المبحث الاول
تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته

أختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب حداثة نشأة هذا الفرع من القانون وتنوع موضوعاته ومصادره .ويسود هذا الاتجاه في إيطاليا والمانيا .

وعلى هذا الاساس يعرف القانون الدولي الخاص (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي)

وفي الدول ألانجلوسكسونيه لا يقتصر تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه على تنازع القوانين فقط ، بل يشمل تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

وهناك اتجاه آخر يصور القانون الدولي الخاص بشكل أوسع بحيث يشمل

إضافة الى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسي والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الاحكام الاجنبية أيضا. ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الاخرى التي تحذو حذوها في التشريع ، مثل الاردن والعراق ومصر وسوريا ولبنان .

وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ، وتحدد الموطن والجنسية والمركز القانوني للاجانب وكيفية تنفيذ الحكم القضائي الاجنبي.

وعلم القانون الدولي الخاص ليس بقديم ، بل هو حديث النشأه ، فالعالم القديم لم يكن يعرفه ، لان كل دولة كانت لها قوانينها الخاصه التي لا تقبل المزاحمة ، وكانت الدول تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة وتطبيق قوانينها على جميع المنازعات والاشخاص في إقليمها من جهة ، ولا تعترف بمركز قانوني للاجانب فيها من جهة أخرى. وكان هذا المبدأ سائدا عند اليونان والرومان والدول الاقطاعية في اوروبا وفي الصين قديما.

وظل الوضع هكذا حتى نشأت الدول الحديثة في اوروبا وأقرت كل واحدة منها قانونا خاصا بها يختلف عن قوانين الدول الاخرى وأخذت المحاكم تطبق قوانينها الوطنية دون الالتفاف الى قانون جنسية المتقاضين أو محل إجراء العقد أو غير ذلك من الظروف ، ولكن المحاكم لم تثاير على هذا الوضع عندما رأت انه غير عملي ، فبدأت في أيطاليا وفرنسا تطبق في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي ليس فقط قانون القاضي ، بل ايضا القانون الشخصي وغيره من القوانين .

الى أن استعمل لاول مرة أصطلاح القانون الدولي الخاص عام 1834 م من قبل رجال الفقه في هولندا ، وبرزت فكرة الجنسية بتبلور فكرة الدولة المستقلة ذات السيادة بعد قيام الثورة الفرنسية وأرتباط علاقة الفرد بها.

المبحث الثاني
موضوعات القانون الدولي الخاص

(تنازع القوانين) حيث يتم فيه تحديد القنون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي من بين القوانين المتنازعة للدول المختلفة على حكمه عن طريق قواعد قانونية موجودة في قانون القاضي تسمى " قواعد التنازع" او " قواعد الاسناد".

- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- الجنسية.
- الموطن.

فتوزع الافراد جغرافيا في العالم لا يتم بظرف الجنسية فقط بل بظرف الموطن ايضا . لان الفرد قد يرتبط روحيا وسياسيا بدولة معينة ويستقر ويعمل في دولة أخرى ، فتكون له جنسية الدولة الاولى وموطن في الدولة الثانية يجعله مركزا لصلاته العائلية وأعماله المعتادة بنية البقاء والاستقرار وينتج من ذلك الفرق بين المركز القانوني للمتوطن وغير المتوطن واختلافهما من ناحية مدى ما يتمتعان به من حقوق وما يتحملان به من واجبات عامة في الدولة.

- المركز القانوني للاجانب.

ونخلص من كل ما تقدم أن دراسة القانون الدولي الخاص تشمل الموضوعات التالية :

تنازع القوانين.

تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

الجنسية.

الموطن.

المركز القانوني للاجانب.

تنفيذ الحكام الاجنبية.

وقد يبدو لاول وهلة لأنه لا ترابط بين هذه الموضوعات التي تدخل ضمن دراسة القانون الدولي الخاص ، وأن كل موضوع يمكن أن يدرس بمفرده على شكل مادة علمية مستقلة عن القانون الدولي الخاص ، الا ان الواقع يكشف لنا أرتباط هذه الموضوعات ببعضها أرتباطا وثيقا يبرر الجمع بينها ضمن دراسة القانون الدولي الخاص.

المبحث الاول

طبيعة وخصائص القانون الدولي الخاص

هل يعد قانونا بالمعنى الصحيح؟ هل هو قانون دولي له صفة دولية أم قانون داخلي له صفة وطنية؟ هل هو من فروع القانون الخاص أم من فروع القنون العام.

مما لا شك فيه أن القانون الدولي الخاص قانون بالمعنى الحقيقي ولقوعده صفة الالزام ، ولا خلاف في ذلك .

فهناك من الفقهاء يعتبرونه قانونا داخليا بحتا ليست له صفة دولية. لان تصنيف القانون الى داخلي ودولي يقوم إما على أساس نطاق تطبيقه أو مصدره.

وأي من هذين الاساسين لا يتوافق مع قواعد القانون الدولي الخاص لعدم وجود التماثل والتوافق بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام . حيث أن قواعد كل من القوانين المذكورين لا يتوافق من حيث المصدر والموضوع وقوة الالزام.

وإزاء من يذكر الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص ،هناك أخرون ينكرون كونه من القوانين الداخلية ويضفون عليه الصفة الدولية ويقولون : أن القانون الوطني يحكم العلاقات القانونية الداخلية المحضة ، في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تواجه علاقات أفراد تابعين لدول مختلفة ذات عنصر أجنبي لها مساس بأكثر من دولة واحدة، وبالإضافة الى ذلك فإن المراكز القانونية التي تتصدى قواعد القانون الدولي الخاص لحل منازعاتها لها في كثير من الاحيان انعكاسات على علاقات الدول نتيجة لاهتمام جميع الدول بمصالح رعاياها.

يثور الخلاف حول مسألة أخرى تتعلق بتحديد موضوع هذا القانون من قسمي القانون " العام والخاص" فهل هو من قسم القانون العام او من قسم القانون الخاص؟

يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي الخاص فؤع من فروع قسم القانون الخاص ، لأنه يعين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات القانونية الخاصة بين الافراد، فقواعده المتعلقة بتنازع القوانين تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم علاقات الافراد ، وقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في حكم هذه العلاقات وأن الجنسية ومركز الاجانب رغم كونهما من القانون العام ، الا أن الصلة الوثيقة القائمة بينهما وبين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي جعلتهما مسألة أولية لبحث التنازع وحله ولهذا أدخلا ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص كما سبق أن ذكرنا ذلك.

وينكر فريق اخر من الفقهاء إنتماء القانون الدولي الخاص الى قسم القانون الخاص ويرون ضرورة ضمه الى حظيرة قسم القانون العام على أساس انه ايضا متعلق بعلاقات الافراد بالدولة وعلاقات الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدوليه باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة ، وان بعض قواعده تتعلق بسيادة الدولة.

ومن هنا نصل الى جملة خصائص يتميز بها هذا القانون وهي :

انه قانون ملزم بالمعنى الصحيح ، لان بعض قواعده يتضمن الجزاء المادي الذي يحكم به القضاء المختص في الدولة ويتم تنفيذ الاحكام الصادرة بموجبه حسب الاصول أسوة بتنفيذ الاحكام الصادرة بموجب القوانين المرعية الاخرى في الدولة.

أنه قانون حديث النشأة إذا ما قيست نشأته بنشأة العديد من باقي فروع القانون إذ بدأ رجال الفقه يبحثون في شمال إيطاليا عن حل لتنازع القوانين في القرن الثالث عشر وراحوا يتلمسون الحلول لهذه المسألة من النصوص الرومانية ومن قواعد العرف التي كانت سائدة في ذلك الوقت ثم أمتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا الى فرنسا فهولندا وأنكلترا والدنيا الجديده وقد أستعمل لاول مرة أصطلاح القانون الدولي الخاص عام 1834 م بتأثير الفقه الهولندي ، ولهذا يمكن القول بأن مفهوم هذا القانون لم يتضح ويتطور الا بعد الثورة الفرنسية لان الدول قديما كانت تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة المطلقة وأقليمية قوانينها.

إنه قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الاخرى ، يحكم تعيين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي بين الاشخاص، عكس القانون الدولي العام الذي يحكم علاقات دولية بين الدول ويعد قانون فوق الدول بينما القانون الددولي الخاص ليس قانونا فوق الدول ،وان المشرع الوطني في كل دولة حر في وضع قواعده بما له من سيادة ووفقا للمصاح العليا في دولته دون الخضوع لسيادة ومصلحة دولة أخرى . كما أن المحاكم الوطنية هي التي تطبقها في الحدود الاقليمية لكل دولة ، ولهذا تختلف قواعده من دولة الى ولا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص فهناك قانون دولي خاص أردمي وقانون دولي خاص عراقي وقانون دولي خاص فرنسي ، وعلى أساس أن الروابط الاجتماعية تختلف بين قواعد القانون الدولي الخاص من دولة الى أخرى.

أنه فرع من فروع القانون الخاص وقواعده تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي الناتج عن العلاقات الخاصة بين الافراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية . فموضوعه تعيين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في العلاقات الخاصة بين الافراد عبر الحدود.

إن بعض قواعده " قواعد التنازع" قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على إسناد حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي الى القانون الواجب تطبيقه عندما تتنازع قوانين عدة دول على حكم هذه العلاقة ، دون أن تمس موضوع النزاع أصلا . أي انها ترشد قاضي الموضوع الى القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه بينما بعض قواعده الاخرى موضوعية تفصل في النزاع مباشرة كقواعد الجنسية ومركز الاجانب وتنفيذ الاحكام الاجنبية.

لا توجد قواعده بشكل مجموعة واحدة مستقلة، بل متوزعة بين قوانين مختلفة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الجنسية وقانون إقامة الاجانب لان أحكامه لا تبلغ من الكثرة حدا يسوغ إيرادها في مجموعة مستقلة ، خاصة بالنسبة لاحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي . ولهذا فهي قد تدرج عادة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية.

يعده البعض قانونا يشمل موضوعات متعددة غير متجانسة وغير مترابطة من القانون العام والقانون الخاص مما يثير صعوبة في تحديد طبيعة قواعده فهو يحوي قواعد من القانون الخاص ، كقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تلعب دورا هاما في فض خلافات الافراد وحل علاقاتهم الخاصة عبر الحدود في روابط أحوالهم الشخصية والمالية ويحوي أيضا قواعد من القانون العام ، كقواعد الجنسية ومركز الاجانب التي تتدخل الدولة في تنظيمها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة لانها من أنظمة القانون العام ومتعلقة بالسيادة.

كما أنه مزيج من القانون الدولي والقانون الوطني لاحتوائه على قواعد من القانون الداخلي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي الناتج عن العلاقات الخاصة بين الافراد واخرى من القانون الدولي توفق بين سيادة مختلف الدول في مجال تطبيق القوانين ولهذا على المشرع عند وضع قواعده وعلى القاضي عند تطبيق نصوصه ملاحظة هذه الصفة المزدوجة التي يتميز بها هذا القانون ليتمكنا من التوفيق بين مصلحة وسيادة دولتيهما ومصلحة وسيادة الدول الاخرى.

أنه لا يحكم تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون الى دول متعددة وجنسيات مختلفة فحسب بل يحكم تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون الى دولة واحدة ايضا ، كعقد زواج يبرم بين أردني واردنية في فرنسا.

له مصدر متعدد ومختلفة تتسع لتشمل ثلاثة أنواع هي: مصادر وطنية " التشريع والعرف والقضاء والمبادىء العامة للقانون الدولي الخاص" ومصادر دولية " الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والاعراف الدولية والقضاء الدولي" ومصادر علمية " الفقة الداخلي والدولي".

المبحث الثاني
مصادر القانون الدولي الخاص
المطلب الاول : المصادر الدخلية

اولا: التشريع

أهمية التشريع كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص تختلف تبعا الى الموضوع الذي ينظمه المشرع ومدى الحاجة الى المبادرة المبكرة لمعالجته .

ومن القوانين المتبعة "قانون الاقامة وشؤون الاجانب" " قانون الجنسية الاردنية" " قانون أصول المحاكمات المدنية" " قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية" " القانون المدني الاردني" .

ثانيا: العرف الداخلي

رغم أن العرف ما يزال يحل مكان التشريع في أغلب الدول عند غياب النص في القانون المكتوب الا أن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريقه ليست كثيرة ، نذكر منها قاعدة " خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفى" وقاعدة " خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه" وقاعدة " خضوع الاهلية لقانون الجنسية" .

ثالثا: القضاء الداخلي

أما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني كفرنسا والدول التي تحذو حذوها ، مثل المملكة الاردنية الهاشمية والعراق وسوريا، فأن السابقة القضائية غير ملزمة على أساس أن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات وليس له خلق القواعد القانونية ولذلك لا يعد القضاء مصدرا رسميا للقانون.

المطلب الثاني : المصادر الدولية

اولا : الاتفاقيات والمعاهد الدولية :

خواص المعاهدات كمصدر للقانون الدولي الخاص:

الخاصية القانونية

الخاصية التعاقدية

الخاصية الاستثنائية

لقوة نفاذ المعاهد والاتفاقية الدولية إزاء القانون الداخلي ، فأذا كان التعارض قد حصل في نزاع مرفوع الى محكمة دولية .

إذا كان التعارض في نزاع معروض على محكمة وطنية في الدولة بين معاهدة أو اتفاقية دولية لاحقة للقانون الداخلي.

اما اذا كانت المعاهدة او الاتفاقية الدولية سابقة للقانون الداخلي فيلزم عندئذ التفريق بين حالتين:

أذا كان التعارض صريحا وواضحا فيتم الرجوع الى الدستور الدولة .

أما أذا كان التعارض صريحا ولم يوجد في الدستور أي نص صريح يقضي صراحة بسمو حكم المعاهدة.

ام اذا كان التعرض ضمنيا ولا يوجد في الدستور نص بترجيح المعاهدة على القانون الداخلي .

في المملكة الاردنية الهاشمية سكت الدستور عام 1952م عن هذه المسألة ، الا أن المادة (24) من القانون المدني الاردني قد أتت بحكم خاص لقواعد تنازع القوانين ينص على أن " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها" وتبدأ هذه المواد من (11-23) من القانون المدني.

ثانيا: العرف الدولي:

لا تكون الاعراف داخلية فحسب ، بل دولية ايضا عندما تتقبلها أكثرية الدول ويتكرر العمل بها عدة مرات ، الا ان تشابه احكام العرف الداخلي في مختلف الدول لا يقود وفق رأي بعض الشراح الى القول بوجود عرف دولي .

فمثلا تنص المادة (1/103) من الدستور الاردني على أن " تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق احكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الاحوال الشخصية للاجانب أو في الامور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون" .

* القضاء الدولي :

ومنها المحكمة الدائمة للتحكيم التي تأسست عام 1899م بموجب أتفاقية لاهاي وكانت تمثل نظام التقاضي الدولي المختار ونظرت في القضايا متعلقة بتنازع القوانين ومركز الاجانب وأصدرت عدة قرارات فيها ، كقرار التحكيم الذي أصدرته عام 1920م في نزاع نشب بين البرتغال من جهة وانكلترا وفرنسا واسبانيا من جهة اخرى على أثر قرار أصدرته الحكومة البرتغالية عام 1910م بمصادرة اموال وممتلكات الجمعيات الدينية الاجنبية في في البرتغال دون تعويض مما أثار حفظية بريطانيا وفرنسا وإسبانيا ، فاحتجت حكوماتها على هذا القرار ورفعت النزاع لمصلحة رعاياها الى محكمة التحكيم التي حكمت بالتعويض للمتضررين من هذا القرار من رعايا الدول المحتجة المذكورة.

وعندما تأسست محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الامم عام 1920م ، مثل قرارها الصادر في شباط سنة 1923م في النزاع الذي نشب بين فرنسا وانكلترا على أثر صدور تشريع في الجنسية من سلطات الحماية الفرنسية في " تونس ومراكش" أدى الى احتجاج بريطانيا وجاء فيه " لكل دولة الحرية التامه في تنظيم جنسيتها ولا يقيدها في ذلك تجاه الدول الاخرى الا ما تفرضه عليها المعاهدات" .

محكمة العدل الدولية عام 1945م منها قرارها عام 1954م في قضية " ناتبام" الذي جاء فيه " لا يجوز للدولة ان تفرض جنسيتها على شخص لا توجد رابطة حقيقية بينها وبين هذا الشخص تبرر فرض جنسيتها عليه"

الا ان احكام محكمة العدل الدولية لا تنهض كمصادر دائمة مستقلة ملزمة للقانون الدولي الخاص وفقا للفقرة (4) من المادة (38) من الدستور التي اعتبرت القضاء الدولي كالفقه وسيلة لمساعدة قواعد القانون .

المطلب الثالث : المصادر العلمية

يراد بامصادر العلمية هنا ، مصادر القانون الدولي الخاص النظرية المتمثلة في أراء المؤلفين والباحثين التي ينبني عليها فقه هذا الفرع من القانون .

فالفقه عون للمشرع في وضع النصوص الجيدة وللقاضي في إصدار الاحكام السليمة رغم انه لا يتضمن عنصر الالزام .

ولقد ادرك المشرع الاردني هذه الحقيقة ، فنص في المادة (25) من القانون المدني على أن " تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين" فهذا النص اعتبر مبادىء القانون الدولي الخاص مصدرا لقواعد هذه الفرع من القانون .

المبحث الاول
التعريف بتنازع القوانين وانواعه وتكامله التاريخي

الفرع الاول: التعريف بتنازع القوانين

هو التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو اكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي في علاقة قانونية خاصة تتصل في عنصر أو اكثر من عناصرها بتلك القوانين المتنازعة ، واجراء المفاضلة بين هذه القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة بإرشاد من قواعد الاسناد.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين

اولا: النظريات القديمة

وقد ظهرت بشكل مدارس في فرنسا وايطاليا وهولندا وكالاتي:

نظرية الاحوال الايطالية " مدرسة الحواشي"

نظرية الاحوال الفرنسية.

نظرية الاحوال الهولندية.

ثانيا: النظريات الحديثة.
النظريات الالمانية.
نظرية واغجر(waechter)
نظرية سافنر(Schaeffer)
نظرية سافيني(savigny)
نظرية هاوس(haus)

2. النظريات الايطالية الحديثة:
نظرية مانشيني(mancini)

3. النظريات الفرنسية الحديثة:
نظرية بليت.

ثالثا: موقف الشريعة الاسلامية من فكرة تنازع القوانين

وصنف الافراد في دار الاسلام الى الفئات التالية:

المسلمون: كانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا.

الذميون: وهم من رعايا الدولة الاسلامية من اهل الكتاب من النصارى واليهود الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الاسلام ويرتبطون مع المسلمين بعهد الذمة ولهم ما للمسلمين من حقوق عامة وحماية لقاء جزية يدفعها كل مقتدر.

المستأمنون: وهم الذين كانوا يأتون من دار الحرب الى دار المسلمين لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الاقامة في دار الاسلام.

المحاربون: وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالاسلام ويحاربون ويجب مقاتلتهم.

المطلب الثاني: انواع تنازع القوانين.

وصنف تنازع القوانين الى عدة انواع ، اهمها ما يلي:

تنازع القوانين العامة وتنازع القوتنين الخاصة.

تنازع القوانين من حيث الزمان وتنازع القوانين من حيث المكان.

تنازع القوانين المختلطة.

التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين.

تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

التنازع الايجابي والتنازع السلبي للقوانين.

تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية للتصرف القانوني.

المطلب الثالث: أسباب تنازع القوانينوحلوله

اولا: أسباب تنازع القوانين.

سيادة الدولة .

اختلاف أحكام التشريعات.

ثانيا:وسائل معالجة تنازع القوانين.
الوسيلة الداخلية(التشريع).
الوسائل الدولية(المعاهدات والاتفاقيات الدولية).

المطلب الرابع: شروط تنازع القوانين الدولي.
وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية.
أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة.
أن يكون التنازع بين قوانين خاصة.
أن يتسامح المشرع الوطني ويقبل تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمها على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.
وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة .
المبحث الاول
أساس تطبيق القانون الاجنبي

العدالة.
الحقوق المكتسبة.
الملاءمة.
المجاملة.
العرف.
الالتزام الطبيعي.

المبحث الثاني
مراحل تطبيق القانون الاجنبي

المطلب الاول : التكييف.

التكييف: هو تحديد الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية أو لنظام قانوني.
في 4 من شهر آب سنة 1857م حرر هولندي مقيم في فرنسا وصية عرفية مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يده.
وهناك قضية أخرى وقعت عام 1908م بين إنكلترا وفرنسا وتتلخص وقائعها بما يلي : تزوج فرنسي الجنسية عمره(19) سنة متوطن في إنكلترا أسمه (أوكادن) من أمرأة إنكليزية دون حصوله على رضا الوالدين مخالفا بذلك نص المادة (148) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع الولد من الزواج بدون حصوله على رضا الوالدين إذا لم يكن بالغا (25) سنة من عمره.

وهناك عدة مجالات أخرى تؤدي الى التنازع في التكييف غير التي ذكرناها ضمن الامثلة السابقة نذكر منها ما يلي :

في قوانين بعض الدول يكيف التقادم بمرور الزمان بمسألة أصولية تخضع لقانون القاضي ، كما في القانون الامريكي ، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بمسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس وجوهر النزاع ، كما في قوانين بعض الدول الاوروبية.

موضوع دعوى إثبات نسب المولود من زواج غير شرعي يكيف في قوانين بعض الدول على أساس الفعل غير المشروع ويخضع لقانون محل وقوع الفعل غير المشروع ، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بالحقوق العائلية ويخضع للقانون الشخصي.

تكيف إجراءات الزواج الديني في قوانين بعض الدول بمسألة موضوعية وتخضع للقانون الذي يحكم الموضوع ، كما في القانون اليوناني ،بينما تكيف في قوانين دول اخرى بالشكليات وتخضع لقانون مكان إبرام عقد الزواج.

يكيف التعويض المتولد من فسخ الخطبة في قوانين بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية التي تخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار ، كما في الاردن بينما في قوانين دول اخرى يكيف بالحقوق العائلية التي تخضع للقانون الشخصي ،كما في تركيا .

أن المال الذي يكيف بالمنقول في قانون دولة معينة ، قد يكيف بغير منقول في قوانين دول أخرى ، كالعقار بالتخصيص الذي هو مال منقول بطبيعته ، الا أن القانون يعده عقارا بالتخصيص إذا وضعه مالكه رصدا لخدمة عقار مملوك له واستغلاله .

في قوانين بعض الدول تكيف الحضانة بأثر من آثار الزواج وتخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت إنعقاد الزواج بينما في قوانين دول أخرى تكيف بأثار الطلاق ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ،وفي قوانين دول اخرى تكيف بالولاية على النفس وتخضع لقانون من تجب حمايته ،أي قانون جنسية المحضون.

القانون الذي يحكم التكييف:

التكييف ينقل القاعدة القانونية من الحالة النظرية الى الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها وحل نزاعها . فالتكييف إذن أمر ضروري وأولي لحل تنازع القوانين ، لان تعيين القانون الذي يحكم النزاع يتوقف على تحديد وصف وطبيعة العلاقة وإدخالها ضمن وصف قانوني معين ، ولهذا نتساءل: وفقا لاي قانون يجب أن يتم التكييف؟.

للاجابة على ذلك نقول: أن التكييف من مسائل القانون الدولي الخاص الاكثر إثارة لنظريات ومناقشات حادة وطويلة حول القانون الذي يحكمه كالاتي:

أولا: نظرية القانون المقارن.
تذهب الى إخضاع التكييف للافكار العالمية في القانون المقارن.

ثانيا: نظرية قانون القاضي.
تذهب هذه النظرية الى إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع المشوب بعنصر أجنبي.
ولكن النظرية تستثني من هذه القاعدة ما يلي:
تكييف المال لغرض تصنيفه الى عقار ومنقول ، حيث يجب إخضاعه لقانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية.
إذا استحال تكييف موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي ماديا، لجهله به، يجب على القاضي عدم تكييفه وفقا لقانونه الوطني، بل بموجب نفس القانون الاجنبي الذي ورد فيه هذا النظام القانوني .
إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في دولة القاضي يقضي بإخضاع التكييف في مسائل معينة لقانون آخر غير القانون الوطني.

ثالثا: نظرية أخضاع التكييف للقانون المختص
وتذهب هذه النظرية الى أعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع.
أي الى القانون الذي يتقرر تطبيقه في العلاقة القانونية موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

التكييف في القانون الاردني :

نصت المادة (11) منه على أن " القانون الاردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

والمشرع الاردني لم يورد أستثناء على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الاردني فيما يتعلق بوصف الشيء وتحديد ما إذا كان يعد عقارا أو منقولا، بغية ترك هذه المسألة للاجتهاد ، ولان إعطاء الاختصاص في وصف الشيء وتحديد ما إذا كان منقولا أو عقارا لقانون موقع الشيء أصبح من المبادىء الشائعة، وما شاع وأنتشر دوليا يعمل به حتى في حالة عدم وجود نص ، تبيقا للمادة (25) من القانون المدني، وأنما جاء باستثناء واحد على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الاردني ، وهو حالة وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة يقضي بأخراج التكييف من أختصاص القانون الاردني.إذ على القاضي الاردني في هذه الحالة الالتزام بالمضمون الذي تقرره المعاهدة أو القانون الخاص تطبيقا للمادة (24) من القانون المدني.

وبأنتهاء تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع تنتهي مهمة قاضي الموضوع في التكييف. أي تنتهي مرحلة التكيييف لتبدأ مرحلة الإسناد.

المطلب الثاني: الإحالة

" أحالة القانون المختص حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي الى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه".

نشأة الإحالة:

في الواقع أن الإحالة ظهرت لأول مرة عام 1841م أمام المحاكم الانكليزية الأ أنها لم تتوضح وتتبلور الى نظرية قانونية الأ في قضية " فركو" أمام المحاكم الفرنسية عام 1875م ، فما هي قضية فركو؟

كان " فركو" بافاري المولد من زواج غير شرعي ويتمتع بالجنسية البافارية عندما جاء مع والدته الى فرنسا وعمره خمس سنوات ومات فيها في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك أية وصية أو ان يكتسب أي موطن قانوني في فرنسا . لان أكتساب الموطن القانوني في فرنسا كان يتطلب الإذن الرسمي الخاص بالتوطن ولم يثبت أن " فركو" قد حصل على مثل هذا الإذن ، فاعتبرمحتفظا بموطنه القانوني في بافاريا.

انواع الإحالة:

الإحالة على نوعين هما:

الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة .

وفي هذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي ، حل المسألة الى قانون القاضي نفسه.

الإحالة ذات الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة.

وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرر تطبيقه حل النزاع الى قانون القاضي نفسه ،وانما يحيله الى قانون دولة ثالثة ، فتتولد إحالة من درجتين ، ومثال على ذلك " تخضع التركة غير المنقولة في القانون الالماني لقانون المتوفى وفي القانون التركي لقانون موقعها .

الإحالة بين أنصارها وخصومها :

رغم قبول الإحالة في تشريعات وقضاء دول عديدة بعد قضية " فركو" ، فقد أستمر النقاش حولها وانقسم الفقهاء بشأنها الى أنصار وخصوم لها . ففي الوقت الذي برز فقهاء أنصار يدافعون عن فكرة الإحالة ويطلبون تعميمها على كافة المسائل القانونية ويبررونها بالأدلة والبراهين القاطعة، وبرزت جماعة أخرى ترفضها وتدحض أراء أنصارها بالأدلة والبراهين القاطعة، باعتبارها تؤدي الى تعقيد العلاقات القانونية ، وتتركز هذه الآراء في ما يلي :

أولا: أراء وأدلة أنصار الإحالة .
ثانيا: آراء خصوم الإحالة .

الإحالة في القانون الاردني :
رفض فيها الإحالة بنوعيها . إذ نصت المادة (28) منه على أنه " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" .
بأن ما قررته المادة (28) المذكورة من مبدأ رافض للإحالة كقاعدة عامة لا يمكن أن يلحقها بعض الاستثناءات التي ترد في قانون خاص أو في أتفاقية دولية نافذة في الاردن بمقتضى المادة (24) المذكورة من القانون المدني. لان المادة (24) أجازت الخروج عما تقرره قواعد الإسناد السابقة لها بنص خاص أو أتفاقية دولية بقولها " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها" .
فالمادة (24) المذكورة وردت سابقة للمادة (28) من القانون المدني ويقتصر سريانها على قواعد الإسناد السابقة لها دون اللاحقة .

التفويض أو الإحالة الضرورية:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا بسبب تعدد المقاطعات أو الولايات فيها وخضوع كل مقاطعة أو ولاية لقوانين وشرائع خاصة بها كما في سويسرا والولايات المتحدة الامريكية. أو تعددا شخصيا ووجود شرائع متعددة بسبب وجود طوائف مختلفة فيها وخضوع كل طائفة منها الى شريعة خاصة بها في الزواج والطلاق والنفقة الى غير ذلك.

وواجه المشرع الاردني هذا الموضوع عندما نص في المادة (27) من القانون المدني صراحة على أنه " إذا ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها".

القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وفقا لقواعد الإسناد الاردنية

أن المشرع الاردني لم يستند في وضع قواعد الإسناد هذه الى مبدأ إقليمية تطبيق القوانين الاردنية أو شخصيتها بشكل مطلق، وإنما أخذ بمبدا إقليمية تطبيق القانون كقاعدة عامة ، وبمبدا شخصية تطبيق القانون كاستثناء، وتنازل فيهما عن اختصاص القانون الوطني نسبيا مجيزا بذلك تطبيق قانون أجنبي في الاردن إذا أشارت قواعد الإسناد الاردنية الى ذلك.

المبحث الاول

القانون الواجب تطبيقه في التنازع المتعلق بحالة عديم ومزدوج ومتعدد الجنسية

المطلب الاول : القانون الواجب تطبيقه على حالة عديم الجنسية في التنازع السلبي للقوانين.

يحصل التنازع السلبي للقوانين عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين ولا تعترف بأختصاص قانونها الوطني في مسائل أحواله الشخصية لوقوعه في حالة اللاجنسية .

لا يوجد أتفاق في ألآراء بشأن هذه المسألة ، ولهذا انقسمت الحلول المقترحة الى اتجاهات مختلفة كالاتي:

هناك من يذهب الى أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعا بجنسيتها، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في المانيا.

وهناك من يذهب الى ان القانون الواجب تطبيقه في الحالة هو قانون موطن عديم الجنسية، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا على أساس أن الفرد يرتبط بالدولة إما برابطة الجنسية، او برابطة الموطن، وأخذ به ايضا المشرع الاردني في المادة (26) من القانون المدني الاردني بقوله " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية"

وهذا يعني أن المشرع الاردني ترك أمر تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية لتقدير القاضي دون أن يقيده بقيد يحد من إجتهاده. ولكن جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني بهذا الصدد " أن القاضي يعتد غالبا في هذه الحالة بقانون محل إقامة الشخص".

المطلب الثاني: القانون الواجب تطبيقه على حالة مزدوج ومتعدد الجنسية في التنازع الايجابي للقوانين .

مزدوج الجنسية هو من يتمتع بجنسية دولتين.إذا كان أحد الجنسيات التي يتمتع بها الشخص تابعة لدولة المحكمة التي تنظر النزاع ، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على مسائل أحواله الشخصية.

وينص عليه الشق الأخير من المادة(26) من القانون المدني الاردني بقوله " على أن الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الاردنية وجنسية دولة أجنبية ، فإن القانون الاردني هو الذي يجب تطبيقه".

أما اذا كان النزاع المعروض أمام محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بإحدى الجنسيات التي يتمتع بها متعدد ومزدوج الجنسية ، فقد قيلت عدة آراء بصدد كيفية حل هذا التنازع والقانون الواجب تطبيقه فيه مع الاعتراف مبدئيا بعدم جواز الرجوع في هذه الحالة الى قانون القاضي ، بأعتبار أن قانون القاضي لا يهتم الإ بتحديد جنسية رعايا دولته فقط دون غيرهم . وهذه الآراء هي :

رأي يذهب الى ضرورة حل التنازع بالطرق الدبلوماسية إحتراما لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع .

ويذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق قانون الجنسية السابقة في النزاع احتراما للحقوق المكتسبة.

ويذهب رأي ثالث الى وجوب تطبيق قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة متعدد ومزدوج الجنسية .

ووفق رأي رابع يجب تطبيق قانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية لمزدوج ومتعدد الجنسية ويتم تعيين هذه الجنسية بظروف واقع الحال ، كمدى قدرته على التخاطب بلغة الدولة المراد تثبيت جنسيتها له أو مدى إمكان عيشه في تلك الدولة أو أداء الخدمة العسكرية أو مباشرة النشاط التجاري أو تولي إحدى الوظائف العامة أو الإقامة فيها ، أو محل مراسلاته ووجود أمواله.

فالراجح هو معيار الجنسية الفعلية او الحقيقية ، ووسيلة الكشف عن هذه الجنسية مسألة تتعلق بالوقائع يترك تقديرها للقاضي وقد أخذ المشرع الاردني بهذا الرأي ، عندما نص في الشق الاول من المادة (26) من القانون المدني على أن " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" . ويأخذ النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية بمبدأ الجنسية الفعلية لعضوية قضاة المحكمة على أساس التمتع بالحقوق المدنية والسياسية .

المبحث الثاني
القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأحوال الشخصية

لم يأت المشرع الاردني بتعريف معينن للاحوال الشخصية لان الشريعة الأسلامية لم تعرفها ، رغم أنه أطلق على القانون الذي ينظم الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار والوصية أسم " قانون الأحوال الشخصية" . فالأحوال الشخصية عبارة عن مجموعة عناصر وصفات خاصة يتميز بها الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ويرتب عليها القانون آثارا قانونية في حياته الخاصة وروابطه العائلية كونه ذكرا أو أنثى ، زوجا أو أرملآ ، مطلقا ، أبا أ, ابنا ، كامل الأهلية أو ناقص الأهلية . أي الزواج واطلاق والنسب والأبوة والبنوة والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية والولاية والوصايا والقيمومة والخطبة والمهر الى غير ذلك.
وقد نصت المادة(12) من القانون المدني الاردني على أن " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" .

المطلب الاول : القانون الذي يحكم الإهلية.

الاهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تكون له أو عليه حقوق وقدرته على التصرف بها وأداء ما عليه من التزامات على وجه يعتد به القانون عند مباشرته وأستعماله هذه الحقوق أستعمالآ يحميه القانون ، سواء أكانت متعلقة بالروابط المالية أم بالأحوال الشخصية ، ويلزم إعطاء الاختصاص فيها لقانون الجنسية. ولهذا فإن غالبية التشريعات تخضع الأهلية لقانون الجنسية ، ومنها قاعدة الإسناد الأردنية في الشق الاول من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني الذي ينص على أن " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وكذلك تنص المادة (2/130) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1960 على أن " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلده ، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده" .

وتكون العبرة بقانون جنسية الشخص وقت وجوب الحق ووقت إجراء التصرف القانوني ، والمقصود بالأهلية هنا هو أهلية الأداء .

فالقانون الوطني للقاصر هو الواجب تطبيقه في مسألة هل أنه يخضع للولاية أو للوصاية أو للقوامة وتحديد من يصلح ليكون وليا او وصيا او قيما او عليه ليحمي حقوقه وكيفية عزله وتقييد سلطته وتقدير المكافأة له ، وهذا ما تنص عليه المادة (17) من القانون المدني الاردني بقولها " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصايا والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" . أما الإجراءات الواجب أتباعها في مسائل الوصايا والقوامة والولاية وما اليها ، فيطبق في شأنها قانون القاضي ، مثل كيفية قيام الموصي أو الولي أو المقيم بإدارة أموال من تجب حمايته وتقديم كشوف حسابات حقوقه.

أستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

اولا : المصلحة الوطنية.

أخذ الشق الاول من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني بهذا المبدأ بقوله " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" . ولكن مبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية قد لا يجد له التطبيق إذا وجدت مصلحة وطنية تقضي بخلاف ذلك كالتي نص عليها المشرع في الشق الثاني من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني بقوله " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الاردنية الهاشمية وتترتب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في اهليته".

إذن يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية وإحلال القانون الاردني محل قانون جنسية الاجنبي في تحديد أهليته ما يلي:

أن يكون التصرف موضوع النزاع ماليا معقودا في الاردن وتترتب آثاره فيه.

أن يكون أحد أطراف التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني وكامل الأهلية وفقا للقانون المدني، والطرف الآخر أردنيا كامل الأهلية وفقا للقانون الاردني.

أن يرجع عدم معرفة نقص أهلية الأجنبي الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاردني تبينه. لان سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي تنفي حسن نية الطرف الاردني . وتقدير سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي أو صعوبتها أمر متروك لتقدير القاضي الذي عليه أن يأخذ بنظر الأعتبار الظروف التي تم فيها التصرف القانوني موضوع النزاع. ويرتب على الاخذ بالمصلحة الوطنية عدم حكم أهلية الأجنبي بقانونه الوطني بالنسبة للتصرف المالي الذي يعقده في الاردن ويترتب أثره فيه ويتولد منه ضرر مالي لأحد الأردنيين ، ويصحح العقد كأنه صادر عن كامل الأهلية كما ورد في القانون الاردني ، ورفض دفع الأجنبي بنقص أهليته وفقا لقانونه الوطني ويلزم بما يرتبه العقد عليه من التزامات ويقبل ادعاء الاردني بجهل قانون دولة هذا الأجنبي.

ثانيا: وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة .

وذلك أن المادة (24) من القانون المدني تنص على أن " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها". وخير مثال على ذلك ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الاردنية رقم 6 لسنة 1954م التي جعلت سن الرشد للاردنيين والأجانب في جميع الأمور االتي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة شمسية وفقا للقانون الاردني ، وهكذا الأمر بالنسبة للفقرة (2) من المادة (130) من قانون التجارة الاردني رقم 1996م .

المطلب الثاني : القانون الذي يحكم الخطبة.

فالخطبة: هي طلب الرجل المرأة للزواج ، بحيث إذا تقدم رجل لخطبة فتاة وأجيب على طلبه تتم الخطبة بذلك ولكن لا ينعقد الزواج . لأن الخطبة ما هي إلا مقدمة غير ملزمة للزواج ويحق لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عنها متى شاء. فلا يعتبر عقد الزواج تاما بالخطبة، وهذا ما تؤكده المادة (3) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

بينما قوانين دول أخرى نظمت أحكام الخطبة وشروطها الموضوعة والشكلية والآثار التي تترتب عليها عند العدول عنها بأعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية التي يسري عليها من حيث شروطها الموضوعية والأضرار المتولدة منها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها لا على أساس الفعل الضار ، بل على أساس أنها من الحقوق العائلية .

ولاختلاف الأحكام الواردة في التشريعات بشأن الخطبة وآثارها فقد دخلت ضمن دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص.

التفرقة بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية:

اولا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة.

إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحده ، فإن الشروط الموضوعية في الخطبة نخضع لقانونهما الوطني المشترك من حيث تحديد أهليتهما والآثار القانونية المتولدة من فسخها ما لم يكن هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي .

وإذا لم يكن الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحده ، بل من جنسيتين مختلفتين تبرز عندئذ أهمية معرفة القانون الواجب تطبيقه ، وقد ساق الفقهاء عدة أراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة أهمها ما يلي:

تطبيق القانون الوطني للمدين.

تطبيق قانون الرجل.

تطبيق القانون المحلي.

تطبيق قانون القاضي.

أما القانون المدني الاردني فقد سكت عن هذا الموضوع ولهذا يمكن إعمال القاعدة الخاصة بالزواج من حيث الأهلية والرضا وموانع الزواج بالنسبة للانعقاد والفسخ والقاعدة الخاصة بالفعل الضار من حيث الآثار.

ثانيا : تنازع القوانين النتولد من الشروط الشكلية للخطبة.

فإنه يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة . ولما كان الاردني لا يفرض أي شكل معين للخطبة وانما تتم الخطبة عادة بإجراءات شكلية ومراسيم مختلفة في المجتمع ، لذا تعد الخطبة صحيحة إذا حصلت وفقا لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيها الاوضاع التي يقررها قانون كل من الخاطبين قياسا على حكم الفقرة (2) من المادة (13) من القانون المدني.

المطلب الثالث: القانون الذي يحكم الزواج وما يتعلق به.

الزواج في الشريعة الاسلامية عقد يفيد أستمتاع كل من العاقدين " الزوج والزوجة" بالآخر شرعا طلبا للنسل.

وعرفته المادة(2) من قانون الاحوال الشخصية الاردني بأنه " عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما" .

ولا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج الإ أن كل مجتمع يستأثر بمفاهيم عائلية وأفكار اساسية خاصة به لتنظيم الروابط الأسرية يستمدها من أصوله الأخلاقية والدينية والإجتماعية ومثله العليا التي يستند اليها كيانه وديمومته .

وأسس نظام الزواج تختلف في قوانين دول العالم ، فسن الزواج في الاردن مثلا قد تختلف على سن الزواج الزواج في دولة اخرى ، ولا يقتصر هذا الاختلاف على سن الزواج فقط بل يمتد الى شروط إنعقاده وآثاره والإنقضائه.

ولإنعقاد الزواج صحيحا لا بد من عدم وجود مانع من موانع الزواج والا طان باطلا . ومن أهم هذه الموانع ، تعدد الزوجات وتعدد الازواج والحجر لجنون أو عته واختلاف المذهب .

اولا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية لصحة الزواج.

الشروط الموضوعية هي التي تتوقف صحة الزواج على تحققها كتوافر الأهلية والرضا وصلاحية المرأة لان تكون محلا للعقد بأن لا تكون محرمة على من يريد الزواج بها .وفي الشريعة الإسلامية تعد من الشروط الموضوعية ايضا شروط اللزوم كالمهر وتعادله وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج.

وفقا للفقرة الاولى من المادة (13) من القانون المدني الاردني التي تنص على أن " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين".

ولكن المشرع الاردني عاد فأورد أستثناء على قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين إذا كان أحدهما أردنيا وقت أنعقاد الزواج بقوله في المادة (15) من القانون المدني " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الاردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

إن الإشكال يظهر اذا كانا من جنسيتين مختلفتين بالنسبة لتحديد المقصود بقانون كل من الزوجين وبيان كيفية تطبيق هذه القاعدة إذ ذهب البعض الى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو وجوب توافر شروط صحة الزواج الموضوعية في كل زوج وفقا للقانونين معا . أي أن يتم تطبيق القانونين جمعا.

وذهب البعض الآخر الى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو أن تتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به في قانونه الوطني فقط ، أي تطبيق قانون كل من الزوجين(موزعا) وليس جمعا.

ثانيا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لعقد الزواج.

الشروط الشكلية لعقد الزواج، هي المراسيم والاوضاع الإجتماعية والدينية لإشهار وإعلانه وإظهاره في المجتمع عن طريق الاحتفال به بشكل من اشكال العلنية والاشهار بأوضاع خارجية مألوفة والشريعة الإسلامية لم تهتم كثيرا بهذه الشكلية لإنعقاد عقد الزواج ولم تشترط الكتابة بل اشترطت الإعلان والإظهار بحضور شهود على أساس أن دور الكتابة يقتصر على الإثبات فقط دون صحة الإنعقاد.

وفي المملكة الاردنية الهاشمية وإن لم يصرح المشرع بتعبير " شروط شكلية لعقد الزواج" اقتداء بالشريعة الاسلامية الإ أن اشتراطه ضرورة تفريغ عقد الزواج في وثيقة رسمية على يد مأذون القاضي ووجوب تسجيله في سجلات خاصة وأقراره العقوبة فقط دون البطلان على كل من يخالف ذلك.

رغم المادة (15) التي تنص على أن " في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون الاردني وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج".

نصت الفقرة (2) من المادة (13) منه على الاتي " أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي واردني صحيحا إذا عقد وفقا لإوضاع البلد الذي فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين". ثانيا: المسائل التي تخرج عن نطاق الإرادة.

القواعد القانونية الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام في المجتمع .

أهلية أطراف العلاقة تخرج من نطاق قانون الإرادة .

العقود المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق قانون الإرادة .

العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة ، كعقد الشركات الذي يخضع لقانون محل مركز إدارتها الرئيس .

المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب أقتصادية أو أجتماعية ، مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي .

العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن لا تكون متعلقة بالميراث والوصية ، كالاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون .

تخرج مسائل الأحوال الشخصية .

عقود التأمين المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار .

الأموال المنقولة . القانون الذي يحكم العقود المبرمة بالمراسلة :

ففي هذه الحالات يبحث عن المكان الذي أنعقد فيه العقد لإعطاء الاختصاص التشريعي لقانون هذا المكان في أي نزاع يثور بشأنه ، ولتحديد هذا المكان أختلفت النظريات كالآتي :

نظرية تذهب الى أعتبار المكان الذي يتسلم فيه الموجب القبول مكانا لإنعقاد العقد. " نظرية مكان تسلم القبول".

نظرية أخرى تذهب الى أن مكان إنعقاد العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . " نظرية مكان العلم بالقبول".

نظرية أخرى تذهب الى أن مكان أنعقاد العقد هو المكان الذي يرسل منه القابل قبوله. " نظرية مكان إرسال القبول".

وقد أخذ المشرع الأردني بالنظرية الثالثة " نظرية مكان إعلان القبول" في المادة (101) من القانون المدني التي تنص على انه " إذا كان المتعاقدين لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" .

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم شكل الالتزام التعاقدي .

الشكل في التصرف القانوني عبارة عن إجراءات خارجية يتم فيها الإشهار ، مثل التسجيل وحضور الشهود والكتابة.

تنص المادة (90) من القانون المدني الأردني على أن " ينعقد العقد بمجرد أرتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإلإنعقاد العقد".

وتنص المادة (1148) منه على أن " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى في العقار بين المتعاقدين وفي حق الغير الإ بالتسجيل وفقا لأحكام القوانين الخاصة به".

وتنص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952على أن " لا يعتبر البيع والمبادلة والأفراز والمقاسمة في الأراضي والمياه صحيحا الإ إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".

جاء في المادة (7/أ) من قانون السير رقم 47 لسنة 2001م من أن " تعتبر معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر التصرفات القانونية المتعلقة بها باطلة ما لم يتم تسجيلها وتوثيقها في أدارة الترخيص".

وكذلك تخرج إجراءات التقاضي من نطاق قاعدة خضوع الشكل لقانون مكان إبرام التصرف التعاقدي .

وكذلك لا تطبق الشكلية المقررة في قانون محل إبرام العقد ، إذا كانت تخالف النظام العام أو الآداب في الأردن بموجب المادة (29) من القانون المدني.

تنص المادة (21) من القانون المدني على أن " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك".

المبحث الخامس
القانون الذي يحكم الألتزامات غير التعاقدية
" الفعل الضار والفعل النافع"

المطلب الأول: القانون الذي يحكم الفعل الضار " المسؤولية التقصيرية المدنية"

الفعل الضار هو كل عمل مادي أو امتناع يقوم به الشخص ويقع على المال ، ومنه الآتلاف والغضب والحرق أو على النفس ، ومنه القتل والجرح والضرب والإيذاء ويلحق الضرر بشخص آخر، فيرتب عليه القانون مسؤولية مدنية بالأضافة الى المسؤولية الجنائية يحق للمتضرر بموجبها أن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس المسؤولية التقصيرية ، سواء أكان الفعل الضار الذي نتج عنه الضرر قد وقع عمدا أ نتيجة إهمال أو تقصير ، وفيما إذغ كان هذا الفعل مشروعا أو غير مشروع. فالمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني تقوم على ثلاثة أركان هي :

فعل ضار .

وقوع ضرر .

علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر .

تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

فالصغير إذا أتلف مال الغير بفعله الضار لزمه الضمان من ماله ، وأن لم يكن له مال ينتظر يسر حاله ، ولا يسأل من وجبت عليه قانونا أو إتفاقا رقابة الصغير بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الإ إذا لم يستطع إثبات قيامه بواجب الرقابة ، أو إذا لم يتمكن من إثبات أن الضرر كان يقع ولو قام بهذا الواجب وبما ينبغي من العناية .

نص في الفقرة الاولى من المادة (22) من القانون المدني على أن " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام". ولكنه عاد فأورد في الفقرة الثانية من المادة (22) المذكورة أستثناء على ذلك بقوله " ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة الى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

وأنما الصعوبة قد تظهر علميا إذا تجزأت وتفرقت عناصر الواقعة المنشئة للالتزام بوقعوها في إقليم أكثر من دولة ، عندما يقع الفعل الضار في إقليم دولة ويتحقق ضرره في أقاليم عدة دول. فما هو القانون الواجب تطبيقه في مثل هذه الحالات ، هل هو قانون مكان أرتكاب الفعل الضار أو قانون مكان تحقق الضرر؟

يذهب رأي الى وجوب تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار .

ويذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق قانون مكان تحقق الضرر ، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها أن إمرأة وضعت طفلا في فرنسا نتيجة اغتصابها في البرتغال ، فأعتبر الضرر الرئيس قد وقع بولادة الطفل في فرنسا واعتبر القانون الفرنسي هو قانون مكان تحقق الضرر الرئيس .

ذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتضرر بإعطاء الحق له في الأختبار بين قانون مكان وقوع الفعل الضار وقانون مكان تحقق الضرر أيهما أصلح وأنفع له.

أما المشرع الأردني، فقد أخذ بالرأي الأول في الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني ووضع قاعدة عامه أخضع فيها اللالتزام غير التعاقدية بوجه عام، سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم النافع لقانون البلد الذي يقع فيه الفعل المنشىء للالتزام.

ولكن قد تظهر الصعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الفعل الضار إذا وقع في مكان تنتفي فيه السيادة تماما.

أولا: بالنسبة للتصادم البحري.

إذا وقع التصادم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة أجنبية تحدد المسؤولية التقصيرية وفقا لقانون تلك الدولة صاحبة المياه الإقليمية بأعتباره قانونا لمكان وقوع الفعل الضار سواء أكانت البواخر المصطدمة من جنسية واحدة ام من جنسيات مختلفة.

أما إذا وقع التصادم في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة وكانت جنسية البواخر المصطدمة مختلفة فإن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار تخضع بحسب أحد الآراء لقانون دولة الباخرة المسببة للضرر ولقانون جنسية الباخرة المتضررة بحسب رأي آخر وهذا ما أخذ به قرار صادر سنة 1927م من محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية الباخرة الفرنسية " لوتس" .وذهب رأي ثالث الى إعطاء الاختصاص في مثل هذا النزاع الى قانون القاضي المرفوع إليه النزاع.

أما إذا وقع الفعل الضار على متن الباخرة من أحد أفراد طاقمها أو ركابها على آخر بالضرب أو القتل أو الجرح فإن قانون الدولة التي تتمتع الباخرة بجنسيتها هو الذي يعتبر مختصا في حكم المسؤولية التقصيرية الناتجة عن هذا الفعل الضار بأعتباره قانونا لمكان وقوعه ، سواء أكانت الباخرة في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة أم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة معينة وقت ارتكاب الفعل الضار على متنها .

ثانيا: بالنسبة للتصادم الجوي.

إن ما ينطبق من أسس على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم البحري ينطبق على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم الجوي، مع وجود بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية عن التصادم الجوي في إتفاقية وارشو لعام 1929م المعدلة بخصوص النقل الجوي ، وإتفاقية شيكاغو للملاحة المدنية الدولية لعام 1944م وإتفاقية مونتريال وإتفاقية طوكيو للطيران المدني .

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الفعل النافع " الإثراء دون سبب مشروع".

الفعل النافع هو كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر بشكل يؤدي الى "إغتناء" الذمة المالية للاول و" إفتقار" الذمة المالية للثاني دون سبب مشروع مما يرتب الحق لمن افتقرت ذمته المالية في الرجوع على من أثرى على حسابه ومطالبته برد ما أثرى به من مال على حسابه بلا سبب مشروع ومن صور الفعل النافع ، الكسب بلا سبب.

إذا كان أطراف العلاقة من جنسية واحدة ووقع الاغتناء والافتقار بينهم دون سبب مشروع طبق قانونهم الوطني المشترك.

وبالنسبة للمشرع الأردني ، فإنه لم يورد أي نص خاص في القانون المدني بإسناد نزاع الفعل النافع المشوب بعنصر أجنبي الى قانون معين، وإنما جاء بقاعدة عامة في الفقرة الاولى من المادة (22) منه تنص على أن " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام". وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (22) المذكورة ما يلي " وتنحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام" .

الفصل الرابع
موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص

المبحث الأول: النظام العام

المطلب الأول: التعريف بالنظام العام والآداب.

النظام العام هو المصالح الجوهرية الأساسية والمُثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني ، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمُثل العليا سياسية أم أجتماعية أم أقتصادية أم خلقية أم دينية، والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدع والأنهيار .

ولا يقتصر مجال تطبيق النظام العام على فروع القانون العام، ولا يعد مفهوم النظام العام مترادفا لمصطلح القانون العام كما يتصور البعض، لأن مفهوم النظام العام أوسع بكثير من مفهوم القانون العام، ويعمل به حتى في نطاق بعض المسائل التي تحكمها فروع القانون الخاص.

المطلب الثاني: نطاق النظام العام.

مفهوم النظام العام ليس مطلقا ولا جامدا، بل هو نسبي ومتغير في الزمان والمكان.

فمثلاً:

أن العبيد فيما مضى كانوا يعدون من الاموال ومحلا للتصرفات القانونية.

كان الطلاق يعد مخالفا للنظام العام وممنوع قانونا في فرنسا الى عام 1884م، بينما يجيزه القانون الفرنسي في الوقت الحاضر.

كان التأمين على الحياة مخالفا للنظام العام سابقا على أساس أنه يتضمن مبدأ المضاربة على الحياة وفيه نوع من المقامرة وتشجيع الإجرام، بينما يعد اليوم أمرا مشروعا يجيزه القانون.

كان تعدد الزوجات أمرا مشروعا غير مخالف للنظام العام في تركيا سابقا بينما يعد اليوم عدم تعدد الزوجات هو من النظام العام في تركيا.

وما يعد من النظام العام في مجتمع ما قد لا يعد هكذا في مجتمع آخر ، فمثلا يباح تعدد الزوجات في القانون الأردني وفي الشريعة الأسلامية بأعتباره من النظام العام، بينما يعد الزواج بأكثر من واحدة مخالفا للنظام العام في القوانين الأوروبية.

والتبني غير مباح في تشريعات الدول العربية وبعض الدول الأسلامية ومنها المملكة الاردنية الهاشمية، بينما يقره القانون الفرنسي والتونسي والتركي.

والطلاق مباح في القانون الأردني ويعد ذلك من النظام العام، بينما لا يجوز الطلاق في القانون الإسباني ويعد هذا المنع من النظام العام.

المطلب الثالث: من الذي يحدد ما هو من النظام العام.

فوفقا لرأي " سافيني" يستلزم عدم ترك مسألة تقدير ما هو من النظام العام وما هو ليس منه للقاضي، بل يجب تعداد وحصر ما يعد من النظام العام بأعتبار أن تأثير النظام العام هنا ليس قاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص في تنازع القوانين، بل أستثناء من قاعدة قبول تطبيق القانون الأجنبي المختص.

ولهذا يرى أنصار النظريات الحديثة ضرورة عدم تحديد وحصر المسائل التي تدخل ضمن النظام العام مقدما، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين العامه، والقوانين الخاصة بالملكية العقارية وترك ذلك لقاضي الموضوع في الوقائع التي تعرض عليه. لأن تأثير النظام العام حسب رأيهم قاعدة عامة ثابتة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وليس أستثناء من قاعدة تطبيقه.

ويلحق بالنظام العام " الآداب العامة" ويقصد بها الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في الجماعة في وقت من الأوقات.

وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية مرنة تختلف بأختلاف الزمان والمكان وتتأثر بالعوامل الأخلاقية والأجتماعية والدينية.

والتعري وفتح النوادي الخاصة بالعراة مخالف للاداب العامة في الأردن بينما هناك المئات من النوادي الخاصة بالعراة في الولايات المتحدة الأمريكية لعدم أعتبار ذلك مخالفا للآداب العامة فيها.

إضافة الى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجنسي والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الاحكام الاجنبية أيضا. ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الاخرى التي تحذو حذوها في التشريع ، مثل الاردن والعراق ومصر وسوريا ولبنان .

وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ، وتحدد الموطن والجنسية والمركز القانوني للاجانب وكيفية تنفيذ الحكم القضائي الاجنبي.

وعلم القانون الدولي الخاص ليس بقديم ، بل هو حديث النشأه ، فالعالم القديم لم يكن يعرفه ، لان كل دولة كانت لها قوانينها الخاصه التي لا تقبل المزاحمة ، وكانت الدول تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة وتطبيق قوانينها على جميع المنازعات والاشخاص في إقليمها من جهة ، ولا تعترف بمركز قانوني للاجانب فيها من جهة أخرى. وكان هذا المبدأ سائدا عند اليونان والرومان والدول الاقطاعية في اوروبا وفي الصين قديما.

وظل الوضع هكذا حتى نشأت الدول الحديثة في اوروبا وأقرت كل واحدة منها قانونا خاصا بها يختلف عن قوانين الدول الاخرى وأخذت المحاكم تطبق قوانينها الوطنية دون الالتفاف الى قانون جنسية المتقاضين أو محل إجراء العقد أو غير ذلك من الظروف ، ولكن المحاكم لم تثاير على هذا الوضع عندما رأت انه غير عملي ، فبدأت في أيطاليا وفرنسا تطبق في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي ليس فقط قانون القاضي ، بل ايضا القانون الشخصي وغيره من القوانين .

الى أن استعمل لاول مرة أصطلاح القانون الدولي الخاص عام 1834 م من قبل رجال الفقه في هولندا ، وبرزت فكرة الجنسية بتبلور فكرة الدولة المستقلة ذات السيادة بعد قيام الثورة الفرنسية وأرتباط علاقة الفرد بها.

المبحث الثاني

موضوعات القانون الدولي الخاص

(تنازع القوانين) حيث يتم فيه تحديد القنون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي من بين القوانين المتنازعة للدول المختلفة على حكمه عن طريق قواعد قانونية موجودة في قانون القاضي تسمى " قواعد التنازع" او " قواعد الاسناد".

- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- الجنسية.
- الموطن.

فتوزع الافراد جغرافيا في العالم لا يتم بظرف الجنسية فقط بل بظرف الموطن ايضا . لان الفرد قد يرتبط روحيا وسياسيا بدولة معينة ويستقر ويعمل في دولة أخرى ، فتكون له جنسية الدولة الاولى وموطن في الدولة الثانية يجعله مركزا لصلاته العائلية وأعماله المعتادة بنية البقاء والاستقرار وينتج من ذلك الفرق بين المركز القانوني للمتوطن وغير المتوطن واختلافهما من ناحية مدى ما يتمتعان به من حقوق وما يتحملان به من واجبات عامة في الدولة.

- المركز القانوني للاجانب.

ونخلص من كل ما تقدم أن دراسة القانون الدولي الخاص تشمل الموضوعات التالية :

تنازع القوانين.

تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

الجنسية.

الموطن.

المركز القانوني للاجانب.

تنفيذ الحكام الاجنبية.

وقد يبدو لاول وهلة لأنه لا ترابط بين هذه الموضوعات التي تدخل ضمن دراسة القانون الدولي الخاص ، وأن كل موضوع يمكن أن يدرس بمفرده على شكل مادة علمية مستقلة عن القانون الدولي الخاص ، الا ان الواقع يكشف لنا أرتباط هذه الموضوعات ببعضها أرتباطا وثيقا يبرر الجمع بينها ضمن دراسة القانون الدولي الخاص.

المبحث الاول

طبيعة وخصائص القانون الدولي الخاص

هل يعد قانونا بالمعنى الصحيح؟ هل هو قانون دولي له صفة دولية أم قانون داخلي له صفة وطنية؟ هل هو من فروع القانون الخاص أم من فروع القنون العام.

مما لا شك فيه أن القانون الدولي الخاص قانون بالمعنى الحقيقي ولقوعده صفة الالزام ، ولا خلاف في ذلك .

فهناك من الفقهاء يعتبرونه قانونا داخليا بحتا ليست له صفة دولية. لان تصنيف القانون الى داخلي ودولي يقوم إما على أساس نطاق تطبيقه أو مصدره.

وأي من هذين الاساسين لا يتوافق مع قواعد القانون الدولي الخاص لعدم وجود التماثل والتوافق بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام . حيث أن قواعد كل من القوانين المذكورين لا يتوافق من حيث المصدر والموضوع وقوة الإلزام.

وإزاء من يذكر الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص ،هناك أخرون ينكرون كونه من القوانين الداخلية ويضفون عليه الصفة الدولية ويقولون : أن القانون الوطني يحكم العلاقات القانونية الداخلية المحضة ، في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تواجه علاقات أفراد تابعين لدول مختلفة ذات عنصر أجنبي لها مساس بأكثر من دولة واحدة، وبالإضافة الى ذلك فإن المراكز القانونية التي تتصدى قواعد القانون الدولي الخاص لحل منازعاتها لها في كثير من الاحيان انعكاسات على علاقات الدول نتيجة لاهتمام جميع الدول بمصالح رعاياها.

يثور الخلاف حول مسألة أخرى تتعلق بتحديد موضوع هذا القانون من قسمي القانون " العام والخاص" فهل هو من قسم القانون العام او من قسم القانون الخاص؟

يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي الخاص فؤع من فروع قسم القانون الخاص ، لأنه يعين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات القانونية الخاصة بين الافراد، فقواعده المتعلقة بتنازع القوانين تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم علاقات الافراد ، وقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في حكم هذه العلاقات وأن الجنسية ومركز الاجانب رغم كونهما من القانون العام ، الا أن الصلة الوثيقة القائمة بينهما وبين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي جعلتهما مسألة أولية لبحث التنازع وحله ولهذا أدخلا ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص كما سبق أن ذكرنا ذلك.

وينكر فريق اخر من الفقهاء إنتماء القانون الدولي الخاص الى قسم القانون الخاص ويرون ضرورة ضمه الى حظيرة قسم القانون العام على أساس انه ايضا متعلق بعلاقات الافراد بالدولة وعلاقات الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدوليه باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة ، وان بعض قواعده تتعلق بسيادة الدولة.

ومن هنا نصل الى جملة خصائص يتميز بها هذا القانون وهي :

انه قانون ملزم بالمعنى الصحيح ، لان بعض قواعده يتضمن الجزاء المادي الذي يحكم به القضاء المختص في الدولة ويتم تنفيذ الاحكام الصادرة بموجبه حسب الاصول أسوة بتنفيذ الاحكام الصادرة بموجب القوانين المرعية الاخرى في الدولة.

أنه قانون حديث النشأة إذا ما قيست نشأته بنشأة العديد من باقي فروع القانون إذ بدأ رجال الفقه يبحثون في شمال إيطاليا عن حل لتنازع القوانين في القرن الثالث عشر وراحوا يتلمسون الحلول لهذه المسألة من النصوص الرومانية ومن قواعد العرف التي كانت سائدة في ذلك الوقت ثم أمتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا الى فرنسا فهولندا وأنكلترا والدنيا الجديده وقد أستعمل لاول مرة أصطلاح القانون الدولي الخاص عام 1834 م بتأثير الفقه الهولندي ، ولهذا يمكن القول بأن مفهوم هذا القانون لم يتضح ويتطور الا بعد الثورة الفرنسية لان الدول قديما كانت تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة المطلقة وأقليمية قوانينها.

إنه قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الاخرى ، يحكم تعيين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي بين الاشخاص، عكس القانون الدولي العام الذي يحكم علاقات دولية بين الدول ويعد قانون فوق الدول بينما القانون الددولي الخاص ليس قانونا فوق الدول ،وان المشرع الوطني في كل دولة حر في وضع قواعده بما له من سيادة ووفقا للمصاح العليا في دولته دون الخضوع لسيادة ومصلحة دولة أخرى . كما أن المحاكم الوطنية هي التي تطبقها في الحدود الاقليمية لكل دولة ، ولهذا تختلف قواعده من دولة الى ولا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص فهناك قانون دولي خاص أردمي وقانون دولي خاص عراقي وقانون دولي خاص فرنسي ، وعلى أساس أن الروابط الاجتماعية تختلف بين قواعد القانون الدولي الخاص من دولة الى أخرى.

أنه فرع من فروع القانون الخاص وقواعده تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي الناتج عن العلاقات الخاصة بين الافراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية . فموضوعه تعيين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في العلاقات الخاصة بين الافراد عبر الحدود.

إن بعض قواعده " قواعد التنازع" قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على إسناد حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي الى القانون الواجب تطبيقه عندما تتنازع قوانين عدة دول على حكم هذه العلاقة ، دون أن تمس موضوع النزاع أصلا . أي انها ترشد قاضي الموضوع الى القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه بينما بعض قواعده الاخرى موضوعية تفصل في النزاع مباشرة كقواعد الجنسية ومركز الاجانب وتنفيذ الاحكام الاجنبية.

لا توجد قواعده بشكل مجموعة واحدة مستقلة، بل متوزعة بين قوانين مختلفة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الجنسية وقانون إقامة الاجانب لان أحكامه لا تبلغ من الكثرة حدا يسوغ إيرادها في مجموعة مستقلة ، خاصة بالنسبة لاحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي . ولهذا فهي قد تدرج عادة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية.

يعده البعض قانونا يشمل موضوعات

متعددة غير متجانسة وغير مترابطة من القانون العام والقانون الخاص مما يثير صعوبة في تحديد طبيعة قواعده فهو يحوي قواعد من القانون الخاص ، كقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تلعب دورا هاما في فض خلافات الافراد وحل علاقاتهم الخاصة عبر الحدود في روابط أحوالهم الشخصية والمالية ويحوي أيضا قواعد من القانون العام ، كقواعد الجنسية ومركز الاجانب التي تتدخل الدولة في تنظيمها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة لانها من أنظمة القانون العام ومتعلقة بالسيادة.

كما أنه مزيج من القانون الدولي والقانون الوطني لاحتوائه على قواعد من القانون الداخلي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي الناتج عن العلاقات الخاصة بين الافراد واخرى من القانون الدولي توفق بين سيادة مختلف الدول في مجال تطبيق القوانين ولهذا على المشرع عند وضع قواعده وعلى القاضي عند تطبيق نصوصه ملاحظة هذه الصفة المزدوجة التي يتميز بها هذا القانون ليتمكنا من التوفيق بين مصلحة وسيادة دولتيهما ومصلحة وسيادة الدول الاخرى.

أنه لا يحكم تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون الى دول متعددة وجنسيات مختلفة فحسب بل يحكم تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون الى دولة واحدة ايضا ، كعقد زواج يبرم بين أردني واردنية في فرنسا.

له مصدر متعدد ومختلفة تتسع لتشمل ثلاثة أنواع هي: مصادر وطنية " التشريع والعرف والقضاء والمبادىء العامة للقانون الدولي الخاص" ومصادر دولية " الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والاعراف الدولية والقضاء الدولي" ومصادر علمية " الفقة الداخلي والدولي".

المبحث الثاني
مصادر القانون الدولي الخاص
المطلب الاول : المصادر الدخلية

اولا: التشريع

أهمية التشريع كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص تختلف تبعا الى الموضوع الذي ينظمه المشرع ومدى الحاجة الى المبادرة المبكرة لمعالجته .

ومن القوانين المتبعة "قانون الاقامة وشؤون الاجانب" " قانون الجنسية الاردنية" " قانون أصول المحاكمات المدنية" " قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية" " القانون المدني الاردني" .

ثانيا: العرف الداخلي

رغم أن العرف ما يزال يحل مكان التشريع في أغلب الدول عند غياب النص في القانون المكتوب الا أن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريقه ليست كثيرة ، نذكر منها قاعدة " خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفى" وقاعدة " خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه" وقاعدة " خضوع الاهلية لقانون الجنسية" .

ثالثا: القضاء الداخلي

أما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني كفرنسا والدول التي تحذو حذوها ، مثل المملكة الاردنية الهاشمية والعراق وسوريا، فأن السابقة القضائية غير ملزمة على أساس أن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات وليس له خلق القواعد القانونية ولذلك لا يعد القضاء مصدرا رسميا للقانون.

المطلب الثاني : المصادر الدولية

اولا : الاتفاقيات والمعاهد الدولية :

خواص المعاهدات كمصدر للقانون الدولي الخاص:

الخاصية القانونية

الخاصية التعاقدية

الخاصية الاستثنائية

لقوة نفاذ المعاهد والاتفاقية الدولية إزاء القانون الداخلي ، فأذا كان التعارض قد حصل في نزاع مرفوع الى محكمة دولية .

إذا كان التعارض في نزاع معروض على محكمة وطنية في الدولة بين معاهدة أو اتفاقية دولية لاحقة للقانون الداخلي.

اما اذا كانت المعاهدة او الاتفاقية الدولية سابقة للقانون الداخلي فيلزم عندئذ التفريق بين حالتين:

أذا كان التعارض صريحا وواضحا فيتم الرجوع الى الدستور الدولة .

أما أذا كان التعارض صريحا ولم يوجد في الدستور أي نص صريح يقضي صراحة بسمو حكم المعاهدة.

ام اذا كان التعرض ضمنيا ولا يوجد في الدستور نص بترجيح المعاهدة على القانون الداخلي .

في المملكة الاردنية الهاشمية سكت الدستور عام 1952م عن هذه المسألة ، الا أن المادة (24) من القانون المدني الاردني قد أتت بحكم خاص لقواعد تنازع القوانين ينص على أن " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها" وتبدأ هذه المواد من (11-23) من القانون المدني.

ثانيا: العرف الدولي:

لا تكون الاعراف داخلية فحسب ، بل دولية ايضا عندما تتقبلها أكثرية الدول ويتكرر العمل بها عدة مرات ، الا ان تشابه احكام العرف الداخلي في مختلف الدول لا يقود وفق رأي بعض الشراح الى القول بوجود عرف دولي .

فمثلا تنص المادة (1/103) من الدستور الاردني على أن " تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق احكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الاحوال الشخصية للاجانب أو في الامور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون" .

* القضاء الدولي :

ومنها المحكمة الدائمة للتحكيم التي تأسست عام 1899م بموجب أتفاقية لاهاي وكانت تمثل نظام التقاضي الدولي المختار ونظرت في القضايا متعلقة بتنازع القوانين ومركز الاجانب وأصدرت عدة قرارات فيها ، كقرار التحكيم الذي أصدرته عام 1920م في نزاع نشب بين البرتغال من جهة وانكلترا وفرنسا واسبانيا من جهة اخرى على أثر قرار أصدرته الحكومة البرتغالية عام 1910م بمصادرة اموال وممتلكات الجمعيات الدينية الاجنبية في في البرتغال دون تعويض مما أثار حفظية بريطانيا وفرنسا وإسبانيا ، فاحتجت حكوماتها على هذا القرار ورفعت النزاع لمصلحة رعاياها الى محكمة التحكيم التي حكمت بالتعويض للمتضررين من هذا القرار من رعايا الدول المحتجة المذكورة.

وعندما تأسست محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الامم عام 1920م ، مثل قرارها الصادر في شباط سنة 1923م في النزاع الذي نشب بين فرنسا وانكلترا على أثر صدور تشريع في الجنسية من سلطات الحماية الفرنسية في " تونس ومراكش" أدى الى احتجاج بريطانيا وجاء فيه " لكل دولة الحرية التامه في تنظيم جنسيتها ولا يقيدها في ذلك تجاه الدول الاخرى الا ما تفرضه عليها المعاهدات" .

محكمة العدل الدولية عام 1945م منها قرارها عام 1954م في قضية " ناتبام" الذي جاء فيه " لا يجوز للدولة ان تفرض جنسيتها على شخص لا توجد رابطة حقيقية بينها وبين هذا الشخص تبرر فرض جنسيتها عليه"

الا ان احكام محكمة العدل الدولية لا تنهض كمصادر دائمة مستقلة ملزمة للقانون الدولي الخاص وفقا للفقرة (4) من المادة (38) من الدستور التي اعتبرت القضاء الدولي كالفقه وسيلة لمساعدة قواعد القانون .

المطلب الثالث : المصادر العلمية

يراد بامصادر العلمية هنا ، مصادر القانون الدولي الخاص النظرية المتمثلة في أراء المؤلفين والباحثين التي ينبني عليها فقه هذا الفرع من القانون .

فالفقه عون للمشرع في وضع النصوص الجيدة وللقاضي في إصدار الاحكام السليمة رغم انه لا يتضمن عنصر الالزام .

ولقد ادرك المشرع الاردني هذه الحقيقة ، فنص في المادة (25) من القانون المدني على أن " تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين" فهذا النص اعتبر مبادىء القانون الدولي الخاص مصدرا لقواعد هذه الفرع من القانون .

المبحث الاول
التعريف بتنازع القوانين ولنواعه وتكامله التاريخي

الفرع الاول: التعريف بتنازع القوانين

هو التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو اكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي في علاقة قانونية خاصة تتصل في عنصر أو إكثر من عناصرها بتلك القوانين المتنازعة ، واجراء المفاضلة بين هذه القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة بإرشاد من قواعد الاسناد.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لتنازع القوانين

اولا: النظريات القديمة

وقد ظهرت بشكل مدارس في فرنسا وايطاليا وهولندا وكالاتي:

نظرية الاحوال الايطالية " مدرسة الحواشي"

نظرية الاحوال الفرنسية.

نظرية الاحوال الهولندية.

ثانيا: النظريات الحديثة.

النظريات الالمانية.

نظرية واغجر(waechter)

نظرية سافنر(Schaeffer)

نظرية سافيني(savigny)

نظرية هاوس(haus)

2. النظريات الايطالية الحديثة:

نظرية مانشيني(mancini)

3. النظريات الفرنسية الحديثة:

نظرية بليت.

ثالثا: موقف الشريعة الاسلامية من فكرة تنازع القوانين

وصنف الافراد في دار الاسلام الى الفئات التالية:

المسلمون: كانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا.

الذميون: وهم من رعايا الدولة الاسلامية من اهل الكتاب من النصارى واليهود الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الاسلام ويرتبطون مع المسلمين بعهد الذمة ولهم ما للمسلمين من حقوق عامة وحماية لقاء جزية يدفعها كل مقتدر.

المستأمنون: وهم الذين كانوا يأتون من دار الحرب الى دار المسلمين لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الاقامة في دار الاسلام.

المحاربون: وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالاسلام ويحاربون ويجب مقاتلتهم.

المطلب الثاني: انواع تنازع القوانين.

وصنف تنازع القوانين الى عدة انواع ، اهمها ما يلي:

تنازع القوانين العامة وتنازع القوتنين الخاصة.

تنازع القوانين من حيث الزمان وتنازع القوانين من حيث المكان.

تنازع القوانين المختلطة.

التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين.

تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

التنازع الايجابي والتنازع السلبي للقوانين.

تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية للتصرف القانوني.

المطلب الثالث: أسباب تنازع القوانينوحلوله

اولا: أسباب تنازع القوانين.

سيادة الدولة .

اختلاف أحكام التشريعات.

ثانيا:وسائل معالجة تنازع القوانين.

الوسيلة الداخلية(التشريع).

الوسائل الدولية(المعاهدات والاتفاقيات الدولية).

المطلب الرابع: شروط تنازع القوانين الدولي.

وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية.

أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة.

أن يكون التنازع بين قوانين خاصة.

أن يتسامح المشرع الوطني ويقبل تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمها على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي.

وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة .

المبحث الاول
أساس تطبيق القانون الاجنبي

العدالة.
الحقوق المكتسبة.
الملاءمة.
المجاملة.
العرف.
الالتزام الطبيعي.

المبحث الثاني
مراحل تطبيق القانون الاجنبي

المطلب الاول : التكييف.

التكييف: هو تحديد الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية أو لنظام قانوني.
في 4 من شهر آب سنة 1857م حرر هولندي مقيم في فرنسا وصية عرفية مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يده.
وهناك قضية أخرى وقعت عام 1908م بين إنكلترا وفرنسا وتتلخص وقائعها بما يلي : تزوج فرنسي الجنسية عمره(19) سنة متوطن في إنكلترا أسمه (أوكادن) من أمرأة إنكليزية دون حصوله على رضا الوالدين مخالفا بذلك نص المادة (148) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع الولد من الزواج بدون حصوله على رضا الوالدين إذا لم يكن بالغا (25) سنة من عمره.

وهناك عدة مجالات أخرى تؤدي الى التنازع في التكييف غير التي ذكرناها ضمن الامثلة السابقة نذكر منها ما يلي :

في قوانين بعض الدول يكيف التقادم بمرور الزمان بمسألة أصولية تخضع لقانون القاضي ، كما في القانون الامريكي ، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بمسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس وجوهر النزاع ، كما في قوانين بعض الدول الاوروبية.

موضوع دعوى إثبات نسب المولود من زواج غير شرعي يكيف في قوانين بعض الدول على أساس الفعل غير المشروع ويخضع لقانون محل وقوع الفعل غير المشروع ، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بالحقوق العائلية ويخضع للقانون الشخصي.

تكيف إجراءات الزواج الديني في قوانين بعض الدول بمسألة موضوعية وتخضع للقانون الذي يحكم الموضوع ، كما في القانون اليوناني ،بينما تكيف في قوانين دول اخرى بالشكليات وتخضع لقانون مكان إبرام عقد الزواج.

يكيف التعويض المتولد من فسخ الخطبة في قوانين بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية التي تخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار ، كما في الاردن بينما في قوانين دول اخرى يكيف بالحقوق العائلية التي تخضع للقانون الشخصي ،كما في تركيا .

أن المال الذي يكيف بالمنقول في قانون دولة معينة ، قد يكيف بغير منقول في قوانين دول أخرى ، كالعقار بالتخصيص الذي هو مال منقول بطبيعته ، الا أن القانون يعده عقارا بالتخصيص إذا وضعه مالكه رصدا لخدمة عقار مملوك له واستغلاله .

في قوانين بعض الدول تكيف الحضانة بأثر من آثار الزواج وتخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت إنعقاد الزواج بينما في قوانين دول أخرى تكيف بأثار الطلاق ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ،وفي قوانين دول اخرى تكيف بالولاية على النفس وتخضع لقانون من تجب حمايته ،أي قانون جنسية المحضون.

القانون الذي يحكم التكييف:

التكييف ينقل القاعدة القانونية من الحالة النظرية الى الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها وحل نزاعها . فالتكييف إذن أمر ضروري وأولي لحل تنازع القوانين ، لان تعيين القانون الذي يحكم النزاع يتوقف على تحديد وصف وطبيعة العلاقة وإدخالها ضمن وصف قانوني معين ، ولهذا نتساءل: وفقا لاي قانون يجب أن يتم التكييف؟. للاجابة على ذلك نقول: أن التكييف من مسائل القانون الدولي الخاص الاكثر إثارة لنظريات ومناقشات حادة وطويلة حول القانون الذي يحكمه كالاتي:

أولا: نظرية القانون المقارن.
تذهب الى إخضاع التكييف للافكار العالمية في القانون المقارن.

ثانيا: نظرية قانون القاضي.
تذهب هذه النظرية الى إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض عليه النزاع المشوب بعنصر أجنبي.
ولكن النظرية تستثني من هذه القاعدة ما يلي:
تكييف المال لغرض تصنيفه الى عقار ومنقول ، حيث يجب إخضاعه لقانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية.
إذا استحال تكييف موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي ماديا، لجهله به، يجب على القاضي عدم تكييفه وفقا لقانونه الوطني، بل بموجب نفس القانون الاجنبي الذي ورد فيه هذا النظام القانوني .
إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في دولة القاضي يقضي بإخضاع التكييف في مسائل معينة لقانون آخر غير القانون الوطني.

ثالثا: نظرية أخضاع التكييف للقانون المختص
وتذهب هذه النظرية الى أعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع.
أي الى القانون الذي يتقرر تطبيقه في العلاقة القانونية موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

التكييف في القانون الاردني :

نصت المادة (11) منه على أن " القانون الاردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها".

والمشرع الاردني لم يورد أستثناء على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الاردني فيما يتعلق بوصف الشيء وتحديد ما إذا كان يعد عقارا أو منقولا، بغية ترك هذه المسألة للاجتهاد ، ولان إعطاء الاختصاص في وصف الشيء وتحديد ما إذا كان منقولا أو عقارا لقانون موقع الشيء أصبح من المبادىء الشائعة، وما شاع وأنتشر دوليا يعمل به حتى في حالة عدم وجود نص ، تبيقا للمادة (25) من القانون المدني، وأنما جاء باستثناء واحد على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الاردني ، وهو حالة وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة يقضي بأخراج التكييف من أختصاص القانون الاردني.إذ على القاضي الاردني في هذه الحالة الالتزام بالمضمون الذي تقرره المعاهدة أو القانون الخاص تطبيقا للمادة (24) من القانون المدني.

وبأنتهاء تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع تنتهي مهمة قاضي الموضوع في التكييف. أي تنتهي مرحلة التكيييف لتبدأ مرحلة الإسناد.

المطلب الثاني: الإحالة

" أحالة القانون المختص حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي الى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه".

نشأة الإحالة:

في الواقع أن الإحالة ظهرت لأول مرة عام 1841م أمام المحاكم الانكليزية الأ أنها لم تتوضح وتتبلور الى نظرية قانونية الأ في قضية " فركو" أمام المحاكم الفرنسية عام 1875م ، فما هي قضية فركو؟

كان " فركو" بافاري المولد من زواج غير شرعي ويتمتع بالجنسية البافارية عندما جاء مع والدته الى فرنسا وعمره خمس سنوات ومات فيها في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك أية وصية أو ان يكتسب أي موطن قانوني في فرنسا . لان أكتساب الموطن القانوني في فرنسا كان يتطلب الإذن الرسمي الخاص بالتوطن ولم يثبت أن " فركو" قد حصل على مثل هذا الإذن ، فاعتبرمحتفظا بموطنه القانوني في بافاريا.

النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي:

أن نطاق مفهوم الثاني أضيق من مفهوم الأول، لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها وأن أي أتفاق على خلافها يعتبر باطلا ، بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد آمرة تمنع تطبيق القانون الأجنبي وتحل قانون القاضي محله.

فدور النظام العام في القوانين الداخلية البحتة هو منع خروج الأفراد على قواعدها الآمرة أو الناهية أو تعطيلها باتفاقاتهم الخاصة وأعتبار أي اتفاق يخالفها باطلا ، بينما دور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو أستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية وأستبدال قانون القاضي به.

فهما يتشابهان ويشتركان في أن هدفهما واحد وهو حماية المجتمع ومصالحه الأساسية وأن الدفع بكل واحد منهما أمام المحكمة يكون عن طريق التمسك بفكرة النظام العام، ولكنهما يختلفان في أن الدفع بالنظام العام الداخلي يكون في علاقة قانونية داخلية محضة في جميع عناصرها، بينما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

وهكذا يترتب على التمسك بفكرة النظام العام في القانون الداخلي البحت بطلان التصرف القانوني المتعارض معها. في حين أن التمسك بفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا يؤدي الى بطلان التصرف القانوني المتعارض معها، وإنما الى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذا ما تنص عليه المادة (29) من القانون المدني الأردني.

انواع الإحالة:

الإحالة على نوعين هما:

الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة .

وفي هذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي ، حل المسألة الى قانون القاضي نفسه.

الإحالة ذات الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة.

وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرر تطبيقه حل النزاع الى قانون القاضي نفسه ،وانما يحيله الى قانون دولة ثالثة ، فتتولد إحالة من درجتين ، ومثال على ذلك " تخضع التركة غير المنقولة في القانون الالماني لقانون المتوفى وفي القانون التركي لقانون موقعها .

الإحالة بين أنصارها وخصومها :

رغم قبول الإحالة في تشريعات وقضاء دول عديدة بعد قضية " فركو" ، فقد أستمر النقاش حولها وانقسم الفقهاء بشأنها الى أنصار وخصوم لها . ففي الوقت الذي برز فقهاء أنصار يدافعون عن فكرة الإحالة ويطلبون تعميمها على كافة المسائل القانونية ويبررونها بالأدلة والبراهين القاطعة، وبرزت جماعة أخرى ترفضها وتدحض أراء أنصارها بالأدلة والبراهين القاطعة، باعتبارها تؤدي الى تعقيد العلاقات القانونية ، وتتركز هذه الآراء في ما يلي :

أولا: أراء وأدلة أنصار الإحالة .
ثانيا: آراء خصوم الإحالة .

الإحالة في القانون الاردني :
رفض فيها الإحالة بنوعيها . إذ نصت المادة (28) منه على أنه " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" .
بأن ما قررته المادة (28) المذكورة من مبدأ رافض للإحالة كقاعدة عامة لا يمكن أن يلحقها بعض الاستثناءات التي ترد في قانون خاص أو في أتفاقية دولية نافذة في الاردن بمقتضى المادة (24) المذكورة من القانون المدني. لان المادة (24) أجازت الخروج عما تقرره قواعد الإسناد السابقة لها بنص خاص أو أتفاقية دولية بقولها " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها" .
فالمادة (24) المذكورة وردت سابقة للمادة (28) من القانون المدني ويقتصر سريانها على قواعد الإسناد السابقة لها دون اللاحقة .

التفويض أو الإحالة الضرورية:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا بسبب تعدد المقاطعات أو الولايات فيها وخضوع كل مقاطعة أو ولاية لقوانين وشرائع خاصة بها كما في سويسرا والولايات المتحدة الامريكية. أو تعددا شخصيا ووجود شرائع متعددة بسبب وجود طوائف مختلفة فيها وخضوع كل طائفة منها الى شريعة خاصة بها في الزواج والطلاق والنفقة الى غير ذلك.

وواجه المشرع الاردني هذا الموضوع عندما نص في المادة (27) من القانون المدني صراحة على أنه " إذا ظهر من الاحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها".

القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وفقا لقواعد الإسناد الاردنية

أن المشرع الاردني لم يستند في وضع قواعد الإسناد هذه الى مبدأ إقليمية تطبيق القوانين الاردنية أو شخصيتها بشكل مطلق، وإنما أخذ بمبدا إقليمية تطبيق القانون كقاعدة عامة ، وبمبدا شخصية تطبيق القانون كاستثناء، وتنازل فيهما عن اختصاص القانون الوطني نسبيا مجيزا بذلك تطبيق قانون أجنبي في الاردن إذا أشارت قواعد الإسناد الاردنية الى ذلك.

المبحث الاول
القانون الواجب تطبيقه في التنازع المتعلق بحالة عديم ومزدوج ومتعدد الجنسية

المطلب الاول : القانون الواجب تطبيقه على حالة عديم الجنسية في التنازع السلبي للقوانين.
يحصل التنازع السلبي للقوانين عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين ولا تعترف بأختصاص قانونها الوطني في مسائل أحواله الشخصية لوقوعه في حالة اللاجنسية .
لا يوجد أتفاق في ألآراء بشأن هذه المسألة ، ولهذا انقسمت الحلول المقترحة الى اتجاهات مختلفة كالاتي:
هناك من يذهب الى أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعا بجنسيتها، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في المانيا.
وهناك من يذهب الى ان القانون الواجب تطبيقه في الحالة هو قانون موطن عديم الجنسية، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا على أساس أن الفرد يرتبط بالدولة إما برابطة الجنسية، او برابطة الموطن، وأخذ به ايضا المشرع الاردني في المادة (26) من القانون المدني الاردني بقوله " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية"
وهذا يعني أن المشرع الاردني ترك أمر تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية لتقدير القاضي دون أن يقيده بقيد يحد من إجتهاده. ولكن جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني بهذا الصدد " أن القاضي يعتد غالبا في هذه الحالة بقانون محل إقامة الشخص".

المطلب الثاني: القانون الواجب تطبيقه على حالة مزدوج ومتعدد الجنسية في التنازع الايجابي للقوانين .

مزدوج الجنسية هو من يتمتع بجنسية دولتين.إذا كان أحد الجنسيات التي يتمتع بها الشخص تابعة لدولة المحكمة التي تنظر النزاع ، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على مسائل أحواله الشخصية.

وينص عليه الشق الأخير من المادة(26) من القانون المدني الاردني بقوله " على أن الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الاردنية وجنسية دولة أجنبية ، فإن القانون الاردني هو الذي يجب تطبيقه". أما اذا كان النزاع المعروض أمام محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بإحدى الجنسيات التي يتمتع بها متعدد ومزدوج الجنسية ، فقد قيلت عدة آراء بصدد كيفية حل هذا التنازع والقانون الواجب تطبيقه فيه مع الاعتراف مبدئيا بعدم جواز الرجوع في هذه الحالة الى قانون القاضي ، بأعتبار أن قانون القاضي لا يهتم الإ بتحديد جنسية رعايا دولته فقط دون غيرهم . وهذه الآراء هي :

رأي يذهب الى ضرورة حل التنازع بالطرق الدبلوماسية إحتراما لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع .

ويذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق قانون الجنسية السابقة في النزاع احتراما للحقوق المكتسبة.

ويذهب رأي ثالث الى وجوب تطبيق قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة متعدد ومزدوج الجنسية .

ووفق رأي رابع يجب تطبيق قانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية لمزدوج ومتعدد الجنسية ويتم تعيين هذه الجنسية بظروف واقع الحال ، كمدى قدرته على التخاطب بلغة الدولة المراد تثبيت جنسيتها له أو مدى إمكان عيشه في تلك الدولة أو أداء الخدمة العسكرية أو مباشرة النشاط التجاري أو تولي إحدى الوظائف العامة أو الإقامة فيها ، أو محل مراسلاته ووجود أمواله.

فالراجح هو معيار الجنسية الفعلية او الحقيقية ، ووسيلة الكشف عن هذه الجنسية مسألة تتعلق بالوقائع يترك تقديرها للقاضي وقد أخذ المشرع الاردني بهذا الرأي ، عندما نص في الشق الاول من المادة (26) من القانون المدني على أن " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" . ويأخذ النظام الاساس لمحكمة العدل الدولية بمبدأ الجنسية الفعلية لعضوية قضاة المحكمة على أساس التمتع بالحقوق المدنية والسياسية .

المبحث الثاني
القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأحوال الشخصية

لم يأت المشرع الاردني بتعريف معينن للاحوال الشخصية لان الشريعة الأسلامية لم تعرفها ، رغم أنه أطلق على القانون الذي ينظم الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار والوصية أسم " قانون الأحوال الشخصية" . فالأحوال الشخصية عبارة عن مجموعة عناصر وصفات خاصة يتميز بها الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ويرتب عليها القانون آثارا قانونية في حياته الخاصة وروابطه العائلية كونه ذكرا أو أنثى ، زوجا أو أرملآ ، مطلقا ، أبا أ, ابنا ، كامل الأهلية أو ناقص الأهلية . أي الزواج واطلاق والنسب والأبوة والبنوة والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية والولاية والوصايا والقيمومة والخطبة والمهر الى غير ذلك.
وقد نصت المادة(12) من القانون المدني الاردني على أن " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" .

المطلب الاول : القانون الذي يحكم الإهلية.

الاهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تكون له أو عليه حقوق وقدرته على التصرف بها وأداء ما عليه من التزامات على وجه يعتد به القانون عند مباشرته وأستعماله هذه الحقوق أستعمالآ يحميه القانون ، سواء أكانت متعلقة بالروابط المالية أم بالأحوال الشخصية ، ويلزم إعطاء الاختصاص فيها لقانون الجنسية. ولهذا فإن غالبية التشريعات تخضع الأهلية لقانون الجنسية ، ومنها قاعدة الإسناد الأردنية في الشق الاول من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني الذي ينص على أن " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وكذلك تنص المادة (2/130) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1960 على أن " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلاده ، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلاده" .

وتكون العبرة بقانون جنسية الشخص وقت وجوب الحق ووقت إجراء التصرف القانوني ، والمقصود بالأهلية هنا هو أهلية الأداء .

فالقانون الوطني للقاصر هو الواجب تطبيقه في مسألة هل أنه يخضع للولاية أو للوصاية أو للقوامة وتحديد من يصلح ليكون وليا او وصيا او قيما او عليه ليحمي حقوقه وكيفية عزله وتقييد سلطته وتقدير المكافأة له ، وهذا ما تنص عليه المادة (17) من القانون المدني الاردني بقولها " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصايا والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" . أما الإجراءات الواجب أتباعها في مسائل الوصايا والقوامة والولاية وما اليها ، فيطبق في شأنها قانون القاضي ، مثل كيفية قيام الموصي أو الولي أو المقيم بإدارة أموال من تجب حمايته وتقديم كشوف حسابات حقوقه.

أستثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

اولا : المصلحة الوطنية.

أخذ الشق الاول من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني بهذا المبدأ بقوله " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" . ولكن مبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية قد لا يجد له التطبيق إذا وجدت مصلحة وطنية تقضي بخلاف ذلك كالتي نص عليها المشرع في الشق الثاني من الفقرة (1) من المادة (12) من القانون المدني الاردني بقوله " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الاردنية الهاشمية وتترتب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في اهليته".

إذن يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية وإحلال القانون الاردني محل قانون جنسية الاجنبي في تحديد أهليته ما يلي:

أن يكون التصرف موضوع النزاع ماليا معقودا في الاردن وتترتب آثاره فيه.

أن يكون أحد أطراف التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني وكامل الأهلية وفقا للقانون المدني، والطرف الآخر أردنيا كامل الأهلية وفقا للقانون الاردني.

أن يرجع عدم معرفة نقص أهلية الأجنبي الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاردني تبينه. لان سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي تنفي حسن نية الطرف الاردني . وتقدير سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي أو صعوبتها أمر متروك لتقدير القاضي الذي عليه أن يأخذ بنظر الأعتبار الظروف التي تم فيها التصرف القانوني موضوع النزاع. ويرتب على الاخذ بالمصلحة الوطنية عدم حكم أهلية الأجنبي بقانونه الوطني بالنسبة للتصرف المالي الذي يعقده في الاردن ويترتب أثره فيه ويتولد منه ضرر مالي لأحد الأردنيين ، ويصحح العقد كأنه صادر عن كامل الأهلية كما ورد في القانون الاردني ، ورفض دفع الأجنبي بنقص أهليته وفقا لقانونه الوطني ويلزم بما يرتبه العقد عليه من التزامات ويقبل ادعاء الاردني بجهل قانون دولة هذا الأجنبي.

ثانيا: وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة .

وذلك أن المادة (24) من القانون المدني تنص على أن " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها".

وخير مثال على ذلك ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الاردنية رقم 6 لسنة 1954م التي جعلت سن الرشد للاردنيين والأجانب في جميع الأمور االتي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة شمسية وفقا للقانون الاردني ، وهكذا الأمر بالنسبة للفقرة (2) من المادة (130) من قانون التجارة الاردني رقم 1996م .

المطلب الثاني : القانون الذي يحكم الخطبة.

فالخطبة: هي طلب الرجل المرأة للزواج ، بحيث إذا تقدم رجل لخطبة فتاة وأجيب على طلبه تتم الخطبة بذلك ولكن لا ينعقد الزواج . لأن الخطبة ما هي إلا مقدمة غير ملزمة للزواج ويحق لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عنها متى شاء. فلا يعتبر عقد الزواج تاما بالخطبة، وهذا ما تؤكده المادة (3) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

بينما قوانين دول أخرى نظمت أحكام الخطبة وشروطها الموضوعة والشكلية والآثار التي تترتب عليها عند العدول عنها بأعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية التي يسري عليها من حيث شروطها الموضوعية والأضرار المتولدة منها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها لا على أساس الفعل الضار ، بل على أساس أنها من الحقوق العائلية .

ولاختلاف الأحكام الواردة في التشريعات بشأن الخطبة وآثارها فقد دخلت ضمن دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص.

التفرقة بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية:

اولا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة.

إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحده ، فإن الشروط الموضوعية في الخطبة نخضع لقانونهما الوطني المشترك من حيث تحديد أهليتهما والآثار القانونية المتولدة من فسخها ما لم يكن هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي .

وإذا لم يكن الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحده ، بل من جنسيتين مختلفتين تبرز عندئذ أهمية معرفة القانون الواجب تطبيقه ، وقد ساق الفقهاء عدة أراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة أهمها ما يلي:

تطبيق القانون الوطني للمدين.

تطبيق قانون الرجل.

تطبيق القانون المحلي.

تطبيق قانون القاضي.

أما القانون المدني الاردني فقد سكت عن هذا الموضوع ولهذا يمكن إعمال القاعدة الخاصة بالزواج من حيث الأهلية والرضا وموانع الزواج بالنسبة للانعقاد والفسخ والقاعدة الخاصة بالفعل الضار من حيث الآثار.

ثانيا : تنازع القوانين النتولد من الشروط الشكلية للخطبة. فإنه يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة . ولما كان الاردني لا يفرض أي شكل معين للخطبة وانما تتم الخطبة عادة بإجراءات شكليةومراسيم مختلفة في المجتمع ، لذا تعد الخطبة صحيحة إذا حصلت وفقا لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيها الاوضاع التي يقررها قانون كل من الخاطبين قياسا على حكم الفقرة (2) من المادة (13) من القانون المدني. المطلب الثالث: القانون الذي يحكم الزواج وما يتعلق به.

الزواج في الشريعة الاسلامية عقد يفيد أستمتاع كل من العاقدين " الزوج والزوجة" بالآخر شرعا طلبا للنسل.

وعرفته المادة(2) من قانون الاحوال الشخصية الاردني بأنه " عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما" .

ولا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج الإ أن كل مجتمع يستأثر بمفاهيم عائلية وأفكار اساسية خاصة به لتنظيم الروابط الأسرية يستمدها من أصوله الأخلاقية والدينية والإجتماعية ومثله العليا التي يستند اليها كيانه وديمومته .

وأسس نظام الزواج تختلف في قوانين دول العالم ، فسن الزواج في الاردن مثلا قد تختلف على سن الزواج الزواج في دولة اخرى ، ولا يقتصر هذا الاختلاف على سن الزواج فقط بل يمتد الى شروط إنعقاده وآثاره والإنقضائه.

ولإنعقاد الزواج صحيحا لا بد من عدم وجود مانع من موانع الزواج والا طان باطلا . ومن أهم هذه الموانع ، تعدد الزوجات وتعدد الازواج والحجر لجنون أو عته واختلاف المذهب .

اولا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية لصحة الزواج.

الشروط الموضوعية هي التي تتوقف صحة الزواج على تحققها كتوافر الأهلية والرضا وصلاحية المرأة لان تكون محلا للعقد بأن لا تكون محرمة على من يريد الزواج بها .وفي الشريعة الإسلامية تعد من الشروط الموضوعية ايضا شروط اللزوم كالمهر وتعادله وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج.

وفقا للفقرة الاولى من المادة (13) من القانون المدني الاردني التي تنص على أن " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين".

ولكن المشرع الاردني عاد فأورد أستثناء على قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين إذا كان أحدهما أردنيا وقت أنعقاد الزواج بقوله في المادة (15) من القانون المدني " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الاردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

إن الإشكال يظهر اذا كانا من جنسيتين مختلفتين بالنسبة لتحديد المقصود بقانون كل من الزوجين وبيان كيفية تطبيق هذه القاعدة إذ ذهب البعض الى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو وجوب توافر شروط صحة الزواج الموضوعية في كل زوج وفقا للقانونين معا . أي أن يتم تطبيق القانونين جمعا.

وذهب البعض الآخر الى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو أن تتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به في قانونه الوطني فقط ، أي تطبيق قانون كل من الزوجين(موزعا) وليس جمعا.

ثانيا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لعقد الزواج.

الشروط الشكلية لعقد الزواج، هي المراسيم والاوضاع الإجتماعية والدينية لإشهار وإعلانه وإظهاره في المجتمع عن طريق الاحتفال به بشكل من اشكال العلنية والاشهار بأوضاع خارجية مألوفة والشريعة الإسلامية لم تهتم كثيرا بهذه الشكلية لإنعقاد عقد الزواج ولم تشترط الكتابة بل اشترطت الإعلان والإظهار بحضور شهود على أساس أن دور الكتابة يقتصر على الإثبات فقط دون صحة الإنعقاد.

وفي المملكة الاردنية الهاشمية وإن لم يصرح المشرع بتعبير " شروط شكلية لعقد الزواج" اقتداء بالشريعة الاسلامية الإ أن اشتراطه ضرورة تفريغ عقد الزواج في وثيقة رسمية على يد مأذون القاضي ووجوب تسجيله في سجلات خاصة وأقراره العقوبة فقط دون البطلان على كل من يخالف ذلك.

رغم المادة (15) التي تنص على أن " في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون الاردني وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج".

نصت الفقرة (2) من المادة (13) منه على الاتي " أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي واردني صحيحا إذا عقد وفقا لإوضاع البلد الذي فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

ثانيا : تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لعقد الزواج.

الشروط الشكلية لعقد الزواج، هي المراسيم والاوضاع الإجتماعية والدينية لإشهار وإعلانه وإظهاره في المجتمع عن طريق الاحتفال به بشكل من اشكال العلنية والاشهار بأوضاع خارجية مألوفة والشريعة الإسلامية لم تهتم كثيرا بهذه الشكلية لإنعقاد عقد الزواج ولم تشترط الكتابة بل اشترطت الإعلان والإظهار بحضور شهود على أساس أن دور الكتابة يقتصر على الإثبات فقط دون صحة الإنعقاد.

وفي المملكة الاردنية الهاشمية وإن لم يصرح المشرع بتعبير " شروط شكلية لعقد الزواج" اقتداء بالشريعة الاسلامية الإ أن اشتراطه ضرورة تفريغ عقد الزواج في وثيقة رسمية على يد مأذون القاضي ووجوب تسجيله في سجلات خاصة وأقراره العقوبة فقط دون البطلان على كل من يخالف ذلك.

رغم المادة (15) التي تنص على أن " في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج ، يسري القانون الاردني وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج".

نصت الفقرة (2) من المادة (13) منه على الاتي " أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي واردني صحيحا إذا عقد وفقا لإوضاع البلد الذي فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

القانون الذي يحكم آثار الزواج :

إن الفقرة الاولى من المادة (14) من القانون المدني الاردني أجابت على هذا التساؤل بقولها " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الى المال".

وآثار الزواج التي يحكمها قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج تنقسم الى قسمين:

الآثار الشخصية:

وهي الاثار التي تتصل بالزوجين في علاقتهما الشخصية وما يترتب عليهما من حقوق وواجبات شخصية متبادلة كالطاعة وحسن المعاشرة والإخلاص والمعاملة والمساكنة.

الآثار المالية:

وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع بالنظام المالي للزوجين الذي يبين حقوق والتزامات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الاموال وإدارتها والانتفاع بها ويعطي للزوج حق إدارتها في قوانين بعض الدول خلافا لاحكام الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين وكذلك نفقة الزوجة.

كما أنه إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت إنعقاد الزواج ، فإن القانون الذي يسري على آثار الزواج " الشخصية والمالية" هو القانون الاردني وحده سواء أكان الزوج أردنيا والزوجة أجنبية أو الزوجة أردنية والزوج أجنبيا ،وذلك تطبيقا للمادة (15) من القانون المدني الاردني.

القانون الذي يحكم إنتهاء الزواج:

ينتهي عقد الزواج عادة بالوفاة او الطلاق او بالتفريق او بالبطلان او بالانفصال الجسماني.

تنص الفقرة الثانية من المادة (14) منه على ما يلي " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والإنفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى".

ويستثني من الحكم المذكور في المادة (2/14) من القانون المدني الاردني المتضمن إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق والتطليق والإنفصال لقانون الزوج وقت رفع الدعوى ، إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت إنعقاد الزواج"

المطلب الرابع: القانون الذي يحكم النسب.

النسب رابطة طبيعية تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ، كالنفقة والحضانة وحق التربية والتأديب والولاية . وقد يكون النسب من جهة الاب وقد يكون من جهة الام.

اولا : القانون الذي يحكم النسب الصحيح " البنوة الشرعية".

إذا كان الاب والام والطفل من جنسية واحدة ، لا إشكال في الموضوع ، لأن القانون الواجب تطبيقه في الحالة على دعوى إثبات النسب هو قانون جنسيتهم المشتركة بشرط الا يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي.

أما اذا كان جنسياتهم مختلفة ، فقد تباينت الآراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في نزاع النسب ومتعلقاته، ويرى البعض لزوم تطبيق قانون الدولة التي يتمتع الاب بجنسيتها وقت إنعقاد الزواج، ويذهب رأي أخر الى لزوم تطبيق قانون الاب وقانون الولد جمعا، ويرجع البعض الآخر تطبيق قانون الابن على أساس أن النسب من عناصر حالته الشخصية مما يجب إخضاعه لقانون الدولة التي تمتع بجنسيتها يوم ميلاده .

ولعدم ورود نص في القانون المدني الاردني بخصوص تحديد القانون الواجب تطبيقه على المسائل الخاصة بالنسب ، فإننا نعتقد بأن النسب بوصفه أثرا من آثار الزواج يجب إخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي إليها (الاب) الذي يراد إثبات النسب إليه وقت إنعقاد الزواج بالنسبة للاقرار أو إنكارها أو إثباتها ، تبيقا للمادة (1/14) من القانون المدني الاردني التي أخضعت آثار الزواج لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج، ولكن بشرط عدم مخالفة هذا القانون للنظام العم والآداب في الاردن ، والا يتم إستبعاد تطبيقه وفقا للمادة (29) من القانون المدني الاردني.

أما ما يترتب على ثبوت البنوة الشرعية من مسائل موضوعية خاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية ، فإنه يخضع لقانونهم الشخصي وفقا للمادة (17) من القانون المدني الاردني التي تنص " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصايا والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"

ثانيا : القانون الذي يحكم البنوة غير الشرعية.

في بعض التشريعات تترتب فيها الواجبات على الام، وفي تشريعات أخرى تترتب الواجبات على الاب إستنادا الى آثار الفعل غير المشروع، وفي دول أخرى يسند حكم النزاع المتعلق بالبنوة غير الشرعية الى قانون جنسية الإبن بالنظر لتكييفها على انها من مسائل الاحوال الشخصية.وأرجحها هو الإتجاه الذي يقضي بتطبيق قانون جنسية الإبن.

بالنسبة للقانون الاردني لم يتضمن أي نص بشأن القانون الواجب تطبيقه في النزاع المتعلق بالبنوة غير الشرعية وتصحيح النسب في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي ، وعليه نرى وجوب تطبيق قانون جنسية الإبن بشرط عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب في الاردن.

ثالثا : القانون الذي يحكم النسب الصنعي المترتب على رابطة التبني.

التبني نظام قانوني يقصد به تقليد الطبيعة ومحاكاتها في خلق رابطة الأسرة مجازيا عن طريق القياس على رابطة الابوة الطبيعية المترتبة على النسب الصحيح ، وتقره حاليا قوانين بعض الدول ، مثل تونس وبلغاريا وتشيلي والاكوادور والارجنتين والنمسا وبولونيا وروسيا وتركيا ، بينما رفضته الشريعة الإسلامية وترفضه قوانين هولندا وهاييتي وهندوراس وكولومبيا والمكسيك وأمريكا والدول الاسلامية عامة عدا تركيا والدول العربية خاصة عدا تونس.

خاصة أن الآراء قد أختلفت بشأن القانون الواجب تطبيقه في التبني كالآتي:

وجوب تطبيق قانون المتبني.

وجوب تطبيق قانون المتبنى.

وجوب تطبيق قانون كل من المتبني والمتبنى " التطبيق الجامع".

وجوب تطبيق قانون كل من المتبني والمتبنى " التطبيق الموزع".

وبما أن المشرع الاردني لم يعترف بنظام التبني ، فإنه لم يورد قاعدة إسناد خاصة به في القانون المدني، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في نزاع متعلق بالتبني كنظام قانوني في الاردن ، فإن أحكام هذا القانون لا تطبق وفقا للمادة (29) من القانون المدني ، بسبب مخالفتها للنظام العام في المملكة الاردنية الهاشمية.

المطلب الخامس: القانون الذي يحكم النفقة بين الاقارب.

النفقة بين الاقارب أثر من آثار الزواج والنسب.

قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 61 لسنة 1976م فقد أقر نفقة الزوجة على الزوج كأثر من آثار الزواج ، ونفقة الابناء على الآباء ونفقة الوالدين الفقيرين على الولد الموسر ذكرا كان أم أنثى ، ونفقة القريب الفقير بشروط معينة كأثر من آثار النسب.

بما أن النفقة بين ألأقارب أثر من آثار النسب ، فتعتبر من الحقوق العائلية ومسألة من مسائل الاحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية إذا كان المدين والدائن بها من جنسية دولة واحدة، أما إذا لم يكونا من جنسية دولة واحدة.

إذ تنص المادة (16) من القانون المدني الاردني على ما يلي " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب ، قانون المين بها" .

وهذا يعني أن مبدأ تطبيق قانون المدين بالنفقة مقصور على نفقة الاقارب فقط بأعتبارها من آثار النسب دون نفقة الزوجة التي أخضعتها الفقرة (1) من المادة (14) من القانون المدني لقانون الزوج وقت إنعقاد الزواج بإعتبارها من آثار الزواج.

المطلب السادس : القانون تلذي يحكم الميراث القانوني.

أن القانون الواجب تطبيقه على النزاع المتولد من الميراث القانوني مختلف عليه وأقترحت ثلاثة حلول بشأنه كالآتي:

تطبيق القانون الشخصي للمتوفى .

هل يتم تحديده وفقا لمعيار أم معيار الإقامة؟

تطبيق قانون جنسية المتوفى على ميراثه المنقول وقانون موقع المال على ميراثه غير المنقول.

تطبيق القانون المحلي .

وفي الاردن أخضعت الفقرة الاولى من المادة (18) من القانون المدني الميراث بصورة عامة من الناحية الموضوعية لقانون جنسية المورث وقت موته، سواء أكان المورث أردنيا أم أجنبيا ، كتعيين الورثة ونصيبهم في التركة وأسباب الحرمان من الميراث والحجب وشروط الإستحقاق بقولها " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

وبالنسبة للاموال غير المنقولة في الميراث إذا كانت موجودة في خارج الاردن أخضعتها المشرع الاردني لقانون موقعها وفقا للمادة (19) من القانون المدني الاردني التي تنص على أن " تسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار".

أما بالنسبة للاموال غير المنقولة في الميراث الموجود في الاردن ، فإنها تخضع للقانون الاردني وفقا لنص خاص هو المادة (9) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين رقم 8 لسنة 1941م التي تنص على أن " المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الاحوال حقوق وراثة الاموال غير المنقولة الواقعة في شرق الاردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الاردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة".

ووفقا للمادة (1/18) من القانون المدني والمادة (4/أ) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين ، تخضع الاموال المنقولة في تركة المتوفى لقانون بلاده أي لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها على أن لا يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام في الاردن ، كما لو كان يمنع التوارث بسبب الجنس أو الدين أو اللون .

فمبدأ تطبيق قانون المورث وقت موته على ميراثه وفقا للمادة (1/18) من القانون المدني الاردني ، ترد عليه الاستثناءات التالية:

تخضع التركة غير المنقولة الواقعة في الاردن وفقا للمادة (9) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين للقانون الاردني المطبق على المسلمين ، ولا تعارض في ذلك بين النصين المذكورين ، لان المادة (1/18) من القانون المدني حكم عام والمادة (9) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين حكم خاص.

تخضع الاموال غير المنقولة في ميراث الأجنبي المتوفى في الاردن لقانون موقعها إذا كانت موجودة في خارج الاردن وفقا للمادة (19) من القانون المدني الاردني.

تخضع المسائل المتعلقة بالإجراءات والتقاضي في دعوى الميراث كتحرير التركة وتعيين مديرها لقانون القاضي المعروض عليه النزاع.

بما أن الميراث من مصادر الملكية والملكية من النظم القانونية المهمة في الدولة، فإن الأجنبي يجب أن لا يتساوى في تملك العقارات بالإرث أو بأية طريقة أخرى مع الوطني.

ميراث من لا وارث له:

فالتركة بلا وارث هي التركة المنحلة بلا وارث ، بينما التركة المتروكة يوجد فيها ورثة لكنهم لا يكونون في وضع يمكنهم من المطالبة بها ، وقد أختلفت الإتجاهات المأخوذة بها بخصوص القانون الواجب تطبيقه فيهما كالأتي:

قوانين بعض الدول تعتبر الدولة وارثا للمتوفى الذي لا وارث له من الدرجات المطلوبة للقرابة ، فالدولة وارث من لا وارث له في هذه الحالة ، ويقتصر حق الدولة على تملك أموال التركة الموجودة فعلا في إقليمها ، منقولة كانت أو غير منقولة ولا يمتد الى أجزاء أخرى من التركة موجودة في أقاليم دول أخرى.

قوانين دول أخرى تخول الدولة بوضع يدها على تركة من لا وارث له لا بوصفها وارثا لمن يتوفى في إقليمها بلا وارث ، بل بوصفها صاحبة السيادة ، وفي المملكة الاردنية الهاشمية تنص المادة (181/ج) من قانون الاحوال الشخصية على أنه " إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة الى وزارة الاوقاف العامة".

ولكن وفق قانون يحدد وجود أو عدم وجود وارث للمتوفى؟ للجواب على ذلك نقول " أن القانون الوطني للمتوفى قانون المورث وقت موته ، هو الذي يحدد وجود أو عدم وجود وارث له تطبيقا للمادة (1/18) من القانون المدني الاردني .

الفرع الثاني : القانون الذي يحكم الوصية.

عرفت المادة (1125) من القانون المدني الاردني الوصية بأنها : تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت، ويكسب الموصى له بها المال الموصى به بدون عوض.

القانون الواجب تطبيقه في نزاع الشروط الموضوعية للوصية:

الشروط الموضوعية هي الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية ووجودها القانوني ، مثل الأهلية وعوارضها والحصة المحفوظة للورثة في التركة والقدر الجائز الإيصال به عند وجود ورثة أو عند عدم وجودهم والأشخاص الذين يجوز الإيصال لهم وأهليتهم لقبول الوصية أو رفضها وشروط إجازة الوصية من الورثة والرجوع عنها وأهلية الموصي لعمل الوصية.

وفقا للمادة (1/18) من القانون المدني الاردني التي تنص على أن " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

تطبيق القوانين الاردنية بشأن وصية أجنبي متعلقة بالاموال غير المنقولة الكائنة في الاردن ، الأ أن هذا المبدأ هو الذي يطبق بأعتبار أن طرق أكتساب الحقوق العقارية بالعقد والميراث والوصية وغيرها تخضع بوصفها من أسباب كسب الملكية للقانون الاردني وفقا للمادة (9) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين وتخضع هذه الاموال غير المنقولة في الوصية إذا كانت موجودة في خارج الاردن لقانون موقعها وفقا للمادة (19) من القانون المدني التي تنص على أن " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار".

وبالنسبة للقدر المسموح الإيصاء به قانونا عند وجود أو عدم وجود ورثة والحصة المحفوظة للورثة في التركة المنقولة يحددها قانون الدولة التي يتمتع الموصي بجنسيتها وقت موته تطبيقا للمادة (1/18) .

أما بالنسبة لغير المنقول في الوصية ، فإن كان العقار في الخارج فالحد المسموح الإيصال به يحدده قانون موقع العقار وفقا للمادة (19) . أما إذا كان العقار في الاردن ، فلا يجوز أن يتجاوز القدر الجائز الإيصال به على الثلث وفقا للمادة (9) من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين رقم 8 لسنة 1941م.

القانون الواجب تطبيقه في نزاع الشروط الشكلية للوصية:

الشروط الشكلية في الوصية هي إجراءات إظهار الإرادة الى العام الخارجي ، وقد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي ، أو التوثيق الرسمي لدى موثق العقد " الكاتب العدل" أو " المحكمة المختصة" وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود.

وفي الاردن تنص المادة (1130) من القانون المدني الاردني على أن " لا يتج بالوصية الإ إذا سجلت في دائرة التسجيل. ويرجع أثر التسجيل الى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة الى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة الى الغير".

وتنص المادة السابعة من قانون التركات للاجانب وغير المسلمين رقم 8 لسنة 1941م على أن " الوصية الموضوعة بشكل مدني تعتبر صحيحة إذا توافرت فيها الشروط التالية :

أن تكون الوصية مكتوبة وموقعا عليها أو مختومة في نهايتها من قبل الموصي أو أي شخص آخر عهد إليه الموصي بذلك وفي كلتا الحالتين يجب أن يتم التوقيع أو الختم بحضور شاهدين على الاقل يشهدان معا على الوصية بحضور الموصي وأن يكونا سليمي العقل عند عمل الوصية وقد بلغا الثامنة عشرة من العمر .

أن لا يكون الموصي دون الثامنة عشرة من العمر عند عمل الوصية وأن لا يكون مصابا بعاهة في عقله .

أن لا يكون الموصي قد حصل على الوصية بالإحتيال أو بتأثير غير مشروع.

الفقرة الثانية من المادة (18) من القانون المدني الاردني على هذا التساؤل بقولها " ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصال أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وهكذا الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت".

المبحث الثالث

القانون الذي يحكم الأموال

عرفت المادة (53) من القانون المدني الاردني المال بأنه " كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل" . وتنص المادة (54) منه على أن " كل شيء يمكن حيازته ماديا أو معنويا والأنتفاع به أنتفاعا مشروعا ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم يصح أن يكون محلا للحقوق المالية".

المطلب الاول : القانون الذي يحكم الأموال المادية

المال المادي هو كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجود مستقل عن وجود الإنسان ويمكن حيازته وتملكه والتعامل والإنتفاع به ماديا .

الفرع الاول : القانون الذي يحكم العقار.

عرفت المادة (58) من القانون المدني الاردني العقار والمنقول كالآتي " كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

وتترتب على تقسيم الأشياء الى منقول وعقار نتائج قانونية مهمة ، أهمها خضوع العقار وأي تصرف فيه لقانون وقضاء موقعه في تشريعات معظم الدول الاوروبية والعربية لإعتبارات سياسية وقومية وأمنية عديدة أهمها ما يلي :

الأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني " الاقليم" الذي هو عنصر أساس من عناصر الدولة لإتصاله بصميم السادة.

خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الفائدة لجميع الناس من حيث الإشهار والعلنية.

خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن أستقرار المعاملات وتوحيد وتماثل الحلول والأحكام بين الدول المختلفة.

خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد والكشف وتقدير القيمة في حسم النزاع بالنظر لقربها من العقار.

خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن للدولة حماية اقتصادها القومي والمحافظة على ثروتها الوطنية. حيث تنص المادة (19) من القانون المدني على أن " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار" .

وتكييف طبيعة المال من حيث كونه منقولا أو غير منقول يخضع في القانون الاردني لقانون موقع المال أيضا رغم عدم ورود أستثناء بذلك في المادة (11) ألآنف الذكر التي تعطي الإختصاص في التكييف للقانون الاردني.

القانون المختص الذي يحكم الأهلية اللازمة للتصرف في العقار ، هل هو قانون موقع العقار أم القانون الشخصي للمتصرف؟.

تنص عليه الفقرة الاولى من المادة (12) من القانون المدني تلاردني بقولها " يسري على الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

الفرع الثاني : القانون الذي يحكم الأموال المنقولة.

الأموال المنقولة هي التي يمكن نقلها من مكان الى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيئتها ، كالسيارة والمنضده والكرسي.

قانون موقع المال هو الذي يعتمد في تكييف المال موضوع النزاع من حيث أنه منقول أو غير منقول.

أختلفت الآراء الفقهية وظهرت عدة نظريات بشأن ذلك كالآتي :

نظرية قانون مكان إبرام عقد التصرف في المنقول:

أخذ المشرع الاردني بهذه النظرية بالنسبة لاهلية اللازمة للالتزام بسند السحب فقط بقوله في الفقرة الثانية من المادة (130) من قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966م " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب الى قانون بلاده ، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الألتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلاده".

نظرية قانون موطن المالك .
نظرية القانون الأكثر ملأئمة.
نظرية قانون مكان وجود المال .
وترجح هذه النظرية على غيرها خاصة عند أختلاف جنسية وموطن أطراف العلاقة .
وقد أخذ بها القانون المدني الاردني في الشق الثاني من المادة (19) منه الذي ينص على أن " يسري بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياز أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".
الإ أنه إذا كان سبب الاكتشاب هو الميراث أو الوصية ، فإن مجال تطبيق قانون مكان وجود المال المنقول ينحصر في الأثر الناقل لملكية الأموال الموجودة في التركة والأموال الموصى بها. أما الميراث والوصية ذاتهما ، فيحكمها من حيث الموضوع القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بهما ، أي قانون المورث أو الموصي وقت موته بمقتضى المادة (1/18)

أما الأهلية اللازمة للتصرف المتعلق بالمنقول ، فيحكمها قانون الجنسية ، ويخضع شكل التصرف فيه لقانون مكان إجراء التصرف.
وقد أنتقدت نظرية قانون موقع المال المنقول أيضا على أساس أنها لم تلفت الى الصعوبات التي قد تنشأ من جراء تغير مكان وجود المال المنقول عند تحديد القانون الإقليمي الذي يحكمه على وجه الدقة.

الفرع الثالث : القانون الذي يحكم الاموال ذات الطبيعة الخاصة.

أولا: القانون الذي يحكم النزاع بشأن السفنية.

السفينة تعد مالا منقولا ، لأنه يمكن نقلها من مكان الى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيئتها ، ولكنها ذات طبيعة خاصه لأنها معدة للسير في مياه قد تكون تابعة لسيادة دولة أجنبية أو تكون مياها حرة في اعالي البحار غير خاضعة لسيادة أية دولة.

فيكون القانون الواجب تطبيقه على نزاع التصرف فيها هو قانون دولة الميناء الذي تم تسجيلها فيه. أي قانون دولة التسجيل ، وقد أخذ بهذا المبداء قانون معظم دول العالم وأقرته معاهدة بروكسل لسنة 1926م ومعاهدة جنيف لعام 1958م.

وتنص المادة (2/7-أ) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960م على أن " تشمل أراضي المملكة طبقة الهواء التي تغطيها ، والبحر الإقليمي الى مسافة خمسة كيلو مترات من الشاطيء والمدى الجوي الذي يغطي البحر الإقليمي ، والسفن والمركبات الهوائية الاردنية" .

ثانيا: القانون الذي ييحكم الطائرات .

تعد الطائرة من الأموال المنقولة ذات الطبيعة الخاصة، فحسب الرأي الغالب والمرجع أن قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها هو الواجب تطبيقه، وكذلك يطبق قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها على الأفعال الضارة التي تحصل على متنها أثناء طيرانها أينما وجدت ، ويطبق قانون جنسية الطائرة أيضا على التصرفات القانونية التي تبرم بداخلها ، أما وسائل النقل الأخرى كالسيارات والعربات ، فالبعض يخضعها لقانون البلد الذي تم تسجيلها فيه ، وإن لم تكن مسجلة في بلد معين فهي تخضع لقانون موقعها الفعلي ، والبعض الآخر يخضعها بصورة عامة لقانون موقعها الفعلي إذا كان هذا الموقع محددا أما إذا لم يكن هذا الموقع محددا فتخضع لقانون البلد الذي سينتهي المطاف إليه، أما السكك الحديدية فهي على الغالب تنظمها إتفاقيات دولية مثل إتفاقية برن لسنة 1890م .

ثالثا: القانون الذي يحكم البضائع المشحونة.

وهي البضائع المصدرة والمشحونة على ظهر واسطة نقل تركت محل بلد المنشأ متوجهة الى البلد المرسلة إليه.

لقد قيلت عدة آراء بشأن القانون الوجب تطبيقه كالآتي :

إذا كان محل البضاعة معلوما وقت حصول النزاع بشأنها ، كأن تكون البضاعة موجودة على أرصفة المحطة أو الميناء أو المطار في البلد المصدر قبل إنطلاقها الى البلد المستورد ، فإن النزاع يخضع بطبيعة الحال لقانون موقعها المعلوم هذا . أما إذا كانت قد تحركت من ميناء الشحن في طريقها الى ميناء الوصول عبر أقاليم دول متعددة ، فإن النزاع فيها يخضع لقانون البلد المرسلة إليه.

وذهب آخرون الى إخضاعها لقانون البلد الذي تم تسجيل واسطة النقل فيه إن كانت مسجلة ، واخضاعها لقانون البلد المرسلة إليه أن كانت واسطه النقل غير مسجلة.

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الحقوق المعنوية .

الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ، كحق المؤلف والمخترع والفنان والعلامة التجارية، وتسمى هذه الحقوق بالملكية الفكرية أو الفنية أو الأدبية ، فهي سلطة يتمتع بها الشخص أو من يقوم مقامه على فكرة أبتكرها أو أختراع أخترعه أو أية ميزة أخرى نتجت عن عمله الفني الذي يتمكن بواسطته من الوصول الى منفعة مالية وان يحتكر لنفسه هذه المنفعة المالية التي يمكن أن تنتج من نشر تلك الفكرة أو استغلال ذلك الأختراع . والحق المعنوي لا يسقط بوفاة المؤلف أو الفنان أو المخترع ، بل ينتقل الى ورثته ولكنه حق غير مؤبد لأنه يزول في النهاية بعد مدة من وفاة صاحبه ويصبح ملكا عاما للمجتمع. والآن نتسأل : أي قانون يحكم النزاع المتعلق بالحقوق المعنوية؟

لقد أختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب تطبيقه في النزاع المتعلق بالحقوق المعنوية بالنظر لقابلية هذه الحقوق للانتشار والاستعمال في دول مختلفة.

ذهب أحد الآراء الى إعطاء الأختصاص في النزاع المتعلق بالحقوق الأدبية والفنية للقانون الوطني للمؤلف والفنان ، وذهب راي آخر الى أن القانون الأكثر فعالية لحماية حق المؤلف هو قانون البلد الذي ظهر فيه الإنتاج أول مرة أي قانون البلد الذي تم فيه الطبع والنشر أول مرة أما إذا لم يكن قد نشر ، فينبغي تطبيق قانون الموقع الفعلي . أما بالنسبة للنزاع المتعلق بحق المخترع " الملكية الصناعية" فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون الدولة التي منحت فيها براءة الأختراع .

أما اعلامة الفرقة والأسم التجاري فيطبق على النزاع المتعلق بهما قانون الدولة التي وضعت فيها العلامة الفرقة أو الاسم التجاري موضع الاستعمال ، وهو في الغالب قانون البلد الذي سجلت فيه العلامة الفارقة أو الاسم التجاري ، أما الرسوم والنماذج الصناعية ، فتخضع لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي .

وفي الاردن تنص المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف على أن " تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها"

تنص المادة (53) المذكورة على ان " تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين والأجانب التي تنشر في المملكة وعلى مصنفات المؤلفين الاردنيين التي تنشر خارج المملكة . أما مصنفات المؤلفين الاجانب التي تنشر خارج المملكة فتراعى بشأنها الإتفاقيات ومبدأ المعاملة بالمثل" .

المبحث الرابع
القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية

التصرف القانوني هو إظهار للإدارة بغية تحقيق آثار قانونية ، والالتزام التعاقدي هو حالة قانونية مصدرها العقد ويكون فيها على شخص القيام بعمل معين أو عدم القيام بعمل معين ذي قيمة مالية.

المطلب الاول: مبدأ قانون الإدارة.

التعبير الصريح عن الإدارة.

التعبير الضمني عن الإدارة.

الفقرة الأولى من المادة (20) تنص على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فأن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك" .

فالقانون الواجب تطبيقه في الالتزامات التعاقدية بالتسلسل الذي أوردته الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني الاردني هو:

القانون المختار من قبل أطراف العلاقة بأتفاق صريح.

القانون المختار من قبل أطراف العلاقة ضمنا.

وإذا لم يختر أطراف العلاقة قانونا معينا ليحكم علاقتهم صراحة أو ضمنا وكانوا يتحدون في موطن مشترك الإرادة ، فإن قانون موطنهم المشترك هو الواجب تطبيقه على أساس الإرادة المفترضة.

وإذا اختلف الطرفان في الموطن سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

من المتفق عليه أن قصد المشرع من نص المادة (1/20) هو تنظيم العقد الدولي ، أي العقد المشوب بعنصر أجنبي في مرحلتي تكوينه وترتب الآثار عليه.

أولا: المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة.

عدا الأهلية والشكل في العقد الدولي ، فإن قانون الإرادة يحكم العقد من حيث تكوينه وأركانه وشروط صحته ونهايته وآثاره وخاصة في المسائل التالية:

موضوع العقد ضمن حدود النظام العام والآداب .

ما يتعلق بتكوين العقد وأركانه من رضا وسبب ومحل .

ما يتعلق بأسباب فساد الإرادة ، كالغلط والتغرير والإكراه .

الوفاء بالالتزام ومواعيد وطرقه .

تفسير العقد .

المسؤولية التعاقدية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات ما لم يكن ذلك منافيا للنظام العام والآداب .

القوة القاهرة وقيمة العطل والضرر والتأخير من جرائها .

بداية الالتزام ونهايته وانتقاله .

فسخ العقد ومدى حق أطراف العلاقة في ذلك عند عدم تنفيذ الإلتزامات من قبل أحدهم أو بعضهم .

ثانيا: المسائل التي تخرج عن نطاق الإرادة.

القواعد القانونية الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام في المجتمع .

أهلية أطراف العلاقة تخرج من نطاق قانون الإرادة .

العقود المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق قانون الإرادة .

العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة ، كعقد الشركات الذي يخضع لقانون محل مركز إدارتها الرئيس .

المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب أقتصادية أو أجتماعية ، مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي .

العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن لا تكون متعلقة بالميراث والوصية ، كالاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون .

تخرج مسائل الأحوال الشخصية .

عقود التأمين المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار .

الأموال المنقولة .

القانون الذي يحكم العقود المبرمة بالمراسلة :

ففي هذه الحالات يبحث عن المكان الذي أنعقد فيه العقد لإعطاء الاختصاص التشريعي لقانون هذا المكان في أي نزاع يثور بشأنه ، ولتحديد هذا المكان أختلفت النظريات كالآتي :

نظرية تذهب الى أعتبار المكان الذي يتسلم فيه الموجب القبول مكانا لإنعقاد العقد. " نظرية مكان تسلم القبول".

نظرية أخرى تذهب الى أن مكان إنعقاد العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . " نظرية مكان العلم بالقبول".

نظرية أخرى تذهب الى أن مكان أنعقاد العقد هو المكان الذي يرسل منه القابل قبوله. " نظرية مكان إرسال القبول".

وقد أخذ المشرع الأردني بالنظرية الثالثة " نظرية مكان إعلان القبول" في المادة (101) من القانون المدني التي تنص على انه " إذا كان المتعاقدين لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" .

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم شكل الالتزام التعاقدي .

الشكل في التصرف القانوني عبارة عن إجراءات خارجية يتم فيها الإشهار ، مثل التسجيل وحضور الشهود والكتابة.

تنص المادة (90) من القانون المدني الأردني على أن " ينعقد العقد بمجرد أرتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإلإنعقاد العقد".

وتنص المادة (1148) منه على أن " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى في العقار بين المتعاقدين وفي حق الغير الإ بالتسجيل وفقا لأحكام القوانين الخاصة به".

وتنص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952على أن " لا يعتبر البيع والمبادلة والأفراز والمقاسمة في الأراضي والمياه صحيحا الإ إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".

جاء في المادة (7/أ) من قانون السير رقم 47 لسنة 2001م من أن " تعتبر معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر التصرفات القانونية المتعلقة بها باطلة ما لم يتم تسجيلها وتوثيقها في أدارة الترخيص".

وكذلك تخرج إجراءات التقاضي من نطاق قاعدة خضوع الشكل لقانون مكان إبرام التصرف التعاقدي .

وكذلك لا تطبق الشكلية المقررة في قانون محل إبرام العقد ، إذا كانت تخالف النظام العام أو الآداب في الأردن بموجب المادة (29) من القانون المدني.

تنص المادة (21) من القانون المدني على أن " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك".

المبحث الخامس
القانون الذي يحكم الألتزامات غير التعاقدية
" الفعل الضار والفعل النافع"

المطلب الأول: القانون الذي يحكم الفعل الضار " المسؤولية التقصيرية المدنية"

الفعل الضار هو كل عمل مادي أو امتناع يقوم به الشخص ويقع على المال ، ومنه الآتلاف والغضب والحرق أو على النفس ، ومنه القتل والجرح والضرب والإيذاء ويلحق الضرر بشخص آخر، فيرتب عليه القانون مسؤولية مدنية بالأضافة الى المسؤولية الجنائية يحق للمتضرر بموجبها أن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس المسؤولية التقصيرية ، سواء أكان الفعل الضار الذي نتج عنه الضرر قد وقع عمدا أ نتيجة إهمال أو تقصير ، وفيما إذغ كان هذا الفعل مشروعا أو غير مشروع. فالمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني تقوم على ثلاثة أركان هي :

فعل ضار .

وقوع ضرر .

علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر .

تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني على أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

فالصغير إذا أتلف مال الغير بفعله الضار لزمه الضمان من ماله ، وأن لم يكن له مال ينتظر يسر حاله ، ولا يسأل من وجبت عليه قانونا أو إتفاقا رقابة الصغير بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الإ إذا لم يستطع إثبات قيامه بواجب الرقابة ، أو إذا لم يتمكن من إثبات أن الضرر كان يقع ولو قام بهذا الواجب وبما ينبغي من العناية .

نص في الفقرة الاولى من المادة (22) من القانون المدني على أن " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام". ولكنه عاد فأورد في الفقرة الثانية من المادة (22) المذكورة أستثناء على ذلك بقوله " ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة الى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".
وأنما الصعوبة قد تظهر علميا إذا تجزأت وتفرقت عناصر الواقعة المنشئة للالتزام بوقعوها في إقليم أكثر من دولة ، عندما يقع الفعل الضار في إقليم دولة ويتحقق ضرره في أقاليم عدة دول. فما هو القانون الواجب تطبيقه في مثل هذه الحالات ، هل هو قانون مكان أرتكاب الفعل الضار أو قانون مكان تحقق الضرر؟

يذهب رأي الى وجوب تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار .

ويذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق قانون مكان تحقق الضرر ، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها أن إمرأة وضعت طفلا في فرنسا نتيجة اغتصابها في البرتغال ، فأعتبر الضرر الرئيس قد وقع بولادة الطفل في فرنسا واعتبر القانون الفرنسي هو قانون مكان تحقق الضرر الرئيس .

ذهب رأي آخر الى وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتضرر بإعطاء الحق له في الأختبار بين قانون مكان وقوع الفعل الضار وقانون مكان تحقق الضرر أيهما أصلح وأنفع له.

أما المشرع الأردني، فقد أخذ بالرأي الأول في الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني ووضع قاعدة عامه أخضع فيها اللالتزام غير التعاقدية بوجه عام، سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم النافع لقانون البلد الذي يقع فيه الفعل المنشىء للالتزام.

ولكن قد تظهر الصعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الفعل الضار إذا وقع في مكان تنتفي فيه السيادة تماما.

أولا: بالنسبة للتصادم البحري.

إذا وقع التصادم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة أجنبية تحدد المسؤولية التقصيرية وفقا لقانون تلك الدولة صاحبة المياه الإقليمية بأعتباره قانونا لمكان وقوع الفعل الضار سواء أكانت البواخر المصطدمة من جنسية واحدة ام من جنسيات مختلفة.

أما إذا وقع التصادم في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة وكانت جنسية البواخر المصطدمة مختلفة فإن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار تخضع بحسب أحد الآراء لقانون دولة الباخرة المسببة للضرر ولقانون جنسية الباخرة المتضررة بحسب رأي آخر وهذا ما أخذ به قرار صادر سنة 1927م من محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية الباخرة الفرنسية " لوتس" .وذهب رأي ثالث الى إعطاء الاختصاص في مثل هذا النزاع الى قانون القاضي المرفوع إليه النزاع.

أما إذا وقع الفعل الضار على متن الباخرة من أحد أفراد طاقمها أو ركابها على آخر بالضرب أو القتل أو الجرح فإن قانون الدولة التي تتمتع الباخرة بجنسيتها هو الذي يعتبر مختصا في حكم المسؤولية التقصيرية الناتجة عن هذا الفعل الضار بأعتباره قانونا لمكان وقوعه ، سواء أكانت الباخرة في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة أم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة معينة وقت ارتكاب الفعل الضار على متنها .

ثانيا: بالنسبة للتصادم الجوي.

إن ما ينطبق من أسس على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم البحري ينطبق على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم الجوي، مع وجود بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية عن التصادم الجوي في إتفاقية وارشو لعام 1929م المعدلة بخصوص النقل الجوي ، وإتفاقية شيكاغو للملاحة المدنية الدولية لعام 1944م وإتفاقية مونتريال وإتفاقية طوكيو للطيران المدني .

المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الفعل النافع " الإثراء دون سبب مشروع".

الفعل النافع هو كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر بشكل يؤدي الى "إغتناء" الذمة المالية للاول و" إفتقار" الذمة المالية للثاني دون سبب مشروع مما يرتب الحق لمن افتقرت ذمته المالية في الرجوع على من أثرى على حسابه ومطالبته برد ما أثرى به من مال على حسابه بلا سبب مشروع ومن صور الفعل النافع ، الكسب بلا سبب.

إذا كان أطراف العلاقة من جنسية واحدة وووقع الاغتناء والافتقار بينهم دون سبب مشروع طبق قانونهم الوطني المشترك.

وبالنسبة للمشرع الأردني ، فإنه لم يورد أي نص خاص في القانون المدني بإسناد نزاع الفعل النافع المشوب بعنصر أجنبي الى قانون معين، وإنما جاء بقاعدة عامة في الفقرة الاولى من المادة (22) منه تنص على أن " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام". وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (22) المذكورة ما يلي " وتنحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام" .

الفصل الرابع

موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص

المبحث الأول: النظام العام

المطلب الأول: التعريف بالنظام العام والآداب.

النظام العام هو المصالح الجوهرية الأساسية والمُثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني ، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمُثل العليا سياسية أم أجتماعية أم أقتصادية أم خلقية أم دينية، والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدع والأنهيار .

ولا يقتصر مجال تطبيق النظام العام على فروع القانون العام، ولا يعد مفهوم النظام العام مترادفا لمصطلح القانون العام كما يتصور البعض، لأن مفهوم النظام العام أوسع بكثير من مفهوم القانون العام، ويعمل به حتى في نطاق بعض المسائل التي تحكمها فروع القانون الخاص.

المطلب الثاني: نطاق النظام العام.

مفهوم النظام العام ليس مطلقا ولا جامدا، بل هو نسبي ومتغير في الزمان والمكان.

فمثلآ:

أن العبيد فيما مضى كانوا يعدون من الاموال ومحلا للتصرفات القانونية.

كان الطلاق يعد مخالفا للنظام العام وممنوع قانونا في فرنسا الى عام 1884م، بينما يجيزه القانون الفرنسي في الوقت الحاضر.

كان التأمين على الحياة مخالفا للنظام العام سابقا على أساس أنه يتضمن مبدأ المضاربة على الحياة وفيه نوع من المقامرة وتشجيع الإجرام، بينما يعد اليوم أمرا مشروعا يجيزه القانون.

كان تعدد الزوجات أمرا مشروعا غير مخالف للنظام العام في تركيا سابقا بينما يعد اليوم عدم تعدد الزوجات هو من النظام العام في تركيا.

وما يعد من النظام العام في مجتمع ما قد لا يعد هكذا في مجتمع آخر ، فمثلا يباح تعدد الزوجات في القانون الأردني وفي الشريعة الأسلامية بأعتباره من النظام العام، بينما يعد الزواج بأكثر من واحدة مخالفا للنظام العام في القوانين الأوروبية.

والطلاق مباح في القانون الأردني ويعد ذلك من النظام العام، بينما لا يجوز الطلاق في القانون الإسباني ويعد هذا المنع من النظام العام.
والتبني غير مباح في تشريعات الدول العربية وبعض الدول الأسلامية ومنها المملكة الاردنية الهاشمية، بينما يقره القانون الفرنسي والتونسي والتركي.
المطلب الثالث: من الذي يحدد ما هو من النظام العام.
فوفقا لرأي " سافيني" يستلزم عدم ترك مسألة تقدير ما هو من النظام العام وما هو ليس منه للقاضي، بل يجب تعداد وحصر ما يعد من النظام العام بأعتبار أن تأثير النظام العام هنا ليس قاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص في تنازع القوانين، بل أستثناء من قاعدة قبول تطبيق القانون الأجنبي المختص.
ولهذا يرى أنصار النظريات الحديثة ضرورة عدم تحديد وحصر المسائل التي تدخل ضمن النظام العام مقدما، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين العامه، والقوانين الخاصة بالملكية العقارية وترك ذلك لقاضي الموضوع في الوقائع التي تعرض عليه. لأن تأثير النظام العام حسب رأيهم قاعدة عامة ثابتة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وليس أستثناء من قاعدة تطبيقه.
ويلحق بالنظام العام " الآداب العامة" ويقصد بها الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في الجماعة في وقت من الأوقات.
وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية مرنة تختلف بأختلاف الزمان والمكان وتتأثر بالعوامل الأخلاقية والأجتماعية والدينية.
والتعري وفتح النوادي الخاصة بالعراة مخالف للاداب العامة في الأردن بينما هناك المئات من النوادي الخاصة بالعراة في الولايات المتحدة الأمريكية لعدم أعتبار ذلك مخالفا للآداب العامة فيها.

النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي:

أن نطاق مفهوم الثاني أضيق من مفهوم الأول، لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها وأن أي أتفاق على خلافها يعتبر باطلا ، بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد آمرة تمنع تطبيق القانون الأجنبي وتحل قانون القاضي محله.

فدور النظام العام في القوانين الداخلية البحتة هو منع خروج الأفراد على قواعدها الآمرة أو الناهية أو تعطيلها باتفاقاتهم الخاصة وأعتبار أي اتفاق يخالفها باطلا ، بينما دور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو أستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية وأستبدال قانون القاضي به.

فهما يتشابهان ويشتركان في أن هدفهما واحد وهو حماية المجتمع ومصالحه الأساسية وأن الدفع بكل واحد منهما أمام المحكمة يكون عن طريق التمسك بفكرة النظام العام، ولكنهما يختلفان في أن الدفع بالنظام العام الداخلي يكون في علاقة قانونية داخلية محضة في جميع عناصرها، بينما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

وهكذا يترتب على التمسك بفكرة النظام العام في القانون الداخلي البحت بطلان التصرف القانوني المتعارض معها. في حين أن التمسك بفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا يؤدي الى بطلان التصرف القانوني المتعارض معها، وإنما الى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذا ما تنص عليه المادة (29) من القانون المدني الأردني.

المطلب الرابع: آثار النظام العام في القانون الدولي الخاص.

أولا: ظهور الأثر السلبي المنفرد للنظام العام.

يظهر الأثر السلبي المنفرد للنظام العام عندما ينظر الى دور النظام العام كقاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وتكون العلاقة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مقبولة في القانون الأجنبي المختص وغير مقبولة في قانون القاضي، يظهر الأثر السلبي للنظام العام بصورة منفردة وهو منع تطبيق القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام .

ثانيا: ظهور الأثر السلبي أولا ثم الأثر الإيجابي للنظام العام.

وقد يظهر الأثر السلبي للنظام العام أولا ثم يستتبعه الأثر الإيجابي، بحيث لا يظهر الأثر الإيجابي مستقلا وبمفرده، وإنما يستتبع الأثر السلبي. ويظهر ذلك عندما ينظر الى دور النظام العام كاستثناء من قاعدة تطبيق القانون الأجنبي المختص، وتكون العلاقة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مقبولة في قانون القاضي وغير مقبولة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في النزاع، ويعطل مفهوم النظام العام أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض معه ويحل محلها آثار مفهوم النظام العام في القانون الأردني.

تنص المادة (29) من القانون المدني الأردني على أن " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية". ورغم أن المشرع الأردني لم يشر في المادة (29) المذكورة الى إحلال القانون الأردني محل القانون الأجنبي المختص المستبعد تطبيقه بسبب مخالفته للنظام العام في التنازع الدولي المرفوع الى القاضي الأردني خلافا لما سار عليه المشرع في بعض الدول الأخرى ، إلا أن احلال القانون الأردني محل القانون الأجنبي المختص الذي يستبعد تطبيقه بسبب مخالفته للنظام العام في الأردن يحصل، لأن قانون القاضي يعد كما سبق أن ذكرنا صاحب الأختصاص الأحتياطي والقانون الأنسب لحل النزاع في هذه الحالة. والقاضي الأردني هو الذي يحدد ما إذغ كان موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه يخالف النظام العام أو الآداب في الأردن أم لا ووفقا للقانون الأردني.

المبحث الثاني: التحايل على القانون " الغش نحو القانون".

الغش نحو القانون ليس كالنظام العام مانعا مباشرا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي الى تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وأنما هو مانع للاعتراف بالنتيجة القانونية المتحصلة من تطبيق قانون أجنبي آخر نقل إليه الاختصاص بالغش والتحايل في النزاع من القانون المختص الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي الى تطبيقه فعلا.

أو كما كان قانون دولة معينة يستلزم شكلية صعبة لإبرام عقد الزواج، فينتقل الخاطبان الى دولة أخرى للإقامة فيها بهدف التخلص من هذه الشكلية وتأمين تطبيق قانونها الذي لا يستلزم هذه الشكلية في الزواج.

ولنوضح ذلك ببعض الأمثلة: إذن كان الطلاق ممنوعا في قانون دولة معينة لاعتبارات دينية وجاء زوج وزوجة من جنسية تلك الدولة الى الأردن واكتسبا الجنسية الأردنية خصيصا لإيقاع الطلاق الذي يجيزه القانون الأردني وأقاما دعوى الطلاق لدى محكمة أردنية بصفتهما من الجنسية الأردنية وحصلا على قرار الطلاق ثم عادا الى جنسية دولتهما الأصلية ، فأن تغيير الجنسية في هذا المثال قصد منه الإفلات من أحكام قانون دولتهما الأصلية التي كانت لا تجيز لهما الطلاق، وتأمين تطبيق القانون الأردني الذي يبيح الطلاق. فهل يكون لحكم الطلاق هذا قيمة قانونية في دولتهما الأصلية بعد عودتهما الى جنسيتها أم لا؟..

لقد أختلف الفقهاء بشأن هذا الموضوع وأتجهوا عدة أتجاهات كالآتي :

رفض بعض الفقهاء فكرة الغش نحو القانون وطالبوا بإغفالها في تنازع القوانين وتطبيق القانون المختص الذي يصبح واجب التطبيق في النزاع نتيجة تغيير ضوابط الإسناد دون النظر الى الباعث الذي حمل صاحب المصلحة على التغيير، بأعتبار أن من يغير جنسيته أو موطنه أو غير ذلك من ضوابط الإسناد إنما يستعمل حقا أو رخصة قانونية ولا يلحق الضرر بأحد ولا يوجد قانون يمنع تغيير الموطن.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى أن أثر مفهوم الغش نحو القانون يجب أن لا يكون مطلقا، بل نسبيا وفي مجال محدود متعلق بشكل العقود.

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى ضرورة التمسك بفكرة الغش نحو القانون بشكل مطلق وعدم الأعترف بالنتائج التي تحقق من جرائها إذا ما توافرت شروطها، خاصة إذا علمنا أن القانون الإداري أيضا يرفض فكرة سوء استعمال السلطة والقانون المدني والشريعة الإسلامية يرفضان التعسف في استعمال الحق وأساس نظرية الغش نحو القانون هو سوء استعمال الحق. لأنه إذا كان للافراد حق تغيير الجنسية والموطن، فيجب عليهم أن يستعملوا هذاا الحق بحسن نية لتحقيق أهداف مشروعة وشريفة لا بسوء نية لتحقيق منافع شخصية على حساب الحق والعدالة بنقل الاختصاص من القانون الذي كان يجب تطبيقه على علاقاتهم لولا هذا التغيير والغش. المطلب

الأول: فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون.

فالدفع بفكرة النظام العام يؤدي الى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تقرر تطبيقه وثبت له الاختصاص في النزاع وفقا لقواعد الإسناد الوطنية بسبب مخالفة أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، بينما الدفع بفكرة الغش نحو القانون يؤدي الى عدم الاعتراف بالنتيجة التي تم التوصل إليها وفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي نقل إليه الاختصاص بالغش لا لأنه مخالف للنظام العام في دولة القاضي من حيث المضمون وأنما لأن الاختصاص قد ثبت له بطريقة غير طبيعية بسبب الغش وسوء نية صاحب المصلحة الذي سعى الى تغيير ظروف الإسناد من أجل تأمين تطبيقه.

فعنصر الغش نحو القانون لا يوجد في فكرة النظام العام ، ثم أن فكرة النظام العام عندما تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص قد تؤدي الى أحلال قانون القاضي محله في حل النزاع المعروض، بينما في الغش نحو القانون إذا تم تغيير ظروف الإسناد وتغير القانون الواجب تطبيقه تبعا لذلك ، فأن القاضي لا يحل قانونه الوطني محل القانون المنقول منه الاختصاص أو القانون المنقول إليه الاختصاص بالغش ما لم يكن مخالفا للنظام العام أو الآداب في دولة القاضي، وأنما تعتبر النتيجة الحاصلة بالغش كأن لم تكن وغير نافذة لعدم الأعتراف بها، ويبقى الاختصاص في النزاع للقانون المختص الذي نقل منه هذا الاختصاص بالغش وكان يجب تطبيقه على النزاع قبل تغيير ظروف الإسناد.

القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني:شروط التمسك بالغش نحو القانون.

يشترط للتمسك بالغش نحو القانون ما يلي:

وجود نية الغش، وعليه يجب أن تتوجه إدارة صاحب المصلحة نحو قصد التحايل على أختصاص القانون الواجب تطبيقه كهدف مباشر لتغيير ظروف الإسناد بقصد نقل هذا الاختصاص منه الى قانون آخر أنفع له.علما أن التثبت من عنصر الغش نحو القانون في تغيير ظروف الإسناد مسأله متروكة لتقدير قاضي الموضوع .

أن تكون وسيلة الغش فاعله ومؤثرة في نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة أخرى ، بأن يكون تغيير ظرف الإسناد حقيقيا لا صوريا.

أن تكون القاعدة القانونية المتحايل على اختصاصها من النصوص الآمرة او الناهية.

في الأردن رغم خلو القانون المدني من نص صريح بخصوص قبول أو رفض فكرة الغش نحو القانون ، فأن المادة (25) منه تنص على أن " تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

وهذا يعني أن المشرع الأردني قد عالج في المادة (25) المذكورة حالة عدم وجود نص في شأن مسألة من مسائل تنازع القوانين بالإحالة في ذلك الى مبادىؤ القانون الدولي الخاص ، لذا فإن القاضي الأردني ملزم بتطبيق فكرة الغش نحو القانون باعتبار أن هذا المبدأ أصبح من مبادىء القانون الدولي الخاص الشائعة التي أشارت إليها المادة (25) المذكورة وصارت من مصادر قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الأردني، هذا بالإضافة الى أن المادة (1/7 ـ د) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لسنة 1952م تنص على أن " يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي إذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيال".

المبحث الأول: إثبات القانون الأجنبي.

أولاً: اعتبار القانون الأجنبي المختص مجرد واقعه.

أن قاضي الموضوع لا يلزم بالتحري والبحث عنه وأثبات من تلقاء نفسه، بل يقوم بذلك بناء على طلب أحد الخصوم ويقع عندئذ عبء إثباته وأقامة الدليل على وجوده على عاتق هذا الخصم الذي تمسك به، ويسود هذا الاتجاه في قوانين العديد من الدول، مثل لبنان وانكلترا وأمريكا وفرنسا وتركيا.

ثانيا: أعتبار القانون الأجنبي المختص بمنزلة القانون الوطني.

على القاضي الوطني أن يرجع الى هذا القانون ويقوم بإثباته وتفسيره وتطبيقه من تلقاء نفسه دون طلب من أحد، سواء أكان هذا القانون المختص مصدره التشريع أم العرف أم السابقة القضائية أم مبادىء العدالة ، وسواء أكان قانون دولة بسيطة أم قانون ولاية من ولايات دولة مركبة وليس للقاضي أن يمتنع عب تطبيقه بزعم عدم إمكان الاهتداء الى أحكامه وألا عد ممتنعا عن تحقيق العدالة.

وهذا الرأي هو الراجح والمأخوذ به في الاردن لأنه لا يعد القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة بعد ما يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الأردنية ولا منحة من المحكمة، بل تنفيذا لرغبة المشرع الوطني الواردة في قواعد الإسناد الوطنية الخاصه بتنازع القوانين. ولكن هذا لا يمنع من لزوم قيام التعاون بين القاضي والخصوم في النزاع المعروض للتوصل الى إثبات القانون الأجنبي المختص. فمثلا أجازت المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنه 1988 ذلك بقولها " في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندزن إليها مشفوعة بترجمة رسمية".

فأذا طلب القاضي هذا التعاون من الخصوم وأمتنعوا أو عجزوا عن القيام به ، ليس له أن يرفض تطبيقه بحجة عدم قيامهم بأثباته، بل يقع عليه عندئذ عبء البحث عنه والتثبت من وجوده ومن تطبيقه .أستدلالا من الكلمات والعبارات الآمرة التي أستعملها المشرع الأردني في صيغة نصوص قواعد الإسناد الأردنية مثل " يسري" " يرجع" "يخضع" "تعين". فضلا عن قرار محكمة التمييز الأردنية الآنف الذكر بهذا الخصوص.

فهذه الجمل والكلمات الآمرة الصريحة تلزم القاضي الأردني بالرجوع الى القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الأردنية كقانون ملزم من تلقاء نفسه ويقوم بالتثبت منه وتطبيقه ولو لم يطلب منه أحد الخصوم ذلك خاصة أن معرفة القانون الأجنبي، وأثباته وإن كانت مهمة صعبة وتستغرق وقتا طويلا وجهدا شاقا، إلا أنها أصبحت ميسورة بفضل أنتشار المجلات والمؤلفات العلمية في القانون وانعقاد مؤتمرات دولية وإقليمية عديدة ونشر أحكام القضاء في مجموعات قانونية خاصة وتبادل التشريعات بين الدول المختلفة تنفيذا للاتفاقيات القضائية، مثل أتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة بين الدول العربية في الرياض بتاريخ 1983/4/4م .

طرق إثبات القانون الأجنبي المختص:

لم يحدد القانون المدني الأردني طرق إثبات القانون الأجنبي المختص رغم أهمية هذا الموضوع، وأنما نصت المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988م على أن " في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية. وإذا قدم أحد الخصوم مستندات محررة بلغة أجنبية وجب أن يرفق بها ترجمة رسمية أو ترجمة عرفية لا يعترض عليها خصمه، وللمحكمة في جميع الأحوال أن تكلف الخصوم بتقديم ترجمة رسمية".

وللقاضي الأردني سلطةواسعه في إثبات القانون الأجنبي المختص بكافة طرق الإثبات عدا اليمين والإقرار اللذين استقر الفقه على استبعادهما من وسائل إثبات القانون الأجنبي المختص لأنهما لا يصلحان بطبيعتهما للإثبات في هذه الحالة .

إلا أنه إذا قام القاضي الزطني ببذل كل الجهود للتثبيت من القانون الأجنبي المختص وجابهته صعوبات مادية وقانونية حالت دون أستدلاله على ما أراد وتعذر عليه إثباته، فماذا يكون الحل البديل في هذه الحالة وأي قانون يطبق على النزاع؟.

أختلف الآراء والاتجاهات بشأن هذه المسألة كالأتي:

وجوب الامتناع عن نظر الدعوى.

تطبيق القانون الأقرب في أحكامه الى القانون الأجنبي المختص.

تطبيق قانون القاضي.

فتبيق قانون القاضي على النزاع في هذه الحلة أرجح الحلول دوليا، لانه يعد من مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا ، مما ينطبق وأحكام المادة (25) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن " تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين"

المبحث الثاني: تفسير القانون الأجنبي.

أولاً: بالنسبة للأسلوب الواجب أتباعه في تفسير القانون الأجنبي.

أتباع نفس اسلوب تفسير القانون الوطني.

ويذهب رأي آخر الى وجوب تفسير القانون الأجنبي المختص بالأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها.

وهناك رأي ثالث يذهب الى وجوب قيام القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي المختص بنفس الأساليب والمعايير المتبعة في دولة هذا القانون .

وعليه فإننا نرى وجوب الأعتراف بحرية القاضي الأردني في تفسير القانون الأجنبي المختص بنفس الأساليب والمعايير التي يتبعها في تفسير قانونه الوطني، لأنه بهذا التفسير قد يظهر للقاضي الأردني أن القانون الأجنبي المختص يخالف النظام العام أو الآداب في الأردن ويجب استبعاد تطبيقه وفقا للمادة (29) .

ثم أن قيام القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي المختص وفقا للأساليب والمعايير المتبعة في قانونه الوطني ليس فيه أي تجاوز على أختصاص ووظيفة قضاء الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع المعروض.

ثانيا: بالنسبة لرقابة المحكمة الوطنية على دستورية القانون الأجنبي المختص.

الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الشكل.

إن أجماع الفقه والقضاء منعقد على أن القاضي في أي بلد مخول بالتأكد من استيفاء القانون المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمامه إجراءاته الشكلية التي يفؤضها دستور دولة هذا القانون، سواء أكان وطنيا أم أجنبيا والامتناع عن تطبيقه إذا لم يكن مستوفيا هذه الإجراءات ، سواء تنبهت المحكمة الى عدم دستوريته من تلقاء نفسها أم بناء على دفع أحد الخصوم.

الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع.

أن على القاضي الوطني الرجوع الى دستور الدولة الأجنبية التي تقرر قانونها في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إذا حصل الدفع بعدم دستورية هذا القانون ، فإذا كان هذا الدستور يتضمن مبدأ منع الرقابة القضائية على دستورية القوانين يجب عليه أتباع هذا المنع وعدم ممارسة الرقابة ولو كان دستور دولته يجيز ذلك ، وما عليه في هذه الحالة لإلا تطبيق القانون الأجنبي المختص دون بحث دستوريته أو عدم دستوريته .

أما إذا كان دستور الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع يبيح الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فعليه عندئذ ممارسة هذه الرقابة رغم أصطدام ذلك ببعض العقبات السياسية والعلمية لإتصاف الرقابة في هذه الحالة بالتدخل في الشؤون السياسية والدستورية لدولة أجنبية ذات سيادة.

أما في المملكة الأردنية الهاشمية فقد خلت دساتيرها المتعاقبة للسنوات 1928م و1946م و1952م من أي نص صريح يتعلق برقابة دستورية القوانين سلبا أو إيجابا فلا هي خولت القضاء حق ممارسة هذه الرقابة ولا منعته ولكن الفقه فسر هذا السكوت بأن للقضاء العادي حق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وشرعية الأنظمة من حيث الشكل والموضوع.

ولما صدر قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992م نصت المادة (9/أ ـ 7) منه على اختصاص هذه المحكمة دون غيرها بالنظر في " الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون او الدستور".

بالنسبة لرقابة محكمة " التميز أو النقض" في دولة القاضي على تطبيق القانون الأجنبي المختص.

فإذا اعتبرنا القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة فلا يخضع عندئذ القرار الصادر بمقتضاه في النزاع من المحكمة الوطنية المختصة للتميز لدى محكمة " التميز والنقض" في دولة القاضي.

وعليه فإن قرار القاضي الأردني في تفسير القانون الأجنبي المختص يجب أن يخضع لتدقيق محكمة التمييز الأردنية إذا كان القرار قد بني على مخالفة لاحكام هذا القانون في تطبيقه أو عيب في تأويله محافظة على سلامة تطبيقه ، شأنه شأن القانون الأردني تماما .

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

الاختصاص القضائي هو السلطة التي يخولها المشرع لهيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات أي سلطة المحكمة للحكم في نوع معين من الخصومة بمقتضى القانون

الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ومعايير ثبوته.

ففي الأردن تعد المحاكم النظامية الأردنية هي الجهة القضائية ذات الولاية العامة على كل الأشخاص والأموال والقضايا في المواد المدنية ما لم يوجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في المملكة بخلاف ذلك ، وهذا ما تؤكده المادة (1/27) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988م بقولها " تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية ، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية أو محاكم أي قانون آخر".

علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي.

قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع الاختصاص التشريعي يتضح لنا استقلال كل واحد منهما عن الآخر .

ومع ذلك فقد يتحد الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في نزاع واحد عندما يتقرر تطبيق قانون دولة معينة في النزاع مع بقاء الاختصاص القضائي الدولي فيه لمحكمة نفس الدولة ، أو إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي في النزاع لمحكمة دولة معينة مع بقاء الاختصاص التشريعي لقانون نفس الدولة وهذا هو ما يحصل بالضبط في حالة أستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب مخالفته للنظام العام او الآداب وإحلال قانون القاضي محله او إذا تعذر التثبت من احكام القانون الأجنبي المختص واضطرت المحكمة المختصه الى تطبيق قانونها الوطني او عند مراعلة قواعد الإسناد الخاصة بإعطاء الاختصاص التشريعي والقضائي لقانون وقضاء موقع العقار.

المعايير العمة في انعقاد الاختصاص القضائي الدولي وحكم القانون الأردني .

أولا: معايير أنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي.

المعايير الإقليمية في انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الاصلي وهي المعايير التي يكون مردها موطن المدعى عليه أو محل إقامته او موقع المال او محل نشوء الإلتزام او محل تنفيذه . فالمشرع الأردني عقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الأردنية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي على أساس المعيار الإقليمي في الدعاوى التي تقام على الأجنبي الذي لا موطن له ولا محل إقامه معتادة في الأردن ، في عدة حالات نصت عليها المادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها " تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن او محل إقامة في الأردن وذلك في الاحوال التالية:

إذا كان له في الأردن موطن مختار .

إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ او نفذ او كان واجبا تنفيذه فيه لو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيه.

إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن او محل إقامة في الأردن .

المعايير الشخصية في إنعقاد الاختصاص القضائي الأصلي.
معيار الجنسية: لم يأخذ المشرع الإردني بهذا المعيار.
معيار القانون المختص: لم يأخذ المشرع الإردني بهذا المعيار.

ثانيا: معيار إنعقاد الاختصاص القضائي الدولي الطارىء.
عقد المشرع الأردني الاختصاص القضائي الدولي الطارىء للمحاكم الأردنية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي بالخضوع الإداري والأرتباط والإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن في الفقرتين (2و3) من المادة (27) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقوله " تختص المحاكم الإردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة او ضمنا، إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها فإنها تكون مختصه أيضا بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها كما تختص المحاكم الأردنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

الاستثناءات التي ترد على حرية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها.
الإعفاء القضائي الممنوح للدولة الأجنبية.
أولا : الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للدولة الأجنبية .
ثانيا: الإعفاء القضائي النسبي الممنوح للدولة الأجنبية.
وفي رأينا يجب الأخذ في الأردن بمبدأ الإعفاء القضائي المشروط رغم عدم وجود نص أو مبدأ قضائي يقضي بذلك بالنظر لشيوع هذا المبدأ دوليا في الوقت الحاضر.
هل تتمتع الدول والحكومات غير المعترف بها بالإعفاء القضائي؟.
" لا يتوقف تمتع الدولة بالإعفاء القضائي على الاعتراف بها وأنما استنادا الى مبدأ السيادة القائم على وجود نظام في الجماعة يمارس مظاهر هذه السيادة على إقليم معين وخضوع الأفراد الذين يقطنون هذا الأقليم لأوامر هذا النظام".

الإعفاء القضائي الممنوح لرؤساء الدول الأجنبية.
الإعفاء القضائي الممنوح للبعثات الدبلوماسية والقنصلية.
الأشخاص الذين تثبت لهم الحصانة القضائية.
أولا: الممثل الدبلوماسي من جميع الرتب.
ثانيا: موظفو البعثة الدبلوماسية الإداريون والفنيون وأفراد أسرهم.
ثالثا: أفراد الحاشية الرسمية للبعثة الدبلوماسية.
رابعا: القناصل."حصانة القنصل الفخري".
خامسا: المنظمات الدولية وبعثاتها الدبلوماسية.
سادسا: أشخاص تستثنيهم اتفاقيات دولية.

تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وقرارات التحكيم
الحكم القضائي الأجنبي.
التعريف بالحكم القضائي الأجنبي وأساس الاعتراف به.
يقصد بالحكم القضائي الأجنبي كما عرفته المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم 8 لسنة 1952م " كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية بما في ذلك المحاكم الدينية يتعلق في إجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلا للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور".

مدى التزام الدول بالإعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه.

حاليا يمكن تقسيم دول العالم بحسب موقفها من الأعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقبول تنفيذه الى أربع فئات هي كالآتي:

دول لا تعتد بالأحكام القضائية الأجنبية بتاتا ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة منضمة إليها تلزمها بذلك مثل هولندا وبعض دول شمال أوروبا.

دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد مراجعة مضمونها قبل تنفيذها " اسلوب المراجعة" مثل لبنان وفرنسا.

دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد تدقيقها قبل تنفيذها للتأكد من توافر الشروط التي يتطلبها قانونها فيها دون مراجعة مضمونها " أسلوب المراقبة او التدقيق" مثل الأردن والعراق وإيطاليا وتركيا والمانيا والنمسا.

دول آخرى تقضي قوانينها بوجوب إقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق مضمون الحكم الأجنبي أ/ام محاكمها وتقديم الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه كدليل إثبات في هذه الدعوى كما في أمريكا.

أساس قبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.

المجاملة الدولية.

العدالة.

الرغبة في أجتناب بذل الجهود وصرف النفقات الزائدة.

ضرورة استقرار المعاملات في النظام الدولي.

مبدأ الاختصاص القضائي الدولي.

شروط الأعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وبقوة تنفيذه.
المشرع الأردني أعترف بالحكم القضائي الأجنبي في المادة (2) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ببعض الشروط وأجاز قبول تنفيذه في المادة (3) منه بشرط إقامة دعوى وصدور قرار بالتنفيذ من محكمة أردنية وكالأتي:
شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي.
شرط المعاملة بالمثل.
صدور الحكم القضائي الأجنبي من محكمة مختصة.
أن يكون الحكم نهائيا.
أن يصدر الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه في منازعات متعلقة بالقانون الخاص وبإجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب.
عدم مغايرة الحكم القضائي الأجنبي للنظام العام او الآداب.
أن تكون الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم القضائي الأجنبي سليمة وأصولية.
وأشترط البند (د) من الفقرة الاولى من المادة (7) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأ يكون الحكم المطلوب تنفيذه قد حصل عليه المحكوم له عن طريق الاحتيال ، أي الغش نحو القانون.

شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وآثاره.

قوانين بعض الدول تقضي بمراجعة وفحص مضمون الحكم القضائي الأجنبي قبل تنفيذه " أسلوب المراجعة" كما في مصر ولبنان وفرنسا.

قوانين دول أخرى تقضي بإقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق مضمون الحكم القضائي الأجنبي أمام محكمة مختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ ويقدم الحكم القضائي الأجنبي كدليل إثبات في هذه الدعوى كما في أمريكا والدول الأنجلوسكسونية الأخرى.

وفي قوانين دول أخرى لا بد من أقامة دعوى تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي أمام محكمة مختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ لا لمراجعة وفحص مضمون الحكم وأنما لتدقيق مدى توافر شروط الاعتراف به وفقا لقانونها الوطني ومنها شرط المعاملة بالمثل وعدم مخالفة الحكم للنظام العام والآداب ، وذلك بغية تأمين تمثيل سيادتها الوطنية في الأمر بالتنفيذ من جهة أخرى " أسلوب المراقبة او التدقيق" كما في الأردن والعراق وتركيا والمانيا والنمسا وإيطاليا.

فالمادة (3) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن تنص على أن " يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في المملكة الإِردنية الهاشمية بإقامة دعوى لتنفيذه أمام محكمة بدائية" فما هي اجراءات إقامة هذه الدعوى وصدور قرار التنفيذ فيها؟

الفرع الأول: إجراءات دعوى قرار تنفيذ الحكم الأجنبي في الأردن.

تقام دعوى طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الأردن باستدعاء يقدم الى محكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه ضمن دائرة صلاحيتها او التي تقع ضمن دائرة صلاحيتها أملاكه المطلوب تنفيذ الحكم عليها إذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة الأردنية الهاشمية. وعلى طالب تنفيذ الحكم (المحكوم له) أن يقدم الى المحكمة مع الاستدعاء صورة مصدقة للحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه مع صورة مصدقة عن ترجمتها إذا كان الحكم بغير اللغة العربية وصورة أخرى لتبليغها للمحكوم عليه.

الفرع الثاني:آثار قرار تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.

أولا: أكتساب قوة التنفيذ.

ثانيا: أكتساب حجية الشيء المحكوم به.

ثالثا: أكتساب قوة الإثبات.

قرار التحكيم الأجنبي.

التحكيم هو القضاء المختار كوسيلة ناجحة لفض المنازعات في مجال القانون الخاص عندما يختار أطراف علاقة تعاقدية بعض الأشخاص ليحكموا ويفصلوا في نزاع فعلي يقوم بينهم او نزاع من المحتمل أن يقوم بينهم في المستقبل بشأن علاقتهم التعاقديدة.

والتحكيم قد يرد في أتفاق خاص عندما يبرم به عقد خاص يسمى " عقد التحكيم" وقد ينص عليه كبند من بنود العقد الذي ينظم رابطة تعاقدية معينة بين المتعاقدين بحيث يصار الى شرط التحكيم هذا كلما نشأ بشأن تنفيذ العقد الوارد فيه فيسمى في هذه الحالة ب " شرط التحكيم".

وقد لا يوجد عقد التحكيم ولا شرط التحكيم وينشأ نزاع معين في رابطة تعاقدية بين المتعاقدين فيتفق الخصوم بمناسبة نشوب هذا النزاع على حلة بطريقة التحكيم فيسمى في هذه الحالة " مشارطة التحكيم".

شروط تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي.

فينبني على هذا النص أن المشرع الأردني قد ساوى بين قرار التحكيم الصادر في بلد أجنبي والحكم القضائي الأجنبي من حيث الشروط الشكلية والموضوعية وقبل الاعتراف به وتنفيذه في الأردن بنفس الشروط والإجراءات بإضافة شرط آخر وهو أن يكون قرار التحكيم الأجنبي قابلا للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه.

تنفيذ السندات الرسمية والعادية الأجنبية :

لم يرد في قانون الأحكام الأجنبية رقم 8 لسنة 1928م حكم خاص بتنظيم تنفيذ السندان الرسمية والعادية الأجنبية في الأردن بخلاف ما أخذت به تشريعات بعض الدول الأخرى.

ولما كان الأردن قد قبل هذا المبدأ في الأتفاقيات الدولية والعربية التي أنضم إليها فإن حكم السندات الرسمية والعادية الأجنبية قد يكون كحكم السندات الوطنية العادية ويمكن تنفيذها في الأردن عن طريق دائرة الإجراء مباشرة إذا كانت تتضمن دينا ثابتا ، بأعتبار أن المادة الثانية من قانون ذيل الإجراء رقم 25لسنة 1965م قد قبلت تنفيذ الديون الثابتة بالكتابة بواسطة هذه الدائرة دون تعليق ذلك على إنشاء السند في الأردن شريطة أن يتوافر فيها ذات الشروط بشأن السندات الرسمية والعادية الأردنية.