الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة

في مواد تنازع الإختصاص

التشريعي الوطني

اعداد

د / مصطفى محمد مصطفى الباز

مدرس القانون الدولي الخاص

جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون

بالقاهرة

أولا

المقدمة وخطة البحث

إذا كانت فكرة الحقوق المكتسبة فى النطاق الوطني قد لاقت اهتمام الشراح والفقهاء لما لها من أهمية ،فانه مما لا شك فيه أنها قد حظيت باهتمام أكبر، وبقدر لا يدع مجالا للشك فى أهميتها وخطورتها فى النطاق الدولى ، ويبدو ذلك جليا وواضحا إلى حد القول بأن احترام الحقوق المكتسبة أضحى من المبادئ المسلمة فى فقه القانون الدولى الخاص . بل ولدرجة أن أطلق على القانون الدولى الخاص علم الاعتراف بالحقوق المكتسبة فى الخارج .

على أن احترام تلك الحقوق المكتسبة فى الخارج إنما يرجع إلى العديد من المبررات سواء ما تعلق منها بالجماعة الدولية ، والتي تقتضى إشاعة الثقة والطمأنينة فى المبادلات الدولية ،وفى ظل المعطيات الفعلية للجماعة الدولية – أو ما تعلق منها بمصلحة الدولة نفسها – والتي تقتضي تعاونها مع غيرها فى الاعتراف بالمراكز والأوضاع القانونية التي اكتملت فى دولة أخرى والسماح بسريانها وترتيب آثارها فى إقليمها أو ما تعلق منها بمصلحة الأفراد أنفسهم والتي تقتضي عدم مفاجأتهم بتلك المراكز بعدما علموا بها ، ونشأت عليها توقعاتهم المستقبلية ، وعلم الغير ممن له مصلحة فيها.....الخ

وفى الجملة يمكن القول بأن مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة قد لعب دورا أساسيا كبيرا فى التوفيق بين احترام القوانين الأجنبية ووجوب انطباق قانون الدولة وحده في داخل إقليم الدولة . وفى جميع الأحوال يتعين ألا يأتي ذلك على حساب دولة التمسك

بتلك الحقوق ونفاذها فيها ، من أجل ذلك تناول الفقه عدة قيود ينبغي توافرها للاعتراف بتلك الحقوق وتفعليها فى بلد النفاذ.

هذا وقد حظيت مواد تنازع القوانين المصرية – كغيرها – بالعديد من التطبيقات لتلك الفكرة سواء فى مواد الأحوال الشخصية أو مواد الأحوال العينية ، كما وجدت العديد من الآراء الفقهية المعتمدة على تلك الفكرة فى بعض الأحوال التي لم يرد فى ذكرها نص من قبل المشرع .

– لأجل ذلك وغيره عمد الباحث إلى تناول تلك الجزئية بالدراسة متبعا فى ذلك المنهج الوصفى ، متفقا مع المشرع أو مختلفا معه ، مرجحا لرأي فقهي على الآخر..بغية الوقوف على تلك الفكرة وبلورتها بما يكشف اللثام عنها وتوضيحها للقارئ ، ووقوفا على مدى احترام المشرع والفقه القانوني لها ، وتفعيلها فى القانون الوطني فكانت تلك الدراسة تحت عنوان " الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى مواد تنازع الاختصاص التشريعي الوطني"[1]

ويقترح الباحث تناولها فى مقدمة ومطلبين وخاتمة وذلك على النحو الآتي :

- **أولا** : المقدمة وخطة البحث .
- **ثانيا** : المطلب الأول .

---

(١) صحيح أن مادة تنازع القوانين معنية بالتنازع الاختصاصى بين الأنظمة القانونية أيا كان مصدرها (التشريع – العرف – أحكام القضاء – المبادئ القانونية العامة) لكن لما كانت الدراسة تنطلق بالأساس وبالكلية من نصوص التشريع فقد آثر الباحث قصرها على تنازع الاختصاص التشريعى وتسميتها بذلك .

الإطار الفقهي لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

تقديم وتقسيم :

* **الفرع الأول** : التعريف بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة .

تقسيم :

الغصن الأول : ماهية مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

الغصن الثاني :الأصول الفقهية لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

* **الفرع الثاني** : مبررات وضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة. تقسيم:

الغصن الأول : مبررات الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

الغصن الثاني : ضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

***الفرع الثالث**: قيود الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

تقسيم:

الغصن الأول : قيود مستمدة من قانون بلد نشأة الحق المكتسب .

الغصن الثاني : قيود مستمدة من قانون بلد الاعتراف بالحق المكتسب .

- **ثالثا : المطلب الثاني .**

الإطار التطبيقي لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

فى مواد تنازع القوانين الوطنية

تقديم وتقسيم :

الفرع الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مواد الأحوال الشخصية. تقسيم :

الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألتي الحالة والأهلية.

الغصن الثاني : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة الروابط العائلية.

الفرع الثاني : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مواد الأحوال العينية . تقسيم :

الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة المنقول المادي.

الغصن الثاني: احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة المنقول المعنوي.

- **رابعا** : الخاتمة : وبها أهم نتائج البحث

- **خامسا** : المراجع والفهرس .

وفى الختام أسأل الله تعالى التوفيق والسداد ، والسير على طريق الهدي والصواب ، والصفح عن الأخطاء والزلات . وان وفقت فالحمد لله فى الأولى والآخرة وان كانت الأخرى فحسبي حسن القصد وصدق النية . . .

ثانيا

المطلب الأول .

الإطار الفقهي لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

تقديم وتقسيم :

من المسلم به أن لكل دولة سيادة على إقليمها ومن مقتضيات ذلك سريان قوانينها فى إقليمها ، وفى ذات الوقت عدم سريان قوانين أجنبية فى إقليمها .وفى نفس التوقيت الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة بات قاعدة ومبدأ من المبادئ المسلم بها فى فقه القانون الدولى الخاص . حيث إنه قد لعب دورا أساسيا فى التوفيق بين احترام القوانين الأجنبية ووجوب احترام وسريان قانون الدولة في إقليمها .... ولمعرفة ذلك الدور يجب التعرض بدراسة فقهية لهذا المبدأ من حيث حقيقته وأصوله الفقهية ، ومبررات الأخذ به ، وضوابط إعماله وأخيرا موانع وقيود الأخذ بهذا المبدأ .

ويقترح الباحث تناول تلك النقاط على النحو الأتي :

* الفرع الأول : التعريف بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.
* الفرع الثاني :مبررات وضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.
* الفرع الثالث: قيود الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

الفرع الأول

التعريف بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

تقسيم :

إن علم تنازع القوانين يبحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة ، وذلك عند نشوء تلك العلاقة القانونية

المشتملة على عنصر أجنبي ، بينما البحث فى تلك الدراسة عن القانون الواجب التطبيق على حق سبق تكوينه ، أو بعبارة أخرى ما مصير حق سبق تكوينه طبقا لقانون بلد آخر ، هل يتم احترامه فى بل آخر ووفقا لقوانينها أم لا ؟ وبمعنى آخر هل يعترف بهذا الحق وفقا للتنظيم القانوني ...لقانون البلد الذي نشأ فيها فى نطاق الدولة التي يراد التمسك فيها بهذا الحق ...وهذا التساؤل يدفعنا أولا قبل الجواب عليه ، إلى الوقوف وبصورة موجزة عن ماهية مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة وأصوله الفقهية.

هذا ما تجيب عنه السطور والصفحات القادمة وذلك على النحو الأتي :

الغصن الأول : ماهية مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة .

الغصن الثاني : الأصول الفقهية لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة.

الغصن الأول

ماهية مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

يقصد بهذا المبدأ :

أن الحق الذي اكتسب اكتسابا صحيحا فى دولة معينة وفقا لأنظمتها القانونية المختصة ، يعتبر نافذا فى الدول الأخرى ، ويجب على محاكمها احترام آثاره ما دامت هذه الآثار متمشية مع أنظمتها

القانونية وبغير ذلك يتعذر قيام العلاقات الدولية للأفراد[1]ولقد عرف هذا بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

Principe du respect international des droits acquis

على أن هذا المبدأ ليس غريبا عما هو مقرر فى الفقه الإسلامي ، بل لقد عرفته الشريعة الإسلامية على نحو أسبق وذلك بخصوص المعاملات القانونية الدولية ، حيث دلت نصوصها وكتابات فقهائها على ذلك . ومن بين تلك النصوص ، قوله تعالى فى حق زوجة أبي لهب وهو على الشرك " وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ "[2] وقوله تعالى فى حق زوجة فرعون " وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً لِّلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَةَ فِرْعَوْنَ إِذْ قَالَتْ رَبِّ ابْنِ

---

1) p- Niboyet – cours de droit international privé - 1947 p-457
- n- 423- et manuel de droit international privé - 2e-ed- 1928-n-466 .
-p-Pillet- Traité de droit international privé -t2 p-11-123-et la theorie cénérale des drioits acquis - recoil des cours III - tems 8- p44 et p-46 - acdémie de droit international - Paris Librire -hachette
- مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن ط١٩٥٦ المطبعة العالمية بند ١٧٠ صـ٥٢١
- القانون الدولى الخاص - الجزء الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين د/ عز الدين عبد الله ط٨ دار النهضة العربية صـ٦١
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية د/ حفيظة السيد الحداد ط ٢٠٠١ دار الفكر الجامعي صـ٨٠٧ وما بعدها .
(٢) سورة المسد آية رقم (٤)

لِي عِندَكَ بَيْتاً فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِن فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ وَنَجِّنِي مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ "(١)

وقوله صلى الله عليه وسلم "ولدت من نكاح لا من سفاح "(٢)

وقوله ﷺ"كل قسم قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الإسلام فانه على قسم الإسلام"

وفى رواية أخرى " أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ، و أيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام"(٣)

فهذه النصوص وغيرها تفيد معرفة الفقه الإسلامي لمعنى الحق المكتسب ، وذلك حتى قبل القانون الروماني حيث عرف التفرقة بين الوقائع التى لم تكتمل بعد(٤) فالقسم الذى تم فى الجاهلية ، والنكاح السابق عقده قبل الإسلام يعترف به ، ويعترف بآثاره والتي منها ثبوت النسب وثبوت قيام وصف الزوجية (المرأة) فى حق

(١) سورة التحريم - جزء آية رقم(١١)

(٢) أخرجه الإمام البيهقي (الحافظ الجليل أبو بكر احمد ب لحسين بن علي البيهقي) في السنن الكبرى بلفظ " خرجت من نكاح لا من سفاح" جـ٧ صـ١٩٠ طبعة دار الفكر بيروت

(٣) أخرجه الإمام مالك بن أنس الأصبحي في الموطا جـ٢ صـ٧٦٤ باب القضاء قسم الأموال رقم ٣٥ ط دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، وأخرجه الإمام ابن ماجة (الحافظ أبي عبد الله حمد بن يزيد القزويني) في سننه جـ٢ صـ٨٣٠ باب قسمة الماء رقم ٢٤٨٥ ط المكتبة العلمية- بيروت- وأخرجه الإمام أبو داوود (الحافظ أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدى) في سننه جـ ٣ صـ١٢٦ باب في من أسلم على ميراث ٢٩١٤ ط المكتبة العصرية- لبنان- وأخرجه الإمام البيهقي - في السنن الكبرى جـ صـ١٢٢ - مرجع سابق

(٤) د/ عنايت عبد الحميد ثابت - أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولى في الإسلام صـ١٨١ ط دار النهضة العربية سـ١٩٩٨

الزوجة، حيث إن إضافة المرأة إلي الرجل فى الآيتين السابقتين يقتضي كما قرر الفقهاء زوجية صحيحة(١) كذلك لم يثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر الصحابة الذين أسلموا وهم متزوجون فى الجاهلية - قبل الإسلام - بتجديد زواجهم مرة أخرى فى الإسلام ومن خلال تلك النصوص يمكن الوقوف على تعريف لهذا المبدأ بأنه " كل حق قد اكتمل أو انقضى وفق شريعة غير المسلمين يعترف به ويقره الإسلام متى أسلم أحد أطرافه أو تحاكموا إلى القاضى المسلم "

فالمراكز القانونية التي تنشأ بين غير المسلمين أو تنقضي قبل اعتناقهم الإسلام أو التحاكم إلى القاضي المسلم يرجع بشأنها إلى القانون الذي نشأت فى ظله أو انقضت ، أما المراكز القانونية التي تنشأ تحت ظل الإسلام أو يكتمل نشوئها فإنها تخضع لسلطان شريعة الإسلام . على أن الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة على هذا النحو يعد أساسيا وأمرا لازما للمعاملات الدولية ، حيث انه على الأقل يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية والتمسك به بصفة مطلقة ، كما أنه يسعى إلى توفير كفالة الحق الذي تكون

(١) شرح منتهى الإرادات الإمام أبو منصور البهوتي جـ٣ صـ٥٤ ط دار الفكر بيروت ، أحكام أهل الذمة - الشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية - صـ٢٢٨ ط ١سـ١٩٩٥- دار الكتب العلمية بيروت .

تحت سلطان قانون ما من أن يهدر لمجرد وقوعه تحت سلطان قانون آخر .

ولكن على أى أساس يسمح بنفاذ القانون الذي نشأ الحق فى ظله فى إقليم الدولة التي انتقل إليها الحق بعد نشوئه ؟

ذهب البعض[1] إلى أن هذا الأساس يمكن تلمسه في فكرة المجاملة الدولية بمعنى أن المشرع الوطني يسمح بتطبيق القانون الأجنبى مجاملة ومراعاة للمشرع الأجنبى ،وهي مجاملة مبنية على أساس نفعي من المعاملة بالمثل ، فالحق المكتسب تحت سلطان قانون أجنبي يعتبر فى نظر القاضي الوطني مجرد واقعة ليست لها قوة قانونية ، بينما ذهب البعض[2] إلى تلمس هذا الأساس فى فكرة الحقوق المكتسبة وقد ساد هذا الأساس فى القارة الأوروبية وفقهها ، ومقتضى هذا الأساس الاعتراف للقانون الذي كسب الحق تحت سلطانه بالسيادة فى البلاد الأخرى بالنسبة لهذا الحق ، وذلك على أساس التزام دولي ، إذ القانون الدولى العام يفرض على الدولة أن تحترم سيادة الدول الأخرى ، ومن مظاهر احترام سيادة الدولة ،

(1) p- Dicey - conflict of laws - ed - 8 - 1967-p -7
وفي الإشارة إلى قناعة الفقهاء الهولنديون القدامى بهذا الأساس ، وما وجه إليه من انتقادات.
راجع . القانون الدولى الخاص . د/ عز الدين عبد الله - جـ١ - الجنسية والموطن - ط١١ سـ١٩٨٦ مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ،صـ٣٧.
- أصول القانون الدولى الخاص - د/ محمد كمال فهمي - الطبعة الثانية سـ١٩٨٥ صـ٣٧١

(2) p- Pillet . principes de droit international privé n-273-et traité de droit international privé t-I-n 41.

احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان هذه السيادة بينما ذهب بعض الفقه[1] إلى أن التزام الدولة بتطبيق القانون الأجنبي ما هو إلا مجرد التزام أدبي .

- على أن هذا الحق المكتسب إما أن ينشأ ابتداء خاليا من العنصر الأجنبى ، ويراد الاحتجاج به فى دولة أخرى ، كما لو تزوج إنجليزيان فى انجلترا ويراد الاحتجاج ببعض آثار هذا الزواج فى مصر مثلا ، وإما أن يكون الحق المكتسب نشأ مشتملا على عنصر أجنبي ، كما لو تزوج إنجليزي بفرنسية ، ففى الحالتين يتعين أن ينشا الزواج صحيحا وفقا لقانون بلد النشأة ، بما فى ذلك ما تقضي به قواعد تنازع القوانين فى تلك البلد .

لكن فى مرحلة نفاذ هذا الحق بعد نشوئه نشوءا قانونيا صحيحا نلحظ قانونين أو أكثر يتنازعان حكم هذا الحق سواء كان التنازع مكانيا بسبب اشتماله على عنصر أجنبي ، أو تنازعا زمانيا بسبب تعاقب هذين القانونين حكم هذا الحق منظورا إلى تغيير ظرف الإسناد متى كان قابلا للتغيير والتبديل فى الوقت مابين إنشاء الحق والتمسك به أو المنازعة فيه .

على أنه يجب عدم الخلط بين نوعي التنازع الزمانى هذا - تنازع القوانين من حيث الزمان فى العلاقات الوطنية الخالصة ، أو فى

(2) p- Niboyet - traité de droit international privé -t-3- n- 37-151 .

العلاقات الدولية الخالصة إذ مع وجود تشابه بينهما ، إلا أن الفارق بينهما يبدوا جليا وواضحا[1]

- فالتنازع الزماني فى العلاقات الوطنية الخالصة لا يكون إلا تنازعا من حيث الزمان وحسب فلا ينطوي على تنازع مكاني إذ الأصل أنه يكون داخل نطاق الدولة ، كما أنه لا يكون بين قوانين دول مختلفة إذ الأصل أنه يحدث بسبب تعاقب القوانين الوطنية داخل حدود الدولة .

- أما التنازع الزماني فى العلاقات الدولية الخاصة فهو تنازع ذو طبيعة مختلطة فهو تنازع مكانى حيث إنه يحدث بين قوانين دول مختلفة ، كما أنه تنازعا زمانيا لأنه يحدث فى مراحل متعاقبة من حياة العلاقة القانونية ، كما أنه يحدث بحسب الأصل بين قوانين تفيض كل منها من سيادة كاملة .

- وعلى أية حال فان كل حق يتنازعه قانون بلدين أو أكثر يكون محلا لنوعين من التنازع :

الأول : يطلق عليه التنازع المتحرك وهو ذلك التنازع الذي يحدث فى مرحلة نفاذ العلاقة القانونية بعد إنشائها ، وهو يتطلب بدوره أن قانونين يتنازعا حكم العلاقة فى مرحلة النفاذ ، وهذا التنازع يكون مكانيا كما قد يكون زمانيا سببه تعاقب هذين القانونين فى حكم

(1) p- Pillet - la théorie cénérale des droits acquis -p -496 .
- القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله - جـ٢ مرجع سابق صـ٩٥،٩٦ .

العلاقة منظورا إلى تغيير طرق الإسناد فى الفترة مابين الانعقاد والنفاذ.

الثانى : يطلق عليه التنازع الثابت وهو التنازع الذي يحدث فى مرحلة إنشاء العلاقة القانونية حيث يفترض أن قانونين أو أكثر يتنازعا حكم العلاقة القانونية مكانيا .

وهذا النوع من التنازع تفضه قواعد الإسناد الوطنية ، حيث تنحصر مهمتها فى الأساس على بيان القانون الواجب التطبيق وهذا التعدد فى التنازع ما بين تنازع متحرك وآخر ثابت إنما يرجع فى سببه إلى أن تحديد عناصر العلاقة القانونية يخضع لاعتبار الزمان والمكان بمعنى أنه يتعين معرفة الوقت والمكان بالنسبة لكل عنصر فيها فإذا ما وقع التنازع بشأن علاقة توافرت جميع عناصرها وتحدد زمانها ومكانها فهذا هو التنازع الثابت ، أما إذا تغير زمانها ومكانها فى الفترة مابين الإنشاء والنفاذ فهذا هو التنازع المتحرك .

- على أن هذا الفارق ما بين نوعي التنازع لا يعني القطيعة بينهما ، أو استحالة اجتماعهما معا فى علاقة قانونية واحدة ، إذ من المتصور اجتماعهما بصدد علاقة واحدة على التعاقب .

آية ذلك إذا ما تزوج فرنسيان فى ايطاليا ثم أقاما فى مصر فبحثنا عن القانون الذي يحكم هذا الزواج يكون على مرحلتين :

الأولى : ما القانون الذي يحكم هذا الزواج فى مرحلة الانعقاد (تنازع ثابت) .

الثانية : ما القانون الذي يحكم هذا الزواج فى مرحلة النفاذ (تنازع متحرك) حيث حدث تغيير مكاني فى العلاقة .

- كما أن من المتصور إيجاد أحدهم دون الآخر ، فمثلا إذا ما تزوج فرنسيان فى فرنسا ثم أقاما فى مصر ، وثارت منازعة بصدد هذا الزواج فأي القانونين يحكمها وهذا هو التنازع المتغير. ولا مجال لإيراد التنازع الثابت هنا لأن جميع عناصر العلاقة وطنية أما إذا تزوج فرنسيان فى مصر ولم يغادراها وثارت منازعة بصدد هذا الزواج فما القانون الذي يحكمه ، وهذا هو التنازع الثابت ، ولا محل لإيراد التنازع المتغير هنا .وذكر ما سبق له صلة كبيرة بما يلي وهو إذا كانت قاعدة الإسناد تفض التنازع الثابت وهي وسيلة فنية غالبة فى حل هذا التنازع وصولا لتحديد القانون الواجب التطبيق ، فهل تلعب تلك الأداة هذا الدور فى شأن التنازع المتحرك - أم لا ؟ ،أو بمعنى آخر هل التنازع المتحرك يعتبر مشكلة قائمة بذاتها و بالتالى لا تحل عن طريق قاعدة الإسناد أم لا ؟ .

ذهب بعض الفقه[1] إلى أن التنازع المتحرك يعتبر مشكلة قائمة بذاتها لا تحل عن طريق قواعد الإسناد و إنما تحل عن طريق مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، وهذا المبدأ ليس قاعدة من قواعد تنازع القوانين .

---

(1)p- Pillet - principes - n273 et traité de droit inter - t 1 - n41

بينما ذهب بعض الفقه[1] إلى أن التنازع المتحرك لا يعتبر مشكلة قائمة بذاتها وأن شأنه شأن التنازع الثابت ، يحل عن طريق قاعدة الإسناد ولكن تطويعها بما يتفق ومقتضيات الجماعة الدولية .

الغصن الثاني

الأصول الفقهية لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

الوقوف على الأصول الفقهية لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة له صلة كبيرة بالتطور التاريخي لقواعد تنازع القوانين وبالبحث عن أساس يبرر تطبيق القوانين الأجنبية في إقليم الدولة ، ومدى مساس ذلك من عدمه بسيادة الدولة ، ويمكن فى هذا الصدد التمييز بين مرحلتين يمكن من خلالهما الوقوف ولو جزئيا عن الأصول الفقهية لهذا المبدأ وهاتين المرحلتين هما :

١- مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الفرنسيين .

٢- الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الإنجلوسكسون .

و فيما يلي نلقي الضوء على ذلك

---

(1)p - Niboyet - traité de droite inter - t 3 - n37 - et manuel - n 466-

- p - Lerbours - Pigeonniere - Paris de droite international privé - ed 7 - 1959 n-275 - 280 .et ed 8 -1962 n- 385 -393.

- p - Savatier -cours de droit international privé -ed- 1947 -n310 .

- p - Batiffol - traité élémentaire de droit international privé -ed - 4 - 1967 - n -320 .

المرحلة الأولى

مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الفرنسيين

لقد ظهرت فى فرنسا فى القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين مدرسة جديدة فى تنازع القوانين ، كان من أبرز فقهائها ومؤسسيها الفقيه- بيليه-(بييه) Pillet ، والفقيه Niboyet نيبوابيه ، والفقيه بارتان -(بارتن) Bartin ، والفقيه دي فاريي سوميير Devareille Sommieres، والفقيه أرمنجون Arminjonوالفقيه بيجونيور pigeonniére وغيرهم . ومن الفقهاء الذين ساهموا بقسط وافر وحظ أكبر فى الاعتماد على فكرة الحقوق المكتسبة فى تطوير قواعد تنازع القوانين الفقيه Pillet والفقيهNiboyet ، ترى كيف نظر كلا منهما إلى فكرة الحقوق المكتسبة ، هذا ما ستكشف عنه السطور القادمة وذلك على النحو الأتي :

أولا

مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند بيليه

يرى الفقيه الفرنسي Pillet أن مشكلة تنازع القوانين هي فى حقيقة الأمر تنازع بين سيادات الدول المختلفة ، إذ الأمر يتعلق ببيان الحد الذي يمكن أن تتكمش عنده سيادة الدولة أمام سيادة الدول الأجنبية وذلك بالسماح بتطبيق قوانين هذه الدول ، وما هي حدود هذا المدى؟ لقد حاول الفقيه Pillet وضع طريقة خاصة للتحليل ، تنطلق من تحديد خصائص القاعدة القانونية قائلا إن أي قانون

داخلي يتمتع بخاصيتين :

١- الدوام أو الاستمرار ٢- العمومية

ومعنى الدوام امتداد سلطان القانون من غير انقطاع إلى الأشخاص والأموال والتي تخضع له من يوم إصداره إلى يوم إلغائه .

ومعنى العمومية تطبيق القانون دون تفرقة على كافة الأشخاص وكافة الأموال الموجودة على إقليم الدولة .

وتقتضي هاتين الخصيصتين ما يلي :[1]

١- خضوع وطنيو الدولة وأموالهم إلى قانونها أينما وجدوا وأينما وقعت تصرفاتهم فى الداخل أو الخارج ، وبهذا يكون القانون عاما ودائما بالنسبة لهم .

٢- خضوع كل الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة لقانونها سواء كانوا وطنيين أو أجانب - وهذا معنى إقليمية القانون - على أن اجتماع هاتين الخصيصتين يستحيل معه حل مشكلة تنازع القوانين ، وبما أن حاجة المعاملات الدولية تقتضي حل هذه المشكلة ، وحيث إن تطبيق القانون الأجنبى فى إقليم الدولة ليس مجاملة دولية بل هو التزام وواجب مستمد من أن مبدأ سيادة الدولة

---

(1) p -Pillet -traité de droit international privé -t I -p-101. et la theorie cenerale des droits acquis -p- 42 -45

- القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ - صـ٥٧ ،
- أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمي - ط٢ سـ١٩٨٥ - صـ٣٨١ .
- القانون الدولى الخاص د/ أحمد عبد الحميد عشوش ، د/ أحمد محمد الهوارى - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ط سـ٢٠٠٠-٢٠٠١ صـ٥١
- الوسيط في القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولى صـ٨ ط سـ١٩٩٠ .

يقتضي أن توفر كل دولة أكبر احترام لسيادات الدول الأخرى . . فإن هذا لا يأتي إلا بالتضحية بأحد هاتين الخصيصتين لحساب الأخرى . وبهذا تنقسم القوانين إلى قوانين ممتدة وهي القوانين التي تنطبق على وطني الدولة سواء الموجودين في الداخل أو الموجودين في الخارج ، ولكنها لا تنطبق في حق الأجانب الموجودين في إقليمها .

وقوانين إقليمية وهي القوانين التي تنطبق على كل الموجودين في إقليم الدولة فقط سواء الوطنيين أو الأجانب ، ولكنها لاتتبع الوطنيين في الخارج . على أن معيار التقسيم بين هذين النوعين إنما يرتكز على أساس النظر إلى الغرض الاجتماعي - أو الغاية الاجتماعية . فمتى كان القانون غرضه حماية الشخص فتكون الخصيصة الأساسية له هي الدوام أو الاستمرار ، وبذلك يكون القانون ممتدا مثال ذلك القانون الذي يحدد سن الرشد ، فانه يتبع الشخص أينما وجد حتى ولو كان خارج دولته ، إذ الغرض منه حماية الشخص .

أما إذا كان القانون غرضه حماية النظام العام ، والنفع العام ، فانه الخصيصة الأساسية له هي العمومية، وبذلك يكون القانون إقليميا مثال ذلك قانون التسجيل العقاري ، القوانين الخاصة بالملكية والعقارات[1] .

---

(1) p -Pillet -traité de droit international privé -t I - p loq ===

ولقد حاول الفقيه Pillet من خلال ما سبق وضع حلول عادلة لمسألة تنازع القوانين وتقوم نظريته على فكرتين أساسيتين وهما :

١- فكرة السيادة وتتمحور فى أن كل تنازع بين القوانين هو فى الحقيقة تنازع بين السيادات وهذا التنازع يجب أن يحل وفق مبدأ أساسى فى القانون الدولى العام مفاده وجوب احترام كل دولة لسيادة الدول الأخرى محققة فى ذلك أقصى احترام .

وإذا ما راعينا هذا المبدأ فى مجال المفاضلة بين قوانين الدول المختلفة والتي تتنازع فيما بينها لحكم مسألة معينة ، فيجب أن يكون هذا الحكم لقانون الدولة التي يهمها أكثر من غيرها ، أو التي لها أكبر مصلحة فى أن يطبق قانونها حينئذ ينعقد الاختصاص له ، لأن إفراده بحكم المسألة من شأنه تحقيق أكبر قسط من الاحترام لسيادة الدولة التي أصدرته[1] ولكي يتم تحديد هذا القانون ينبغي عدم احتفاظ القوانين المتنازعة بخاصيتي الدوام والعمومية - كما هو الحال فى النطاق الداخلي - بل يتعين التضحية بأحدهما ، ويستعان فى ذلك بالغرض الاجتماعي للقانون[2]

=== القانون الدولى الخاص الليبى - الجزء الأول تنازع القوانين من حيث الزمان د/ سالم أرجيعه - ط سـ١٩٩٩ صـ ١٠٦ - ١٠٧ . المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر عبد الرحمن ط سـ ١٩٥٦ - المطبعة العالمية صـ١٨٢

(2) p -Pillet -traité de do - inter - t I - p log et la theorie cénérale . . p- 48 et p- 536 .

- p- Pierre Arminjon -la nation des droits acquis en droit international privé - academie de droit international 1933 -tom 44 -Sirey -p 68 .

٢- مبدأ الحقوق المكتسبة ويتمحور فى الاعتراف بالحق الذي سبق تكوينه فى دولة أخرى ، وهذا الاعتراف ينهض على اعتبار من حاجة المعاملات الدولية[١] ويستند إلى مبادئ القانون الدولى العام والذي يفرض على الدولة احترام سيادة الدول الأخرى ومن مظاهر ذلك الاحترام الاعتراف بالحقوق المكتسبة تحت سلطان هذه السيادة ، وهذا المبدأ ليس قاعدة من قواعد التنازع فإعماله يستلزم أولا سبق حل تنازع القوانين إن وجد . فهو مبدأ قائم بذاته يعالج مشكلة قائمة بذاتها . حيث إن هذا المبدأ يحدد لنا القانون الذي يجب أن يطبق على الحق الذى سبق تكوينه - وفقا لقواعد تنازع القوانين - فلو أن زواجا تم فى بلجيكا بين زوجين بلجيكيين مثلا ثم ثار نزاع بشأن صحته فى فرنسا فان هذا التنازع لا يثير تنازعا بين القوانين فى نظر الفقيه Pillet ، حيث أن الزواج قد انعقد فعلا واكتسب الحق فيه وفقا للقانون البلجيكي وإنما يثير مسألة أخرى وهي ضرورة احترام هذا الحق المكتسب وتحديد آثاره فى الخارج - فرنسا- .

ثانيا

مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند نيبوابيه

يرى الفقيه الفرنسي Niboyet - والذي كان تلميذا للفقيه Pillet أن مشكلة تنازع القوانين - يجب أن تفيض عن فكرة وطنية[٢] بمعنى أن تختار الدولة من قواعد تنازع القوانين ما يتفق

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ - صـ٩٨ - مرجع سابق.

(٢) p- Niboyet - traité de droit international privé -t-3 n- 918 .

ومصالحها ، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القواعد فى ذاتها عالمية ، بمعنى كونها مقبولة عند باقي الدول من عدمه . ذلك أن حلول تنازع القوانين يجب أن تبنى على أساس من الواقع فى كل دولة ، وهو ما يختلف من دولة لأخرى ، وليس على أساس فكرة مثالية تتجه بها نحو العالمية *هذا أمر*.

أمر آخر : وهو يجب أن تستند قواعد تنازع القوانين إلى مبدأ الإقليمية بحيث يسري قانون الدولة فى مجال سيادتها الإقليمية ، ولا يتجاوزه إلى مجال السيادة الإقليمية للدول الأخرى ، كما أن قوانين هذه الدول لا تنفذ إلى مجال السيادة الإقليمية للدول الأخرى ، وهذا المبدأ له ما يبرره، فهو مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي ، كما أن أغلب العلاقات القانونية تحتاج إلى صلة إقليمية بإقليم معين كما هو الحال فى نظام الملكية ، نظام الميراث . . .الخ كما أن القانون المحلي - الإقليمي - هو أنسب القوانين لمقتضيات الجماعة التي يجب أن تلين أمامها الحياة القانونية [١] ، على أن مبدأ الإقليمية يمكن أن ترد عليه بعض الاستثناءات خاصة ما يتعلق منها بالحالة والأهلية ، إذ القوانين المتعلقة بها ممتدة ، غير أن معيار التفرقة بين القوانين الإقليمية والقوانين الممتدة ليس كما ذكر الفقيه Pillet يكون بناء على الغرض الاجتماعي ، وإنما يكون بحسب الوسيلة الفنية

(١) المرجع السابق فقرة ٩٢٠ ، ٩٢٢ .

المستعملة[1] فإذا كان المشرع يريد أن يكون القانون ممتدا فعليه أن يصوغه فى عبارة تنصب علي الحالة والأهلية مباشرة إذ لو صاغه بوسيلة فنية تجعله ينصب على التصرف فى الأموال مثلا فإنه لا يكون ممتدا ، لأن الأموال تخضع للقانون الإقليمي[2].

ولعل إيمان أو اقتناع الفقيه NIBOYET إنما يرجع إلى حالة الدولة الفرنسية بعد الحرب العالمية الأولى ، حيث إنها أصبحت دولة مستورة للسكان – لا مصدرة لهم – فكثرت هجرة الأجانب إليها ، بما يجعل من مصلحتها تطبيق القوانين الفرنسية على كل الأجانب الذين هاجرو إليها ، فى حين أن الأخذ بمبدأ شخصية القوانين يضر بمصالح فرنسا حيث يؤدي إلى تطبيق القوانين الأجنبية على هؤلاء الأجانب الموجودين فى فرنسا مما يترتب عليه فى النهاية صعوبة اندماجهم فى جماعة السكان الفرنسيين . كل هذا يعكس تغليب نيبوابيه المصلحة الوطنية على الاعتبارات الدولية[3].

أما فيما يتعلق بفكرة الحقوق المكتسبة ، فيرى نيبوابيه أن الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة يعد مبدأ أساسيا ولازما للمعاملات الدولية ، إذ إنه يكفل حماية الحق الذي تكون تحت سلطان قانون ما من أن

---

(١) تنازع القوانين د/ محمد المبروك اللافى صـ٣٦ ط سـ٢٠٠٠ - الجامعة المفتوحة - طرابلس ليبيا شرح القانون الدولى الخاص الليبي د/ علي علي سليمان صـ٥٩ . منشورات جامعة بنغازي .

(٢) القانون الدولي الخاص د/ أحمد عشوش ، د/ أحمد الهوارى صت٥٦ .

(٣) p- Batiffol -traité élémentaire de droit international privé ed - 4- 1967 - n236 .

- p- Pigeonniere -Paris de droit international privé ed 8 -1962 -n -26.

يهدر لمجرد مجاوزته الحدود السياسية ووقوع تحت سلطان قانون آخر وهو من هذه الزاوية سليم كل السلامة .

لكن يصيبه الضعف من بعض جوانبه[1] حيث يهدر كلية سلطان القانون الجديد الذي وقع الحق تحت سلطانه ، كما أنه يستند إلى مبادئ القانون الدولى العام وكل ما صدر بشأنه لا يعدو مجرد توصية ، فى الوقت الذي نجد فيه أن اصطلاح الحق المكتسب ما زال غامضا بل ومضللا رغم كل المحاولات التي بذلت للوقوف عليه بالتحديد .

وعليه فالأولى هجر هذا الاصطلاح والتعبير عن الحق الذي تم كسبه بالحق النافذ ، وإجراء التفرقة فى حياة الحق بين مرحلتين مرحلة إنشائه ، ومرحلة نفاذه ، وصوغ قاعدة منطوقها أنه متى تم إنشاء الحق وفقا للقانون المختص من الوجهة الدولية تمتع بالنفاذ الدولى *efficacité international* – أي ظل قائما ومنتجا لآثاره حتى ولو وقع تحت سلطان قانون آخر ،ويقوم هذا النفاذ الدولى على أساس التزام أدبي وليس التزام دولي [2]

ويمكن الوصول إلى هذا عن طريق الاستعانة بقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان فى الحياة القانونية الداخلية ، على أنه يتعين الأخذ

---

(١) في الإشارة إلى ذلك - د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص جـ٢ مرجع سابق صـ١٠٢ .

(٢) p - Niboyet - traité de droit international privé- t3- n -37 .

فى الحسبان الفارق بين تنازع القوانين من حيث الزمان من الوجهة الوطنية ، والدولية هذا كله يؤدي إلى أن مشكلة احترام الحقوق المكتسبة ليست مشكلة قائمة بذاتها ، بل إنها داخلة ضمن مشكلة تنازع القوانين ، وتحل بنفس الأداة التي تحل بها مشكلة تنازع القوانين .

المرحلة الثانية

مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الأنجلوسكسون

ظل الفقهاء الأنجلوسكسون فى أوائل القرن التاسع عشر عاكفين على المبادئ التي كان يسير عليها الفقهاء الهولنديون فى القرن السابع عشر ، بمعنى أنهم دائما ما كانوا يتمسكون بفكرة إقليمية القوانين ونفاذها على كل من يوجد فى أمريكا وانجلترا سواء كانوا وطنيين أو أجانب . هذه هي القاعدة العامة ، لكن كان يرد عليها استثناءات – وان كانت محدودة – إذ كانوا يسمحون بتطبيق القوانين الأجنبية من باب المجاملة ليس إلا ، ثم ما لبث أن تغير فكر هؤلاء الفقهاء وذلك بفضل اختلاطهم واجتماعهم مع فقهاء القارة الأوربية لمدارسة الشؤون الأوربية العامة ، والبحث عن أحسن الطرق التي تؤدي إلى ترقية العلاقات الدولية العامة ، فضلا عن إعجابهم ببعض النظريات الأوربية خاصة نظرية سافيني[1]، حيث

(١) د/ علي الزيني - القانون الدولى الخاص المصري والمقارن ط سـ١٩٢٨ صـ١٣٣ مطبعة الاعتماد .

اضمحلت فكرة المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية وظهر مكانها فكرة العدالة والمصلحة ، وفى كل لم يكن ذلك تنازلا عن فكرة السيادة المحلية لأنهم لم يقولوا بعد أن تطبيق القوانين الأجنبية واجب قانوني ، لأنه فى الأحوال التي تطبق فيها القوانين الأجنبية فى أحوال معينة فإن ذلك اعتمادا على أساس احترام الحقوق المكتسبة[1] لاشئ غيره . ففى الفقه الأنجلوسكسوني نرى أن الأخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة إنما كان لتبرير تطبيق القانون الأجنبي[2] إذ لا يمكن للقاضي الوطني تقدير الحقوق المكتسبة فى الخارج دون الرجوع إلى القانون الذي تم فى ظله اكتساب هذه الحقوق ، وكأن تطبيق القانون الأجنبي حينئذ محصور فى نطاق ضيق ، فهو لا يتم إلا بخصوص حق تم فعلا اكتسابه فى دولة أجنبية[3] معنى ذلك أنه إذا اكتسب شخص حقا فى دولة معينة ووفقا للقانون المختص فإن هذا الحق يجب الاعتراف به وبصحة اكتسابه ، والقاضي لا يستطيع أن يقدر صحة اكتساب الحق لينتهي إلى احترامه والاعتراف به إلا حسب أحكام القانون الأجنبي الذي نشأ الحق واكتسب فعلا فى ظله ، وهنا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي ليتحقق من قيمة الحق وفقا لهذا القانون ، والحقيقة

(1) p- Dicey - conflict of laws -ed -8 - p -9 - 11 -1967 .
(2) p - Arminjon - la nation des droits Acquis en droit international privé - p - 50 .
(3) القانون الدولى الخاص الليبي د/ سالم ارجعية صـ١٣ ، الوسيط في القانون الدولى الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي صـ٢٧٥.

أنه يستشير هذا القانون الأجنبي ليتأكد من صحة الحق المراد الاحتجاج به أمامه ، وحتى فى هذه الحالة لا ينظر القاضي للقانون الأجنبى باعتباره قانونا إذ هو لا يعدو أن يكون عنصرا واقعيا عار عن الصفة القانونية.[١]

أيما كان الأمر فان احترام الحقوق المكتسبة توجبه المدنية الحاضرة ، حيث تفرض احترامها فى جميع أنحاء العالم[٢] والتي يأمر القانون الإنجليزى نفسه باحترامها بصرف النظر عن القانون الذي اكتسبت فيه مادام الاعتراف بها وتنفيذها لا يعتبر مخالفا لسياسة القانون الإنجليزى [٣]أي النظام العام .

- وعليه فانه يمكن القول بأن نظرية الحقوق المكتسبة أصبحت متأصلة فى نفوس الإنجليز لدرجة أن فقهائهم قد أطلقوا على القانون الدولى الخاص مسمى علم الاعتراف بالحقوق المكتسبة فى الخارج[٤]كما أن الفقيه دايسى قد جعل مبدأ احترام الحقوق المكتسبة

---

(١) أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمي صـ٤٧٥ . ،علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشراع أصولا ومنهجا د/ أحمد عبد الكريم سلامة الطبعة الأولى مكتبة الجلاء الجديد صـ٤٢ / ٤٣ ومؤلفه القانون الدولى الخاص - الجزء الثاني - التنازع الدولى للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ط سـ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ دار النهضة العربية صـ٢١٢ /٢١٣ ومؤلفه المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية الطبعة الأولى دار النهضة العربية صـ٢٠٥.

- تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردي ط سـ٢٠٠٥ دار النهضة العربية صـ١٤٧

- القانون الدولى الخاص دم ماهر إبراهيم السداوي - تنازع القوانين ط سـ١٩٧٩ دار قاسم صـ١٥٣ .

(2) p- Dicey - conflict of laws - p28 .

(٣) د/ علي الزيني . القانون الدولى الخاص المصري والمقارن صـ١٣٤
د/ أحمد عبد الكريم سلامة . مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية ط سـ١٩٩٦ دار النهضة العربية صـ٢٤٠ .

(٤) p - Dicey - conflict of laws - p 15 .

أساسا للقواعد التي وضعها عن كيفية اختصاص الدولة بالحكم فى القضايا ذات العنصر الأجنبي.[١]

- وفى الختام يمكن القول بأن احترام الحقوق المكتسبة قد لعب دورا كبيرا فى التوفيق بين احترام القوانين الأجنبية ،ووجوب سريان قانون الدولة وحده فى داخل إقليم الدولة ،إذ القاضي لا يمكنه أن يعترف بالقوانين الأجنبية أو يرتب عليها آثارها ما لم يؤخذ بهذا المبدأ ويحترم من قبل مشرع دولته[٢]

الفرع الثاني

مبررات وضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

تقسيم :

يهدف مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة إلى حماية الحقوق التى اكتسبها أصحابها فى الخارج على وجه مشروع قانونا ،الأمر الذي يحقق نوعا من الثبات لهذه الحقوق . مما يجعل من هذا المبدأ وسيلة دفاع فردية تخلق نوعا من الأمن الاجتماعي وبما يجعله يحتل الصدارة ولا يمكن لأي نظام قانوني رفضه .

وحتى يسلم لهذا المبدأ هذا الدور يتعين توافر عدة ضوابط ومجموعة من الشروط ، ويقف وراء ذلك العديد من الدوافع والمبررات سواء على مستوى الأفراد أو الدولة أو الدول أعضاء

---

(1) p - Dicey - conflict of laws - p 23 - et p -65 .

(٢) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر عبد الرحمن - صـ١٦٠ ،صـ١٦١.

الجماعة الدولية تدعم الأخذ بهذا المبدأ ، وما نحاول تناوله فى هـذا الفرع هو الوقوف على مبررات الأخذ بهذا المبدأ وضوابط إعماله والأخذ به ، وذلك على النحو الآتي :

الغصن الأول : مبررات الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة .

الغصن الثاني: ضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة .

الغصن الأول

مبررات الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة .

تمهيد :

إن ازدياد التعامل بين الدول ، وتعـذر بقـاء المجتمعـات الوطنية فى معزل عن بعضها البعض اقتصاديا واجتماعيا ....الخ ، أدى إلى استحالة إخضاع العلاقات الدولية الخاصة للقانون الوطني فى الدول أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة ، وذلك نظرا لاختلافهمـا فى الطبيعة ومن شأن التسوية بينهما فى ذلك بصورة مطلقة إصابة العلاقات الدولية حتما بالارتباك والشلل التام . لذا يتعين على الدول أن تضع من القواعد ما يلائم طبيعة تلك العلاقات من ناحية . وبما لا يهدر سيادتها من ناحية أخرى . والدول مدفوعة إلى تحقيق هـذا التوازن بالعديد من المبررات سواء ما تعلق منها بمصالح الأفـراد أنفسهم – أطراف العلاقة الدولية – أو ما تعلق منها بمصالح الدولة

ذاتها ، وأخيرا ما يتعلق منها . بمصالح الجماعة الدولية ، و فيمـا يلي نلقي الضوء على تلك المبررات وهي كما يلي :

١- المبررات المتعلقة بالجماعة الدولية .

٢- المبررات المتعلقة بالدولة نفسها .

٣- المبررات المتعلقة بالأفراد .

و فيما يلي بيان ذلك :

أولا

المبررات المتعلقة بالجماعة الدولية

إن الدولة مهما كانت قوتها ومهما كان حجمها لا يمكنها فى العصر الحديث أن تعيش بفردها أو بمعزل عن باقي الدول المكونة للجماعة الدولية ،خاصة مع التقدم الهائل فى وسائل الاتصـالات ، وزيادة حركة الشعوب وانفتاحها على بعضها البعض .*هذا أمر.*

أمر آخر وهو أن الدولة باعتبارها الشخص الـذي يسـهر علـى مصالح وطنييها الموجودين فى الداخل أو الخارج .

ففى الداخل تقوم الدولة على حماية المصـالح الاقتصـادية والاجتماعية وغيرها للأفراد الذين يحملون جنسيتها وينتمون إليها ، ونفس الأمر بالنسبة لوطنييها الموجودين فى الخارج ، وتلجأ الدولة فى سبيل تحقيق ذلك إلى مجموعة من الوسائل منها المعاملة بالمثل ، فالتبادل أو المعاملة بالمثل يلزم الدولة بأداء مماثل[1] وذلك مراعاة

(١) الجنسية ومركز الأجانب د/ شمس الدين الوكيل ط٢ سـ١٩٦٠ /١٩٦١ فقرة ١٨٤ صـ٥٢١ منشأة المعارف .

لمصالح أفرادها واعتبارا للمصلحة المتبادلة ، ففي مجال الاعتراف بالحقوق المكتسبة فى الخارج تحت نظام قانون آخر ، إذا لم تعترف دولة ما بتلك الحقوق وتحترمها فإنها حتما تعرض نفسها لنفس المعاملة من قبل هذه الدولة وذلك عملا بما أسماه البعض بمبدأ القصاص[1] الأمر الذي يترتب عليه اضطراب فى حياة الجماعة الدولية وبدل أن تسودها أواصر التعاون وروابط الاستقرار تحل بدلا منها أواصر القطيعة والشقاق . . .الخ ، مما يعود بها إلى حياة العزلة والانعزال بين الدول أعضاء الجماعة الدولية ، وهذا الأمر فضلا عن استحالته عملا ، فان الوصول إليه أو محاولة الوصول بما تتبعه الدول من سياسات تشريعية خاطئة ، لا يعفى الدول كل الدول من جحيم الشقاق والقطيعة وفى هذه الأثناء لا فرق بين وطني وأجنبي .

ولتصور ذلك نضرب مثلا .

إذا كانت دولة كمصر ستعيد النظر فى الزواج أو الطلاق الذي وقع فى دولة أجنبية وفق القوانين المعمول بها فى تلك الدولة ، فان هذه الدولة تلجأ لنفس سلوك الدولة المصرية فى شأن الزواج أو الطلاق المنعقد فيها الأمر الذي يترتب عليه اضطراب فى المركز القانونى للأفراد أطراف العلاقة لمجرد مجاوزتهم الحدود السياسية لدولة مقر نشأة العلاقة ، فتشيع الفوضى علي النطاق الدولى وبموضوع يعد من المسائل اللصيقة بالفرد ويزداد الأمر صعوبة فى حق الفرد

(١) د/ جابر جاد عبد الرحمن - مبادئ القانون الدولى الخاص - مرجع سابق - صـ٥٢٣ .

لو أنه أراد الدخول فى علاقة زوجية جديدة وكانت تلك العلاقة ووفقا للقانون الذي ينظمها لا يسمح بتعدد الزوجات .

- أكثر من ذلك ذهب بعض الفقه[1] إلى إن اعتبارات المصلحة المتبادلة بين الدول تجعل من المعاملة بالمثل - كأداة فنية لتحقيق تلك المصالح - شرطا عاما لتطبيق القانون الأجنبي ، بحيث تمتنع الدولة عن تطبيق القانون الأجنبي والذي تشير إليه قاعدة الإسناد متى كانت دولة هذا القانون لا تأخذ بتطبيق القانون الوطني فى نفس الحالة .

وبعيدا عن تقدير هذا الرأي وتوجيه النقد إليه ، نجد أن المصالح المتبادلة بين الدول تقتضي التسليم والأخذ بمبادئ معينة والاعتراف بها ومن بين تلك المبادئ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج وذلك دونما مساس بالنظام العام فى الدول أعضاء الجماعة الدولية ، وذلك بما حقق الاستقرار للمعاملات الدولية للأفراد وذلك عن طريق عدم إعادة النظر فى الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبت صحيحة وفق قانون مختص دوليا.[2]

ثانيا

المبررات المتعلقة بالدولة نفسها

الأخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة يبرره عدة مبررات راجعة إلى

(1) p - Niboyet - traité de droit international privé -ed 1947 -n-316. .

(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق صـ٣٠١ .

الدولة نفسها ومن بين تلك الاعتبارات ما يلي :

١- **الاعتبارات الاجتماعية :**

وهي اعتبارات أسمى وأقوى من أن تغفلها الدول المختلفة إذ إنها تتعلق بالأفراد والأسر والمجتمع كله ، فعدم إهدار مركز قانونى يتعلق بالفرد لاشك له آثاره فى محيط المعاملات الدولية ، أما لو تم إهداره فانه يؤثر على الفرد من ناحية وما يدخل فيه هذا الشخص من معاملات من ناحية أخرى وربما إهدار هذا المركز القانوني يمنع أو يبيح للفرد إمكانية الدخول فى مركز قانوني عائلي . هذا فضلا عن إن أخذ هذا الاعتبار الاجتماعي بالاهتمام والاحترام ربما يساعد الفرد - بما له من مركز سياسي مبني على هذا الاعتبار كتمتعه بجنسية دولة ما بسبب إقامته أو اندماجه فى جماعة الدولة الوطنية - من الوقوع فى مركز أسوأ ، يسعى المجتمع الدولى لتوقيه أو معالجته - كانعدام الجنسية - أو تعددها . وهكذا فى سائر النواحي الاجتماعية وغيرها من النواحي السياسية والقانونية المرتبطة بها والقائمة عليها . . . .

وعليه فحياة الدولة - وبعدها الجماعة الدولية - سوف لا تكون ممكنة أو تعتورها صعوبات تنوء الدولة بمفردها عن تحملها - إذا لم تقبل الدول فيما بينها العمل بهذا المبدأ . متى اكتسبت الحقوق التي يعمد إلى حمايتها وفق النظام القانوني لديها.(١)

٢- **الاعتبارات لقانونية**

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن - صـ٥٢٤ .

المتأمل فى العديد من الاعتبارات القانونية يجد أنها هي الأخرى تقف وراء دفع الدولة إلى الأخذ بهذا المبدأ ، إذ لا يعقل أن ترضى دولة لنفسها أن تكون التصرفات التى تمت وفق قانونها مجرد لغو أو عديمة الفائدة لمجرد مجاوزتها حدودها السياسية ووقوعها تحت سلطان قانون دولة جديدة . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها بذلك قائلة " ..... إذا كان الفرنسي الذى أصبح أجنبيا سيكون محكوما من الآن فصاعدا بقانونه الوطنى الجديد فى خصوص حالته وأهليته إلا أنه يستطيع مع ذلك أن يدفع بحقوقه المكتسبة بمقتضى القانون الفرنسي قبل تغيير جنسيته ." (١)

ولا يمكن لعاقل أن يتصور أو يغفل حجم الأضرار التي تترتب على إهدار تلك التصرفات ، كما انه لا يمكن قصر حمايتها على التصرفات التي تتم فى النطاق الوطني فحسب ، إذ عالم اليوم ليس كعالم الأمس . عالم اليوم تتشابك فيه المصالح وتتعاظم بحجم كبير وبسرعة فائقة على نحو غير مسبوق .

خاصة أن البديل فى حالة عدم الأخذ بهذا المبدأ - أسوأ بكثير من إعماله ، إذ يترتب على إهمال هذا المبدأ وعدم الأخذ به وجود تصرفات وعلاقات قانونية عارية عن التنظيم القانوني ، مما يزعزع لدى وطنى الدولة ثقتهم فى نظامهم القانوني ، لذلك عمد

(١) حكم الدائرة المدنية الصادر بتاريخ ٢٨ يونيو سـ١٩٣٢ منشورا في
Revue critiaue de droit international privé -1932 - p- 687 .

الفقهاء منذ القدم على إيجاد مبررات تصلح كأساس لتبرير القانون الأجنبى فى إقليم الدولة ، وما فكرة المجاملة الدولية إلا خير شاهد ، وما مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة ببعيد عن هذا .

٣- الاعتبارات المنطقية

إن المنطق القانوني السليم يقتضي ألا تلغى التصرفات التي يقوم بها الأشخاص لمجرد انتقالهم إلى حدود دولة أخرى . بحجة عدم نشأتها تحت النظام القانوني لتلك الدولة بل المنطق كل المنطق فى الاعتراف بها ، وهذا ما يتفق مع المعطيات الفعلية للجماعة الدولية وإرادة الدول المكونة لها ، هذا وقد قبلت تلك الدول هذا المبدأ وحظي باحترامها كافة ، مما يمكن معه القول بأنه يستند إلى قواعد القانون الدولى العام[1] والذي هو من صنع وإرادة تلك الدول . وعلى كل فان أي تصرف بين الأحياء أو مضافا إلى ما بعد الموت متى انعقد صحيحا وفقا للقانون المختص فى بلد الإنشاء ، يتعين الاعتراف به واحترامه فى بلد التمسك بالحق - بلد النفاذ- ولا يؤثر فى ذلك تغيير ظرف الإسناد ، ويتعين الرجوع إلى القانون السابق لمعرفة كل ما يتعلق بإنشائه .

ثالثا

المبررات المتعلقة بالأفراد

إن تنامي الحقوق الفردية فى عالم اليوم وتعاظمها وتشابكها

(١) العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية . د/ حفيظة السيد الحداد صـ٨٨ ط٢٠٠١ دار الفكر الجامعي .

، وتأثرها بتقدم تكنولوجيا الاتصالات والمعرفة .....الخ ، من شأنه أن يجعل الدول ومشرعيها تعيد النظر فى معارضة الأخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة فى الخارج - على فرض وجود ذلك - إذ عدم الأخذ بهذا المبدأ من شأنه إلحاق الضرر بالأفراد . حيث تهدر حقوقهم الفردية التي اكتسبوها فى الخارج طالما كان من الضروري إذا ما تمسكوا بها أو أرادوا التمسك بها معاودة إبرامها فى إقليم دولة محل النفاذ أو أن هذه التصرفات لا تنتج آثارها أو لا تحميها محاكم الدول الأخرى أو تمتنع عن التسليم بها[1] ولا يتصور حجم الأضرار والظلم الذي يلحق بالأفراد من جراء ذلك خاصة وأن سلوك المحاكم من امتناعها عن الفصل فى الحقوق المكتسبة فى الخارج والمتنازع فيها أمامها يترتب عليه - حرمان أصحاب تلك الحقوق - وطنيين أو أجانب - من الالتجاء إليها لإظهار حقوقهم التي ينازع فيها خصومهم ، كما قد يستحيل على الخصوم أن يجدوا محكمه تقبل منهم دعواهم .....الخ .

- كما أن عدم الأخذ بهذا المبدأ من شأنه التأثير بالسلب على دولاب الأعمال التجارية ، إذ حتما ستنقطع العلاقات مع الأجانب أو سيتم وقفها .....الخ . مما يهدد كيان الحياة الاقتصادية فى العالم وهو ما لا قبل لدول اليوم به حيث إننا فى عالم تقاس فيه سعادة الأمم ورفاهيتها بل ومجدها وقوتها بمقدار ثروتها الاقتصادية

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٥٢٤ .

وتقدمها التجاري[1] فى عالم تسوده التكتلات والأحلاف الاقتصادية ، هذا ولا يمكن لعاقل أن ينكر حاجة الدول كل الدول إلى تشجيع التجارة الدولية بما ينعش اقتصاديات الدول كما أن مهمة القضاء تحقيق العدالة بين المتخاصمين ومن العدل أن يترك الأجنبي لحكم قانونه فى بعض الأحوال وأهمها مرحلة اكتساب الحق هذا فى الوقت الذي يسري فيه قانون دولة النفاذ على مضمون الحق ونطاقه وحينئذ تكون أمام صورة عادلة لتحقيق العدالة . فكما أن قانون بلد النفاذ لا يمس شروط صحته اكتساب الحق فان قانون بلد النشأة لا يمس مضمون الحق ونطاقه ... ووقتها لا تضيع ثقة الأفراد فيما يصدره المشرع من قوانين.[2]

- ومن ناحية أخرى عدم الاعتراف بحقوق الأفراد التي اكتسبوها فى الخارج إنما ينطوي على تحد لسلطان الدول التي نشأت فيها حقوقهم ، وإنكارا لوجودها .....مما قد يفهم منه عدم الاعتراف بتلك الدولة ، أو قطع الصلات بها أو عدم تأمين الأجانب على أموالهم وحقوقهم.....الخ . فتفاديا لذلك وغيره تعترف الدول بالحقوق التي اكتسبها الأشخاص فى الخارج ، وذلك باستعمال ما تخوله لهم قوانينهم من الحقوق كل ذلك مشروطا بداهة بعدم المساس بكيان الدولة .

(١) القانون الدولى الخاص د/ علي الزيني صـ١٥ .
(٢) القانون الدولى الخاص د/ أحمد عشوش ، د/أحمد الهواري -ج٢ صـ٢٢٠

الفصل الثاني

ضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة

تمهيد :

إذا كانت الدول قد سلمت بضرورة الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج إلا أنها فى ذات الوقت لم تغفل مصلحة الدولة التي يتمسك فيها بهذا الحق . ومن هنا درج الفقه القانوني على ضرورة توافر عدة ضوابط لإعمال هذا المبدأ والتمسك به . هذه الضوابط تهدف إلى حماية مصالح متعددة . فهي تحمي صاحب الحق ، كما إنها تحمي مصلحة الدولة التي يتمسك فيها به ، كما أنها تحمي مصالح الغير ممن نشأت لهم حقوقا مضادة على هذه الأموال التي اكتسبت عليها حقوقا في الخارج .....الخ

هذا ويمكن التعرض لهذه الضوابط على النحو الآتي :

١- **الضابط الأول** : أن يكون الحق قد اكتسب فعلا فى دولة متمدينة .

٢- **الضابط الثاني**: أن يكون الحق قد اكتسب بطريقة شرعية .

٣- **الضابط الثالث**: أن يكون الحق قد اكتسب طبقا لقانون بلد مختص دوليا .

٤- **الضابط الرابع**: عدم نشوء حق مضاد فى الدولة التي يتمسك بالحق فيها .

وفيما يلى بيان ذلك :-

الضابط الأول

أن يكون الحق قد اكتسب فعلا فى دولة متمدينة

يشترط للتمسك بالحق الذي اكتسب بالخارج ، أن يكون ذلك الحق قد اجتاز كل مراحل تكوينه لا أن يكون مجرد أمل[1] فلو كان كذلك لم يكن بالإمكان التمسك به ، فمثلا الشخص الذي يطالب آخر بتعويض أمام المحاكم الإنجليزية عن عمل وقع منه فى فرنسا عليه أن يثبت أمام المحاكم الإنجليزية أن هذا العمل يخوله فـي فرنسـا الحق فى طلب التعويض وفقا للأحكام المقررة فى القانون الفرنسي ، كذلك لو تمسك بالبطلان مصري محجور عليه للسفه ، ثم غيـر جنسيته إلى الجنسية الإنجليزية ، فان له حق مكتسبا فـى التمسـك بالبطلان .

ففى المثالين السابقين يتقرر للشخص الحق فى طلب التعويض متى كان قانون بلد وقوع الخطأ يرتب ذلك ، والشخص له الحـق فـى التمسك بالبطلان متى كان قانون جنسـيته القـديم يعطيـه هـذا الحق .....المهم أن يكون الحق قد اجتاز جميع مراحل التكـوين والنشأة فضلا عن ذلك لا يكفى أن يكون الحق قد اكتسب فعلا ، بل يتعين أن يكون قد اكتسب فعلا فى دولـة متمدينـة ، ولكـن مـا المقصود بالدولة المتمدينة ؟

---

(١) القانون الدولى الخاص د/على الزيني صـ١٣٨ ، أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمي صـ٤٤٨ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٥٢٤ ، القانون الدولى الخاص د/أحمد عبد الحميد عشوش ، د/ أحمد محمد الهواري صـ٢٢٣ .

يرى بعض الشراح الغربيين [1] أن الدولة المتمدينة هي التى يقـوم قانونها على المبادئ المسلمة والتي يعترف بها فى العالم المتمدين .

ويرى البعض الآخر[2] أن لفظ متمدين غامض بالضـرورة ولكـن يمكن أن يقال بوجه الإجمال أن المقصود بدولة متمدينـة هـي أي دولة من الدول المسيحية الأوربية أو الأمريكية ، أو أي مسـتعمرة من مستعمرات هذه الدول ، أو أي بلد تحكمه إحدى هذه الدول على الأقل مادامت القوانين السارية فى تلـك المسـتعمرات أو الـبلاد المحكومة مبنية على قوانين الدول المسيحية ، ومن بين الدول التي تعتبر غير متمدينة من وجهة نظر هذا الفقيه تركيا .

ولكن نقول له . هل ما زالت تركيا بلد غير متمدين بعد الانقـلاب الهائل فيها ؟!! ويمكن الوقوف من خلال هذا اللفظ - متمدينـة - على أمرين وهما:

الأول : رغبة الفقه الأوربي فى فرض المفـاهيم الأوربيـة علـى القانون الدولى الخاص ، باعتبار أنه من نتاج هذا الفقـه ، وهـذا منطق غير مقبول[3].

الثاني : الرغبة فى التخلص من الاعتـراف بحالـة لا يريـدون الاعتراف بها رغم أحكام المحاكم ، ولذلك استعملوا لفظ المتمدينـة

---

(1) p- Bartin - prinsipes de droit international privé T- I - n-32 - 131.

(2) p- Dicey - Conflict of laws - ed -8 - 1947 - p- 31 .

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين ط٢٠٠٢ دار النهضة العربية صـ٣٤ .

عند التعبير عن البلاد التي يسري عليها القانون الدولى الخاص ، وهو لفظ مبهم ويمكن التلاعب به بدون ظهور بمظهر المتحامل على دولة دون دولة أو بلد دون بلد فيمكن بذلك جعله شاملا البلاد التي تسربت إليها المدنية الغربية[1] أو المعتنقة الديانة المسيحية دون البلاد الإسلامية ، لأنها فى نظرهم هي التي وصلت إلى درجة متساوية من الحضارة . على أية حال فقد صدر حكم من مجلس اللوردات الإنجليزى باعتبار مصر بلدا متمدينا ، ولذلك يمكن للإنجليزى أن يتخذ منها موطنا والأحكام الصادرة منها يجب أن تحترم[2].

ولكن لما قلدت كثير من البلاد الإسلامية وغيرها فى الوقت الحاضر أوربا فى كثير من نظمها وقوانينها ، تغيرت النظرة وبصورة حاذقة أصبح الفقه الغربي يرى أن قواعد القانون الدولى الخاص - عامة- لا تطبق إلا فيما بين الدول المسيحية .....!!

هذا فى الوقت الذي نجد فيه الفقه الإسلامي بمصادره يأمرنا بترك غير المسلمين وما يدينون .... ومع ذلك يرمون الإسلام بالتخلف والتعصب ويعيبون عليه.....!!

غير أنه مما تجب الإشارة إليه أن الفقيه "دايسى" لا يقصد بهذا الشرط عدم الاعتراف بالحقوق المكتسبة فى بلاد غير متمدينة ، بل كل ما يرمي إلى هو أن أي حق اكتسب فى بلد متمدين فان المحاكم

(١) القانون الدولى الخاص - د/ على الزيني صـ٧٠ جـ١ .
(٢) المرجع السابق صـ٦ هامش ٣٠ .

الإنجليزية تعترف به بلا نزاع أما إذا اكتسب فى بلد غير متمدين ، فإنها وان كانت تعترف به ، إلا أن أقل ما يقال فى ذلك أنه أمر مشكوك فيه[1]

الضابط الثاني

أن يكون الحق قد اكتسب بطريقة شرعية

يتعين أن يكون الحق قد اكتسب وتكون تكوينا تاما وصحيحا وفق الأحوال المبينة فى قانون البلد الذي نشأ فيه - بمعنى أن يستوفى كافة الشروط التي يتطلبها هذا القانون لاكتساب الحق ، فمثلا القانون السويسري يرى أن ملكية المنقول لا تنتقل إلا بالتسليم ، وعليه فمن يشترى سيارة فى سويسرا دون أن يتسلمها ثم جاءت هذه السيارة إلى مصر مع غير مشتريها فليس لمن اشتراها في سويسرا أن يتمسك فى مصر بحقه فى تلك السيارة على اعتبار أن القانون المصري يعتبر أن بيع المنقول يكون تاما بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون اشتراط الاستلام[2] وذلك لأن المشتري لم يكتسب حقا على هذا المنقول فى بلد نشأة الحق .

كذلك إذا طالب شخص بحقوق الزوجية فى بلد غير بلده مستندا إلى زواج عقده فى بلده الأصلي . فيتعين أن يكون هذا الزواج صحيحا وفقا لقانون هذا البلد ، لأنه لو كان باطلا فان هذا الشخص لا يمكنه

(1) p- Dicey - Conflict of laws - p - 31.
(٢) القانون الدولى الخاص د/ احمد عشوش ، د/ أحمد الهواري - مرجع سابق - صـ٢٢٧ .

وليس فى استطاعته التمسك بهذه الحقوق ، مثال ذلك لو تزوج شخص فى بلد يشهر فيه الزواج فى شكل ديني ، وكان هذا الشكل ضروريا لصحة هذا الزواج . لكن الزوجين لم يراعيا هذا الشكل ، فان الزواج لا يعد صحيحا ولا يمكنه التمسك بآثاره فى أي بلد حتى ولو كان قانون بلد التمسك بآثار الزواج لا يشترط الشكل الديني . لأن الأمر يتعلق بمركز قانونى نشأ في الخارج فلا يكون صحيحا فى بلد التمسك بآثاره – كفرنسا مثلا – إلا إذا كان صحيحا فى البلد الذي أنشئ فيه.(١)

ومن هذا القبيل لو ادعى شخص ملكية شيء فى دولة أجنبية مستندا إلى سبق تملكه فى بلده الأصلي ، فانه يتعين لاحترام ذلك الادعاء ، أن يكون سبق التملك قد تم بطريقة شرعية أي تم صحيحا وفقا لقانون بلده الأصلي وحسبما تقضي به قواعد وتنظيمات الملكية ، وإلا اعتبر الحق غير موجود أصلا فمثلا القانون الألماني – يجيز للمالك الأصلي الذي سرق ماله أن يسترده فى خلال عشر سنوات من تاريخ السرقة سواء كان المال فى ألمانيا أو فى الخارج ، فلو حدث واشترى مصري هذا المال فى ألمانيا ثم نقله إلى مصر وكانت قد مضت ثلاث سنوات المحددة وفقا للمادة ٩٧٧ مدني مصري ، فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المالك الأصلي فى استرداد هذا المال . ولا ينفعه فى ذلك مضي مدة الثلاث سنوات إذا إن حقه المكتسب فى الخارج – وفق ادعائه – لم ينشأ بعد حيث

(1) p- Niboyet – cours de droit international privé -p-458.

يشترط مضي العشر سنوات المحددة لذلك فى قانون بلد النشأة – الألماني – وبعدها يمكنه التمسك بهذا الحق ، ويتعين على المحاكم المصرية احترامه وحمايته(١)

- وقد ذهب بعض الفقه(٢) إلى أنه لا يكفى لمعرفة الطريقة التي اكتسب بها الحق ومدى شرعيتها – أن يكون هذا الحق قد اكتسب بطريقة صحيحة وفقا لقانون البلد الأجنبي بل يجب لتمام ذلك أن تعتبر المحاكم الإنجليزية شرعية الطريقة التي اكتسب بها الحق .فمتى رأت المحاكم أن طريقة اكتساب الحق شرعية فقد اكتسب الحق اكتسابا قانونيا ، و إلا فلا يعد كذلك ويمكن للمحاكم الوقوف على ذلك بأحد طريقتين هما :

الأول : الرجوع إلى سلوك القانون – الحاكم – الأجنبي كما لو تعدى هذا القانون سلطته التشريعية أو حدود سلطته القضائية فإن المحاكم الإنجليزية لا تعترف بأي حق اكتسب طبقا لهذا القانون ، لصدوره فى غير حدود سلطته .

- فمثال تعدي الحدود التشريعية . ما تقضي به المادة ١٥١ مدني فرنسي من أنه يتعين استيفاء الشكل المقرر فى القانون الفرنسي فى شأن الزواج الذي يتم من فرنسي فى الخارج ، وعليه فإذا تزوج فرنسي من إنجليزية فى انجلترا واتبع الشكل المقرر فى القانون الإنجليزى . فان الزواج يكون صحيحا وفقا للقانون

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن - صـ٥٢٥ هامش رقم (٢) .
(2) p- Dicey - Conflict of laws - p - 31 - 32 .

الإنجليزى . لكنه غير صحيح بالنسبة للقانون الفرنسي . وعليه لو أبطلت المحاكم الفرنسية هذا الزواج لذات السبب السابق . فان المحاكم الإنجليزية لا تعترف بهذا البطلان ، وتعتبر الزوجية قائمة ، ولا تعطي الزوجة حق الدخول فى زواج ثاني . بل تعاقبها عليه . وإن كان لها ذلك فى القانون الفرنسي .

- والسبب فى ذلك يرجع إلى أن القانون الفرنسي قد تجاوز حدود سلطة التشريعية إذ ليس له أن يسن قوانين تحكم بها صحة الأعمال الواقعة فى غير بلادهم الأصلية[١]

- مثال تعدى الحدود القضائية ما تقضي المادة ١٤ مدني فرنسي من أنه يجوز للمحاكم الفرنسية أن تصدر أحكاما على الأجانب الغير موجودين فى فرنسا وقت رفع الدعوى ، لكن المحاكم الإنجليزية لا تعترف بمثل هذه الأحكام ولا بالحقوق التي تترتب عليها استنادا إلى أنه ليس للمحاكم الفرنسية الحق فى إصدار أحكام على الأشخاص الغير موجودين فى بلادها وقت رفع الدعوى خاصة إذا لم يكونوا من رعاياها.[٢]

- **الثاني** : يرجع إلى سلوك صاحب الحق نفسه ، حيث تمتنع المحاكم الإنجليزية عن الاعتراف بأي حق اكتسب فى أي بلد أجنبي بحسب قانونه إذا كانت ترى أن صاحب الحق قد حصل عليه بطريق الغش ، كما لو صور للمحاكم الأجنبية وقائع كاذبة بنت

(١) القانون الدولى الخاص د/ على الزيني صـ١٤٠ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق صـ١٤١ .

عليها حكمها ، أو كما لو قدم رشوة للمحكمة الأجنبية- وهو أمر نادر- ويجب إثباته بدليل قاطع.[١]

الضابط الثالث

أن يكون الحق قد اكتسب طبقا لقانون بلد مختص دوليا

مقتضى هذا الشرط ينحصر فى كون الحق الذي تكون واستكمل كافة عناصر نشأته أو انقضائه قد استوفى شروط وجوده وفقا للقانون المختص تشريعيا[٢] والذي تحدده قواعد الإسناد ، ولكن أية قواعد إسناد يؤخذ بها فى هذا الصدد ، هل هي قواعد الإسناد فى قانون الدولة التي يراد الاحتجاج فيها بالنفاذ الدولى للحق ؟

ترى أغلبية الفقه والقضاء فى فرنسا[٣] أنه يجب أن يكون الحق قد تكون وفقا لقواعد الإسناد فى البلد الذي تم فيه ، وفى البلد الذي يراد التمسك فيه بنفاذه ، فإذا تكون الحق وفقا لقواعد الإسناد فى البلد الذي تم فيه وخالفها وفقا لقواعد الإسناد فى البلد الذي يتمسك فيه بنفاذه ، فلا يجوز التمسك بنفاذه فى البلد الثاني .

فمثلا إذا طلق إيطالى متوطن فى انجلترا زوجته طبقا لقانون الموطن (انجلترا) وأراد التمسك بنفاذ حقه فى الطلاق أمام

(١) المرجع السابق صـ١٤١ .
(٢) p- Pillet - la théorie cénérale des droits acquis -p -46.
(٣) p - Savatier -cours de droit international privé -ed- 1947 - n308 - p- 210
- Niboyt - cours de droit international privé - de - 1947 - n 46 .
- Batiffol - traité élémentaire de droit international privé - ed -4 1967 - n -322.

القضاء الفرنسي فلن يقضي له بنفاذ حقه فى فرنسا .

والسبب هو أن قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسي تقتضي أن يتم الطلاق طبقا لقانون الجنسية - القانون الإيطالى - وهو يحرم الطلاق ، فإذا ثبت أن الحق قد اكتسب وفقا لقانون آخر فلا محل لاحترامه . كذلك لو وقع طلاق بين زوجين فرنسيين خارج فرنسا وفقا للقانون الفرنسي فان هذا الطلاق تترتب عليه آثاره فى فرنسا ، لأنه وقع طبقا للقانون الذي تعينه قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسي (قانون الجنسية) أما لو وقع الطلاق وفقا للقانون الإنجليزى وحسبما تقضي به قاعدة الإسناد فى القانون الإنجليزى ، فانه لا يحتج به فى فرنسا ، لأنه لم يقع وفقا للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسي .

ولكن مع ذلك يرى العديد من رجال الفقه ومعهم القضاء[1] ضرورة إطلاق القول بالأخذ بقواعد الإسناد المقررة فى قانون الدولة المراد التمسك فيها بالنفاذ الدولى للحق سواء أكان تطبيق هذه القواعد مؤديا إلى عقد الاختصاص التشريعي لقانون هذه الدولة أم لقانون دولة أخرى . وذلك كما هو الحال فى الحالتين السابقتين إذ أدت قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيق القانون الإيطالى فى (فى المثال الأول) ، فضلا عن عقدها الاختصاص للقانون الفرنسي كما فى

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ١٠٤ ، مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٥٢٥ .
- p-Savatiar - cours de droit international privé n- 308 .

المثال الثاني .

- وحجتهم فى ذلك أن قاضي الدولة التي يراد التمسك فيها بالنفاذ الدولى للحق لا يطبق إلا قواعد الإسناد فى قانونه ، بصرف النظر عن القانون الذي تشير إليه ، وهذا ما يتفق مع طبيعة قاعدة الإسناد العامة من كونها قاعدة ثنائية الجانب.

- غير أن بعض الفقه[1] يرى قصر القول بضرورة تطبيق قاعدة الإسناد فى قانون الدولة التي يراد التمسك فيها بالنفاذ الدولى للحق على الحالة التي يؤدي فيها تطبيق تلك القاعدة إلى عقد الاختصاص التشريعي لقانون هذه الدولة أما فى غير هذه الحالة فيكفى أن يكون الحق قد نشأ وفقا للقانون المختص دوليا حسب قواعد الإسناد فى قانون الدولة التي تم تكوينه فيها وعليه فلو طلق إيطالى زوجته الإيطالية بعد توطنهما فى انجلترا ، وفقا للقانون الإنجليزى باعتباره القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الإنجليزية - قانون الموطن - فانه يحتج بهذا الطلاق فى فرنسا رغم حصوله على غير قاعدة الإسناد الفرنسية والتي تقضي بخضوعه لقانون الجنسية - القانون الإيطالى - .

وحجة هذا الرأي أن قواعد الإسناد فى الأصل قواعد مفردة الجانب ، - وليست ثنائية الجانب - تعني ببيان حالات تطبيق القانون الوطني وحدة ، وأنه لا مصلحة من رعايته سيادة القانون الوطني

(١) p- Niboyet – cours de droit international privé - n496 -et - traité de droit international privé - n 944 .

عندما لا يؤدي تطبيق قواعد الإسناد إلى عقد الاختصاص لهذا القانون ، فكل بلد يطبق قانونه وحسب ، وليس له أن يعني باختصاص القانون الأجنبي أو عدم اختصاصه و إلا اعتبر ذلك مساسا بسيادة دولة هذا القانون .(١)

معنى ذلك أنه يمكن الاعتراف بآثار الحق الذي نشأ في خارج الدولة التي يراد التمسك فيها بها ولكن في الحدود التي يعترف فيها هذا القانون الأجنبي المختص بتلك الآثار لا أكثر ، وبما لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي. (٢)

هذا وإذا كان القضاء الفرنسي لم يستقر على هذا الرأي حتى الآن إلا أن صاحبة يتمنى لو أن محكمة النقض الفرنسية فصلت بحكم قاطع في هذه المشكلة . والظاهر من مشروع تقنين قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي أنه تأثر برأي الفقيه نيبوابيه في حل التنازع المتغير ، حيث قضت المادة ٢١ منه بأنه ، إذا لم يكن القانون الفرنسي مختصا فان كل مركز قانوني نشأ في الخارج وفقا لتشريع يقر اختصاصه به يرتب آثاره في فرنسا .

الضابط الرابع

عدم نشوء حق مضاد في الدولة التي يتمسك بالحق فيها

يشترط للتمسك بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة في الخارج ،

---

١) p- Niboyet – cours de droit international privé - n496 -et - traité de droit international privé - n 944 .
(٢) p- Niboyet – cours de droit international privé - n450 .

عدم نشوء حق مضاد في الدولة التي يتمسك بالحق فيها ، وذلك عملا على استقرار المراكز القانونية والتي تعامل فيها أصحابها بحسن نية . فمثلا لو سرق مال منقول من ألماني ثم نقل إلى مصر فوفقا للقانون الألماني لصاحب المال الحق في استرداده خلال عشر سنوات من تاريخ فقده ، ووفقا للقانون المصري يكون لصاحب المال هذا الحق في خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة .

فحال المال إن بقي في يد السارق فان للمالك الحقيقي الحق في استرداده خلال عشر سنوات . على اعتبار أن له حقا مكتسبا في الخارج يتعين احترامه في مصر .

لكن لو تم بيع هذا المال في مصر لحائز حسن النية ، ومضت الثلاث سنوات المقررة في القانون المصري فان للحائز الحق في تملك هذا المال إعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . وعليه فان مطالبة المالك الأصلي باسترداد المال تدفع بحق الحائز – المضاد – في التملك .

وحينئذ يكون الحائز والذي يكون في إقليم الدولة – مع حسن النية – يكون أولى بالاعتبار والتقدير ، وذلك حرصا على استقرار المعاملات المالية ، ولا يقدح في ذلك عدم مضي العشر سنوات المقررة في القانون الألماني . إذ من المقبول الاعتماد عليها قبل نشوء حق الحائز في التملك أما وقد نشأ حقا للحائز تاما ومضادا

لحق المالك الأصلي فلا عبرة ولا أهمية لتلك المدة . [1]

هذا وقد أقام الفقه الإسلامي وزنا لهذا الضابط بمنتهى الموضوعية المنصبة على استقرار الأموال فى يد أصحابها حسني النية وعدم تجريدها منهم بطريقة تضر تداولها وحركتها وأدائها لوظائفها فرتب أحكاما من بينها ما يتعلق بحق المالك الأصلي فى استرداد المال المستولى عليه من أحد رعايا دار الحرب ، فجعل الفقه الإسلامي حق المالك فى الاسترداد متوقفا على عدم نشوء حق مضاد للحائز . - الغير - على هذا المال كما لو قسم هذا المال أو تم شراؤه من قبل ثالث .....الخ . فمتى نشأ هذا الحق لم يكن لمالكه الأصلي حق استرداده أو له فيه حق الاسترداد بضوابط معينة منها تعجيل الثمن ، مراعاة لمصلحة الحائز [2]

وهاهي عبارة الإمام بن قدامه رحمه الله تعالى شاهده وناطقه بذلك حيث حاء فيها ".....وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين فأدركه صاحبه قبل قسمته فهو أحق به (أي يرد إليه بغير شيء) وان أدركه مقسوما (أو مشترى) فهو أحق به بالثمن الذي ابتاعه من المغنم (أي أداء قيمته أو ثمن شرائه) فى إحدى الروايتين

(1) p- Niboyet manuel de droit international privé - ed - 1928 - n 180

- القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ١٠٦
- القانون الدولى الخاص د/ أحمد عشوش ، د/ أحمد الهواري - صـ٢٢٨ .

(٢) لمزيد من الإيضاح راجع لاحقا صـ ١٣٩ - عند الحديث عن احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق حائز المال المسروق أو الضائع .

وفى الرواية الأخرى إذا قسم فلاحق له فيه بحال ....." [1]

عملا بما روي عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " من أدرك ماله من الفيء قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء"[2]

الفرع الثالث

قيود الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

تقسيم :

متى توافرت ضوابط الأخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة فى الخارج كان لصاحب الحق التمسك به وبآثاره فى بلد النفاذ ، على أن هذا الحق مقيد بانتفاء مجموعة من الموانع والقيود ، على أن هذه القيود ومن خلال كتاب الفقهاء يمكن تصنيفها إلى نوعين:

الأول : قيود مستمدة من قانون بلد نشأة الحق المكتسب .

الثاني: قيود مستمد من قانون بلد الاعتراف بالحق المكتسب .

ومجمل هذه القيود - بنوعيها- ينحصر فى أن طبيعة الحق المكتسب وحجمه تكون كما هي مسطرة فى قانون الدولة التي نشأ فيها هذا الحق وينبغي احترامه شريطة معرفة قانون بلد النفاذ به ،

(١) المغنى لابن قدامه جـ١٣ صـ١١ الطبعة الأولى سـ١٩٩٦ - دار الحديث

(٢) رواه الطبراني في الأوسط جـ٨ صـ٢١٦ - قال الهيثمي في مجمع الزوائد - جـ٤ صـ١٧٤ فيه يس الزيات وهو ضعيف .

وعدم مخالفته للنظام العام فيها ، وتم التوصل إليه بطريقة مقبولة قانونا .....الخ

و فيما يلي نعرض لهذه القيود على النحو الآتي :

الغصن الأول : قيود مستمدة من قانون بلد نشأة الحق المكتسب.

الغصن الثاني: قيود مستمد من قانون بلد الاعتراف بالحق المكتسب.

الغصن الأول

قيود مستمدة من قانون بلد نشأة الحق المكتسب

١- مضمون هذه القيود :

يقصد بهذه القيود أن التنظيم القانوني للحق المكتسب فى بلد نشأة الحق هو ما يحكمه وأن العبرة بهذا التنظيم دونما نظر إلى التنظيم القانوني فى بلد التمسك بنفاذ الحق.

وعليه فطبيعة الحق المكتسب فى ظل قانون بلد معين يعينها القانون الذي اكتسب الحق فى ظله[1] أي أن الحق المكتسب يكون نافذا فى البلد الذي يتمسك فيه بنفاذه فى الحدود التي كانت له فى الدولة التي نشأ فيها دون زيادة أو نقصان ، بصرف النظر عما هو مقرر فى قانون بلد النفاذ ،

والمتأمل فى هذا التنظيم يمكنه أن يدرك دون كبير عناء بأنه فى حقيقته إنما يعد قيدا على الاعتراف والأخذ بهذا الحق فى بلد غير بلد النشأة ، فهذا التنظيم القانوني هو الذي يحدد طبيعة هذا الحق ،

(1) p- Dicey - conflict of laws - p56 .

وما يتصف به من أوصاف كالشرط والأجل ، وما يتحمله هذا الحق من أعباء و تكاليف[1] كذلك إذا كان هذا التنظيم قد حدد آثارا لهذا الحق على نحو معين أو مبينا مداها .

فإن الاعتراف بهذه الآثار فى بلد النفاذ إنما يكون وفق هذا التنظيم حتى ولو كانت نصوص قانون بلد النفاذ أوسع مدى ونطاقا . [٢]

٢- نطاق هذه القيود :

من خلال مضمون تلك القيود وأن العبرة دائما بالتنظيم القانوني فى بلد نشأة الحق ، فانه يمكن معرفة نطاق تلك القيود . فمتى تطابق التنظيم القانوني للبلدين - بلد النشأة وبلد النفاذ - حينئذ لا مشكلة تذكر ، لكن لو اختلف التنظيم القانوني للبلدين فأي التنظيمين يرتكن إليه لمعرفة نطاق تلك القيود ومداها ؟ .

لمعرفة ذلك فانه يمكن التفرقة بين حالتين وهما على النحو التالى :

الحالة الأولى

إذا كان قانون بلد النشأة يرتب آثارا أوسع من قانون بلد النفاذ

إذا ما كان قانون بلد نشأة الحق المكتسب يرتب آثارا أوسع من قانون بلد التمسك بالحق المكتسب ففى هذه الحالة تكون العبرة بالآثار التي يرتبها قانون بلد نشأة الحق ، وليس لقانون بلد النفاذ أن

(1) p- Dicey - conflict of laws - n -310 -p211.

(٢) مبادئ القانون الدولى الخاص د/جابر جاد عبد الرحمن . صـ٥٢٦ .

يمتنع عن ترتيب هذه الآثار بحجة عدم تنظيمه لها ، لأن العبرة فى تحديد طبيعة الحق المكتسب دوليا ، بالقانون الذي نشأ فى ظله ، فهو الذي يحدد وجوده من عدمه ومداه ويكفل لهذا القانون الاحترام والنفاذ فى بلد التمسك بالحق ، ما دام قد انتفت القيود التي تمنع سريانه فى بلد آخر.

وعليه إذا كان قانون بلد النشأة يعطي للوالد حق تأديب ولده على نحو معين ، ثم انتقل إلى بلد آخر لا يعطيه قانونه كل هذا الحق فان حقه فى التأديب يظل خاضعا للقانون القديم وقائما بكل نطاقه ، كذلك لو كان قانون بلد النشأة يجعل مدة التقادم خمس سنوات ثم انتقل الشخص إلى بلد يقضي قانونها بجعل التقادم ثلاث سنوات ، فليس لقضاء هذه الدولة أن يحكم بسقوط حقه فى التمسك بعدم اكتمال التقادم قبل مضي مدته - خمس سنوات - وبعد مضي ثلاث سنوات (١)

الحالة الثانية

إذا كان قانون بلد النفاذ يرتب آثارا أوسع من قانون بلد النشأة

إذا ما كان قانون الدولة التي يتمسك فيها بالحق المكتسب بالخارج يرتب آثارا أوسع من التي يرتبها قانون الدولة التي نشأ الحق فى ظلها وتحت سلطانه ، فان العبرة بما يرتبه هذا القانون الأخير -

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ محمد عبد المنعم رياض ط٢ سـ١٩٤٣ بند ٤٢٤ صـ٣٨١ .

بلد النشأة - ولا يؤثر فى ذلك التنظيم القانوني لدولة التمسك بالحق . وقد صدرت أحكام عدة من القضاء تؤيد ذلك ، من ذلك ما أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن حيث قضت فى أحد أحكامها بأن امرأة فرنسية تدعى " مدام جنسول " تزوجت من إيطالى يدعى " دوفراري" بموجب عقد زواج مؤرخ فى ١٦ أكتوبر ١٨٩٣ م ، ثم أصبحت بموجب هذا الزواج إيطالية وذلك وفقا لما يقضي به القانون المدني الإيطالى - آن ذاك - وبعد فترة معينة استردت جنسيتها الفرنسية طبقا للمادة ١٨ من القانون المدني الفرنسي - آن ذاك - وبعد الحرب العالمية الأولى انفصل الزوجان جسمانيا باتفاقهما ، ثم طلبت الزوجة أمام المحاكم الفرنسية تحويل هذا الانفصال إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي ، فأجابتها محكمة ليون إلى طلبها ، فلما طعن فى الحكم أمام محكمة النقض حكمت فى ٦ يولية ١٩٢٢ م بنقضه ، مؤسسة ذلك على أن القانون الإيطالى وهو الذي اكتسب الحق فى ظله-الانفصال-لا يجيز الطلاق وعليه فالعبرة بما يقوله هذا القانون لا بحكم القانون الفرنسي.(١)

- وقد أصدرت المحاكم الإنجليزية حكما فى هذا الشأن(٢) مؤداه إلزام شركة هرزفلد Herzfeld الروسية للملاحة بالتعويض

(١) مجموعة الأحكام - دالوز - سـ١٩٢٣ عدد ١ صـ١٣٧ .
- مجموعة الأحكام - سيرى - سـ ١٩٣٣ عدد ١ صـ ٥ .
(٢) مجموعة الأحكام دالوز سـ ١٩٣٣ ج١ صـ١٦١ ، واشار نيبوايه في دروسه إلى هذا الحكم صـ٤١٠ .

للمدعي الفرنسي ، ثم أراد المدعي تنفيذ هذا الحكم فى فرنسا فطلب الأمر بالتنفيذ ووجه طلبه إلى الشركة وكذلك الحكومة الروسية باعتبارها خلف عاما للشركة حيث صودرت أملاكها ، فرفضت محكمة الاستئناف ومحكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٣/٤/١١ طلب المدعي ، لأن حقه فى التعويض قد اكتسبه بموجب حكم المحاكم الإنجليزية وقد اكتسبه ضد الشركة فقط ، فهو مقيد بهذا القيد.

- هذا وخلاصة القول أنه وفقا لهذه القيود يتعين الرجوع إلى التنظيم القانون فى بلد نشأة الحق لمعرفة نوع وطبيعة الآثار التي تترتب على هذا الحق وما يترتب على محله من حقوق وآثار .....الخ ولا عبرة فى ذلك بما تضمنه قانون بلد النفاذ من تنظيم قانوني .[1]

والمتأمل فى كتابات الفقهاء ونصوص الفقه الإسلامي يمكنه أن يدرك دون عناء وجهد أن مثل هذه النوعية من القيود قد عرفها الفقه الإسلامي ونطقت بها نصوصه . فأوصاف الحق وطبيعته وصحته وآثاره .....الخ إنما تخضع للقانون الذي نشأت فى ظله آية ذلك .اعتراف النصوص الثابتة والواضحة الدلالة بصحة التزامات وتصرفات تمت فى الجاهلية أو دار الحرب بعد انتقال أصحابها إلى دار الإسلام معتنقين الإسلام أو رافعين خصوماتهم

(١) القانون الدولى الخاص د/ على الزيني صـ١٥٠ .

أمام القاضي المسلم ومن تلك النصوص قوله تعالى ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ وقوله ﴿ وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً لِّلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَةَ فِرْعَوْنَ إِذْ قَالَتْ رَبِّ ابْنِ لِي عِندَكَ بَيْتاً فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِن فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ وَنَجِّنِي مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾ فقد قرر الفقهاء[1] أن إضافة المرأة فى الآيتين يقتضي زوجية صحيحة والتسليم بآثارها ومنها اتصاف المرأة بلفظ المرأة ، وثبوت النسب بمقتضى تلك الزوجية التي سبق تكوينها ، و لا أدل على ذلك أيضا من قوله ﷺ" خرجت من نكاح لا من سفاح "[2] وقوله فى حديث آخر " خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم حتى انتهيت إلى أبي وأمي" [3] . كذلك لم يثبت أن الرسول صلى عليه وسلم أمر أصحابه بتجديد أنكحتهم التي أبرموها قبل الإسلام وفق أحكام الإسلام، كذلك لم يسألهم عن كيفية إبرامها وعقدها ، بل أقرهم عليها كما هي. وليس لفعله صلى الله عليه وسلم من دلالة إلا الإقرار بصحة أنكحة الجاهلية وفق شرائعها والرجوع إليها فيما اتفق عليه الأطراف ما داموا يدينون بهذا الزواج ، أو يعتقدون حل هذه التصرفات

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتى جـ٣ صـ٥٤ ، شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٣ صـ٤١٢ طبعة دار الفكر.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - جـ٧ صـ١٩٠ .طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٦ .

(٣) فيض القدير لعبد الرؤوف المناوي ط ١ - المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٦ هـ جـ٣ صـ٣٧ .

- المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان أحمد الطبراني ط١ دار الحرمين القاهرة ١٤١٥ هـ جـ٥ صـ٨٠ . تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني .

- الفردوس بمأثور الخطاب لأبي شجاع الهمذاني جـ٢ صـ١٩٠ طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٦- تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول.

الفصل الثاني

قيود مستمدة من قانون بلد الاعتراف بالحق المكتسب

تمهيد :

إن الحق المكتسب فى الخارج قد يكون بنص تشريعي أو حكم قضائي والوقوف على طبيعته إنما تكون بالرجوع إلى نظامه القانوني فى بلد النشأة ، لكن هذا لا يكفى لنفاذه واحترامه فى دولة أخرى ، بل يتعين توافر عدة قيود - أو بالأدق انتفاء عدة موانع مستمدة من قانون بلد النفاذ - حتى يمكن الاحتجاج به فى إقليمها ، ويمكن الوقوف على تلك القيود على النحو التالى :

- **القيد الأول** : معرفة قانون بلد النفاذ بالحق المكتسب فى الخارج
- **القيد الثاني**: عدم مخالفة الحق المكتسب فى الخارج للنظام العام فى بلد النفاذ .
- **القيد الثالث** : ألا يكون الحق المكتسب فى الخارج تم التوصل إليه غشا نحو القانون .
- **القيد الرابع** : أن يكون الحكم الأجنبي المقر للحق المكتسب قابلا للتنفيذ . **و فيما يلي بيان ذلك :**

القيد الأول

معرفة قانون بلد النفاذ بالحق المكتسب فى الخارج

من البدهي ضرورة معرفة النظام القانوني فى بلد نفاذ الحق المكتسب فى الخارج له ، فلا يعقل الاحتجاج فى دولة بحق اكتسب فى الخارج وقانونها لا يعرف هذا الحق ، و إلا كان معنى ذلك

إخضاع الحق المكتسب فى جميع مراحل التكوين ونطاقه ومضمونه إلى قانون بلد النشأة وهو أمر غير مسلم به . فضلا عن أنه يدل ضمنا على سريان قانون أجنبي فى إقليم دولة رغما عن إرادة مشرعه وهو ما لا يعقل الآن والأمس . فمثلا لو اكتسب شخص حق ملكية تجارية وصناعية فى الخارج وتمسك به فى دولة لا يعرف قانونها بعد الملكية التجارية والصناعية جملة.[1] فما معنى ذلك ؟ لكن الأمر على خلاف ذلك تماما فيما لو كان قانون بلد النفاذ يعرف هذا الحق ويحتج بآثاره فيه **هذه ناحية** .

ومن ناحية ثانية هي أكثر بداهة يتعين أن يكون الحق الذي اكتسب فى الخارج ما زال ساريا وقائما فى ظل النظام القانوني لبلد النشأة فمثلا إذا تمسك أجنبي بحق ملكيه أدبية أو صناعية أو حق اختراع فى بلد أجنبي لكن هذا الحق قد سقط بمضي المدة مثلا فى بلده الأصلي . فانه لا عبرة بهذا التمسك ولا يجوز الاحتجاج به حتى ولو كان قانون بلد النفاذ يقضي بعدم سقوط الحق فى هذه المدة .

القيد الثاني

عدم مخالفة الحق المكتسب فى الخارج للنظام العام فى بلد النفاذ

إن التمسك بحق اكتسب فى الخارج فى دولة ما مقيد بعدم مخالفة هذا الحق للنظام العام فى هذا البلد . وهذا أمر مسلم به كافة

---

(١) القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ صـ٦١ .

التشريعات والقوانين على خلاف بينها فى مدلول ما يعد متعلقا بالنظام العام وما لا يعد متعلقا به - مدلول النظام العام - لكن ما لا خلاف فيه ، وجود مجموعة من الأمور والمصالح المختلفة يتعين عدم المساس بها ، وإذا وجد ما من شأنه ذلك يتعين استبعاده .

على أنه فى مجال ذلك يقوم النظام العام بوظيفة سلبية مفادها منع الحق الأجنبي من إنتاج آثاره فى الدولة متى كان متعارضا مع النظام العام ويتعين على محاكم تلك الدولة عدم إعطاء صاحب الحق أمرا بصلاحية تنفيذه ، دون أن يتعدى دورها إلى الحكم فى الموضوع من جديد وفقا لقانونها .(١)

وليس فى هذا القول ما يتعارض مع فكرة الأثر المخفف للنظام العام والتي قيل بها فى مجال الحقوق المكتسبة فى الخارج ، والتي مفادها إن الحقوق أو المراكز القانونية التي تم نشؤها بالخارج ويراد التمسك بآثارها فى بلد القاضي يعاملها القاضي معاملة أقل صرامة وحساسية من تلك المراكز القانونية التي تنشأ بداية فى دولته على أساس أن الشعور العام للجماعة يكون أقل حساسية لهذه المخالفات التي انطوت عليها تلك الحقوق التي اكتسبت في الخارج . (٢)

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٥٢٨ .
(٢)القانون الدولى الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ٢٥٣ ، الوسيط في القانون الدولى الخاص د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد ط سـ١٩٩٢ - دار النهضة العربية صـ١٥٧ ، ومؤلفه تنازع القوانين مع د/ محمد خالد الترجمان ط١٩٩٨ صـ١٥٧ ، القانون الدولى الخاص . د/ إبراهيم أحمد إبراهيم صـ٣٩٨ ، مختصر قانون العلاقات الدولية د/ أحمد عبد الكريم صـ٣٣٣ .

لكن ليس معنى ذلك - التسليم بفكرة الأثر المخفف - استبعاد الدفع بالنظام العام كليه فى هذا الصدد . صحيح يكون التمسك بالدفع مخففا لكن فى جميع الأحوال يتعين عدم معارضة نفاذ تلك الحقوق مع مقتضيات النظام العام(١) ، فإذا ما ثبت مثل هذا التعارض فان الدفع بالنظام العام يتحرك فيمنع نفاذ الحق ، وتمتنع المحاكم عن إعطاء أمر التنفيذ . لكن لا تتعرض لبطلان الحق . إذ ينحصر دور الدفع بالنظام العام فى عدم سريان آثار الحق المكتسب فى بلد القاضي وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج فى فرنسا بحق الملكية على المنقول ولو كان هذا الحق قد اكتسب فى الخارج ووفقا للقانون المختص ما دام تبين للمحكمة أن هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكية بدون تعويض لأن هذا يتعارض مع النظام العام فى فرنسا ، فقد حدث أن أممت روسيا السوفيتية الأساطيل التجارية ، وقام أحدها وهو الأسطول laropit باللجوء إلى ميناء مرسيليا الفرنسي ، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا لحقها المكتسب فيها وفقا للقانون السوفيتى رفض القضاء فرنسي دعواها ، لأن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية دون تعويض الملاك ، وهذا الطريق غير عادي كما أنه غير عادل وهو ما يتجافى مع احترام الملكية وهذا لا يمكن الاعتراف بآثاره فى فرنسا لتعارضه مع مقتضيات

(١) p- Niboyet – cours de droit international privé N -520 , p - Batiffol - traité élémentaire de droit international privé n- 367 .

النظام العام الفرنسي [1]

فالتمسك بالنظام العام فى هذا المجال يعتبر بمثابة قيد على الاعتراف بآثار الحق المكتسب فى الخارج ، غير أن مدى سلطان هذا القيد ونطاقه يختلف باختلاف الظروف والأحوال وذلك على النحو الآتي :

(أ)- قد يكون التمسك بالنظام العام مانعا من الاعتراف بكافة آثار الحق المكتسب وذلك كما لو كان النظام القانوني الذي قام الحق على أساسه غير موجود نهائيا - كلية - فى بلد النفاذ فلا يقبل من شخص ادعائه بأن له رهنا على المنقول دون حيازته في بلد لا يعرف نظامها القانونى نظام رهن المنقول . كذلك لا يعقل التمسك بالحق فى التأميم دون تعويض المالك فى بلد لا يعرف قانونها ذلك.

(ب)- قد يكون التمسك بالنظام العام مانعا من الاعتراف ببعض آثار الحق المكتسب ومن أمثلة ذلك أن يتمسك شخص فى بلد يقر قانونها السعر الإلزامي للنقود بعقد تم فى الخارج يتضمن شرط الذهب ، فهذا العقد لا ينتج آثره إلا جزئيا ، حيث أن الدائن يستطيع طلب الحكم على المدين بالدفع ، بنقود ورقية تعادل مبلغ الدين ، أما الزيادة فانه لا يستطيع التمسك بها لمخالفته للنظام العام[2]

ومن المهم الإشارة إلى أنه ليس من الضروري أن يكون أثر الحق

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٥ مارس ١٩٢٨ . منشور في مجموعة الأحكام - دالوز سـ١٩٢٨ العدد١ صـ٨١ .

(٢) p- Niboyet– cours de droit international privé p- 463.

المكتسب فى بلد معين مخالفا للنظام العام فى بلد آخر لمجرد أن هذا الحق ، لا يمكن إنشائه فى هذا البلد الأخر ، فالزوج الذي يطلق فى بلده - فرنسا مثلا - ووفقا لقانون هذا البلد ، ثم يريد أن يتزوج مرة أخرى فى إيطاليا أوهي لا تبيح الطلاق ، فان الزواج الثاني لا يتعارض مع النظام العام الإيطالى ، ولو أنه أثر من آثار الطلاق الذي سبق وقوعه فى الخارج ، ولا يمكن إنشاؤه فى ايطاليا لمخالفته النظام العام فيها[1]

القيد الثالث

ألا يكون الحق المكتسب فى الخارج تم التوصل إليه غشا نحو القانون

لقد اعتمد الفقه - فى الراجح - على فكرة الغش نحو القانون كسلاح استثنائي آخر يضاف إلى فكرة النظام العام للحد من إطلاق الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة وذلك فى حالة ما لو اكتسب هذا الحق غشا نحو القانون ، فالقضاء لا يقر تصرفات الأفراد القائمة فى شكل التلاعب والتحايل على القانون . فالمشرع مثلا وضع قواعد الإسناد لتحكم العلاقات الخاصة الدولية فضلا عن غيرها فإقدام الأفراد على التلاعب والتحايل على هذه القواعد ، من شأنه إهدار قيمة هذه القواعد وفقد المصداقية فيها .....الخ فعدم مواجهة مثل هذا السلوك من شأنه أولا التطاول على قواعد متعلقة بالنظام العام . وثانيا زيادة التلاعب فى العلاقات

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص د/ جابر عبد الرحمن ص ٥٢٨ ، ٥٢٩ .

الخاصة الدولية ، ومما يساعد على ذلك تباين التشريعات المختلفة فى قواعد الإسناد . الأمر الذي تكون له انعكاسات سلبية على العلاقات الدولية ، وتشجيع المتعاملين على إضمار بل إظهار سوء النية ، وتحدي القواعد القانونية ، بل والتطاول عليها باسم القانون . هذا ويؤدي الدفع بالغش نحو القانون إلى تفويت فرصة التطاول والتحايل على القانون ، لأن الغش يفسد كل شيء فمثلا لو غير شخص جنسيته مكتسبا جنسية جديدة ليتفادى حكم قانونه الأول والذى يمنع التطليق مثلا . وليتمكن من إجراء التطليق وفقا لقانون جنسيته الثانية وانتقل هذا الشخص إلى مصر ثم أراد إيقاع التطليق متذرعا بحقه المكتسب ، فالقاضي المصري - استنادا إلى الدفع بالغش نحو القانون - يمكنه قطع الطريق على هذا الشخص عن طريق عدم تمكينه من الوصول إلى غايته .

هذا وقد وجدت العديد من أحكام القضاء فى جميع الدول تؤكد هذا السلوك ومن بين تلك الأحكام ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٨ مارس ١٨٧٨ [١] بشأن قضية " برنسيس دي بو فومنت " وهي سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من "برنس دي بوفرمنت " واكتسب الجنسية الفرنسية ولما كانت أحكام القانون الفرنسي تمنع التطليق عمدت تلك السيدة إلى التجنس بجنسية إحدى الولايات الألمانية لتتمكن من التطليق وفقا لقانون جنسيتها الجديدة ، ثم حصلت على ما أرادت - التطليق - ثم

(١) مجموعة الأحكام - سيري - جـ١ صـ١٩٣ .

تزوجت من أمير رومانى " برنس بييسكو " وأقامت معه فى فرنسا حدث أن رفع الزوج الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني ، على أساس أن الزوجة تجنست بالجنسية الألمانية بهدف حصولها على التطليق وهذا يعد غشا نحو القانون الفرنسى ، و بالتالى يبقى زواجها الأول قائما ولما نظرت المحكمة ذلك توصلت إلى حكم لصالح الزوج - الأول - مستندة إلى عدم الاعتراف بالحق فى الطلاق الذي اكتسبته الزوجة وفقا للقانون الألماني ، واعتبار الزواج الثاني غير نافذ مع بقاء الزوجية الأولى ....." فاللجوء إلى الدفع بالغش فى القانون يبدو بمثابة قيد على الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج . وهو أمر مقبول .

القيد الرابع

أن يكون الحكم الأجنبي المقرر للحق المكتسب قابلا للتنفيذ

يتطلب هذا القيد وجود حق اكتسب فى الخارج بموجب حكم قضائي وليس من المعقول أن يتم التمسك بهذا الحق فى بلد النفاذ فى الوقت الذي يكون فيه هذا الحكم القضائي عاطل عن التنفيذ فى بلده الأصلي وعلى ذلك فان التمسك بحق اكتسب فى الخارج بموجب حكم قضائي مقيد بأن يكون هذا الحكم الأجنبي المقرر للحق قابلا للتنفيذ فى بلد النشأة . صحيح أنه يمكن تنفيذ الأحكام الأجنبية فى إقليم الدولة لكن ليس بصفة مطلقة من أي قيد ولا شرط

، إذ عادة ما تتطلب الدولة إصدار أمر - حكم - بالتنفيذ ، ويشترط لذلك عدة شروط منها قابلية الحكم للتنفيذ بأن يكون حائزا لقوة الأمر المقضي به طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته ، هذا وقد نص المشرع المصري على ذلك صراحة في المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المنية والتجارية رقم ١٣ سنة ١٩٦٨[1] وتعديلاته المختلفة - حيث جاء فيها . لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :

١- أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعات التي صدر فيها الحكم أو الأمر ، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولى المقرر فى قانونها .

٢- أن الخصوم فى الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا.

٣- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته .

٤- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ، ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها . متى توافرت تلك الشروط السابقة فان القاضي المصري يصدر حكما بالتنفيذ ، ووقتها يكون لمن صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بما تضمنه الحكم من حق قد اكتسب فى الخارج بموجبه ، فى

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٩ الصادر في ١٩٦٨/٥/٩ .

مصر قاصدا ترتيب آثاره عليه ، لكن لو كان هذا الحكم الأجنبي غير قابل للتنفيذ فى بلده الأصلي ، فانه يتعذر استصدار حكم بالتنفيذ من قضاء بلد التنفيذ ،لتخلف الشروط المتطلبة لذلك . لأن القاعدة إذا انتفت الشروط وجدت الموانع - القيود - .قابلية الحكم الأجنبي للتنفيذ فى بلده قيدا على الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة وهو أمر منطقي ، إذ لا يعقل الاعتماد على حكم قضائي فى بلد أجنبي بينما هو معطل فى بلده الأصلي عن ترتيب آثاره عليه . وعليه فلا غرابة فى تطلب هذا القيد في بلد التمسك بالحق المكتسب في الخارج .

ثالثا

المطلب الثاني

الإطار التطبيقى لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة

فى مواد تنازع القوانين الوطنية

تقديم وتقسيم :

إن الفقه القانونى فى مجال تنازع القوانين قد انتهى إلى منهجية - فى الغالب- معينة فى حل مسائلة وعمد إليها مشرعي الدول المختلفة تلك المنهجية تقوم على مرحلتين :

الأولى : يتم فيها تحديد النزاع أو العلاقات المتقاربة أو المتشابهة وربطها بإحدى الأفكار المسندة .

الثانية : يتم فيها ربط الفكرة المسندة بضابط للإسناد ، يتكفل هذا الضابط بتحديد القانون الملائم من بين القوانين المتنازعة لحكم تلك الفكرة ، وفي حقيقة الأمر إن ضابط الإسناد - ظرف الإسناد - يعد عصب قاعدة التنازع وعن طريقة تنهض بوظيفتها .

غير أن ضابط الإسناد ليس نمطا واحدا بل له صورا وأشكالا متعددة منها - حسب موضوع الدراسة - ما هو قابل للتغيير أو الانتقال ، كضابط الجنسية ،الموطن، وضابط موقع المال المنقول . ومن هنا يتصور - قيام تنازع بسبب هذا التغيير ، ويحتار القاضي المنظور أمامه النزاع فى كيفية حله ، وذلك للوقوف على أى القوانين واجب التطبيق هل هو قانون موقع المنقول القديم ، أم قانون موقعه الجديد مثلا ، وأول ما يعهد إليه القاضي تلمسا للحل هو القانون ذاته والذي يعمد إلى الأخذ بما يطلق عليه ظرف الإسناد

الزمنى وهو ذلك الظرف الذى يحدد وقت الاعتداد بالقانون الواجب التطبيق ، غير أن ذلك قد لا يسعفه فى الحل إذ فى القليل أن يعمد المشرع إلى النص على هذا الظرف . الأمر الذى يتعين من خلاله على القاضي أن يجتهد فى استنباط هذا الظرف الزمني مستعينا بالحلول والأفكار التي نادى بها الفقه وذلك على ضوء ملائمات الحياة الخاصة الدولية ومن بين الحلول التي عمد إليها الفقه ، الاستعانة بفكرة الحقوق المكتسبة كوسيلة للوصول إلى تلك النتيجة . سواء فى مجال الأحوال الشخصية أو مجال الأحوال العينية وغيرها .

والمتأمل فى مواد تنازع القوانين فى القانون المصري يمكنه الوقوف على هذا الدور ويقترح الباحث - وقوفا على هذا الدور - تناوله على النحو الآتي :

الفرع الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مواد الأحوال الشخصية .

الفرع الثاني: احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مواد الأحوال العينية .

وفيما يلي بيان ذلك .

الفرع الأول

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مواد الأحوال الشخصية

تقسيم :

لقد عمد المشرع الوطني إلى تفضيل الأخذ بقانون الجنسية فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية باعتباره القانون الشخصى ، وذلك حسبما نطقت المواد القانونية ذات الصلة ، على أن المشرع قد اعتمد كذلك فى تلك المسائل على ظرف للإسناد قابل للتغيير فى الفترة من إنشاء العلاقة إلى التمسك بآثارها فى بلد أجنبي الأمر الذى يجعلنا نتساءل عن مدى احترام تلك الحقوق التي اكتسبت وفقا لقانون بلد النشأة ومدى إمكانية التمسك بها فى ظل قانون بلد النفاذ؟ على أن هذا التساؤل يتصور إيراده فى جميع مسائل الأحوال الشخصية بدءا من مسألتي الحالة والأهلية وانتهاءً بالمسائل المتعلقة بالروابط العائلية : - والمتأمل فى النصوص القانونية ذات الصلة يدرك أن المشرع رغم تدخله بالنص على ظرف للإسناد فى بعض المسائل ، إلا أنه لم يفعل ذلك فى باقي المسائل ، وحتى فى المسائل المنصوص عليها إلا أن الفقه قد اختلف فى شأنها . وللوقوف على إجابة السؤال المطروح سلفا يقترح الباحث تناولها على النحو الآتي :

الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألتى الحالة

والأهلية .

الغصن الثاني: احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة الروابط العائلية .

وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل :

الغصن الأول

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألتي الحالة والأهلية

تمهيد :

تخضع الحالة والأهلية لقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصى الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، ويحكم هذا القانون كافة العناصر والمسائل المتعلقة بكل من الحالة والأهلية ، على أن هذا الضابط لما كان قابلا للتغيير فإن من المتصور معه تغيير القانون الشخصى ، فما هو مصير الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبها الشخص فى ظل قانون الجنسية القديم ، ثم ما أثر ذلك على مسألتي الحالة والأهلية فى حد ذاتها .....الخ .

هذا ما تجيب عنه الصفحات الآتية وذلك على النحو الآتي :

الأمر الأول : التعريف بالحالة والأهلية والعلاقة بينهما

الأمر الثاني: احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الحالة والأهلية. وفيما يلى بيان ذلك :

الأمر الأول

التعريف بالحالة والأهلية والعلاقة بينهما

استهلال :

المتأمل فى كتابات الفقهاء والنصوص التشريعية ذات الصلة يجد أنها تتعرض لكل من الحالة والأهلية على صورة قد يفهم منها أنهما مترادفتان لكن هل هما كذلك أم أنهما وان كانتا متجاورتين إلا أنهما يتمايزان ، يود الباحث التعرض لهذا الأمر - بما يتناسب مع موضوع الدراسة - لصلته بالأمر الذى يليه .

ويقترح التصور الآتي :

المسألة الأولى : تعريف عام بالحالة وما تتميز به .

المسألة الثانية : تعريف عام بالأهلية وما تتميز به .

المسألة الثالثة : العلاقة بين الحالة والأهلية .

المسألة الأولى

تعريف عام بالحالة وما تتميز به

المقصود بالحالة وأنواعها :

يراد بالحالة جملة من الصفات التي يتحدد بها مركز الشخص من أسرته ودولته ، وهي صفات تقوم على أساس من القانون كالزواج والحجر والجنسية .....الخ .[1]

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الأول صـ٢٤٢ .

فحالة القاصر غير حالة البالغ سن الرشد ، وحالة الرجل غير المرأة وحالة العاقل غير حالة المجنون وحالة المتزوج غير حالة الأعزب وحالة المتزوجة غير حالة غير المتزوجة أو الأرملة أو المطلقة ، وحالة الوطني غير حالة الأجنبي ..... (١)

وقريب من هذا التعريف السابق والذي أسعفتنا به مذكرة المشروع التمهيدي والذي يعد أكثر مقبولية ، ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي Niboyet حيث قال : إن حالة الشخص هي مجموعة صفاته القانونية وتتكون من عدد معين من الوقائع أهمها - الميلاد ، الزواج ، الطلاق ، الانفصال الجسماني - البنوة ، السن ، السلطة الأبوية ، الحجر ، ورفع الحجر .....الخ(٢)

فالحالة القانونية للشخص تتكون من مجموع الصفات القانونية المميزة له ، وهذه الصفات يرتب عليها القانون آثارا معينة ولكن تكوين أى عنصر من حالة الشخص قد يكون موضوع مسألة مستقلة عما يترتب على هذا العنصر من آثار ، فرابطة الزوجية ورابطة النسب كل منهما عنصر من عناصر الحالة لكن ثبوت النسب وصحة الزواج مسألة مستقلة عن آثارهما ، معنى ذلك أنه فى حالة تغيير ظرف الإسناد - القانون الشخصى - يجب أن

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٢٨٠ .
(2) p- Niboyet – cours de droit international prive - n -542 - p 521 .

يبحث توزيع الاختصاص بين القانونين من ناحيتين(١)

أولا : من ناحية تكوين عناصر حالة الشخص .

ثانيا: من ناحية الآثار التي تترتب على تلك العناصر .

* هذا ويمكن القول بأن هناك نوعان من الحالة فى العصر الحديث(٢).

- **النوع الأول** : الحالة المدنية أو الأسرية Status familial

وهي مجموعة من الصفات المتعلقة بالشخص تحدد وضعه باعتباره عضوا فى أسرة معينة على نحو تتأثر بها حقوقه وواجباته . فالواجبات الملقاه على عاتق الأب تختلف عن نظيرتها الملقاة على عاتق الإبن، وكذا الحقوق والواجبات الملقاه على الأعزب غير الملقاه على المتزوج وكذا الحقوق ، وما يقع على المورث يختلف عن ما يقع على الوارث .....الخ

- **النوع الثاني** : الحالة العامة أو السياسية status civitatis

وهي مجموعة من الصفات المتعلقة بالشخص تحدد وضعه باعتباره عضوا فى جماعة دولة معينة ، وتبعيته سياسيا لها "الجنسية" .

ومما لاشك فيه أن الحقوق التي يتمتع بها الوطني والواجبات الملقاه

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمي ، صـ٤٥٨ .
(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - صـ٦٤٤ ويضيف سيادته نوعا ثالثا للحالة وهو حالة الحرية ، ويقصد بها وضع الشخص من حيث الحرية والعبودية ، فالحر يقال أنه يتمتع بحالة الحرية لتميزه عن العبد . وهو الشخص المملوك لغيره .

عليه تختلف عن الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والواجبات الملقاه عليه ، على أن النوع الذى يعتبر مجالا خصبا لتنازع القوانين هو الأول - الحالة المدنية - أما الحالة السياسية ، فهي لا تثير تنازعا بين القوانين بقدر ما تثير تنازعا بين الجنسيات - و السيادات - .

- مميزات الحالة :

لما كانت الحالة المدنية مجموعة من الصفات اللصيقة بالشخص والمميزة له باعتباره عضوا فى أسرة معينة ، وأن تلك الصفات يترتب عليها اختلافا فى الحقوق والواجبات كان ولابد أن تتمتع تلك الحالة بقدر كبير من الثبات والاستقرار سواء فى الوجهة المكانية أو فى الوجهة الزمانية وذلك على النحو الآتي :

- أولا : ثبات حالة الشخص من الوجهة المكانية :

ويعبر عن ذلك بفكرة امتداد القانون الشخصى خارج الإقليم ، فالصفات القانونية للشخص عالقة به وهي تتبعه أينما ذهب . وهذه الفكرة مسلمة منذ القدم وعمد إليها فقهاء نظرية الأحوال فالقوانين عندهم تنقسم إلى أحوال شخصية موضوعها الأشخاص وأحوال عينية موضوعها الأموال فمتى كانت الأحوال شخصية من حيث موضوعها فإنها تعد كذلك - شخصية - من حيث نطاق تطبيقها بمعنى أنها تتبع الشخص خارج الإقليم فهي ممتدة .

ومتى كانت الأحوال عينية من حيث موضوعها فإنها تعد كذلك -

عينية - من حيث نطاق تطبيقها فهي قاصرة - أى مقصورة على حدود الإقليم. (١)

على أن ثبات القانون الشخصى من الوجهة المكانية ثبات مطلق فى مواجهة ظاهرة الحدود السياسية فهو يشمل حالة الشخص وأهليته ، كما أنه ينصرف إلى تكوين عناصر الحالة ، وآثارها (٢)

- ثانيا : ثبات حالة الشخص من الوجهة الزمانية :

ويعبر عن ذلك بفكرة دوام الحالة ومؤدى تلك الفكرة إن أى عنصر من عناصر الحالة استوفى شروط صحته وفقا للقانون الشخصى المختص وقت تكوينه لا يمكن أن يعاد النظر فى أمر صحته على أثر تغيير القانون الشخصى. بمعنى أن ما تم تكوينه من عناصر للحالة تحت سلطان قانون قديم لا يمكن أن يتزعزع بعد تكوينه فهو يقاوم سلطان أى قانون جديد ولا يتأثر به (٣). وعليه فأية رابطة من روابط الأسرة نشأت صحيحة وفقا للقانون المختص تظل قائمة ولا يؤثر فيها تغيير القانون الشخصى فالزواج الذى نشأ صحيحا وفقا للقانون المختص يظل صحيحا ولا يمكن أن ينقلب إلى علاقة غير مشروعة نتيجة لتغيير القانون الشخصى ، وكذلك النسب الشرعي الثابت قبل تغيير القانون الشخصى لا يمكن أن ينقلب إلى بنوة غير شرعية نتيجة لتغيير القانون الشخصي .

---

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ كمال فهمي - صـ٣٦٥ . - القانون الدولي الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سـ٢٠٠٢ - صـ٣٠.

(٢) د/محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص .صـ٤٦٠ .

(٣) د/ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص صـ٤٦٠ .

أما الآثار المتتابعة التي يرتبها عنصر الحالة فهي آثار قانونية بحته لرابطة مستمرة ، وتلك الآثار ما دامت تترتب مباشرة بحكم القانون أو بإرادة المشرع ، فإنها لا يمكن من الناحية الفنية أن تتولد إلا بموجب حكم القانون المعاصر لترتيبها[1]

وعليه فإذا تم تغيير القانون الشخصى فإن الاختصاص التشريعي ينتقل إلى القانون الجديد فيما يتعلق بالآثار المترتبة على رابطة قائمة بالفعل قبل هذا التغيير ، أما شروط صحة تلك الرابطة وما يتعلق بانعقادها فإنها تظل خاضعة للقانون القديم وقت تكوينها . فمثلا . الزواج الذى تم إبرامه فى ظل قانون معين ، ثم تغير هذا القانون لتغيير ظرف الإسناد فإننا ننظر إليه من ناحيتين :

الأولى : تتعلق بانعقاد الزواج وصحته وهذه يرجع فى شأنها إلى أحكام القانون القديم .

الثانية : تتعلق بآثار الزواج وهذه يرجع فى شأنها إلى أحكام القانون الجديد وهكذا فى باقي مسائل الأحوال الشخصية .

المسألة الثانية

تعريف عام بالأهلية وما تتميز به

المقصود بالأهلية وأنواعها :

يراد بالأهلية صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل

(١) أصول القانون الشخصي د/ محمد كمال فهمي صـ٤٦١ .

بالواجبات والالتزامات ، ولأن يباشر بنفسه الأعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات ، فهي نظام قانوني يتضمن الأحكام الخاصة بحماية الإرادة والتصرفات القانونية ، وهي من هذه الناحية نظام مستقل عن روابط الأسرة .

هذا ولقد درج الفقه القانونى عن أن هناك نوعين من الأهلية المدنية للشخص capacite civil هما :

أولا : أهلية الوجوب :

وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوقا أو تتقرر عليه التزامات، وهي تثبت للشخص فور ولادته ، ولا يحرم منها الشخص أبدا كما أن الجميع متساوون فيها ، فهي تدور مع الشخص وجودا وعدما .

ثانيا : أهلية الأداء - الممارسة :

وهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال والتصرفات القانونية أى التعبير عن الإرادة تعبيرا تترتب عليه آثارا قانونية ،أو هي قدرة الشخص على مباشرة الأسباب القانونية التي تكسبه الحقوق وتحمله بالالتزامات ، وهي لا تثبت لجميع الأشخاص وإنما تقتصر على من يكون قادرا على التمييز والتصرف فى شؤون نفسه لأن مناطها التمييز[1] وهذا النوع من الأهلية هو المقصود فى مسألة تنازع القوانين ، وهي التي تخضع للقانون الشخصى ، وهذا ما

(١) المدخل إلى علم القانون د/ سالم عبد الرحمن غميض - دراسة فى نظرتي القانون والحق فى التشريع الليبي - الطبعة الثانية - دار الكتب الوطنية بنغازي صـ٣١٨ .

عليه الفقه الراجح وأكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بقولها " ..... وينصرف اصطلاح الأهلية فى هذا المقام (م١١ مدني) إلى أهلية الأداء وحدها ، أى صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية ....." [١] على أن القانون الشخصى فى مجال الأهلية يحكم عدة مسائل و نواحي معينة[٢] .

- ***فمن ناحية*** يختص بتحديد كمال الأهلية وأسباب نقصانها أو انعدامها - أى بيان تدرج الأهلية حسب السن والتمييز ، وبيان عوارض الأهلية ، وموانعها ومدى تأثير تلك العوارض والموانع على الأهلية .

- ***ومن ناحية ثانية*** يختص بتحديد الأعمال والتصرفات التي يمكن لناقص الأهلية القيام بها والأعمال التي يحظر عليه ممارستها دون الرجوع إلى النائب القانونى له .

- ***ومن ناحية ثالثة*** يختص بتحديد نوع الجزاء المترتب على نقص الأهلية أو انعدامها بالنسبة لما يقوم به الشخص من تصرفات وأعمال قانونية ، وهل هو البطلان أو غيره ، وطبيعة هذا البطلان ، ومن له الحق التمسك به ومن الذى يجيز التصرف ، ومدة تقادم دعوى البطلان .....الخ .

- وهذا وتثير الأهلية العديد من المشاكل فى مجال العلاقات الدولية الخاصة نتيجة تغيير القانون الشخصى ، فمثلا قد يتمتع الشخص

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جـ١ - صـ٢٤٢ .
(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم صـ٧٢٧ ، القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ صـ٢٢٧ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق ط٢ صـ٥٩١ .

فى بلد بحق معين وفقا لقانونها ،وبمجرد تغيير قانونه الشخصى قد يجد نفسه محروما من مباشرة هذا الحق فى إقليم الدولة الثانية وفقا لقانونها ،ومن هو بالغ سن الرشد وفقا لنظام قانوني معين لدولة ما ، قد ينقلب قاصرا وفقا لنظام قانوني فى دولة أخرى .

لكن فيما يتعلق بصحة التصرف من عدمه ، فإن أهلية التعاقد قد يرجع فيها إلى قانون جنسية الشخص وقت التعاقد ولا يؤثر فيها تغيير القانون الشخصى لأن الأهلية منظورا إليها هنا بوصفها شرط من شروط صحة التصرف والقاعدة العامة هي خضوعها للقانون المعاصر لإبرام التصرف ،ولكن هذا لا يمنع من أن يثار نزاع فى الأهلية فى حد ذاتها أو باعتبارها صفة قانونية للشخص[١] ويكون التساؤل هل تخضع أهلية الشخص لقانونه الحالي أم أنها تظل خاضعة لقانونه القديم؟

مميزات الأهلية

إن الشخص قد يظل كامل الأهلية فترة طويلة من الزمان لكن قد يطرأ عليه عارض أو مانع من عوارضها أو موانعها فى أى وقت من الأوقات لذا كان من المناسب إخضاعها للقانون الشخصى الحالي وقد عبر بعض الفقه [٢] عن ذلك بقوله إن الأهلية تتميز بأنها فكرة حالية - أو آنية - ويقصد بحالية الأهلية أن العبرة

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمى - صـ٤٤٣ ، صـ٤٦٢ .
(٢) د/ محمد كمال فهمى مرجع سابق صـ٤٦٢ .

فيها دائما وأبدا بالوضع الحالي للشخص ، فإذا ما كان الشخص كامل الأهلية ثم غير جنسيته وبموجب قانونه الجديد أصبح ناقص الأهلية أو عديمها فانه يصير كذلك . ولا يمكن التذرع بأنه كان كامل الأهلية وفقا لقانونه الشخصى القديم ، إذ الأهلية كصفة لصيقة بالشخص تتأثر بمجاوزة الشخص حدوده السياسية وانتقاله عبر الحدود . الأمر الذى يمكن معه بأن الأهلية تتميز بأنها غير ثابتة من الوجهة الزمانية على عكس الحالة لكنها ثابتة من الوجهة المكانية شأنها شأن الحالة فى ذلك .

المسألة الثالثة

العلاقة بين الحالة والأهلية

تجرى عادة كثير من الشراح على دراسة كلا من الحالة والأهلية معا ، بل إن كثيرا من القوانين تناولتهما فى قاعدة إسناد واحدة . إذ تخضع حالة الشخص وأهليته لقانون جنسيته . تلك هي القاعدة العامة فى القوانين اللاتينية ومن تبعها من القوانين العربية [1] ، لكن ليس معنى ذلك أنهما فكرتان بمعنى واحد ، صحيح أنهما فكرتان متصلتان ببعضهما اتصالا وثيقا لكن رغم هذا الاتصال إلا أنهما متمايزتان ،إذ تتحدد الأهلية بمراعاة عناصر الحالة ، فهي

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٢٨٠ ، القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ٢٢٢ هامش ٢ ، علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة صـ٧١٢ .

تتوقف عليها إلى حد كبير ، حيث فى بعض الأحوال يكون مرد الأهلية وعدمها إلى أن الشخص متزوج أو قاصر أو محجور عليه . وتلك أمور من عناصر الحالة ، لكن ذلك لا يعني بالضرورة إخضاعها لنفس القانون ، آية ذلك أن القانون الذى يحكم المواريث يتطلب توافر صفة الابن - البنوة - فى الشخص لكي يرث مثلا لكن ليس معنى ذلك أن يحكم هذا القانون مسألة البنوة ، كذلك قد يخضع الميراث لقانون موقع المال ، أو قانون موطن المتوفي ، فى حين أن البنوة تخضع لقانون الجنسية [1]

أما فقه النظم الأنجلو أمريكية - ومن تبعه[2]- فقد درج على الفصل بين الحالة والأهلية فالحالة وضع الكائن الإنسانى أمام القانون كعضو فى أسرة أو فى مجتمع منظم ، أما الأهلية فهي صفة فى تصرف قانوني و تأهيل لممارسته ، كذلك الأهلية ليست كفاءة أو مقدرة دائمة بحيث يجب أن تلقى تقديرا مستمرا وثابتا أينما حل الفرد ، بل هي شيء متغير مع العمل القانونى الذى ترتبط به فهي عنصر من عناصر التصرف القانونى وليست عنصر من عناصر الحالة والتي تتميز بخصيصة الدوام . الأمر الذى يجعل لكل من الحالة والأهلية قاعدة تنازع - إسناد - خاصة بكل مسألة منهما . وعليه فلو ثار نزاع حول أهلية أحد الأشخاص مثلا ، فلا ينبغي أن يحل بالرجوع إلى القانون الذى يحكم حالته . وعلى

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص د/جابر جاد عبد الرحمن صـ٢٨٠ - ٢٨١ .
(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم صـ٧١٢ .

فرض اتصال أهلية الشخص بحالته ، فانه يتعين النظر إلى الشخص من خلال التصرفات القانونية التي يقوم بها ، مما يتعين معه الرجوع إلى نوع التصرف القانونى والذي تعد الأهلية شرطا لصحته ، فالأهلية اللازمة للزواج تعد شرطا من الشروط الموضوعية للزواج وتخضع للقانون الذى يحكم تلك الشروط ، (قانون موطن الزوجين) والأهلية اللازمة للإرث تعد من مسائل المواريث وتخضع لقانون موطن المتوفي بالنسبة للمنقولات . والأهلية فى التصرفات الواردة على عقار تخضع لقانون موقع العقار .....الخ وبالجملة فإن الأهلية لا تخضع للقانون الشخصى لمن تكون أهليته محلا للنزاع ، وإنما تخضع للقانون الواجب التطبيق على التصرف أو العلاقة المطروحة .

الأمر الثاني

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الحالة والأهلية

استهلال :

تعد الأهلية والحالة من أهم العناصر اللصيقة بالشخص ، وأنهما يهتمان به من خلال تحديد مركزه القانونى داخل أسرته ودولته ، وبيان تحمله للحقوق والواجبات وممارساتها ، كما أنهما يخضعان للقانون الشخصى – قانون الجنسية شأن الأحوال الشخصية بصفه عامة ، والمتأمل فى ظرف الإسناد يدرك أنه قابل للتغيير ، مما يتصور معه إيراد التساؤل الأتي ما يتعلق بالحالة أو

الأهلية من منازعات هل يرجع فى شأنها إلى قانون الجنسية القديمة أم قانون الجنسية الحالي ، وذلك متى أقدم الشخص على تغيير جنسيته ؟

أو بمعنى آخر هل لفكرة الحقوق المكتسبة فى الخارج تصور فى مسألتي الحالة والأهلية أم لا، وهل يمكن تناول بعض التطبيقات لذلك؟ إيمانا من الباحث كغيره أن لفكرة الحقوق المكتسبة إيرادا وذكرا فى مسألتى الحالة والأهلية ، ويمكن ذكر بعض التطبيقات لذلك فإنه يقترح التصور الآتي :

المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الحالة.

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الأهلية.

وفيما يلي بيان ذلك :

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الحالة

الحالة القانونية للشخص تتكون من مجموع الصفات القانونية المميزة له ، ولما كان الأمر كذلك ناسبها ما تتمتع به من الثبات والاستقرار من الوجهتين الزمانية والمكانية كما سبق أن رأينا عن الحديث عن مميزات الحالة – وفي المقابل لما كانت التشريعات فى الغالب – قد أخضعت الحالة للقانون الشخصى – قانون الجنسية – والذي هو بدوره قائم على ظرف للإسناد من شأن القابلية للتغيير ، فانه من الملائم عند الحديث عن أثر التغيير على الاختصاص

التشريعى أن يبحث ذلك من ناحيتين ***الأولى*** من ناحية تكوين عناصر حالة الشخص ، ***والثانية*** من ناحية الآثار التي تترتب على تلك العناصر .

هذا مع الأخذ فى الاعتبار أن الحالة لفظ نسبي يختلف وضعه وحكمه باختلاف قوانين البلاد أو الشعوب المختلفة فيعقل مثلا كون الشخص ولد شرعي فى حين ينظر إليه فى قانون دولة أخرى على أن ولد غير شرعي إذا ما رجعنا إلى حالته فى قوانين تلك الدولة الأخيرة [1]

إزاء كل ما سبق يمكن القول بأن الشخص الذى اكتسب حقا فى النسب مثلا وفقا لقانون دولة جنسيته الأولى ، فانه يتعين احترام هذا الحق فى ظل قانون دولة جنسيته الثانية ، وذلك متى اكتسب هذا الحق هذا الحق اكتسابا صحيحا وتكونت جميع عناصره بصفة نهائية طبقا لأحكام قانون دولته الأولى[2] ولا عبرة حينئذ بما تضمنه قانون الدولة الثانية من أحكام متعلقة بثبوت الحق فى النسب ، لكن فيما يتعلق بآثار رابطة النسب فانه يتعين الرجوع إلى الأحكام المقررة فى قانون تلك الدولة .

- ويمكن وضع قاعدة عامة بخصوص احترام الحقوق المكتسبة فى مسألة الحالة ، هذه القاعدة تأسيسا على ما سبق تتكون من شقين :-

*** الشق الأول : يتعلق بتكوين عناصر الحالة :**

(١) القانون الدولي الخاص فى أوربا وفي مصر د/ عبد الحميد أبو هيف - الطبعة الثانية بند ٣٥٣ صـ٤٢٠ أصول القانون الدولي الخاص د/ حامد زكي ط سـ٢٨١ .

(٢) p- Pillet . principes de droit international privé - p 524 .

ومضمونه أن أى عنصر من عناصر الحالة تم تكوينه بصورة صحيحة قانونا فى ظل قانون دولة ما فإنه لا يتأثر ولا يتزعزع بسبب وقوعه تحت سلطان قانون دولة جديدة ، نتيجة تغيير ظرف الإسناد.

فالقانون القديم وأحكامه هي التي تسري ويكتب لها النفاذ فى أى نزاع يتعلق بهذا العنصر ولا يؤثر فى ذلك انتقاله عبر الحدود السياسية ، ووقوعه تحت سلطان قانون دولة أخرى غير قانون الدولة التى نشأ فيها .

*** الشق الثاني : يتعلق بالآثار التي تترتب على تلك العناصر :**

ومضمونه أن الآثار المتتابعة والتي تترتب على عناصر الحالة لا يمكن أن تتولد إلا بموجب حكم القانون المعاصر لترتيبها، لأنها آثارا لرابطة قانونية مستمرة ، وهي فى حقيقتها لا تترتب إلا بحكم القانون أو بإرادة المشرع ، وعليه فالعبرة دائما فى شأنها بما تضمنه القانون الشخصى الحالى من أحكام ، ولا يتذرع بالأحكام التي تضمنها القانون الشخصى السابق وهذا بخلاف ما يتعلق بشروط صحة تكوين عناصر الحالة إذ إنها تظل خاضعة للأحكام القانونية التي يتضمنها القانون الشخصى القديم. [1]

هذا وتسري تلك القاعدة بشقيها على كل العناصر المكونة للحالة المدنية ، وتحديدا مختلف الصفات اللصيقة بالشخص فى حد ذاته والمتعلقة بالتعريف به كالاسم واللقب والغياب والفقد.....الخ

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمي - صـ٤٦١ .

- وعلى سبيل المثال يمكن تناول بعض الأمور التي تدخل فى العناصر المكونة للحالة القانونية للشخص للوقوف على إمكانية احترام الحقوق المكتسبة بشأنها وذلك على النحو الآتي :

١- الحق فى حماية الاسم واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنه .

٢- الحق فى صيانة الحياة الخاصة واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنه .

وفيما يلي بيان ذلك :

أولا

الحق فى حماية الاسم واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنه

لقد اقتضت ضرورة الحياة وحسن التعايش اختلاط الإنسان بغيره ، ولابد من تمييز الشخص عن سواه ، لهذا وجدت العديد من الصفات لهذا الغرض وتحفظ عليه حالته من الاعتداء ، ومن بين تلك الصفات حقه فى الاسم - الاسم المدني - ثم حقه فى حمايته من الاعتداء ، وحقه فى تغييره متى اتخذت الإجراءات القانونية اللازمة لذلك والتي يتطلبها المشرع ، فالاسم على أية حال ما هو علامة تدل على الشخص يكتسبها قانونا بحكم النسب ويتمتع بالحماية القانونية التي نص عليها المشرع فى المادة ٥١ مدني مصري حيث جاء فيها " لكل من نازعه الغير فى استخدام اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما قد لحقه من ضرر "[١] والاسم باعتباره عنصرًا من عناصر الحالة يخضع للقانون الشخصى ، ويبرر بعض الفقه [٢] ذلك بأن اسم الشخص ولقبه يرتبطان شديد الارتباط بالشخصية ومالهما من أثر فى تمييز الشخص وتحقيق هويته ، وبيان حالته الذاتية التي تفصله عن سواه ، وأن هذا القانون يتحقق معه ما تتميز به الحالة من صفة الثبات والاستقرار ، ويحكم هذا القانون عدة مسائل منها - حق الشخص فى تحديد الاسم وتعيينه واختياره ، واسترداده بعد الطلاق أو التطليق ، أو ثبوت النسب أو إنكاره وتغييره متى وقع صحيحا وحماية الحق فى الاسم من أى اعتداء عليه أو منازعة فيه ، وهذه الحماية يستفيد منها الوطني والأجنبي بلا تمييز بينهما . على أن الحق فى حماية الاسم إنما يخضع للقانون الشخصى لمن وقع عليه الاعتداء باعتبار ذلك يحقق ويضمن وحدانية القانون الواجب التطبيق على النظام القانونى للاسم وهو ما يتوافق مع ما يجب أن يكون عليه الاسم من ثبات واستقرار هذا فضلا عن أن تلك الوحدانية تتحقق أينما كان المكان الذى يقع فيه المساس بالاسم[٣] هذا ولما كان ظرف الإسناد الذى يحدد القانون الواجب التطبيق على الاسم من شأنه القابلية للتغيير فانه يتصور بشأن ذلك إحداث تنازع بين قانون الجنسية السابق ،

---

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

(٢) د/ عكاشة محمد عبد العال - تنازع القوانين دراسة مقارنة - صـ٦٢٧ ط سـ٢٠٠٢ دار المطبوعات الجامعية .

(٣) تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال صـ٦٣٣ .

وقانون الجنسية الحالي فى شأن حماية الاسم والحق فيه فأي القانونين يتم الرجوع إليه وما وسيلة تحديده ومعرفته؟ بإنزال القاعدة العامة سابقة الذكر - يمكن الإجابة على هذا التساؤل فيمكن القول بأن الحق فى الاسم من عناصر الحالة وأى تغيير فيه يستلزم إخضاعه إلى القانون الشخصى الذى حدث التغيير فيه . فالحق فى تغيير الاسم مثلا يتم الرجوع فى شأنه إلى القانون الشخصى - قانون الجنسية - الذى حدث التغيير فى ظله ومتى كان هذا التغيير صحيحا ترتبت عليه آثاره ، ولا عبرة بما تضمنه قانون الجنسية الجديد من شروط وضوابط لازمة لتغيير الاسم حيث إن الشخص قد اكتسب حقا فى حمل الاسم الجديد ، أو اكتسب حقا فى تغييره لاسمه وقد حدث ذلك وتم قانونا . لكن ما يترتب على هذا التغيير من آثار إنما تخضع للقانون الشخصى الذى حدثت فى ظله .

- كذلك قد يكون الشخص فى دولة ينظر نظامها القانونى للاسم كعنصر من عناصر الحالة فى حد ذاته ثم يغير هذا الشخص من جنسيته إلى جنسية دولة ينظر قانونها للاسم وحمايته فى إطار الحق فى الخصوصية كالنظم الأنجلوسكسونية ثم حدث اعتداء على الحق فى الاسم قبل تغيير ظرف الإسناد ، فإن حق الشخص فى دفع الاعتداء الواقع على الحق فى الاسم أيا كان شكله . يكون قد تقرر وفق الأحكام المقررة فى القانون القديم ، ولا يؤثر فى تلك الحماية ما يقره القانون الجديد من أشكال وصور للاعتداء تستوجب الحماية ربما لا يكون من بينها ما سبق وقوعه وفق قانون الدولة التي حدث

فيها الاعتداء سلفا . حيث إن الحق فى الحماية يكون قد تقرر للمعتدى عليه ونشأ بصورة صحيحة فى ظل قانون جنسيته الأولى مما يتعين معه ضرورة احترامه ونفاذه وعدم التعرض له مجددا وفق قانون جنسية المعتدى عليه الجديدة .

ثانيا

الحق فى صيانة الحياة الخاصة واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنه

لكل شخص حياته الخاصة والتي تحتاج إلى حماية وصيانة فى مجال الحياة العائلية والمراسلات ، والمعاملات المصرفية .....الخ وتجري عادة القوانين على توفير هذا الحق وتقرير حمايته ، فهي تحمي الشخص وحقه فى الحياة ، وحقه فى الصورة والسمعة والاتصال بغيره وحقه فى السكينة والقرار آمنا فى مقر خصوصيته فى بيئته أو غيره ....الخ[1]

غير أنه مع التقدم الهائل فى مجال الحاسب الآلى - الكمبيوتر - وتقنية الاتصالات والذي أصبح يخترق الحياة الخاصة للأفراد ، ويطل بصورة علانية على مستودع أسرارهم ، بل يتعدى الأمر إلى سرقة تلك الأسرار وهذه المعلومات الخاصة والمخزنة ، بل بالإمكان إمعانا فى التعدى إتلاف برامج الكمبيوتر ذاتها .....

على أن التشريعات المقارنة تتفاوت فى مجال تجريم ذلك من عدمه

(١) تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال . صـ٦٥١ .

وتحديدا نطاق التجريم من الناحية الموضوعية . فما قد يشكل اعتداءً فى قانون دولة ما قد لا يكون كذلك فى دولة أخرى . ومن قبيل ذلك نشر الصور العائلية والإطلاع على أسرار الزوجية يعد فى التشريعات العربية والإسلامية من قبيل الاعتداء لكنه وفقا لقوانين العديد من الدول الأوربية والغربية لا يعد اعتداء وليس الأمر قاصرا على هذه الحالة بل يتعداها إلى باقي الحياة الخاصة وما أكثر تطبيقاتها .

من هنا تبدو أهمية بيان ما لو حدث اعتداء على الحياة الخاصة لأحد الأشخاص وفقا لقانون جنسيته ثم غير جنسيته وكان قانون جنسيته الثانية لا يعتبر مثل هذا السلوك اعتداء . فهل بإمكان هذا الشخص أن يحتج بحقه فى حماية الحياة الخاصة والتمسك بالآثار المترتبة عليه أم لا؟ . إن الحق فى صيانة الحياة الخاصة من العناصر التي تتكون منها الحالة القانونية للشخص ومن ثم يخضع للقاعدة العامة التي تتعلق بالحالة ، وبإنزال تلك القاعدة يمكن القول:

١- ما يتعلق بوجود الحق فى حماية وصيانة الحياة الخاصة ونطاقه ومداه يرجع فيه إلى القانون الشخصى وقت التكوين فهو الذى يبين وجوده وشروط نشأته ، ونطاقه ومداه وكل ما يتعلق بذلك - دون الآثار - ولا عبرة بما تضمنه القانون الشخصى الحالي من أحكام فى هذا الشأن[1]

٢- ما يتعلق بالآثار التي تترتب على الحق فى صيانة الحياة الخاصة

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة .صـ٦٤٤ .
- تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال . صـ٦٥٢ .

فانه يرجع فى شأنها للقانون الحالي لأنها لا تتقرر إلا بحكم القانون أو بإرادة المشرع كما أنها آثارا لروابط قانونية بحتة ومستمرة . وحينئذ يتم الفصل بين وجود الحق وجزاء الاعتداء عليه .

على أن بعض الفقه[1] قد ذهب إلى أنه يرجع فى شأن ذلك إلى قانون محل وقوع الاعتداء (القانون المحلي) على اعتبار أن ذلك يمثل سلوكاً إجراميًا يعمد فى شأنه إلى القانون الواجب التطبيق على المسئولية الخطئية ، وحينئذ لا يتم الفصل بين وجود الحق وجزاء الاعتداء عليه .

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الأهلية

الأهلية نظام قانوني يتضمن الأحكام الخاصة بحماية الإرادة فى التصرفات القانونية ، فهي من تلك الزاوية نظام مستقل عن روابط الأسرة إلا أنها فى ذات الوقت من مواد الأحوال الشخصية فى مصر حتى ولو كان التصرف الذى يباشره من قبيل التصرفات المالية . ومن ثم تخضع للقانون الشخصى ، وهذا ما قصدته المادة ١/١١ مدني بقولها " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"[2] والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء ويرجع إلى القانون الشخصى لمعرفة العديد من المسائل المتعلقة بها منها .

(١) د/ عكاشة محمد عبد العال - تنازع القوانين- صـ٦٥٢ .
(٢) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٨٤/٧/٢٩ .

كل ما يتعلق بتحديد كمال الأهلية وأسباب انقضائها أو انعدامها ، كذلك كل ما يتعلق بالأعمال والتصرفات التي يمكن لغير كامل الأهلية مباشرتها بنفسه والأعمال المحظور عليه ممارستها ، كذلك ما يتعلق بالجزاءات المترتبة على نقص الأهلية أو فقدانها من حيث البطلان ونوعه ، ومن له الحق فى التمسك به ، والإجازة ومن الشخص الذى يجيز ولمصلحة من تقع الإجازة .....الخ[1].

ومعلوم أن ظرف الإسناد المنوط به تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية من الظروف القابلة للتغيير ، فلا غرابة فى أن يتغير المركز القانونى للشخص وأهليته بسبب تغير القانون الشخصى الذى يحكمه ، وحينئذ هل بإمكان الشخص أن يتمسك بكمال أهليته و التي اكتسبها فى ظل قانون جنسيته السابقة أم لا ؟ وفي سبيل الوقوف على ذلك يتعين القول بأن الأهلية يمكن النظر إليها باعتبارها صفة قانونية للشخص ، كما يمكن النظر إليها باعتبارها شرط لصحة التصرف القانونى وفما يلي بيان مدى إمكانية التمسك بالحق المكتسب فى الخارج بخصوص الأهلية فى الحالتين وهما :

أولا : الأهلية باعتبارها صفة قانونية للشخص واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنها .

ثانيا : الأهلية باعتبارها شرط لصحة التصرف القانونى واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنها . **وفيما يلى بيان ذلك :**

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم - ص٧٢٨،٧٢٧ تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال ص٦٨٦ .

أولا

الأهلية باعتبارها صفة قانونية للشخص واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنها

إن الأهلية وما تتميز به من سمات جماعها حالية الأهلية أى العبرة دائما بالوضع الحالي للشخص ، مما يعني أن الثبات والدوام ليسا من خصائصها ، يرجع فى شأنها إلى قانون جنسية الشخص ، وفضلا عن ذلك العبرة بقانون الجنسية الحالى وليس له أن يتذرع بأنه كان بالغا وفقا لقانون جنسيته الأولى قبل تغييرها ولقد أكد المشرع المصري ذلك بنص تشريعي فى المادة ١/٦ مدني فقال " النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص" [1] كما أن المشرع فى المادة ٢/٤٤ مدني قد حدد سن الرشد بقوله ٢-" وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"[2]

ومن هذين النصين يمكن القول بأن النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى فى حق جميع الوطنيين وأن من بلغ سن الواحدة والعشرين يكون كامل الأهلية بصرف النظر عما هو مقرر سلفا فى قانون جنسيته السابقة ، وقد عللت المذكرة الإيضاحية ذلك فقالت إن تحديد أهلية الأداء - وهى صلاحية الالتزام بالتصرفات الإرادية - يراعى فيه حماية فريق من الأشخاص وهذه الحماية أمر يتعلق

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

بالنظام العام[1] ، كما أن لهذا الحكم من وجهة نظر بعض الفقه[2] ما يبرره فالعمل بقانون الجنسية الحالي مرده حماية من يتعامل مع الشخص إذ من العسير عليه أن يتعرف على جنسيته الحالية والقانون الذى ينظم أهليته مستقبلا إن غير جنسيته .

- وعلى ذلك فانه لا مجال للتذرع بفكرة احترام الحقوق المكتسبة فى هذا الشأن ، فالرجوع دائما يكون لقانون الجنسية الحالي دونما حق للشخص بأنه كان كامل الأهلية وفقا لقانون سابق .

وانعدام فكرة الحقوق المكتسبة فى هذا الصدد يرجع إلى عدة أمور منها :

أ- ما تتميز به الأهلية من كونها فكرة آنية - حالية الأهلية - فليس من سماتها الثبات والاستقرار كما هو الحال فى شأن شقيقتها الحالة

ب- وجود مانع - قيد - يمنع الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة - عدم مخالفة الحق المكتسب فى الخارج للنظام العام فى بلد النفاذ ، وتحديد أهلية الأشخاص من قبيل الأمور المتعلقة بالنظام العام على حد تعبير المذكرة الإيضاحية السابق ذكره .

جـ- اعتبارات الملاءمة .

إذ تقتضى هذه الاعتبارات بضرورة حماية الشخص ذاته ، ومصلحة الغير الذى يتعامل معه ، وكلتا المصلحتين يجب رعايتهما معا ، وكل ذلك لا يأتى إلا بالاعتداد بقانون الجنسية الحالي .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ صـ٢١٥ .
(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع صـ٧١٠ .

• ففيما يتعلق بمصلحة الشخص ذاته

نجد أن التشريعات قاطبة تتضمن أحكاما خاصة بحماية ناقص الأهلية ، وبتطبيق قانون الجنسية الحالى على أهلية الشخص ستكون مصلحته حتما وبلا شك محل للرعاية متى كان الشخص فى تقدير هذا القانون ممن تجب حمايتهم ، كما أنه ليس ثمة ما يثبت مقدما أن القانون القديم هو الأفضل فى حق الشخص[1] بل العكس قد يكون هو الصحيح ففى الأحوال التى يكون فيها الشخص غير كامل الأهلية لتوفر عارض من عوارضها فى حقه مثلا ومعين له قيم يتولى شئونه وفقا لنظام قانونى معين يجيز ذلك ثم غير هذا الشخص جنسيته ووفقا لقانونها - الجديد- قد يصبح كامل الأهلية متى كان هذا القانون لا يجيز ذلك ولا يعترف فى أحكامه ببعض عوارض الأهلية مثلا . وحينئذ يكون ذلك فى مصلحة الشخص نفسه حيث تكون التصرفات الصادرة منه صحيحة وفى هذا السياق قضت محكمة ليموج " فى حكم لها بتاريخ ٢٦يونيو١٩٣٩ بشأن شخص نمساوى معين له قيم بمعرفة القضاء الفرنسى وفقا لقانونه الشخصى نظرًا لأنه سفيه بأنه بعد اكتسابه الجنسية الأمريكية يصبح تعيين القيم لاغيا بقوة القانون ، لأن القانون الأمريكى لا ينص على الحماية بسب السفه ، وبالتالى تكون الالتزامات التى أبرمها هذا السفيه بعد أن صار أمريكيا التزامات صحيحة "[2] .

(١) أصول القانون الدولي الخاص . د/ محمد كمال فهمى - صـ٤٦٣ .
(٢)Dalloz - 1939-n29-p253.

** وفيما يتعلق بمصلحة الغير الذى يتعامل معه الشخص .

فهى متحصلة كذلك بالاعتداد بقانون الجنسية الحالى ، حيث يتفادى المتعاقد مع شخص ناقص الأهلية أثر نقصان أهليته ،ويتسنى له ذلك بالرجوع إلى الأحكام المقررة فى قانون الجنسية إذ هو الأقرب والمتاح فى التعامل لكل من يريد أن يستعلم عن أهلية شخص ومن ثم الرجوع إليه يجنب المتعاقدان كل مفاجآت التعاقد من التمسك بالبطلان لنقص الأهلية ، وبهذا تتحقق مصلحة الطرفين وتشيع الثقة والطمأنينة الواجب توافرها فى المعاملات عامة ،والمعاملات الخاصة الدولية بصفة خاصة[1] .

وفى النهاية نخلص إلى أن العبرة فى هذا الصدد بما يتضمنه قانون الجنسية الحالية للشخص من أحكام تتعلق بالأهلية باعتبارها صفة قانونية للشخص ، ولا مجال للتذرع بفكرة الحقوق المكتسبة بشأنها لما سبق .

ثانيا

الأهلية باعتبارها شرطًا لصحة التصرف القانونى واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنها

لقد استقر العمل على إخضاع الأهلية لقانون الجنسية ،والأهلية باعتبارها شرط لصحة التصرف القانونى - وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة هى مصالح الأفراد[2] إلا أنها

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمى صـ٤٦٤ .
(٢) الموجز فى النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى - مصادر الالتزام د/ أنور سلطان ط١٩٨٣ صـ٤٠ وما بعدها - دار النهضة العربية ، ==

تمس الأفراد فى مجموعهم ولذا تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام مما يعنى أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة ذلك بما يعني أنه لا يجوز التعديل فيها وقد نطقت بذلك المادة ٤٨ مدنى بذلك فقالت" ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها "[1] .

فإن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته عند انعقاد التصرف[2] أى قانون الجنسية المعاصر لإبرام العقد ، غير أن تحديد وقت إعمال قانون الجنسية بخصوص الأهلية مسألة على جانب من الأهمية فلو غير الشخص جنسيته بعدما أبرم تصرفات صحيحة فإنه لا أثر لهذا التغيير على تلك التصرفات التى وقعت صحيحة أو غير صحيحة وفقا لقانون المختص فلو تمت تلك التصرفات من أشخاص راشدين فتظل صحيحة حتى لو انقلبوا قاصرين فى ظل قانون الجنسية الجديدة ، وكذا التصرفات التى تمت من قاصرين تظل قابلة للإبطال حتى لو انقلبوا إلى راشدين فى ظل قانون الجنسية الجديدة هذا ما يؤيده الفقه استنادا واحتراما للأوضاع والمراكز القانونية المكتسبة فى ظل قانون أجنبى تحقيقا لاستقرارها.

على أنه يمكن تلمس العديد من المبررات لذلك .

== ،مصادر الالتزام د/ حمدى عبد الرحمن ، بالاشتراك مع د/ سهير منتصر ط ٢٠٠١ صـ١٣٢ ، ١٣٣ .
(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .
(٢) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله ،جـ٢ ، صـ٢٢٢ ،علم قاعدة التنازع د/حمد عبد الكريم صـ٧١١ ، تنازع القوانين د/هشام على صادق ،صـ٥٨٦ ، أصول القانون الدولى الخاص د/ محمد كمال فهمى صـ٤٦٢ .

أولا : النصوص المتعلقة بالأهلية نصوص آمرة ، ومتعلقة بالنظام العام تسرى فى حق الوطنيين والأجانب الذين اكتسبوا الجنسية الوطنية وأصبحت سارية فى حقهم .

ثانيا : القاعدة العامة هى أن التصرف يخضع للقانون المعاصر لإبرامه ، ولما كانت الأهلية شرط من شروط صحة التصرف فإنه يرجع فى شأنها إلى قانون جنسيته المعاصر لإبرامها ، فمتى انعقد التصرف صحيحا فى هذا الوقت ظل صحيحا حتى لو اعتبر الشخص ناقص الأهلية لأن قانونه الشخصى الجديد يعتبره كذلك .

ثالثا : الأخذ بهذا الحكم يحقق ثبات واستقرار المراكز القانونية التى نشأت وانقضت مما يبعث الثقة والطمأنينة الواجب توفرها فى المعاملات الدولية للأفراد . وهذا الهدف يتحقق بعدم إعادة النظر فى الحقوق والمراكز القانونية التى اكتسبت صحيحة وفقا لقانون مختص وهذا أمر لا يمكن لأى دولة تجاهله أو غض الطرف عنه ، وذلك تحقيقا للمصلحة المتبادلة بين الدول المختلفة .

وعليه فإن التصرفات التى يبرمها الشخص تحت قانون قديم تظل على صفتها القانونية ولا يؤثر فيها تغيير القانون الذى يحكمها بسبب تغير ظرف الإسناد ، استنادا إلى فكرة الحق المكتسب وإعمالها.

الفصل الثاني

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة الروابط العائلية

تمهيد:

إن الروابط العائلية _ الأسرية _ تتضمن العديد من العلاقات من بينها علاقة الأزواج بعضهم ببعض ، العلاقات بين الأصول و الفروع ، العلاقات بين الأقارب والأصهار ..... الخ ولقد رصد المشرع المصرى فى هذا الشأن عدة قواعد للإسناد بدءا من المادة ١٢ مدنى وانتهاءً بالمادة ١٥ مدنى . ويظهر من تلك القواعد ميل المشرع إلى الأخذ بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصى . والمتأمل فى تلك القواعد يجد بعضها قد حدد فيه المشرع وقتا معينا للاعتداد بقانون الجنسية وبعضها لم يحدد فيه المشرع وقتا معينا . هذا فى الوقت الذى يعد فيه ظرف الإسناد قابلا للتغيير . مما يتصور بشأنه قيام تنازع بين قانون الجنسية السابقة و الحالية وما بين هذا القانون وذاك تنشأ حقوق وتكتسب مراكز قانونية فإلى أيهما تخضع وهل تهدر تحت سلطان قانون آخر أم؟

لمعرفة ذلك يقترح الباحث التصور الآتي :

الأمر الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الرابطة الزوجية .

الأمر الثاني: احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن البنوة ونفقة الأقارب .

وفيما يلي بيان ذلك :

الأمر الأول

احترام الحقوق المكتسبة فى شأن الرابطة الزوجية

استهلال :

يعتبر الزواج من أهم الروابط العائلية وتختلف التشريعات فى صدده اختلافا كبيرا ، لأن الفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها تختلف من مجتمع إلى مجتمع آخر ويظهر ذلك جليا فى عدة مواطن كانعقاد الزواج وآثاره وانقضائه .....مما يعد ميدانا خصبا لتنازع القوانين .

ومما يزيد من ذلك اعتماد المشرع المصري على ظرف للإسناد يمكن للفرد التدخل فيه بالتغيير الأمر الذى يستتبع اختلافا وتغييرا فى القانون الشخصى الواجب التطبيق ، فما هو مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تكونت فى ظل قانون الجنسية القديم ؟ سواء كانت تلك الحقوق مرتبطة بانعقاد الزواج أو طرق انقضائه . وهل تظل هذه الحقوق نافذة وذات مفعول وتأثير تحت سلطان قانون الجنسية الجديدة . أم أنها تموت وتفنى بمجرد تغيير الشخص جنسيته

وعلى أية حال فانه يمكن تلمس مدى احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الرابطة الزوجية فى مسألتين :

المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انعقاد رابطة الزوجية من الناحية الموضوعية .

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انقضاء ربطة الزوجية . **وفيما يلي بيان ذلك :-**

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انعقاد رابطة الزوجية من الناحية الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج أو وجوده مع بقائه قابلا للإبطال وهي تتعلق عموما بأركان العقد من تراض ومحل وسبب[١] ومما لاشك فيه أن تحديد ما يعدمن قبيل الشروط الموضوعية من عدمه مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي م ١٠ مدني ، هذا وقد أخذ المشرع المصري كغيره من المشرعين بقانون جنسية الزوجين فقد قضت المادة ١٢ مدني بأنه " يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجيين "[٢]أى قانون الدولة التي ينتمي إليها كل طرف بجنسيته [٣] ، وقد قيل فى تبرير ذلك كما ذكر بعض الفقه[٤] " بأن عقد الزواج يخلق نظاما قانونيا بين شخصين غالبا ينتميان إلى مجتمع سياسي مختلف ، ولا يتصور أن ينشأ ذلك النظام صحيحا طبقا لقانون أحد الأطراف مع إهمال قانون الطرف الآخر كما أن قانون كل دولة قد وضع لحماية العائلة التي تقوم عليها تلك الدولة ،

---

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة . صـ٧٦٨ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردي صـ٢٧٨ ط سـ٢٠٠٥ دار النهضة العربية .

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

(٣) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة . صـ٧٧٣ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق .صـ٤٩٧ .

(٤) د/ أحمد عبد الكريم علم قاعدة التنازع صـ٧٧٥ .

ولا يصح تطبيق قانون آخر ، كما أن هذا حكم يمليه مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، كما يمليه عرف استقر فى النظم القانونية لمصر القديمة منذ القرن الرابع قبل الميلاد ....."

- وفى نفس المعنى ذكر بعض الفقه[1] ما يلي " .....الزواج يخلق رابطة قانونية جديدة بين طرفين مستقلين ومنفصلين عن بعضهما البعض ، ومن المنطقي أن يؤخذ فى الاعتبار عند إنشاء هذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين اللذان يريدان الدخول فى العلاقة الزوجية هذا وإذا كان المشرع قد حدد صراحة القانون الواجب التطبيق إلا أنه فاته أن يحدد الوقت الذى يعتد به بهذا القانون . هل العبرة بوقت الزواج أم بوقت آخر ؟ وتبدو أهمية ذلك فى الأحوال التي يعمد فيها الزوجان أو أحدهما إلى تغيير جنسيته فهل نعتد بجنسيته وقت الزواج أو جنسيته الجديدة بعد الزواج ؟

إن مثل هذا الوضع المنصوص عليه فى م ١٢ مدني يعد فراغا تشريعيا ، ورغم ذلك فإن بعض الفقه[2] ذهب إلى القول بأن ذلك النقص لا يعد فى ذاته نقيصة ولا يثير أية صعوبة إذ ليس ثمة شك فى أنه يعتد عند تطبيق تلك القاعدة بوقت إبرام الزواج أى قانون جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج وذلك لما يلي :

أ- إن فكرة شروط العقد تقتضي الاعتداد بوقت معين هو وقت

(١) د/ فؤاد رياض فى مؤلفه تنازع القوانين بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان صـ٢١ ومؤلفه الوسيط بالاشتراك مع د/ سامية راشد صـ٢٠٦ ومؤلفها تنازع القوانين صـ٢٠٦

(٢) د/ عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين صـ٧١٩ - القانون الدولي الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سـ٢٠٠٢ صـ٢١٥ حيث ذكر سيادته أنة هذا التحديد من المسلم به .

الانعقاد ، بمعنى أن ذلك الوقت هو الذى يتعين الاعتداد فيه بالقانون الذى نشأت الرابطة الزوجية على مقتضى أحكامه[1]

ب- إن هذا التحديد من شأنه أن يضمن استقرار المعاملات، ويحمى التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة ، ويحترم الوضع الذى اعتمد عليه الغير فى ترتيب معاملاته ، فالعلاقة متى نشأت صحيحة فلا يعقل أن تتحول إلى باطلة أو غير مشروعة لمجرد تغيير أحد الزوجين جنسيته. [2]

جـ - هذا التحديد يتفق مع ما تقضى به قواعد سريان القانون من حيث الزمان [3] حيث إن الحقوق المكتسبة فى ظل تشريع قائم إنما تستمد وجودها وحمايتها وأسباب إنشائها من القانون الذى نشأة تحت سلطانه ، فإذا ما صدر تشريع جديد يلغي سبب اكتساب مثل هذه الحقوق ، فان التشريع الجديد يسري من تاريخ نفاذه بأثر فوري ومباشر ، ودون أن ينسحب أثره على الحقوق المكتسبة ما دامت قد اكتملت أسبابها تحت سلطان القانون القديم. فإذا كان الأمر على هذا النحو من التقدير فى النطاق الوطنى فإن تطلبه فى النطاق الدولى من باب أولى .

د- هذا التحديد يتفق مع ما تتميز به الحالة من كونها فكرة دائمة

(١) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ صـ٧١٩ - تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردي - ط٢٠٠٥ دار النهضة العربية صـ٢٨٠ .

(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم صـ٧٧٩ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال صـ٧٢٠ .

(٣) القانون الدولي الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - صـ٢١٥ .

وإذا كان المشرع قد خص قيام رابطة الزوجية بقاعدة إسناد خاصة بها إلا أن ذلك لا يخرجها عن كونها عنصر من عناصر الحالة القانونية للشخص وبالتالي يرجع فى شأن تكوينها وانعقادها إلى القانون الشخصى وقت تكوينها[1] ولا يمكن إن يعاد النظر فى أمر صحتها على أثر تغيير القانون الشخصى ، فبعد قيام رابطة الزوجية وتكوينها فإن أمر صحتها لا يمكن أن يتزعزع بتأثير سلطان قانون شخصي جديد .

- وعلى ذلك فالزواج الحاصل قبل تغيير الجنسية متى انعقد صحيحا وفقا للقانون المختص وقت انعقاد الزوجية يبقى صحيحا ولا يؤثر فيه تغيير القانون الشخصى - بتغيير الجنسية - ولا ينقلب إلى رابطة غير شرعية ، حتى ولو كان قانون الجنسية الجديد يتطلب شروطا للانعقاد زائدة على تلك الشروط المقررة فى قانون الجنسية السابقة . اللهم إلا إذا خالف هذا الزواج النظام العام فى قانون الجنسية الحالي[2] ، على أن الأخذ بهذا التحديد - وقت إبرام الزواج - إنما يعد ترجمة حرفية وصحيحة لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة انعقاد رابطة الزوجية بل إن الفقه قد استند إلى هذا المبدأ لتبرير الاعتماد على وقت انعقاد رابطة الزوجية .

- والأخذ بهذا المبدأ على هذا النحو فى القوانين الوضعية ليس

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمي - صـ٤٥٨ .
(٢) القانون الدولي الخاص د/ على الزيني صـ٤٥٣ .

غريبا عن الشريعة الإسلامية وفقهها فالمتأمل فى فقه الشريعة الإسلامية يجد أنها قد سبقت غيرها فى الاعتداد بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انعقاد رابطة الزوجية ، وذلك عند الكلام عن حكم أنكحة غير المسلمين وأهل الشرك قبل إسلامهم فلم تنعى عليها بالفساد ، بل أقرتها الشريعة الإسلامية واعترفت بها ، فى الوقت نفسه إذا ما انعقدت تلك الزيجات تحت حكم الإسلام فإنها قد توصف بالفساد وعدم الصحة ، لكن لما انعقدت فى دار الحرب واعتقد أصحابها صحتها وفقا لشرائعهم ، فإن الإسلام تركهم وما يعتقدون أو أنه تركهم وما يدينون به .

وللوقوف على حكم أنكحة غير المسلمين الفاسدة - فى حكم الشريعة الإسلامية - نذكر أن سبب الفساد قد يرجع إلى انتفاء شرط صلاحية المحل أو تخلف شرط أبدية العقد وقد يرجع إلى أمر آخر غير تخلف شرطي المحلية وأبدية العقد .

* **ففي الفرض الأول** : إذا كان سبب الفساد راجع إلى تخلف شرط المحلية أو أبدية العقد . فإن مثل هذه الزيجات تكون فاسدة ولا يشفع فى ذلك انعقادها فى دار الحرب إذ حرمة نكاح المحارم وتأقيت عقد الزواج يعد من قبيل القواعد المتعلقة بتأمين المجتمع - النظام العام . ومخالفة تلك القواعد تكون باطلة ، ولا يحق لأصحاب تلك المراكز التمسك بها تحت ظل أحكام الإسلام بأن أسلموا أو ترافعوا إلى القاضي المسلم لوجود مانع لذلك يتمثل فى النظام العام . وفي سبيل تأكيد هذا يمكن إيراد بعض النصوص الفقهية ذات الصلة.

- ما ذكره الإمام بن عبد البر قائلا[1] ".....أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا فى حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق فى عهد رسول صلى الله عليه وسلم ، وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفيته ، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا . ولكن ينظر فى الحال فإن كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر ، وان كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها ، كأحد المحرمات للنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يُقرا ...." .

- ما ذكره الإمام السرخسى [2] "....فأما إذا تزوج الذمي ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له فى ذلك وان علمه القاضي ما لم يترافعوا إلينا ....وبعد إسلامهما أو إسلام أحدهما أو ترافعهما يفرق بينهما لأن المحرمية كما تنافى ابتداء النكاح تنافى البقاء بعدما انعقد صحيحا ....."

- ما ذكره الإمام الشيرازي[3] ".....وان تحاكما إليه (أى إلى القاضي المسلم) رجل وامرأة فى نكاح فإن كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجز إقرارهما عليه كنكاح ذوات المحارم حكم بإبطاله ....."

(١) التمهيد لما فى الموطأ من المعاني و المسانيد للإمام الحافظ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبى جـ٢ صـ٢٣ الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية

(٢) المبسوط للإمام السرخسي جـ٥ صـ٤٩ وما بعدها .ط سـ١٩٨٦ دار المعرفة بيروت.

(٣) المهذب للإمام الشيرازي جـ٢ صـ٢٧٣ ط البابي الحلبي مصر .١٣٤٣ هـ.

- ما ذكره الإمام الشربيني الخطيب [1] ".....وان بقي المفسد (للنكاح) عند الإسلام بحيث تكون محرمه عليه الآن بنسب أو رضاع أو بينونة ثلاثا أو نحو ذلك فلا نكاح يدوم بينهما ....."

- ما ذكر فى المدونة الكبرى [2] ".....كل نكاح يكون فى (حال عدم الإسلام) جائزا فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وكان قد دخل بها ، ولا يفرق بينهما .....ولا ينبغي أن يعرض لأهل الذمة إذا أسلموا فى نكاحهم ، لأن نكاح أهل الشرك أشر من هذا ، نكاحهم ليس كنكاح أهل الإسلام فإن أسلموا لن يعرض لهم فى نكاحهم ، إلا أن يكون تزوج من لا تحل له فيفرق بينهما ....."

** **أما الفرض الثاني** فهو إذا كان سبب الفساد راجع إلى تخلف شرط غير شرط المحلية وأبدية العقد فإن هذا الزواج متى كان صحيحا وجائزا فى شرائعهم فإنهم يقرون عليه فى حالة ترافعهم إلى القاضي المسلم أو إذا اعتنقوا الإسلام ، حيث يكونوا قد اكتسبوا حقا فى شرعية هذا الزواج ، ويتعين احترام ذلك حتى ولو كان مثل هذا الزواج غير صحيح فى حكم الشريعة الإسلامية وهذا يعد خير تجسيد لفكرة الحقوق المكتسبة فى مجال انعقاد الزوجية .

وها هي كتابات الفقهاء شاهد على ذلك :

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني جـ٣ صـ١٩٦ ط دار الفكر- بيروت .

(٢) المدونة الكبرى - الإمام مالك بن أنس - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي - الطبعة الأولى مجلد ٢ جـ٤ صـ٣١١ ، ٣١٢ طبعة مؤسسة الحلبي وشركاه .

- ما قاله صاحب البدائع [1] ".....ولنا فى شأن القول بصحة نكاح أهل الذمة بغير شهود وإقرارهم عليه حال تحاكمهم إلى القاضي المسلم أو إسلامهم أنهم كانوا يتدينون النكاح بغير شهود ..... ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون إلا ما استثنى من عقودهم كالربا وهذا غير مستثنى منها فيصح فى حقهم كما يصح منهم تملك الخمر والخنزير وتمليكها فلا يعترض عليهم كما لا يعترض فى الخمر والخنزير ....."

- ما قاله الإمام الشافعي [2] "..... وان جاءتنا امرأة قد نكحها تريد فساد نكاحها بأن نكحها بغير شهود مسلمين أو غير ولي وما يرد به نكاح المسلم مما لا حق فيه لزوج غيره لم يرد نكاحه إذا كان اسمه عندهم نكاحا لأن النكاح ماض قبل حكمنا ....لقوله تعالى فى حق المشركين بعد إسلامهم ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ فلم يأمرهم برد ما بقي من الربا وأمرهم بأن لا يأخذوا ما لم يقبضوا منه ورجعوا منه إلى رؤوس أموالهم ، وأنفذ رسول الله صلى الله عليه وسلم نكاح المشرك مما كان من قبل حكمه وإسلامهم " .....وكانت لرسول الله ﷺ ذمة وأهل عهد يعلم أنهم ينكحون نكاحهم ولم يأمرهم بأن ينكحون غيره ، ولم نعلمه أفسد لهم نكاحا ولا منع أحدا منهم أسلم امرأته وامرأته امرأة بالعقد

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع .للإمام الكاسانى جـ٢ صـ٣١٠ ط٢ دار الكتاب العربي بيروت سـ١٩٨٢ .
(٢) الأم للإمام الشافعي جـ٥ من ٧٠، ٧١ صـ٢٣٦،٢٣٤ ط المكتبة القيمة .

المتقدم في الشرك ...."

قال الشافعي أخبرنا مالك عن ابن شهاب أن رسول الله ﷺ قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة أمسك أربعا وفارق سائرهن وروي عن الديلمى أو ابن فيروز الديلمى قال أسلمت وتحتى أختان فسألت النبي ﷺ فأمرني أن أمسك أيتهما شئت وأفارق الأخرى [1]....فدل ذلك على أنه يجوز كل عقد نكاح فى الجاهلية كان عندهم نكاحا إذا كان يجوز مبتدؤه فى الإسلام بحال .....فإذا كان رسول الله ﷺ يعفو عن ذلك لكل من أسلم من أهل الشرك ويقرهم على نكاحهم وان كان فاسدا عندنا....."

- ما ذكره الإمام بن الهمام [2] " .....ومن حين ظهرت دعوته ﷺ والناس يتواردون إلى أن توفى صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء ولم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لقضت العادة بنقله"

- ما جاء فى شرح منتهى الإرادات [3] " .....كل ما اعتقدوه نكاحا فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا فلو مهر حربي حربية فوطأها أو طاوعته ثم أسلما فإذا كان ذلك فى اعتقادهم نكاحا أقرا عليه لأنه

(١) سنن الدارقطنى لشيخ الإسلام علي بن عمر الدارقطنى جـ٣ صـ٢٧٣ ط عالم الكتب - بيروت .
(٢) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٣ صـ٤١٢ ط دار الفكر ، الهداية شرح بدية المبتدئ للمرغينانى جـ٣ صـ٤١٢ ط دار الفكر .
(٣) شرح منتهى الإرادات لأبي منصور البهوتي جـ٣ صـ٥٤ ،٥٥ ط دار الفكر بيروت .

نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولـى ، وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه ....."

- ما قاله صاحب المغني[1] " .....أنكحة الكفار صحيحة يقـرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها فى الحال ، ولا ينظر إلى صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين ...."

-ما نقله أصحاب السنن من أن قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة ، فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال اختر منهن أربعا"[2]

فمن خلال تلك النصوص يمكن القول بأن القاعدة فيما يتعلق بانعقاد رابطة الزوجية فى حق غير المسلمين الذين تتغير ديانتهم إذا مـا اعتنقوا الإسلام أو ترافعوا للقاضى المسلم هى أنه يقـرون علـى أنكحتهم والتى أبرموها وفق شريعتهم حتى ولو كانت فاسدة وفـق شريعة الإسلام متى كان سبب فسادها غير راجع إلى تخلف شرطى المحلية أو أبدية العقد وهذا يعد ترجمة عملية لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة فى شأن انعقاد رابطة الزوجية ، هذا ولا يجوز لأصحاب الزيجات التى تمت فاسدة لتخلف شرطى المحلية أو أبديـة العقـد التذرع بها فى دار الإسلام حيث إنها مخالفة للنظام العام الإسلامى

(١) المغني لابن قدامه جـ٩ صـ٤٠٧ ، ٤٤٧ ط دار الحديث .
(٢) سنن أبي داوود جـ٢ حديث رقم ٢٢٤١ ، سنن ابن ماجة جـ١ حديث رقم ١٩٥٢ السنن الكبرى للبيهقي جـ٧ صـ١٨٣ وإسناده حسن .

الأمر الذى يعكس معرفة الإسـلام - وسـبقه - لفكـرة الحقـوق المكتسبة فى الزواج وتفعيلها فى أحكامه .

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انقضاء رابطة الزوجية

إن انقضاء رابطة الزوجية قد يكون انقضاءً كليا كمـا هـو الحال فى الوفاة ، الإلغاء أو البطلان لسبب من الأسباب المـذكورة فى القانون الذى يحكم انعقاد الزواج موضوعيا وشكليا ، وبالطلاق أو التطليق ، كما قد يكون انقضاءً جزئيا كما هو الحال فى التفريق البدنى - الانفصال الجسمانى - والمعروف فى الشرائع المسيحية .

- على أنه يقصد بالطلاق إنهاء أحد الزوجين لرابطـة الزوجيـة بإرادته سواء اقتصر هذا الحق على الـزوج وحـده - كمـا فـى الشريعة الإسلامية - سواء أوقعه بنفسه أو أناب غيـره فيـه ، أو توقف الطلاق على إرادة الزوج أو الزوجة كما كان عليه القـانون السوفيتى قبل سنة ١٩٤٤ [1] .

ويقصد بالتطليق إنهاء رابطة الزوجية بحكم من القضاء بناء علـى طلب أى من الزوجين على أن اللجوء إلى القضاء هـو الطريـق المعتاد للوصول إلى التطليق فى غالبية التشريعات فـى العصـر الحديث ، لكن ما يتعلق بأسبابه فإن التشريعات تختلف فيه اختلافـا كبيرا ما بين موسع وما بين مضيق ، ويحكم ذلك مجموعـة مـن

(١) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ صـ٢٤٩ ، ٣٠٥ .

الاعتبارات الدينية و الاجتماعية ....الخ[1]

- ويقصد بالتفريق البدنى - الجسمانى - المباعدة بين الزوجين ، وتبقى الرابطة الزوجية قائمة مع التحلل من الالتزام بالمعيشة المشتركة ، وقد يقع ذلك بحكم من القضاء أو باتفاق الزوجين وذلك إلى أن تنتهى الزوجية نهائيا لوفاة أحد الزوجين فى التشريعات التى لا تجيز التطليق .....

- على أن تحديد ما يعد طلاقا أو تطليقا أو غيره وما لا يعد يعتبر مسألة تكييف تخضع بحكم المادة ١٠ مدنى مصرى لقانون القاضى ولقد حدد المشرع المصرى فى المادة ٢/١٣ مدنى القانون الواجب التطبيق بخصوص انقضاء رابطة الزوجية فذكرت ".....أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى"[2] ، ويبدو ظاهرا أن المشرع فى هذا النص قد رصد قاعدتى إسناد *إحداهما* خاصة بالطلاق ويرجع فى شأنه إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق .

ثانيهما خاصة بالتطليق أو الانفصال ويرجع فى شأنهما إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

وقد ذكر الفقه[3] فى تبرير تلك التفرقة بأن الطلاق يتم بالإرادة

(١) تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال صـ٧٧٦ .
(٢) الوقائع المصرية العدد١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩.
(٣) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله جـ٢ صـ٣٠٨ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال صـ٧٧٧ ، القانون الدولي الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ===

المنفردة فجعل المشرع الوقت التى تتحرك فيه الإرادة بإيقاعه هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمه ، فناسب ذلك قانون الزوج وقت إيقاع الطلاق ، أما التطليق أو الانفصال فهما يتوقفان على حكم من القضاء إذ لا بد من رفع دعوى بهما أمام القضاء وصدور حكم بذلك - فجعل المشرع وقت رفع الدعوى هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمهما . على إن تلك المعالجة التشريعية تعتريها العديد من الانتقادات والمثالب [1] .

أولا

ما يتعلق بعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت إيقاع الطلاق

طبقا لنص المادة ٢/١٣ مدني ينعقد الاختصاص التشريعي بشأن الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت إيقاع الطلاق وتلك معالجة منطقية ومعقولة لدى العديد من الفقه ، لكون الزوج وحده هو رب العائلة ، ويُوقع الطلاق بإرادته المنفردة فناسبه ذلك .

ومع ذلك ذهب بعض الفقه [2] إلى أن هذا الحكم معيب و غير معقول لعدة نواحي .

- *فمن ناحية* الزواج نشأ موضوعيا وفقا لقانون كل من الزوجين

=== صـ٢٤٨ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردى صـ٣١٠ ، مبادئ القانون الدولى الخاص صـ١٩٢ طـ١٩٨١ .
(١) نقتصر هنا على ما له صلة بموضوع البحث .
(٢) د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - جـ٢ صـ٣٠٩ ، د/عكاشة محمد عبد العال - تنازع القوانين صـ٧٧٩ .

، والواجب ألا ينحل إلا وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين ، أو وفقا لقانون يكون الطرفان متبصران به إذا لم يخضعا لقانون واحد .

- ***ومن ناحية ثانية*** عقد الاختصاص لقانون الزوج وانفراده بذلك يحتمل أن يترتب عليه الإضرار بالحقوق التي اكتسبها الزوج الآخر ،كما لو كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج لا يجيز الطلاق ثم غير الزوج جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية دولة يجيز قانونها الطلاق - وقت الطلاق - ومن ثم فهذا الحل لا يحقق العدالة على وجهها الصحيح ، ومما يزيد من هذا الاحتمال أن تنظيم مسائل الأسرة يتعلق بالنظام العام والذى تقف عنده فكرة التمسك بالحق المكتسب عاجزة .

ثانيا

ما يتعلق بعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال

إن الوقت الذى يعتد به فى حالة إنهاء رابطة الزوجية عن طريق التطليق أو الانفصال وفقا للمادة ٢/١٣ مدني هو وقف رفع الدعوى ، ويبدو ذلك مقبولا لدى العديد من الفقه ،لكنه محل نظر من وجهة نظر البعض الآخر[1] وتعتوره العديد من الانتقادات من عدة نواحي :

(١) منهم . د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - جـ٢ صـ٣٠٩ ، د/ جابر عبد الرحمن- مبادئ القانون الدولي الخاص صـ٣٣٧ ،د/ فؤاد رياض فى مؤلفه تنازع القوانين مع د/سامية راشد صـ٢٢٩ وما بعدها ، د/ عكاشة محمد عبد العال - تنازع القوانين صـ٧٨١ .

-***فمن ناحية*** : الزواج رابطة تنشأ وفق قانون الزوجين معا ، والمنطق أن تحل عراها وفقا لقانون الزوجين ، أو وفقا لقانون يكون الطرفان على بصيرة به كقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج أو أن تطبيقه كان داخلا ضمن توقعاتهم ..... وذلك بخلاف قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى التطليق . فمن شأن ذلك حل الزوجية وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة وحيث لم يكن فى وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج خاصة مع تغيير الزوج جنسيته بعد إبرام الزواج . كما أن من شأن ذلك إلحاق الضرر بالزوجة خاصة إذا ما كان قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج لا يجيز التطليق . ثم أصبح ذلك جائزا وفقا لقانون جنسية الجديدة .

- ***ومن ناحية ثانية*** : إذا كان الاعتداد بقانون جنسية الزوج أمرا مفهوما حيث انه الوقت الذى يتكون فيه عنصر من عناصر الحالة إلا أن الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالتطليق والانفصال أمر غير مفهوم ومحل نظر [1] حيث إن الحكم بالتطليق ليس حكما مقررا للحق حتى يستند أثره إلى وقت رفع الدعوى ، بل هو حكم منشئ لحالة جديدة - فكان الأولى بالمشرع أن يعتد بوقت الحكم بالتطليق أو بالتفريق باعتباره وقت تكوين عنصر من عناصر الحالة .

- **ومن ناحية ثالثه** : الأخذ بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى قد لا يجنبنا صعوبة الكشف عن نية التحايل على القانون

(١) د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص .صـ٥٥٠ .

وذلك فى الفرض الذى يغير فيه الزوج جنسيته غشا نحو القانون ، لكن الاعتداد بقانون جنسيته وقت الزواج يجنبنا الوقوع فى تلك المشكلة وما يعتري الكشف عنها من صعوبات عملية ، كما أن هذا الوقت كان معمولا به فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة ، وكذلك المرسوم بقانون ٩١ لسنة ١٩٣٧ حيث كان الحكم " يرجع إلى قانون بلد الزوج وقت عقد الزواج فى المسائل الخاصة بعلاقات الزوجين بما فيها التفريق والطلاق والتطليق وكذلك فى آثار تلك العلاقات بشأن الأموال"(١)

- وعلى أية حال إزاء صراحة النص لا يمكننا إلزام القاضي إلا بما تضمنه النص ونطالب المشرع بضرورة التدخل التشريعي لتفادي تلك العيوب وذلك بالنص على أنه ..... "ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إبرام الزواج "

- هذا ولما كانت القواعد القانونية المتعلقة بالأسرة متعلقة بالنظام فانه لا يمكن التذرع - فى الوضع الحالى للنص - بفكرة الحقوق المكتسبة والتي تم تكوينها وفق قانون الجنسية القديمة وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها .

ومن بين تلك الأحكام - حكمها الصادر فى ١٢ مايو سـ١٩٥٤ (٢) حيث جاء فيه " ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ١ صـ٢٥٣ : ٢٥٦ .
(٢) مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة ١٩٥٤- العدد الثالث صـ٦٨٧ وما بعدها

تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لأنه عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا ، لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون منه شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص وقد أيد المشرع المصري هذا النظر فيما سنه من قواعد تنازع القوانين ، وذلك فيما قرره فى المادة ١٣ من القانون المدني "

- حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر ١٩٦٠ حيث جاء فيه " .....إن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ عليه بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص ....."(١)

- ورغم ذلك فانه يبقى لتلك الفكرة تصور وإيراد ، وذلك فيما لو وقع الطلاق صحيحا وفقا لقانون جنسية الزوج ثم غير الزوج جنسيته وكان قانونه الجديد لا يجيز الطلاق أو التطليق فهل العبرة بما تضمنه قانون الجنسية القديم أم قانون الجنسية الحالي ؟ .

صحيح أن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مكتسبا ومستقرا تجاه ما قد يطرأ عليه بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص . لكن ذلك مقيدا بما قد تم تكوينه من مراكز قانونية وبإيقاع الطلاق فى ظل قانون الجنسية القديمة للزوج يكون قد تم تكوين مركز قانوني فى حق كل من الزوجين ، وبموجبه تظل رابطة الزوجية

(٢) مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الحادية عشر العدد الثالث سـ١٩٦٠ صـ٥٣٨ .

منحلة ، ولا يغير فى ذلك – تغيير جنسية الزوج وبالتالى قانونه – وجود قانون آخر يعتبرها قائمة وغير منحلة لأنه لا يجيز التطليق أو الطلاق . وذلك عملا بفكرة الحقوق المكتسبة .

ولقد كان الفقه الإسلامي سباقا فى تقرير ذلك فقرر عدة مبادئ تتعلق بانقضاء رابطة الزوجية لغير المسلمين الحادث قبل إسلامهم أو قبل ترافعهم إلى القاضي المسلم منها :

– أولا : ما يتعلق بقابلة عقد الزواج للانقضاء .

إن قابلية الزواج للانحلال من عدمه سواء ذلك بإرادة الزوج المنفردة أو باتفاق الزوجين أمر مرتبط بما يعتقدونه فى الطلاق وذلك قياسا على معتقدهم فى النكاح ، فكما سلمنا لهم بصحة الأنكحة التي يعتقدونها فإننا نسلم لهم بصحة انحلال الزواج وكيفيته متى كانوا يعتقدون ذلك .

وما أحسن ما قاله الإمام الكاسانى[1] حيث ذكر " ....ولو طلق الذمي امرأته ثلاثا أو خالعها ثم قام عليها كقيامه عليها قبل الطلاق يفرق بينهما وان لم يترافعا ، لأن العقد قد بطل بالطلقات الثلاث وبالخلع لأنه يدين بذلك ..."

وعليه فكما أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح ، فكذلك فى الطلاق نجري أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى الطلاق .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٢ صـ٣١٢ .

- ثانيا : الوقت الذى يعتد فيه بإعمال شريعة غير المسلمين بخصوص انقضاء الزواج فى سبيل الوقوف على هذا الوقت يتعين ذكر أننا أمام فكرتين :-

الأولى : أن نعتد بوقت انعقاد الزواج .

الثانية : أن نعتد بوقت رفع الدعوى إلى القاضي المسلم .

ولاختيار أحدهما يجب ألا يغيب عن البال عدة بدهيات منها :

فمن ناحية: أننا نتحدث عن شخص من غير المسلمين وهم جميعا فى مجال الأحوال الشخصية فى مركز قانوني واحد ومتماثل .

ومن ناحية: إن تحديد هذا المركز له صلة وعلاقة بمركزه القانونى فى إبرام وصحة عقد الزواج ، والذي لا يتصور الحديث عن الطلاق إلا بعد توافره .

ومن ناحية ثالثة: لقد ربط الفقه الإسلامي معرفة هذا المركز بوقت انعقاد الزواج بينهما ، فمتى بدأ هذا المركز صحيحا فى معتقدهم تعلقت به كافة أحكام النكاح الصحيح ومنها إيقاع الطلاق.

وعليه فالعبرة دائما بوقت انعقاد الزواج . ولعل ذلك ما تشهد به عبارة الإمام بن قدامه[1] حيث قال " .....وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة للزوج الأول والإحصان وغير ذلك ".

فكل طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح يعد طلاقا متى وقع فى زوجية صحيحة ، والزوجية الصحيحة تترتب عليها أحكامها

(١) المغني لابن قدامه - جـ٩ صـ٤٤٨ .

كأنكحة المسلمين ومن أحكامها الطلاق .

ومن ناحية رابعة : مما يؤكد اعتبار الفقه الإسلامي لهذا التحديد - وقت انعقاد الزواج - أن الزوجين متى أسلما ولكن بعد أن طلق الزوج زوجته - قبل الإسلام - ثلاثا فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره لفوات عدد الطلقات ، كذلك لو طلقها واحدة أو ثنتان ثم اسلما ، فإنها زوجته على ما بقى من عدد الطلقات .

وهذا ما تشهد به عبارة الإمام الشافعي[1] حيث قال "..... فلو أن زوجين أسلما وقد طلق الزوج امرأته (فى حال عدم الإسلام) ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ... وان طلقها واحدة أو اثنتين ثم أسلما حسب عليه ما طلقها (فى حال عدم الإسلام) وبني عليه فى الإسلام ....." ، والوقوف على حكم الفقه الإسلامي على هذا النحو ، لا يجعلنا نتردد ولو لحظة بضرورة تدخل المشرع لتعديل المادة ٢/١٣ مدني على النحو السابق ذكره .

الأمر الثاني

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن البنوة ونفقة الأقارب

استهلال :

إن مسألة البنوة وما يترتب عليها من أحكام تعد من قبيل الروابط العائلية التى أخضعها المشرع للقانون الشخصى - الجنسية- ولما كان هذا القانون قابلا للتغيير فانه يثور التساؤل

(١) الأم للشافعي - جـ٥ صـ٥٥، ٥٦ .

الآتى ما الحكم لو ثبت لشخص الحق فى ثبوت النسب وفقا لقانون سابق ثم تغير هذا القانون وكان قانونه الجديد لا يعترف بتلك البنوة مثلا . فهل بإمكان من ثبت له الحق فيها التذرع بأن له حقا مكتسبا فيها يتعين احترامه فى ظل أحكام القانون الحالى أم لا ؟

على أنه متى ثبتت البنوة فإنها تنتج آثارها كالحق فى الحضانة والنفقة بين الأقارب سواء كان بسبب النسب أو المصاهرة .....الخ .

وبخصوص النفقة بين الأقارب فإنها من مسائل الأحوال الشخصية كذلك فلو ثبت لشخص الحق فيها ثم تغير القانون الشخصى لدرجة عدم الاعتراف بها فهل بإمكان من تقررت له سلفا وفقا لقانون سابق أن يتمسك بها فى ظل أحكام القانون الحالى أم لا ؟ .

وذلك كله استنادا إلى ضرورة الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج .

وفى سبيل الإجابة على هذين السؤالين يطرح الباحث التصور الآتى :

المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص ثبوت البنوة .

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص نفقة الأقارب .

وفيما يلى بيان ذلك :

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص ثبوت البنوة

لا جدال فى إخضاع البنوة باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية كما أنه يترتب عليها حقوق والتزامات

متبادلة بين الوالدين والأولاد كتلك التى تتعلق بالحضانة والنفقة وتربية الأولاد وإدارة شئونهم المالية لحين بلوغهم سن الرشد .....الخ .

وتتنوع البنوة إلى شرعية وغير شرعية ، وبنوة تبنى .

- ويقصد بالبنوة الشرعية : انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج . وتلك البنوة تعترف بها الشريعة الإسلامية وكافة التشريعات غير الإسلامية .

- ويقصد بالبنوة غير الشرعية : انتساب الولد إلى أحد والديه دون أن تقوم بين الوالدين صلة شرعية وتلك البنوة لا تعترف بها الشريعة الإسلامية على خلاف كثير من التشريعات الأجنبية تعترف بها وترصد لها قواعد تنازع خاصة بها ويطلق على هذه البنوة "البنوة الطبيعية " .

- **ويقصد ببنوة التبنى** : تلك الروابط المصطنعة بين شخصين هما المتبنِى والمتبنَّى نتيجة تصرف قانونى بينهما ، ويترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين بحيث تضع المتبنى فى وضع أقرب ما يكون إلى وضع الولد الشرعى للمتبنى[1] فالتبنى تصرف قانونى يترتب عليه أن تنشأ ما بين شخصين علاقة قرابة غير حقيقية ويطلق على هذه البنوة "البنوة الصناعية" ، على أن الشريعة الإسلامية لا تعترف - بل تحظر - تلك البنوة ، وإن كانت

(١) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله - صـ٣٢١ ، علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة - صـ٨٨٣ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال - صـ٨٢٨ .

التشريعات الأجنبية[1] وبعض التشريعات العربية تنظمه وتعترف به على خلاف بينها فى تنظيمه وترتيب الآثار عليه.

- على أن بعض التشريعات تعرف ما يطلق عليه بتصحيح النسب ، ويراد به[2] إضفاء الشرعية على النسب بعد أن كان غير شرعى ، ويتم ذلك بموجب إجراء يترتب عليه تغيير صفة المولود الطبيعى إلى مولود شرعى والغالب أن يتم هذا التصحيح عن طريق الزواج بين الوالدين .

هذا وقد تضمن مشروع القانون المدني بيان القانون الواجب التطبيق فى شأن بعض حالات البنوة فقضت المادة ٣١ منه على أنه " يسري قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوة وإنكارها " لكن هذه المادة قد حذفت من المشروع النهائي وصدر القانون المدني خاليا من أى نص يعالج ذلك مكتفيا بالإحالة إلى مبادئ القانون الدولى الخاص وقد قيل فى تبرير هذا الحذف بأنها (م٣١) تتناول مسائل تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد والفقه[3] ، لكن ما لبث المشرع أن أقحم بعض قواعد الإسناد فى هذا الصدد بين نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى سنة ١٩٦٨[4] وتعديلاته

(١) مبادئ القانون الدولى الخاص - د/ جابر جاد عبد الرحمن - صـ٣٩١ ، تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال -صـ٨٢٨ .
(٢) تنازع القوانين د/ عكاشة محمد عبد العال -صـ٨٢٢ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٢ صـ٢٦٠ .
(٤) الجريدة الاسمية العدد ١٩ الصادر فى ١٩٦٨/٥/٩ .

وهو بصدد الحديث عن بعض المواد المتعلقة بالإجراءات الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية بما فى ذلك مسألة النسب .

فقضت المادة ٩٠٥ بأنه " ترفع الدعاوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط فى المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع فى إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور ".

كما قضت المادة ٩٠٦ بأنه "يتبع فى قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التي ترفع فيها والآثار التي تترتب عليها القواعد والأحكام التي يقررها قانون البلد الواجب التطبيق " . وبنفس الأمر قضت المادة ٩٠٨ مرافعات .

- وما بين نصوص القانون المدني وقانون المرافعات تظهر وجهتين من البحث :

*الأولى : وجهه وضعية مفادها وجود قواعد إسناد خاصة بالنسب تتضمن وجوب الاعتداد بقانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب إليه من الوالدين سواء الأب ، الأم ولا مجال حينئذ للاجتهاد[1] .

** الثانية وجهه فقهية مفادها إزاء غياب الحل التشريعي يتعين على الفقه أن يجتهد لإيجاد حلول فقهية لتلك المسألة[2] خاصة وأن

(١) د/ منصور مصطفى منصور - مذكرات فى القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين صـ٢٣٦ ، د/ هشام علي صادق - تنازع القوانين صـ٥٥٨ ، د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص صـ٥٥٤ ، د/إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص صـ٢٦٨ .

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع صـ٨٧٢ ، ٨٧٧ ، د/ جمال محمود الكردي - تنازع القوانين صـ٣٣٨ .

ما جاء فى قانون المرافعات إنما ورد لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

ويمكن حصر - وتعداد - الخلاف الفقهي دون الخوض فيه على النحو الآتي[1]:

أ- القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية يدور بين قانونين :

١ - قانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين وقت الميلاد .

٢- قانون جنسية الزوج وقت الزواج .

ب- القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية يدور بين عدة قوانين .

١- قانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الوالدين وقت ميلاد الولد .

٢- قانون جنسية الولد المراد ثبوت نسبه غير الشرعي.

٣- قانون جنسية الوالد .

٤- قانون جنسية الأم وقت الحمل أو وقت رفع دعوى ثبوت النسب .

جـ- القانون الواجب التطبيق على تصحيح النسب

.قانون جنسية الزوج - الأب - وقت الزواج .

د - القانون الواجب التطبيق على البنوة الصناعية

(١) يرجع إلى الكتب والمؤلفات المتخصصة والعامة فى هذا الشأن .

- بنوة التبني - .

١- بخصوص الشروط الموضوعية قانون جنسية كل من طالب التبني والمطلوب تبنيه .

٢- بخصوص الشروط الشكلية تخضع للقاعدة العامة فى المادة ٢٠ مدني .

٣- بخصوص آثار التبني قانون جنسية كل من الطرفين.

- و أيا ما كان الأمر فى وقت الاعتداد بالقانون الواجب التطبيق بخصوص ثبوت البنوة فانه يتصور فى شأنه تغيير ظرف الإسناد بما يترتب عليه تغيير القانون الشخصى مما يثور معه التساؤل عن مصير الحقوق والمراكز القانونية التي تم اكتسابها فى ظل القانون الشخصى القديم خاصة إذا كان القانون الجديد لا يعترف أو يعدل فيه؟ .

فمثلا لو ثبتت البنوة الشرعية للابن فى ظل القانون الشخصى القديم ثم تغير هذا القانون بتغير ظرف الإسناد وكان هذا القانون لا يعترف بتلك البنوة فالولد هل يكون ولدا شرعيا تذرعا بحقه المكتسب فى القانون السابق أم يصير ولدا غير شرعى عملا بما هو مقرر فى القانون الحالي ؟.

كذلك لو ثبتت البنوة غير الشرعية أو تم تصحيح النسب وفقا لقانون سابق ثم اكتسب الشخص جنسية دولة أخرى لا يعترف قانونها بتلك البنوة أو لا يقر هذا التصحيح أو يعدل من شروطه فهل الولد يمكنه أن يتذرع بما سبق وأن اكتسبه من حق فى البنوة غير الشرعية أو

تصحيح النسب أم لا ؟.

فى سبيل الجواب عن تلك الأسئلة يمكن القول بأن الولد الذى ثبتت بنوته بصورة صحيحة وكاملة وفقا لقانون قديم مختص دوليا يمكنه التمسك بها تحت سلطان قانون جديد فى بلد النفاذ متى توافرت شروط إعماله وذلك استنادا إلى ما يلي :

- أولا : البنوة عنصر من عناصر حالة الابن، كما أن الأبوة عنصر من عناصر حالة الأب، فثبوت النسب من عناصر حالة الشخص (الوالد - الولد) ومتى ثبتت بصورة صحيحة ووفقا للقانون الشخصى وقت ثبوتها وتكوينها فإنه لا يمكن معاودة النظر فى أمر صحتها على أثر تغيير القانون الشخصى .

أو بمعنى آخر إن عنصر الحالة الذى ثبت وأصبح من الصفات اللصيقة بالشخص والمميزة له لا يمكن بعد أن تم تكوينه أن يتزعزع بتأثير سلطان قانون جديد ، وهذا ما يتفق مع ما تتميز به الحالة من ديمومة[1].

- ثانيا : إن ثبوت البنوة على نحو صحيح يعد من قبيل المراكز القانونية التي تمت فى ظل قانون قديم ، ومن ثم فإنها تظل محكومة بالقانون الذى ثبتت فى ظله ولا ينطبق عليها القانون الجديد وإلا كان فى ذلك سريان له تأثير رجعي وهذا ما يتفق مع قواعد التنازع الزماني والتي بمقتضاها يتحدد الحق المكتسب بالرجوع إلى القانون

(١) أصول القانون الدولي الخاص - د/ محمد كمال فهمي صـ٤٦١ .

المعمول به وقت نشوء هذا الحق أو مولده[1] ولا يؤثر فيه مجاوزة الحدود السياسية .

– على أن الإيمان بهذا الرأي ليس بغريب عما هو مقرر فى الفقه الإسلامي من أنكحة غير المسلمين الفاسدة – لغير تخلف شرطى المحلية وأبدية العقد – يثبت بها النسب ووفقا لما هو مقرر فيها ، ولا يؤثر فى ذلك الانتقال إلى دولة أخرى حتى ولو كانت الدولة مسلمة فلو ثار منازعة فى ثبوت النسب من عدمه فانه يتعين الرجوع إلى قانون وشريعة غير المسلمين إذ تظل رابطة النسب التي ثبتت وفقا لها نافذة تحت سلطان القانون الإسلامي ويتعين على القاضي المسلم المنظور أمامه النزاع أن يقضي بسبق ثبوتها ولا يعاود نظر أمر ثبوتها مرة ثانية حتى ولو وفق أحكام الشريعة الإسلامية . إذ متى ثبتت صحة أنكحة المسلمين فإنها تترتب عليها أحكامها ومن بينها النسب .

وهذا ما أكدته النصوص الفقهية ومن بينها ما يلي :

١– ما قاله الإمام بن قدامه[2] حيث ذكر " أن أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر .....وثبوت النسب ....."

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمي صـ٤٦١ -المدخل إلى علم القانون د/ سالم غميض صـ١٨٧ ، المدخل إلى القانون د/ حسن كيرة ط منشأة المعارف صـ٣٤٢ ، المدخل لدراسة القانون د/ عبد الرازق حسن فرج ط١٩٧٧ صـ١٢٠.

(٢) المغني لابن قدامه صـ٤٤٨

٢- ما قاله الإمام بن تيمية حيث ذكر[1] " إن المسلمين متفقون على أن كل نكاح اعتقد الزوج أنه نكاح سائغ إذا وطئ فيه فإنه يلحقه ولده وان كان ذلك النكاح باطلا فى نفس الأمر ، سواء كان النكاح غير مسلم أو مسلما واليهودى إذا تزوج بنت أخيه كان ولده منها يلحقه نسبه ، ويرثه باتفاق المسلمين ، وان كان ذلك النكاح باطلا باتفاق المسلمين "

ويقول فى موضع آخر ".إن رسول الله ﷺ وخلفاءه الراشدين وسائر أئمة الدين ألحقوا أولاد الجاهلية بآبائهم ، وإن كانت مناكحاتهم محرمة بالإجماع ولم يشترطوا فى لحوق النسب أن يكون النكاح جائزا فى شرع المسلمين "[2]

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص نفقة الأقارب

الأسرة عبارة عن وحدة اجتماعية تتضمن مجموعة من الأشخاص يرتبطون فيما بينهم بصلة القرابة ، وتعد القرابة سببا لوجوب النفقة للقريب على قريبه سواء كانت تلك القرابة سببها النسب أو المصاهرة ، وتعتبر القرابة فى الحالتين من مواد الأحوال الشخصية وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغي إذ ذكرت ".....تشمل الأحوال الشخصية

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - جمع وترتيب عبد الرحمن العاصي النجدي تحت إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين - المجلد ٣٤ صـ١٣ ، ١٤ .

(٢) المرجع السابق المجلد ٣٤- صـ١٥ .

المنازعات والمسائل المتعلقة .....بالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار.....الخ" .

وينبنى على ذلك إخضاعها للقانون الشخصى وهو فى ميزان القانون المصري قانون الجنسية بالنسبة للأجانب وقانون الديانة أو الملة بالنسبة للمصريين ولكن أى قانون هذا ، هل هو قانون الملتزم بالنفقة أم قانون المستحق لها ؟ لقد أجابت المادة ١٥ من القانون المدني على ذلك بقولها " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانونها المدين بها "[١]

ويحكم هذا القانون كافة النواحى الموضوعية المتعلقة بالنفقة كشروط استحقاق النفقة ، شرط الحاجة وشرط يسار القريب ، مشتملات النفقة أساس تقديرها ، ضمانات الوفاء بها ، سقوطها وإنهائها.....

وتدخل نفقة الأقارب ضمن النفقة المنصوص عليها فى المادة ١٥ مدني ، على أنه يخرج من نطاق تطبيقه ، نفقة الزوجية ، نفقة المطلقة ، النفقة الوقتية ، نفقة المنفصلة جسمانيا عن زوجها[٢]

على أن النص قد فاته أن يحدد الوقت الذى يتعين الاعتداد به فى النفقة بين الأقارب هل العبرة بوقت نشأة العلاقة القانونية مصدر الحق فى النفقة أم وقت المطالبة بها ؟ كذلك النص قد تضمن ضابطا للإسناد - جنسية المدين بالنفقة - قابلا للتغيير، الأمر الذى يتصور معه إمكانية تغيير القانون الشخصى للمدين بالنفقة ، فهل

(١) الوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر الصادر فى ١٩٤٨/٧/٢٩ .
(٢) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم سلامة صـ٩١٧ وما بعدها .

العبرة بقانونه الشخصى القديم أم قانونه الشخصى الجديد ؟ وفي هذه الأثناء يتصور إيراد فكرة الحق المكتسب بمعنى هل لو اكتسب شخص من الأقارب حقا بالنفقة تجاه شخص آخر ثم غير هذا الأخير جنسيته لا يقر قانونها الحق فى النفقة ، أو يضع لها شروطا تختلف عن شروطها فى ظل القانون القديم ، فهل بإمكان من له الحق فى النفقة أن يتمسك بالتنظيم القانونى للنفقة المقرر فى ظل القانون القديم استنادا إلى فكرة الحق المكتسب أم لا ؟.

- فى سبيل الإجابة على ذلك وجدت فكرتين فقهيتين :

*الفكرة الأولى : إن الالتزام بالنفقة أثر من آثار علاقة قانونية أسرية - النسب - من صميم مسائل الحالة ، وآثار الحالة الشخصية تخضع لقانون الجنسية الحالى للشخص أى أن العبرة بقانون الجنسية وقت المطالبة بالنفقة[١].

*الفكرة الثانية : إن الالتزام بالنفقة يتحدد بصفة نهائية وفق القانون الذى نشأت فى ظله العلاقة القانونية مصدر - سبب - الحق فى النفقة وعليه فالعبرة دائما بقانون جنسية المدين بها وقت نشأت العلاقة القانونية سبب الحق فى النفقة - أى أن العبرة بالقانون الوطنى الأول . ومن ثم يمكن التمسك بها باعتبار أنها حق مكتسب لمستحقها تحدد بصفة كاملة فى مواجهة القانون الوطنى الثانى

(١) د/ أحمد عبد الكريم - علم قاعدة التنازع صـ٩٢٥ ، د/ محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولي الخاص صـ٥٥٧ .

وتغيير ضابط الإسناد لا يؤثر فى ذلك[1].

والمتأمل فى هاتين الفكرتين يمكنه أن يسجل عدة ملاحظات على الفكرة الأولى يمكن إجمالها فيما يلى .

أولا : إعمال تلك الفكرة لا تغنينا عن اللجوء إلى نظرية الغش نحو القانون حيث إنها تفتح الباب على مصراعيه أمام المدين بالنفقة لولوج هذا الباب ، فيمكن أن يرتكن إلى ذلك فيغير جنسيته غشا نحو القانون إلى قانون دولة لا يعترف بالنفقة أو أنه يعدل من بعض شروطها أو أسباب سقوطها .....الخ مما قد يفيده فى النهاية ويجلب إليه النفع . خاصة وأنه لا تخفى الصعوبات العملية الكثيرة التى تواجه الوقوف على قصد ونية التحايل لدى الشخص ، وصولا لتفعيل الدفع بالغش نحو القانون ***هذه ناحية*** .

ومن ناحية أخرى : القول بقطع الطريق على المدين بالنفقة وإفساد قصده عليه وذلك بإبطال النتيجة التى يرنو إليها - الهروب من النفقة - فيه إعمال بصورة ما لفكرة الحق المكتسب ، فالقول بعدم سقوطها - النفقة - عن المدين وإلزامه بها يكون بالاستناد إلى قيامها وتكوينها سلفا فى ظل القانون القديم .

ثانيا : إعمال تلك الفكرة والنظر إلى النفقة على أنها من آثار رابطة النسب وبالتالى خضوعها لقانون الجنسية الحالى يعارضه التعداد الوارد فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغى

(٢) هذه الفكرة تنسب إلى الفقيه دسباتيه Despanet كما نقلها د/ أحمد عبد الكريم فى مؤلفه علم قاعدة التنازع صـ٩٢٥ هامش ٦١ وحكم عليها بأنها رأى مرجوح .

.....فالالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار - ورد عقب البنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ثم أردف المشرع تصحيح النسب والتبنى بعد الالتزام بالنفقة . وكل ذلك استخدم المشرع حرف العطف - الواو - والعطف يقتضى المغايرة كما ذهب إلى ذلك علماء اللغة ، مما يفيد أن الالتزام بالنفقة يختلف عن النسب وإن كان ثبوته سببا فيها .

ثالثا : النفقة المنصوص عليها فى المادة ١٥ مدنى سببها القرابة وكذلك يطلق عليها نفقة القرابة - أى النفقة المقررة بموجب القرابة فهى تثبت متى ثبتت القرابة . وثبوت القرابة فى ظل قانون قديم يعد من قبيل المراكز القانونية التى تكونت بصورة صحيحة فى ظل قانون معين ، ومن تخضع له وتسرى عليها أحكامه باعتباره القانون المختص . ***هذا أمر*** .

أمر آخر : المتأمل فى آثار النسب يجد أنها إما آثارا شخصية وإما آثارا مالية والنفقة بين الأقارب من قبيل آثار النسب المالية ، مما يعنى أنها بعيدة عن حالة الشخص وآثارها والتى تخضع لقانون الجنسية الجديدة .

رابعا : الأخذ بهذه الفكرة - الأولى - من شأن عدم تحصين الحق المكتسب من خطر إهداره ، فى حين أنه يتعين كفالة الاحترام للحق المكتسب على الصعيد الدولى ، وعدم إهداره بسبب ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود ، أو تدخلهم لتغيير القانون الواجب التطبيق وفى هذا - احترام الحقوق المكتسبة - ما يحقق عدة مصالح مختلفة

منها – مصلحة المعاملات الدولية ، إذ العمل بذلك من شأنه تحقيق سلامة واستقرار المعاملات الدولية وهذا ما يشيع الثقة والطمأنينة فى نفوس المتعاملين فى النظام الدولى .

– مصلحة أطراف العلاقة أنفسهم إذ احترام الحقوق المكتسبة يتفق مع ما استقرت عليه نفوسهم ووعته عقولهم من خلال إطلاعهم على الأحكام القانونية فى القانون الوطنى الأول ، إذ علم كل طرف ما له وما عليه من أعباء فى ظل هذا القانون .

أما الأحكام المقررة فى القانون الوطنى الثانى فهى فى جميع الأحوال فى مصلحة أحدهما دون الآخر ، وليست مصلحة أحدهما أولى من اعتبار مصلحة الآخر و إذا كان ولا بد من تقديم أحد المصلحتين فالمنطق يقتضى تقديم مصلحة الطرف الضعيف – وهو هنا من تقررت النفقة له ، وهذا ما يتفق مع منطق الأمور والأشياء.

– إزاء كل ما سبق يميل الباحث إلى أن العبرة بالقانون الذى نشأة فى ظله العلاقة القانونية ، أى أن العبرة بقانون جنسية المطلوب منه النفقة وقت نشأت العلاقة القانونية مصدر الحق فى النفقة حيث إن النفقة حق مكتسب لمستحقيها يتحدد نهائيا بالقانون الوطنى الأول ولا يؤثر فيه تغيير القانون الشخصى .

الفرع الثاني
احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى
مواد الأحوال العينية

تقسيم :

يراد بالأحوال العينية المسائل التي تتعلق بالمال ، أو بتعبير أدق المركز القانونى للأموال ، ويقصد بالمال كل شيء يمكن تقويمه بالنقود ، والمتأمل فى قواعد الإسناد المصرية يجدها قد حددت القانون الواجب التطبيق على الأموال صحيح أن ذلك بصورة ليست كاملة لكنها قد عالجت ذلك بصورة واضحة ، ويظهر من تلك المعالجة اعتمادها على ظرف للإسناد – فى شق كبير منها – قابل للتغيير خاصة فيما يتعلق بالمنقول وذلك على عكس العقار إذ القاعدة خضوعه لقانون موقعه .

الأمر الذى يتصور معه إمكانية ترتيب حقوق على المنقول كالحقوق العينية الأصلية أو التبعية فما هو مصير تلك الحقوق إذا ما تم تغيير موقع المنقول ونظير ذلك كثير من المراكز القانونية التي تتعلق بالمنقولات كحق المالك الأصلي فى استرداد الأموال الضائعة أو المسروقة ويقابلها حق حائز المال المنقول فى تملكه ، وكذلك الحال فى حقوق الملكية الأدبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية والتجارية .....الخ

ويجمع تلك الصور كلها التساؤل الآتي ما مصير الحقوق التي

اكتسبت فى ظل تنظيم قانوني سابق هل يمكن لأصحابها الاحتجاج بها فى ظل تنظيم قانوني جديد من الوجهة الدولية أم لا ؟ .

الوقوف على ذلك يقتضي من وجهة نظر الباحث تناوله على النحو الآتي :

الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة المنقول المادي .

الغصن الثاني : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة المنقول المعنوي.

الغصن الأول

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى مسألة المنقول المادي

تمهيد :

لقد درجت التقنينات المختلفة على إخضاع المركز القانونى للمال المادي[1] المنقول لقانون موقعه وهذا مما يحقق مصلحة الأفراد ومصالح الدولة إذ مصلحة الأفراد تقتضي سريان قانون هم على علم به بما يحفظ عليهم توقعاتهم ويحقق الطمأنينة لهم وللغير ممن له مصلحة فى ذلك . والمنقول باعتباره ثروة تشكل وعاء النشاط الاقتصادي للدولة يوجب سريان قانونها على تلك الثروة

(١) الكلام عن المنقول المادي المفرد - أي منظورا إليه منفردا عن غيره - أما المنقول المادي المرتبط بعلاقة قانونية كالميراث والوصية يكون تابعا لها .

الكائنة فى إقليمها مما يحقق مصالح الدولة .....الخ .

على أن قانون موقع المنقول يحكم كافة المسائل المتعلقة به ، وبخصوص تصور إيراد فكرة الحقوق المكتسبة فى شأن المنقولات المادية المفردة يمكن القول بأن هناك العديد من الحقوق التي تتقرر على المنقول المادي كالحقوق العينية الأصلية أو التبعية وكل ما يتعلق بها من حيث شروط اكتسابها ونظامها ومضمونها يرجع فى شأنه إلى أى قانون هل نرجع لقانون موقع المنقول القديم ، أم نرجع فى شأنها لقانون موقع المنقول الحالي - الجديد - فى الأحوال التي يتم فيها نقل المنقول بعد تعلق تلك الحقوق به .

كذلك الأمر فيما يتعلق بالتنظيم القانونى لبعض المنقولات كالمنقولات المسروقة أو الضائعة هل يمكن تصور وجود تلك الفكرة - الحقوق المكتسبة - بشأنها سواء فى حق المالك الأصلي لها أم حائز تلك الأموال ؟ .

هذا ما نكشف عنه الصفحات الآتية وذلك على النحو الأتي :

الأمر الأول : إحترام الحقوق المكتسبة فى شأن الحقوق التي تتقرر على المنقول المادي قبل نقله .

الأمر الثاني: احترام الحقوق المكتسبة فى شأن المنقولات المسروقة أو الضائعة .

الأمر الأول

احترام الحقوق المكتسبة فى شأن الحقوق التى تتقرر على المنقول المادي قبل نقله

استهلال :

إعمالا للمادة ١٨ مدني مصري يرجع إلى قانون موقع المنقول فى كل ما يتعلق به سواء فى إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله ، ولا صعوبة بالنسبة للحقوق العينية التي تتحقق أسباب اكتسابها أو فقدها فى ظل قانون الموقع الجديد إذ العبرة حتما بأحكام هذا القانون .

إنما الصعوبة فيما لو تحققت أسباب اكتساب الحق العيني أو فقده فى ظل قانون الموقع القديم ثم نقل المنقول إلى إقليم دولة أخرى ، إذ تثور فى تلك الحالة مسألة احترام الحقوق المكتسبة . ببيان معرفة مصير تلك الحقوق وهل يرجع فى ذلك لقانون الموقع القديم أم لقانون الموقع الجديد المتأمل فى نص المادة ١٨ مدني مصري يجد أن المشرع المصري كغيره من المشرعين قد عمد إلى التسليم والأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة والتي أضحت من قبيل المبادئ المسلمة والأساسية فى فقه القانون الدولى الخاص وانطلاقا من ذلك نقترح التصور الآتي لمعالجة هذا الأمر من خلال ما يلي :

المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق العينية الأصلية المترتبة على المنقول المادي قبل نقله .

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق العينية التبعية المترتبة على المنقول المادي قبل نقله .

وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل .

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق العينية الأصلية المترتبة على المنقول المادي قبل نقله

يراد بالحقوق العينية الأصلية تلك الحقوق التي تقوم بذاتها ، ولا تستند فى وجودها على غيرها ، وتقيم رابطة مباشرة بين محل الحق وصاحبه تخوله الاستئثار بالمزايا والمنافع المادية للشيء محل الحق ، ولكن هذه الحقوق تختلف باختلاف مضمونها .

فقد تتسع القيمة المادية لتشمل الاستعمال والاستغلال والتصرف كما هو شأن حق الملكية ، وقد تضيق فتقتصر على بعضها كما فى باقي الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكني والارتفاق[1] .

ومن أخص المسائل التي يحكمها قانون موقع المنقول ما يرد عليه من حقوق عينية أصلية سواء فيما يتعلق بمضمون تلك الحقوق وطرق كسبها ونطاقها وآثارها وطرق انقضائها ...الخ

ولكن ما مصير تلك الحقوق إذا ما تغير موقع المنقول وتم نقله إلى

(١) المدخل إلى علم القانون د/ سالم غميض - مرجع سابق صـ ٢٧٠ .

إقليم دولة أخرى وهل يرجع فى معرفة ذلك المصير إلى قانون الموقع القديم أم إلى قانون الموقع الجديد ؟ .

ولبيان ذلك ينبغي التفرقة بين حالتين .

الأولى نفاذ الحق العيني الأصلي ، الثانية نطاق الحق العيني ومضمونه وفي سبيل الوقوف على هاتين الحالتين نقترح التصور الآتي .

أولا : احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم نفاذ الحق المكتسب .

ثانيا : احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم نطاق الحق المكتسب ومضمونه .

وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل .

أولا

احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم نفاذ الحق المكتسب

إن نفاذ أى حق عيني أصلي اكتسب على المنقول قبل نقله يفترض أن شروط صحة اكتساب هذا الحق قد توافرت ، ولعل هذا ما نطقت به المادة ١٨ من القانون المدني حيث جاء فيها " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة

أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها "[1].

وحتى يمكن القول بأن شروط صحة اكتساب الحق قد روعيت فى قانون موقع المنقول قبل نقله يتعين توافر أمرين :

*الأمر الأول : **وجوب مراعاة الحالة القانونية للمال** . حيث يتعين أن تكون الصفات القانونية للمال قد روعيت لأنها تؤثر بالسلب أو الإيجاب فى صحة الحقوق التي تترتب عليه . فلو كان المال خارجا عن نطاق التعامل ، فانه حتما لا يصح أن يكون محلا لأي حق وكذلك الحال لو كان غير قابل للتصرف .....

ولكن وفقا لأى قانون يرجع إليه فى شأنه مراعاة الحالة القانونية للمال هل يتم الرجوع إلى قانون موقع المنقول القديم أم إلى قانون موقع المنقول الجديد ؟ .

فى هذا الأمر نفرق بين فرضين :

- **الفرض الأول** : إذا كان موقع المنقول الجديد هو إقليم دولة القاضي فى هذه الحالة تكون العبرة بقانون موقع المنقول الجديد – قانون القاضي – فإذا كان المال وفقا له غير قابل للتصرف فيه فانه بعد كذلك ولا عبرة بما تضمنه قانون الموقع القديم . وأساس ذلك فكرتين **الأولى** عمومية قانون الموقع الجديد بالنسبة للصفات القانونية للمال ،إذ لا يعقل فى هذا الصدد التمييز بين مال مستورد من الخارج ومال موجود أصلا فى حدود هذا الإقليم .**الثانية** مبدأ الإقليمية البحتة إذ وجود المال المادي المنقول فى إقليم دولة

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

القاضي يكفي لمنح قانونه سندا للاختصاص[1]

الفرض الثاني إذا كان موقع المنقول الجديد هو إقليم دولة أجنبية ففي هذه الحالة تكون العبرة بقانون موقع المنقول القديم فإذا كان المال وفقا له قابل للتصرف فيه اعتبر كذلك ولا عبرة بما تضمنه قانون الموقع الجديد من أحكام تقضي بغير ذلك ، إذ لا يوجد مبرر قانوني لتدخل فكرة السيادة الإقليمية لقانون القاضي.

****الأمر الثاني : وجوب مراعاة الشروط الواجب توافرها في وسيلة اكتساب الحق** . يتعين توافر جميع الشروط اللازمة لاكتساب الحق بوسيلة قانونية سليمة فمثلا إذا أريد اكتساب ملكية المال بالعقد وكان قانون موقعه يعلق نقل الملكية على التسليم ، فإن الملكية لا تنتقل إلا بعقد مقترنة بالتسليم. كذلك لو أريد اكتساب ملكية مال بالتقادم فانه يتعين توافر جميع الشروط اللازمة لذلك كما يحددها قانون موقع المال .....الخ .

ولكن ما القانون الذى يرجع إليه لمعرفة توافر تلك الشروط من عدمه هل قانون الموقع القديم أم قانون الموقع الجديد للمنقول ؟

فى هذا الأمر ينبغي التفرقة بين فرضين: [2]

الفرض الأول : إذا كان قانون الموقع الجديد هو قانون دولة أجنبية فى هذا الفرض يتم الرجوع إلى قانون الموقع القديم وما تضمنه من شروط متعلقة بوسيلة اكتساب الحق إذ لا محل هنا للتمسك

(١) أصول القانون الدولي الخاص د/ محمد كمال فهمي صـ٤٦٨ .
(٢) د/ محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص . صـ٤٦٨ .

باعتبارات السيادة الإقليمية لقانون القاضي .

الفرض الثاني : إذا كان قانون الموقع الجديد هو قانون القاضي . فى هذا الفرض يتم الرجوع إلى قانون الموقع الجديد تمسكا باعتبارات السيادة الإقليمية هذا فضلا على أن وسيلة اكتساب الحق تعد عنصرا من عناصر حالته القانونية ، هذا فضلا عن وجود المال فى إقليم دولة القاضي بما يمنح قانون القاضي وبصفة مطلقة سندا للاختصاص .

- وخلاصة القول وفقا لهذا التحليل يتعين لنفاذ الحقوق العينية السابق تقريرها على المنقول قبل نقله ، وجود تطابق تام بين قانوني الموقع فى شأن وسيلة اكتساب الحق مما يعني أن نفاذ تلك الحقوق يكون متوقفا على محض المصادفة ، الأمر الذى من شأنه شل حركة المعاملات الدولية ، فمن يكتسب حق ملكية على المنقول يكون عرضة لأن تنتزع منه تلك الملكية لمجرد اجتيازه الحدود السياسية للدولة التي تم فيها كسب الملكية، بحجة أن الشروط الخاصة بوسيلة اكتساب الملكية كما يحددها قانون الموقع الجديد لم تتحقق . وهذا من شأنه كذلك إهدار الثقة فى المعاملات الدولية ، بما يضر بمصالح الأفراد أنفسهم، فضلا عن مصالح الدولة التي اكتسب الحق فى إقليمها .....الخ ولكن حاجة المعاملات الدولية تقتضي السماح بتطبيق قانون الموقع القديم بخصوص الشروط المتعلقة بوسيلة اكتساب الحق حتى تتمتع ملكية المنقول - مثلا - بشيء من الحصانة ضد ظاهرة مجاوزة الحدود السياسية .

- ويمكن من خلال ما سبق تصور الإشكالية التالية وهي أننا أمام منقول اكتسب عليه حقوقا وفقا لقانونين (قانون الموقع القديم ، والجديد) فإلى أى القانونين نرجع ، أو بمعنى آخر يمكن تصوير تلك الإشكالية بأنه إذا كان من المنطقي التسليم بما تضمنه قانون الموقع القديم فأي حماية نتطلبها لهذه الحقوق ، هل يكفي بشأنها حماية مؤقتة والتي تتحصل بإخضاع تلك الحقوق لقانون الموقع الجديد أم يتعين حمايتها حماية نهائية والتي تتحصل بإخضاع تلك الحقوق لقانون الموقع القديم ،تلك مسألة شغلت بال الفقه كثيرا نظرا لتعارض المصالح والأهداف ويمكن بلورة ذلك فى فكرتين .

- **الفكرة الأولى**- مفادها ضرورة إطلاق سلطان قانون الموقع الحالي.

- **الفكرة الثانية**- مفادها ضرورة احترام الحق المكتسب فى ظل قانون الموقع القديم .

ولكل من الفكرتين مبرراتها ومثالبها فالفكرة الأولى يبررها الثقة فى المعاملات ، وحدانية القانون ، اعتبارات السيادة الإقليمية ، عمومية الاختصاص .....الخ

ويوجه إليها بصفة أساسية أن حمايتها لتلك الحقوق حماية مؤقتة أما الفكرة الثانية فيبررها اعتبارات الملائمة ، وحاجة المعاملات الدولية ويحمد لها العمل على تحقيق حماية مستمرة ونهائية لتلك الحقوق التي تم تقريرها على المنقول قبل نقله بما يشفع ويجعلنا نتجاوز عن أية مثالب يمكن توجيهها إليها .

ولقد انبنى على هاتين الفكرتين وجود رأيان فقهيان فى هذا الشأن نعرض لهما على النحو الآتي .

***الرأي الأول :**

ومؤداه العبرة بقانون الموقع الجديد[1] ، وذلك فيما يتعلق بمصير تلك الحقوق المترتبة على المنقول المادي قبل نقله حتى لو ترتب على ذلك تعطيل الحقوق التي تعلقت بالمنقول فى قانون موقعه القديم ، وذلك لأن العمل بهذا الرأي- الأول - هو الذى يحكم المنقول ، وعمومية الاختصاص لقانون الموقع الجديد إذ لا مبرر للتفرقة بين مال منقول قادم من الخارج وآخر قارّ فى إقليم الدولة ، كما أن ذلك من شأنه تحقيق السيادة الإقليمية البحتة لقانون الموقع الجديد ، كما ، أن ذلك يتفق مع ما تقضي به قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان إذ يسري القانون الجديد بأثر فوري ومباشر .

وتطبيقات على ذلك لو اشترى شخص منقول من أخر فى إقليم دولة تستلزم تسليم الشيء المبيع لنقل الملكية ولم يكن المشتري قد تسلم المنقول قبل أن ينقل إلى دولة أخرى يقرر قانونها انتقال الملكية بمجرد العقد دون حاجة إلى التسليم ، فإن المشترى يعد

(١) فى الإشارة إلى هذا الرأي:
القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ٣٩٦ ، الوسيط فى القانون الدولي الخاص د/ فؤاد رياض، د/سامية راشد صـ٣٠٤ - ومؤلفها تنازع القوانين صـ٣٠٤، تنازع القوانين د/ فؤاد رياض مع د/ محمد خالد الترجمان صـ٣٠٤ . القانون الدولي الخاص د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ط سـ١٩٩٢ صـ٥٢٤ ، ومؤلفة القانون الدولي الخاص ط سـ٢٠٠٢ صـ٣١٤ . تنازع القوانين د/ هشام على صادق صـ٨٠١ ، الوسيط فى القانون الدولي الخاص د/ بدر الدين عبد المنعم شوقي صـ١٧٦ ، القانون الدولي الخاص د/ أحمد عبد الحميد عشوش ، د/ أحمد الهواري صـ١٨٠ .

مالكا للمبيع أعمالا لقانون الموقع الجديد والذي لا يتطلب التسليم لذلك .

- كذلك لو بيع المنقول لأكثر من مشتر فى إقليم دولة هذا المنقول إلى إقليم دولة أخرى ، فإن قانون الموقع الجديد هو الذى يبين معيار المفاضلة بين هؤلاء المشترين المتزاحمين .

- هذا وقد وجهت معاول النقد إلى هذا الرأي ، إذ من شأنه جعل الحماية المقررة لتلك الحقوق ، حماية مؤقتة ، فضلا عن إهداره لكل الحقوق المكتسبة فى الخارج أو إعمال بعضها إذا ما اقتضت الصدفة ذلك ، مما يهدر الثقة فى المعاملات ، فضلا عن أنه واجه مشكلة التنازع المتغير على نحو يجعلها لا تعدو أن تكون من قبيل التنازع الزماني بين القوانين فى حين أن بينهما فروقا عديدة على نحو ما سبق أن رأينا .

**الرأي الثاني :

ومؤداه[1] أن العبرة بقانون الموقع القديم فيما يختص بمصير الحقوق المترتبة على المنقول المادي قبل نقله متى اكتسبت بطريقة صحيحة وفقا له ويمكن التمسك بآثار تلك الحقوق تحت سلطان قانون موقع المنقول الجديد.

ويبرر ذلك بأن قانون البلد الذى يوجد فيه المنقول بالفعل وقت إجراء التصرف هو الذى ذلك يضمن سلامة المعاملات المتعلقة بهذا المال ، إذ هو القانون الذى يعرفه المتعاقدون ويطمئنون إليه ،

(١) فى مضمون هذا الرأي راجع المؤلفات المذكورة فى الهامش السابق .

ويحافظ على توقعاتهم فى المبادلات المالية[1] ،كما أن هذا الرأي يتفق مع ما استقر عليه العمل فى فقه القانون الدولى من الأخذ بمبدأ الاحترام الدولى الحقوق المكتسبة تحقيقا للعديد من المصالح المختلفة ، وتطبيقا لذلك لو اشترى شخص منقولات فى دولة تنتقل الملكية وفقا لقانونها بالعقد والتسليم ولم يكن قد تسلمه بعد ثم تغير موقع المنقول وانتقل إلى إقليم دولة تنتقل الملكية وفقا لقانونها بمجرد العقد ، فإن المشتري لا يعد مالكا حيث يرجع فى شأن ذلك إلى قانون موقع المنقول القديم والأخذ بهذا الرأي يحقق العديد من الأهداف منها .

- الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج .
- تحقيق ثبات واستقرار الروابط القانونية .
- تحقيق الثقة والطمأنينة فى المعاملات الدولية .
- تحقيق مصالح المتعاقدين وغيرهم بشأن التصرفات التي يبرمونها
- تحقيق الحماية القانونية الكاملة وبصفة نهائية للحقوق المكتسبة فى الخارج

ـ والمتأمل فى كتابات فقهاء الشريعة الإسلامية يمكنه أن يدرك دون كبير عناء بأن الشريعة الإسلامية وفقهها تسير - وقبل القوانين الوضعية - على مضمون هذا الرأي وتعمد إلى الأخذ به فى المعاملات التي تتم خارج دار الإسلام حيث تحترم تلك المعاملات وتظل سارية على وفق ما اتفق عليها أصحابها

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم - صـ١٠٠٧ .

سلفا فى دار الإسلام أو إذا ما ترافعوا إلي القاضي المسلم (قاضي بلد النفاذ) ويظهر ذلك جليا من خلال العديد من كتابات الفقهاء ومن بينها .

- ما جاء فى الأم[1]".....وهكذا إن جاءنا رجلان منهم قد تبايعا خمرا ولم يتقابضاها أبطلنا العقد ، وان تقابضاها لم نرده لأنه قد مضى وان تبايعاها فقبض المشتري بعضا ولم يقبض بعض لم يرد المقبوض ورد ما لم يقبض ، وهكذا بيوع الربا كلها ....."

- ما جاء فى شرح فتح القدير والهداية [2]".....وإذا تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى ، لأن شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما ، والخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الخل والشاة فى حقنا " ..... " وإذا تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير ، ومعناه إذا كان بأعيانهما والإسلام قبل القبض ، وان كان بغير أعيانهما فلها فى الخمر القيمة - وفى الخنزير مهر المثل ...."

فمن خلال تلك النصوص يتضح أن صلاحية المال للتعامل فيه أو عدم صلاحيته ، إنما يرجع فى شأنها إلى قانون الموقع القديم ، وعليه يكون التصرف صحيحا أو غير صحيح وفقا لما تضمنه هذا القانون من أحكام . آية ذلك صحة جعل الخمر أو الخنزير مهرا

(١) الأم للشافعي جـ٤ صـ٣٠١ - ط المكتبة القيمة.
(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام جـ٣ صـ٣٨٧ ، الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني مع شرح فتح القدير جـ٣ صـ٣٨٧ - ط دار الفكر .

والمهر مال ، فلو أمهر زوجته فى دار الحرب خمرا أو خنزيرا صح المهر لكونه مالا متقوما فى حقهم يجوز التعامل فيه والانتفاع به ، بل ووجوب الضمان على متلفه ، وأخذ العشور من أثمانها فقد روى أن الولاة كانوا يأخذون الخمر من أهل دار الحرب عند دخولهم دار الإسلام للتجارة فكتب إليهم عمر بن الخطاب ﷺ أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ....الخ .

كل ذلك مشروط بكون التصرف تم كاملا فى دار الحرب قبل إسلام الطرفين أو أحدهما ، فلو تبايعا أو أسلما معا أو أحدهما قبل القبض والتسليم فإن البيع ينفسخ على اعتبار أن الخمر والخنزير لا يعد مالا محترما أو متقوما فى حق المسلمين وبالتالى خروجه عن دائرة التعامل ولا يصح ترتيب أى أثر عليه .

- لكن فيما يتعلق بالآثار التى تترتب على الحق فإنها تخضع لقانون بلد النفاذ ، تماما كما هو الحال فى القوانين الوضعية حيث يخضع نطاق الحق ومضمونه لقانون بلد النفاذ - قانون الموقع الجديد- .

وفى هذا أيضا سبق للشريعة الإسلامية على غيرها فى تقرير هذا الحكم وتنطق كتابات الفقهاء بذلك .

- ما نقله صاحب البدائع[1] " .....ولو أتلف ذمى على ذمى خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما أما فى الخمر فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذى لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما

(١) بدائع الصنائع للكاساني - جـ٧ صـ١٤٧ طـ٢ - دار الكتاب العربى بيروت .

جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالإجماع ، ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففى قول أبى يوسف وهو روايته عن أبى حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول إلى القيمة كما لو أسلم الطالب ، وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبى حنيفة لا يبرأ المطلوب ، ويتحول ما عليه من الخمر إلى القيمة كما لو كان الإتلاف بعد الإسلام .

فالخمر والخنزير لما كانا مالا متقوما فى حق غير المسلمين فإن المعتدى عليها ملزم بالضمان ، لكن مضمون الضمان ونطاقه يرجع فى شأنه إلى ما هو مقرر فى أحكام الإسلام - قانون الموقع الجديد - متى كانت المطالبة فى دار الإسلام .

- ما قاله الشافعى[1] فى شأن الجزية ".....إذا أسلم الذمى قبل حلول وقت الجزية سقطت عنه وان أسلم بعد حلولها فهى عليه ..... " .

فمتى أسلم الذمى قبل حلول وقت الجزية فإنها تسقط عنه وإن أسلم بعده فلا تسقط عنه . حيث يكون المسلمون قد اكتسبوا حقا فيها ، ثم إن القول بالسقوط وعدمه إنما يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية.

والمتأمل فى المادة ١٨ من القانون المدنى المصرى يمكنه أن يدرك أن المشرع قد مال إلى الأخذ بهذا الرأى - الثانى- حيث جاء فيها ".....ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو

(١) الأم للشافعى ج٤ صـ ٢٧٦ .

الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها ". فقد احترم المشرع الحقوق المكتسبة فى ظل قانون الموقع القديم وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية بخصوص النص المذكور حيث ذكرت أن أصله كان المادة ١٤ من المشروع التمهيدى وكان يضعها فى الفقرة الثانية منها .....ولا يؤثر انتقال المنقول على الحقوق التى اكتسبت قبل هذا الانتقال وفقا لقانون موقعه السابق [1].

هذا وقد انتقد بعض الشراح المصريين[2] الحكم الذى أتى به المشرع فى المادة١٨ مدنى ويرى أن هذا الحكم يعد عدوانا على اختصاص قانون الموقع الجديد والذى يجب الاعتداد بسلطانه ، كما أن فيه إكباراً لحماية الحق المكتسب .

- والواقع أننا أمام حاجتين .

الأولى - حاجة المعاملات الدولية والتى تتطلب الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة فى الخارج .

الثانية - حاجة استقرار المعاملات وسلامتها فى قانون بلد الموقع الحالى للمنقولات والتى تتطلب الاعتراف بسلطان قانون الموقع الجديد .

والتوفيق بين الحاجتين لا يخلو من الحرج والدقة وقد أحسن المشرع حينما وضع نصا يعالج ذلك . ولا نرى عيبا فى تلك المعالجة التشريعية ، فنص المادة ١٨ مدنى وإن كان يقضى بكفالة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جت٢ صـ٢٧٩ .
(٢) د/ حسن بغدادى - فى مقاله عن النصوص الخاصة بتنازع القوانين فى مشروع تنقيح القانون المدنى -منشور فى مجلة الحقوق -السنة الأولى - العدد الرابع صـ٦٥ .

احترام الحق المكتسب إلا أنه لا ينفى احترام سلطان قانون الموقع الجديد ، آية ذلك أن الحقوق التى تنشأ بعد نقل المنقول إلى إقليم دولة هذا القانون وكذلك الحقوق التى يكتمل نشوئها فيه . فإنها تخضع لقانون الموقع الجديد . هذا فضلا عن أن الرجوع لقانون الموقع القديم وسريانه فى إقليم دولة الموقع الجديد للمنقول مقيد بالعديد من القيود والمستمدة من قانون تلك الدولة والتى تدور حول تحقيق الحماية لقانون تلك الدولة وكافة المصالح التى يعمد إلى حمايتها . على نحو ما سبق أن رأينا .

ثانيا

احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم نطاق الحق المكتسب ومضمونه

إن معرفة نطاق الحق العينى المكتسب على المنقول وتحديد مضمونه يعد من قبيل الحالة القانونية للمنقول بالنسبة للمستقبل، ولا يمكن أن تخضع إلا لقانون الموقع الجديد ، ومرد ذلك كما ذكر بعض الفقه[1] إلى فكرة السيادة الإقليمية التى يقوم عليها اختصاص قانون موقع المال ، إذ تسبغ عليه خصيصتين :

- **الأولى** خصيصة الإقليمية ومفادها أن قانون موقع المال إقليمى أى يطبق فى حدود إقليمية - مكانية - معينة وهى إقليم الدولة ، فلا يمكن أن يسرى فى خارج تلك الحدود بخصوص الأموال .

(١) د/ محمد كمال فهمى - المرجع السابق صـ٤٦٨ .

- الثانية خصيصة العمومية ومفادها أن قانون موقع المال له اختصاص عام إذ يطبق بدون تمييز على جميع الأموال التى تقع تحت سلطانه ، يستوى فى ذلك ورود المال من الخارج إلى إقليم دولته ، أو كونه موجودا أصلا فى هذا الإقليم .

فعملا بهاتين الخاصيتين تعزى معرفة الحالة القانونية للمال - من حيث معرفة نطاق الحق المكتسب عليه ومضمونه - إلى قانون الموقع الجديد ، فالسلطات التي يخولها الحق العيني الأصلي للمالك أو لصاحب حق الانتفاع وكذا القيود التي ترد عليه ، والمزايا التى تتفرع عنه يرجع فى شأنها إلى قانون الموقع الجديد .

وهذا الحكم ليس غريبا أو بعيدا عما قررته الشريعة الإسلامية بخصوص الأموال التي ترتبت عليها حقوقا عينية وقدمت إلى إقليم الدولة الإسلامية .

ففي الأحوال التي يمهر الزوج - فى دار الحرب - زوجته خمرا أو خنزيرا ولم تقبضه أو قبضت بعضه دون البعض ، فإن ما قبض لا يرد وما بقي لا ينقضى - وإنما يرجع فيه إما إلى القيمة - فى حالة قبض البعض - وإما إلى مهر المثل فى حالة عدم القبض كليا وذلك عملا بما هو مقرر فى القانون الإسلامى - قانون الموقع الجديد - أما ما يتعلق بالمهر فيرجع فيه إلى قانون الموقع القديم بدليل صحة المطالبة به فى دار الإسلام . وكون المهر مالا متقوما ومحترما يرجع فيه إلى قانون الموقع القديم حيث إنهم يعتقدون حل الخمر والخنزير وذلك على عكس ما عليه العمل فى قانون الموقع

الجديد بشأنها.

وهذا ما عليه فقهاء الشافعية والحنابلة والزيدية والمالكية وأبو حنيفة رضي الله عنه وعنهم[1].

وعليه فمتى أسلم أحد الزوجين أو أحدهما أو رفع الأمر والمطالبة إلى القاضي المسلم فإن تحديد نطاق حق المطالبة بالمهر ومضمونه إنما يرجع فيه القاضى إلى الأحكام المقررة فى الشريعة الإسلامية – قانون الموقع الجديد – أما تسمية المهر وما يصلح أن يكون مهرا فيرجع فى شأنه إلى قانون الموقع القديم .

وما أجمل ما نقل عن الفقهاء فى ذلك ، فقد ذكر الإمام بن الهمام ما يلي " .....وإذا تزوج الذمى ذمية على خمر أو خنزير بعينه ، أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمي لأن شرط صحة التسمية كونه مالا متقوما ، والخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم . بمنزلة الخل والشاة فى حقنا " .

ثم يزيد الإمام الكمال بن الهمام والإمام المرغيناني الأمر وضوحا فى حق المطالبة بالمهر فى دار الإسلام فيقولا ".....إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير . ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض ،

(١) الأم للشافعي - جـ٥ صـ٤٧ وما بعدها ، المغني لابن قدامة جـ ١٠ صـ٣٤ ، شرح الأزهار - المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار - للإمام أبا الحسن عبد الله الشهير بابن مفتاح - جـ٢ صـ٢٦٧ طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت ، شرح الخرشي على مختصر خليل للإمام أبا عبد الله محمد الخرشي - جـ٣ صـ٢٣٠ ، ط دار الكتاب الإسلامي - بمصر ، شرح فتح القدير لابن الهمام ومعه الهداية - جـ٢ صـ٣٨٧ .

وان كانا بغير أعيانهما فلها فى الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل ".[1]

- ونقل عن الإمام الشافعي قوله[2]".....وهكذا إن جاءنا رجلان قد تبايعا خمرا ولم يتقابضاها أبطلنا العقد وان تقابضاها لم نرده لأنه قد مضى ، وان تبايعاها وقبض المشترى بعضا ولم يقبض بعض لم يرد المقبوض ورد ما لم يقبض وهكذا بيوع الربا كلها ....".

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق العينية التبعية المترتبة على المنقول المادي قبل نقله

يقصد بالحقوق العينية التبعية ذلك الضمان العيني الذي يحصل عليه الدائن على أموال المدين ، وتوصف بالتبعية لأنها لا توجد مستقلة وإنما توجد تابعة لدين شخص من أجل ضمان الوفاء به، فهي تهدف إلى ضمان سداد الدين وتجنب الدائن مخاطر إعسارا المدين، وتميزه عن غيره من الدائنين العاديين ، بما يمكنه من استيفاء دينه قبلهم ، فلا يزاحمونه ولا يشترك معهم فى قسمة الغرماء إذا ما كانت أموال المدين عاجزة عن الوفاء بديونه . كما أن هذا الضمان لا يمنع المدين من التصرف فى أمواله أو زيادة ديونه وحتى لا يضار الدائن فان الدائن له على أموال مدينة حق تتبع العين متقلة بالحق فى أى يد كانت ، وعليه فان الحق العينى

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام - جـ٣ صـ٣٨٧ ومعه الهداية للمرغيناني .
(٢) الأم للشافعي - جـ٤ صـ٣٠١ .

التبعي يعد ضمانا مزدوجا فهو ضمان ضد إعسار المدين ، وضمان ضد خطر تصرف المدين فى أمواله[1] .

- على أن التأمينات العينية التبعية الواردة على المنقول تنقسم من حيث مصدرها إلى تأمينات اتفاقية - الرهن الحيازى - وتأمينات قانونية - حق الامتياز - .

- ويقصد بالرهن الحيازى أن يلتزم شخص بمقتضى عقد ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم الدائن أو إلى شخص أجنبى يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس العين إلى حين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والتاليين له فى المرتبة فى اقتضاء الدين من ثمن هذه العين فى أى يد تكون[2] هذا وتنتقل حيازة المال المرهون فى الرهن الحيازى إلى الدائن المرتهن أو إلى أى شخص يتفق عليه المتعاقدان ، ويلتزم بالحفاظ عليها وإدارتها واستثمارها لحساب المدين الراهن ، وانتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الثالث شرط لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير، بخلاف الرسمية فليست شرطا للنفاذ .

- ويقصد بحق الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ، ولا يترتب حق الامتياز إلا بنص القانون، ويعطى حق الامتياز أولوية للدائن على غيره من الدائنين وقد يكون الامتياز عاما يرد على جميع أموال المدين منقولات - عقارات ،و قد يكون

(١) المدخل إلى علم القانون د/سالم عبد الرحمن غميض صـ٢٧٥ .
(٢) المرجع السابق صـ٢٧٩ .

خاصا يرد على مال معين من أموال المدين سواء أكان منقولا - عقارا .[1]

-على أنه من بين المسائل التي تخضع لقانون موقع المنقول ما يتعلق بالتأمينات العينية المترتبة عليه سواء فيما يتعلق بنشأتها ونفاذها وطرق كسبها .....الخ . ولما كان المنقول بطبيعته متحركاً فانه يتصور تغيير موقعه بعدما يكون قد نشأ حق عيني تبعى عليه فى إقليم دولة أخرى .

سا يكون مدعاة للتساؤل الآتي ما القانون الذي يحكم تلك الحقوق ، وهل بإمكان من ترتبت لصالحه التمسك بها فى إقليم دولة النفاذ أم لا ، أو بمعنى آخر هل تخضع لقانون الموقع القديم أم لقانون الموقع الجديد ؟[2].

لمعرفة ذلك ينبغي أن يدور الكلام عن أمرين :

أحدهما : ما يتعلق بنفاذ الحق العيني التبعي .

ثانيهما : ما يتعلق بنطاق ومضمون هذا الحق .

* **ففيما يتعلق بنفاذ الحق العيني التبعي :**

نجد أن المشرع المصري قد عالجها فى المادة ١٨ مدني حينما قرر أن العبرة بقانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق العيني أو فقده . ولعل

(١) المخل إلى علم القانون د/ سالم عبد الرحمن صـ٢٨٠ .
(٢) الكلام هنا له صلة بما سبق الحديث عنه في المسألة الأولى صـ١٤٣ وما بعدها الأمر الذي يدعونا إلى الإيجاز خشية التكرار والتطويل .

ذلك يعكس نظرة المشرع المصري إلى الحق العيني التبعي باعتباره مال منقول. فأخضع التأمينات العينية المنقولة لقانون موقع المال لأن هذا القانون يحمي فى أن واحد عدة مصالح ، مصلحة المدين الراهن ، مصلحة الدائن المرتهن ، أو صاحب حق الامتياز ومصلحة الغير .

- كذلك انتصر المشرع المصري لقانون الموقع القديم لما يحققه هذا القانون من فوائد كثيرة . الأمر الذي يبرهن على إيمان المشرع بضرورة الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة فى الخارج والتسليم به وعدم إهدار تلك الحقوق وعليه فانه يرجع إلى هذا القانون لمعرفة كافة المسائل المتعلقة بنفاذ الرهن الحيازى وحق الامتياز ، والعبرة بما تضمنه هذا القانون من أحكام دون أن يؤثر فيها ما تضمنه قانون الموقع الجديد من أحكام حتى ولو كانت متعارضة معها أو بمعنى آخر شروط صحة الرهن الحيازى وحق الامتياز ووسيلة اكتسابه يتم الرجوع بشأنها إلى قانون القديم .

هذا ولقد قرر الشراح جواز نفاذ الرهن الحيازى الذي تقرر على المنقول فى الخارج على أن بعضهم[1] ذهب إلى حد القول بصحة حق الامتياز على المنقول متى نشأة صحيحا وفقا لقانون موقع المنقول وقت ميلاد الدين .

ورغم تلك المعالجة التشريعية إلا أن بعض الفقه المصري[2] قد

---

(1) p - Bartin - principes de droit international prive t 3 - n - 437

(٢) د/ محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص صـ٤٧٣ .

ذهب إلى القول بوجوب إخضاع التأمينات العينية على المنقول لقانون الموقع الجديد مهدرا بذلك ما اكتسب من حقوق عينية تبعية فى ظل قانون الموقع القديم .

وقد ذكر فى تبرير ذلك قوله . بأنه يجب إخضاع التأمينات العينية على المنقول لمبدأ الإقليمية البحتة سواء فى ذلك الرهن الحيازى وحقوق الامتياز ، بسبب الارتباط الوثيق بين التأمينات العينية وإجراءات التنفيذ الجبري ومؤدى مبدأ الإقليمية البحتة أن أى تأمين عيني على المنقول لا تتجاوز آثاره حدود الدولة التي نشأ فيها ، ذلك أن المسلم به أن إجراءات التنفيذ الجبري تخضع دائما للقانون الإقليمى ،وإن أى تأمين عيني على المنقول يتحلل إلى أمر صادر إلى السلطة المكلفة بالتنفيذ الجبري بمراعاة ترتيب معين بين الدائنين عند بيع المال جبرا وتوزيع ثمنه ، وبديهي أن السلطة المكلفة بالتنفيذ الجبري فى مصر إنما تخضع فى أداء وظيفتها لأوامر المشرع المصري ، فهي لا تلتزم بمراعاة ترتيب معين عند توزيع الثمن إلا إذا كان التأمين قد نشأ وفقا لأحكام القانون المصري ، ويقتضي هذا أن يكون المال المثقل بهذا التأمين موجودا فى الإقليم المصري وقت تقرير التأمين عليه ....."

*** * أما فيما يتعلق بنطاق الحق العيني التبعي ومضمونه :**

فانه يخضع لقانون الموقع الحالي - الجديد - لأنه يعد من قبيل الحالة القانونية للمنقول بالنسبة للمستقبل حيث لا يمكن التمييز والتفرقة بين حق رهن حيازي تم تقريره فى إقليم الدولة وآخر

ترتب على منقول وارد إلى الدولة من الخارج ، وكذا حق الامتياز ، كذلك فان فكرة السيادة الإقليمية البحتة وما تسبغه على القانون الحالي من إقليمية وعمومية تقرر ذلك [1]

الأمر الثاني

احترام الحقوق المكتسبة فى شأن المنقولات المسروقة أو الضائعة

استهلال:

إن المنقولات المعدة للنقل من مكان إلي آخر أو التي انتقلت بالفعل من بلد لآخر تثير صعوبة فيما يتعلق بالحقوق التي تترتب عليها بخصوص القانون الذي يحكمها ، وعلى وجه الخصوص إذا ما صدرت تلك الحقوق من شخص غير مالك لها كالحائز حسن النية حينما يتصرف فى مال حازه بحسن نية أو رتب عليه حق عيني ، فضلا عن حقه فى تملك ما حازه بحسن نية .

فما القانون الذي يرجع إليه فى معرفة مدى تملك الحائز حسن النية لهذا المال هل نرجع إلي قانون الموقع القديم أم إلى قانون الموقع الجديد ؟ .

تلك مسألتان يتعين معالجتهما حيث تظهر منها فكرة احترام الحقوق المكتسبة بصورة دقيقة بما يعكس إيمان المشرع بتلك الفكرة و الاعتماد عليها كأساس للعديد من نصوص القانون ، وهذا نموذج

(١) لمزيد من الإيضاح بهذا الخصوص راجع صـ ١٥ عند الحديث على القانون الذي يحكم نطاق الحق المكتسب بخصوص الحقوق العينية الأصلية .

آخر لتفعيل فكرة الحقوق المكتسبة فى ثنايا القانون، والوقوف على ذلك يقتضي التعرض لتلك الجزئية على النحو الآتي:

المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق المالك الحقيقي للمال المسروق أو الضائع فى استرداده .

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق حائز المال المسروق أو الضائع فى تملكه أو حبسه.

وفيما يلي بيان ذلك:

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق المالك الحقيقي للمال المسروق أو الضائع فى استرداده

المبدأ العام هو ثبوت الحق للمالك الحقيقي فى استرداد ما سرق منه أو ضاع حيث أنه لم يتخلى بإرادته عن هذا المال هذه ناحية ، ومن ناحية أخرى يؤكد هذا المبدأ كون الحائز سيئ النية كما لو كان سارقا أو حائزا عرضيا لمال اشتراه ويعلم أنه مسروق أو ضائع . إذ المالك هنا جدير بالحماية . والحائز تهدر مصلحته إزاء ذلك . ولعل هذا ما نطقت به المادة ١/٩٧٦ مدني حينما ذكرت ".....من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته"[1]

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

على أن سوء النية لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فى ذلك شهادة الشهود وقرائن الأحوال[1] إذا كان هذا هو المبدأ العام إلا أن المشرع قد قيده بقيد زمني حيث يتعين على المالك الحقيقي أن يطالب بحقه فى الاسترداد خلال فترة زمنية معينة و إلا سقط حقه فى المطالبة .

وهذا ما نطقت به المادة ١/٩٧٧ مدني حيث ذكرت " .....يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة[2] فالمتأمل فى هذا النص يدرك أن المشرع قد راعى مصلحة المالك ولكن لحد معين - مدة ثلاث سنوات - يجوز له خلاله أن يسترد المنقول من الحائز حسن النية حيث انه لم يخطئ فقد خرج المال رغما عنه فإذا ما انقضت مدة الثلاث سنوات سقط حقه فى الاسترداد حيث أن هناك مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة المالك وهي مصلحة الحائز حسن النية وفي هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية[3] .

لكن لما كانت التشريعات المختلفة تتفاوت فى شأن تحديد المدة التي

---

(١) الحيازة د/ محمد المنجي الطبعة الثانية سـ١٩٨٥ - منشأة المعارف - صـ١٣٤ .

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

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني د/ عبد الرازق أحمد السنهوري جـ٩ صـ١١٦٤ - أسباب كسب الملكية ط سـ١٩٦٨ - دار إحياء التراث العربى - حق الملكية - د/ عبد المنعم البدراوى - ط١٩٨٦ صـ٥٠٥ نظام الملكية د/ مصطفى محمد الجمال صـ٢٩٦ ط منشأة المعارف ، الحقوق العينية الأصلية د/ نبيل إبراهيم سعد ط سـ٢٠٠١ منشأة المعارف صـ٥٢١ ، الحقوق العينية الصلية والتبعية في التشريع الليبي د/ جمعة محمود الزريقي - الطبعة الأولى سـ١٩٩٦ صـ٣٥٦ - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية .

يسقط فيها حق المالك فى استرداد ملكية المنقول الضائع أو المسروق ممن يكون حائزا له بحسن نية كما لو اشتراه من سوق أو مزاد علني - إذ بعضها يجعلها سنتان كالقانون الإيطالي وبعضها يجعلها ثلاث سنوات كالقانون المصري والعديد من التشريعات العربية[1] فإنه يمكن أن تثار فكرة الحقوق المكتسبة فى هذا الخصوص .

فمثلا إذا اشترى مصري مالا من هذا النوع فى ايطاليا وأتى به إلى مصر بعد مرور سنتين على السرقة أو الضياع فهل للمالك الحقيقي استرداد هذا المال باعتبار أن مدة التقادم المسقط لحقه لم تكتمل وهي ثلاث سنوات وفقا للقانون المصري - قانون الموقع الجديد - أم أن حقه سقط على اعتبار أن مدة السنتين وفقا للقانون الإيطالي - قانون الموقع القديم - قد اكتملت وذلك احتراما لحق الحائز المكتسب فى تملكه لهذا المال ويتعين على القضاء المصري حمايته من خطر استرداد المالك لهذا المال ؟الفقه القانونى بين وجهتين فى هذا الشأن :

*** الوجهة الأولى :**

مفادها بأن العبرة بقانون موقع المنقول وقت رفع الدعوى أو أن العبرة بقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع سواء كان المال المنقول والمتنازع عليه موجودا فى إقليمها أم لا ، أى أن العبرة بقانون الموقع الجديد . لأن الثقة المالية متعلقة بالمنقول فى مكان وجوده ، والقوانين المتعلقة بالثقة العامة فى البلد

---

(٢) موجز القانون الدولي الخاص المصري والمقارن د/ على الزيني - ط سـ١٩٢٩ صـ٢٢٥ - مطبعة الرحمانية بمصر .

يجب أن تكون من النظام العام وعليه يجوز للمالك الأصلي استرداد ماله المنقول فى مصر إذا لم تكن مدة الثلاث سنوات التي يقررها القانون المصري قد مضت بعد[1]

* * الوجهة الثانية :

مفادها أن العبرة بقانون موقع المنقول السابق ، حيث إن المدة اللازمة لسقوط حق المالك فى الاسترداد قد اكتملت ومضت وفق أحكامه ، ويكون حينئذ للحائز حقا مكتسبا فى تملك المنقول حسب قانون موقعه ، ومن القواعد الأساسية فى القانون الدولي الخاص وجوب احترام الحقوق المكتسبة [2]

وهذه الوجهة تتطلب بداهة أن تكون المدة المقررة للاسترداد فى قانون الموقع القديم أقل أو أقصر من تلك المدة المقررة فى قانون

---

(١) من أنصار هذه الوجهة في مصر د/ على الزيني ه- موجز القانون الدولي الخاص- صـ٢٢٦ .

(٢) هذه الوجهة هي السائدة في الفقه المصري : راجع د/ منصور مصطفى منصور مذكرات في القانون الدولي الخاص صـ٢٩٦ ط سـ١٩٥٦ ،سـ١٩٥٧ . د/ جابر جاد عبد الرحمن مبادئ القانون الدولي الخاص مصـ٥٠٢ هامش ٢ ، د/ محمد كمال فهمي- أصول القانون الدولي الخاص صـ٥٧٨ هامش ١ ، د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص جـ٢ صـ٣٩٦ ، د/ هشام علي صادق - تنازع القوانين صـ٨٠٣ ، د/: إبراهيم أحمد إبراهيم ط ٢٠٠٢ صـ٣١٥ ، د/ حامد زكي - أصول القانون الدولي الخاص ط سـ١٩٤٤ صـ١٨٢ بند ١٩٤

ومن الفقه الأجنبي :

p- Surville - cours elementair de droit international prive de - 1925 n- 174 - Paris .

p- Valéry - manuel de droit international prive n- 517 ed 1925 Paris.

الموقع الجديد , أما لو كانت تلك المدة فى القانون القديم أطول من تلك المدة المقررة فى القانون الجديد فإن للمالك الحق فى الاسترداد ولا حق مكتسب حينئذ لحائز المال .

والمتأمل فى المادة ١٨ مدني مصري يعرف أن المشرع قد اعتد بوجهة النظر الثانية وعليه فان حق المالك الأصلي فى الاسترداد يكون بالرجوع إلى الحكام المقررة فى قانون الموقع القديم – قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة , كما أن القيد الزمني مرتبط بواقعة السرقة والفقد وهذه تمت فى إقليم دولة الموقع السابق فيتعين أخذ ذلك فى الاعتبار، وفي ذلك تحقيق لاستقرار المعاملات والثقة فى المعاملات الدولية .....الخ .

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق حائز المال المسروق أو الضائع فى تملكه أو حبسه

إذا كان المشرع قد راعى مصلحة المالك الحقيقي بأن جعل له الحق فى استرداد مسروقاته أو مفقوداته خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ الفقد أو السرقة ، فان هذه المدة تعد فى حقيقتها قيدا على إعمال قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز حيث يتعطل إعمالها فى حق الحائز طيلة هذه المدة . فضلا عن توافر شروط أخرى بجوارها، فإذا ما انقضت تلك المدة عادت لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز مفعولها ويتحول الحائز إلى مالك على وجه نهائي بدليل أنه لو رفعت دعوى الاسترداد فإنها تعد غير مقبولة

لرفعها بعد انقضاء المدة المحددة لها[1] ، ولكن وفقا لأي قانون يتم تفعيل تلك القاعدة من حيث شروط إعمالها والآثار المترتبة على الملكية أو الحقوق العينية .....الخ هل يتم الرجوع إلى قانون الموقع القديم التي تحققت فى ظله الحيازة أم نرجع إلى قانون الموقع الجديد والذي انتقل إليه المنقول بعد ذلك ؟ .

إعمالا للمادة ١٨ مدني يتعين القول بإعمال قانون الموقع القديم فى هذا الشأن على اعتبار أن الحائز قد اكتسب حقا فى تملك المنقول بسبب الحيازة والتي تعد سببا صحيحا للتملك ، وقد نطقت المادة ١٨ بذلك حيث جاء فيها " ويسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها " ومن ثم يتعين احترام حق الحائز والذي اكتسب فى ظل قانون الموقع القديم أمام قضاء دولة النفاذ - التمسك بالحق - ، ولقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ذلك[2] . حيث ذكرت إن النص السابق (م١٨) الذكر كان يشتمل فى المشروع الأول على عبارة تنص على انه " ويجب فى البلد الثاني الذي انتقل إليه المنقول احترام كافة الحقوق الخاصة بالحيازة والملكية وسائر الحقوق الأخرى المكتسبة على المنقول المادي وفقا لأحكام قانون موقعه

(١) الوسيط د/ السنهوري جـ٩ صـ١١٦٢ ، الحيازة د/ محمد المنجي صـ١٤١ ، نظام الملكية د/ مصطفى محمد الجمال صـ٢٩٤ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ١ صـ٢٧٦ وما بعدها .

وذلك إلى حين نشوء حق جديد بمقتضى قانون البلد الآخر " هذا وان صدر القانون فى صورته النهائية بصياغة مختلفة إلا أنه لا يعني عدولا منه عن الرأي الذي يعتنق - وهو العمل بقانون الموقع القديم .

- وفيما يتعلق بحق الحائز حسن النية فى حبس المنقول المسروق والضائع نذكر بأن هذا الحق يكون فى الأحوال التي يرفع فيها المالك الأصلي دعوى الاستحقاق فى غضون مدة الثلاث سنوات المحددة لذلك فمتى فعل ذلك كان له الحق فى استرداد المنقول لكنه لا يمكنه جبر الحائز على ذلك دونما تعويضه حيث إن الحائز يكون فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية فهاهو حسن النية فضلا عن أنه مدعوم بملابسات خارجية تحمله على الاعتقاد بسلامة التعامل وقد حددت المادة ٩٧٧ مدني ذلك بقولها " ٢- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر فى مثله فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه"[1] فالحائز يكون له الحق فى حبس المنقول لحين استرداد ما دفعه فيه من ثمن لكن لو سلم الحائز المنقول للمالك فانه يفقد ضمان الحبس دون الحق فى استيفاء الثمن .....الخ *وخلاصة القول* :

أن هذه الأحكام وغيرها إنما يرجع فى شأنها لقانون الموقع

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

القديم فيتم الرجوع إليه لمعرفة مدة الاسترداد ، وتحديد نطاق التعويض والحق فى الحبس على أن هذا الحكم ليس بغريب عما هو مقرر فى الفقه الإسلامي – لكن مع بعض الفروق – حيث اعترف الفقه الإسلامي للحائز حسن النية بالحق فى تملك المنقول بالحيازة وذلك على اثر نشوء حق مضاد له طبقا لقانون الموقع الجديد .

فقد ذكر الإمام بن قدامه ما نصه[1] " ....وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به (أى يرد إليه بغير شيء) وان أدركه مقسوما (أو مشترى) فهو أحق به بالثمن الذي ابتاعه من المغنم (أى بأداء قيمته أو ثمن شرائه) فى إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى إذا قسم فلا حق له فيه بحال ....." ، فحق المالك الأصلي فى الاسترداد قد سقط بحدوث قسمة هذا المال قسمة هذا المال أو شرائه منه قبل شخص آخر . أما قبل قسمة هذا المال فان للمالك الحق فى استرداده دون شيء وان طالب به بعد قسمته فيتعين عليه تعجيل الثمن فى إحدى الروايتين والرواية الأخرى لا يحق له ذلك بحال ، كل هذه الأحكام مرجعها قانون الموقع القديم – القانون الإسلامى– حيث إن الكلام فى الأموال التي أخذها أهل الحرب من المسلمين . فواقعة الاستيلاء قد تمت فى دار الإسلام ثم انتقل المال لدار الحرب ، وما قيل بأن المال على ملك صاحبه وله الحق فى استرداده بغير شيء أى بغير

(١) المغني لابن قدامه جـ١٣ صـ١١٧ ، ١١٩ .

تعجيل الثمن فقد رده العلامة ابن قدامة بقوله بأنه مخالف للإجماع ومعارض لقوله صلى الله عليه وسلم " من أدرك ماله من الفيء قبل أن يقسم فهو له وإن أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء ".

غاية ما هنالك أن الفقه الإسلامي لم يحدد مهلة زمنية معينة لسقوط حق المالك الحقيقي فى الاسترداد ، وإنما ربط ذلك بنشوء حق مضاد لحق المالك على المنقول المستولى عليه .

الغصن الثاني
احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى
مسألة المنقول المعنوي

تمهيد :

يراد بالمنقول المعنوي كل شيء لا يقع تحت الحس ولكنه يصلح محلا للحقوق العينية ، ويطلق على الحقوق التي ترد على الأموال المعنوية الحقوق المعنوية وهي سلطات يقررها القانون الشخصي على شيء معنوي ومن أمثلتها الحقوق الذهبية والفكرية كحق المؤلف والمخترع .....الخ ، هذا وهناك من الحقوق الشخصية ، ما يمكن النظر إليه باعتباره مالا قابلا للتعامل – على أنه منقول معنوي بصرف النظر عن مصدره وهو ما يطلق عليه الديون، غير أن من يتأمل فى نصوص القانون المصري يجده خاليا من أى نص يعالج القانون الواجب التطبيق فى مسألة المنقول المادي فقط، ولما كانت المنقولات المعنوية يتصور فى حقها تغيير

موقعها ، فانه يتصور فى حقها إمكانية التمسك بفكرة الحقوق المكتسبة . فهل يسمح مشرعوا الدول وقضائها للأشخاص التمسك بالحقوق التي ترتبت لهم وفقا لقانون سابق على تلك الأموال المعنوية أم أن هذه الحقوق تفقد مركزها وقيمتها القانونية لمجرد مجاوزتها الحدود السياسية ووقوعها تحت سلطان قانون دولة جديدة يختلف عن قانون دولة النشأة ؟

هذا ما يحاول الباحث الوقوف عليه من خلال الصفحات الآتية ويقترح التصور الآتي :

الأمر الأول :احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الديون .

الأمر الثاني :احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الملكية الفكرية.

وفيما يلي بيان ذلك .

الأمر الأول

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الديون

استهلال :

الديون وإن كانت من قبيل الحقوق الشخصية إلا أنها نظرا لاعتبارها أموالا معنوية تفترق عن سائر الحقوق الشخصية فى أنها تخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الأموال عامة ، وحيث لا يوجد تركيز مادي حقيقي لهذه الأموال فى موقع معين ، فانه تظهر فى الأفق صعوبة إعمال تلك القاعدة . وعليه فلابد من التركيز الافتراضي – المجازي – لهذه الحقوق باعتبارها أموالا ، ليتم إسنادها لقانون معين .

غير أن الفقه لم يعتنق قاعدة إسناد وحيدة فى شأن هذه الأموال بل كان ولا بد من إعطاء حل منفرد لكل طائفة على حدة ، ويفرق الشراح بين نوعين من الديون – الحقوق –

١- الديون العادية : ٢- الديون الثابتة فى أوراق قابلة للتداول.

وعلى أية حال فانه يتصور إيراد فكرة الحقوق المكتسبة فى شأن هذين النوعين . والوقوف على ذلك يقتضي التعرض لهذا على النحو الآتي :

المسألة الأولي : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الديون العادية.

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الديون الشخصية الثابتة فى الأسهم والسندات لحاملها .

وفيما يلي بيان ذلك :

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص

الديون الشخصية العادية

إن الوقوف على القانون الواجب التطبيق على الديون يمكن الوصول إليه من أحد نظرتين :

الأولي : النظرة الشخصية للديون باعتبارها ناشئة عن علاقات شخصية بين الدائن والمدين ، وهذه العلاقة قد يكون مصدرها العقد فيحكمها قانون الإرادة و إما أن يكون مصدرها الفعل – الوقائع القانونية – النافع أو الضار فيحكمها القانون المحلي .

الثانية : النظرة الموضوعية للديون باعتبارها أموالا مجمدة يمكن نقلها من جهة إلى أخرى ، وفي هذه الحالة تخضع لقانون موقع المال، وحديثنا عن الديون الشخصية العادية يكون من خلال النظرة الموضوعية لها وما بين تلك النظرة وطبيعتها غير المحسوسة لا تشغل حيزا ماديا فى المكان ، وإمكانية نقلها من دولة إلى أخرى نجد اختلافا للفقه فى شأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

ويمكن رد هذا الخلاف الفقهي إلى فكرتين أساسيتين هما :

*** الفكرة الأولى :تطبيق قانون الموقع**

مفاد تلك الفكرة وجوب تطبيق قانون الموقع ، وذلك على أساس أن الدين يعتبر عنصر من عناصر الذمة المالية ، ويمكن تقريبه ولو عن طريق المجاز لفكرة المال المادى وإدخاله فى طائفة القانون العيني ، وعليه فان الديون بوصفها أموالا معنوية فإنها تخضع لقانون الموقع شأنها فى ذلك شأن الأموال المادية . ولكن ما المقصود بهذا الموقع ؟ . قيل يقصد بالموقع قانون موطن المدين أو قانون موطن الدائن . لكن السائد فى الفقه الفرنسي[1] أنه قانون موطن المدين ، فتركيز العلاقة بين الدائن والمدين لا يتأتى على الوجه المناسب إلا فى موطن المدين ، فهو المكان الذي يسهل فيه

(1) P - Pigeonnieré et loussouarn - précis de droit international privé 8 éme edition - Dalloz - 1962 - p 590 .
p - Bartin - princpes de droit international prive - t3 - prive - t - 3 - p 31 - 32 .
P- Batifol-traité éléementair de droit international privé 8eme edition -P587-Paris

على الغير التعرف على الدين[1] وعلية فيرجع إلى قانون موطن المدين لمعرفة حوالة الحق الشخصي أو رهنه ، لكن ما يتعلق بالعلاقة بين الدائن والمدين المحيل والمحال له فهي تخضع لقانون الإدارة باعتبارها علاقة تعاقدية .

**** الفكرة الثانية :تطبيق القانون الذي يحكم العلاقة بين الطرفين.**

مفاد تلك الفكرة تطبيق القانون الذي يحكم العلاقة بين الطرفين ، فالقانون الذي يحكم مصدر الحق سواء أكان عقد – تصرفات قانونية – أو وقائع قانونية – العمل النافع أو الضار – هو الذي يحكم فى نفس الوقت قابلية هذا الحق للانتقال بالحواله أو الرهن مثلا . وذلك من منطلق الحرص على توحيد القانون الذي يحكم الحق ذاته والقانون الذي ينظم العلاقة بين الطرفين ، وقابلية هذا الحق للانتقال إلى الغير من جهة أخرى .

- ويبارك جانب من الفقه المصري[2] والفقه الحديث في فرنسا هذه الفكرة حيث يقرر أن القانون الذي يحكم الحق في العلاقة بين الطرفين – قانون مصدره – هو الذي يحكم مسألة قابلية أو عدم قابلية الحق للانتقال بالحواله أو الرهن ، كما يحكم القانون نفسه إذا ما تمت الحوالة العلاقة بين المحال له والمحال عليه – المدين – لأن المحال له قد اكتسب حقا معينا وفقا لقانون مصدره . فهذا

(١) د/ فؤاد رياض في مؤلفه تنازع القانون بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان صـ٣١٤ .
(٢) د/ منصور مصطفى منصور . مذكرات في القانون الدولي الخاص صـ٣٠٢ .
P -Batiffol et lagarde - droit international privé cinquiéme edition - p540 - tomes - t - et - II - 1970 - Paris .

القانون هو الذي يحدد مضمونه ما آل إلى المحال له .

وعلى أية حال سواء أكانت العبرة بقانون الموقع أو قانون مصدر الحق ، فان المحال له إذا ما اكتسبت حقا معينا تجاه المحال عليه وفقا لقانون موطنه السابق ثم غير موطنه ، وكان قانون الموطن الثاني لا يقر هذا الحق أو يعدل فيه . فان العبرة حينئذ تكون بقانون الموقع القديم – قانون مصدر الحق – بشان هذا الحق وتحديد مضمون ما آل إلي المحال له دونما نظر إلى قانون الموقع الجديد أو قانون الدولة التي تتم فيها المطالبة . حيث أن المحال له يكون قد اكتسب حقا وفقا لقانون الموقع القديم يتعين احترامه وعدم إهداره ، وذلك تحقيقا لسلامة المعاملات وإشاعة الطمأنينة فى المبادلات الدولية – وعليه لو قام المحال له بالمطالبة بحق فى الحوالة التي تمت ونشأت صحيحة وفقا لقانون موطن المدين المحال عليه فانه لا يمكن للأخير أن يدفع ذلك أو يطعن فيه حسبما هو مقرر فى قانون الموطن الجديد ، إذ العبرة بما يقرره قانون الموطن الأول وما تضمنه من أحكام .

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الديون الشخصية الثابتة فى الأسهم والسندات لحاملها

إن الدين الشخصي الثابت فى ورقة قابلة للتداول لا يعدو أن يكون منقولا معنويا باعتباره مالا مجمدا يمكن نقله من مكان إلى مكان

دونما نظر إلى العلاقة بين الدائن والمدين وهذا فضلا عن أنه ثابت فى ورقة تجارية قابلة للتداول ، ويتداخل بها ويتم تداوله فيها بالتسليم أو المناولة وهذا يكون فى حق الأسهم والسندات لحاملها وهى تعد من قبيل المنقولات المادية وعليه تخضع لقانون الموقع .

- على أنه يقصد بالسند لحامله تلك الورقة التجارية[1] التي تتضمن تعهد محررها بدفع مبلغ معين لحامل السند بمجرد الإطلاع أو فى تاريخ معين أو قابل للتعين ، فهي لا يدون فيها اسم صاحبها ، وإنما تطبق عليها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز لذا تنتقل ملكيتها بالمناولة اليدوية دون أى شكليات أخرى ، أو هي عبارة عن صك يعتبر حائزه مالكه ، حيث لا يذكر فيه اسم الدائن ، ويتمتع حامله بكل الحقوق التي يعطيها السند ويجوز التنازل عنه بالمناولة .

ويراد بالسهم لحامله[2] تلك الحصة التي يمكن تداولها دون الرجوع إلى الشركة فهي جزء من رأس مال الشركة يمكن تداولها بين الأفراد مباشرة دون الرجوع إلى الشركة أو اتخاذ إجراءات خاصة فى هذا الشأن ، ويمكن لحامله أن يتصرف فيها وقتما شاء دون أن

---

(١) الشركات التجارية د/ محمد فريد العريني ط سـ٢٠٠٢ دار المطبوعات الجامعية صت٣٠٠ ، الشركات التجارية د/ أحمد محمد محرز ط سـ٢٠٠٠ - القاهرة - صـ٥١١ بند ٤٧٦ ، اقتصاديات النقود والبنوك د/ أنور إسماعيل الهواري ، د/ عبد الباسط وفا محمد - بدون تاريخ أو جهة نشر - صـ١٦٧ .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د/ محمد عثمان شبير ط٤ سـ٢٠٠١ دار النفائس صـ٢١٣ ، الشركات التجارية د/ محمد فريد العريني صـ٢٧٠ ، الشركات التجارية د/ أحمد محمد محرز صـ٤٦٦ بند ٣٨ - سياسات وأدوات المالية العامة د/ عبد الباسط وفا محمد ط سـ٢٠٠١ سـ٢٠٠٢ دار النهضة العربية صـ١٨٥ .

يتوقف ذلك على إجراءات معينة ، وهي لا يدون فيها اسم صاحبها وتحكمها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز أو هي عبارة عن صك الشريك لإثبات حقه فى الشركة لكنه لا يذكر فيه اسم المساهم ، ويعتبر حاملها مالكا له ، أى أن الحق الثابت فى السهم يندمج فى الصك ذاته فتصبح حيازته دليلا على الملكية .

ولهذا يعتبر السهم لحامله من المنقولات المادية التي تخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ويتم تداوله بالتسليم . فالسهم أو السند لحامله يعطي لحامله حقا متمثلا فيما تضمنه السهم أو السند ولما كان من المتصور فى حقه الانتقال فان ذلك ينعكس على قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه و يجعلنا نتساءل ما الموقع الذي نعتد بقانونه ليحكم هذا الحق الشخصي من حيث نشأته وانقضائه وكل ما يتعلق به ، هل نعتد بقانون الموقع القديم أم بقانون الموقع الجديد ؟.

إن القياس القانونى فى هذا الشأن يفيدنا كثيرا فى الوقوف وبصورة موجزة على الحكم فنقول لما كان السهم والسند لحامله من قبيل المنقولات المادية فانه يخضع لقانون الموقع . ولقد وجد فى الفقه القانونى كما سبق أن ذكرنا فكرتين وهما إما إخضاعه لقانون الموقع القديم أو إخضاعه لقانون الموقع الجديد ولكل مبرراته ووجهته[1] .

وقد انتصر المشرع المصري فى المادة ١٨ مدني لقانون الموقع

(١) راجع ما سبق صـ١٥٨ وما بعدها .

القديم مما يؤكد تمسكه بتفعيل فكرة الحقوق المكتسبة مراعاة للعديد من المصالح وذلك بنص صريح لا يدع مجالا للشك حيث ذكرت.....ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها .

- وعليه فالعلاقة بين محرر السهم - مُصدِره - والسند وحامله يحكمها قانون الموقع القديم ، فحق حامل السهم أو السند يرجع فيه لقانون الجهة التي وجد فيها السهم أو السند وقت تحقيق السبب - الناقل للحق أو الدين الثابت فى الورقة[1] .

أما الجانب التعاقدي فى الورقة لحاملها فهو يخضع بدون شك للقواعد العامة التي تحكم العقد وهي إما قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون بلد التعاقد.....

لكن خضوع الصك لحامله لقانون موقعه على هذا النحو إنما ينصرف إلى العلاقات فيما بين الحائزين المتعاقبين للصك، كما يحكم هذا القانون نظام تداوله .

(١) في الإشارة إلى ذلك راجع : القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبد الله صـ٤١٥ . تنازع القوانين د/ فؤاد رياض مع د/ سامية راشد صـ٣١٤ ، تنازع القوانين د/ فؤاد رياض مع د/ محمد الترجمان صـ٣١٤ ، مبادئ القانون الدولي الخاص د/ جابر جاد عبد الرحمن صـ٥٠٧ .
المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية د/ أحمد عبد الرحيم سلامة ط١ - دار النهضة العربية صـ٣٢٩ ، تنازع القوانين د/ هشام على صادق صـ٨٢١ .
الوسيط في القانون الدولي الخاص د/ بادر الدين عبد المنعم شوقي ص١٨٢.

الأمر الثاني

احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الملكية الفكرية

استهلال :

أوجد تطور الحياة البشرية نوعا آخر من الحقوق ينتمي إلى الحقوق الخاصة ويحمل جانبين أحدهما مالي والأخر غير مالي هذا النوع ما تعارف الشراح على تسميته حقوق الملكية الفكرية ، تلك الملكية التي ترد على نتاج الذهن والفكر، ولا تشغل حيزا من الفضاء الخارجي . وهى تنقسم إلى مجموعتين .

الأولى : تكفل حماية حقوق المؤلفين على ما يخرجونه من كوامن النفس أو الفكر إلى حيز التعبير الخارجي فى شكل نتاج ذهني مبتكر فى مجال العلوم والآداب والفنون ويطلق عليها الحقوق الذهنية أو الملكية الأدبية والفنية .

الثانية : تكفل للصناع والتجار حماية العناصر الأساسية لمنشآتهم كالاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية ويطلق عليها حقوق الملكية الصناعية والتجارية على أن دراستنا لهذا النوع من الملكية -الفكرية- يكون من خلال التعرض لفكرة الحقوق المكتسبة فى شأنها خاصة وأن طبيعتها - المتنقلة - تقبل ذلك ويكون تساؤلنا حول ما اثر تغيير موقع تلك الأموال على ما اكتسب عليها من حقوق ومراكز قانونية وفقا لقانون موقعها السابق . هل يتم إهدارها أم يتعين احترامها وللوقوف على ذلك **يقترح الباحث التصور الآتي :**

المسألة الأولى :احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق الذهنية.

المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الملكية الصناعية والتجارية .

وفيما يلي بيان ذلك :

المسألة الأولى

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق الذهنية .

يقصد بالحقوق الذهنية تلك الحقوق التي تكون لشخص على أعمال من خلقه وابتكاره تنفصل عنه وتتجسد فى صورة ما ولكنها تظل منسوبة إليه من نتاج الذهن وتعبر عن شخصيته وملكاته وقدراته[1] ، ويطلق عليها عدة مسميات منها - حقوق الفكر - الملكية الأدبية والفنية وعلى أى حال فان هذه المسميات تعبر عما اصطلح على تسمية فى اللغة الشائعة بحق المؤلف .

ولقد استقر الفقه القانونى على إخضاع تلك الحقوق للقانون الإقليمى باعتباره القانون الواجب التطبيق . ورغم هذا الاستقرار إلا إن الخلاف قد دب بين الفقهاء فى صياغة الوسيلة التى تؤدى إلى تلك النتيجة ، وتبدو أهمية هذا الخلاف تماما فى المسألة محل الدراسة

---

(١) دروس في المدخل للعلوم القانونية د/ نعمان جمعة - دار النهضة العربية سـ١٩٧٧ - القاهرة ،صـ٣٧٥ ، المدخل لدراسة القانون د/ نزيه الصادق المهدي - دار النهضة العربية القاهرة سـ١٩٧٧ صـ٤٣ ، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية المؤلف د/ أشرف وفا محمد - دار النهضة العربية القاهرة سـ١٩٩٩ صـ٩ .

والبحث – مدى تمتع حق المؤلف بالنفاذ الدولي من عدمه – إن معرفة ذلك تتوقف بالدرجة الأولى على هذا الخلاف الفقهي المحمود فى شأن الوسيلة التي تمكننا من الوصول إلى القانون الإقليمى الواجب التطبيق .

وينحصر هذا الخلاف فى رأيين :

* **الرأي الأول :** مفاده أن المنقول المعنوي باعتباره مالا يخضع لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه ، لكنه نظرا لطبيعته غير المحسوسة فإن المشكلة تبدوا فى تركيزه مكانيا ولهذا نرجع إلى الموقع الافتراضي أو المجازى فى هذا الشأن – ويتحدد هذا الموقع بالنسبة للملكية الأدبية والفنية على أساس النظر إلى هذا الحق العيني باعتباره فى الحقيقية احتكار استغلال يباشره صاحبه عن طريق إخراج الفكرة الأدبية أو الفنية بما يلائمها من وسائل كالطبع والنحت .....فى المحيط الذي يتوسم نجاحها فيه وتجاوبها مع ذوقه ، ويعد مكان الإخراج الأول أو النشر الأول هو مقر حق المؤلف وهو ما يطلق عليه بلد الأصل وعليه فالعبرة بقانون بلد الأصل فى كل ما يتعلق بهذه الملكية من حيث موضوعها ونطاقها ومدتها[1] على أن تطبيق قانون بلد الأصل يستند كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسى بل ويقع فى نطاق حماية

(1) P-Batiffol - traité élémentaire de droit international privé ed - 4- Paris -1967- n 530.
P-Bartin - principes de droit international privé - t-III-p57 .

الحقوق المكتسبة[1].

** **الرأي الثاني :**

مفاده أن المنقول المعنوي باعتباره مالا يخضع لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه وذلك تأسيسا على أن هذه الملكية حقيقتها احتكار ، والمفروض أن الدولة بمظلق سيادتها تمنح ما تشاء من احتكارات على إقليمها ، وتقع هذه الاحتكارات فى مجال السلطان الإقليمى باعتبارها من مسائل الأمن المدني .

أما محاولة تركيز هذه الأموال مكانيا عن طريق المجاز يستعاض عنه بتدبر حقيقة الأمر ، وعليه فالملكية الأدبية والفنية والصناعية تخضع للقانون الإقليمى وهو قانون الدولة التي تمنحها وتحميها بوصفها احتكارا لصاحب الفكرة المبنية عليها هذه الملكية[2] .

الأمر الذي يترتب عليه عدم وقوعها فى نطاق تنازع القوانين ، لأنه لا يمكن النظر إلى حق المؤلف على أنه شيء له موقع يتعين البحث عن قاعدة الإسناد الخاصة به لأنه شيء من صنع السيادة الإقليمية وحينئذ يكون التساؤل المطروح هو مدى تمتع الأجانب به من عدمه.

– معنى ذلك أن الحق الذي يتقرر فى دولة بعينها وفقا لقانونها لا يحظى بالنفاذ فى دولة أخرى ، إذ كفالة الأمن المدني فى الدولة

(1) P-Pigeonnieré - Paris de droit international privé -ed 8-1962- n-473 .
(2) P- Niboyet - traité de droit international privé Français -t-4-n-1309- et1313 .

تخلص لها ، ولكن للدولة أن تقرر حماية العمل الأدبي الفني أو الصناعي الأجنبي الذي نشأ فى نطاقه هذا العمل .

-على أنه يقصد ببلد الأصل فى حق المؤلفات المنشورة الدولة التي نشر فيها المؤلف لأول مرة ، أما المؤلفات غير المنشورة فان الفقه الغالب أن بلد الأصل بشأنها هو الدولة التي يحمل المؤلف جنسيتها ، ويتم الاعتداد بالموطن أو محل الإقامة فى حال تعذر إعمال قانون الجنسية[1] .

- و أيا ما كان الأمر فإن من المتصور تغيير ظرف الإسناد فى حق المؤلف بعد ما يكون قد اكتسب من حقوق على مؤلفه فى بلد أول نشر أو وفقا لقانون جنسيته أو موطنه . وحصل على اعتداء على مؤلفه مثلا ، أو أراد أن يمارس عليه حقوقه ، وكان قانون بلد التداول لا يقر ذلك أو يعدل فيه ، أو أن له فيه تنظيما مختلفا ، كما لو كان قانون بلد أول نشر يجعل مدة الحماية المقررة للمؤلف على مصنفه عشر سنوات مثلا ، وقانون بلد التداول يجعلها خمس عشرة سنة ، فأي القانونين نعتد به قانون الموقع القديم أم قانون الموقع الجديد ؟ .

- مما لاشك فيه أن المراكز القانونية أو الحقوق التي تترتب على المؤلف بعد نقله إنما تخضع لقانون الموقع الجديد ، وكذلك المراكز القانونية التي اكتملت عناصرها فى ظله .

---

(١) الحماية الدولية لحق المؤلف د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - ط سـ١٩٩٢ صـ٢٢٨ .

أما المركز القانونية التي اكتملت عناصرها فى ظل قانون الموقع القديم فإنها تكون بمثابة حقوق اكتسبها المؤلف على مصنفه ، ويتعين حمايتها وعدم إهدارها بحجة تجاوزها الحقوق السياسية لقانون بلد النشأة .وذلك قياسا على المنقول المادى من باب أولى حيث إن المنقولات المادية يتصور فى حقها الانتقال من إقليم لآخر فان الملكية الأدبية والفنية بطبيعتها ملكية متنقلة - متعدية - إذ من الصعوبة بمكان جعلها حبيسة حدود الدولة نظرا للتطور الهائل والسريع فى التقنية الحديثة لوسائل الاتصالات بأنواعها المختلفة فهي ملكية قانونها قوة الانتشار وسرعة اجتياز الحدود السياسية للدول .هذا فضلا عن أن سريان قانون الموقع القديم يساعد على الابتكار والنتاج الذهني ، إذ من شأن ذلك إشاعة الثقة والطمأنينة لدى مؤلفي المصنفات المختلفة .

كما أنه يساعد على تحقيق وحماية مصالح الغير الذين تترتب لهم حقوق على المصنف وفقا لقانون موقعه القديم وذلك لمعرفتهم المسبقة بأحكامه ، وكونه يحقق أمانيهم وآمالهم دونما أية مفاجآت ، لكن فى سريان الموقع الجديد عليهم مفاجأة لهم ، ومخاطرة بحقوقهم ، إذ يتوقف الأمر على مجرد الصدفة المتمثلة فى تطابق أحكام القانونين . لكن فى غالب الأحيان تتفاوت أحكامهما .

- على أنه يرجع لقانون بلد الأصل فى كل ما يتعلق بموضوع الحق وشروط صحته أما مضمونه ونطاقه فإنه يرجع فى شأنه إلى قانون بلد التداول أو قانون بلد الحماية .

المسألة الثانية

احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حقوق الملكية الصناعية والتجارية

يراد بحقوق الملكية الصناعية والتجارية تلك الطائفة من الحقوق التي ترتكز على الإبداع والخلق الذهني فى مجالات العلوم التطبيقية الصناعية والطبية والزراعية والتجارية .....الخ .

وتحظى تلك الحقوق فى الوقت الحاضر بأهمية بالغة ، نظرا للتفاوت الخطير بين مستويات النمو الاقتصادي والاجتماعي بين الدول ، خاصة بعد تعاظم الطلب على الاختراعات والابتكارات من قبل الدول النامية .

لذا كان من الضروري التدخل لحماية تلك الحقوق على النطاق الدولي وهذا ما عنى به الفقه القانونى حينما تعرض لبيان القانون الواجب التطبيق عليها باعتبارها مالا معنويا ترد عليه حقوق الملكية العينية الأصلية والتبعية التي تلائم طبيعتها .

وتشمل حقوق الملكية الصناعية والتجارية من بين ما تشمل ما يلي:

*** أولا : حق المخترع – براءة الاختراع .**

ويعنى حق المخترع فى الاستئثار بالاستفادة بفكرته الإبتكارية واحتكار استغلالها اقتصاديا والحصول على ما يدره ذلك الاستغلال من أرباح أو مورد مادي[1] .

---

(١) علم قاعدة التنازع د/ أحمد عبد الكريم - صـ١٠٢٨ ، تنازع القوانين -د/ جمال محمود الكردي -صـ٤٤٦ .

ومن المستقر عليه فى الفقه[1] سريان قانون الدولة التي منحت براءة الاختراع فيما يتعلق بحق المخترع على اختراعه فيرجع لهذا القانون لحكم شروط صحة البراءة ومدتها والحقوق التي تمنحها للمخترع وأسباب بطلانها أو سقوطها أو التنازل عنها ونقل ملكيتها ورهنها .....الخ وذلك بصرف النظر عن جنسية طالب البراءة فتعبر تلك الدولة التي منحت البراءة وكأنها بلد الأصل .

**** ثانيا : حق صاحب الرسم أو النموذج الصناعي :**

ويقصد بالرسم أو النموذج الصناعي كل شكل أو قالب خارجي يصب فيه منتج معين أو سلعة ، وكذلك كل شكل يوضع على سطحها ، فالرسوم أو النماذج الصناعية قوامها ابتكار وخلق ذهني يتناول المنتجات من حيث شكلها . ولصاحب الرسوم أو النماذج حق ملكية عليها باعتبارها أمولا معنوية قابلة للتعامل ، أو ترد عليها الحقوق العينية التي تتناسب مع طبيعتها[2] .

على أن الغالب فى الفقه القانونى[3] إخضاع الرسوم أو النماذج الصناعية لقانون الدولة التي تم فيها إيداع أو تسجيل الرسم الصناعي لأول مرة باعتبار أن التسجيل وإن لم يكن منشئا للحق ، إلا أنه قرينة على وجوده ، فضلا عن أنه الوسيلة المقابلة لنشر

---

(١) في الإشارة إلى ذلك : د/ فؤاد رياض ،د/ سامية راشد - تنازع القوانين صـ٣١٢ بند ٢٤٥ ، د/ هشام على صادق - تنازع القوانين صـ٨١٥ ، د/ جمال محمود الكردي - صـ٤٤٦ .

(٢) علم قاعدة التنازع د / أحمد عبد الكريم - صـ١٠٣٣ ، تنازع القوانين د/ جمال محمود الكردي صـ٤٤٧ .

(٣) د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص -جـ٢ صـ٤٠٤ ، د/ فؤاد رياض ، د/ سامية راشد - تنازع القوانين - صـ٣١٢ ، د/ هشام على صادق - تنازع القوانين - صـ٨١٦ ، د/ أحمد عبد الكريم - علم قاعدة التنازع - صـ١٠٣٤ ، د/ جمال محمود الكردي - تنازع القوانين - صـ٤٤٧ .

المؤلف بخصوص حق المؤلف ، فتعتبر تلك الدولة وكأنها بلد الأصل .

*** ثالثا : حق صاحب العلامة التجارية :

ويراد به كل إشارة أو رمز يتألف من كلمة أو حرف أو رقم أو رسم أو صورة أو شعار .....يستخدم فى تمييز منتج معين أو سلعة لمشروع تجاري أو صناعي أو زراعي وللدلالة على أن خدمة معينة يؤديها مشروع أو شركة معينة ، ولصاحب العلامة التجارية حق ملكية عليها واحتكارها وبيعها ورهنها أسوة بغيرها من الأموال الأخرى[1] .

والفقه الراجح[2] على أن القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية هو قانون الدولة التي سجلت فيها العلامة ، بصرف النظر عن جنسية صاحب العلامة أو أصل المنتجات التي تحميها .

ويرجع إلى هذا القانون فى كل ما يتعلق بشروط اكتساب الحق فى العلامة ومشروعيتها ، ومدى وجوب تسجيلها ، ومن له الحق فى ذلك ، والآثار المترتبة على التسجيل ومدة الحماية ، وكيفية التعامل والتصرف فيها .....الخ .

على أن صور الملكية الصناعية والتجارية السالف ذكرها يجمع بينها خضوعها لقانون موقعها وهو قانون الدولة التي منحت براءة

---

(١) علم قاعدة التنازع - د/ أحمد عبد الكريم - صـ١٠٤٣ ، تنازع القوانين - د/ جمال الكردي صـ٤٤٦.

(٢) تنازع القوانين - د/ هشام على صادق - صـ٨١٧ ، علم قاعدة التنازع - د/ أحمد عبد الكريم - صـ١٠٤٥ ، تنازع القوانين - د/ جمال محمود الكردي - صـ٤٥٠ .

الاختراع أو قانون الدولة التي سجلت فيها العلامة التجارية أو أودع لديها الرسم الصناعي وذلك تأسيسا على أن هذه الحقوق من قبيل الحقوق العينية التي لا ترد على شيء محسوس وأنه يتعين تركيزها مكانيا لمعرفة موقعها ولا مناص من اللجوء إلى التركيز المكاني المجازي - الافتراضي - لها حتى يتسنى القول بإخضاعها لقانون الموقع قياسا على الأموال المادية .

- ولما كانت طبيعة تلك الحقوق أنها قابلة للانتقال من دولة لأخرى ، واختلاف تنظيمها القانونى من دولة لأخرى ، وتصور حدوث اعتداء عليها فى قانون دولة ما .....فهل بإمكان أصحابها رفع الأمر للقضاء فى إقليم دولة ثانية ، طلبا فى رفع هذا الاعتداء أو المطالبة فى التعويض استنادا لأن له حقا مكتسبا وفقا لقانون بلد الأصل أم لا يحق له ذلك عملا بما هو مقرر فى قانون بلد الاعتداء - قانون الموقع الجديد ؟.

- الفقه القانونى بين رأيين أحدهما إعمال قانون الموقع القديم وثانيهما إعمال قانون الموقع الجديد ، تماما كما هو الحال فى حق الأموال المادية المنقولة ولكل من الرأيين - كما سبق أن رأينا وجهته ومبرراته ومثالبه ، وبخصوص حقوق الملكية الصناعية والتجارية فإنه يدعم القول بإخضاعها لقانون الموقع القديم عدة أمور منها :-

أولا : حقوق الملكية الصناعية والتجارية من قبيل الأموال المعنوية المنقولة وهي صنو وقرين للأموال المادية ، ولقد انتصر

المشرع بشأن الأخير لقانون الموقع القديم ، فكذلك فيما يتعلق بحقوق الملكية الصناعية والتجارية ، ويساعد على ذلك الإطلاق الموجود فى نص المادة ١٨ مدني .....قانون الجهة التي يوجهها هذا المنقول .....فلفظة المنقول مطلقة تشمل المنقول بنوعيه المادي والمعنوي.

ثانيا : سريان قانون الموقع القديم عليها فيه إعمال لقاعدة خضوع المنقولات لقانون موقعها اشتقاقا من المبدأ العام المستقر عليه فى الفقه وهو خضوع الأموال لقانون الموقع ،وهذا مما لا يثير أية صعوبة فى حق الأموال المعنوية ، والصعوبة الماثلة فى شأنها خارجة عن ذلك وتتعلق بمسألة تحديد موقع لتلك الأموال ، أما وقد عمد الفقه إلى تركيزها تركيزا ماديا عن طريق الحيلة القانونية ، فلا مبرر لإخراجها من تلك القاعدة ، خاصة بعد معرفتنا للمقصود بقانون الموقع – بلد الأصل – فى حق تلك الحقوق .

ثالثا : من يدقق النظر فى تلك الحقوق يجد أنها تنشأ بمجرد الابتكار الذهني وما يلزم لها بعد ذلك لا يعدو أن يكون ذا أثر كاشف لا منشئ إلا فيما يتعلق بالعلامة التجارية ، فالحصول على البراءة فى شأن حق الاختراع ما هو إلا أثر كاشف لحق المخترع فلا تنشئ حقا جديدا ، والتسجيل أو الإيداع فى حق صاحب الرسم الصناعي لا علاقة له بنشوء الحق ووجوده وإنما هو قرينة على وجوده ووسيلة لمعرفة بلد إخراج هذا الرسم وميلاده .

– أما صاحب الحق فى العلامة التجارية لما كان الحق فى العلامة مختلفا عن غيره فناسبه خضوعه لقانون بلد التسجيل والذي يعد سببا لملكية العلامة وعلى أية حال فإن الوقت الذي يوجد فيه حق المخترع ، وحق صاحب الرسم يتحدد بوقت الابتكار الذهني والخلق للرسم أو النموذج ، ومن هذا الوقت يتحدد القانون الذي يحكم هذا الحق مما يبرر خضوعه لقانون الموقع القديم .

رابعا : يمكن القول إن منح البراءة بخصوص حق المخترع ، والإيداع أو التسجيل بخصوص حق صاحب الرسم أو النموذج الصناعي ، والتسجيل بخصوص العلامة التجارية ، بمثابة تجسيد للحق على الفكرة الإبتكارية وغرضه تكريس الحماية لصاحب الحق فى الملكية الصناعية والتجارية والحفاظ على حقه فى احتكارها . – الاستغلال – وهذا الاحتكار هو جوهر الحق الذي يجب حمايته ولا يولد الحق الابتكارى إلا من لحظة الحصول على البراءة أو التسجيل والتى تعد كذلك شهادة على ملكية صاحب الحق له ومن هذا الوقت يكون قد تحقق سبب الملكية ، ومكان وجود المنقول فى هذا الوقت يعد موقعا له ويخضع بالتالى لقانون هذا الموقع ، لكن فى إخضاعه لقانون الموقع القديم إسباغ للحماية عليه من قبل نقله وبعد نقله ولا شك أن ذلك أوقع وأكمل فى الحماية ، والحماية المضروبة عليه وفقا لقانون الموقع القديم تعد حماية نهائية وتامة .

خامسا : القول بسريان قانون الموقع القديم يعضده ثبات واستقرار

المعاملات الدولية ، ومعرفة أطرافها بحقوقهم وتبصرهم بها على نحو قاطع بل ويلبي آمالهم وتوقعاتهم المستقبلية ، كذلك يحقق مصلحة الغير الذين تبصروا بحقوقهم وفق هذا القانون ، بدلا من مفاجئتهم بها كذلك يحقق مصلحة الدولة نفسها إذ الدولة التي لا تكون لقوانينها حماية كاملة ودائمة فى شأن تلك الحقوق حتما ولا بد ستتخلف عن ركب التقدم والحضارة ، إذ يعمد المبتكرون وصناع الفكر والإبداع إلى إظهار مبتكراتهم وإخراجها إلى حيز الوجود فى ظل القانون الذي يبسط حمايته عليها ويحقق كامل رعايته لها...لا القانون الذي يتخلى عنها ويتملص من حمايتها لمجرد مجاوزتها حدوده السياسية ، كل هذه الأمور - وغيرها - من شأنها ترجيح القول بإخضاع تلك الحقوق لقانون الموقع القديم . وعليه فمن اكتمل له حقا قبل نقل إلى المنقولات إلى إقليم دولة أخرى . فكل ما يتعلق بنشأة هذا الحق ووجوده ومداه والحقوق التي يعطيها لصاحبه إنما يرجع فى شأنه إلى قانون بلد النشأة - قانون الموقع القديم - استنادا إلى فكرة الحقوق المكتسبة ، والتي أضحت من المبادئ المسلمة فى فقه القانون الدولي الخاص ، وعمدت إليها التشريعات المختلفة ، ويحمد للمشرع المصرى عدم تخلفه عن تلك التشريعات .

رابعا

الخاتمة

ما يهدد مصالحها ويضر برعاياها إذ إنها حتما ستعامل بالمثل أو بما أطلق عليه فقها "مبدأ القصاص" .

- كما أن المبررات التي تتعلق بالأفراد أنفسهم وبمصلحة الدولة ظاهرة فى حمل مشرعي الدول وقضائها فى تفعيل هذا المبدأ والقضاء به وإلا فإنه يتعين على الأفراد إذا ما أرادوا الفصل فى منازعاتهم أمام قاضي دولة ثانية أن يعلودوا إبرام تصرفاتهم مرة أخرى وفق قانون هذا القاضي ....وهكذا الأمر الذى يؤثر بالسلب على دولاب الأعمال التجارية الدولية ، ويؤثر بالسلب على قناعة الأفراد بالقانون الذي يصدره مشرع الدولة التي ينتمون إليها إذ ما لبث أن صار عديم القيمة ولا جدوى له لمجرد مجاوزته حدوده السياسية . الأمر الذى يدفع الأفراد إلى الهروب منه والملاذ بقانون آخر أكثر هيبة واحتراما من قبل مشرعى وقضاة الدول الأخرى .

٤- من المنطقى أن يكون الحق قد اكتسب فعلا وبطريقة صحيحة وفقا لقانون دولة مختصة دوليا حتى يمكن التذرع به أمام قاضى دولة النقاد ولا خلاف بين الفقه الإسلامى والفقه القانونى فى ذلك .

لكن مالا يقبله المنطق تطلب الفقه الغربي كون الحق قد اكتسب قانونيا فى دولة متمدينة ، خاصة وأن هذا الفقه قد أخفق إخفاقا ذريعا فى تحديد مدلول الدول المتمدينة .

كما أن المنطق لا يسلم بالقصد من فرض تلك المفاهيم وهو قصد الفقه الغربي على علم القانون الدولى الخاص وفقهه ، إذ أن أقل ما

يقال عن فقه القارة الأوربية فى ذلك أنه فقه متعصب - عنصرى وليس موضوعيا - هذا فى الوقت الذي يرمى فيه بعض فقهائها - خطأ وظلما - الفقه الإسلامى بالتعصب . ولقد نهجت الشريعة الإسلامية منهجا موضوعيا فى هذا الشأن - وغيره - حينما تطلب إتمام التصرف وكماله فى إقليم دولة النشأة .وأخيرا ما هو رأي الفقه الأوربى الآن فى قوانين كثير من الدول العربية والإسلامية التي سارت ورائه وتبعته خطوة بخطوة هل مازالت غير متمدينة ؟!!

٥- لقد كشفت الدراسة عن جملة من القيود يتعين توافرها لإعمال مبدأ الاحترام الدولى للحقوق المكتسبة ومن بينها ما يلي:

أ- عدم نشوء حق مضاد فى الدولة التي يتمسك بالحق فيها ومثل هذا القيد عرفه الإسلام قبل القوانين الحديثة ونطقت به نصوص والتي منها " من أدرك ماله من الفىء قبل أن يقسم فهو له " ، وشراؤه من قبل ثالث يعد حقا مضادا نشأ وترتب على المال يناهض حق المالك الحقيقي فى استرداده بل يكون جديرا بالحماية منه .

ب- عدم مخالفته للنظام العام ومثل هذا القيد محل اتفاق بين الفقه الإسلامى والفقه القانونى وان وقع خلاف بينهما فى نطاقه إذ لا مجال لفكرة الأثر المخفف للنظام العام فى الفقه الإسلامى . لأن هناك العديد من الأمور والمصالح لا يعاب على المشرع العمل على صونها وحمايتها وإهدار كل ما من شأنه النيل منها ومن هذا

الباب ما عليه الفقه الإسلامى من عدمه تعويض الزوجة التي أمهرها زوجها فى دار الحرب خمرا أو خنزيرا - بالخمر والخنزير - فى دار الإسلام ، بل لها القيمة أو مهر المثل من الأموال الصالحة للتعامل فى ميزا ن القانون الإسلامى لا قانون دار الحرب .

٦- لقد كشفت الدراسة عن خضوع الحالة المدنية للأشخاص بعناصرها لقانون الموقع القديم ولا يؤثر فى ذلك تغير ظرف الإسناد أو مجاوزة الحدود السياسية للدولة التي تكونت عناصر الحالة فى إقليمها ، وهذا ما يتفق مع ما تتميز به الحالة من ديمومة وامتداد وثبات فى الوجهتين الزمانية والمكانية فمن اكتسب حقا فى حماية اسمه المدنى . أو حقا فى حماية وصيانة الحياة الخاصة له . يمكن التمسك به تحت سلطان قانون دولة لا يقر ذلك أو يتدخل بالتعديل فى تنظيمه .

هذا فى الوقت الذي كشفت عنه الدراسة أنه لا مجال للتذرع بفكرة الحقوق المكتسبة فى مجال الأهلية باعتبارها صفة قانونية للشخص ، إذ من خصائصها الحالية - الآنية - والتعلق بالنظام العام .

لكن الأهلية باعتبارها شرط لصحة التصرف القانونى فإنه يتصور إيراد بل التمسك بفكرة الحقوق المكتسبة حيالها . فمن أبرم تصرفا فى إقليم دولة كان وفقا لقانون كامل الأهلية فإن التصرف يظل صحيحا حتى ولو ترتب على تغيير ظرف الإسناد - كتغيير الجنسية - صيرورة الشخص ناقص الأهلية أو عديمها .

٧- لقد كشفت الدراسة عما استقر عليه الفقه القانونى من أن العبرة بقانون جنسية الزوجين - بخصوص انعقاد رابطة الزوجية من الناحية الموضوعية - وقت انعقاد الزواج . وعليه فلو غير أحد الزوجين جنسيته بعد قيام رابطة الزوجية فإن العبرة بتوافر تلك الشروط الموضوعية تكون بقانون جنسيته وقت الزواج - الجنسية القديمة - لا بقانون جنسيته اللاحقة .

وهذا عين ما عليه الفقه الإسلامى فى شأن صحة أنكحة الكفار وأهل الشرك إذ العبرة فيها بوقت انعقادها فمتى نشأت صحيحة وفق معتقدهم فإنها تبقى كذلك حتى ولو كانت فى ميزان الفقه الإسلامى فاسدة . غاية ما هنالك أن سبب فسادها لو كان راجعا إلى تخلف شرطى المحلية وأبدية العقد . فإنه لا يؤثر فى صحتها، لكن لو كان فسادها راجعا إلى تخلف شرطى المحلية وأبدية العقد فإنها تكون فاسدة حتى ولو كانت وفقا لقانون النشأة صحيحة . ويأتي فسادها فى ميزان الفقه الإسلامى من معارضتها للنظام العام - قواعد تأمين المجتمع - فى الإسلام .

٨- لقد كشفت الدراسة عن اتفاق القانون المصري فى المادة ١٨ مدني منه مع الفقه الإسلامى فى أن العبرة بقانون الموقع القديم فيما يتعلق بالحقوق العينية المترتبة على المنقول وسائر الحقوق الأخرى كالحيازة والملكية بما فى ذلك نشأتها وانقضائها.... وهذا مما يحقق الاستقرار اللازم للمعاملات الدولية وتحقيق مصالح الفرد والأفراد

ومن ذلك أيضا ، حق المالك الأصلي فى استرداد منقولاته الضائعة أو المسروقة منه لما له عليها من حق مكتسب فى ملكيتها وكذا حق الحائز حسن النية فى التمسك بملكية تلك الأموال متى لم يطالب بها المالك فى المواعيد القانونية . وهى مدة ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الفقد فى ميزان القانون المصري - أما فى ميزان الفقه الإسلامى فلا مجال لمثل هذا القيد الزمني إذ العبرة بنشوء حق مضاد للغير على هذه الأموال كحق الشريك بعد قسمه تلك الأموال ، وحق المشتري الذي قام بشراء تلك الأموال ، إذ مصلحة كل من الشريك والمشتري أولى حينئذ بالاعتبار من مصلحة المالك الأصلي ، وحينئذ يسقط حقه فى المطالبة بها ، وإن ثبت له الحق فى التعويض عنها .

٩- لقد كشفت الدراسة عن أن الحقوق والمراكز القانونية المترتبة على الأسهم والسندات لحاملها كنظام تداولها والعلاقة بين الحائزين المتعاقبين عليها ، وحق حامل الصك - السهم -السند - لحامله .....الخ يرجع فى شأنها إلى قانونه التي يوجد فيها السهم أو السند وقت تحقق السبب الناقل للحق أو الدين الثابت فى الورقة القابلة للتداول استنادا إلى احترام الحقوق المكتسبة فى شأنها .

١٠- ولقد كشفت الدراسة أن الحقوق والمراكز القانونية المتعلقة بالحقوق الذهنية والتي تكونت بصورة كاملة إنما تخضع لقانون الموقع القديم .

- فها هو حق المؤلف فى كل مل يتعلق بنشأته وشروط صحة النشأة وحقوق المؤلف على مصنفه وحقه فى استغلاله .....ويرجع فى شأنه لقانون بلد الأصل وهو قانون بلد أول نشر أو قانون جنسية المؤلف .أما ما يتعلق بنطاق الحق ومضمونه فإنه يرجع فى شأنه لقانون بلد الحماية (قانون الموقع الجديد) .

وها هى حقوق الملكية الصناعية والتجارية باعتبارها أموالا معنوية تخضع لقانونه الموقع القديم قياسا لها على الأموال المادية م ١٨ مدني فضلا عن أن الحصول على البراءة أو تسجيل أو إيداع الرسم لا يعدو أن يكون كاشفا للحق لا منشئا له ، وبالتالي يخضع لقانون الدولة التي منحت البراءة أو تم فيها التسجيل لا قانون الدولة التي يطلب فيها حماية هذه الحقوق .

ثانيا

التوصيات

لقد كشفت الدراسة عن العديد من التوصيات نقتصر على أهمها ومنها ما يلي :

* **أولا** : نوصي المشرع المصري بضرورة التدخل التشريعي بتعديل المادة ٢/١٣ من القانون المدني بخصوص جزئية تحديد الوقت الذي نعتد فيه بجنسية الزوج فى التطليق أو الانفصال . ليصير على النحو الآتي " ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إبرام الزواج " .وذلك بدلا من " ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى " .ودواعي هذا التعديل عديدة منها :

- الزواج رابطة نشأت وفق قانون جنسية الزوجين فإما تحل وفقا لقانون الزوجين أو على الأقل قانون كانا على علم به وداخلا فى توقعاتهم .

- الأخذ بقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج يجنبنا صعوبة البحث عن قصد ونية التحايل على القانون فى الأموال التي يعمد فيها الزوج إلى تغيير جنسيته بغية الهروب من قانون جنسيته وقت رفع الدعوى .

- الأخذ بهذا التعديل كان له أصولا فى القانون المصري من ذلك ما جاء فى المرسوم بقانون ٩١ لسـ١٩٣٧ حيث كان يقضي

بإخضاع كافة المسائل المتعلقة بعلاقات الزوجين بما فى ذلك التفريق والتطليق لقانون بلد الزوج وقت عقد الزواج .

- الأخذ بهذا التعديل يتفق مع ما عليه الفقه الإسلامى كقاعدة عامة من أن أنكحة الكفار وأهل الشرك متى انعقدت صحيحة فإنها تترتب عليها أحكامها كالطلاق والفرقة .....الخ ، فالعبرة بوقت النشأة .

- الأخذ بهذا التعديل ينطوي على احترام للحقوق المكتسبة والتي آمن بها المشرع فى مجال الأحوال الشخصية وغيرها .

** **ثانيا** : نوصي المشرع المصري بضرورة التدخل التشريعي بسن قاعدة إسناد خاصة بثبوت البنوة ويقترح الباحث النص الآتي " ويسري قانون الأب وقت الزواج على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية ، ويسري قانون الأم وقت الحمل على المسائل الخاصة بالبنوة غير الشرعية ، ويسري قانون الأب وقت الزواج على تصحيح النسب ، كما يسري قانون جنسية الطرفين وقت التبني فى شأن بنوة التبني " . *ودواعي هذا التدخل عديدة منها :*

- ما أوجده هذا الفراغ التشريعي من مشاكل عديدة بشأن تحديد القانون الذي يحكم البنوة بصفة عامة .

- عدم كفاية بل عدم جدوى - ما جاء من نصوص متعلقة بالبنوة فى ثنايا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى إذ إنها سيقت لبيان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية .

ولا يمكن القول بتعديتها إلى القانون المدني حتما للخلاف ، نظرا لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما فالأول قانون إجرائى والثاني قانون موضوعي .

- حسم المسألة بصورة كاملة فى حق المسلمين وغير المسلمين، إذ من المعلوم سلفا أن الأحوال الشخصية فى القانون المصري نظام قانوني مركب . على أن هذا الحسم فيه إعمال وتفعيل لفكرة الحقوق المكتسبة فى مسألة البنوة عامة .

* ثالثا : نوصي المشرع المصري بضرورة التدخل التشريعي بإضافة عبارة إلى المادة ١٥ مدني والخاصة ببيان القانون الواجب التطبيق على النفقة بين الأقارب يكون من شأنها القضاء على الخلاف الدائر بين الفقه فى تحديد الوقت الذي نعتد به بقانون المدين بها هل هو بوقت تحقق سببها أم بوقت المطالبة بها .

ويقترح الباحث -عبارة وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه - ليكون نص المادة ١٥ مدني على النحو الآتي :

" م ١٥ - يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها وقت تحقق السبب الذي ترتبت عليه "

ومن شأن هذا التعديل ، القضاء على التحايل على القانون ، تحصين الحق المكتسب من خطر إهداره كما أنه من باب ربط المسبب بالسبب فالنفقة بين الأقارب سببها القرابة ومن وقت تحقيق القرابة تحقق المسبب - وجوب النفقة .

وبعد :

فما كان فى هذا العمل المتواضع من توفيق فمن الله فله الحمد فى الأولى والآخرة ، وما كان فيه من تقصير فمني ومن الشيطان ، وأسأله العفو عن الخطأ ، والمثوبة فى الاجتهاد ، وحسبي حسن القصد وصدق النية .

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

خامسا

المراجع والفهرس

أولا
المراجع

* أولا :القرآن الكريم :

** ثانيا: كتب الحديث النبوي الشريف[1]

١ - الإمام . أبو القاسم سليمان أحمد الطبراني . المعجم الأوسط- طبعة دار الحرمين القاهرة ١٤١٥ هـ جـ٥ صـ٨٠ ، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني .

٢- الحافظ الجليل . أبي بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقي . السنن الكبرى - طبعة دار الفكر - بيروت .

٣- الحافظ . أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدى. سنن أبي داود - طبعة المكتبة العصرية - لبنان :

٤- الإمام . أبي شجاع الهمذاني . الفردوس بمأثور الخطاب - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٦ - تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول .

٥- الحافظ . أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه . سنن ابن ماجه - طبعة المكتبة العلمية بيروت .

٦- الشيخ . عبد الرءوف المناوى . فيض القدير - طبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٦ هـ .

---

١) اعتمدت في ترتيبها على أسماء المؤلفين .

٧- الإمام . على بن عمر الدارقطني . سنن الدارقطني - طبعة عالم الكتب - بيروت .

٨- الإمام . مالك بن أنس الأصبحي . الموطأ - طبعة دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

*** ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

٩- الإمام . أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادى الشيرازى - المهذب فى فقه الإمام الشافعي - طبعة الباب الحلبي - مصر ١٣٤٣ هـ .

١٠- الإمام . أبا الحسن عبد الله الشهير بابن مفتاح .شرح الأزهار المنتزع المختار من الغيب المدرار المفتح لكمائم الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار - طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت .

١١- الإمام . أبا بكر أحمد بن على الرازي الجصاص . أحكام القرآن - طبعة ١٣٣٥ هـ .

١٢- الإمام . أبو محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامه . المغني - الطبعة الأولى ١٩٩٦ - دار الحديث .

١٣- الإمام . أبو منصور بن يونس بن إدريس البهوتي . شرح منتهى الإرادات - طبعة دار الفكر بيروت .

١٤- **الإمام . أبي عبد الله محمد الخرشى** . شرح الخرشى على مختصر خليل - طبعة دار الكتاب الإسلامى مصر .

١٥- **الإمام . أبي عبد الله محمد إدريس الشافعي** . الأم - طبعة المكتبة القيمة .

١٦- **شيخ الإسلام الإمام . تقي الدين أبو العباس أحمد الحرانى المعروف بابن تيمية** . مجموع فتاوى ابن تيمية - جمع وترتيب - عبد الرحمن العاصمى النجدي - تحت إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين .

١٧- **شيخ الإسلام . برهان الدين على بن أبي بكر المرغينانى**. الهداية شرح بداية المبتدى - طبعة دار الفكر .

١٨- **الإمام . شمس الدين أبا بكر محمد بن أبي سهيل السرخسى** . المبسوط - طبعة ١٩٨٦ - دار المعرفة بيروت .

١٩- **الشيخ . شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية** . أحكام أهل الذمة . الطبعة الأولى ١٩٩٥ - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان .

٢٠- **الإمام . علاء الدين أبا بكر بن مسعود الكاساني** . بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - الطبعة الثانية - دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٢ .

٢١- **الإمام . كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى** . شرح فتح القدير على الهداية - طبعة دار الفكر .

٢٢- **الإمام . مالك بن أنس الأصبحى**. المدونة الكبرى - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم - الطبعة الأولى ١٩٩٨ - دار الفكر - بيروت - لبنان.

٢٣- **الشيخ . محمد بن أحمد الخطيب الشربيني** . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - طبعة دار الفكر - بيروت .

٢٤- **الإمام الحافظ . يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبى** . التمهيد لما فى الموطأ من المعاني و المسانيد - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية .

* **رابعا : الكتب والمؤلفات القانونية باللغة العربية :**

٢٥- **الدكتور. إبراهيم أحمد إبراهيم** .

ـ القانون الدولى الخاص - مركز الأجانب وتنازع القوانين طبعة ١٩٩١/١٩٩٢ .

ـ الحماية الدولية لحق المؤلف -طبعة ١٩٩٢ .

ـ القانون الدولى الخاص ـ تنازع القوانين ط٢٠٠٢ دار النهضة العربية .

٢٥- **الدكتور . أبو العلا على أبو العلا النمر.**

- الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية وتنفيذ الأحكام

الأجنبية – الطبعة الأولى ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية .

٢٦- **الدكتور – أحمد عبد الحميد عشوش بالاشتراك مع د/ أحمد محمد الهواري .**

– القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين .طبعة ٢٠٠٠ /٢٠٠١ .

٢٧- **الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة.**

– المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية الطبعة الأولى دار النهضة العربية .

– القانون الدولى الخاص – الجزء الثاني – التنازع الدولى للقوانين والمرافعات المدنية الدولية طبعة ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ دار النهضة العربية .

– علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا - الطبعة الأولى – مكتبة الجلاء الجديدة .

– القانون الدولى الخاص – الجزء الثاني – التنازع الدولى للقوانين والمرافعات المدنية الدولية – طبعة ٢٠٠١/٢٠٠٢ - دار النهضة العربية .

٢٨- **الدكتور . أحمد محمد محرز .**

– الشركات التجارية – طبعة ٢٠٠٠ – القاهرة .

٢٩- **الدكتور . أشرف وفا محمد .**

– تنازع القوانين فى مجال الحقوق الذهنية للمؤلف – دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٩ م .

٣٠- **الأستاذ . السيد عبد الوهاب عرفة .**

– قانون حماية حق المؤلف طبعة ١٩٩٧ – مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية .

٣١- **الدكتور . أنور إسماعيل الهواري بالاشتراك مع د/ عبد الباسط وفا محمد .**

– اقتصاديات النقود والبنوك – بدون تاريخ أو جهة نشر .

٣٢- **الدكتور . أنور سلطان .**

– الموجز فى النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دراسة مقارنة فى القانونين المصرى واللبنانى – طبعة ١٩٨٣ دار النهضة العربية .

٣٣- **الدكتور . بدر الدين عبد المنعم شوقى .**

– الوسيط فى القانون الدولى الخاص – تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولى – طبعة ١٩٩٠ م .

٣٤- **الدكتور . جابر عبد الرحمن .**

– مبادئ القانون الدولى الخاص – طبعة ١٩٥٦- المطبعة العالمية .

٣٥- **الدكتور . جمال محمود الكردى .**

- حق المؤلف فى العلاقات الخاصة الدولية - الطبعة الأولى ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية .
- تنازع القوانين - طبعة ٢٠٠٥ - دار النهضة العربية .
٣٦- الدكتور . جمعة محمود الزريقى .
- الحقوق العينية الأصلية والتبعية فى التشريع الليبى - الطبعة الأولى ١٩٩٦ - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية
٣٧- الدكتور . حامد ذكي .
- أصول القانون الدولى الخاص - طبعة ١٩٤٤ م .
٣٨- الدكتور . حسن بغدادى .
- النصوص الخاصة بتنازع القوانين فى مشروع تنقيح القانون المدني مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - السنة الأولى - العدد الرابع
٣٩- الدكتور . حسن كيرة .
- المدخل إلى القانون - طبعة منشأة المعارف .
٤٠- الدكتور . حفيظة السيد الحداد .
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - طبعة ٢٠٠١ - دار الفكر الجامعي .
٤١- الدكتور حمدي عبد الرحمن بالاشتراك مع د/ سهير منتصر.
- مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠١ م .
٤٢- الدكتور . سالم أرجعية .

- القانون الدولى الخاص الليبى - الجزء الأول - تنازع القوانين من حيث المكان - طبعة ١٩٩٩ - المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية .
٤٣- الدكتور . سالم عبد الرحمن غميض .
- المدخل إلى علم القانون دراسة فى نظريتي القانون والحق فى التشريع الليبى - الطبعة الثانية - دار الكتب الوطنية - بنغازي .
٤٤- الدكتور . سعيد يوسف البستاني .
- القانون الدولى الخاص - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية .
٤٥- الدكتور . شمس الدين الوكيل .
- الجنسية ومركز الأجانب الطبعة الثانية ١٩٦٠ / ١٩٦١ -منشأة المعارف .
٤٦- الدكتور . عبد الباسط وفا محمد .
- سياسات وأدوات المالية العامة طبعة ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية .
٤٧- الدكتور . عبد الحميد أبو هيف .
- القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر - الطبعة الثانية.
٤٨- الدكتور . عبد الرازق أحمد السنهورى .

- الوسيط فى شرح القانون المدني - أسباب كسب الملكية الجزء التاسع طبعة ١٩٦٨ - دار إحياء التراث العربي .

٤٩- الدكتور. عبد الرازق حسن فرج .

- المدخل لدراسة القانون - طبعة ١٩٧٧ م .

٥٠- الدكتور . عبد المنعم البدراوى .

- حق الملكية - طبعة ١٩٨٦ م .

٥١- الدكتور . عز الدين عبد الله .

- القانون الدولى الخاص - الجزء الأول - الجنسية والموطن - الطبعة الحادية عشر - ١٩٩٨٦ - مطابع الهيئة المصرية للكتاب

- القانون الدولى الخاص - الجزء الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية

٥٢- الدكتور . عكاشة محمد عبد العال .

- تنازع القوانين دراسة مقارنة - طبعة ٢٠٠٢ - دار المطبوعات الجامعية .

٥٣- الدكتور . على الزينى .

- القانون الدولى الخاص المصري والمقارن - طبعة ١٩٢٨ - مطبعة الاعتماد .

- موجز القانون الدولي الخاص - ط ١٩٢٩ - المطبعة الرحمانية - مصر .

٥٤- الدكتور. على على سليمان .

- شرح القانون الدولى الخاص الليبى - منشورات جامعة بنغازي

٥٥- الدكتور.عنايت عبد الحميد ثابت .

- أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولى فى الإسلام - طبعة ١٩٩٨ - دار النهضة العربية .

- مدى تمتع الأجنبي عن مصر بحق المؤلف فيها - بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد - العدد سبعون - سنة ٢٠٠٠ .

٥٦- الدكتور.عوض الله شيبة الحمد .

- الوجيز فى القانون الدولى الخاص - الطبعة الثانية ١٩٩٧ -دار النهضة العربية .

٥٧- الدكتور. فؤاد رياض بالاشتراك مع د/ سامية راشد .

- الوسيط فى القانون الدولى الخاص - الجزء الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولى - طبعة ١٩٩٢ - دار النهضة العربية .

- تنازع القوانين - طبعة ١٩٩٤ - دار النهضة العربية .

٥٨- الدكتور. فؤاد رياض بالاشتراك مع د/ محمد خالد الترجمان.

- تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولى وآثار الأحكام الأجنبية - طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩ م .

٥٩- الدكتور. ماهر إبراهيم السداوي .

- القانون الدولى الخاص - تنازع القوانين - طبعة ١٩٧٩ - دار قاسم للطباعة .

- مبادئ القانون الدولى الخاص - طبعة ١٩٨١ م .

٦٠- الدكتور. محمد المبروك اللافى .

- تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الـدولى - طبعـة ٢٠٠٠ - الجامعة المفتوحة - طرابلس - ليبيا .

٦١- الدكتور. محمد المنجى .

- الحيازة - الطبعة الثانية ١٩٨٥- منشأة المعارف .

٦٢- الدكتور. محمد عبد المنعم رياض .

- مبادئ القانون الدولى الخاص - الطبعة الثانية ١٩٤٣ م .

٦٣- الدكتور. محمد عثمان شبير .

- المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى - الطبعة الرابعة ٢٠٠١ - دار النفائس .

٦٤- الدكتور. محمد فريد العرينى .

- الشركات التجارية - طبعة ٢٠٠٢ - دار المطبوعات الجامعية .

٦٥- الدكتور. محمد كمال فهمي .

- أصول القانون الدولى الخاص - الطبعة الثانية ١٩٨٥ م.

٦٦- الدكتور. مصطفى الجمال .

- نظام الملكية - طبعة منشأة المعارف .

٦٧- الدكتور. منصور مصطفى منصور .

- مذكرات فى القانون الدولى الخاص - طبعة ١٩٥٦ / ١٩٥٧ م

٦٨- الدكتور. نبيل إبراهيم سعيد .

- الحقوق العينية الأصلية - طبعة ٢٠٠١ - منشأة المعارف .

٦٩- الدكتور. نزيه الصادق المهدى .

- المدخل لدراسة القانون - دار النهضة العربية ١٩٧٧ م .

٧٠- الدكتور. نعمان جمعة .

- دروس فى المدخل للعلوم القانونيـة - دار النهضـة العربيـة ١٩٧٧م

٧١- الدكتور. هشام أحمد محمود عبد العال .

- محاضرات فى القانون الدولى الخاص - الجزء الأول - تنازع القوانين - طبعة ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية .

٧٢- الدكتور. هشام خالد .

- مبادئ القانون القضائي الدولى ومركز الأجانب - طبعة ١٩٩٨ / ١٩٩٩ م .

٧٣- الدكتور. هشام على صادق .

تنازع القوانين - الطبعة الثانية - منشأة المعارف .

*** خامسا : الكتب والمؤلفات القانونية باللغة الأجنبية.**

1) p- **Bartin** - prinsipes de droit international privé - ed - 1931 - tomes - I - et - III .

2) p - **Batiffol** - traité éléementair de droit international privé n-3 éme - edition - Paris 1959 et - 4- éme edition -Paris - 1967 .

3) P -**Batiffol et Lagarde** - droit international privé cinquiéme edition - p540 - tomed - t - et - II - 1970 - Paris .

4) p- **Dicey** - conflict of laws -ed -8 - p - - 110 -1967 .

5) P - **Lerbours-Pigeonniére** -Paris de droit international privé -ed -7- 1959 -et-ed -8-1962-Dalloz .

6) P - **Lerbours-Pigeonniére - et Loussouarn** Paris de droit international privé et-ed -8éme edition 1962-Dalloz .

7) P- **Niboyet**

- Manual de droit international privé ed -1928
- Cours de droit international privé - ed - 1947.
- Traité de droit international privé Français - ed 1951 - tomes -3 et - 4 .

8) p- **Pierre Arminjon** -la nation des droits acquis en droit international privé - académie de droit international -L- 44 -Sirey -1933 .

9) P- **Pillet**

- Principes de droit international privé ed - 1905.
- Traité de droit international privé -t -Z -ed - 1923 .
- La théorie Générale des droits acquis - recue il descours académie de droit international - III -t -8 - Libairie Hachette -Paris - 1925 / 1926 .

10) P- **Savatier** -cours de droit international privé -ed- 1947 .

11) P- **Surville** - cours élémentair de droit international privé -1925 - Paris .

12) P- **Valéry**- Manuel de droit international privé - 925 - Paris .

* سادسا : الدوريات باللغتين العربية والأجنبية .

١) **Dalloze** - T -I -aneé - 1923 / 1933 .
- T- I -et I - aneé- 1928 .

٢) **Sirey** -T- I - anneé - 1933 .
- Et - I - anneé - 1878 .

٣) Revue critiaue de droit international privé - 1932 .

٤- مجلة الحقوق - السنة الأولى - العدد الرابع .

٥- مجلة القانون والاقتصاد - العدد سبعون - سنة ٢٠٠٠ - كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

٦- مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الخامسة ١٩٥٤ - العدد الثالث .

٧- مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الحادية عشر ١٩٦٠ - العدد الثالث .

٨- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الأول والثاني .

ثانيا : الفهرس

مسلسل	الموضوع	رقم الصفحة
١	أولا : المقدمة وخطة البحث	٥١٧
٢	ثانيا : المطلب الأول	٥٢٢
	الإطار الفقهي لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	
	تقديم وتقسيم	٥٢٣
	الفرع الأول	٥٢٣
	التعريف بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة وأصوله الفقهية	
	تقسيم	٥٢٣
	الغصن الأول : ماهية مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	٥٢٤
	الغصن الثانى :الأصول الفقهية لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	٥٣٣
	المرحلة الأولى : مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الفرنسيين	٥٣٤
	أولا : مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند بيليه	٥٣٤
	ثانيا : مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند نيبوابيه	٥٣٨
	المرحلة الثانية : مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة عند الفقهاء الأنجلوسكسون	٥٤٢
	الفرع الثانى : مبررات وضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	٥٤٥
	تقسيم	٥٤٥
	الغصن الأول : مبررات الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي	٥٤٦

	للحقوق المكتسبة	
	أولا : المبررات المتعلقة بالجماعة الدولية	٥٤٧
	ثانيا : المبررات المتعلقة بالدولة نفسها	٥٤٩
	ثالثا : المبررات المتعلقة بالأفراد	٥٥٢
	الغصن الثانى : ضوابط الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	٥٥٥
	تمهيد	٥٥٥
	الضابط الأول : أن يكون الحق قد اكتسب فعلا في دولة متمدينة	٥٥٦
	الضابط الثانى : أن يكون الحق قد اكتسب بطريقة شرعية	٥٥٩
	الضابط الثالث : أن يكون الحق قد اكتسب طبقا لقانون بلد مختص دوليا	٥٦٣
	الضابط الرابع : عدم نشوء حق مضاد في الدولة التي يتمسك بالحق فيها	٥٦٦
	الفرع الثالث : قيود الأخذ بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة	٥٦٩
	تقسيم	٥٦٩
	الغصن الأول : قيود مستمدة من قانون بلد نشأة الحق المكتسب	٥٧٠
	الحالة الأولى : إذا كان قانون بلد النشأة يرتب آثارا أوسع من قانون بلد النفاذ	٥٧١
	الحالة الثانية : إذا كان قانون بلد النفاذ يرتب آثارا أوسع من قانون بلد النشأة	٥٧٢
	الغصن الثانى : قيود مستمدة من قانون بلد الاعتراف بالحق المكتسب	٥٧٦
	تمهيد	٥٧٦

القيد الأول : معرفة قانون بلد النفاذ بالحق المكتسب في الخارج. ٥٧٦
القيد الثانى : عدم مخالفة الحق المكتسب في الخارج للنظام العام في بلد النفاذ ٥٧٧
القيد الثالث : ألا يكون الحق المكتسب في الخارج تم التوصل إليه غشا نحو القانون ٥٨١
القيد الرابع : أن يكون الحكم الأجنبي المقرر للحق المكتسب قابلا للتنفيذ ٥٨٣
ثالثا : المطلب الثانى : ٥٨٦
"الإطار التطبيقي لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في مواد تنازع القوانين الوطنية"
تقديم وتقسيم ٥٨٧
الفرع الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مواد الأحوال الشخصية ٥٨٩
تقسيم ٥٨٩
الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مسألتي الحالة والأهلية ٥٩٠
تمهيد ٥٩٠
الأمر الأول : التعريف بالحالة والأهلية والعلاقة بينهما ٥٩١
استهلال ٥٩١
المسألة الأولى :تعريف عام بالحالة وما تتميز به ٥٩١
المقصود بالحالة و أنواعها ٥٩١
مميزات الحالة ٥٩٤
المسألة الثانية :تعريف عام بالأهلية وما تتميز به ٥٩٦
المقصود بالأهلية وأنواعها ٥٩٦
مميزات الأهلية ٥٩٩
المسألة الثالثة : العلاقة بين الحالة والأهلية ٦٠٠

الأمر الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في شأن الحالة والأهلية ٦٠٢
استهلال ٦٠٢
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الحالة ٦٠٣
أولا : الحق في حماية الاسم واحترام الحقوق المكتسبة في شأنه ٦٠٦
ثانيا : الحق في صيانة الحياة الخاصة واحترام الحقوق المكتسبة في شأنه ٦٠٩
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة دوليا بخصوص الأهلية ٦١١
أولا : الأهلية باعتبارها صفة قانونية للشخص واحترام الحقوق المكتسبة في شأنها ٦١٣
ثانيا : الأهلية باعتبارها شرط لصحة التصرف القانونى واحترام الحقوق المكتسبة فى شأنها ٦١٦
الغصن الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مسألة الروابط العائلية ٦١٩
تمهيد ٦١٩
الأمر الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في شأن الرابطة الزوجية . ٦٢٠
استهلال ٦٢٠
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انعقاد رابطة الزوجية من الناحية الموضوعية ٦٢١
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص انقضاء ربطة الزوجية ٦٣١
أولا : ما يتعلق بعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت إيقاع الطلاق ٦٣٣

ثانيا : ما يتعلق بعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال ٦٣٤
الأمر الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في شأن البنوة ونفقة الأقارب ٦٤٠
استهلال ٦٤٠
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص ثبوت البنوة ٦٤١
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص نفقة الأقارب ٦٤٩
الفرع الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مواد الأحوال العينية ٦٥٥
تقسيم ٦٥٥
الغصن الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مسألة المنقول المادي. ٦٥٦
تمهيد ٦٥٦
الأمر الأول : احترام الحقوق المكتسبة في شأن الحقوق التي تتقرر على المنقول المادي قبل نقله ٦٥٨
استهلال ٦٥٨
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة خصوص الحقوق العينية الأصلية المترتبة على المنقول المادي قبل نقله ٦٥٩
أولا : احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم نفاذ الحق المكتسب ٦٦٠
ثانيا : احترام الحقوق المكتسبة فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم نطاق الحق المكتسب ومضمونه ٦٧٢
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق العينية التبعية المترتبة على المنقول المادي قبل

نقله . ٦٧٥
الأمر الثانى : احترام الحقوق المكتسبة في شأن المنقولات المسروقة أو الضائعة ٦٨٠
استهلال ٦٨٠
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق المالك الحقيقي للمال المسروق أو الضائع في استرداده ٦٨١
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص حق حائز المال المسروق أو الضائع في تملكه أو حبسه ٦٨٥
الغصن الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في مسألة المنقول المعنوي ٦٨٩
تمهيد ٦٨٩
الأمر الأول : احترام الحقوق المكتسبة دوليا فى شأن الديون ٦٩٠
استهلال ٦٩٠
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الديون الشخصية العادية ٦٩١
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الديون الشخصية الثابتة في الأسهم والسندات لحاملها ٦٩٤
الأمر الثانى : احترام الحقوق المكتسبة دوليا في شأن الملكية الفكرية ٦٩٨
استهلال ٦٩٨
المسألة الأولى : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الحقوق الذهنية ٦٩٩
المسألة الثانية : احترام الحقوق المكتسبة بخصوص الملكية الصناعية والتجارية ٧٠٤
رابعا الخاتمة

أولا : النتائج ٧١٢
ثانيا : التوصيات ٧٢٠
خامسا المراجع والفهرس ٧٢٥
أولا : المراجع ٧٢٦
ثانيا : الفهرس . ٧٤٠

تم بحمد الله وتوفيقه