

بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع
الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع
الدولي في التشريع اليمني

بقلم الأستاذ الدكتور: أحمد بن ناجي الصلاحي

أستاذ القانون الدولي الخاص

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الحديدة سابقاً

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون

رئيس مركز الدراسات والاستشارات والتحكيم بجامعة الحديدة

محام أمام محكمة النقض والإبرام بالجمهورية

مقدمة

من المعلوم أن أي سياسة تشريعية يجب أن تضع نصب عينها تحقيق أهداف معينة وأنه يفترض أن هذه الأهداف قد تم تحديدها وفقاً لمتطلبات الواقع الاجتماعي المعين وعلاقات تكويناته المختلفة لخلق نوع من التوازن والتوافق بين المصالح المتعارضة فيه ، ووضع القواعد القانونية التي تتلاءم معها .

وحيث أن التشريع في مجال القانون الدولي الخاص في دولة ما لا يجب ان يتم وفق نظرة منغلقة متأثرة فقط بالمتطلبات الوطنية وإنما يجب أن يتم وفق نظره تراعي حقيقة كون العلاقات والمسائل موضوع هذا القانون متنوعة وتتأثر بظروف هذا المجتمع أو ذلك بحسب الاختلاف في طبيعة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي يسود فيها وأن بعض تلك المجتمعات تحتوى على نظم قانونية وافكاراً قانونية جديدة وغير معروفة شكلاً ومضموناً في القانون الوطني وفي هذه الظروف يتعين أن تتلاءم رؤية المشرع الوطني مع ما عليه الوضع في الأنظمة القانونية المختلفة لوفي اتجاهاتها الرئيسية المعاصرة ، عند صياغة قواعد تتعامل مع مسائل من هذا النوع .

وينبغي أن توضع تلك السياسة التشريعية بشكل متوازن ومتسق في أنساق قانونية تعكس وجود وحدة في الشكل والجوهر على مستوى الفرع القانوني الواحد والقسم القانوني ثم النظام القانوني بأسره .

ولكن يستطيع من يرصد النظام القانوني اليمني في مراحل تطوره المختلفة ان يلاحظ مفارقات غريبة ، وعدم اتساق بين الفروع القانونية المختلفة وتضارب بين الأحكام التي تشتمل عليها ، وهو ما يشير الى الارتجال الذي يشوب عملية اصدار القوانين وانها لم تكن نتاج لدراسة واقعية لمجال معين تتطلب الظروف تنظيمه بقواعد قانونية معينة فتخرج الى النور نصوصاً وقد أنسلت منها الحياة .

ويبرز مثلاً على ذلك التشريع في مجال قواعد تنازع القوانين لمعالجة العلاقات ذات الطبيعة الدولية ، حيث نهج المشرع حيالها نهجاً لا يتلاءم مع احتياجات وخصائص هذه العلاقات التي تتطلب درجة عالية من المرونة للتعامل معها باعتبارها ليست نتاجاً وطنياً خالصاً وقد تكون مرتبطة اكثر بنظام قانوني آخر يعد هو القانون الطبيعي أو الأنسب انطلاقاً من مكوناتها الثلاثة المعروفة (الأشخاص والسبب والموضوع).

ويلاحظ أن المشرع اليمني هنا يعيش في زمانية قروسطية ولا علاقة لها بالواقع المعاصر ذي الديناميكية المتغيرة بشكل ملموس ولهذا جاءت عملية وضعه للتشريعات كنتاج لهذه الضبابية في الرؤية والانغلاق في التعاطي مع الأوضاع الحياتية المتغيرة والعلاقات القانونية التي تنجم عنها، هذا إذا جرى النظر إلى الأمر من هذه الزاوية وتصنيف موقف المشرع هذا على أنه نتاج للتخليط واللبس . غير أن الأمر قد ينطوي على نهج فيه نوايا سبق تعمد إليها لباساً تشريعياً معيناً لغرض التوصل في الوقت نفسه الى جني ثمار ومكاسب ذات طابع سياسي وفئوي ومهني ومزايأ أخرى من جراء احتطاط هذا المسار كون القانون المدني قد تم اقتراح بنوده وإعدادها وصياغتها من طرف اشخاص يمثلون الهيئة القضائية الدينية

ويعكسون مصالحتها المعلومة توخياً لاستمرارية سيطرتها على جهاز القضاء والإفتاء وما يرتبط به ولو من خلال تنصيب نفسها كحامي حمى الشريعة الإسلامية .

وقد كان التناقض البارز في القانون المدني واضحاً في قواعد تنازع القوانين فيه المكرسة لمعالجة علاقات الأحوال الشخصية المشتمة على عنصر اجنبي إذ أستحوذ القانون اليمني استحواداً مطلقاً في عقد الاختصاص التشريعي لنفسه ، سادا الطريق أمام تقديم اية حلول ملائمة لهذا النوع من المسائل عن طريق إعمال قواعد التنازع المناسبة التي تركز الخاصية الأساسية لها على أساس صلاحيتها وملاءمتها لحكم النزاعات في مثل هذا النوع من العلاقات . وهذا المقرب من طرف المشرع اليمني لمعالجة هذه المسائل المرتكز في الظاهر، كما ورد في المذكرة الإيضاحية ، على حرص المشرع اليمني على إعمال أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية للأجانب عند لجوئهم الى القضاء اليمني . هذا القول على علته يقود الى الخوض في نقاش مدلول الآيات التي تم الاحتجاج بها في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني وهو نقاش قد طرح على بساط البحث بمناسبة تطبيق تلك الآيات ضمن منظومة الحقوق في العصور الإسلامية التي كانت محكومة بظروف موضوعية هو انقسام العالم الى فسطاطين : دار الإسلام ودار الحرب ، يطبق في الأول احكام الشريعة الإسلامية على المسلمين وغير المسلمين مهما كانت مللهم ونحلهم ، ويطبق في الثاني القانون الكنسي جنباً الى جنب مع القانون الروماني والأعراف الإقطاعية ، مع أن وقت مثل تلك المجادلات قد فات لأن الوضع اضحي مختلفاً بعد انقسام العالم الى وحدات سياسية إقليمية وقانونية متعددة بظهور الدولة - الأمة - Nation - Etat وجعل الرابطة المعتمد عليها في تحديد العلاقة بين هذه الدول ومجموع السكان الموجودين فيها مبنياً على عوامل سياسية وقانونية تتجسد في الجنسية مع إستبعاد عامل الدين كمعيار يربط الدولة ومواطنيها .

وزيادة إلى ذلك ، فقد تطور التشريع وصار هناك قوانين وأنظمة قائمة بذاتها تحكم الأحوال الشخصية وغيرها من العلاقات الاجتماعية داخل الدولة متعدد الطوائف منها ما هو عام ومنها ما هو خاص بطائفة او طوائف معينة . وهو تغير جوهري حدث في الواقع ولا يمكن لمواجهته الأخذ بالحلول الى ربما كانت ناجحة في فترة تاريخية محددة ، وتطبيقها حرفياً وبذات الآلية حتى مع تغير ظروف العلاقات الدولية تغيراً جوهرياً يعتبر أمراً مجافياً للمنطق والعدل .

إن الوضع الذي عليه التشريع اليمني هو الذي حفزنا لهذا البحث لتسليط الضوء على أوجه التناقض القائمة في فروع هذا التشريع والمسخرة لمواجهة مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية من ناحية وتنازع الاختصاص التشريعي في مجال العلاقات ذات الصفة الدولية من ناحية أخرى.

وتناول هذه المشكلة بالبحث يستتبع بالضرورة إبراز النواحي التي تشكل مضمون ذلك التناقض ليس فقط على مستوى العلاقة بين التشريعين محل البحث بل وبين القانون اليمني والقانون المقارن على المستوى العربي والدولي ، وبالتالي فقد انطوى البحث على المقارنة الوجيزة للاتجاهات الغالبة في فقه القانون الدولي الخاص وفي التشريع وإلى حد ما في القضاء بهدف وضع المشكلة في إطارها الصحيح وبيان درجة مدى حيدان المشرع اليمني عن المنهج الضروري المنطقي والمعقول المتبع في جل النظم القانونية ومنها العربية لمعالجة المشكلة موضوع البحث .

والبحث في نهج التشريع اليمني فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي أو المشتملة على عنصر أجنبي - إذ ستستخدم العبارتين كمترادفين أينما وردتا في سياق البحث- يتطلب التطرق إليه في ثلاثة مباحث ، يتم في الأول التعرض للموجهات التاريخية التي أحاطت بالعلاقة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بصفة عامة وذلك في فرع اول ، اما الفرع الثاني فيخصص للبحث في وضع المشكلة في إطارها التاريخي من زاوية الممارسة التشريعية في اليمن .

وفي المبحث الثاني نستعرض معالجة المشرع المقارن لمسائل الأحوال الشخصية وبناء قواعد الإسناد الخاصة بها وفقا للاعتبارات السائدة في الممارسة التشريعية وفي الفقه والقضاء . ونقسم هذا البحث إلى فرعين يعالج الأول المسألة في تشريعات الدول الغربية بصفة عامة ، ونكرس الفرع الثاني لبيان موقف التشريعات العربية من المسألة موضوع البحث .

أما المبحث الثالث ، فنخصص الفرع الأول منه لبحث المبررات التي أستند إليها واضعوا التشريع اليمني لتبني هذا المنهج المنفرد .

أما الفرع الثاني فنسخره لبيان التعارض التشريعي بين قواعد الاختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي في القانون اليمني.

أما الفرع الثالث من المبحث الأخير فتتصدى فيه لتقييم موقف المشرع اليمني من المسألة محل البحث .

وأنهينا البحث بخاتمة تم فيها حوصلته نتاج البحث بتضمينها مجموعة من الملاحظات والمقترحات والاستنتاجات والتوصيات هذا علاوة على هذه المقدمة وقائمة بالمراجع المستخدمة المثبتة في كل صفحة .

المبحث الأول

اعتبارات عدم التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي

الفرع الأول

نظرة عامة على الموجهات التاريخية التي أحاطت بالعلاقة بين الاختصاصين

على المستوى التاريخي المرصود في ميدان العلاقات المختلطة التي تفترض انطباق نظامين قانونيين بشأنها، فإن الملاحظ تحقق نوع من التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في بعض الفترات الزمنية في بعض البلدان كإيطاليا حتى القرن الثالث عشر للميلاد، فقد أبرمت بين المدن الإيطالية التي، كانت عبارة عن دول شبه مستقلة عن الإمبراطورية الرومانية "المقدسة" معاهدات تتضمن نصوصاً تبين اختصاص محاكم كل من الطرفين المتعاقدين وإذا تحددت المحكمة المختصة طبقت هذه بالضرورة قانونها. وهذا المنهج كان متبعاً في المدن الفرنسية وإلى الفترة ذاتها، ولم يفترق الوضع في إنجلترا وإلى فترة امتدت حتى القرن الثامن عشر.

غير أن هذا التلازم بين الاختصاصين لم يلبث أن انحل نظراً لقيام "المشاركة القانونية" فيما بين الوحدات السياسية أو الوحدات الإقليمية المختلفة، وهو ما تسمح بالإعتراف بسريران الحق المكتسب خارج موطن المحكمة، كما سمح كذلك بتطبيق المحكمة قانوناً غير قانونها، فبرزت مسألة بيان القانون الذي يحكم المسألة، أي مسألة تنازع القوانين باعتبارها مشكلة لها ذاتيتها المستقلة، أهتم بها الاجتهاد الفكري القانوني والقضائي معاً، بل وطغت بأهميتها على مشكلة تنازع الاختصاص القضائي.

وقد أكد أحد علماء القانون المشهورين في القرن التاسع عشر ألا وهو سافيني Savigny عدم التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، ومنذ ذلك الوقت استقرت هذه الفكرة في الفكر القانوني والقضاء وصارت قاعدة أساسية من قواعد تنازع القوانين.

أما على المستوى الإسلامي فقد كانت الشريعة الإسلامية هي السائدة في مجمل الأقطار الإسلامية ومنها الدولة العثمانية، ومناطق سيادة الشريعة الإسلامية على الأشخاص هو الإسلام أي الدين، وليس التبعية السياسية للدولة، أي الجنسية ولما كانت بلاد العالم الإسلامي تكون وحدة دينية تربطها رابطة الدين وتسود فيها شريعة ذات طابع ديني هي الشريعة الإسلامية، مهما تعددت الحكومات في مختلف هذه الديار، وبذلك لم يظهر الظرف الذي تنشأ فيه مشكلة تنازع القوانين في صورة تنازع داخلي في بلاد الإسلام، ألا وهو وجود عدة قوانين يتمتع كل منها بسيادة إقليمية غير مطلقة، ووجود علاقات مختلطة أي علاقات لا تجمع عناصرها تحت سيادة قانون واحد. وكذلك لم تظهر مشكلة تنازع القوانين في صورة تنازع بين الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد التي تندرج ضمن ما يسمى بدار الحرب، وذلك لأن الشرق الإسلامي والغرب المسيحي كانا في علاقات متوترة غالباً ما وصلت إلى درجة المجابهة العسكرية وسادت في الأول شريعة دينية وخضع الثاني لشريعة دينية ثم لقواعد وضعية، وكانت مدينتيهما أحدهما تختلف عن مدينتيهما الآخر اختلافاً شاسعاً مع ما استتبع ذلك من قلّة المعاملات أو انقطاعها وعدم ظهور المشكل أمام القضاء الشرعي بشكل متواتر.

وحتى لو افترضنا ظهور التنازع امامه لما رضى بتطبيق القوانين الغربية بحجة حماية الحقوق المكتسبة في ظلها، شأنه في هذا شأن امتناع المحاكم في بلاد الغرب عن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية على أساس حماية الحقوق التي اكتسبت وفقاً لأحكامها.

وقد ظلت الحال كذلك حتى عهد الدولة العثمانية، التي منح السلاطين فيها للأجانب امتيازات مبنية على معاهدات مع دول الغرب، ونظر إلى تلك الامتيازات إبان قوة الدولة العثمانية على أنها أمر منطقي ويتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية من حيث مدى ولاية القاضي الشرعي ومن حيث من تسرى عليهم هذه الشريعة من الأشخاص. ولكن الأمر تغير، فبعد أن كان رخصة أصبح نظام الامتيازات مدخلا للاعتداء على السيادة الإقليمية للدولة وانتقاصا منها، وذلك على الرغم من حصول انعطاف كبير في سياسات الدولة التشريعية حيث لم تعد الديانة هي المعيار لانتماء الشخص الى الدولة بل غدت هذه الرابطة هي فكرة الجنسية.

وقد كان من مظاهر تلك الامتيازات، الامتياز القضائي والامتياز التشريعي، فصار الأجانب⁽¹⁾ يخضعون لمحاكمهم القنصلية ولمحاكم دولهم، وقد وجدت هذه المحاكم في الأقطار العربية التي كانت جزءاً من الإمبراطورية العثمانية وكذلك حتى في الدول الإسلامية والعربية التي لم تكن كذلك كالمغرب وإيران.

ونشأت في ظل نظام الامتيازات وفي علاقات الوطنيين عموماً والأجانب قاعدة المدعى يتبع المدعى عليه وكان من شأن اتباعها أن أصبح الاختصاص بدعاوي الوطنيين على الأجانب معقوداً للمحاكم القنصلية بعد أن كان من اختصاص القاضي الشرعي. وكانت المحاكم القنصلية تطبق قوانينها على هذه الدعاوي، دون مراعاة لقواعد تنازع القوانين، وذلك بدعوى عدم توافر الاشتراك في المدينة بين اقطار العالم الإسلامي وبين العالم الغربي، وهذه الحجة التي برر بها بعض الحقوقيين الأوروبيين وجود امتيازات لدول الغرب في الدول الشرقية هي حجة متهافئة استخدمت أساساً لبسط الهيمنة الاستعمارية المموهة بادئ الأمر، برتوش حقوقية ومقولات مشبوهة كفكرة الحقوق المكتسبة التي كانت تفرضها الدول الغربية على اقاليم الشرق المسلمة وغيرها مكرسه فيها حقوق لتلك الدول زائفة باستخدام آلية المعاهدات غير المتكافئة.

والدليل على ذلك تعطيل القوانين السوفيتية بحجة تعارضها مع المبادئ المسلم بها في الدول الرأسمالية وأنه لذلك لا يوجد تنازع بين القوانين السوفيتية وبين القانون الفرنسي مثلاً. ويلاحظ أن المسألة ما زالت رواسبها باقية في الممارسات الحقوقية الغربية جزئياً حتى الوقت الحاضر، فيما يهم تطبيق الأحوال الشخصية للفئات المسلمة في الغرب⁽²⁾.

الفرع الثاني

وضع المشكلة في إطارها التاريخي على مستوى الممارسة التشريعية في اليمن

أنتهج المشرع اليمني نهجاً تشريعياً يتسم بالانغلاق والتزمت في العهد الذي تلا استقلاله عن الدولة العثمانية، ولم تتم الاستفادة حتى من التحولات التشريعية والقضائية التي شهدتها هذه الدولة في الطور الأخير من وجودها إبان عهد التنظيمات الذي بدأ في العام 1839 وعرف هذا العهد جموداً كاملاً في حركة التقنين على جميع الأصعدة ومختلف الفروع القانونية.

(1) في الحقيقة فقد أسئ استعمال نظام الامتيازات وأصبح يطبق حتى على الأشخاص المنتمين بجنسيتهم الى الدولة العثمانية، إذ مقابل مبالغ مالية معلومة، كان يسجل الحلاقون واصحاب الحرف على أنهم يخضعون لنظام الامتيازات تهرباً من الخدمة العسكرية وتأدية الضرائب، الى حد أن يعين أحد القناصل في حلب أحد أثرياء المدينة طباحاً له حتى يستطيع الأخير الحصول على الامتيازات القانونية المتأتية عن التبعية. انظر: عزيز العظمة - العلمانية من منظور مختلف، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى 1992، ص، 124.

(2) الموقف من مسألة الحجاب مثلاً في الدولة الأوروبية.

وبعد ثورة 1962، جرت تقنيات غير تامة ومجزأة، ويهمنا في مجال القانون الدولي الخاص صدور قانون الجنسية في عام 1975 لأول مرة.

أما على مستوى مباحث القانون الدولي الخاص الأخرى فلم يعرف التقنين إليها سبيلاً إلا في العام 1981 حين صدر التقنين المدني أو قانون المعاملات الشرعية كما أسمى آنذاك. هذا على مستوى الشطر الشمالي أما في الشطر الجنوبي فقد كانت حركة التقنين أنشط منذ العهد الاستعماري وشهدت زخماً أكبر في عهد الاستقلال بعد 30 نوفمبر 1967 حيث صدر قانون رقم 4 بشأن الجنسية في 1968 ثم القانون المدني عام 1982 الذي عالج قواعد الاختصاص القضائي وتنازع القوانين ومركز الأجانب... إلخ وبعد الوحدة، تم تكريس النهج السائد تشريعياً في الشطر الشمالي، ذلك أن القانون الذي صدر في عام 1991 بعد الوحدة كان مجرد تكرار لأحكام قانون عام 1981 في الشطر الشمالي ثم جرى تعديله بالقانون رقم 40 لسنة 2002 إلا أنه جاء أيضاً مكرراً لنفس المنهج وبالذات بصدد أحكام تنازع القوانين من حيث المكان، إلا باستثناء مسألة الأهلية والحالة التي أسند حكمها بموجب المادة 24 من القانون الأخير لقانون جنسية الشخص وهي نفسها أصل المادة 23 من قانون 1991 والمادة (24) من قانون 1981 فإن بقية القواعد قد عقدت الاختصاص في معظم مسائل الأحوال الشخصية للقانون اليمني.

وكان هذا أخذاً متزمتاً بفكرة الإقليمية شبه المطلقة للقانون اليمني مع عدم وجود قواسم مشتركة مع القوانين الأجنبية وقيام تعارض كامل بينه وبينها وما يستتبع ذلك من عدم تناسب الحلول في القانون اليمني لمشكلات ذات طابع مختلط كقضايا الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية، ذلك لأن الزواج يتسم بطبيعة خاصة تجعله غالباً مرتبطاً باعتبارات ذات طابع اجتماعي وديني وقانوني متجذرة في التركيبة الذهنية والنفسية للمنتهين إلى مدنية معينة مما لا يجعل من السهل تجاوز تلك المعطيات ذهاباً لإخضاعهم ببساطة لنظام قانوني مختلف عن النظام القانون الطبيعي الذي يحكم مسائل أحوالهم الشخصية.

بل أن المشرع اليمني قد أخذ بنفس الاتجاه حتى في مسألة تناوله، في التقنين المدني بإصداراته الثلاث، لحالة عديمي الأهلية وإدراجها ضمن اختصاصات القانون اليمني، ناصاً على ذلك في المادة (26) التي يجري منطوقها كالآتي "يرجع في المسائل الموضوعية لحماية القصر والمحجورين والغائبين إلى القانون اليمني".

ويتضح من هذا النص أن النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية أو غير كاملها، لا يخضع لقانون جنسية الشخص الواجبة حمايته وإنما للقانون اليمني، مع أن الحكمة من وراء هذا النظام على اتصال بالروابط الأسرية عندما يتعلق الأمر بحمايته في نفسه وإلى حمايته في ماله لاتصال الأمر بأهليته وكون هدف هذه الحماية موجه لسد العجز لدى عديم الأهلية أو ناقصها لمباشرة التصرفات الإرادية، ولا شك أنه نظراً لهذه الصلة فإن النظم الخاصة بحماية عديم الأهلية تعتبر داخلية في نطاق الأحوال الشخصية في قوانين مختلف بلدان القارة الأوروبية وبالتالي فتخضع للقانون الشخصي وهذا المنهج مأخوذ به في معظم التشريعات العربية.

أما في البلاد الانجلو أمريكية فالأمر مختلف، لأسباب عديدة، حيث يجري إخضاع هذه النظم لقانون موقع المال على الأقل بالنسبة للعقارات⁽³⁾.

(3) راجع: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1986 ص، 241.

وعلاوة على ذلك فإن المشرع اليمني أيضا قد عقد الاختصاص لنفسه في موضوع الموارث والوصايا في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، جاء هذا في قاعدة الإسناد الخاصة بالموارث والوصايا الواردة في المادة (27) التي يجري نصها على النحو الموالي: "يرجع في الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني".

المبحث الثاني

اتجاهات الفكر القانوني بصدده معالجة مشكلة مسائل الأحوال الشخصية

تثور مشكلة الأحوال الشخصية كمعادل موضوعي لفكرة الأحوال العينية بمعنى إقليمية القوانين في مواجهة فكرة شخصانيتها اللتان تبلورتا في سياق تاريخي معين وفي نطاق حيز مكاني محدد بصفة عامة لا تصل إلى حد الإطلاق، إذ لوحظ سيادة ذلك الاتجاه أو هذا في ظروف تاريخية ومكانية شملت أنظمة قانونية مختلفة لم تسد فقط في أوروبا الغربية بل وفي الشرق الإسلامي والأقصى بهذه الدرجة أو تلك، مما لا يتسع المقام هنا للتقرب منه. ونتناول الموضوع في هذا المبحث من خلال فرعين نسخر أولهما لمعالجة وضع المشكل في الفكر القانوني الغربي ونسخر الثاني في دراسة المشكل في الفكر القانوني العربي مع التقيد بإمكانات ما يسمح به مجال البحث من المنظور الكمي لطرح المعطيات.

الفرع الأول

اتجاهات الفكر القانوني في الأنظمة الغربية في شأن تنازع القوانين

في مسألة الأحوال الشخصية

أولاً - حماية عديمي الأهلية: تفرض الحماية المشمول بها عديم الأهلية أو ناقصها الحماية الموجهة إلى ذاته ونفسه وإلى حماية موجهة إلى ما له. وفي الحقيقة فإن هذه الحماية يعبر عنها من خلال الجزئية التي تشكل موضوعاً لها من حيث إذا كانت منسوبة على شخص المشمول بالحماية أم ماله، وأخص المصطلحات القانونية المعبرة عن هذه المسألة هو مصطلح "الولاية" وهذا بدوره مثار اختلاف في مدلوله بين الأنظمة القانونية المختلفة، فيطلق على الولاية في البلاد الانجلو أمريكية اصطلاح الوصاية الطبيعية في حين يتم التعبير عنها باصطلاح La Puissance paternelle أي السلطة الأبوية التي تستغرق الولاية على النفس والولاية على المال معاً⁽⁴⁾. والواقع ان حكم "الولاية" يختلف حسب قوانين الدول، فتجري التفرقة في البلدان الانجلو أمريكية أي بلدان ما يسمى بالقانون العام Common Law فيما يختص بأحكام "الولاية" بالنسبة لشخص القاصر من جهة وبالنسبة لماله من جهة أخرى، ويخضعون المسألة الأولى لقانون موطن الأب مع تطبيق قانون القاضي في بعض الجزئيات ويخضعون المسألة الأخرى لقانون موقع المال. أما في البلدان اللاتينية ومن يدور في فلكها متأثراً بتقاليدها القانونية فلا تجري التفرقة بين الولاية على النفس والولاية على المال، حيث وقع إدراجها في نطاق السلطة الأبوية التي تخضع للقانون الشخصي للأب عند من يراها أوثق صلة بنظام

(4) انظر: عز الدين عبد الله، المرجع نفسه ص 243 وهامش رقم (3) منها.

الأسرة وهو النهج المتبع في معظم القوانين اللاتينية أو في القانون الشخصي للناصر، عند من يعتبرها أوثق صلةً بنظام حماية عديم الأهلية وهو ما أخذ به في تقنين بوستا منت⁽⁵⁾.

ثانياً - في مسائل الزواج: من المعلوم أن فكرة الزواج تتفاوت بتفاوت النظم القانونية، وهي لكونها مسألة اجتماعية تشكل الخلية القاعدية للمجتمعات لتعلقها بنظام الأسرة فهي محكومة بأسس دينية وثقافية تضرب بجدورها في بنى المجتمع وبالتالي فالخلاف بشأنها يبلغ مداها، ابتداءً من فكرة الزواج ذاتها مروراً بانعقاده وانتهاءه بآثاره وانحلاله فيختلف الزواج من حيث نوعه كالزواج الأحادي أو المتعدد من جهة الأزواج أو الزوجات، وكذلك من حيث كونه نظاماً دينياً أم علمانياً وفي الشروط الموضوعية فيه وهل هناك شكلية تجب مراعاتها في انعقاده أم لا وهل تترتب للزواج آثار وما هو مداها وهل تتعلق بالأشخاص أم تشمل المال، وكيف ينحل الزواج هل بالإرادة المنفردة من طرف الزوج أو بحكم من المحكمة. وهذه الأمور تتور ككلما عقد زوجان متحدي الجنسية خارج بلدهما أو عندما يتزوجان في بلدهما ويريدان التمسك بالزواج في دولة أخرى سواء أكان التمسك من كليهما أو من أحدهما، وقد يظهر الأمر بجلاء بالنظر إلى تطور العلاقات الاجتماعية والاقتصادية الذي ترتب عليه كثافة انتقال البشر من دولة إلى أخرى، الذي تعد أحد نتائج الزواج المختلط كمسلمة موضوعية.

وبالنسبة للشروط الموضوعية للزواج، فهناك اتجاه له الأرححية يقضي بالرجوع في الشروط الموضوعية في صحة الزواج لقانون الزوجين كليهما.

وهي القاعدة ذاتها المقررة في اتفاقية لاهاي المنعقدة في 13 يونيو 1962، وفي الكثير من التشريعات الغربية، كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون الياباني والقانون الروسي الصادر في 8 أكتوبر 1995 في المادة 156 منه والقانون البولندي المتعلق بالقانون الدولي الخاص لعام 1965 والقانون اليوناني والقانون الفرنسي فهذه القوانين تخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون الجنسية بالنسبة لكل من الزوجين باعتباره القانون الشخصي لكل منهما. وهذا الاتجاه أخذت به كذلك الاتفاقية حول المساعدة القانونية والعلاقات القانونية في المسائل المدنية والأسرية والجنائية المبرمة في إطار مجموعة الدول المستقلة في 22 يناير 1993⁽⁶⁾

غير أن هناك اتجاهاً تشريعياً يتجه لإخضاع الشروط الموضوعية لقانون موطن كل من الزوجين باعتباره أيضاً القانون الشخصي كما هو الشأن في القانون الإنجليزي، والقانون الدانماركي والقانون النرويجي وقوانين بعض بلاد أمريكا اللاتينية كالبرازيل.

وثمة اتجاه آخر من التشريعات تخضع الشروط الموضوعية والشكلية للأزواج لقانون محل إبرام الزواج Lex Loci Celebrations ومن القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه قوانين الولايات المتحدة الأمريكية وبعض دول أمريكا اللاتينية مثل الأرجنتين و غواتيمالا ونيكاراجوا. وترتبط الشروط الموضوعية لصحة الزواج بموانع يترتب عليها تعطيل الزواج فيصبح غير جائز إبرامه في دولة ما وإن كان القانون الأجنبي يجيزه وعلى العكس من ذلك. وموانع الزواج هذه قد تنجم باعتبارها أسباباً لتعطيل الزواج، إما نتيجة لتطبيق فكرة النظام العام في الدولة المعنية، مما يترتب استبعاد القانون الأجنبي كلياً أو جزئياً بالقدر الذي يخالف في أحكامه النظام العام في الدولة المعنية، وأما نتيجة لكون المانع المقرر في القانون الأجنبي مانعاً إقليمياً محصوراً في دولة إبرام الزواج والمعروف أن نطاق النظام العام يختلف

(5) أنظر: تقنين بوستا منت، الفصل السابع، المادة 69 وما يليها، في: القانون الدولي الخاص، مدونة الوثائق، إصدارات القرن، موسكو، 1997 (بالروسية).

(6) راجع: الفصل الثالث من الاتفاقية، وخصوصاً المادة 26، 27 و28 منها، المرجع السابق، ص 802 - 803.

من دولة إلى أخرى وأن وجهات نظر الحقوقيين مختلفة كذلك في شأن الموانع الإقليمية منها والممتدة ، فيذهب الأستاذ فيوري Fiore مثلاً إلى أن موانع الزواج قسماً أولهما ويشمل الموانع القائمة على المبادئ الخلقية العليا التي تعتبر أساساً للأسرة فتكون إقليمية كموانع القرابة والتبني وتعدد الزوجات . وثانيهما يشمل الموانع التي تستهدف تنظيم مصلحة الأسرة في حد ذاتها ، مثل موانع المصاهرة والعدة والاختلاق في الديانة وهذه موانع ممتدة (شخصية) ، ويرى الأستاذ أوديني Audinet التفرقة ما بين موانع الزواج التي يراد بها حماية الزوجين ، وهي شخصية ، والموانع التي يبتغي بها حماية مبادئ الأخلاق والمصلحة الاجتماعية وهي إقليمية تسرى على المواطنين والأجانب على السواء⁽⁷⁾ .

هذا أما الشروط المتعلقة بالشكل فلم نرى لزوماً للتعرض لها لأننا أننا أوردنا الفقرات السابقة في مقام المقارنة بين الأسس التي يقوم عليها نظام الزواج من حيث مفهومه في البلدان المختلفة مع ذات المفهوم في البلاد الأخرى الإسلامية وأخصها اليمن ، أما مسألة الشكل فلا تدخل ضمن مجال الدراسة الحالية ولا تنطوي على التناقضات الملموسة في مجال الفكر المسند الخاصة بالأحوال الشخصية في جوانبها الموضوعية .

ثالثاً : مسألة الآثار الشخصية والمالية للزواج : في هذا الجانب تفتقر النظم القانونية السائدة في البلدان الغربية عما هو سائد في البلدان المتأثرة بمنظومة الشريعة الإسلامية وبالذات فيما يخص مسألة النظام المالي للزوجية .

ومن الآثار الشخصية في الزواج حق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل والقيام بأعبائه وحق الزوجة على الزوج في العدل إذا تعددت زوجاته وهناك آثار أخرى تقررها بعض الشرائع عادة مثل الإخلاص المتبادل بين الزوجين وحق الزوجة في حمل اللقب العائلي لزوجها وما إلى ذلك⁽⁸⁾ وهذه آثار شخصية بحتة . ومن الآثار التي تتسم بطبيعة مالية في الشريعة الإسلامية حق الزوجة على زوجها في المهر والنفقة ، وتدخل في هذه الآثار ما تقرره مختلف التشريعات فيما يتعلق بحق كل من الزوجين على الآخر في نفقة الزوجية⁽⁹⁾ .

أما الآثار المالية للزواج وهي مجموعة القواعد المالية القانونية أو الاتفاقية التي تحكم حقوق وواجبات الزوجين من حيث ملكية أموالهما وإيراداتها والانتفاع بها وإدارتها ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وإثباته وبعد انحلال عقده وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انحلال الزواج . ولكون هذا النظام قد يعتبر من الأحوال الشخصية في بعض القوانين الغربية وفي بعضها الآخر كالقانون الفرنسي رسم له نظاماً قانونياً خاصاً عندما لا يتوصل الزوجان إلى تكريس تنظيم اتفاقي يحكم أموال الزوجة ويسمى بالنظام المالي القانوني Regime Legal وثمة عدة نظم مالية أوردتها الدكتور عز الدين عبد الله هي على التوالي : نظام الاشتراك Regime en Communité ونظام الدوطة Regime dotal ثم نظام انفصال الأموال Regime de la Separation des biens وأخيراً نظام عدم الاشتراك Regime sans Communité⁽¹⁰⁾ .

وموقف المشرع اليمني من حيث اعتبار النظام المالي للزوجين من مسائل الأحوال الشخصية يختلف عن النهج المتبع من طرف التشريعات الأجنبية كالشريعة الفرنسية الذي أعتبر

(7) انظر : عز الدين عبد الله ، المراجع ذاته ص، 263 هامش (1) .

(8) راجع : ماهر ابراهيم السداوي ، الأحكام الوضعية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون

اليمني ، مكتبة سعيد رافت ، جامعة عين شمس 1987 ، ص 15

(9) المراجع ذاته ص 16 .

(10) انظر: عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 300-301 هامش رقم 4 .

النظام المالي للزوجين من قبيل الأحوال العينية⁽¹¹⁾ وأيضاً عن طائفة أخرى من القوانين الغربية كالقانون الإيطالي التي تجعل هذا النظام مندرجا ضمن الأحوال الشخصية وتقرر له قاعدة إسناد تخضعه لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج وهو ذات الموقف المتبع من طرف القانون اليوناني . وفي الولايات المتحدة الأمريكية يجري اخضاع آثار الزواج بالنسبة للعقار لقانون موقعه وبالنسبة للمنقول لقانون موطن الزوجية ، وهذا هو المتبع في القانون الإنجليزي وفي القانون الروسي الصادر في 8 ديسمبر 1995 المادة 161 منه⁽¹²⁾ في حالة عدم اتفاق الزوجان على نظام مالي .

رابعا : مسألة انقضاء الزوجية : تنقضي الزوجية أما بالطلاق أو التطلق⁽¹³⁾ والتفريق ما بين الأبدان Separation from bed and board وهذا بالنسبة للأنظمة التي تجعل الزواج علاقة مؤبدة ، حيث لا يجوز أن تنحل رابطة الزوجية إلا بالوفاة كما هو الشأن في بعض البلدان ومنها أيسلندا التي جرى فيها مؤخرا استفتاء سمح بالخروج على مقتضيات الزواج الكاثوليكي في شروطه الموضوعية عند انعقاده وفيما يختص بانحلاله⁽¹⁴⁾ . وثمة أنظمة تجيز حل هذه الرابطة عن طريق المحكمة متى توافرت أسباب محددة في القانون كما هو الشأن في القانونين الفرنسي والبريطاني .

أما في بعض البلدان فيجوز حل تلك الرابطة بإرادة الزوج وحده كما هو الحال في القوانين العربية بشكل عام .

وعلى أية حال فإن قوانين البلاد الانجلو أمريكية تخضع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون القاضي إما على اعتبار توطن الطرفين أو أحدهما في دولة القاضي كما هو المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية و إما على أساس أن إنهاء رابطة الزوجية يمس النظام العام والآداب في دولة القاضي مما يستتبع انفراد قانونية بحكمها . وليس اختصاص القاضي مبنيا إذن على مجرد اختصاصه بالدعوى المرفوعة إليه⁽¹⁵⁾ .

أما تشريعات غالبية دول القارة الأوروبية ودول أمريكا اللاتينية فتحضع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون الجنسية باعتبارها القانون الشخصي مع الاختلاف في تحديد هذا القانون وهل هو القانون الذي يحكم آثار الزواج اعتبارا لكون الطلاق إنهاء لهذه الآثار أم يجوز أن يكون قانونا آخر خلافاه ؟ وهل هذا هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين⁽¹⁶⁾ أم قانون جنسية الزوج وحده عند اختلافهما في الجنسية مع تطبيقها تطبيقا جامعا أم موزعا .

خامسا: في مسألة الميراث والوصية كتصرفات مضافة إلى ما بعد الموت :
أ) الميراث : يختلف أمر الميراث بوصفه سببا لأيلولة الإرث من المورث إلى الوارث وفقا للنظم القانونية . وثمة اتجاه مأخوذ به في تشريعات بعض البلدان يطلق اصطلاح " الميراث " على

(11) مع ملاحظة تنكب الفكر القانوني الفرنسي الحديث عن تبني هذا الموقف الذي حيدته القضاء الفرنسي حيث أصبح هذا الفكر أميل إلى اخضاع النظام المالي للزوجين للقانون الشخصي للزوج أسوة بالآثار الشخصية للزوج .

(12) انظر: القانون الدولي الخاص ، مدونة الوثائق ، إصدارات القرن ، موسكو 1997 ، ص 724-725 (بالروسية)

(13) لكل لفظ من هذه الألفاظ دلالة مختلفة فالطلاق La repudiation هو إنهاء للزوجية بالإرادة والتطلق Divorce هو إنهاء لها بحكم قضائي لتوفر سبب قانوني معين وأما الانفصال أي La separation des Corps فما هو بإنهاء للزوجية بل مجرد انفصال مادي ما بين الزوجين .

(14) أجرت السلطات الأيسلندية استفتاء بشأن الإبقاء على الطقوس الدينية وإجراءات الزواج الكاثوليكي وحول بقاء رابطة الزوجية مدى الحياة من عدمه وقد جاءت نتيجة الاستفتاء لصالح إلغاء إجراءات الزواج وفقا للمذهب الكاثوليكي بما في ذلك إجازة الطلاق بطلب أي من الزوجين ، انظر: صحيفة الثوري عدد 2002 في 17/4/2008 ص 8 .

(15) انظر القانون اليوناني الصادر في 1940 المادة 16 منه ، وكذا المادة (18) من القانون البولندي الصادر في 1965 .

(16) طبقت محكمة النقض الفرنسية في قضية مدام فرراي القانون الفرنسي على الزوجة الفرنسية وقضيت بتطبيقها من زوجها الإيطالي رغم ان قانون هذا الأخير كان لا يجبر التطلق ، وهذا مثال للتطبيق الموزع للقانون الشخصي

الخلافة بسبب الوفاة سواء أكانت هذه الخلافة مقررة بنص قانوني وهذا في حالة الميراث القانوني Succession Legitime أم في حالة ما إذا كانت الخلافة متأتية عن تصرف إرادي صادر من المتوفى وهذا في حالة الميراث الإيصائي Succession testamentaire . ومن البلاد التي تأخذ بوجهة النظر هذه القانون الإيطالي ، حيث تتحقق الخلافة بسبب الموت بطريقة الوصية في إيطاليا وغيرها من البلاد في حدود مرسومة من طرف القانون ، وأنه لذلك لا يتم الرجوع الى قواعد التوريث القانوني إلا عند غياب وصية المتوفى أو حال بطلانها عند وجودها وهذا هو ما تجري عليه الممارسة أيضا في البلدان الانجلو أمريكية⁽¹⁷⁾ وهناك اتجاه آخر يأخذ به القانون الفرنسي الذي يحصر الميراث في الخلافة بسبب الموت بناءً على حكم القانون فقط .

والملاحظ أن معظم التشريعات تفرق في الميراث بين العقار والمنقول وتقرر لكل منهما قاعدة إسناد خاصة وأنه في حين يجري الاتفاق على قاعدة إسناد الميراث في العقار لقانون موقعه نرى الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول حيث هي في القانون الفرنسي والبلجيكي والأمريكي والبريطاني قاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى⁽¹⁸⁾ . ثم هناك من البلدان من تقرر قوانينها قاعدة إسناد واحدة لكل من الميراث في العقار ام في المنقول ، حيث يخضعه البعض إلى قانون المال كما هو الحال في تشريعات بعض دول أمريكا اللاتينية مثل بنما وهو ما أخذت به اتفاقية مونتفيدو ، وهناك من الدول من أخضع الميراث جملة لقانون جنسية المتوفى كإيطاليا وألمانيا واليونان وبولندا وتشيكوسلوفاكيا السابقة ، وفي فريق آخر يجري إخضاع الميراث لقانون موطن المتوفى وهو ما يأخذ به القانون الأرجنتيني والدانماركي والنرويجي والسوفييتي السابق منذ العام 1962⁽¹⁹⁾ .

ب (الوصية : من المعلوم أنه ثمة رابطة قوية بين الوصية والميراث ، ذلك أن بهما تتحقق الخلافة بسبب الوفاة ، الأولى بسبب التصرف الإرادي والثاني بقوة القانون . ولا جدال في أن هذه العلاقة بين الميراث والوصية هي التي جعلت الدول التي تعتبر أن الميراث في الأحوال الشخصية تدخل الوصية أيضا في نفس المجال وتخضعها في شروطها الموضوعية للقانون الشخصي للموصي. اما في البلاد التي تعتبر الميراث من الأحوال العينية فتخضع الوصية فيها للقانون الذي يحكم الميراث كما هو الشأن في إنجلترا وفرنسا . غير أن القول بإخضاع الوصية لقانون جنسية المتوفى بصفة مطلقة ، لا بد أن يحث الفكر على البحث عن الوقت الذي يعتد به في تعيين هذا القانون ، هل هو وقت تحرير الوصية أم وقت موت الموصي ؟

فذهب البعض إلى أن الوصية وإن كانت سبباً من أسباب الخلافة بسبب الوفاة إلا أنها تصرف قانوني يقع بالإرادة. ويكون المعول عليه في استيفاء الشروط الضرورية لتكوين التصرف القانوني هو في الوقت الذي تصدر فيه الإرادة ولهذا فإن قانون الموصي وقت إجراء الوصية هو الذي يحكمها وهذا متبع في القانون البولندي والقانون الياباني وقانون تشيكوسلوفاكيا السابقة والقانون البرتغالي⁽²⁰⁾

وذهب البعض الآخر إلى أنه نظراً للعلاقة المتقدم ذكرها بين الميراث والوصية وكونه يراد بالشروط الموضوعية التي تقيد إرادة الموصي حماية الورثة فيجب إذن أن يحكم الوصية

(17) أنظر : عز الدين عبد الله ، السابق ص، 336 وهامش رقم (4) منها

(18) المرجع ذاته ص 337 .

(19) أنظر : لونتس ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، القسم العام ، موسكو 1983 ، ص 236 (باللغة الروسية) .

(20) راجع : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 360 .

القانون الذي يحكم الميراث أي قانون الموصي وقت وفاته⁽²¹⁾ ومن القوانين التي سارت في هذا الاتجاه القانون الأرجنتيني .

غير أن الباحثين الذين أخضعوا الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت موته اختلفوا في شأن نطاق تطبيق هذا القانون وهل يشتمل على جميع الشروط الموضوعية ام يجب ان يخرج من نطاقه احدها أو بعضها ليخضع لقانون الموصي وقت تحرير الوصية ، فبالنسبة للأهلية مثلا ذهب البعض أن الأهلية العامة للموصي يتعين ان تخضع لقانونه وقت عمل الوصية لأنه هو الوقت الذي تصدر الإرادة فيه⁽²²⁾ . ويرى البعض الآخر أن قانون الموصي وقت وفاته يحكم كافة الشروط الموضوعية بما في ذلك شروط الأهلية ، وليس غريبا أن يحكم الأهلية قانونا غير قانون جنسية الشخص وقت صدور الإرادة منه ، نظرا لأن الوصية وأن كانت تصرفا إراديا غير أنها تختلف عن سائر التصرفات الإرادية الأخرى من حيث أن استيفاء شروطها الموضوعية يتحدد بصورة نهائية وقت وفاة الموصي وليس وقت صدور الإرادة منه ، وتكون الوصية تصرف غير لازم حيث يجوز الرجوع فيها ، مما يستلزم الاعتداد بالأهلية حتى الوقت الذي ينقطع فيه تحرك الإرادة⁽²³⁾ .

وهذا الرأي الثاني لا يخلو من المثالب التي من أبرزها أن القواعد الموضوعية في مختلف التشريعات تقتضي إن يكون الموصي أهلا للوصية وقت عملها وهذا شرط لازم من شروط تمامها بوصفها عملا إراديا .

ومن الضروري أن تستجيب قاعدة الإسناد للقواعد الموضوعية من حيث بيان القانون الواجب التطبيق على اهلية الموصي وقت تحرير الوصية . وهو ذات القانون الواجب التطبيق على الأهلية لمباشرة التصرفات الإرادية عموما ولذلك فإن المتبع في فرنسا هو إخضاع الأهلية العامة للموصي في الوصية بمنقول لقانونه الشخصي أي لقانون جنسيته وليس للقانون الذي يحكم الميراث .

ويوجد رأي في الفقه الإنجليزي يذهب إلى القول بضرورة أن يكون الموصي أهلا لتحرير الوصية وفقا لقانون موطنه وقت تحرير الوصية ووفقا لقانون موطنه وقت الوفاة ، إذا غير الموصي موطنه بعد عمل الوصية⁽²⁴⁾ .

أما في القانون الأرجنتيني فيتم إخضاع أهلية الموصي او عدم أهليته لإجراء الوصية لقانون موطنه وتخضع محتويات الوصية وشروط صحتها للقانون النافذ وقت وفاة الموصي ، أما القانون التايلندي فتحضع أهلية الموصي فيه لإجراء الوصية لقانون الوطني وقت عمل الوصية ، وكذلك الشأن في القانون البرتغالي لعام 1951 حيث تخضع الأهلية لعمل الوصية للقانون الوطني للموصي وقت عمل الوصية . كما ان القانون البولندي الصادر في 1965 يخضع صحة الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت للقانون الوطني للممتوي وقت إجراء هذه التصرفات⁽²⁵⁾ .

(21) المرجع ذاته ص 361 .

(22) انظر: Dicy and Morris : on the conflict of Law , 10-th . ed.vol 1,2 London, 1980 pp.608-614

(23) راجع : عز الدين عبد الله ، السابق ص 362 .

(24) راجع : عز الدين عبد الله ، السابق ، ص 363 هامش رقم 1 .

(25) راجع : لونتس ، المرجع السابق ، ص 238 وما يليها وقد أخذ بهذا الحل القانون التركي بشأن القانون الدولي الصادر في 1982 في المادة 22 فقرة 5 منه ، وكذلك قانون يوغسلافيا سابقا الصادرة في 1983 في المادة 30 فقرة 2 منه .

الفرع الثاني

اتجاهات الفكر القانوني في الأنظمة القانونية العربية في شأن تنازع القوانين في الأحوال

الشخصية ما عدا لأهلية

في هذا الفرع نتعرض بصورة عامة لممارسة التشريعات العربية في ميدان الأحوال الشخصية في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وكيف تقررت الحلول لمواجهتها ونحن نتناول في هذا الفرع ما تناولناه في سابقه في نفس الترتيب وعلى ذات التعقيب .

أولاً : حماية عديمي الأهلية : أخذ المشرع المصري بالاتجاه الذي يلحق النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصها بنظام الأحوال الشخصية ، يتضح ذلك من نص المادة 16 من القانون المدني الصادر في عام 1968 وهي تقابل وتطابق نص المادة 17 من القانون المدني السوري التي يجري منطوقها على أنه يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته ."

ويلاحظ أن المقصود بالولاية التي تخضع لقانون جنسية من تجب حمايته وفقاً للمادة المذكورة هي الولاية على المال . أما الولاية على النفس فهي تخرج من مضمون الفكرة المسندة التي يقرر فقهاء القانون المصريين دخولها في نطاق قانون جنسية الأب بوصفها من آثار النسب⁽²⁶⁾ .

ويرجع إلى قانون جنسية الشخص الواجبة حمايته لمعرفة من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصياً أو قيمياً أو وكيلاً عن الغائب وسلطة القائم بالحماية في ابرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية وحكم التصرف الذي يبرمه مجاوزاً سلطته وواجبات وحقوق من يتولى الحماية وما يستحقه من أجر . وكذلك أسباب طلب الولاية أو الحد منها وعزل الأوصياء أو القامة والحد من سلطاتهم⁽²⁷⁾ .

ويرجع في تقرير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الاشراف أو القوامة إلى قانون بلد الموصي أو القيم أو المشرف . وهذا يعني خروج هذه المسائل عن مضمون الفكرة المسندة وخضوعها لقانون الشخص القائم بالحماية . وهو حل يخالف ما يراه الفقه الفرنسي من إسناد صلاحية الوصي ومن في حكمه وأسباب امتناعه عن القيام بالوصاية للقانون الشخصي للمشمول بالحماية تأسيساً على أن المسألة تتعلق بأداء وظيفة لمصلحة هذا الأخير ولا تتعلق بأهلية القائم بالحماية⁽²⁸⁾ .

في حين يؤكد فريق من الفقه المصري سلامة هذا الحل على أساس أن من غير المستساغ أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافاً لأحكام قانونه⁽²⁹⁾ . وتجدر ملاحظة ان معظم التشريعات العربية تقر قواعد متماثلة مع القانون المصري والسوري ، ومن ذلك المادة 15 من القانون المدني الجزائري الصادر في 26 سبتمبر 1975 الذي أورد المشرع قواعد تنازع القوانين فيه في المواد من 9 حتى 24 حيث تنص على أن " القواعد الموضوعية في مسائل الولاية

(26) راجع : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع

المصري - الطبعة الثالثة - منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974 ، ص 610 .

(27) هشام صادق . المرجع السابق ص 609 .

(28) راجع : عز الدين عبد الله ، السابق ، ص 245 .

(29) راجع : ماهر السداوي ، المرجع السابق ص 36 .

على المال والقوامة وغيرها من نظم حماية ناقص الأهلية والغائبين ، تحدد طبقاً للقانون الوطني للشخص الذي تجب حمايته ."

وكذلك القانون العراقي في المادة (20) منه والقانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الصادر في 1961 في المادة (46) منه ، والقانون الليبي في المادة 16 منه التي تقابل وتطابق المادتين 16 و 17 من القانونين المصري والسوري .

ثانياً : في مسائل الزواج : تنص المادة 12 من القانون المدني المصري وهي تقابل وتطابق المادة 13 من القانون المدني السوري على أنه : يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين وقد أخذ القضاء المصري في بعض احكامه بهذه القاعدة حتى قبل ورودها في نص تشريعي .

ويعتد في تطبيق القاعدة التي تتضمنها المادة المذكورة أعلاه بوقت إبرام الزواج لأن هذا الوقت هو الذي يلزم فيه وجود قانون تنشأ رابطة الزوجية على وفق أحكامه⁽³⁰⁾ .

على أن تطبيق القاعدة الواردة في المادة 12 يثير مسألتين :

أولاهما : تحديد ماهية الشروط الموضوعية التي تطبق القاعدة المذكورة عليها وثانيهما : كيفية تنفيذ هذا التطبيق عند اختلاف الزوجين في الجنسية ف فيما يختص بالمسألة الأولى قد يثور الخلاف حول شرط من شروط الزواج أهو شرط موضوعي أم شكلي ، مما يحصل عند تطلب إجراء الزواج على أساس طقوس دينية معينة في بعض الدول وشرط رضا بالزواج وهو خلاف دو أهمية خاصة لاختلاف قاعدة الإسناد في الشروط الموضوعية عن قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية في الزواج ، ولا شك في ان ما يعد من الشروط الموضوعية لصحة الزواج وما يعد من شروطه الشكلية هو من مسائل التكييف التي تخضع لقانون القاضي ، مع الاستعانة في تكييف شروط الزواج بالقانون المحتمل تطبيقه كما يظهر من ممارسة القضاء في مصر⁽³¹⁾ .

ويذهب البعض إلى القول بأن تحديد معنى الشروط الموضوعية لصحة الزواج لا يتقرر مقدماً بشكل مجرد قاطع وبعبارة أخرى لا تحصر هذه الشروط مقدماً بالعدد والإحصاء ، بل أن ذلك المعنى يتحدد بطريقة واقعية محسوسة بمناسبة ما يعرض على القاضي من شروط ينبغي تحديد طبيعتها للتعرف على القانون الواجب التطبيق⁽³²⁾ غير أن المشرع المصري بعد

أن اورد القاعدة في المادة 12 وهي اخضاع الزواج في صحته لقانون كل من الزوجين عاد فخرج على حكمها بحكم المادة 14 مدني التي قيدت مطلق الحكم الوارد بها وقررت حكماً لصالح القانون المصري إذا كان احد طرفي رابطة الزوجية مصرياً ونص هذه المادة يجري على النحو التالي " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان احد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده ، فيما عدا شرط الأهلية" وهذا يعني انه يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إذا كان احد الزوجين وطنياً للقانون المصري وحده باستثناء مسألة الأهلية للزواج كشرط موضوعي إذ يرجع بشأنه إلى قانون كل من الزوجين .

هذا وقد أوردت التشريعات العربية في معظمها أحكاماً مماثلة لما ورد في القانون المصري ، من ذلك أن القانون الجزائري المذكور أعلاه ينص في المادة 11 على أن يسري على شروط صحة

(30) راجع : عز الدين عبد الله ، السابق ، ص 265 .

(31) راجع : حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، الصادرة في أول مايو 1951 في القضية رقم 71 لسنة 1950 .

(32) انظر : عز الدين عبد الله ، السابق ص 258 .

الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ، ثم تقرر في المادة 13 حكماً لصالح القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج ، ويستثنى شرط الأهلية للزواج من هذا الحكم فيخضع لقانون كل من الزوجين .

وهذا هو الحال في القانون العراقي في المادة 1/19 منه ثم الاستثناء المقرر لصالحه إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج الذي ورد في الفقرة 5 من المادة نفسها ، مع عدم النص على مسألة الأهلية .

أما القانون الكويتي فقد جاء بنفس الحكم في المادة 36 سواء القاعدة العامة أم الاستثناء . وكذلك فعل المشرع الليبي في المادة 12 و14 منه.

أما فيما يتعلق بآثار الزواج فمعلوم أن عقد الزواج يرتب لكل من الزوجين حقوقاً معينة ، ويرتب على كل منهما التزامات ومجموع هذه الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين هي ما يطلق عليه آثار الزواج .

والآثار الشخصية قد تكون شخصية بحتة وقد يخالفها الطابع المالي كحق الزوجة على زوجها في المهر وحق كل من الزوجين على الآخر في نفقة الزوجية . وسبق أن أشرنا إلى هذه المسائل في الفرع السابق .

وبالرجوع إلى القانون المصري نراه في المادة 13 منه ينص على أن يسري قانون الدولة التي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال ومن هذا النص يتضح قناعة المشرع المصري بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج الشخصية والمالية ، ذلك أن تطبيق أكثر من قانون على آثار الزواج ينطوي على خطورة لتعذر تطبيق أيهما عندما يختلفان كما لو كان قانون جنسية الزوجين ، غير أن الصعوبة تكمن في أي القوانين يتم اختيارها ومع أن البعض يذهب إلى تفضيل قانون جنسية الزوج باعتباره رب العائلة ، إلا أن البعض ينتقد هذا الرأي على أن أساس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة يستلزم الأخذ بضابط محايد قد يكون الموطن المشترك للزوجين كضابط للإسناد في شأن آثار الزواج في هذه الحالة⁽³³⁾ .

والحل الذي تبناه القانون المصري وغيره من القوانين العربية المرتكز على تطبيق القانون الوطني فيما لو كان أحد الزوجين وطنياً كما ورد في المادة 14 من القانون المصري والمواد المناظرة لها مما ذكرناه أعلاه ، هو حل منتقد لقيامته على أساس خاطئ .

أن الحل الذي أخذ به المشرع المصري قد أخذ به كذلك المشرع الجزائري في المادة 12 التي تنص في فقرتها الأولى على أن " يسري القانون الوطني للزواج وقت انعقاد الزواج على آثار الزواج بما في ذلك الآثار المتعلقة بالمال " ، والمشرع السوري المادة (14 فقرة 1) والمادة 2/19 من القانون العراقي والمادة 39 من القانون الكويتي والمادة 1/13 من القانون المدني الليبي .

هذا وأساس الخطأ في هذا الحل هو أنه لو كان أحد الزوجين وطنياً (مصرياً أو جزائرياً أو ليبيا) وقت انعقاد الزواج فإن القانون الوطني الذي يلزم أن يطبق على آثار هذا الزواج .

على أن جدوى ذلك الاستثناء لصالح القانون الوطني لا تظهر إلا في حالة ما إذا كانت الزوجة وطنية وقت الزواج . أما لو كان الزوج هو الذي يتمتع بالجنسية الوطنية وقت الزواج فإن

(33) بالنسبة للرأي الأول ، انظر : Lerebours-pigeoniere et Loussouarn: précis de Droit int, I, prive.9-iem ed.Dalloz, 1990 أما الرأي الثاني : فيستفاد من حكم محكمة النقض الفرنسية واعتدادها في بعض أحكامها بالموطن المشترك للزوجين كضابط للإسناد بالنسبة لآثار الزواج في هذه الحالة ، انظر : نقض فرنسي 15 فبراير 1996 منشور في Dalloz 1996 ص 370 .

القانون الوطني يطبق على آثار الزواج بمقتضى الضابط العام في الإسناد ودون حاجة إلى الاستثناء المقرر في القوانين السابق الإشارة إليها.

ويظهر من تاريخ نص المادة 14 مصري ان الاستثناء المقرر بها قد قصد به عدم الفصل بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية في الزواج والقانون الذي يسرى على آثاره . فطالما أن القانون المصري هو الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو كانت الزوجة متمتعة بالجنسية المصرية وقت الزواج استنادا إلى الحكم المقرر في المادة 14 فيكون من الأفضل أن يسرى هذا القانون نفسه على آثار الزواج .

مع ملاحظة أن الأمر ينطبق على بقية القوانين العربية لكون المادة 14 هي الأصل التشريعي الذي اقتبست مقتضاه التشريعات العربية في مجملها .

وأياً كان الأمر فقد رأى بعض علماء القانون أن ذلك الاستثناء يفضي إلى نتيجة شاذة⁽³⁴⁾ . أما فيما يخص انقضاء الزواج ، فإن الزواج باعتباره رابطة قانونية فإن انحلال هذه الرابطة يختلف باختلاف النظم القانونية ، ولا مجال لتكرار ما ذكرناه بهذه الصدد بشأن انحلال الرابطة الزوجية في النظم القانونية العربية .

وتنص الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون المصري على ما يلي : "أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزواج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى " .

وقد عالج النص صور في انقضاء الزواج وهي الطلاق Repudiation والتطليق Divorce والطلاق هو إنهاء الزواج إراديا بإرادة احد الزوجين . أما التطليق فهو انقضاء الزواج بتدخل القضاء وقد واجه النص حالة الانفصال الجسماني Separation de corps وهو التفريق في المعيشة بين الزوجين مع بقاء رابطة الزوجية قائمة قانوناً . ويتضح من نص المادة 2/13 من القانون المدني المصري والمادة 2/14 من القانون السوري والمادة 12 فقرة 2 من القانون الجزائري التي يجري منطوقها على أنه " يسري على فسخ الزواج القانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى " فهي لم تعالج حالة الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني بعبارات صريحة . وإنما أوردت لفظ فسخ الذي قد ينصرف إلى التطليق والطلاق والانفصال البدني والمادة 3/19 من القانون العراقي (تماثل وتطابق نظيرتها في القانونين السوري والمصري ، والمادة 13 من القانون الليبي الخاصة بالعلائق الزوجية والطلاق والتطليق تنص الفقرة الثانية منها على حكم يطابق ويمائل نظيره في القانون المصري والسوري .

أما القانون الكويتي فقد جاء بأحكام أكثر تفصيلاً في المادة 40 منه فقد قرر قاعدة مؤداها خضوع الطلاق والتطليق لقانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال ثم أورد عليها استثناء مفاده سريان قانون الزوج وقت انعقاد الزواج على المسائل المذكورة في حالة عدم وجود جنسية مشتركة للزوجين .

ويتضح أن ضابط الإسناد في مختلف هذه القوانين هو قانون جنسية الزوج ، وذلك فيما عدا القانون الكويتي الذي جعله قانون جنسية الزوجين المشتركة بصفة أصلية وقانون جنسية الزوج بصفة احتياطية ، وبهذا وحدّ المشرع العربي القانون الواجب التطبيق على انقضاء الزوجية مثلما فعل فيما يختص بآثار الزواج .

وقد أعتد المشرع العربي في تقدير جنسية الزوج بالنسبة للطلاق بوقت وقوعه وبالنسبة للتطليق والانفصال بوقت رفع الدعوى على الرغم من النقد الموجه إلى هذه الاتجاه تأسيساً

(34) راجع : هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 506 وما يليها .

على ان الأمر ينطوي على جعل رابطة الزوجية تنحل على وفق قانون لا تخضع له الزوجية ولم يكن في حسابها وقت انعقاد الزواج ويظهر الحرج في مركز الزوجة اذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، ولم تدخل هي في جنسيته وكان قانون الزوج وقت الزواج يجيز الطلاق والتطليق في حين ان قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لا يجيز الطلاق أو التطليق أو أن يحصل العكس فيكون قانونه وقت الزواج لا يجيز الطلاق أو التطليق ويكون قانونه جنسيته الجديدة يجيزهما وقت إيقاع الطلاق أو التطليق أو وقت رفع الدعوى .

والعيب الذي يعتري انفراد هذا القانون بالحكم يأتي من جهة كون الزواج رابطة ما بين طرفين تنشأ وفقا لقانونيهما وللأزم الا تنحل هذه الرابطة إلا وفقا لحكم قانون يجمع الطرفين أو القانون يكون الطرفين متبصرين به إن لم يخضعا معاً لقانون واحد⁽³⁵⁾ .
ثالثا: المسائل المتعلقة بالميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة :
(أ) الميراث :

أوردت التشريعات العربية قاعدة إسناد في الميراث ، لتجعله خاضعاً لقانون جنسية المورث . يتضح هذا من نص المادة 17 من القانون المدني المصري والمادة 18 من القانون المدني السوري والمادة 1/18 من القانون الجزائري والمادة 22 من القانون العراقي والمادة 47 من القانون الكويتي والمادة 17 من القانون الليبي .

وموقف المشرع العربي على هذا النحو ينبئ عن ايمانه باعتبار الميراث من المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي تخضع لقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي وذلك بالنظر الى الصلة المتينة التي تربط بين الميراث من جهة وبين روابط الأسرة كون الأول ينص إلى أيلولة أموال المتوفى الى من تربطه بهم رابطة القرابة أو الزوجية .
(ب) الوصية :

ويلاحظ أن الوصية قد جرى إخضاعها لقاعدة الإسناد إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة ، وهو الحل الذي اعتمده التشريعات العربية السابق ذكرها : ومنها القانون المدني المصري في المادة 1/17 والقانون المدني الجزائري في المادة 1/16 والقانون السوري في المادة 1/18 والقانون العراقي في المادة 1/23 والمادة 48 من القانون الكويتي والمادة 1/17 من القانون الليبي . ويلاحظ أن بعض تلك التشريعات قد جمعت الميراث والوصية في قاعدة إسناد واحدة كما هو الشأن في القانون المصري والليبي والسوري والجزائري ومنها ما خص الوصية بقاعدة إسناد كالقانون الكويتي والقانون العراقي مع عدم الاختلاف في القانون المسند إليه وهو قانون جنسية المورث وقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة أي القانون الشخصي وذلك يرجع إلى الصلة الوثيقة بين الوصية والميراث وكونهما سببا للخلافة بسبب الوفاة

(35) راجع عز الدين عبد الله ، السابق ص 309 .

المبحث الثالث

في المبررات التي استند إليها المشرع اليمني في نهجه الفريد

في مادة تنازع القوانين في الأحوال الشخصية

ونقسم هذا البحث إلى ثلاثة فروع أولهما نكرسه للمبررات التي حدت بالمشرع اليمني لئلا يغرد خارج السرب ، وجعلته يتبع نهجا تشريعا لا يغير في الحقيقة الاتجاه السائد في مختلف دول العالم بل ويفترق أيضا عن النهج الذي سلكته باقي التشريعات العربية مع افتراض أن التركيبة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والعقائدية السائدة في الدول التي صدرت فيها تلك التشريعات لا تختلف اختلافا جذريا عما هو سائد في المجتمع اليمني . وقد تجلّى ذلك التقارب من خلال أن جل التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية ، كما رأينا ، قد أخذت بحلول متماثلة لمشكلة تنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية . ونكرس الفرع الثاني ، لبيان التعارض التشريعي بين قواعد اختصاص القضائي وقواعد الاختصاص التشريعي أما الفرع الثالث فنخصه لتقييم موقف المشرع اليمني من المسألة موضوع البحث.

الفرع الأول

الاعتبارات الدافعة للمشرع اليمني لانتهاج مسار تشريعي فريد

بالرجوع إلى القانون المدني رقم 14 الصادر في ابريل 2002 نجد أن المشرع اليمني قد تبنى موقفاً رافض الفكرة تنازع القوانين في معظم مسائل الأحوال الشخصية كما تقدم وسلك مسلكاً تشريعياً يعطي القانون اليمني اختصاصاً مطلقاً ولكن من الصعب إرجاع هذه إلى إيمانه بمبدأ إقليمية القوانين أو النظر إلى قواعد الإسناد كقواعد تعمل بصورة أحادية خلافاً لإحدى خصائصها الجوهرية وهي الازدواجية في التطبيق كما هو معلوم . وإنما مرد هذه السياسة التشريعية اعتبارات ذات طابع عقائدي يتصل بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية سواء في العلاقات الوطنية أو الدولية أي في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي سواء بسواء فقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المدني للمعاملات الشرعية رقم 10 الصادر في 1979 في الشطر الشمالي من اليمن (الجمهورية العربية اليمنية سابقاً) تعليقا على منهج المشرع اليمني الذي سلكه في ميدان تنازع القوانين وعلى الأخص المادة 25 " أن العلاقات الأسرية كلها إذا ترفع من تشابكت علاقاتهم فيها دولياً إلى محاكم الجمهورية طبقت أحكام الشريعة الإسلامية لأنها حدود الله ، و إلا فهم وشأنهم في عدم اللجوء إلى محاكمنا" (36) . إذن فنحن نهج سلكه المشرع اليمني بفعل ظروف خاصة حكمت الشمال اليمني هي سيطرة الهيئة الدينية القضائية على مفاصل الجهاز التشريعي فيه وقد تضافرت هذه العوامل لإنتاج نصوص قانونية كالمادة 25 وما يليها التي اوقفت تطور التشريع في اليمن عند القرن الرابع عشر الميلادي فيما يختص بقواعد تنازع القوانين . إذن فالمسألة تندرج في إطار سياسي مصلحي لأن القوى الدينية والقضائية كانت تبتغي من خلال ذلك تكريس نهج القوى السلفية التي طغى وجودها على مختلف أوجه الحياة

(36) المذكرة الايضاحية للقانون المدني للمعاملات الشرعية ، الكتاب الأول ، ص 20 .

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والإدارية في اليمن في فترة السبعينات والثمانينات بل ومعظم عقد التسعينات وهذه قد تمسحت بأعتاب الشريعة للوصول إلى إقامة دولة تلي مطامحها أما الهيئة القضائية فالعلوم انه يوجد في اليمن طبقة اجتماعية هي طبقة "قضاة الشريعة" التي تتوارث مهنة الافتاء والقضاء أبا عن جد وهذه من مصلحتها بقاء الأمور على مستوى التشريع كما هو دون تغيير جذري في المنظومة التشريعية حتى تحافظ على النسق المعري الأقرب إليها .

ويؤكد ذلك ان اللجنة التي تولت إعداد القانون المذكور والمشكلة من (9) من قضاة الشرع ، فهؤلاء هم من القضاة الشرعيون الذين تربوا في إطار المدرسة الشرعية ومعرفتهم بالقانون الوضعي، عامة، وبفلسفة تنازع القوانين وقواعده، خاصة، تكاد معدومة . ولكن الطروحات الفقهية التي تذرعوها بالاستناد إليها هي من قبيل كلمة الحق التي أريد بها باطل ، لأن ظاهرها الدفاع عن الشريعة الإسلامية وأحكامها التي لم يحسنوا تطبيقها على الصعيد الداخلي على مدى قرون وبالنسبة للمسلمين بالذات والعلاقات فيما بينهم . وموقف هؤلاء مرتكز أصلا على ما أرتكز عليه فقهاء الشريعة منذ القرن الأول الهجري في التعامل مع أهل الذمة والمستأمنين القائم على تفسير آيات قرآنية محددة تفسيرا ينحو نحو تغليب وجهة نظر معينة.

ومن حيث كونها تفسيرات فهذا يعني أنها آراء وأفكار أنتجها الفقهاء ضمن ظروف تاريخية معينة وعلاقات اجتماعية محدودة فهي ليست معصومة ، وإنما هي اجتهادات قابلة للخطأ والصواب قد تتناسب مع عصرنا وقد لا تتناسب معه . وواقع الأمر ان المشرع اليمني قد امتنع عن الأخذ بالقواعد الشائعة في التشريعات الحديثة . استنادا إلى ما ذكرناه ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني للمعاملات الشرعية التالي :

" لقد التزمت اللجنة ما جاءت به الشريعة الإسلامية التي نظمت العلاقات الدولية قبل أن يعرف في العالم ما يسمى الآن بالقانون الدولي الخاص ، فالشريعة الإسلامية هي الأساس في التطبيق لأنها شريعة الله ، والله سبحانه وتعالى اعلم بمصالح عباده جميعا المسلم منهم وغير المسلم ، والمواطن والأجنبي ولكنه في بعض المعاملات يكون من الأوفق تطبيق القانون الأجنبي حيث لا يخالف المبادئ الشرعية الإسلامية قياسا على الأعراف الصالحة حيث يكون الناس أدرى بمصالح دينهم ، والله سبحانه وتعالى يقول (وإن جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم) (وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم..)⁽³⁷⁾ .

وفي واقع الأمر فإنه من الناحية النظرية البحتة ، وإذا كان تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية على غير المسلمين يتوقف على " مجيئهم " إلى القاضي المسلم لفض المنازعات التي قد تثور بينهم وفقا لما جاء في نص الآية الأولى وكونها انطوت على التخيير بين الحكم وعدمه ، وأن هذا التخيير قد نسخ بمقتضى الآية الثانية التي جاءت في نفس سورة المائدة ومع عدم قيام الدلالة على نسخ شرط المجيء ، فإن تقدير هاتين الآيتين على ما يرى بعض من الفقهاء المسلمين⁽³⁸⁾ (فإن جاءوك فأحكم بينهم بما أنزل الله) علما أن ثمة بونا شاسعا بين قوله تعالى : (فإن جاءوك فأحكم بينهم بما أنزل الله) وما جاء في المادة 25 التي يجري منطوقها على أن : (يرجع في الزواج والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني قانون الأحوال الشخصية اليمني عند المرافعة) وهذا البون الشاسع بين ما ورد في الآية المذكورة وما جاء في المادة المذكورة يجعل قياس النص الأخير منهما في تضمينه شرط المرافعة الذي

(37) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني للمعاملات الشرعية ص 19 .

(38) من هؤلاء الفقهاء أبو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1992 ، الجزء الرابع ص 87 وما يليها .

ينطوي عليه النص الأول (نص الآية الكريمة) قياساً مع الفارق بين المقيس والمقيس عليه . ومرجع ذلك ، أنه المخاطب في الآية المذكورة هو في الحقيقة الرسول الأكرم صلى الله عليه وسلم ، وأن الله عز وجل حين يخاطبه فيها إنما يخاطبه بوصفه حاكماً للدولة الإسلامية قبل أن يكون قاضياً لها فمؤدى ذلك ان تقييد أعمال أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية على غير المسلمين بشرط تخاصمهم بشأنها إلى القاضي المسلم يراد به في الأصل الإبقاء على شرائع غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ذلك أن نص الآية المذكورة (فإن جاءوك فأحكم بينهم بما أنزل الله) يدل بمفهوم المخالفة على أن غير المسلمين يترون أحكامهم في حالة عدم مجيئهم إلى النبي (ص) وهو ما يفترض في النتيجة بقاءها ، فإن مؤدى نص الآية الكريمة أن تبقى الدولة الإسلامية الأحوال الشخصية لأهل الذمة (من رعاياها) محكومة بشرائعهم⁽³⁹⁾ .

وإذا كانت الآية بما تنطوي عليه من شرط المجيء (المرافعة) له وجه أهمية ، ذلك أن القرآن الكريم محكم الآيات وليس فيه عبارة أتت زائدة ، فإنه على العكس ينطوي القانون اليمني في نص المادة 25 على اللغو إذ ان المخاطب بعبارة " عند المرافعة " فيها القاضي الوطني وكذلك الأشخاص الذين يريدون الانخراط في علاقات قانونية مشتملة على عنصر أجنبي سواء أكانوا وطنيين أم أجنب ، وذلك أن القاضي اليمني عندما يقوم بإنفاذ الحكم الوارد في المادة المشار إليها يفترض مجيء أطراف العلاقة إليه ، فإنه يكون من باب تحصيل الحاصل والتزويد إيراد العبارة المذكورة.

وإذا كانت وجهات نظر الفقهاء المسلمين مختلفة في شأن تنظيم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي ، إذ منهم من يرى أن الحاكم المسلم يملك حق النظر في قضايا الأجنبي من عدمه وإصدار أحكام فيها حتى في حالة عدم رفع تلك القضايا إلى القاضي المسلم للفصل فيها من طرف الأجنبي ذوي الشأن ، في حين يرى آخرون أن القاضي المسلم ملزم بإصدار حكم في القضية التي أطرافها أجنب فقط متى كان الأجنب أنفسهم قد اختاروا ذلك القاضي وقرروا الخضوع لحكمه⁽⁴⁰⁾ . وثمة من الفقهاء المعاصرين من يرى أن الشريعة الإسلامية يتعين أن تطبق إذا كان أحد أطراف القضية مسلماً وعندئذ يكون اختصاص القاضي المسلم بنظر القضية ثابتاً ، وأن أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن تسري في أقاليم الدول غير الإسلامية بوصفها قانوناً شخصياً وطبقاً لهذه الوجهة من النظر فإن المسلمين لا يخضعون لسريان القانون الأجنبي⁽⁴¹⁾ بينما يرى البعض أنه إذا كان الأجنب تابعين لدولة واحدة فإن قوانينهم الشخصية هي التي تسري ، أما إذا كانوا رعايا دول مختلفة فتسري عليهم القوانين الإسلامية⁽⁴²⁾ .

هذا ويلاحظ أن بعض فقهاء الحنفية قد ذهب إلى أنه على القاضي المسلم أن يطبق على غير المسلمين (الأجنب) شرائعهم وليس أحكام الشريعة الإسلامية ولا سيما فيما يختص بمسائل انشاء الزواج وآثاره وانحلاله بالطلاق وغيرها من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽⁴³⁾ .

(39) راجع : رمزي دراز ، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004 ، ص 267-279 .

(40) في تفاصيل هذا الخلاف راجع : د/ عبد الكريم زيدان - أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ، مؤسسة الرسائل بلبنان 1982 ، ص 570 وما يليها .

(41) انظر : حسن الهداوي - تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، الكويت 1974 ، ص 27 .

(42) راجع : جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص العربي ، القاهرة ، 1961 ج 3 ، ص 36 .

(43) انظر: ابي عبد الله القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ، القاهرة ، ج 6 ، 1950 ص 185 .

وفي اعتقادنا أن الفقهاء المسلمين الذين يرون أنه يتعين أن تطبق على الأجانب الموجودين في إقليم الدولة الإسلامية، قواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالجرائم الجنائية فقط هم الذين اقتربوا من الصواب وأن آراؤهم أكثر موضوعية وقابلة للتحقق في عصرنا الراهن، انسجاماً مع مبدأ إقليمية القانون الجنائي وهم يرون في الوقت نفسه عدم سريان قواعد الشريعة الإسلامية على الأجانب بالذات في مسائل الزواج والطلاق والمواريث... الخ وما لم يلجأ الأجانب أنفسهم إلى القاضي المسلم فإن الأخير يمكنه النظر في القضية حينذاك على وفق أحكام الشريعة الإسلامية إذ أن واقعة الالتهام إلى القاضي المسلم تعني أن ذوي الشأن من الأجانب يتقون به ويعترفون بعدالته⁽⁴⁴⁾. ولا يرفضون الخضوع للشريعة الإسلامية وهؤلاء الفقهاء يرون أن إخضاع الأجانب للتشريع الإسلامي، بدون اختيارهم أو موافقتهم، يعني عدم احترام الحقوق المكتسبة في ظل القانون الأجنبي وهذا خروج صريح عن مفهوم العدالة.

ووجهة النظر هذه برزت في وقت متأخر نسبياً في عملية تطور الفقه الإسلامي⁽⁴⁵⁾ غير أن هذا الرأي لا يخضع المسائل المتعلقة بإبرام العقود والتزامات الديون للقانون الأجنبي، لأن الشريعة الإسلامية نظرت بعدم الرضا لأعمال المراباة وحرمتها على المسلمين. مع أن الرأي الغالب لا يحرمها على الأجانب. ولعل منع إخضاع تلك المسائل للتشريع الأجنبي ربما كان يعني أن الفقهاء اعتبروها من مسائل النظام العام التي تمنع تنازع القوانين وبالتالي تحول بين القاضي وتطبيق القانون الأجنبي.

وخلاصة هذه الآراء أنه بالإمكان تطبيق قواعد الشرع الإسلامي، عند النظر في منازعات الأجانب، إذا هم يرغبون في ذلك ويختارون التشريع الإسلامي بإرادتهم الحرة. يتضح إذن أن الأسباب التي حدت بالمشرع اليمني إلى اتخاذ الموقف المذكور ترجع إلى " أن الشريعة الإسلامية مصدر لجميع القوانين " وإلى أنه " قد كان نصب عيني الثورة أن الشريعة الإسلامية الغراء نظمت العلاقات في المجتمع الإسلامي، وكذلك العلاقات الدولية قبل أن يعرف في العالم ما يسمى الآن بالقانون الدولي الخاص " حسب ما جاء في مقدمة القانون المدني للمعاملات الشرعية نفسه⁽⁴⁶⁾.

وعلى هذا الأساس فإن المشرع اليمني رأى إسقاط أحكام المعاملات التي كانت سائدة طيلة سيرورة الدولة الإسلامية والتي طبقت على أهل الذمة والمستأمنين على العلاقات الدولية (كما قال) الخاصة حتى بعد اندراج الدولة الإسلامية في زمانه حديثه.

سبق أن سلطنا الضوء على المعطيات المتعلقة بالأحوال الشخصية في المبحث السابق ورأينا أن هناك اختلاف في المنطلقات الواقعية والتاريخية التي تكمن وراء القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، والميراث والوصية والنظم المقررة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها في الأنظمة القانونية المختلفة، إذ أن معظم التشريعات الأجنبية بل والعربية تأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم الأهلية وحماية عديم الأهلية.

كما أن هناك تباين في تقرير أي قانون يحكم إنشاء الزواج حيث يتأرجح الأمر بين تطبيق قانوني الزوجين إما تطبيقاً موزعاً أم جامعاً في كل مسائلة أو بعضها وكذلك الأمر فيما يختص بآثار الزواج التي تتراوح بين تطبيق قانون جنسية الزوج بالنسبة للآثار الشخصية وهو ما تأخذ به معظم التشريعات بما في ذلك العربية وبين إخضاعها لقانون محل الإقامة وهو قانون القاضي وهو متبع في بعض الدول (ونحيل بهذا الشأن إلى المبحث الثاني من هذا البحث) كالولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين وبريطانيا بصفة جزئية في بعض هذه

(44) انظر: محمد يوسف موسى - أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، القاهرة 1958، ص 170.

(45) انظر: ابي عبد الله القرطبي - الجامع لأحكام القرآن. القاهرة ج6، 1950 ص 185.

(46) مقدمة القانون المدني للمعاملات الشرعية، ص 8.

الأثار أو إخضاعها لقانون موطن الزوجية Martinal domicile كما هو الوضع في البرازيل والبيرو والدانمرك وإنجلترا بالنسبة لبعض هذه الأثار .

أما بالنسبة للأثار المالية فتحكمه عدة نظم كما هو الحال في فرنسا تنقرر من خلال نظام اتفاقي أصطلح على تسميته هناك بمشاركة الزواج ، وفي حالة عدم الاتفاق عليه فيحكمه نظام مالي يحدده القانون ، أما قواعد الإسناد فإن كثير من القانون تعتبر هذه الأثار من قبيل الأحوال الشخصية وتخضعها للقانون الشخصي وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج (القانون الإيطالي والمصري واليوناني) وإن كان ثمة قوانين أخرى أدخلت هذا النظام في دائرة الأحوال العينية ، مع اعترافها بأن النظام المالي للزوجين من آثار الزواج وبالتالي تخضعه للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية وهو قانون الإرادة .

أما بالنسبة للطلاق والتطليق والانفصال وهي أشكال تتجسد فيها عملية إنهاء الرابطة الزوجية ، فقد اختلفت التشريعات في القانون الذي يخضع له هذه المسألة ، حيث معظم دول أوروبا القارية وأمريكا اللاتينية تخضع الطلاق والتفريق البدني والتطليق لقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي مع الاختلاف في تحديد هذا القانون وما إذا كان هو القانون الذي يحكم آثار الزواج اعتبارا لكون الطلاق إنهاء الأثار أم يجوز أن يكون قانونا آخر غيره ، أم هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين أم قانون جنسية الزوج وحده عند اختلافهما في الجنسية مع التطبيق الجامع أو الموزع .

وإذا نظرنا إلى مسألة أخرى من مسائل الأحوال الشخصية وهي الميراث والوصية فقد سبقت الإشارة إلى أن انتقال الخلافة بسبب الموت قد تتحقق بطريق الوصية في بعض النظم القانونية التي تمنح الشخص مجالا أكبر من حرية الإرادة في التصرف بأمواله بطريق الوصية وفي اختيار وصي للتركة ولا يرجع إلى قواعد التوريث القانونية إلا عند عدم وجود وصية من المتوفى أو عنه بطلانها.

ثم أن ثمة اختلاف أيضا في النظر إلى الميراث أو الوصية من حيث حرية قبول الأول بصورة مطلقة أم مشروطة ومن حيث اعتباره داخلا في دائرة النظام العيني لكونهما من طرق اكتساب الأموال مع التقيد بالاعتبارات الخاصة باتصال الميراث بنظام الأسرة في الأنظمة القانونية التي تسير في هذا النهج . أما الأنظمة القانونية التي ترى أن الميراث والوصية يدخلان في دائرة الأحوال الشخصية فتحضعها لقانون الجنسية مع التقيد بأحكام قانون موقع المال ، ومما يدخل في تطبيق قانون جنسية المتوفى هو تعيين شروط استحقاق الإرث لأن الإرث يستلزم تحقق درجة القرابة ما بين المتوفى والورثة ، حيث ثمة حالات يبدق فيها تقرير استحقاق الميراث عن عدمه كحالة وفاة شخصين لا يعلم أيهما مات أولا وكذلك هل يستلزم موت المورث حقيقة أم يمكن الاعتداد بموته حكما ، ذلك أن الموت الحكمي ، كما هو الحال بالنسبة للحكم بموت المفقود في القانون المصري مثلا إذ هو يخضع لقانون الجنسية في الدول التي تجعل هذا الأخير هو القانون الشخصي ، باعتبار الأمر من مسائل الحالة حيث تنتهي به الشخصية القانونية.

ولا تظهر أهمية تقرير هذه المسألة في معظم القوانين العربية التي تخضع الحالة والميراث في نفس الوقت لقانون واحد هو قانون الجنسية وإنما تظهر أهمية هذه المشكلة في التشريعات التي تخضع الميراث لقانون غير ذلك القانون الذي تخضع له الحالة كما هو الحال في القانون اليمني الذي يخضع الحالة للقانون الشخصي والميراث للقانون اليمني باعتبار المسألة محكمة بقواعد الشرع الإسلامي .

هذا علاوة على مسألة تحديد الورثة ودرجة القرابة بالدم أو المصاهرة . ويدهي أن تحديد رابطة القرابة أو الزوجية التي يترتب عليها الإرث يجري وفقا للقانون المختص حسب قواعد الإسناد في مسائل الحالة وروابط الأسرة والتي تقضي بالرجوع إلى القانون الشخصي للمورث وليس إلى قانون آخر كما فعل المشرع اليمني .

وفيما يتعلق بالوصية يفتح المجال واسعاً للخلاف فيما إذا كان قانون الموصي وقت إجراء الوصية هو الذي يحكم كافة الشروط الموضوعية بما في ذلك الأهلية أم أن الأهلية لإجراء الوصية باعتبارها تصرفاً تخضع لقانون الموصي وقت عمل الوصية . وقد أستقر اتجاه تشريعي حديث على إخضاع أهلية الموصي لعمل الوصية إلى القانون الذي يحكم أهليته وقت صدور إرادته مع أن معظم التشريعات العربية تجري على إخضاع الوصية لقانون الموصي وقت الوفاة مطلقاً دون تحديد كما هو وارد في القانون المصري المادة 17 والقانون الأردني في المادة 18 منه التي تقرر أنه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته " . وهكذا يتضح أن منطلقات التشريعات المقارنة أجنبية كانت أم عربية قائمة على عقد الاختصاص التشريعي بصدد مسائل الأحوال الشخصية للقانون الشخصي سواء أكان هو قانون الزوج أم الزوجين أو قانون الموطن وكذلك الحال بالنسبة للوصية والميراث وخلافهما من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت حيث تعقد التشريعات الأجنبية الاختصاص لقانون موقع المال إذا كان عقاراً ولقانون موطن المتوفى إذا كان منقولاً أو لقانون جنسية المورث أو الموصي ، وبالتالي فإن اختطاط المشرع اليمني مساراً مغايراً يقود إلى نتائج سلبية تماماً . إن الشريعة الإسلامية تتوخى غايةً هي تحقيق العدل أياً كانت الطرق المؤدية إليها وهذا يتضح من خلال دراسات وأعمال الفقهاء المسلمين الرواد ، الذين استندوا إلى آيات قرآنية كقوله تعالى " إِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ " (النساء الآية 58) ، " لَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ " (المائدة آية 8) و " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ " (سورة النساء الآية 135) وغيرها وعلاوة على أعمال آليات النظر العقلي والاجتهاد للتوصل إلى حلول للمشاكل العملية ولاسيما إذا كانت تمس المصلحة العامة كما فعل الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عندما ألغى حق المؤلفة قلوبهم من الزكاة مع أنه ورد بنص قرآني ، وأبقى أراضي العراق المفتوحة بين أيدي أهلها ، مع أن القرآن يأمر بتوزيع أربعة أخماسها على الفاتحين وغير ذلك . ويبدو أن المشرع اليمني قد أنساق مع آراء فقهية تفتقر في معظم الأحوال إلى الإدراك الحقيقي لهدف الإسلام من التشريع وهو المصلحة وقد قال نجم الدين الطوفي الحنبلي : " إذا تعارض النص من قرآن وسنة مع المصلحة ، قدمت المصلحة على النص " وقد حاول واضعي القانون المدني تصوير الأعراف والعادات والآراء ، وكأنها أصول دينية من خلال رؤية مغلقة تقييم سباجا جبرياً أمام معرفة الشريعة الإسلامية بشموليتها ومعرفة الصالح منها وغير الصالح ، والتفرقة بين مرحلة وأخرى في تاريخ تطور الفقه . ونحن لا نعترض لدينا هنا على الآراء الفقهية التي تساوي بين الأحكام العرفية والأحكام التشريعية (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) بل على العكس نؤيد هذا القول وإنما اعترضنا على الآراء الفقهية التي تعتبر الشريعة الإسلامية بجميع مصادرها بما في ذلك الفقه والعرف ، قواعد ونصوص مقدسة .

الفرع الثاني

في بيان التعارض بين قواعد الاختصاص التشريعي

وقواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني

بادئ ذي بدء ، تجب الإشارة إلى أن فروع القانون ومباحثه إنما وضعت لتحقيق هدف محدد تتضافر قواعد القانون كل في المجال المرسوم لها لتحقيقه ، ولم توضع عبثاً أو لغرض الرونقه والدعابة على الصعيد الداخلي والخارجي حتى يقال بأن تشريع الدولة الفلانية متقدم وعصري .. إلخ بل يفترض أن ثمة موجّهات تحكم عملية التكامل والتناسق بين الفروع القانونية المختلفة وما تشكله من مجموع متجانس . وإذا كان هذا الأمر في ميدان العلاقات الداخلية الخالصة فهو لا شك ألزم عند التصدي لمعالجة العلاقات الدولية الخاصة بمآلها من حساسية ومفاعيل خاصة على الأقل لجهة ما قد تثيره من ردت فعل معاكسة في مجال تتشابك فيه العلاقات الخاصة عبر الحدود السياسية والنظم القضائية والتشريعية العائدة لدول مختلفة الرؤى ومتنوعة المصالح ولا بأس من تقرير كون التلازم بين قواعد الاختصاصين التشريعي والقضائي قد تحقق فك الارتباط بينهما لعوامل موضوعية بصفة عامة . وغنى عن البيان أن عدم وجود تلازم بين المحكمة المختصة والقانون الذي يحكم النزاع هو شرط أساسي لا يمكن لظاهرة تنازع القوانين أن تتحقق بدونه ، فلو قام القاضي الوطني بتطبيق قواعد قانونه الموضوعية على المنازعة بمجرد انعقاد الاختصاص له لانهضت المشكلة في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعة إذ بمجرد معرفة المحكمة المختصة سيتحدد في الوقت ذاته القانون الذي يحكم المنازعة .

ويرجع عدم التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي إلى اختلاف الدور الذي يقوم به كل منهما فقواعد تنازع القوانين تقوم على بيان القانون الأكثر ملاءمة واتصالاً بالعلاقة القانونية موضوع النزاع من بين القوانين التي تتزاحم لحكم تلك العلاقة ، أما قواعد تنازع الاختصاص القضائي فهي تتكفل برسم حدود اختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي ، كما تتكفل ببيان مدى ما تتمتع به الأحكام الأجنبية من آثار في إقليم الدولة الوطنية .

خلافاً لنهج المشرع اليمني في القانون المدني منذ صدوره لأول مرة في العام 1979 ، ثم تعديله في العام 1981 على مستوى الشطر الشمالي فقد بدا أن هذا النهج أصبح نهجاً مستقراً ، لأنه تكرر حتى بعد قيام دولة الجمهورية اليمنية التي قامت كدولة خلف للجمهورية العربية اليمنية وجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية في الشطر الشمالي ، ذلك أن القانون المدني الصادر في عام 1991 كان نسخة طبق الأصل من قانون عام 1979 في الشطر الشمالي وذلك على الرغم من أن اتفاقيات الوحدة كانت قد تضمنت بنوداً تقضي بالأخذ بأفضل ما في تجربتي الشطرين على جميع الأصعدة بما فيها الصعيد التشريعي مع ملاحظة أن القانون المدني في الشطر الجنوبي كان يقرر في الزواج قاعدة إسناد إلى قانون كل من الزوجين في شأنه مالم يكن أحدهما وطنياً فيطبق القانون اليمني الجنوبي ، غير أنه لما كانت القوى التي تمثل الاتجاه السلفي أستمترت في هيمنتها على مفاصل صنع التشريعات بالذات حتى في دولة الوحدة ولاسيما بعد وقوع حرب 1994 بين شريكي الوحدة ، فقد طغى الخيار الذي فرضته تلك القوى وهي تمثّل قوى اجتماعية ذات طابع رجعي متواجدة في الواقع وفي مفاصل السلطة الحاكمة أيضاً ، وللدلالة على ذلك جاء القانون المدني النافذ والصادر في العام 2002 لابساً الحلة ذاتها ومكرراً نفس القواعد الواردة في قانون 1979 ، دون تغيير

يذكر على الخصوص فيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان التي يراد بها قواعد تنازع القوانين ولاسيما المكرسة لمسائل الأحوال الشخصية . وعلى العكس من ذلك ، فإن المشرع اليمني سلك نهجا مغايرا يتسم بالمواكبة والمحايثة فيما يختص بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، فقد اورد المشرع اليمني في المادة (58) من القانون رقم (20) لسنة 1992 حكما ينعقد الاختصاص بمقتضاه للمحاكم اليمنية بالدعاوي التي تتعلق بمال موجود في اليمن أو بعقد أبرم أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في اليمن " وفي غير ذلك من الدعاوي، وإذا كان المدعى عليه يمتيا أو أجنبيا له موطن أو محل إقامة في اليمن ... الخ.

ويتضح من ذلك أن المشرع اليمني قد أخذ من ضابط موطن المدعى عليه الأجنبي أو إقامته ضابطا أصليا في انعقاد الاختصاص للمحاكم اليمنية . وهذا النهج قد تم ابتاعه في القانون رقم 40 لسنة 2002 بشأن المرافعات والتنفيذ الذي جاء بإضافات وتعديلات شملت مختلف المسائل التي عالجه ذلك القانون وفي مقدمتها مسألة تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية⁽⁴⁷⁾ ، التي أورد المشرع بشأنها ضوابط مستحدثة لم تكن متضمنة في القانون الملغى رقم (20) لسنة 1992 بشأن المرافعات والتنفيذ . وفي هذا السياق يعبر المشرع اليمني عن إيمانه بحق الأجنبي في الالتجاء إلى سلطات القضاء والاستفادة من خدماتها شأنه شأن الوطني ، ودون أية تقييدات متعلقة بنوع الدعوى أو طبيعة المنازعة ذلك أنه إذا ما وصلنا إلى بيان حدود اختصاص المحاكم اليمنية بالدعاوي التي تقام على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية اليمنية من حيث نوع المنازعة لوجدنا أن المادة 79 من قانون المرافعات النافذ المشار إليه أعلاه تطلق هذا الاختصاص ولا تستثنى منه سوى الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار كائن في الخارج ، ويرجع الإطلاق الوارد في المادة 79 إلى أن أول ما يرد في الذهن كمفهوم للموطن المتضمن فيها ينصرف إلى الوطن العام أو الوطن المدني للشخص وهذا الوطن (وكذلك معادله محل الإقامة) وهو ضابط شخصي وإقليمي وقانوني للاختصاص القضائي الدولي لكونه يربط ما بين النزاع واختصاص القضاء في الدولة . وهو أيضا ضابط عام لا يتقيد في الأصل بنوع المنازعة . ولذلك فإن اختصاص المحاكم اليمنية المعقودة لها استنادا إلى كون المدعى عليه الأجنبي متوطنا أو مقيما في اليمن ، ينصرف إلى الدعاوي في مسائل الأحوال الشخصية ، والدعاوي في مسائل الأحوال العينية مدنية كانت أو تجارية دون استثناء .

وهذا النهج الذي أتخذه المشرع اليمني هو نهج منسجم مع ما هو سائد في القوانين المناظرة ، ويبره أن وظيفة القضاء وإن كانت شديدة الارتباط بكيان الدولة وإن قواعد الاختصاص القضائي وثيقة الصلة بالقانون العام وأن أداء القضاء مظهر فعال للسيادة ووظيفة هامة من وظائف الدولة ، إلا أن خدمة العدالة هذه يجب أن تكون متاحة لجميع القاطنين على إقليم الدولة سواء أكانوا مواطنين أو أجانب ، وهو حق لهؤلاء الأخيرين أقرته معاهدات دولية جماعية وثنائية . ثم أن وجود الدولة في محيط من الدول يقتضي هذا المسلك أي أن تحديد الاختصاص القضائي الدولي لا يتأثر فقط بالعوامل القانونية وحدها وما يقضي به المنطق بل أنه يتأثر حتماً بالعوامل السياسية ويخضع لما تقضي به الملاءمة وتنص المادة 25 من قانون المرافعات على ان " يتمتع الأجنبي بالحماية القضائية أمام المحاكم اليمنية ... " .

أما في مسائل الميراث والدعاوي المتعلقة بالتركة ، فقد أوردت المادة 80 فقرة 6 النص التالي :

(47) صدر القانون رقم 40 لسنة 2002 بشأن المرافعات والتنفيذ المدني في 12 أكتوبر 2002 ونشر في الجريدة الرسمية في 15 أكتوبر 2002 ويعمل به من تاريخ صدوره كما هو مبين في المادة 503 منه .

" تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوي المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية: 6... - إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات وكانت التركة قد بدئ في تقسيمها في اليمن أو كان المورث يمينيا أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في اليمن".

وإذا كان الأصل العام أن تكون الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي مشتقة من ناحية المدعى عليه كونه أولى بالرعاية من المدعى ، وإنه اتساقا مع هذا الأصل العام فإن المشرع اليمني نص في المادة 78 على قاعدة اختصاص المحاكم اليمنية بالدعاوي التي ترفع على اليمني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في اليمن باستثناء الدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج . وقاعدة الاختصاص الواردة في المادة 79 في الدعاوي التي يرفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في اليمن المشار إليها أعلاه . على أن المشرع اليمني قدر أن هناك من الاعتبارات التي تحيط بشخص المدعي ومن اعتبارات الملاءمة ما يجعله يخرج عن تلكما القاعدتين ، فيعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية بالرغم من عدم تمتع المدعى عليه بالجنسية اليمنية وعدم وجود موطن أو محل إقامة له في اليمن ، فقد جاءت المادة 80 بمعايير لانعقاد اختصاص المحاكم اليمنية في الدعاوي المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية اليمنية وعددت هذه المعايير ومنها حالة ما إذا كانت الدعوى بشأن الصغير أو الولاية على نفسه متى كان مقيما في اليمن . وحالة ما إذا كانت الدعوى تتعلق بطلب نفقة للأُم أو للزوجة أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن ، فقد جرى الاعتداد هنا بثبوت الاختصاص للمحاكم اليمنية بمجرد إقامة طالب النفقة من الفئات المذكورة في الفقرة 3 من المادة 80 في اليمن والاختصاص في هذه الحالة مقيد بنوع الدعاوي ، فيجب أن تكون الدعوى بطلب نفقة للأُم أو للصغير وهما من النفقات فيما بين الأقارب ، أو أن تكون بطلب دفعة للزوجة وهما من آثار الزواج . وقد راعى المشرع اليمني حالة المدعي وكونه الخصم الضعيف الذي تجب الرعاية له لدفع الفاقة عنه خلافا للأصل العام وهو توفير الرعاية للمدعي عليه⁽⁴⁸⁾ .

ويندرج في هذا السياق الفقرة 6 من المادة 80 السابق ذكرها بشأن الاختصاص في مسائل الإرث والتركات حيث يتضح من منطوقها انها تضم ثلاث حالات للاختصاص المحاكم اليمنية في الدعاوي المتعلقة بالتركات أقام المشرع أحداها على آخر موطن للمتوفى وأقام ثانيها على جنسية المورث وأقام ثالثها على موقع أموال التركة . ولما كانت صفة المورث لا تلحق الشخص إلا وقت تحقق وفاته مخلفا إرثا ورائه ، فإن المقصود بضابط توطن المورث باليمن أو تمتعه بجنسيتها أن يكون المورث وقت هلاكه متوطنا في هذا البلد أو حاملا لجنسيته⁽⁴⁹⁾ .

والتبرير المنطقي لاعتماد المشرع اليمني الضوابط المتضمنة في المادة 6/80 بشأن التركات والدعاوي المتعلقة بها يتجسم في اعتبار الميراث مجموعة أموال وعلى ذلك فإن من حسن اداء العدالة تجميع كافة الطلبات المتعلقة به امام محكمة واحدة . ولا شك ان من شأن توطن

(48) راجع : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 695 ، حيث يذكر في الهامش رقم 2 أن المذكرة الإيضاحية لقانون سنة 1949 أوردت تعليقا على المادة 861 التي نقلت عنها المادة 30 من قانون 1968 ، أن هذا الاختصاص مقرر " رعاية لضعف هؤلاء ولأنه لا يجوز أن تقفل المحاكم المصرية بابها في وجه من يطلب القوت وهذا مسلم به في كثير من البلاد ومعمول به في فرنسا بغير نص " .

(49) نقض المادة 35 من قانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002 بالتالي " موطن التركة قبل القسمة هو آخر موطن للمتوفى عنها " .

المورث في دولة القاضي وكذلك تمتعه بجنسيتها ووجود أموال التركة كلها أو بعضها فيها ، كفالة تحقيق ذلك الاعتبار .

وإذا كانت الضوابط المشار إليها من شأنها تجميع كافة الطلبات المتعلقة بالميراث أمام المحاكم اليمنية عندما يكون لليمن صلة بها فإن درجة هذا الصلة تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما إذا كانت تتجسم في وجود مفردات التركة كلها أو بعضها في اليمن أو في توطن المورث بها أو حيازته لجنسيتها ، فدرجة الارتباط باليمن تصبح أقوى عندما تكون مفردات التركة أو بعضها كائنه فيها أو كان فيها موطن المتوفى ، وتقل درجة الارتباط في حالة حيازة المورث للجنسية اليمنية دونما اعتبار آخر .

وكلما يعينا في هذا المقام هو تقرير كون المشرع اليمني قد أخذ النهج نفسه الذي سارت عليه معظم التشريعات العربية في مادة الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها كما هو الحال في المادة 31 من القانون المصري للمرافعات الصادر في 1968 والمادة 6 من القانون

الكويتي والمادة 6 من القانون السوري وغيرهم . وبالتالي فإن هذا النهج بإقامته نقاط إلتبارط بالنسبة للدعاوى في العلاقات المشتلمة على عنصر أجنبي بقضاء الدولة قائمة على مرتكزات شخصية أو موضوعية أو إقليمية ، يتصادم مع النهج المعتمد في شأن الأحوال الشخصية في مادة تنازع القوانين واستثنائ القانون اليمني بحكمها ، وهو ما يفضي في المحصلة النهائية إلى مصادره حق الأجنبي في التقاضي والحصول على حكم ملائم وفقا لمقتضيات قانونه الطبيعي وكان المشرع اليمني قد أخذ بالشمال بالقانون المدني ما منحه باليمن في قانون المرافعات .

وعلى ذلك فإن التعارض بين قانون المرافعات والقانون المدني ، لهو تعارض تتضح مظاهره بصفة خاصة في مجال قواعد تنازع الاختصاص القضائي في الأول وقواعد تنازع القوانين في الثاني فإذا كان الأول في المواد 78 ، 79 ، 80 وما يليها منه قد قرر قواعد عامه تضم ضوابط لانعقاد اختصاصه بنظر المنازعات ذات الطبيعة الدولية الخاصة (المشتملة على عنصر أجنبي)

وجعل المادة 79 منطوية على قاعدة عامة في شأن مختلف الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية اليمنية وبصفة مطلقة دونما استثناء فمعنى ذلك أن الأجنبي له الحق في رفع الدعاوى على الآخرين ولهؤلاء الحق في رفعها عليه في جميع المسائل بما في ذلك مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقه وحضانة .. الخ بناء على معيار عام هو توطن الأجنبي في الإقليم اليمني أي بعبارة أخرى لوجود رابطة تربطه بهذا الإقليم . وعلى ذلك فإن جلبه أمام المحاكم اليمنية هي مسألة وجوبية لا تخضع لمحض رضاه أو عدم رضاه في الترافع لدى هذه المحاكم ، إذ في حالة امتناعه وتوافر مجمل الشروط اللازمة ، يمكن جلبه أمام هذه المحاكم جبرا عليه .

وإذا كان المشرع اليمني في هذا السياق قد انتهج نهجا حديثا ومعاصرا وهو نهج تبلور عبر حقب طويلة في التجارب التشريعية والدراسات الفقهية المقارنة أدت إلى مساواة الأجنبي بالوطني في التمتع بمزايا حماية القضاء في الدولة الأجنبية التي يقيم فيها . وهذه المساواة محكومة بعوامل حضارية وموضوعية متنوعة ، فقد كان من لوازم تقرير هذا الحق المضي به إلى غايته وهي أداء العدالة من جهة والاستجابة لمتطلبات حاجات المعاملات الدولية من جهة أخرى وهي غاية لا تدرك ما لم يتم حل الطرف الثاني في المعادلة ألا وهو تطبيق القانون الملائم والأقرب إلى تحقيق العدالة ليحكم العلاقات الدولية أو المشتملة على عنصر أجنبي ليس فقط في مجال العلاقات التعاقدية العادية بل أيضا في مجال علاقات الأحوال الشخصية ، لأن هذا التطبيق يكون أكثر لزوما فيها من غيرها لعوامل مختلفة اجتماعية وحضارية ودينية وقانونية متجذرة في البلد الأجنبي ذو العلاقة . وهو ما شذ عنه المشرع اليمني كما تقدم بأخذه مسارا فريدا ، متصورا ان الصواب كله في سلوكه . غير أن نهج المشرع اليمني ذاك لا يحل المشكلة في الحقيقة ، بل يعقدها ويتركها دونما حل ، وذلك اعتبارا لكون تطبيق القانون اليمني سواء في علاقات الزواج والطلاق والنفقات أو في مسائل الخاصة بالقصر

وعديمي الأهلية أم في الميراث أو الوصية هو أمر يؤدي إلى الأحلال ونوع من العبث القانوني ، لأن الحكم القضائي فيها لن يرتب أية آثار في البلدان المطلوب الاحتجاج به فيها استنادا إلى آلية النظام العام أو فكرة الغش نحو القانون وأكثر من ذلك ، فقد يفضي هذا إلى اتخاذ موقف مماثل من طرف سلطات الدولة الأجنبية في مواجهة الرعايا اليمينيين المهاجرين المنخرطين في علاقات من هذا النوع في دولة أجنبية على أساس المعاملة بالمثل . ومن الجدير التنويه به أن هناك ملايين من اليمينيين المستوطنين في مختلف دول العالم : كإثيوبيا وإريتريا وكينيا وتشاد ونيجيريا .. وغيرها من البلدان الإفريقية وكذلك في اندونيسيا وماليزيا فضلا عن الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وحتى في الصين .. إلخ ومعظم هؤلاء قد انخرطوا في علاقات زواج مختلط مع مواطني تلك الدول وما ينجم عنه من آثار تخص الأولاد والحضانة والنفقات والطلاق وغيرها .

وتلك الدول في مسائل الأحوال الشخصية تأخذ بالاتجاهات الحديثة من حيث إخضاعها لقواعد تنازع القوانين إذا كانت مشتملة على عنصر أجنبي بطبيعة الحال . وفي رأينا فإن الاختلاف في الرؤى والأسس القائمة عليها فكرة الزواج والطلاق وكذا الميراث والوصية هي التي تخلق المبررات لكي يراعى المشرع اليميني قناعات وافكار ورؤى ومصالح مشرعي البلدان الأخرى ويخص بالتالي العلاقات ذات الطابع الدولي بقواعد تتلاءم مع النظريات والتجارب السائدة في تلك الدول حيث أن المشرع الأجنبي يحدد نصيب الوارث مثلا وفقا لسياسية اقتصادية واجتماعية معينة ، ولا يجوز أن يفرض تقدير المشرع الوطني اليميني أو غيره لتلك الأنصبة كنموذج للعدالة .

ولا مرأه في أن المنطلقات مختلفة باختلاف التشريعات في مجال الميراث والوصية كما تقدمت الإشارة إليه في المبحث السابق ، سواء في تحديد الأشخاص المستحقين للإرث أو في الحصص المقررة لكل منهم إذ ثمة اختلاف في تحديدهم ، فبعض النظم تساوي بين الولد الشرعي وغير الشرعي في الإرث . ومنها ما لا يحرم قاتل المورث من الاستحقاق في الإرث ومنها ما يستأثر فيه الولد الأكبر بكامل التركة ومن التشريعات ما يأخذ بالموانع الدينية ومنها ما لا يقرها .. إلخ مع ملاحظة أن الاختلاف في الأنصبة لا تتصادم مع النظام العام في دولة المحكمة وفق الرأي الغالب في الفقه الآن⁽⁵⁰⁾ وكذلك الحال في الوصية التي ترتبط بحق الشخص في التصرف بإرادته المنفردة عن طريق الوصية بمقادير واسعة من أمواله التي قد تشملها بالكامل كقاعدة عامة .

وفي النفقات فإن بعض التشريعات الغربية تقرر للزوجة نفقة مدى الحياة أو لمدة خمس سنوات أو أكثر أو أقل وهذه الحلول قد تركزت القناعة بها تشريعا وفقها وقضاء عبر قرون وغدت متجذرة في التراث القانوني والضمير الجمعي وفي المعاملات في تلك البلدان . وحيث أن القوانين التي تحكمها هي من القوانين الممتدة التي تتبع الشخص أينما حل خارج دولته فإنه يكون من غير الملائم تطبيق قانون مغاير بطريقة مبسطة على هذه العلاقات تحت هذه الحجة أو تلك .

الفرع الثالث

(50) راجع : د/ حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، 1940 ص، 790 وما بعدها وكذا مقالة عن مواريث الرعايا الأتراك في مصر . مجلة القانون الاقتصاد ص18 وما بعدها وهو يرى أنه : "قد يتوهم البعض أن في المساواة بين الذكر والأنثى مخالفة للنظام العام والواقع يخالف ذلك ، لأن النظام العام المصري لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لنصيب ابنه . وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية في أن تفرض للبنت نصيب الولد " وأنظر ، هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 626 وما يليها

تقدير موقف المشرع اليمني بشأن المسألة موضوع البحث

في الفرع السابق أوضحنا التعارض القائم بين قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني (المواد 25، 26 و27) منه وقواعد الاختصاص القضائي المقررة في قانون المرافعات والتنفيذ المتقدم ذكره المادة 78 وما يليها .

وأنه إذا افترضنا جدلا أن المشرع اليمني قد توخى من وضعه للنصوص المشار إليها أعلاه كفاءة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين وهو ما صرح به في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في نسخته الصادرة في العام 1979 التي استبقى مبرراتها منسحبه على مجمل الإصدارات المتعلقة بذلك القانون كتعديل عام 1981 وإصداره بعد قيام دولة الوحدة تحت رقم 20 لسنة 1992 ثم التعديل الأخير عام 2002 ، بصرف النظر عن اعتبارات أخرى ذات طابع فقوي ومصلاحي وبعد سياسي يجبر لمصلحة بعض الجماعات الضاغطة فإنه يكون قد بلغ في هذا النهج مبلغا لم تقرره الشريعة الإسلامية نفسها .

وذلك أنه وفقا لقاعدة الإسناد المتضمنة في المادة 25 المشار إليها أعلاه ، يتعين أن يرجع إلى القانون اليمني في شأن الزواج والطلاق والآثار المترتبة عليها سواء تعلق الأمر بمرحلة نشؤ الحق أم بمرحلة سريانه مع انه من الثابت ان القاضي المسلم لا يعمل أحكام الشريعة الإسلامية بشأن زواج غير المسلمين إلا في مرحلة نشؤ الحق أما في مرحلة نفاذ الحق فإن الشريعة الإسلامية تتيح المجال لتطبيق شرائع غير المسلمين عملا بما تقضي به من " تركهم وما يدينون " .

ولما كان هذا المبدأ المتضمن في الحديث الشريف القائل : " أمرنا أن نتركهم وما يدينون به " لا مجال له في التطبيق في مرحلة نشؤ الحق فهذا لا يعني اهدار الشريعة له في هذه المرحلة ، إذا أن الشريعة الإسلامية تجسد ذلك المبدأ من خلال الإبقاء ليس فقط على شرائع غير المسلمين بل وأنظمتهم القضائية الخاصة فإذا تخلص غير المسلمين عن الاحتكام إلى شرائعهم وجاءوا إلى القاضي المسلم للاحتكام إليه في شأن من شئون أحوالهم الشخصية ، فهذا يعنى الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية فيقوم القاضي بإعمالها عليهم ، وليس في هذا الأعمال مساس بالمراكز القانونية . وحيث أن ثبوت الولاية للقاضي المسلم للحكم بين غير المسلمين يتوقف على تحاكمهم أو ترافعهم إليه فإنه كان من المتعين أن ينص على هذا الشرط في قوله تعالى : " فإن جاءوك .. "

أما في القانون اليمني كما تقدم فإن انعقاد الاختصاص للمحاكم اليمنية بالفصل في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي لا ينعقد لمجرد رفع النزاع إليها بصفة مطلقة ، وإنما يتعين إن يكون للنزاع صلة باليمن سواء من حيث اشخاصه أو سببه أو موضوعه وإذا كان برضا الخصمين أو بالأحرى الخضوع الاختياري من جهة المدعى عليه لاختصاص المحاكم اليمنية يشكل أحد ضوابط انعقاد الأخصاص لها بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي أو بعبارة أخرى العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي . وهو ما ورد في المادة 81 من قانون المرافعات التي يجري منطوقها كالتالي : " تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخله في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه ولايتها صراحة أو ضمنا " ، فهذا إنما كان تقريره بصفة احتياطية نظرا لأن قبول المدعى عليه الأجنبي اختصاص المحاكم اليمنية ما هو إلا عمل قانوني ويرتكز على عامل لدى المدعى عليه وحده هو إرادة الخضوع لولاية المحاكم اليمنية وهو ضابط شخصي لا يتم إعماله إلا عندما لا تتوافر ضوابط انعقاد الاختصاص الرئيسية المعول عليها من جهة المدعى عليه كتوطنه أو إقامته في اليمن أو عدم حمله للجنسية اليمنية أو لعدم وجود صلة للنزاع من حيث سببه وموضوعه باليمن أو بغير ذلك من المعايير المعدودة في المادة 80 على وجه الخصوص .

ولما كان انعقاد الاختصاص للمحاكم اليمنية بالفصل في المنازعات ذات الطبيعة الدولية الخاصة لا يتوقف بصفة عامة ، على رضا الخصوم بالترافع لدى هذه المحاكم أو عدم رضاهم ، فإن المشرع اليمني قد جانب الصواب عندما قيد المحكمة اليمنية تطبيق نص المادة 25 ، مع العوار الذي تشتمل عليه ، بترافع الخصوم إليها ، وذلك لأنه إذا كانت ولاية المحاكم اليمنية بالفصل في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لا تثبت نظرا لعدم وجود أحد الضوابط المعتمدة لثبوت تلك الولاية ، فإن هذه المحاكم لن تطبق هذا النص على الرغم من رفع المدعى دعواه أمامها . وعلى العكس فإذا كان هذا الاختصاص ينعقد لها بالنظر لتوفر ضوابطه فإنها سوف تطبق النص دون النظر إلى رضا المدعى عليه أو عدم رضاه برفع النزاع إليها ، حيث أن نص المادة 79 قد جاء بحكم عام في الاختصاص دون أية قيود من قبول المدعى عليه أو عدمه .

أما المادة 25 مدني فإنها بمنطوقها ذلك تؤدي ليس فقط ، من حيث القيد الوارد بها بل كذلك من حيث مضمونها إلى التعارض مع الأحكام المقررة في قانون المرافعات بشأن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية في مسائل الأحوال الشخصية ، إذ أن مؤدى المادة المذكورة والقيد الوارد فيها أن اختصاص المحكمة اليمنية لا ينعقد بالفصل في منازعات مشتملة على عنصر أجنبي تتعلق بزواج أو طلاق أو نفقة ... إلخ إلا إذا ترافع الخصمان أو أحدهما إليها . وهذا يناقض ما هو مقرر في قانون المرافعات في مسألة الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ذات الطبيعة الدولية . ذلك أن المحاكم اليمنية - طبقاً لهذا القانون - تكون مختصة بالنظر في هذه المنازعات بتوافر شروط تطبيق ضوابط معينة وليس لمجرد رفعها إليها إذا لم تتوافر تلك الضوابط بما في ذلك رضا المدعى عليه رفع النزاع إلى القاضي اليمني حيث لا يتم اللجوء إليه إلا عندما تتخلف شروط تطبيق بقية الضوابط كما تقدم .

ولما كانت مسألة انعقاد الاختصاص للمحاكم اليمنية في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ذات الطبيعة الدولية الخاصة هي على هذا النحو فإن إزالة التناقض المشار إليه لا يجدي معها معالجات جزئية كتلك التي أقدم عليها المشرع اليمني عندما أستبدل عبارة " عند المرافعة " في المادة محل الحديث في قانوني عام 1979 وعام 1981 بعبارة " رضا الطرفين " في القانون المدني لدولة الوحدة الصادر في 1992 ثم أخذه الحنين إلى الماضي فعاد مجدداً إلى عبارة " عند المرافعة " في قانون 2002 النافذ الآن⁽⁵¹⁾ .

ذلك أن مؤدى العبارة البديلة من جهة أنه يجب على المحكمة اليمنية - عندما يتحقق رضا المدعى عليه برفع النزاع إليها - أن تعقد لنفسها الاختصاص بالفصل فيه على أساس هذا الرضا وحده ، بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر شروط تطبيق الضوابط الأخرى لانعقاد الاختصاص لهذه المحكمة للفصل بالمنازعة المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي مع أن المقرر في المادة 81 من قانون المرافعات أن قبول المدعى عليه لا يعتد به في بثوة ولاية المحاكم اليمنية بالفصل في هذا النوع من المنازعات إلا على سبيل الاحتياط وعند عدم إمكان تطبيق الضوابط الأخرى المقررة في الفصل الأول ذلك أن مؤدى العبارة البديلة أن على المحكمة الامتناع عن عقد الاختصاص لنفسها بالنظر في المنازعات المتعلقة بالمسائل المذكورة في نص المادة 25 إذا تخلف رضا المدعى عليه بالترافع أمامها وهذا وضع شاذ ، إذا أنه من المقرر وفقاً لأحكام قانون المرافعات أنه بتوافر الضوابط المحددة فيه بشأن مثل هذه المنازعات فإن

(51) يلاحظ أن العبارتين لهما نفس المفهوم ، إذ معنى عند المرافعة المقصود به التراضي على رفع الدعوى وهو نفس المعنى في عبارة برضا الطرفين .

الفصل فيها يدخل في نطاق اختصاص المحاكم اليمنية بصرف النظر عن قبول أو عدم قبول المدعى عليه الخضوع لاختصاصها والترافع لديها .

يتضح مما سبق إذن ، أن نصوص المواد 25، 26، و27 مدني لا تتفق مع مسلك المشرع العربي والمشرع المقارن عامة بل أنها لا تتفق ومقتضيات ظاهرة حركة الأشخاص الكثيفة عبر الحدود وتتناقض مع مفهوم العدالة وحاجة المعاملات الدولية ، وتفضي إلى توليد سياسة معاكسة من طرف البلدان الأخرى على أساس المعاملة بالمثل وقبل كل شيء فإنها تتعارض مع أحكام قانون المرافعات اليمني وتؤدي إلى إفراغها من مضمونها في الواقع الفعلي وهو ما يحسن معه بالمشرع بل يتوجب عليه المبادرة إلى إجراء تغيير جذري في نصوص المواد المذكورة وتقرير قواعد إسناد مناسبة بشأن الزواج والطلاق والنفقات ورد كل مسألة منها إلى فكرتها المسندة أسوة بسائر القوانين العربية والأجنبية ولاسيما الأولى التي استقى المشرع اليمني من بعضها سائر قواعد الإسناد الأخرى في غير المسائل ذات الصلة بالأحوال الشخصية كما تقدم ذكره .

الخاتمة

وبعد فإذا كان وجود النسق القانوني ضرورة لقيام وحدة في الشكل والمضمون للفرع القانوني الواحد ، فالقسم القانون الواحد ثم النظام القانوني برمته ، فإن هذا يتطلب إيجاد نسق متكامل في إطار التشريع المدني أولاً ثم وضعه في إطار النسق التشريعي العام وهذا الأمر لا يقتصر على قانون المرافعات والقوانين المرتبطة به والقانون المدني بل يشمل القوانين الأخرى إجمالاً .

وإذا كان المشرع اليمني قد تمكن من مساندة التشريعات الحديثة في التشريع المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية وغيرها ، فقد رأينا أنه عزف عن هذا الاتجاه الحديث في كثير من القواعد والأحكام المتعلقة بالمسائل المدنية والأحوال الشخصية معتمداً على الآراء الفقهية التقليدية التي لا تتلاءم كلياً مع متطلبات العصر .

وأياً كانت المبررات لنهج المشرع اليمني هذا وقيامها على عوامل من طبيعة دينية ، كما تقدم ، إلا أن هذا المنطلق في العصر الراهن لم يعد معولاً عليه ، فلم يعد الدين أو القومية تتخذ كمعايير لتمييز انتماء الفرد إلى دولة ما ، بل حل محلها معيار سياسي قانوني هو الجنسية ، فطبقاً للقانون اليمني فإن الأجنبي هو من لا يتمتع بالجنسية اليمنية (المادة 2/1 من قانون الجنسية اليمنية رقم 6 الصادر في عام 1990) سواء كان مسلماً أم غير مسلم عربياً أو غير عربي .

كما أنه لئن كان من الجائز أن تتضمن تشريعات البلدان العربية ، التي توجد فيها طوائف دينية أخرى ضمن تركيبها السكانية ، أحكاماً من الشريعة الإسلامية سواء أكان تطبيقها يجري بطريقة مباشرة أم غير مباشرة بتضمينها في القوانين والنظم السارية ، فإن ذلك يبدو مسوغاً ومعقولاً لأن المخاطبين بأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق وبالذات في المسائل التي يختلف أطرافها في الملة ، هم من مواطني الدولة كما هو الحال في الأردن ومصر وسورية والعراق ولبنان مثلاً أما في اليمن فإن مواطني الدولة من غير المسلمين هم فئة قليلة بعد التهجير المنظم لليهود اليمن في عام 1948 ، 1949 وعام 1992 . وبالموازاة لذلك ، فإن تطبيق قوانين الدول الأخرى في الوقت الراهن من تطور العلاقات الدولية الخاصة ، أصبح ضرورة موضوعية تتطلبها عملية تقسيم العمل الدولي والتبادل الكثيف للسلع والخدمات والخبرات المجسدة من خلال الأفراد وكذلك حركة انتقال الأشخاص عبر الحدود بصورة منقطعة النظير .

وإذا كان التنافر الواضح في أحكام الشرائع في الحقب السابقة كانت تغذيها عوامل موضوعية وذاتية محكومة بالمجاهبة العدائية المسلحة وما أستتبع ذلك من انعدام الاعتراف بالطرف الآخر ليس فقط على الصعيد المادي بل والديني والفكري والتشريعي ، أما في الوقت الحاضر فقد تغيرت تلك الظروف مع التراكم المعرفي وتبادل المصالح وأصبحت الدول بوصفها كيانات سياسية واجتماعية منخرطة في معاملات مختلفة وتتعترف ببعضها البعض .

والاعتراف بالدولة ، وهو أحد الشروط المتطلبة لقيام تنازع القوانين ، يطوي إعتراضاً ضمناً بكلمات يصدر عنها من أعمال وبالذات التشريع في جميع المجالات ومن بينها ميدان الأحوال الشخصية ، مع استثناء كيانات أتسم وجودها بعدم المشروعية منذ لحظة ولادتها الكسيحة كالكيان الصهيوني اللقيط .

هذا ، وأنه لئن كان جائزاً أن يكون التصادم بين النظم القانونية ذات الطابع العام أوضح نظراً لمساسه بالمبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية... إلخ التي يقوم عليها نظام الدولة فإن أنظمة القانون الخاص لا تستدعي ذلك القدر من التوتر عند تطبيقها ولو خارج الدولة على رعاياها المتوطنين في دول أخرى .

ومهما يكن الأمر فإذا كان من شأن إعمال القانون الخاص الأجنبي في علاقة مشتملة على عنصر أجنبي ينطوي على إخلال صارخ بالمبادئ التي تحكم النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي والديني إلخ في دولة القاضي فثمة آلية لتعطيل ذلك القانون وهي إعمال الدفع بالنظام العام . مع أنه يصعب تقرير كونه مسألة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي كوصية تتم في اليمن طرفاها شخص بريطاني الجنسية وشخص سريلانكي الجنسية مثلا فيما يجاوز ثلث أمواله تتصادم مع النظام العام في شيء .

وكذلك الأمر في الميراث فالاختلاف في الحصص لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي ولا يهز كيان المجتمع إذ لا مصلحة للمجتمع لا من قريب ولا من بعيد - كما رأينا أعلاه - سواء ورثت البنت نصف التركة شأنها شأن الذكر أم ورثت الثلث طالما وهما أجنبيان .

ويتضح مما سبق أن مسلك المشرع اليمني بتقريره القواعد المذكورة في المواد 25، 26، 27 لا يتعارض فقط مع مضمون قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمنية المشار إليها أعلاه وإفراغ تلك القواعد من مضمونها ، بل هو يعتبر كذلك تعطيلاً لتلك القواعد والحقوق المقررة لحمايتها وهو يدل على أن المشرع اليمني قد صادر بالشمال ما منحه باليمن وهو أمر ينطوي على مفارقة غريبة لاسيما وأن قانون المرافعات لاحق في صدوره على القانون المدني اذ يحمل الأول رقم 40 لسنة 2002 (وكان صدوره في شهر أكتوبر 2002)

في حين الثاني يحمل رقم 14 وكان صدوره في أبريل 2002 وقبل هذا وذاك يتعارض مع النهج المتبع في التشريعات العربية والمقارنة في صوغ قواعد تنازع لمعالجة العلاقات ذات الصفة الدولية في المسائل المدنية والأحوال الشخصية ، فقد تجاهل المشرع اليمني تماما قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها والمعمول بها في معظم تشريعات دول العالم رافضا بشكل مطلق تطبيق القانون الأجنبي عند النظر في المنازعات الناشئة عن الزواج والطلاق والنفقات والأثار المترتبة عليها حتى وإن كانت أطراف العلاقة من الأجانب وكذلك الأمر في مسائل الولاية والوصاية والقوامة على عديمي الأهلية أو ناقصيها علاوة على المسائل المتعلقة بالمواريث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة .

وهكذا يتبين أن المنطلق الظاهري للمشرع اليمني في امتناعه عن الأخذ بالقواعد الشائعة التطبيق في ميدان تنازع القوانين في المسائل المطروحة أعلاه يرجع إلى مبررات ذات طابع عقائدي كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني سابقة الذكر وإن كان ثمة عوامل ذات طابع مصلحي وفئوي تكمن في التركيبة الذهنية لواقعي القانون الفعليين من حيث المحافظة على نسق قضائي ديني متوارث لشغل مهنة القضاء والإفتاء من ناحية ولكون هذه الفئة مكونة تكويناً شرعياً أصلاً وهي بالكاد على صلة بمباحث القانون الوضعي وخصوصاً القانون الدولي الخاص ، فهي تعرف العلوم الشرعية أكثر من علم القانون الوضعي المقارن المتضمن قواعد تنازع القوانين ، علماً بأنه حتى الآن معظم أعضاء مجلس النواب هم شخصيات تقليدية كالمشايخ والوجهاء ممن لا ثقافة لديهم ولا مؤهلات .

وعلى ذلك فإن التبرير الجاهز الذي ساقه المشرع عموماً كان الاستناد إلى الآية الكريمة القائلة " أن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم " مما سبق أن تعرضنا له في البحث والتفنيد فقد تجاهل المشرع اليمني آيات أخرى كثيرة تحث على الحكم بالعدل والقسط

كالآية الكريمة القائلة " إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل (النساء الآية 58) والآية الكريمة القائلة " لا يجرمكم شأن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى " (المائدة

الآية 8) وغيرها ، وليس من العدل والقسط أن يفقد الشخص حقه لكونه انتقل إلى بلد آخر للإقامة كأن يكون متزوجاً ويصبح معتبراً على أنه غير متزوج أو أن يكون وارثاً ويصير غير وارث أو أن يكون ابناً بالتبني في بلد وفقاً لقانونه فيصبح مجرداً من المركز القانوني عادة انتقاله إلى بلد آخر لا يقر قانونه التبني باعتباره تصرفاً قانونياً يترتب عليه أن تنشأ ما بين

شخص وآخر علاقة قرابة غير حقيقة وغير ذلك من الحقوق التي قد يفقدها الأجنبي أو لا يستطيع حمايتها .

وهذه الأضرار التي قد تلحق الشخص نتيجة لفضدانه حقاً أو عدم تمكنه من اقتضائه ، مع ثبوت الحق له في التداعي بشأنه ، حسب قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اليمينية كما تقدم ذكره ، قد يلحق اليمينيين المقيمين في الخارج بالنتيجة عندما تلجأ المحاكم الأجنبية لمعاملتهم بالمثل ، وفي هذه الحالة سيخضعون لقانون أجنبي يجردهم من حقوقهم التي يمنحها لهم القانون اليمني باعتباره قانونهم الشخصي ، أو قد تكسبهم حقوقاً قد يفقدونها لمجرد عودتهم إلى بلدهم .

وعلى ذلك ولغرض تحقيق التكامل والانسجام والتناسق بين القوانين في المنظومة التشريعية وإزالة التعارض بين فروعها كما هو الحاصل في العلاقة بين قانون المرافعات في شقه المتعلق بقواعد تنازع الاختصاص القضائي وبين القانون المدني في شقه المتعلق بقواعد تنازع القوانين ، فقد أمكن لنا استخلاص النتائج والخروج بالمقترحات والتوصيات التالية :

أولاً (يحسن بالمشروع اليمني أن لم يكن يتعين عليه المبادرة إلى إجراء تعديل جذري في النصوص التي تشتمل عليها المواد 25 ، 26 ، 27 وغيرها على أن يتضمن التعديل تقرير قواعد إسناد مناسبة بشأن الزواج والطلاق والفسخ والنفقات مع تجزئتها إلى فكر مسندة بحث يكون الزواج فكرة مسندة قائمة بذاتها على أن يرجع بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج : كالأهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية فإن اختلفت وجب الرجوع ، بالنسبة لكل زوج ، لقانون جنسيته . وإذا كان أحد الزوجين يمينياً وقت انعقاد الزواج ، فيسري القانون اليمني وحده فيما عدا شرط الأهلية . ثانياً) وكذلك الأمر بالنسبة لأثار الزواج التي يتعين أن تخص بقاعدة إسناد إلى قانون الزوج الشخصي وقت انعقاد الزواج ليحكم الأثار الشخصية للزواج كحل المعاشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة ، ويرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثار التي يرثها الزواج بالنسبة للمال ، ما لم يكن هناك تنظيم اتفاقي بشأنه .

ثالثاً (أما بالنسبة لانحلال الزواج بالطلاق أو التطليق أو التفريق البدني (الانفصال الجسماني) ... فيتعين أن يرجع بشأنه إلى قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالتفريق البدني (الانفصال الجسماني) فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة فيسري قانون الزوج وقت انعقاد الزواج .

رابعاً (أما بالنسبة للمسائل الموضوعية لحماية حماية القصر وعديمي الأهلية وناقصيها فيتعين خصها بقاعدة إسناد إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته .

خامساً (يفرد لمسألة الولاية على النفس والحضانة قاعدة إسناد إلى قانون جنسية الأب . سادساً)تقرير قاعد إسناد إلى قانون جنسية الأب وقت الميلاد بشأن المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف وإنكارها وإذا مات الأب قبل الميلاد سري قانون جنسيته وقت الوفاة .

سابعاً)بالنسبة للالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار فيرجع بشأنها إلى القانون الشخصي للمدين ، أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون اليمني .

ثامناً (خص المواريث بقاعدة إسناد إلى قانون المورث وقت موته .

تاسعاً) تقرير قاعدة إسناد للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة في جانبها الموضوعي إلى قانون من صدر منه التصرف وقت موته .

عاشرًا (أما بالنسبة للهبة فيجب على المشرع كذلك أن يخصصها بقاعدة إسناد استكمالاً لمنظومة قواعد التنازع - ويرجع بشأنها إلى قانون جنسية الواهب وقت الهبة ، أما أحكام المقدر الذي يجوز التبرع به والمقدر الذي يجب إبقاؤه للورثة فيسري عليه قانون جنسية الواهب وقت الوفاة .

ملخص

إن هذا البحث يستهدف إبراز أوجه التعارض الذي يشوب التشريع اليمني المتعلق بقواعد تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية.

وأنة لغرض إجلاء ذلك التعارض فقد تم التعرض إلى ايراد مقارنةٍ وجيزه لما هو عليه وضع التشريع المقارن بصدد معالجة الإشكالية موضوع البحث وكيف تعامل معها.

ومن ثم جرى إبراز أن ذلك التعارض ليس فقط تعارضاً أفقياً يطال الموقف المتضرد للقانون اليمني بالنسبة للقوانين المقارنة على الصعيد الدولي والعربي بل هو تعارضاً رأسياً إذا جاز التعبير ضمن التشريع اليمني نفسه ويتبين ذلك بالأخص حول التعارض بين القانون المدني اليمني المنطوي على قواعد تنازع القوانين من حيث المكان وقانون المرافعات المتضمن قواعد تنازع الإختصاص القضائي الدولي ، وهو تعارض في الغاية التي يتوخاها كليهما ، ويقضي إلى تعطيل جزء من القواعد التشريعية اليمني بفعل جزء آخر منه ، وبالتالي تعطيل المصالح التي تحميها تلك القواعد .

وقد خلص البحث إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات باتجاه إزالة ذلك التناقض وإعادة الانسجام إلى فروع القانون اليمني ليعمل كوحدة واحدة لا تتجزأ .

Abstract

- This study is aimed to demonstrate , some contradictions aspects in Yemeni legislation , concerning the conflict of law's rules , relating to personal status . In order to be brought up this contradiction ,which the present study has dealt with , through a short analysis about the resolutions have been taking by the comparative laws concerning the posing , in the presnt study , questions and how the treated with either .Therefore , they present study is shown that, such as contradiction is not only kind of horizontally contradiction , belonging to the unique attitude of Yemeni legislation on apposite to the other foreign legal systems , either on global level , or on regional level but also it's kind of vertically contraction , opposing to the others laws and rules among the Yemeni legal system itself .
- This fact , particularly , might be brought to light on that contradicon between Yemeni civil law, including the rules of conflict of law in the space, on the one hand, and Yemeni procedural law including the rules of international Jurisdiction of Yemeni courts , on the another hand .
- This contradiction , as a matter of fact , is strongly related to the final propose , aiming by the both laws. It as a result lead to break down a part of Yemeni legal system by another part of rules in the same legislation through breaking down the interests protected by those rules .
- The study is arrived to some groups of conclusions and recommendations , devoting to the disappearance of that contradiction , in order to improve Yemeni legislation , on the one hand and to make it more symmetric on the another hand ,so that it works as an indivisible unity .

قائمة بالمراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية

- القانون المدني رقم 14 لسنة 2002 منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية العدد الثالث عشر الصادر في ابريل 2002 .
- قانون المرافعات والتنفيذ رقم 40 لسنة 2002 منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية العدد التاسع عشر الصادر في 15 أكتوبر 2002 .
- أحمد قسمت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول في الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1978 .
- عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول في الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة الحادي عشر 1986 .
- عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، الطبعة التاسعة 1986 .
- عزيز العظمة ، العلمانية من منظور مختلف ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى ، 1992 .
- ماهر ابراهيم السداوي ، الأحكام الوضعية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني ، مكتبة سعيد رأفت ، جامعة عين شمس 1987 .
- رمزي دراز ، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي ، الإسكندرية 2004 .
- جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، القاهرة 1961 .
- حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، الكويت 1974 .
- حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة الثانية ، القاهرة 1940 .
- عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين في دار الإسلام ، مؤسسة الرسالة ، لبنان 1982 .
- محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، القاهرة 1958 .
- مقدمة القانون المدني للمعاملات الشرعية ، الكتاب الأول والثاني ، إصدار مجلس الشورى اليمني 1979 .
- هشام على صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974 .
- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، أحكام القرآن الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1992 .
- د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، أصول تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، 1990 .
- محمد عبد الخالق عمر ، القانون الدولي الخاص الليبي ، دار النهضة العربية ، 1977 .

ثانياً : المراجع باللغات الأجنبية

- Armingon, precis de droit int, prive, 1982 .
- Batiffol et lagard : Droit int, prive, 8-ieme edition L.J.D.G, Paris , 1993 .
- Lerebours - pigeoniere et loussouarn . précis De Droit int,prive . 9-ieme ed. Dalloz 1990.
- Dicy and morris-On the conflict of Law, 10-th ed. Vol. 1,2 London , 1980 .
- Gravson R.H. the Conflict of laws, London. 1979.
- Goodrich. H, Handbook of the Conflict of Laws, St. Paul, 1994.

- القانون الدولي الخاص ، مجموعة مؤلفين ، المراجع القانونية ، موسكو، 1984 . (بالروسية) .
- أ.أ. لونتس ، القانون الدولي الخاص ، موسكو ، 1983 . (بالروسية) .
- تقنيين بوستامنت في: مدونة القانون الدولي الخاص في الوثائق ، منشورات القرن ، موسكو 1997 (بالروسية).
- قانون الأسرة في الاتحاد الروسي الصادر في 8 ديسمبر 1995 في : مدونة القانون الدولي الخاص في الوثائق ، منشورات القرن ، موسكو ، 1997 (بالروسية) .
- الإتفاقية المبرمة في إطار مجموعة الدول المستقلة (الجمهوريات السوفيتية السابقة) في 22 يناير 1993 بشأن المساعدة القانونية والعلاقات القانونية في المسائل المدنية والأسرية والجنايية في : مدونة القانون الدولي الخاص في الوثائق ، منشورات القرن ، موسكو ، 1997 (بالروسية) .