ص ص (47-64) مجلة الكتاب
المجلد (2) العدد (3) 2020

الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام

Legal Capacity Between Applicable Law And Public Order

الدكتور ماهر ابراهيم قنبر
مدرس
كلية القانون/ جامعة الفلوجة
Maher-qanber@yahoo.com

الملخص

يتلخص البحث في التعريف بالأهلية القانونية للأفراد على مستوى العلاقات الخاصة الدولية وأنواعها واهميتها وتأثيرها في علاقات الافراد الخاصة الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها والدفع بالنظام العام عن تطبيق القانون الذي اشارت إلية قاعدة الإسناد.

الكلمات المفتاحية: الأهلية القانونية، القانون الواجب التطبيق، موانع الاستعمال، النظام العام، الأهلية القانونية التجارية

Abstract

The research introduces the legal capacity of individuals at the level of the international private relations, their types, importance and influence in the international private individuals' relations, determining the law to be applied to them, and foregrounding the public system for the application of the law that referred to by the rule of ascription.

Keywords: Legal capacity, Applicable law, Contraindications, General system, Commercial legal capacity.

المقدمة

تُعدّ مسائل الأحوال الشخصية من المجالات الخصبة في القانون الدولّي الخاصّ، خاصة في حالة اختلاف جنسية الأطراف، وذلك لارتباط قوانين الأحوال الشخصية بالشريعة السائدة في كّل دولة. كما إن ارتباط هذه القوانين (الأحوال الشخصية) بالأديان، وتأثيرها على الفكرة الوطنية للنظام العام، يحدد المجال المتاح للقاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي على موضوع النزاع. وتعد الأهلّية من المسائل التي تتّصل بذاتيّة الشخص، والبعض يحددها بالمسائل التي تخضع للقانون الشخصي، فإذا قرّر المشرّع مثلاً، أن أهلية الأشخاص تخضع لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فإن ذلك يعني أن المشرع قد أخذ من الجنسية ضابطاً للإسناد يعين من خلاله القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تدخل في فكرة الأهلية.

أهمية الدراسة

تتركز الدراسة في تحديد مفهوم الاهلية وأنوعها وأهميتها لما لها تأثير كبير على مستوى العلاقات الخاصة الدولية لما تمنح للفرد من صلاحيات قانونية او قد تنقص منها هذا اذا ما علمنا ان دول العالم تختلف بتنظيم الاهلية سواء كانت اهلية الوجوب ام اهلية الاداء وبالتالي قد يكون الفرد كامل الاهلية في بلدة وناقص الاهلية في بلد اخر، فاذا ما ثار نزاع دولي بشأن اهلية فرد هنا يكون مهمتنا البحث عن القانون والواجب التطبيق تمهيدا لتطبيقه على النزاع ولكن اذا ما علمنا ان الاهلية تنتمي الى الاحوال الشخصية وهذه الاخيرة بدورها ترتبط بالشريعة فربما يستبعد القانون الاجنبي لمخالفة للنظام العام.

مشكلة الموضوع

إن البحث في مسائل الأهلية يحمل الكثير في طياته، نظراً لتعدد جوانبها وتشعب أبعادها، فارتباط أهلية الأشخاص بالأحوال الشخصية لا يزال يشكل مادة خصبة للجدل والاختلاف، والمشكلة تصعب بسبب ضوابط الاسناد الذي تعتمد لمعرفة اهلية الفرد فان اغلبية الدول تأخذ بضابط الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية فان هناك دول تأخذ بضابط الموطن خاصة ونحن نتكلم على مستوى العلاقات الخاصّة الدولية.

منهجية البحث

اعتمد الباحث المنهج التحليلي المقارن, فمن ناحية تبدو أهمية المنهج التحليلي في بحث هذا الموضوع الهام, حيث يقوم الباحث بعرض وتحليل الآراء الفقهية ومناقشتها واستنباط السديد منها وإعطاء رأيه كلما كان ذلك مناسباً. ومن ناحية

أخرى، اعتمد الباحث أسلوب المقارنة بين القانون العراقّي بوصفه محوراً أساسياً وبين كّل من القانون المصري، والقانون الفرنسي بصورة رئيسية، وبعض القوانين الأخرى بصورة عرضية.

خطة الدراسة

وبهذا الصدد، سوف نقسم دراستنا لهذا البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول، فكرة الأهلية والقانون الواجب التطبيق، ثم نتناول في المبحث الثاني استبعاد القانون الاجنبي.

المبحث الأول

فكرة الأهلية والقانون الواجب التطبيق

تعد الأهلية من الموضوعات الهامة في الأحوال الشخصية[1]، فهي بطبيعتها تتصف بخاصيتين: الشمول، والإطلاق، إذ تتناول كّل شخص، وموضوعها كّل تصرف قانوني[2].

ولمعرفة مضمون فكرة الأهلية بقسميها، وتحديد القانون ألواجب التطبيق عليها، يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول: يتناول مضمون فكرة الأهلية، أما الثاني فيتطّرق إلى تحديد القانون واجب التطبيق على الاهلية وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

مضمـون فكـرة الأهليـة

يمتّد إسناد فكرة الأهلية لحالة الأشخاص تأريخياً إلى المدرسة الإيطالية التي ظهرت في العصور الوسطى، فقد ظهرت فكرة الحالة الشخصية بالمقابل للحالة العينّية، كما درج الفقيه (Balde) تحديد سن الرشد، وأهلية التعاقد والإيصاء، وأهلية الهبة بين الزوجين داخل مفهوم الحالة الشخصية[3].

لقد قصر القانون المدني في كل من فرنسا ومصر والعراق، حالة الأشخاص على الحالة والأهلية، باعتبارهما مسألتين مرتبطتين بالشخص بصورة مباشرة، إذ تعد فكرة دوام واستمرارية ووحدة القانون الذي يحكم الأهلية أساساً لإدراجها ضمن مسائل الحالة الشخصية وإسنادها للقانون الشخصي[4].

ويقصد بالأهلية لغةُ، إنهّا الصلاحية، فعندما يقال: إنّ فلاناً أهل لما هو قائم به أو العكس، فهي تستعمل بمعنى الجدارة والكفاءة لأمر ما[5]، **وقوله تعالى:** (إِذْ جَعَلَ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْحَمِيَّةَ حَمِيَّةَ الْجَاهِلِيَّةِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ وَعَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا)[6].

أما مفهوم الأهلية اصطلاحاً، فيندرج تحته العديد من أنواع الأهلية، مثل الأهلية العامة بقسميها (أهلية الوجوب أو التمتع، وأهلية الأداء أو الممارسة)، وبالمقابل هناك الأهلية الخاصة[7]، رغم أنها تخرج من نطاق بحثنا، إلا أننا سوف

([1]) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان، ط2009،1، ص121.

([2]) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص423.

([3]) د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، في اختصاص القانون الدولي، دار نصر للطباعة الحديثة، 2010، ص275.

([4]) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مطابع جريدة السفير، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989، ص14 وما بعدها.

([5]) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1982، ص31.

([6]) سورة الفتح، الآية (26).

([7]) د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2009، ص221.

سنتطرق إليها بصورة موجزة. وكذلك يشمل المفهوم الاصطلاحي للأهليّة، أنواعاً أخرى كأهلية المساءلة عن الفعل الضار، وأهلية اللجوء إلى القضاء[1].

وتنقسم الأهلية بالنسبة للأشخاص في القوانين الداخلية إلى أهلّية عامّة، وأهلية خاصة. وكما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الأهليّة العامّة

تتكون الأهليّة العامة من أهليتي الوجوب والأداء[2]، ويقصد بأهّلية الوجوب، هي صلاحّية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وبمعنى آخر أنّها تخّول صاحبها الحّق في اكتساب الحقوق والتمتع بها. أما أهلية الأداء، فيقصد بها قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية كافة، والتي تهدف إلى حماية الشخص نفسه، ويكون مناطها التمييز[3].

وتثبت أهليّة الوجوب للشخص منذ ميلاده، وهي تثبت للجنين أيضاً الذي له حق الإرث والإيصاء[4]، وهو في بطن أمه والتي يسميها البعض بأهلية الوجوب الناقصة، ذلك لأنّها قاصرة على إثبات الحقوق له دون إلزامه بأي التزام[5].

وبهذا المفهوم يُنظر للشخص سواء كان طبيعيّاً أو اعتبارّياً، بأنه شخص قانوني[6]، وشرط هذه الأهلية هو الحياة للإنسان، سواء أكان الشخص رشيداً أم غير رشيد، وسواء أكان ذكراً أم أنثى، وسواء أكان حراً أم رقيقاً[7]، فهي بالأصل تخضع لقانون محل الحّق المراد التمتع به[8].

ويرى البعض أن الدمج بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب يرتد إلى عدم التجزئة بين الشخص وأهليته في وجوب الحقوق المشروعة له، فلا يتصور وجود شخصية قانونية دون أهلية وجوب الحقوق، ولا يطبق القانون الذي ينص على الحرمان من هذه الأهلّية لمخالفته النظام العام الدولي لقاضي النزاع. ولكن يمكن أن نتصور شخصية قانونية دون أهلية أداء، ومثال ذلك، الشخص المحكوم عليه بالأشغال الشاقة، فتنتقل ممارسة حقوقه على أملاكه إلى وصي وفقاً لقانون الأحوال الشخصية المتعّلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم وكّل عمل إدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر

([1]) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – 1985 ص331.

([2]) د. ماهر إبراهيم السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني، مكتبة سعيد رأفت للطبع والنشر، لم يشر الى تاريخ النشر ص46.

([3]) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، ص289. وكذلك: د. سامي عبد الله، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، 1987، ص30.

([4]) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص121.

([5]) ويرى الأستاذ الدكتور سعدي البرزنجي، أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب كاملة وليست ناقصة، ذلك أنه عندما يتمتع بالحقوق، فإن ذلك يرتب عليه التزامات، كما هو حال ثبوت الميراث له، فإذا كان من بين التركة عقار مشمول بالضريبة وتحققت خلال فترة الحمل، وبعد اكتساب العقار بالميراث من قبل الجنين، فإنه سوف يكون الجنين مديناً بهذه الضريبة. وهذا يعتبر مثالاً واقعياً يسوقه في هذا الصدد. وللمزيد عن ذلك: د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية حول القانون المدني العراقي، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا (الماجستير) في كلية القانون، جامعة صلاح الدين للعام الدراسي 2004 ، 2005. وقد أشار إليها: ظاهر مجيد قادر، استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأهلية والميراث، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل ، 2006 ، ص7. في حين يرى أستاذنا الدكتور عكاشة محمد عبد العال: "أن أهلية الوجوب تثبت للجنين ناقصة قبل ولادته". وللمزيد عن ذلك: د. عكاشة محمد عبد العال، ذات المرجع، ص289.

([6]) د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1 ،(لم يذكر جهة النشر)، 2006، ص173.

([7]) د. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، د. م..ن، 2007، ص421.

([8]) وبهذا لا تثير أهلية الوجوب تنازعاً بين القوانين. وللمزيد عن ذلك: محمد الأمين بن الحمد العلوي، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 1998، ص65.

باطلاً بطلاناً مطلقاً[1]. وكذلك فقد تنتقص الدولة من أهلّية الوجوب بالنسبة للأجانب الموجودين على إقليمها، ويكون ذلك عن طريق حرمانهم من التمتّع ببعض الحقوق، كحرمانهم من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية[2].

إن عدم أهلية الوجوب لا يمكن تصّوره بإحلال شخص محل شخص آخر، بخلاف عدم أهلية الأداء، إذ لا يستطيع عديم الأهلية أن يباشر التصرفات القانونية بنفسه، ولكن يجوز أن يبُاشر عنه هذه التصرفات، نائب قانوني أو قضائي. وهذا يعني، أنّ عدم أهلية الوجوب للشخص لا يجوز أن يكون كلياً أو مطلقاً، وإلا أدى إلى محو الشخصّية القانونية ذاتها، فالكائن الذي لا يجوز له اكتساب أيّ حقّ من الحقوق لا يُعّد شخصاً قانونياً، لذلك فإّن الشخصية القانونيّة تقتضي قدراً من الأهلية مهما قّل هذا القدر[3].

أما أهلية الأداء، فيقصد بها القدرة على التعبير عن الإرادة التي تتصّرف إلى كافة الأعمال القانونية التي يقوم بها الشخص، ويكون مناطها التمييز، فهي بالأساس حماية الشخص ذاته[4]، حيث تدور معه وجوداً وعدماً، فإذا كان تمييز الشخص تامّاً كانت أهليّة أدائه تامّة، وإذا كان التمييز ناقصاً كانت الأهلية ناقصة، أما إذا انعدم التمييز، فإن الأهلية تكون منعدمة معه[5].

الفرع الثاني

الأهلية الخاصة (موانع التصرف أو عدم الأهلية الخاصة)

وهي الحالات الناتجة عن النصوص القانونية التي تمنع على فئات من الأشخاص إجراء بعض التصرفات القانونية، فهي مجرد موانع خاصة تتصل بفئة أولئك الأشخاص من جهة وبتصّرفات موضوع المنع من جهة أخرى، ومثال ذلك حرمان الطبيب من قبول هبة المريض في مرض الموت، وحرمان الموصي من قبول هبة الموصي عليه. وكذلك عدم الإجازة لوكلاء البيع بشراء الأموال التي عُهد إليهم ببيعها. ومناط الأهلية الخاصّة في هذه الحالة هو صفة الشخص بمعزل عن عامل التمييز، والطابع الغالب في الحماية، هو حماية مصلحة عامّة (وظيفة، مهنة، مهمة ...) أو حماية الغير كحالة الأسرة التي تفترض اخضاع تصرفات الزوجة التي تنطوي على مخاطر إلى موافقة وإذن الزوج محافظة على مصالحها[6]. وهذا ما جعل الفقه يخرج هذا النوع من الأهليّة من نطاق قانون الجنسيّة، وقد أخضعها الفقه الراجح للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته[7].

ومن الجدير بالذكر أنّ خضوع الأهلية العامة (أهلية الأداء) لقانون واحد نابع من ثبات طبيعتها في الحالة القانونية للشخص في جميع التصرفات، لذا يكون الاختصاص حصرياً فيها لقانون الجنسّية، في حين تكون الأهليّة الخاصّة (موانع التصرف) متغيرة في الحالة القانونية للشخص بتغير طبيعة الحق المراد التمتع به، لذا يتغير القانون بشأنها حسب ذلك الحق فضلاً عن ذلك، إن الأهلية العامّة ترتبط بالشخص نفسه، فهي ثابتة بثبات حالته، في حين ترتبط الأهلية الخاصة بالتصرف فتكون متغيّرة بتغيّره، أي أنّ أهلية الأداء تتحّدد بالشخص وأهلية التمتع وموانع التصرف تتحدد بطبيعة

([1]) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص423، ص424.

([2]) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع القوانين، الكتاب الأول، الناشر سيد عبد الله وهبة، عابدين، القاهرة ، 1985، 1986، ص93.

([3]) د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني، الحق، مطبوعات جامعة الكويت،1970، ص402.

([4]) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر دار هومة، سنة 2009، ص216، ص217. وكذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص94.

([5]) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتاب، الموصل، 1981، ص294.

([6]) د. سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص426، ص427.

([7]) د. أعراب بلقاسم، ذات المرجع، ص218. وكذلك: د. هشام صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص300.

التصرف[1]، وبالتالي لا تخضع لقانون جنسية الشخص، إنما تتعدد بشأنها القوانين، وذلك حسب طبيعة الحق المراد التمتع به، فحق الشخص في الزواج من زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته، وحق الشخص في أن يوصي يدخل في الوصية وبحكمه قانون جنسية الموصي وقت الوفاة حسب المادة (1/17) مدني مصري[2].

إنّ من الجدير بالذكر أنّ اعتبار هذه المسألة من الأهلية، ثم اعتبارها من الأهلية العامّة أو الأهليّة الخاصّة، فهي في حقيقة الأمر تكييف يخضع لقانون القاضي، بمعنى أنّه يخضع للقانون المصري، أو العراقي، في حالة عرض النزاع أمام قاضي إحدى الدولتين[3].

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على الأهلية

عند البحث عن القانون الواجب التطبيق عن الأهلية تثار مشاكل كثيرة بسبب اختلاف التشريعات بين الدول وأيضا اختلاف الاديان ولاسيماً في الدول التي تعتبر فكرة الاهليّة من الأحوال الشخصية مرتبطة بالشرائع واختلاف ضوابط الاسناد بين قانون جنسية الفرد وبين موطنه.

تعتبر الحقوق والواجبات المكونة لشخصية الإنسان (أحواله الشخصّية) هي صفات يتصف بها على وجه الدوام. أمّا من حيث المبدأ، فليس من العدل أن تتغّير هذه الحقوق والواجبات باختلاف التطبيق، أو باختلاف المحكمة التي يطلب منها الحكم، وبعبارة أخرى نقول: إنّه هناك مظاهر معينة من نشاط الفرد يجب أن تكون محكومة بموجب قانون الدولة التي يكون الفرد فيها أكثر تعلّقاً بها وأكثر ثباتاً، بحيث لا يجوز أن يكون هذا النشاط محكوماً بقوانين مختلفة، ولربما قد يكون هذا الفرد موجوداً في حدودها عن طريق الصدفة المحضة أو بصورة عارضة[4]. وفي الواقع، هناك قدر كبير من التباين والاختلاف في المشكلات المثارة بخصوص أهلية الشخص، فتارة يتّم الاحتجاج بانعدام الأهلية في سبيل المنازعة في ورقة قانونية، وتارة أخرى، يجري النظر إلى انعدام الأهلية باعتباره عنصراً في الأحوال الشخصية للشخص. ومن النظر إلى المادة (3/3) من التقنين المدنّي الفرنسّي، نجد أنّ الأهلية وانعدامها تخضع إلى قانون الجنسية، باعتباره القانون الوطني الذي يحدّد مثل هذا المركز على ضوء النظر إلى الطابع العامّ أو الطابع الخاّص لانعدام الأهلية[5].

كما إنّ اختصاص القانون الشخصي (قانون الجنسية) نص عليه المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة (11) مدني بالنسبة للأشخاص فإن "أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ....". وبهذا النص وحّد المشرع المصري بين القانون الذي يحكم حالة الشخص، والقانون الذي يحكم أهليته[6]، وجعلها إحدى القواعد الأساسية في تنازع القوانين والخاصة بخضوع حالة الشخص وأهليته لقانون جنسيته.

غير أن الأهلية التي قصدها المشرع من خلال نصه عليها في المادة (11)، وأخضعها لقانون جنسية الشخص، هي أهلية الأداء العامة أي "قدرة الشخص على ممارسة الحقوق أو مباشرة التصرفات القانونية"[7].

([1]) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص224 ،ص225.

([2]) د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص412. وكذلك :

I. Fadalalah, La famille légitime en droit international privé français, Dalloz, 1977, PP. 173،174.

([3]) د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص226.

([4]) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد ، 1977، ص283 وما بعدها.

([5]) D. Gutmann, Droit International Privé, 6éme éd., Dalloz, 2009, PP.161،162.

وكذلك: د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص23.

([6]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص709.

([7]) د. عكاشة محمد عبد العال، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص291.

وبطبيعة الحال، فإنّ كثيراً من التشريعات العربيّة قد أخذت بقاعدة خضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته، منها القانون العراقي[1]، والقانون الجزائري[2]، والقانون الإماراتي[3]، كما أخذت غالبية التشريعات الأجنبية بهذه القاعدة أيضاً، منها، القانون الدولّي الخاصّ النمساويّ لعام 1979 في الموادّ (9، 12)، والقانون الدولي الخاصّ المجري في المادّة (1/10)، والقانون الدولي الخاصّ التركّي لعام 1982 في المادّة (8)، والقانون الألمانيّ في المادّة (1/7)، والإسبانّي المادّة (1/9) [4].

ويتكفل قانون جنسية الشخص بتحديد ما إذا كان هذا الشخص رشيداً أو ناقص الأهلية أو عديمها، كما يتكفل بتحديد قدرة ناقص الأهليّة على إبرام التصّرفات القانونيّة، ومنها عقود البيع والهبة والمقايضة وغيرها، فيحدد التصرفات التي لا يستطيع ناقص الأهليّة القيام بها دون الوصّي أو القيّم، وتلك التي يجوز له القيام بها بمفرده، كما يحدد الشروط الواجب توافرها لإنهاء نقص الأهلية، كما يبين من له حقّ الطعن في التصّرف بسبب نقص الأهلية، وكذلك يبين الحالات التي يجوز فيها تصحيح التصّرف وشروطه، ثم يحدّد قانون الجنسيّة وعوارض الأهلية والآثار المترّتبة عليها، وتحديد موانع الأهلية العامة كالعاهة أو الغيبة بموجب حكم قضائي[5]. وهناك دول أخرى، فضلت الأخذ بقانون الموطن على قانون الجنسية في مسائل الأهلية، منها الأرجنتين والبرازيل وجواتيمالا وأورجواي. في حين اتجهت دول نحو إشراك قانون الموطن مع قانون الجنسية في حكم مسائل الأهلية، منها الاتحاد السوفيتي (سابقاً)، وبعض دول أمريكا اللاتينية، كالمكسيك، وفنزويلا، وشيلي، وبيرو، على سبيل المثال. وهذا يعني أنها طبقت نظاماً مختلطاً، أخضعت بموجبه الوطنيين لقانون الجنسية، وأخضعت ما يتعلق بالأجانب إلى قانون الموطن[6]. وما ينتج من التزامات مالية في منازعات الاحوال الشخصية ومنها فكرة الاهلية بالإمكان فض هذه الإشكالات عن طريق التحكيم [7]. وعلى خلاف الوضع في النظم القانونية العربية واللاتينية، التي تربط الحالة والأهلية مع الفارق بينهما، وتخضعهما للقانون الشخصي، فإنّ الفقه الأنجلو أمريكي، يفرق بين الحالة والأهلية، فيرى أّن الأهلية شيء متغّير مع العمل القانوني الذي ترتبط به، فهي عنصر من عناصر التصرف القانوني، ومثال ذلك، إذا ثار النزاع حول أهلية أحد الأشخاص، فلا يجوز الرجوع إلى القانون الذي يحكم حالته، وهو قانون الموطن في النظم الأنجلو سكسونية، بل ينظر إليه من خلال التصرفات القانونية التي ينهض بها الشخص. وهذا يعني أن الأهلية لا تخضع للقانون الشخصي لمن تكون أهليته محلاً للنزاع، بل للقانون واجب التطبيق على التصرف القانوني بالنسبة للنظم الأنجلو أمريكية. ويبدو هذا الاتجاه ضعيفاً على الأقل في مجال الأسرة، باعتبار أن مسائل الأسرة تدخل في نطاق القانون الشخصي، ومثال ذلك مسائل الأهلية للزواج، وللتبني، وللإيصاء، يجري الرأي الغالب على إخضاعها للقانون الشخصي، قانون الموطن لحظة، عمل الوصية[8]. وبسبب الاختلافات بين الدول بالأخذ بضابط الجنسية

([1]) وقد أخضع المشرع العراقي الأهلية ويقصد بذلك (أهلية الأداء)، لقانون الجنسية في المادة (18) من القانون المدني العراقي والمادة (15) والمادة (424) من قانون التجارة رقم (49) لسنة 1970.

([2]) وأخضع المشرع الجزائري الأهلية ويقصد بذلك (أهلية الأداء)، لقانون الجنسية في المادة (10) من القانون المدني الجزائري.

([3]) وتخضع أهلية الأداء وفقاً لنص المادة (11) من تقنين المعاملات المدنية الإماراتي لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

([4]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، مرجع سابق، ص536.

([5]) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين، مرجع سابق، ص214.

([6]) د. عكاشة محمد عبد العال، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،مرجع سابق، ص294،ص295.

([7]) د. حاتم غائب سعيد التحكيم كحل بديل للمنازعات التجارية، مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية ، المجلد رقم (1) العدد رقم (2) لسنة 2018 ، ص 63.

([8]) وتعد أهلية الزواج من الشروط الموضوعية للزواج، وتخضع للقانون الذي يحكم تلك الشروط، وهو قانون موطن الزوجية، والأهلية للإرث، فإنها تخضع لقانون موطن المتوفي بالنسبة للأموال المنقولة. وللمزيد عن ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص712 وما بعدها.

او ضابط الموطن واختلاف التكيفات بين الدول حول فكرة الاهلية وارتباط اغلب منازعات الاحوال الشخصية بالنظام العام قد نرى انها ممكن ان تصطم بالنظام العام مما يتسبب باستبعادها وهذا ما ستناوله في المبحث الثاني

المبحث الثاني

استبعاد القانون واجب التطبيق على الأهلية ونطاقه

الدفع بالنظام العام هو ما قد يواجه القانون التي اشارت اليه قاعدة الاسناد عندما يصطدم بالأسس العليا لدولة القاضي المراد تطبيق القانون فيه، ولكن ما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟ سيتم الاجابة على هذه الاسئلة بالتفصيل التالي:

المطلب الاول

الدفع بالنظام العام

قد يصطدم قانون الجنّسية الذي تتحدد به أهلية الأداء بالأسس التي يقوم عليها النظام القانونّي الوطنّي، ممّا يقتضي استبعاد تطبيق هذا القانون إعمالاً لفكرة النظام العام. ومثال ذلك، انعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب عنصرية، أي بسبب الجنس أو الدين أو اللون، كما كان الحال في ظل النظام النازي في ألمانيا[1]، أو إذا كان نقص الأهلية لأسباب سياسية. ففي هذه الحالات يستبعد قانون الجنسية الواجب التطبيق، ويعتبر الشخص أهلاً بخلاف ما يقضيه قانون جنسيته[2]. كما إن عدم الأهلية العامة للوجوب، يعد مخالفة للنظام العام، فهي تعادل، في حقيقتها، الموت المدني، وإنّ مثل هذه الحالة تتنافر مع الأفكار والمبادئ الأساسية للنظم القانونية المختلفة، والتي تعمل على ضمان الشخصية القانونية وحمايتها لجميع الأفراد[3]. وتلتحق بالنظام العامّ، الآداب العامّة، وقوامها هو الرأي العامّ، وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية ترتبط بالدين والعرف والتقاليد في مجتمع معين، وفي زمن معين. فالآداب العامة تمثل الحّد الأدنى من القواعد الخلقية التي استقرت في ضمير الجماعة، وأصبحت ملزمة طبقاً لما يقضي به الشعور العام للجماعة. وهذا يعني، أنّ معيار النظام العام هو حماية المصالح العليا للمجتمع، في حين أنّ معيار الآداب هو الضمير الأخلاقي[4].

وفي حالة أخرى، يستبعد قانون الجنسية إذا كان قد تم التوصل إليه عن طريق الغش بتغيير ضابط الإسناد، ومثال ذلك تغيير الشخص لجنسيته بقصد الهروب من قانون جنسيته الذي يعتبره غير أهل لمباشرة التصّرف، بينما يعتبر دخوله في جنسية جديدة كامل الأهلية

المطلب الثاني

نطاق القانون واجب التطبيق على الأهلية

إنّ الثابت قانوناً هو أنّ الأهلية المدنية للشخص نوعان، الأولى تتمثل بأهلية الوجوب أو التمتّع، والثانية أهلية الأداء أو الممارسة، مثلما سبق ذكرها[5].

وإذا كان القانون الشخصي هو الذي يحكم الأهلية، فهل هذا القانون الشخصي يحكم الأهلية بكافة أنواعها، أم لا له مجالاً خاصاً في الأهلية يحكمه؟

([1]) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص334.

([2]) د. فؤادعبد المنعم رياض، د. سامية راشد، ذات المرجع، ص335.

([3]) د. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع القوانين في مسائل الأهلية، مرجع سابق، ص72 ، ص73.

([4]) فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكملة للعقد كمصدر للإلزام، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1978، ص276، ص277.

([5]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، (لم يذكر سنة النشر)، ص716.

للإجابة على هذا التساؤل يتوجب علينا أن نبين نوعين من المسائل التي تتصّل بهذا الموضوع وهما: المسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية، والمسائل التي تدخل في مضمونها، وذلك في النقطتين التاليتين:

اولاً: المسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية

يقصد بالمسائل التي تخرج عن مضمون فكرة الأهلية، أنّها الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في خضوع الأهلية إلى القانون الشخصي، ومن هذه المسائل:

1- أهلية الوجوب

أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والقيان بالواجبات أو الالتزامات وهذه تثبت للشخص منذ ميلاده، وهي من مظاهر الشخصية القانونية، والتي تخضع كمبدأ عام للقانون الإقليمي، إذ تنتقص الدولة من أهلية الوجوب بالنسبة للأجانب المتواجدين على إقليمها، ويكون ذلك عن طريق حرمانهم من التمتّع ببعض الحقوق[1]. فأهلية الوجوب يفهم منها انّها لا تخضع لقانون واحد، وإنما يسري في شأنها القانون المختص الذي يختلف بحسب الفكرة المسندة التي يلحق بها الحق المراد معرفة مدى تمتّع الشخص به من عدمه. فحّق الشخص في أن يرث يخضع لقانون جنسيّة المورث، وذلك حسب المادة (17) في القانون المدني المصري، وحق الزوج في الزواج من زوجة أخرى يخضع لقانون جنسيته (م12) [2].وبهذا تخرج أهلية الوجوب عن مجال قانون الجنسية المنصوص عليها في المادة (11) من القانون المدني المصري، وتخضع للقانون الذي يحكم نظام الميراث أو الزواج أو الوصية[3]. وإن هذا الاتّجاه السائد في غالبية القوانين، ليس محل إجماع جميع القوانين، ولان هناك بعض التشريعات تنّص صراحة على إخضاع أهلية الوجوب بجانب أهلية الأداء إلى القانون الشخصي، كما نصت الفقرة (1) من المادة (7) من القانون الدولي الخاّص الألماني على أنّ "أهلية وجوب الشخص وأهلية أدائه تخضعان لقانون الدولة التي ينتمي إليها". وكذلك نصّت الفقرة (1) من المادة (10) من القانون الدولّي الخاصّ المجرّي على أنه "تخضع أهلية وجوب وأداء الشخص لقانونه الشخصي"[4].

2- عدم الأهلية الخاصّة (موانع التصّرف)

إن هذه المسألة تتعلق بأشخاص معيّنين يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية، بالرغم من أنهم راشدون. ويلاحظ أنّ مناط المنع في تلك الحالات ليس حماية الشخص نفسه، وإنّما الغرض منه هو حماية شخص آخر غيره. لذلك فإن مناطها ليس التمييز وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير أو مصلحة اجتماعية[5]. كما إنّ الأمر لا يتعلّق بنوع أهلية الأداء الخاصّة أو المقيدة، بل بنوع أهلية الوجوب الخاصّة أو المقيدة، وذلك بالنظر إلى طبيعة المصلحة

([1]) وتتمتع كل دولة بحرية تامة في تنظيم تمتع الأجانب بالحقوق في إقليمها، ومثال ذلك، إذا كان النزاع يتعلق بمعرفة مدى حق الأجنبي في تملك الأراضي الزراعية في مصر، فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام القانون المصري. ولما كان القانون رقم (15) لسنة 1963 يحظر على الأجانب تملك الأراضي الزراعية في مصر، فإنه يتعين الرجوع إلى القانون المصري وحده ولا محل للرجوع لقانون جنسية الأجنبي. للمزيد عن ذلك، : د. أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، (دون أن يذكر سنة النشر)، ص66، ص67.

([2]) إن أهلية الوجوب ومدى صلاحية الشخص للتمتع بحق معين يتحدد من خلال قانونين يطبقان على سبيل التعاقب: أولهما قانون القاضي ليحدد ما إذا كان للشخص أن يتمتع بالحق موضوع النزاع أم لا، ثم الرجوع إلى القانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يلتحق بها الحق موضوع النزاع والمنصوص عليها في قانون القاضي، أي يحكمها القانون الذي تحدد قاعدة الإسناد المختصة، فيما يتعلق بتمتع الأجنبي بهذا الحق من عدمه. وللمزيد عن ذلك،: د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص292.

([3]) د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص292.

([4]) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 ، ص395.

([5]) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص217، ص218. وكذلك، في نفس المعنى، د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص212.

المطلوب حمايتها. وبهذا التكييف تخرج هذه الأهلية من نطاق القانون الشخصّي، ومن نطاق أعمال المادّة (11) مدني مصري، وبالتالي فإنّها تخضع للقانون الذي يحكم التصّرف القانونّي، أي القانون الذي يطبق على مسائل الإرث والوصية، أو عقد لرهنه[1]. ومثال على ذلك، منع عمال القضاء من شراء الحّق المتنازع عليه في إطار دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فيها، وذلك لكفالة حسن أداء العدالة، وغل يد المفلس عن التصرف في أمواله، لتحقيق مصلحة أشخاص آخرين غير عديمي الأهلية كالدائنين على سبيل المثال[2]. وكذلك، إنّ الأهليّة المنصوص عليها في المادة (18) من القانون المدني العراقيّ وفي النصوص الأخرى تنصرف إلى أهلية الأداء فقط، والتي أخضعها القانون العراقي لقانون الجنسية[3].ونتيجة لذلك، فإنّ هذه الموانع لا يحكمها قانون واحد، بل يحكمها القانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج تحتها التصّرف الممنوع القيام به. فمنع المريض في مرض موته من أن يوصي لطبيبه الذي يعالجه، يحكمه قانون جنسية المورث وقت موته، باعتباره القانون الذي يحكم الميراث[4].وعليه فإنّ القانون الأجنبي الذي يجرد الشخص من أهليته العامة في اكتساب الحقوق يُعدّ مخالفاً للنظام العام، ويستبعد ليحل محله القانون الوطني[5].

ويتضح مما تقدم، أن انعدام الأهلية الخاصة، تمس الشخص فقط حال القيام بتصرف خاص وهذا هو الحال، بالنسبة لحالات انعدام أهلية الأداء، أو التلقّي بخصوص بعض التصرفات القانونية. ولعّل هذه الحالات لانعدام الأهلية تكتسي بالطابع الاستثنائي المحددّ من طبيعة التصرف القانوني موضوع الخصومة[6].وبالإضافة إلى ذلك، فأنّ هناك أنواعاً أخرى للأهلية يحكمها القانون الشخصي منها:

أهلية المساءلة عن الفعل الضارّ، وهي تخضع للقانون الذي يحكم الفعل الضار، أي قانون محّل وقوع الفعل[7]. وكذلك الحال أهلية المساءلة الجنائية، ذلك أن مثل هذه الأهلية لا تدخل ضمن نطاق تنازع القوانين أصلاً، لأنها جزء من القانون الجنائي، ولا يسمح المشرع عادة بتطبيق القوانين الأجنبية على الوقائع التي تندرج تحت هذا القانون، لكونه جزءاً من القانون العام في أية دولة، وهو يتعّلق بسيادة الدولة ومصالحها[8]. **ولكن ماذا عن الأهلية التجارية؟**

إن أهلية ممارسة الأعمال التجارية، تشترط أن يكون للشخص، الطبيعي أو الاعتباري، صفة التاجر، أي الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً، وهذا النوع من الأهليّة يتصّل بتنظيم النشاط المهنّي[9].

وهذا يعني أنّ أهليّة مزاولة الأعمال التجارية تخضع لقانون الدولة المراد مزاولة تلك الأعمال فيها لا لقانون جنسّية الشخص القائم بتلك الأعمال، فالمشرّع العراقي على سبيل المثال، يعد من بلغ ثماني عشرة سنة أهلاً لمزاولة التجارة وإن كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعده ناقص الأهلية[1].

([1]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص721.

([2]) د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص279. وكذلك:

P. Gelan, la capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Dalloz, Paris, 1975, PP. 152،184.

([3]) إن المشرع العراقي أخضع الأهلية لقانون الجنسية في المادة الخامسة عشرة والمادة الرابعة والعشرين بعد الأربعمائة من قانون التجارة رقم (49) لسنة 1970. وللمزيد عن ذلك،: د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص92، ص93.

([4]) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص293.

([5]) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص123.

([6]) D. Gutmann, Droit International Privé, op.cit., P.142.

([7]) د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص362. وكذلك: د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص212.

([8]) د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، مرجع سابق ، ص95.

([9]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص722.

أما اتجاه المشرّع المصريّ، فقد عدَّ كّل من بلغ سنه إحدى وعشرين سنة كاملة، أهلاً لمزاولة التجارة في مصر مصرياً كان أو أجنبياً، وعلى ذلك لا يجوز للأجنبي الذي بلغ (21 سنة) أن يحتج بنقص أهليته التجارية استناداً إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها هذا الأخير بجنسيته، والذي يعده ، أي القانون – قاصراً في هذا السّن[2]وهذا يعني أنّ قانون الجنسية سيتعطل عن العمل في حكم الأهليّة التجاريّة، ويكون الاختصاص التشريعي للقانون الإقليمي، هو القانون المصري، باعتبار أنّ أهليّة مزاولة التجارة في مصر تعتبر من التنظيم الموضوعّي، الذي يعطي حّلاً مباشراً للنزاع، وذلك احتراماً للقواعد ذات التطبيق الضروري التي يفرضها القانون المصري في هذه المسألة[3]. إنّ ما قرّره المشّرع المصري في نص المادة (1/11)، هو ليس قاعدة من قواعد التنازع، وإنمّا هي قاعدة موضوعية، تفيد كّل من بلغ (21 عاماً)، مصرياً كان أو أجنبياً، يكون أهلاً لمزاولة التجارة في مصر. وبهذا ساوى المشرّع المصري في مسألة الأهلية التجارية بين المصري والأجنبّي، في ممارسة النشاط التجاري في مصر، لأنّه يخضع للقانون المصري. وهذا الحل يضمن به المشرع احترام القواعد ذات التطبيق الضروري التي يفرضها القانون المصري في هذا المجال[4].

وأما من بلغ سنه ثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنّه قاصر، فلا يجوز له مزاولة التجارة إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة، وذلك إعمالاً لنص المادة (4) من القانون التجاري المصري الذي نص على أن "يسوغ من بلغت سنه ثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنه قاصر فلا يجوز له أن يتجر إلا بحسب الشروط المقررة فيه، وأما إذا كان القانون المذكور يقضي برشده فلا يتجر إلا بإذن المحكمة الابتدائية". ويتّضح من هذا النص ونص المادّة (1/11) مدنّي، أنّ المشّرع فرق بين ثلاثة طوائف من الأشخاص بحسب السن سواء أكانوا وطنيين أو أجانب:

الطائفة الأولى:

تتعلق بالأشخاص الذين بلغوا سن الحادية والعشرين سواء كانوا مصريين أو أجانب، فهؤلاء يجوز لهم مزاولة التجارة[5]. فالعلّة هي خضوع الأهلية التجارية لقانون الدولة التي تُمارّس فيها الأعمال التجارية لا لقانون الجنسية، لكونها نصوصاً إقليمية منظمة لتلك الأعمال وبالتالي تسري أحكامها على كل من يمارس هذه الأعمال سواء كان وطنيّاً أو أجنبياً. وهذا يعني أنهّا تعد من النظام العام الذي لا يسمح باستبدالها بأحكام قوانين أجنبية وإن تعلقت بالأهلية[6].

الطائفة الثانية:

([1]) المادة (1/10) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 الملغي، علماً أن قانون التجارة لعام 1984 النافذ لا يشير إلى هذا الحكم ولكن يمكن ان نستنتج حسب القواعد العامة الأخذ به طالما أنه يهدف لحماية أطراف المعاملة واستقرارها وتحقيق الثقة والاطمئنان وسرعة التداول التي هي مقومات العلاقات التجارية.

([2]) د. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار النهضة العربية، 1997، ص413.

([3]) نص المادة (1/11) من قانون التجارة الجديد رقم (17) لسنة 1999. وكذلك للمزيد عن ذلك، : د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، ص266، ص267.

([4]) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص295.

([5]) د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة ، 2013، ص493.

([6]) المادة (3/48) من قانون التجارة العراقي لعام 1984 وتقابلها المادة (2/13) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966. وللمزيد عن ذلك: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص132.

تتعلق بالأشخاص الذين لم يبلغوا ثماني عشرة سنة، فهؤلاء لا يجوز لهم على وجه الإطلاق الاشتغال بالتجارة، فهم قاصرون وفقاً للقانون المصري (المادة 2/44) مدني. ويحرم الأجنبي من ممارسة التجارة حتى لو كان قانونه الوطني يجيز له ذلك ولو بشروط[1].

الطائفة الثالثة:

تتعلق بالأشخاص الذين يتراوح أعمارهم ما بين ثماني عشرة والحادية والعشرين سنة من العمر، فهنا نفرق بين المصري والأجنبي، فلا يجوز للمصري الذي بلغ الثامنة عشر من عمره أن يمارس التجارة إلا بإذن من المحكمة المختصة طبقاً لقواعد قانون المرافعات[2].

أمّا بالنسبة للأجنبي فيجب الرجوع إلى قانون جنسيته لتحديد سن الرشد، فإذا كان قانونه الوطني يعتبره بالغاً سنّ الرشد، فإنه لا يستطيع مباشرة التجارة في مصر إلاّ بعد الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية. أمّا إذا كان قانون جنسية الأجنبي يتطلب مثلاً الحصول على إذن من له الولاية أو الوصاية (مجلس العائلة)، فيتعين استيفاء هذا الشرط لممارسة النشاط التجاري في مصر[3]. أما بخصوص الأهلية التجارية للمرأة المتزوجة، فقد نصت المادة (1/14) من قانون التجارة المصري الجديد على أن: "ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها". وهذا النصّ ينظم أهليّة المرأة المتزوجة لممارسة التجارة. أمّا غير المتزوجة فإنّها تخضع لحكم المادة (1/11) مدني مصري.

ومن الجدير بالذكر، أنّ بعض التشريعات تحد من أهلية المرأة المتزوجة في الإتجار على موافقة الزوج. والبعض الآخر من التشريعات يعطيها الحقّ في ممارسة التجارة دون إذن زوجها[4]. وبناءً على ذلك، فإنه يتعين على القاضي المصري الرجوع إلى قانون جنسية المرأة الأجنبية المتزوجة لتحديد مزاولتها للنشاط التجاري في مصر، إذا ما كان يتطلب منها الحصول على إذن زوجها من عدمه. وقد يثور التساؤل، عما إذا كان قانون جنسية المرأة يتطلب الحصول على إذن زوجها لمباشرة نشاطها التجاري ويرفض زوجها إعطاءها الإذن، فهل تتقيّد المرأة بهذا الرفض؟[5]

وللإجابة عن ذلك، فقد نص القانون رقم (126) لسنة 1951 في المادة (894) ونصّهُ : "إذا كان القانون واجب التطبيق يقضي بأن تحصل المرأة المتزوجة على إذن زوجها لمباشرة حقوقها ورفض الزوج ذلك الإذن، فللزوجة بعد إنذار الزوج بأربع وعشرين ساعة أن تطلب الإذن بذلك من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج، ويفصل في هذا الطلب على وجه السرعة بقرار غير قابل للطعن". وكذلك فقد تضمّنت المادة (5) من القانون التجاري المصري، قاعدة إسناد تحدّد القانون الواجب التطبيق على أهلية المرأة لمزاولة التجارة في مصر، مستهدفاً من ذلك احترام إرادة المرأة ومعاملتها طبقاً لأحكام قانون جنسيتها، وليس وفقاً لأحكام قانون جنسية زوجها. وبذلك لا يستطيع الزوج أن ينقص من أهليتها للتجارة وتظلّ خاضعة في ذلك لقانونها الشخصي[6]. ويؤسس على ذلك، أنّ هذه النصوص المنظمّة في القانون المصري أو العراقي، تُعدّ من النظام العام، الذي لا يسمح باستبدالها بأحكام القوانين الأجنبية، وإن تعلقت بالأهلية، ومثال على ذلك، إخضاع أهلية الملتزم بموجب الحوالة لقانون البلد الذي صدرت فيه، إذا كان ذلك القانون يعده كامل الأهلية

([1]) في هذا المعنى: د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 2006 ، ص564.

([2]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص723، ص724.

([3]) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص342، ص343.

([4]) د. عكاشة محمد عبد العال، الوجيز في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص296. وفي القانون المصري يلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا تحد من أهلية المرأة المتزوجة لمباشرة التجارة، رغم تباين التشريعات الأجنبية بهذا الصدد. وللمزيد عن ذلك، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص565.

([5]) د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ص306.

([6]) د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص494، ص495.

ومن ثم يكون التزامه صحيحاً بموجبها وإن عدّه قانونه الوطنّي ناقص الأهلية[1]. ويفرق بعض الفقهاء الفرنسيّن بين الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللّازمة ليمارس الشخص التجارة. فالأهلية الأولى يحكمها قانون جنسية الشخص، على أساس أنّ الغاية منها هو حماية الشخص نفسه أكثر من حماية الغير، أما الأهلية الثانية فتكون محكومة بقانون موطن الشخص، لأنّ الغاية منها حماية الغير وتأمين استقرار المعاملات[2].

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع أهلية الأفراد على مستوى العلاقات الخاصّة الدولية توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها على الشكل التالي:

الاستنتاجات

1- كشفت الدراسة عن أنّ موضوع النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية يُعدّ من أخصب الموضوعات في ميدان تنازع القوانين، وذلك لأنّ الفكرة التي يقوم عليها النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى زمان آخر، نظراً لارتباط هذه القوانين (الأحوال الشخصية) بالأديان، وتأثيرها على الفكرة الوطنية للنظام العام وبهذا تعتبر الأحوال الشخصية موضوعاً تتسّع فيه الخلاف وأن ا بين قوانين الدول بحسب تأثّرها بالدين السائد فيها، والفكرة الاجتماعية التي يقوم عليها مفهوم الأحوال الشخصية، حيث تختلف من المجتمع العربي والإسلامي إلى المجتمع الغربي، كما تختلف فيه من حيث تأثرتلك القوانين بالشريعة الإسلامية أو بشريعة الكن يسة، وهذه موضوعات تحتاج إلى دراسات متعمقة وقائمة في مسائل الأحوال الشخصية.

2-توصلت الدراسة إلى أن قانون الأسرة، يعتبر في علاقاته بالنظام العام بمثابة حجر الزاوية في تعارض القوانين العربية والإسلامية والقوانين الأجنبية، وذلك لأن الثقافة القانونية تُبينّ حقيقة المكان الذي يشغله النظام العام، إذ يتمتّع بالأسبقية في هذا المجال، على اعتبار أنه يتدخل بقوة في هذه النظم الخاصّة بالأحوال الشخصّية.

3- أماّ فيما يتعلق بالأهلية، فأن المشّرع العراقي ساير الاتّجاه السائد في قوانين الدول العربية، كالقانون المصري والسوري والأردني، وذلك بإسناد الأهلية إلى قانون الجنسية، إلاّ أنه أختلف عنها في عدم تطّرقه إلى الحالة المدنيّة للأشخاص الذين نصت عليهم القوانين المذكورة في نصّ قانونّي واحد مع الأهلية للصلة الوثيقة التي تربط بينهما.

4- يُعدّ النظام العام أمراً لا غنى عنه لحماية النظام القانوني لدولة القاضي، فهو بمثابة صمّام الأمان، يلازم الوسيلة الفنية الرئيسيّة لفضّ تنازع القوانين

5-خضوع الأهلية العامة (أهلية الأداء) لقانون واحد نابع من ثبات طبيعتها في الحالة القانونية للشخص في جميع التصّرفات، لذا يكون الاختصاص حصرياً فيها لقانون الجنسية، في حين تكون الأهليّة الخاصّة (موانع التصرف) متغيرة في الحالة القانونية للشخص بتغير طبيعة الحّق المراد التمتّع به، لذا يتغيرالقانون بشأنها حسب ذلك الحّق فضلاً عن ذلك،

([1]) المادة (3/48) من قانون التجارة العراقي لعام 1984 النافذ، وتقابلها المادة (2/13) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966. وللمزيد عن ذلك، : د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص132

([2]) إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى، أن الأهلية اللازمة لكي يكون الشخص تاجراً، حالة لا تتعلق بالأهلية، بل هي حالة أو صفة تخضع لقانون الدولة التي يريد الشخص أن يكتسب فيها صفة التاجر. وإذا ما اكتسبت هذه الصفة، خضعت أهلية ممارسته للعمل التجاري للمكان الذي يوجد فيه المشروع التجاري. وهذه المسألة قد تم مناقشتها من قبل اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص في دورة انعقادها سنة 1935، حيث اقترحت إضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التجارة الفرنسي، تقضي بإخضاع أهلية التاجر فرنسياً كان أو أجنبياً لقانون البلد الذي يتخذ فيه مقر نشاطه التجاري، كما أوضحت هذه اللجنة أن الغرض من استبعاد القانون الشخصي المختص بحكم الأهلية العامة، هو توفير الحماية للغير في ميدان التجارة وتأمين سلامة المعاملات في هذا الميدان. وقد بينت أن الأهلية المقصودة، هي الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللازمة ليمارس الشخص التجارة، وبهذا عللت ذلك بالقول، أن هذه الأهلية تتعلق بالنشاط المهني الذي يقع ضمن نطاق قوانين الأمن المدني. وللمزيد عن ذلك، : د. عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، ص229 ، ص230.

إنّ الأهلية العامّة ترتبط بالشخص نفسه، فهي ثابتة بثبات حالته، في حين ترتبط الأهلية الخاصة بالتصرف فتكون متغيرة بتغيره، أي إنّ أهلية الأداء تتحدّد بالشخص وأهلية التمتّع وموانع التصرّف تتحدد بطبيعة التصّرف.

التوصيات

1- على القاضي الوطني وهو ينظر في نزاع دولي أن لا يتوسّع باستخدام النظام العام الأ فيها هو ضروريّ لحماية الأسس التي ترتكز عليها الدولة وحمايتها من اجل احترام الحقوق المكتسبة والتعايش المشترك بين الدول وهذا هو هدف الدولي الخاص.

2-فيما يتعلق بالأهلية، ونظراً للصلة الوثيقة التي تربط الحالة المدنية للأشخاص بأهليتهم، باعتبار الأخيرة تحدد بحسب الحالة، فأن الباحث يقترح على المشرّع العراقيّ استحداث فقرة في نّص المادة (18) من القانون المدني تقضي بإخضاع الحالة إلى قانون الجنسية للاعتبارات التي بيّناها في البحث، وأن يكون النصّ المستحدّث، في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، صياغتها على الوجه الآتي: الحالة المدنية للأشخاص يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

3- حماية المتعاقد الوطني من الاجنبي ناقص الأهلية إذ كلهاّ كان المتعاقد الوطني حسن النيّة فإنّهُ يجهل نقص أهلية الطرف الآخر عن طريق المصلحة الوطنيّة.

4-أما فيما يخصّ الأهلية اللازمة ليكون الشخص تاجراً والأهلية اللازمة ليمارس الشخص التجارة. فأنّ الأهلية الأولى يحكمها قانون جنسية الشخص، على أساس أنّ الغاية منها هو حماية الشخص نفسه أكثر من حماية الغير، أمّا الأهلية الثانية فتكون محكومة بقانون موطن الشخص، لأنّ الغاية منها حماية الغير وتأمين استقرار المعاملات.

5-إنّ انعدام الأهلية الخاصّة، تمّس الشخص فقط حال القيام بتصّرف خاصّ وهذا هو الحال بالنسبة لحالات انعدام أهلية الأداء، أو التلقي بخصوص بعض التصّرفات القانونية. ولعل هذه الحالات في انعدام الأهلية تكتسي بالطابع الاستثنائي المحدّد من طبيعة التصّرف القانونيّ في موضوع الخصومة.

المصادر

المصادر العربية

***القرآن الكريم**

اولاً: المعاجم

1- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، "**مختار الصحاح**"، دار الرسالة، الكويت، 1982.

ثانياً: الكتب

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، ""**القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**"، الكتاب الأول – الناشر سيد عبد الله وهبة –عابدين – القاهرة – 1985 – 1986.

2- إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، "**المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص**" 2007 .

3- أبوالعلا النمر، ""**المختصر في تنازع القوانين**"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،.

4- أحمد عبد الكريم سلامة ،"**الأصول في التنازع الدولي للقوانين**" دار النهضة العربية – 2008

5- أحمد عبد الحميد عشوش، ""**تنازع القوانين في مسائل الأهلية**"، مطابع جريدة السفير، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، "**الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي**". دراسة مقارنة – النشر والمطابع –جامعة الملك سعود – الرياض – (لم يذكر سنة النشر).

7- أحمد عبد الكريم سلامة، "**علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع (أصولاً ومنهجاً)**"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، (لم يذكر سنة النشر).

8- أعراب بلقاسم، "**القانون الدولي الخاص الجزائري**" ، القانون الدولي الخاص، الجزائر دار هومة ،سنة 2009 .

9- حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، "**القانون الدولي الخاص**"، القسم الثاني، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ط 1 ، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، 1982

10- حسن محمد الهداوي، "**الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي**" .

11- حفيظة السيد الحداد، "**القانون الدولي الخاص**"، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

12- سامي بديع منصور، د. نصري أنطوان دياب، د. عبده جميل غصوب، "**القانون الدولي الخاص، القانون الدولي الخاص**"، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1 ، ط1 ـ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، 2009 .

13- سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، "**القانون الدولي الخاص**" ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ط3، 2009.

14- سامي بديع منصور، د. عكاشة محمد عبد العال، ""**القانون الدولي الخاص**"، الدار الجامعية الجديدة، بيروت، 1995

16-سامي عبد الله، "**الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية**"، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت ، 1987

17- سعدي اسماعيل البرزنجي، "**ملاحظات نقدية حول القانون المدني العراقي**"، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا (الماجستير) في كلية القانون، جامعة صلاح الدين للعام الدراسي 2004 ، 2005.

18- صلاح الدين جمال الدين، "**تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**"، ط1، (لم يذكر جهة النشر)، 2006

19- عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، "**المدخل لدراسة القانون**"، دار الكتاب، الموصل ، 1981

20- عبد الحي الحجازي، "**المدخل لدراسة العلوم القانونية**"، الجزء الثاني، الحق، مطبوعات جامعة الكويت ،1970.

21- عزالدين عبدالله، "**القانون الدولي الخاص**"، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986

22- عصام الدين القصبي، "**الوجيز في القانون الدولي الخاص**"، الكتاب الأول، في اختصاص القانون الدولي، دار نصر للطباعة الحديثة ، 2010 .

23- عكاشة محمد عبد العال، "**الوجيز في تنازع القوانين**".

24- عكاشة محمد عبد العال، "***محاضرات في القانون الدولي الخاص***" ، تنازع القوانين

25- عوض الله شيبة الحمد السيد، "**الوجيز في القانون الدولي الخاص، (الجنسية ، مركز الأجانب ، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)**"، دار النهضة العربية، 1997.

26- غالب علي الداودي، "**القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام *الأجنبية***".

27- فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، "**الوسيط في القانون الدولي الخاص**"، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

28- ماهر إبراهيم السداوي، "**تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن والقانون اليمني**"، مكتبة سعيد رأفت للطبع والنشر، لم يشر الى تاريخ النشر.

29- مجد الدين خربوط، "**القانون الدولي الخاص ،، تنازع القوانين**"، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق ، 2008

30- محمد السيد عرفة، "**القانون الدولي الخاص**"، دار الفكر والقانون ، المنصورة.

31- محمد كمال فهمي، "**أصول القانون الدولي الخاص ،، الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب ، مادة التنازع**" ، الطبعة الثانية، 1983، توزيع مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية.

32- محمد وليد المصري، "**الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي**"، دار الثقافة للنشر التوزيع ، عمان ، ط1 ، 2009.

33- ممدوح عبد الكريم حافظ، "**القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن**" ، ط2 ، دار الحرية للطباعة، بغداد ، 1977

34- هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، "**التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية**".

ثالثاً: الاطاريح والرسائل

1- ظاهر مجيد قادر، "**استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأهلية والميراث**"، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل

2- فتحي عبد الرحيم عبد الله، "**العناصر المكملة للعقد كمصدر للإلتزام**"، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1978

3-محمد الأمين بن الحمد العلوي، ""**تنازع القوانين في مسائل الأهلية**"، **دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص**"، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل ، 1998

رابعاً: المجلات والدوريات

1-حاتم غائب سعيد, "**التحكيم كحل بديل للمنازعات التجارية**"، بحث منشور في (مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية)

2-جمال محمود الكردي، "**محاضرات في القانون الدولي الخاص القيت على طلبة الليسانس كلية الحقوق جامعة طنطا**" 2002.

خامساً: القوانين

1- الدستور العراقي الحالي 2005.

2- قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979

3- قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسن 1959

4- قانون الاحوال المدنية رقم 65 لسنة 1972.

5- قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999

6- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966

7- قانون التجارة العراقي لعام 1984

8- قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006

9- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969

10- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

11- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969

12- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) 1985

سادساً: المراجع الاجنبية

1- Fadalalah," ***La famille légitime en droit international privé français***", Dalloz,
Gelan, la capacité de la personne en droit international privé français et anglais, Dalloz, Paris, 1975
2- Gutmann," ***Droit International Privé***", 6éme éd., Dalloz, 2009

سابعاً: المواقع الالكترونية

1- http://www.mohamoon-2_ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=4&PFIID=287&PPFIID=4511
3_http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/41/6.pdf
4_http://www.ascasociety.org/UploadFiles/2017/IACPA_Regulations/Jordan/ %201966.pdf
5_http://www.ascasociety.org/UploadFiles/2017/IACPA_Regulations/Jordan/