عقد بين الأب والأم الحاضنة كسائر عقود الإجارة بوصفها عقداً للمعاوضة قد التزمه المتعاقدان باختيارهما.... فلا يُقبل قول من يريد فسخ العقد....." (١).

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

وبدايةً نود أن نؤمى إلى أن مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق لا تثور بمناسبة العقود الوطنية الداخلية البحتة، وإنما أصبحت هذه المشكلة واقعاً ثابتاً فى مجال العقود الدولية التي أصبحت الآن تحمل الجديد كل يوم والعلاقات الخاصة الدولية عبر الحدود (٢).

ويضع المشرع قواعد الإسناد ليختار بواسطتها أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمةً لحكم العلاقة الخاصة الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً وأكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، وبالتالي يكمن الهدف من وراء تقريرها هو وضع أكثر الحلول مناسبةً فى رأى المشرع الوطنى لحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى.

ومن المعروف أن ضابط الإسناد بوصفه عنصراً من عناصر قاعدة الإسناد هو الذى يقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق وأنه المعيار الذى يثبت بواسطته

(١) حكم محكمة المنصورة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية ، رقم ٩١٠ لسنة ١٩٣٣م - أشار إليه د. د. صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، مرجع سابق، ص ٣٥- هامش ٢.

(٢) والواقع يفرض أن القانون الدولى الخاص متعلق بتنازع القوانين الخاصة بالدولة على وجه الخصوص، وأن الشكل الأساسى لفض التنازع يتمثل فى فض التنازع بين القوانين الخاصة بعدة دول، وبالنسبة لآليات القانون الموحد المنبثق من الاتفاقيات الدولية فإن تطبيقها يتم وفقاً للسلطة الخاصة بكل دولة وبناء على تصديق كل دولة على هذه الاتفاقيات، وبناء على ذلك يلتزم القضاة بتحديد مجال التطبيق المادى والمكانى، غير أن طبيعة قواعد القانون الخاص المدمجة فى قانون الدول الموقعة على الاتفاقيات تمنح نصوص هذه الاتفاقيات الطابع التكميلى.

Jean Michel Jacquet et Philippe Delbecque: Droit du commerce international, Dalloz, 3e édition 2002, p.1.

الاختصاص لقانونٍ معينٍ يحكم الفكرة المسندة^(١)، ويستمد ضابط الإسناد وجوده من أحد عناصر العلاقة القانونية والتي قد يكون أحدها جنسية الأطراف أو موطنهم أو موقع محل تعاقدهم أو إرادتهم أو محل وقوع الضرر في حالة المسؤولية التقصيرية^(٢)، ومن الضروري أن يكون ضابط الإسناد مستمداً من أحد هذه العناصر حتى يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، فضابط الإسناد إجمالاً هو معيار بموجبه يستطيع القاضى أو المحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة^(٣).

وعلى ذلك يمكننا تعريف ضابط الإسناد بأنه المعيار الذى عن طريقه نُحدد القانون الواجب التطبيق ويقسم إلى قسمين رئيسيين^(٤):

القسم الأول: وينقسم بدوره إلى نوعين هما:

النوع الأول: ضوابط مادية: وهى التى يمكن إدراكها بالحس مثل ضابط الموطن ومحل إبرام العقد وغيرها.

النوع الثانى: ضوابط معنوية: وهى التى لا يمكن إدراكها بالحس كإرادة المتعاقدين.

القسم الثانى: وينقسم بدوره أيضاً إلى نوعين هما:

النوع الأول: ضوابط واقعية ملموسة: وهى التى لا يكون للقانون أى تدخل فى تحديدها أو تنظيمها ومثالها ضابط موقع المال.

(١) د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٠م، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص ٣٢٩- بند ٢٤٤.

(٢) د. عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص (الجنسية - مركز - تنازع القوانين - الاختصاص القضائى الدولى - تنفيذ الأحكام الاجنبية)، طبعة ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٣٩.

(3) Les règles de rattachement déterminent la loi applicable au conflit .

(٤) د. ناصر عثمان محمد: القانون الدولى الخاص المصرى ، الكتاب الثانى (الاختصاص القضائى الدولى، تنازع القوانين، الآثار الدولية للأحكام، التحكيم الدولى الخاص)، ٢٠٠٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٢.

النوع الثانى: ضوابط قانونية: وهى عكس النوع الأول حيث يتولى القانون تحديدها وتنظيمها بأحكام وقواعد خاصة ومثالها محل انعقاد العقد والموطن.

ونظراً لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة فقد كان ذلك سبباً للخلاف وفتح باب الاجتهاد نحو البحث عن قاعدة إسناد ترشدنا إلى القانون الأكثر ملاءمة للتطبيق على المسائل المتعلقة بالحضانة، مع الأخذ فى الاعتبار أن كل ما سبق يتوقف على التكيف الصحيح للحضانة وفقاً لما عرضناه سابقاً.

المبحث الأول

الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

لا جدال كما سبق وأن قلنا فى أن الحضانة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية لارتباطها الوثيق بالعلاقة بين الوالدين وأبنائهم، وقد سبق وأن تناولنا الخلاف الفقهي المحتدم حول تكيف الحضانة هل هى أثر من آثار عقد الزواج أم اثر من آثار انحلال رابطة الزوجية أم هى مسألة من مسائل النسب.....إلخ، وقد ترتب على ذلك اختلاف الفقه ومن وراءه القضاء حول القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة، وهو ما سنتناوله فى المطالب الآتية

المطلب الأول

الاتجاه الأول- تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج

ويحتضن أصحابه فكرة أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج، وبالتالي يطبق عليه القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج^(١)، وأنه في حال قيام العلاقة الأسرية بين والدى الطفل سواء أكان طفلاً شرعياً أم طفلاً طبيعياً فإن الحضانة هي المظهر الأساسى الملازم لولاية الأبوين على نفس ومال الصغير، وعليه فإنه يجب التسليم بحكم القانون الشخصى الذى يحكم من حيث الأصل هذه العلاقة الأسرية للحضانة.

وجدير بالذكر أن المشرع المصرى قد خص آثار الزواج بقاعدة إسناد أوردها في المادة ١٣ من القانون المدنى التى تنص على أنه "يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال"، وبقراءة ذلك النص المتضمن لقاعدة التنازع المتعلقة بآثار الزواج يبدو جلياً أن القانون المصرى وعلى خلاف ما قرره بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج أخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج؛ فقد قرر أن قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج دون الزوجة هو الواجب التطبيق على آثار الزواج، وعلة اختيار قانون دولة الزوج أنه رب الأسرة وله القوامة وعليه تقع معظم واجبات وأعباء الأسرة.

والأخذ بوحدة القانون المطبق على آثار الزواج أمر تقتضيه الضرورة والمنطق؛ حيث لا يمكن أن ينطبق عليها قانونان مختلفان إلا بإهدار أحدهما، وقد حدد المشرع وقت انعقاد الزواج فيُعدت بجنسيته الجديدة والتى أصبح يتمتع بها عند الزواج، أما إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج فلا يُعدت بهذا التغيير وتظل آثار الزواج خاضعة لقانون جنسيته القديمة والتى كان يتمتع بها عند الزواج.

مجال تطبيق قانون جنسية الزوج:

(١) د.صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب ، مرجع سابق، ص

٩٤ وما بعدها.

من المعلوم أنه متى استوفى عقد الزواج أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية وصار نافذاً ترتب عليه آثاره القانونية، ومن تلك الآثار ما يخص الزوجين معاً من حقوق وواجبات متبادلة أو مشتركة مثل العشرة والمساكنة والإخلاص وحرمة المصاهرة وانتساب الأولاد، ومنها ما يخص كل واحد منهما على حدة دون الآخر كالمهر والنفقة للزوجة والطاعة والقوامة للزوج.

وفي هذا الإطار يجرى التمييز بين نوعين من الآثار:

الآثار الشخصية: ومن أبرزها حل العشرة والمساكنة والإخلاص وحق الزوج في الطاعة والقرار في منزل الزوجية وحقه في القوامة والتوجيه وكذلك حق الزوجة في المعاملة الحسنة وحقها في التسمية باسم زوجها وفي العدل بين الزوجات وفي النفقة.

الآثار المالية: وهي تلك الآثار ذات الطابع المالى، أى تتعلق بالذمة المالية والأموال التي يمتلكها أى من الزوجين قبيل الزواج وبعده ونظامها القانونى من حيث ملكيتها وإدارتها والانتفاع بها أو التصرف فيها.

ولم يفرق المشرع المصرى فى قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٣ بين الآثار الشخصية والآثار المالية من حيث القانون الواجب التطبيق؛ حيث يحكم قانون دولة الزوج كافة الآثار المترتبة على **عقد** الزواج سواء ما تعلق منها بالأشخاص أو ما تعلق بالأموال، ويراعى فى حالة وجود أموال خارج دولة الزوج ويفرض قانون موقع تلك الأموال بعض الأحكام الخاصة بنقل الملكية والحقوق العينية فهنا يجب مراعاة تلك الأحكام وإعمالها وإن ترتب على ذلك تعطيل تطبيق قانون دولة الزوج.

ولكننا لا يمكننا التسليم بالتكليف الذى أطلقه أنصار هذا الاتجاه الذى جعل جُلَّ تركيزه على الحضانة فى أثناء مرحلة قيام علاقة الزوجية وأغفل عندما تثار بعد الانفصال وانحلال رابطة الزوجية وأن علاقة الوالدين بالابناء تأخذ طابعاً استقلالياً

سواء فى مرحلة الزواج أو بعد انحلاله ^(١) ولكن مساندة أحكام القضاء له جعلته هو الغالب.

ولعل الأصل فى منشأ هذا الاتجاه هو القضية المعروفة باسم *Mère des Harriet sants anges* والتي تتلخص وقائعها فى قيام أبوين يحملان الجنسية الإنجليزية ويتوطنان فى إنجلترا بإرسال ابنتهما الصغيرة *Emma Harr* لدراسة اللغة الإيطالية بدير بروما يدعى *la mère des saints - anges* ولكن بعد انتهاء فترة الدراسة ونتيجة لتأثير راهبات الدير عليها رفضت الصغيرة الرجوع إلى والديها، مما دعا والديها إلى عرض الأمر على رئيس المحكمة المدنية بروما عام ١٨٩٠م ولكن الخلاف لم يصل إلى حد التقاضى وأطاعت الطفلة والديها وأذعنت لهما وقامت بالرجوع إلى حضانة والديها، ولكن الفقه الإيطالى توقف قليلاً ليتدبر الأمر ويستأهل عما يمكن أن يحدث إذا كان النزاع قد وصل إلى ساحة القضاء، وما هو القانون الواجب التطبيق وكان القاضى الإيطالى سيلجأ إليه لو كانت الصغيرة قد استمرت فى العصيان والتعنت ضد رغبة والديها؟، وما الحل الأنسب لهذه الدعوى التي يحمل الوالدين فيها الجنسية الإنجليزية ويتوطنان فى إنجلترا و الطفلة المحضونة إنجليزية ولكنها تقيم فى إيطاليا؟ فهل سيطبق القاضى القانون الإنجليزى بصفته قانون جنسية الزوجين أصحاب الولاية على الصغيرة أم القانون الإنجليزى بصفته قانون الموطن المشترك للزوجين أصحاب الولاية أم القانون الإيطالى بصفته قانون الدولة التي تقيم فيها الطفلة المحضونة ؟ ^(٢).

(١) انظر د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى،، مرجع سابق، ص ٣٠١ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٣٤ وما بعدها، وكذلك ص ٢٤٠.

(٢) حول هذه القضية انظر تفصيلاً د. فارسي يعيش: الحضانة والقانون الواجب التطبيق، بحث مقدم إلى المؤتمر الذى اقامته كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش عام ٢٠١٧م تحت عنوان "القانون المغربى فى مطلع القرن الحادى والعشرين" ص ٢١٥، ٢١٦.

ولكن لم تكن هناك صعوبة في الأمر ؛ فنص المادة السادسة من القانون الإيطالي كانت تنص على أن "مسائل الحالة والأهلية والعلاقات الأسرية تخضع للقانون الوطني للشخص، وبالتالي فالحضانة باعتبارها المرحلة الأولى من الولاية على نفس الصغير تخضع للقانون الشخصي لأطراف العلاقة الأسرية، وأن الاختصاص ينعقد للقانون الإنجليزي بحكم مسألة حق الوالدين في إلزام ابنتهما في الرجوع لموطن الأسرة .

وبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فقد أصدرت المحكمة المدنية في مدينة Laval في ١٢ أبريل ١٩٠٢ م حكماً في نزاع حول حضانة طفل إين شرعى إلى القانون الإنجليزي بوصفه القانون الوطني المشترك (الشخصي) للوالدين ، وهو ما يسمح للقاضي بإنشاء نوع من التوازن والتوفيق بين الطرفين وحفاظاً على مصالح الأطفال القُصّر في حال استمرار علاقة الزواج يسند تولى مهمة الحفاظ على الأطفال إلى الأم مع حفظ حق الأب في رؤيتهم وزيارتهم ، وقد أخذت المحكمة في اعتبارها عند إصدار هذا الحكم سوء سلوك الأب والحالة الصحية للابن (١)، كما أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً قضائياً في ١٦ أبريل ١٩٥٣ م حددت بموجبه من له الحق من الوالدين في حضانة طفلهما القاصر بموجب تطبيقها للقانون الوطني الفرنسي المتعلق بالولاية فاستقرت على اختصاص قانون الجنسية المشتركة للأطراف (أى الوالدين) بحكم النزاع أى القانون الذى يحكم آثار الزواج (٢).

المطلب الثانى

الاتجاه الثانى: تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق

أو رفع دعوى التطليق

ويرى أنصاره أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الواجب التطبيق على آثار انحلال عقد الزواج سواء أكان ذلك بالطلاق Repudiation أو بالتطليق Divorc أو بالانفصال الجسمانى separation board Prom bed

(1) Trib.civ.Laval.12 avril 1902

مشار إليه د. د.فارسي يعيش، المرجع السابق ، ص ٢١٦.

(٢) مشار إليه د.فارسي يعيش :الحضانة والقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ٢١٧.

and، وذلك على أساس أن الحضانة هي أثر من آثار انحلال رابطة الزوجية وليست أثراً من آثار عقد الزواج، وأن الربط بين الحضانة وآثار الطلاق والتطليق والانفصال مبرراً لإخضاعهما لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ فهو من الناحية العملية يخضع جميع النتائج المترتبة على الطلاق والانفصال لقانون واحد^(١).

إذن قد تنقضى رابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين المنفردة وعادةً ما يكون الزوج وهو النظام المعروف في الشريعة الإسلامية بالطلاق، وقد تنقضى بحكم قضائي وهو ما يُعرف بالتطليق، وتأخذ كثير من النظم القانونية بالنظام المعروف باسم التفريق الجسدي أو الانفصال الجسماني، وهو نظام يهدف إلى تحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة.

وقد وضعت المادة ١٣ من القانون المدني قاعدة إسناد لثلاث من صور انقضاء الزواج وهم: الطلاق والتطليق والانفصال الجسدي؛ حيث نصت المادة السابقة على أنه "٢- أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى."، وقد قرر المشرع بهذا النص إخضاع انحلال الزواج لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج خلافاً لما فعله بالنسبة لانعقاد الزواج؛ حيث أخضع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين كما رأينا، غير أن المشرع فرق بين الطلاق من جهة، وبين التطليق والتفريق الجسدي من جهةٍ أخرى من حيث وقت إعمال هذا القانون، فنظراً لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة لذلك فتكون العبرة بجنسية الزوج وقت وقوعه، أما بالنسبة للتطليق والانفصال الجسدي فالعبرة تكون بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى لأنه لا يمكن أن يتم إلا بحكم من القضاء، لذلك تخير

(١) د.أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص ٨٤٤.

المشروع وقتاً ثابتاً يمكن تحديده لمعرفة جنسية الزوج إذا ما تغيرت هذه الجنسية فجعل هذا الوقت هو وقت رفع الدعوى، ولا يُعد في تطبيق هذه القاعدة بجنسية الزوجة^(١).

وقد انتقد البعض بحق هذا الاتجاه على أساس أنه يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطليق وفقاً لأحكام قانون جنسية الزوج عند إيقاع الطلاق في الحالة الأولى أو وقت رفع الدعوى في الحالة الثانية، وكان الأولى أن يعتد المشرع بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بوصفه القانون المعروف لكل من الطرفين والذي ارتضى كل منها الارتباط في ظله، ولذلك يرى البعض ضرورة الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الزواج في حكم الطلاق والتطليق والانفصال الجسدي على أنه إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج فإن قانون هذه الجنسية المشتركة هو الذي يسرى، ولكن مع ضرورة وضع قيد على أعمال قانون الجنسية الجديدة للزوجين وهي الحالة التي يكون فيها اكتساب الزوجة لهذه الجنسية المشتركة قد تم بقوة القانون أي دون تعبير عن إرادتها، حيث يكون من الأفضل في هذه الحالة عدم الاعتداد بقانون الجنسية المشتركة لأن اكتسابها لم يتم باختيار الزوجة.

مجال تطبيق قانون جنسية الزوج:

يدخل في مجال تطبيق المادة ١٣ مدنى السالفة الذكر شروط الطلاق والتطليق والانفصال الجسدي وكذلك آثار كل منهما، وأيضاً إجراءات انقضاء رابطة الزوجية:

أ. بالنسبة لشروط انقضاء الزوجية:

فإن قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يحكم الحق في الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسدي، وما يرد على الحق من قيود، ويبين الأسباب التي تسوغ طلب التطليق أو الانفصال الجسدي، والحالات التي يمكن الحكم فيها به، كما يبين هذا القانون أيضاً القواعد الموضوعية الخاصة بإثبات توافر أسباب

(١) وسار على نفس الاتجاه القانون المدنى السورى فى المادة ١٤ منه، والقانون المدنى العراقى

فى المادة ١٩ منه، والقانون المدنى الليبى فى المادة ١٣ منه.

التطليق أو الانفصال، فيحدد طرق الإثبات ومحلّه ومن يقع عليه عبء الإثبات، والأدلة التي يمكن تقديمها وقوة هذه الأدلة وحجيتها.

ب. بالنسبة لآثار انحلال رابطة الزوجية:

فإن قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يحكم آثار هذا الطلاق أو التطليق أو الانفصال فيما يتعلق بعلاقات الزوجين؛ فببين ما إذا كان لأيهما الحق في النفقة ومدى هذه النفقة وكيفية تقديمها، وما إذا كان لأيهما الحق في النفقة ومدى هذه النفقة وكيفية تقديرها، كما يبين أثر التطليق أو الانفصال بالنسبة لتغيير اسم الزوجة وما إذا كان لها الحق في أن تحمل إسم زوجها السابق، وما إذا كان لأحد الزوجين الحق في التعويض وأسبابه وكيفية تقديره، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الزوج وفقاً لنص المادتين ١٣٩١، ١٣٩٤ من القانون المدني اليوناني مُلزماً بالنفقة لزوجته إلا إذا كانت هي التي انسحبت من الحياة الزوجية المشتركة من غير مبرر مقبول، وكانت المحكمة قد أثبتت بالأدلة السابقة التي أوردتها أن الزوج هو الذي رفض استئناف الحياة الزوجية، وأن الزوجة سعت إلى منزل الزوجية فصدّها هو عنه، وأنها لم ترتكب خطأ يبرر هجر زوجها لها، فإن حق الزوجة في هذه الأحوال لا يسقط في تقاضى النفقة المستحقة لها عملاً بالمادتين المشار إليهما"^(١).

ج. أما بالنسبة للمسائل الإجرائية:

فإن أعمال القانون واجب التطبيق على إنهاء علاقة الزوجية لا يتم إلا من خلال عدة إجراءات قضائية لاسيما بخصوص التطليق أو الانفصال، والثابت أن المسائل الإجرائية تخضع لقانون القاضى أو الجهة التي يباشر أمامها الإجراء عملاً بالمادة ٢٢ من القانون المدني المصري التي جاء بها أنه "يسرى على قواعد الاختصاص جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات"، وبهذا تخرج تلك المسائل، أى إجراءات التطليق والانفصال، من

(١) الحكم الصادر في ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤، مجموعة النقض المدنية، س ٥، ص ٩٥.

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الطلاق أو التطلق أو الانفصال الذي يقتصر على حكم المسائل الموضوعية، وعلى كل حال فإن تحديد طبيعة المسألة وهل هي من الإجراءات أم من الموضوع هو من قبيل التكييف الذى يرجع فيه إلى قانون القاضى الذي ينظر الدعوى عملاً بالمادة ١٠ من القانون المصرى كما رأينا.

وقد ثار خلاف حول ما إذا كان وجوب إجراء التطلق لدى سلطة معينة سواء أكانت دينية أو بعمل من السلطة التشريعية يعتبر من موضوع التطلق فيخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أم يعتبر من إجراءات التطلق مما يخضعه لقانون القاضى؟

فذهب القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذه المسألة متعلقة بموضوع التطلق، غير أن الفقه في مصر و فرنسا يعتبرها متعلقة بإجراءات التطلق، هذا وتجدر الإشارة أن قانون القاضى يحكم أيضاً الإجراءات التحفظية أو الوقتية اللازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين، ويرى البعض أن ذلك لا يرجع فقط إلى اعتبار هذه المسائل متعلقة بالإجراءات، بل إنها تتعلق فوق ذلك بالأمن المدنى، مما يخضعها لقانون القاضى.

النظام العام والقانون الذى يحكم انقضاء الزوجية:

قد يؤدي إعمال فكرة النظام العام إلى استبعاد قانون الزوج إذا كان هذا القانون يسمح بالتطلق لأسباب لا يقرها قانون القاضى أو إذا كان القانون أكثر تساهلاً من قانون القاضى فى إباحة التطلق، وذلك بالنسبة للدول التى لا تسمح بانقضاء الزوجية إلا فى نطاق ضيق، وعلى العكس يمكن القول كذلك بإمكان استبعاد قانون الزوج لمخالفته النظام العام فى دولة القاضى إذا كان هذا القانون لا يسمح بإنهاء رابطة الزوجية، وكان قانون القاضى يعترف للأفراد بالحق فى إنهاء هذه الرابطة باعتبار هذا الحق من الأسس التى تقوم عليها الحرية الشخصية.

ويلاحظ أن رخصة الطلاق فى مصر ليست من النظام العام إلا بالقدر الذى تجب فيه حماية حقوق الزوج المسلم، فللزوج المسلم فى مصر أن يطلق وفقاً لأحكام

الشريعة الإسلامية ولو كان قانونه الشخصي يمنع الطلاق، وفيما عدا هذه الحالة لا تعتبر حرية الطلاق في مصر من النظام العام؛ فإذا كان قانون جنسية الزوج يمنع الطلاق أو التطليق وجب اتباعه، وإذا كان يجيز التطليق لأسباب معينة فإن التطليق يكون جائزاً في حدود هذه الأسباب، وباعتبار أن النظام القانون المصري في هذا المجال نظاماً قانونياً مركباً ويتضمن عدة نظم خاصة بالطوائف المختلفة للوطنيين، فالشريعة الإسلامية تسمح وتجزئ الطلاق، في حين أن الشرائع الأخرى لغير المسلمين تمنع الطلاق، وهكذا فإن فكرة النظام العام في مصر لاستبعاد القانون الواجب التطبيق بشأن انقضاء رابطة الزوجية أضيق نطاقاً عنه في الدول الأخرى.

ومن ثم فإن القانون الأجنبي يُستبعد من التطبيق إذا كانت أحكامه تتنافى مع الأسس العامة التي يقوم عليها النظام القانوني والاجتماعي بشكل عام في مصر، كما لو كانت أحكام القانون الأجنبي تسمح بإنهاء رابطة الزوجية لاختلاف الجنس أو اللون، أو إذا كان يحرم الزوج المسلم من حقه في الطلاق، أو إذا كان يقضى بإمكان إنهاء رابطة الزوجية لتغيير الديانة إذا كان الزوج هو الذي أصبح مسلماً بينما ظلت الزوجة كتابية، إذ أن الحكم في هذه الحالات يخالف الشريعة الإسلامية، وبالتالي يتعين استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

ولكننا لا يمكن الاتفاق مع ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه؛ حيث إن آثار انحلال عقد الزواج لا تشمل إلا آثار الانقضاء فيما يتعلق بعلاقات الزوجين ببعضهما البعض كأسباب الطلاق أو الانفصال، وكذلك الآثار بالنسبة للأشخاص كعلاقة المطلق ومطلقاته كالنفقة والقيود التي ترد على حقوق الطرفين في انقضاء الزواج.....إلخ، وكل هذه الآثار تتركز على أثر الانحلال أو الانفصال على العلاقة بين الزوجين^(١).

(١) انظر د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣١٧

د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٤٨ وما بعدها.

وخليقاً بنا الإشارة إلى أن القانون الفرنسي اعتبر الحضانة أثراً من آثار الطلاق، حيث كان القضاء الفرنسي يعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولكن تحت تأثير النقد الموجه إليه من قبل الفقه عاد وعدل عن وجهة نظره وقرر اتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الطلاق^(١)، والذي هو نفس القانون المتبع على آثار الطلاق، ولكن بعد صدور قانون ١١ تموز ١٩٧٥ م والذي نص على قاعدة جديدة للنزاع في المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي تعتبر من القواعد المادية ذات التطبيق المباشر والضروري^(٢) تقرر أن "الزواج والطلاق يُحكم بالقانون الفرنسي إذا كان:

١. أحد الزوجين يحمل الجنسية الفرنسية.
٢. إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في الأرض الفرنسية.
٣. إذا لم يعترف أى قانون أجنبي بصلاحيته، في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسدي"^(٣).

المطلب الثالث

الاتجاه الثالث: تطبيق قانون جنسية الصغير

أو قانون الموطن الفعلى والعادى له

(1) Henri Batffol , Droit International Privé , 4éd. , paris.1967,p.491

(٢) حول القواعد ذات التطبيق الضرورى انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة: القواعد ذات التطبيق للضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٣) حول النقد الموجه لهذه المادة انظر:

Henri batiffol and paul lagarde: droit international privé , septième édition ,tomeII , Paris ,1983 , P.75.

Bernard audit: droit international privé ,3éd.,economica ,paris , 2000,P.583-584 .

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الحضانة مسألة متعلقة بالولاية على المال، وبالتالي تخضع للقانون المطبق على الولاية على مال الصغير، أى للقانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٦ من القانون المدنى المصرى والتي نصت على أنه "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته".

وقد ذهبت بعض المحاكم المصرية إلى اعتبار الحضانة مسألة متعلقة بالولاية على المال ومنها حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الصادر فى ٢٩ يوليو ١٩٧٦م فى قضية تتلخص وقائعها فى قيام جدة مصرية بطلب الحكم بحضانة حفيدها الكويتية من ابنتها المصرية، وذلك نتيجة لقيام الأب الكويتى الجنسية بتطبيق تلك الابنة وتعرضه لها فى حضانة حفيدها التى لا زالت فى سن الحضانة، فقضت المحكمة بالحكم للجدة بحضانة حفيدها إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية المطبقة فى الكويت باعتبارها قانون جنسية الصغيرة، وبررت المحكمة حكمها المتقدم بأنه ليس ثمة شك فى أن قواعد الإسناد الواردة فى القانون المدنى جاءت خلواً من بيان قاعدة إسناد فى مسائل الحضانة، ومن ثم فإنه إعمالاً للمادة ٢٤ من القانون المدنى يتعين الرجوع إلى مبادئ القانون الدولى الخاص فى هذا الشأن، وهى تقضى بإعطاء الحضانة حكم الولاية ومن ثم يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الصغير، لأنه صاحب المصلحة، ومن ثم يجب الأخذ بقانون جنسيته فى هذا الصدد وهو القانون الكويتى (١).

ولكننا لا نستطيع التسليم بما ذهب إليه هذا الاتجاه فهناك فروق جوهرية بين الولاية على المال والتي خصها المشرع المصرى بنص خاص فى المادة ١٦ من القانون المدنى واخضعها لقانون الشخص الذى تجب حمايته أى قانون جنسية الصغير، وبين الولاية على النفس والتي تقترب الحضانة من طبيعتها، وهو ما أيدته

(١) الحكم غير منشور ولكن مشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين،

مرجع سابق، ص ٤٨٣، هامش ١.

بعض أحكام القضاء ومنها حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الصادر فى الأول من يونيو ١٩٧٦م والذى قضت فيه المحكمة بأن " الحضانة من صميم الأحوال الشخصية وأن حقوق الصغار فى علاقاتهم بوالديهم لها كيانها المستقل عن علاقات الزوجين معاً، سواء أكان ذلك أثناء علاقة الزواج أم بعد انحلالها"، وبالتالي رفضت إخضاع الحضانة لقاعدتى الإسناد بآثار وإنحلال الزواج، كما أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الولاية على المال والواردة بالمادة ١٦ مدنى، إذ لا يمكن قياس الولاية على النفس على الولاية على المال، ثم انتهت المحكمة إلى أن الحضانة حق للصغير... وبالتالي يطبق قانون جنسيته^(١)، ولكننا لا يمكننا التسليم بما ذهبت إليه المحكمة بهذا الحكم لأن الحضانة كما هى حق للصغير فهى حق للحاضن أيضاً.

كما يرى جانب من هذا الفقه أنه حمايةً لحق الطفل المحضون ومنعاً لإمكانية التعدى عليه، فإنه من الأفضل تطبيق قانون المولود المألوف لإقامة الطفل المحضون على مسائل الحضانة، وهو المكان الذى تتركز فيه حياة الفرد وتقام فيه علاقاته وتنمو، وبالتالي فهو القانون الأجدر على الإلمام بالظروف المحيطة بالطفل وأسرته والمجتمع الذى يتعايش معه، فالحضانة لها تأثيرها البالغ على الحالة الشخصية للطفل المحضون والتي يجب أن تخضع لمسائلها لقانون المكان الذى يتوطن فيه، وقد استدل هؤلاء بما قضت به محكمة برلين الابتدائية فى قضية Josef Jundeff البولندى الجنسية ضد مطلقته Sara الإسرائيلية الجنسية والذى أيدته محكمة الاستئناف بعد ذلك فى دجنبر عام ١٩٧٣م والتي كانت تتعلق بإلزام المطلقة برد الطفلين إلى ألمانيا بعد أن هربت بهما إلى إسرائيل حفاظاً على مستقبل هؤلاء الأطفال الذين يجدر أن يكونوا فى كنف أبيهم، وحق الأب فى ممارسة حقه فى رؤية طفليه ورعايتهما، فطبقت المحكمة القانون الألمانى الشرقى حينئذٍ قبل وحدة ألمانيا باعتبارها قانون المولود المألوف والعاى الذى ولد فيه الطفلان وعاشا فيه^(٢).

(١) حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية رقم ٥ لسنة ١٩٧٦م (دائرة الأحوال الشخصية - أجنب).

(٢) د.فارسي يعيش: الحضانة والقانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ٢١٩.

المطلب الرابع

الاتجاه الرابع - تطبيق قانون جنسية الأب

ويذهب أنصاره إلى أن الحضانة أثر من آثار النسب، وأن آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن بما فيها الولاية على النفس، وبالتالي يطبق عليها قانون جنسية الأب^(١).

والمقصود بالنسب هو النسب الشرعي، أو ما يعرف بالبنوة الشرعية وهي نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج بينهما، وغنى عن البيان أن البنوة هي جزء من الحالة، ومن ثم فهي تخضع وفقاً للمادة ١١ من القانون المدني التي تنص على أنه "يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية، ويثبت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوة وإنكارها".

فالحضانة في رأيهم التزام ناشئ عن النسب باعتبار أنها التزام يقع على من يثبت نسبة المحضون إليه^(٢) فإثبات البنوة جُل اهتمام الأب أكثر من الابن، وعليه يطبق قانون الأب الشخصي سواء أكان قانون الموطن كما في النظم الأنجلوسكسونية أم قانون الجنسية كما في النظم العربية والأوروبية، فمن النادر أن يغير الأب جنسيته في الفترة ما بين إبرام الزواج وإنجاب الأولاد، وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق دائماً قانون جنسية الأب وقت إبرام الزواج أو وقت ميلاد الطفل والذي يعتبر ذاته قانون الأسرة القائمة، أما بعد الطلاق أو الانفصال فلا يكون لهذا القانون الدعم القادر على تأمين وحماية الطفل نتيجة تصدع الأسرة^(٣).

(١) انظر د. هشام صادق: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، مرجع سابق، ص ٥٦٢، د. منصور مصطفى منصور: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥م، ص ٢٣٩ وما بعدها.

(٢) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٨٤٧.

غير أن الأمر يدق إذا اختلفت جنسية الشخص المراد إثبات بنوته عن جنسية الوالد (الأب أو الأم) المراد الانتساب إليه، وينشب حينئذٍ التساؤل عن الشخص الذى يتعين الاعتراف بجنسيته فى هذا الصدد؟

وقد اختلف الفقه والقضاء وتشريعات مختلف الدول فى الإجابة على هذا التساؤل: فذهب اتجاه إلى الاعتراف بجنسية الابن استناداً إلى أن البنوة صفة فى الشخص وتعتبر جزءاً من حالته، مما يتعين معه أن تخضع لقانون جنسيته، وهناك اتجاه آخر رأى الاعتراف بجنسية الأب باعتبار أن البنوة إذا كانت صفة فى الابن فإنها أيضاً صفة فى الأب وهى أبوته، ويوجد اتجاه ثالث بإخضاع البنوة لقانون الأب وقانون الابن مع تطبيقهما تطبيقاً جامعاً.

ويرى جانب من الفقه وجوب الاعتراف بقانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه سواء أكان الأب أم الأم؛ حيث يرون أن المواد السابقة تقطع بما لا يدع مجالاً للاجتهاد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب، وإذا تغيرت جنسية أحد الوالدين المراد الانتساب إليه يُعتد بجنسية الأب والأم وقت ميلاد الابن المراد إثبات نسبه.

وذهب اتجاه آخر إلى اعتبار النسب من آثار الزواج، وبالتالي يخضع لقانون جنسية الزواج وقت الزواج دون الاعتراف بالتغيير الذى قد يطرأ على جنسية الزواج، فينطبق حينئذٍ القانون المصرى وفقاً للاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٤ من القانون المدنى والسابق شرحه، وهذا الرأى أولى بالإتباع^(١).

ولكن الأمر يحتاج إلى إمعان النظر حول الوقت الذى يُعتد فيه بجنسية الأب هل هو وقت الميلاد باعتبار أن النسب يبدأ من هذه اللحظة أم يعتد به منذ وقت

(١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى،

١٩٨٧م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٢٢-٣٢٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز

الأجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٤٧٨-٤٧٩.

الزواج؟، ولكن يرى الفقه الراجح أن وقت الاعتراف بجنسية الأب المراد إثبات النسب له هو وقت الميلاد على أساس أن هذا الوقت هو الذى تتكون فيه رابطة النسب (١).
تقدير قانون جنسية الأب:

لقد سلكت معظم التشريعات العربية ذات المسلك الذى سلكه التشريع المصرى بعدم النص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل وحتى على الواجبات والحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأولاد، لذا يفضل الفقه هناك ما توصل إليه الفقه الراجح فى مصر من تطبيق قانون جنسية الأب (٢).

ويُحمد للمشرع الكويتى إخضاعه الحضانة إلى قاعدة إسناد خاصة بها وفقاً لنص المادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبى رقم ٥ لسنة (١٩٦١) النافذ، والتي نصت على أنه "يسرى قانون جنسية الأب فى الولاية على النفس وفى الحضانة"، وعالج أيضاً وبصورة تفصيلية المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبنى بموجب المواد (٤١) و(٤٢) و(٤٣) من القانون أعلاه، والجدير بالذكر أن المشرع اليمنى فى القانون المدنى رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ النافذ قد حصر الاختصاص التشريعى فى القانون اليمنى بالزواج والطلاق وأغلب مسائل الأحوال الشخصية؛ حيث نصت المادة (٢٦) منه على "أن يرجع فى الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمنى عند المرافعة برضاء الطرفين"، أى أنه جعل تطبيق القانون اليمنى مرهون برضاء الطرفين إذا كان الزوجان أجنبيين.

أما المشرع العراقى فقد أثر التمييز باتخاذ موقف متميز، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد

(١) د.بدر الدين عبد المنعم: دراسات فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائى، ١٩٩٠م، ص ٣٣١، د.عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

(٢) د. محمد وليد المصرى: الوجيز فى شرح القانون الدولى الخاص، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٤٥.

واحدةٍ وأخضعها لقانون جنسية الأب، بموجب المادة (٤/١٩) من القانون المدني، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وبذلك يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتبها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج بموجب المادة (٥/١٩) من القانون المدني العراقي، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على أن " الجدة لأب أولى بحضانة الصغيرة من الأم الأجنبية غير المقيمة في العراق"، كذلك يتعطل تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضى حسب نص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي.

ولو سلمنا بخضوع الحضانة إلى القانون الذي يحكم العلاقات والحقوق المتبادلة وما بين الآباء والأبناء، وهو قانون جنسية الأب حسب رأى الفقه الراجح يثار التساؤل عن الوقت الذى يُعتد به بقانون جنسية الأب ؟

ولو قلنا الاعتراف بقانون جنسية الاب وقت انعقاد الزواج، باعتبار النسب أثر من آثار الزواج، ولكننا بذلك نكون قد آمنا بأن الحضانة تعتبر كذلك، وهذا ما سبق وأن تم انتقاده .

ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الطفل، فإنه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسياتٍ مختلفةٍ إذا ما غير الأب جنسيته، إضافةً إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد، فأى القانونين أصلح هل قانون وقت وفاة الأب أم قانون وقت الزواج؟، وإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فإنه قد يحصل تحايل على القانون ، وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولةٍ معينةٍ لا علاقة له بالنسب^(١).

(١) د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والطلول والوضعية فى القانون الأردني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١١٣-

وقد حاز قصب السبق لدينا الدعوة إلى إعمال قانون جنسية الأب دون تحديد الوقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية، فذلك أفضل من إعمال وقت معين، وذلك بتقدير كل حالة على حده وفق ما يرتأيه القاضي مستعيناً في ذلك بما تحمله الدعوى من ظروف وملابسات خاصة.

المطلب الخامس

الاتجاه الخامس - تطبيق القانون الأصلح للطفل

وقد تبنى هذا الاتجاه فكرة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأصلح للطفل، وهو الاتجاه السائد في قضاء الدول الأنجلوأمريكية وأكدته السوابق القضائية على أنه من خصائص الـ common law، ويستند أنصاره إلى أنه يجب تغليب حق الطفل المحضون على حق الحاضن في النزاع المعروض على القضاء والمتعلق بالحضانة وتطبيق القانون الأصلح للمحضون؛ حيث إن تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق وطبيعة النزاع الخاص بالحضانة، فالطفل بحاجة إلى حماية فعالة وحقيقية له تحيطه بسياج منيع عن الخلافات الزوجية وتنازع والديه حول الأحق والأجدر منهما بالحضانة^(١).

ويستند هذا الرأي إلى موقف المشرع الإنجليزي بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة؛ حيث يُخضع المسائل المتعلقة بالحضانة لسلطة المحكمة التقديرية لتعهد بها لمن تراه أقدر على رعاية الصغير وتدبير شئونه على أحسن حال مسترشدة بمصلحة الصغير الأولى، وهو ما دعا بعض الفقه الإنجليزي يقول بأن "القانون الإنجليزي غير واضح في بعض المسائل التي تعرض على المحاكم وتنشأ في مكان أو آخر، ويتزاحم فيها أو لحكمها أكثر من قانون، كقانون موطن الأب وقانون موطن الطفل، وتظهر الصعوبة في المراحل المتأخرة من الطفولة، والتي قد يحصل

(١) د. عزت البحيري: القانون الواجب التطبيق على الحضانة، بحث منشور بمجلة الشريعة

والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، العدد ٢٥، ٢٠٠٧م، ص ٤٦٧.

فيها الطفل على موطن مستقل به، فيبدو أن المحكمة تفضل تطبيق قانون موطن الأب باعتبار الأب أصل الطفل"^(١).

وقد أكد القضاء الأمريكي هذا المنهج في أحكامه الخاصة بالمنازعات الخاصة الدولية التي تتضمن عنصراً أجنبياً والمتعلقة بالحضانة؛ حيث إن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية تتوسع في الحق في الحضانة بغية تحقيق أفضل مصلحة وبناء سياج قوى لحماية للطفل المحضون حتى وصل الحد بها إلى الدفع بالنظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية ومنع تطبيقها على منازعات الحضانة لأنها لا تتفق مع الأساس السالف ذكره ورفض الأحكام الصادرة المخالفة لهذا الأساس.

ففي قضية تتلخص وقائعها في قيام مواطن فلسطيني بالزواج من أمريكية بغزة عام ١٩٨٣م واستمر بالإقامة بها حتى عام ١٩٩٠م، وفي تلك الفترة أنجبت طفلاً ثم انتقلت الأسرة إلى الولايات المتحدة للإقامة بها، وما لبث الزوجان أن انفصلا وهو ما دعا الزوج الفلسطيني إلى العودة إلى غزة ورفع دعوى أمام المحكمة الشرعية بغزة وحصل منها على حكم بحقه في حضانة الطفل، وفي ذات الوقت لجأت الزوجة لمحكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة مطالبة بحقها في الحضانة؛ حيث لا يقوم اختصاصها على أساس موطن الوالدين، وإنما يقوم على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل، وأن ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي وأكدته السوابق القضائية، واستند الزوج إلى الحكم الصادر لصالحه من المحكمة الشرعية بغزة عام ١٩٩٣م، ولكن المحكمة رفضت تنفيذ الحكم الصادر لصالح الزوج بحضانة الطفل، واستندت

(١) انظر حول ذلك:

Martin wolf: private international law ,second edition , oxford,London ,1950,p389-390.

وانظر أيضاً بخصوص الحضانة الجزء الثالث الفصل (١٦) الطلاق القاعدة (٣٤) من المرجع التالي:

Dicey and Morris : The Conflict of Law , 9ed. , Butterworth's , London , 1974 , P. 348.

إلى أسباب إجرائية وأسباب موضوعية، ومن الناحية الموضوعية وجدت المحكمة الأمريكية أن القانون الذي طبقته المحكمة الشرعية بغزة والذي يؤسس الحق في الحضانة على أساس السن والذي اعتبرته أساساً تلقائياً أو تحكيمياً يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل، وأن هذا الأساس هو الذي يُحقق للطفل السعادة والعيش الطيب والتقارب النفسى، ويعد أن استمات الزوج الفلسطيني في الدفاع عن حقه في حضانة الطفل تاسيساً على الحكم من محكمة غزة الشرعية في ٨ يوليو ١٩٩٣م وهي المحكمة المختصة بنظر النزاع بتوافر العناصر المؤدية إلى ذلك قانوناً، وهذا الحكم الصادر عنها واجب النفاذ وفقاً للقواعد الدولية في تنفيذ الأحكام^(١) انتهت المحكمة إلى رفض تنفيذ الحكم لأن القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية^(٢)، كما أنه لا يمكن تنفيذه لعدة أسباب أهمها عدم اتباع الإجراءات القضائية اللازمة، وبالتالي تصبح باطلة لعدم اتصال علم الزوجة بأى إجراء من إجراءات دعوى الطلاق والحضانة من قبل المحكمة الشرعية بغزة، كما أن القانون المطبق على النزاع يجب أن يكون قابلاً

(١) حيث دفع بتوافر أهم شرطين لتنفيذ الأحكام الأجنبية: أولهما اختصاص المحكمة الأجنبية بنظر النزاع محل الحكم وقد دلت على ذلك بإقامته وعائلته وأسرته زوجته أثناء الزواج بغزة، وأن غزة هي المكان الذي أقام فيه الزوجان أغلب مدة الزواج وأغلب الشهود مقيمين بها، وأن الزوجة تتكرر زيارتها لهذه المدينة، إضافة إلى قيود السفر المفروضة على الفلسطينيين في الأراضي المحتلة، وثانيهما عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في الدولة المراد التنفيذ فيها- للمزيد انظر د.عزت البحيري: بعض نماذج لتناول المحاكم الأمريكية للقانون الإسلامى، بحث مقدم لمؤتمر "التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل" والذي أقامته جامعة الأزهر بالقاهرة في أبريل ١٩٩٩م، ص ٤٦، ٤٧.

(٢) د.عزت البحيري: بعض نماذج لتناول المحاكم الأمريكية للقانون الإسلامى، المرجع السابق، ص ٤٦، ٤٧.

للمقارنة بينه وبين قوانين الكومنولث، وأن القانون الذي طبقته محكمة غزة لتحديد الحق في الحضانة لأنه يقوم على أساس تحكّمى وغير عادل ولا يحقق مصلحة الطفل^(١).

وقد قالت المحكمة الأمريكية تعليقاً على الحكم الصادر من محكمة غزة أن "هذا الاستخلاص القانونى لا يمكن قبوله إطلاقاً خصوصاً إذا ما قورن بقانون ولاية نيوجيرسى الأمريكى الذى يؤسس الحق فى الحضانة على تحقيق مصلحة أفضل للطفل، وأن معيار أفضل مصلحة للطفل هو الذى يضمن الأمن والسعادة والتقارب النفسى وطيب العيش المادى والمعنوى للطفل، فهذه الأمور هى التى تحدد من له الحق فى الحضانة، وأن منح حق الحضانة لأى من الوالدين تأسيساً على وصول الطفل لسنٍ معينة يُعد افتراضاً ألياً لا يضمن تحقيق مصلحة الطفل المتنازع على حضانته، وأن كل قضية يجب أن ينقرر فيها الحق فى الحضانة حسب وقائعها وظروفها"^(٢).

ويقترّب من هذا الرأى أيضاً موقف اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ م المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون فى مادة المسئولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال؛ حيث إنه بعد أن عقدت هذه الاتفاقية الاختصاص باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل فى شخصه وأمواله إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التى يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل بموجب للمادة (٥) منها، فإنها سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المسند إليها، وذلك حسب نص الفقرة (أ) من المادة (١٥).

(١) حيث كان تقنين الشريعة الإسلامية يقرر فى المادة ٣٩١ منه حق الأب فى حضانة الطفل الذكر تلقائياً عند بلوغه سبع سنوات، ويمكن للأُم وفقاً للمادة ١١٨ من قانون حقوق الأسرة أن تمد حضانتها حتى بلوغه تسع سنوات، كما أن للأب والجد من جهة الأب الحق فى الحضانة أيضاً.

(2) Superior court of new jersey , chancery division , family part , union country , 279 N,J super.154, 652 A.2d.

مشار إليه د.عزت البحيرى: بعض نماذج لتناول المحاكم الأمريكية للقانون الإسلامى، المرجع السابق، ص ٤٦.

وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل فقد قامت بتوسيع نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (١٥) على أن "غير أنه عندما يقتضى الأمر حماية الطفل فى شخصه أو أمواله يجوز استثناءً لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التى لها اتصال متين بالوضعية"، ويبدو جلياً من هذا النص أن الاتفاقية ابتغت توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، وأجازت لها وعلى سبيل الاستثناء أن تطبق قانون آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيماً فى دولة أخرى غير الدولة التى يتمتع بها بجنسيته، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كانا مختلفي الجنسية، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته.

ويبين لنا من ذلك أن هذه الاتفاقية قد مكنت سلطات الدولة المختصة وأجازت لها التنازل عن الاختصاص المقرر لها لصالح سلطات دولة أخرى فى حال ما إذا كانت الأخيرة هى الأقدر والأجدر والأكفأ على رعاية مصلحة القاصر، وهذا يعنى أن القانون الواجب التطبيق أيضاً سوف ينتقل لصالح قانون السلطات الجديدة تبعاً لانتقال الاختصاص، كما أنها قدست الاتجاه السائد فى أغلب الدول الأنجلوأمريكية من أن حماية القاصرين أمر يتعلق بالاختصاص القضائى، وأن هذا الاختصاص القضائى هو الذى يجلب الاختصاص التشريعى عن طريق قيام الجهة التى تختص باتخاذ إجراء الحماية بتطبيق قانونها^(١).

المطلب السادس

الرأى الخاص فى المسألة

(١) انظر د. أشرف وفا محمد،: حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، مرجع سابق،

بدايةً نود الإشارة إلى أن السبب الرئيس في الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالحضانة والمتضمنة عنصراً أجنبياً يمكن رده إلى الاختلاف حول التكييف القانوني للحضانة كما سبق وأن تناولنا، فلو تم تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار الزواج كان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج (م ١/١٣ مدنى)، ولو تم تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انقضاء الزواج كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المشار إليه بنص المادة ٢/١٣ مدنى، ولو تم تكييف الحضانة على أنها من مسائل الولاية على المال كان القانون الواجب التطبيق هو قانون الشخص الواجب حمايته وفقاً لنص المادة ١٦ مدنى..... إلخ من التكييفات.

وجديرٌ بالإيماء أن المحكمة يقع على عاتقها البحث عن مصلحة المحضون والبحث عن الأصلح لتولى أمر حضانته ، فقد بينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية بمذاهبها كافة توخت مصلحة المحضون حين قررت من هو الحاضن؟ ، وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه؟ ، ويقع على عاتق القاضى مهمة اختيار الأصلح من الأبوين أو من غيرهم حتى دور الدولة لحضانة المحضون ، ومن الطبيعي فإن هذه المسؤولية الكبيرة تقتضى النظر إلى الوسائل التي يمكن أن تُعين المحكمة على استجلاء من هو الأصلح ومعرفته والتي يمكن أن تتمثل فى :

١- البيانات الشخصية : إذا ادعى المدعى أو المدعى عليه أن موكله أصلح أو أن خصمه غير لائق للحضانة ، فإن المحكمة تكلفه بإثبات ادعائه أو دفعه، وهذه من الأمور البديهية فى القضاء .

٢- البحث الاجتماعي : تحوى أغلب محاكم الأحوال الشخصية غرفاً للبحث الاجتماعي يقوم بالعمل فيها باحثات اجتماعيات متخصصات ومهنيات دراسياً من كليات الآداب والخدمة الاجتماعية ومتخصصات بقسم الارشاد الاجتماعى ، وطريقة العمل فى هذه الغرف أن تُحيل المحكمة خلال السير فى مرافعة الدعوى الطرفين والطفل أو الأطفال إلى الباحثة الاجتماعية التى تقوم بمقابلة الطرفين والطفل وتثبت فى

استمارة مُعدة لهذه الغاية المعلومات كافة عن ظروف الطرفين والطفل ، وقد تقوم بزيارة ميدانية إلى سكن كل من الطرفين أو الأشخاص الأخرى إن وجدوا ، وبعد كل ذلك تقوم بتقديم تقريرها بملخص عملها واستنتاجاتها في من هو الأصلح لحضانة الطفل ، مع ضرورة خضوع هذا العمل لرقابة المحكمة ممثلةً في القاضى الذى ينظر الدعوى عن طريق متابعة هذا العمل بصفةٍ دوريةٍ .

٣- اللجنة الطبية النفسية والعصبية : يجب الاستعانة بالطب النفسي والعصبي لإعطاء الرأي فيما إذا كان انضمام الطفل للحاضن يضر به نفسياً وعصبياً أم لا ؟ ، فهو رأى فنى يحتاج إلى خبرة اللجنة الطبية، واللجنة الطبية فى عملها هذا تُشبه عمل الباحثة الاجتماعية فى مقابلة الطرفين والطفل وبيان الرأى حسب اجتهادها ، ثم تصدر اللجنة الطبية قرارها مع قابليته للطعن استئنافاً لدى قاضى الموضوع ، وأخيراً فإن رأى اللجنة الطبية أو الاستئنافية بالتالى ليس ملزماً للمحكمة فلها أن تأخذ به أو أن لا تأخذ به ، على أن تُسبب قرارها فى الحالة الثانية وفقاً لما يتبدى لها أو فى حالة مخالفة القرار لنص قانوني .

وبالتالى فمن باب أولى أن يبحث القاضى عن القانون الأصلح للطفل المحضون الذى يمكن أن يحتضن مثل هذه الوسائل التى تكفل إسناد مهمة الحضانة لمن يستحقها دون أن تحتاج إلى خلق وابتداع وسائل جديدة لا يُقرها القانون المختار ، وهو بلا شك يُمثل عبئاً ثقيلاً وإضافياً على عاتق القاضى المعروف عليه النزاع ، إضافةً إلى أنه قد يُطيل أمد النزاع إلى الحد الذى يمكن أن تضيع معه مصلحة الطفل ويؤثر مستقبله ، وذلك عندما يكون الطفل فى أمس الحاجة إلى من يرعاه ويتولى شئونه .

وفى التشريع المصرى وأمام غياب قاعدة إسناد خاصة بالحضانة كان ينبغي المفاضلة بين قاعدتين :

الأولى : تقضى باعتبار الحضانة من آثار النسب ، وهنا يُطبق قانون جنسية الأب، مع عدم اتفاقنا مع ما ذهب إليه المشرع المصرى من الفصل بين القانون الذى

يحكم النسب والقانون الذى يحكم آثاره لأن الذى يحكم الأصل يحكم الفرع،
والأصل فى تنازع القوانين أن القانون الذى يحكم مسألة يحكم آثارها .

الثانية : ترمى إلى اعتبار الحضانة من آثار الزواج، وبالتالي تُطبق قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدنى، أى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج والاستفادة من الاستثناء المقرر فى المادة ١٤ من القانون المدنى وتطبيق القانون المصرى إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، وبالتالي تغليب تطبيق القانون المصرى حمايةً للمصريين من الخضوع لقانون أحوال شخصية أجنبى .

ولكننا نتفق مع جمهرة الفقه المصرى فى اعتبار الحضانة متعلقة بالولاية على نفس الصغير، وتخضع بالتالى لقانون جنسية الأب باعتباره رب الأسرة والمهيمن على شؤونها وصاحب المصلحة الأساسية فى تأمين حياة صغارها ورعاية شؤونهم (١) وذلك للتسبيبات الآتية:

السبب الأول: أنه لما كانت مسألة التكييف تخضع وفقاً لنص المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى والذى نص على أن " القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها "، فإنه يتم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التى تُعد القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر فإن الحضانة نوع من الولاية وليست أثراً من آثار الزواج ولا أثراً من آثار انقضاءه ؛ لأن العلاقات بين الزوجين لها كيانها المستقل وأحكامها الخاصة التى تسرى عليها بصرف النظر علاقة الزوجين بأولادهم (٢).

(١) د.إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق ، ص ٤٨٥، د.بدر

الدين عبد المنعم: دراسات فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٢) د.عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٣٣١.

السبب الثاني: أن الحضانة كما هي حق للمحضون فهي حق للحاضن أيضاً، ومن غير المنطقي مراعاة حق المحضون بصدد التكليف للحضانة وإغفال حق الحاضن وهو العنصر المحرك للنزاع أصلاً، وهو العنصر الغالب عند النزاع على الحضانة^(١).

السبب الثالث: أنه لا يمكننا قياس الولاية على النفس على الولاية على المال فهو قياس مع الفارق، فكل نوع من هذه الولاية له أحكامه الخاصة ومختلف عن الآخر وله اعتبارات خاصة يبنى عليها، وبالتالي يختلف التكليف ويختلف تبعاً له القانون الواجب التطبيق.

السبب الرابع: أن الأخذ بقانون جنسية الأب هو الذي سيُحقق مصلحة المحضون وسيسد الذرائع أمام تعدد القوانين الواجبة التطبيق وسيُحقق وحدة القانون المطبق في كثير من المسائل المتعلقة بشئون الأطفال المحضونين كالبنوة الشرعية والولاية على النفس، ومن ثم الحضانة^(٢).

وبالتالي فالراجح لدينا هو تطبيق قانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج لأنه منذ هذه اللحظة أصبح رب الأسرة والمهيمن عليها والمسئول عنها دونما النظر لوجود أولاد من عدمه، وأن الزوج من النادر أن يقوم بتغيير جنسيته في الفترة ما بين الزواج إلى النزاع على الحضانة.

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الاجانب وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(٢) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣٣٢، وقد

أشار سيادته إلى أن محكمة استئناف القاهرة قد أيدت ما ذهب إليه بحكمها الصادر في ١٦ مايو ١٩٥٦م، استئناف رقم ٦٧٥ لسنة ٧١ قضائية.

وقد فند بعض الفقه المصري ^(١) السبب الرئيس لإشكالية القانون الواجب التطبيق على الحضانة ^(٣٧) بقولهم " أن مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية فى تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، أن هذه المحاكم لم تبسط البحث كافيًا فى تكييف الحضانة، وهو البحث الذى تتحل على أساسه مشكله القانون الواجب التطبيق عليها ، وتكييف الحضانة يخضع وفقاً للقاعدة العامة فى التكييف للقانون المصرى، وهو هنا الشريعة الإسلامية، بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر، وهو ما عبر عنه أستاذنا الدكتور عز الدين عبد الله بقوله " ونعتقد أن الصعوبة فى تعيين قاعدة الإسناد بالنسبة للحضانة ترجع إلى أن القضاء لم يبسط البحث كافيًا فى تكييف الحضانة وبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية يتضح أن للأولاد من حيث هم كذلك حقوقاً ، ولهم علاقات بالوالدين لها كيانها وأحكامها بصرف النظر عن علاقة هذين الوالدين فيما بين بعضهما البعض ، سواء بوصفهما زوجين أو بوصفهما مطلقاً ومطلقةً ، فحقوق الأولاد وعلاقتهم بالوالدين ليست من آثار الزواج أو من آثار الطلاق ، وتشمل هذه الحقوق والعلاقات ثبوت النسب ، وولاية التربية الأولى وهى الحضانة ، والحق فى النفقة ، ثم الولاية على نفس الولد أى المحافظة على نفسه وصيانتة ويتضح من ذلك أن الحضانة ليست من آثار الزواج أو آثار الطلاق ، كما أنها ليست من الولاية على المال، بل هى المرحلة الأولى من الولاية على النفس ولذلك فإننا نُفضل إخضاع الحضانة لقانون بلد الأب ، إذ أن هذا القانون هو الذى فضلناه ليحكم البنية الشرعية والولاية على النفس " ^(٢).

وعلى هدى ما تقدم نخلص إلى نتيجتين هامتين : تتمثل أولاهما فى أن عدم قيام المشرع المصرى بوضع قاعده إسناد خاصة بالحضانة وإيكال المهمة للقضاء،

(١) د. عز الدين عبد الله: اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الاسناد فى مواد الأحوال الشخصية، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن أسانذة كلية الحقوق فى الجامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، ١٩٥٤ م، ص ٣١-٣٢.

(٢) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، مرجع سابق، ص ٣٢٤، ٣٢٣.

جعل القضاء المصري يُرغم على تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة استناداً إلى المادة ٢٤ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"، وهو ما جعله يُخضع المسائل المتعلقة بالحضانة في بعض أحكامه لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال، وفي البعض الآخر لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على النفس، غير أنه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال، إذ أن أحكام كل منها تتبنى على اعتبارات غير الاعتبارات التي تتبنى عليها أحكام الأخرى^(١)، وفي بعض أحكامه يكتفيها على أنها أثر من آثار الطلاق، وفي البعض الآخر أثراً من آثار الزواج، مع أن الحضانة لا تُعد أثراً من آثار الزواج والذي يخص علاقة الزوجين فيما بعضهم، كما أن تكييف الحضانة كأثر من آثار الطلاق هو ما جرى عليه العمل في الفقه والقضاء الأوربي متأثراً بالديانة المسيحية.

وتتمثل النتيجة الثانية في أنه لما كان التكييف القانوني الراجح للحضانة على أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون مع تفضيل مصلحته المحضون إذا تعارضت المصالح يقودنا إلى اعتبار الحضانة مسألة من مسائل العلاقات المتبادلة ما بين الآباء والأبناء والتي بدورها تُسند إلى القانون الخاص بالبنوة أو النسب، وهذا لم ينص عليه المشرع المصري في القانون المدني المصري؛ حيث كان يتضمن مشروع القانون المدني المصري نصاً في المادة (٣١) يقضى بأنه " يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوة وإنكارها"، و لكنه حُذف باعتبار أنه يُعالج مسألة تفصيلية ينبغي أن يكون نطاق الاجتهاد فيها رحباً، ولأن هذه المسائل تُعد من آثار الزواج وتسرى عليها قواعد الزواج وفقاً للقواعد العامة^(٢).

المبحث الثاني

(١) د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٢) د. بدر الدين عبد المنعم شرقي: أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجله إدارة قضايا الحكومة والتي تصدر عن مجلس الدولة المصري، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٧٩ م، ص ٤٠.

نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة

بدايةً نود الإيماء إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة (قانون جنسية الأب) يسرى فى الأصل على جميع المسائل المتعلقة بالحضانة وتنظيمها سواء أكان ذلك من حيث الشروط الواجب توافرها فى الحاضن والأحكام المنظمة لمرحلة الحضانة من حيث مدة الحضانة وشروط استمرارها وشروط فقدها وعلى نفقة المحضون، وعلى ما إذا كانت الحاضنة تستحق أجراً عن الحضانة أم لا ؟ ومدى اعتبار نفقة السكن فى هذه الحالة جزءاً من نفقة الصغير والتي يسرى عليها نفس القانون..... إلخ من المسائل الموضوعية المتعلقة بالحضانة ومنازعاتها؟.

ولكن - فى بعض الأحيان - تظهر بعض الصعوبات أمام تطبيق هذا القانون ويصعب - فى بعض الحالات - إدخال مسائل معينة فى نطاق تنظيم الحضانة التى تخضع للقانون الواجب التطبيق، وهو ما سنتناوله فى هذا البحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

المسائل التى يسرى عليها القانون الواجب التطبيق

أ. سن المحضون : يسرى القانون الواجب التطبيق على مدة الحضانة وعلى السن الذى يتميز به الطفل، فسن المحضون وهو السن الذى يصله الصغير ويتحدد بناء عليه حق الحاضن فى ولايته على الطفل وحضنته، ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وهى القانون العام للأحوال الشخصية- كما سبق وأن قلنا - تنتهى حضانة الأم لطفلها عند بلوغ الطفل سن التمييز، وهو ما يسمى سن

التخيير عند الجمهور^(١)، وقد قرر غالبية الفقه على أن سن التمييز يتحدد بناء على اختيار الطفل لأى من والديه للالتحاق به فى الحضانة^(٢).

ويُشير سن الطفل فى الحضانة مشكلة فى إطار النظم القانونية التى تأخذ بقاعدة القانون الأفضل أو المصلحة الأفضل للطفل كالولايات المتحدة الأمريكية حيث قررت محكمة نيويورك فى حكم لها أن " القانون الذى يقيم الحق فى الحضانة على أساس بلوغ الطفل سن معينة لا يمكن قبوله ؛ إذ أنه يقوم على أساس إلى وليس تحقيق أفضل مصلحة للطفل"^(٣)، وهو ما وجد له تأييد فى رأى البعض من الفقه الإسلامى والذين يرون أن الأصل فى الحضانة هو اعتبار مصلحة الصغير دون التقيد بسنٍ معينة^(٤).

أ- رؤية الطفل المحضون: ويحكم القانون الواجب التطبيق الحق فى الرؤية؛ أى رؤية الطفل المحضون، فوجود الطفل فى حضانة الأم مثلاً يُنشئ الحق للأب فى رؤيته، وهو الحق الثابت عند جمهور الفقهاء، وأقر القانون حق الأبوين فى رؤية الصغير بالاتفاق بينهما، وفى حالة عدم اتفاقهما يتولى القاضى تنظيمه، وهو ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م والتى نصت على أنه "..... ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٨ يونيو ١٩٩٩م فى الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ قضائية - مشار إليه د. الشحات إبراهيم منصور: حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص ٦٥ ، ٧٥.

(٢) د.أحمد محمد أحمد نجيب: إسكان المحضون فى الفقه الإسلامى والتقنيات العربية (المشكلة وتصورات فى الحل)، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٨ وما بعدها.

(٣) مشار إليه د.عزت البحيرى: القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٤) ابن القيم: إعلام الموقعين، ابن القيم، الجزء ٥٠، ص ٤٧٥.

بالصغير أو الصغيرة نفسياً. ولا ينفذ حق الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم لغير عذر أنذره القاضي، فإن تكرر ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها".

كما أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م والذي نظم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد نص في المادة ٦٥ منه على أن " الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ وبقوة القانون وبلا كفالة"، ونص في المادة ٦٧ منه على أنه " ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير في أحد الأماكن العامة التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكانٍ آخر، ويشترط في جميع الأحوال ما يشيع الطمانينة في نفس الصغير"، ويكون المشرع بذلك قد أقر حق الرؤية وأناط بوزير العدل إصدار قرار يحدد الأماكن التي يمكن أن تحدث الرؤية فيها، وقد صدر قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠م لينظم الأماكن التي تجب فيها الرؤية ويحددها.

ج- أجر الحاضنة: ويطبق القانون الحاكم للحضانة أيضاً على مسألة استحقاق الحاضنة للأجر نظير حضانتها للصغير، وجدير بالذكر أن القضاء المصري قد أكد في بعض أحكامه على حق الحاضنة الشرعي في استحقاق الأجر نظير حضانتها للصغير طالما ليست زوجة ولا معتدة، وتستحق أيضاً أجر مسكن للحضانة في حال عدم امتلاكها لمنزل وكانت تسكن بالإيجار^(١).

د- نفقة المحضون: ويسرى القانون على نفقة المحضون باعتبارها من المسائل الموضوعية للحضانة وهي التزام على الحاضن وفقاً للرأى الراجح في الفقه الإسلامي،

(١) انظر حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية في القضية رقم ٣ لسنة ١٩٨٦م - جزئى أحوال شخصية - الصادر في ٢٨ يونيو عام ١٩٨٧م.

مع الأخذ في الاعتبار أن نفقة الصغير أثناء قيام الزوجية يسرى عليها القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج^(١).

د- التنازل عن الحضانة: كما يسرى القانون على مسألة التنازل على الحضانة، ولما كانت الحضانة حق للصغير وحق للحاضن أيضاً في ذات الوقت، وهو يجعل الزوجة لا تستطيع أن تسقط هذا الحق عن غيرها كأن تطلب الطلاق على شرط بقاء الطفل في حضانتها في حال زواجها من الغير لأنه في هذه الحالة ليس بإمكان الزوجة إسقاط حق لا تملكه بشكل تام وخالص وهو حق الحضانة لمن يليها شرعاً^(٢).

هـ- الانتقال بالطفل المحضون: ويطبق القانون أيضاً على مسألة الانتقال بالطفل المحضون من مكانٍ إلى آخر، فقد يصيبه الضرر نتيجة هذا الانتقال وتحيط به الأخطار لدرجةٍ قد تصل إلى حد اختطافه، وقد نص القانون الأمريكي الموحد للاختصاص القضائي في مسائل الحضانة UCCJA^(٣) لعام ١٩٦٨م على أحكام تهدف إلى الحد والتقليل من حالات الانتقال بالأطفال أو خطفهم من ولاية إلى أخرى

(١) خص المشرع المصري آثار الزواج بقاعدة إسناد أوردتها في المادة ١٣ من القانون المدني التي تنص على أنه "يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"، وبقراءة ذلك النص المتضمن لقاعدة التنازع المتعلقة بآثار الزواج يبدو جلياً أن القانون المصري وعلى خلاف ما قرره بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج أخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج؛ فقد قرر أن قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج دون الزوجة هو الواجب التطبيق على آثار الزواج، وعلّة اختيار قانون دولة الزوج أنه رب الأسرة وله القوامة وعليه تقع معظم واجبات وأعباء الأسرة.

(٢) د. هشام خالد: الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ٢٠٠٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٤٥ وما بعدها.

(٣) وهذا اختصار لـ :

Uniform Child Custody Jurisdiction Act

بالنص على ما يعرف بـ HOME STATE ^(١) وهي الولاية التي كان يعيش فيها الطفل لمدة ستة أشهر على الأقل قبل نشوء النزاع على حضانتها، وركز هذا القانون الاختصاص لمحاكم هذه الولاية بالنظر في حضانة الأطفال وأوجب على محاكم الولايات الأخرى الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها ^(٢).

المطلب الثاني

شرط الأهلية في الحاضن

لما كانت الأهلية شرطاً أساسياً من الواجب توافره في الحاضن حتى يتم تسليم الصغير إليه، ولن يتم تسليمه لمن أصابه جنون أو عته، وهو ما ذكرناه سابقاً في شروط الحضانة (شرط البلوغ والعقل).

ولكن يثور التساؤل عن الأهلية المطلوبة للحضانة هل هي الأهلية العادية (العامة) أم الأهلية للزواج؟، وهنا يمكننا التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كانت الأهلية المطلوبة للحضانة هي الأهلية العادية أو العامة فلا صعوبة في الأمر، لأنها حينئذٍ ستخضع للقانون الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية والتي نصت عليها المادة ١/١١ من القانون المدني المصري.

والأهلية صفة تلحق الشخص فيتحدد على أساسها مركزه بالنسبة لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، ويقصد بالأهلية أحد معنيين: أولهما أهلية الوجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب حقاً أو يتحمل بالتزام، وثانيهما أهلية الأداء وهي قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية.

(١) وجددير بالذكر أن الوضع قبل صدور هذا القانون كان مختلفاً؛ حيث كان بإمكان أحد الوالدين رفع دعوى حضانة الطفل في أي ولاية، بمعنى أنه في حالة عدم رضاه بما أصدرته المحكمة في ولاية معينة أن يلجأ إلى محاكم الولايات الأخرى ليحصل على مراده وهكذا.

(٢) د. عزت البحيري: القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

وقد وضعت المادة ١١ من القانون المدني قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية حيث قضت بأن "أهلية الأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها جنسيتهم ، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

وبذلك فإن القاعدة العامة بالنسبة للأهلية هي "خضوع الأهلية لقانون الجنسية"، وقد أخذ المشرع بمعيار أو ضابط الجنسية كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية إذا ما ثار نزاع حول أهلية الأداء لأحد الأطراف في خصوص منازعة ذات طابع دولي؛ حيث يرجع لقانون جنسية هذا الشخص ليحكم في الأمر المتنازع عليه، والعبرة بقانون جنسية الشخص وقت القيام بالتصرف المراد تحديد الأهلية بالنسبة له، فإذا قام شخص بتصرف معين يعتبره قانون جنسيته أهلاً للقيام به فإن هذا التصرف يظل صحيحاً حتى ولو غير الشخص جنسيته في تاريخ لاحق وكان قانون جنسيته الجديدة لا يعتبره أهلاً للقيام بهذا التصرف.

ولئن تسنى لنا تعريف الأهلية وذكر أنواعها كما سبق فإن الأهلية التي قصد المشرع إخضاعها لقانون الجنسية هي أهلية الأداء العامة، أي قدرة الشخص على ممارسة الحقوق أو مباشرة التصرفات القانونية، وتهدف قواعد الأهلية إلى حماية الشخص نفسه كما أن مناطها فكرة التمييز^(١).

مجال تطبيق قانون الجنسية والواجب التطبيق على أهلية الأداء العامة:

يختص القانون الواجب التطبيق ببيان سن الرشد ومتى يكون الشخص رشيداً، ومتى يكون ناقص الأهلية، ومتى يكون عديمها، وما أنواع التصرفات التي يمتنع على ناقص الأهلية اتباعها، وما شروط القيام بالتصرفات التي لا يجوز له مباشرتها؟، ويُحدد قانون الجنسية أيضاً مدى بطلان التصرفات التي لا يجوز له مباشرتها، ويُحدد قانون الجنسية أيضاً مدى بطلان التصرفات التي قام بها الشخص دون أن يكون أهلاً

(١) د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ١٩٦٧م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٢٦.

بها وكيف يمكن تصحيحها، بالإضافة إلى عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة.

وهكذا فإن قانون الجنسية يطبق فقط على أهلية الأداء العامة، أما باقى أنواع الأهلية فهي تخضع لقوانين أخرى فمثلاً أهلية الوجوب تخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على إقليمها، فضلاً عن خضوعه للقانون الذى يحكم نشأة الحق ذاته، كذلك يخرج من مجال قانون الجنسية ماجرى العمل على تسميته مجالات عدم الأهلية الخاصة وهى حالات يمنع فيها الشخص من القيام بتصرفات معينة، والمنع هنا ليس على أساس حماية الشخص نفسه، كما أن مناطه ليس عدم القدرة على التمييز كما هو الحال بالنسبة لأهلية الأداء، وإنما المنع مرتبط بطبيعة التصرف ذاته ويقصد به حماية مصلحة عامة أو حماية الغير، من ذلك منع القانون الفرنسى الطبيب من تلقى تبرعاً من المريض أثناء مرض الموت ومنع النائب من أن يشتري لنفسه ما يناط به بيعه بمقتضى النيابة ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها، وقد استقرت غالبية الفقه على إخضاع حالات عدم الأهلية الخاصة تلك للقانون الذى يحكم التصرف ذاته^(١).

الأمر الثانى: إذا كانت الأهلية المطلوبة للحضانة هى الأهلية للزواج فإنها تخضع للقانون الجامع؛ أى قانون كلا من الزوجين وفقاً لأحكام المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى باعتبارها شرطاً من الشروط الموضوعية لصحة الزواج.

وتنص المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى على أنه " يُرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"، وهكذا فإن قانون جنسية كل من الزوجين هو الذى يطبق على الشروط الموضوعية للزواج، ولعل الحكمة فى ذلك هو أن الزواج يودى إلى خلق رابطة قانونية جديدة بين شخصين مستقلين ومنفصلين

(١) د.فؤاد رياض، د.سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى،

مرجع سابق، ص ٢٥٨، ٢٥٩.

عن بعضهما البعض، ومن ثم فمن المنطقي أن يؤخذ في الاعتبار عند إنشاء هذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين اللذين يريدان الدخول في العلاقة.

ويلاحظ أن النص السابق لم يحدد الوقت الذي يُعتد به قانون كل من الزوجين، إذ من المتصور أن يقوم أى من الزوجين أو كلاهما بتغيير جنسيته مما يترتب عليه تغير القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة السابقة، غير أن المفهوم بدهاءة أن العبرة بوقت انعقاد الزواج باعتباره الوقت الذي يتعين فيه توافر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد الزواج صحيحاً.

ويثور التساؤل عن كيفية إعمال نص المادة السابقة، وبعبارة أخرى عن كيفية تطبيق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية، والأمر لا يثير أدنى مشكلة إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين، إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتها المشتركة، ولكن الأمر يدق إذا اختلفت جنسية الزوج عن جنسية الزوجة، فما المقصود حينئذٍ بقانون كل من الزوجين؟

الرأى الأول : ويذهب أنصاره إلى تبني فكرة التطبيق الجامع لكلا القانونين؛ بمعنى إدماج أحكام كل من القانونين ثم تطبيق هذه الأحكام على كل من الزوج والزوجة، ووفقاً لهذا الرأى لا ينعقد الزواج صحيحاً إلا إذا كان كل من القانونين يعتبره كذلك، فإذا حدد قانون جنسية الزوجة الأهلية للزواج بواحد وعشرين عاماً، واكتفى قانون جنسية الزوج بثمانية عشر، فيتعين لصحة الزواج وفقاً للتطبيق الجامع أن يصل سن كل من الزوجة والزوج إلى واحد وعشرين عاماً، ولا يكفي بلوغ الزوجة هذه السن دون الزوج، وذلك برغم عدم اشتراط قانون هذا الأخير بلوغ تلك السن.

الرأى الثانى: ويرى أصحابه أن الواقع يشهد بأن التطبيق الجامع لكل من القانونين على هذا النحو من شأنه من الناحية العملية إهدار القواعد الأكثر تساهلاً والاقتصار على إعمال القواعد الأكثر تشدداً بالنسبة لكل من الزوجين كما في المثال السابق، لذلك يميل الفقه الحديث إلى تطبيق قانون كل من

الزوجين تطبيقاً موزعاً أى أن تقتصر ولاية كل قانون منهما على الطرف الذي ينتمى إلى دولة هذا القانون، بمعنى أنه يكفى لانعقاد الزواج صحيحاً أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الاعتداد بتلك التي يقضى بها قانون الزوج الآخر تأسيساً على أن كل مشروع يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية مواطنيه.

ولكن المسألة تدق بعض الشئ بالنسبة لموانع الزواج كالارتباط بزواج قائم، واختلاف الدين والقربان إلى درجة معينة والطلاق والاشترك في جريمة الزنا إلى غير ذلك، وهذه الشروط لا يمكن أن تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين دون أن تمس الطرف الآخر فهي تتعلق بنظام الزواج كوحدة لا تتجزأ، ولذلك يتعين بالنسبة لها تطبيق قانون الزوج وقانون الزوجة معاً، فيكفى أن يتضمن أحد القانونين النص على هذا المانع لكي لا ينعقد الزواج صحيحاً.

المقصود بالشروط الموضوعية للزواج:

الشروط الموضوعية للزواج هي تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج أو وجوده مع بقائه قابلاً للإبطال وهي تتعلق عموماً بأركان عقد الزواج من تراضى ومحل وسبب، ويُعد من الشروط الموضوعية لتكوين الزواج الأهلية للزواج والتراضى ورضا الوالدين وموافقة الولي والكفاءة.

وجدير بالإيماء أن المشرع المصري قد أخذ بهذه التفرقة وفرق بين الأهلية العامة والأهلية للزواج؛ حيث جعل سن الزواج للزوج هو ثمانية عشر عاماً وسن الزواج للزوجة هو ستة عشر عاماً، أما سن الرشد القانوني اللازم لإبرام التصرفات القانونية كالبيع والشراء والإيجار..... إلخ فهو واحد وعشرون عاماً .

ويترتب على ذلك أن الأهلية العامة يُطبق عليها قانون الدولة التي ينتمى إليها الشخص بجنسيته، أما الأهلية للحضانة فمن الأوفق إخضاعها لنفس أحكام الأهلية للزواج؛ أى يُطبق عليها قانون كلا من الزوجين نظراً لارتباط الحضانة بالحياة الأسرية.

المبحث الثالث

الحماية المقررة للمحضون في القوانين الوضعية ضد التعسف في استعمال حق الحضانة

لقد آثرت القوانين الوضعية وضع تدابير احترازية لحماية الطفل المحضون من التعسف في استعمال حق الحضانة لما يمثله حق الحضانة من تعلقه بحق الأطفال الذين هم في أمس الحاجة إلى تعويضهم عن النقص الذي لحقهم جراء النزاع أو الانفصال بين الأبوين، وذلك لضمان حق المحضون والحاضن دون إحداث أى خللٍ أو اضطرابٍ في ممارسة حق الحضانة، وهو ما سنبينه في المطالب الآتية:

المطلب الأول

موقف المشرع المصرى والتونسي

أولاً : موقف المشرع المصرى.

جاء بالمادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٠م تحت عنوان (سن الحضانة) ".... ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم لغير عذر أنذره القاضى، فإن تكرر ذلك، جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقرها".

كما نصت المادة الثانية من الباب الرابع وعنوانه (القرارات والأحكام والطعن عليها) بقرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ الخاصة بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة برؤية الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به " يجرى تنفيذ القرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه بمعرفة المحضر المختص بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يُرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ والاستعانة بجهة الإدارة بالقوة الجبرية إن لزم الأمر، ويحرر الاخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ".

وبذلك يكون المشرع المصرى قد منح الطفل المحضون حمايةً خاصةً عندما قرر واعتبر أن منع الحاضن للطرف المحضون من رؤية الصغير تعسفاً في استخدام حق الحضانة واستحق بذلك الإنذار والمنع من الحضانة مؤقتاً إن تكرر هذا المنع

للطرف الآخر من رؤية الطفل، وبذلك يسقط حقه في الحضانة، وللقاضي الاستعانة بالجهات المختصة لتنفيذ الحكم بالقوة الجبرية في حال امتناع الحاضن عن تنفيذه. ثانياً: موقف المشرع التونسي.

تعلقت ١٥ مادة من قانون الأحوال الشخصية التونسي بالحضانة من المادة ٥٤ - ٦٧؛ حيث نصت المادة ٦٢ منه على أنه "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها، ما دامت حضانتها قائمة، وما دامت لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك".

كما نصت المادة ٦٦ منه على أنه "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة، فكلية الزيارة عليه".

كما نصت المادة ٦٧ منه على أنه "..... وتتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية فيما يتعلق بسفر المحضون ودراسته والتصرف في حساباته المالية".

ويمكن للقاضي أن يُسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة، إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي، أو تغيب عن مقره وأصبح مجهول المقر، أو لأي سبب يضر بمصلحة المحضون".

ويتبين لنا جلياً من النصوص السابقة أن المشرع التونسي قد وضع في المقام الأول مصلحة المحضون وأن كل ما يضر بمصلحة المحضون اعتبره تعسفاً في استعمال حق الحضانة من جهة الحاضن، خاصةً إذا منع الطرف الآخر من زيارته وتعهده، كما قام بتزويد الحاضن بعدة صلاحيات تفوق ما هو مقرر بشكلٍ طبيعي، وذلك في حال ظهور تقصير من الولي في حقوق المحضون المالية والمعنوية، واعتبر المشرع ان ذلك تعسفاً من الولي يستوجب تخويل الحاضن مزيد من الصلاحيات لمواجهة حتى يتسنى رعاية المحضون رعايةً كاملةً والقيام على شئونه.

المطلب الثاني

موقف المشرع الإماراتى والسورى
أولاً: موقف المشرع الإماراتى.

اشتمل الفصل الثانى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتى والذى حمل عنوان
(الحضانة) على ١٦ مادة متعلقة بالحضانة من المادة ١٤٢ - ١٥٨.

وقد نصت المادة ١٤٦ / ٦ منه على أنه "لأُم حضانة أولادها عند النزاع على
الحضانة ما لم يقرر القاضى خلاف ذلك لمصلحة المحضون".

كما نصت المادة ١٤٩ على أنه "لا يجوز للحاضن السفر بالمحضون خارج
الدولة إلا بموافقة ولى النفس خطياً، وإذا امتنع الولى عن ذلك يرفع الأمر إلى
القاضى".

ونصت المادة ١/١٥٤ منه على أنه "إذا كان المحضون فى حضانة أحد
الأبوين، فيحق للأخر زيارته واستزارته واستصحابه، حسبما يقر القاضى، على أن يحدد
المكان والزمان والمكلف بإحضار المحضون".

كما نصت المادة ٤/١٥٤ على أنه "ينفذ الحكم جبراً، إذا امتنع عن تنفيذه من
عنده المحضون".

ويبين من النصوص السابقة منح المشرع الإماراتى القاضى سلطة واسعة وقرر
له صلاحيات وتصرفات من شأنها حماية المحضون من تعسف الحاضن أو عند
تعسف الولى فى عدم القيام بواجباته الموكلة إليه شرعاً تجاه المحضون، وهذا بدوره
يعطى للقاضى مزيداً من حرية التصرف لصالح المحضون كما يراه أوفق لمقاصد
الشرع عند النظر فى ملابسات القضية.

ثانياً: موقف المشرع السورى .

اشتمل قانون الأحوال الشخصية السورى على ١٤ مادة متعلقة بالحضانة من
المادة ١٣٧ - ١٥٠:

حيث نصت المادة ٣/١٤٧ منه على أنه "إذا ثبت أن الولي ولو أباً غير مأمون على الصغير أو الصغيرة، يسلمان إلى من يليه في الولاية، وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة."

كما نصت المادة ١/١٤٨ منه على أنه "ليس للأب أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه."

كما نصت المادة ٥/١٤٨ على أنه "لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون، وعند المعارضة في ذلك ؛ فللقاضى أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس، وعلى من يعارض في الإرادة أو في طريقته أن يراجع المحكمة، وتطبق على من يخالف أمر القاضى أحكام المادة ٤٨٢ من قانون العقوبات".

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع السورى قد عمد إلى تأمين حق الحضانة حيث أسقطه من على الأبوين أو من أحدهما وينتقل إلى الأبعد منهما حسب ترتيبه في تولى الحضانة من الأقارب، وذلك في حالة إذا ظهر ما يدل على عدم أمانتهما وقدرتهما على حضانة الطفل، وذلك حماية لصاحب الحق الأولى وهو المحضون، وقيدت سفر الأم وانتقالها بالمحضون حتى تحصل على إذن من الأب، ونظمت حق الرؤية بما لا يضر بأصحابه ولا يعسف بحق الطفل المحضون.

المطلب الثالث

موقف المشرع القطرى

صدر قانون الأسرة القطرى لعام ٢٠٠٦م واشتمل على ٢٤ مادة متعلقة

بالحضانة (من المادة ١٦٥ - ١٨٨):

وقد نصت المادة ١٦٦ منه على أنه" ويقوم القاضى بمحاولة الصلح بين الطرفين، على أن لا يتعارض هذا الصلح مع مصلحة المحضون".

كما نصت المادة ١٧١ منه على أنه" على الحاضنة أن تمكن الولى أو العاصب من القيام بما يوجبه حق الولاية على المحضون من الإشراف على تنشئته تنشئةً صالحةً وحفظه من الانحراف، وتوفير أفضل العلاج له وتعليمه وإعداده للمستقبل".

ونصت المادة ١٧٣ منه على أنه" ولا يجوز للولى أو العاصب ضم المحضون، عند انتهاء مدة حضانة النساء إلا رضاءً أو قضاءً، وإذا لم يوجد حكم قضائى بالحضانة، وضم الولى أو العاصب الصغير الذى ما زال فى سن حضانة النساء إليه جبراً، فيجوز للقاضى بناء على طلب من لها حق الحضانة إعادة الصغير إليها مؤقتاً بكفالة شخصية أو بدونها، وتوجيه الولى أو العاصب لرفع دعوى بالحضانة أمام محكمة الموضوع".

كما نصت المادة ١٧٥ منه على أنه" تستحق الأم غير المسلمة ما لم تكن مرتدة الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان، أو يُخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره".

ونصت المادة ١٧٦ منه على أنه" للولى الاحتفاظ بجواز سفر المحضون، إلا فى حالة السفر فيسلم للحاضنة.

وللقاضى أن يأمر بإبقاء جواز السفر فى يد الحاضنة إذا رأى تعنتاً من الولى فى تسليمه للحاضنة وقت الحاجة.

وللحاضنة الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد وأى وثائق أخرى ثبوتية تخص المحضون، أو بصورة منها مصدقة، ولها الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون".

ونصت المادة ١٨٠ منه على أن "مكان الحضانة هو بلد ولى المحضون، ويستثنى من ذلك حالة المرأة المعقود عليها وهي مقيمة في قطر، فيجوز للقاضي إبقاء المحضون معها، إذا قدر أن مصلحة المحضون تقتضى ذلك".

ونصت المادة ١٨٥ منه على أنه "يجوز للأب أن تسافر بالمحضون لسبب معقول إلى أى جهة، إن لم يكن في السفر ضرر بالمحضون، فإن منعها الولي من السفر فيجوز للقاضي أن يمكنها من السفر، إذا تبين له أن من له حق الإذن قد تعسف في استعمال هذا الحق.

وإذا كانت الحاضنة أجنبية ولكن سفرها عرضياً لغير إقامة إلى وطنها، فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحضون.

ويجوز للأب أو الجد وإن علا أن يسافر بالمحضون الذكر الذي يبلغ من العمر سبع سنوات لمدة معقولة، فإن اختلف الولي والحاضنة على المدة فللقاضي تحديدها.

ولا يجوز لغير الأب أو الجد من الأولياء والعصبة أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة إلا بإذن الحاضنة، وللقاضي أن يأذن بالسفر إن رأى مسوغاً لذلك.

وإذا خشى ولى المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها مبيناً أسباباً معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون، متى ترجحت لها صحة تلك الأسباب.

ولا يكون قرار السماح بالسفر بالمحضون نافذاً إلا بعد انقضاء مهلة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره دون استئنافه، أو بعد استئنافه وتأييده من محكمة الاستئناف.

ومن النصوص السابقة يبين لنا أن قانون الأسرة القطري من أكثر القوانين التي اهتمت بتفصيل أحكام الحضانة، وأنها قد اشتملت على مجموعة من الإجراءات والأحكام التي من شأنها حماية الطفل المحضون من أى تعسف يمكن أن يعسف بحقه في الحضانة، بل وقامت بالتوفيق بين حق الحاضن وحق المحضون وحق الولي: حق الحاضن في ممارسة الحضانة التي أولاه القانون إياها ورعاية الطفل، وحق المحضون

في حماية فعالة تضمن له تنشئة سليمة في هذه المرحلة المبكرة من عمره، وحق الولي صاحب المصلحة في الخوف على الطفل المحضون ومصالحه.

الفصل الرابع

استبعاد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لما كان المشرع قد وضع قواعد الإسناد ليتم تطبيقها على المنازعات ذات الطابع الدولي والوصول بها إلى القانون الأكثر ملاءمة ومناسبة للتطبيق على هذه المنازعات عن طريق الربط بين أحد عناصر النزاع وقانون معين، ويترتب على ذلك التزام القاضي بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد طالما أمكنه إثبات مضمونه والكشف عنه^(١).

إلا أن هذا الالتزام الواقع على عاتق القاضي ليس طليقاً من كل قيد، بل إن المادة ٢٨ من القانون المدني المصري نصت على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر"^(٢)، وهو ما يكشف عن اتجاه المشرع المصري إلى تطبيق التشريع الوطني على النزاع المعروض على القضاء الوطني إذا ما توافر في النزاع المعروض أحد الصفات الوطنية.

وقد استقر فقد القانون الدولي الخاص على حالتين أساسيتين تمثلان استثناء على التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وهما: أولاً حالة ما إذا تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع أسس ومبادئ وقيم مجتمع القاضي، وهو ما يُعرف بالدفع بالنظام العام، وثانياً حالة ما إذا سلك طرفا العلاقة

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، ١٩٩٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٤٦.

(٢) وقد حذا نفس الحذو القانون المدني الأردني في المادة ٢٩ منه والتي نصت على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية".

العقدية طريق الغش وطرقاً باب التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية وهو ما يعرف بالدفع بالغش نحو القانون.

وكذلك حالة الاتفاق الإجرائي على استبعاد القانون الواجب التطبيق والتي يتفق فيها الأطراف بصورة صريحة وواضحة على استبعاد القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، ولما تمثلانه هذه الحالات من أهمية كاستثناء يتم الخروج به على قواعد الإسناد فقد استحقا التناول بالتفصيل من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: الدفع بالنظام العام.

المبحث الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.

المبحث الثالث: الاتفاق الإجرائي على استبعاد القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول

الدفع بالنظام العام

يُعد النظام العام قيداً مهماً على سلطان الإرادة يهدف إلى حماية المبادئ الأساسية والمثل العليا الاقتصادية والسياسية والخلقية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع القاضى، وهى فكرة مشروعة فى المجالين الداخلى والدولى، ولكن من سماتها الغموض والتعقيد والتغير من مكانٍ إلى مكانٍ ومن زمانٍ إلى زمانٍ يتم اللجوء إليها كعذر لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطنى (قانون القاضى) حفاظاً على النظام القانونى الوطنى.

ولما يتمتع به النظام العام من أهميةٍ وما يقوم به من دورٍ فعالٍ كدفع يستبعد بواسطته القانون الأجنبى الواجب التطبيق، اقتضى ذلك التعرض لمفهوم النظام العام، وشروطه، وآثار الدفع به، وذلك وفقاً للتقسيم الآتى:

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام وأهميتها.

المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.

المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.

المطلب الرابع: أسس استبعاد القانون الأجنبي إعمالاً لفكرة النظام العام.
المطلب الخامس: الاتجاهات الفقهية حول القانون المقترح تطبيقه بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد.

المطلب السادس: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على الحضارة.

المطلب الأول

مفهوم فكرة النظام العام وأهميتها

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في مجال القانون الداخلي، وقد لمع نجمها واستشرى ازدهارها في أفق فقد القانون الدولي الخاص ومجال تنازع القوانين. أولاً: مفهوم النظام العام في المجال الداخلي.

النظام العام فكرةً متغيرةً تواكب المجتمعات في فترات تطورها ازدهاراً وتخلفاً، ومن ثم لا يمكن وضع تعريف محدد وخاص لها واختيار ضابط دقيق يحددها، وإن كان بالإمكان تعريفه بشكلٍ عامٍ بأنه "ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع ويمس نسيجه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية كنصوص التجريم في قانون العقوبات مثلاً أو غيره من فروع القانون الأخرى"^(١).

ولكن رأى البعض أن النظام العام على الصعيد الداخلي يمكن تعريفه بأنه "القواعد الآمرة التي لا يسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها، وإبطال أى اتفاق مخالف يتعارض معها"، ويهدف إلى حماية النظم القانونية الوطنية وتدعيم قوانين الدول الأساسية، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم بالقاعدة القانونية وهو حامٍ لها، وهذا هو هدفه الأساسي الذي يختلف إذا ما تطرقنا لمفهوم النظام العام على مستوى القانون الدولي الخاص^(٢).

(١) د. أحمد السيد الصاوي: التحكيم (طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية)،

٢٠٠٢م، بدون دار نشر، ص ٤١، بند ٢٩.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)، مرجع

سابق، ص ٥٨١، بند ٥٢٥، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د سامية راشد: الوسيط في القانون

وتُضحى بذلك فكرة النظام العام فى مجال القانون الداخلى أوسع نطاقاً من مفهومها فى مجال القانون الدولى الخاص، حيث إنه فى مجال القانون الداخلى يتم استخدامه لإمكانية الحد من سلطان الإرادة وضمن تطبيق الأحكام الآمرة، أما فى مجال تنازع القوانين فهى تستخدم لاستبعاد القانون الأجنبى الذى تشير إليه قاعدة الإسناد وتطبيق قانون القاضى استثناءً.

ثانياً: مفهوم النظام العام على صعيد القانون الدولى الخاص.

لقد اتسع مجال فكرة النظام العام على مستوى القانون الدولى الخاص، ويرجع الفضل فى ازدهارها إلى فقه مدرسة الأحوال الايطالية، ثم تبعها الفقيه "مانشيني" فى القرن التاسع عشر الذى وضع بدوره مفهوماً لفكرة النظام العام يرادف فكرة الإقليمية، وحديثاً بزغت هذه الفكرة وترعرعت على يد عالم برلين الشهير "سافيني" من خلال فكرته التى أطلق عليها الاشتراك أو التقارب القانونى^(١).

ونتيجة لاختلاف الفقهاء فى وضع تعريف للنظام العام فقد تعددت على أثر ذلك هذه التعريفات؛ حيث عرفه البعض بأنه "وسيلة قانونية تستبعد فيها فى النزاع المطروح أمام القاضى الاختصاص العادى المعقود للقانون الأجنبى، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع فى بلد القاضى" بينما تطرق البعض إلى تعريف النظام العام بأنه "أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الأجنبى المختص، ويتضمن أحكاماً تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها"^(٢).

الدولى الخاص، الجزء الثانى (تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى)، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(١) د. عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، ١٩٩٧م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٩٣.

(٢) د. عصام الدين القصبى: لقانون الدولى الخاص المصرى، ٢٠٠١ / ٢٠٠٢م، دار النسر الذهبى للطباعة، القاهرة، ص ٧٦٨.

ولا يمكننا أن نغفل ما وضعه الفقه من تعريفٍ جامعٍ مانعٍ لفكرة النظام العام تذهب إلى أنه " مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة (سياسيةً واقتصاديةً واجتماعيةً وخلقيةً، التي يقوم عليها مجتمعٌ معينٌ في لحظةٍ معينةٍ من تاريخه، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، سواء كانت هذه المبادئ أو تلك الأفكار محددةً بنصوصٍ تشريعيةٍ أم كانت تُشكل قواعدً لتنظيم الأفراد أم كانت تهيمن على تنظيم المجتمع ككل" (١) .

ومما أوردناه من تعريفات يتبدى لنا أن للدفع بالنظام العام أمورٌ ثلاثة: أولها هو وجود قاعدة إسناد وطنية تشير إلى تطبيق قانون أجنبي على الرابطة العقدية حيث لا يتصور إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وثانيها هو وجود تعارض بين القانون الواجب الأجنبي الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وبين مقتضيات النظام العام في دولة القاضى، وثالثها هو وجود هذا التعارض وقت إصدار الحكم وليس وقت نشوء النزاع؛ فالنظام العام ذو طبيعةٍ متغيرةٍ ومتطورةٍ بصفةٍ مستمرة.

ولكن استوقفنا واسترعى نظرنا تعريفٌ يقضى بأن النظام العام هو " وسيلة يستطيع القاضى من خلالها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية على النزاع المطروح أمامه، وذلك في حالة تعارض أحكام ذلك القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضى" (٢).

فهذا التعريف هو جم المحاسن وقد حاز عندنا قصب السبق بإضافته جديداً عن التعريفات السابقة؛ وهو الإشارة إلى صاحب السلطة في استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولة القاضى وهو القاضى، وبذلك يكون قد جمع بين

(١) د. جمال محمود الكردي: النظام العام الدولي العربي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٦.

(٢) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ١٩٩٣م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٤٩.

طياته بين دور النظام العام فى الاستبعاد للقانون الأجنبى الواجب التطبيق، وبين مبرر الاستبعاد وهو مخالفته للمبادئ الأساسية، وبين الإشارة أيضاً إلى من يملك سلطة الاستبعاد وهو القاضى.

ثالثاً: أهمية الدفع بالنظام العام.

الدفع بالنظام العام يمثل سلاح الدولة القائم ودرعها الواقى فى حمايتها لقيم ومبادئ وأسس مجتمعتها الوطنى، ودرءاً لأي قانون أجنبى غريب مخالف فى مبادئه وأسس لقانون القاضى، وهو الوسيلة التى يحمى بها الطرف الضعيف الذى يتطلع إلى عدالة حقيقية ناصفة من أن يطبق عليه قانون أجنبى جائر قد يتضمن حماية غير كافية له أو يتضمن عدالة غير كاملة لا يمكن التمتع بها، وهو ما دفع العديد من التشريعات الوطنية إلى الأخذ بالدفع بالنظام العام^(١)، وكذلك القوانين الدولية الخاصة^(٢).

(١) ومن أمثلة التشريعات الوطنية التى أخذت بفكرة النظام العام القانون المدنى المصرى فى المادة ٢٨ منه، والقانون المدنى العراقى فى المادة ٣٢ منه، والقانون المدنى السورى فى المادة ٣٠ منه.
(٢) ومن التقنيات الدولية الخاصة التى نصت على هذا الدفع القانون الدولى الخاص التركى لعام ١٩٨٢م فى المادة ٥ منه، والقانون الدولى الخاص البولندى لعام ١٩٦٥م فى المادة ٥ منه.

المطلب الثاني شروط الدفع بالنظام العام

يتوجب على القاضى تطبيق القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد، ولا يمكنه التحلل من هذا الالتزام وتطبيق قانون دولته إلا إذا كان تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد مخالفاً لقواعد النظام العام فى مجتمع دولته، وللدفع بالنظام العام شرطان أجمع عليهما الفقه وأقرتهما التشريعات سوف نوردهما تفصيلاً كالتالى:

الشرط الأول: اختصاص قانون أجنبى بحكم النزاع وفقاً لقواعد الإسناد.

فيشترط لإعمال الدفع بالنظام العام أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى على المسألة محل النزاع، أما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى اختصاص القانون الوطنى بحكم المسألة المتنازع عليها فإنه لا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام، ويترتب على هذا الشرط نتائج عدة أهمها:

١- أن إعمال الدفع بالنظام العام متوقفٌ على شرط ومعلقٌ على عمل قاعدة هي قاعدة التنازع؛ بمعنى أن تفعيل الدفع بالنظام العام يستوجب ضرورة أسبقية تطبيق قاعدة التنازع الوطنية واختيارها لقانون أجنبى ليكون هو القانون الواجب التطبيق على المسألة محل التنازع^(١).

٢- أن قاعدة الإسناد ينتهى دورها بمجرد تحديدها اختصاص القانون الأجنبى بحكم المسألة المعروضة، ثم يتولى الدفع بالنظام العام دوره فى استبعاد القانون الأجنبى وتطبيق قانون القاضى عند اكتشاف مخالفة القانون الأجنبى لقواعد النظام العام فى دولة القاضى.

(١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢١٤. وتعتبر هذه النتيجة رداً على بعض الفقه الذى يدعى أن النظام العام شق من قاعدة الإسناد، وقول البعض الآخر بأن الدفع بالنظام العام يُعطل العمل كليةً بقاعدة التنازع، وأن الدفع مع وجوده لا يمكن قاعدة التنازع أن تطبقه وأن يُشكل استثناءً عليها.

٣- أن الدفع بالنظام العام وسيلةً لتلافي بعض عيوب قاعدة التنازع خاصةً ما يتعلق باشتراط وجود صلة بين القانون الواجب التطبيق وبين المسألة المعروضة، فالدفع بالنظام العام لا يشترط وجود صلة بين قانون القاضى وبين المسألة المعروضة، بل إن كل ما يتطلب لتطبيقه هو معارضة القانون الأجنبى الواجب التطبيق لمقتضيات النظام العام فى دولة القاضى.

الشرط الثانى: مخالفة القانون الأجنبى الواجب التطبيق لمقتضيات النظام العام فى دولة القاضى.

نتيجة لكون فكرة النظام العام فكرةً مرنةً ومطاطةً ومتغيرةً ومنطورةً ولا يمكن حصر المسائل التى تدخل فى إطارها، فقواعد النظام العام تختلف من بلدٍ إلى آخر ومن زمانٍ إلى زمان، فقد تمتع القاضى بسلطةٍ تقديريةٍ واسعةٍ فى تقدير التعارض بين القانون الأجنبى وبين قواعد النظام العام فى دولة القاضى، فما نجده معارضاً للنظام العام فى البلاد الغربية مثلاً قد لا يكون متعارضاً مع النظام العام فى الدول العربية إما لاختلاف الدين أو القيم أو العادات أو التقاليد.....إلخ.

وفى مجال وضع ضوابط يسترشد بها القاضى عند تقديره للتعارض بين القانون الأجنبى وقواعد النظام العام فى دولته فقد أنتج لنا الاجتهاد الفقهي ثلاثة آراء هى ثمرة هذا الاجتهاد تتمثل فى:

الرأى الأول:

ويكون القانون الأجنبى الواجب التطبيق من وجهة نظره متعارضاً مع النظام العام فى دولة القاضى إذا تضمن هذا القانون نظاماً قانونياً غريباً على قانون القاضى وغير معروف فيه ولا مكشوف له، ولكن هذا الرأى سىء المنقلب فقد شسع فى فكرة النظام العام وتوسع فى مضمونها مما يترتب عليه التوسع أيضاً فى مجال أعمال الاستثناء المتعلق بالدفع بالنظام العام، فكيف يتم التوسع فى أعمال الاستثناء والقواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز التوسع فى الاستثناءات؟.

الرأى الثانى:

ويرى أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق يكون مخالفاً للنظام العام فى دولة القاضى إذا كان من شأن تطبيقه إهدار مبادئ القانون الطبيعى والعدالة السامية والمساس بشخصية الإنسان، ومن ثم يتعين استبعاده عن طريق الدفع بمخالفته للنظام العام، ولكن هذا الرأى لم يثمر إلا مكروهاً فقد زاد المسألة تعقيداً والتباساً وإشكالاً، ففكرة القانون الطبيعى ومبادئ العدالة أفكارٌ غامضةٌ ومعقدةٌ وغير محددة المضمون، مما يُلقى على العائق التزاماً أكبر ببذل مجهود مضاعف للتقريب عن مضمون هذه الأفكار ليهتدى بها فى بحث التعارض^(١).

الرأى الثالث:

ويرى أن تغيير فكرة النظام العام وتطورها المستمر يفرض ترك تقدير مسألة التعارض للقاضى الوطنى فهو الأعلم بظروف وتقاليد وعادات وأسس ومبادئ وقيم مجتمعه الذى يعيش فيه ومثله العليا، وهو ما اتفقت عليه غالبية الفقه^(٢).

ومهمة تحديد مدى مخالفة القانون الأجنبى الواجب التطبيق للنظام العام سلطة متروكة لتقدير القاضى، فهو يملك ناحيتها سلطةً واسعةً لفحص كل حالة على حدة، والسبب فى ذلك يرجع إلى عدم نجاح ما بذل من محاولات من أجل تحديد واضح مسبق لمقتضيات النظام العام فى دولة القاضى يمكن عن طريقها تقسيم القوانين إلى فئتين: فئة متعلقة بالنظام العام، وفئة غير متعلقة بالنظام العام، وهو ما يتطلب قاضياً واعياً ذكياً قادراً على إقامة توازن مقبول بين مصالح الأطراف المتنازعة ليحقق انسجاماً وتوافقاً بينها.

ولكن سلطة القاضى فى هذا الصدد ليست مطلقة من كل قيد بل يتقيد القاضى

بقيدتين رئيسيين هما^(٣):

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣٩١.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٣٩٢.

(٣) د. ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولى الخاص المصرى، مرجع سابق، ص ٩٦.

القيد الأول: نظراً لما يترتب على الدفع النظام العام من تعطيل لقاعدة الإسناد الوطنية واستبعاد القانون الواجب التطبيق وإحلاله بقانون القاضى، فإن تقدير القاضى لمخالفة القانون الأجنبى الواجب التطبيق لمقتضيات النظام العام في بلده تخضع لرقابة محكمة النقض.

القيد الثاني: يتعين أن تتم عملية التقدير من جانب القاضى لهذا التعارض على أسس موضوعية وواقعية وليس على نظرتة الشخصية وأسس افتراضية، وهو ما يتوجب معه استعانتة بكافة المعايير التى نادى بها الفقه والمتعلقة بحالات النظام العام.

الشرط الثالث: أن تكون مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام فى دولة القاضى مخالفةً وقتيةً (حالية):

لما كانت فكرة النظام العام فكرةً مرنةً ونسبيةً ومتطورةً وغامضةً ليس لها تعريف محدد، وأن ما يعتبر من النظام العام فى فترة معينة لا يعتبر كذلك فى أخرى فى ذات الدولة، فأصبح من الضرورى وضع هذا الشرط الذى عن طريقه يمكن أن نضع حداً فاصلاً بين المفهوم القديم للنظام العام والمفهوم الجديد له، وبالتالي فإن العبرة فى تقدير القاضى لمدى مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام فى دولة القاضى هو بتقديره وقت نظر النزاع والفصل فيه وليس وقت إبرام العلاقة العقدية موضوع النزاع⁽¹⁾، وبذلك يقع على عاتق القاضى واجباً يحتم عليه عند إعماله للدفع بالنظام العام فى مواجهة القانون الأجنبى الواجب التطبيق أن يأخذ فى اعتباره مسألة حالية مفهوم النظام العام وسيادته وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء النزاع.

المطلب الثالث

(1) فمثلاً نجد أن بعض الدول يعتبر قاضيها العقود الدولية المتعلقة بتجارة السلاح مشروعة وغير مخالفة للنظام العام، ولكنه يعتبرها مخالفة للنظام العام فى وقت الحرب، بحيث إذا كان وقت نظر دعوى عقد دولى متعلق بمتاجرة بالسلاح هو وقت حرب فى تلك الدولة التى ينفذ فيها العقد والتى ينظر فيها النزاع فيُعد ذلك مخالفة للنظام العام حتى ولو كان القانون الأجنبى الواجب التطبيق يعتبر العقد صحيحاً وغير مخالف للنظام العام.

آثار الدفع بالنظام العام

بعد بياننا لمفهوم فكرة النظام العام داخلياً ودولياً، وكذلك شروطه التي إذا ما توافرت تعين على القاضى الدفع بالنظام العام، وللدفع بالنظام العام أثران مهمان: أحدهما سلبى والآخر إيجابى، إضافة إلى الأثر المخفف له، وحتى يتسنى لنا الإلمام بكافة جوانب فكرة النظام العام فسنعرض لآثاره بشيء من التفصيل والتفحيص: الأثر السلبى: استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

ويسمى هذا الأثر بالأثر الوقائى، فالنظام العام يضطلع بوظيفة وقائية عند الدفع به فهو يقى مجتمع القاضى ما قد يتضمنه القانون الأجنبى من أحكام تتنافى مع قيم هذا المجتمع ومبادئه، فعند ثبوت التعارض بين أحكام القانون الأجنبى وقواعد النظام العام فى مجتمع القاضى والكشف عنها يقوم القاضى باستبعاد هذا القانون من التطبيق على المسألة محل النزاع، ويتحقق هذا الأثر السلبى للنظام العام فى الحالة التي يكتفى فيها القاضى باستبعاد القانون المسند إليه دون إحلال قانون آخر محله^(١).

ولكن ما نطاق ومدى هذا الاستبعاد؟ هل سيكون استبعاداً كلياً لكل أحكام القانون الأجنبى أم سيكون استبعاداً جزئياً للقواعد فقط التي تتعارض مع النظام العام فى دولة القاضى والأخذ بباقي أحكامه وقواعده؟.

لقد حظيت هذه المسألة بنصيب وافر من الخلاف بين فقهاء القانون الدولى الخاص والتي يمكن أن نبلورها فى رأيين أساسيين هما:

الرأى الأول:

(١) مثال ذلك (ليس هناك ما يمنع فى القانون المكسيكى من الاعتراف بالولد السفاح ثمرة الزنا، بينما لا يعترف بإنشاء هذا الحق فى القانون السعودى لمخالفته النظام العام، فنجد هنا أن القانون المكسيكى يمنح حقاً معيناً، ولكن هذا الحق فى القانون السعودى محرم وممنوع فهو مخالف للنظام العام، فإذا تقرر تطبيق القانون المكسيكى فى السعودية فى هذه المسألة فإن القاضى السعودى سيكتفى برفض تطبيق القانون المكسيكى دون إحلال القانون السعودى محله).

ويتبنى فكرة الاستبعاد الكلى وليس الجزئى لأحكام القانون الأجنبى المتعارض مع قواعد النظام العام في دولة القاضى، مبرراً ذلك بأن القول بغير ذلك يُشكل اعتداءً صارخاً على القانون الأجنبى ومساساً بوحده والهدف منه ويتعارض مع ما ابتغاه المشرع واضع هذا القانون من رغبته فى تطبيقه بصورة كلية، إضافةً إلى أن التطبيق الجزئى فيه مخالفةٌ صريحةٌ وواضحةٌ لأهداف قاعدة التنازع التى تسند المسألة محل النزاع إلى قانونٍ معينٍ ليحكمها ويطبق عليها بشكلٍ كاملٍ دون أن تقتطع منه وترشد إلى قواعد مخصصة بذاتها من هذا القانون^(١).

الرأى الثانى:

ويذهب إلى أن نطاق الدفع بالنظام العام وأثره السلبى لا يودى إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشكل كلى، وإنما الاستبعاد لهذا القانون يكون استبعاداً جزئياً للجزء المخالف فقط دون باقى أجزاء هذا القانون، ويضع على قاعدته العامة هذه استثناءً يقضى بالاستبعاد الكلى للقانون الأجنبى الواجب التطبيق المخالف للنظام العام إذا ما تبين أن الجزء المخالف للنظام العام من هذا القانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة ولا يمكن الاستغناء عنه، وأن هذا الجزء يمثل السبب الرئيس والجوهري فى وجود هذا القانون^(٢).

ولكن أجل موقعاً عندنا ما ذهب إليه الرأى الثانى فهو كالمسهم أصاب غرة الهدف لإقامته نوعاً من التوازن بين تحقيق المصلحة العامة للدولة متمثلاً فى حماية المبادئ والمثل العليا فى مجتمعها وبين عدم المساس بوظيفة قاعدة الإسناد وفعاليتها؛ فهى عندما تحدد القانون الواجب التطبيق فهى ترى أنه الأنسب والأكثر ملاءمة لحكم المسألة، كما أن هذا الرأى من شأنه عدم السماح بالتعسف فى استخدام هذا الدفع وسيؤدى إلى استخدامه فى أضيق الحدود بما يحقق الغرض منه.

(١) د. هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٣٥، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد:

الوسيط فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٣٤، ١٣٣.

(٢) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٣٥.

الأثر الايجابي: تطبيق قانون دولة القاضي.

يترتب على الدفع بالنظام العام حلول قانون دولة القاضي محل القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وذلك سداً للفراغ القانوني الذي كان يمكن أن يحدثه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق^(١).

وقد استنكر البعض حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للنظام العام، وأن ذلك يمثل اعتداءً وإهداراً لقاعدة التنازع، وأن احترام وتقدير قاعدة التنازع يقتضى عند اكتشاف مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام فى دولة القاضي الاعتكاف على البحث داخل هذا القانون الأجنبي عن قاعدة بديلة يتم استبدالها بالقاعدة المخالفة حتى لا يُفاجأ المتعاقدون بتطبيق قانون القاضي على رابطتهم القانونية ولم يكونوا يتوقعوه^(٢).

ومن ناحيتنا نرى أن حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي لا بد وأن يتم بصورة سريعة وناجزة دون تباطؤ أو تكاسل تحقيقاً للعدالة وتمشية لمصالح المتعاقدين وعدم تعطيلها وتحقيقاً للاستقرار فى مجتمع دولة القاضي.

ولكن يجدر بنا أن نرّمز إلى أنه نتيجة لخطورة ما يترتب عليه الدفع بالنظام العام من استبعاد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإنه يتعين توخى الحذر والدقة عند استبعاد

(١) غير أن هناك من يرى أنه لا ينشأ عن استبعاد القانون الأجنبي أى نزاع قانوني، وأن أعمال الدفع بالنظام العام لا يستتبع إلا الأثر السلبي فقط لأن حماية المبادئ من القيم العليا داخل المجتمع تتحقق بمجرد استبعاد القانون الأجنبي، ويضربون لذلك مثلاً خاصاً بإجازة القانون الأجنبي زواج المسلمة بغير المسلم وطرح النزاع حول صحة هذا الزواج على القاضي المصري، وكان القانون الشخصى هو القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الزواج، وكان القانون الأجنبي يُجيز هذا الزواج مثلاً، فإنه يكفي لحماية النظام العام المصري استبعاد ذلك القانون حيث لم تقم رابطة الزواج التي تتعارض معه - انظر تفصيلاً د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الوجيز فى القانون الدولي الخاص، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

تطبيق هذا القانون الأجنبي بدعوى مخالفته للنظام العام وضرورة التحقق والتأكد من كون هذه المخالفة تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للمجتمع، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما أو كون القانون الوطنى أكثر فائدة. الأثر المخفف للنظام العام:

لقد بدأت شواهد فكرة الأثر المخفف فى الظهور فى منتصف القرن التاسع عشر عندما تصدى القضاء الفرنسى للحكم فى قضية تطليق زوجين إنجليزيين تم إبرام عقد زواجهما فى هولندا، وقد حكمت المحكمة بالتطليق وفقاً لقواعد القانون الهولندى، وقد كان الزوج قد تزوج بفرنسية فلم تمنع المحكمة من إباحة هذا الزواج والحكم للزوجة المطلقة بنفقة.

وتقوم فكرة الأثر المخفف على التمييز بين حالتى إنشاء الحق فى بلد القاضى وبين التمسك فى بلد القاضى بحق تم اكتسابه أو نشأته فى الخارج، وفى الحالة الأولى يقوم القاضى بالبحث عن مدى مشروعية إنشاء الحق وفقاً لقانونه ومدى توافقه مع النظام العام فى بلده، بينما فى الحالة الثانية يبحث القاضى مدى إمكانية التمسك بآثار الحق فى دولته ومدى مساس أثر الحق بالنظام العام من عدمه، وعلى هذا التمييز قد يكون إنشاء الحق فى بلد القاضى وفقاً لقانون أجنبى متعارضاً مع النظام العام، فى حين أن ذات الحق إذا نشأ فى دولة أجنبية فلن يكون الاحتجاج بآثاره متعارضاً مع النظام العام فى دولة القاضى.

مثالاً لذلك: أن زواج مسلم فرنسى متزوج بزوجة ثانية يتعارض مع النظام العام فى فرنسا الذى يمنع تعدد الزوجات، ومن ثم سيقوم القاضى الفرنسى بالحكم ببطلان الزواج الثانى، بينما إذا تم زواج هذا الفرنسى المتزوج من زوجة ثانية فى مصر مثلاً فسيحكم القاضى الفرنسى بصحة الزواج الثانى لأن مجرد امتداد العلاقة إلى فرنسا لن يחדش الشعور العام بذات الدرجة التى فى الحالة الأولى، وهذا سيجتنب عليه إمكان الاحتجاج فى فرنسا بآثار هذا الزواج الثانى (كالبنوة والمطالبة بنفقة وغيرها) طالما أن

ترتيب الحق في بلد القاضى لن يتعارض مع النظام العام، وفي حال أن تعارضت مع النظام العام في دولة القاضى فسيحكم القاضى بعدم سريان التصرف في دولته دون أن يمتد حكمه لمدى مشروعيته^(١).

ولكن أُنقِدت فكرة الأثر المخفف للنظام العام من ناحية أنها تولد تفرقة بين اكتساب الحق وبين آثاره وهي تفرقة صعبة ولا يوجد معيار محدد وواضح لها، كما أن الحق المكتسب لا ينتج أثره إلا إذا اعترف به من جانب قضاء الدولة المعروض أمامه النزاع، مما يستوجب بدايةً الاعتراف بالقانون الذى نشأ هذا الحق فى كنفه ومدى معارضته للنظام العام الداخلى.

كما أنها مازالت فكرة غير محددة وتخضع للسلطة التقديرية للقاضى بحيث يستطيع القاضى أن يرفض الاعتراف بالحق المكتسب فى الخارج إذا ما رأى أن التمسك به يتعارض مع مقتضيات النظام العام فى قانون دولته الوطنى، وتساءل البعض عن كيفية قيام فكرة الأثر المخفف بإعمال تفرقة بين الحق الناشئ على الإقليم الوطنى لدولة القاضى، وبين الحق المكتسب خارجه فى ظل غياب معيار واضح ومحدد يمكن بمقتضاه التفرقة بين الحق الذى تم اكتسابه فى الخارج من عدمه؟^(٢).

ولكن هناك من دافع عن فكرة الأثر المخفف للنظام العام ودعم دفاعه بمبررين أساسيين هما:

١- أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام تقف حائلاً أمام نفاذ الحق المكتسب خارج الإقليم الوطنى لدولة القاضى، إذا كان نفاذ هذا الحق متعارضاً مع النظام العام فى هذا الإقليم، وهو بذلك لا يعنى الإنكار التام لكل أثر للنظام العام الذى يمثل صمام الأمان الحامى لأسس المجتمع الوطنى وقيمه^(٣).

(١) د. عوض الله شبيبة الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

(٢) د. جمال محمود الكردى: النظام العام الدولى العربى، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٣) د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ١٦٧.

٢- أنه لا يمكن الاستغناء عن فكرة الأثر المخفف للنظام العام خاصةً في مجال الأحوال الشخصية، وأن ما نشأ بالفعل في الخارج من مراكز واقعية لا يمكن إهدارها إلا إذا بلغت آثارها ذاتها حداً كبيراً من الجسامة^(١).

المطلب الرابع

أسس استبعاد القانون الأجنبي إعمالاً لفكرة النظام العام

لقد بذل الفقه مجهوداً مُضنياً بغية التوصل إلى الحالات التي يمكن عن طريقها تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام، وواجه في سبيل ذلك صعوباتٍ جمّةً كان أبرزها غموض ونسبية فكرة النظام العام ذاتها، وواجه في سبيل ذلك صعوباتٍ جمّةً كان أبرزها تحديد إذا كان القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام لدولة القاضى أم لا ؟، وهو ما أدى إلى إبراز عدة أسس يمكن أن يعتمد عليها القاضى عند بحث استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولته إعمالاً لفكرة الدفع بالنظام العام والتي تمثلت في^(٢):

الرأى الأول- اشتمال أحكام القانون الأجنبي على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضى:

(١) فالزواج مثلاً الذى ينعقد صحيحاً في دولة معينة وفقاً للقانون المختص وقت انعقاده لا يجب أن يتحول إلى زواج غير شرعى عند التمسك بآثاره في الخارج، وأيضاً الطلاق و التطلق اللذان يقعان صحيحين في الخارج وفقاً للقانون المختص أن يتم اهدارهما عند التمسك بآثارهما خارج الإقليم الوطنى الذى وقع فيه الطلاق أو التطلق - انظر د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٢) د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها.

وشدد أنصاره على أنه إذا اشتمل القانون الأجنبي الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى، توجب استبعاده من نطاق القوانين الواجبة التطبيق على العلاقة الدولية محل النزاع.

ولكن هذا الرأى لا يمكن قبوله لتعسفه فى وضع هذا المعيار، فليس هناك رابطة سببية تربط بين كون النظام القانونى الذى يشتمل عليه القانون الأجنبى غير معروف فى دولة القاضى وبين مساسه بالقيم والمبادئ الأساسية لمجتمع دولة القاضى، وما هى ضوابط الحكم على معلومية هذا النظام فى دولة القاضى؟، وكان أولى به الاهتمام بمسألة مساس هذا القانون الأجنبى بالمصالح العليا لمجتمع دولة القاضى وليس بمدى غرابة أو اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن قانون دولة القاضى.

الرأى الثانى: مساس القانون الأجنبى بالمبادئ العامة للعدالة الدولية أو مبادئ القانون العامة للأمم المتمدينة أو مبادئ القانون الطبيعى.

ويذكر أنصاره فكرة استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق الذى يثبت تقصيره فى الرعاية لمبادئ العدالة الدولية كما لو كان هذا القانون يقوم مثلاً على التفرقة بسبب الجنس أو اللون أو الدين، أو مبادئ القانون العامة المتعارف عليها فى الامم المتمدينة، أو مبادئ القانون الطبيعى كما لو كان هذا القانون لا يسمح للأمم بالحق فى الاعتراف بابنها غير الشرعى، وهو ما يجعله فى نظرهم قانوناً مهدراً للحقوق الطبيعية للانسان ويتوجب استبعاده وإحلال القانون الوطنى محله.

ولكن هذا الرأى وإن كان نظرياً ويتسم بالمرونة إلا أنه واقعياً يتسم بالغموض وعدم التحديد، فهو يستند على أفكار ما زالت إلى الآن غير واضحة ويشوبها اللبس والغموض وعدم الثبات كأفكار المبادئ العامة للقانون المتعارف عليها فى الأمم المتمدينة وفكرة القانون الطبيعى، إضافةً إلى استحالة حصرها.

الرأى الثالث: مخالفة القانون الأجنبى للسياسة التشريعية لدولة القاضى.

وبناء عليه يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا كان متعارضاً مع السياسة التشريعية في دولة القاضى، وهو ما أخذ به القانون المدنى الألمانى فى المادة ١٣٨ منه حيث نص على أنه "لا يكون هناك محل لتطبيق القانون الأجنبى متى تعارض مع الآداب أو مع الغرض من تشريع ألمانى"^(١).

ولكننا نرى أن هذا الرأى يحتوى على تدخل غير مقبول فى السياسة التشريعية للدول، ويتعارض مع مبدأ حرية كل دولة فى تنظيم تشريعها وتبنى سياسة تشريعية خاصة بها لاختلاف الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل دولة عن الأخرى، وهو ما يستتبع عدم محاسبتها على تبنى سياسة تشريعية معينة، بل ومعاقتها على تبنى هذه السياسة باستبعاد قانونها الأجنبى من نطاق التطبيق.

الرأى الرابع: عدم استهداف القانون الأجنبى الواجب التطبيق تحقيق "نظام عام دولى" بالمعنى الحقيقى .

ومؤدى ذلك أنه يستبعد القانون الأجنبى الواجب التطبيق إذا كان يمثل مصالح دولة معينة ويحمى أسس وقيم مجتمع خاص بعينه، بمعنى أنه يرتبط بنظام قانونى لدولة معينة وليس متصلاً بالنظام العام الدولى ككل ويُشكل جزءاً من قواعده، وبالتالي يُعد مخالفاً للنظام العام القانونى الأجنبى الذى لا يستجيب للأهداف المشتركة العليا

(١) ومثال ذلك الحالة التى ترفع فيها دعوى أمام القضاء الفرنسى لطلب الاعتراف بالأبوة، ويتضح للقاضى أن القانون الأجنبى يسمح برفع هذه الدعوى خلال مدة أطول من المدة التى حددها القانون الفرنسى، إذ يكون للقاضى أن يستبعد القانون الأجنبى فى مثل هذه الحالة بناء على فكرة النظام العام لأن القانون الأجنبى الواجب التطبيق يتعرض مع السياسة التشريعية لدولة القاضى، لأنه قد يكون غرض المشرع الفرنسى من اشتراطه رفع مثل تلك الدعاوى خلال مدة قصيرة هو رغبته فى توفير الحماية للأفراد فى مواجهة هذه الدعاوى لانتباهه إلى ما يمكن أن تحدثه من تأثير سلبي وتهديد للاستقرار الأسرى أو العائلى - انظر د. فؤاد رياض، د سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية ، مرجع سابق، ص ١٤٥، ١٤٦ - وانظر أيضاً د. هشام خالد: قواعد الاختصاص القضائى الدولى وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٨٤.

للجماعة الدولية^(١)، لأن ذلك سيؤدى بتطبيقه إلى الوصول إلى حل غير عادل منقطع الصلة بالمستويات الحضارية ومخالفاً لما هو مستقر عليه لدى الضمير الأنسانى^(٢).
الخلاصة:

على الرغم من محاولات الفقه الجادة نحو وضع معايير وأسس يستعان بها فى تحديد مدى مخالفة القانون الأجنبى الواجب التطبيق للنظام العام لدولة القاضى، وبالتالي استبعاده من مجال التطبيق، إلا أن هذه المحاولات تمثل كمن يدور فى حلقةٍ مفرغةٍ، حيث إنه لا طائل من وراء وضع هذه المعايير فى رأينا، وذلك للأسباب الآتية:

السبب الأول:

أن هذا الاجتهاد وهذه المحاولات تبغى فى الأساس التسهيل من مهمة القاضى عند نظره لنزاع ما ذات صفة أجنبية، وأشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبى غير قانون دولة القاضى وتم الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق هذا القانون، وهو أمر غاية فى الصعوبة قبوله ؛ لأن طبيعة مهمة القاضى هى البحث والتنقيب بما يمتلكه من قدرات وكفاءة ونظرة ثاقبة عن حالات التعارض حسب كل نزاع على حده وتقدير مدى جسامه مخالفتها للنظام العام لدولته.

السبب الثانى:

أنه من الصعب تقنين حالات التعارض بين القانون الأجنبى وقانون دولة القاضى، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد فكرة النظام العام ذاتها ووضع إطارٍ واضحٍ جامعٍ لها فى ظل كونها فكرة مرنة متطورة ونسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان.

السبب الثالث:

(١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) وذلك كأن يتضمن القانون الأجنبى الواجب التطبيق نصا يبيح الرق أو تجارة العبيد أو القرصنة أو يميز بين الأفراد فى التمتع بحقوقهم بسبب الدين أو الجنس أو النوع.... إلخ.

أن الغاية من فكرة الدفع بالنظام العام وهي ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لكونه متعارضاً مع الأسس السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية لدولة القاضي، هي خيرٌ معيار موضوعي يدخل تحت طيه ما أنتجه الاجتهاد الفقهي من معاييرٍ وأسسٍ.

المطلب الخامس

الاتجاهات الفقهية حول القانون المقترح تطبيقه

بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد

لقد استقر الرأي الراجح فقهيًا على أن أعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلياً أو جزئياً يتطلب بالضرورة البحث عن قانون آخر ليتم تطبيقه بدلاً منه حتى يتمكن القاضي من الفصل في النزاع المعروض عليه، ولكن ما هي ماهية القانون الآخر؟ وما هي أفضل المقترحات بشأنه؟. الاتجاه الأول: تطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف.

ويرى أنصاره أن أفضل الحلول وأنسبها لسد الفراغ التشريعي بسبب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع ليحل محل القانون الأجنبي المستبعد^(١).

نقده: ولكن انتقد هذا الاتجاه لأن تطبيقه سيدخلنا في مسائل أكثر تعقيداً أبرزها ماهية الطرف الضعيف، وكيفية تحديد هذا الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع، كما أنه يطالب بالبحث في ماهية الطرف الضعيف وهي مسألة يتم البحث عنها في مرحلةٍ تاليةٍ لمرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة، حيث إنه يجب تحديد القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة وتطبيق قواعده وأحكامه للوصول إلى المراكز الحقيقية لأطراف العلاقة القانونية^(٢).

الاتجاه الثاني: الإبقاء على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل.

(١) د.فؤاد رياض، د.سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٢) راجع حول النقد الموجه لهذا الرأي: د.فؤاد رياض، د.سامية راشد، المرجع السابق، ص ١٥٦.

ويقترح هذا الاتجاه أن يدور القاضى فى نفس دائرة القانون الأجنبى الواجب التطبيق صاحب الاختصاص الأصيل والمستبعد نتيجة مخالفته للنظام العام فى دولة القاضى، وأن يهتم القاضى بالبحث عن نصٍ بديلٍ فى ذات القانون الأجنبى يكون متوافقاً مع النظام العام فى دولة القاضى تعويضاً عن النص المتعارض مع النظام العام^(١).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن من شأنه الحفاظ على قيمة قاعدة الإسناد ووظيفتها الأساسية وعدم اهدارها بإحلال قانون آخر غير القانون الذى أشارت إليه، كما أنه يقوم بدور الموفق بين الاستجابة لمقتضيات النظام العام التى تستوجب استبعاد القانون الأجنبى المخالف لها وبين الحماية الواجبة لقواعد الإسناد وما أشارت إليه من حل بوجوب تطبيق هذا القانون الأجنبى^(٢)، كما يستندون إلى أن تطبيق قانون آخر غير القانون الأجنبى الواجب التطبيق كقانون دولة القاضى مثلاً يجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع رهن بالمحكمة التى قد يطرح عليها النزاع مما يجعله خاضعاً للصدفة البحتة^(٣)، كما أنه يُنبئ عن حرصه الشديد على تطبيق القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد ورغبته فى القضاء على اتجاه القاضى إلى تطبيق الحل الأسهل واستبعاد القانون الأجنبى برتمته ويعرض عليه أن يبذل مزيداً من الجهد فى البحث فى القانون الأجنبى عن القواعد الأكثر ملاءمة للتطبيق على النزاع بدلاً من القاعدة المستبعدة بناء على إعمال الدفع بالنظام العام.

نقده: ولكن على الجانب الآخر تكالب الفقه على نقد ما أشار إليه هذا الاتجاه واقتراحه الحل الوسط، وتمثلت أهم انتقاداتهم فى:

(١) د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ١٣٦.

(٢) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٥٤، راجع حول الحجج المؤيدة لهذا الرأى د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سابق، ص ٦١٠.

(٣) د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ١٣٧.

أولاً: أنه بهذا الحل سيصبح القاضى ذات سلطتين: سلطة تشريعية تقديرية وسلطة قضائية تطبيقية، ونتيجة لذلك يصبح للقاضى الحق فى تحديد ما يجب تطبيقه من قواعد وأحكام القانون الأجنبى وما لا يمكن تطبيقه ويتعين استبعاده^(١).

ثانياً: أنه كيف يمكن أن يشتمل القانون الأجنبى على نصين متعارضين: أحدهما يكون صالحاً للتطبيق ومتوافقاً مع مقتضيات النظام العام فى دولة القاضى، والآخر غير صالح ومتعارضاً مع النظام العام، وهو أمرٌ صعب الحدوث.

ثالثاً: أنه من شأن هذا الحل أن يجبر القاضى على تطبيق نص غير ملائم وغير مختص ولا علاقة له بالمسألة محل النزاع، وذلك كبديل للنص الذى وضع خصيصاً لحكم هذه المسألة^(٢).

رابعاً: أن هذا الاتجاه قدم الحل فى حالة اشتمال القانون الأجنبى على نصٍ بديلٍ للنص المعارض للنظام العام، ولكن لم يضع حلاً لحالة عدم وجود نصٍ بديلٍ وخلو هذا القانون الأجنبى من قاعدة أخرى يمكن تطبيقها على النزاع.

خامساً: أنه سيجرتب على الأخذ بهذا الحل حتماً إطالة أمد النزاع، لأن القاضى سيبدل جهداً إضافياً وسيستغرق وقتاً أطول فى البحث عن النص البديل، كما أنه يحتاج إلى تملك القاضى ثقافة قانونية واسعة تقوم على التعمق فى القانون الأجنبى وأحكامه وقواعده^(٣).

الاتجاه الثالث: تطبيق قانون القاضى.

(١) د.حسن الهداوى: القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠١م، دار الثقافة، عمان، ص ١٩٠.

(٢) د.محمد المصرى: محاولة لرسم معالم النظام العام الدولى العربى بمفهوم القانون الدولى الخاص، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠٣م، ص ١٦٩.

(٣) د. عبد المنعم زمزم: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، ٢٠٠٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرة ٢٩٠.

وهو الاتجاه الغالب فقهيًا وقضائياً، ويسلم بضرورة تطبيق قانون دولة القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد، ويرى أنصاره أن قانون القاضى هو قانون ذو اختصاص عام وله الأولوية فى التطبيق على أى قانون آخر فى كل حالة يتعذر فيها تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق، ويدعمون نظرتهم بأنه لما كان القانون الأجنبى تم استبعاده لكونه مخالفاً للنظام العام فى دولة القاضى، وهو ما يُمثل عندهم اعتداءً على قانون القاضى، فإن رد الاعتبار له يكون بتطبيقه على النزاع المعروض^(١).

ولكن عارض البعض تطبيق قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد على أساس أنه يُخل بتوقعات الأطراف ويضر بالطرف الضعيف فى العلاقات القانونية، وذلك فى حالة ما إذا كان قانون القاضى لا يوفر حمايةً فعالةً للطرف الضعيف فى مثل هذه العلاقات، وقد يكون قانون القاضى غير ملائم للطبيعة الخاصة للعلاقة الدولية محل النزاع وإلا لم يقدّم المشرع بإسناد المسألة محل النزاع إلى قانون أجنبى آخر قانون القاضى^(٢).

الرأى الخاص:

ومن جانبنا نؤيد الاتجاه الداعى إلى تطبيق قانون القاضى، حيث إنه يجب النظر للمسألة نظرةً واقعيةً، وتتحيةً أى نظرةً سطحيةً ونظريةً، فيجب الاعتراف بوجود فراغ تشريعى يحتم سده بسبب استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق، ويجب علينا أن نعتبر قانون القاضى فى هذه الحالة قانوناً استثنائياً يطبق فى ظروف استثنائية، ويسبقه تطبيق قانون أجنبى اكتشف مخالفته للنظام العام فى دولة القاضى، أما ما قيل

(٢) د. جمال محمود الكردى: المرجع السابق، ص ١٤٢، ١٤٣.

(١) د. حفيظة الحداد: الموجز فى القانون الدولى الخاص، الكتاب الأول، ٢٠٠٧م، منشورات 2 الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص ٣٠٧.

من اتجاهاتٍ أخرى؛ فهي عبارة عن أشباه حلول تدور في حلقةٍ مفرغةٍ^(١)، وأن الغاية من استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق تجعل من الضروري تطبيق قانون القاضى حتى تتحقق الغاية من الاستبعاد وسد ذريعة الوقوع في ذات المشكلة في حالة ما إذا تم تطبيق قانون أجنبي آخر.

المطلب السادس

النظام العام والقانون الواجب التطبيق على الحضانة

كما سبق وأن قلنا بأن فكرة النظام العام قد شرعت من أجل حماية الأسس الاجتماعية والاقتصادية والخلفية والسياسية التي يقوم عليها مجتمع القاضى عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام فيها.

وبخصوص القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة وكما شرحنا من قبل أن التكييف القانونى للحضانة تتنازعه عدة اتجاهات، وبالتالي تتعدد القوانين التي يمكن أن تحكمها.

وقد يتضمن القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد نصوصاً تصطدم مع النظام العام في دولة القاضى، الأمر الذي يتوجب معه على القاضى استبعاده، وقد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد مصطدماً مع المفاهيم الاجتماعية السائدة في دولة القاضى والخاصة بحماية بعض فئات المجتمع، حيث إن منازعات الحضانة تفرّد فئتين من فئات المجتمع هما فئة المحضونين وفئة الحاضنين حيث تتصف الأولى بضالة إمكانياتها وضعف مراكزها القانونية وقلة إمكانياتها وصغر سنها وحاجتها الماسة إلى من يتولى شئونها ويتولى أمرها وهى الأولى بالحماية والرعاية، بينما تمتلك الثانية الإمكانيات ومراكز قانونية قوية ورجاحة

(٢) هذا وقد أيدت العديد من الأنظمة القانونية تطبيق قانون القاضى ومنها المادة ٦/٢ من مجموعة القانون الدولى الخاص النمساوى لعام ١٩٧٩م والتي نصت على أنه "يجب أن يطبق مكانه الحكم المقابل فى القانون النمساوى"، وذلك بعد استبعاد القانون الأجنبي بناء على النظام العام فى الفقرة الأولى من ذات المادة، وكذلك المادة ٥ من القانون التركى لعام ١٩٨٣م.

العقل والسن، مما يدفع المشرع إلى التدخل لحماية الفئة الأقل حظاً والأضعف مركزاً من ضياع حقوقها وتدمير ما ينتظرها في المستقبل.

وبالتالي فإن عقد الاختصاص بحكم مسائل الحضانة لقانون أجنبي يتنافى مع الأسس والمبادئ التي يتبناها المشرع في مجتمع دولة القاضى واستهدافه حمايتها في تشريعاته الداخلية خاصة ما أولاه من حماية لطائفة المحضونين في مواجهة فئات المجتمع التي باتت تحكمها المصالح الشخصية، وكان هذا القانون الأجنبي من شأنه ضياع حقوق الطفل المحضون وعدم توفيره الحماية الكافية والمطلوبة للطرف الأضعف في هذا النزاع والمغلوب على أمره، فإنه يتوجب على القاضى الوطنى أن يستبعد هذا القانون وتطبيق قانونه الوطنى الذي يوفر حماية أكبر لهؤلاء الاطفال أصحاب المركز الأضعف في الحضانة، ويبدو هذا الفرض لامعاً في الدول المستوردة للسكان والتي فى أمس الحاجة لرعاية أطفالها ليقدموا لوطنهم ما يصبو إليه منهم، ولما في تطبيق هذا القانون الأجنبي من إجحاف بمصالحها القومية المتمثلة في قوتها البشرية.

الرأى الخاص:

ونحن نرى من جانبنا أن فكرة النظام العام والدفع بها فى سبيل استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإن كانت فى ظاهرها وقائيةً حمائيةً إلا أنها فى حقيقتها تعسفيةً وأنانيةً، فهى وإن كانت تحمى أسس مجتمع القاضى الوطنى ومبادئه الرئيسية من اختراق القوانين الأجنبية المخالفة وهو حقٌ أصيلٌ للدولة وتمثل فى ظاهرها وسيلة دفاع رئيسة عن مستقبل الطفل المحضون من تطبيق قانون أجنبي يُسند الحضانة بمقتضاه لشخص قد يراه هذا القانون حامياً حمى مستقبل الطفل المحضون إلا أنها فى ذات الوقت تحمل تعسفاً فى استعمال هذا الحق، فالقاضى عند تفسيره للقانون الأجنبي قد تسبقه النزعة والغيرة الوطنية قبل أن تسبقه المنطقية والقبولية مع أن مهمة القاضى الأساسية لا تكمن فى تفسير القانون الأجنبي وتصليح أخطائه وعيوبه والتعليق والتعقيب عليها بل مهمته، وكذلك فتطبيق الدفع بالنظام العام يتطلب ثقافةً واسعةً من قاضى الدعوى بمضمون ومحتوى القوانين الأجنبية الأخرى غير قانونه الوطنى، وهو

ما يصعب تحقيقه وتحتاج إلى البحث عن مسائل واقعية تخرج عن سلطة القاضي، فمن الممكن أن يقوم القاضي بتفسير وتكييف القاعدة التي يحتويها القانون الأجنبي تحت تأثير عقائدي أو ديني أو غيرة على قانونه الوطني وعاداته وأعرافه الوطنية، فتقافة المجتمعات مختلفة ومقاصد المشرعين قد تتوافق في حقيقتها وتختلف في ظاهرها عند خروجها في صورة نصوص وأحكام القوانين.

ولذلك فإن الفقه الغالب في فرنسا يدعم الموقف التقليدي لمحكمة النقض الفرنسية في رفض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي، محاولاً تبرير موقفها هذا بعدة حُجج أهمها أن محكمة النقض قد وجدت للحفاظ على وحدة القانون الفرنسي بتوجيه القضاء وليس من مهامها إصلاح التطبيق الخاطئ للقانون الأجنبي الذي هو من مهمة محكمة النقض في دولته، فرقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي يخرجها عن مهمتها سالفة الذكر وهي توحيد تطبيق القانون الفرنسي فقط، بالإضافة إلى أن أنها ليست محكمة وقائع والقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون واقعة، وهذا ما يحول دون جواز التمسك به أمامها من طرف الخصوم⁽¹⁾.

كما يستند بعض الفقه في دعمهم إلى طبيعة دور محكمة النقض الفرنسية الذي قد حدد بدقة وصراحة في المرسوم المنشئ لها الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٧٩٠ بأن قصر وظيفتها على المخالفة الصريحة للقانون الفرنسي وأن قبول الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية فيه إرهاب لمحكمة النقض وتكليفها بأعباء هي في غنى عنها ويصعب مواجهتها نظراً لكثرة القضايا المعروضة عليها، وهي لا تملك من الوسائل التي تسمح لها بهذا العمل، ذلك أن رقابتها لتفسير القانون الأجنبي يقتضى منها أن تتصدى للبحث عن مضمونه، وهذا ما يفرض عليها البحث في مسائل واقعية تخرج

(1) Delphine Archer: Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (Etudes de conflis de lois), Thèse du doctorat, Tome I, Université de Crgy-Pontoise, 2006. , P. 493.

عن سلطتها، كما يجب عليها أن تسهر على وحدة وصحة تطبيق قوانين كل الدول، وهذا أمر متعذر ويتناقض مع طبيعة عملها⁽¹⁾.

وأن رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي من شأنه أن يؤدي إلى ازدواج الطعون، حينما تتبنى وجهاً للطعن يغير ما يسير عليه القضاء في دولة القانون الأجنبي، كما قد يؤدي إلى التعارض مع أحكام محكمة النقض في هذه الدولة، عند اختلاف التفسير الذي تعطيه للقانون الأجنبي بخلاف ما هو مُعطى له في بلده، وهو ما يمس من هيبتها ومكانتها، كما أن الفقه الفرنسي لما قام بتشبيه موقف المحكمة من تفسير القانون الأجنبي بموقفها من تفسير العقود، إذ أنها ترفض أيضاً الرقابة على تفسير قاضي الموضوع للعقود، فهذا التشبيه مُنتقد على أساس أن العقود مراكز قانونية ذاتية يقتضى تفسيرها البحث عن نية المتعاقدين، والتحرى عن الظروف الواقعية الملازمة للعقد، وقد يتطلب الأمر اللجوء إلى إجراء تحقيق وهو ما يخرج عن دور محكمة النقض، أما القانون الأجنبي فهو يتضمن قواعد عامة ومجردة يمكن أن تخضع لتفسير المحكمة دون أن يتطلب منها ذلك التطرق إلى وقائع الدعوى⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن فكرة النظام العام والآداب العامة ذات أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص؛ حيث إن تطبيق القانون الأجنبي مشروط بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة لدولة القاضى المنوط به تطبيق ذلك القانون، إلا أنها فكرة مرنة ويصعب تحديدها بشكلٍ دقيقٍ فهي تختلف باختلاف الزمان والمكان، إلا أنه في مجال الأحوال الشخصية نجد للنظام العام دوراً بالغ التأثير لارتباط القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية كمسائل الحضانة وغيرها بالمبادئ الدينية، وهو الأمر المستقر

(1) Julie Clavel: Le deni de justice économique dans l'arbitrage international: l'effet négatif du principe compétence-compétence, Thèse du doctorat, Université Paris II- Pantheon-Assas, 2011. , P. 12.

(2) Wei Hou: La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises: l'exemple du contrat de volume soumais aux règles de Rotterdam, Thèse du doctorat, Université Paul Cézanne- Aix- Marseille III, 2010. , P. 116-130.

عليه في أغلب التشريعات العربية؛ فالشريعة الإسلامية هي القانون العام لمسائل الأحوال الشخصية وتستمد هذه المسائل قواعدها وأحكامها من الفقه الإسلامي.

وتتحقق مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الحضانة للنظام العام إذا كان هذا القانون يعطى الحق في الحضانة وفق أسس تمييزية وعنصرية، أو يعتمد أسس من شأنها الإضرار بمصلحة الطفل الصغير كما في حالة المحكمة الأمريكية التي رفضت تطبيق القانون الإسلامي لأنه يؤسس الحضانة على سن الطفل والذي سبق وأشرنا إليه واعتبرت المحكمة حينها أن ذلك مخالفاً للنظام العام المأخوذ به في ولايتها^(١).

وبالتالي فإن اختلاف أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الحضانة عن قانون القاضى في مسألة الحضانة يجعل هذا القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام في دولة هذا القاضى^(٢)، وأن عدم عدالة القاعدة القانونية التي يتضمنها القانون الأجنبي في نظر القاضى لا تقوم سبباً بذاتها لرفض تطبيق هذا القانون، لأن القاضى يقع على عاتقه التزام وهو يبحث عن مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته أن يُراعى أنه ليس بصدد نزاعٍ وطنى داخلى، وإنما في إطار علاقاتٍ دوليةٍ خاصةٍ، كما أن اتفاق الوالدين على التنازل عن الحضانة بما يضر بمصلحة الطفل

(١) د. هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٢) وقد أكدت المحاكم الأمريكية ذلك في العديد من أحكامها:

United states supreme court ,17 june, 1974 year book.com.arb.vol 1, 1976,p.203.

United states court of appeals for the second circuit ,decen ber 23, 1974, year book.com.arb, 1976.

مشار إليه د. عزت البحيرى: القانون الواجب التطبيق على الحضانة، مرجع سابق، ص ٤٧٨،

.٤٧٩

مخالفاً للنظام العام؛ فهو ممنوع من الأصل إذا كان فيه ما يضر بمصلحة الطفل المحضون^(١).

كما تُطبق فكرة النظام العام المخفف والذي يؤدي إلى التمييز بين نشوء الحق وإرادة الاحتجاج به، فالحق الذي نشأ وتم اكتسابه في دولةٍ أخرى كالطلاق أو الانفصال والذي قد يؤدي إلى قيام النزاع حول حضانة الاطفال^(٢).

كما أن اللجوء إلى هذا الدفع يجب أن يتم بقدر الحاجة له، أي عند الضرورة فقط؛ بحيث تكون هذه الحاجة ملحةً لإثارة الدفع بالنظام العام، إضافةً إلى الشروط التي سبق ذكرها جميعاً، لأنه يُشكل خطورةً على مصالح الطفل المحضون وقد يضره ضرراً بالغاً، ونظراً للتطورات التي حدثت في السنوات الأخيرة ودخول معظم الدول في سوق الحرية والديمقراطية رأى بعض الفقهاء كما تم توضيحه أن يتمتع النظام العام بالمرونة و قابلية التكيف مع المعطيات الدولية الحديثة، لوجود منازعات جديدة ناتجة عن المعاملات اليومية، ولا ينظمها التشريع الداخلي من حيث طبيعتها ومميزاتها والتزاماتها، ولا يُعد هذا الدفع الوحيد الذي يمكن عن طريقه للقاضي فرض رقابة على مشروعية الحضانة والحفاظ على مصالح الطفل المحضون، وذلك من أجل وضع حدود للحرية القانونية والشخصية للأفراد، وبالتالي حدود التحايل للوصول إلى قانونٍ معينٍ قد يخدم

(١) انظر أحكام محكمة الإسكندرية الابتدائية ، جزئى أحوال شخصية، قضية رقم ٣ لسنة ١٩٨٦م فى ٢٨ يونيو ١٩٨٧م، وحكم محكمة استئناف الإسكندرية (الدائرة ١٧ أحوال شخصية أجنبى) سنة ٣٣ ق - مشار إليهم د.هشام خالد: الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائى الدولى للمحاكم العربية، مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها، وكذلك د.صلاح الدين جمال الدين:حضانة الأطفال فى زواج الأجنبى ، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٢) حول نظام تطبيق الأثر العام المخفف للنظام العام فى إطار العلاقات الخاصة الدولية راجع د.عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص (الجزء الثانى)، مرجع سابق ، ص ٥٥١، د.إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين، مرجع مرجع سابق ، ص ٢٧٨.

مصالحهم الشخصية فقط دون النظر لحقوق ومصالح الطفل المحضون، ويتمثل الدفع الثاني في الغش نحو القانون⁽¹⁾.

المبحث الثاني الدفع بالغش نحو القانون

وهي الوسيلة الثانية التي يتم بواسطتها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا ما تم اكتشاف أن هذا القانون قد تم التوصل إلى وجوب تطبيقه وحكمه لحكم الرابطة العقدية نتيجة لتحاييل الأطراف على قاعدة الإسناد الوطنية، فيتم استبعاد هذا القانون الأجنبي بسبب سلوك أطراف العلاقة لطريق الغش وطرقهم باب التحايل من أجل التوصل لتطبيق هذا القانون، وهو ما يُعرف في فقه القانون الدولي الخاص بـ (الدفع بالغش نحو القانون)، والذي خصصنا له هذا المبحث لنعرض له تفصيلاً متبعين التقسيم الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الثاني: أركان الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الثالث: الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون.

المطلب الرابع: الدفع بالغش نحو القانون في منازعات الحضانة .

المطلب الأول مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

قد يلجأ أطراف العلاقة القانونية إلى التحايل على القانون وعقد الاختصاص بحكم هذه العلاقة لقانون وطني معين هرباً من الخضوع لأحكام قانون وطني آخر ظناً منهم أن القانون الأول سيرعى مصالحهم ويخدمها بصورة أفضل من الثاني، وهذا يدفعهم إلى تعمد التغيير في عناصر العلاقة القانونية التي يتحدد بناء عليها ضابط الإسناد كأن يرحل المتعاقدان إلى دولة أجنبية لإبرام عقدهم فيها، وبالتالي الخضوع

(1) Sergey Korkhalev: L'ordre public en droit international privé (comparé francai et russe) Thèse du doctorat, Université Paris XII- Val de Marne, 2005 , P. 23-38.

لقانون بلد الإبرام (قانون الدولة الأجنبية) في وقت تكون عناصر العلاقة كلها وطنية وكان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى.

وبخصوص تحديد المقصود بالدفع بالغش نحو القانون فقد تعددت التعريفات الفقهية له، فعرفه البعض بأنه "دفعٌ ثانٍ يتم التمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبى الذى عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفًا خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلاً من القانون الوطنى الواجب التطبيق أصلاً والعمل بأحكام هذا القانون فى النهاية"^(١).

ولكن رأى البعض أن الدفع بالغش نحو القانون يمكن تعريفه بأنه "الاستخدام الإرادى لقاعدة التنازع بغرض التهرب من الأحكام والقواعد الآمرة للقانون الوطنى الواجب التطبيق"^(٢).

ولنا على التعريفين الواردين عدة ملاحظات استخلصناها ونلخصها فى النقاط الآتية:

أولاً: أن الدفع بالغش نحو القانون وسيلةٌ لمواجهة غش الأطراف وتحايلهم عندما يكشفه القاضى، ويتضح له بجلاء فى العلاقة الدولية الخاصة المعروضة أمامه أن أطراف هذه العلاقة قد استطاعوا الوصول إلى القانون الذى أرادوه ليحكم عقدهم بطريق التحايل، وأنهم قاموا بالتغيير فى عناصر العلاقة والذى يترتب عليه تغيير فى ضابط الإسناد الذى يحدد القانون الواجب التطبيق اعتقاداً منهم بأن هذا القانون هو الأكثر رعاية والأجدر بحماية مصالحهم الخاصة وخدمة لعلاقتهم القانونية.

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٧٤.

(٢) د. عصام الدين القصبى: القانون الدولي الخاص المصرى، مرجع سابق، ص ٧٨٥ وما بعدها.

ثانياً: لم يشترط أي من التعريفين أن تكون وسيلة الأطراف في تغيير ضابط الإسناد غير مشروعة، ومن ثم فإنه سواء أكانت وسيلتهم مشروعة أم غير مشروعة فذلك غير ذي بالٍ عند الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي.

ثالثاً: أن الدفع بالغش نحو القانون هدفه تصحيح مسار خاطئ بمعنى أنه وسيلة لمواجهة هدف غير مشروع للأطراف يسعون إلى تحقيقه وهو إسناد الاختصاص لقانون أجنبي غير مختص أصلاً بحكم النزاع.

رابعاً: أن الدفع بالغش نحو القانون يزيل الستار عن صراع بين المصلحة العامة التي تسعى إليها قاعدة الإسناد بإسناد الاختصاص للقانون الأولى بالتطبيق والأكثر صلة بالعقد والأكثر عدالةً وحسماً للنزاع، وبين المصلحة الخاصة التي يبيغها أطراف العلاقة من السعي لتطبيق قانون يروونه أكثر رعاية لمصالحهم الخاصة وتحقيقاً لأهدافهم الشخصية.

خامساً: أنه لم يتم التعرض في أي من التعريفين لصاحب السلطة في الكشف والاستخلاص لغش الأطراف وتحايلهم وهو القاضي الوطني، وكذلك صاحب السلطة في الاستبعاد للقانون الأجنبي بعد اكتشاف هذا التحايل والغش.

أوجه الاتفاق بين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون:

يتلاقى الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون في عدة نقاط أبرزها:-

- ١- يتفق الدفاعان في أن كل منهما وسيلتان فنيتان لإقصاء القانون الواجب التطبيق.
- ٢- أن كل منهما ليس وسيلة فنية عادية بل وسيلة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعد الإسناد، وأن القاضي لا يمكنه اللجوء إليهما ابتداءً بل كعلاجٍ احتياطيٍّ أخير يواجه به القانون الأجنبي.

٣- يهدف كلا الدفيعين إلى تحقيق هدف مشترك يتبلور في درء المساس بالأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضى، ويتمتع القاضى فى كل منهما بسلطةٍ تقديريةٍ واسعةٍ في وزن وتحرٍ وتقدير مدى توافر شروط تطبيق كلا منهما^(١).

الفروق الجوهرية بين الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون:

وهناك مجموعة من الفروق الجوهرية التي تفصل الدفيعين عن بعضهما وتضفى على كل منهما طابعاً مميزاً عن الآخر نسردها فى الآتى^(٢):

أ- من ناحية أساس كل منهما:

نجد أن الدفع بالغش نحو القانون يقوم على أساس الوسيلة التي اتبعها الأطراف للوصول إلى القانون الواجب التطبيق وهي التلاعب بقاعدة التنازع الوطنية والانحراف بها عن هدفها المنشود، أما الدفع بالنظام العام فأساسه مضمون القانون الواجب التطبيق والذي يتعارض مع مبادئ وأسس المجتمع العليا لدولة القاضى.

ب- من ناحية ظروف التمسك به:

نلاحظ أن الدفع بالغش نحو القانون يتم التمسك به سواء أتم التحايل نحو قانون القاضى أم نحو قانون دولةٍ أجنبيةٍ مختصٍ طبقاً لقاعدة التنازع، أما الدفع بالنظام العام فلا يتم التمسك به إلا فى مواجهة القانون الأجنبى المتعارض مع النظام العام فى دولة القاضى.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، (الجنسية والموطن ومعاملة الأجنبى والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٦٥.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٧٥٧.

ج - من ناحية وقت الدفع به:

يتبدى لنا أن الدفع بالغش نحو القانون عادةً ما يتم التمسك والدفع به في مرحلة نفاذ الحق أو المركز القانوني والاحتجاج به، مما يترتب عليه عدم جواز الادعاء باحترام حق مكتسب حيث يقضى ببطلان كل ما تم بناء على الغش، أما الدفع بالنظام العام فيكون الدفع به في الغالب في مرحلة إنشاء الحق أو المركز القانوني في دولة القاضى، فإذا كان الحق قد نشأ في الخارج فإنه يفلت من الدفع بالنظام العام دون الدفع بالغش أو التحايل.

د - من ناحية الأثر المترتب عليه:

يترتب على الدفع بالغش استبعاد القانون الذى تم التحايل لصالحه وحماية القانون الواجب التطبيق في الأصل، أما الدفع بالنظام العام فالعكس يترتب عليه استبعاد القانون الواجب التطبيق أصلاً والمخالف للنظام العام في دولة القاضى وتطبيق قانون دولة القاضى.

المطلب الثاني

أركان الدفع بالغش نحو القانون

وللدفع بالغش نحو القانون ركنان أساسيان لا بد من توافرهما لإعماله هما:

أولاً- الركن المادى- تغيير مادى إرادى في ضابط الإسناد:

ويقصد بهذا الركن المادى أن يعمد الأطراف إلى إحداث تغيير في الظروف التي يتحدد على أساسها ضابط الإسناد الذى هو عنصر من عناصر قاعدة الإسناد الذي بموجبه يتحدد القانون الواجب التطبيق، ويترتب على هذا التغيير في ضابط الإسناد تغييراً في القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع.

وهذا التغيير المادى من جانب الأطراف في الظروف تلعب فيه الإرادة دوراً جوهرياً في تغيير ضابط الإسناد كضابطى الجنسية والموطن مثلاً في مجال الأحوال الشخصية؛ فقد يقوم الأطراف بتغيير جنسيتهم إلى الدولة المراد الخضوع لقانونها إذا كان قانونها يعتد بالجنسية كضابط لتطبيق قانونها في مجال الأحوال الشخصية، أما

إذا كان قانون الدولة المراد الخضوع لأحكامه يأخذ بضابط الموطن فأنهم سيعمدون إلى تغيير موطنهم إلى داخل أراضى هذه الدولة^(١).

ويرتكز الركن المادي للدفع بالغش نحو القانون على أساس تصرف مادي وإجراء قانونى إرادى ظاهر من قبل الأطراف كقيامهم مثلاً بتغيير مكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه أو قيامهم بإجراء تغيير جوهري فى عنصر من عناصر العلاقة المالية، فيتغير بناء عليها القانون الواجب التطبيق كنقل المنقول من دولة إلى أخرى قبل إنشاء الحق العينى فيه، ومن المعروف أن المنقول من الأموال المادية التى تخضع لقانون موقعها فيتغير بالتالى القانون الواجب التطبيق ليصبح قانون الدولة التى تم نقل المنقول إليها^(٢).

ويعتبر البعض ما قام به الأطراف هو مخالفة غير مباشرة لتحقيق نتيجة غير مشروعة تمثلت فى عمل إرادى تم بطريق التلاعب فى ضابط الإسناد كالجسبية والموطن وموقع المال..... إلخ، فهو مخالفة غير مباشرة لأنها ترتكب بواسطة ذات القانون وما أجازته من تغيير الفرد لجنسيته أو موطنه والذى تغير على أساسه ضابط الإسناد المتعلق بهما ليخضع العقد بذلك لقانون يُغايير ما كان سيخضع له سابقاً، وهذه المخالفة غير المباشرة تهدف إلى تحقيق نتيجة غير مشروعة لأن القانون الذى يسعون إلى تطبيقه ليس هو القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ولكن تم التوصل إليه بطريق الغش والتحايل.

وقد يقوم الأطراف بخلق معيار إسناد غير موجود بغرض تدويل عقد داخلى بطبيعته لمجرد التوصل إلى إخضاعه لقانون دولة غير تلك التى تنتمى إليها الرابطة العقدية بكافة عناصرها، وهو ما يُعرف "بالتدويل المصطنع لعقد داخلى" كما لو سافر مصريان مقيمان فى مصر إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالى للتهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد والمنصوص عليها فى

(١) د. عوض الله شيبية الحمد السيد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

(٢) د. ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولى الخاص المصرى، مرجع سابق، ص ١٠١.

القانون المصرى وهو المختص أصلاً بحكم العقد، وهو ما يتوافر معه أركان الدفع بالغش نحو القانون^(١)، ففي هذا الفرض نجد خلق الأطراف لمعيار إسناد لم يكن موجوداً فى الأصل بهدف إضفاء الصفة الدولية على عقدهم الداخلى وإخضاعه لقانون الإرادة الذى تخضع له فقط العقود الدولية، فسفرهم إلى إيطاليا وإبرام عقدهم هناك تم بطريق الغش والتحايل من أجل إسناد العقد لقانون الإرادة (القانون الايطالى).

وليتحقق الركن المادى بالصورة التى شرحناها لا بد من توافر ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول- قيام الأطراف بإجراء تغيير إرادى جوهرى لضابط الإسناد.

الشرط الثانى- مشروعية الإجراء الذى قام به الأطراف من الناحية القانونية:

لأنه من البدهى إذا كان هذا الإجراء غير مشروع من الناحية القانونية فإنه لا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ولن نكون بحاجة إليه لأن التصرف الذى قام به الأطراف باطلٌ ولن يترتب عليه أى أثر قانونى.

الشرط الثالث- تحقيق الإجراء أو التغيير أثره:

لا بد وأن يُحقق التغيير الذى قام به الأطراف أثره من تغير فى الاختصاص التشريعى وانتقاله إلى القانون الذى من أجله قام الأطراف بإجراء هذا التغيير، مما يفرض حتمية الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد هذا القانون، أما إذا لم يترتب على تغيير الأطراف لضابط الإسناد انتقال الاختصاص التشريعى فعلاً وكان تغييراً صورياً أو عديم الأثر، فإنه لا مجال للدفع بالغش نحو القانون.

كما أن هناك من الشروط لم يتم الاتفاق عليها فهى محل خلاف لإثارة الدفع

بالغش نحو القانون والتى تتمثل فى^(٢):

(١) د. هشام صادق: عقود التجارة الدولية، ٢٠٠٧م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٤٤٧، بند ٢٩٤.

(٢) د. خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩م، ص ٨٧.

١ - أن يقع الغش نحو القانون على نصوص آمرة.

فى بادىء الأمر كان نطاق الغش نحو القانون محصوراً فى الحالات التى يكون التحايل فيها واقعاً على القواعد الآمرة، على أساس ان القواعد المكملة لا يمكن أن يتصور التهرب من أحكامها، ذلك لأن المشرع خول للأفراد حرية الخروج عليها ومخالفتها، ولكن سرعان ما فقد هذا الاتجاه فاعليته وأصبح الدفع بالغش نحو القانون يثار لاستبعاد القانون الذى اختاره الأطراف لحكم العقد الدولى نتيجة ارتكاب المتعاقدين تحايلاً سواء أكان هذا التحايل واقعاً على قواعد مكملة أو آمرة للقانون المختص أصلاً بنظر النزاع.

٢ - أن يقع الغش على قانون القاضى:

فقديمًا كان الفقه والقضاء مستقرين على قصر تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التى يكون الغش واقعاً فيها على قانون القاضى، أما حديثاً فيؤكد الفقه والقضاء صحة الدفع بالغش نحو القانون المختص فى الأصل بحكم النزاع سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً.

٣ - أن يترتب على الغش ضرراً:

وهذا الشرط يتأسس على أن التحايل والغش نحو القواعد القانونية سواء أكانت مكملة أم آمرة، وطنية أم أجنبية، يجب أن يترتب عليه نتيجة غير مشروعة، ولكن أنتقد هذا الشرط لأن جزاء الضرر فى القانون الدولى الخاص ليس الغرض منه جبر الضرر وإنما استبعاد القانون المشوب بالغش.

ثانياً: الركن المعنوى- نية الغش والتحايل نحو القانون.

ويتعلق الركن المعنوى بأمر باطنى داخلى وهو الباعث من وراء تغيير الأطراف لضابط الإسناد، فيشترط أن يكون الباعث هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة، ولا جدال حول ما تُشكله مسألة النية من صعوبة على

القاضي ومشقة عند استخلاصه لها؛ فهي مسألة موضوعية تقديرية يستدل عليها من مظاهر وقرائن دالة عليها، فهذه النية هي سبيل إبطال تصرف الأطراف وبدونها يصبح تصرفهم سليماً ولا يشوبه أى عيب ولا مجال لإبطاله، ومن ثم فإنه في حالة إذا ما تبين أن خضوع العلاقة لقانون جديد جاء بصورة عرضية، وأن التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً لم يكن هدفاً من وراء تغيير الأفراد لضابط الإسناد، فإن الركن المعنوي لا يُعد متوافراً في هذه الحالة ولا مجال لتطبيق نظرية الدفع بالغش نحو القانون.

ويستعين القاضي في استخلاصه لنية الغش والتحايل بعدة قرائن ومظاهر منها حالة التلازم الزمني مثلاً بين تغير ظروف العلاقة وبين إجراء التصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، ومثاله حصول شخص على جنسية جديدة وقيامه على أثر ذلك بالزواج من زوجة ثانية متى كان قانون جنسيته الجديدة يمنحه حق تعدد الزوجات وكان القانون الواجب التطبيق أصلاً (قانون جنسيته القديمة) يحرمه من هذا الحق^(١).

وقد يرمز البعض إلى استحالة الوصول إلى أمر باطنى داخلى كالنية، وأنه يمكن الاكتفاء بالركن المادى فقط للدفع بالغش نحو القانون في محاولة منهم لتجريد الركن المعنوى من أهميته والاستقطاع منها، ولكن حقيقة هذا الرأى هو فى القانون دعى النسب ونازح عن الصواب، فالنية هي أساس الدفع بالغش نحو القانون وبدونها لا يتصور إعماله لمجرد قيام الأفراد بإجراء تصرف مادى سليم من الناحية القانونية لانقضاء المبرر، فكيف سنبرر عدم مشروعية هذا التصرف وهو سليم قانوناً وكان من التصرفات الإرادية التى لا حجر عليها ويُعظم دور الإرادة فيها ولا يمكن أبداً التحويل والاعتماد فقط على المظهر الخارجى للتصرف للقول بوجود قصد للتحايل والغش نحو القانون ؟

ولكن الدفع بالغش نحو القانون ليس أمراً يسيراً كما يعتقد البعض، فهو فى رأينا يحتاج إلى قاضٍ عالمٍ وملمٍ بوسائل المتعاقدين وطرقهم الاحتمالية التى يستعملونها

(١) د.ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولى الخاص المصرى، مرجع سابق، ص.١٠٣

للوصول إلى تطبيق القانون الذى يخدم مصالحهم فقط، وهو ما أدى إلى محاولة وضع شروط أخرى لإعمال الدفع بالغش نحو القانون لم يتفق عليها الفقه^(١)، واستقر الرأى الغالب على كفاية الركنين المادى والمعنوى لإعماله، كما أن مسألة إثبات سوء النية تكون يسيرة إذا ما دلت مظاهر خارجية واضحة عليها، ولكن فى حالة غموض هذه المظاهر والتباسها فإن الأمر يُضحى غايةً فى الصعوبة على القاضى.

المطلب الثالث

الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون

لما كان الهدف الذى سعى إليه الأفراد من وراء تغيير ضابط الإسناد بطريق التحايل هو الإفلات من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً والذى تشير إليه قاعدة الإسناد والرغبة فى الخضوع لقانون آخر، فإنه من الطبيعى أن يكون جزاء هذا الغش والتحايل هو الحيلولة دون وصول هؤلاء الأفراد إلى هدفهم وحرمانهم من تحقيقه وما كانوا يصبون إليه، وذلك عن طريق عدم الاعتراف والنفاد لما أجراه هؤلاء

(١) وتتمثل الشروط الغير متفق عليها لإعمال الدفع بالغش نحو القانون فى:

أ- وقوع الغش نحو القانون على نصوص أمرة: بدهياً لا يمكن تصور محاولة التهرب من أحكام النصوص المكملة لأن الأطراف طبيعياً يستطيعون الخروج عليها ومخالفتها بأمر من المشرع نفسه، ولكن مفقودة قيمة هذا الشرط لأن الدفع بالغش نحو القانون أصبح يُثار سواء وقع هذا الغش على قواعدٍ مكمليةٍ أو قواعدٍ أمريةٍ للقانون المختص فى الأصل.

ب- أن يتم الغش نحو قانون القاضى: ولكنه فى الوقت الحاضر أصبح الدفع بالغش نحو القانون يثار سواء أكان الغش واقعاً على قانون وطنى أم على قانون أجنبى.

ج- أن يحدث الغش ضرراً: ولكن لم يؤخذ بهذا الشرط لأن جزاء الضرر هو جبره، أما فى القانون الدولى الخاص ليس الغرض منه جبر الضرر وإنما استبعاد القانون المشوب بالغش.

الأفراد من تغيير في ضابط الإسناد، وما يترتب عليه وتطبيق القانون الأصلي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد.

ويمكننا تلخيص ما يترتب على الدفع بالغش نحو القانون في أثرين مهمين:
أحدهما سلبي والآخر إيجابي نبينهما كالآتي:
الأثر السلبي: استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه.

ويتمثل هذا الأثر في عدم الاعتداد أو عدم نفاذ كل أثر لاختصاص القانون الذي تم تغيير ضابط الإسناد والتحايل لصالح تطبيقه، ويفترض هذا الأثر لاستبعاد هذا القانون أن هناك وسيلة مشروعة وسليمة من الناحية القانونية ألا وهي التغيير المتعمد في ضابط الإسناد، ولكن تم استعمالها بطريقة تحايلية من أجل الوصول إلى نتيجة غير مشروعة^(١).

ولكن ثار الخلاف حول نطاق هذا الأثر السلبي وهل عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة أم سيغال النتيجة فقط دون الوسيلة ؟
الرأى الأول:

ويدعو إلى عدم اقتصار جزاء الغش نحو القانون فقط على عدم نفاذ النتيجة التي ابتغاها الشخص من وراء تحايله بتغيير ضابط الإسناد، ولكن لا بد وأن يمتد عدم النفاذ إلى الوسيلة أيضاً التي استخدمها هذا الشخص للوصول إلى النتيجة غير المشروعة^(٢).

ويستند هذا الرأى فيما دعا إليه إلى:

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٦٣.

(٢) د. هشام على صادق: تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والطلول الوضعية المقررة في التشريع المصرى)، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٦٤، بند ٩٧.

- ١- أن الدفع بالتحايل يقوم فى الأساس على فكرة خلقية وأدبية، فهو يُفسد كل شىء.
- ٢- أنه حتى لو كانت الوسيلة مشروعة فإن النتيجة والقصد غير المشروع سيفسد العمل المشروع، وأن الغاية لا تبرر الوسيلة ولا يمكن الفصل بينهما واقتصار عدم النفاذ على النتيجة دون الوسيلة.
- ٣- أن من شأن شمول الجزاء (عدم النفاذ) للنتيجة والوسيلة معاً تقادى تعقيدات جمة وتناقضات متوقعة فى الحلول القضائية.

الرأى الثانى:

ويدعو إلى اقتصار جزاء الغش نحو القانون على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة فقط دون أن يمتد إلى عدم نفاذ الوسيلة التى لجأ إليها الشخص لتحقيق هذه النتيجة.

وقد استند هذا الرأى فى تدعيم ما ذهب إليه على:

- ١- أن الدفع بالغش نحو القانون ما هو إلا وسيلة علاج احتياطية وأخيرة لحماية قاعدة التنازع، وبالتالي فمن المتعين استخدامها فى حدود تلك الغاية وعدم النزوح عنها وأن عدم نفاذ النتيجة فقط كافٍ بذاته لتحقيق هذه الغاية.
- ٢- أن اقتصار عدم النفاذ على النتيجة فقط يتفق مع الهدف من الدفع بالتحايل؛ ذلك أن استبقاء الوسيلة والاعتداد بها هو فى حد ذاته نوع من الجزاء المضاعف لمرتكب هذا التحايل فهو لم يغير ضابط الإسناد إلا من أجل الوصول إلى نتيجة محددة فحسب دون أن تتجه نيته إلى قبول النتائج الجوهرية العادية الملازمة لهذا التغيير^(١).

(١) د. أحمد عبد الكرىم سلامة: المرجع سابق، ص ٥٦٥ وما بعدها.

٣- أن القاضي الوطنى لا يملك اختصاصاً أصيلاً يعطيه الحق والسلطة فى إبطال الإجراء الذى تم به تغيير ضابط الإسناد^(١).

وقد أوماً البعض تدعيماً لهذا الرأى إلى أنه توجد كثيرٌ من الفروض التى يستحيل فيها إبطال الوسيلة ولا يمكن فيها تجاهل الواقعة المادية الجديدة التى أدت إلى تغيير ضابط الإسناد بشكلٍ كاملٍ، وبالتالي فلا مفر من قصر الجراء على منع النتيجة التى ابتغاها الأفراد، وفيما عدا تلك النتيجة التى رعى إليها الأفراد من وراء تحايلهم فإنه لا يمكن الاستمرار فى اعتبار الوسيلة نفسها كأن لم تكن فى وقتٍ أصبحت فيه هذه الوسيلة قد أنشأت حالةً واقعيةً ثابتةً لا يمكن إنكارها^(٢).

ويرى فريق من هذا الرأى أن أثر الغش نحو القانون هو مجرد أثر حلولى أو استبدالى يترتب عليه استبعاد القانون الذى انتقل إليه الاختصاص بنية الغش وتطبيق القانون الذى أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه فى الأصل بدلاً عنه، وذلك فى حدود النزاع الذى وقع الغش بمناسبة، أما خارج هذه الحدود فإنه يتعين إعمال ضابط الإسناد الجديد، طالما أن إعمال هذا القانون لن يؤدى إلى تحقيق النتيجة التى هدف إليها الخصوم ابتداءً، واستند فى ذلك إلى أن الدفع بالغش نحو القانون هو دفعٌ يهدف إلى تعطيل أثر الغش فى استعمال قاعدة الإسناد، ما يقتضى معه بالضرورة استبعاد أحكام القانون الذى انتقل الاختصاص إليه بنية الغش وتطبيق القانون الذى أشارت

(١) كما فى حالة الحصول على جنسية دولة أجنبية مثلاً، فالقاضى لا يمكنه الحكم بسحب الجنسية ممن منحت له، وكذلك حالة نقل المنقول من دولة إلى دولة أخرى، فالقاضى لا يمكنه الحكم بأن المنقول ما زال فى دولة الموقع القديم ولا الحكم بنقله إلى دولة موقعه الأول - حول ذلك راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٧٦٥.

(٢) ومثال ذلك قيام الأفراد بنقل المال المنقول من إقليم دولة معينة إلى إقليم دولة أخرى بقصد الهروب من أحكام قانون دولة الموقع الأول للمنقول وأصبح وجود المنقول على أراضى دولة الموقع الجديد حالة واقعية ثابتة لا يمكن إنكارها - للمزيد راجع د. ناصر عثمان محمد: القانون الدولى الخاص المصرى (الكتاب الثانى)، مرجع سابق، ص ١٠٥.

قاعدة الإسناد باختصاصه أصلاً والذي حاول الخصوم الإفلات من تطبيق أحكامه بتغيير ضابط الإسناد^(١).

وقد أرمز البعض إلى أن الرأيين السابقين قد اعتنقا فكرة "عدم النفاذ" على الرغم مما يحيط بهذه الفكرة من لبسٍ وخطبٍ، وأنها فكرة تُعد وفقاً لمعناها التقليدي في القانون الخاص مجرد وسيلةٍ فنيةٍ يقصد من ورائها حماية مصلحة خاصة مشروعة للغير، أما الدفع بالغش نحو القانون فإنه يهدف إلى مطاردة الغش في استعمال قاعدة الإسناد ومحاولة الإفلات من حكمها الأمر^(٢).

وفى رأينا أن الرأي الثاني الذي ينادى بضرورة اقتصار جزاء الغش نحو القانون على النتيجة فقط دون الوسيلة هو أجلٌ موقِعاً عندنا فقد مُهد له الصواب وسُخر له مقدارٌ ضخمٌ من المعرفة؛ حيث إن الإبطال وعدم النفاذ لا يطول كقاعدةٍ عامةٍ إلا ما هو غير مشروع ومخالف ولا يمكن الحكم بإبطال أو عدم نفاذ عمل مشروع لمجرد أن النتيجة أو الهدف غير مشروع، فلا بد من الفصل بينهما والاقتصار فقط في تطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة لأن الوسيلة التي استخدمها الأفراد سليمةً ومشروعةً من الناحية القانونية والفنية، وإذا شملها جزاء الغش فإن ذلك يُعد تعسفاً وتخبطاً لا مبرر له، إلى جانب بطلانه من الناحية القانونية، ولا ننسى أن نضيف أن الدفع بالغش نحو القانون هو حالة فنية استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم فلا يجوز التوسع في الاستثناءات وينبغي استعمالها في أضيق نطاق وفي حدود تحقيق الهدف الذي شرع من أجله هذا الدفع وهو إبطال تحايل الأفراد وغشهم والحيلولة دون تحقيق هدفهم الغير مشروع وهو الهروب من تطبيق أحكام القانون الأصلي الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد وتطبيق قانون آخر أصبح تطبيقه واجباً نتيجة غشهم وتحايلهم.

الأثر الإيجابي: إعمال القانون الذي تم التحايل عليه.

(١) د. هشام على صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٦٧، ٣٦٨.

(٢) د. هشام على صادق: المرجع السابق، ص ٣٦٦.

لا شك في أنه باستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه سيتبدى لنا فراغاً قانونياً مؤقتاً من الواجب سده، وأن القانون الذى تم التحايل عليه بالاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإهدار اعتباراتها هو الأجدر بالتطبيق^(١).

المطلب الرابع

الدفع بالغش نحو القانون فى منازعات الحضانة

بدايةً نود الإيماء إلى أن الغش نحو القانون أكثر حدوثاً فى العقود الدولية وخاصةً التجارية، لأن هذا الدفع لا يتصور إلا إذا كانت قاعدة الإسناد تتوقف على إرادة الأشخاص، والعقود التجارية الدولية هى بطبيعتها عقود إرادية يترك فيها اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة^(٢).

ولكن ما سبق لا يمكن أن يُقلل من قيمة وأهمية الدفع بالغش نحو القانون الذى يحتل مكانةً كبرى فى مجال منازعات الحضانة، فقد يكون هذا الدفع هو الوسيلة التى يُحمى بها الطرف الضعيف وهو الطفل المحضون بطريق غير مباشرٍ فى هذه المنازعات من تجبر وتسلط الطرف الأقوى وهم الساعين إلى حضانته والذين قد يعتمد أحدهم إلى تغيير ضوابط الإسناد بسوء نية للوصول إلى قانون دولة يمنحه مشروعية الحضانة ويعطيه الحق فيها والتى قد لا يمنحه إياها قانون الدولة المختص أصلاً بحكم النزاع كأن يزيد من شروط الحضانة أو يقلل من التزاماته ومسئوليته المترتبة على حضانته للطفل، فلا يوجد سبيل لدفع غش هؤلاء وتحايلهم إلا بالدفع بالغش نحو القانون فى ظل مشروعية تصرفاتهم القانونية المتمثلة فى التغيير المتعمد لضوابط الإسناد.

ولكن هل يعتبر تحايلاً وغشاً نحو القانون قيام أطراف النزاع المتعلق بالحضانة ذى الطابع الدولى والناشب بين أطراف يحملون جنسيات مختلفة اختيار قانون معين

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ٥٦٧.

(2) Bertrands Ancel et Yves Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, quatrième édition, Dalloz, Paris, 2001. , P.52 et s.

ليحكم العقد كالقانون الأمريكى مثلاً ليحكم النزاع وكان هذا القانون منبت الصلة
بالنزاع ؟

نظراً لما حققته الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأوروبية من تقدم مشهودٍ
وازدهارٍ واضحٍ في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامةٍ وحقوق الطفل المحضون
بصفة خاصةٍ، ولما يتمتع به قضاؤها من خبرةٍ طويلةٍ في مجال منازعات الحضانة
بحسبان أن هذه الدول هي ملتقى الأجناس والأعراق المختلفة ، فإنه ليس هناك ما
يدعو إلى القول بغش الأطراف وتحايلهم عند اختيارهم للقانون الأمريكى أو تشريع أى
دولةٍ أوروبيةٍ شائع عنها حمايتها واهتمامها بحقوق الطفل والمحضون وتنظيمها لكيفية
ممارسة هذه الحقوق تنظيمًا قانونياً دقيقاً ليكون حاكماً لنزاعهم، أما لو كان القانون
المختار قانوناً منبت الصلة بالنزاع المتعلق بالحضانة ولا يتمتع بما يتمتع به القانون
الأمريكى مثلاً من سمعةٍ وشهرةٍ في مجال حماية حقوق الطفل المحضون الدفاع عن
رعايته فإن اختياره بلا شك تم للتخلص من التشريعات الأمرة في القوانين الأخرى
المتصلة بالنزاع وصاحبة الأحقية الأولى في حكمه كالتشريعات العربية التى أغفل
معظمها الاهتمام بتوفير الحماية لحق الطفل في الحضانة في المنازعات الخاصة
الدولية المتعلقة بالحضانة وأولأمرها للقواعد العامة الخاصة بمسائل الاحوال
الشخصية.

ومن ينظر لأول وهلةٍ يجدُ تعارضاً شديداً بين الدعوة إلى منح أطراف النزاع
حرية في اختيار القواعد القانونية التى يرتضونها من أجل تسوية نزاعهم المتعلق
بالحضانة وبين الدفع بالغش نحو القانون تجاه هذه الحرية، ذلك أن إعمال نظرية
الدفع بالغش نحو القانون يتطلب توافر ركنين أساسيين الركن المادى متمثلاً في التغيير
الإرادى لضابط الإسناد والركن المعنوى يقتضى توافر نية الإفلات والتهرب من أحكام
القانون المختص أصلاً بحكم النزاع، وأن إرادة الأطراف المتنازعة ضابط إسناد أصلى
في مجال الالتزامات التعاقدية الدولية يمنح الأطراف حريةً مطلقةً في اختيار القانون
الواجب التطبيق دون أن يفرض عليهم قيوداً في هذا الأمر، ولكننا نرى أن الاختيار

الإرادى من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق فى أى مرحلة من مراحل النزاع سيجعل من العسير إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون تجاه هذا الاختيار إذا كان قانونهم المختار على صلة بالعقد ومتصلاً بعناصره المختلفة، أما إذا كان هذا القانون منبت الصلة تماماً بالنزاع وملابساته فإن غش الأطراف وتحايلهم سيعطل سلطان الإرادة ومكنة الاختيار لأن اختيارهم وإرادتهم أصبحت معيبةً بعيب الغش والتحايل.

المبحث الثالث

الاتفاق الإجرائى على استبعاد القانون الواجب التطبيق

على الرغم من تميز قاعدة التنازع بالحيادية والتجرد فهى تسوى بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى من ناحية إمكانية التطبيق وكونها قاعدة مزدوجة الجانب، أى أن القانون الواجب التطبيق الذى ينتج عن إعمالها قد يكون قانوناً وطنياً للقاضى المعروض عليه النزاع وقد يكون قانوناً أجنبياً، إلا أنها أنتقدت فى كونها لا تحقق الأمان القانونى فى بعض الأحوال؛ فهى تهتم فقط بالوصول إلى القانون الواجب التطبيق وينتهى دورها عن ذلك دون أن يكون لها دور أو أثر فى تحمل نتائج إعمال وتطبيق هذا القانون.

كما أن قاعدة التنازع لا تطلع على محتوى ومضمون القانون الواجب التطبيق الذى أشارت إليه والذى قد يفضى فى النهاية إلى حل غير عادل نتيجة تطبيق نصوصه الموضوعية الجامدة وغير الناصفة، مع العلم أن هذا المحتوى أو المضمون للقانون المحدد من جانب قاعدة التنازع لا يظهر إلا فى مرحلة الرجوع إلى هذا القانون لتطبيق نصوصه على المسألة محل النزاع.

ومن هنا انشغل التفكير بالبحث عن مدى إمكانية التغلب على هذا الجمود وهذه الطريقة الصماء العمياء لقاعدة التنازع عن طريق الاستعانة بقدرة الأطراف وإرادتهم فى استبعاد تطبيق قاعدة التنازع أياً كان القانون الذى تشير إليه هذه القاعدة وتطبيق قانون القاضى، وهو ما يُعرف بـ "نظام الاتفاق الإجرائى" الذى سنعرض له تفصيلاً فى هذا المبحث متبعين التقسيم التالى:

المطلب الأول: مفهوم نظام الاتفاق الإجرائى وشروطه وأهدافه.

المطلب الثانى: مجال إعمال نظام الاتفاق الإجرائى.

المطلب الثالث: مفهوم فكرة حرية التصرف فى الحقوق والقانون الواجب التطبيق عليها.

المطلب الرابع: الأثر المترتب على الاتفاق الإجرائى.

المطلب الخامس: الاتفاق الإجرائى والقانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة .

المطلب الأول

مفهوم نظام الاتفاق الإجرائى وشروطه وأهدافه

نعنى بنظام الاتفاق الإجرائى اتفاق الأطراف بطريقة صريحة وواضحة على استبعاد القانون الموضوعى الذى أشارت إليه قاعدة التنازع والمطالبة بتطبيق قانون آخر أمام القاضى أو المحكم وذلك أثناء سير إجراءات النزاع^(١)، ورغم ذلك فإن نظام الاتفاق الإجرائى لا يركز على مبدأ سلطان الإرادة وإنما يركز على فكرة الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها^(٢).

ويرجع إلى قانون القاضى لتحديد مدى صحة وسلامة اتفاق الأطراف الإجرائى، ذلك أن هذا الاتفاق من شأنه تحديد مجال نزاع خاضع لقانون القاضى فيتعين بالتالى الفصل فى صحة وسلامة هذا الاتفاق الإجرائى وفقاً لأحكام القانون الوطنى ذاته. ويتطلب تطبيق نظام الاتفاق الإجرائى توافر شروط معينة أهمها:

الشرط الأول: أن يكون الاتفاق صريحاً.

يجب أن يتفق الأطراف بطريقة صريحة وواضحة على استبعاد القانون الأجنبى^(٣) الذى أشارت إليها قاعدة التنازع دون أن يكون هذا الاتفاق ضمناً أو مفترضاً، كما هو الحال بالنسبة للاتفاق الموضوعى اللاحق لإبرام العقد الذى يقوم به

(١) د. أشرف وفا محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، الطبعة الأولى،

بدون سنة نشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٠.

(٢) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٣) نصت على ذلك المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى.

الأطراف في مرحلة لاحقة لإبرام العقد لاختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم القانونية، وأن الطابع الصريح للتعبير عن الإرادة يتطلب موقفاً إيجابياً من جانب الأطراف من أجل إيصال العلم إلى الغير، أما التعبير الضمني فلا يحوى تصرفاً إيجابياً لإيصال العلم إلى الغير وإنما تستخلص الإرادة الضمنية عن طريق الربط والتدقيق بين عناصر العلاقة القانونية المختلفة.

وقد نص على ذلك الشرط قانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة ١٢ منه^(١)، ولكن اعترض البعض على هذا الشرط بقولهم إن اشتراط الاتفاق الصريح في الاتفاق الإجرائي لا مبرر له ولا سند، ويكفي من وجهة نظرهم قيام القاضي بالتحقق من وجود اتفاق وتوافق بين الأطراف على تطبيق قانون معين آخر غير القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة التنازع للقول بوجود اتفاق إجرائي^(٢).

ويشير البعض إلى أن الشكل المتطلب في اتفاق الأطراف الإجرائي الذي نحن بصدده يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته^(٣):

فإذا لم يكن القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه فإن الاتفاق بين الأطراف ليس ضرورياً على تطبيق القانون الوطني ويكفي مطالبة الأطراف بعدم تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فيقوم القاضي بتطبيق القانون الوطني مباشرةً لأنه غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وبالتالي فلا يشترط وجود اتفاق صريح لأنه لا يلزم أن يكون أن يكون هناك اتفاق أصلاً حتى يكون صريحاً فيقوم القاضي بتطبيق القانون الوطني من تلقاء نفسه.

(١) حيث تنص المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أنه:

"Toutefois, le juge né peut changer la denomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat".

(٢) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١١١.

(٣) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١٠٣.

أما إذا كان القاضى ملتزماً بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه فإن القاضى يلتزم بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع طالما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون آخر.

الشرط الثانى: أن يكون الغرض من الاتفاق استبعاد تطبيق الأجنبى وتطبيق قانون القاضى.

فيجب أن يتفق الأطراف على استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق الذى أشارت إليه قاعدة التنازع وتطبيق قانون القاضى، ومن ثم فمن غير الجائز أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبى، حيث إن الأطراف باتفاقهم هذا يكونون فى الواقع قد اختاروا استبعاد قاعدة التنازع (التي كان من الممكن أن تشير إلى قانون أجنبى) وأن تعامل رابطتهم القانونية معاملة الروابط الداخلية وعض النظر عن العنصر الأجنبى الذى تحتويه هذه الرابطة، ومن ثم يتوجب أن يكون الاتفاق قاصراً على تطبيق قانون القاضى وليس اتفاقاً على اختيار القانون الواجب التطبيق^(١).

أهداف نظام الاتفاق الإجرائى:

يمكننا تلخيص أهداف نظام الاتفاق الإجرائى فى:

١- أنه نظام يهدف فى المقام الأول إلى تلافى ما قد يشوب قاعدة التنازع من عيوب واستبعادها وتطبيق قانون القاضى.

٢- استبعاد القانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع بغض النظر عن مدى صلة هذا القانون بالعقد أو الرابطة وذلك بواسطة اتفاق الأطراف، وعلى القاضى أن يضع اتفاق هؤلاء الأطراف موضع التنفيذ^(٢).

٣- الإعلاء من قيمة وتقدير إرادة الأطراف بإطلاق الحرية للأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق^(١).

(١) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢) وذلك بعكس الشروط الاستثنائية التي تهدف إلى استبعاد القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع بواسطة القاضى إذا اتضح له أن قانوناً آخر هو أكثر صلة بالعلاقة القانونية محل النزاع.

المطلب الثاني مجال إعمال نظام الاتفاق الإجرائي

إن الاتفاق الإجرائي لا يرد في جميع المجالات ولا يمكن إعماله تجاه جميع قواعد التنازع بل يقتصر تطبيقه على بعض هذه القواعد دون الأخرى كآتي:
أولاً: قواعد التنازع الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية.

وهو المجال الأصيل للاتفاق الإجرائي؛ حيث يمكن للأطراف استبعاد قاعدة التنازع المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية (المسئولية التقصيرية) والتي تعقد الاختصاص بنظر النزاع إلى قانون محل وقوع الاعتداء والاتفاق على تطبيق قانون آخر.

ويُقر البعض حقيقة أن مجال إعمال الاتفاق الإجرائي يتحدد بالحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها أي بالحالات التي يجوز للأطراف الاتفاق فيها على اختيار القانون الواجب التطبيق وليس على نوع القواعد، بمعنى أنه إذا كان للأطراف إمكانية التصرف في حق معين من الحقوق فإنه يملكون بالتوازي مع هذا الحق سلطة استبعاد قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق قانون معين بغض النظر عن نوع هذه القاعدة سواء تعلقت بالمسئولية التقصيرية أو غيرها^(٢).

ثانياً: قواعد التنازع الخاصة بالنواحي العائلية والشخصية.

يميل الفقه والقضاء الفرنسيين إلى القول بإمكانية إعمال الاتفاق الإجرائي وقبوله فيما يتعلق بالمسائل العائلية استناداً إلى أن القانون الواجب التطبيق في هذا المجال يختاره الزوجان مسبقاً، وإذا غاب اختيار الزوجين افترض القاضي أن الإرادة الضمنية للزوجين قد ذهبت إلى تطبيق قانون الموطن الأول للزوجية، ويشترط لإعمال نظام الاتفاق الإجرائي في مجال المسائل العائلية شرطان أساسيان: أولهما أن يرد الاتفاق

(١) وهو ذات الهدف الذي يسعى إليه مبدأ سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص.

(٢) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١١٧.

الإجرائى على حق من الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها، وثانيهما أن يكون الاتفاق بين الأطراف صريحاً وواضحاً لا لبس فيه ولا غموض^(١).

وفيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالنظام الشخصى كالحق الذهنى للمؤلف والحق فى الشرف والحق فى الخصوصية وغيرها فإنه يجوز اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة التنازع وأن يطبق عليها نظام الاتفاق الإجرائى.

ثالثاً: قواعد التنازع التعاهدية.

لما كانت قواعد التنازع الواردة فى صلب المعاهدات الدولية تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة للأفراد وتحقيق المصالح الخاصة لهم وإشباعهم بمزيد من الحماية والضمنان لحقوقهم فإن هؤلاء الأطراف يملكون الحق فى استبعاد هذه القواعد إذا ما بان لهم أن تطبيق قانون آخر غير القانون الذى تشير إليه قاعدة التنازع المنصوص عليها فى المعاهدة الدولية سيرعى مصالحهم بصورة أفضل وبدرجة أعلى، وبالتالي يتولد للأطراف حق الاستبعاد لهذه القواعد والاتفاق على تطبيق قانون آخر.

ولكن يرى آخرون أن المصلحة العامة تقتضى احترام القاضى والأطراف على حد سواء للمعاهدات الدولية وما ورد بها من قواعد تنازع وألا نغفل أن الدولة إذا ما وقعت على الاتفاقية أصبحت ملتزمة بها ويتطبيق نصوصها، ولكن هناك من اعتنق حلاً وسطاً يقضى بوضع قاعدة عامة مفادها التزام القاضى بتطبيق قواعد التنازع المنصوص عليها فى معاهدة دولية وإحاقها باستثناءين: الأول يتعلق بحالة ما إذا اتفق الأطراف إجرائياً على تطبيق قانون مغاير لقانون قاعدة التنازع فيلتزم القاضى بتطبيق الأول، والثانى إذا تعلق قواعد التنازع التعاهدية بالنظام العام، ففي هذين الاستثناءين يقوم القاضى باستبعاد هذه القواعد وما تشير إليه من قوانين واجبة التطبيق^(٢).

أهمية الاتفاق الإجرائى:

(١) د. أشرف وفا محمد : المرجع السابق، ص ١١٩، ١١٨.

(٢) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١٢٣.

لنظام الاتفاق الإجرائى أهمية جلية تتمثل فى أن من شأنه التقليل من حالات الدفع بالنظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق التى تشير إليها قواعد التنازع، حيث إنه إذا كان تطبيق القانون الذى أشارت إليه قاعدة التنازع يخالف النظام العام فى دولة القاضى فإن القاضى يقوم باستعباده وتطبيق قانون آخر وقع اتفاق الأطراف عليه "الاتفاق الإجرائى" والذى قد يكون قانون القاضى أو قانون أجنبى غيره.

المطلب الثالث

مفهوم فكرة حرية التصرف فى الحقوق والقانون الواجب التطبيق عليها
لما كان الاتفاق الإجرائى يرد على الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها فحتمياً لا بد من التعرف على مفهوم فكرة حرية التصرف فى الحقوق والقانون الواجب التطبيق عليها.
أولاً: مفهوم فكرة حرية التصرف فى الحقوق.

لقد فرق القضاء الفرنسى بين نوعين من الحقوق من ناحية حرية الأطراف فى التصرف فيها وقسمهم إلى نوعين من الحقوق: أولهما حقوق يملك الأطراف التصرف فيها، وثانيهما حقوق لا يملك الأطراف التصرف فيها، ومن ناحية الحقوق التى لا يملك الأطراف التصرف فيها فرض على القاضى التزاماً فيها بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه دون حاجة لتمسك الخصوم بتطبيقه، ويختلف الأمر بالنسبة للحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها حيث لا يكون هناك التزام على القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء ذاته، بل يجب أن يتمسك بتطبيقه ذوو الشأن حتى يتسنى تطبيقه^(١).

ومعنى ذلك أنه طالما كان الأطراف يملكون حرية التصرف فى الحقوق فأنهم بالقطع يملكون حرية التنازل عن تطبيق القانون الأجنبى فيقوم القاضى بتطبيق القانون الوطنى.

(١) مثال ذلك: فى مجال حقوق الأسرة لا يملك الأطراف التصرف فى الحقوق المتعلقة بها، ومن ثم يلتزم القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك الخصوم بتطبيقه - انظر تفصيلاً د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها.

ولكن لا شك في صعوبة التفرقة بين الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها وتلك التي لا يملكون التصرف فيها، ويقع على عاتق القاضى القيام بعبء التفرقة فهل سيقوم القاضى إذن بتطبيق قانونه الوطنى حتى يسهل عليه هذه المهمة أم سيطبق قانون الموضوع؟.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على مسألة قابلية الحقوق للتصرف.

يتنازع حول مسألة القانون الواجب الرجوع إليه لتحديد مدى قابلية الحقوق للتصرف فيها من عدمه اتجاهان مستقلان فى الفقه الفرنسى^(١):
الاتجاه الأول: تطبيق قانون القاضى.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه من المتعين تطبيق قانون القاضى لتحديد ما إذا كان الأطراف يملكون حق التصرف فى الحقوق المتنازع عليها من عدمه، ويعتمدون على سهولة تطبيقه وسرعة الفصل فى المسألة بالنسبة للقاضى لتدعيم رأيهم، ويعطونه أولوية التطبيق استناداً إلى أن مسألة قابلية الحقوق للتصرف هى مسألة إجرائية بدليل النص عليها فى قانون الإجراءات المدنية الفرنسى فى المادة ٣/١٢ من^(٢) وبالتالي تطبق عليها قاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضى المعروفة.

ولكن أنتقد هذا الاتجاه حيث إن ما استند إليه فى تبرير تطبيق قانون القاضى هو من لحن القول وغير متفق القرائن؛ حيث إنه أسبر مسألة قابلية الحقوق للتصرف فى أغوار المسائل الإجرائية وأخضعها للقانون الذى تخضع له هذه المسائل بسهولة فائقة، فى حين أن تحديد ما إذا كانت مسألة معينة تدخل تحت نطاق المسائل الإجرائية أو المسائل الموضوعية أمرٌ فى غاية التعقيد والصعوبة ولا يوجد حد فاصل بينهما

(١) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

(٢) حيث تنص المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسى على أن:

"le juge né peut change le dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties , en vertu d'un accord expres et pour les droits don't ells ont la libre disposition l'ont lie par les questions et points de droite auxquelles ells entendent limiter le debat" .

يمكن الاعتماد عليه، كما أن استناده إلى نص المادة ٣/١٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية غير مؤيد بالتوفيق لأن هنالك نصوصاً في نفس القانون تم إخضاعها لقانون أجنبي يحكم الموضوع^(١).

ولكن فسر فريق آخر من أنصار هذا الاتجاه إخضاعهم مسألة قابلية الحقوق للتصرف لقانون القاضى على أنها مسألة تكييف سابقة على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي الخاص، ومسألة التكييف ليست سوى تغيير لقواعد التنازع الوطنية وتخضع بالتالى لقانون القاضى، وأضاف هؤلاء أن تطبيق قانون القاضى على هذه المسألة لا يعنى النفي والاستبعاد التام والكلى لقانون الموضوع، وإنما يمكن الاستعانة بالقانون الأجنبي بتكييف مسألة غير معروفة في قانون القاضى وكان لها تنظيم في القانون الأجنبي فيقوم القاضى بالاستعانة بالقانون الأجنبي للتعرف على طبيعة المسألة ثم يقوم القاضى بالتكييف وفقاً لقانونه.

الاتجاه الثانى: تطبيق قانون الموضوع.

ويرى هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق على مسألة مدى قابلية الحقوق للتصرف هو قانون الموضوع وقدما في سبيل ذلك حججاً وأسانيد تمثلت في:

١- أن الأطراف عندما يستبعدون تطبيق القانون الأجنبي الذى أشارت إليه قاعدة التنازع فى اتفاقهم الإجرائى فإن هذا الاستبعاد لا يجب أن يُكيف على أنه استبعاد لقاعدة التنازع ذاتها ولكنه استبعاد فقط للقانون الأجنبي الذى حددته وأشارت إليه، ونتيجة لذلك يمكن للأطراف استبعاد القواعد غير الأمرة من القانون الأجنبي المختص، وبالتالي يصبح من الواجب ترك مسألة تحديد الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها للقانون الذى يحكم الموضوع.

(١) كالمادة ١٢٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية والتي وفقاً لها تخضع طرق عدم قبول

الدعوى لأسباب معينة كالتقدم إلى القانون الذى يحكم الموضوع.

٢- أن مسألة تحديد الحقوق القابلة للتصرف فيها من جانب الأطراف مسألة متعلقة بجوهر هذه الحقوق وليس بتحديد طوائفها القانونية.

٣- أن تطبيق قانون الموضوع على مسألة تحديد قابلية الحقوق للتصرف من جانب الأطراف يحقق نوعاً من المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطنى فى التطبيق^(١).

الرأى الخاص فى المسألة:

رغم تسليمنا بوجاهة الاتجاه الثانى الذى يدعو إلى إخضاع مسألة تحديد الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها إلى قانون الموضوع، إلا أن الاتجاه الأول الذى يرى تطبيق قانون القاضى قد قفيت الرأى وشفعته بهذا الرأى وقد حاز قصب السبق عندنا لأن فى تطبيقه تيسيراً على القاضى وتحقيقاً لمصلحة الأطراف، فتطبيق قانون القاضى سيُخفف حتماً من ثقل عبء البحث فى القوانين الأجنبية عند تحديد الحقوق القابلة للتصرف من جانب الأطراف فيرجع فى ذلك إلى قانونه الوطنى بأحكامه المعروفة له والتي ستسهل عليه مهمته، كما أنه سيحقق للأطراف مزايا كسب الوقت والإنجاز فى حسم نزاعهم وعدم التباطؤ فيه خاصةً فى حالة ما إذا كلف القاضى الخصوم بإقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي فى شأن تحديد ما إذا كان الحق قابلاً للتصرف فيه أم لا ؟.

المطلب الرابع

الأثر المترتب على الاتفاق الإجرائى

بعد أن تم التسليم بحق الأطراف فى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير إليه قاعدة الإسناد فى مجال الحقوق التى يملكون التصرف فيها، انقسم الفقه الفرنسى حول نوعية وصفة القانون الواجب تطبيقه فى حالة الاستبعاد؛ فمنهم من رأى تطبيق

(١) حيث إنه لو كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى خضع لهذا القانون تحديد الحقوق التى يملك الأطراف التصرف فيها، ويمكنهم بالتالى التنازل عن تطبيق القانون الوطنى والمطالبة بتطبيق القانون الأجنبي، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للقانون الأجنبي إذا كان هو القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

القانون الوطنى فقط، ومنهم من رأى جواز اختيار الأطراف تطبيق قانون أجنبى آخر ليحكم علاقتهم القانونية وتشكل هذا الخلاف فى رأيين متعارضين:

الرأى الأول: ويرى أصحابه قصر تطبيق قانون القاضى وعدم صلاحية تطبيق القانون الأجنبى فى حالة استبعاد قانون قاعدة التنازع، وأن الاتفاق الإجرائى يقتصر فقط على قانون القاضى وليس اتفاقاً على اختيار القانون الواجب التطبيق، وأن الاستبعاد يكون صالحاً فقط لتطبيق القانون الوطنى دون غيره من القوانين، وساق فى سبيل تدعيم وجه نظره حجتين أساسيتين^(١):

الحجة الأولى: أنه فى الحالات التى يملك فيها الأطراف التصرف فى الحقوق يمكن لهؤلاء الأطراف استبعاد قاعدة التنازع لأنها فى هذه الحالة تُعد قاعدة اختيارية فى نتائجها وفى تطبيقها، مما يترتب عليه إما رضا الأطراف وموافقتهم على تطبيقها وفى هذه الحالة يتم تطبيق القانون الذى تشير إليه سواء كان هذا القانون قانون القاضى أو قانوناً أجنبياً، أما إذا أراد الأطراف استبعاد تطبيق قاعدة التنازع فأنهم بذلك يكونون قد ارتضوا أن تعامل رابطتهم القانونية معاملة الروابط الداخلية دون الالتفات إلى ما تحويه هذه الروابط من عناصر أجنبية، ومن ثم يجب تطبيق قانون القاضى (القانون الوطنى) على هذه الرابطة.

الحجة الثانية: أن القول بالسماح للأطراف بالاتفاق الإجرائى على تطبيق قانون أجنبى يتعارض مع ما استقر عليه الحال فى فرنسا من الأخذ بمبدأ عدم التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى، ويتعارض أيضاً مع ما تسعى إليه التشريعات ونظم القضاء الوطنية من محاولتها التخفيف على قدر الإمكان من حالات تطبيق القوانين الأجنبية وفتح مجالات وفرص استثنائية لتطبيق قوانينها الوطنية كالدفع بالنظام العام وتعذر إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبى.

(١) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

الرأى الثانى: ويتبنى هذا الرأى حق الأطراف فى استبعاد القانون الذى أشارت إليه قاعدة التنازع واختيار قانون أجنبى آخر ليحكم رابطتهم القانونية، وأن الهدف من الاتفاق الإجرائى هو الإعلاء من مبدأ سلطان الإرادة وتوسيع مجاله، ومن ثم فإن من حق الأطراف اختيار قانون أجنبى حتى لو كان هذا القانون على غير صلة بالعلاقة القانونية.

ولكن يرى البعض من هذا الرأى أن مدى التزام الأطراف باختيار قانون ذى صلة بالربطة محل النزاع من عدمه فى الاتفاق الإجرائى يختلف فى حالتين^(١):

الحالة الأولى: حالة ما إذا كانت قاعدة التنازع الأصلية تعطى للأطراف الحرية فى اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يمكن للأطراف استبعاد هذه القاعدة وأن يختاروا فى الاتفاق الإجرائى أى قانون دون اشتراط صلته بالربطة القانونية.

الحالة الثانية: حالة ما إذا كانت قاعدة التنازع الأصلية لا تترك للأطراف الحرية فى الاختيار أو كانت حرية محدودة كالاختيار بين قانونين محددين فقط مثلاً، فيتعين فى هذه الحالة أن يكون القانون الواجب المختار فى الاتفاق الإجرائى ذات صلة بالربطة القانونية.

الرأى الخاص:

بالنسبة للرأى الأول: يتبدى لنا أن هذا الرأى مطلبه صعب المرام وغير مطموح فيه ولا محصول عليه وذلك للأسباب التالية:

أولاً: أن هذا الرأى قد أشكل عليه الأمر والتبس، فالاتفاق الإجرائى يهدف إلى استبعاد القانون الذى أشارت إليه قاعدة التنازع وليس استبعاداً لقاعدة التنازع فقط، ومن ثم يتولد للأطراف الحق فى القيام بعملية إحلال واستبدال للقانون المستبعد بقانون آخر سواء أكان هذا القانون قانوناً وطنياً أم قانوناً أجنبياً.

(١) د. أشرف وفا محمد: المرجع السابق، ص ١٣٧.

ثانياً: يلتزم في هذا الرأي نوعٌ من التجبر والتسلط وعدم المساواة بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى وانحياز كامل لتطبيق الأول، فبينما تقوم قاعدة التنازع بتحديد القانون الواجب التطبيق سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً والمساواة بينهم يأتي الاتفاق الإجرائى وفقاً لهذا الرأى ليدعو إلى تطبيق قانون القاضى فقط واستبعاد أى قانون أجنبى آخر فى إشارة إلى نهجه منهج عدم المساواة بين القانونين الوطنى والأجنبى.

ثالثاً: أن من شأن هذا الرأى أن يُضيف حالة جديدة إلى الحالات التى يتم فيها استبعاد القانون الأجنبى، وتطبيق قانون القاضى كحالة الدفع بالنظام العام وتعذر الوصول إلى محتوى القانون الأجنبى مع الفارق بين هذه الحالات وحالة الاتفاق الإجرائى، فالاتفاق الإجرائى يستبعد تطبيق قاعدة التنازع أى أن القانون المشار إليه من جانب قاعدة الإسناد يُستبعد من البداية وقبل الإسناد إليه وقبل الوصول إلى مرحلة تطبيقه، أما فى حالات الدفع بالنظام العام وعدم التمكن من إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبى لا يتم فيه الاستبعاد إلا فى مرحلة التطبيق لنصوص القوانين الأجنبية وأحكامها على المسائل محل النزاع وفيها يُكتشف العوار والمخالفة وعدم إمكانية التطبيق.

رابعاً: أن هذا الرأى قد استعان فى تأييد وجهة نظره بالنموذج الفرنسى فقط والذى يقر مبدأ عدم التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى، فى حين أن هناك من القوانين الأخرى ما يقر مبدأ إلزام القاضى بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء ذاته، مما يوحى بأنه قد بنى رأيه على حالة خاصة فكانت نظرتة نظرة خاصة مجردة.

خامساً: كما أن هذا الرأى يتعارض مع ما تهدف إليه قاعدة التنازع من كونها قاعدة مزدوجة التطبيق تساوى بين القانون الوطنى والقانون الأجنبى فى التطبيق ولا تفرق بينهما، وكما أنها قد تشير إلى تطبيق قانون القاضى فإنها قد تشير أيضاً إلى تطبيق قانون أجنبى غيره.

وبالنسبة للرأى الثانى:

فهو في رأينا قد حاز قصب السبق وأُيد بالتوفيق ولكنه نأى عن الصواب عندما أقر بعدم اشتراط وجود صلة بين القانون الأجنبي المختار في حالة الاتفاق الإجرائي وبين الرابطة القانونية لأن ذلك من شأنه اتجاه الأطراف نحو اختيار قانون منبت الصلة بالرابطة وفتح باب الغش والتحايل لاسيما، وأنه يتعارض مع الغرض من قاعدة التنازع وهو الإسناد إلى أكثر القوانين صلة بالرابطة القانونية وخدمة لمصالح الأطراف وسرعة في حل النزاع وتسويته.

وإذا كان الأطراف في الواقع سيختارون حتماً قانوناً أجنبياً ذا صلة بعلاقتهم القانونية إلا أنه من الأفضل ألا تُترك هذه المسألة لهوى الأطراف خاصة أن مسألة الصلة تختلف من البعض إلى البعض الآخر، فقد يرى الأطراف أن قانوناً معيناً ذا صلة بالرابطة القانونية، في حين يرى القاضى أنه لا صلة له بالرابطة القانونية محل النزاع.

المطلب الخامس الاتفاق الإجرائي والقانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة

لما كان الاتفاق الإجرائي ينصب على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها ، فإنه يجدر بنا الإيماء إلى أن كل من الفقه والقضاء الفرنسيين يميلان إلى قبول الاتفاق الإجرائي بخصوص النواحي العائلية والأسرية مستنديين في ذلك إلى أن القانون الواجب التطبيق في هذا المجال هو القانون المختار من جانب الزوجين وأنه في غيبة الاتفاق الصريح من قبل الزوجين على القانون الواجب التطبيق يفترض القضاء الفرنسي أن هناك إرادة ضمنية من الزوجين في تطبيق قانون الموطن الأول للزوجية على كل ما يتعلق بزواجهما ، ولكن وضعت قيوداً على الأخذ بهذا الاتجاه : أولها أن يرد الاتفاق على حق من الحقوق التي يملك هؤلاء الأطراف التصرف فيه ، فإن لم يكن الحق من الحقوق الجائز التصرف فيها يضحى الاتفاق باطلاً ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ أكتوبر ١٩٨٧م والذي

قضت فيه بأن القواعد المتعلقة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة ٢١٢ وما يليها من القانون المدني الفرنسي تعتبر ذات تطبيق إقليمي ، ويعنى هذا أن القواعد المقررة في هذا الشأن تتعلق بحقوق لا يملك الأطراف التصرف فيها ، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق بشأنها على القانون الواجب التطبيق^(١)، وثانيهما أن يكون

الاتفاق على القانون الواجب التطبيق صريحاً لا لبس فيه ولا غموض^(٢) .

وحرى بنا أن نرّمز إلى أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال النواحي العائلية يعمل بصفة أساسية كاتفاقٍ موضوعي يسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق قبل إبرام الزواج أو أثناء الحياة الزوجية ، ولكن الواقع العملي يشهد تجاهل الزوجين لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق قبل أو أثناء سريان عقد الزواج ، وأنهم لا يتعرضون لتحديد القانون الواجب التطبيق إلا في حالة حدوث مشكلات بينهما ومن ثم الطلاق ،

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن:

" Les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du code civil sont d'application territoriale ".V.Cass 20 octobre 1987 ,Revue critique de droit international privé 1988,p.540.

مشار إليه د.أشرف وفا محمد : المرجع السابق ، ص ١٤٠ .

(٢) وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية قبول ما تدعيه الزوجة من وجود اتفاق بينها وبين زوجها على تطبيق القانون الفرنسي والتي استندت إلى مطالبة الزوج بتطبيق بعض نصوص القانون المدني الفرنسي " المادة ٨١٥ - ١٢ " ، وقضت المحكمة بأن هذه المطالبة لا تكفي لانعقاد الاتفاق الإجرائي الذي يتعين أن يكون صريحاً - انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢ يوليو ١٩٥٦م مشاراً إليه في

Bénédicte Fauvarque – cosson : libre disponibilité des droits et conflits de lois, L.G.D.J ,Paris,1996 , p.353.

مشار إليه د.أشرف وفا محمد : المرجع السابق ، ص ١٤٠ .

فإذا اتفق الزوجان على اختيار قانون ما بعد رفع دعوى الطلاق أمام القاضى فإن اتفاقهم هذا يُعد اتفاقاً إجرائياً وليس اتفاقاً موضوعياً^(١) .

كما أن معاهدة لاهى لعام ١٩٧٨م والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق فى مجال النواحى العائلية قد نصت فى مادتها الثالثة على إمكانية قيام الزوجين المستقبلين باختيار للقانون الواجب التطبيق ، ولكن المعاهدة وضع قيوداً على هذه الحرية المعطاة يتمثل فى ضرورة الاختيار بين القوانين : القانون الشخصى أو قانون مقر الإقامة المعتاد لأى من الزوجين ، وفيما يتعلق بالأموال العقارية يمكن للأطراف اختيار تطبيق قانون موقع المال .

وبخصوص الحضانة فهى ولاية حفظ المحضون وتربيته ولها وجهان : أولهما أن المقصود منها رعاية المحضون ، ذلك أن تربية الطفل تبدأ من اليوم الأول بل قيل أنها تبدأ وهو جنين ، لذا فإن من حق الطفل أن ينشأ فى الحضن الصالح له وهو حضن الأم إن كانت جديرةً بالحضانة مستكملةً لشروطها ، وبهذا النظر فإن الحضانة حقٌّ خالصٌ للمحضون، و ثانيهما أن الحضانة مقصود بها إشباع عاطفة الأمومة والتي هي من الغرائز الأساسية التي لولاها لما تحملت الأم متاعب الولادة والرضاعة والحضانة ، ولهذا فإن الحضانة حقٌّ خالصٌ للأم ثابتٌ بقوله تعالى " لا تضار والدة بولدها"^(٢)، ويترتب على كون الحضانة حقاً للمحضون أنه ليس للأم أن تتنازل عن الحضانة، بل يترتب على ذلك أنها تُجبر على الحضانة حرصاً على حياته ، ولو قلنا أن الحضانة حقٌّ للأم فإنه يترتب على ذلك أنها تملك الحرية فى التمسك بحقها فى الحضانة أو التنازل عنه ، فى حين أن ذلك غير جائز إلا فى حالاتٍ محددةٍ عينها القانون قد سبق وأن بينها ، والأمر بعد ذلك متروك لظروف كل قضيةٍ ولاجتهد القضاء.

(١) د.أشرف وفا محمد : المرجع السابق ، ص ١٤١.

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٣٣.

وباستعراض قوانين الأحوال الشخصية العربية أن القانون التونسي مثلاً ينص على أنه " إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تُجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها" (١)، في حين أن بعض القوانين ترى أنها واجب على الأم فقانون الجمهورية العربية اليمنية نص على أن " الحضانة هي حفظ الصغير الذي لا يستقل بأمر نفسه وتربيته ووقايته مما يهلكه أو يضره بما لا يتعارض مع حق وليه ، وهي حق للصغير فلا يجوز النزول عنها وإنما تمتع بموانعها وتعود بزوالها." (٢)، وينص القانون الكويتي على أن حق الحضانة في الحضانة " لا يسقط بالإسقاط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها" (٣)، و تخلص نصوص مواد أغلب القوانين العربية من الإشارة إلى كون الحضانة حقاً خالصاً للأب أو الأم أو إلى كونها واجباً عليهم كما في القانون الأردني والمصري، في حين ينص بعضها على أنه على المحكمة أن تراعى مصلحة المحضون (٤)، أما القانون العراقي فإن نصوصه احتوت بما يُشعر بوجود مراعاة مصلحة المحضون وتغليبها على حق كل من الأم والأب (٥).

وبالتالي فإنه يمكننا القول بأن الحضانة حقٌ للطفل وللأم معاً، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الطفل، كما أن مسائل الحضانة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ولا يُقبل التنازل عنها أو التعامل بها، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التصرف فيها وقد وُضعت صوتاً لحق المحضون من التعرض للضياع والإهمال والأصل في أحكامها رعاية الأصلاح للمحضون، ولا تخضع بالتالي للاتفاق الإجرائي للأطراف، وهو ما أكدته المشرع الفرنسي الذي حرص وأصر على أن يتولى الوالدين أمر حضانة الطفل حيث نصت المادة ٣٨٨ مدني فرنسي على أنه " لا

(١) المادة ٥٥ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

(٢) المادة ١٣٨ من قانون الأحوال الشخصية اليمني .

(٣) المادة ١٩٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

(٤) المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية اليمني .

(٥) كما في الفقرات ١ و ٤ و ٦ و ٧ من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

يستطيع الزوجان أن يمتنعا عن القيام بأمر الحضانة ، وكذلك لا يجوز لهما الامتناع عن إدارة أمواله والقيمومة عليها ، حتى يمكن للأب ان يسترجع حقه فى حضانة الطفل حتى ولو باشر حضانة الطفل شخصاً ثالثاً ، ولو توفى أحد الوالدين وحضانة الطفل كانت ضمن مسؤوليته ، فالحضانة تنتقل إلى الآخر ولا تستطيع المحكمة أن تقوم بتعيين شخص ثالث لذلك مادام أحد الوالدين موجود على قيد الحياة " .

وبالتالى فالحضانة فى أغلب القوانين الوضعية تكليفٌ يكلف به الوالدين رعايةً لمصلحة الطفل الصغير عندما تصبح الحياة الزوجية مهددة بالفراق ، أو استحالة الاستمرار والرجوع بعد الانفصال ، ولا يجوز لمن له ذلك الامتناع عنها أو التنازل عنها أو جعلها أحد شروط العقد .

الفصل الخامس

الاختصاص القضائى الدولى بمنازعات الحضانة

نتيجة لكون منازعات الحضانة واحدةً من أهم أنواع المنازعات وأكثرها تداولاً أمام القضاء فى الوقت الحالى لكثرة حالات الانفصال والطلاق والتطليق، وهو ما جعل هذه القضايا تُعرض بأعدادٍ كبيرةٍ أمام ساحات القضاء، الأمر الذى يجعل هذا النوع من النزاعات يمثل اختباراً حقيقياً لفاعلية قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر .

وللقواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر أهميةً خاصةً نظراً للظروف العامة والسمات المميزة للمجتمع الوطنى المصرى واقتصادها وتوجهاتها ومناخها العام الجادب، والتي خلقت بيئةً خصبةً لتطبيقات قواعد القانون الدولى الخاص ومن ضمنها قواعد الاختصاص القضائى الدولى، فمصر من الدول ذات التوجهات الاقتصادية القائمة على جذب الاستثمارات العربية والأجنبية وتحفيز بيئة العمل لديها كما أنها ملجأً للشعوب العربية النازحة والهارية من ويلات الحروب والأزمات ، وكل ما سبق كان سبباً رئيساً فى زيادة فرص عرض نزاعات ذات عنصر أجنبى على القاضى المصرى، سواء أكانت هذه النزاعات من مسائل الأحوال الشخصية أو الالتزامات

التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية أو غيرها، فمثل هذه النزاعات هي ما تختص بها قواعد القانون الدولي الخاص، وعليه ولما كانت فرص عرض هذه النزاعات أكثر أمام القضاء المصري، إذاً فالحاجة لقواعدٍ فعالةٍ للقانون الدولي الخاص أصبحت ماسةً وملحةً، وهو ما جعل المشرع المصري يعنى بتنظيم قواعد القانون الدولي الخاص الرئيسية في تشريعاته المختلفة؛ فنراه على سبيل المثال ينظم قواعد تنازع القوانين في القانون المدني ، ويتناول قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وبالتالى فإن الوضع السابق كان يتطلب أن تكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتي وضعها المشرع المصري قادرةً على خلق نظام قضائي قوي و فعالٍ في الاستجابة لحاجات المجتمع وطبيعة الانفتاح في الوقت الراهن ، وقادراً على بسط سيادة الدولة القضائية على إقليمها وما يثور عليه أو يرتبط به من نزاعات ذات عنصر أجنبي، مراعيًا في ذات الوقت طبيعة العلاقات الدولية الخاصة القائمة على اعتبار المجتمع الدولي مجتمعاً واحداً، آخذاً بعين الاعتبار التقاضى كأحد أهم حقوق الأفراد بغض النظر عن جنسياتهم بصورةٍ تضمن لهؤلاء الأفراد ممارسة هذا الحق أمام القضاء المصري، الأمر الذى يطرح سؤالاً مهماً عن مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في التكيف مع متطلبات واحتياجات المجتمع المصري والسياسة المصرية؟ ، وفي هذا الفصل سنتناول البحث عن فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الحضانة في مصر والمتضمنة عنصراً أجنبياً فقط دون أى نوع آخر من النزاعات الدولية الخاصة.

أضف إلى ذلك فإن لهذا النوع من القضايا تأثيراً كبيراً على استقرار المجتمع، فمسائل الحضانة من المسائل الشائكة والمتشعبة التي تثار بشكلٍ يومي ومستمر، وعدم قدرة القضاء على مواجهة تحديات هذا النوع من النزاعات يعنى جعل البيئة القانونية والقضائية في مصر بيئةً نافرةً للأسر الأجنبية التي قد تجد في مصر ملاذاً للعمل والاستقرار والاستثمار، وهو ما يخالف توجهات الدولة ورؤيتها الاستراتيجية في

أن تكون مصر الوجهة الأولى عالمياً للاستقرار والاستثمار، فهل استطاعت قواعد الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ومسائل الحضانة بصفة خاصة خلق بيئةً فاعلةً لاستقرار الأسر المقيمة في الدولة وأحوالها الشخصية، مع مراعاة مصالح الأفراد وسلطان القضاء ومبادئ العدالة؟، إجابة هذا السؤال تتطلب استعراض قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ومسائل الحضانة بصفة خاصة، ومن ثم الحكم بفاعلية هذه القواعد من عدمه، وهو ما سنعرض له تفصيلاً من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : القاعدة العامة في الاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بدعوى الأحوال الشخصية .

المبحث الثالث : قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في مسائل الحضانة المبنية على وجود صلة بين المدعى عليه وإقليم الدولة.

المبحث الرابع : قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في مسائل الحضانة المبنية على وجود صلة بين النزاع وإقليم الدولة .

المبحث الأول

القاعدة العامة في الاختصاص القضائي الدولي

لقد أشرنا من قبل بأن مصطلح الاختصاص القضائي بصفة عامة يُقصد به السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما، وتهدف قواعد الاختصاص إلى تحديد نصيب كل جهة من جهات القضاء ونصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة، وكذلك نصيب كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات التي يجوز الفصل فيها^(١).

(١) د. أحمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠١١م، بدون

دار نشر، ص ٤٢٥، بند ١٩٦، مكرر ٣.

كما يختلف الاختصاص القضائي عن ولاية القضاء، فلكل مفهومه ومجاله الخاص، فولاية القضاء تعنى السلطة الممنوحة له بمقتضى القانون للفصل فى القضايا المعروضة والمتنازع عليها^(١)، أما اختصاص القضاء فعنى به اختصاص ونصيب كل محكمة من هذه الولاية الممنوحة للقضاء؛ حيث توزع هذه الولاية وتقسّم على عدة محاكم على مستوى الجمهورية لاستحالة قيام محكمة واحدة فقط بتحمل الولاية برمتها^(٢).

وإذا كان الأصل أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تهدف إلى تحديد الحالات التى تختص محاكم الدولة بنظر منازعاتها ذات الطابع الدولي، إلا أن هناك حالتين ينتفى فيهما هذا الاختصاص: أولهما - هو اتجاه إرادة أطراف النزاع إلى عقد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى لنظر النزاع إذا كانت الدولة المختصة أصلاً محاكمها تُجيز مثل هذا الاتفاق، وثانيهما - فى حالة اللجوء إلى التحكيم كوسيلةٍ بديلةٍ للقضاء لتسوية النزاع مما يسلب الاختصاص من محاكم الدولة ويهديه إلى قضاء التحكيم.

وأولى بنا أن نشير إلى أن تحديد المقصود بالمحكمة المختصة لنظر منازعات الحضارة ربما لا يعتمد على ضابطٍ واحدٍ فقط؛ فمن الممكن أن يكون هذا التحديد على أساس مكاني بحيث يكون اختصاص المحكمة مقتصرًا على مجالٍ إقليمى معينٍ، وقد يكون على أساس نوعى وفيه يكون اختصاص المحكمة مقتصرًا على نوعٍ معينٍ من القضايا والمنازعات، وقد يكون على أساس قيمي وفيه يكون لقيمة القضية الدور الأساسى فى تحديد المحكمة المختصة بتحديد نصاب قيمي معين للقضايا التى ترفع أمامها^(٣)، وهذا هو الاختصاص وضوابطه بصفةٍ عامةٍ.

(1) Christophe Lefort: Pvocedure civile, 3' e'd, Dalloz.2009, p. 405.

(٢) د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، بدون سنة نشر، بدون دار نشر، ص ٤٤٠، بند ٩٠١.

(٣) د. أحمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٩م، ص ٣٩٣.

وبدايةً نود التساؤل هل تتعلق قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام، وما يستتبع ذلك من عدم إمكان الأطراف مخالفتها أو الاتفاق على الخروج عليها؟.

وفى محاولة الإجابة عن هذا التساؤل تبدى لنا إغفال قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الإشارة إلى العلاقة بين قواعد الاختصاص القضائي الدولى والنظام العام، وهو ما أدى إلى تصدى الفقه لهذه المسألة ومحاولة إيجاد معيار أو مقياس، وذلك فى ضوء مايقوم عليه الاختصاص القضائي الدولى فى مصر من قواعد ومبادئ^(١)، وأنتج فى سبيل ذلك آراء واتجاهات متباينة، فهناك من يُضفى على قواعد الاختصاص القضائي الدولى مفهوم القواعد الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي تعلقها جميعاً بالنظام العام، وهناك من لا يجعل قواعد الاختصاص القضائي الدولى جميعها متعلق بالنظام العام، و يُقسم هذه قواعد الاختصاص القضائي الدولى إلى طائفتين: تشمل الأولى حالات الاختصاص الجوازى، والثانية حالات الاختصاص الوجوبى، وسوف نعرب فى هذا المبحث عن هذا الاختلاف تفصيلاً فى ضوء التقسيم الآتى:

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولى بنظر المنازعات الخاصة الدولية والخصائص المميزة له.

المطلب الثانى: العلاقة بين الاختصاص التشريعى والقضائى وضرورة التمييز بينهما.

(١) ولقد تصدى الفقه المصرى لتحديد هذه القواعد والمبادئ، ولعل أهم هذه القواعد القاعدة التى تقضى بأن المدعى عليه رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه حتى يمكن الضمان لنفاذ وسريان الحكم الذى سيصدر على المدعى عليه فإذا صدر الحكم من محكمة لها الولاية عليه سيكون تنفيذ هذا الحكم ممكناً والعكس صحيح، وكذلك القاعدة التى تحدد الاختصاص فى المسائل العينية لمحكمة موقع العقار والمنقول لأن وجود المال على إقليم الدولة يُنشئ صلة بين النزاع الخاص بهذه الأموال وبين إقليم الدولة، وبالنسبة للعقارات فلا يمكن رفع الدعاوى إلا أمام المكان الكائن به العقار لأنه يحتاج إلى تحقيقات ومعاينات..... إلخ - للمزيد انظر د. حسين عبد السلام جابر - الموجز فى أحكام القانون الدولى الخاص على أساس التشريع المصرى فى ضوء الفقه وأحكام القضاء ، ١٩٨٥م، المطبعة العصرية ، الإسكندرية ، ص ٥١ وما بعدها .

المطلب الثالث: الاتجاه الأول: تعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام.
المطلب الرابع: الاتجاه الثاني: عدم تعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام.

المطلب الأول

مفهوم الاختصاص القضائي الدولي
بنظر المنازعات الخاصة الدولية والخصائص المميزة له
أولاً: ماهية الاختصاص القضائي الدولي.

عند النظر لمفهوم الاختصاص القضائي الدولي نجد أن تعريفاته جاءت مختلفةً نظراً لاختلاف الرؤى والاتجاهات؛ حيث وضعت كل واحدةٍ منها لنفسها تعريفاً مميزاً لها للاختصاص القضائي الدولي، فعرفه البعض بأنه "هو بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الداخلي التي تُحدد اختصاص كل محكمةٍ من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم الدولة نفسها"^(١)، وعرفه البعض الآخر ببساطةٍ أكثر بأنه "بيان الحدود التي تُباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية بالمقابلة للحدود التي تُباشر فيها الدول الأخرى سلطاتها القضائية"^(٢).

(١) د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي القسم الثاني

(الاختصاص القضائي الدولي)، ١٩٩٦م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٣، بند ١٢.

(٢) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص (الجزء الثاني)، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٠٥.

أما فقه قانون المرافعات فقد عرف الاختصاص القضائي بصفة عامة بأنه: توزيع العمل بين المحاكم والهيئات القضائية المختلفة عن طريق بيان نصيبها من المنازعات والمسائل التي يجوز الفصل فيها ومنح الحماية القضائية بشأنها^(١)، أما المقصود باصطلاح الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية فقد عرفه البعض بأنه "مجموعة القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الأخرى سلطاتها القضائية"^(٢)، وهو ما يعنى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي فى أى دولة تعنى الحالات التي تختص فيها محاكمها بنظر المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً دون أن تتعدى ذلك بيان حالات اختصاص محاكم دولة أخرى فى الحالات التي لا تختص بها المحاكم الداخلية أو الوطنية.

ويترتب على ما أوردناه من تعريفات بخصوص الاختصاص القضائي أنه إذا رفعت دعوى متعلقة بمنازعة خاصة دولية أمام إحدى محاكم دولة ما، فإنه يتعين على القاضى الوطنى فى هذه الحالة أن يبحث أولاً عن مدى اختصاص محاكم دولته الوطنية بنظر المنازعة المطروحة، فإذا تبين له اختصاصها تعين عليه الانتقال إلى أحكام الاختصاص القضائي الداخلى ليرى هل تدخل المنازعة ضمن اختصاص المحاكم الوطنية القيمى أو النوعى أو المحلى؟، ومن جانبه اعتبر الفقه الفرنسى أن الاختصاص القضائي يعنى صلاحية القضاء فى نظر المنازعة أمام قضاء الدولة طبقاً للقواعد المعمول بها فى تنظيم القضاء الداخلى، وهى مسألة أولية يلزم النظر فيها

(١) د. على عاشور مبروك: الوسيط فى قانون القضاء المصرى، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، مكتبة الجلاء الجديدة، ص ٢٤٨.

(٢) د. صالح جاد المنزلاوى: الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولى للأحكام والأوامر الأجنبية فى سلطنة عمان، ٢٠٠٨م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٢٤.

من قبل القاضى الفرنسى لبحث مدى اختصاصه الولائى من عدمه^(١)، أما القانون الدولى الخاص فقد عالج مسألة الاختصاص القضائى من الناحية الفقهية على اعتبار صلاحية القاضى أو المحكم فى نظر النزاع^(٢).

ثانياً: خصائص قواعد الاختصاص القضائى الدولى.

لقد تميزت قواعد الاختصاص القضائى الدولى بسماتٍ عدة تُميزها يمكن إيجازها على النحو التالى^(٣):

أ) قواعد الاختصاص القضائى الدولى قواعد داخلية وطنية:

حيث تتكفل كل دولة بوضع قواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكمها وتحديد النطاق المكانى والزمانى لتطبيقها وذلك لتحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية التى تتبناها سياستها التشريعية فى ظل العجز الدولى عن وضع تنظيم موحد للاختصاص القضائى الدولى تلتزم به سائر الأنظمة القانونية للدول المختلفة ويتولى مهمة توزيع المنازعات بين الأنظمة القضائية للدول المختلفة، وجدير بالإيماء أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى تشترك فى تلك الخصيصة مع سائر قواعد القانون الدولى الخاص كقواعد الجنسية وقواعد مركز الأجانب وقواعد تنازع القوانين^(٤).

(1) Gerard Couchez: Procédure civile, 15e éd, Sirey, 2008" En procédure civile française, la compétence juridictionnelle est l'aptitude d'une juridiction étatique française de l'ordre judiciaire à connaître d'un litige ou d'une situation dedroit privé en matière civile. La détermination de la juridiction compétente est le préalable nécessaire à la saisine du juge".

(2) Marie –Laure Niboyet: Droit international privé, LGDJ, 2éd, 2009 , p. 305.

(٣) د. صالح جاد المنزلاوى: المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(٤) د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ٢٠١٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٠.

فقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي من صنع المشرع الوطني في كل دولة، ينفرد بوضعها وتحديد نطاق ولاية محاكم دولته الوطنية بنظر المنازعات بصرف النظر هل هذه المنازعات وطنية بحتة أم كانت متضمنة عنصراً أجنبياً، وهو ما يدعو للقول باختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في كل المنازعات التي يمكن أن تثور على إقليم هذه الدولة دون النظر عن كونها منازعات وطنية أم دولية مشوبة بعنصر أجنبي^(١)، ومن ثم فإنه إذا ثبت الاختصاص لقضاء دولة معينة بنظر منازعة خاصة دولية فإن قواعد الاختصاص القضائي الداخلي التي وضعها المشرع تتولى تحديد أى من محاكم هذه الدولة تختص بنظرها.

ويترتب على استئثار كل دولة بالتشريع ووضع القواعد التي ترسم حدود ولاية قضائها سواء بالنسبة للعلاقات الوطنية أو الدولية مجموعة من النتائج أهمها تباين ضوابط الاختصاص القضائي الدولي من دولة إلى أخرى^(٢)، وإمكانية نقل ضوابط الاختصاص الإقليمي الداخلي لتكون ضوابط للاختصاص القضائي الدولي^(٣)، ولكن هناك من يرى أنه إذا كانت الوطنية هي سمة مصادر قواعد القانون الدولي الخاص سواء ما يتعلق منها بتنازع القوانين أو بالاختصاص القضائي الدولي، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً وأن هناك من قواعد القانون الدولي الخاص ما قد تُرغم كل دولة على الأخذ

(١) د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦.

(٢) فنجد بعض الدول تعتق ضابط جنسية المدعى عليه كأساس لاختصاص محاكمها، بينما نجد البعض الآخر يعتمد على جنسية المدعى كما في المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) ولكن هذا الأصل ليس مطلقاً، ومرجع ذلك أن اختلاف ضوابط الاختصاص القضائي يمكن أن يترتب عليه صعوبات في تنفيذ الأحكام الصادر من المحاكم الأجنبية أمام القضاء الوطني، وهو ما دفع الدول إلى إبرام اتفاقيات دولية تنظم مسائل الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية كاتفاقية الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية المبرمة بين دول الاتحاد الأوروبي في ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٨م - انظر د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣١.

بها إما استجابةً لإلزامٍ دولي بموجب قواعد القانون الدولي العام أو نزولاً على ضرورات التعايش المشترك بين الدول، وهي ما تمثل أهم القيود التي ترد على حرية الدولة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها^(١).

ولكن ما سبق لا يعنى الصلاحية المطلقة للدولة في أن تفرض ما تشاء من قواعد للاختصاص القضائي الدولي دون أن تلزم بقيود معينة، فقد أجمع الفقه على أن الدولة حين تضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة بها تبقى ملتزمة ببعض القيود: أولها ضمان حق الأجانب في التقاضي على أراضيها إعمالاً للمبدأ الثابت في معاملة الأجانب والمعروف بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب والذي يتضمن جملة من الحقوق تضمنتها الكثير من الاتفاقيات والعهود الدولية ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(٢)، ثانيها أن الدولة ملتزمة بمراعاة ضوابط الحصانات القضائية التي تكفلها الأعراف والاتفاقيات الدولية.

ب) قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد ملزمة:

فالقاضي ملزمٌ بإعمالها من تلقاء نفسه باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الداخلي، فالمشرع الوطني يضع تلك القواعد ويكفل في الوقت ذاته احترامها، ويترتب على خطأ القاضي في تطبيقها إلغاء حكمه من جانب المحكمة العليا، إضافةً إلى أنها تُمثل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة؛ وذلك لأن وجود رابطة جدية بين النزاع ومحكمة دولة معينة يكفي لتقرير اختصاص تلك المحكمة للفصل في هذا النزاع، وأن اختصاص محكمة أخرى غيرها يعتبر بمثابة اعتداء على سيادة تلك الدولة.

ولكن لزاماً علينا التأكيد في هذا المقام على أن اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمرّة لا يحول دون خلق مرونة في هذه القواعد تسمح للمحكمة

(١) د. هشام صادق: القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٥ م، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص ٧.
(٢) للاطلاع على هذا العهد انظر الموقع الإلكتروني لمكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان بالأمم المتحدة:

بتجاهل اختصاصها متى تبينت أن محكمة دولة أخرى هي الأقدر والأصلح لنظر النزاع، فالقواعد الآمرة تعنى سحب البساط من تحت الأطراف وليس المحكمة فى تحديد المحكمة المختصة^(١)، كما أود التأكيد أن أخذ المشرع المصرى بالموطن المختار كسبب من أسباب انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية باعتبار أنها وسيلة يختار بها الأطراف انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة ما بشكل غير مباشر لا يعنى عدم اعتبار هذه القواعد آمرة، فهناك فرق بين القاعدة ومضمونها؛ فالقاعدة آمرة والأطراف ملزمون بها، أما مضمونها فقد يحوى نوعاً من المرونة، كما أن فكرة أمرية قواعد الاختصاص القضائى الدولى تهدف إلى ضمان مباشرة الدولة لاختصاصها القضائى، وهو ما تحققه فكرة الموطن المختار التى تجذب الاختصاص للقضاء المصرى، وليس اتخاذ ضوابط تهدف إلى طرد هذا الاختصاص.

ج) قواعد الاختصاص القضائى الدولى قواعد مفردة الجانب Regles :Unilaterales

أى أنها قواعد ذات شق واحد تقتصر وظيفتها فقط على بيان حالات اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات ذات الطابع الدولى دون أن تتخطى ذلك ببيان حدود اختصاص المحاكم الأجنبية، وهى تختلف بهذه الخصيصة عن قواعد تنازع القوانين، فقواعد تنازع القوانين قواعد مزدوجة الجانب لا تقتصر على تحديد حالات تطبيق القانون الوطنى فحسب، بل تتولى أيضاً بيان القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولى دونما اعتبار لكون هذا القانون هو القانون الوطنى أم قانوناً أجنبياً^(٢).

(١) د. هشام خالد: قواعد الاختصاص القضائى الدولى وتعلقها بالنظام العام “، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) ولكن هذا الاختلاف ليس مطلقاً، فمن المسلم به وجود قواعد مادية فى مجال تنازع القوانين تعرف بالقواعد ذات التطبيق الفورى أو الضرورى تكون ذات تطبيق مباشر لأنها تعرض فقط

د) قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد مادية أو موضوعية Materiel:

فقواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد ذات مضمون محدد، فعند نشوب النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً فإن قاعدة الاختصاص القضائي الدولي تتدخل لتبين وتوضح مدى اختصاص القضاء الوطني بنظر هذا النزاع من عدمه، وهذه الخاصية تميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد تنازع القوانين (قواعد غير مباشرة وغير محددة المضمون)، فالأخيرة تقتصر وظيفتها على تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن ترشد إلى الحكم الموضوعي الذي يوقعه هذا القانون على النزاع القائم.

هـ) قواعد الاختصاص القضائي قواعد إجرائية Procedurales ذات طابع سياسي:

فقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية وتنفيذ الأحكام الأجنبية ليست لها طبيعة موضوعية بل هي قواعد إجرائية تشكل جزءاً من القانون الإجرائي أو القانون العام للإجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية التي تنظم فقط الوسائل والأشكال التي بواسطتها تتحقق الحماية الفعالة للحقوق والمراكز القانونية الخاصة، وما يُضفى عليها

لحالات تطبيق القانون الوطني وحده، ومن ثم تعتبر هذه القواعد قواعد مفردة الجانب، كما أنه من شروط تنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون قد صدر من محكمة مختصة إما طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في الدولة التي يطلب فيها الأمر بالتنفيذ كما هو الوضع في فرنسا، وحينئذٍ تبدو قواعد الاختصاص في هذه الدولة مزدوجة الجانب فهي تحدد في وقتٍ واحدٍ اختصاص محاكم تلك الدولة ذاتها واختصاص محاكم الدول الأجنبية، أما إذا فُسر الشرط على أساس كون الحكم الأجنبي قد صدر من محكمةٍ مختصةٍ وفقاً لقواعد الاختصاص في الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه كما هو الحال في القانون المصري، فإن قواعد اختصاص التي يتعين الرجوع إليها = = في الدولة الأجنبية تكون قواعد غير مباشرة مقابلة لقواعد الاختصاص الوطني المباشرة - انظر د. حسام الدين فتحي ناصف: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٣.

الطابع السياسى ما تتضمنه من ضوابطٍ تعكس ذلك الطابع كضابط الجنسية الوطنية للمدعى أو المدعى عليه^(١)، ففي القانون المدنى الفرنسى تعقد المادتان ١٤، ١٥ الاختصاص للمحاكم الفرنسية بالمنازعات الدولية متى كان المدعى أو المدعى عليه فرنسياً، والمادة ٢٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى والتي تعقد الاختصاص القضائى للمحاكم المصرية بالمنازعات الدولية متى كان المدعى عليه حاملاً للجنسية المصرية، وكلما كان المدعى مصرياً فى حالات استثنائية وفقاً للمادة ٧/٣٠ من القانون ذاته، بينما تتميز قواعد تنازع القوانين بالطابع القانونى البحت فهى تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الدولية دون النظر إلى جنسية أطرافها، فالوطنيون والأجانب متساوون أمام قاعدة تنازع القوانين^(٢).

المطلب الثانى

العلاقة بين الاختصاص التشريعى والقضائى وضرورة التمييز بينهما الأصل هو استقلال المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق وانعدام التلازم بينهما، و من المبادئ المستقرة فى فقه القانون الدولى الخاص أنه لا تلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى، فالمحكمة المختصة يصح أن تكون غير محكمة الدولة التى يجب تطبيق قانونها، وبالعكس فإن القانون المطبق بواسطة محكمة لا يصح أن يكون قانوناً غير قانون دولة هذه المحكمة، واعتمد الفقه فى إقرارهم لهذا المبدأ والتأكيد عليه على مبرراتٍ عديدة^(٣) أهمها عدم اقتصار المحكمة المختصة

(١) د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٥، ٣٦.

(٢) ولكن هناك من قواعد تنازع القوانين ما يوحى بتأثرها بالطابع السياسى عند اعتدادها بالجنسية الوطنية لأحد أطراف العلاقة الدولية كوسيلة لتطبيق القانون الوطنى وجعله القانون الواجب التطبيق عليها، ومثال ذلك المادة ١٤ من القانون المدنى المصرى والتي تقرر أنه "إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

(٣) انظر تفصيلاً حول مبدأ عدم التلازم ومبرراته: د. حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص ٣٧ وما بعدها.

على تطبيق قانونها بشأن كل المنازعات^(١)، وما اتفق عليه الفقه من أسبقية تعيين المحكمة المختصة على تحديد القانون الواجب التطبيق^(٢)، واختلاف الاعتبارات التي يُبنى عليها كل من الاختصاصين التشريعي والقضائي^(٣) والتي يقوم أهمها على أنه على الرغم من كون كل من قواعد التنازع وقواعد الاختصاص يضعان حلاً لمسألة

(١) حيث إنه لو اقتضت محاكم دولة معينة على تطبيق قانونها بشأن كل المنازعات الوطنية والدولية لما كان هناك تنازع بين القوانين، ومن هنا ينبع وجوبية تحديد القضاء المختص حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق، وقد قيل بأن الربط بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق هو عودة لتطبيق مبدأ الإقليمية المطلقة في شأن تطبيق القوانين والمهجور من الأنظمة القانونية الحديثة وتبنيها مبدأ شخصية القوانين، وأن القول بغير ذلك من شأنه تهديد سلامة وأمان واستقرار المعاملات الخاصة الدولية التي أملت من ناحية قيام مسألة تنازع القوانين بهدف معرفة القانون الملائم لحكم العلاقة الخاصة الدولية، ومن ناحية أخرى قيام مسألة تنازع الاختصاص القضائي بغية تحديد المحكمة الأكثر جدارة وكفاءة لنظر النزاع المتعلق بالعلاقة الخاصة الدولية - انظر تفصيلاً د. حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) ويحتفظ البعض على قاعدة أسبقية الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي، ويوردون قولهم بأن اختصاص المحكمة يتحدد بالرجوع إلى قواعد الإسناد المقررة في قانونها الوطنى كقاعدة الإسناد المقررة في القانون المدنى المصرى فى المادة ٢٠ والتي تنص على أنه "يسرى على قواعد الاختصاص..... قانون البلد الذى تُقام فيه الدعوى....."، ومن ثم فإن اختصاص المحكمة يتحدد بقاعدة إسناد أولى مقتضاها أن قواعد الاختصاص بالدعوى يحددها قانون البلد الذى تباشر فيه الدعوى فتحدد المحكمة المختصة ثم تطبق قواعد الإسناد المقررة فى قانونها أيضاً لتعيين القانون الواجب التكييف - انظر تفصيلاً د.حسام الدين فتحى ناصف المرجع السابق، ص ٤٢،٤٣.

(٣) فالاختصاص التشريعي يقوم على الاهتمام بموضوع المسألة المتنازع عليها واختيار أنسب القوانين لها وأكثرها اتصالاً وارتباطاً بها حتى يتسنى له حل النزاع وتسويته تسويةً عادلةً وفقاً لظروف العلاقة وملابساتها، أما الاختصاص القضائي، فلا ينظر إلى جوهر المسألة المتنازع عليها بل يسعى إلى عقد الولاية للمحاكم الوطنية بخصوص نزاع معين ضماناً لراحة المتقاضين وتجنبيهم العناء وتحقيقاً لحسن التنظيم والإدارة لمرفق القضاء ومراعاةً لاعتبارات الأمن والسكينة والسلامة على الإقليم.

التزاحم؛ حيث تفصل الأولى في مسألة تزاحم القوانين، وتفصل الثانية في مسألة تزاحم المحاكم، إلا أن قواعد تنازع القوانين تختلف عن قواعد تنازع الاختصاص القضائي في كون الأولى قواعد غير مباشرة لا يؤدي تطبيقها إلى الحسم النهائي للنزاع المعروف على القاضى بطريقة مباشرة، وإنما تقتصر وظيفتها على مجرد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أما قواعد الاختصاص القضائي فهي قواعد فاصلة وبصورة مباشرة في مسألة اختصاص محاكم الدولة الوطنية بنظر النزاع المطروح على القاضى من عدمه^(١).

ولكن لزاماً علينا القول بأن مسألة الاختصاص القضائي الدولي أسبق في ظهورها عن الاختصاص التشريعي اعتباراً من كون مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق لا تظهر إلا في حالة السماح للقوانين الأجنبية بالتطبيق بجانب قانون القاضى، أما مسألة الاختصاص القضائي الدولي فإنها مسألة أولية يتعين على القاضى أن يبت فيها بمجرد عرض النزاع عليه^(٢)، ووفقاً للتسلسل الطبيعي عندما تثار منازعة ناشئة عن علاقة خاصة دولية، فإنه ينبغي تحديد مسألتين مهمتين:

الأولى: ما المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعة؟ وهو ما يعرف بالاختصاص القضائي الدولي.

الثانية: ما القانون الواجب التطبيق على العلاقة؟ وهو ما يسمى بتنازع القوانين أو الاختصاص التشريعي.

ولكن يجب الفصل بين كل من الاختصاصين القضائي والتشريعي وضرورة التمييز بينهما، فانعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة بنظر منازعة خاصة دولية قد يراعى فيه اعتبارات الأمن والسلامة في الإقليم إيماناً بأنها الأقدر على تحقيق

(١) د. هشام على صادق: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٢٧.

العدالة، أما الاختصاص التشريعي واختيار أنسب القوانين وأكثرها ملاءمةً وارتباطاً بالعلاقة محل النزاع قد تؤدي إلى الإسناد لقانونٍ آخر غير القانون الوطني^(١).

كما أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تراعى فيها اعتبارات المواءمة التي وفقاً لها قد ينعقد الاختصاص الدولي لمحكمة دولة معينة في نظر منازعة ذات صبغة دولية لم تكن في الأصل مختصة بنظرها، إلا أنه يتم نظرهما أمام تلك المحكمة بسبب ارتباطها بدعوى أصلية وانطلاقاً من اعتبارات حسن سير العدالة وتلافى تضارب الأحكام، أما قواعد الاختصاص التشريعي فإن قوامها العمل على تحقيق نوع من التعايش المشترك بين مختلف الأنظمة القانونية والتعاون بينهما، وما يترتب على ذلك من قبول كل دولة تطبيق قوانين الدول الأخرى^(٢).

الاستثناء: التلازم والارتباط بين الاختصاصين التشريعي والقضائي.

إذا كان الأصل هو عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، إلا أنه لاعتبارات معينة قد يتحقق بينهما تلازم وتعاون على سبيل الاستثناء فتكون المحكمة المختصة هي محكمة الدولة التي يجب تطبيق قانونها على المنازعة الخاصة الدولية، أو بالعكس يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة المحكمة المطروح أمامها النزاع.

ولما كانت محاكم كل دولة تقوم بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية، فإنها في أثناء ذلك تجرى عدة عمليات قانونية:

أولها: عملية التكيف اللازمة للعلاقة الخاصة الدولية وتحديد طبيعتها القانونية من حيث كونها من مسائل الأحوال الشخصية أو من مسائل الأموال أو العقود أو

(١) د. هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١م، دار الفكر الجامعي، ص ٤٣.

(٢) د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام

العام، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول،

٢٠٠٩م، ص ٣١١.

غيرها حتى يتسنى إدراجها تحت إحدى الفكر المسندة في قانونها الوطنى تمهيداً للوصول لقاعدة الإسناد المناسبة لها ومن ثم تعيين القانون الواجب التطبيق عليها، ومما لا جدال فيه أن اختلاف التكييف سيؤدى إلى إختلاف قاعدة الإسناد ومن ثم إختلاف القانون الواجب التطبيق والحل النهائى للنزاع المعروف^(١)، حيث إن معظم التشريعات قد أخذت بنظرية بارتان فى شأن إخضاع التكييف لقانون القاضى^(٢)، ولكن عملية التكييف للعلاقة القانونية محل النزاع وإعطائها الوصف القانونى السليم تختلف من تشريع إلى آخر، مما يرسى فى النهاية إلى إختلاف القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة.

وثانيها: مسألة التحديد للقانون الواجب التطبيق الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد ومدى التزام القاضى بتطبيق الأخيرة (حيث إن إختلاف موقف المحكمة المختصة من مسألة الالتزام بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية من عدمه يمكن أن يؤثر فى تحديد الاختصاص التشريعى لأن التشريعات المقارنة لا تتبنى موقفاً موحداً بشأن هذه المسألة، ففى الوقت الذى يلزم فيه القانون الإيטالى والسويسرى والنمساوى والأسبانى والألمانى القاضى بأن يطبق قاعدة الإسناد الوطنية حتى ولو أشارت

(١) ومثال ذلك الضرب غير المبرح من الزوج المسلم لزوجته، حيث يتم تكيفه من جانب المحاكم المصرية وفقاً لقانونها وهو قانون القاضى"القانون المصرى"أى بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي تقرر بأنه حق للزوج فى تأديب زوجته أى أنه أثر من آثار الزواج ومن ثم يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج فيكون هو القانون الواجب التطبيق ويكون الزوج قد أتى عملاً مشروعاً ومباحاً ولا عقاب عليه، أما إذا كانت المحكمة المختصة أجنبية فإنها قد تكيف مسلك الزوج على أنه فعل ضار يخضع لقاعدة الإسناد التى تقرر خضوع الفعل الضار لقانون دولة محل وقوعه فيكون هو القانون الواجب التطبيق ومن ثم يخضع الزوج للمسئولية والعقاب والمطالبة بالتعويض.

(٢) ومنها التشريع المصرى والذى نص فى المادة ١٠ من القانون المدنى على أن"القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

إلى تطبيق قانون أجنبي، لم يُجز القانون الإنجليزي للقاضي هذه السلطة)، ومن ثم بيان موقفها من الإحالة في نطاق تنازع القوانين والتي تتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون المحكمة المختصة إلى قانون أجنبي فتحيل قاعدة الإسناد الموجودة في هذا الأخير إلى قانون نفس المحكمة أو أن تشير إلى اختصاص قانون أجنبي آخر^(١) ومدى إمكانية الدفع بالنظام العام^(٢)، ولعل تباين مواقف التشريعات الوطنية من مسائل قواعد الإسناد والإحالة والتكليف والدفع بالنظام العام سيؤثر بلا شك في الحل النهائي للنزاع، وهو ما يجعل للاختصاص القضائي الدولي تأثيراً مهماً في الاختصاص التشريعي فيما يخص كل مسألة من هذه المسائل^(٣).

(١) ويتضح تأثير المحكمة المختصة في تعيين القانون الواجب التطبيق من ناحية أنه قد تقبل المحكمة الأجنبية الإحالة كما هو الحال في فرنسا، وقد ترفض المحكمة هذه الإحالة كما هو الحال في مصر (وفقاً للمادة ٢٧ من القانون المدني المصري)، ففي حالة قبول المحكمة الفرنسية إحالة الاختصاص التشريعي الثابت وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسي للقانون الإنجليزي إلى قانونها، ومن ثم يثبت الاختصاص التشريعي لقانونها، أما في مصر فإذا أشارت قاعدة الإسناد المصرية إلى اختصاص القانون الإنجليزي فاحالت قاعدة الإسناد في القانون الأخير إلى القانون المصري أو إلى القانون الألماني فإن المشرع المصري يرفض هذه الإحالة بنوعها ويعطى الاختصاص في هذه الحالة للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق وذلك وفقاً للمادة ٢٧ من القانون المدني المصري.

(٢) حيث إن فكرة النظام العام فكرة نسبية ومتغيرة ومرنة تتغير بتغير المكان والزمان، فمن الممكن تصور تأثير اختصاص محكمة دولة معينة بنظر النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه فقد تستبعد محكمة الدولة "س" تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته نظامها العام، بينما لو اختصت محكمة الدولة "ص" بذات النزاع لالتزمت تطبيق القانون الأجنبي عليه لعدم تعارضه مع مقتضيات النظام العام الوطني.

(٣) د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مرجع سابق، ص ٣١١.

ثالثها: عملية التفسير للقانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد والتي قد يصاحبها عدم استعداد من جانب قضاة المحاكم الوطنية المعروض عليها النزاع لبذل مزيدٍ من الجهد في سبيل الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي وإيجادهم صعوبةً بالغةً في ذلك في حال عدم قدرته على التفسير السليم للقاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق خاصةً إذا كانت هذه القاعدة القانونية تنتمي إلى نظامٍ قانوني مختلف تماماً عن قانون القاضى، مما قد يؤدي إلى الفصل في النزاع على وجه مغاير تماماً عما يمكن أن تقضى به محاكم الدولة التي ينتمى القانون الواجب التطبيق إلى نظامها القانوني^(١).

ويتخذ التأثير المتبادل بين الاختصاصين التشريعي والقضائي صورتين: فالاختصاص التشريعي قد يكون جالباً للاختصاص وقد يكون طارداً له. الصورة الأولى: جلب الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي.

قد يجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي وذلك في الحالات التي تكون فيها محاكم الدولة غير مختصة أصلاً بالمنازعة المتضمنة عنصراً أجنبياً ولكنها تختص بها في حالة ما إذا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع هذه المنازعة هو القانون الوطنى، فمن الأفضل منطقياً أن تكون للمحاكم الوطنية الأحقية والأولوية في تطبيق قانونها الوطنى لأنها ستكون الأكثر حرصاً على كفالة احترام أحكامه ونصوصه من أى محكمة أخرى، وقد عبر المشرع المصرى عن هذه الفكرة في المادة ٧/٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي نصت على أنه "تختص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر إذا

(١) بل والأكثر من ذلك أن جهل القضاة في بعض الأحيان بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق وكسلهم عن بذل مزيد من الجهد والبحث عن المضمون الحقيقي والمعنى المقصود قد يدفعهم إلى تطبيق القانون الوطنى على خلاف ما تقضى به قاعدة الإسناد بحجة تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي أو مخالفته للنظام العام، وبالتالي فإن اختلاف رغبة كل قاضى عن الآخر سيكون لها تأثيرها على الحل النهائى للنزاع المعروض - انظر تفصيلاً د. هشام صادق: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٤.

كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعى وطنياً أو أجنبياً له موطن في مصر وذلك إذا كان القانون المصري واجب التطبيق على تلك الدعوى".

الصورة الثانية: طرد الاختصاص التشريعي للاختصاص القضائي.

يرى البعض أن الاختصاص التشريعي في إمكانه طرد الاختصاص القضائي، وأن انعقاد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي قد يؤدي إلى زوال الاختصاص القضائي الدولي عن المحاكم الوطنية وذلك في ثلاث حالات^(١):

الحالة الأولى: وتكون عند اختلاف أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن أحكام القانون الوطني اختلافاً جوهرياً، ومن أمثلة ذلك ما كانت تفعله المحاكم الإنجليزية في مواجهة الزواج المتعدد؛ حيث كانت تتحى عن نظر المنازعات المتعلقة بهذا الزواج المقرر في الشريعة الإسلامية محتجةً في ذلك بأن المنازعة المثارة والقانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها يختلفان كليةً عن قانونها الوطني الذي لا يعرف نظام تعدد الزواج، ولا يعترف إلا بنظام وحدة الزواج^(٢).

الحالة الثانية: وتكون بمجرد عقد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي، لأن ذلك قد يستتبعه قيام المحاكم الوطنية بالتخلي عن نظر هذه المنازعات والسماح للقضاء الأجنبي بالفصل فيها، ومن أمثلة ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بخصوص

(١) د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام مرجع سابق، ص ٣١٢.

(٢) وقد أدت الانتقادات اللاذعة لهذا المسلك من جانب المحاكم الإنجليزية إلى تعديل المشرع الإنجليزي موقفه سنة ١٩٧٣م وصارت المحاكم الإنجليزية تنظر الدعوى المتعلقة بالزواج المتعدد إذا كان الزوج قد انعقد صحيحاً وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليه، ولكنها مازالت إلى الآن بصمة واضحة على جبين القضاء الإنجليزي - انظر في ذلك د. عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولي الخاص، ١٩٩٦م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص ٤١١، وكذلك د. هشام صادق، د حفيظة السيد حداد: مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث "القانون القضائي"، ٢٠٠١م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٦ وما بعدها

المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص الأجانب من إمكانية تخلى المحاكم الفرنسية عن نظر هذه المنازعات وإحالتها إلى القضاء الأجنبي ليتولى الفصل فيها^(١).

الحالة الثالثة: وتكون في حالة ما إذا طلب من المحكمة المختصة إتخاذ إجراء غريب عليها غير مقرر في القانون الوطنى للمحكمة كما في حالات الطلاق الدينى الذى تعرفه بعض الأنظمة الأجنبية^(٢)، فقد يتطلب القانون الأجنبى الواجب التطبيق إتخاذ إجراء غريب تماماً عن المبادئ العامة المستقرة والمعروفة فى الدولة المختصة محاكمها بنظر النزاع؛ ففى هذه الحالة يتعين على القاضى أن يحكم بعدم اختصاصه^(٣)، ومثال ذلك ما قرره بعض المحاكم الألمانية من أنه لا يجوز للقاضى أن يقوم بالتصديق على عقد تبنى شخص أجنبى راشد بعد تقرير مدى ملاءمته للأجنبى المطلوب تبنيه، ما دام أن القانون الوطنى الألمانى لا يستلزم رقابة المحكمة على عقود التبنى إلا فى الأحوال التى يكون فيها المتبنى قاصراً أو عديم الأهلية، وبالتالي فعلى القاضى وفقاً لذلك أن يحكم بعدم اختصاصه لمجرد أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق يتطلب إتخاذ إجراء محدد فى حالة لم ينص عليها القانون الوطنى الألمانى^(٤).

(١) د. هشام صادق، د. حفيظة السيد حداد: المرجع السابق، ص ٢٧، وكذلك د. هشام صادق:

تنازع الاختصاص القضائى الدولى، ١٩٧٢م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٦.

(٢) وجدبىء بالذكر أن المشرع المصرى فى قانون المرافعات الملغى سنة ١٩٤٩م كان يعتنق فكرة التخلى عن الاختصاص للمحاكم المصرية فى المادة ٨٦٥ والتى كانت تنص على أنه فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٨٦١ فقرة ٢، ٨٦٢ وحيث يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الخصوم بجنسيتهم يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة، أن تكلف المدعى برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزاً، ولكن جاء قانون المرافعات الحالى خالياً من أى نص مماثل معلناً إلغاء الحكم وتخليه عن فكرة التخلى عن الاختصاص.

(٣) د. هشام على صادق: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) د. هشام صادق: المرجع السابق، ص ١٥.

وقد تحفظ البعض على المسلك السابق للقضاء الألماني مؤكدين على عدم أحقية الحكم بعدم الاختصاص بنظر النزاع للدواعي المذكورة، فقد كان من الأفضل أن تعتمد هذه المحاكم إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحسبان مخالفته للنظام العام لديها وإعمال القانون صاحب الاختصاص في هذه الحالة أياً ما كان الأخير بدلاً من الاستسهال بالحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع^(١).

الحالة الرابعة: وهي حالة ما إذا تطلب القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع اتخاذ إجراء وقتي وعاجل، وقد اتفق الفقه والقضاء في كافة دول العالم على اختصاص المحاكم الوطنية بالفصل في هذه الإجراءات الوقتية والعاجلة حتى ولو كان هذا الإجراء الذي يتطلبه القانون الأجنبي الواجب التطبيق غريباً تماماً عن دور القاضى المعتاد وفقاً لقانونه الوطنى^(٢)، ويرى البعض أن اختصاص القضاء الوطنى بالإجراءات الوقتية مرجعه أن قانون القاضى الوطنى هو الواجب التطبيق أصلاً في هذه الحالة أياً كانت صفته هل بصفته القانون الذى يحكم الإجراءات أو بصفته من قوانين البوليس والأمن المدنى، ولكن واجه أصحاب هذه النظرة نقداً منطقياً وهو أن مسألة تحديد المحكمة المختصة هي أمر سابق على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق فكيف للأمر اللاحق أن يكون سبباً للأمر السابق؟، فالمفروض أن يحدث العكس، وهو ما يصعب معه منطقياً التسليم بأن القانون الوطنى الواجب التطبيق هو الذى أدى إلى عقد الاختصاص الدولى للمحكمة المعنية^(٣)، بينما يرى البعض الآخر أن اعتبارات حماية الأمن والسكينة العامة ونشر الطمأنينة فى المجتمع من أجل توفير الحماية للأشخاص والأموال فى الدولة هي ما وراء اختصاص المحاكم الوطنية بالطلبات المؤقتة^(٤).

(١) د. هشام خالد: القانون القضائى الخاص الدولى، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) د. هشام صادق: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٣) د. هشام خالد: القانون القضائى الخاص الدولى، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٤) د. هشام صادق: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢١.

الحالة الخامسة: وتحتوى حالات استثنائية خاصة يجلب فيها الاختصاص التشريعى الاختصاص القضائى، ومثالها المادة ٨/هـ من القانون الدولى الخاص الكويتى والتى تنص على أنه "استثناء من أحكام المواد السابقة، يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم الكويتية، إذا لم يكن للمدعى عليه موطن فى الكويت فى الأحوال الآتية:

هـ-..... أو إذا كان القانون الكويتى واجب التطبيق فى موضوع الدعوى"، والمادة ٧/٣٠ من قانون المرافعات المصرى الحالى والتى تنص على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية:

٧- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان أجنبياً له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى"^(١).
الخلاصة:

نخلص من ذلك بنتيجة مهمة وهى أن المبدأ العام يقضى باستقلال كل من الاختصاص التشريعى عن الاختصاص القضائى، إلا أن ذلك لا يعنى القطيعة التامة بينهما بل إن هناك أحياناً يكون لأحدهما تأثير على الآخر، ويرجع ذلك إلى أسبقية إثارة مسألة الاختصاص القضائى على مسألة الاختصاص التشريعى من الناحية العملية والزمنية عند عرض النزاع الخاص بعلاقة خاصة دولية على القضاء، ولكن الذى لا يمكن إنكاره أنهما معاً يمثلان جناحى الحق، فثبوت الحق للأشخاص لا تظهر

(١) وكذلك ما نصت عليه المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات السورى والتى نصت على أنه "يجوز رفع الدعوى على الأجنبى أمام المحاكم فى سورية فى مسائل الأحوال الشخصية التى تدخل فى الحالات السابقة، حتى ولو لم يكن للمدعى عليه موطن أو سكن فى سورية فى الأحوال الآتية:

هـ- إذا كان المدعى سورياً أو له موطن فى سورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون السورى واجب التطبيق فى موضوع الدعوى".

قيمتها العملية إلا إذا استطاع أصحابه حمايته عن طريق القضاء، ومن ثم فإن تنظيم الحالات أو المراكز القانونية الأجنبية لا تقتصر على تحديد الاختصاص التشريعي فقط بل تستلزم أيضاً تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بمنازعات التجارة الدولية الخاصة التي تتضمن عنصراً أجنبياً.

المطلب الثالث

الاتجاه الأول: تعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام ويُركى أنصار هذا الاتجاه فكرة تعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام^(١)، ويُضفى عليها الصفة الآمرة، وبالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ويتأسس هذا الاتجاه على فكرة السيادة وضرورة الحفاظ على سيادة الدولة، وأن المحاكم القضائية ما هي إلا سلطة من سلطات الدولة أُسندت إليها مهمة تحقيق العدالة والتي بتحقيقها تتحقق المصلحة الخاصة للأفراد^(٢)، وأن أداء العدالة سيؤدي إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في المحافظة على الأمن والسكينة، وهي اعتبارات بلا

(١) وقد تأثر أنصار هذا الاتجاه بالمادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي والتي تنص على أنه "لا يجوز بالاتفاق تنحية القضاء الإيطالي لصالح قضاء أجنبي أو محكمين يباشرون وظيفتهم في الخارج، مالم تكن الدعوى متعلقة بالتزامات فيما بين أجنبي، أو فيما بين أجنبي وإيطالي غير متوطن وغير مقيم في إيطاليا، وبشرط أن يكون الخروج من ولاية القضاء ثابتاً بالكتابة"، والظاهر من نص هذه المادة أن المشرع الإيطالي قد اعتنق قاعدة عامة مؤداها "عدم جواز الخروج عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الإيطالية لتعلقها بالنظام العام" وأورد على هذه القاعدة استثناءين: أولهما حال تعلق الأمر بالتزامات فيما بين أجنبي، وثانيهما تعلقه بالتزامات بين أجنبي وإيطالي وذلك في الفرض الذي لا يكون فيه للإيطالي موطن أو محل إقامة داخل إيطاليا.

(٢) عن هذا الاتجاه بالتفصيل راجع: د. هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

شك متعلقة بالنظام العام وترتبط به ارتباطاً وثيقاً، مما يستوجب ربطها به وعدم السماح بالخروج عليها ومخالفتها^(١).

ويرى فريق من أنصار هذا الاتجاه أن تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام أساسه أن نصوص قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية قد صدرت بعبارة "تختص المحاكم المصرية....."، ولم تستعمل مثلاً عبارة "يجوز رفع الدعوى"، مما يعنى أنها قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها والاتفاق على ما يخالفها، وهناك فريق آخر يستند على سند ذي طابع منطقي مؤداه أنه إذا كانت قواعد الاختصاص الوظيفي والتي تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل الدولة تتسم بالصفة الأمرة، فإنه من باب أولى أن القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في مواجهة المحاكم الأجنبية تتمتع هي الأخرى بالصفة الأمرة وتمس النظام العام^(٢)، وقد ارتأى البعض أن حالات الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية يبدو ظاهرياً تعلقها بالنظام العام على أساس أنها تمثل الجزء أو الجانب الذي تشارك به الدولة المصرية المجتمع الدولي فيما يخص الاختصاص القضائي، ومن ثم يحظر على الخصوم أن يتفقوا على سلب هذا الاختصاص حفاظاً على هوية ومكانة وقوة المشاركة المصرية في مسألة الاختصاص القضائي الدولي وسط الجماعة الدولية^(٣).

كما يؤمى هذا الاتجاه إلى أن تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام لا تؤثر عليه المادة ٣٢ من قانون المرافعات والتي أجازت للأطراف إمكانية الاتفاق على منح الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس قبولهم لولاية القضاء

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، ١٩٩٦م، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص ١٠٤.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع د. هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص ٥٧ وما بعدها.

(٣) د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٧٣.

المصرى؛ حيث إن هذا الاتفاق من جانب الأطراف على الخضوع الإرادى لولاية القضاء المصرى فى حالة عدم اختصاصه أصلاً بنظر النزاع وفقاً لضوابط الاختصاص الأخرى ليس فيه ما يمس سيادة الدولة على إقليمها أو التأثير على اعتبارات الأمن والسكينة المتطلبة فيها، أما اتفاقهم على الخضوع لولاية قضاء أجنبى فى حالة من الحالات التى يختص بها فى الأصل محاكم القضاء المصرى فإن ذلك يكون متعارضاً مع إرادة المشرع من وراء إسناد الاختصاص لهذه المحاكم الوطنية بنظر هذا النزاع، وأن ذلك من شأنه أن يكفل الأمن والسكينة على إقليم الدولة المصرية^(١).

ويترتب على كون قواعد الاختصاص القضائى الدولى من النظام العام انعدام أى دور للإرادة فى هذا الشأن ويحرم على الأفراد الاتفاق على مخالفة ما وضعه المشرع من قواعد لاختصاص المحاكم الوطنية بالفصل فى المنازعات الدولية، وقد قيل فى تبرير الإنكار التام لأى دور إرادى فى مجال الاختصاص القضائى الدولى العديد من الآراء تمخضت فى أربعة آراء رئيسة^(٢):

الرأى الأول:

وارتأى أنصاره أن وظيفة إقامة العدل وأداء العدالة هى من وظائف الدولة الرئيسة تباشرها بواسطة محاكمها الوطنية، وإذا كانت الدولة قد سمحت للأطراف بممارسة دور فى مباشرة هذه الوظيفة عندما يباشرون دعواهم ويحركونها أمام ساحات القضاء وفقاً لظروفهم، فليس معنى ذلك أن الدولة تمارس وظيفتها القضائية من أجل المصالح الخاصة لهؤلاء الأفراد وإنما لتحقيق المصلحة العامة والمتمثلة فى إقرار السكينة والنظام على إقليم الدولة، وعلى ذلك فلا يجوز لهؤلاء الأفراد أن يتخطوا حدود

(١) د. ناصر عثمان محمد: الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة فى المنازعات الخاصة

الدولية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٣، ٢٤.

(٢) عن هذه الآراء تفصيلاً راجع د. محمد الروبى: دور الإرادة فى مجال الاختصاص القضائى

الدولى، ٢٠٠٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٣ وما بعدها.

ما سمحت لهم به الدولة وأن يعمدوا إلى تحريك الدعوى أمام سلطة قضائية في دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم في دولة أجنبية^(١).

ولكن ما قال به هذا الرأي يدعو إلى الشك في مصداقيته، فهو يكيل بمكيالين فكيف يجعل من إرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي الدولي اعتداءً وتخطياً للحدود على سلطة الدولة في ذات الوقت الذي يرحب فيه ويثمن بالاختصاص الجالب واتجاه إرادة الأطراف إلى جلب الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة حتى ولو كانت غير مختصة أصلاً بنظر النزاع (الخصوع الإرادى)؟، ومن ثم يجب أن يكون الإنكار لدور الإرادة إذا أرادوا ذلك عاماً وشاملاً بحيث يتمتع على الإرادة جلب الاختصاص لمحاكم الدولة في حالة عدم اختصاصها بالفصل في المنازعة وفقاً لقانونها كما يتمتع عليها سلبه منها في حالة اختصاصها^(٢).

الرأى الثانى:

ويدعو مؤيدوه إلى أن مرفق القضاء هو مرفق مهمّ وخطيرٌ وتُستخلص أهميته وخطورته من عموميته، فعموميته تعنى أن قواعد تنظيم سيره وإدارته يجب أن تكون بيد سلطة أعلى وأقوى وهى سلطة الدولة، وأنه من غير المقبول تركها بيد إرادة الأطراف المتخاصمين.

ولكن ما دعا إليه هذا الرأى يتعارض مع اعتراف المشرع لإرادة الأطراف بالدور الكبير في مجال الاختصاص القضائي الداخلى ولم يؤثر ذلك على عمومية مرفق القضاء، فعلى التوازي يفترض أيضاً ألا يؤثر الاعتراف بإرادة الأطراف في مجال الاختصاص القضائي الدولي على صفة المرفق العام الثابتة للقضاء، إضافةً إلى ذلك كيف يمكن إغفال أن الأفراد المتقاضين هم ذوو الشأن في مجال الاختصاص القضائي

(١) للمزيد راجع د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص ٧٣٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد الروبى: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ٤٧.

الدولى ؟ وأن المحاكم أنشئت خصيصاً لخدمتهم وتسوية منازعاتهم مما يقضى بوجود الاعتراد بإرادتهم لا تجاهلها^(١).

الرأى الثالث:

ويتبنى أنصاره الدعوة إلى المساواة بين السلطات القضائية والإدارية والتشريعية، وأن الأطراف ملزمون بالخضوع لهذه السلطات الثلاث ولا يجوز الامتناع عن الامتثال لهم، وترتيباً على ذلك فإن الفرد كما لا يجوز له الامتناع عن الخضوع لما تقرره السلطات التشريعية والإدارية والتنفيذية لدولته وأن يخضع لسلطات الدول الأجنبية التشريعية والإدارية، فإنه لا يجوز له أيضاً أن يلجأ لسلطة قضائية لدولة أجنبية تاركاً السلطة القضائية لدولته.

ولكن ما يراه هذا الرأى هو فى الواقع دعى النسب فقد التبس عليه الأمر وأشكل، حيث إن جميع التشريعات والأنظمة القانونية تجعل من إرادة الأطراف ضابط الإسناد الأصيل فى مجال الالتزامات التعاقدية بل وامتدت إلى مجال الالتزامات غير التعاقدية على المستوى التشريعى، ومن ثم فإنه مقارنة بذلك يتوجب الاعتراف بدور هذه الإرادة أيضاً فى مجال الاختصاص القضائى لأن الاختصاصين مكملان لبعضهما البعض بل إن القضائى أسبق من التشريعى فى وجوده، وأما بالنسبة لخضوع الفرد للسلطة الإدارية فإن ذلك يكون حال تواجد هذا الفرد على إقليم دولته أما فى حال تواجده على نطاق إقليم دولة أخرى فإنه يخضع للسلطة الإدارية لهذه الدولة ولا يجوز لدولة الفرد أن تتراحم تلك الدولة الأجنبية الأخرى فى شىء من نظامها الإدارى على غرار عدم سماحها بتدخل الدول الأخرى التى يتبعها أجانبا يتواجدون على إقليمها فى التدخل فى أنظمتها الإدارية التى وضعتها خصيصاً لهؤلاء الأجانبا^(٢).

(١) د. محمد الروبى: المرجع السابق، ص ٤٦، ٤٧.

(٢) د. أحمد عبد الكرم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص

١٠٥٩ وما بعدها، بند ٧٧٣ وما يليه، وأيضاً د. محمد الروبى: دور الإرادة فى مجال

الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ٤٧، ٤٨.

نقد هذا الاتجاه:

سارع الفقه إلى تحليل وتفنييد هذا الاتجاه القائل بتعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام وما قدمه من حجج داعمة لرأيه حتى خرجوا بحزمة من الانتقادات تمثلت في ردود على ما دفعوا به من حجج واستنادات تمثلت في الآتي:

١- أن هذا الاتجاه حاول الربط بين تمتع القاعدة بالصفة الآمرة وبين تعلقها بالنظام العام، وأعتقد أن هناك تلازماً وتلاصقاً بين الصفة الآمرة للقاعدة القانونية وبين تعلقها بالنظام العام، بل وعلق تمتع القاعدة بالنظام العام على تمتعها بالصفة الآمرة وجعلها قاعدةً عامةً، ولكنه أغفل أن ذلك لا يمكن أن يكون في جميع الحالات، وأن هناك قواعد قانونية آمرة ولكنها لا تتعلق بالنظام العام كالقاعدة التي تفرض إفراغ التصرف القانوني في قالبٍ خاصٍ؛ فهي وإن كانت قاعدة آمرة إلا أنها لا تُعد من النظام العام لكون النظام العام متعلق بكل ما هو ضروري وحتمي لحسم إدارة سير النظم الأساسية في المجتمعات^(١).

٢- انتقص البعض من قيمة هذا الاتجاه بأنه إذا كان الهدف الرئيس من وراء الإصرار على تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام هو سد الذرائع أمام كل دورٍ سالبٍ لإرادة الخصوم في مجال الاختصاص القضائي الدولي يسلب من المحاكم المصرية اختصاصها بنظر النزاع بحيث لا يستطيع الخصوم أن يسلبوا عن طريق الاتفاق الاختصاص الثابت لها وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في القانون المصري، في حين أنه يمكن الاستعاضة عن ذلك بوسيلةٍ أخرى لتحقيق ذات الهدف تكون أكثر فاعلية وتأثيراً كاشتراط توافر رابطةٍ جديّةٍ حقيقيةٍ بين النزاع والمحكمة الأجنبية التي يُراد إسناد الاختصاص إليها، وفي حالة تخلف هذه الرابطة يحرم على الأطراف اتقاقهم، أما

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٣.

إذا توافرت هذه الرابطة فإن ذلك يستتبع تنازل المحكمة المصرية المختصة عن الاختصاص الثابت لها في هذه الحالة^(١).

٣- أن تحديد مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام يجب أن ينبع من طبيعة الاختصاص ذاته، ولا يجب أن يؤخذ من مجرد الدلالات اللفظية والتحليلات اللغوية أو الاصطلاحية لنصوص المواد، وبالتالي فإنه من غير المنطقي الاعتماد على ما ورد بنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية من اعتمادها على عبارة " تختص محاكم الجمهورية...." وعدم استعمالها لعبارة " يجوز رفع الدعوى" في إضفاء الصفة الآمرة على نصوص قواعد الاختصاص القضائي الدولي^(٢).

٤- أتهم هذا الاتجاه بالإصرار على إعدام أي دور لإرادة الأطراف، وهو ما يجعل موقفه انتقائياً مُطفاً تملؤه الأنانية والأثرة؛ حيث إن الدولة في الوقت الذي تُجيز فيه اتفاق الأطراف على جلب الاختصاص لمحاكمها الوطنية (الخضوع الإرادي أو الاختياري) ترفض وتتكبر أي دور للإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي ووفقاً لما يروونه، فالاختصاص القضائي في نظرهم بمثابة حرب تفوز فيها محاكم الدولة التي تستطيع أن تسلب أكبر عدد من المنازعات الدولية من محاكم الدول الأخرى والتذرع في سبيل ذلك بما يسمى بسيادة الدولة دون المقارنة والنظر بعين الاعتبار لسيادات الدول الأخرى، وأنه كما لا يجوز وفقاً لمفهوم سيادتها أن تنتظر محاكم دولة أجنبية ما يدخل في نطاق اختصاص محاكمها من دعاوى فإنه

(١) د. ناصر عثمان محمد: الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

بالمثل لا يجوز أن تسمح لمحاكمها أن تفصل في منازعات تدخل في اختصاص محاكم أجنبية حتى ولو اتفق الأطراف على ذلك احتراماً لسيادة الدول الأخرى^(١).

٥- أن الواقع يشهد بأن السلطة القضائية تهدف في المقام الأول إلى حماية مصالح المتقاضين الخاصة، وأن الدولة عندما تضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي فإنها من ناحية تؤمن مصالح المتقاضين الخاصة وتسهل عليهم، ومن ناحية أخرى تعمل بذلك على كفالة التنظيم الحسن لهذا المرفق الهام (مرفق القضاء) والذي يمثل جانب من جوانب السيادة للدول^(٢)، ومعنى ذلك أن الدولة لا تهدف من وراء تشريعها لقواعد الاختصاص القضائي الدولي محاولة فرض سيطرتها وتأكيد سيادتها في مواجهة باقى الدول، فالسلطة القضائية ليست حائط صدٍ لما يمكن أن يحدث من اعتداءات من جانب الجهات الأجنبية المتصلة بالنزاع

(١) وتبدو هذه النزعة الأتانية جلية في المادتين ١٥، ١٤ من القانون المدني الفرنسى حيث تنص المادة ١٤ على أنه :

"L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité - devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français

Il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour, des obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français

ووفقاً لهذه المادة فإنه للفرنسى أن يقاضى خصمه أياً كانت جنسيته أو موطنه أو محل إقامته أو محل إقامته أمام المحاكم الفرنسية حتى ولو لم يكن هذا الفرنسى متوطناً أو مقيماً فى فرنسا، أما المادة ١٥ من ذات القانون فقد نصت على أنه:

"Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger".

وبناء على هذا النص فإن الفرنسى لا يُقاضى إلا أمام المحاكم الفرنسية مهما كانت الصلة التى تربط النزاع بدولة أو دولٍ أخرى متينة ووثيقة الصلة بالنزاع، وذلك ما لم يتنازل هذا الفرنسى طوعاً واختياراً عن الإستفادة بالمزية المقررة له بموجب هاتين المادتين ١٤، ١٥ من القانون المدني الفرنسى.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

ومرتبطة به، وأن القول بغير ذلك يفتح المجال أمام فرص قطع المسار الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية.

٦- أنه ليس صحيحاً ما ادعاه البعض من أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي وضعت لتؤكد سيادة الدولة على إقليمها وحفاظاً عليها أمام سيادات الدول الأخرى، وأن مرفق القضاء بمحاكمه هو السلاح الذي تدافع به الدولة سيادتها أمام محاكم تعديت سيادات الدول الأخرى المرتبطة بالنزاع، ولكن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد ذات طابع داخلي قررها المشرع لحماية مصالح الأفراد الخاصة والتيسير على المتقاضين والتنظيم الهادف لمرفق العدالة وضمان حسن سيره^(١).

٧- أن هذا الاتجاه قد التبس عليه الأمر وأشكل؛ ويظهر ذلك واضحاً في التناقض بين منطق ما يدعو إليه من تعلق كل قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، وبين ما يعترف به المشرع في قانون المرافعات لإرادة الخصوم من حقها في منح الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر نزاع لم تكن مختصة أصلاً بنظره وإنكار هذا الحق عليهم إذا ترتب عليه سلب الاختصاص من المحاكم المصرية^(٢).

المطلب الرابع

الاتجاه الثاني: عدم تعلق جميع قواعد الاختصاص القضائي بالنظام العام ويتبنى أنصاره فكرة أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي لا تتعلق جميعها بالنظام العام فبعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر لا يتعلق به^(٣)، واستندوا في

(١) د. محمد الروبي: دور الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٧٢، ٧٣.

(٣) حول هذا الاتجاه راجع تفصيلاً د. هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما بعدها.

ذلك إلى أنه لو كان الأصل في الاختصاص المحلى هو أنها لا تتعلق بالنظام العام فالأمر مختلفٌ بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائى الدولى التى قد تتسم بالصفة الأمرة فى أغلب الحالات، فهذه القواعد تحدد ولاية قضاء الدولة تجاه المنازعات التى تنور على إقليمها علاوة على ارتباطها بوظيفةٍ أساسيةٍ من وظائف الدولة وهى تحقيق العدالة على إقليمها عن طريق سلطتها القضائية بهدف تحقيق المصلحة العامة متمثلةً فى إقرار النظام العام والسكينة العامة على الإقليم، وتلك اعتبارات تمس النظام العام فى بعض الحالات وتتصل بسيادة الدولة فى بعض الفروض، وبالتالي بالنظام العام فيها^(١).

وهناك فريق من أنصار هذا الاتجاه يقسمون قواعد الاختصاص القضائى الدولى من ناحية تعلقها بالنظام العام من عدمه إلى طائفتين^(٢):

الطائفة الأولى: وتشمل حالات الاختصاص القضائى الأسمى " الوجوبى " الذى يشمل الاختصاص بالدعاوى المرتبطة بمالٍ موجودٍ فى مصر أو الدعاوى المتعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فى مصر أو المتعلقة بإفلاس أشهر فيها^(٣)، والاختصاص فى مسائل الإرث والتركات^(٤)، وكذلك الاختصاص القضائى بالإجراءات الوقتية والتحفظية^(٥)، والاختصاص بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل

(١) د.حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٧٤، ٧٥.

(٢) د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٦١٦، د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ٦١٧.

(٣) المادة ٢/٣٠ مرافعات.

(٤) المادة ٣١ مرافعات.

(٥) المادة ٣٤ مرافعات.

إقامة في مصر فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقارٍ واقعٍ في الخارج^(١).

الطائفة الثانية: وتُسمى قواعد الاختصاص الجوازي وتشمل الاختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الجنسية^(٢) والاختصاص المبني على ضوابط الخضوع الإرادي (الاختياري)^(٣)، والاختصاص المتعلق بالمسائل الأولية والطلبات العارضة والدعاوى المرتبطة^(٤).

ونتيجةً لهذه التفرقة وهذا التقسيم، فقد أخضع أصحاب هذا الاتجاه الطائفة الأولى (حالات الاختصاص الوجوبي) للنظام العام، وأنكروا على الطائفة الثانية (حالات الاختصاص الجوازي) هذه الميزة، واستندوا في ذلك إلى أن هذه التفرقة كانت واضحةً في قانون المرافعات المصري الصادر عام ١٩٢٤م حيث كانت القواعد المنظمة للاختصاص الوجوبي تبدأ بعبارة " تختص محاكم الجمهورية...."، في حين كانت النصوص الخاصة بتنظيم الاختصاص الجوازي تبدأ بعبارة " يجوز رفع الدعوى...."، أما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر عام ١٩٨٦م فقد تخلى عن هذه التفرقة واستعمل عبارة " تختص محاكم الجمهورية....." في جميع الحالات، وهو ما يدل على نيته الصريحة في القضاء على هذه التفرقة وإلى التسوية بين جميع حالات الاختصاص^(٥).

ولكن خرج فريقٌ من صلب هذا الاتجاه يرى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعدٌ أمرّة، ولكنه يدعو إلى ضرورة التفرقة في المعاملة بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي من ناحية درجة التعلق بالنظام العام وألا تكون جميعها على درجة

(١) المادة ٢٩ مرافعات.

(٢) المادة ٢٨ مرافعات.

(٣) المادة ٣٢ مرافعات.

(٤) المادة ٣٣ مرافعات.

(٥) د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٦١٩.

واحدة، فالقواعد التي يُقصد من ورائها حسن إدارة القضاء ومثالها القواعد المبنية على أساس وجود المال على إقليم الدولة، والقواعد المتعلقة بمسائل الإفلاس والقواعد المتعلقة بالإجراءات الوقتية والتحفيزية هي قواعدٌ أمرّة، أما القواعد التي يكون الغرض منها التيسير على المتقاضين ومثالها قواعد الاختصاص القضائي المبنية على أساس جنسية المدعى عليه وقواعد الاختصاص المبنية على ضابط الخضوع الإرادي وقواعد الاختصاص في المسائل الأولية والمرتبطة فإنها لا تتعلق بالنظام العام^(١).

وتطبيقاً لذلك فقد استغل البعض هذه التفرقة ليقرر بأن نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري المتعلق بالخضوع الاختياري لابد وأن يُفسر على أن لأطراف دورٌ مزدوجٌ في هذا الخصوص، وأنه لما كان من الجائز لها سلب الاختصاص من المحاكم الأجنبية ومنحه للمحاكم الوطنية، فإنه يجوز لها أيضاً أن تُسند الولاية القضائية بنظر النزاع للمحاكم الأجنبية وتسلبه من المحاكم المصرية استناداً إلى الصفة المكملّة غير الأمرّة لضابط الخضوع الاختياري^(٢).

النقد الموجه له:

لم يستند هذا الاتجاه على سندٍ صلبٍ ولم يقدم الحجة المقنعة التي يمكن عن طريقها القول بأن هناك قواعد اختصاص جوازي وقواعد اختصاص وجوبي، لا تتعلق الأولى بالنظام العام بينما الثانية قواعد أمرّة لا يجوز مخالفتها، ولكنه نادى إلى ذلك بمنطقٍ غير مرتب النتائج، فقله بوجود قواعد اختصاص جوازي لا تتعلق بالنظام العام لأنها ليست قواعد أمرّة وبالتالي يجوز للأطراف مخالفتها ولا تمنع الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بصددها من محكمةٍ أجنبية، يُحتم عليه التسليم بقبول إحالة

(١) د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

(٢) د. ناصر عثمان محمد: الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٠.

الاختصاص القضائي الدولي وذلك إذا ما تعلق النزاع بحالةٍ من حالات الاختصاص الجوازي^(١).

ورأى البعض أنه لا طائل من وراء هذه التفرقة بين الاختصاص الوجوبى والاختصاص الجوازي التى دعا إليها هذا الاتجاه؛ حيث إن الوضع المستقر والحقيقى المتعلق بالاختصاص القضائي الدولي هو أن محاكم الدولة إما أن تكون "مختصة" أو تكون "غير مختصة" ولا يوجد ما يعرف بالحل الوسط بينهما، فمحاكم الدولة إما أن تكون مختصة أو غير مختصة ولا يوجد اختصاص قاصر عليها واختصاص غير قاصر عليها^(٢).

الخلاصة:

ينساب مما تقدم أنه لما كانت فكرة النظام العام ذاتها فكرةً نسبيةً ومتغيرةً تختلف بتغير الأنظمة والمجتمعات، فإن مسألة تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام هى مسألة نسبيةً أيضاً تتباين باختلاف النظم القانونية، وهو ما أدى إلى كثرة الاجتهاد الفقهي فى هذه المسألة، وذلك لما تتمتع به من أهمية بالغة، وبالنسبة للمشرع المصرى فإنه لم يأت - بنص صريح - يجعل من قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد أمرة ملزمة متصلة بالنظام العام، وهو ما يُلقى على عاتق المشرع سرعة إدخال نصٍ ملزمٍ وحاسمٍ يقضى بوضوح على ما هو ثائر من خلاف.

ونرى من جانبنا أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي يجب أن تكون جميعها قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز إطلاقاً الخروج عليها ومخالفتها، ولن يتأتى ذلك إلا إذا كانت هذه القواعد مبنية على أسسٍ ومعاييرٍ وضوابطٍ موضوعيةٍ يكون قوامها الروابط الوثيقة التى تربط إقليم الدولة والنزاع، وهو ما سيُسهل على القاضى بعد ذلك مهمته الموكلة إليه حينما يُطلب منه الأمر بالتنفيذ لأنه حينئذٍ سيبحث هل يوجد روابط وثيقة تربط إقليم الدولة بهذا النزاع؟، وعلى ضوء ذلك سيقرر منحه أمراً

(١) د. طلال ياسين العيسى: المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(٢) د. ناصر عثمان محمد: المرجع السابق، ص ٢٩.

بالتنفيذ من عدمه، فهذه الرابطة الوثيقة والضوابط الموضوعية المستمدة من ظروف وملابسات النزاع أو العلاقة كأساس لقواعد الاختصاص القضائي ستُضفى بلا شك عليها الصفة الآمرة وستجعلها متعلقةً بالنظام العام لأنها أصبحت متعلقة بكيان الدولة وسيادتها.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بدعاوى الأحوال الشخصية تُعرف مسائل الأحوال الشخصية بأنها "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية مثل كونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرماًلاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها لسبب من أسبابها القانونية"^(١) ، كما أن الأحوال الشخصية تشمل أموراً كالميراث والوصية والوقف، وعلى ذلك تخرج من مسائل الأحوال الشخصية الدعاوى التي تختلف في مضمونها عن ما ذكر سلفاً، فلا يدخل في مسائل الأحوال الشخصية ومنازعاتها المنازعات التي تؤسس على الفعل الضار على سبيل المثال وإن كان أطرافها بينهم رابطة قرابة كالأب وابنه.

ولقد أورد المشرع المصري قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية الدولية في موضعين رئيسيين: أولهما هو الفقرة السابعة من المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي خصصها للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بدعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامة ، وثانيهما هو ما أورده من قواعد متعلقة بالاختصاص القضائي الدولي في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٣٠ أيضاً من قانون المرافعات والتي خصصهما للاختصاص

(١) لمزيد حول المقصود بالأحوال الشخصية انظر الموقع الإلكتروني للموسوعة العربية:

<https://www.arab-ency.com/ar/>

القضائى الدولى للمحاكم المصرىة بدعاوى الأحوال الشخصية والمقيد بنوع الدعوى،
وهو ما سنعرضه تفصيلاً فى المطالب الآتية:

المطلب الأول

الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية
بالدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة

وفي هذا الصدد تنص المادة ٣٠ / ٧ مرافعات مصرى على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى تُرفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية فى الأحوال الآتية: ٧- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان المدعى وطنياً أو كان أجنبياً له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى"، ومن هذا النص يتضح لنا أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية فى الحالتين المنصوص عليهما لتعلقهما بمسائل الأحوال الشخصية دون التقيد بنوع معين من الدعاوى فيها، وهاتين الحالتين هما:
أولاً- الاختصاص المستند إلى فكرة تلافى إنكار العدالة:

ويمطالعة النص السابق يمكن القول بأن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة إذا كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبياً متوطناً فى مصر، ولو لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج، وقد قصد المشرع بهذا الحكم تلافى إنكار العدالة، فالأصل أنه ليس للمدعى عليه موطن معروف، ومن ثم فالغالب أنه لا توجد هناك محكمة أخرى تختص بالدعوى، وهو الأمر الذى حدا بالمشرع المصرى إلى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية فى هذا الفرض ما دام أن المدعى مصرى أو أجنبى متوطن فى مصر، على أنه يشترط لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية فى هذه الحالة الشروط الثلاث التالية:

١- أن يكون المدعى مصرياً، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، أو أن يكون أجنبياً متوطناً فى مصر.

٢- ألا يكون للأجنبى المدعى عليه موطن معروف فى الخارج.

٣- أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة، ودون التقيد بنوع معين منها، ويُستثنى من ذلك الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

ويشير فقه القانون الدولي إلى أن تقرير هذا الاختصاص الاستثنائي يرجع لسببين رئيسيين هما:

أولاً: الحيلولة دون إنكار العدالة في الحالات التي لا ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم أى دولة أخرى غير المحاكم المصرية إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الخارج، أى أن هذا الضابط من ضوابط انعقاد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية يعمل كضابط احتياطي عندما يتعذر تحديد موطن أو محل إقامة للمدعى عليه.

ثانياً: منح المدعى المصرى الجنسية نوعاً من الحماية خلال تسهيل مهمته في تحديد المحكمة التي يستطيع فيها مقاضاة المدعى عليه متى تعقد وتعسر انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة أخرى.

وبالتالى فإن الأخذ بهذا المعيار له ما يُبرره وما يجعله جديراً بالاعتناق، ولكننا نود أود أن نضيف أنه في حال كان المدعى متعدد الجنسية، وكانت الجنسية المصرية إحدى الجنسيات التي يحملها، فإنه يتوجب على القاضى عدم التسرع بالحكم بانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة في مثل هذه الظروف إلا بعد أن يتأكد من وجود رابطة وثيقة بين المدعى والإقليم المصرى، وذلك حتى لا ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ليس بينها وبين النزاع المعروض أى ارتباط، والقول بغير ذلك سيخلق من المدعى شخصاً متهاوناً معتمداً على هذا الضابط ليخدم مصلحته ومستغلاً الظروف ليبرر عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي يُقيم بها في الغالب.

ثانياً: الاختصاص القائم على أساس أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى
الدعاوى.

تختص المحاكم المصرية فى هذه الحالة بدعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامة أيضاً إذا كان المدعى مصرى الجنسية أو أجنبياً متوطناً فى مصر، وذلك فيما لو كان القانون الوطنى هو الواجب التطبيق فى الدعوى، بصرف النظر أن يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج من عدمه، وذلك بعكس الحالة الأولى، وعلى هذا النحو يلزم توافر الشروط الآتية لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية فى هذه الحالة:

١- أن يكون المدعى مصرياً أو أجنبياً متوطناً فى مصر.

٢- أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة عدا
الدعاوى المتعلقة بعقارٍ واقعٍ فى الخارج.

٣- ألا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر.

٤- أن يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق فى الدعوى.

ولعل المشرع المصرى قد قصد فى هذه الحالة أن يجلب الاختصاصين التشريعى و القضائى، ولكن يرى بعض الفقه المصرى أن المشرع استند فى هذه الحالة على أساس أن محاكم الدولة هى الأقدر على كفاءة تطبيق قانونها، خاصة وأن المادة ١٤ مدنى مصرى تعقد الاختصاص التشريعى للقانون المصرى فى مسائل الزواج بصفة عامة (انعقاده وآثاره وانقضاؤه) إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج وذلك فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

ولكننا نرى من ناحيتنا أن هذا المعيار يحتاج إلى إعادة نظر وصياغة لعدة

أسباب نوجزها فى الآتى :

أولاً: أن تحديد القانون واجب التطبيق مرحلة لاحقة على مرحلة تحديد الاختصاص القضائى للدولة بالمنازعة المعروضة ، فكيف يمكن للقاضى أن يتحقق من أن القانون المصرى هو القانون واجب التطبيق ما لم تحدد المحكمة المختصة بنظر

النزاع أولاً، أى أن القاضى لن يستطيع التوصل للقانون واجب التطبيق إلا بعد انعقاد الاختصاص القضائى لمحكمة دولته والسير فى نظر الدعوى وإجراءاتها، ولا يجدى الدفع بأن القانون واجب التطبيق فى مثل هذه الحالة معروف مسبقاً ولا يحتاج إلى تأويل ما دام أن المدعى عليه مصرياً، فالاختصاص منعقد للقانون المصرى وفقاً للاستثناء والمجال المحجوز للقانون المصرى فى المادة ١٤ من القانون المدنى والمتعلق باختصاص القانون المصرى إذا أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج.

وبالتالى لن يكون للقاضى دورٌ فى البحث حول اختصاص قانون آخر، ولكن مسائل الأحوال الشخصية لا تقتصر فقط على مسائل الزواج وآثاره، وهى المسائل التى تعلق بها الحكم الوارد فى نص المادة ١٤ مدنى مصرى، حيث إنها تشمل مسائل أخرى كالميراث والوصية والنفقة بين الأقارب والحضانة والنسب وغيرها من المسائل التى لا تخضع لنص المادة ١٤ والتى قد يكون القانون واجب التطبيق عليها قانوناً غير القانون المصرى رغم أن أحد الطرفين مصرى الجنسية، وهذا يعنى أنه يجب على القاضى أن ينظر فى النزاع ويعكف على دراسته قبل تحديد القانون واجب التطبيق وهنا تكون المفارقة، بل إن نص المادة ١٤ فى حد ذاته استثنى شرط الأهلية للزواج الذى يبقى خاضعاً للأحكام المتعلقة به فى شأن تحديد القانون واجب التطبيق، الأمر الذى يعنى أن هذا الشرط سيخضع لقانون كل من الزوجين وفقاً لنص المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى والمتعلق بالشروط والشروط الموضوعية للزواج .

ثانياً: هل مجرد اختصاص القانون المصرى بالتطبيق يجعل من النزاع نزاعاً وثيق الصلة بالإقليم المصرى و يُبرر تطبيقه؟، فلو افترضنا أن مصرياً مقيماً فى إيطاليا متزوج من إيطالية الجنسية مقيمة معه هناك، ثم ثار نزاع بينهما حول حضانة الطفل، فإنه فى مثل هذه الحالة اختصاص القانون المصرى بحكم النزاع قد يكون محل انتقاد على الرغم من أن الاختصاص التشريعى فى هذه الحالة ينعقد للقانون المصرى بعد أن اتفق الفقه الغالب على تطبيق قانون جنسية الأب

على مسائل الحضانة بوصفه رب الأسرة ، ذلك أن الصلة بين القانون المصرى والنزاع صلةً هزيلةً مقارنةً بالصلة بين النزاع والقانون الإيطالى، ذات الحديث ينطبق على الاختصاص القضائى؛ حيث إن النزاع أكثر صلة بدولة إيطاليا منه إلى الدولة المصرية .

المطلب الثانى

الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمقيدة بنوع الدعوى بالإضافة إلى اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الأحوال الشخصية فى الحالتين السابقين قرر المشرع المصرى اختصاصها بحالاتٍ أخرى فى مسائل الأحوال الشخصية، ولكن هذه المرة قيد الاختصاص بنوع الدعوى مثل دعاوى الزواج، النفقات، النسب، الولاية، ودعاوى الإرث والتركات، وفيما يلى بيان ذلك:
أولاً- الدعاوى المتعلقة بالزواج:

لما كان الزواج من المسائل الوثيقة الصلة بالشخص، فقد رأى المشرع تحقيقاً لحسن سير العدالة وتيسيراً على الخصوم وضع قاعدتى اختصاص: أولهما خاصة بالمعارضة فى إبرام الزواج، وثانيهما متعلقة بفسخ الزواج أو التطلق أو الانفصال، ويُعقد الاختصاص فى هاتين الحالتين حتى ولو لم تتوافر شروط الاختصاص بدعاوى الأحوال الشخصية بصفة عامةٍ والتي سبق بيانها.

(أ) دعوى المعارضة فى عقد الزواج المراد إبرامه أمام الموثق المصرى:

رأى المشرع فى المادة ٣/٤٠ من قانون المرافعات المصرى أنه إذا كان عقد الزواج المراد إبرامه يدخل فى اختصاص موثق مصرى وفقاً لقواعد تنازع القواعد، فإن المعارضة فى هذا الزواج يتعين أن تختص بنظرها أيضاً المحاكم المصرية، إذ أن المشرع قد خول مكاتب التوثيق مهمة توثيق عقود الأجانب، فإذا أراد البعض الاعتراض على إبرام الزواج فإن المحاكم المصرية تكون مختصة بدعوى المعارضة فى هذه الحالة، وذلك بغرض التيسير على صاحب الحق قانوناً فى الاعتراض؛ إذ سيُجنبه الالتجاء إلى محاكم دولة موطن المدعى عليه، كما أن ذلك يؤدي إلى حسن سير

العدالة؛ فقد لا يكون هناك سبيل من الناحية القانونية لمنع هذا الزواج إلا عن طريق صدور حكم قضائي، ولا شك أن المحاكم المصرية أقدر في هذه الحالة على إصدار مثل هذا الحكم نظراً لأن الزواج سيبرم أمام موثق ينتمي إلى الدولة ويخضع لسُلطان محاكمها، ويمكن القول بأنه يشترط لاختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة توافر ما يلي:

١- أن تكون الدعوى متعلقة بالمعارضة في إبرام عقد الزواج، والمقصود بالإعتراض وقف توثيق العقد لوجود مانع من موانع الزواج.

٢- أن تكون مكاتب التوثيق المصرية مختصة بإبرام عقد الزواج.

٣- أن يكون المدعى عليه أجنبياً غير متوطن ولا مقيماً في مصر.

(ب) دعاوى فسخ الزواج أو التطلاق أو الانفصال.

تنص المادة ٣٠ / ٤ مرافعات مصرى على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطلاق أو بالانفصال، وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسيتها المصرية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلاق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية"، ومن هذا النص يتضح أن المحاكم المصرية تكون مختصة بطلب فسخ الزواج أو التطلاق أو الانفصال الجسمانى ولو لم يكن للمدعى عليه الأجنبى موطن أو محل إقامة فى مصر وذلك فى حالتين هى: الحالة الأولى: إذا كان الدعوى مرفوعة من زوجة أجنبى متوطنة فى مصر.

ويلزم فى هذه الحالة أن تتوافر الشروط الآتية:

١- أن تكون المدعية متوطنة فى مصر ولا يكفى مجرد الإقامة فيها.

٢- أن تكون هذه الزوجة الأجنبية قد سبق لها التمتع بالجنسية المصرية ولكن فقدتها بسبب هذا الزواج.

٣- أن تكون الدعوى متعلق بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال.

وأساس اختصاص المحاكم المصرية في هذه الحالة هو مراعاة حالة الزوجة المدعية وتمكينها من استرداد جنسيتها المصرية وفقاً للمادة ١٣ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م، إذ لا شك أن توطن الزوجة في مصر بعد انحلال رابطة الزوجية يُشكل عنصراً مهماً من عناصر تقدير السلطة التنفيذية عند النظر في طلب استرداد الجنسية.

الحالة الثانية: إذا كانت الدعوى مرفوعة من زوجة أجنبية متوطنة في مصر على زوج أجنبي كان متوطناً بها.

ويلزم توافر الشروط التالية لعقد الاختصاص في هذه الحالة للمحاكم المصرية:

١- أن تكون المدعية متوطنة في مصر ولا يكفي مجرد الإقامة فيها، وبصرف النظر عن جنسيتها.

٢- أن يكون الزوج الأجنبي المدعى عليه سبق أن كان له موطن في مصر، وتحقق سبب الدعوى ثم هجر زوجته فاقداً موطنه في مصر إما بمحض اختياره أو جبراً نتيجة لإبعاده عن الأراضى المصرية.

والواقع أن في هذا النص على اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لهذه الحالة تيسيراً على الزوجة التي هجرها زوجها ورعاية لمصلحتها المصرية، إذ قد يتعذر عليها لظروف اجتماعية واقتصادية الالتجاء إلى محكمة دولة موطن الزوج المدعى عليه ومقاضاته أمامها.

ثانياً: الدعاوى المتعلقة بالنفقات.

نص المشرع في المادة ٥/٣٠ من قانون المرافعات المصرى على اختصاص

المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل

إقامة بمصر" إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها"، وباستقراء النص السابق يشترط لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بهذه الدعاوى ما يلى:

١- أن تكون الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير، ويُسْتثنى من ذلك النفقة الوقتية التي يطالب بها أيهم أو غيرهم؛ حيث قرر المشرع لها حكماً خاصاً نعرض له فيما بعد.

٢- أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر.

٣- أن تكون الأم أو الزوجة المدعية متوطنة فى مصر، وأما بالنسبة للصغير فيكفى أن يكون له محل إقامة بها دون اشتراط توطنه بمصر، وهكذا فلا يكفى وجود محل إقامة للأم أو الزوجة وإنما يشترط وجود موطن لهما بمصر، فى حين أن الأمر بالنسبة للصغير يكفى فيه مجرد محل إقامة بمصر.

ولعل الحكمة من عقد الاختصاص للمحاكم المصرية فى هذه الحالة هو ضعف حالة المطالب بالنفقة وحاجته إلى الرعاية، إذا لا يُعقل أن تغلق المحاكم المصرية أبوابها فى وجههم وتكبدهم معاناة انتقالهم للخارج لرفع دعواهم. ثالثاً: الدعاوى المتعلقة بنسب الصغير والولاية على النفس.

نص المشرع فى المادة ٣٠ / ٦ من قانون المرافعات المصرى على اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبى الذى ليس موطن أو محل إقامته فى مصر" إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير مقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها"، وهكذا فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية وفقاً لهذا النص متى توافرت الشروط الآتية:

١- أن تكون الدعوى متعلقة بنسب الصغير إثباتاً أو إنكاراً أو بالولاية على نفسه، ومما لا شك فيه أن فى اختصاص المحاكم المصرية بمثل هذه الدعاوى مراعاة لظروف الصغير صاحب المصلحة الحقيقية فى الدعوى.

٢- أن يكون المدعى هو الصغير المقيم في مصر، ولا يشترط توطنه فيها كما لا يشترط أن يكون مصرياً.

٣- أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة في مصر.
رابعاً: الدعاوى المتعلقة بمسائل الولاية على المال.

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على المال فقد نص المشرع في المادة ٣٠ / ٨ من قانون المرافعات المصرى على اختصاص محاكم الجمهورية" إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في الجمهورية، أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب".

ويتبين من هذا النص عدة شروط ينبغي توافرها في هذه الحالة لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية:

١- أن تكون الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، مثل كل ما يتعلق بتعيين الوصى على القاصر، وتنصيب النائب عن المحجور عليه، وإثبات الغيبة، وتقدير المساعدة القضائية، وعزل الوصى أو الحد من سلطاته، وكذا سلب الولاية منه أو وقفها أو الحد منها، و الإذن للمحجوز عليه بالإدارة.... إلخ.

٢- أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في مصر أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة بالنسبة للغائب، ويعتبر موطن كل من القاصر والمحجوز عليه والغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنهم قانوناً، أى أنه يشترط أن يكون النائب عن أيهم متوطناً في مصر أو له فيها محل إقامة، وينبغي كذلك أن يكون ناقص الأهلية أو الغائب في مركز المدعى في الدعوى إعمالاً لنص المادة السابقة.

٣- أن يكون المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة في مصر.

خامساً: الدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات.

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات المصرى على أنه تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد أفتتحت في الجمهورية أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الجمهورية.."، وقد راعى المشرع بهذا النص الصلة الوثيقة بين مختلف الدعاوى التي ترفع بشأن إرث أو تركة، ومن ثم جمع بينها في صعيدٍ واحدٍ من حيث الاختصاص.

ويُعد من مسائل الإرث الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث، وبيان الورثة، وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم، وحق المورث في تعيين منفذ الوصية، وحق القاضى في تعيين مدير التركة، كما يقصد بالدعاوى المتعلقة بالتركة الدعاوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي يرفعها دائن المورث طالباً الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التي ترفع على مدين المورث لإستيفاء أموال التركة.

وطبقاً لنص المادة السابقة فإن المحاكم المصرية تكون مختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات في حالات ثلاث وردت على سبيل الحصر وهى:
الحالة الأولى: افتتاح التركة في مصر.

وفي هذه الحالة تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كانت مصر هى آخر موطن للمتوفى، وأساس اعتداد المشرع ببلد افتتاح التركة كضابط للاختصاص بمسائل المواريث هو أن محاكم الدولة التي يوجد بها آخر موطن للمتوفى هى الأقدر على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بالتركة لكونها أقرب المحاكم إلى أموال المتوفى، كما أن مصالح دائنية تتركز عادةً فى دائرتها.

الحالة الثانية: إذا كان المورث مصرى الجنسية.

وفي هذه الحالة تختص المحاكم المصرية بالدعوى متى كان المورث مصرياً عند وفاته، وهو ضابط شخصى قصد به المشرع المصرى بسط ميدان اختصاصه، حيث تختص المحاكم المصرية فى هذه الحالة متى كان المورث مصرياً عند الوفاة

حتى ولو كانت أموال التركة في الخارج، وهذا ما انتقده الفقه المصري؛ لما فيه من صعوبات قد لا تكفل النفاذ للأحكام الصادرة من المحاكم المصرية. الحالة الثالثة: إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر.

وفي هذه الحالة تختص المحاكم المصرية شريطة أن توجد أموال التركة كلها أو بعضها بإقليم الجمهورية، ويستوى في هذا الصدد أن يكون المال الموجود بإقليم الجمهورية منقولاً أم عقاراً، مع مراعاة أنه إذا كانت التركة من الأموال العقارية التي يوجد بعضها في مصر والبعض الآخر في الخارج فإن المحاكم المصرية لا تكون مختصة إلا بالدعاوى المتعلقة بالعقارات الموجودة في مصر دون تلك الموجودة بالخارج، وذلك إعمالاً للاستثناء الذي عرضنا له آنفاً والوارد بالمادتين ٢٨، ٢٩ من قانون المرافعات المصري.

المبحث الثالث

قواعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية

في مسائل الحضانة المبنية على وجود صلة بين المدعى عليه وإقليم الدولة

إنه بالقاء نظرة عامة على قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي وضعها المشرع المصري لتحديد هذا الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية يتبدى لنا أنها تعقد الاختصاص بشكلٍ أساسي للمحاكم المصرية عندما يكون للمدعى عليه علاقة وثيقة بإقليم الدولة على إقليم الدولة عن طريق إما حملته للجنسية المصرية، أو توطنه وإقامته على الإقليم المصري، أو موافقته ورضائه الخضوع لقضاء إقليم الدولة،، بغض النظر عن مضمون أو نوع الدعوى، وهو ما سنعرض له تفصيلاً في المطالب الآتية:

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية
بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بالحضانة
لتمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية

ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية في هذه الحالة بالنظر إلى مركز أطراف الدعوى وهما المدعى والمدعى عليه، والمقصود بمركز أطراف الدعوى هو الحالة التي يكون عليها هذا الطرف في مجال العلاقات الخاصة الدولية من حيث كونه وطني أو أجنبي مقيم أو غير مقيم ، متوطن أو غير متوطن في إقليم الدولة.

وأكد المشرع المصري في المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصري اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كان المدعى عليه يتمتع بالجنسية المصرية؛ حيث نص على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على مصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"، ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري أخذ بضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، فيكفي لعقد الاختصاص لهذه المحاكم تمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية دون الاعتراف بموطنه أو محل إقامته سواء أكان في مصر أم في دولة أجنبية، وأياً كان موضوع الدعوى سواء تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية أو العينية، وذلك فيما عدا الاستثناء الوحيد المتعلق بالدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج كما سنرى في المطلب الثالث، كذلك لا يهم في هذا الشأن وضع المدعى فيستوى أن يكون مصرياً أو أجنبياً، متوطناً في مصر أو غير متوطن.

ويتعين الاعتراف بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى عند تحديد اختصاص المحاكم المصرية، وتظل هذه المحاكم مختصة حتى ولو تم تغيير هذه الجنسية بعد رفع الدعوى باعتبار أن للمدعى حقاً مكتسباً في استمرار نظر الدعوى، والعكس صحيح.

وقد نال موقف المشرع تأييداً عندما بنى الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه على أساس أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصري تأسيساً على أن

الوضع الغالب هو توطن المصريين فى بلدهم، كما أنه يوفر للمدعى محكمة يُقاضى لديها المدعى عليه المصرى غير المتوطن فى مصر بدعى قد لا يتوافر الاختصاص بها لأية محكمة أجنبية، إضافةً إلى أن تقرير الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه يتفق مع قاعدة عامة من قواعد الاختصاص فى قانون المرافعات وهى أن " المدعى يتبع المدعى عليه".

ولكنه لاقى معارضةً من البعض نتيجة عقده الاختصاص للمحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه، وذلك لأن القول بأن اختصاص المحاكم المصرية استناداً إلى أن المدعى عليه مصرى فيه تحقيق لمصلحة هذا الأخير قول غير مقبول، ذلك أن الاعتراض على حكم المادة ٢٨ إنما ينصرف فقط إلى حالة المدعى عليه المصرى المتوطن فى الخارج ومدى الضرر الذى يمكن أن يلحق به إذا ما رفعت الدعوى عليه فى مصر، ولذلك تبدو حينئذٍ محاكم الدول الأخرى التى يقيم أو يتوطن فيها المصرى أكثر ملاءمة لنظر الدعوى المرفوعة عليه، أما رفع الدعوى عليه أمام المحاكم المصرية فيُحمله مشقة السفر إلى أرض الوطن للمثول أمام محاكمها وهو ما يُعد ضاراً به وبمصلحته، كما أنه ليس هناك ما يبرر اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على مصريين غير متوطنين فى مصر، وكان يتعين اشتراط توطن المدعى عليه المصرى فى مصر لاختصاص المحاكم المصرية أو الاكتفاء بتوطن المدعى عليه فى مصر لاختصاص المحاكم المصرية أياً كانت جنسيته^(١).

ومن جانبنا نرى أنه على الرغم من أن اتجاه المشرع ما هو إلا تطبيق لمبدأ السيادة الشخصية للدولة من حيث بسط ولايتها القضائية على مواطنيها أينما كانوا بواسطة معيار ثابت ومحدد يسهل التوصل إليه وتحديده وهو معيار الجنسية والذى يبدو واضحاً للمدعى حينما يعمد إلى رفع دعواه على مواطن مصرى، فإن انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية الدولية يُمثل نوعاً من الحماية للمواطن المصرى ويمنحه حمايةً تتمثل فى استبعاد أى محاكم أجنبية قد تعسف

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٦٤.

بحقوقه وتحرمه من ضمانات التقاضى وغير ملمةً بظروف وملابسات الدعوى التى نشأت فى ظلها.

كما أن هذا الانعقاد يعنى خضوع النزاع للقانون المصرى فى حال جلب الاختصاص القضائى للاختصاص التشريعى، وهو ما يحول من جانب دون تطبيق قانون غريب على المواطن المصرى لم يكن يعلم بمضمونه ، ومن جانب آخر يوفر له حمايةً تتمثل فى استبعاد أى قانون أجنبى مخالف للنظام العام فى مصر، ناهيك عن التسهيل عليه والحيلولة دون تحمله أعباء السفر إلى خارج الدولة، ولعل أهمية هذه الحماية تظهر بشكلٍ أكبرٍ إذا كانت المدعى عليها مواطنةً مصرية، أضف إلى ذلك امكانية أن يلعب هذا المعيار دوراً مهماً فى تحديد دولة معينة ينعقد الاختصاص لمحاكمها إذا ما انتفت قواعد الاختصاص القضائى لمحاكم دولة أخرى، وذلك على افتراض تمتع جميع الأفراد بجنسية دولة معينة.

أضف إلى ذلك أن مسائل الأحوال الشخصية بصفةٍ عامةٍ وخاصةً مسائل الحضانة مسائل ذات حساسيةٍ متناهيةٍ ويغلبها المشاعر والعواطف ويجب أن يتم حلها وفق قواعد وإجراءات منبثقةً من الشريعة الإسلامية التى تحيطها بضماناتٍ جمّةٍ قد لا يستطيع المواطن المصرى التمتع بها إذا لم ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، من ذلك التوجيه الأسرى والزامية اللجوء إلى الصلح ولجان فض المنازعات وغيرها .

ولكن الأهم من وجهة نظرنا هو تحقيق رقابة الدولة على مسائل الأحوال الشخصية بصفةٍ عامةٍ ومسائل الحضانة بصفةٍ خاصةٍ لما تتمتع به هذه المنازعات المتعلقة بهذه المسائل من أهميةٍ كبيرةٍ تتمثل فى حرص الدولة المصرية على تنفيذ التزامها بحماية مواطنيها داخلياً وخارجياً بموجب رابطة الجنسية التى تربطها وضرورة خلقها البيئة المثلى لتربية الناشئين المصريين وفق التقاليد والعادات والقيم المصرية ، فمسائل الحضانة من الحتمى أن تُشرف عليها الدولة و أن تخضعها لقانونها لضمان أن يتمتع المحضون من أبناء المصريين بحماية القانون المصرى بصورةٍ تُحقق تربية

هذا الابن مُتشرّباً العادات والقيم المصرية، وهو ما لن يتحقق إذا لم يكن للقضاء المصري إشرافٌ مباشرٌ على مسائل الأحوال الشخصية على الإقليم المصري.

ولكن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية الدولية تشوبه بعض الصعوبات وتعترضه بعض القيود ومن أهمها:

١- أنه قد تنتفى الرابطة الفعلية بين النزاع والإقليم المصري ، وهو ما يُضعف بدوره هذا الضابط ويُقلل من أهميته، فلو أن زوجاً مصرياً مقيماً فى الولايات المتحدة الأمريكية تزوج من إنجليزية، ثم ثار بينهما نزاع متعلق بالحضانة ، وأرادت الزوجة مقاضاة زوجها، فإن انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية لن يكون فعالاً فى ظل إقامة كلا الزوجين خارج الإقليم المصري.

٢- كما أن الأخذ بهذا المعيار قد يُمثل عبئاً على المدعى عليه إذا كان متوطناً خارج الإقليم المصري، الأمر الذى سيتطلب منه الحضور إلى الدولة ومباشرة الإجراءات والبحث عن محامٍ مصري مشهورٍ ومُحترفٍ، وهو ما سيُكبده مصاريفاً وتكاليفاً باهظةً وجهداً مضاعفاً فيما لو كان قد أقام دعواه فى محل إقامته.

٣- كما أن الأخذ بهذا المعيار يعنى صعوبة تنفيذ الحكم الصادر من محكمةٍ أجنبية، فلن يستطيع الأجنبى تنفيذ الحكم فى مصر فى ظل اشتراط ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر النزاع حتى يمكن تنفيذ الحكم الصادر بشأنه فى مصر.

وفى ظل هذه الاعتراضات التى وجهت للأخذ بمعيار جنسية المدعى عليه المصرية كأساس لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية بصفةٍ عامة، إلا أننى أُطالب بضرورة اشتراط المشرع إضافةً إلى حمل المدعى عليه الجنسية المصرية ضرورة إقامته أو توطنه على الإقليم المصري أو وجود رابطة حقيقة ووثيقة بين النزاع وبين الإقليم المصري.

ولكن يُحمد للمشرع المصري استخدامه لمصطلح " المصري " فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر عام ١٩٦٨ م دون أن يميز إن كان وطنياً أو مواطناً، ولم يستخدم مصطلح " المواطن " للتعبير عن من يحمل جنسية الدولة، حيث إن مصطلح وطنى يعنى كل من يحمل جنسية الدولة، أما كلمة مواطن فتطلق على كل من يحمل جنسية الدولة وغير محرووم من مباشرة بعض أو كل حقوقه سواء المدنية أو السياسية، كما أنه يتفق مع الحكمة المبتغاة من نص المادة ٢٨ مرافعات والتي تقضى بانعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية لكل من يحمل جنسية الدولة المصرية، مما يُعلى من قيمة هذا الضابط وأساسه، ويغلق باب النقد أمام إمكانية بناء الاختصاص القضائى للمحاكم المصرية على مدعى عليه مواطناً مصرياً محروماً من مباشرة بعض حقوقه ولا يحق له التمتع بكفالة حق التقاضى والخضوع لولاية المحاكم المصرية .

كما أنه تحقيقاً لمتطلبات استقرار التعاملات والمراكز القانونية، ودرءاً لامكانية تلاعب الأطراف وغشهم وتحايلهم عن طريق تغيير جنسياتهم بعد السير فى إجراءات الدعوى، فإنه يُحمد للمشرع المصري الاعتراد بالجنسية المصرية وقت رفع الدعوى.

وفى ظل ما سبق فإن معيار جنسية المدعى عليه كسبب من أسباب انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى مسائل الحضانة ، فإن فقه القانون الدولى الخاص يرتأى حتمية أن يكون تطبيق هذه المعيار على درجة عالية من المرونة بصورة تسمح للمحكمة برفض الاختصاص متى ظهر لها جلياً عدم وجود مصلحة حقيقية فى انعقاد الاختصاص لها حتى ولو كان المدعى عليه مصرى الجنسية ، دون أن يعنى ذلك ترك الأمر لاجتهادات التفسير على النحو الذى يحقق للمحكمة صلاحية ترك اختصاصها، بل لابد من صياغة تشريعية نستطيع معها القول بأنه لا اجتهاد مع صريح النص، خاصةً أن لمثل هذا التوجه تطبيقات فى النظامين القانونيين الإنجليزى والأمريكى .

المطلب الثاني

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بالحضانة لكون المدعى عليه أجنبياً متوطناً أو مقيماً في مصر يعتبر موطن المدعى عليه من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي في كافة الدول، لأن محكمة موطن المدعى عليه هي أقدر المحاكم على إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها بما لها من سلطة فعلية عليه، كما أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه، وليس من العدل أن يتحمل مشقة الانتقال إلى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن تثبت مسؤوليته.

وقد نص المشرع المصري في المادة ٢٩ من قانون المرافعات على أنه تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع من الخارج"، وهكذا فقد سوى المشرع المصري بين الموطن ومحل الإقامة كضابط لاختصاص المحاكم المصرية دون أن يقيم أى تفرقة في هذا الشأن بين دعاوى الأحوال العينية ودعاوى الأحوال الشخصية.

ويثور التساؤل في الحالة التي يتعدد فيها المدعى عليه ويكون لأحدهم فقط موطن أو محل إقامة في مصر بينما موطن ومحل إقامة الآخرين في الخارج.

لقد أجابت عن هذا التساؤل المادة ٣٠ / ٩ من قانون المرافعات والتي نصت على عقد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في مصر، وهذا الحل تقتضيه وحدة الخصومة وتلافي تضارب الأحكام.

ويشترط لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية للمدعى عليهم المتعددين:

١- أن يكون المدعى عليه المتوطن في مصر أو الذي له في مصر محل إقامة مختصماً في الدعوى بصفة أصلية وليس بصفة تبعية.

٢- أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً وليس صورياً، بمعنى ألا يكون قد قصد به مجرد التحايل على قواعد الاختصاص المصرية بطريقة الغش، وذلك عن طريق

فرض اختصاص لم يكن ثابتاً في الأصل في مواجهة مدعى عليهم أجنب ليس لهم موطن ولا محل إقامة في مصر .

٣- ويشترط أيضاً لإمكانية إخضاع المدعى عليهم المتعددين المقيمين بالخارج لاختصاص المحاكم المصرية أن تكون الطلبات الموجهة إلى كل منهم واحدة، وهو ما يُبرر جمعها في دعوى واحدة يمكن رفعها أمام المحاكم المصرية أو أمام محكمة موطن أو محل إقامة أحدهم، كما لو تعلق جميع الطلبات بفعلٍ ضارٍ واحدٍ، ومن ثم لا يتصور تطبيق هذا المعيار عند مقاضاة شخصين أحدهما بالنفقة والآخر بالحضانة على سبيل المثال لاختلاف موضوع الدعويين .

ومن صور تعدد المدعى عليهم في مسائل الحضانة قيام أحد الوالدين بمقاضاة آخرين طالباً الحكم بأحقية في حضانة الطفل، وتطبيق هذا المعيار يفترض أن الدعوى فيما يتعلق بجميع المدعى عليهم ستنظرها المحاكم المصرية، بحيث يكون الحكم نافذاً في مواجهة الجميع، وبالتالي إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي منازعة من منازعات الحضانة للمحاكم المصرية ففي مثل هذه الحالة تكون الدعوى نافذةً في حق المدعى عليهم وإن تعددوا، ذلك أن العلة من عقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة في حالة تعدد المدعى عليهم ولأحدهم موطن أو محل إقامة في مصر هي ذاتها العلة من عقدها لمحاكم الدولة في حالة تعدد المدعى عليهم وإن لم يكن لأحدهم موطن أو محل إقامة في الدولة، العلة واحدة وهي توحيد الأحكام وضمن عدم تعارضها في ظل وحدة موضوع الدعوى، أما السبب وراء موقف المشرع المصري من اعتناق هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي فيتمثل في ضمان وحدة الأحكام الصادرة في ذات المنازعات وإن تعدد المدعى عليهم خاصةً أن موضوع الدعوى متطابق .

ولكن ما هو المقصود بالموطن وخصائصه وأركانه وصوره ؟

أولاً : المقصود بالموطن .

إزاء صمت غالبية مشرعى العالم عن التعرض لفكرة الموطن فى العلاقات الخاصة الدولية واكتفائهم بتحديد الفكرة وبيان معالمها وأحكامها على مستوى العلاقات الخاصة الوطنية، فقد أصبح واجباً الاستعانة بأحكام الموطن الواردة فى القوانين الداخلية والخاصة بالعلاقات الخاصة الوطنية للتعرف على أحكام الموطن فى إطار القانون الدولى الخاص، ففي قانون المرافعات المصرى لا نجد تعريفاً خاصاً للموطن، ما يدعو إلى الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى والتي نصت المادة ٤٠ منه فى فقرتها الأولى على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادةً".

أما المشرع الفرنسى فقد أورد تعريفاً صريحاً للموطن فى القانون المدنى الفرنسى باعتباره المكان الذى يقيم به الشخص بشكلٍ دائمٍ أو تقع به محل الإدارة الرئيس للشخص المعنوى^(١)، و قد نظم المشرع الفرنسى مسألة الموطن بالمواد ١٠٢ من القانون المدنى الفرنسى بعد أن صادفت آخر تعديل لها بموجب القانون رقم ٣٦٦ لسنة ٢٠١٤؛ حيث اعتبرت أن الموطن لكل فرنسى هم محل إقامته المعتادة^(٢).

ولعل مفهوم الموطن فى مجال القانون الدولى الخاص متميزاً عنه فى القانون المدنى، حيث يشير اصطلاحه فى الأول إلى توطن الشخص فى أى دولةٍ من دول العالم، بينما فى الثانى يعنى توطن الشخص فى دولةٍ معينةٍ بالذات دون غيرها من الدول^(٣).

ويختلف مفهوم الموطن الداخلى عن مفهوم الموطن الدولى؛ ذلك أن الأول هو مفهوم يعبر عن الارتباط بين شخصٍ ومكانٍ معينٍ فى إقليم دولته، ويُرْتَب آثاراً قانونية

(1) Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas: Leçons de Droit civil- 12e éd, Montchrestien, 2000, p. 98. « Le Code civil définit le domicile comme étant le lieu dans lequel une personne possède son principal établissement.

(2) Art 102 du code civil "Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement".

(٣) د.إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص "الموطن ومركز الأجانب"، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٧.

في حياة الأفراد، أما الموطن الدولي فهو المكان التابع لإقليم دولة معينة يُقيم فيه الشخص بنية البقاء سواء أكانت هذه الدولة هي التي يحمل جنسيتها أم لا، فقد يرتبط الشخص روحياً وسياسياً بدولة معينة لكنه يتوطن أو يمارس عمله في دولة أخرى، وعندها تكون له جنسية الدولة الأولى وتكون الدولة الثانية موطناً له.

وعلى المستوى الفقهي لم يتم الاتفاق على تعريف واحد للموطن الدولي (الموطن في إطار القانون الدولي الخاص)، فقد عرفه الفقيه (Savigny) بأنه "المحل الذي يختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه نهائياً أو ليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله"، والملاحظ هنا تعريف الموطن على أنه الوطن الذي يتحقق فيه الاستقرار (التوطن مع الأهل) ونية الاستقرار (قصد العيش في الوطن)، أما الفقيه (Albert Venn Dicey) فقد عرفه بأنه: "الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص، ولكن يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيماً فيه أم لا"^(١).

وقد ذهب الفقه إلى تعريف الموطن بصورة أكثر تحديداً وشمولية بأنه "رابطة تربط بين أجنبي وإقليم دولة معينة، وتلك الرابطة تنشأ من واقعة إقامته بهذا الإقليم بنية الاستقرار فيه"^(٢)، وإزاء كثرة التعريفات لفكرة الموطن لم يقف فقه القانون الدولي الخاص صامتاً^(٣) بل وضع مفهوماً عاماً للموطن يقضى بأنه "هو رابطة مادية ومعنوية

(1) Sandrine Clavel: Droit international privé, troisième édition, Dalloz, Paris, 2012, P. 350 et s.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٤م، السنة السادسة والثلاثون، ص ٩ من المقال، ص ٦٢٧ من المجلة، ويقترَب هذا التعريف من مفهوم فكرة الموطن في أحكام الفقه الإسلامي، فالموطن عندهم هو "وطن الإنسان في بلده أو بلدة أخرى اتخذها داراً أو توطن بها مع أهله وولده، وليس من قصده الارتحال عنها بل العيش فيها والتعيش بها".

(٣) راجع كتابات فقه القانون الدولي الخاص الفرنسي:

Pierre Mayer et Vincent Heuze: Droit international privé Droit international privé, onzième édition, Dalloz, Paris, 2011, p.184.

بين الشخص ومكان معين، فهو تعبير عن الوجود المادى للشخص فى مكان ما، والمقترن بنية الاستقرار فيه على وجه الدوام^(١)، والتعريف الأخير كالسهم أصاب غرة الهدف لاحتوائه وشموله على أركان الموطن المادى والمعنوى.

ويرى البعض أن الاعتماد على مصطلح محل الإقامة^(٢) فقط كافٍ فى حد ذاته دون حاجة لمصطلح خاصٍ للتوطن، وأنه على الرغم من كون محل الإقامة عنصراً من عناصر التوطن الذى ينطوى على ربط الشخص وجنسيته حتى ولو كان مزدوج الجنسية، إلا أنه لا يتصور أن يكون بلا محل إقامة؛ لأنه أوثق صلة للشخص بالدولة لكونه المكان الذى يقطن فيه ويحتفظ فيه بمنزل ناوياً البقاء والاستقرار به، وهو يُعد بمثابة عامل ربط يصل الشخص بنظامٍ قانونى معين، بحيث يصبح قانون محل إقامته هو قانونه الشخصى^(٣).

تمييز الجنسية عن الموطن:

على الرغم من أن الجنسية والموطن وسيلتان للتركيز المكانى للأفراد على المستوى الدولى، إلا أن كلاً منهما يختلف عن الآخر فيما يلى:

(١) د. هشام صادق: الجنسية والموطن مركز الأجنب، المجلد الأول "الجنسية والموطن"، ١٩٧٧م،

منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٢٣، بند ٢٦٤.

(٢) وقد شرح المقصود بمحل الإقامة تفصيلاً فى نص المادة ١٠ من نظام المرافعات الشرعية السعودى التى أشارت أنه ".... المكان الذى يقطنه الشخص على وجه الاعتقاد، وبالنسبة للبدو الرحل يعد محل إقامة الشخص المكان الذى يقطنه عند إقامة الدعوى، وبالنسبة للموقوفين والسجناء يعد محل إقامة الشخص المكان الموقوف أو المسجون فيه، ويجوز لأى شخص أن يختار محل إقامة خاصاً يتلقى فيه الإخطار والتبليغات التى توجه إليه بشأن مواضع أو معاملات معينة، إضافةً إلى محل إقامته العام".

(٣) د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمى: القانون الواجب التطبيق فى منازعات عقود التجارة

الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦٦.

١- الجنسية تعنى نسبة الفرد وانتماءه إلى إقليم دولة معينةٍ باعتباره من الوطنيين على أرض هذا الإقليم، فالدولة هي الوطن لمن يتمتعون بجنسيتها، أما الموطن فهو أمرٌ مسلمٌ به وسط التطور المعاصر للقانون الدولي الخاص في وقتٍ أصبح فيه مجال الدولة مفتوحاً أمام الجميع وحدودها تسمح بدخول الأجانب والإقامة فيها والعمل بها، وهو ما يُعرف بالتوطن^(١).

٢- الجنسية تُقيد انتماء الشخص إلى دولة معينةٍ انتماءً أصيلاً وشاملاً، أما الموطن فيفيد انتماء الشخص إلى دولة معينةٍ انتماءً طارئاً وناقصاً ومحدوداً.

٣- الجنسية لا يفقدها الفرد ولا تتأثر بمجرد تركه لإقليم الدولة حتى لو كان تركاً بنية عدم العودة، والعكس صحيح فيما يتعلق بالموطن؛ حيث إن مغادرة الفرد لإقليم الدولة الذي يستوطنه بنية عدم العودة يؤدي إلى فقده لهذا الموطن.

٤- الموطن يؤثر في الجنسية وغيرها من موضوعات القانون الدولي الخاص أكثر من تأثيره فيها، فهو يقوم بدورٍ فعّالٍ في صياغة القواعد القانونية التي تعالج هذه الموضوعات ومنها الجنسية وتُسهم بشكلٍ واضحٍ في حل منازعاتها ومشكلاتها. ثانياً : خصائص الموطن.

يتميز الموطن كرابطة تربط الشخص بإقليم معينٍ بعدة خصائص أهمها:

(أ) الموطن رابطةٌ واقعيةٌ:

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف: الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مرجع سابق، ص ٦٢٠ من المجلة، ص ٢ من المقال.

وهذه الصفة الواقعية للموطن يؤكد لها حق الشخص في اكتساب الموطن في حال توافر أركانه المادى والمعنوى، حتى وإن لم يكن قد حصل على ترخيص بالتوطن في إقليم الدولة التي استقر فيها^(١).

وذهب البعض إلى تأييد القول بأن الإقامة المعتادة للشخص في إقليم دولة معينة بنية البقاء والاستمرار فيها هي "واقعة لا يمكن تجاهلها من قبل الدولة لكونها مسألة واقعية حدثت بالفعل في مدة معينة"^(٢)، وهو ما دفع البعض الآخر إلى إضفاء صفة الواقعية على الموطن وجعلها سابقة في ترتيب الأوصاف والمزايا، وأصبح الترتيب الوصفى للموطن بأنه "رابطة واقعية قانونية وليست سياسية" مع نفي الطابع السياسى لفكرة الموطن وتثبيت الصفة الواقعية له^(٣).

(ب) الموطن رابطة صادقة:

من الضروري أن تكون رابطة الموطن التي تربط الشخص بإقليم دولة معينة هي رابطة صادقة تُعبر فعلاً عن ارتباط حقيقى بين الأجنبى وإقليم الدولة يجعل من هذا الأمر أمراً صادقاً وليس افتراضياً^(٤).

وترجع حتمية وضرورة رابطة الصدق المتطلبة إلى أنها الحل الأمثل لما ظهر من مشاكل متعددة متعلقة بفكرة الموطن وأهمها مشكلتى الموطن الظاهر^(٥)، والموطن التحايلى^(١).

(١) د. هشام صادق: الجنسية والموطن ومركز الأجنبى، مرجع سابق، ص ٧٤٣.

(٢) د. هشام صادق: المرجع السابق، ص ٧٤٢.

(٣) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الأول "الجنسية والموطن وتمتع الأجنبى بالحقوق"، الطبعة ١١، ١٩٨٦م، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، ص ٥٥٤.

(٤) د. حسام الدين فتحى ناصف: الموطن في العلاقات الدولية للأفراد، مرجع سابق، ص ١٧ من المقال، ص ٦٣٥ من المجلة، بند ٢١.

(٥) وقررت المحاكم الفرنسية حماية للغير حسن النية أن يقوم الموطن الظاهر مقام الموطن الحقيقى، وحسن النية هو أن يوجد ما يبرر خطأه وهذا الخطأ يولد حقاً لمصلحته، ومثال ذلك أن

ج) المواطن رابطة ذات طبيعة وظيفية:

بمعنى أن المواطن رابطة تستهدف تحقيق أهداف وأغراض معينة، وأن طبيعة المواطن الوظيفية هي التي استتبع اختلاف تصويره من نظام قانوني إلى آخر، وكذلك الآثار المترتبة عليه في كل نظامٍ عن الآخر، والطبيعة الوظيفية للمواطن تقتضى النظر إلى ما يربط الشخص المتوطن بالإقليم المتوطن فيه من صلاتٍ وروابطٍ بنظرةٍ تفحصيةٍ دقيقةٍ ودراستها لمعرفة أهميتها وقيمتها ومكانتها الحقيقية كالروابط والصلات الاجتماعية والعائلية والمهنية، وحتى المالية والعاطفية والدينية، وخيرُ مثالٍ لتوظيف فكرة المواطن بالمفهوم الذي عرضناه هو توظيف المواطن في مجال تنازع القوانين وخاصةً عند تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث فهو يرتكز على ما يربط الفرد بإقليم الدولة من صلاتٍ وروابطٍ مالية^(٢).

ثالثاً : أركان المواطن.

يقوم شخص بإعلان المدعى عليه أمام محكمة المكان الذي يسكنه المدعى عليه حوالي السنة ويباشر فيه مصالحه الحيوية، فيعترض المدعى عليه أمام هذه المحكمة ويدفع بأنه يتوطن مكاناً آخر - انظر تفصيلاً د. حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص ٦٣٦ من المجلة، ص ١٨ من المقال، بند ٢٢.

(١) ومضمون المشكلة أن توافر الإقامة الفعلية للأجنبي على إقليم الدولة دون أن تكون إقامته مشروعة لعدم صدور ترخيص بشأنها من السلطات المختصة في الدولة، وهنا نكون أمام موطن فعلى ولكنه ليس قانونياً، ومن ثم تقوم الدولة بحرمانه من الحقوق التي يتمتع بها من يقيم إقامةً شرعيةً وقانونيةً، ويكون لها حق إبعاده خارج البلاد - انظر د. حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص ١٨ من المقال، بند ٢٣، ص ٦٣٦ من المجلة.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق، ص ١٩ من المقال، بند ٢٤، ص ٦٣٧ من المجلة.

من خلال التعريفات المختلفة لفكرة الموطن نستطيع استخلاص ركنين أساسيين للموطن لا بد من توافرها هما الركن المادى والركن المعنوى.
أ) الركن المادى:

ونعنى به الإقامة المعتادة والتي تتطلب وجوداً مادياً فعلياً للشخص الأجنبى على إقليم الدولة^(١)، وهذا الوجود المادى قد يكون غير واقعى وغير مستمر ولا يتقيد بمدّة زمنية معينة، ومثالاً للوجود المادى غير الواقعى للشخص الأجنبى على إقليم الدولة حالة الموطن القانونى أو الإلزامى^(٢)، وهو الموطن الذى ينسبه القانون للشخص، ولو لم يكن قد أقام فيه عادةً، مما يُضفى على الموطن فى هذه الحالة الطابع الحكمى^(٣).

ولا يشترط لتحقيق الركن المادى للموطن استمرار إقامة الشخص الأجنبى المتوطن ولا امتدادها، فتُعد الإقامة مستمرة ولو تخللتها فترات غيبة طويلة أو قصيرة، ولكن الأهم هو تحقق شرط الاعتقاد^(٤)، وأيضاً لا يشترط قضاء الشخص المتوطن مدّة زمنية معينة، وإذا كان من الضرورى الوجود المادى للشخص الأجنبى على إقليم الدولة ابتداءً إلا أنه ليس حتماً وضرورةً لاستمرار هذا التوطن، وهذا هو تبرير عدم فقد كل شخص موطنه بمجرد مغادرته إقليم الدولة لأى سبب من الأسباب^(٥).

(1) Dominique Bureau et Horatia Muir Watt: Droit international privé, PUF, 2009, p. 177.

(٢) ومثالاً للموطن القانونى والإلزامى ما نصت عليه المادة ١/٤٢ من القانون المدنى المصرى من أن "مواطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانوناً".

(٣) د. حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص ٩ من المقال، بند ٦، ص ٦٢٧ من المجلة.

(٤) د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٥) د. حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص ١٠ من المقال، بند ٦، ص ٦٢٨ من المجلة.

ومن الواجب على القضاء والفقهاء ضرورة وضع مصطلح يعرف الإقامة المعتادة تعريفاً واضحاً وصريحاً لا لبس فيه ولا غموض يُحدد شروطها ويُنظم معالمها بدلاً من المصطلح الغامض غير المحدد المعالم والمعروف لها حالياً وسط الفقه.

(ب) الركن المعنوي:

ونقصد بالركن المعنوي أن تتوافر لدى الشخص الأجنبي المتوطن نية الاستقرار والاستيطان في إقليم دولة معينة^(١)، وهو ركنٌ مكملٌ للركن المادي ولا يستقيم بدونه، فلا بد من توافرها مجتمعين، ومن الثابت أن أمرى النية والقصد هما أمران داخليان يسيران في أغوار النفس الإنسانية، ومن الصعب التعرف عليهما، ولكن يمكن استخلاصهما من عدة ظواهر واضحة قد تُرشد إليهما أهمها ظروف الشخص السكنية وعلاقاته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والوظيفية والمالية بإقليم هذه الدولة^(٢).

وأنه على الرغم من عدم اشتراط مدة زمنية معينة للقول بتحقق الوجود المادي أو الإقامة المعتادة إلا أنها تُعد قرينةً كافيةً على توافر نية الاستقرار المتطلب لتحقق الركن المعنوي للموطن وتوافره.

وهناك ثلاث صور رئيسة للنية صريحةً وضمنيةً ومفترضةً، ويكفي توافر صورة واحدة منها لتحقق الركن المعنوي للموطن، وعلى عاتق القاضى يقع واجب البحث عن هذه النية واستخلاصها، فيبدأ بالصريحة ثم الضمنية، فإن لم تتكشف اتجه في بحثه إلى النية المفترضة، وافترض انصراف نية الشخص إلى التوطن في مكانٍ معينٍ وفقاً لمعايير يضعها، وذلك انطلاقاً من أهمية المواطن في تنظيم المركز القانوني للفرد^(٣)، وهذه النية تقتضى أن يسلك الأجنبي المتوطن سلوكاً إيجابياً في الإقليم يستشف منه توافر النية والقصد لاستيطانه فيه، وبالتالي يمكن استنتاج هذه النية من ظروف إقامة

(1) Daniel Gutmann: Droit international privé, Dalloz, 2009, p. 121.

(٢) وقد استلزم القانون المدني الفرنسي ضرورة توافر هذه النية وهى نية الاستيطان والاستقرار فيه وذلك فى المواد ١٠٤، ١٠٥ منه.

(٣) د. حسام الدين فتحى ناصف: المرجع السابق، ص ٦٣٢ من المجلة، ص ١٤ من المقال.

الشخص في الإقليم والكشف عن صلاته الاجتماعية وروابطه العائلية واندماجه الحقيقي في مجتمع معين وتحقيقه منافع ومصالح مالية على أرض هذا الإقليم.

بيد أن هناك بعض التشريعات تعتبر تحقق الركن المادي قرينةً على توافر الركن المعنوي، ومنهم المشرع المصري الذي يُعد عنصر النية عنصراً تبعياً يستخلص من استقرار الإقامة فيكفي أن تستقر الإقامة حتى تفترض النية افتراضاً^(١).
أهمية الركن المعنوي:

وللركن المعنوي أهمية خاصة في تأسيس الموطن ولا يمكن الاكتفاء بالركن المادي؛ حيث إن نية الفرد تُعد وسيلةً لتلافي مشكلة تعدد المواطن للشخص الواحد بتعدد محال إقامته المعتادة والمستقرة كالشخص الذي يُقيم إقامةً عاديةً في الريف وفي الحضر، كما أن الركن المعنوي سيؤدي إلى عدم تغيير موطن الشخص من حين إلى آخر بتغييره محل إقامته المعتادة، ولن يتم الاعتداد إلا بالمكان الذي توافرت النية لدى الشخص ليكون موطناً مستقراً له، وعند حدوث قصور أو غموض في الركن المادي فإنه لا مناص من البحث عن النية التي تعادل واقعية الاندماج المتطلب.
رابعاً : أنواع الموطن.

١- أنواع الموطن من حيث وقت التمتع به:

التمتع بالموطن على غرار التمتع بالجنسية له صورتان رئيستان:

أ- الصورة الأولى: الموطن الأصلي.

وهو الذي يثبت للشخص منذ لحظة ميلاده بقوة القانون أي بمجرد الميلاد، ولا يشترط الإقامة فيه، ويتحدد الموطن الأصلي بصلة الدم^(٢)، أو النسب، أو بتحقق

(١) د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٢) حيث تكون العبرة بموطن الأب، فإن جهل النسب من الأب أو توفى الأب كانت العبرة بموطن الأم، وفي حالة جهالة الأبوين (كاللقيط) فيكون موطنه الأصلي هو مكان العثور عليه.

الميلاد على إقليم دولة معينة، وهذا المواطن لا يزول إلا باكتساب الشخص موطناً جديداً يدل دلالة واضحة على تنازله عن المواطن الأول.

ب- الصورة الثانية: المواطن المكتسب^(١).

وهو الذى لا يكون لإرادة الشخص دور فى التمتع به، ويتم اكتسابه فى تاريخ لاحق على الميلاد عند توافر الإرادة المتطلبية قانوناً.

٢-أنواع المواطن من حيث ظروف التمتع به:

يمكن تقسيم المواطن من ناحية ظروف التمتع به إلى أربعة أنواع هم:

أ) المواطن العام:

وهو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادةً، ويستفاد ذلك من نص المادة ٤٠ من القانون المدنى والتي تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته عادةً، وهو بهذا يختلف عن محل الإقامة، والفرق بينهما أن محل الإقامة هو محل السكن، أما المواطن فهو محل الإقامة المعتادة^(٢).

ويترتب على ذلك أن السكن أو المأوى ليس موطناً للشخص إذا لم يكن الشخص قد اعتاد الإقامة فيه، وبالتالي فمحل الإقامة أو السكن العارض الذى ينزل به

(١) ويسمى أيضاً بالمواطن الإرادى والمواطن الاختيارى.

(٢) حيث تقول محكمة النقض المصرية أن "المواطن العام للشخص، ماهيته: المكان الذى يقيم فيه الشخص عادةً ٤٠٢ مدنى، مؤداه المواطن حالة واقعية لا مجرد رباط صناعى يخلقه القانون يصل به بين شخص معين ومكان معين، أثره جواز تعدد موطن الشخص أو انتفاؤه على وجه الإطلاق" - انظر الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ٦/٦/٢٠٠١م، مجلة المحاماة ٢٠٠٢م، العدد الثانى، ص ٥٧.

الشخص لظروفٍ وأسبابٍ طارئةٍ كتلقى العلم أو العلاج وغيرهما لا يُعد موطناً لهذا الشخص^(١).

(ب) المواطن الخاص:

وهو المواطن الذى يتعلق بمباشرة نشاط أو أنشطة معينة، وبالتالي فإن المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارةً أو حرفةً موطناً له بالنسبة إلى إدارة أعماله المتعلقة بهذه الحرفة أو التجارة^(٢)، ويستفاد هذا النوع من المواطن من نص المادة ٤١ من القانون المدنى المصرى^(٣) والتي اعتبرت أن الشخص الذى يمارس حرفةً معينةً أو تجارةً فى مكانٍ معينٍ يكون قد اتخذ منه موطناً له فيما يتعلق بإدارة هذه الحرفة وممارستها^(٤).

(ج) المواطن الحكى أو القانونى:

لقد بان لنا يقيناً فيما سبق أن من خصائص المواطن أنه اختياري يكون لإرادة الشخص دورٌ مهمٌ فى تحديد هذا المواطن واختياره ليستوطن فيه ويستقر به، ولكن ثمة أشخاص عديمو الأهلية وناقصوها لا تتوافر لهم القدرة على اختيار هذا المواطن بأنفسهم، فجعل المشرع لهم موطناً حكماً وقانونياً هو موطن من ينوب عنهم، ويُستفاد

(١) د. عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائى (في المواد المدنية والجنائية والشرعية والإدارية)، ١٩٩٥م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٧٨، بند ٢٧٣.

(٢) د. عوض الله شبيبة الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٥٠.

(٣) تنص المادة ٤١ من القانون المدنى المصرى أنه "يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارةً أو حرفةً موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة".

(٤) حيث تقول محكمة النقض المصرية فى ذلك أن "مباشرة الأجنبى شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً نشاطاً تجارياً أو حرفة فى مصر، أثره اعتبار مكان النشاط موطناً له فيما يتصل به.....". - انظر الطعن رقم ٤٦٠٤ لسنة ٦٢ قضائية، جلسة ٢٠٠٠/٢/١م، مجلة المحاماة، العدد الأول ٢٠٠١م، ص ٨٤.

هذا من نص المادة ١/٤٢ من القانون المدني^(١)، والتي وفقاً لها يعتبر الموطن أى موطن من ينوب عنهم قانوناً هو الموطن الحكى بالنسبة لعديمى الأهلية وناقصيها^(٢).

وخليقاً بنا الإشارة إلى أن القاصر الذي بلغ ١٨ سنة يستطيع مباشرة بعض الأعمال والتصرفات القانونية، وذلك بعد الحصول على إذنٍ خاصٍ من المحكمة لمباشرة هذه الأعمال والتصرفات، وعليه؛ يكون مكان هذه الأعمال هو الموطن الخاص بالنسبة للمنازعات الخاصة والمتعلقة بهذه الأعمال والتصرفات والتي يعتبره القانون والمحكمة أهلاً لمباشرتها والقيام بها، أما موطنه الحكى فيُعدّ به بالنسبة لغيرها من المنازعات^(٣).

وبالنسبة لموطن الشخص الاعتبارى:

لما كان من الضرورى وجود موطن للأشخاص الطبيعيين؛ فإنه لا بد وأن يكون للأشخاص المعنوية (الاعتبارية) أيضاً موطن، وهو المكان الذى يوجد به مركز إدارته الرئيس؛ لأنه يعبر عن رابطة وطيدة بين الشخص الاعتبارى وبين الدولة التى يوجد على أرضها، وهو ما يُنشئ حقاً طبيعياً لمحاكم تلك الدولة فى اختصاصها القضائى بنظر المنازعات التى يدخل الشخص الاعتبارى طرفاً فيها، وهو ما تقضى به القواعد العامة، وعند تعدد هذه المراكز تكون العبرة بالمركز الرئيس لها ما لم يكن هذا المركز خارج مصر، وفى هذه الحالة يكون مركز إدارتها الرئيس بالنسبة لمنازعاتها داخل

(١) تنص المادة ١/٤٢ مدنى على أن "١- موطن القصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً".

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال: (الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائى الدولى، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، الأحكام الأجنبية)، ١٩٩٤م، الفتح للطباعة والنشر، ص ٥٧.

(٣) تنص المادة ٢/٤٢ مدنى على أنه "٢- ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص - بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها" - انظر تفصيلاً د. عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائى (في المواد المدنية والجنائية والشرعية والإدارية)، مرجع سابق، ص ٣٨٢ وما بعدها، بند ٢٨٦.

مصر هو مكان إدارة هذا الفرع الموجود لها في مصر متى كانت تباشر نشاطاً فيها، ويكون هذا هو موطنها وإذا كان له أكثر من فرع وتعلقت المنازعة بفرع معين من هذه الفروع، فالعبرة بمركز إدارة هذا الفرع^(١)، ويرى البعض - وبحق - أن عدم وجود مقر حقيقي ومركز رئيس للنشاط الذي يقوم به الشخص الاعتباري يجعل الشخص الاعتباري غير موجود؛ حيث إن القانون لا يشترط ضرورة أن تباشر هذه الأشخاص الاعتبارية لأعمالها من مكان معين أو محدد أو دائم^(٢).

وقد نصت المادة ٢/١١ من القانون المدني المصري على موطن الشخص الاعتباري بقولها "أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسرى عليه قانون الدولة التي اتخذت فيه هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيس الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيس في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يسرى"^(٣).

(د) الموطن المختار:

وهو المكان الذي تم اختياره ليكون محلاً لتنفيذ عمل قانوني معين، ويكون هذا الموطن المختار هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل كإعلان الأوراق القضائية وإجراءات التنفيذ الجبري مع جواز اشتراط اقتصار دور هذا الموطن على

(١) د. عبد الحكيم فودة: المرجع السابق، ص ٣٨٣، بند ٢٧٧.

(٢) د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) كما جاءت المادة ٣٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي فنصت على أنه "تقام الدعاوى المتعلقة بالشركات والجمعيات القائمة، أو التي في دور التصفية، أو المؤسسات الخاصة في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مركز إدارتها، سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، أو من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء، أو من شريك أو عضو على آخر، ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع".

أعمالٍ معينةٍ دون غيرها، ويستفاد هذا النوع من نص المادة ١/٤٣ من القانون المدني^(١).

ويلاحظ أنه لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا كتابةً وفقاً لنص المادة ٢/٤٣ من القانون المدني^(٢)، ولا يُعد موطناً مختاراً المكان الذى يتفق على مجرد حصول الوفاء فيه، ولا يجوز إقامة الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها^(٣).

وبالنسبة لمحل الإقامة فتختص المحاكم المصرية أيضاً إذا كان للمدعى عليه الأجنبى محل إقامة فى مصر بشأن الدعاوى التى ترفع على هذا الأجنبى، ومعلوم أن الإقامة تختلف عن الموطن؛ فالإقامة تُعد متوافرة إذا ما توافر العنصر المادى فقط دون أن يكون لدى الشخص نية الإستقرار، أما مجرد الوجود العارض للمدعى عليه فى إقليم الدولة أو مروره العابر بها فلا يُعد من قبيل الإقامة فى مصر، أو لا يُعتد به فى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية.

ولهذا الضابط قيمته العليا خاصةً فى حالات الاختصاص القضائى بمسائل الحضانة، حيث إن فى الاخذ بمعيار موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائى الدولى فى مسائل الحضانة العديد من المزايا يمكن جردها على النحو التالى:

١- تحقيق السيادة الإقليمية للقضاء المصرى، حيث إن الأخذ بهذا المعيار يعنى بسط الولاية القضائية لمحاكم الدولة على جميع المتوطنين فى جمهورية مصر العربية، وهو ما سيؤدى بدوره الى زيادة فاعلية القضاء المصرى وقدرته على مواجهة ما يُثار على الاقليم الوطنى من نزاعات، وهو ما سيؤدى بالضرورة إلى استقرار الحياة الأسرية للأسر المقيمة فى مصر، وينعكس إيجاباً على

(١) تنص المادة ١/٤٣ من القانون المدني على أنه"١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين.

(٢) تنص المادة ٢/٤٣ مدنى على أنه"٢- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة".

(٣) د. عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائى، مرجع سابق، ص ٤٣٠، بند ٣٢٨.

توجهات الدولة، وعلى الرغم من أن هذا التبرير يتفق مع الدعوة الى ضرورة أن تأخذ الدولة أيضاً بانعقاد الاختصاص إذا كان المدعي متوطناً فى الدولة، إلا أن عدم توفر هذا المعيار فيما يتعلق بالمدعى - إلا باستثناءات - لا يُقلل من قيمة هذه الميزة وجودتها .

٢- يُسهل اتخاذ الكثير من الإجراءات فى حق المدعى عليه، كإجراءات الإعلان وغيرها، وهو أمر يزداد فاعلية فى دولة الموطن، خاصةً أن الموطن هو واحد من الأماكن التى يتم الإعلان فيها وفق قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية .

٣- الأخذ بمعيار الموطن يُسهل تنفيذ الحكم الصادر، وذلك فى ظل وجود أموال وشخص المدعى عليه بشكلٍ رئيسٍ فى مصر وتركزهم فيها، حيث إن موطن الشخص أو محل إقامته هو مكان استقرار الشخص وأسرته، وهو المكان الذى يبقى فيه أمواله عادةً، كما أن مسائل الأحوال الشخصية هى مسائل متعلقة باستقرار الأسرة، والأسرة يرتبط استقرارها بمحل اقامتها، وبالتالي فمن المنطق أن تخضع منازعاتها لمحل الإقامة وليست لمكانٍ عرضى يوجد فيه المدعى عليه بشكلٍ غير دائم.

المطلب الثالث

استثناء دعاوى الأحوال الشخصية العينية الدولية المرتبطة بعقارات خارج الدولة من اختصاص المحاكم المصرية

لقد استثنى المشرع المصرى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقارٍ واقعٍ فى الخارج من مجال أعمال ضابط الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية القائم على تمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية وفقاً لنص المادة ٢٨ مرافعات، وأيضاً القائم على توطن المدعى عليه الأجنبى فى مصر وفقاً لنص المادة ٢٩ مرافعات، فهذه الدعاوى لا تختص بها المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطناً أو مقيماً فى مصر أو مصرى الجنسية، وهذا الاستثناء يقوم على مبدأ قوة النفاذ؛ ذلك أن تصدى القضاء المصرى للحكم فى نزاعٍ يتعلق بعقارٍ كائناً فى دولةٍ أخرى لن يجعل لهذا الحكم أى قيمةً فعليةً لأن دولة موقع العقار لن تعترف بآثار الحكم فى هذه الحالة.

ويدخل في نطاق هذا الاستثناء ثلاث أنواع من الدعاوى:

١- الدعاوى العينية العقارية: ومثالها الدعوى التي يرفعها من يطلب تقدير حق عيني له على عقار أو نفي مثل هذا الحق للغير كدعوى تقدير حق انتفاع أو ارتفاق على عقار.

٢- الدعاوى الشخصية العقارية: وهي التي يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل يطلب الحكم له بصحة عقد البيع ونفاذه، وكذلك الدعوى التي يرفعها البائع لعقار غير مسجل يطلب فيها فسخ العقد.

٣- الدعاوى المختلطة: ومثالها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع إليه ودعوى البائع على المشتري بفسخ عقد البيع ورد العقار إليه.

أما الدعاوى التي يرفعها المؤجر للعقار على مستأجره للمطالبة بسداد الأجرة أو الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري بعقد مسجل للمطالبة بثمن العقار المبيع فلا تدخل في نطاق الاستثناء؛ فهي ليست من الدعاوى العقارية.

ولعل الحكمة من هذا الاستثناء تتجلى سواء فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية أو غيرها من المنازعات الدولية الخاصة، بصورة تبرر تطبيق الاستثناء حتى في منازعات الأحوال الشخصية الدولية، فلو افترضنا أن رفعت دعوى متعلقة بإنفاذ وصية على عقار في الخارج وكان المدعى عليه مواطناً مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في مصر، فالاستثناء يطبق ولا تختص محاكم الدولة بنظر النزاع، وبالتالي فالاستثناء شرع لتيسير اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالعقار، وتسهيل تنفيذ الأحكام المتعلقة به، ذلك أن العقار جزء رئيس من المنظومة الإقليمية للدولة التي تخضعها لقانونها وإجراءاتها، خاصة أن من الإجراءات ما يصعب تنفيذه إلا في دولة وجود العقار كإجراءات الحجز التحفظي وما إلى ذلك.

الرأى الخاص: وفقاً لما نص عليه المشرع المصرى فى المادتين ٢٨، ٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإن القضاء المصرى غير مختص بنظر الدعاوى العينية العقارية التى تنصب على عقارات خارج الدولة حتى وإن كان المدعى عليه مواطناً مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة فى مصر، وذلك فى استثناء واضح على حالات انعقاد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الدولة إذا كان المدعى عليه مواطناً مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة فى مصر .

والسؤال المطروح هنا: هل ينطبق ذات الاستثناء فى مجال الأحوال الشخصية وخاصةً منازعات الحضانة المتعلقة بإدارة أموال الطفل المحضون فى ظل عدم وجود نص مماثل فى قانون الأحوال الشخصية؟

نعنقد أن هذا الاستثناء يمتد أيضاً إلى مسائل الأحوال الشخصية للأسباب

التالية:

أولاً: أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م لم يأتِ لإلغاء قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائى الدولى، وإنما ليتكامل معه وهو ما نصت عليه المادة الأولى من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م باصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والتى نصت على أنه " تسرى أحكام القانون المرفق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف، ويُطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية"، وبالتالي فالمسكوت عنه فى قانون الأحوال الشخصية وتم النص عليه فى قانون المرافعات يبقى سارياً ما لم يتعارض صراحةً مع نص صريح فى قانون الأحوال الشخصية، وهى الحالة غير المتحققة هنا على اعتبار أن قانون الأحوال الشخصية جاء خالياً من أى نص متعلق بالاستثناء محل البيان.

ثانياً: أن قانون الأحوال الشخصية لم يورد أى نصوص متعلقة بانعقاد الاختصاص الدولى فى مسائل الأحوال الشخصية، وأن مصدر هذه القواعد هو فقط قانون

المرافعات، فالنص المتعلق بهذا الاستثناء فى قانون المرافعات جاء عاماً غير مرتبط بنوعٍ دون آخر من المنازعات الخاصة، مما يعنى أنه محل تطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية الدولية.

ثالثاً: أن العلة من هذا الاستثناء متوفرة سواء فيما يتعلق بمنازعات الأحوال الشخصية أو غيرها من المنازعات الدولية الخاصة، بصورةٍ تبرر تطبيق الاستثناء حتى بي منازعات الأحوال الشخصية الدولية.

وعلى ذلك لو رفعت دعوى متعلقة بعدم أهلية الحاضن لحضانة طفل و المحافظة على أمواله المتمثلة فى عقار فى الخارج وكان المدعى عليه مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة فى مصر، فالاستثناء يطبق ولا تختص محاكم الدولة بنظر النزاع.

على أن تطبيق هذا الاستثناء يثير تساؤلاً عن مدى تطبيقه إذا ثبت الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الدولة لسبب آخر غير كون المدعى عليه مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة فى مصر، وكانت الدعوى عينية متعلقة بعقار فى الخارج؟ خاصة أن صياغة هذا الاستثناء جاءت متعلقة بكون المدعى عليه مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة فى الدولة، وفى اعتقادنا أنه يجب أن يمتد تطبيق الاستثناء فى جميع الدعاوى المتعلقة بعقار فى الخارج بغض النظر عن سبب انعقاد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الدولة فى مسائل الحضانة ، لتوفر العلة فى جميع هذه الحالات التى تُبرر عدم اخضاع المنازعات العينية العقارية لمحاكم الدولة.

المطلب الرابع
انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية
فى منازعات الحضانة وفقاً للخضوع (الإرادى) الاختيارى

لقد نص المشرع المصرى على الخضوع الاختيارى بوصفه من الأسباب التى ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم المصرية فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات، إذ نصت على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعاوى ولو لم تكن داخلية فى اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً".

ووفقاً لنص هذه المادة^(١) فإن المحاكم تكون مختصة استناداً إلى إرادة الخصوم، وهو ما يُعرف بمبدأ الخضوع الاختيارى، وهو حكمٌ عامٌ يسرى على جميع أنواع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالأحوال العينية، كما أن كلمة "الخصم" الواردة فى النص تتصرف إلى كل من المدعى والمدعى عليه، ولم يتطلب المشرع لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون القبول صريحاً، بل اكتفى بالقبول الضمنى.

وقد يكون القبول صراحةً كما لو نص المتعاقدون فى الاتفاق المبرم بينهم على اختصاص قضاء الدولة بالنظر فى المنازعات التى قد تنشأ عند تنفيذ العقد، إذ أن الغالب عملياً هو أن يُضمن أطراف العقود الدولية عقودهم شرطين: أحدهما ينصب على القانون الواجب التطبيق، والآخر يتعلق بتعيين المحكمة المختصة، وقد يكون

(١) وقد أُنقِدت صياغة هذه المادة على هذا النحو؛ حيث إن الصياغة تثبت الاختصاص للمحاكم المصرية فى حالة الخضوع الاختيارى قائلةً "ولو لم تكن داخلية فى اختصاصها طبقاً للمواد السابقة"، وفى هذا تزييد لا معنى له؛ ذلك أن ثبوت الاختصاص بمقتضى الخضوع الاختيارى لا يثور أصلاً إلا إذا كان الاختصاص غير ثابت بداءةً، ولا يتصور الكلام عن هذا الخضوع الاختيارى إذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعة الدولية وفقاً لإحدى حالات الاختصاص الأخرى الواردة فى التشريع المصرى، ومن ناحية أخرى فالنص يعقد هذا الاختصاص إذا قبل الخصم ولايتها أى ولاية المحاكم المصرية صراحةً أو ضمناً، والكلام هنا ينصرف إلى المدعى عليه الذى يمكن أن يكون قبله صراحةً أو ضمناً، أما المدعى فهو رافع الدعوى أمام المحاكم المصرية وقبله دائماً أقرب إلى الصراحة منه إلى الضمنية وليس أُصرح فى هذا القبول لاختصاص تلك المحاكم من إقامة الدعوى أمامها - انظر فى نقد صياغة هذه المادة الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجداوى: مبادئ القانون الدولى الخاص، ١٩٨٨ م، المطبعة التجارية، القاهرة، ، بند ١١٩، ص ١٢١.

القبول ضمنياً يستنتج من ظروف الحال التي يجب تقديرها بالنظر إلى كل حال على حدة، ومثال ذلك ترفع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة، فالتجاء المدعى إلى محاكم دولة غير مختصة بنظر النزاع في هذه الحالة يفيد خضوعه الاختياري لقضائها، وسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص دلالةً على قبوله الضمني لولاية محاكم هذه الدولة، على أنه لا يتصور من الناحية المنطقية القبول الضمني من جانب المدعى لأنه هو الذي يرفع الدعوى، ومتى رفعها فإنه يكون بذلك قد اتخذ سلوكاً إجرائياً عبر به عن قبوله الخضوع لقضاء من لم يكن مختصاً من قبل.

واستهدف المشرع بهذا الضابط إضفاء قدر كبيراً من الاحترام والمراعاة لإرادة المتعاقدين اقتناعاً منه بأنهم الأكثر علماً بظروف عقودهم وتقديراً ومعرفةً لما يناسبهم وعلاقتهم القانونية عند تحديد المحكمة المختصة.

وتطبيقاً لذلك فقد أعطاهم المشرع الفرصة للتعبير عن إرادتهم وحماية مصالحهم الخاصة بأنفسهم عن طريق الاتفاق على الخضوع لمحكمة معينة تقوم بالفصل في منازعات عقودهم المبرم دون أي تقييد لهم في هذا الاختيار.

ويستمد هذا الضابط وجوده من نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات والتي نصت على أنه "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلةً في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصوم ولايتها صراحةً أو ضمناً"، ومن نص هذه المادة يكون للخصوم الاتفاق على الخضوع لولاية واختصاص محكمة دولة معينة حتى ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة أصلاً بنظر النزاع طالما قبل الأطراف اختصاصها وانفقوا على ذلك صراحةً أو ضمناً.

وقد أخذ أيضاً بقاعدة الخضوع الاختياري في الاختصاص قانون الإجراءات المدنية الفرنسية في المادة ٤٨ منه^(١)، والمادتان ١٧، ١٨ من الاتفاقية المبرمة في ٢٧ سبتمبر عام ١٩٦٨ والخاصة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية بين دول السوق الأوروبية المشتركة، كما نصت عليه المادة الرابعة من مجموعة القانون الدولي الخاص الإيطالي.

وقد يكون الهدف من وراء تقرير المشرع هذا الضابط هو تحقيق أهداف أصلية من أهداف القانون الدولي الخاص كحماية المصالح الفردية الخاصة للأطراف والعمل على تيسير المعاملات التجارية الدولية، ويبدو ذلك واضحاً في أنه رغم تعلق بعض قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام إلا أن المشرع أجاز للخصوم إمكانية الاتفاق على الخضوع الاتفاقي الإرادي للمحاكم المصرية^(٢)، وهذا ليس غريباً في نطاق القانون الدولي الخاص فقد سبق للمشرع المصري وأن جعل من إرادة الأطراف ضابطاً للاختصاص التشريعي وذلك في المادة ١٩ من القانون المدني والتي أعطت للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية المبرمة بينهم^(٣).

وللخضوع الاختياري صورتان رئيستان نصت عليهما المادة ٣٢ من قانون المرافعات والسابق ذكرها وهما الخضوع الصريح والخضوع الضمني:
الصورة الأولى: الخضوع الصريح.

وهو الذي يتحقق في الغالب بالنص عليه صراحةً في التصرف القانوني الذي تستند إليه الدعوى، كما لو أفرغ الأطراف في عقد شرطاً يُنبئ عن اتفاهم على

(1) Art 48 du code de procedure civile" La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur".

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ١٣٦، بند ١٠٧.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص

٤٣٠ وما بعدها .

الخضوع لمحكمة معينة في حالة التنازع، ويشهد الواقع عمومية هذا الاتفاق بمعنى أنه لا يقتصر على دعوى بعينها أو نزاعاً بعينه بل ينص فيه على اختصاص محاكم الدولة المتفق عليها بنظر كافة المنازعات التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً عن هذا العقد^(١)، وللخضوع الصريح صورتان أساسيتان يتم إفراغه فيهما هما:

(أ) اتفاق سابق على قيام النزاع: وهذا يكون قبل نشوء أى نزاع بين الطرفين ويكون الغرض منه الوقاية من حدوث نزاع مستقبلي بعد ذلك حول الاختصاص القضائي يمنع اتفاق الأطراف ويُعطل تسوية النزاع في حالة قيامه مستقبلاً، ويتم في شكلين رئيسيين: أولهما عن طريق إدراج شرط أو بند في التصرف القانوني الناشئ عنه النزاع ويسمى هذا الشرط بشرط الاختصاص القضائي Competence Juridictionnelle وهو ما يماثل شرط القانون الواجب التطبيق والذي يتم إدراجه في العقود الدولية، وثانيهما أن يتم هذا الاتفاق في وثيقة مكتوبة مستقلة عن التصرف الأصلي الذي نشأ بسببه النزاع^(٢).

(ب) اتفاق لاحق على قيام النزاع: وفي هذه الحالة لا بد وأن يكون مستقلاً، ويتم إفراغ هذا الاتفاق في وثيقة مكتوبة مستقلة يتم إثبات فيها اتفاق الأطراف على الخضوع لمحكمة دولة معينة لحكم نزاعهم القائم فعلاً^(٣)، ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق الصريح بوسيلة معينة بالذات، بل يمكن القيام به بأي وسيلة يثبت بها، وهو ما عبرت عنه المادة الخامسة من القانون الدولي الخاص السويسري بقولها أنه "يمكن أن يتم الاتفاق كتابة أو بالتلغراف أو التلكس أو بأي وسيلة اتصال تسمح بإقامة الدليل بنص أو وثيقة.....".

الصورة الثانية: الخضوع الضمني.

(١) د. أحمد مليجي: التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٨٢، بند ٩٤٧.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ١٥٤، بند ١٢٢.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص ١٥٤، بند ١٢٢.

وهو ما يُستدل عليه من سلوك المدعى والمدعى عليه، فقد يقوم المدعى برفع دعواه أمام المحاكم المصرية وقيام المدعى عليه بالسكوت عن الدفع بعدم الاختصاص عند بدء النزاع وقبل التكلم فى الموضوع، مما يدل على أنه قبول ضمنى من جانبه بالخضوع لولاية المحاكم المصرية^(١)، ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أن سكوت المدعى عليه لا يجب أن يفسر فى كل الأحوال على أنه خضوع وقبول ضمنى لولاية هذه المحكمة، ولكن لابد من أن يُصاحب هذا السكوت مظاهر ودلائل وشواهد تؤكد ذلك:

ولقد اتسم الفقه بفكره العميق ورأيه الوثيق عندما وضع جملة من الشروط لا يشق غبارها للقول بصحة الخضوع الاختيارى، وهذه الشروط أهمها:
الشرط الأول: توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة.

فلا بد من أن تكون هناك علاقة جدية تربط النزاع المعروف القائم والمحكمة التي يريد الأطراف إخضاع النزاع لولاية قضائها، حيث إن هذا الشرط من شأنه أن يضمن تحقيق ما يهدف إليه الأطراف من وراء هذا الخضوع الاختيارى خاصة قدرة المحكمة على حل النزاع وتنفيذ الحكم الصادر منها على أرض الواقع، وهذه الرابطة يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات النزاع.

ولكننا نرى أن اشتراط رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي يريد الأطراف إخضاع النزاع لولايتها أمرٌ لا يمكن التسليم به، وذلك للمبررات الآتية:

(أ) أن هذا الشرط والقيود من شأنه التضيق على الأطراف والتقليص من حجم سلطة إرادتهم، فالزامهم بهذا الشرط من الممكن أن يعصف بقيمة إرادة هؤلاء الأطراف، إضافةً إلى عدم النص تشريعياً صراحةً على هذا الشرط.

(١) د. أحمد ملبجى: المرجع السابق، ص ٤٨٢، بند ٩٤٧.

ب) أن هذا الشرط لا يتساير مع مقتضيات وظروف التجارة الدولية ومستجداتها وتطوراتها والتي تتطلب اللجوء للقضاء الذي يتسم بسرعة الفصل في القضايا والتيسير على المتقاضين في إجراءات التقاضى.

ج) أن فكرة " الرابطة الجدية " باتت فكرةً تقليديةً معقدةً غير واضحة المعالم، ويمكن الاستعاضة عنها بفكرةٍ أخرى أكثر وضوحاً وتحرراً واتفاقاً مع حاجة المعاملات والتجارة الدولية وتيسيراً على الأطراف وهي فكرة "المصلحة المشروعة"^(١).

الشرط الثانى: ألا تكون المحاكم المصرية مختصة أصلاً بنظر النزاع.

يشترط لتقرير الاختصاص للمحاكم المصرية بناء على فكرة الخضوع الإرادى ألا تكون هذه المحاكم مختصة فى الأصل بنظر المنازعة الدولية وفقاً لإحدى ضوابط الاختصاص الواردة فى القانون المصرى، فثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية بمقتضى الخضوع الإرادى لا يمكن تصوره إلا اذا كان الاختصاص غير ثابت فى الأساس لها^(٢).

وأضاف قضاء محكمة النقض الفرنسية شرطاً آخرأ يقضى بألا يكون الاختصاص القضائى الفرنسى إلزامياً فى تلك المسألة، والمبين بالمواد ١٤ و ١٥ من القانون المدنى الفرنسى^(٣).

(١) أنها الأجر على تحقيق مصالحهم الشخصية وخدمة نزاعهم العقدى، ويشترط فقط فى هذه المصلحة عنصر المشروعية وهو ما يسد الطريق أمام فتح باب الغش من جانب الخصوم نحو الاختصاص لأنه فى هذه الحالة سيكون اتفاقهم باطلاً لعدم مشروعية المصلحة.

(٢) وبناء على ذلك فإنه إذا اتفق الخصوم على الخضوع للولاية القضاء المصرى حيث تكون هذه الولاية ثابتة فى شأنه أساساً لكون المدعى عليه مصرياً أو أجنبياً متوطناً أو مقيماً فى مصر أو اتصال النزاع بالإقليم المصرى عن طريق سببه أو موضوعه أو لغير ذلك من الضوابط المقررة للاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، فإن هذا الاتفاق يكون عديم القيمة فى شأن عقد الاختصاص للمحاكم المصرية.

(3) Marie –Laure Niboyet: Droit international privé ,op.cit , p. 308.

الشرط الثالث: قبول أطراف الخصومة الخضوع لولاية القضاء المصرى.

يبدو من ظاهر نص المادة ٣٢ من قانون المرافعات التجارية والمدنية المصرى أن المشرع ربط اختصاص المحاكم المصرية بالفصل فى النزاع وفقاً لفكرة الخضوع الإرادى على "قبول الخصوم" الخضوع لولايتها صراحةً أو ضمناً، ولم يشترط أن يكون هذا القبول صريحاً^(١)، بل اكتفى بكونه ضمناً يمكن اسخلائه من واقع الحال حسب كل حالة على حده^(٢).

الشرط الرابع: خلو اتفاق الاختصاص من حالة الغش.

والهدف من هذا الشرط هو منع ما قد يعمد إليه الأطراف من اختيار محكمة معينة بالذات بهدف الغش والتحايل على القانون والإفلات من الخضوع لولاية محكمة أخرى واختيار محكمة تخدم رغباتهم الخاصة على خلاف القانون.

الشرط الخامس: أن يترتب على الخضوع الإرادى اختصاص المحاكم المصرية.

وبالتالى يشترط لصحة هذا الاتفاق والاختيار للمحكمة المختصة من قبل الأطراف للخضوع لها أن تكون محكمة مصرية، أما إذا كان الاتفاق من شأنه إخضاع النزاع لمحكمة دولة أجنبية فإن هذا الاتفاق سيكون مصيره البطلان ويبقى الاختصاص الأصيل للمحاكم المصرية^(٣).

(١) وكما سبق القول بأن القبول يكون صريحاً بإدراج الأطراف شرطاً فى العقد أو التصرف المبرم بينهم يسمى الشرط المانع للاختصاص يُسند الاختصاص لقضاء دولة معينة بالنظر فى المنازعات التى قد تنشأ مستقبلاً بشأن تنفيذ التزاماتهم المتبادلة.

(٢) ويتصور هذا القبول الضمنى من المدعى عليه كأن يباشر إجراءات الخصومة دون أن يدفع بعدم الاختصاص عند بدء النزاع وقبل التكلم فى الموضوع، أما مجرد مثوله أمام المحكمة للاعتراض على الاختصاص فلا يُعد قبولاً ضمناً لاختصاصها - راجع حكم المحكمة العليا - جلسة ٣١/١٠/٢٠٠٤م - مجموعة المكتب الفنى - القرار رقم ٥٦ فى الطعن رقم ٦٤/٢٠٠٤م، أما المدعى فقبوله دائماً قبولاً صريحاً لأنه هو الذى بادر برفع الدعوى وشكل سلوكه هذا تعبيراً عن قبوله الخضوع لولاية قضاء هو فى الأصل غير مختص بنظر النزاع.

(٣) د. عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

الشرط السادس: أن يكون النزاع نزاعاً دولياً.

وهذا شرط بدهى؛ حيث إن مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي لا تقوم إلا إذا كان النزاع ذا صفة أجنبية أى احتوى على عنصر أجنبي، أما فى النزاعات الداخلية فينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بصورة تلقائية دون حاجة إلى مثل هذا الخضوع الاختيارى من قبل الأطراف لأنه حق ثابت للخصوم.

ومن جانبه اعتبر قضاء محكمة النقض الفرنسية أن لجوء أطراف العقد إلى تحديد قضاء مختص غير قضاء الدولة هو اتفاق مشروع، و لكن مشروعيته تشترط أن تكون المنازعة ذاتها دولية تحدد بالاتفاق قضاء أى دولة يختص بتلقى الولاية القضائية⁽¹⁾.

وعلى الرغم من استقرار معظم الفقه المصرى على أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي المتعلقة باختصاص المحاكم الوطنية من النظام العام، وأن الأفراد لا يملكون القدرة على تعديل قواعد الاختصاص القضائي المنصوص عليها أو حتى الاتفاق على ما يخالفها، لذا يجب التفرقة بين أمرين غاية فى الأهمية هما:-
الأمر الأول: جلب الاختصاص.

والمقصود بحالات جلب الاختصاص أن يتفق الأطراف على جلب الاختصاص للمحاكم المصرية فى حالات لم تكن مختصة بها أصلاً، وفيها يعطى المشرع لإرادة الأطراف دوراً هاماً تلعبه فى المنازعات ذات الطابع الدولي يتمكنون من خلالها تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي بشرط أن يكون من شأن اتفاقهم الإرادى جلب

(1) Cass Soc. 17 decembre 1985 , RCDIP , Revue de droit commercial , maritimr , no. 1 , 1986 , p. 13.

الاختصاص للمحاكم المصرية، مما يضىف عليه طابع الشرعية وعدم مخالفة النظام العام^(١).

الأمر الثانى: سلب الاختصاص.

ويعنى به وجود نزاع قائم داخل في اختصاص المحاكم المصرية وفقاً لقواعد الاختصاص القضائى الدولى، ولكن تتفق إرادة الأطراف على سلب هذا الاختصاص من المحاكم المصرية ومنحه إلى محاكم دولة أخرى وإسناد الاختصاص لها بحل النزاع.

وفى هذه الحالة لا يجوز للأطراف استبعاد المحاكم المصرية إذا كانت مختصةً بنظر النزاع وفقاً للقانون المصرى، وأساس عدم الإجازة هو أن العدالة وتحقيقها هو وظيفة من وظائف الدولة تباشرها من خلال السلطة القضائية ممثلةً فى محاكمها، وإذا كانت الدولة قد تركت سلطة تحريك هذه السلطة فى يد الأطراف عن طريق الدعوى، فذلك ليس معناه أن القضاء يقوم بتحقيق مصلحة الأفراد الخاصة فقط، بل يقوم بتحقيق مصلحة عامة وهى إقرار النظام والسكينة فى الدولة وتحقيق العدالة بين أبنائها^(٢).

ولقد ظهر اتجاه يؤيد ويدعم تطبيق ضابط الخضوع الإرادى والأخذ به فى تحديد الاختصاص القضائى الدولى منازعات مسائل الاحوال الشخصية بصفة عامة مستنداً إلى:

(أ) أن الاعتراف بإرادة الخصوم وحقهم فى تعيين المحكمة المختصة هو أمرٌ طبيعى ومتوافق مع ما هو مقرر فى مجال تنازع القوانين أيضاً من الاعتراف والتقدير لدور الإرادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق^(٣)، وبناء على ذلك يصبح من

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص (الاختصاص القضائى الدولى - الآثار الدولية للأحكام)، الجزء الثانى، الكتاب الأول، ١٩٩١م، ص ٥٤.

(٢) د. أحمد مليجى: المرجع السابق، ص ٤٨٢، ٤٨٣، بند ٩٤٨.

(٣) د. محمد خالد الترجمان: النظام القانونى للقروض الدولية للتنمية فى الدول العربية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م، ص ٣١٥ وما بعدها.

الطبيعى ضرورة الاعتراف بهذا الدور المهم للإرادة فى مجال تنازع الاختصاص القضائى الدولى فى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع.

(ب) أن مشكلة الأثر السلبى للخضوع الإرادى يمكننا التخلص منها عن طريق وضع قيد على حرية الأطراف عند اختيارهم للمحكمة المختصة يقضى بضرورة أن يكون اتفاقهم مؤدياً وجالياً للاختصاص للمحاكم المصرية، ووضع جزاء البطلان على كل اتفاق سلبى يسلب الاختصاص من المحاكم المصرية، وذلك تأسيساً على أن الاختصاص الدولى للمحاكم الوطنية هو اختصاص متعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك أن أى اتفاق من جانب الأطراف يُخالف ذلك أو يسلب هذا الاختصاص أو ينتقص منه لا يتم الاعتراد به ويصبح باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام^(١).

(ج) أن لضابط الخضوع الإرادى ميزةً مهمةً يحقق بها المصلحة العامة والوطنية وهى توسيعه نطاق اختصاص المحاكم الوطنية على المستوى الدولى فى منازعات قد لا تدخل فى اختصاصها من الأساس، ولكن ينعقد لها الاختصاص بناء على اتفاق الأطراف على ذلك، والذى من شأنه تحقيق الحماية للوطنيين بإخضاعهم لمحاكم دولتهم فى نزاعاتهم الدولية مع أطرافٍ أجنبية.

وعلى نقيض الاتجاه السابق المؤيد عارض البعض الاعتماد على ضابط الخضوع الإرادى كضابط لتحديد الاختصاص القضائى فى منازعات مسائل الاحوال الشخصية بصفةٍ عامةٍ حيث يرون:

(أ) أنه غير جائز أصلاً فى مجال المنازعات الدولية الاعتراد بإرادة الأطراف لتعيين المحكمة المختصة؛ لأن ذلك من شأنه التأثير على قواعد تنازع الاختصاص لكل دولة حيث تستقل كل دولة بوضعها وتنظيمها تحقيقاً لمصالحها الوطنية^(٢)، وأن

(١) د. محمد خالد الترجمان: المرجع السابق، ص ٥٩، بند ٤٥.

(٢) د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ٥٨،

بند ٤٥.

إعطاء الأطراف الحق في تعطيل وإيقاف هذه القواعد المشرعة من قبل الدول والمتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي والتي راعت فيها كل دولة من هذه الدول منح الأولوية في الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية واتخذتها سبيلاً لتوسيع نطاق اختصاصها الوطني، هو أمرٌ يُشكل اعتداءً على تشريعات هذه الدول وبمثابة تعديل غير جائز له.

(ب) أن السلطة القضائية هي سلطةٌ مستقلةٌ من سلطات الدولة، ومن غير الممكن ترك مسألة مهمة كمسألة الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم السلطة القضائية عرضة للتعديل والتعطيل من جانب الأفراد؛ فذلك يضر بهيبة السلطة القضائية ومن وراءها الدولة^(١).

ونرى من جانبنا أنه على الرغم مما لضابط الخضوع الاختياري من مزايا إلا أنه لتفعيله ولجعله مُنتجاً ومؤثراً يجب تقييد هذا الضابط بقيودٍ عامةٍ نظراً لما يترتب عليه من آثار ليست بالعادية، ومن ثم فإننا نرى أنه لا بد من:

١- توافر رابطة حقيقية بين النزاع المطروح والمحكمة المختارة من جانب الخصوم للفصل في هذا النزاع، وهو شرط بدهى لأنه سيجبر الأطراف على اختيار المحكمة الأجدر والأقدر على الفصل في النزاع وحسمه لأنها على صلة به وأكثر درايةً بما يمكن أن يحيط به من ظروف وملابسات.

٢- أن يكون الهدف من وراء الاختيار تحقيق مصلحة مشتركة للخصوم، وبالتالي فإن كان اختيار أحد المحاكم يصب في مصلحة أحد الأطراف دون الطرف الآخر فإن الأطراف بذلك يكونوا قد حادوا وانحرفوا عن الهدف من وراء تقرير هذا الضابط وهو تحقيق مصلحة الخصوم وليس خصماً دون الآخر.

٣- يجب أن يكون الاختيار للمحكمة المختصة من جانب الأطراف غير مشوبٍ بأى تحايل أو غش.

(١) د. محمد خالد الترجمان : المرجع السابق ، ص ٥٩ ، بند ٤٥ .

فإن توافرت هذه الشروط وتم مراعاة هذه القيود فإن ضابط الخضوع الإرادى سينتج أثره وسيحقق الهدف من وراء تقريره.

ولكن يثور التساؤل هل تنطبق هذه القاعدة إذا كان محل النزاع عقاراً موجوداً بالخارج؟ ولو تمعنا فى الحكمة من وراء قيام المشرع المصرى بمنع اختصاص محاكم الدولة بنظر منازعات العقارات الموجودة فى الخارج على النحو الوارد فى المادتين ٢٨، ٢٩ من قانون المرافعات لخلصنا إلى أن مفترضات هذه الحكمة والعلة تجعلنا نرفض أن تختص محاكم الدولة بمنازعات العقارات خارج الدولة حتى وإن قبل المدعى عليه ذلك.

وأخيراً نودُ الإيماء إلى أن هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مسائل الأحوال الشخصية تنطبق على جميع دعاوى الأحوال الشخصية دون النظر إلى مضمون الدعوى هل هى متعلقة بحضانة أو نفقة أو نسب..... إلخ؟ .

المبحث الرابع

قواعد انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى مسائل الحضانة المبنية على وجود صلة بين النزاع وإقليم الدولة يعقد المشرع المصرى الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية مراعاةً لمصلحة الخصوم فى الحالات التى تكون السرعة فيها أمراً حتمياً ويخشى بشأنها من فوات الوقت ويطلب من المحكمة فى المنازعات المتعلقة بالحضانة اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقتية والتحفظية داخل الإقليم المصرى رغم عدم اختصاصها بنظر الدعوى الأصلية وهو ما سنتعرض له تفصيلاً فى مطلب أول، كما يعقد الاختصاص القضائى أيضاً للمحاكم المصرية فى حال اتصال عناصر المنازعة الموضوعية المتعلقة بالحضانة بالإقليم المصرى كتعلق النزاع بأموال الحاضن وهو ما سنتناوله تفصيلاً فى مطلب ثانٍ وفق التقسيم التالى :

المطلب الأول : انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية بمسائل الحضانة فيما يتعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية .

المطلب الثانى : انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في مسائل الحضانة المتعلقة بأموال الحاضن الكائنة في مصر .

المطلب الأول

انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية
بمسائل الحضانة فيما يتعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية
رغم عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه " تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تُتخذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية"، ومن النص يبين أن المحاكم المصرية تختص باتخاذ الإجراءات الوقتية اللازمة والأمر بالإجراءات التحفظية الواجب تنفيذها بالإقليم المصري، وذلك حتى ولو ثبت عدم اختصاصها بالدعوى الأصلية، وذلك أن التراخي في القيام بالإجراءات الوقتية أو التحفظية إلى حين البت في النزاع الأصلي المرفوع أمام محكمة دولة أجنبية قد يكون سبباً في أضرارٍ بالغةٍ بمصالح الخصوم وضياع حقوقهم.

وقد نص المشرع المصري على اختصاص القضاء المصري بالإجراءات المستعجلة والتحفظية في قانون المرافعات وليس قانون الأحوال الشخصية، وتُعرف الإجراءات المستعجلة بأنها " الطلبات التي يُخشى عليها من فوات الوقت والتي يطلب فيها الخصوم الحكم بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق"، وجديرٌ بنا بالإيماء إلى أن اختصاص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية لا يقتصر فقط على مواد الأحوال الشخصية، بل يشمل أيضاً مسائل الأموال العينية^(١).

ومن أشهر أمثلتها التي يسوقها الفقه النفقة الوقتية، وعلى ذلك إذا تقدمت أجنبية مقيمة في مصر بطلب للقاضي المصري تطالبه بفرض نفقة وقتية على ابن أخيها المقيم في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن المحاكم المصرية لن تختص بنظر النزاع تأسيساً على معايير المدعى عليه لانعدام ارتباطه بإقليم الدولة، ولن ينعقد

(١) د.أحمد قسنت الجداوى: مبادئ القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٢٠ .

الاختصاص تأسيساً على معيار كون المدعى مقيماً في الدولة في دعاوى النفقات لكون العمة ليست ضمن الفئات المذكورة في نص القاعدة التي تؤسس للاختصاص في دعاوى النفقات، ولن ينعقد الاختصاص تأسيساً على الحكم العام في مسائل الأحوال الشخصية لأن للمدعى موطن معروف في الخارج، ولكن الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة يمكن أن يؤسس على هذا المعيار (معيار اتخاذ إجراءات وقتية ومستعجلة).

أما الإجراءات التحفظية فهي تلك الإجراءات التي تتخذها المحكمة بهدف الحفاظ على وضع معين قائم دون تغيير، ومن أمثلتها وضع الحراسة على التركة لحين الفصل فالنزاعات المتعلقة بالميراث⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن دعوى الزوجة التي تطالب فيها بنفقة وقتية تدخل ضمن اختصاص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية باعتبارها تدخل من مسائل الأمن المدنى، مثال ذلك دعوى تطليق مرفوعة أمام محكمة أجنبية من إحدى الزوجات الأجنبية العاملات في مصر لدى إحدى شركات الاستثمار الأجنبية لفترة معينة لا يمكن فيها تجاهل هذه الزوجة، فينعقد للمحاكم المصرية بتقرير نفقة وقتية لها لحين الفصل في دعوى التطليق.

ويشترط لتقرير الاختصاص للمحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية ما

يلى:

١- أن يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يكون المطلوب فيها اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، ويتم الرجوع لقانون القاضى لتحديد المقصود بعنصر الاستعجال.

(١) ومن أمثلة الإجراءات الوقتية دعوى النفقة التي ترفعها في مصر الزوجة أو الأم أو الأقارب، أو المصاب في دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار، والإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه القاضى، ومن أمثلة الإجراءات التحفظية إثبات حالة عين التهمتها لسنة النار على إثر حريق شب فيها للوقوف على سببه، وكذلك طلب تعيين حارس قضائى في حالة ما إذا كان هناك مثلاً نزاع حول ملكية عين وثمة خشية من استمرارها في حوزة حائزها فيطلب تعيين حارس قضائى مهمته حفظ العين واستغلالها إلى أن يفصل في النزاع حول ملكيتها.

٢- أن يكون مضمون الدعوى المستعجلة طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تنفذ في مصر.

وبخصوص السبب الرئيس الذي دفع المشرع المصري للأخذ بهذا المعيار من معايير ثبوت الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة فهو ترجع في الغالب إلى حالة الاستعجال التي تكون مرتبطة بهذه الإجراءات، الأمر الذي يعنى أن تأخير اتخاذها سيسبب ضرراً للأطراف، ويؤثر سلباً على سير الدعوى كما هو الحال في النفقة الوقتية؛ حيث تحتاج المرأة إلى مصدر دخل وعدم توفره سيؤثر على وضعها المادى ويؤثر بالتبعية على المجتمع المصرى كله .

ولكن خليقاً بنا أن نرّمز إلى أن الفرق بين هذه الحالة من حالات انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة بالإجراءات الوقتية والتحفظية في مسائل الحضانة بوصفها من مسائل الأحوال الشخصية وبين حالة انعقاد الاختصاص القضائي في المسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة أنه في هذه الحالة لا يشترط أن يكون القضاء المصرى مختصاً بنظر النزاع الأصلي، أما الحالة الثانية فإنه لا بد أن يكون القضاء المصرى مختصاً في الأصل بنظر النزاع، ولعل السبب في التمييز بين الحالتين فيما يتعلق بهذا الشرط أن المسائل الأولية والمسائل العارضة والطلبات المرتبطة هي أمورٌ متصلةٌ بموضوع الدعوى، فهي تدوب وتصبح جزءاً منها حكماً، أما الإجراءات المستعجلة والتحفظية فهي إجراءات لا تمس أصل الدعوى ومضمونها الأصلي، وإنما تهدف إلى حسن سير الدعوى دون أن تؤثر في الطلب الأصلي.

وأخيراً لزاماً علينا التأكيد أنه لو انعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة أصلاً بنظر الدعوى الأصلية فإن نظرها للإجراءات التحفظية والمستعجلة المتعلقة بهذه الدعوى لن يكون مثار جدل، وبالتالي إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصةً في الأصل بنظر الدعوى الأصلية المتعلقة بالحضانة ولكن تطلبت إجراءات الدعوى ولزوم السير

فيها اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية والتحفظية على الإقليم المصرى فإن المحاكم المصرية ضماناً لحسن سير العدالة فإنها تختص باتخاذ هذه الإجراءات والبت فيها .

ولكن يثور التساؤل عن مدى الحاجة إلى المرونة واليسر عند تقرير اختصاص المحاكم المصرية بنظر الطلبات العارضة والمسائل الأولية والإجراءات التحفظية والمستعجلة فى منازعات الحضانة، أى هل يمكن أن يتصور أن يكون من حق الدولة تجاهل اختصاصها فى نظر هذه المسائل لوجود رابطة وثيقة مع دولة أخرى تُبرر عقد الاختصاص لمحاكم تلك الدولة بهذه المنازعات ذات الطبيعة الحساسة ؟

نرى من جانبنا أنه لا يتصور أن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص فى نظر مثل هذه المسائل فى منازعات الحضانة حتى لو كانت الدعوى مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بدولة أخرى، فبالنسبة للطلبات العارضة والمرتبطة فإن اختصاص الدولة انعقد لأنها فى الأصل مختصة بنظر الدعوى ، وهذا الاختصاص الأصيل لمحاكم الدولة لم يكن لينعقد للدعوى الأصلية مالم يكن هناك ارتباط وثيق بالدولة يُبرره نص عليه القانون، وعليه فلا يتصور أن ينعقد الاختصاص فى نظر الدعوى الأصلية ولا ينعقد فى الدعاوى المرتبطة بها.

أما بالنسبة للإجراءات التحفظية والمستعجلة فإنها إجراءات تُتخذ فى حدود الإقليم المصرى، وعليه فالقضاء المصرى هو الأحق والأجدر على البت فيها، خاصةً أنها عادةً ما تكون مُحاطةً بظروفٍ وملايساتٍ تستلزم الاستعجال، وقد يكون لها تأثير أمنى على المجتمع يُبرر نظر القضاء المصرى لها كالخوف على مستقبل الطفل المحضون وضياعه فى منازعات الحضانة، إضافةً إلى الضرر المعنوى والنفسى .

المطلب الثانى

انعقاد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية
فى مسائل الحضانة المتعلقة بأموال الحاضن الكائنة فى مصر

بموجب هذه القاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية ، فإن الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة ينعقد في مسائل الحضانة إذا كان محلها مال موجود في الدولة، ولقد ورد النص على هذه القاعدة في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة ٣٠ منه والتي نصت على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي تُرفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية " .

وعلى ذلك لو أن القاضى المصرى بصدد دعوى متعلقة بحضانة تتصب على أموال خاصة بالطفل المحضون موجودة على الإقليم المصرى فإن الاختصاص القضائي ينعقد لمحاكم الدولة وإن لم يكن المدعى عليه مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل عمل أو محل إقامة في مصر، وإن لم يكن المدعى كذلك مصرياً أو أجنبياً له موطن أو محل إقامة في مصر، وإن لم يُعرف له موطن أو محل إقامة معروف في الخارج، وإن لم يكن القانون المصرى هو القانون واجب التطبيق.

وبنظرة دقيقة وتمعنة إلى الأسباب التي دفعت المشرع المصرى للنص على هذه القاعدة من قواعد ثبوت الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ومسائل الحضانة بصفة خاصة والمتعلقة بأموال كائنة على الإقليم المصرى يتبدى لنا أن :

أولاً : أن الهدف الرئيس هو ضمان فاعلية الإجراءات المتخذة وكذلك فاعلية التنفيذ، ولتحقيق ذلك كان على المشرع اعتناق هذا الضابط، حيث إن دولة وجود المال هي الدولة الأقدر على اتخاذ الإجراءات وعلى التنفيذ على هذا المال .

ثانياً : لا يغيب عنا أن الأموال بصفة عامة و العقارية منها بصفة خاصة تُعد جزءاً من إقليم الدولة، ومن ثم يتولد لدى الدولة الحق في الحرص على عدم المساس

بأى جزء من إقليمها وعليها واجب الالتزام بالدفاع عنه قانوناً عن طريق إخضاع المال الموجود على أراضيها للاختصاص القضائي لدولة مكان وجوده^(١).

ثالثاً : أنه بخصوص المنقول لابد من احاطته بسياج من المرونة عند تحديد الاختصاص القضائي بمنازعاته ، ومن ثم إذا تحققت المحكمة من أن النزاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدولةٍ أخرى فلا حرج من إسناد الاختصاص لمحاكم هذه الدولة كأن تكون الدعوى متعلقة بأموالٍ سائلةٍ في أحد بنوك دولةٍ أجنبيةٍ، وكان الحاضن والطفل المحضون مقيمين في هذه الدولة، فإنه من الأفضل إخضاع النزاع للاختصاص القضائي لمحاكم تلك الدولة تطبيقاً لفكرة " الرابطة الوثيقة بين النزاع ودولة الاختصاص القضائي" ، مع ملاحظة أن ذلك لن يؤدي إلى المساس بإجراءات التنفيذ في الدولة، ذلك أن التنفيذ في الدولة محاط بضمانةٍ فاعلةٍ وهي ضمانة عدم مخالفة الحكم الصادر للنظام العام في مصر وفقاً لنص المادة ٢٩٨ / ٤ من قانون المرافعات والتي نصت على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي ٤- أن الحكم أو الأمر لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها " ، بحيث لن يطبق أى حكم متعلق بهذا المال متى كان متعارضاً من النظام العام والمصالح العليا للدولة المصرية .

رابعاً : أنه فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة بعقارٍ واقعٍ في مصر ، فإن القضاء المصرى يبقى مختصاً بنظر النزاع حتى لو كان هناك ارتباطاً بدولةٍ أخرى، ذلك أن العقار ولارتباطه بمفاهيم الإقليمية من حيث الاستقرار والثبات، واستناداً لمتطلبات استقرار المعاملات الخاصة به، فإنه لا يتصور أن تتنازل الدولة عن تنظيم المسائل والأحكام المتعلقة به لدولةٍ أخرى، حتى لو وجد هناك ارتباط بين النزاع وتلك الدولة.

(١) مع ملاحظة أن المشرع المصرى لم يُفرق بين كون المال منقولاً أو عقاراً، ففي جميع الحالات تبقى محاكم الدولة مختصةً، وإن تغير موقع المنقول بعد السير في الدعوى حفاظاً على المراكز القانونية والدور الفعال للقضاء.

الخاتمة

إن القوانين الوضعية عجزت وفشلت في تحقيق السعادة المنشودة للطفل المحضون؛ فهي لم تضع الحلول المناسبة والسليمة لمنازعاتها وفي مقدمتها قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة للتمكن من الوصول للقانون الأقدر على تحقيق مصلحة الطفل ، وإنما تركت الأمر بيد القضاء واجتهادات القضاة ، فالحضانة لا تستقيم بالأحكام القضائية إلا في حالات خاصة كعدم استقامة الوالدين أخلاقياً أو عدم ادراكهم لحجم المسؤولية الصحيح ، وعندها لا بد للقضاء من التدخل لاتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية مصلحة الطفل المحضون ، فهناك - وبحق - أمور لا تستطيع الأنظمة القانونية والحقوقية أن تعيها وتحددها لأنها غير قادرة في الأصل على تصورها ، وهو السبب الرئيس وراء إغفال هذه التشريعات التنظيم والتحديد للعديد من المسائل المهمة المتعلقة بالحضانة .

ومن منطلق رفع العسر والحرج ومن كون مصلحة الطفل المحضون الهدف الأسمى للحضانة ، فإنه يجب مع الاستعانة بأراء الفقهاء استجلاء نظام قانوني وفقهي متكامل لحق الطفل في الحضانة ، عندما نعتبرها أنها ولاية لضمان الحفاظ على شخص الطفل ومستقبله المالي في ذات الوقت؛ من خلال استحداث ما يلزم من القواعد وإكمال ما يشوب الأظمة القانونية المنظمة لحق الطفل في الحضانة من نقصٍ وعيبٍ وسد ما بهم من ثغراتٍ .

وبالتالي فنتيجةً لإهمال موضوع تنازع القوانين في الحضانة مقارنةً بباقي الموضوعات المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، فقد انقسمت التشريعات العربية بخصوصها إلى ثلاثة أقسام:

أولها: لم ينص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وألقى بهذه المهمة على عاتق القضاء وفق تكييفه المرتأى للحضانة مستعيناً في ذلك بالأراء الفقهية التي قيلت فيها، وهو ما أدى إلى تنوع الأحكام القضائية في الدولة الواحدة نتيجة عدم وحدة التكييف بشأن الحضانة ؛ فقد اعتبرها البعض من الفقه أثراً من آثار الزواج،

وأرجعها البعض الآخر إلى آثار الطلاق، والبعض الآخر إلى الولاية، وآخرون إلى النسب، وإن كان الرأي الفقهي الراجح يدعو إلى ربط الحضانة بالعلاقات المتبادلة ما بين الآباء والأبناء، وأنها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس وأنه يجب إخضاعها إلى قانون جنسية الأب، على أن هناك اتجاه فقهي حديث يرى بأنها ذات أثر مستقل يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام.

وقد التبس الأمر وأشكل على هذه التشريعات الغافلة عندما غدت الحضانة تُعالج مسألة تفصيلية، وأنه لا مبرر لإخضاعها لقاعدة إسناد، وأن من الأفضل ترك هذه للاجتهادات الفقهية والقضائية، وظهر بالتالي الفراغ التشريعي الذي أدى إلى خلل تشريعي والذي يحتاج إلى معالجة سريعة وعاجلة نتيجة ضرورة لا مفر منها وهي إسناد المسائل المتعلقة بالحضانة إلى قانون معين كونها مسائل متعلقة بحق مهم من حقوق الطفل ومتعلقة بمستقبله، ولها الدور الفعال في تحديد طبيعة حياته القادمة وهي الحضانة.

وثانيهما: لم تهمل هذه المسألة واهتمت بوضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، كما هو الحال بالتشريع العراقي بموجب المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي، واللذان نصتا على خضوعها لقانون جنسية الأب دون تحديد وقت معين، هل هو وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد أو وقت رفع الدعوى؟.

وثالثهما: حجزت الاختصاص بالحضانة وبالزواج والطلاق عموماً لقانونها الوطني كالتشريع اليمني، بشرط رضا الطرفين أي أنه نزع الصفة الأمرة والمتعلقة بالنظام العام من مواد الأحوال الشخصية الأجنبية، وذلك في حالة اتفاق طرفي العلاقة على ذلك وإسناده إلى القانون اليمني.

ومن أجل توحيد الحلول على مستوى هذه التشريعات العربية ذات النزعة القومية الواحدة واللغة المشتركة والعادات والتقاليد والدين الواحد فإنه يجب العمل

الدؤوب على خلق عمل مشترك بينها يتمثل فى اتفاقية جماعية توحد التكيف القانونى للحضانة وتحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ولغرض حل المشكلات المتعلقة بالأطفال ومنها الحضانة، عُقدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦م والتي أعطت الاختصاص التشريعى لدولة إقامة الطفل المعقود الاختصاص القضائى أمامها، أى أنها جعلت الاختصاص القضائى يجلب الاختصاص التشريعى، وإن كان بالإمكان أن يتم تطبيق قانون آخر كقانون جنسية الأب أو الابن بناءً على تنازل دولة الإقامة والتي تعتبر أن هناك قانون أكثر صلة بالنزاع قادرًا على توفير حماية أكبر للطفل، لذلك فإننا نتساءل ما المانع والعائق من انضمام الدول العربية ومنها مصر لهذه الاتفاقية خاصةً أن هذه الاتفاقية تجيز تطبيق قانون آخر أكثر صلة بالنزاع من قانون إقامة الطفل وتحقيق نوع من الاشتراك القانونى بين التشريعات العربية والتشريعات الغربية المتطورة من أجل تحقيق هدفٍ سامٍ وهو توفير الحماية الفعالة للطفل فى حقه فى الحضانة ٤.

وبخصوص الجناح الثانى من جناحى الحماية لحق الحضانة والمتعلق بالاختصاص القضائى الدولى بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بالحضانة فتبدو الأهمية فى قدرة قواعد الاختصاص القضائى الدولى الخاصة على خلق بيئةٍ فاعلةٍ لاستقرار الأسر المقيمة فى الدولة وأحوالها الشخصية، مراعيةً فى ذلك مصالح الأفراد وسلطان القضاء ومبادئ العدالة، والآن وبعد أن تم استعراض قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وتحليلها، أستطيع القول بفاعلية قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية فى التعبير عن تقديرها لأهمية مسائل الأحوال الشخصية عموماً ومسائل الحضانة خاصةً فى المحافظة على كيان الأسرة باقٍ غير مفككٍ، وفى المحافظة على حق الطفل فى الحضانة وهو الضعيف لا حول له ولا قوة يحمل الأمل بداخله على أن يكون عنصرًا نافعًا لأهله ووطنه حيث أورد المشرع المصرى قواعد عقد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الدولة فى مسائل الأحوال الشخصية بصفةٍ عامةٍ والحضانة

بصفة خاصة على قدر كبير من التنوع بمجال يجعل انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة متحققاً في أغلب المنازعات تأسيساً على أكثر من معيار، وهذا ما يُعطى - بلا شك - توسيعاً في الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بمنازعات الحضانة الخاصة الدولية، وهو أمرٌ إيجابي يفضى إلى توفير الحماية القضائية والطمأنينة لأعضاء المجتمع الوطنى المصرى فى منازعات الحضانة، ولكن بهدف زيادة فاعليتها ودورها فى ضمان دور القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية الدولية مراعاةً للأسرة المصرية والمجتمع الوطنى فإنه لابد لقواعد الاختصاص القضائي الدولي فى مصر أن تتولى أهمية خاصةً تتطلب مزيداً من التطوير التشريعى لهذه القواعد استجابةً لمتطلباتٍ يفرضها واقع وتركيبية المجتمع المصرى الذى يتطور كل يومٍ بفعل التأثير بالمجتمعات الغربية والأجنبية الأخرى، إضافةً إلى تقدم وتطور وسائل الاتصال والتواصل بين الأفراد على مستوى دول العالم، مما أدى إلى تشابك وتعدد علاقاتهم وتنوع منازعاتهم .

ولكن ما سبق لا يمنعنا من أن نؤمى إلى حتمية القضاء على الجمود الذى يصيب قواعد الاختصاص القضائي الدولي فى مسائل الأحوال الشخصية فى التشريع المصرى، وعدم السماح للقاضى واستناداً لصريح النص أن يتجاهل اختصاصه بنظر مسألة الأحوال الشخصية المعروضة أمامه وإمكانية تخليه عن نظر تلك الدعاوى لصالح محكمةٍ أجنبيةٍ أخرى فى حال تجلّى ارتباطها بدولةٍ أخرى ارتباطاً وثيقاً يفوق ارتباطها بالإقليم المصرى، ولكن على الرغم من أننا نرى ضرورة وجود مرونة فى يد المحكمة تسمح لها بتجاهل اختصاصها القضائي متى لم يكن هناك ارتباطٌ وثيقٌ بين الدولة والدعوى المطروحة لصالح دولةٍ أخرى، إلا أن هذه المرونة تتعدم فى حالات هى: العقار الموجود داخل الدولة، والمسائل الأولية والطلبات العارضة والمرتبطة بالدعوى الأصلية، والإجراءات التحفظية والمستعجلة، حيث لابد من أن ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة هنا متى توافرت شروط انعقاد الاختصاص القضائي، ولا يجوز للمحكمة تجاهل اختصاصها فى مثل هذه الحالات.

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية.

أ- المراجع العامة والمتخصصة.

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ م .
٢. —: القانون الدولي الخاص، مركز الأجنب وتنازع القوانين، ١٩٩٢ م .
٣. —: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني "تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي"، ١٩٨٠ م .
٤. —: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠ م .
٥. —: الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ م.
٦. —: القانون الدولي الخاص "الموطن ومركز الأجنب"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ م .
٧. —: القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي - الآثار الدولية للأحكام)، الجزء الثاني، الكتاب الأول، ١٩٩١ م .
٨. د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ م .
٩. د. أحمد السيد الصاوي: التحكيم (طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وانظمة التحكيم الدولية) ، بدون دار نشر، ٢٠٠٢ م.
١٠. —: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، ٢٠١١ م .

١١. د. أحمد الهوارى: الوجيز فى تنازع القوانين، ١٩٩١ م .
١٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الدولية الخاصة،، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٣. —: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦ م .
١٤. —: فقه المرافعات المدنية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ م .
١٥. —: الأصول فى التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨ م .
١٦. —: القانون الدولي الخاص، (الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١ م .
١٧. —: القواعد ذات التطبيق للضروري وقواعد القانون العام فى القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ م .
١٨. د. أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة فى الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب ، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٩٨ م .
١٩. د. أحمد قسمت الجداوى: مبادئ القانون الدولي الخاص ، المطبعة التجارية، القاهرة، ١٩٨٨ م .
٢٠. د. أحمد محمد أحمد نجيب: إسكان المحضون، فى الفقه الإسلامى والتقنيات العربية (المشكلة وتصورات فى الحل)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ م .

٢١. د. أحمد محمد على داوود: الاجتهاد القضائي الأردني بخصوص الحضانة، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩م .
٢٢. د. أحمد مسلم: موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دون مكان نشر، بيروت، ١٩٦٦م .
٢٣. د. أحمد مليجي: تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٩م .
٢٤. —: التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، بدون سنة نشر، بدون دار نشر.
٢٥. د. أشرف وفا محمد: استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف (نظام الاتفاق الإجرائي) ، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية ، القاهرة.
٢٦. د. الشحات إبراهيم منصور: حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م .
٢٧. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي"، ١٩٩٠م .
٢٨. —: دراسات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٩٠م .
٢٩. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م .

٣٠. د. بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، دون سنة نشر، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
٣١. د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٢م.
٣٢. د. جابر جاد عبد الرحمن: القانون الدولي الخاص العربي، طبعة معهد الدراسات العربية، الجزء الثالث، دون سنة نشر القاهرة.
٣٣. — ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٩ م .
٣٤. د. جمال محمود الكردي: النظام العام الدولي العربي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م .
٣٥. د. حسام الدين فتحى ناصف: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.
٣٦. د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول والوضعية في القانون الأردني)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.
٣٧. —: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان ، ٢٠٠١م .
٣٨. د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٧م.
٣٩. د. حسين عبد السلام جابر: الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص على أساس التشريع المصرى فى ضوء الفقه وأحكام القضاء ، المطبعة العصرية ، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
٤٠. د. حفيظة الحداد: محل التكيف فى القانون الدولي الخاص "دراسة تحليلية وإنتقادية للاتجاهات الفقهية الحديثة وأحكام القضاء"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م .

٤١. —: القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول "تنازع القوانين"، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م .
٤٢. —: الموجز فى القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧م .
٤٣. د. خالد شويرب: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراة، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩م.
٤٤. د. سمير عقبي: الحضانة في الفقه الإسلامي، دار المنار للنشر، القاهرة، ١٩٨٦م .
٤٥. د. صالح جاد المنزلاوى : الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والأوامر الأجنبية فى سلطنة عمان، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨م.
٤٦. د. صلاح الدين جمال الدين: مشكلات حضانة الأطفال فى زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٤٧. د. عبد الحكيم فودة: ضوابط الاختصاص القضائي (في المواد المدنية والجنايئة والشرعية والإدارية) ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
٤٨. د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي: الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة، الجزء الثانى، بلا سنة نشر، دار الاشعاع، القاهرة .
٤٩. د. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاًء، دار الفكر العربى، دون مكان طبع، الطبعة الثانية، ١٩٧٦م.
٥٠. د. عبد المنعم زمزم: الوسيط فى القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٥١. د. عزالدين عبدالله: القانون الدولي الخاص، الجزء الثالث "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين"، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦م.
٥٢. —: القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩م.
٥٣. —: القانون الدولي الخاص (الجزء الثاني)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.
٥٤. —: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول "الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق"، الطبعة ١١، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦م.
٥٥. د. عصام الدين القصيبي: لقانون الدولي الخاص المصري، دار النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١ / ٢٠٠٢م.
٥٦. د. عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٥٧. —: (الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائي الدولي، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، الأحكام الأجنبية)، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٤م.
٥٨. —: القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
٥٩. د. عنايت عبد الحميد ثابت: تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

٦٠. د. عوض الله شيبه الحمد السيد : الوجيز فى القانون الدولى الخاص (الجنسية - مركز الأجانب - تنازع القوانين - الاختصاص القضائى الدولى - تنفيذ الأحكام الاجنبية)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١م.
٦١. —: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م .
٦٢. —: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٧م .
٦٣. د. على عاشور مبروك : الوسيط فى قانون القضاء المصرى ، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون سنة نشر.
٦٤. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.
٦٥. —، د. سامية راشد: تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
٦٦. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
٦٧. —، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٧م .
٦٨. د. ماهر جميل أبو خوات: الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٦٩. د. محمد الروبى: دور الإرادة فى مجال الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٧٠. د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي القسم الثاني (الاختصاص القضائي الدولي) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
٧١. —: النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية في الدول العربية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م.
٧٢. د. محمد كمال فهمي : أصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية، ١٩٨٠م.
٧٣. د. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م.
٧٤. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩م.
٧٥. د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وإنحلاله، الجزء الأول، ط ٨، دار الوارث للنشر، بيروت، ٢٠٠٠م.
٧٦. د. منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥م.
٧٧. د. ناصر عثمان محمد: الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة فى المنازعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
٧٨. —: القانون الدولي الخاص المصرى - الكتاب الثانى (الاختصاص القضائي الدولي، تنازع القوانين، الآثار الدولية للأحكام، التحكيم الدولي الخاص) ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٧٩. د. هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م.
٨٠. —: دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٨١. —: الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
٨٢. —: قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٨٣. د. هشام صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
٨٤. —: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٨٥. د. هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
٨٦. —: القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٨٧. —، د حفيظة السيد حداد: مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث "القانون القضائي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
٨٨. —: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢م.
٨٩. —: الجنسية والمواطن مركز الأجانب، المجلد الأول "الجنسية والمواطن"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م.
٩٠. د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والأدلة المذهبية وأهم النظريات الفقهية، دار الفكر المعاصر، دمشق، ١٩٩٧م.

ب - المقالات والأبحاث:

- ١- د. أشرف وفا محمد: حماية غير ذوي الاهلية على الصعيد الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٢ م .
- ٢- د. بدر الدين عبد المنعم شرقي: أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجله إدارة قضايا الحكومة والتي تصدر عن مجلس الدولة المصري، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٧٩ م .
- ٣- د. حسام الدين فتحي ناصف: المواطن فى العلاقات الدولية للأفراد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يوليو ١٩٩٤م .
- ٤- د. طلال ياسين العيسى: دراسة قانونية فى علاقة الاختصاص القضائى الدولى بقواعد النظام العام، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩م .
- ٥- د. عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الاسناد فى مواد الاحوال الشخصية بحث منشور فى مجلة القانون الاقتصاد، تصدر اساتذه عن كلية الحقوق فى الجامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، ١٩٥٤ م .
- ٦- د. عزت البحيرى: القانون الواجب التطبيق على الحضانة، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة قطر، العدد ٢٥، ٢٠٠٧ م .
- ٧- —: بعض نماذج لتناول المحاكم الأمريكية للقانون الإسلامى، بحث مقدم لمؤتمر "التحديات التى تواجه الأمة الإسلامية فى القرن المقبل"والذى أقامته جامعة الأزهر بالقاهرة فى أبريل ١٩٩٩م .

٨- د. فارسي يعيش :الحضانة والقانون الواجب التطبيق، بحث مقدم إلى المؤتمر الذي اقامته كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش عام ٢٠١٧م تحت عنوان"القانون المغربي فى مطلع القرن الحادى والعشرين".

٩- د. محمد المصرى: محاولة لرسم معالم النظام العام الدولى العربى بمفهوم القانون الدولى الخاص، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر ٢٠٠٣م.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

1. Batiffol et Lagarde : droit international prive ,7e ed.L.G.D.J.1981.
2. Bénédicte Fauvarque – cosson : libre disponibilité des droits et conflits de lois ,L.G.D.J ,Paris,1996.
3. Bernard audit: droit international privé ,3éd.,economica ,paris , 2000.
4. Bertrans Ancel et Yves Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, quatrième édition, Dalloz, Paris, 2001.
5. Christophe Lefort: Procédure civile,3' e'd, Dalloz.2009
6. Daniel Gutmann: Droit international privé, Dalloz, 2009
7. Dicey and morris: conflict of laws , 9ed., Stevens and sons limited , London , 1974.
8. Delphine Archer: Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (Etudes de conflits de lois), Thèse du doctorat, Tome I, Université de Cergy-Pontoise, 2006.
9. Gerard Couchez: Procédure civile, 15e éd, Sirey, 2008.
henri Batiffol: Droit International Privé , 4éd. , paris.1967 .
10. Henri batiffol and paul lagarde: droit international privé , septième édition ,tomeII , Paris ,1983.

11. Jean Michel Jacquet et Philippe Delbecq: Droit du commerce international, Dalloz, 3e édition 2002.
12. Julie Clavel: Le deni de justice économique dans l'arbitrage international: l'effet négatif du principe compétence-compétence, Thèse du doctorat, Université Paris II-Panthéon-Assas, 2011.
13. Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas: Leçons de Droit civil– 12e éd, Montchrestien, 2000.
14. Loussouarn et Bourel: droit international privé ,4ed, précis Dalloz, paris.
15. Marie –Laure Niboyet: Droit international privé, LGDJ, 2éd, 2009.
16. Martin wolf: private international law ,second edition , oxford, London ,1950.
17. Pierre Mayer et Vincent Heuze: Droit international privé Droit international privé, onzième édition, Dalloz, Paris, 2011.
18. P.Mayer: droit international privé , paris, ed 1997.
19. Sandrine Clavel: Droit international privé, troisième édition, Dalloz, Paris, 2012.
20. Sergey Korkhalev: L'ordre public en droit international privé (comparé français et russe)Thèse du doctorat, Université Paris XII- Val de Marne, 2005.
21. Wei Hou: La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises: l'exemple du contrat de volume soumis aux règles de Rotterdam, Thèse du doctorat, Université Paul Cézanne- Aix- Marseille III, 2010.