

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

القانون الدولي الجناح

الجنسية، المواطن، مركز الاجانب واعطاه في القانون العراقي

الجزء الاول

تأليف

الاستاذ المشارك الدكتور غالب علي الداودي

الاستاذ الدكتور حسين محمد الهداوي

11/21/1914

11/21/1914

11/21/1914

المقدمة

عندما باشرت بالتدريس في الجامعات الأردنية عام ١٩٩١م لاحظت غياب مؤلفات أردنية في موضوعات القانون الدولي الخاص والاعتماد على مؤلفات عربية غير أردنية في كليات الحقوق، وكان الطالب والأساتذ في موقف صعب ومعاناة حقيقية، ولذلك عقدت العزم على وضع مؤلفات أردنية في موضوعات هذا الفرع الحساس من فروع القانون الخاص الذي تتنامى وتزداد أهميته يوماً بعد يوم في العصر الحديث كلما ازدادت العلاقات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياحية وحركة التنقل والتجارة بين شعوب العالم.

وبعون من الله أثمر هذا العزم فصدر مؤلفي الموسوم بـ (القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية . دراسة مقارنة) في بداية عام ١٩٩٤م ودرس في بعض الجامعات الأردنية ثم واصلت العزم بإصرار وإرادة رغم الصعوبات المادية والمعنوية التي واجهتني وتواجهني في التأليف، فوضعت هذا الكتاب في موضوعات (تنازع الاختصاص التشريعي الدولي) و (تنازع الاختصاص القضائي الدولي) و (تنفيذ الأحكام الأجنبية) ليأخذ طريقه إلى أيدي طلبتنا الأعزاء في الجامعات الأردنية، وقد درس في قسم القانون بجامعة اليرموك وفي كلية الحقوق بجامعة الإسراء الأهلية وكلية الحقوق بجامعة جرش الأهلية وكلية الحقوق بجامعة إربد الأهلية وكلية الحقوق بالجامعة الأردنية وكلية الحقوق بجامعة فيلادلفيا الأهلية وكلية الحقوق بجامعة الزيتونة الأهلية.

وسوف أبذل الجهد والعمل الدؤوب لتأليف الكتاب الثالث في (المركز القانوني للأجانب والمواطن) وفقاً للقانون الأردني إن شاء الله.

الدكتور

غالب الداودي

باب تمهيدي

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وخصائصه ومصادره وموضوعاته
نظراً لحدائثة نشأة القانون الدولي الخاص وتعدد موضوعاته وتنوع مصادره، فقد اختلف الشراح حول تعريفه وموضوعاته ومصادره وطبيعة قواعده، وسنشرح هذه المسائل تباعاً لتمكين القارئ من الوقوف على تفاصيلها.

الفصل الأول

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته

اختلف الشراح بصدد تعريف القانون الدولي الخاص ومصادره وتطوره تبعاً لاختلافهم حول الموضوعات التي يشملها هذا القانون وطبيعة وخصائص قواعده، مما يقتضي شرح هذه المواضيع بالتفصيل، وذلك ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته

اختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب حداثة نشأة هذا الفرع من القانون وتنوع موضوعاته ومصادره. ففي صدد الموضوعات التي يتناولها والتعريف المستمد منها، يمكن تلمس تصورين، يقصر أولهما دراسة للقانون الدولي الخاص وموضوعه على مسألة تنازع القوانين فقط (تنازع الاختصاص التشريعي)، ولذلك يتخذ أنصار هذا الاتجاه من عبارة (تنازع القوانين) عنواناً لمؤلفاتهم في هذا المساق بدلاً من اسم (القانون الدولي الخاص)، ويسود هذا الاتجاه في إيطاليا وألمانيا. ووفقاً لهذا الاتجاه يمكن التعرف على هذا القانون من خلال (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد) التي تعين القانون الواجب تطبيقه (القانون المختص) على الواقعة المعروضة أمام القاضي من بين قوانين عدة دول تتنازع على حكم قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وعلى هذا الأساس يعرف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي). ومن الشراح العرب الذين يؤيدون هذا الاتجاه، نذكر الدكتور شمس الدين الوكيل من مصر^(١).

وفي الدول الإنجليزية لا يقتصر تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه على تنازع القوانين فقط، بل يشمل تنازع الاختصاص القضائي الدولي أيضاً لتحديد مدى اختصاص محاكم الدولة في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي. لأن النزاع المحتمل ظهوره بين قوانين عدة دول بشأن علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمكن أن يدخل في نطاق اختصاص محكمة أكثر من دولة واحدة لاتصال أحد عناصر تلك العلاقة بها، مما يستلزم تحديد المحكمة المختصة برؤية هذا النزاع أيضاً. وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي). ومن الشراح العرب الذي يؤيدون هذا الاتجاه الدكتور آدمون نعيم من لبنان والدكتور مرتضى نصرالله

(١) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل - الجنسية ومركز الأجانب - الاسكندرية / ١٩٦٠، ص ٩.

من العراق^(١).

وهناك اتجاه آخر يصور القانون الدولي الخاص بشكل أوسع بحيث يشمل إضافة إلى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً. ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الأخرى التي تحذو حذوها في التشريع، مثل الأردن والعراق ومصر وسوريا ولبنان.

فالمؤلفات في القانون الدولي الخاص ومفردات مادة القانون الدولي الخاص التي تدرس في جامعات هذه الدول تضم فضلاً عن أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، أحكام الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً، وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وتحدد الوطن والجنسية والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي)^(٢). ونحن بدورنا نؤيد هذا التعريف لشموليته وانصرافه بوضوح إلى موضوعات ذات صلة وترابط ببعضها في القانون الدولي الخاص.

وعلم القانون الدولي الخاص ليس بقديم، بل هو حديث النشأة، فالعالم القديم لم يكن يعرفه، لأن كل دولة كانت لها قوانينها الخاصة التي لا تقبل المزاحمة، وكانت الدول تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة وتطبيق قوانينها على جميع المنازعات والأشخاص في إقليمها من جهة، ولا يعترف بمركز قانوني للأجانب من جهة أخرى. فالأجنبي لم يكن صاحب حق في غير دولته. وغير معترف له بالشخصية القانونية، وكان هو والرقيق سواء يصلح أن يكون موضوعاً للحق لا صاحباً له، وإذا وقع خلاف بينه وبين شخص آخر في غير دولته لا يستطيع مراجعة القضاء للمطالبة بحقه أو بالتعويض عن ضرر أصابه من جراء فعل الآخرين. وهكذا لم يكن هناك تنازع قوانين أو تنازع اختصاص قضائي دولي أو مركز قانوني للأجانب أو جنسية بالمفهوم الحالي. فالفلسفة التي كانت سائدة آنذاك هي أن المدينة جماعة تربطها وحدة العبادة، فلا يتمتع بحماية قوانينها ولا يكتسب الشخصية القانونية ولا يتمتع بالحقوق فيها إلا وطنيها. وكان هذا المبدأ سائداً عند اليونان والرومان والدول الإقطاعية في أوروبا وفي الصين قديماً. ففي اليونان عبر (أيزوقراط) عن ذلك بقوله: (إن الفرق بين اليوناني والأجنبي كالفرق بين الإنسان والحيوان). وكانت القوانين اليونانية لا تمنح الأجانب أية حقوق أو حماية ولو امتدت إقامتهم فيها سنوات طويلة. وكان يطبق بشأنهم نظام الضيافة وبموجبه كان يقبل الأجنبي في ضيافة يوناني، فيتمكن بذلك من التعامل مع اليونانيين. كما عقدت دول المدن اليونانية اتفاقيات فيما بينها سمحت بإقامة

(١) أنظر الدكتور آدمون نعيم - القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان - بيروت / ١٩٦١، ص ١٤. والدكتور مرتضى نصر الله - مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري - مطبعة النعمان - النجف الأشرف / ١٩٦٢، ص ٦ - ٨.

(٢) أنظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والموطن والمركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي. الجزء الأول - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢، ص ١٠ - ١١.

علاقات تجارية بين رعاياها^(١).

ولما انقرضت دول المدن اليونانية وهيمنت الامبراطورية الرومانية على العالم كانت قوانينها تطبق على كل المناطق التي تحتلها وعلى كل من فيها. وعند وقوع خلاف بين روماني وأجنبي كانت الأرجحية دائماً للروماني، ولم يكن للأجنبي حق الزواج والتملك والمقاصة لأن الشخصية القانونية كانت تقتصر على من يتمتع بالحرية والرعية الرومانية وصفة رب أسرة.

فالحقوق المدنية لم يكن يتمتع بها غير ذي الرعية الرومانية، وتتم التفرقة في المعاملة حتى بين الأجانب في روما، وكان أقرب الأجانب إلى الرومان هم أولئك الذين يرتبطون بروما في التحالف اللاتيني، حيث منحوا بعض الحقوق فيما بعد، كحق الزواج وحق التعامل.

وعندما قامت علاقات تجارية بين أهالي روما وبين أهالي الشعوب التي أخضعتها لسيطرتها، شرع قانون الشعوب خصيصاً لتلك العلاقات، وسمح بمقتضاه لأهالي تلك الشعوب بإجراء البيع والشراء والترافع أمام المحاكم بموجب الإجراءات القضائية الكتابية، واعترف لهم بحماية قانونية خاصة إذا احتموا بروماني. ومع كل ذلك فقد عد قانون الشعوب قانوناً إقليمياً يحل النزاع الداخلي داخل إقليم إمبراطورية واحدة ولا يتعلق بالنزاع الدولي للقوانين^(٢).

وعندما غزا البربر الامبراطورية الرومانية، كان للسيد الفاتح قانونه الذي يطبق على مواطنيه أينما وجدوا، وللمغلوب قانونه. ثم تأسست الدويلات الاقطاعية خلال القرون الوسطى وصار لكل مقاطعة قانونها الخاص الذي لم يكن حكمه يتخطى حدود المقاطعة، وكان ينظر إلى الأجانب فيها كسقط المتاع وليس لشخصهم أو لمالهم حرمة، ولا تنتقل أموالهم إلى ورثتهم بعد وفاتهم لعدم تمتعهم بالشخصية القانونية وأصبح مبدأ الإقليمية القانون هو السائد، ولذلك لم تكن هناك حاجة لنشوء قواعد القانون الدولي الخاص^(٣).

وظلّ الوضع هكذا حتى نشأت الدول الحديثة في أوروبا وأقرت كل واحدة منها قانوناً خاصاً بها يختلف عن قوانين الدول الأخرى وأخذت المحاكم تطبق قوانينها الوطنية

(١) انظر مؤلفنا-القانون الدولي الخاص. النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي-دار الحرية للطباعة-بغداد / ١٩٧٦ ص ٨٣-٨٥، ومؤلفنا-مذكرات في مبادئ العلوم السياسية-الجزء الأول-مطبعة أديب البصرة / ١٩٦٤ ص ١٥٥ والدكتور أحمد مسلم-القانون الدولي الخاص-الطبعة الأولى-القاهرة / ١٩٥٤ ص ٢٨٢. و Pro. Dr. Osman Fazil Berki, Devletler Hususi Hukuku, Cilt 1. Basi 4, Ankara / 1961-sf. 161.

(٢) انظر أستاذنا المرحوم جبرائيل البنا - دروس في القانون الروماني، الطبعة الأولى - مطبعة الإرشاد / بغداد / ١٩٤٩ ص ٦٠. وميشيل فيليه - القانون الروماني. ترجمة الدكتور هاشم الحافظ - مطبعة الإرشاد - بغداد / ١٩٦٤ ص ٦٣ - ٦٧ والدكتور صبيح مسكوني - القانون الروماني. الطبعة الأولى - مطبعة شفيق - بغداد / ١٩٦٨ ص ٤٥ والدكتور آدمون نعيم المرجع السابق ص ١٣ و

Dr. Kudret Ayiter Roma Hukuku Dersteri - Aile Hukuku, ikinci Basi- Ankara/ 1963 - sf.9 Ve Dr. Paul Koschaker, Modern Hususi Hukukuna Giris Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatlari. Turkceye Ceviren Dr. Kudret Ayiter. Istanbul/ 1961. sf. 51 -70.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجنسية - بغداد / ١٩٦٢ ص ١٥٩.

دون الإنفئات إلى قانون جنسية المتقاضين أو محل إجراء العقد أو غير ذلك من الظروف. ولكن المحاكم لم تتأثر على هذا الوضع عندما رأت أنه غير علمي، فبدأت في إيطاليا وفرنسا تطبيق ليس فقط قانون القاضي، بل أيضاً القانون الشخصي وغيره من القوانين، كقانون محل وجود المال وقانون محل إبرام العقد^(١). وبدأ رجال الفقه في شمال إيطاليا يبحثون خلال القرن الثالث عشر عن حل لتنازع القوانين وتعيين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي التي بدأت بالظهور وراحوا يتلمسون الحلول لهذه المسألة من النصوص الرومانية والقواعد العرفية التي كانت سائدة آنذاك وامتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا إلى فرنسا فهولندا وإنكلترا والدنيا الجديدة إلى أن استعمل لأول مرة اصطلاح القانون الدولي الخاص عام ١٨٣٤م من قبل رجال الفقه في هولندا، وبرزت فكرة الجنسية بتطور فكرة الدولة المستقلة ذات السيادة بعد قيام الثورة الفرنسية وارتباط علاقة الفرد بها، وتخلت المحاكم فيها نهائياً عن مبدأ وجوب تطبيق قانون القاضي (Lex fori) في جميع القضايا، وقبلت الدول مبدأ تطبيق القانون الشخصي للأجانب في إقليمها وقانون محل وجود المال وقانون محل إجراء العقد^(٢).

المبحث الثاني

موضوعات القانون الدولي الخاص

إن العيش في المجتمع يستلزم بصورة حتمية وجود قواعد قانونية تنظم الروابط بين أفرادها. ولما كانت هذه الروابط تختلف باختلاف الحياة الخاصة في كل جماعة، لذا كان من البديهي أن يكون لكل جماعة نظامها القانوني الخاص القائم على أسس منبثقة من عاداتها وظروفها وحاجاتها ومثلها العليا، وهذا يؤدي إلى اختلاف أحكام التشريعات في الدول المختلفة وقيام الموضوع الأساس للقانون الدولي الخاص، وهو (تنازع القوانين) الذي يتعلق بمسألة مزاولة الحقوق.

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، سواء أكانت مدنية أم تجارية. أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة. لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية. فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يؤدي ذلك إلى الأضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة وعرقلة التجارة الدولية والحيلولة دون الإزدهار الثقافي والعلمي والاقتصادي بين الدول. ودفعاً لهذه الأضرار والنتائج في النزاع الناشب من علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يجب تعيين القانون الأنسب الواجب تطبيقه عليه، وهذا ما يطلق عليه (تنازع القوانين)^(٣)، حيث يتم فيه تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي من بين القوانين المتنازعة للدول المختلفة على حكمه عن طريق قواعد قانونية تسمى (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد).

(١) انظر الدكتور أمون نعيم - المصدر السابق - ص ١٣.

(٢) انظر الدكتور السيد محمد إبراهيم - الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالجنسية في

دول الخليج / ١٩٧٨ - ص ٣.

(٣) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٦ - ٨.

ويلي تنازع القوانين موضوع آخر له أهمية كبيرة في حماية الحقوق هو تنازع الاختصاص القضائي الدولي. فالحياة القانونية الخاصة الوطنية المحضة للأفراد تخضع لاختصاص المحاكم الوطنية وحدها. لأن المقرر أن جميع العلاقات القانونية التي تنشأ في الدولة بين الوطنيين تختص المحاكم الوطنية برؤية أي نزاع يثور بسببها، سواء أكانت مدنية أم تجارية أو أحوالاً شخصية، كزواج يتم بين أردني وأردنية في الأردن، أو كبيع يقع على مال موجود في الأردن بعقد يبيع بين أردني وأردنية في الأردن. فهذه العلاقات القانونية وطنية محضة وتختص المحاكم الأردنية وحدها بحسم النزاع الذي ينشأ حولها. ولكن قد تنشأ علاقات قانونية يشوبها عنصر أجنبي بسبب نشاط الفرد خارج حدود دولته ودخوله في علاقات مع أشخاص لا ينتمون إلى جنسية واحدة، كزواج يتم بين أردني وانكليزية في ألمانيا، أو كبيع يقع على مال منقول موجود في إنكلترا بين أردني وألماني ويتم البيع في فرنسا، وهذا ما يسمى بـ (العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي)^(١) لاتصالها بأكثر من دولة واحدة بسبب جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو محل وجودها أو السبب المنشئ لها.

والسبب الرئيس لنشوء هذه العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، هو ازدياد اتصال أفراد الشعوب المختلفة بعضهم ببعض لسهولة طرق المواصلات التي تمهد وتوفر أسباب الاتصال الحديثة، ولخروج الشعوب عن عزلتها القديمة وانفتاحها على علاقات ثقافية واقتصادية وسياحية جيدة مما يستلزم البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشب بشأن هذه العلاقات بين محاكم الدول المختلفة التي تتصل بها العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا ما يطلق عليه (تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ويعتبر الموضوع الثاني للقانون الدولي الخاص^(٢).

ولما كان واقع الحياة يكشف لنا أن الأفراد يتوزعون في كتل وجماعات متعددة، فإن ظاهرة الإنقسام والتوزيع هذه تثير مسألة جديرة بالبحث وهي معرفة كيفية توزيع الأفراد جغرافياً من أجل تحديد عنصر الشعب في الدولة.

فالإنقسام لعنصر الشعب يتم برابطة (الجنسية). إذ تتكفل الدولة في قانون الجنسية ببيان حالات فرضها وكسبها وفقدانها واستردادها ويترتب على تمتع الفرد بها أن يصبح من وطنيها وأن يتميز عن الأجنبي في الحقوق والواجبات. وهكذا فإن توزيع الأفراد جغرافياً في العالم استناداً لظرف الجنسية يفرز وطنيين وأجانب يختلفون من ناحية مدى ما يتمتعون به من حقوق وما يتحملون به من أعباء عامة.

فالجنسية كأداة لتوزيع الأفراد جغرافياً ترد ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لاتصالها المباشر بموضوع حالة الأجانب. ولهذا تعتبر العامل الرئيس لتعيين نوع ومدى الحقوق التي يتمتع بها الأجانب وبالتالي نقطة الابتداء لدراسة المركز القانوني

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٥، والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن - مطبعة الحكومة - بغداد / ١٩٧٢ - ص ٨.

(٢) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٤ والدكتور حسن الهادي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٧.

للأجانب. فهي بذلك تعتبر بحق الموضوع الثالث للقانون الدولي الخاص^(١). ولما كان بإمكان الفرد أن يقيم أو يتوطن حالياً في إقليم غير إقليم دولته التي يحمل جنسيتها لزوال حالة الحرب والعداء التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة وتغير النظرة إلى الأجنبي والاعتراف له بالحقوق عند العيش في غير مجتمع دولته، وعدم استساغة الشعوب المتحضرة العيش منطوية على نفسها، وسهولة المواصلات بينها، فإن الموطن يُعد اليوم أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم أيضاً، وينتج عنه وجود شخص متوطن وشخص غير متوطن في إقليم الدولة واختلاف مركزهما القانوني من حيث الحقوق والواجبات العامة.

فتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم لا يتم بظرف الجنسية فقط بل بظرف الموطن أيضاً. لأن الفرد قد يرتبط روحياً وسياسياً بدولة معينة ويستقر ويعمل في دولة أخرى، فتكون له جنسية الدولة الأولى وموطن في الدولة الثانية يجعله مركزاً 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.

إذ أن دول العالم المتمددين تعترف اليوم بقدر ضروري من الحقوق للأجانب الذين يتوطنون في إقليمها بعدما بدأت الحياة القانونية الخاصة للأفراد بالتطور والتوسع والامتداد من الحيز الإقليمي إلى المجال الدولي. فالموطن أيضاً يعتبر أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم ويرد ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لاتصاله المباشر بموضوع حالة الأجانب باعتباره من العوامل الرئيسة لتعيين نوع الحقوق التي يتمتع به الأجنبي في دولة الإقامة. فهو بذلك نقطة الابتداء لدراسة المركز القانوني للأجانب، وبالتالي فهو الموضوع الرابع للقانون الدولي الخاص، مما يقتضي دراسته قبل دراسة المركز القانوني للأجانب في الدولة.

ورغم الاعتراف بقدر من الحقوق للأجنبي اليوم في دولة الإقامة، إلا أن ذلك لا يعني مساواته بالوطني في الحقوق والواجبات بصورة عامة لاعتبارات تفرض التمييز بينهما في التمتع بالحقوق وأداء الواجبات العامة في الدولة. فمركز الأجنبي في دولة الإقامة تنظمه قواعد قانونية تحدد الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها ومن معرفة هذه الحقوق يمكن معرفة الحقوق التي لا يمكن أن يتمتع بها.

وبعد الوقوف على الحقوق التي يمكن للأجنبي أن يتمتع بها في الدولة يجري البحث عن القانون الذي يبيح له التمتع بهذه الحقوق، ولهذا يعتبر تحديد هذا المركز للأجنبي مهما بالنسبة لحل تنازع القوانين، وبالتالي الموضوع الخامس للقانون الدولي الخاص.

وحيث لا يكفي الحصول على قرار حكم من المحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي للوصول إلى الحق المدعى به، بل لا بد من الاستعانة بقضاء دولة

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٧٨ ص ٢٢.

أخرى لتأمين وضع هذا القرار موضع التنفيذ وإيصال الحق إلى أصحابه الذين قد يوجدون في خارج حدود الدولة التي أصدرت المحكمة فيها قرار الحكم، فتأتي مسألة أخرى تلحق بالاختصاص القضائي الدولي وتعتبر الموضوع السادس للقانون الدولي الخاص، وهي (تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية).

فالحكم القضائي الصادر من محكمة دولة أجنبية يكون مشوباً بصفة أجنبية ويطلب تنفيذه من دولة أخرى غير دولة المحكمة التي أصدرت الحكم، في حين لا تكون الدولة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم ملزمة بقبول ذلك ما لم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية تبيح ذلك^(١). ونخلص من كل ما تقدم إلى أن دراسة القانون الدولي الخاص تشمل الموضوعات التالية:

- ١- تنازع القوانين.
- ٢- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- ٣- الجنسية.
- ٤- الموطن.
- ٥- المركز القانوني للأجانب.
- ٦- تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وقد يبدو لأول وهلة أنه 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، إلا أن الواقع يكشف لنا ارتباط هذه الموضوعات ببعضها ارتباطاً وثيقاً يبرر الجمع بينها ضمن دراسة القانون الدولي الخاص. ولهذا يتجه أغلب شراح القانون الدولي الخاص في جامعات دول متعددة ومنها جامعات المملكة الأردنية الهاشمية والدول العربية الأخرى إلى ضم هذه الموضوعات إلى دراسة القانون الدولي الخاص. ولتوضيح هذا الترابط نذكر المثال التالي: لو باع إيطالي أموالاً منقولة في الأردن إلى إنكليزي وثار النزاع بينهما ورفع النزاع إلى محكمة أردنية. فالمحكمة لا بد لها من أن تبت أولاً في جنسية طرفي النزاع والتثبت من أنهما ليسا من الأردنيين، ثم تبحث بعد ذلك في مركز الأجانب من حيث هل للأجنبي حق تملك هذا المال وبيعه في الأردن؟ فإذا كان يحق له ذلك تنتقل المحكمة إلى مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع. هل هو القانون الأردني أو القانون الإنكليزي أو القانون الإيطالي؟ ثم تنتقل المحكمة إلى مسألة التأكد من انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في هذا النزاع. وإذا أعطي الاختصاص القضائي والتشريعي للقضاء والقانون الأردني وصدر قرار الحكم في النزاع فما هي الإجراءات الواجب القيام بها في خارج الأردن عندما يراد تنفيذ هذا القرار؟.

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٩ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - القسم الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ٢٦٣.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الخاص ومصادرها

سبق أن ذكرنا أن للقانون الدولي الخاص طبيعة وخصائص ومصادر خاصة تختلف عن طبيعة وخصائص ومصادر بقية فروع القانون الخاص مما يقتضي شرح هذه المسائل بشيء من التفصيل وكالاتي:

المبحث الأول

طبيعة وخصائص قواعد القانون الدولي الخاص

مسألة تحديد طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص وخصائصها تتعلق بربط هذا القانون بالقسم الذي ينتمي إليه من أقسام القانون وتحديد نطاقه الإقليمي. فهل يعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما هي طبيعته من حيث هل هو قانون دولي له صفة دولية أم قانون داخلي له صفة وطنية؟ وإذا لم تكن له صفة دولية باعتباره من القانون الداخلي، فهل هو من فروع القانون الخاص أم من فروع القانون العام. مما لا شك فيه أن القانون الدولي الخاص قانون بالمعنى الحقيقي ولقواعده صفة الإلزام، ولا خلاف في ذلك. إلا أن الخلاف يدور بين الفقهاء حول طبيعة قواعد هذا القانون. إذ ينكر البعض منهم على قواعد الصفة الدولية ويرونها قواعد قانونية داخلية بحتة، بينما يرى البعض الآخر منهم أن لقواعد هذا القانون الصفة الدولية التي تجعله من القانون الدولي.

ويختلف الفقهاء أيضاً في مسألة أخرى وهي القسم الذي ينتسب إليه هذا القانون. فمنهم من يرده إلى قسم القانون الخاص، ومنهم من يرده إلى قسم القانون العام، وكل فريق منهم يبرر وجهة نظره بأراء مقنعة.

ويعود سبب عدم استقرار الفقهاء على وضع هذا القانون في موضعه الثابت الصحيح بالنسبة لطبيعة قواعده والقسم الذي ينتسب إليه من أقسام القانون واستمرار الجدل والنقاش بينهم حول كل ذلك في شتى دراساتهم، إلى حداثة نشأة هذا القانون وتنوع مصادره. فهناك اختلاف كبير بين الفقهاء بشأن هذه التساؤلات مصدره عدم الاتفاق على موضوعاته وطبيعة قواعده.

فهناك من الفقهاء وعلى رأسهم (نبيويه) يعتبرونه قانوناً داخلياً بحتاً ليست له صفة دولية، لأن تصنيف القانون إلى داخلي ودولي يقوم إما على أساس نطاق تطبيقه أو على أساس مصدره.

وأى من هذين الأساسين لا يتوافق مع قواعد القانون الدولي الخاص لعدم وجود التماثل والتوافق بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام. حيث أن قواعد كل من القانونين المذكورين لا تتوافق من حيث المصدر والموضوع وقوة الإلزام.

فمن حيث الموضوع، تنظم قواعد القانون الدولي الخاص علاقات قانونية خاصة بين الأفراد، بينما قواعد القانون الدولي العام تنظم علاقات دولية بين الدول. فقواعد الجنسية تحكم علاقة الفرد بالدولة، وقواعد مركز الأجانب تبين مدى تمتع الأجنبي بالحقوق في الدولة، وقواعد تنازع القوانين تنظم اختصاص القوانين التي تحكم العلاقات الخاصة بين

الأفراد في أحوالهم الشخصية وروابطهم المالية، رغم أن العلاقة الخاصة هذه قد تكون بين أفراد تابعين لأكثر من دولة واحدة وتتجاوز إقليم الدولة وتأخذ بهذا مظهراً دولياً، إلا أنها في حقيقة الأمر ليست علاقات دولية بين الدول. فمثلاً إذا طلق أردني زوجته الألمانية، فإن هذه المسألة خاصة بهما ولا توجد ضرورة لأن تقوم دولتهما بتنظيم هذه العلاقة باتفاقية أو معاهدة دولية. فكون هذه القواعد تنظم علاقات ذات مظهر دولي لا يكفي لإسباغ الصفة الدولية عليها واعتبارها دولية في موضوعها^(١).

فالمصالح المتعارضة في القانون الدولي العام لها صفة عامة، بينما في القانون الدولي الخاص لها صفة خاصة.

ومن حيث المصدر لكي تثبت الصفة الدولية للقانون، لا بد من وجود سلطة تشريعية دولية عليا فوق سلطة الدول يكون في مقدورها إصدار قواعد قانونية ملزمة لكافة الدول أو أن يكون هناك المصدر المشترك الذي تستمد منه كافة الدول قواعدها القانونية أسوة بالقانون الداخلي. لأنه عند وجود مثل هذا المصدر الدولي المشترك تتخلى الدول عن المصادر الوطنية وتستند فقط إلى المصادر الدولية. في حين أن واقع الحال ينفي وجود قواعد قانونية ملزمة لجميع الدول في القانون الدولي الخاص لعدم وجود مصدر دولي مشترك تستمد منه كافة الدول قواعد قانونها الدولي الخاص. إذ من المسلم به أن قواعد هذا القانون داخلية ومصدرها التشريع والعرف الداخلي، وحتى مصادرهما التي يكون أساسها الاتفاقيات الدولية، فإن المشرع الوطني يبقى فيها صاحب القرار، لأنها لا تصبح نافذة وسارية المفعول إلا بعد إقرارها من قبله وتصديقه عليه. فالاتفاقية الدولية أو المعاهدة لا تعدو أكثر من تشريع داخلي، وهذا يفرض علينا القول بأن كافة قواعد القانون الدولي الخاص هي وطنية وليست لها صفة دولية. بينما مصادر القانون الدولي العام دولية في الأساس ولا تلعب إلا دوراً ثانوياً في القانون الدولي الخاص.

وما دامت قواعد القانون الدولي الخاص وطنية في مصدرها ويتكفل المشرع الوطني في كل دولة بما له من سيادة وحرية بوضعها دون أن يخضع في ذلك لسيادة دولة أخرى وتقوم المحاكم الوطنية بتطبيقها في الحدود الإقليمية لكل دولة، فهي داخلية محضة كسائر القوانين الداخلية الأخرى، لأن المشرع الوطني يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة مستهدفاً فيها أحوال بلده الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... إلخ. ولذلك لا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول، بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص الذي يستأثر المشرع الوطني بوضع قواعده دونما تقيد بمصالح الدول الأخرى وقوانينها. فهناك القانون الدولي الخاص الأردني والقانون الدولي الخاص العراقي والقانون الدولي الخاص الفرنسي ... إلخ. وتختلف أحكامه من دولة إلى أخرى من حيث الموضوع^(٢).

وإزاء من ينكر الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص، هناك آخرون 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

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٤.

(٢) راجع الدكتور محمد كما فهمي - أصول القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - الاسكندرية/ ١٩٥٥ - ص ٥٣ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٥.

علاقات أفراد تابعين لدول مختلفة ذات عنصر أجنبي لها مساس بأكثر من دولة واحدة، ولذلك فإن العلاقات التي يحكمها هذا القانون ما دامت ليست داخلية بحتة، فهي دولية وأن القانون الذي يحكمها يعتبر دولياً. وبالإضافة إلى ذلك فإن المراكز القانونية التي تتصدى قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيمها، لها في كثير من الأحيان انعكاسات على علاقات الدول نتيجة لاهتمام جميع الدول بمصالح رعاياها، ولهذا فإن القانون الدولي الخاص يفرق عن القوانين الداخلية تماماً، بل إنه قانون فوق القوانين الداخلية، رغم تناول قواعده حل النزاع المتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد. فهو يعمل من أجل التوفيق بين المصالح العامة للدول المختلفة وسيادتها، وينظم العلاقات بين الدول بصرف النظر فيما إذا كانت هذه العلاقات عامة أو خاصة. فإذا كانت تلك العلاقات تخص القوانين العامة أو المصالح العامة كان القانون المنظم لها هو قانون دولي عام، وإذا كانت متعلقة بالقوانين الخاصة أو بالمصالح الخاصة كان القانون المنظم لها هو قانون دولي خاص. فيعتبر القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص فرعين من القانون الدولي وينظمان العلاقات بين الدول. ومن أهم أنصار هذا الرأي (Felix) و (Weiss). إذ يعرف (Weiss) القانون الدولي الخاص بأنه (القانون الذي يحل النزاع الحاصل بين دولتين بشأن قوانينهما الخاصة أو مصالحهما الخاصة). فهو قانون لا يخلو من الصفة الدولية شأنه في ذلك شأن القانون الدولي العام، ويعتبر هو والقانون الدولي العام من صنف واحد من أصناف القانون^(١).

ويضيف هؤلاء، أنه إذا سلمنا بأن القوانين تكون إما دولية وإما داخلية، وأن القوانين الداخلية تحكم علاقات الأفراد الخاصة، والدولية تحكم علاقات الدول، فمن الذي يحكم العلاقات التي ليست دولية ولا داخلية وإنما مشوبة بعنصر أجنبي أصلتها بأكثر من دولة واحدة في جنسية أطرافها أو مكان انعقادها؟ ثم يخلصون إلى القول بأنه لا مفر من اعتبار قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم هذا النوع من العلاقات قواعد دولية.

وقالوا أيضاً أنه ليس من الصحيح القول بأن القوانين لا تكون دولية إلا إذا كانت تستقي أحكامها من مصادر دولية بحتة فقط، لأن القانون إنما يوصف بنوع العلاقات التي يحكمها والقواعد التي يتضمنها، لا بمنشئها ومصدرها. فهو مدني إن كان يهتم بحل علاقات الأفراد المدنية، وهو تجاري من أي مصدر أستقي إن كان ينظم الأعمال التجارية وعلاقات التجار التجارية، وهو دولي مهما كانت مصادره إن كان يحكم علاقات الدول أو علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي. خاصة أن الدول تهتم بشؤون ومصالح رعاياها إلى درجة قد يؤدي الخلاف بشأن ذلك إلى حد نشوب نزاع دولي بينها^(٢).

فاهتمامات الدول وحرصها على تأمين مصالح رعاياها تخفف في كثير من الأحيان من اندفاعها نحو سن تشريعات متعلقة بمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص تكون لها انعكاسات دولية فتقابل بتشريعات أكثر تطرفاً تلحق الضرر برعاياها. وقد كهذا

(١) راجع الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩-١١ و

Prof. Dr. Osman Berki Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4. Ankara- 1960. sf. 4.

(٢) الدكتور ماجد الحلواني - الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة. الجزء الأول، الطبعة الأولى - دمشق/ ١٩٦٠ -

ص ٤٢، ومؤلفنا القانون الدولي الخاص. النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق -

ص ٢٦-٢٧.

يؤحي بأن حرية الدولة في وضع قواعد القانون الدولي الخاص ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة برعاية مصالح الدول الأخرى، وهذا ما يضيف بالنتيجة على القانون الدولي الخاص مظهره الدولي. فكثير من قواعده يمكن رده إلى مصادر دولية، كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، والعرف والقضاء الدوليين^(١).

والواقع الذي نراه هو أن القانون الدولي الخاص قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الأخرى تماماً وليس له صفة دولية، ولا يمكن أن يكون مثل القانون الدولي العام قانوناً فوق الدول. لأن قواعده المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي لا تزال بعيدة من أن تكون عامة ومشتركة بين جميع الدول رغم وجود بعض الأسس الدولية فيها. فلو كانت لهذا القانون صفة دولية لما شرعت قواعده بمثل هذا الاختلاف من دولة إلى أخرى وكانت أحكامه وأساسه موحدة في جميع الدول. كما أن المشرع في كل دولة يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة مراعيًا في ذلك ظروف بلده الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمحاكم الداخلية هي التي تلزم النياس على إتباعها إضافة إلى عدم وجود التماثل بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام. حيث أن قواعد كل من القانونين المذكورين لا تتفق في المصدر والموضوع وقوة الإلزام.

فالقانون الدولي العام عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تعين الحقوق والواجبات المتقابلة بين الدول بصفقتها أشخاصاً معنوية، بينما القانون الدولي الخاص عبارة عن القواعد القانونية المتبعة في حسم الخلافات القائمة بين القوانين الخاصة في دولتين عند تعارضها حول منافع رعاياهما.

بعد أن انتهينا من تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص ومناقشة الرأي الذي يعتبر القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص فرعين من القانون الدولي وتأكيدنا أن القانون الدولي الخاص قانون داخلي يختلف عن القانون الدولي العام من حيث طبيعة قواعده، يثور الخلاف حول مسألة أخرى تتعلق بتحديد موضع هذا القانون من قسمي القانون (العام والخاص). فهل هو من قسم القانون العام أو من قسم القانون الخاص؟

يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع قسم القانون الخاص، لأنه يعين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات القانونية الخاصة بين الأفراد، وأن القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد سواء في أحوالهم الشخصية أم المالية وبينهم وبين الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، بل بوصفها شخصاً عادياً، عكس القانون العام الذي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الفرد والدولة وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة. فتطبيق هذا المعيار على موضوعات القانون الدولي الخاص يؤدي بنا إلى القول بأنه من القانون الخاص لا من القانون العام. لأن غاية القانون الدولي الخاص هي تنظيم علاقات الأفراد الخاصة عبر الحدود، لا سيما موضوعاته المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. فقواعده المتعلقة بتنازع القوانين تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٦.

علاقات الأفراد، وقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في حكم هذه العلاقات، وأن الجنسية ومركز الأجنبي رغم كونهما من القانون العام، إلا أن الصلة الوثيقة القائمة بينهما وبين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي جعلتهما مسألة أولية لبحث التنازع وحله ولهذا أدخلنا ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص كما سبق أن ذكرنا ذلك.

وينكر فريق آخر من الفقهاء إنتماء القانون الدولي الخاص إلى قسم القانون الخاص ويرون ضرورة ضمه إلى حظيرة قسم القانون العام على أساس أنه أيضاً ينظم علاقات الأفراد بالدولة وعلاقات الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وأن بعض قواعده تتعلق بسيادة الدولة. فمثلاً قواعده المتعلقة بتنازع القوانين رغم أنها تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم علاقات الأفراد التابعين لدول مختلفة إلا أنها تنتهي إلى تحديد مجال تطبيق القوانين الوطنية والأجنبية. وهكذا الحال بالنسبة لقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تنتهي إلى مدى اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي. وقالوا: إن هدف قواعد تنازع القوانين ليس تنظيم مؤسسة من المؤسسات القانونية حتى نعتبرها من القانون الخاص، بل هو تحديد مدى سلطان القوانين الوطنية والأجنبية وهذا يعتبر من أبحاث القانون العام، وهكذا الأمر بالنسبة لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية في داخل الدولة في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي الذي يعد من أبحاث القانون العام لا القانون الخاص.

أما بالنسبة للجنسية فقد قالوا عنها أنها لما كانت رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة وتحدد انتماء الفرد للدولة وتتدخل الدولة في تنظيم هذه العلاقة بما لها من سيادة وسلطة عامة وهي حرة في منحها أو سحبها بحسب ما تمليه عليها مصالحها الأساسية، فهي بذلك من أنظمة القانون العام باعتبارها أداة لتحديد سكان الدولة، أي عنصر الشعب الذي هو من أهم عناصر قيام الدولة. فلا بد إذن من اعتبار الجنسية من موضوعات القانون العام لتعلقها بعناصر تكوين الدولة^(١).

وأوردوا نفس الملاحظة بشأن موضوع المركز القانوني للأجانب وقالوا: لا يمكن اعتباره من موضوعات القانون الخاص، لأن الدولة تحدد مركز الأجنبي في إقليمها وفقاً لقواعد قانونية تشرعها استناداً لسلطانها الأمرة وسيادتها المطلقة ومقتضيات مصالحها العليا، ولهذا فإن هذه القواعد تعتبر من القانون العام لا من القانون الخاص. لأنها تتناول تنظيم مركز الأجنبي كجزء من السياسة العامة في الدولة لاعتبارات سياسية^(٢).

وبمع استمرار هذا النقاش بين الفقهاء حول القسم الذي ينتمي إليه القانون الدولي الخاص، فإن الاتجاه السائد يكاد يستقر على اعتباره في أغلب الدراسات الأكاديمية من فروع القانون الخاص. لأنه ينظم علاقات الأفراد الخاصة عبر الحدود، خاصة في قواعده

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجنسية - (المرجع السابق) - ص ١١ ومؤلّفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطبع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ٤.

(٢) راجع Prof. Dr. Osman Berki- sf. 4.

المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية التي لا تؤثر في سيادة الدولة بشيء. لأن القانون الأجنبي الذي يطبق في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي يتقرر تطبيقه بأمر من المشرع الوطني في كل دولة، وهو الذي يحدد حالات ومجالات تطبيقه وتخلي القانون والقضاء الوطني عن اختصاصهما له^(١).

وبالانتهاء من تعريف القانون الدولي الخاص والوقوف على طبيعته قواعد وموضوعاته وموضعه بين قسمي القانون نصل إلى جملة خصائص يتميز بها هذا القانون هي:

١- إنه قانون ملزم بالمعنى الصحيح، لأن بعض قواعده يتضمن الجزاء المادي الذي يحكم به القضاء المختص في الدولة ويتم تنفيذ الأحكام الصادرة بموجبيه حسب الأصول أسوة بتنفيذ الأحكام الصادرة بموجب القوانين المرعية الأخرى في الدولة.

٢- إنه قانون حديث النشأة نسبياً 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 فرنسا قبل صدور مجموعات نابليون، ثم امتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا إلى فرنسا، فهولندا وإنكلترا والدنيا الجديدة. وقد استعمل لأول مرة اصطلاح القانون الدولي الخاص عام ١٨٣٤م بتأثير الفقه الهولندي، ولهذا يمكن القول بأن مفهوم هذا القانون لم يتضح ويتطور إلا بعد الثورة الفرنسية. لأن الدول قديماً كانت تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة المطلقة وإقليمية قوانينها^(٢).

٣- إنه قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الأخرى، يحكم علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي بين الأشخاص، عكس القانون الدولي العام الذي يحكم علاقات دولية بين الدول ويُعد قانوناً فوق الدول. بينما القانون الدولي الخاص ليس قانوناً فوق الدول، وأن المشرع الوطني في كل دولة حر في وضع قواعده بما له من سيادة ووفقاً للمصالح العليا في دولته دون الخضوع لسيادة ومصصلحة دولة أخرى. كما أن المحاكم الوطنية هي التي تطبقها في الحدود الإقليمية لكل دولة، ولهذا تختلف قواعده من دولة إلى أخرى، ولا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول، بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص. فهناك قانون دولي خاص أردني وقانون دولي خاص عراقي وقانون دولي خاص فرنسي... إلخ. على أساس أن الروابط الاجتماعية تختلف باختلاف أسس الحياة الخاصة في كل جماعة، ومن هنا جاء الاختلاف بين قواعد القانون الدولي الخاص من دولة إلى أخرى.

٤- إنه فرع من فروع القانون الخاص وتعالج غالبية قواعده العلاقات الخاصة بين الأفراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية. فغاياته تنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد عبر الحدود.

(١) راجع الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٢) راجع الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٣ ومولفنا - المرجع السابق - ص ٤-٦.

٥- إن بعض قواعده (قواعد التنازع) قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون الواجب تطبيقه عندما تتنازع قوانين عدة دول على حكم هذه العلاقة، دون أن تمس موضوع النزاع أصلاً. أي أنها ترشد قاضي الموضوع إلى القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه، بينما بعض قواعده الأخرى موضوعية تفصل في النزاع مباشرة، كقواعد الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

٦- لا توجد قواعده بشكل مجموعة واحدة مستقلة، بل متوزعة بين قوانين مختلفة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب، لأن أحكامه لا تبلغ من الكثرة حداً يسوغ إيرادها في مجموعة مستقلة، خاصة بالنسبة لأحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. ولهذا فهي قد تدرج عادة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية^(١).

٧- يعتبره البعض قانوناً مختلطاً يشمل موضوعات متعددة غير متجانسة وغير مترابطة من القانون العام والقانون الخاص مما يؤثر صعوبة في تحديد طبيعة قواعده. فهو يحوي قواعد من القانون الخاص، كقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تلعب دوراً هاماً في فض خلافات الأفراد وحل علاقاتهم الخاصة عبر الحدود في روابط أحوالهم الشخصية والمالية، ويحوي أيضاً قواعد من القانون العام، كقواعد الجنسية ومركز الأجانب التي تتدخل الدولة في تنظيمها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، لأنها من أنظمة القانون العام ومتعلقة بالسيادة.

كما أنه مزيج من القانون الدولي والقانون الوطني لاحتوائه على قواعد من القانون الداخلي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد وأخرى من القانون الدولي توفق بين سيادة مختلف الدول في مجال تطبيق القوانين. ولهذا على المشرع عند وضع قواعده، وعلى الباحث عند شرح أحكامه، وعلى القاضي عند تطبيق نصوصه ملاحظة هذه الصفة المزدوجة التي يتميز بها هذا القانون، ليتمكنوا من التوفيق بين مصلحة وسيادة دولهم ومصلحة وسيادة الدول الأخرى.

٨- إنه لا يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دول متعددة وجنسيات مختلفة فحسب، بل يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دولة واحدة أيضاً، كعقد زواج يبرم بين أردني وأردنية في فرنسا.

٩- له مصادر متعددة ومختلفة تتسع لتشمل ثلاثة أنواع هي: مصادر وطنية (التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص)، ومصادر دولية (الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والأعراف الدولية والقضاء الدولي)، ومصادر علمية (الفقه الداخلي والدولي).

(١) يتضمن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ أحكام تنازع القوانين في المواد من ١١ إلى ٢٩، وتوجد أحكام الاختصاص القضائي الدولي في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وقانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، وتوجد أحكام مركز الأجانب في قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٣، وأحكام الجنسية في قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤، وأحكام تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ ... إلخ.

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص

مصدر القانون هو المنبع الذي تتبع منه قواعده، فالبحث عن تطبيق قانون ما يستلزم معرفة الأصل الذي ينبع منه هذا القانون والأشكال التي تبلورت بها قواعده وأصفت عليها صفة الإلزام. تلك الأشكال المستمدة من السلطة أو الهيئة التي تهيمن على وضع القوانين والكشف عنها في الدولة.

ومصادر القانون تختلف من قانون إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، فمثلاً إذا كان لا يمكن أن يكون العرف والقياس والقضاء وقواعد العدالة من مصادر القانون الجنائي لاستناد هذا القانون إلى قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، نجد أنه من المألوف اعتبار العرف وقواعد العدالة من مصادر القانون المدني.

ومصادر القانون الدولي الخاص متأثرة بالطبيعة الخاصة التي تتميز بها قواعده، ولدراستها أهمية كبيرة، لأن لهذا القانون مصادر مختلفة ومتنوعة من وطنية ودولية وعلمية.

فقواعد القانون الدولي الخاص رغم اعتبارها داخلية إلا أنها تنظم علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، مما يستلزم اعتماد هذا القانون في بعض أحكامه على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الوطنية. فالدول تعتمد في كثير من الأحيان إلى تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص عن طريق عقد اتفاقيات ومعاهدات دولية ثنائية أو جماعية تلتزم فيها بمبادئ أو قواعد معينة لمعالجة المشاكل الناجمة عن التشدد في التمسك بمبدأ السيادة أو تتلمس هذه الدول الحلول اللازمة لها من القضاء والعرف الدوليين^(١).

كما أن القضاء ظل قروناً طويلة يعتمد على آراء الفقهاء في حل تنازع القوانين حتى استقرت قواعد هذا التنازع بفضل المناقشات التي جرت بين الفقهاء في هولندا وانكلترا وفرنسا حول البحث عن القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، مما يعني اعتبار الفقه مصدراً علمياً للقانون الدولي الخاص. وبهذا تتسع مصادر القانون الدولي الخاص لتشمل ثلاثة أنواع، هي: المصادر الوطنية المتمثلة في (التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص)، والمصادر الدولية المتمثلة في (المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والعرف والقضاء الدوليين)، والمصادر العلمية المتمثلة في (الفقه الداخلي والدولي).

المطلب الأول

المصادر الداخلية

للقانون الدولي الخاص مصادر داخلية تتمثل في التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وكالاتي:

أولاً- التشريع:

التشريع هو المصدر الرسمي الأول لكافة فروع القانون منذ أواخر القرن الثامن عشر، خاصة في العصر الحديث. إذ يشغل بالنسبة إلى مصادر القانون الأخرى مكان

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق - ص ٣٥ -
٣٧ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨ - ٢٠.

الصدارة، لأن الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد قوتها الملزمة من السلطة التشريعية المخولة بتشريع القوانين في الدولة طبقاً للدستور بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص.

فالمشرع الوطني يستأثر بوضع قواعد القانون الدولي الخاص دون النظر إلى أي اعتبار أجنبي أو قيد دولي في تنظيم موضوعات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية والجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب. وتمتاز هذه القواعد بالدقة والوضوح، ولكنها غير مجمعة في مجموعة واحدة مثل القانون المدني أو القانون التجاري أو القانون الجنائي، بل ترد في قوانين مختلفة كقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب والقانون المدني وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ... إلخ.

وأهمية التشريع كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص تختلف تبعاً إلى الموضوع الذي ينظمه المشرع ومدى الحاجة إلى المبادرة المبكرة لمعالجته. فالجنسية مثلاً تتصل إتصلاً وثيقاً مباشراً بكيان الدولة، لأن أحكامها تحدد ركن الشعب في الدولة. ولذلك يبادر المشرع مبكراً إلى تنظيمها بقواعد تشريعية عند نشوء الدولة ولا يسمح للمصادر الأخرى بأن تلعب دوراً في تنظيمها ويبقى التشريع هو المصدر الرئيس لها، وقد يصل الأمر إلى حد النص على بعض أمور الجنسية في الدستور^(١).

ويأتي المركز القانوني للأجانب في المرتبة الثانية بعد الجنسية من حيث اهتمام المشرع بتنظيم أحكامه بقواعد تشريعية، علماً أن للعرف والاتفاقيات الدولية دورهما أيضاً في تنظيم المركز القانوني للأجانب إلى جانب التشريع، في حين أن دور التشريع في تنظيم أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي لا يستلزم أن ينهض به المشرع مبكراً.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية برز دور التشريع كمصدر للقانون الدولي الخاص بعد تأسيس الحكم الوطني فيها عندما تناول المشرع الأردني أولاً تنظيم أحكام المركز القانوني للأجانب عام ١٩٢٧ بقانون إقامة الأجانب لسنة ١٩٢٧ الذي اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في العدد ١٩٦٢ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٨/١٩٢٧، ثم ألغي هذا القانون وأحل محله قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٣ الذي اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في الصفحة ١١١٢ من العدد ٢٤٢٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٦/٦/١٩٧٣، كما تناول بالتنظيم أحكام الجنسية عام ١٩٢٧ تنفيذاً لأحكام المادة (٣٠) من معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي انسلخت إمارة شرق الأردن بموجبها عن الامبراطورية العثمانية وتأسس فيها الحكم الوطني. إذ ألزمت المادة المذكورة من المعاهدة الدول التي تكونت من الأقاليم المنسلخة عن الامبراطورية العثمانية بتنظيم جنسية أهلها بقانون محلي، ولذلك تم تشريع أول قانون لجنسية شرق الأردن في ٢٣/٤/١٩٢٧ وتم نشره كمشروع في العدد ١٩١ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٥/١٩٢٨ وأعلن عن تنفيذه في العدد ١٩٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٦/١٩٢٨، ثم ألغي هذا القانون وأحل محله قانون

(١) تنص المادة (٥) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية على أن: (الجنسية تحدد بقانون).

الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ الذي نشر في الصفحة ١٠٥ من العدد ١١٧١ من الجريدة الرسمية في ١٦/٢/١٩٥٤ واعتبر نافذاً من تاريخ هذا النشر. ولما كان تنازع الاختصاص القضائي الدولي يتطلب وجود قواعد قانونية تحكمه من خلال تحديد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية ومدى ما يترك من هذا الاختصاص للمحاكم الأجنبية، فإن المشرع الوطني يشرع القواعد القانونية التي تحدد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية بصورة عامة، ومن خلال هذا التحديد يتحدد بصورة غير مباشرة اختصاص المحاكم الأجنبية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، حينما يتخلل المشرع الوطني عن هذا الاختصاص في بعض الحالات لمحكمة أجنبية، عكس قواعد تنازع القوانين التي تحدد مباشرة مدى اختصاص القانون الوطني والقانون الأجنبي في أن واحد. ففي كل دولة يرسم المشرع قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بصورة عامة، سواء أكان هذا الاختصاص داخلياً أم دولياً ضمن قواعد أصول المحاكمات المدنية.

فالمشرع الأردني لم ينظمه ضمن أحكام القانون المدني عكس ما فعله المشرع العراقي^(١)، وإنما نظمه خلال تنظيم الاختصاص القضائي للمحاكم الأردنية بصورة عامة في المنازعات ضمن أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٨٤ لسنة ١٩٥١ الذي نشر في الصفحة ١١٦٧ من العدد ١٠٧ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٧/٧/١٩٥١، ثم ألغى هذا القانون وأحل محله قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢ الذي نشر في الصفحة ٢٨٨ من العدد ١١٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٦/٦/١٩٥٢ واعتبر نافذاً من تاريخ هذا النشر ثم ألغى هذا القانون أيضاً وأحل محله قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الذي نشر في الصفحة ٧٣٥ من العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢/٤/١٩٨٨ وعمل به بعد مائة وعشرين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، حيث نظمت المادة (٢٧) منه الاختصاص القضائي الدولي الطارئ، ونظمت المادة (٢٨) منه الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الأردنية.

أما بالنسبة لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فله قانون خاص، وهو قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢.

أما أحكام تنازع القوانين والمواطن فقد اهتم المشرع الأردني بتنظيمها لاحقاً عندما شرع القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ونشر في الصفحة ٢ من العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٨/١٩٧٦ واعتبر نافذاً من تاريخ ١/١/١٩٧٧، ونظمت المواد (١١ - ٢٩) منه تنازع القوانين، ونظمت المواد (٣٩ - ٤٠) منه المواطن.

ومما سبق يتضح أن المشرع الأردني لم يول كافة موضوعات القانون الدولي الخاص قدراً متساوياً من الأهمية، إذ صب جل اهتمامه المبكر على تنظيم المركز القانوني للأجانب والجنسية أولاً ثم امتد اهتمامه إلى تنظيم الموضوعات الأخرى في وقت لاحق.

(١) لقد نظم المشرع العراقي أحكام الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في المادتين (١٤، ١٥) من القانون المدني تحت عنوان (التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي).

وعلى كل حال فإن التشريعات التي أصدرها المشرع الأردني والتي أشرنا إليها آنفاً تشكل في مجملها قواعد القانون الدولي الخاص الأردني التي سنقوم بشرح أحكامها تباعاً.
ثانياً- العرف الداخلي:

العرف عبارة عن سلوك معين في ناحية معينة من نواحي الحياة ويعتاد الناس على اتباعه بإطراد مصحوب باعتقاد لزومه وترتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته. فهو إذن مجموعة قواعد قانونية ملزمة غير مكتوبة لأنها لا تصدر عن السلطة التشريعية، بل تنشأ من اعتياد الناس على اتباعها زمنياً طويلاً حتى تثبت وتستقر وتصبح في نظر الأفراد ملزمة.

فالعرف يتولد وينشأ تدريجياً بصورة اختيارية وتلقائية في ضمير الجماعة لتنظيم ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي لم يعالجها المشرع، ولذلك فإن قواعده غير مكتوبة بل مستقرة في أذهان الناس الذين يتواترون بإطراد على اتباعها جيلاً بعد جيل لشعورهم بضرورتها ولزوم احترامها^(١).

والعرف أقدم مصدر للقانون عندما لم تكن القواعد التشريعية موجودة في المجتمعات القديمة، ولكنه بعد أن أخذ التشريع مكان الصدارة تقلص دوره وتخلفت مرتبته بين مصادر القانون، إلا أنه ظل مصدراً للقانون، وهو لا يزال يحتفظ بالمكانة الأولى كمصدر للقانون في الدول الأنجلوسكسونية باعتباره الطريق الطبيعي للتعبير عما يرتضيه ضمير الجماعة من قواعد ملزمة لإقامة النظام في المجتمع^(٢).

والبحث عن القاعدة العرفية والكشف عنها وتطبيقها من واجب القاضي عندما لا يجد نصاً في التشريع. لأن القانون المكتوب رغم اعتباره في الوقت الحاضر هو المصدر الأول لقواعد القانون الدولي الخاص، إلا أن العرف يعتبر أيضاً من المصادر المهمة التي يعتمد عليها هذا القانون لدوره الهام في حل مسائله عندما تكون النصوص القانونية المتعلقة ببعض موضوعاته في القانون المكتوب قليلة، كما في فرنسا. حيث لم يتضمن قانونها المكتوب النصوص الكافية لحل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، فيعتمد على العرف فيهما.

ورغم أن العرف ما يزال يحل مكان التشريع في أغلب الدول عند غياب النص في القانون المكتوب إلا أن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريقه ليست كثيرة، نذكر منها قاعدة (خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفى)، وقاعدة (خضوع

(١) انظر كاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المدخل لدراسة القانون - مطبعة مؤسسة المعاهد الفنية - بغداد / ١٩٨٦ - ص ٢٠٤ - ٢٠٦، وعبد الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي في الموصل / ١٩٨٩ - ص ١٣٩ والأستاذ عبد الرحمن البراز - مبادئ أصول القانون - مطبعة العاني - بغداد / ١٩٥٤ ص ١٠٩.

(٢) انظر مولفنا - مبادئ القانون - نظرية القانون - مسحوبة بالرونو - مكتبة خدمة العلم - الرياض / ١٩٧٠ - ص ٨٩ - ٩٠ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٩ والدكتور حسن الهادي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٢٠.

شكل العقد لقانون بلد إبرامه)، وقاعدة (خضوع الأهلية لقانون الجنسية). فهذه القواعد التي نجدها في تشريعات الدول المختلفة كان أصلها عرفاً استقر العمل به منذ زمن طويل حتى احتوته هذه التشريعات.

ودور العرف كمصدر في خلق القواعد القانونية لموضوعات القانون الدولي الخاص يختلف تبعاً لموضوعاته. فآثره يعظم حين يقل تدخل المشرع في تنظيم العلاقات بنصوص مكتوبة، لأن القانون ضرورة اجتماعية، فإن لم تنشئه جهة رسمية في المجتمع ينشأ ذاتياً في ضمير الجماعة^(١)، بينما أثره يقل عندما يزداد لجوء المشرع إلى وضع تشريعات تغطي متطلبات السيادة، كما في الجنسية التي لا يجد العرف مجالاً في تنظيمها لتعلق أحكامها بكيان الدولة وسيادتها، ولأن المشرع يوليها جل اهتمامه بتنظيمها تنظيمياً كاملاً بتشريع يمتنع معه أن يكون للعرف فيه أي أثر، بخلاف المركز القانوني للأجانب الذي ما زال للعرف دوره الملحوظ في تحديده. إذ أن أكثرية القواعد التشريعية المتعلقة به هي ذات أصل عرفي، كقاعدة (ضرورة الاعتراف بحد أدنى من الحقوق للأجانب)^(٢)، وهكذا الحال بالنسبة لتنازع القوانين. فدور العرف ضيق في الموطن وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. لأن القواعد العرفية في هذه الموضوعات ضئيلة. بينما دوره عظيم في تنازع القوانين ومعدوم في الجنسية وواضح في المركز القانوني للأجانب، ويمكن القول أن دور العرف في الوقت الحاضر أضعف مما كان عليه في السابق، ولا سيما في القرن التاسع عشر. لأن معظم الدول في العالم فضلت تقنين أحكام العرف في قوانينها المدنية، ومنها القانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦، أو على شكل تشريع خاص للقانون الدولي الخاص كما حصل في (تشيكوسلوفاكيا السابقة). وفي أمريكا يتم وضع القواعد العرفية على شكل مواد قانونية محدودة المعالم والأحكام سنوياً من قبل كبار الأساتذة والفقهاء والحكام^(٣).

ومما يلاحظ أن العرف قد يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة كمصدر رسمي للقانون، كما في العراق^(٤) ومصر، بينما في المملكة الأردنية الهاشمية يأتي بين مصادر القانون في المرتبة الرابعة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي والتشريع وقبل قواعد العدالة. إذ تنص المادة (٢) من القانون المدني الأردني على أن:

(١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها

(١) انظر الدكتور مصطفى كامل ياسين -مذكرات في القانون الدولي الخاص- مسحوبة بالرونو - بغداد/١٩٥٦ ص ١١ ومؤلّفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق - ص ٣٩.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداوي - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٣) المرجع السابق - ص ٢١.

(٤) تنص المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فمقتضى قواعد العدالة. ٢- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

ومعانيها ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً وثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فیسري حکمه على ذلك البلد. ٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

ثالثاً- القضاء الداخلي:

القضاء الداخلي كمصدر للقانون الدولي الخاص هو قرارات المحاكم الوطنية الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص، ويعتبر مصدراً وعاملاً مهماً لتطوير القانون وتوجيه المشرع في صياغة نصوصه. وذلك لأن مهمة القضاء هي تطبيق القواعد القانونية سواء أكانت نصوصاً تشريعية أم قواعد عرفية وتفسير الغامض والمبهم منها. ولكن في كثير من الأحوال قد لا يجد القاضي النص القانوني أو العرف ليحكم به في النزاع المرفوع أمامه. ففي هذه الحالة لا يجوز له الامتناع عن حسم النزاع وعدم الحكم فيه بحجة عدم وجود الحكم اللازم له في التشريع أو العرف، بل يتحتم عليه حل النزاع وإصدار الحكم فيه بالتوجه إلى ابتكار الحلول مستعيناً بالمنطق القانوني والاجتماعي ومستوحياً بالمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وإلا عد منكرًا للعدالة. فإذا تكرر الحكم بشأن قضايا متشابهة واتباع نفس الحل لحسم هذه القضايا المتشابهة اعتقاداً بأن هذه القاعدة أصبحت ملزمة، صارت عرفاً قضائياً بمرور الزمن ومصدراً هاماً يضاف إلى (المصدرين الأولين التشريع والعرف) وأصبح عمل القاضي هذا مرجعاً أساسياً لا غنى عنه لتفهم القواعد القانونية ومتابعة تطبيقها عملياً.

فالقضاء يشمل الجانب العملي للقانون عندما يتولى القاضي تطبيق القواعد القانونية على ما يعرض عليه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات دون ضمان التناسق فيما بينها. فإذا اقتقد النص، عليه أن يستقي الحل من المصادر الأخرى للقانون، كالعرف وغيره. وإذا لم يجد حلاً للنزاع في جميع المصادر ليس له رده بحجة عدم وجود حكم له، بل عليه أن يقضي فيه بما توحى به قواعد العدالة، وهكذا تمثل قرارات المحاكم المتواترة موقفاً قضائياً معيناً تهتدي به المحاكم الأخرى فيما يعرض عليها من قضايا مماثلة^(١)، وهذا ما يستفاد من حكم الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

ومن الدول ما تعطي للسوابق القضائية قوة الإلزام ما لم تعدل عنها المحاكم، وتقابل في أهميتها القواعد التشريعية وتعتبر مصدراً رسمياً أصلياً للقانون، خاصة الدول ذات الاتجاه الأنجلوسكسوني، كبريطانيا وأستراليا ونيوزلندا وجنوب أفريقيا التي تعتبر السابقة القضائية فيها هي المصدر الرسمي الأصلي للقانون، بحيث يعتبر كل حكم تصدره

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٢ وعبد القادر أفندي السنوي - حقوق الدول الخاصة - مطبعة دار السلام - بغداد / ١٩٢٣ - ص ١٤ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٢.

المحكمة سابقة قضائية ملزمة لنفس المحكمة وللمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة في القضايا المماثلة ولا يجوز مخالفتها كالنص التشريعي تماماً. أما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني كفرنسا والدول التي تخذو حذوها، مثل المملكة الأردنية الهاشمية والعراق وسوريا، فإن السابقة القضائية غير ملزمة، على أساس ان وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وليس له خلق القواعد القانونية. ولذلك لا يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون ولا تعتبر السابقة القضائية ملزمة لنفس المحكمة التي أصدرتها ولا للمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة في القضايا المماثلة التي تعرض عليها، وإنما يعتبر القضاء من المصادر التفسيرية التي يستأنس ويسترشد بها القاضي عندما يبحث عن الحكم اللازم لحل النزاع المعروض عليه بين مصادر القانون، وهذا ما يستفاد من الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: (ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقهاء على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

فالمحكمة عندما تطبق القانون على المنازعات المعروضة عليها يكون حكمها فيها ملزماً لطرفي الخصومة فقط ولا يجوز لها أن تصدر حكماً مستمراً تلتزم بتطبيقه في المستقبل بالنسبة للمنازعات المماثلة. كما لا يجوز لها أن تصدر حكماً تقيد به غيرها من المحاكم. وحتى ان محكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي بنت عليها قراراتها السابقة ولا تلتزم محاكم الاستئناف والبدائية بقراراتها فيما يطرح أمامها من خصومات متشابهة، ولا يلزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم. غير أنه بناء على ما لها من رقابة على تطبيق القوانين إذا نقضت الحكم المميز وأعادته إلى المحكمة التي أصدرته وأعدت المحكمة نظر الدعوى وأصرت على حكمها السابق للعلل والأسباب التي استندت إليها في الحكم المنقوض واستدعى أحد الطرفين تمييز قرار الإصرار بجوز لمحكمة التمييز أن تدقق فيه مرة ثانية وتصدر قرارها إما برؤية الدعوى مرافعة والفصل فيها بحكم نهائي أو بتأييد الحكم أو نقضه^(١). فإذا قررت نقضه للأسباب التي أوجبت النقض الأول لها أن تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فيها وعندئذٍ عليها أن تمثل لهذا القرار إمتثالاً لا يعني الأخذ بالسابقة القضائية في القانون الأردني - خاصة أن محكمة التمييز الحق في العدول عن المبادئ التي بنت عليها قراراتها السابقة. فإذا رأت أن إحدى هيئاتها تخالف مبدأ مقرر في حكم سابق، عليها إحالة الدعوى في هذه الحالة إلى الهيئة العامة.

المطلب الثاني

المصادر الدولية

سبق أن ذكرنا أن قضايا القانون الدولي الخاص رغم تعلقها في الغالب بمصالح الأفراد إلا أنها ذات صبغة دولية لكونها مشوبة بعنصر أجنبي وتمس سيادة الدولة بصورة

(١) راجع المواد ٢٠٠ - ٢٠٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الصفحة ٧٣٥ من العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٨٨/٤/٣.

غير مباشرة عن طريق مصالح الأفراد التابعين لها. ولهذا فإن لقواعد القانون الدولي الخاص صلة وثيقة بسيادة الدولة لكونها تحكم هذه القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، فلا بد إذن من أن يعتمد هذا القانون في بعض قواعده على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الداخلية. والمصادر الدولية للقانون الدولي الخاص هي:

أولاً- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

تتمثل المصادر الدولية المكتوبة للقانون الدولي الخاص في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية أو الثنائية التي تعقد بين الدول المختلفة في موضوعات هذا القانون. فالمسائل التي تخص القانون الدولي الخاص رغم انها تتعلق بمصالح الأفراد غالباً، إلا أنها ذات صبغة دولية وتمس في كثير من الأحيان سيادة الدولة بصورة غير مباشرة عن طريق رعاية مصالح الأفراد التابعين لها، كما لو فرضت إحدى الدول جنسيتها على أحد رعايا دولة أخرى جبراً. فهذه القضية وغيرها قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الدول المعنية واحتمال تطور هذا النزاع إلى حد إعلان الحرب بينها، كالنزاع الذي نشب بين فرنسا وانكلترا أثر صدور تشريع فرنسي لتنظيم الجنسية في تونس ومراكش في ١٩٢٣/٢/٧.

فالدول تسعى دائماً لتنظيم علاقاتها وحل مشكلاتها ووضع الحلول العملية لمنازعاتها داخل الأسرة الدولية بمعاهدات واتفاقيات جماعية أو ثنائية لتجنب التوتر في العلاقات بسبب هذه القضايا ولتحقيق مصالح الدول المتعاقدة في نفس الوقت وجعل الحلول أكثر انسجاماً بين أعضاء الأسرة الدولية. وقد يكون موضوع اتفاقية أو معاهدة دولية تنظيم بعض أو كل قضايا تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو مركز الأجانب أو الجنسية أو تنفيذ الأحكام الأجنبية. وذلك لأن المشرع الوطني قد تفوته معالجة بعض الأسباب التي تؤدي إلى تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو ازدواج الجنسية أو انعدامها، فلا يكفي حينئذ التشريع وحده لإيجاد المخرج القانوني لمثل هذه الحالات فتلجأ الدول إلى عقد المعاهدات والاتفاقيات كوسيلة لمعالجتها وحلها عملياً^(١). ويكفي لاعتبار الاتفاقية أو المعاهدة مصدراً دولياً للقانون الدولي الخاص أن تعقد في موضوعاته بين دولتين أو أكثر. إلا أن أثر الاتفاقيات والمعاهدات قليل في صنع قواعد القانون الدولي الخاص إذا ما قيس بأثر التشريع. لأن الاتفاقيات الدولية قليلة في موضوعات القانون الدولي الخاص من جهة، وهي لا تلزم سوى أطرافها من جهة أخرى. فالاتفاقيات الثنائية تلزم بضمونها دولتان ولا يكون لها أثر تجاه غيرهما، لأنه لو قبلنا بسريانها إلى غيرهما لوجب أن يعطى لكل دولة حق وضع قواعد ملزمة لغيرها من الدول، وهذا مرفوض لما فيه من إخلال بسيادة واستقلال الدول. إلا أنه من الجائز إباحة الانضمام إلى الاتفاقية لغير الدول المتعاقدة لتستفيد من أحكامها عند توقيعها عليها. حيث تصرح بعض الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة بجواز استفادة الدول غير المتعاقدة من حكمها في

(١) تنص المادة الأولى من قانون الجنسية الجزائرية لسنة ١٩٧٠ على أن: (تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون، وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها).

حالة التوقيع عليها وقبول أحكامها، كما حصل ذلك في اتحاد باريس لسنة ١٨٨٢م الخاص بحماية الملكية الصناعية.

ودور المعاهدات والاتفاقيات الدولية في معالجة مسائل القانون الدولي الخاص لا يتساوى بالنسبة لمختلف موضوعاته، فدورها قد يكون هاماً في التصدي لمعالجة ازدواج الجنسية وانعدامها وجنسية التأسيس ولا سيما في حالة انفصال الأقاليم من بعض الدول وإحاقها بدولة أو دول جديدة، كما حصل في معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣، حيث كانت تنص على وجوب تنظيم جنسية أهالي الأقاليم المنسلخة عن الامبراطورية العثمانية بتسريع محلي. إلا أن دورها فيما عدا ذلك قليل في الأمور الأخرى للجنسية، بينما تزداد أهميتها في موضوع مركز الأجانب نظراً لاهتمام الدول بتوفير وضمان قسط كبير من الحماية لرعاياها في الخارج عندما تتفق فيما بينها من خلال اتفاقية دولية على تبني الحلول التي تؤمن هذه الناحية للمصلحة المشتركة، خاصة ان المعاهدات والاتفاقيات الدولية تعتبر خير وسيلة لممارسة سياسة المعاملة بالمثل، كدخول رعايا كل واحدة منها في إقليم الأخرى للإقامة أو للمرور أو لممارسة العمل أو للتمتع بالرعاية الاجتماعية وتحديد مدى ما يتمتعون به من حقوق، كحق تملك الأموال وممارسة النشاط الاقتصادي والمهني... الخ.

وللمعاهدات والاتفاقيات الدولية أثر كبير في موضوعي تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بتخفيف الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام أو بمنح بعض الامتيازات أو الأفضلية تنفيذاً لسياسة المعاملة بالمثل المنصوص عليها في اتفاقية أو معاهدة أو التمتع بشرط الدولة الأكثر رعاية.

أما فيما يتعلق بموضوع تنازع القوانين، فرغم بذل المساعي الدولية لتوحيد حلوله، إلا أنه لم يتم التوصل إلى وضع قواعد قانونية دولية موحدة له، ولكن الاتفاقيات الدولية لعبت دوراً واضحاً رغم ذلك في معالجة مسائله كما سنرى ذلك من خلال ذكر بعض تلك الاتفاقيات.

والمعاهدة أو الاتفاقية الدولية كمصدر للقانون الدولي الخاص تتسم بالوضوح والصرامة مما يجعلها خالية من جميع المحاذير الموجودة في العرف أو القضاء. كما أن اتباع القاضي لنصوص المعاهدة يكون أشد درجة في انقياده للعرف أو القضاء. وذلك لأن المعاهدة قانون والقانون يجب تطبيقه واتباعه حرفياً، الأمر الذي يجعل وجود المحاذير في المعاهدة أو الاتفاقية معدوماً. إذ لا يمكن للقاضي أن ينقاد لعواطفه الوطنية ويبطل حق شخص أجنبي تقره معاهدة أو اتفاقية أبرمتها دولته. وتجدر الإشارة إلى أن أهمية المعاهدات والاتفاقيات الدولية قد ازدادت في الحياة الدولية المعاصرة إلى درجة ملحوظة في مختلف الميادين، نتيجة الحاجة المتبادلة بين الدول^(١).

وهناك أمثلة كثيرة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت بين مختلف الدول في مسائل القانون الدولي الخاص^(٢).

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم - المرجع السابق - ص ١٦.

(٢) ومن هذه الاتفاقيات والمعاهدات في موضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي نذكر، اتفاقية (مونتفيدو) لعام ١٨٨٩م المعقودة بين دول أمريكا الجنوبية بشأن توحيد قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية والملكية الأدبية والصناعية والمهن الحرة، ←

خواص المعاهدات كمصدر للقانون الدولي الخاص:

للمعاهدات خواص جعلتها موضع خلاف بين الفقهاء، وهذه الخواص هي:

١: الخاصية القانونية: وترفع هذه الخاصية المعاهدات إلى منزلة القانون الداخلي، فيفتحتم على الأفراد والمحاكم مراعاة نصوصها كمراعاتهم لنصوص القوانين الوطنية، وإذا أخطأ القاضي في تطبيق نصوصها كان حكمه قابلاً للاستئناف والتمييز.

فالفقهاء الذين ينكرون الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص يرون ان المعاهدة المعقود لها قوة القانون الداخلي، على أساس ان المعاهدة تستمد قوتها الملزمة من السلطة التشريعية الوطنية التي تشرع القوانين الداخلية ولا تكون المعاهدة نافذة ما لم

← وقد أقرتها في حينه حكومات الأرجنتين وبوليفيا وباراغواي وأوروغواي، واتفاقية الإقامة والصلحية الملحقه بمعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي عالجت بعض مسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في تركيا، واتفاقيات لاهاي بشأن تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق والوصاية والميراث، واتفاقيات جنيف لعامي ١٩٣٠ و ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين بشأن الكمبيالة (السند لأمر) والسند الأذني والشيك، واتفاقية عام ١٩٣١ المعقودة بين الدنمارك وفنلندا وإيسلندا والسويد بخصوص توحيد قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والتبني والقوامة... إلخ.

وفي موضوع الجنسية نذكر، الاتفاقية التي عقدها إسبانيا مع الدومنيكان عام ١٨٥٥ لمكافحة ازدواج الجنسية واتفاقية (كارليه) التي عقدت بين فرنسا وبلجيكا عام ١٨٩١ خصيصاً لحل النزاع بينهما حول جنسية المدعو (كارليه)، واتفاقية تبادل السكان التي عقدت عام ١٩١٤ بين تركيا واليونان، ومعاهدة فرساي التي عقدت عام ١٩١٩ عقب الحرب العالمية الأولى ونصت في بعض موادها على ضم بعض الأقاليم إلى الدنمارك وبلجيكا وبولندا ورومانيا وكيفية تنظيم جنسية أهالي هذه الأقاليم، ومعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي نصت المواد (٣٠-٣٦) منها على كيفية تنظيم جنسية الأقاليم المنسلخة عن الامبراطورية العثمانية، والاتفاقية العربية لعام ١٩٥٢ التي كانت تنظم جنسية أبناء الدول العربية الذين يقيمون في غير البلاد التي ينتمون إليها بأصلهم ولم يكتسبوا جنسيتها، والاتفاقية الدولية لجنسية النساء المتزوجات من الأجانب لعام ١٩٥٧ التي نصت على عدم تأثير الزواج المختلط في جنسية الزوجة بشيء، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٥٨، والبروتوكول الاختياري بشأن اكتساب الجنسية في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١ الذي منع فرض الجنسية على أولاد المبعوثين الدبلوماسيين الذين يولدون في إقليم الدولة التي اعتمدوا لديها ولو كان قانون تلك الدولة يأخذ بأساس حق الإقليم في فرض الجنسية... إلخ.

وفي المركز القانوني للأجانب نذكر الاتفاقية التي عقدت بين فرنسا وإسبانيا عام ١٨٦٢ بشأن تمكين رعاياها من الانتفاع بدور الشفاء الخاصة بالمجانين في إقليم كل منهما، والمعاهدة الخاصة بالأجانب لعام ١٩٣٣، والاتفاقية التي عقدت بين هولندا وبلجيكا ولوكسمبرغ عام ١٩٥٨ بشأن تمتع رعاياها بحرية التنقل والإقامة وممارسة العمل والحماية القانونية والقضائية، واتفاقية الإقامة والتوطن التي عقدت بين فرنسا وبلجيكا عام ١٩٦٧، واتفاقية تنقل الأيدي العاملة بين الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية لعام ١٩٧٠، والاتفاقية العربية للمعاملة بالمثل في نظم التأمينات الاجتماعية لعام ١٩٧٠... إلخ.

وفي موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، نذكر اتفاقية الأحكام القضائية التي عقدت بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ واتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٨٣... إلخ. (للقوف على تفاصيل هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية راجع الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة السادسة - القاهرة/١٩٦٩ ص ٥٤. والدكتور ماجد الحلواني - المرجع السابق - ص ٤٢ ومولفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٧ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٣-٢٤ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٤ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٦-٢٧ وعبد القادر أفندي السنوي - المرجع السابق - ص ٢٧-٣٠ والدكتور معدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٦ - ١٧ و

Dr. Ergin Nomer, Teb'a ile Yabancınin Hukuk Musavati - Istanbul- 1962. sf. 91 ve prof. Dr. Osman Berki- sf. 164

تصادق عليها هذه السلطة، لأنها لا تدخل في حيز التنفيذ بمجرد إقرارها من قبل السلطة التنفيذية، بل ان السلطة التشريعية هي صاحبة الكلمة الأخيرة في المصادقة عليها، شأنها في ذلك شأن القوانين الداخلية. ولذلك لا تعتبر المعاهدة الدولية بحسب هذا الرأي الغالب من المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص، لأنها تستمد قوتها الملزمة من المصدر ذاته الذي يستمد منه التشريع الداخلي قوته الملزمة. فاشتراط صدور المعاهدة بقانون صادر عن السلطة التشريعية يدخلها في نطاق القانون الداخلي ويجعلها بمثابة المصدر المختلط (دولي وداخلي) في آن واحد.

٢- **الخاصية التعاقدية:** وتحصر هذه الخاصية أثر المعاهدات بين المتعاقدين فقط، بحيث لا يسري حكمها على الغير، مع قبول بعض الاستثناءات التي تجعل نصوص المعاهدة سارية على غير الدول المتعاقدة في بعض الحالات، منها:

أ- تصريح بعض المعاهدات جواز استفادة الدول غير المتعاقدة من حكمها، كما في اتحاد باريس لعام ١٨٨٢م الخاص بالملكية الصناعية.

ب- المعاهدات المتعلقة بتنفيذ الإعلانات يستفيد من أحكامها رعايا الدول غير المتعاقدة أيضاً فيجري تنفيذ الإعلانات في بلاد المتعاقدين بغض النظر عن جنسية المترافعين، سواء أكانوا من تابعي الدول المتعاقدة أم من تابعي دول أخرى.

٣- **الخاصية الاستثنائية:** إذ قد تحتوي المعاهدة نصوصاً تخالف قوانين الدولة الداخلية، فلا يحق للقاضي عندئذ تفسير غموض يشوب نصوصها، وإنما يحق ذلك للحكومات التي وقعت عليها، وبذلك تدخل في عداد القوانين الاستثنائية.

واختلف الفقهاء بالنسبة لقوة نفاذ المعاهدة إزاء القانون الداخلي، كأن تعقد دولة معاهدة تناقض نصوص قانون داخلي سابق لإبرامها أو تسن قانوناً داخلياً جديداً يناقض أحكام معاهدة سابقة لنفاذه. فهل تلتزم المحكمة في هذه الحالة بتطبيق القانون الداخلي أم المعاهدة؟ وهل تكون للمعاهدة الدولية قوة نفاذ أكبر من قوة نفاذ القانون الداخلي باعتبار ان الدولة لا تستطيع أن تغير من أحكام المعاهدة الدولية بإرادتها المنفردة بمثل ما تستطيع أن تغير أحكام قوانينها الداخلية؟ وهل تعتبر أحكام المعاهدة الدولية ناسخة لأحكام القانون الداخلي السابق لإبرامها بالنظر لصفقتها الدولية ويكون التفضيل والترجيح لما ورد فيها.

مما لا شك فيه ان المعاهدة أو الاتفاقية الدولية ملزمة للدولة الموقعة عليها ولا تستطيع الخروج على ما جاء فيها من التزامات. فعلى الدولة احترام أحكام المعاهدة والامتناع عن تشريع قواعد قانونية داخلية مخالفة لها وإلا ترتبت عليها المسؤولية الدولية. ولكن يجب أن نفرق هنا بين ما إذا كان التعارض بين نصوص معاهدة دولية ونصوص قانون داخلي في نزاع معروض على الصعيد الدولي أمام محكمة دولية، أو على الصعيد الداخلي أمام محكمة وطنية، وفيما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية لاحقة للقانون الداخلي أم سابقة له.

فإذا كان التعارض قد حصل في نزاع مرفوع إلى محكمة دولية، فإن القاضي الدولي يطبق عادة أحكام المعاهدة ولا يقبل أن يكون التشريع الداخلي ذريعة بيد الدولة للتخلص من التزاماتها الدولية التي التزمت بها في المعاهدة. وهذا ما ذهب إليه الرأي

الاستشاري لمحكمة العدل الدولي الدائمة سنة ١٩٣٢ بخصوص معاملة البولنديين في دانزغ من قبل ألمانيا^(١)، حيث جاء في القرار المذكور: (ان الدولة لا تستطيع أن تستند إلى دستورها بقصد التهريب من الالتزامات الملقة على عاتقها بمقتضى المعاهدات السارية)^(٢). أما إذا كان التعارض أمام محكمة وطنية في الدولة بين معاهدة دولية وقانون داخلي وكانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية لاحقة للقانون الداخلي، فإن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تعتبر أقوى من القانون الداخلي، بالنظر لصبغتها الدولية وترتب المسؤولية الدولية على مخالفتها من جهة، ولأن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية بالنسبة للقاضي الوطني هي قانون داخلي أحدث محل القانون السابق المتعارض معها ويتبع بشأنها القاعدة العامة بصدد رفع التعارض بين القوانين الداخلية والتي تقضي بأنه في حالة تعارض تشريعيين داخليين من مرتبة واحدة، فإن الجديد منهما ينسخ القديم بقدر ما يرفع التعارض بينهما. وعملاً بهذه القاعدة فإن المعاهدات الدولية اللاحقة للقانون الداخلي المتعارض معها تعتبر أقوى منه وناسخة لأحكامه المتعارضة مع أحكامها، وقد تأيد ذلك بقرارات قضائية عديدة صدرت عن محاكم دول مختلفة، منها المحاكم البلجيكية التي سبق أن قضت بترجيح المعاهدة على القانون الداخلي السابق لإبرامها في قضية الملك ليوبولد الثاني الذي عقد زواجه بمعاهدة سياسية دولية، ثم حدث بعد وفاته أن رفع بعض أقاربه دعوى بطلان هذا الزواج أمام المحاكم البلجيكية على أساس انه مخالف لنصوص القانون الداخلي البلجيكي الذي يقضي بضرورة إبرام عقد الزواج أمام موثق رسمي مختص، فرفضت المحكمة المختصة الدعوى باعتبار أن القانون الداخلي البلجيكي يعتبر ملغياً في هذه الدعوى بنصوص المعاهدة اللاحقة التي عقد الزواج بموجبها^(٣).

ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة التمييز السورية في قضية حصلت بين بلدية دمشق وأحد دائنيها عندما اختلف الدائن مع البلدية على قيمة الوفاء بدين عقده البلدية معه بالليرات الذهبية قبل الحرب العالمية الأولى حين أرادت البلدية الوفاء بدينها على أساس (١١٢,٥) قرشاً سورياً لكل ليرة استناداً إلى قرار كان قد صدر من المندوب السامي الفرنسي في سوريا برقم ٦٥٥ وتاريخ ٢١ كانون الأول سنة ١٩٢٣ بشأن تسوية الديون التي كانت على المؤسسات العامة، بينما كان الدائن يطالب بالوفاء على أساس سعر الليرة يوم الدفع استناداً إلى المادة (٧٣) من معاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣ التي نصت على تسديد بدل المقاولات الأجنبية بأمتثالها، فقضت محكمة التمييز في قرارها بضرورة إعمال نصوص المعاهدة رغم تشبث المفوضية الفرنسية آنذاك بترجيح القانون الداخلي على أحكام المعاهدة^(٤).

ولمحكمة النقض الفرنسية أيضاً عدة قرارات صادرة بهذا الخصوص، منها قرارها الصادر عام ١٩٣٦ بشأن نطاق سريان قانون الملكية التجارية، حيث قضت بأن

(١) دانزغ منطقة معظم سكانها من الألمان وجعلتها معاهدة فرساي منطقة حرة.

(٢) انظر المادة (١٨) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩م والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٨.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ٦٦.

(٤) انظر الدكتور ماجد الحلواني - المرجع السابق - ص ٦١.

هذا القانون يستثنى من أحكامه الأجنبي الذي يستطيع التمسك بمعاهدة دولية لاحقة^(١). أما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية سابقة للقانون الداخلي فيلزم عندئذ التفريق بين حالتين:

١- إذا كان التعارض صريحاً وواضحاً فيتم الرجوع إلى دستور الدولة، بحيث إذا كان الدستور ينص على اعتبار المعاهدة في مركز أعلى من التشريع الداخلي فإن المحكمة تحكم عندئذ بمقتضى المعاهدة وتوقف تطبيق حكم التشريع الداخلي. أي تعتبر المعاهدة في هذه الحالة أسمى من القانون الداخلي، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٠) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أساس أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية هي في مركز أقوى من القوانين الداخلية، والمادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية التي تنص على اعتبار ما تبرمه أمريكا من معاهدات بمثابة القانون الأعلى في إقليمها، وهكذا الأمر في دستور ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩.

أما إذا كان التعارض صريحاً ولم يوجد في الدستور أي نص صريح بتجريح المعاهدة الدولية على القوانين الداخلية ولم يتضمن القانون اللاحق للمعاهدة أي نص يقضي صراحة بسمو حكم المعاهدة، فيطبق الأحدث. لأن الأحدث ينسخ الأقدم، وأن القاضي الوطني لا يستطيع أن يطبع غير أوامر المشرع الوطني، فيطبق القانون الداخلي الأحدث لأنه لاحق لانعقاد المعاهدة ما لم يصدر تشريع داخلي آخر بإزالة هذا التعارض الصريح^(٢). وكان الدستور الأمريكي لعام ١٧٧٨ يأخذ بذلك. ولكن هذا قد يؤدي إلى تحميل الدولة مسؤولية الإخلال دولياً بعهودها ومواثيقها الدولية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، مما حمل بعض الفقهاء على ترجيح المعاهدة على القانون الداخلي في هذه الحالة لتحاشي تعرض الدولة للمسؤولية الدولية، وإننا بدورنا نؤيد هذا الرأي^(٣).

٢- أما إذا كان التعارض ضمناً ولا يوجد في الدستور نص بتجريح المعاهدة على القانون الداخلي، فيجب تطبيق المعاهدة على أساس أنها حكم خاص، وأن الحكم الخاص يقيد العام. فالتشريع يسري على أساس أنه حكم عام، والمعاهدة تسري على أساس أنها حكم خاص^(٤)، هذا من جهة، ولصيغتها الدولية التي لا تجيز للدولة الموقعة عليها أن تعدل أو تلغي أحكامها بإرادتها المنفردة عن طريق إصدار تشريع داخلي لاحق لها، وإنما يجوز لها ذلك باتباع الطرق المعمول بها في القانون الدولي العام وبعد موافقة بقية الدول الموقعة على المعاهدة، وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز السورية في قرارها المرقم ٢٣ والمؤرخ في ١٩٣١/١٢/٣٠ بأنه ليس لقانون داخلي أن يأتي بقواعد مخالفة

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - للمرجع السابق - ص ٤٦.

(٢) انظر الدكتور حسن الجبلي - الوجيز في القانون الدولي العام - بغداد/ ١٩٧٨ - ص ١١٩ وما بعدها والدكتور شاب نوما منصور - شرح قانون العمل - دراسة مقارنة - الطبعة الخامسة - بغداد/ ١٩٧٣ - ص ٦٦ - ٦٧.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٦.

(٤) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٩.

لأحكام معاهدة دولية سابقة له أو أن يغير ولو بصورة غير مباشرة في أحكامها^(١).
٢- وفي المملكة الأردنية الهاشمية سكت دستور عام ١٩٥٢ عن هذه المسألة، إلا أن المادة (٢٤) من القانون المدني الأردني 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 الأردنية الهاشمية يتعارض معها). وتبدأ هذه المواد من (١١- ٢٩) من القانون المدني.

فالحكم الوارد في المادة (٢٤) يقضي بأن كل تعارض يقع بين قواعد تنازع القوانين الأردنية من المادة (١١) إلى المادة (٢٩) من القانون المدني وبين معاهدة دولية نافذة في الأردن من حيث الاختصاص التشريعي يكون الترجيح فيه للمعاهدة^(٢).
ثانياً- العرف الدولي:

لا تكون الأعراف داخلية فحسب، بل دولية أيضاً عندما تتقبلها أكثرية الدول ويتكرر العمل بها عدة مرات، فتعتبر مصدراً دولياً للقانون الدولي الخاص، ولهذا تعطي غالبية دول العالم أهمية للعرف ما دام يزودها بمبادئ مقبولة من المجتمع الدولي. إلا أن تشابه أحكام العرف الداخلي في مختلف الدول لا يقود وفق رأي بعض الشراح إلى القول بوجود عرف دولي، لأن هذه الأحكام تستمد قوتها الملزمة برأيهم من المجتمع الداخلي الذي تنمو وتتطور في كنفه ولا تستمدّها من المجتمع الدولي. ويضيفون أن وجود العرف وإلزامه يكون في القانون الدولي العام لا في القانون الدولي الخاص، وأن العرف الدولي الذي يقال أنه يخص القانون الدولي الخاص، كقاعدة حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، ومبدأ تقرير حد أدنى من الحقوق للأجانب، يُعد من مبادئ القانون الدولي العام لا الخاص. إذ أن هذه المبادئ كما يقولون تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر ولا تنظم علاقات الأفراد الدولية الخاصة. فهي إذن تخص الدول لا الأفراد^(٣). كما أن محكمة العدل الدولية الدائمة سبق أن أنكرت في حكمين لها وجود عرف دولي لحل تنازع القوانين في حالة القانون الحاضرة رغم وجود حلول مماثلة في مختلف الدول لتنازع القوانين نتلمس أساسها في عرف دولي، كقاعدة إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها^(٤).

وهناك من يدافع عن العرف الدولي كمصدر للقانون الدولي الخاص^(٥) ويدعي وجود قواعد عرفية مشتركة بين الدول، رغم أن هذه القواعد تأخذ في كل بلد شكلاً وطنياً من حيث مجال تطبيقها وتفسيرها بواسطة القضاء الوطني^(٦)، وأن وجود هذا العرف لا

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٤٦.

(٢) علماً بأنه جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة (أن المعاهدات لا تكون نافذة في الأردن إلا إذا صدر تشريع يقضي بذلك. ومتى صدر هذا التشريع وجب امضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التي تقدمت الإشارة إليها).

(٣) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٤) انظر الدكتور مصطفى كامل ياسين - المرجع السابق - ص ١٥.

(٥) انظر الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض - مبادئ القانون الدولي الخاص في القانونين اللبناني والمصري. الجزء الأول - بيروت/ ١٩٦٩ - ص ٢٧ - ٢٨.

(٦) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠.

يعتمد على إلزامه أو عدم إلزامه للدول، بل على شيوعه في معظم دول العالم وتكرار العمل به وتقبله عن اختيار. فقلة تلك القواعد العرفية الملزمة للجماعة الدولية وعدم تحديد معالمها في بعض الحالات لا يؤدي إلى نكران وجودها، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي القائم على الاعتراف بوجود أعراف دولية ملزمة للجماعة الدولية في تنظيم مسائل القانون الدولي الخاص وإن كانت قليلة، بدليل أن المشرع الوطني في بعض الدول اعترف بذلك صراحة. فمثلاً تنص المادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني على أن: (تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون)^(١). وأقرت معاهدات واتفاقيات دولية عديدة ضرورة مراعاة الدول لما يفرضه العرف الدولي من حد أدنى من المعاملة والرعاية للأجانب في إقليمها عندما تحدد مركز الأجانب في قوانينها، كاتفاقية الاختصاص القضائي الملحقة بمعاهدة لوزان التي عقدت في ٢٤ تموز سنة ١٩٢٣م ونصت المادة الثانية منها على وجوب معاملة رعايا الدول المتعاقدة في تركيا وفقاً لما يقضي به العرف الدولي^(٢).

فللعرف وطنياً كان أو دولياً دوره الواضح في خلق القواعد القانونية، إلا أن دوره في خلق قواعد القانون الدولي الخاص أقل من دوره في خلق قواعد القانون الدولي العام. كما يختلف دوره كمصدر للقانون الدولي الخاص تبعاً لموضوعاته، حيث يضعف دوره كلما تعلق الأمر بموضوع متعلق بالسيادة وفضلت الدولة تنظيمه بتشريع. ومن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريق العرف نذكر ما يمكن أن يرد إليه في أمور الجنسية هو (الدولة حرة في تنظيم جنسيتها، ولكنها لا تملك حق تنظيم جنسية غيرها من الدول). وفي المركز القانوني للأجانب يتضح أثره في ما يفرضه على الدول من وجوب الاعتراف للأجانب بقدر ضروري من الحقوق وإلا لحقت بها المسؤولية الدولية. أي قاعدة ضرورة معاملة الأجانب بقدر معقول من الرعاية في الدولة.

وفي تنازع القوانين يرجع أصل قاعدة حرية الإرادة التي تقضي بإخضاع العقد للقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة بصورة مباشرة، وقاعدة إخضاع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه، وقاعدة إخضاع الأهلية لقانون الجنسية إلى العرف^(٣).

فدور العرف يعظم في الأمور التي لم تقن بعد أو التي توجد فيها نصوص قليلة، خاصة في تنازع القوانين باعتباره المصدر الأساس له. لأن غالبية قواعد التشريع هي ذات أصل عرفي استقر وعمل به منذ زمن طويل حتى اقتبس التشريع. ويضعف دوره في

(١) تنص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب في العراق على دور العرف والعادة الدولية في مسائل تنازع القوانين بقولها: (على المحاكم العراقية عندما تنظر في دعاوى مواد الأحوال الشخصية المتعلقة بالأجانب والتي جرت العادة الدولية بتطبيق القانون الأجنبي فيها أن تطبق ذلك القانون وفق حقوق الدول الخاصة).

(٢) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العرفي - المصدر السابق - ص ٦.

(٣) انظر 8 sf. Prof. Dr. Osman Berki - والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٠-٢١.

تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ب- القضاء الدولي:

سبق أن ذكرنا أن مهمة القاضي هي تطبيق القواعد القانونية، سواء أكانت نصوصاً تشريعية أو قواعد عرفية، وتفسير الغامض والمبهم منها^(١). وإذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً تشريعياً أو عرفياً يحكم النزاع المعروض أمامه، لا يجوز له أن يمتنع عن إصدار الحكم فيه وإلا عد منكراً للعدالة. لذا يجب عليه في هذه الحالة سواء أكان قاضياً وطنياً أم دولياً أن يبتكر الحلول ويصدر حكماً، مستعيناً بالمنطق القانوني والاجتماعي ومستوحياً بالمبادئ العامة للقانون والعدالة. فإذا تكرر الحكم بشأن قضايا متشابهة واتبع نفس الحل لحسم هذه القضايا المتشابهة اعتقاداً بأن هذه القاعدة أصبحت ملزمة، صارت هذه عرفاً قضائياً بمرور الزمن وأصبحت مصدراً للقانون الدولي الخاص. وقد فصلت المحاكم الدولية فعلاً في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص، ومنها المحكمة الدائمة للتحكيم التي تأسست عام ١٨٩٩ بموجب اتفاقية لاهاي وكانت تمثل نظام التقاضي الدولي المختار ونظرت في قضايا متعلقة بتنازع القوانين ومركز الأجانب وأصدرت عدة قرارات فيها، كقرار التحكيم الذي أصدرته عام ١٩٢٠ في نزاع نشب بين البرتغال من جهة وإنكلترا وفرنسا وإسبانيا من جهة أخرى أثر قرار أصدرته الحكومة البرتغالية عام ١٩١٠ بمصادرة أموال وممتلكات الجمعيات الدينية الأجنبية في البرتغال دون تعويض مما أثار حفيظة بريطانيا وفرنسا وإسبانيا، فاحتجت حكوماتها على هذا القرار ورفعت النزاع لمصلحة رعاياها إلى محكمة التحكيم التي حكمت بالتعويض للمتضررين من هذا القرار من رعايا الدول المحتجة المذكورة^(٢). وكذلك قرار التحكيم الذي أصدرته بتاريخ ١٩٢٧/٧/٢٣ في النزاع بين أمريكا والمكسيك بشأن معاملة أمريكي في المكسيك بصورة لا تتفق مع أحكام القانون الدولي.

وعندما تأسست محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الأمم عام ١٩٢٠م بنت أيضاً في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص حتى قيام الحرب العالمية الثانية وأصدرت فيها قرارات مشهورة، مثل قرارها الصادر في ٧ شباط سنة ١٩٢٣ في النزاع الذي نشب بين فرنسا وإنكلترا أثر صدور تشريع في الجنسية من سلطات الحماية الفرنسية في (تونس و مراكش) أدى إلى احتجاج بريطانيا وجاء فيه: (لكل دولة الحرية التامة في تنظيم جنسيتها ولا يقيدتها في ذلك تجاه الدول الأخرى إلا ما تفرضه عليها المعاهدات)^(٣). وقرارها الصادر في ٢٥ مايس عام ١٩٢٦ في النزاع الذي نشب بين بولونيا وألمانيا حول نزاع ملكية المصانع الألمانية من قبل الحكومة البولونية دون تعويض والذي جاء فيه: (نزع ملكية أموال الأجانب بدون تعويض عادل عمل مخالف لقواعد القانون الدولي)^(٤).

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٤.

(٢) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - إبعاد الأجنبي - رسالة دكتوراه في القانون - القاهرة ١٩٤٧ ص ٣١٦.

(٣) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٨.

(٤) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٨.

وكذلك لها حكمان آخران صدرتا عام ١٩٢٩ في مشكلات تنازع القوانين بخصوص عقود قروض أبرمت بين يوغسلافيا والبرازيل في فرنسا وجاء فيهما: (القانون الذي يحكم العقد، تعينه القواعد المعروفة باسم قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص). وبعد الحرب العالمية الثانية وقيام الأمم المتحدة تأسست محكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥م عوضاً عن محكمة العدل الدولية الدائمة التي توقفت أعمالها سنة ١٩٣٩م، ونظرت في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص وأصدرت فيها قرارات عديدة، منها قرارها الصادر عام ١٩٥٤م في قضية (ناتيام) الذي جاء فيه: (لا يجوز للدولة أن تمنح جنسيتها لشخص لا توجد رابطة حقيقية بينها وبين هذا الشخص تبرر منحه جنسيتها)^(١). إلا أن أحكام محكمة العدل الدولية لا تنهض كمصادر دائمة مستقلة ملزمة للقانون الدولي الخاص، وفقاً للفقرة (٤) من المادة (٣٨) من دستورها التي اعتبرت القضاء الدولي كالفقه وسيلة لمساعدة قواعد القانون. ومعنى ذلك أن القضاء الدولي ليس إلا وسيلة للاستئناس يستعين به القاضي عند تعيين قواعد القانون ولا يمكن الاستناد إليه وحده في إصدار حكم ملزم في موضوعات القانون الدولي الخاص عند عدم وجود نص في معاهدة أو عرف دولي إلا بموافقة طرفي النزاع كليهما. أي يعتبر القضاء الدولي من المصادر غير المباشرة للقانون الدولي الخاص، لأنه غير ملزم ويرجع إليه فقط كمصدر تفسيري للإسترشاد به عند الحاجة. ولكن رغم عدم اعتبار القضاء الدولي مصدراً مباشراً معولاً عليه حتى الآن في القانون الدولي الخاص لقلّة الأحكام الصادرة بشأن هذا الفرع من القانون ولعدم تمكن الفرد من مراجعته إلا عن طريق الدول، فإن قرارات المحاكم الدولية تعتبر موسوعة تستند إلى آراء كبار أساتذة القانون الدولي والمشتغلين في حقل القضايا الدولية في العالم وكثيراً ما يسترشد بها القاضي الوطني عند الفصل في قضايا ذات طابع دولي ترفع أمامه، فيستعين بها لمعرفة مبادئ القانون الدولي الخاص في القضايا التي لا يجد بشأنها قاعدة قانونية تشريعية أو عرفية تحكمها^(٢).

المطلب الثالث

المصادر العلمية

يراد بالمصادر العلمية هنا، مصادر القانون الدولي الخاص النظرية المتمثلة في آراء المؤلفين والباحثين التي يبنين عليها فقه هذا الفرع من القانون. لأن المؤلفين والباحثين ينظرون إلى العلاقات القانونية من الوجهة العلمية بعيداً عن العوامل التي تؤثر في حق الغير. لذلك أصبح قبول آراء الباحثين الحقوقيين والاستعانة بنظريات المؤلفين أمرين ضروريين لحسم المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي بصورة تكفل الحق والعدل. ثم إن الحاجة للمبادئ النظرية تكاد تكون غنية عن الدليل، لأن نصوص القوانين ليست صريحة دائماً، فيضطر القاضي في أغلب الأوقات إلى الاستعانة بالآراء النظرية لإزالة ما يلاقيه من صعوبة في تفسير القواعد القانونية عند تطبيقها. فلو أجزنا للحكام الامتناع عن الحكم

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٣.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص. الجزء الأول. الطبعة الرابعة. القاهرة / ١٩٧٢ ص ٩٠ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق. ص ٢٣ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٣.

في المسائل الحقوقية عند غموض النصوص القانونية أو سكوتهما لاختلفت الغاية المطلوبة من تشكيل المحاكم وتسربت روح الفوضى، وأخذ كل واحد حقه بنفسه، وهذا لا يوافق روح النظام القانوني الموجود اليوم بوجه من الوجوه.

وحاجة الفصل في الحقوق الدولية الخاصة إلى الآراء النظرية يكون أكثر من المسائل الداخلية البحتة. لأن الاتفاقيات الدولية لم تعقد في كل المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ولا تحتوي القوانين الداخلية دائماً على نصوص صريحة في هذا الشأن، ولهذا فإن من العناصر التي يرجع إليها القاضي في حسم مسائل تنازع القوانين، المبادئ النظرية^(١). وبذلك تكون لأراء فقهاء القانون الدولي الخاص أهمية كبيرة كمصدر لهذا الفرع من القانون.

فالفقه عون للمشرع في وضع النصوص الجيدة وللقاضي في إصدار الأحكام السليمة رغم أنه لا يتضمن عنصر الإلزام، خاصة أن قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص قد بدأت واستقرت منذ القرن الثالث عشر عن طريق آراء الفقهاء في هولندا وإيطاليا وفرنسا وإنكلترا قبل وضع التقنينات الأوروبية التي صدرت بعد الثورة الفرنسية. ففي إيطاليا كانت قواعد القانون الدولي الخاص المحشورة في القانون المدني الإيطالي مستمدة من نظرية شخصية القانون التي نادى بها (مانشيني). كما كان للعلامة (سافيني) الأثر الكبير في القضاء الألماني بواسطة مؤلفاته في القرن التاسع عشر. وفي بريطانيا نجد أن القضاء كثيراً ما يستشهد بأراء كبار الفقهاء أمثال (Dicey) و (Westleak) عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص. ومع ذلك فإن دور الفقه في القانون الدولي الخاص يختلف باختلاف موضوعاته. فدور الفقه هام في موضوع تنازع القوانين وضعيف في بقية موضوعاته، كالجنسية ومركز الأجانب. ولقد أدرك المشرع الأردني هذه الحقيقة، فنص في المادة (٢٥) من القانون المدني على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين). فهذا النص اعتبر مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً لقواعد هذا الفرع من القانون. ومع أن هذا النص يقتصر على موضوع تنازع القوانين فقط من موضوعات القانون الدولي الخاص، إلا أنه يكرس قاعدة عامة مفادها أنه في الأحوال التي لم يرد فيها نص ولا يوجد لها حكم في المصادر الأخرى للقانون، على القاضي أن يطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لاستخلاص الحكم اللازم لحسم النزاع المعروض عليه بالدراسة المقارنة للقواعد المشتركة بين النظم القانونية المختلفة. أي بالفقه المقارن الذي لا يعتمد على المبادئ المحصورة في داخل الأردن فقط، بل يمتد إلى الفقه في مختلف أنحاء العالم. لأن الاستعانة بالفقه لا تقتصر على الفقه الوطني فقط، وإنما تمتد إلى الفقه الأجنبي الذي يمثل آراء الفقهاء المشتغلين في حقل القانون الدولي الخاص من مختلف أنحاء العالم، وترد هذه الآراء في مؤلفاتهم وأبحاثهم المنشورة وتوصيات المؤتمرات المتخصصة وجهود المعاهد الخاصة بأبحاث هذا الفرع من القانون، كمؤتمر لاهاي لعام ١٩٠٢م ومؤتمر جنيف لعام ١٩٢٠م ودورات معهد القانون الدولي في لاهاي الذي يلقي فيها كبار القانونيين محاضرات تتعلق

(١) أنظر عبد القادر أفندي السنوي - المرجع السابق ص ٣١ - ٣٤

بالقانون الدولي في فصل الصيف من كل سنة^(١). ولكن معرفة هذا المبادئ تتطلب جهداً وتتبعاً مستمرين في كتب الفقه واجتهادات المحاكم الوطنية والدولية. وهكذا فإن الفقه في القانون الدولي الخاص ساهم ويساهم مساهمة كبيرة في توجيه التشريع وإعانة القضاء. فكثيراً ما يتبنى المشرع بعد المفاضلة بين آراء الفقهاء في مسألة معينة رأياً راجحاً وشائعاً ويستقي منه قاعدة قانونية يشرعها، أو يتأثر القاضي برأي الفقيه عند عدم توافر النص أو عند قيامه بتفسير النصوص، فيستأنس ويسترشد به في الحكم الذي يصدره، وهو ما تقرره المادة (٢٥) من القانون المدني الأردني. وحسناً فعل المشرع الأردني عندما أورد حكم المادة (٢٥) المذكورة حتى لا يتم الإبقاء على أحوال جامدة أو محصورة، وليتمكن القاضي من التحري عن المبادئ العامة أو الشائعة في معظم دول العالم، لا سيما وأن الفقه في الأردن في مسائل القانون الدولي الخاص لم يصل بعد إلى درجة التكامل.

فالفقه رغم أنه ليس قاعدة قانونية ملزمة، إلا أن المحاكم تسترشد به عندما تبحث عن الحلول للمسائل المعروضة في المصادر الأخرى للقانون الدولي الخاص، ويسترشد به المشرع عندما يشرع القوانين، وهو بذلك مصدر علمي تفسيري لهذا الفرع من فروع القانون، ويستفاد ذلك أيضاً من المادة (٢) من القانون المدني الأردني التي تحدد في فقراتها الأولى والثانية والثالثة مصادر القانون بالتشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة، وتنص في فقرتها الرابعة على أن: (٤ - ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر) ^(٢).

(١) المرجع السابق - ص ٣١ - ٣٢ .

(٢) جاء في الصفحة (٢٦) من المذكرات الإيضاحية لمواد القانون المدني الأردني - ج ١ بخصوص المادة (٢) المذكورة أعلاه ما يلي: (ولم يقتصر المشروع على بيان المصادر الرسمية، بل عين للقاضي ما يستلزمه في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعاً فعرض للمصادر التفسيرية ومصادر الاستئناس فذكر القضاء والفقه قاصداً الأردني منها والعربي والأجنبي وغني عن البيان أنه في استئناسه بذلك يختار ما هو أكثر اتفاقاً مع نصوص هذا التشريع على ما تقدم) .

الباب الأول تنازع القوانين

يعتبر تنازع القوانين الموضوع الرئيس للقانون الدولي الخاص لتعلقه بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهو من الموضوعات ذات المشاكل الصعبة في العلاقات القانونية، ولذلك لا بد لنا من تعريفه وبيان أنواعه وتطوره التاريخي وتحديد نطاقه وشروط تطبيقه وشرح ما يثيره من مشاكل، كالتكييف والإحالة وموانع تطبيق القانون الأجنبي في هذا الباب.

الفصل الأول

التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتطوره التاريخي

اختلف الفقهاء بشأن تعريف تنازع القوانين وأنواعه ومرآجل تطوره، ولهذا لا بد لنا من شرح هذه الموضوعات بشيء من الإفاضة قبل الولوج في شرح كيفية حله.

المبحث الأول

التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتكامله التاريخي

وفي هذا المبحث سوف نعرف تنازع القوانين ونبين أنواعه وتطوره التاريخي كالآتي:

المطلب الأول

التعريف بتنازع القوانين وتكامله التاريخي

الفرع الأول

التعريف بتنازع القوانين

قديمًا ساد مبدأ (إقليمية القانون) في الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية والأشخاص والأموال في إقليمها. وكلما تشددت الدولة في التمسك بفكرة السيادة وتعصبت في تطبيق مبدأ إقليمية القانون، كلما استحال قيام أي نوع من التنازع بين قوانينها وقوانين الدول الأخرى في العلاقات القانونية. لأن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة على كل القضايا والأشخاص والأموال داخل إقليمها هو قانونها الوطني، ولا يمكن إفساح المجال لتطبيق قانون آخر في إقليمها. وهذا ما كان يجري قديمًا عندما كانت الدول تصر على تطبيق مبدأ إقليمية القانون بتشدد وتعصب كنتيجة واقعية لانغلاق المجتمعات القديمة على نفسها انغلاقًا متسمًا بعباء وخوف كل واحدة منها تجاه الأخرى وبعدم التعاون في العلاقات بين شعوبها إلى أن تصدح هذا المبدأ بنمو التجارة الدولية واختصار المسافات بين البلدان وسهولة المواصلات واتساع حركة التنقل والانفتاح الهائل بين شعوب العالم واحتواء إقليم كل دولة فضلًا عن أبنائها عددًا لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى وارتباط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدول التي أقاموا فيها بعلاقات قانونية مختلفة، وكل ذلك أدى إلى تنازل الدول عن التشدد والتعصب في التمسك بالسيادة ومبدأ إقليمية القانون المطلق واعترفت بمبدأ إقليمية القانون النسبي بقبولها استثناءات اقتضتها مصلحة المجتمع الوطني والدولي معًا. فهذه الاستثناءات حولت الاختصاص الإقليمي من المطلق إلى النسبي وساعدت على قيام مبدأ (شخصية القانون النسبي) القاضي بتطبيق القانون الشخصي للأفراد على مسائل أحوالهم الشخصية

ولو كانوا في إقليم دولة أخرى غير دولتهم. لأن قوانين الأحوال الشخصية تشرع أصلاً لتسري على أعضاء جماعة معينة تجمعهم أصول دينية وأخلاق شخصية وروابط اجتماعية موروثية. وكانت إيطاليا أسبق البلدان إلى الشعور بوطأة مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من شدته، نظراً لازدهار التجارة فيها وما استتبع ذلك من نزوح أفرادها إلى خارج البلاد واختلاطهم وزواجهم بأفراد من الدول الأخرى⁽¹⁾.

وهكذا لم يعد نشاط الفرد مقتصرًا على إقليم دولته فقط، بل جاوزه إلى علاقات قانونية مع أفراد ينتمون إلى دول أخرى، مما أدى إلى قيام مجموعة علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمتد أثرها من النطاق الإقليمي إلى النطاق الدولي، كعقد زواج يتم بين أردني ولبنانية في سوريا، أو كعقد بيع يتم في ألمانيا بين أردني ومصري لنقل ملكية عقار موجود في بريطانيا، أو كعقد بيع مال منقول يتم بين أردني وألماني في العراق ويتفق على تنفيذه في فرنسا... إلخ.

وبناءً على ما تقدم فقد تعقدت العلاقات القانونية بين البشر وتنوعت القواعد التي تحكمها حتى أصبحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر السهل في كل الأحوال، لأن لكل جماعة نظامها القانوني الخاص وسيادتها الوطنية. فهذا الاختلاف بين أحكام قوانين الدول وأنظمتها أثار بدون شك التنازع بينها كلما اتصلت علاقة قانونية في أحد عناصرها بدولة أجنبية أو أكثر، الأمر الذي أدى إلى أن يضيف العنصر الأجنبي على هذه العلاقات أهمية أكثر من السابق. لأنه يخلق التنازع بين أكثر من قانون واحد يمكن تطبيقه عليها، ولا يمكن كما في العلاقات القانونية الوطنية البحتة حصر الاختصاص فيها بالقانون الوطني لما سيجر ذلك إلى الإضرار بأطراف العلاقة ويفقدتهم الثقة والاطمئنان، مما يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة وانساقاً مع طبيعة العلاقة القانونية، سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً عن طريق قواعد قانونية وظيفتها اختيار وتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تسمى (قواعد تنازع القوانين) أو (قواعد الإسناد) التي لا تحكم موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مباشرة، بل ترشد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه عليه.

ففي تنازع القوانين لا بد من إسناد حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون واحد من بين القوانين المتنازعة على حكمها. وفائدة البحث عن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة واضحة، لأن العنصر الأجنبي الذي يشوب العلاقة القانونية يثير التنازع بين قوانين عدة دول ذات علاقة بها لما تحتويه هذه القوانين من أحكام متباينة تتفق مع أهداف ومصالح الدول التي أصدرتها. فإذا طبقت أية دولة من هذه الدول قانونها الوطني على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، فإن هذا قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بأطراف العلاقة، كإخضاع تركة أردني مسلم مقيم في إنكلترا للقانون البريطاني. فدخل العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية بسبب جنسية أطرافها أو مكان انعقادها أو موضوعها أو مكان تنفيذها يثير مسألة معرفة القانون الواجب تطبيقه على النزاع ويجعل العلاقة القانونية خاضعة للقانون الدولي الخاص.

(1) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٥ - ص ٣٤.

والعنصر الأجنبي يشوب العلاقة القانونية لعدة أسباب، منها اختلاف جنسية الأشخاص أو مكان انعقاد العقد أو مكان تنفيذه أو موقع المال. فلو أبرم عقد بيع بين أردني وألماني في فرنسا، فإن هذا العقد مشوب بعنصر أجنبي بسبب اختلاف جنسية أطرافه ومحل إبرامه، وأن أي نزاع يحتمل حصوله منه يدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص. وإذا أبرم عقد بيع بين أردنيين في مصر واتفقا على تنفيذ هذا العقد في فرنسا، فقد يبدو لأول وهلة أن هذا العقد لا يتعلق بالقانون الدولي الخاص، بينما في الواقع أن هذا العقد مشوب أيضاً بعنصر أجنبي بسبب محل إبرامه واشتراط تنفيذه في إقليم دولة أجنبية، ولهذا يدخل ضمن نطاق أحكام القانون الدولي الخاص أيضاً.

فحصول تنازع القوانين لا يتوقف على قيام علاقة قانونية بين أشخاص ينتمون بجنسياتهم إلى دول مختلفة فحسب، بل قد يحصل في علاقة قانونية يكون أطرافها من جنسية دولة واحدة أيضاً كلما اتصلت تلك العلاقة القانونية بعنصر أجنبي بسبب مكان انعقادها أو مكان تنفيذه أو مكان وجود المال، ولذلك يمكن تعريف تنازع القوانين بأنه: التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو أكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي.

الفرع الثاني

التطور التاريخي لتنازع القوانين

لم يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص إلى الوجود ويتكامل إلا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامه في العلاقات القانونية الخاصة الدولية وظهور نظريات مختلفة لحل هذا التنازع تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. وعليه لا بد من التطرق إلى هذه النظريات بشيء من الإفاضة للوقوف على التطور والتكامل التاريخي لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

أولاً- النظريات القديمة.

في بداية عهد الإمبراطورية الرومانية كان القانون الروماني يطبق على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في جميع أرجاء الإمبراطورية، إلا أنه عندما ازداد عدد المدن الأجنبية التي أخضعتها روما لسيطرتها وضممتها للإمبراطورية، شرع قانون آخر باسم (قانون الشعوب) ليحكم العلاقات القانونية بين الرومانيين وأبناء تلك المدن، ولكن هذا القانون كان داخلياً أيضاً لصدوره من نفس المشرع الذي أصدر القانون الروماني ولتطبيقه داخل إقليم الإمبراطورية. فلم يكن هناك أي مجال لظهور تنازع القوانين بينهما، لأن التنازع بين القانونين المذكورين كان بين قانونين داخليين في دولة واحدة، بينما يتطلب التنازع الدولي بين القوانين تنازعاً بين قوانين دول مختلفة⁽¹⁾.

وفي القرن الخامس الميلادي غزت القبائل الجرمانية روما وانهارت الإمبراطورية الرومانية على أيديهم وظهر إلى الوجود مبدأ (شخصية القانون) القاضي بتطبيق القانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية، خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية، كالأهلية

(1) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٧ و

والزواج والطلاق ... إلخ. وقد ساد هذا المبدأ من القرن الخامس الميلادي إلى نهاية القرن الحادي عشر. لأن القبائل الجرمانية حملت معها قوانينها الخاصة التي كانت ترتبط بالأشخاص لا بالإقليم، وأبقت على القانون الروماني ليطبق على أبناء المدن أو المقاطعات التي تخضعت عن انهيار الإمبراطورية الرومانية مما أدى إلى تركيز مبدأ (شخصية القانون المطلق) ومنع ظهور أي تنازع قوانين. لأن القانون الواجب تطبيقه كان القانون الشخصي على أساس أن لكل جماعة نظمها القانونية الخاصة التي تنبثق من تقاليدهم وأخلاقهم ودينهم وأحوالهم الاجتماعية الموروثة وتشرع خصيصاً لهم فتلاحقهم أينما كانوا وتطبق عليهم، بحيث يبقى الشخص خاضعاً لنفوذها أينما وجد. ولذلك وصف سريان هذه القوانين بالشخصية وأصبحت أساساً للتنازل عن الاختصاص التشريعي ولقيام امتيازات عطلت السيادة الداخلية بالنسبة لهذا الاختصاص. ولما كان القانون الدولي الخاص مرتبط أصلاً بالسيادة الداخلية، لذا فإن هذا المبدأ لم يصبح نواة لظهور تنازع القوانين⁽¹⁾.

واستمر الوضع هكذا إلى نهاية القرن الحادي عشر الميلادي حيث استقرت القبائل الجرمانية الفاتحة ونشأت منها دويلات إقطاعية ذات سيادة كاملة على مقاطعاتها وتمسكت كل دويلة إقطاعية بتطبيق قوانينها الخاصة على كل الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في داخل إقليمها دون السماح بتطبيق أي قانون آخر، فتم احياء مبدأ (إقليمية القانون المطلق)، وكان الشخص الذي لا ينتمي إلى دويلة إقطاعية من هذه الدويلات يعتبر عديم الحق ويسترق، وإذا انتقل أحدهم من مقاطعة إلى أخرى، كان لا يخضع لقانون مقاطعته، بل لقانون المقاطعة التي انتقل إليها في كل الأحوال. وهكذا لم يساعد هذا الوضع على ظهور تنازع القوانين في هذه المرحلة أيضاً، لأن العهد الإقطاعي لم يكن يعترف إلا بقانون المقاطعة ولم يسمح بتطبيق قانون مقاطعة أخرى في إقليمها مطلقاً، وكان حصول العلاقات القانونية بين المقاطعات يستحيل تقريباً. وبذلك نستطيع أن نقول أن النظريات التي سادت في العالم منذ قيام الإمبراطورية الرومانية إلى العهد الإقطاعي في القرون الوسطى هي نظرية (شخصية القانون) ونظرية (إقليمية القانون) المطلقة.

وفي بداية القرن الثالث عشر بدأت الأمور تأخذ مجرى آخر ولا سيما في شمال إيطاليا، حيث ازدهرت التجارة واستتبع ذلك نزوح الأفراد إلى خارج البلاد وزواجهم واختلاطهم بأفراد المدن الأخرى وشعور أهالي مدن الشمال بوطأة وأضرار مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من شدته، خاصة أن التجارة تحتاج إلى العلاقات الخارجية واستقرار المعاملات، وأن هذه المدن لم تعرف النظام الإقطاعي إلا بصورة ظاهرية وظهرت فيها جمهوريات صغيرة استهوت التجارة وتكونت فيها أنظمة محلية خاصة بها لا تخلو من اختلاف واتخذت من الروابط التجارية أساساً لبناء هذه الجمهوريات وتنمية الحياة الاقتصادية وخلق الثقة والانتماء والاستقرار لهذه الروابط بقبول تطبيق بعض الأنظمة القانونية للمدن المجاورة بهدف زيادة العلاقات التجارية ودعمها بين مدينة وأخرى.

(1) انظر الدكتور هاشم الحافظ - تاريخ القانون - دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٨٠ - ص ٤٦ - ٥٥ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥.

فاجتماع هذه العوامل ساعد على خلق المناخ الملائم لظهور تنازع القوانين في إيطاليا وعكوف العلماء الإيطاليين على دراسة الحلول لهذا التنازع والتخلي عن مبدئي (شخصية القانون المطلق) و (إقليمية القانون المطلق) والتفكير في إيجاد حل وسط يطبق فيه كل مبدأ من هذين المبدأين بصورة نسبية في الحدود التي يكون في تطبيقه نفع أكثر من الآخر أو على الأقل حين يكون تطبيقه أقل ضرراً، متوخين في هذا التفضيل والاختيار تحقيق العدالة واحترام الحقوق المكتسبة، ولتحقيق هذا الغرض قدموا عدة معايير قانونية تستند إلى الإقليمية النسبية والشخصية النسبية، وهكذا يرجع الفضل إلى هؤلاء العلماء بشمال إيطاليا في إبراز فكرة واضحة عن تنازع القوانين والمبادئ اللازمة لحله ما يزال أكثرها منصوصاً عليه في القوانين الوضعية للدول المختلفة ومعمولاً به^(١). وقد ظهرت النظريات القديمة هذه بشكل مدارس في إيطاليا وفرنسا وهولندا وكالاتي:

١ - نظرية الأحوال الإيطالية (مدرسة الحواشي) (Ecole Italienne):

قبل أن نستعرض آراء أنصار نظرية الأحوال الإيطالية لا بد لنا من بيان المقصود من تعبير (الأحوال)، إذ أطلق تعبير (الأحوال) على الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها وطبقتها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية إلى جانب أحكام القانون الروماني، مما ساعد على قيام المناخ الملائم لظهور التنازع بين هذه الأعراف والعادات التي كانت تختلف من مدينة إلى أخرى، وبين أحكام القانون الروماني، فقامت مناقشات فقهية بهدف إيجاد قواعد لازمة لحل هذا التنازع.

وقد سادت نظرية الأحوال الإيطالية في القرن الثالث عشر للميلاد ومن أهم أنصارها (بارتولس Bartolus)، وكان أستاذاً في جامعة (بيزا)، وخلفه (بالدوس Baldus). وكانوا يكتبون الآراء التي يبدونها بشكل تعليقات مقتضبة في حواشي نصوص القانون الروماني لإيجاد قواعد تحل التنازع المحتمل حصوله بين قوانين المدن المختلفة. ولذلك سميت مدرستهم بمدرسة (الحواشي) أيضاً.

ومن أهم هذه الحواشي حاشية (أكورس Accurse) التي تساءل فيها (أكورس) عن الشكل الذي يلزم به تنظيم وصية شخص بولوني يقطن (مودان)، (هل يلزم تطبيق الشكل القانوني المنصوص عليه في القانون الشخصي، أي القانون البولوني، أو الإقليمي، أي قانون البلد الذي وقع فيه التصرف القانوني وهو قانون مودان؟)^(٢). وأجاب بإعطاء هذا الاختصاص لقانون المحل الذي عملت فيه الوصية، أي قانون مودان، ذلك لأن هذا القانون يعطي اليقين للأفراد بقدرتهم على إجراء تصرفات قانونية صحيحة في أي بلد كان^(٣).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٨ - ٢٩ و

Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, Kanunlar ihtilafi - yasama ve yargilama catismalari - Sulhi Garan Matbaasi - Istanbul/ 1971. sf. 5 Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 20

(٢) لقد كانت هذه الحاشية كالاتي:

(Quod si Bonneiensis Conveniatur Mutinae Non Debet judicari secundum statuta mutina quibus subest).

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي، والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٥.

وكانت حواشيه تبرز وجهة نظرهم بخصوص التنازع المحتمل وقوعه بين أعراف وعادات المدن المختلفة وبين القانون الروماني على هدى العقل وماهية الأشياء ويقترحون الحلول اللازمة له دون أن يلتزموا مقدماً بمبدأ عام، ولهذا جاءت حواشيهم متخيرة لا تتقيد سلفاً بمبدأ عام معين، وإنما تؤدي إلى اختيار الحل المناسب لكل حالة على حدة دون وضع حل موحد لها، مستدئين في ذلك على أسلوب الفقه التحليلي الذي يحل مختلف فروض التنازع دون محاولة الربط بينها، ولهذا لم يتوصلوا إلى قواعد عامة في تنازع القوانين، بل إلى آراء مختلفة بشأن حلول التنازع المحتمل وقوعه بين قوانين المدن المختلفة عكس ما في قواعد تنازع القوانين المأخوذ بها حالياً. وكانت تلك الآراء تعوزها الدقة، لأن أساس الحلول التي قدموها كان هدى العقل والعدالة وحاجة المعاملات، مما أدى إلى اختلاف وجهات نظرهم في الحلول التي اقترحوها، وإبعاد النصوص عن معانيها بتحميلها أكثر مما تحتل. ومع ذلك لا ينكر على أنصار هذه النظرية توصلهم إلى حلول ساعدت الفقه على معالجة مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، كالتفرقة بين إجراءات الدعوى وموضوعها، حيث اقترحوا إخضاع الأولى لقانون القاضي والثاني لقوانين أخرى. كما اقترحوا قاعدة إخضاع العقد شكلاً وموضوعاً لقانون محل إبرامه على أساس انصراف إرادة المتعاقدين ضمناً إلى تطبيق هذا القانون، واقترحوا أيضاً قاعدة إخضاع المال لقانون موقعه، وقاعدة إخضاع الميراث لقانون واحد... الخ^(١).

٢- نظرية الأحوال الفرنسية (Ecole Francaise).

سادت هذه النظرية في القرن السادس عشر للميلاد ومؤسسها هو القانوني (برتراند دارجنتريا Bertrand Dargentre) الذي نشر عدة كتب قانونية وأوضح في كتابه المشهور (Commentaire de la coutume de Bretagne) مبادئ تنازع القوانين. ومن أنصار هذه النظرية أيضاً (فرولان فroland) والمحامي الفرنسي (ديمولان Dumoulin) و (بوهير Bouhier)، وقد تناولت هذه النظرية ثلاث فقرات هي (تقسيم الأحوال، ونطاق تطبيق الأحوال، وأساس القانون الدولي الخاص) وكالاتي:

بالنسبة للأحوال قسموها إلى (أحوال عينية) وهي التي تتعلق باكتساب ملكية الحقوق العينية في الأشياء والأعيان، مثل التصرفات التعاقدية المتعلقة بالأرض، والوصية وسائر التصرفات الأخرى، وذهبوا إلى إخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادات المحلية في الإقليم على أساس (مبدأ إقليمية القانون) وهو الأصل^(٢).

وإلى (أحوال شخصية) وهي التي تتعلق بالحقوق العائلية، مثل الزواج والبنوة، وبحالة الشخص، مثل الأهلية والإسم والموطن، وذهبوا إلى إخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادة السائدة في الموطن على أساس (مبدأ شخصية القانون) باعتباره الاستثناء. إذ أوجبوا تطبيق القانون الشخصي للأجنبي على مسائل أحواله الشخصية في العلاقات

(١) Pillet, Kara Avrupa Hukukunda Kanunlar ihtilafi Nazariyesi "Terc. Fisek (Hicri) (Ank. Huk. Fak. Der. 1950. Say. 1-2. sf. 251) ve prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 6 ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 20-22.

(٢) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٤.

القانونية المشوبة بعنصر أجنبي استناداً إلى فكرة العدالة وتعيين هذا القانون بمعيار موطن الشخص. أي قانون موطنه^(١).

وإلى (أحوال مختلطة) وهي التي يشك في طبيعتها القانونية ويصعب تحديد هذه الطبيعة وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها بحيث لا يعرف هل أنها أحوال عينية أم شخصية، مثل شكل العقد. فذهبوا إلى إخضاعها للقانون الإقليمي أيضاً، وأسندوا الاختصاص التشريعي في شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف^(٢). وهكذا فإن هذه النظرية ذهبت إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القانون كقاعدة عامة وتطبيق مبدأ شخصية القانون كاستثناء من هذه القاعدة، وأحلت مبدأ إقليمية القانون النسبي محل مبدأ إقليمية القانون المطلق، واستطاعت بذلك بناء مبدأ عام لتنازع القوانين يستند إلى معيار محدد للحلول بدلاً من وضع حلول خاصة لكل حالة مستعصية بصورة مستقلة، عكس فقه مدرسة الأحوال الإيطالية. ومع ذلك فقد انتقدت نظرية الأحوال الفرنسية لفشلها في تصنيف الأحوال المختلطة وتعيين القانون الواجب تطبيقه عليها. فمبدأ تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية الذي جاءت به النظرية كان كيفياً وغير ممكن، لأن جميع العلاقات القانونية لا تتعلق بصورة مطلقة بالمال والشخص فقط، بل هناك علاقات أخرى خارج هذا التقسيم، مثل الأحكام المتعلقة بشكل العقد وأصول المحاكمات وتنفيذ الأحكام. ورغم هذه الانتقادات الموجهة إلى النظرية، فإنها سادت خلال القرن السادس عشر في الفقه والقضاء وحافظت على قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه وأقامت مبدأ حرية الإرادة^(٣).

٣- نظرية الأحوال الهولندية (Ecole Hollandaise).

في نهاية القرن السادس عشر للميلاد عني فقهاء نظرية الأحوال في هولندا وبلجيكا أمثال (بورجوندس Burgundus)، و (رودنبرخ Rodenburgh)، و (باول فوت Pual volt) وابنه (جان فوت Jean Volt)، و (اولبريخ هوبر Ulbrich Huber) بدراسة تنازع القوانين وساقوا بعض الأفكار الجديدة بشأنه، وقد سميت هذه المدرسة أيضاً بمدرسة المجاملة الدولية) لأنها استندت إلى نفس المبادئ التي جاء بها فقه المدرسة الفرنسية بالنسبة لتقسيم الأحوال إلى عينية وإخضاعها للقانون الإقليمي كقاعدة عامة، وإلى شخصية وإخضاعها للقانون الشخصي كاستثناء، وإلى مختلطة وإخضاعها للقانون الإقليمي، وتحديد نطاق تطبيق الأحوال، إلا أنها تميزت عن المدرسة الفرنسية في أساس سريان قانون الأحوال الشخصية في خارج البلاد، بأن ذهبت إلى أن سريان القانون الشخصي على الأحوال الشخصية للشخص خارج البلاد لا يستند إلى فكرة العدالة، بل إلى مبدأ المجاملة بين الدول. وقالوا إن المشرع الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، لأن إلزامه بذلك لا يتوافق مع السيادة على أساس أن للقانون قوة مطلقة في الدولة التي شرعته ويخضع له كل من يتوطن في إقليمها بصورة دائمة أو مؤقتة، ولكن الدولة بسبب المجاملة تعترف بقوة قوانين الدول الأخرى ما لم يخل ذلك بصميم سيادتها. وإذا سمح المشرع

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 23.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٧.

(٣) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 24.

بتطبيق قانون أجنبي، فإن هذا السماح لا يستند إلى إلزام قانوني دولي، بل إلى رغبة اختيارية كمظهر للسيادة وتعبير عن حريته في السماح بتطبيق القانون الأجنبي. وكل دولة حرة في الاستئثار بوضع قواعد تنازع القوانين كيفما تشاء استناداً إلى فكرة السيادة. ومما يذكر أن نفس الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الأحوال الفرنسية وجهت إلى نظرية الأحوال الهولندية، لأنهما تتفقان في الرأي بالنسبة لتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ومختلطة ومن حيث القانون الذي يسري عليها، أي نطاق تطبيقها. إلا أن نظرية الأحوال الهولندية استطاعت أن تتقل دراسة موضوع تنازع القوانين من المجال الداخلي إلى المجال الدولي مع رفضها الاعتراف بقوة الإلزام لقواعد التنازع، لأنها اعتبرت أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مجرد مجاملة دولية وليس ضرورة قانونية.

ثانياً- النظريات الحديثة:

وتتمثل النظريات الحديثة في (النظريات الألمانية) و (النظريات الإيطالية)، حيث انتقل فقه المدرسة الهولندية إلى إنكلترا في القرن الثامن عشر على يد القاضي الإنكليزي (جكنز) الذي نفي من إنكلترا إلى هولندا وتعمق هناك في دراسة فقه مدرسة الأحوال الإيطالية ثم عاد إلى إنكلترا حاملاً معه فقه هذه المدرسة لينشرها فيها، واتخذ منه أساساً لبناء قواعد التنازع في إنكلترا وأمريكا وكندا مما أدى إلى ظهور نظريات جديدة بشأن تنازع القوانين في ألمانيا وإيطاليا وغيرها خلال القرن الثامن عشر والتاسع عشر كالآتي:

١- النظريات الألمانية:

تميزت النظريات الألمانية التي قامت بشأن تنازع القوانين بعد استكمال الوحدة السياسية في ألمانيا بطابع فلسفي وتوجيه انتقادات شديدة لنظرية المجاملة الدولية باعتبارها نظرية اعتبارية تسوق القاضي في بعض الحالات التي يقبل فيها تطبيق قانون أجنبي إلى البحث عن الأساس الذي يحكم كل علاقة قانونية تعرض على حدة لمعرفة هل أنها إقليمية أو غير إقليمية دون وجود مبادئ تحكم الموضوع بصورة عامة. ومن أشهر هذه النظريات:

أ- نظرية (واغجر Waechter):

نشر (واغجر) كتابه في تنازع القوانين عام ١٨٤١م في جامعة (Tubingen) أوضح فيه نظريته التي ذهبت إلى أن القاضي عندما ينظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي في أية دولة يجب عليه أن يحلها وفقاً لما تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني (Lex fori). فإذا لم يوجد حكم صريح تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني عليه أن يحلها وفقاً لما يستتبعه من روح نصوص قانونه الوطني.

وتنتقد هذه النظرية بأن إلزام القاضي بتطبيق قواعد التنازع في قانونه الوطني على قضية مشوبة بعنصر أجنبي معروضة عليه إجراء غير سليم، لأن القاضي لا يلتزم إلا بأوامر مشرعه الوطني، ولكن ليس صحيحاً أن يلزم باستنباط الحكم لها من روح نصوص قانونه الوطني إذا خلا هذا القانون من قواعد تنازع محل النزاع. لأن ذلك يعني إلزام القاضي بحل النزاع وفق قانونه الوطني بأي حال من الأحوال وإبعاد تطبيق القانون الأجنبي والعودة إلى مبدأ الإقليمية القانون المطلق. ولهذا السبب اعتبر البعض (واغجر) من أنصار مبدأ الإقليمية القانون^(١).

ب- نظرية (سافنر Schaeffner):

نشر (سافنر) كتابه في تنازع القوانين عام ١٨٤١م أيضاً وأشار فيه إلى تناقضات نظرية الأحوال واتهم أنصارها بالعجز عن الوصول إلى حل إيجابي لمشكلة تنازع القوانين ثم طرح نظريته بالقول: في حالة تنازع القوانين إذا كان قانون القاضي يحتوي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين فيجب تطبيق تلك الأحكام وتعيين القانون الواجب تطبيقه بموجبها. وفي حالة عدم احتواء قانون القاضي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين يجب تطبيق قانون محل إبرام التصرف القانوني بالنسبة لكافة العلاقات القانونية عدا الأهلية التي يجب إخضاعها لقانون الموطن (Lex Domicilli). أما بالنسبة للأموال، فيجب إخضاعها لقانون محل وجودها^(١).

ومما يؤخذ على نظرية (سافنر)، أنه قد لا يمكن في جميع الحالات تحديد مكان إجراء التصرف القانوني، ثم أنها لم توضح المقصود بمكان العلاقة القانونية، وفيما إذا كان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد هذا المكان محل إجراء الشروط الشكلية أم الشروط الموضوعية للعلاقة القانونية. حيث لم تتضمن النظرية أية إشارة إلى هذا الموضوع.

ج- نظرية (سافيني Savigny):

ينتمي (سافيني) إلى عائلة فرنسية محافظة هاجرت إلى برلين وعمل أستاذاً في جامعة برلين واشتهر بمؤلفاته عن القانون الروماني وابتدع فيها جديداً في تنازع القوانين نشره في الجزء الثامن من كتاب صدر له عام ١٨٤٩م^(٢) وبنى فيه نظريته المشهورة على أساس ترابط الفكر القانوني المشترك بين قوانين جميع البلدان التي ورثت مبادئ القانون الروماني، مثل بلدان أوروبا وغيرها عدا سويسرا والإمبراطورية العثمانية وروسيا. لأن قوانين تلك البلدان استمدت من القانون الروماني الذي كان بمثابة الأساس العام لها. وحتى أن الدول ذات السابقة القضائية، مثل إنكلترا رغم عدم تأثر تشريعاتها بالقانون الروماني، إلا أنها مالت إلى الأخذ عملياً بنظرية الأحوال المستندة إلى القانون الروماني في مسألة حل تنازع القوانين. وهذا يعني وجود فكر قانوني مشترك في قوانين الدول التي تأثرت بالقانون الروماني، وأن فكرة العدالة وحلول تنازع القوانين التي توحى بها العدالة واحدة ومقبولة فيها بدون التعصب لإقليمية القانون^(٣). فكل واحدة من هذه الدول إذا طبقت قانون دولة أخرى في إقليمها، فإنها لا تفعل ذلك مدفوعة بروح التسامح والمعاملة الدولية، بل بمقتضى التزام دولي. لأن للدول مصالح وغايات مشتركة، أهمها تحقيق العدالة. فالعدالة غاية مشتركة تهدف جميع الدول إلى تحقيقها، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية إلا بالتعاون فيما بينها ويقبول الواحدة منها تطبيق قوانين الأخرى في إقليمها كلما اقتضت العدالة ذلك^(٤). ثم يشرح (سافيني) نظريته بتقسيم القوانين إلى قسمين هما:

١- القوانين المتعلقة بالشخص: وهي التي تحدد مجرد الأهلية القانونية العامة بصرف النظر عن نوع أية علاقة قانونية يقوم بها الشخص، كالأهلية والحالة، ويطبق فيها قانون

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 28

(٢) اسم هذا الكتاب هو: (System Des Heutigen Romischenrechts).

(٣) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 20-30

(٤) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٤٣.

الموطن (Lex domicilii). وأوضح بأن أهمية ذلك تبرز في مسألتين هما تعيين (المحكمة المختصة) و (القانون المختص). إذ قال: يمكن التعرف على القانون الواجب تطبيقه في تنازع القوانين بمعرفة المحكمة المختصة. لأنه إذا ثبت الاختصاص القضائي في تنازع القوانين لمحكمة دولة معينة، فإن الاختصاص التشريعي قد ينعقد لقانون تلك الدولة، مع تقييد هذا المبدأ بفكرة النظام العام. إذ لا يطبق قانون أجنبي عدلاً قانوناً واجب التطبيق في النزاع إذا كان هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.

٢- القوانين المتعلقة بالعلاقات القانونية: وهي التي تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد، كالتملك والبيع والشراء والالتزامات... إلخ. ففيها ذهب (سافيني) إلى تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع لتعيين ماهيتها القانونية بغية إسنادها إلى نظام قانوني يلائمها ويتفق مع طبيعتها وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها. فالشخص يتحرر من تأثير قانونه الوطني في هذه الحالة ويدخل تحت نطاق تأثير القانون الذي يدير هذه العلاقة. ولما كان تعيين القانون الذي يدير هذه العلاقة مسألة صعبة، فإن أربعة قوانين تتنازع على حكمها وهي:

أ- قانون محل انعقاد العلاقة القانونية (Locus regit).

ب- قانون مكان تنفيذ العلاقة القانونية (Lex Loci executionis).

ج- قانون قاضي الموضوع (Lex fori).

د- قانون موقع المال (Lex rei sitae) (١).

ومن حيث المبدأ لم يرجح (سافيني) قانوناً على آخر من القوانين المذكورة ولكنه مال إلى تفضيل قانون مكان انعقاد العلاقة القانونية في تعيين القانون الواجب تطبيقه، على أساس أن لكل علاقة قانونية موطناً ترتكز عليه كموطن الأشخاص، فيجب البحث عن هذا الموطن وإخضاع العلاقة القانونية لقانونه. ومع ذلك فقد صنف (سافيني) العلاقات القانونية إلى أصناف متعددة وحدد لكل صنف قاعدة تنازع معينة كالآتي:

- تطبيق قانون الموطن (Lex domicilli) على الحقوق العائلية والميراث.

- تطبيق قانون محل المال (Lex rei sitae) على الأموال.

- تطبيق قانون مكان التنفيذ (Lex Loci executionis) على الالتزامات.

- تطبيق قانون مكان إبرام العلاقة القانونية (Locus regit) على شكل العلاقة.

ومما يؤخذ على نظرية (سافيني) أنها مالت إلى ترجيح تطبيق قانون مكان إبرام العلاقة القانونية دون توضيح هذا المكان، فظل مبهماً صعب التطبيق. كما أن قبولها لمبدأ تطبيق قانون الموطن في تنازع القوانين على مسائل الأحوال الشخصية غير صحيح، ومع ذلك فقد كثر أنصارها في العديد من الدول مثل (Line) و (Valery) في فرنسا و (Mancini) و (Fiore) و (Diena) في إيطاليا (٢).

Friedrich Karl Von Savigny, System des Heutigen Romischen Rechts. c. 8. ()
Berliih/ 1849. sf. 30 ve 109 (Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf.10 ve 11 den Naklen).
Gutzwiller, le Developement Historique de Droit International Prive. sf. 76 (sf. 30)
Prof. Dr. Osman Berki den Naklen).

د- نظرية (هاوس Hauss):

نشر (هاوس) نظريته في كتاب صدر له عام 1924م وقال فيه (ان على القاضي إذا لزم الأمر تعيين القانون المختص في حالة تنازع القوانين، البحث أولاً عن (القانون المختار) الذي اختاره أطراف العلاقة. فإن تعذر تحديد هذا القانون عليه أن يطبق قواعد التنازع في قانونه الوطني (Lex fori)، وإذا لم يوجد يجب عليه أن يطبق قانون الموطن (Lex Domicilii) أو قانون مكان وجود المال موضوع البحث (Lex Reisitae) (1).

ومما يؤخذ على نظرية (هاوس) جعلها إرادة أطراف العلاقة فوق القانون، إضافة إلى أنها تجعل من البحث عن إرادة أطراف النزاع مشكلة قائمة بحد ذاتها، وأن هذه الإرادة قد تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وهذه نتيجة غير مرضية في القانون الدولي الخاص.

١- النظريات الإيطالية الحديثة:

ظهر صدى تحديد قواعد التنازع في ألمانيا وحرك رجال الفقه في إيطاليا إلى تطوير أسس تنازع القوانين. وكانت إيطاليا في تلك الفترة تعيش مظاهر قيام وحدتها السياسية، فظهرت فيها نظريات حديثة أهمها نظرية (مانشيني). فما هي هذه النظرية؟

نظرية (مانشيني Mancini):

قام الفقيه الإيطالي (مانشيني) بإلقاء محاضرة في جامعة (تورينو) عام 1851م ذكر فيها أسس نظريته. إذ قال وهو يؤيد الوحدة الإيطالية التي كانت قد تحققت في أيامه: يتم وضع القوانين انطلاقاً وتكييفاً مع تقاليد وأحوال وعادات وحاجات الشعب وعليه يجب أن تكون من حيث المبدأ شخصية التطبيق لا إقليمية وتسري على رعايا الدولة ولو في إقليم دولة أخرى. ففي تنازع القوانين يجب ترجيح تطبيق القانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية (Lex patriae) الذي هو القانون الوطني للدولة التي ينتسب لها الشخص في جميع علاقاته أينما وجد، لأن القانون الشخصي يتتبع المواطن بصرف النظر عن مكان وجوده. وقسم (مانشيني) القانون إلى عام وخاص وقال: ان القانون العام ينظم تشكيلات الدولة فهو إقليمي، والقانون الخاص ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد فهو شخصي. وأضاف: ان الدولة تتكون من عنصري الإقليم والسكان، فيمكن عند الضرورة إضفاء صفة الدولة على القبائل الرحل، بينما لا يمكن إضفاء صفة الدولة على أرض خالية من السكان. لأن تأثير السيادة على الإقليم ثانوي بينما على السكان أصلي. فإذا غادر شخص إقليم الدولة التي يتمتع بجنسيتها إلى إقليم دولة أخرى لا يتخلص من نفوذ وسيادة قوانين دولته في جميع علاقاته باستثناء حالات ثلاث هي:

- ١- القوانين التي تعتبر من النظام العام.
- ٢- القانون المختار من قبل أطراف العلاقة.
- ٣- قانون مكان إجراء شكل التصرفات القانونية.

(1) Hauss, De Principiis a Quibus Pended Legum Sibi Contrarium Auctorit as. 1824. p. 32.

ويؤخذ على نظرية (مانشيني) المتصفة بالشخصية النسبية، ان الاستثناءات الكثيرة التي أوردتها قللت من قيمتها، ومع ذلك فقد أيدها عدد من الفقهاء وأخذت بها اتفاقيات دولية بشأن حل تنازع القوانين إلى قيام الحرب العالمية الأولى، كالاتفاقية التي أعدها مؤتمر لاهاي عام ١٨٩٣م بشأن قواعد تنازع القوانين.

٣- النظريات الفرنسية الحديثة:

استمرت جهود فقهاء القانون لإيجاد قواعد قانونية لحل تنازع القوانين، فظهرت نظريات جديدة مثل نظرية (بليت (Pillet) في فرنسا. فما هي هذه النظرية؟

نظرية (بليت (Pillet):

كان (بيليت) أستاذاً في كلية حقوق باريس في نهاية القرن التاسع عشر عندما صاغ نظرية (طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها) ونشرها عام ١٩٠٣م في كتاب لله قال فيه: عند البحث عن القانون الواجب تطبيقه في تنازع القوانين، يعني ذلك البحث عن مدى سيادة القانون بالنسبة لعلاقات الأفراد ذات الصفة الدولية.

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية، فلا بد وأن تكون له غاية وهي حفظ كيان المجتمع وحقوق الأفراد وإقرار التوازن بين الغايات الشخصية والغايات العمومية، مما يجب تحديد القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بالكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون. لأن لكل قانون غرضه الاجتماعي الذي يهدف إلى تحقيقه، ويتمتع في الحياة القانونية الداخلية بخاصتي (الدوام، والعمومية). ولمعرفة القوانين المتصفة بالدوام أو بالعمومية لا بد من تعيين غايتها الاجتماعية. فإذا كانت غايتها حماية منفعة الفرد تعتبر هذه الحماية شخصية ومتصفة بالدوام والاستمرار، ويعتبر القانون الحامي شخصي التطبيق يمتد سلطانه باستمرار ودوام من غير انقطاع على الأشخاص والأموال التي تخضع له من يوم إصداره إلى يوم إلغائه. فصفة الدوام والاستمرار تأخذ الغلبة فيه وتغطي على صفة العمومية في الميدان الدولي بحيث يتتبع الرعايا ويحكمهم أينما وجدوا وأينما وجدت أموالهم وباشروا علاقاتهم القانونية، كما في القوانين المتعلقة بالفرد والعائلة.

أي أن القوانين المتصفة بالاستمرار والدوام يمتد تطبيقها إلى خارج إقليم الدولة التي أصدرتها حتى تحافظ على الغاية التي شرعت من أجلها وهي حماية الفرد أو عائلته باستمرار ولو كان ذلك في إقليم دولة أجنبية، وبذلك يكون القانون دائماً ومستمراً بالنسبة للأفراد. كالقانون الذي يحدد الأهلية أو القانون الذي يتضمن شروط صحة الزواج ... إلخ.

أما إذا كانت غاية القانون حماية المجتمع، فهو يتصف بالعمومية ويكون تطبيقه إقليمياً على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات في إقليم الدولة دون التمييز بين الوطني والأجنبي، كقانون العقوبات، والقانون المتعلق باكتساب ملكية مال غير منقول. حيث أن غايتها هي حماية منفعة المجتمع. فتتغلب فيهما صفة العموم على صفة الاستمرار وينالان التطبيق الإقليمي في الدولة التي أصدرتهما دون منازع.

وإذا كان من السهل المحافظة على التوازن بين هاتين الخاصيتين في العلاقات القانونية الداخلية، ففي العلاقات الدولية يجب الترجيح بينهما والتضحية بإحدهما لمصلحة الأخرى عندما تدعي كل دولة الاختصاص في العلاقة القانونية المتنازع على حكمها

لقانونها الوطني. وللمفاضلة بين القوانين المتنازعة يعطى الاختصاص للقانون الدولي التي لها أكبر مصلحة في حكمها ابتغاء تحقيق الغرض الاجتماعي للقانون.

فبالكشف عن الغرض الاجتماعي للقانون يمكن الفصل فيما إذا كان من الواجب الاحتفاظ بالقانون بنطاقه الإقليمي أو بامتداده ويتم إسناد الاختصاص للقانون الواجب تطبيقه وفقا لذلك، سواء أكان هذا القانون وطنيا أم أجنبيا.

فمثلا إذا أراد أحد الأجانب الزواج في فرنسا، فوفقا لأي قانون يتم تحديد الأهلية اللازمة لهذا الزواج، قانون دولة هذا الأجنبي أم الفرنسي؟ فإذا طبق قانون دولة الأجنبي يعني ذلك أن خاصية الدوام تغلبت في شروط هذا الزواج، وإذا طبق القانون الفرنسي يعني أن خاصية العمومية قد تغلبت فيها^(١).

ويضيف أتصار هذه النظرية: أن المحكمة المرفوع إليها النزاع، عليها أن تقرر بمرحلتين. في المرحلة الأولى تقوم بعملية تكييف العلاقة القانونية، وهذا التكييف يكون من اختصاص قانون القاضي (Lex fori)، وفي المرحلة الثانية تقوم بعملية إسناد حكم العلاقة إلى أحد القوانين المتنازعة إذا ما ظهر لها بأنه أنسب من غيره بحسب غايته الاجتماعية^(٢).

وتنتقد نظرية (بيليت) لأن المعيار الذي جاءت به لحل تنازع القوانين لا يؤدي إلى تحقيقه بسهولة ويسر. فالبحث عن دوام القانون وعموميته يسوقنا إلى صعوبة معرفة ما إذا كان القانون مستمرا أو عاما، وإن التفرقة بين القوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة الأفراد والقوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة المجتمع غير صحيحة. لأن القوانين أيضا كان موضوعها، تهدف إلى تحقيق وحماية مصلحة الفرد والمجتمع في وقت واحد. كما أنها تستبعد فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة من موضوع التنازع، في حين أن المسألة لا تعدو أن تكون مسألة تنازع القوانين. لأن التمسك بالحق يستلزم أن يكون قد ولد صحيحا وفقا للقانون المختص، فما هو هذا القانون؟ إن هذا بحد ذاته يثير تنازعا^(٣).

ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين:

قبل ظهور الإسلام كانت للقبائل العربية الأعراف والعادات الخاصة بها، فتحكم الروابط بين أفرادها وتكاد تكون متشابهة من حيث عدم قبول عضوية أي غريب فيها ولكن دون الإخلال بحقوق الضيفة التي كانت تمنع العرب من الإساءة إلى اللاجئ والضيف. فالعصبية القبلية، وتشابه العادات والأعراف في الدية، وقبول الضيف، والزواج... إلخ، منعت ظهور أي شيء من قبيل تنازع القوانين^(٤).

ولما ظهر الإسلام زالت العصبية القبلية وأصبح من أقوى الروابط للجمع بين كافة الناس عقيدة وهيئة وحلت المساواة بين الشعوب الإسلامية في جميع أرجاء العالم ودعى جميع الشعوب والقبائل في العالم إلى الائتلاف والتوحيد والإيمان والمساواة بقوله تعالى:

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص، الطبعة السابعة. دار النهضة العربية - القاهرة / ١٩٧٢ - ص ٦١ والأستاذ عبد الرحمن البزاز - مبادئ أصول القانون - المرجع السابق - ص ٧٦.

Prof. Dr. Osman Berkî, sf. 35 ve . Prof. Dr. Vedat Rasit Seveç, sf. 13.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٤٤-٤٥.

(٣) المرجع السابق - ص ٤٦.

(٤) انظر الدكتور أمون نعيم - المرجع السابق - ص ٣٦.

(يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عندنا
الله أتقاكم)^(١).

فالعالم صنف بحسب الشريعة الإسلامية إلى (دار الإسلام) و (دار الحرب). وكانت دار الإسلام تشمل المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي ويحكمها المسلمون إقليميا وأشخاصا، ودار الحرب تشمل المناطق غير الخاضعة للحكم الإسلامي سواء أكانت بينها وبين المسلمين حرب فعلية أم لا، وصنف الأفراد في دار الإسلام إلى الفئات التالية:

- ١- المسلمون: وكانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا.
- ٢- الذميون: وهم من رعيا الدولة الإسلامية من أهل الكتاب من النصارى واليهود الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام ويرتبطون مع المسلمين بعهد الذمة ولهم ما للمسلمين من حقوق عامة وحماية لقاء جزية يدفعها كل مقتدر منهم إلى بيت المال كضريبة على الرأس ويعفى منها العاجز والنساء والأطفال ورجال الدين. كما كانوا يؤدون الخسراج عن الأرض أسوة بالمسلمين ولكن لا تترتب عليهم الزكاة، لأنها كانت تقتصر على أموال المسلمين فقط. علما أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب قد عاملهم معاملة خاصة عندما سمح لهم بأن يمارسوا القضاء في شؤونهم الطائفية. وفي عهد العزيز بالله، والمعتر وغيرهما من الخلفاء العباسيين عين الذميون في الوظائف العامة^(٢).
- ٣- المستأمنون: وهم الذين كانوا يأتون من دار الحرب إلى دار الإسلام لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الإقامة في دار الإسلام للتجارة أو الزيارة أو السياحة أو لأي غرض آخر لمدة لا تزيد عن سنة دون دفع أية جزية^(٣). فإذا بقي في دار الإسلام أكثر من سنة رغم تنبيهه، كان عليه مغادرة الدار أو أن يقبل الإسلام ديناً له أو ينقلب إلى ذمي ويدفع الجزية ويمنع من العودة إلى دار الحرب مرة أخرى^(٤).

٤- المحاربون: وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالإسلام ويحاربونه ويجب مقاتلتهم لقوله تعالى: (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله

(١) الآية ١٣ من سورة الحجرات.

(٢) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٣٥ - ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٨٧.

(٣) لقد أقر الإسلام عقد الأمان لأنه شريعة عالمية أخرجت الناس من عبادة الأصنام إلى عبادة رب العباد ومن الجور إلى عدل الإسلام ولذلك حرصت على هداية الناس أجمعين بالحجة والإقناع لا بالإجبار والإكراه وهي لم تلجأ إلى السيف إلا اضطرارا لإزالة الحواجز والعوائق بينها وبين شعوب الدنيا كلها لإعلاء كلمة الله قسي حرية تامة دون خوف من أعداء الإسلام. وفكرة الأمان كانت من الأسس الهامة التي تتيح المجال للناس لدخول دار الإسلام للإطلاع عن كثب على ميادئ هذه الشريعة وقد ثبتت مشروعية هذا الأمان بالقرآن والسنة. فقد جاء في الآية (٦) من سورة التوبة: (وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون).

(٤) انظر الدكتور فؤاد شباط - المركز القانوني للأجانب في سوريا - دمشق / ١٩٦٥ - ص ١٣ ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ١٤٦.

ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون^(١).

فمناط السيادة على الأشخاص في الإسلام كان الدين وليس التابعة السياسية، وكان القاضي المسلم لا يقضي بغير أحكام الشريعة الإسلامية في الدعاوى التي ترفع إليه وتتدخل ضمن نطاق ولايته بصرف النظر عن ديانة الخصوم وجنسياتهم وأيا كان موضوع الدعاوى، وهذا هو رأي المالكية والشافعية والحنفية. على أساس أن الشريعة الإسلامية تسري على الجميع وتطبق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم^(٢). لقوله تعالى: (وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا...)، وقوله تعالى: (وان أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل إليك)، وقوله تعالى: (أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون)^(٣).

وهكذا يتضح لنا مما تقدم ان الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ الإقليمية القانون المطلق وتطبيقه على جميع الأشخاص والأموال في دار الإسلام بصرف النظر عن ديانة وتابعة أطراف النزاع. لأن القاضي المسلم لم يكن يطبق إلا الشريعة الإسلامية في القضايا التي ترفع إليه ويمتنع عن قبول منافستها من قبل شريعة أخرى، وتعطي الشريعة الإسلامية لنفسها في جميع الأحوال الغلبة مقدما فينتقي بذلك أحد عناصر تنازع القوانين، ألا وهو قبول تطبيق قانون أجنبي في دار الإسلام، فكان ذلك مانعا من ظهور تنازع القوانين بينها وبين قوانين أجنبية^(٤).

ومن ناحية أخرى كانت سيادة الشريعة الإسلامية تمتد لتشمل المسلم في دار الحرب طبقا لمبدأ شخصية القانون المطلق ويحول هذا أيضا دون تطبيق قانون آخر عليه. واستمرت الحالة هكذا حتى بعد قيام الإمبراطورية العثمانية التي اتبعت نفس الأسلوب في تصنيف الأفراد إلى مسلم وذمي ومستأمن ومحارب في ترتيب الحقوق والالتزامات العامة، إلا أنه في أواخر أيام الإمبراطورية ضعفت الدولة وبدأت تعترف للمستأمن ببعض الامتيازات السخية تحت ضغط دولهم وسمحت لهم بتطبيق قوانينهم للفصل في منازعاتهم وعلاقاتهم أمام محاكم قنصلية تتشكل في قنصليات دولهم بالإمبراطورية بموجب معاهدات عقدها الباب العالي مع الدول الغربية، مثل المعاهدة التي عقدها مع الملك فرانسوا الأول عام ١٥١٥م ومعاهدات أخرى عقدها مع إنكلترا وإيطاليا وبروسيا وروسيا وأمريكا واليونان والسويد والدنمارك وإسبانيا وبلجيكا والبرتغال... إلخ.

(١) الآية ٢٨ من سورة التوبة.

(٢) إلا أن هؤلاء قد اختلفوا فيما بينهم بشأن الأنكحة ونفي المهر وتقوم الخمر والخنزير، حيث سلم بعضهم بتطبيق شريعة الذميين في هذه المسائل مع بعض القيود، وبعضهم ذهب إلى تطبيق شريعة الذميين إذا كانت تتفق أحكامها فيها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) الآيات ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ من سورة المائدة.

(٤) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٦ والدكتور جابر الراوي - أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي - مطبعة الحكم المحلي - بغداد / ١٩٨٠ - ص ١٩ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٢.

فهذه الامتيازات جرت الوبال على سيادة الدولة العثمانية وشخصيتها القانونية ومنافعها، لأنها أخرجت الأجانب في الإمبراطورية العثمانية من نطاق الاختصاص التشريعي والقضائي العثماني وأعفتهم من دفع الضرائب والرسوم الجمركية وجعلتهم يمارسون التجارة بحرية تامة دون الخضوع للقوانين والأنظمة الجمركية العثمانية وصار بإمكانهم اختيار قضاتهم للبيت في منازعاتهم بالاختصاص أمام محاكم خاصة تتشكل في قنصليات دولهم، وتغلغل النفوذ الأجنبي في كافة أرجاء الإمبراطورية من جراء هذه الامتيازات، وانتزع قناصل الدول الأجنبية في الإمبراطورية سلطة الحكم من الدولة فيما يقترفه رعاياهم من جرائم في إقليمها، وكانت مسائل الأحوال الشخصية للأجانب تنظر أمام المجالس الخاصة بكل طائفة منهم. ولذلك لم يكن المناخ ملائما لظهور التنازع بين قوانين الإمبراطورية العثمانية وقوانين الدول الأجنبية، وقد استفاد من هذه الامتيازات أول الأمر المستأمنون تحت ضغط دولهم ثم حاول الذميون، وهم رعايا الإمبراطورية العثمانية من أهل الكتاب الحصول على نفس الامتيازات بحماية ودعم الدول الأجنبية، فرفعت عنهم الضرائب، وضاعت الدولة العثمانية ذرعا من هذه الامتيازات التي منحتها للأجانب في إقليمها وقررت العدول عن سياسة التمييز بين الأفراد واتخذ الباب العالي جملة إجراءات للحد من هذه الامتيازات، منها إصدار مرسوم (خط كلخانة) عام ١٨٣٩م لتأكيد سيادة الدولة على جميع الأفراد في إقليمها والمساواة بين رعاياها في الحقوق والواجبات، وأعقب ذلك صدور مرسوم (الخط الهمايوني) عام ١٨٥٦م لتأكيد المساواة التامة بين أفراد الشعب في الحقوق والواجبات دون تمييز إلى أن صدر قانون الجنسية العثمانية عام ١٨٦٩م وصارت الجنسية وصفا في الشخص يكتسبه على أساس حق الدم أو حق الإقليم بصرف النظر عن أي شيء آخر والغني أسلوب تصنيف الأفراد إلى مسلم وذمي ومستأمن ومحارب وحدد من هو (الأجنبي) ومن هو (الوطني) في هذا القانون الذي سرت أحكامه على جميع أجزاء الإمبراطورية بما فيها شرق الأردن إلى الانتداب البريطاني وإعلان إمارة شرق الأردن^(١).

كما صدر عام ١٩١٥م قانون حقوق وواجبات الأجانب العثماني الذي تناولت المادة (٢) منه تنظيم الاختصاص التشريعي وبيان قواعد تنازع القوانين، وتناولت المادة (٤) منه تنظيم الاختصاص القضائي. إذ قضت المادة (٢) منه بتطبيق القوانين العثمانية المتعلقة بالأمن والنظام العام على جميع الأشخاص من وطنيين وأجانب في الإمبراطورية، وقضت المادة (٤) منه بأن كافة الدعاوى المتعلقة بالأموال غير المنقولة وسائر الموائد المدنية والتجارية والجزائية تنظرها المحاكم العثمانية وفقا للقوانين والأصول والأنظمة العثمانية ولولم يكن أحد أطرافها من العثمانيين، إلا أنه إذا كان النزاع متعلقا بأجانب غير مسلمين، فإن قوانينهم الشخصية هي التي تطبق عليهم وفقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بالنسبة لقضايا انعقاد وفسخ النكاح والتفريق والأبوة والنسب والتبني وسن الرشد والحجر والوصاية وغير ذلك من الحقوق العائلية ومسائل الأحوال الشخصية والوصية بأموال منقولة

(١) ألغت تركيا هذه الامتيازات عام ١٩١٤ عند قيام الحرب العالمية الأولى حيث وجدت الحكومة التركية أن الوقت قد حان لإلغائها.

والميراث، بشرط ترافعهم الرضائي لديها أو إذا كان أحد أطراف النزاع عثمانيًا وأن لا يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفًا للنظام العام.

فالمبدأ الذي أخذت به المادة (٢) من القانون المذكور هو (الإقليمية المطلقة) من حيث سريان القوانين والأنظمة العثمانية المتعلقة بالعقوبات والانضباط على جميع الرعايا والأجانب في إقليم الإمبراطورية. أي استند هذا القانون إلى مبدأ الإقليمية في التطبيق، ولكن لم يفسر هذا الحكم بشكل يجعله مقتصرًا على قواعد القانون العام المتعلقة بالأمن والانضباط في الدولة، بل فسر على أساس أنه يشمل جميع الأحكام الداخلية للقانون العثماني المتعلقة بالقانون العام والأحكام الخاصة ذات العلاقة بالقانون العام، كأحكام سجلات النفوس وأسس التملك والتعويض عن الفعل الضار الواقع في الإمبراطورية.

وأخذت المادة (٤) من القانون المذكور بمبدأ شخصية القانون عندما عقدت الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية والعلاقات التجارية والمدنية للقانون الشخصي للأفراد بشرط عدم مخالفته للنظام العام في الإمبراطورية. فالقانون الشخصي الذي كان يتقرر تطبيقه، يتم استبعاده في حالة مخالفته للنظام العام ويحل محله القانون العثماني^(١).

وقد انتقد هذا القانون رغم تسامحه في تطبيق القانون الأجنبي، من حيث أنه لم يحدد الطريقة التي يتم بها تعيين القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، خاصة في حالة تعدد جنسية أحد أطراف العلاقة القانونية أو انعدام جنسيته. كما لم يكن هناك أي مبرر لاستعمال عبارة (الأجنبي غير المسلم) في نص المادة (٤) منه لعدم وجود ضرورة للتمييز بين الأجنبي المسلم والأجنبي غير المسلم في هذا المجال^(٢).

وظل هذا القانون وقانون الجنسية العثمانية وغيرهما من القوانين العثمانية ساريًا في جميع البلدان التي كانت تحت هيمنة الإمبراطورية العثمانية بما فيها شرق الأردن التي تأسست الإمارة فيها عام ١٩٢١م وتم انسلاخها نهائيًا عن الإمبراطورية العثمانية بموجب معاهدة لوزان، ولكن الإمارة كغيرها من البلدان المنسلخة عن الإمبراطورية العثمانية بحكم الواقع أو بمقتضى معاهدة لوزان ورثت التشريعات العثمانية فترة من الزمن، ومنها قانون حقوق وواجبات الأجانب العثماني ومجلة الأحكام العدلية إلى أن تأسست الحكومة الوطنية في شرق الأردن بزعامة الأمير عبد الله بن الحسين وتولت وضع قوانين وطنية لتحل تدريجيًا محل القوانين العثمانية والقوانين التي أصدرتها إدارة الانتداب البريطاني في الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ثم شرع القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م ليحل محل مجلة الأحكام العدلية^(٣)، وقد احتوى هذا القانون في المواد (١١-٢٩) منه بخصوص تعيين القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي والتكليف والإحالة والإسناد، وفي حالة عدم وجود قاعدة تنازع في هذه المواد، فقد

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 86

(٢) انظر Muammer Rasit Sevig, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı

Kaidelerinin Sentezi. 1956. sf. 31. ve Prof. Dr. Osman Berki, sf. 44.

(٣) مجلة الأحكام العدلية عبارة عن نكتين لأحكام الفقه الإسلامي قام به الأثرعك عام ١٨٧٦ وطبقت في جميع أجزاء الإمبراطورية العثمانية واستمر العمل بها في الأردن إلى ١٩٧٧/١ حيث انتهى العمل بما يتعارض من أحكامها مع أحكام القانون المدني الذي أصبح نافذًا اعتبارًا من هذا التاريخ.

اعتبر المشرع الأردني مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في العالم مصدراً من مصادر قواعد التنازع. وكذلك احتوى على أحكام الموطن. وقد التزم المشرع الأردني في قواعد التنازع هذه بتطبيق مبدأ إقليمية القانون النسبي حيث سمح بتطبيق القانون الشخصي الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية وبعض التصرفات التعاقدية وغير التعاقدية، وبذلك تهيأ المناخ اللازم لقيام التنازع بين القانون الأردني وقوانين الدول الأجنبية بعد صدور القانون المدني^(١). فالأردن يعتبر حديث العهد في تطبيق قواعد تنازع القوانين.

المطلب الثاني

أنواع تنازع القوانين

يصنف تنازع القوانين إلى عدة أنواع؛ أهمها ما يلي:

- ١- تنازع القوانين العامة وتنازع القوانين الخاصة: فالأول يتولد من تنازع القوانين العامة، كالقانون الجنائي والقانون الإداري، ولا علاقة للقانون الدولي الخاص بهذا النوع من التنازع. بينما الثاني يتولد من تنازع القوانين الخاصة، كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية، وهو محل اهتمام القانون الدولي الخاص^(٢).
- ٢- تنازع القوانين من حيث الزمان وتنازع القوانين من حيث المكان: فالأول يتولد من جراء تشريع ونشر قوانين داخلية جديدة والتساؤل عن مدى رجعية أو عدم رجعية تلك القوانين الجديدة على الماضي، ولا دخل للقانون الدولي الخاص بهذا النوع من التنازع^(٣). وقد نظمه القانون المدني الأردني في المواد (٤-١٠) منه.

أما الثاني فهو التنازع الذي يتولد من تنازع تشريعات دول متعددة على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي وإجراء المفاضلة بين تلك التشريعات المتنازعة لاختيار أنسبها لحكمه، وهو ما يهتم به القانون الدولي الخاص، كالتنازع الذي يحصل بين القانون البريطاني والقانون الأردني حول تركة بريطاني مقيم في الأردن من حيث هل يتم توزيعها على الورثة وفقاً للقانون البريطاني وهو قانونه الوطني، أو القانون الأردني وهو قانون محل إقامته؟ علماً أن المشرع الأردني قد نظم أحكام تنازع القوانين من حيث المكان في المواد (١١-٢٩) من القانون المدني.

- ٣- تنازع القوانين المختلط: وهو التنازع الذي ينشأ بين القوانين من حيث الزمان والمكان معاً ويسمى أيضاً بـ (التنازع المركب أو التنازع المتحول)، ومثاله التنازع الذي يحصل من جراء تبدل السيادة بضم إقليم أو جزء من إقليم دولة إلى دولة أخرى. فهو تنازع

(١) شرع القانون المدني الأردني ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١/٨/١٩٧٦م بمقتضى موقت رقم ٤٣، ودخل النفاذ في ١/١/١٩٧٧م وتحول إلى قانون دائم بنفس الرقم والتاريخ بعد إقراره من مجلس الأمة ونشر ذلك في العدد ٤١٠٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٦/٣/١٩٩٦م.

(٢) انظر مولفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٥ - ص ٥-٨.

(٣) انظر مولفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ١٨٣ وما بعدها.

قوانين من حيث الزمان لأنه يتولد من تعاقب تطبيق قانونين، وتنازع قوانين من حيث المكان، لأنه يتصل بقانونين صادرين عن سيادتين مختلفتين.

٤- التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين: فالأول يتولد من تنازع قوانين دول ذات سيادة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي. أي تنازع القوانين من حيث المكان وهو الذي يهتم به القانون الدولي الخاص وسنقوم بشرحه مفصلاً في هذا الكتاب.

أما التنازع الداخلي فهو قد يظهر بأشكال مختلفة بين قوانين الدولة الواحدة. إذ قد يظهر سياسياً بين قوانين ولايات دولة بسيطة لا يطبق فيها مبدأ الوحدة القانونية، كما كان الوضع سابقاً في فرنسا إلى عام ١٨٠٤م وفي بولونيا إلى عام ١٩١٨م وفي يوغسلافيا السابقة^(١)، أو قد يظهر بين قوانين ولايات دولة مركبة، لأن لكل ولاية قانونها الخاص، كما هو الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا.

وقد يظهر هذا التنازع أيضاً في دولة واحدة تتعدد فيه الشرائع تعدداً شخصياً بسبب تعدد الطوائف الدينية والأقليات فيها وتمتع كل طائفة منها بحق تطبيق شريعته الخاصة، كالتنازع الذي يحصل بين شرائع المذاهب والطوائف المختلفة في لبنان^(٢).

٥- تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: تنازع الاختصاص التشريعي هو التنازع الذي يحصل من جراء اتصال علاقة قانونية خاصة في عنصر أو أكثر من عناصرها بقوانين أكثر من دولة واحدة، كقانون جنسية أطراف العلاقة وقانون موطنهم وقانون محل إبرام العقد وقانون موقع المال وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة المرفوع إليها النزاع، وتزاحم وتنازع هذه القوانين فيما بينها على حكم هذه العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. مما يستلزم معرفة أي منها يجب تطبيقه عليها.

أما تنازع الاختصاص القضائي فهو التنازع الذي يثور في قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا بشأن القانون الواجب تطبيقه عليها، وإنما بشأن المحكمة المختصة برؤيتها.

وتنازع الاختصاص التشريعي غير متلازم لتنازع الاختصاص القضائي الدولي. لأن الأول يعني تنازع وتزاحم قوانين عدة دول على حكم قضية مشوبة بعنصر أجنبي والبحث عن أنسب قانون من بين تلك القوانين لتطبيقه عليها، والثاني يعني تحديد المحكمة المختصة للنظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي من بين المحاكم المتنازعة على اختصاص نظر تلك القضية. فتنازع الاختصاص التشريعي مسألة قائمة بذاتها وتنازع الاختصاص القضائي الدولي مسألة قائمة بذاتها ولا تلازم بينهما.

فإذا ثبت الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة فسي قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا يستلزم بالضرورة ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون تلك الدولة في نفس القضية. كما أن ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا يستلزم بالضرورة انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة تلك الدولة في نفس القضية.

(١) كانت فرنسا إلى أواخر القرن الثامن عشر محكومة في أجزائها الشمالية بقواعد عرفية وفي أجزائها الجنوبية بالقانون الروماني إلى أن صدرت مجموعات نابليون عام ١٨٠٤م التي وحدت القوانين في جميع أجزاء البلاد. في أوائل القرن التاسع عشر، فاستكملت فرنسا وحدتها السياسية باستكمال وحدتها القانونية.

(٢) انظر مؤلفنا- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١١٤.

ففي تنازع الاختصاص التشريعي يتم البحث عن القانون الواجب تطبيقه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي معروضة على القاضي، كما لو أقام أردني الجنسية دعوى الطلاق على زوجته في إيطاليا، فتعتبر هذه القضية مشوبة بعنصر أجنبي ويبحث قاضي الموضوع فيها عن القانون الواجب تطبيقه عليها، هل هو القانون الأردني أم القانون الإيطالي أم قانون دولة أخرى؟.

وإذا أراد ألماني الجنسية الزواج في الأردن، يبحث القاضي الأردني عن القانون الذي تحدد أهليته اللازمة للزواج وموانع ومراسيم هذا الزواج، هل هو القانون الأردني أم القانون الألماني. وإذا توفى فرنسي الجنسية في الأردن عن تركة منقولة وغير منقولة، فهل يطبق القانون الفرنسي على هذه التركة باعتبارها القانون الشخصي للمتوفى أم القانون الأردني باعتباره قانون محل وجود هذه التركة؟.

بينما في تنازع الاختصاص القضائي الدولي يتم البحث عن المحكمة المختصة بنظر العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. فإذا أقام فرنسي الجنسية دعوى الطلاق على زوجته الفرنسية في الأردن، يبحث عن هل تختص المحاكم الأردنية بنظر هذه الدعوى أم المحاكم الفرنسية؟.

ورغم استقلال الاختصاص التشريعي عن الاختصاص القضائي الدولي وعدم وجود التلازم بينهما فقد يجتمعان أحيانا. كما لو كانت قاعدة الإسناد التي تعقد الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي تعقد الاختصاص القضائي الدولي في نفس الوقت لمحاكم تلك الدولة من حيث الأساس، وهذا ما يتم إعماله بالنسبة لنظام الملكية العقارية، حيث يعطى الاختصاص القضائي الدولي في النزاع المتعلق بالعقار لمحكمة موقعه، كما أن العقار يخضع من جهة أخرى لقانون موقعه. أو كما لو أبرم عقد بين شخصين في دولة معينة اتخذوا فيها موطنهما المشترك، فتختص محاكم تلك الدولة في نظر المنازعات الناتجة عن هذا العقد على أساس أنها محاكم مكان إبرام العقد ويختص قانونها بحكم النزاع على أساس أنه قانون موطنهما المشترك^(١)، وأحيانا قد يجر أحد الاختصاصين الآخر، كما في التزام المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص القضائي بتطبيق ما يقضي به النظام العام الوطني في دولتها على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المغروض عليها. لأن قاضي الموضوع ملزم بمراعاة ما يقضي به النظام العام والآداب في دولته عند النظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ولو بعد تحديد القانون الواجب تطبيقه. فإذا كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام والآداب في دولة القاضي، يمتنع القاضي عن تطبيقه ويطبق بدلا منه قانونه الوطني.

فمثلا إذا أقام أجنبي دعوى النفقة في الأردن على أحد أقاربه وكان القانون الوطني لهذا الأجنبي لا يعترف بالنفقة بين الأقارب، يمكن للقاضي الأردني أن يحكم بالنفقة في هذه الحالة بموجب القانون الأردني، لأن هذه المسألة وإن كانت متعلقة بالأحوال الشخصية

(١) تنص المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني على أن: (١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار).

وخاضعة للقانون الشخصي، إلا أن عدم الحكم بالنفقة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يتعارض مع النظام العام والآداب في الأردن، فالنظام العام في هذه القضية يمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص ويعقد الاختصاص التشريعي فيها للقانون الأردني فضلا عن اختصاصها القضائي الدولي^(١).

وأحيانا إذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في قضية مشوبة بعنصر أجنبي، قد تعتبر محكمة تلك الدولة الأجنبية هي المختصة أيضا بنظر تلك القضية لأسباب فنية أو دينية لتطابق ذلك مع واقع الحال والمصلحة لحد ضرورة اتحاد الاختصاصين معا، كما في الدول التي تطبق أحكام الدين، فتعتبر بعض المسائل القانونية المدنية، كالزواج وغيره خاضعة لأحكام الدين وتقوم الجهات الدينية بعقدتها وحسم منازعاتها مباشرة، استنادا إلى القواعد الدينية. فمثلا في الإسلام تخضع الروابط العائلية لأحكام الشريعة الإسلامية ويقوم رجال الدين في بعض البلدان الإسلامية بتطبيقها مباشرة، كما في شمال الجزائر والسعودية وتونس ودول البلقان. أو مثلا يعتبر البت في الزواج موضوعيا وقضائيا من اختصاص الكنيسة الكاثوليكية. ففي هذه البلدان يوجد تلازم وثيق بين القانون الواجب تطبيقه والجهة المختصة بحسم نزاع مشوب بعنصر أجنبي متعلق بمثل هذه الروابط.

٦- **التنازع الإيجابي والتنازع السلبي للقوانين:** ويحصل التنازع الإيجابي للقوانين عندما تعطي قواعد الإسناد في كل قانون من القوانين المتنازعة على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي الاختصاص فيها لقانونها الوطني.

فمثلا تخضع الأموال غير المنقولة في القانون التركي لقانون مكان وجودها، بينما في القانون الألماني تخضع لقانون المتوفى. فإذا توفي ألماني الجنسية في تركيا عن تركة غير منقولة ينشأ بسببها تنازع إيجابي بين القانونين التركي والألماني. لأن قاعدة الإسناد التركية تقضي بتطبيق القانون المحلي لمكان وجود هذه الأموال، أي (القانون التركي)، وقاعدة الإسناد الألمانية تقضي بتطبيق القانون الوطني للمتوفى، أي (القانون الألماني).

أما التنازع السلبي للقوانين، فإنه يحصل عندما لا تسند قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لأي قانون منها. فمثلا تخضع التركة المنقولة في القانون التركي لقانون المتوفى، بينما في القانون السويسري تخضع لقانون موطنه. فإذا توفي سويسري الجنسية متوطن في تركيا وترك أموالا منقولة فيها يظهر تنازع سلبي بين القانونين السويسري والتركي. لأن قاعدة الإسناد التركية تعطي الاختصاص في هذه المسألة المشوبة بعنصر أجنبي للقانون السويسري، بينما قاعدة الإسناد السويسرية تعطي الاختصاص فيها للقانون التركي مما يؤدي إلى ظهور (الإحالة) التي هي من أهم مسائل القانون الدولي الخاص تعقيدا. علما أن التنازع الإيجابي والسلبي قد يظهران في تنازع الاختصاص القضائي الدولي أيضا.

٧- **تنازع القوانين المتولد من الشروط الأصلية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية:** تنازع القوانين المتولد من الشروط الأصلية يتعلق بجوهر القضية المشوبة بعنصر أجنبي، كالتنازع المتعلق بموانع زواج مشوب بعنصر أجنبي والبحث عن القانون الواجب

(١) تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

تطبيقه على هذا النزاع. أما تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية، فيتعلق بشكل العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ومراسيمها، كالتنازع المتعلق بالبحث عن مدى صحة إجراءات عقد زواج مشوب بعنصر أجنبي والقانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع^(١).

المطلب الثالث

أسباب تنازع القوانين وحلوله

لتنازع القوانين أسباب لا بد من التطرق إليها وإلى حلولها بشيء من الإفاضة:
أولاً: أسباب تنازع القوانين:
من أهم أسباب تنازع القوانين، سيادة الدولة، واختلاف أحكام التشريعات كالآتي:

أ- سيادة الدولة:

في مسألة السيادة تغار الدول عادة، بحيث لا تقف طموحها عند تطبيق قوانينها على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في إقليمها فحسب، بل تريد مد تطبيقها على رعاياها وتصرفاتهم القانونية في الخارج أيضاً. وبالمقابل إذا تمسكت الدولة التي يقيم رعايا الدولة الأولى في إقليمها بنفس المبدأ، فإنه سوف تطبق قوانينها الوطنية على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في إقليمها وعلى رعاياها وتصرفاتهم القانونية في الخارج، فيتولد من ذلك تنازع القوانين. وعليه يمكن تجنب تنازع القوانين بعدم إصرار الدول في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي على وجهة نظرها القاضية بتطبيق قوانينها على جميع الأشخاص والقضايا في إقليمها، وأن تتساهل قليلاً في موقفها بقبول استثناءات على مبدأ السيادة المطلقة^(٢).

ب- اختلاف أحكام التشريعات:

تحتوي تشريعات الدول المختلفة على أحكام موضوعية متباينة في قانونها الدولي الخاص بحسب ما يخدم مصالحها الوطنية لعدم وجود قواعد قانونية دولية تنص على حل تنازع العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا ما يؤدي إلى حصول تنازع القوانين، فلكل دولة قواعدها القانونية الخاصة التي شرعتها بحرية تكاد تكون مطلقة لتحقيق مصالحها الوطنية بصرف النظر عن مصالح الدول الأخرى، فلو كان بالإمكان توحيد هذه القواعد دولياً لما حصل تنازع القوانين، ولكن هذه رغبة مستحيلة، ولذلك يستمر حصول التنازع بين قوانين الدول المختلفة.

ثانياً - وسائل معالجة تنازع القوانين:

تنقسم الوسائل التي يمكن أن يعالج بها تنازع القوانين إلى قسمين هما:

(١) Prof. Dr. Osman Berki, sf. 5

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٠٦ و

Nusret Metya, Kanun ihtilaflari Ve Muhtelif Sistemler - Istanbul / 1941. sf.5

أ- الوسائل الداخلية (التشريع):

إذا استعرضنا تشريع أية دولة نجد انه يحوي قواعد خاصة بحل تنازع القوانين وتحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي. ولكن هذه القواعد ليست وافية ولا مجمعة في مجموعة واحدة، بل متوزعة بين نصوص قوانين عديدة ويستأثر المشرع الوطني بوضعها. وقدما لم تكن للتشريع أهمية في حل تنازع القوانين، حيث ظل القضاء قرونا طويلة يعتمد على آراء الفقهاء في حله إلى أن وضعت له قواعد قانونية خاصة في أوروبا خلال النصف الثاني من القرن الثامن عشر، وصار القانون الداخلي لكل دولة يتضمن قواعد خاصة بحل تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب تطبيقه في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي إلى جانب قواعد أخرى تتعلق بالتنازع الداخلي غير المشوب بعنصر أجنبي. إلا أن الأحكام الخاصة بتنازع القوانين لم تبلغ من الكثرة بحيث يمكن تجميعها في مجموعة واحدة مستقلة أسوة بالقانون المدني والقانون التجاري وغيرهما من القوانين، ولذلك قد ترد هذه الأحكام ضمن قانون مستقل في بعض الدول، مثل اليابان والصين وهولندا والبرازيل وتركيا^(١) وبولونيا وبيكوسلوفاكيا (سابقا) وقانون بوستامنت لعام ١٩٢٨م^(٢)، أو قد ترد ضمن المبادئ العامة للقانون المدني في دول أخرى، مثل الأردن ومصر وسوريا والعراق وليبيا وألمانيا واليونان، ووردت في بلغاريا ضمن قانون الأسرة.

ب- الوسائل الدولية (المعاهدات والاتفاقيات الدولية):

ومن الممكن حل تنازع القوانين بوسائل دولية تتمثل في المعاهدات والاتفاقيات الدولية. فهناك معاهدات جماعية واتفاقيات ثنائية عقدت بين الدول خصيصا لحل تنازع القوانين، أهمها اتفاقيات لاهاي: (اتفاقية أصول الحقوق لعام ١٨٩٩، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الزواج لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من التثريق والطلاق لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الوصاية على الصغار لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الزواج وأموال الزوجين لعام ١٩٠٥)، ومعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ واتفاقية الصلاحية العائلية الملحقة بها.

المطلب الرابع

شروط قيام تنازع القوانين الدولي

لقيام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لا بد من توافر الشروط التالية:

١- وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية:

لقيام تنازع القوانين الدولي لا بد من وجود عنصر أجنبي يشوب العلاقة القانونية بسبب اختلاف جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال وتنازع وتزامم قوانين أكثر من دولة واحدة على حكمها. فعندما تكون العلاقة القانونية

(١) أدرج المشرع التركي أحكام تنازع القوانين مع قانون الجنسية التركية والمركز القانوني للأجانب والتجارة الخارجية في مجموعة واحدة باسم (الحقوق الدولية الخاصة التركي). (انظر:

Prof. Dr. Aysel Celikel Ve Prof. Dr. Cemal Sanli, Turk Milletlerarasi Ozel Hukuk Mevzuati, 8 Basi - Istanbul, 1998)

(٢) هذا القانون عبارة عن نقتين كامل لمسائل القانون الدولي الخاص ويضم "٣٧" مادة أعده القانوني المشهور (بوستامنتي) ولذلك سمي القانون باسمه، وأقره المؤتمر الأمريكي السادس عشر الذي عقد في هافانسا وانضمت إليه خمس عشرة دولة من دول وسط وجنوب أمريكا عام ١٩٢٨م.

مشوبة بعنصر أجنبي ترى كل دولة من الدول التي تتصل بها هذه العلاقة ان لها مصلحة في تطبيق قانونها عليها، كزواج يتم بين أردني وألمانية في إنكلترا. فإذا حصل نزاع من هذه العلاقة القانونية يعتبر مشوبا بعنصر أجنبي بسبب اختلاف جنسية أطرافها ومكان انعقادها في دولة أجنبية مما يجعل القانون الألماني والقانون الأردني والقانون الإنكليزي تتنازع على حكم هذا النزاع، بينما إذا كانت العلاقة القانونية غير مشوبة بعنصر أجنبي ففي أحد عناصرها، فإنها تعتبر وطنية محضة وتخضع للقانون والقضاء الوطني، كزواج يتم في الكرك بين أردني من إربد وأردنية من عمان. فهذه العلاقة القانونية وطنية بحتة ويطبق عليها القانون الأردني شكلا وموضوعا. وكلما ازداد التبادل الدولي في ميادين التجارة والثقافة والسياحة بين الدول، كلما زاد العنصر الأجنبي في العلاقات القانونية التي تقوم بين الأفراد.

٢- أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة:

ولكي يقوم تنازع القوانين الذي يهتم به القانون الدولي الخاص، يجب أن يكون هذا التنازع بين قوانين دول ذات سيادة، كالتنازع بين القانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي، ولكن دون اشتراط أن تكون هذه الدول مستقلة ومعترفا بها رغم أن المحاكم في فرنسا وإنكلترا ودول أخرى أصرت في الثلاثينات من القرن التاسع عشر على التمسك بشرط الاعتراف لإمكان حصول التنازع بين قوانينها والقوانين السوفياتية قبل اعتراف حكومات هذه الدول بنظام الحكم في الاتحاد السوفياتي بعد ثورة أكتوبر عام ١٩١٧م^(١). إذ عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتعلق بصفقة تجارية من الحرير الخام اشتراها تاجر فرنسي من تاجر روسي في ميناء أوديسا في روسيا لإرسالها إلى ميناء مرسيليا في فرنسا، ولكن الحكومة الروسية الجديدة صادرت الصفقة وفقا للقوانين الاشتراكية الجديدة وباعتها إلى شخص آخر أيضا في ميناء مرسيليا، وقرر القضاء الفرنسي الحجز على البضاعة بنسبه على طلب المشتري الأول ووفقا للقوانين الفرنسية على أساس أن المحاكم الفرنسية لا تطبق القانون السوفياتي لعدم اعتراف فرنسا بنظام الحكم الجديد في الاتحاد السوفياتي^(٢).

ورغم أن مسألة الاعتراف قد تغيرت اليوم، بحيث أصبحت سياسية ولا يشترط وجود الاعتراف بالدولة لقيام التنازع بين قوانينها وقوانين غيرها من الدول، إلا أن هذا الشرط يفرض نفسه من الناحية الواقعية والعملية لعدم تصور اعتراف أية دولة بالتنازع الحاصل بين قوانينها وقوانين دولة أخرى لا تعترف بها وتعتبرها عدوة لها.

وكذلك لا يعترف بالتنازع الداخلي الذي ينشأ بين قوانين ولايات دولة متحدة اتحادا فيدراليا، كما في سويسرا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية. فتنازع قوانين ولاية شيكاغو مع قوانين ولاية نيويورك في أمريكا يعتبر تنازعا داخليا للقوانين لا دوليا. أما التنازع بين قانون ولاية شيكاغو والقانون الأردني، فإنه يعد تنازعا دوليا للقوانين بين القانون الأمريكي والقانون الأردني.

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٤٩.

(٢) انظر الدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ١٥.

وكذلك لا يعد تنازعا دوليا للقوانين، التنازع الداخلي الذي يحصل بين النظم القانونية والشرائع المتعددة السائدة في دولة واحدة بسبب تعدد الطوائف فيها، كما في لبنان، حيث توجد طوائف ومذاهب مختلفة لكل واحدة منها شريعتها الخاصة التي تطبق على الأفراد التابعين لها في مسائل الأحوال الشخصية، مثل المارونية والدرزية والشيعية والسنية. فهنا لا يوجد تنازع دولي للقوانين إذا وقع التنازع بين هذه الشرائع المتعددة، بل يوجد تنازع داخلي للقوانين ويلجأ فيه إلى التفويض (Delegation) لعله^(١).

وكذلك لا يعتبر تنازعا دوليا للقوانين، التنازع الاستعماري الذي يحصل بين قانون دولة وقانون إحدى المستعمرات التابعة لها^(٢).

ويشترط في السلطة التي تمارس السيادة الإقليمية وصدر منها القانون المزاحم أن تكون نظامية، ولهذا فإن أوامر العصابات وقطاع الطرق والعادات القبلية لا تعتبر قانونا ولا يسمح بتنازعها مع قوانين دول ذات سيادة ما دامت صادرة عن سلطة غير نظامية. فقد سبق أن رفضت المحاكم الإنكليزية قبول التنازع الحاصل بين القانون الإنكليزي وعادات إحدى القبائل المتوطنة في وسط أفريقيا، عندما تزوج بريطاني الجنسية بإمرأة من تلك القبائل أنجبت له ولدا وطالبت بتركته بعد وفاته رغم أن الزواج كان قد تم صحيحا وفق تقاليد قبيلتها. إذ أن المحكمة العليا قضت بتطبيق القانون الإنكليزي على أساس أن المسألة ليس فيها تنازع قوانين دولي لعدم إمكان تصور قيام التنازع الدولي للقوانين بين القانون الإنكليزي وتقاليد قبلية^(٣).

٣- أن يكون التنازع بين قوانين خاصة:

وينبغي أن يكون تنازع القوانين الدولي بين القوانين الخاصة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية. لأن القانون الدولي الخاص لا يهتم إلا بالحيلة القانونية الخاصة الدولية للأفراد على أساس أن الهدف الأصلي والمباشر للقوانين الخاصة هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد، وإن كان في تحقيق هذه المصالح الخاصة مصلحة عامة بصورة غير مباشرة، عكس القوانين العامة التي تهدف في الأصل إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، ولذلك لا ضير من قبول تطبيق قانون أجنبي في العلاقات القانونية الخاصة طالما تمثل هذه العلاقات مصالح الأفراد الخاصة فيما بينهم ولا يكون في تطبيق قانون أجنبي عليها أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع وبسيادة الدولة.

وعليه لا يقبل التنازع بين القوانين العامة لأنها مرتبطة أصلا ومباشرة بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة التي أصدرتها، مثل القانون الجنائي والقانون المالي والقانون الإداري والقانون الدستوري، حيث تستند هذه القوانين إلى مبدأ التطبيق الإقليمي المطلق انطلاقا من فكرة السيادة، ولا يمكن قبول تطبيق قانون أجنبي على العلاقات التي تنظمها. فالقانون الوطني وحده يحكم هذه العلاقات بحكم اتصالها بالمصلحة العامة والنظام العام في الدولة، وإن التنازل عن اختصاص القانون العام الوطني لقانون أجنبي يمس السيادة. إلا أن القانون العام وإن كان لا يقبل مزاحمة قانون أجنبي، لكنه قد يجر إلى التنازع عندما يضطر

(١) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١١٤.

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 6

(٣) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص العربي - القاهرة / ١٩٥٩ - ص ١٠.

القاضي إلى تطبيق قوانين عامة أجنبية بصفة تبعية لا أصلية لإعمال القواعد الوطنية. ومثال ذلك أن تقرر محكمة وطنية تطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض عليها وحصول طعن بعدم دستورية هذا القانون من أحد أطراف النزاع واضطرار المحكمة إلى الفصل في دستوريته أو عدم دستوريته طبقاً لدستور الدولة الأجنبية التي تقرر تطبيق قانونها في النزاع.

ففي هذه الحالة ان القانون الدستوري الأجنبي هو الذي يطبق لحسم دستورية أو عدم دستورية القانون الذي تقرر تطبيقه في النزاع رغم انه قانون عام، ولكن تطبيقه يكون بصورة تبعية ولا ينافس القانون العام الوطني لدولة المحكمة ولا يحل محله^(١).

٤- أن يتسامح المشرع الوطني ويقبل تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمها على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي. لأنه إذا تمسك المشرع الوطني بالإقليمية المطلقة أو بالشخصية المطلقة في تطبيق قانونه الوطني في جميع الحالات لا يحصل عندئذ أي تنازع قوانين ويكون قانون القاضي هو الواجب تطبيقه لعدم قبوله مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية، حيث لا يكون هناك قانون آخر يصار إليه في هذه الحالة.

٥- وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة:

لقيام تنازع القوانين الدولي لا بد من اختلاف الأحكام في القوانين المتنازعة. لأنه إذا كانت الأحكام فيها متشابهة وواحدة، فإن الحكم سيكون واحدا فيما لو أعطى الاختصاص في العلاقات القانونية لأي واحد منها. كما لو تبنت الدول أحكاما موحدة في الزواج، فيخضع حينئذ زواج كل شخص من هذه الدول لنفس القاعدة، ولا فرق في هذا إن طبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة رغم اختلافهما في الجنسية. ولكن الاختلاف المفروض ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض التام في الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتعارضة وإلا يتم إبعاد تطبيق القانون الأجنبي التي تتعارض أحكامه مع أحكام قانون القاضي تعارضا جوهريا بالاستناد إلى فكرة النظام العام. فالقوانين المدنية في أوروبا مثلا رغم انها توجب الأخذ بقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن المحاكم الأوروبية لا تستجيب لأردني مسلم مقيم في أوروبا إذا أراد أن يعقد عقداً نكاح للمرة الثانية أو الثالثة حسب ما يجيزه قانونه الوطني المستمد من الشريعة الإسلامية، لأن تعدد الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام في قوانين الدول الأوروبية^(٢).

فاختلاف جوهري كهذا يؤدي إلى النفور من القانون الأجنبي وإلى رفض تطبيقه مع كونه واجب التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين، ولهذا رفضت محكمة فرنسية عام ١٩٢٥م تطبيق قرار صادر من الحكومة السوفيتية يتضمن مصادرة سفن إحدى شركات الملاحة الروسية الراسية في ميناء فرنسي بموجب القوانين الاشتراكية التي أصدرتها الحكومة الروسية آنذاك، باعتبار ان هذه القوانين تختلف في أسسها وروحها مع الأنظمة الرأسمالية السائدة في فرنسا التي تقر الملكية الفردية، وحكمت بملكية الشركة لسفنها الراسية في المياه الفرنسية، ولم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضي بإعطاء

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٥.

(٢) المرجع السابق - ص ١٦.

الاختصاص للقانون الروسي وفضلت العمل بقانونها الوطني، ولم تسمح بتطبيق القانون الروسي على أساس ان هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية وملكها للدولة خلافا لما هو مأخوذ به في فرنسا^(١).

(١) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٦ - والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٠ - ٢٥٢.

الفصل الثاني

أساس تطبيق القانون الأجنبي ومراحل في النزاع المشوب بعنصر أجنبي

المبحث الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي

إذا عرض نزاع ما على القاضي، فمن المنطق والمبادئ العامة فسي القانون أن يطبق عليه قانونه الوطني. لأن ذلك أيسر له باعتبار أن القاضي أدري بقانونه وأفهم له أكثر من إدراكه وفهمه للقانون الأجنبي، بالإضافة إلى أن تطبيق القانون الأجنبي قد يسبب إضاعة الوقت وخلق مشاكل علمية وقانونية وشكلية وزيادة النفقات بالنسبة لأطراف النزاع. كما أن القانون مبني على أساس السيادة وأن قانون القاضي المرفوع إليه النزاع هو أولى بالتطبيق على جميع العلاقات القانونية داخل الحدود الإقليمية لدولته، وأن تطبيق القانون الأجنبي يعني التخلي ولو بصورة مؤقتة عن سيادة القانون الوطني والسماح لقانون أجنبي بأن يراحمه ويحل محله. فلماذا إذن يقبل مبدأ تطبيق قانون دولة أخرى في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض على القاضي الوطني؟ أو بمعنى آخر لماذا يقبل المشرع الوطني تطبيق قانون أجنبي وإحلاله محل قانونه الوطني في نزاع مشوب بعنصر أجنبي في إقليم دولته؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل كما رأينا عند استعراض واستقراء النظريات المختلفة التي قيلت بصدد نشأة تنازع القوانين ومبدأ تطبيق القانون الأجنبي، بحيث ركزت هذه النظريات والآراء على الأسباب التالية لمبدأ تطبيق القانون الأجنبي:

أ- العدالة:

قيل بأن تطبيق القانون الأجنبي في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد الوطنية يحقق العدالة أكثر من تطبيق قانون القاضي. إذ قد لا تتحقق العدالة بتطبيق قانون القاضي، كما لو أخضعنا تقسيم تركة مسيحي إنكليزي مقيم في الأردن لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها قانون القاضي، بينما تتحقق العدالة في هذه المسألة إذا طبقنا عليها القانون الإنكليزي باعتباره القانون الوطني للمورث. وتحقيق العدالة بأعلى معانيها وعلى الوجه الأكمل هو غاية القانون.

ب- الحقوق المكتسبة:

وقيل ان الحق إذا نشأ صحيحا وفقا لقانون أجنبي مختص وفيه عنصر أجنبي يجب احترام هذا الحق المكتسب في جميع الدول المتمدينة، وإلا فإن الفوضى تسود المعاملات القانونية والعلاقات الدولية، لأن قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يراد الاحتجاج بأثار هذا الحق فيها هي التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي وأعطته الاختصاص بعدما اعترفت بهذا الحق ولم تعتبره مخالفا للنظام العام والآداب.

ج- الملاءمة:

الملاءمة تكمل العدالة، لأن محكمة الموضوع تتمسك عادة بالوسائل الأكثر ملاءمة لحل النزاع. فالقانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع هو القانون الأكثر علاقة به، كأن يكون

القانون الأكثر ملاءمة هو قانون الجنسية أو قانون الموطن أو القانون المختار أو قانون محل تنفيذ العلاقة أو قانون محل إبرام العقد^(١).

د- المجاملة:

وقيل ان المشرع الوطني عندما يأمر بتطبيق قانون دولة أجنبية في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إنما يفعل ذلك للمجاملة الدولية القائمة على أساس المنفعة المتبادلة بين أعضاء الأسرة الدولية.

هـ- العرف:

وقيل إن مبدأ تطبيق القانون الأجنبي في تنازع القوانين يستند إلى عرف دولي راسخ في التعامل بين الدول بالممارسة الطويلة، بدليل ان القوانين المدنية في فرنسا وإيطاليا والدول العربية قد جعلت العرف الدولي مصدرا للقانون الدولي الخاص^(٢).

و- الالتزام الطبيعي:

وقيل إن مبدأ تطبيق القانون الأجنبي التزام طبيعي يخدم مصلحة الأسرة الدولية ولا يجوز نقضه.

ومهما كان وجه الاختلاف في الآراء حول أساس مبدأ تطبيق القانون الأجنبي، فإن الواقع يدل على أن الدول تقر مبدأ تطبيق القانون الأجنبي في قوانينها تحقيقاً للعدالة^(٣).

المبحث الثاني

مراحل تطبيق القانون الأجنبي

إذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على القاضي، يتوجب عليه أن يقوم أولاً بتعيين القانون الواجب تطبيقه عليه بإسناد وإرشاد قواعد التنازع في قانونه الوطني. لأنه لا يستطيع أن يطبق على النزاع قانونه الوطني مباشرة، وقد يكون القانون الواجب تطبيقه في النهاية هو قانونه الوطني أو قانون دولة أجنبية إحالة من القانون المختص. فكيف يتم تعيين القانون المختص وما هي مراحل تطبيقه؟

لا بد من تكييف موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي أولاً من أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها لمعرفة ما إذا كان متعلقاً بمسائل الأحوال الشخصية أو بشكل العلاقة مثلاً، وهذا ما يطلق عليه (التكييف).

وبعد تكييف موضوع العلاقة وتحديد طبيعتها القانونية يتم تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها بإرشاد من قواعد الإسناد الوطنية. ولكن إذا تم تعيين القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية بإشارة من قواعد الإسناد الوطنية، هل تطبق قواعد هذا القانون الموضوعية أم قواعد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد)؟ لأنه إذا طبقت قواعده الموضوعية يتم عندئذ حسم النزاع بها مباشرة، أما إذا طبقت قواعد الإسناد فيه، فإن هذه القواعد قد تشير إلى تطبيق قانون آخر، فتحصل عندئذ (الإحالة).

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٢.

(٢) المرجع السابق - ص ٢٥٢.

(٣) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٧.

ولهذا لا بد لنا من شرح (التكليف) و (الإسناد) و (الإحالة) بشيء من الإفاضة قبله
الولوج في شرح نطاق قواعد الإسناد الأردنية وتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول

التكليف

التكليف هو تحديد الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية، أو
لنظام قانوني. إذ يمكن أن تتنازع القوانين على تحديد الوصف القانوني لعمل أو لشيء أو
لعقد معين. فمسألة تنازع الأوصاف محصورة بمعرفة أي وصف يجب على القاضي أن
يطلقه على طبيعة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروف عليه^(١).

فلكي يحدد القاضي القانون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي
المعروض عليه يجب أن يقوم قبل كل شيء بتكليف طبيعة موضوع هذا النزاع وإعطاء
الوصف القانوني الملائم له تمهيدا لإسناد حكمه إلى القانون الواجب تطبيقه عليه وإدراجه
ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد. فالتكليف يتوقف على تعيين القانون
المختص الذي يحكم النزاع، لأن المشرع يضع قاعدة إسناد خاصة لكل طائفة من المسائل
القانونية، مثل الأحوال الشخصية، وشكل التصرف القانوني في العقود، والوصية، ونوع
المال... إلخ.

فإذا أراد القاضي تطبيق قواعد الإسناد في قانونه الوطني واستخدامها فسي
القانون المختص، يتعين عليه أن يعرف أولا ما إذا كانت العلاقة القانونية المختلف بشأنها
هي من مسائل الأحوال الشخصية أو مما يتصل بشكل التصرف القانوني أو بالميراث أو
بالأموال المنقولة أو غير المنقولة. فإذا ثبت له مثلا أن هذا النزاع متعلق بشكل التصرف
القانوني يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه لقانون بلده. وإذا اتضح له أن
النزاع متعلق بالأهلية يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيها لقانون الجنسية. وإذا
ثبت له أن النزاع متعلق بالعمارة يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه لقانون موقع
العمارة... إلخ. فمثلا تنص قاعدة الإسناد الأردنية في المادة (١/١٢) من القانون المدني
الأردني على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون
إليها بجنسيتهم...).

فإذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على محكمة أردنية تقوم المحكمة بتكليف
موضوعه وتحديد طبيعته القانونية أولا من أجل الاهتداء إلى القانون الواجب تطبيقه عليه.
فإذا تبين للقاضي بعد التكليف أن هذا النزاع متعلق بالأهلية أو بالحالة المدنية للشخص
يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون المدني ويجد أن المادة (١/١٢) المذكورة تعطي
الاختصاص فيها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. فالتكليف عملية
ضرورية لتفسير العلاقة القانونية وتحديد وصف وطبيعة موضوعها للاهتداء إلى القانون
الواجب تطبيقه عليها.

والتكليف يختلف من بلد لآخر لعدم وجود أساس موحد في جميع الدول لتحديد وصف
وطبيعة العلاقات القانونية، ولأن المشرع الوطني يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة، مما يخلق
نوعا جديدا من التنازع يتعلق بالوصف.

(١) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٤٧.

ولذلك إذا افترضنا ان قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه وقاعدة خضوع الأهلية اللازمة لإجراء هذا التصرف لقانون الجنسية واحدة في قوانين جميع الدول، يمكن والحالة هذه تأمين وحدة القانون المختص، ولكن المسألة في التكييف ليست بيان إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد تحريرها وبيان إخضاع الأهلية اللازمة له لقانون الجنسية، وإنما المسألة هي تحديد المقصود من الشكل والأهلية وطبيعتها القانونية ووصفهما. لأن ما يدخل في مفهوم الشكل في قانون دولة معينة قد تعتبر من الأهلية في قانون دولة أخرى^(١).

فمثلا يمنع القانون المدني الهولندي كل هولندي من عمل وصية عرفية غير رسمية في الداخل والخارج، ويعتبر هذا المنع متعلقا بالأهلية اللازمة لعمل الوصية لا بالشكل اللازم لها، بينما القانون الفرنسي يعتبر هذا المنع متعلقا بالشكل لا بالأهلية. فرغم تشابه القانون الفرنسي والقانون الهولندي في مبدأ إخضاع شكل العقد لقانون بلد تحريره وإخضاع أهلية أطرافه لقانون جنسيتهم، فقد ظهر التنازع والخلاف بينهما في تكييف قضية لا تخرج في موضوعها عن أحد هذين الموضوعين: (الأهلية وشكل التصرف). وتتلخص تلك القضية بما يلي:

في ٤ من شهر آب سنة ١٨٥٧م حرر هولندي مقيم في فرنسا وصية عرفية مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يده. وكان شكل التصرف القانوني في قواعد الإسناد الهولندية والفرنسية يخضع لقانون بلد إبرامه، والأهلية اللازمة لإجرائه لقانون جنسية المتعاقدين. ولكن القانون الفرنسي كان يعتبر الكيفية التي تعمل بها الوصية من الشكل الخارجي لها ويخضعها لقانون بلد تحريرها وبالتالي يعترف بالوصية العرفية إذا كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يد الموصي، بينما المادة (٩٩٢) من القانون المدني الهولندي كانت تمنع كل هولندي من عمل وصية عرفية غير موثقة رسمياً، سواء أكان ذلك داخل أو خارج هولندا، وتعتبر هذا المنع متعلقاً بالأهلية اللازمة لعمل الوصية وليس من الشكل وتخضعه لقانون جنسية الموصي وتعتبر الوصية العرفية باطلة ما لم يتم توثيقها رسمياً. وعندما نازع في صحة هذه الوصية ورثة الموصي من الهولنديين أمام القضاء الفرنسي طعنوا في صحتها وطالبوا بإبطالها لعدم توافر أهلية القيام بها في الموصي استناداً إلى المادة (٩٩٢) من القانون المدني الهولندي لعام ١٨٢٩م التي تشير قواعد الإسناد الفرنسية إلى وجوب تطبيقها باعتبارها قانون الدولة التي ينتسب إليها الموصي بجنسيته. حيث أن النص المذكور لا يعترف بالوصية العرفية ويحد من أهلية الهولندي أينما كان في عملها، ويعتبر كيفية عمل الوصية من الأهلية وليست من الشكل.

وهنا كان على المحكمة الفرنسية التي تنظر في النزاع المعروض عليها أن تقوم بتكييف العلاقة موضوع النزاع لتحديد طبيعتها القانونية حتى تعين في ضوء ذلك القانون الواجب تطبيقه عليه، ووجدت أنها إذا كيفت مسألة منع عمل الوصية العرفية بأنها متعلقة بالأهلية اللازمة لعمل الوصية يتوجب عليها عندئذ تطبيق قانون جنسية الموصي، وهو

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٥ والدكتور مصطفى كامل ياسين -

المرجع السابق - ص ١١ و Prof. Dr. Osman Berki. 72.

القانون الهولندي عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في الأهلية اللازمة لعمل الوصية لقانون الجنسية، وتعتبر الوصية بموجبه باطلة.

أما إذا كيفت مسألة هذا المنع بأنها متعلقة بالشكل الخارجي للوصية، فيتعين عليها حينذاك إخضاعها لقانون مكان عمل الوصية، وهو القانون الفرنسي عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في شكل التصرف القانوني لقانون محل إبرامه، وتعتبر الوصية صحيحة بموجبه. ولذلك كيفتها المحكمة بأنها متعلقة بالشكل وحكمت بإخضاع الوصية للقانون الفرنسي وبصحتها عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في شكل التصرف القانوني لقانون بلد تحريره، باعتبار أن الوصية قد نظمت في فرنسا. في حين أن هذا النزاع لو كان قد عرض على محكمة هولندية لقصت ببطالان الوصية تأسيسا على أن المنع الذي جاء به القانون الهولندي في عمل وصية بالشكل العرفي أمر متعلق بالأهلية ويراد به حماية الموصي، وأن الأهلية تخضع لقانون الجنسية بموجب قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي والقانون الهولندي.

وهكذا رغم تشابه قواعد الإسناد في قانون هاتين الدولتين، فقد اختلف الحكم في النزاع لاختلاف وصف العلاقة.

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن منع إجراء الوصية العرفية الوارد في القانون الإنكليزي يعتبر متعلقا بالشكل لا بالأهلية، وعليه تصح وصية إنكليزي يعملها في فرنسا بخط يده.

وقضت أيضا بأن ما يقضي به القانون النمساوي من ضرورة حضور الزوجين أمام الرجل الديني عند الطلاق يعتبر مسألة متعلقة بالشكل لا بالموضوع. وقضت أيضا بأن ما يقضي به القانون الكندي من أن الطلاق لا يتم إلا بتصريح من البرلمان مسألة متعلقة بالإجراءات لا بالموضوع^(١).

وهناك قضية أخرى وقعت عام ١٩٠٨ م. بين إنكلترا وفرنسا وتتخلص وقائعها بما يلي: تزوج فرنسي الجنسية عمره (١٩) سنة متوطن في إنكلترا اسمه (أوكادن) من امرأة إنكليزية دون حصوله على رضا الوالدين مخالفاً بذلك نص المادة (١٤٨) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع الولد من الزواج بدون حصوله على رضا الوالدين إذا لم يكن بالغا (٢٥) سنة من عمره.

وعند عودته إلى فرنسا طلب من محكمة فرنسية إبطال عقد زواجه بحجة عدم حصوله على رضا الوالدين، وتزوج ثانية في فرنسا بعد حصوله على قرار من المحكمة الفرنسية في صالحه. كما تزوجت زوجته السابقة الإنكليزية في إنكلترا من إنكليزي. ولما علم زوج الإنكليزية بأن زوجته كانت متزوجة من فرنسي رفع دعوى إبطال زواجه أمام محكمة إنكليزية بسبب أن زوجته لا تزال على ذمة الزوج الفرنسي الذي تزوج بزوجة ثانية خلافاً لمنع تعدد الزوجات في القانون الإنكليزي، فقضت المحكمة الإنكليزية ببطلان الزواج الثاني للزوجة الإنكليزية من الإنكليزي وبقائها على ذمة وعصمة زوجها الفرنسي منعا من تعدد الأزواج. لأن القانون الفرنسي وإن كان يعتبر رضا الوالدين من الأمور الجوهرية أو

(١) لتفاصيل هذه القرارات راجع الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٩.

الشروط الموضوعية لزواج الولد الذي لم يبلغ ٢٥ سنة من عمره، ويخضع ذلك لقانون الجنسية، إلا أن هذا الشرط يعتبر في القانون الإنكليزي من الأمور المتممة للشكلية ويخضع لقانون مكان انعقاد الزواج وهو القانون البريطاني. فالقانون الفرنسي يكيف المسألة بأنسها متعلقة بالأهلية والقانون الإنكليزي يكيفها بأنها متعلقة بالشكلية^(١).

وهناك قضية أخرى تعرف بقضية (زواج المالطي) التي تتلخص وقائعها بما يلي: رجل وامرأة من أهالي مالطا تزوجا في موطنهما المشترك بمالطا ثم حصلوا عام ١٨٩١م على موطن مشترك لهما في الجزائر عندما كانت تحت الاستعمار الفرنسي واشترى الزوج عقارا فيها ثم توفى وطالبت الزوجة بحقها في ربح العقار تطبيقا للقانون المالطي الذي كان يقر هذا الحق لها باسم (ربح الزوج الفقير) في الإرث^(٢).

وهنا كان لا بد من تكييف وصف طلب الزوجة في العقار من أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه عليه، من حيث هل يعتبر حقا في الميراث غير المنقول ويسري عليه عندئذ قانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي الذي تقرر قواعده عدم حق الزوجة في ربح عقار زوجها في مثل هذه الحالة ورد طلبها، لأن القانون المختص لا يقره، أم أنه يعتبر من النظام المالي للزوجين ويسري عليه القانون المختار المتمثل في قانون (موطن الزوجية)، وهو بموجب قاعد الإسناد الفرنسية - التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين للقانون المختار - القانون المالطي الذي يعتبر قانونا لموطن الزوجية، لأنه المكان المختار لإبرام عقد الزواج، ويعطى الحق في ربح العقار للزوجة؟.

وبنتيجة التكييف الذي قامت به المحكمة لطلب الزوجة حددت طبيعة هذا الطلب بأنه متعلق بالميراث غير المنقول وقررت تطبيق قانون موقع العقار عليه، وهو القانون الفرنسي وحرمت الزوجة بموجبه من حقها في ربح العقار. في حين لو كان النزاع ذاته قد عرض على محكمة مالطية لاعتبرته متعلقا بالنظام المالي للزوجين وطبقت عليه القانون المختار، وهو قانون موطن الزوجية. أي القانون المالطي الذي كان يقر الحق للزوجة في ربح العقار^(٣).

وهناك قضية أخرى وقعت بين إنكلترا وإسبانيا تتلخص وقائعها بما يلي: في بعض التشريعات يحق للدولة أن تدعي الحق في تركة من لا وارث له وتضع يدها عليها بصفتها صاحبة السيادة، والمال بلا مالك، كما في القانون الإنكليزي والفرنسي والشريعة الإسلامية. بينما في قوانين دول أخرى تؤول تركة من لا وارث له إلى الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة، بل بوصفها وارثا لمن لا وارث له، كما في القانون الألماني والإسباني والسويسري والتركي والمكسيكي. ففي الحالة الأولى يحل أي تنازع متولد عن هذه المسألة وفقا لقانون موقع المال، بينما في الحالة الثانية يحل وفقا للقانون الذي يدير التركة.

(١) انظر الدكتور معدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٨.

(٢) هذه التسمية تطلق في مالطا على أقل نصيب يصيب الوارثين، أي فضل كل شيء أو الشيء القليل جدا.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٨ والدكتور أمسون نعيم - المرجع السابق - ص ٤٨؛ والدكتور معدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٦٠ والدكتور جابر السراوي - المرجع السابق - ص ٣٣.

ففي قضية (تركة مالدونادو) التي وقعت عام ١٩٥٤م بين إنكلترا وإسبانيا كان سببها هذا النوع من الاختلاف. إذ توفي (مالدونادو) وهو إنكليزي الجنسية ومتوطن في إسبانيا عن تركة دون وارث أو وصية، وكانت التركة عبارة عن مبلغ من النقود في البنوك الإنكليزية وكان القانون الإسباني يقر حق الحكومة الإسبانية في التركة بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، بينما كان القانون الإنكليزي يشترط في الوارث أن يكون قريباً للمتوفى وإلا فإن للحكومة وضع يدها على التركة بوصفها صاحبة السيادة. فكيفت محكمة الموضوع الإسبانية المرفوع إليها النزاع المسألة بأنها متعلقة بالإرث ويجب أن تؤول إلى الحكومة الإسبانية بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، بينما كان تكييفها وفقاً للقانون الإنكليزي يؤدي إلى أن يعتبر أموالاً لا مالك لها ومن حق الحكومة الإنكليزية وضع يدها عليها بوصفها صاحبة السيادة^(١).

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

- أ- في قوانين بعض الدول كيف التقادم بمرور الزمان بمسألة أصولية تخضع لقانون القاضي (Lex fori)، كما في القانون الأمريكي، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بمسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس وجوهر النزاع، كما في قوانين بعض الدول الأوروبية.
- ب- 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.
- ج- تكييف إجراءات الزواج الديني في قوانين بعض الدول بمسألة موضوعية تخضع لقانون الجنسية، كما في القانون اليوناني، بينما تكييف في قوانين دول أخرى بالشكليات وتخضع لقانون مكان إبرام عقد الزواج.
- د- كيف التعويض المتولد من فسخ الخطبة في قوانين بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية وتخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار، كما في فرنسا، بينما في قوانين دول أخرى يكيف بالحقوق العائلية وتخضع للقانون الشخصي.
- هـ- إن المال الذي يكيف بالمنقول في قانون دولة معينة، قد يكيف بغير منقول في قوانين دول أخرى، كالعقار بالتخصيص الذي هو مال منقول بطبيعته، إلا أن القانون يعده عقاراً بالتخصيص إذا وضعه مالكة رسداً لخدمة عقار مملوك له واستغلاله، مثل آلات الحراثة ومكائن سقي الأراضي الزراعية، أو كالمنقولات بحسب المال التي هي عقارات بطبيعتها ولكنها تعتبر من المنقولات بحسب المال قانوناً وتطبق عليها أحكام المنقولات لأنها مرشحة للفصل عن الأرض بعد زمن قليل وتحولها إلى منقول، كالمباني إذا بيعت مستحقة للهدم والأشجار المغروسة إذا بيعت مستحقة للقلع^(٢). أو

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 73 والدكتور مدوح عبد الكريم - المرجع السابق - ص ٢٦٠.

(٢) هذا ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية - دائرة الأحوال الشخصية للأجانب عام ١٩٥١م من أن حق حضانتها لولد يدخل ضمن نظام الولاية.

كأسهم بنك فرنسا التي يعتبرها القانون الفرنسي أموالاً غير منقولة إذا رفع نزاع يطلب فيه تحديد طبيعتها مع أنها في الحقيقة والواقع تعتبر أموالاً منقولة في قوانين الدول الأخرى.

و- في قوانين بعض الدول تكيف الحضانة بأثر من آثار الزواج وتخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، بينما في قوانين دول أخرى تكيف بأثر الطلاق ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، وفي قوانين دول أخرى تكيف بالولاية على النفس وتخضع لقانون من تجب حمايته، أي قانون جنسية المحضون^(١).

القانون الذي يحكم التكيف:

التكيف ينقل القاعدة القانونية من المجرد إلى الواقع ومن الحالة النظرية إلى الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها وحل نزاعها. فالتكيف إذن أمر ضروري وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تعيين القانون الذي يحكم النزاع يتوقف على تحديد وصف وطبيعة العلاقة وإدخالها ضمن وصف قانوني معين. ولهذا تتساءل: وفقاً لأي قانون يجب أن يتم التكيف؟

للإجابة على ذلك نقول: إن التكيف من مسائل القانون الدولي الخاص الأكثر إثارة لنظريات ومناقشات حادة وطويلة حول القانون الذي يحكمه كالآتي:

أولاً- نظرية القانون المقارن:

تذهب هذه النظرية التي من أنصارها (رابيل Rabel) إلى إخضاع اختلاف الأوصاف في التكيف للأفكار العالمية في القانون المقارن. أي للأفكار المجردة السائدة في قوانين دول العالم المتمدين على أساس أن تنازع القوانين يتصف بالدولية مما يجب إضفاء صفة عالمية عليه باستخلاص مفهومه المطلق عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين وفقه وقضاء الدول المتمدينة بما يتفق وحاجة المعاملات الدولية والوصول إلى الحكم السليم العادل دون التقييد بقانون دولة معينة بالذات. فإذا كان قانون قاضي الموضوع لا يعرف نظام تعدد الزوجات مثلاً، يجب أن لا يتردد في موضوع نزاع معروض عليه متعلق بتعدد الزوجات نوعاً من الزواج في المفهوم العالمي الثابت في قوانين بعض الدول.

ورغم أن هذه النظرية تؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتضفي على قواعد الإسناد المعنى العالمي وتذلل الصعوبات التي تجابه قاضي الموضوع في تكيف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني غير معروف في قانونه الوطني - (كتعدد الزوجات، والأوقاف، والمهر) بالنسبة لقوانين الدول الأوروبية، و (التبني) بالنسبة لقوانين الدول الإسلامية - وتستهدف الوصول إلى الحكم الأمثل والأكثر عموماً، إلا أن تطبيقه صعب عملياً. لأن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد ولم يتم توحيد أوصاف العلاقات القانونية فيها، ويحتاج ذلك إلى دراسات وبحوث كثيرة ومستويات عالية^(٢).

(١) للمزيد من المعلومات بهذا الصدد راجع مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٥٢.

ثانياً - نظرية قانون القاضي (Lex Fori):

تذهب هذه النظرية إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروف عليه النزاع المشوب بعنصر أجنبي، على أساس ان التكييف تفسير لقاعدة التنازع الواردة في قانون القاضي من أجل تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع وتعيين القانون الواجب تطبيقه عليها.

وقد ساق هذه النظرية أول الأمر الفقيه الألماني (Kahn) عام ١٨٩١م ثم تبعه الفقيه الفرنسي (Bartın) وأقره اتفاق لاهاي سنة ١٩٢٥م، وأخذت به قوانين دول متعددة^(١). وبرر (بارتان) رأيه على أساس فكرة السيادة من حيث ان المشرع الوطني في كل دولة عندما يضع قواعد الإسناد في قانونه الوطني، ينظم ويضبط بها حدود سلطان قانون دولته. وعندما يسمح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم دولته في بعض المسائل يجتزئ من السيادة الإقليمية للقانون الوطني ويصبح تحديد طبيعة هذه المسائل بمثابة بيان للحالات والحدود التي سمح فيها بالحد من سيادة قانون دولته من أجل إفساح المجال لتطبيق قانون أجنبي، فيعتبر تحديد طبيعة هذه المسائل تحديداً لنطاق قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي تحديداً للسيادة ويخضع للقواعد الأمرة الإقليمية في قانون القاضي. فالقانون الأجنبي عندما يعطى له الاختصاص إشارة من قاعدة الإسناد الوطنية يعد بمثابة نصوص أقرها المشرع الوطني نفسه وحدد نطاق تطبيقها في حدود نطاق التنازل الذي قدمه له ليتمكن تطبيقه بدلاً من قانونه الوطني ومثل هذا الإبدال يجب تقييده وحصره بالظروف التي يراها هو لا غيره وعدم التوسع في حدود هذا التنازل والتقييد بذلك المقدار من التسامح الذي أجازته^(٢)، لأنه لا يمكن للقاضي أن يخرج على أوامر مشرعه الوطني ويعطي التكييف لقانون آخر، وهو إن لجأ إلى ذلك يكون قد خرج على اختصاص قانون دولته^(٣). خاصة أن التكييف متمم لقاعدة الإسناد مما يجب إخضاعهما لقانون واحد. ولكن النظرية تستثني من هذه القاعدة ما يلي:

أ- تكييف المال لغرض تصنيفه إلى عقار ومنقول، حيث يجب إخضاعه لقانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية (Lex rei Sitae) لا لقانون القاضي، وذلك حرصاً على تأمين الاستقرار في المعاملات المتعلقة بالأموال والمحافظة على الثروة الوطنية، وهذه أمور متعلقة بالنظام العام. وقد انتقد هذا الاستثناء على أساس انه يؤدي إلى عدم تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في قانون القاضي تطبيقاً سليماً، خاصة أن قاعدة الإسناد بالنسبة للمال ليست واحدة دائماً. فمثلاً يخضع الميراث غير المنقول للقانون موقعه، بينما يخضع الميراث المنقول لقانون المتوفى. كما أن المال ينقسم إلى منقول وغير منقول بحسب طبيعته أو بمقتضى نص قانوني. فالمال الذي يعتبر منقولاً في

(١) ومن هذه القوانين، القانون المدني الأردني (١١م)، والمدني العراقي (١٧م) والمدني الليبي (١٠م)، والمدني السوري (١١م) وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (٨٤م) والمدني المجري (١٤م) وقانون بوستامنتي (٧م) والمدني البولوني لعام ١٩٦٥م والمدني اليوناني لعام ١٩٤٠م والمدني الإيطالي لعام ١٩٢٤م، وكذلك يأخذ به القضاء والفقه في تركيا وسويسرا رغم سكوت قانونهما عن نص صريح بذلك على أساس أن التكييف عبارة عن تفسير لقاعدة التنازع والتفسير يخضع لقانون القاضي.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٨ و Prof. Dr. Osman Berki, sf. 76.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٥٦.

قانون دولة معينة، قد يعتبر غير منقول في قانون دولة أخرى، كأسهم بنك فرنسا التي هي أموال منقولة بحسب قابليتها للحركة والانتقال من مكان إلى آخر دون تلف، بينما يعتبرها القانون الفرنسي بنص صريح أموالا غير منقولة^(١).

ب- إذا استحال تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي ماديا، لجهله بها، يجب على القاضي عدم تكييفه وفقا لقانونه الوطني، بل بموجب نفس القانون الأجنبي الذي ورد فيه هذا النظام القانوني مثل (المهر وتعدد الزوجات والوقف) بالنسبة للتشريعات العربية و (التبني) بالنسبة لتشريعات الدول الإسلامية. ولكن بعض الشراح عارضوا ذلك واقترحوا ضرورة تكييف مثل هذه القضايا في ضوء النظم القانونية الأكثر تشابها لقانون القاضي^(٢).

ج- إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في دولة القاضي يقضي بإخضاع التكييف في مسائل معينة لقانون آخر غير القانون الوطني، مثلما نصت على ذلك المادة (٢٤) من القانون المدني الأردني، أو كاتفاقية الشروط العامة لتسليم البضائع التي عقدت بين الاتحاد السوفياتي والدول الشيوعية (قبل التجزئة) ونصت على قواعد موضوعية تطبق مباشرة على المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي في النقل الجوي والبحري.

وقد انتقدت نظرية قانون القاضي أيضا وقيل بأن هدفها هو حل التنازع بين السادات التشريعية، بينما الهدف من قواعد الإسناد هو تقرير العدالة بإعطاء الاختصاص في حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى القانون الأنسب.

ثالثا- نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص (Lex Causaet):

وتذهب هذه النظرية التي من أنصارها (Despagnet) إلى إعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الذي سيحكم موضوع النزاع. أي إلى القانون الذي يتقرر تطبيقه على العلاقة القانونية موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي. لأن لكل تشريع أسسه الخاصة بالتكييف. فالقانون المختص الذي يتقرر تطبيقه في النزاع يحوز الأوصاف اللازمة لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، مما يجب إعطاء الاختصاص الكامل له في تكييف وحل النزاع دون التفرقة بين قواعده الموضوعية وقواعده المتعلقة بالتكييف^(٣).

وقد انتقدت هذه النظرية من الناحية العملية على أساس عدم إمكان معرفة القانون المختص إلا بعد التكييف. أي بعد تحديد وصف الطبيعة القانونية للعلاقة في النزاع المعروف، فكيف يحكم القانون المختص التكييف ما دام هذا القانون لم يتم تعيينه بعد؟.

(١) المرجع السابق - ص ٦٠.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق . ص ٢٦٣.

(٣) انظر،

Despagnet, les conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques
clunet, 1898, sf. 253. prof. Dr. Osman Berkî. sf. 76 نقل من

فالقول بتطبيق القانون المختص على التكييف يعتبر كلاماً من قبيل التنبؤ السابق لأوانه ويصطدم بالاستحالة العملية وبالحدود التي رسمها المشرع الوطني للسماح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم دولته. لأن افتراض النتيجة (تطبيق القانون المختص) قبل معرفة السبب (التكييف) من شأنه إيجاد حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها ما دام التكييف يعتبر مرحلة أولية وضرورية للكشف عن القانون الواجب تطبيقه. فلا يمكن معرفة هذا القانون إلا عندما يتقرر اختصاصه في النزاع بعد التكييف. ومع ذلك فقد اتجه القضاء في بعض الدول إلى الأخذ بهذه النظرية، كقرار محكمة التمييز التركية رقم ٢٧٩٨ الصادر في ٢٤ مايس سنة ١٩٤٥، في قضية وقعت بين تركيا واليونان^(١).

التكييف في القانون الأردني:

كانت المحاكم الأردنية تخضع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة وتخضع تكييف المال لقانون موقعه استثناء إلى يوم نفاذ القانون المدني في ١٩٧٧/١/١ الذي نصت المادة (١١) منه على أن: (القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

^(١) وتتلخص وفائع هذه القضية بما يلي:

توفى يوناني الجنسية في استانبول بلا وارث فوضعت الحكومة التركية يدها على تركته المنقولة وغير المنقولة وطلبت من المحكمة المختصة الحكم بأبولتها للخزينة التركية، فقررت المحكمة رد الطلب لعدم اختصاصها في النزاع وفقاً لمعاهدة لوزان. فميزت دائرة الخزينة القرار وحكمت محكمة التمييز بأن تركمة المتوفى التي طالبت بها الخزيمة تحتوي على أموال غير منقولة يجب انتقالها إلى الدولة بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، وأموال منقولة يجب أيلوتها إلى الحكومة اليونانية، دون أن تدقق مسألة "هل أن القانون المدني اليوناني يقرر انتقالها إلى خزينة الدولة اليونانية بوصفها وارثاً لمن يتوفى من وطنيتها بلا وارث، أو لأن الأموال تعتبر بلا مالك". فإذا كانت هذه الأموال تنتقل إلى الحكومة اليونانية بوصفها وارثاً، يعتبر رد المحكمة لطلب دائرة خزينة الحكومة التركية موافقاً للقانون. ولو كان العكس يكون قبول الطلب هو الموافق للقانون، وبناء عليه فإن قرار المحكمة المذكور يعتبر مخالفاً للقانون.

فمحكمة التمييز التركية ذهبت في قرارها هذا إلى ضرورة تكييف المسألة وفق القانون الواجب تطبيقه قبل تحديد هذا القانون وانتقدت قرار المحكمة بخصوص رد طلب دائرة الخزينة التركية لعدم اختصاصها في الدعوى استناداً إلى الاتفاقية العدلية للإقامة والصلاحية المرتبطة بمعاهدة لوزان المعقودة عام ١٩٢٣، لأن مفعول هذه الاتفاقية قد انتهى منذ عام ١٩٣٠ فلا يصح الاستناد إلى اتفاقية منتهية، ونبهت محكمة الموضوع إلى ضرورة حل النزاع وفق القانون الذي يحكم الميراث، أي وفق القانون الشخصي للمتوفى وهو القانون اليوناني إشارة من قاعدة الإسناد التركية، ولذلك استوجبت تكييف المسألة وفقاً للقانون اليوناني المختص، وبينت بأنه إذا تبين بعد التكييف وفقاً للقانون المختص (اليوناني) بأن الحكومة اليونانية قد وضعت يدها على الأموال المنقولة للمتوفى بوصفها صاحبة السيادة، فإن سيادتها لا تسري في الإقليم التركي ويجب أولولة هذه الأموال الموجودة في تركيا إلى الخزينة التركية. أما إذا تبين أن الحكومة اليونانية قد وضعت يدها على الأموال المنقولة للمتوفى بوصفها وارثاً لمن لا وارث له من مواطنيها، فيجب أن تؤول هذه الأموال إلى خزينة الدولة اليونانية.

ومما يلاحظ أن محكمة التمييز التركية قد طلبت في قرارها من محكمة الموضوع تكييف المسألة وفقاً

للقانون الواجب تطبيقه على العلاقة موضوع النزاع مباشرة، وهو القانون اليوناني. (انظر

Mustafa Rasit Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliye. Istanbul 1937 sf. 67,
prf. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku. Ankara, 1959 Sf. 40 Ve
Prof Dr. Osman Berki, sf. 78)

وبهذا النص أورد المشرع الأردني قاعدة عامة أخضع فيها التكييف للقانون الأردني بوصفه قانونا للقاضي عندما يطلب منه تحديد طبيعة الروابط القانونية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض عليه لإدخاله في طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية الخاصة بشكل التصرف أو بحالة الأشخاص أو بالميراث أو بالوصية أو بموقع المال... إلخ.

ويقصد بالقانون الأردني هنا جملة القواعد القانونية المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية، سواء أكانت متعلقة بالأشخاص أم بالأموال وأيا كان مصدرها، التشريع أو أحكام الفقه الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف. والمشرع الأردني لم يورد استثناء على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الأردني فيما يتعلق بوصف الشيء وتحديد ما إذا كان يعتبر عقارا أو منقولا، وإخضاع ذلك لقانون موقع الشيء خلاقا للمشرع العراقي^(١)، بغية ترك هذه المسألة للاجتهاد، ولأن إعطاء الاختصاص في وصف الشيء وتحديد ما إذا كان منقولا أو عقارا لقانون موقع الشيء أصبح من المبادئ الشائعة، وما شاع وانتشر دوليا يعمل به حتى في حالة عدم وجود نص تطبيقا للمادة (٢٥) من القانون المدني^(٢)، وإنما جاء باستثناء واحد على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الأردني، وهو حالة وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة يقضي بإخراج التكييف من اختصاص القانون الأردني. إذ على القاضي الأردني في هذه الحالة الالتزام بالمضمون الذي يقرره المعاهدة أو القانون الخاص تطبيقا للمادة (٢٤) من القانون المدني التي تنص على أن: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها). وذلك لأن نص المادة (١١) هو من بين أحكام المواد السابقة المشار إليها في المادة (٢٤) بخصوص التكييف.

وبانتهاء تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع تنتهي مهمة قاضي الموضوع في التكييف. أي تنتهي مرحلة التكييف لتبدأ مرحلة الإسناد، لأن تطبيق القانون الأردني بوصفه قانونا للقاضي في التكييف وفقا للمادة (١١) الأنف الذكر لا يشمل إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المعروض فقط^(٣)، ومن ثم يذهب القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني لترشده إلى القانون الواجب تطبيقه على النزاع من بين القوانين المتنازعة على حكمه، وبالتالي يسند حكم النزاع إلى واحد من هذه القوانين، وبذلك تنتهي مرحلة الإسناد أيضا لتبدأ مرحلة الإحالة.

فقواعد التنازع قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على تحديد وصف العلاقة القانونية وإرشاد المحكمة إلى القانون الواجب تطبيقه عليها فقط ولا تمس موضوع النزاع ولا تنهيه فما هي الإحالة؟.

(١) تنص المادة (٢/١٧) من القانون المدني العراقي على أن: (ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الدولة التي يوجد فيها الشيء).

(٢) تنص المادة (٢٥) المشار إليها على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة في أحوال تنازع القوانين).

(٣) انظر المذكرات الإيضاحية لمواد القانون المدني الأردني، ج ١، ص ٤٢.

المطلب الثاني

الإحالة (Renvoi)

إذا انتهى القاضي من عملية التكييف وعين بإشارة من قاعدة الإسناد فلي قانونه الوطني القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المشبوبة بعنصر أجنبي المعروضة عليه، لا ينتهي الأمر، بل تثور مشكلة أخرى، وهي أن القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي تحتوي على أحكام داخلية موضوعية تحسم النزاع مباشرة لو طبقت، وأحكام أخرى متعلقة بالقانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) قد تحيل حل النزاع إلى قانون آخر لو طبقت. فآية واحدة منهما ستطبق؟ هل تطبق أحكامه الداخلية الموضوعية وعندئذ يحسم النزاع بها؟ أو تطبق منه أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وعندئذ قد لا تقبل هذه الأحكام الاختصاص في النزاع لقانون دولتها، بل تحيله إلى قانون آخر قد يكون هو قانون القاضي نفسه أو قانون دولة أخرى. فهذه المشكلة تدفعنا إلى بحث (الإحالة) في القانون الدولي الخاص التي أصبحت من أهم موضوعاته منذ عام ١٨٧٥م وأثارت مناقشات طويلة بين فقهاء القانون الذين انقسموا إلى خصوم وأنصار، وبيان موقف القانون والقضاء والفقهاء في الأردن والدول الأخرى منها.

التعريف بالإحالة:

تتولد الإحالة من اختلاف قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدول المختلفة. فإذا أشارت قواعد الإسناد في قانون قاضي الموضوع إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع المشوب بعنصر أجنبي هل تطبق منه أحكامه الداخلية، أم أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد)، أم تطبقان معا كوحدة لا تتجزأ؟.

فإذا طبقت أحكامه الداخلية يتم حسم النزاع بها وتعتبر الإحالة مرفوضة في هذه الحالة. أما إذا طبقت أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، فهذا يعني قبول الإحالة وتغير نتيجة الفصل في النزاع تبعا لاحتمال تغير القانون الواجب تطبيقه. إذ قد تحيل قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه حل النزاع إلى قانون آخر هو قانون القاضي أو قانون دولة أخرى غير دولة القاضي. ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

تخضع مسائل الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الإنكليزية لقانون الموطن وفي قواعد الإسناد الأردنية لقانون الجنسية. فإذا رفع نزاع متعلق بزواج إنكليزي متوطن في الأردن إلى محكمة أردنية، تسند المحكمة حكم النزاع إلى القانون الإنكليزي إشارة من قواعد الإسناد الأردنية باعتباره القانون الشخصي لهذا الإنكليزي ويأتي القاضي الأردني بالقانون الإنكليزي ليطبقه على النزاع باعتباره القانون المختص. فإذا طبق القاضي الأردني الأحكام الداخلية منه يحسم بها النزاع ويصدر قراره بموجبها. أما إذا طبق منه قواعد الإسناد، فإنها قد تحيل حل النزاع من جديد إلى القانون الأردني باعتباره قانون موطن هذا الإنكليزي، وبذلك تتولد الإحالة في النزاع بسبب اختلاف قواعد الإسناد في القانونين الإنكليزي والأردني. فالإحالة إذن عبارة عن (إحالة القانون المختص حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه) (١).

(١) Muamar Rasit Sevig Devletler Hususi Hukuku, 2 Basi. Cilt 1. Istanbul / 1947. sf. 320 Ve

Suphi Nuri ileri, Atf Nazariyesinin Yeni Bir Tatbiki (Ist. Bar. Mec. 1939). Sf606.

نشأة الإحالة:

اختلف الفقهاء حول تاريخ ظهور الإحالة. فبينما يؤكد بعضهم بأن الإحالة قد ظهرت عام ١٨٧٥م في قضية (فركو) أمام القضاء الفرنسي، يرى آخرون أنها ظهرت أول الأمر أمام المحاكم الإنكليزية ثم انتقلت عام ١٨٧٥م إلى فرنسا^(١). وفي الواقع أن الإحالة ظهرت لأول مرة عام ١٨٤١م أمام المحاكم الإنكليزية إلا أنها لم تتوضح وتتبلور إلى نظرية قانونية إلا في قضية (فركو) أمام المحاكم الفرنسية عام ١٨٧٥م^(٢)، فما هي قضية فركو؟.

كان^(٣) (فركو) بافاري المولد من زواج غير شرعي ويتمتع بالجنسية البافارية عندما جاء مع والدته إلى فرنسا وعمره خمس سنوات ومات فيها في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك أية وصية أو أن يكتسب أي موطن قانوني في فرنسا. لأن اكتساب الموطن القانوني في فرنسا كان يتطلب الإذن الرسمي الخاص بالتوطن ولم يثبت أن (فركو) قد حصل على مثل هذا الإذن، فاعتبر محتفظا بموطنه القانوني في بافاريا. وعندما مات (فركو) في فرنسا ترك ثروة كبيرة من الأموال المنقولة وغير المنقولة، فحكمت محكمة فرنسية بأيلولة أمواله غير المنقولة إلى خزينة الدولة الفرنسية. أما أمواله المنقولة فلم يعرف لمن تنتقل، إلى أن طالب بها أخواله الذين كانوا يقربونه عن طريق النسب غير الصحيح (قربة الحواشي) ويعطي لهم القانون البافاري الحق في ذلك للسبب التالي:

كان القانون الفرنسي يخضع التركة المنقولة لقانون الموطن القانوني للمتوفى، وبما أن (فركو) لم يكتسب مثل هذا الموطن في فرنسا، فقد اعتبر محتفظا بموطنه القانوني فسي بافاريا، وبالتالي وجب إخضاع هذه الأموال للقانون البافاري، لأنه قانون موطنه. وبما أن القانون البافاري كان يعترف لأخواله بالحق في هذه الأموال كورثة، لذا استجابت محكمة استئناف (بورجو) لطلبهم باعتبار أن قانون موطن (فركو) هو الذي يحكم تركته المنقولة بحسب قاعدة الإسناد الفرنسية.

اعترضت دائرة الخزينة الفرنسية على القرار وطلبت أيلولة الأموال المنقولة إليها باعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تسند حكم للتركة المنقولة لقانون موطن المتوفى الذي هو القانون البافاري، وأن قواعد الإسناد في القانون البافاري تحيل بدورها حل المسألة إلى قانون محل الإقامة المعتادة للمتوفى، وبما أن محل إقامة (فركو) المعتادة كان في فرنسا، لذا يجب إخضاع تركته المنقولة للقانون الفرنسي وحرمان أخواله من الإرث. لأن القانون الفرنسي لا يعترف لحواشي الولد غير المشروع (أقارب الجوار) بأن يرثوه إلا إذا كانوا من

(١) انظر الدكتور حامد زكي - أصول القانون الدولي الخاص المصري - الجزء الثاني، الطبعة الثالثة - المساهرة / ١٩٥٤ - ص ١١٣ والدكتور مصطفى كامل ياسين - المرجع السابق، ص ٢٥ و

Yasar Karayalcin, Devletler Hususi Hukukunda Atif (Ad, Der. 1945. sf. 1030)

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 60

(٣) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١٤ وما بعدها و
Abdulhak Kemal Yoruk, Nazari Ve Ameli Devletler Hususi Hukuku, K. 1. 2 Basi.
Istanbul / 1950. sf. 114

الأشقاء والشقيقات، وبناء على ما تقدم فإنه لا يقر لهم هذا الحق، ويعتبر أن (فركو) قد مات دون وارث، ويجب أن تنتقل تركته المنقولة إلى الدولة الفرنسية بحكم القانون. واستنادا إلى طلب دائرة الخزينة الفرنسية هذا وبحسب قاعدة الإسناد في القانون البافاري قررت محكمة النقض الفرنسية إخضاع تركة (فركو) للقانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامته المعتادة وأوجبت تطبيق القانون المدني الفرنسي على التركة لأن (فركو) قد مات ومحل إقامته المعتادة في فرنسا^(١).

وعندما طلب نقض القرار في ٢٢ شباط سنة ١٨٨٢م، صدر قرار النقض من جديد برد طلبات أخوال (فركو). وقد جاء في هذا القرار: "بما أن القانون البافاري يوجب تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية، لذا فإن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه المسألة هو القانون الفرنسي". وهكذا استقرت فكرة الإحالة كنظرية قانونية بعد قبولها في قضية (فركو) من قبل القضاء الفرنسي.

أنواع الإحالة:

الإحالة على نوعين هما:

١- الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة: وتسمى بالإنكليزية (Remissio) وبالفرنسية (Renvoi ou Premier Dage) وبالألمانية (Rückver Weisan) وبالتركية (Bir dereceli atif)، وسماها (أرمنجون) بالإحالة الحقيقية (Rinvoi Proprement)، وسماها عبد الحميد أبو هيف بـ (الرجوع)^(٢).

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

فالإحالة البسيطة إذن تتولد من اختلاف قانون دولتين حول موضوع واحد، وهذا النوع أكثر شيوعا في التطبيق العملي من غيره، ولنوضح ذلك بقضية وقعت بين بريطانيا والعراق ونظرها القضاء العراقي وتتلخص وقائعها بما يلي:

ولدت الأنسة (ن) في بغداد سنة ١٩٣٩م من والدين إنكليزيين كانا قد اتخذوا من العراق موطنًا لهما حسب استشهاد صادر من القنصلية البريطانية في بغداد. وعندما بلغت البنات الثانية عشرة من عمرها توفى والدها وأشهرت إسلامها بالحجة المرقمة ٢٨٠ الصادرة في ١١/٥/١٩٥١ من المحكمة الشرعية ببغداد وزوجت نفسها من العراقي (ح) أميام المحكمة الشرعية ببغداد في ١٢/١١/١٩٥١ بعد أن ادعت البلوغ وقدمت الشهود لإثبات

(١) جاء في الأسباب الموجبة لقرار النقض هذا ما يلي: (تخضع التركة المنقولة بحسب القانون البافاري لقانون محل إقامة المتوفى الفعلية أو المعتادة، وعليه يجب أن تخضع أموال فركو المنقولة لأحكام القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامته المعتادة، كما أن القرار الصادر في ٢٢ مايس عام ١٨٨٠م، المتضمن رد الاعتراض الواقع بخصوص عدم إمكان تطبيق الأحكام الخاصة بتنازع القوانين في القانون المدني البافاري على المسألة، لا دلالة فيه تشير إلى أن القانون البافاري يخصص نطاق تطبيقه في الإقليم البافاري على المسألة، وبما أن هذه الأحكام تحيل حل المسألة إلى قانون محل إقامة المتوفى المعتادة، لذا يجب تطبيق القانون الفرنسي على المسألة باعتباره قانون محل إقامة فركو المعتادة).

(٢) انظر عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر - الطبعة الأولى - القاهرة / ١٩٥٠ - ص ٩٩.

ذلك واقتنع القاضي بأن ظاهر حالها يؤيد ادعاءها ، فأقامت والدتها (م) دعوى عليها وعلى زوجها العراقي أمام (محكمة المواد الشخصية) طلبت فيها إبطال الحجة الصادرة بإسلامها وإبطال عقد زواجها وتسليمها إليها باعتبارها بريطانية الجنسية لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، فلا يحق لها أن تقوم بأي تصرف قانوني دون موافقة وليها. فاعترض وكيل المدعى عليهما على صلاحية محكمة المواد الشخصية للأجانب باعتبار انهما مسلمان وأن المحكمة الشرعية هي صاحبة الاختصاص للنظر في النزاع.

وبعد تدقيق طلب تغيير الصلاحية من محكمة المواد الشخصية إلى المحكمة الشرعية تمييزاً، قضت محكمة التمييز بإبقاء الاختصاص في نظر الدعوى لمحكمة المواد الشخصية للأجانب، وأفاد وكيل المدعية (الأم) بأن أحكام القانون الدولي الخاص تشترط في زواج الأجانب أن يكون العقد صحيحاً وفق شريعة الزوجين. وحيث أن البنت (ن) لا زالت بريطانية الجنسية، لذا يكون زواجها في هذا العمر غير جائز حسب القانون الإنكليزي إلا بعد موافقة وليها. وبما أن الأم هي وليها ولا توافق على هذا الزواج، لذا يجب فسخه.

وهنا كيفت المحكمة، موضوع النزاع بأنه من مسائل الأحوال الشخصية ثم بحثت عن القانون الواجب تطبيقه، فوجدت أن قواعد الإسناد العراقية في قانون الأحوال الشخصية للأجانب تخضع مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في العراق لقانون جنسيتهم بشرط عدم تعارضه مع النظام العام في العراق، ولهذا فإن القانون الإنكليزي هو واجب التطبيق في هذا النزاع لأنه قانون المدعية (الأم) والمدعى عليها (البنت)، لذا سألت المحكمة القنصلية البريطانية في بغداد عن حكم القانون البريطاني في القضية، فأوفدت القنصلية مستشارها القانوني إلى المحكمة مع مذكرة تفيد أن مسائل الأحوال الشخصية للإنكليز الذين يقيمون في خارج بريطانيا تخضع لقانون موطنهم. فقبل القاضي العراقي هذه الإحالة من القانون الإنكليزي وطبق القانون العراقي، وقرر رد دعوى المدعية (الأم) بشأن طلب إبطال إسلام البنت باعتبار أن هذا الادعاء ليس من اختصاصها، لأنه لا يمكن التدخل في مسائل العقائد وإصدار الحكم في مسألة وجدانية غير قابلة للتنفيذ.

أما بالنسبة لادعائها الثاني، وهو طلب إبطال زواج البنت وتسليمها إليها، فقد قررت المحكمة بشأنه ما يلي:

بما أن المدعى عليها البنت (ن) أجنبية وأن مسائل الأحوال الشخصية قد جرت العادة أن يطبق عليها قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها وفقاً لأحكام القانون الدولي الخاص، وحيث أن المدعية وابنتها من التابعة البريطانية، لذا فإن قانونهما الشخصي هو الذي يحدد أهليتهما أو القانون الذي يشير إليه القانون الشخصي، والقانون الشخصي لهما هنا هو القانون الإنكليزي، وأن القانون الإنكليزي يخضع الأهلية اللازمة لزواج البريطاني لقانون موطنه. وعلى هذا فإن القانون العراقي هو الذي يحدد أهلية الزواج للبنت (ن) باعتباره قانون موطنها وموطن والديها تطبيقاً لقاعدة الإسناد الإنكليزية، وقد أيد المستشار القانوني للسفارة البريطانية في بغداد هذه الحقيقة عندما حضر أمام المحكمة باعتباره خبيراً في القانون البريطاني. وحيث أن المقصود بالقانون

العراقي هنا هو (مجلة الأحكام العدلية) وأحكام الفقه الإسلامي التي يجب تطبيقها على الأشخاص بصرف النظر عن معتقداتهم الدينية أو مذاهبهم، وإن المسادة (٩٨٦) من المجلة تنص على أن سن البلوغ للمرأة تسع سنين ومنتهاها ١٥ سنة، وإذا أكملت المرأة تسعا ولم تبلغ يقال لها المراهقة، وإن المادة (٩٨٩) من المجلة تنص على أن إقرار المراهقة بحضور القاضي ببلوغها يكفي لاعتبارها بالغة حكماً إذا كانت المظاهر البدنية وظاهر حالها لا يكذبها، وحيث أن البنت (ن) قد ادعت أمام القاضي أنها بالغة وشهد الشهود على بلوغها وأيد القاضي ذلك، فتعتبر والحالة هذه أنها بالغة حكماً ولها أن تزوج نفسها بمن تشاء ولوليها حق طلب إبطال زواجها من ناحية الكفاءة فقط. أي عندما لا يكون زوجها كفوءاً لها. وعلى هذا ليس لأمها المدعية الحق في معارضة زواجها، لأنها ليست ولية عليها، حيث أن غير المسلمة لا يجوز أن تكون ولية على المسلمة. فبإسلام البنت (ن) رفعت ولاية أمها غير المسلمة عليها وأصبحت ولايتها للقاضي. فلأسباب الأنفة الذكر وتطبيقاً لقانون الأحوال الشخصية للأجانب وأحكام القانون الإنكليزي واستناداً إلى الفتوى والنصوص السابقة تقرر رد دعوى المدعية بهذا الخصوص^(١).

٢- الإحالة ذات الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة (Renvio of Transmissio):

وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرر تطبيقه حل النزاع إلى قانون القاضي نفسه، وإنما يحيله إلى قانون دولة ثالثة، فتتولد إحالة من درجتين. ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

تخضع التركية غير المنقولة في القانون الألماني لقانون المتوفى (Lex Patriae) وفي القانون التركي لقانون موقعها (Lex rei sita) فإذا توفي تركي الجنسية متوطن في ألمانيا وترك داراً في سويسرا، ورفع نزاع بشأنها إلى محكمة ألمانية، فإن القاضي الألماني سوف يقرر الاختصاص في النزاع للقانون التركي تطبيقاً لقاعدة الإسناد الألمانية، باعتباره القانون الشخصي للمتوفى، بينما القانون التركي لا يقبل هذا الاختصاص لنفسه ويحيل حل النزاع إلى القانون السويسري باعتباره قانون موقع المال وتحصل إحالة من درجتين. وإذا أحال القانون السويسري بدوره حل هذا النزاع إلى القانون الألماني باعتباره قانون موطن المتوفى، فإن الإحالة تكون ذات درجات متعددة.

الإحالة بين أنصارها وخصومها:

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

(١) انظر المحامي عبد العزيز السهيل. أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني. الجزء الأول - الطبعة الأولى - بغداد/ ١٩٦٢ ص ٤١ ومؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٨٠ - ٨٣.

أولاً: آراء وأدلة أنصار الإحالة^(١):

١- إن الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة بتنازع القوانين في قانون كل دولة تشكل وحدة لا تتجزأ. فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، يجب تطبيق هذا القانون دون التفرقة بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية فيه، كما حصل ذلك في قضية (فركو). فعلى قاضي الموضوع أن يبدأ أولاً بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه، وإذا وجد أنها لا تشير إلى تطبيق قانون آخر، يعني ذلك رفضها للإحالة، ولزوم تطبيق القواعد الموضوعية من ذلك القانون وحسم النزاع بها. أما إذا وجد أن قواعد الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون آخر، فيعني ذلك قبولها للإحالة، ولزوم تطبيق ذلك القانون الآخر^(٢).

٢- عندما تعطي قواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لقانون أجنبي معين ويعيد هذا القانون المختص حل النزاع إلى قانون القاضي من جديد، فإن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائداً ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، ويجب قبول هذه الإحالة منه في هذه الحالة وعدم التشدد في ذلك أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته، حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص بحسم النزاع^(٣).

٣- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد الحلول واحترام الحكم الذي يصدره القاضي الوطني وتأمين تنفيذه في مختلف الدول وإضفاء صفة عالمية عليه، لا سيما بين الدولتين اللتين حصلت الإحالة بين قانونيهما. لأنه إذا طبق القاضي قانونه الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه دون مراعاة ما أمرت به نصوص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، فإن حكمه لا يحوز قوة نفاذ قانونية إلا داخل حدود دولته، وبالأخص في الدولة التي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانونها ولكن قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة أعادت حل النزاع إلى قانون القاضي. لأنه يعتبر حينئذ حكماً مخالفاً لما تقضي به قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة. أما إذا أخذ القاضي الوطني بالإحالة من القانون المختص وطبق قانونه الوطني على النزاع، فإن قراره يكون موافقاً لما أمر به القانون الواجب تطبيقه، وتحقق بذلك الوحدة القانونية في الحكم الصادر وتكون له قوة نفاذ دولية في مختلف الدول، وهذه النتيجة هي هدف القانون الدولي الخاص.

(١) ومن أشهر أنصار الإحالة في إنكلترا (دايسي Dacey) و (ويست ليك West Lak)، وفي فرنسا (فاسيس Weiss) و (باتيفول Batifol)، وفي ألمانيا (مكجر Melchior) و (نسابوم Nussbaum) و (فرانشتاين Frankeshtein) و (فون بار Von Bar) و (كيدل Kidel) و (رااب Raape)، وفي إيطاليا (فيوري Fiore) و (ولف Wolff)، وفي أمريكا (كوان Cowan) و (غريوالد Griswald) وفي تركيا (صبيحي نوري السري Suphi Nuri Ileri) و (عبد الحق كمال يورك Abdulhak Kemal Yoruk).

(٢) نظر: Yasar Karayalcin. sf. 1030

(٣) نظر: Suphi Nuri Ileri, Yasalarin Catismasi. Istanbul / 1934, sf.224

فمثلا تخضع الأهلية في قواعد الإسناد الفرنسية لقانون الجنسية، وفي قواعد الإسناد الإنكليزية لقانون الموطن. فإذا رفع نزاع متعلق بأهلية إنكليزي متوطن في فرنسا إلى محكمة فرنسية تقرر المحكمة الفرنسية تطبيق القانون الإنكليزي في النزاع، ولكن القانون الإنكليزي لا يقبل هذا الاختصاص لنفسه ويعيد حل النزاع إلى القانون الفرنسي باعتباره قانونا للموطن. فإذا قبلت المحكمة الفرنسية هذه الإحالة، تطبق حينئذ القانون الفرنسي على النزاع، وهو نفس القانون الذي كانت المحكمة الإنكليزية تطبقه على النزاع لو رفع إليها ابتداء. وهكذا يكون الحكم واحدا في النتيجة، سواء صدر من محكمة فرنسية أو من محكمة إنكليزية^(١). وعلى عكس ذلك فإن عدم قبول الإحالة من القانون الواجب تطبيقه يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة غير موحدة يصعب تنفيذها في غير دولة القاضي.

ثانيا- آراء خصوم الإحالة:

عارض بعض الشراح آراء أنصار الإحالة وانتقدوها بشدة كالآتي:

١- عندما يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فإنه يقصد تطبيق قواعده الداخلية فقط دون قواعده المتعلقة بالقانون الدولي الخالص، ولا يقلل من شأن هذه الحقيقة القول بأن الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة في القانون الدولي الخاص لكل دولة تشكل وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة. لأن هذا القول يخدم قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه وقواعد الإسناد في قانون القاضي. فإذا اعتبرنا القانون الواجب تطبيقه كلا واحدا لا يتجزأ يجب أن نعتبر قانون القاضي أيضا ككلا لا يتجزأ، وهكذا فإن قبول الإحالة من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إلى قانون القاضي يجب قبولها من جديد من قانون القاضي إلى القانون الأجنبي ثم بالعكس إلى ما لا نهاية مما يؤدي إلى حصول حلقة مفرغة لا يمكن التخلص منها ويبقى القاضي حائرا لا يعرف القانون الواجب تطبيقه في النزاع، شأنه في ذلك شأن لاعب الكرة عندما يدفع الكرة إلى لاعب آخر وهذا يدفعها إليه، وهكذا تتكرر الحالة عدة مرات وفي كل مرة يتلقف اللاعبون الكرة بالتعاقب دون أن يكون هناك أي موجب لإيقاف الكرة عند قدم واحد منهم، فينعدم الاستقرار في المعاملات، ولا سيما عند الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو أكثر^(٢). ولذلك أطلق عليها الفقيه الألماني (Kahn) (غرفة المرايا)، وأطلق عليها الفقيه الإيطالي (Buzzati) (لعبة التنس الدولية)^(٣).

٢- ادعاء ضرورة عدم التشدد أكثر من تشدد القانون المختص يؤدي إلى إنكار طبيعة قواعد الإسناد. لأن القاضي الوطني يستمد سلطته من مشرعه الوطني الذي يأمره

(١) انظر مؤلفنا- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق- ص ٢٥.

(٢) انظر. Abdulhak Kemal Yoruk, Nazari Ve Ameli Devletler Hususi Hukuku. 2 Basi Istanbul/ 1950 sf. 117 Ve Yasar Karayalcin sf. 1039.

(٣) ومن أشهر خصوم الإحالة نذكر (لابي Labbe) وفي مصر (عبد الحميد أبو هيف) وفي لبنان المحامي (شواد رزق) وفي العراق (الدكتور مصطفى كامل ياسين) وفي سوريا (الدكتور سامي الميداني) والدكتور مساجد الحلواني) وفي تركيا (Muamar Rasit Seveg Ve Prof. Dr. Osman Berki) وفي فرنسا (Laini و Bartin و Niboyet و نيبويه Cheshire). وفي إنكلترا (Cheshire).

بتطبيق قانون أجنبي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي باعتباره القانون الأنسب والأقدر على تحقيق العدالة في نظره. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص في النزاع بناء على أوامر مشرعه الوطني. ولكن إذا أمرت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بإحالة حل النزاع إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر، فعلى قاضي الموضوع عدم تنفيذ هذا الأمر لصدوره من مشرع أجنبي غير ملزم بتنفيذ أوامره، وبالتالي عليه رفض هذه الإحالة دون أن يقلق على مصير قراره من حيث عدم قابليته للتنفيذ في الخارج، لأنه لا يمكن إهمال أمر المشرع الوطني وتنفيذ أمر المشرع الأجنبي عن طريق الإحالة^(١).

٣- لا يمكن منطقيًا وعمليًا ضمان الاعتراف بالأحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وتسهيل تنفيذها بالإحالة في جميع الحالات. لأنه قد لا يمكن معرفة البلاد التي يجب تنفيذ هذه الأحكام فيها مسبقًا. وحتى في حالة معرفتها فهناك احتمال رفض تنفيذها بسبب اصطدامها بفكرة السيادة أو مخالفتها للنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذها فيها. فمثلًا لو رفع زوجان إنكليزيان مقيمان في الأردن دعوى الطلاق أمام محكمة أردنية فإن قواعد الإسناد الأردنية تعطي الاختصاص في النزاع إلى القانون الإنكليزي باعتباره قانونهما الشخصي، والقانون الإنكليزي يحيل حل هذا النزاع إلى القانون الأردني باعتباره قانون محل إقامتهما، ومن المحتمل أن تصدر فيه المحكمة الأردنية قرارًا مخالفًا للنظام العام في إنكلترا، وفي هذه الحالة ترفض المحاكم الإنكليزية طلب تنفيذ هذا القرار لمخالفته للنظام العام في إنكلترا. وعليه فإن الادعاء بأن الإحالة تسهل تنفيذ الأحكام في مختلف الدول ليس إلا خيالًا محضًا.

ثم إن القول بأن الأخذ بالإحالة من شأنه جعل القرار الصادر في النزاع متفقًا مع ما تذهب إليه المحكمة الأجنبية مردود أيضًا، لأن ذلك لا يصح إلا في حالة ما إذا افترضنا أن قانون دولة المحكمة الأجنبية لن يأخذ بالإحالة فيما لو عرض النزاع عليها. فإن كان يأخذ بها، فلن يكون هناك توحيد في الأحكام والحلول بين التشريعات المختلفة، لأن الحكم يأتي مختلفًا حتمًا، بل بالعكس يؤدي الأخذ بالإحالة إلى اختلاف الحلول والأحكام وتنتج أمورًا يختلف بعضها عن بعض كما حصل في قضية (فركسو) عندما حكم القاضي الفرنسي بالرجوع إلى قانون الميراث الفرنسي ووفقًا لقاعدة الإسناد البافارية، بينما كان بإمكان القاضي البافاري العمل بموجب القانون البافاري في القضية نفسها بموجب قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي.

وقالوا: هكذا يتراءى أن فكرة الإحالة تفسح المجال لإمكانية تطبيق قانونين مختلفين في موضوع واحد واختلاف النتيجة، مما لا يؤمن ذلك وحدة التشريعات وتوحيد الحلول فيها، بل تمزقها وتزعزعها^(٢).

(١) انظر Muamer Rasit Sevig, Turk Kanunlarinin Nufuz Sahasi (Ist. Huk, Fak, Mec 1942, sf.2).

(٢) انظر Niboyet - موجز الحقوق الدولية الخاصة ترجمة سامي الميداتي - الطبعة الرابعة دمشق / ١٩٢٩ - ص ٢١٨.

٤- ان قبول الإحالة يتناقض مع إرادة أصحاب العلاقة، لأن القانون السذي يطبق على علاقتهم القانونية نتيجة الأخذ بالإحالة قد يكون مخالفاً لمصالح بعضهم، بحيث لو كانوا يعلمون مسبقاً أن النتيجة تكون هكذا لحاولوا منع ذلك بطرق ووسائل شتى^(١).

وفي اعتقادنا ان الإحالة أصبحت من المبادئ العامة في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي رغم الانتقادات الموجهة إليها، سواء أكان أساس هذه الانتقادات هو الادعاء بأن في الأخذ بالإحالة احياء لفكرة المجاملة أم هو الاتهام الموجه إلى القاضي بخضوعه لسلطة قانون أجنبي، وبحيث بات من الضروري الاعتراف بأنها قد لبست ثوبها العلمي، وأن قبولها في القانون الدولي الخاص أمر لازم، ولا سيما إذا كان من الدرجة الأولى، من أجل تأمين وتسهيل تنفيذ الحكم الصادر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

وعند استعراض تشريعات الدول المختلفة نجد أن بعضها يأخذ بالإحالة البسيطة ذات الدرجة الواحدة، كما في المغرب والجزائر وسويسرا وألمانيا والسويد ويوغسلافيا واليابان والصين والمجر وفرنسا وبلجيكا وهولندا ولكسمبرغ وإسبانيا والبرتغال، وعمل بها القضاء في العراق وفرنسا وإنكلترا.

بينما يأخذ القانون البولوني بالإحالة بنوعيهما، ووسع القضاء الألماني نطاق الأخذ بها إلى الإحالة ذات الدرجات المتعددة خلافاً لما ينص عليه القانون المدني الألماني من الأخذ بالإحالة البسيطة ذات الدرجة الواحدة فقط^(٢).

وهناك تشريعات رفضت الإحالة صراحة بجميع درجاتها، كما في الأردن والعراق وسوريا ومصر وليبيا واليونان وإيطاليا والبرازيل ورومانيا والولايات المتحدة الأمريكية. وهناك تشريعات سكتت عن الإحالة نهائياً، كما في المملكة العربية السعودية واليمن والسودان وتركيا وإنكلترا. وفي لبنان ترك أمر الأخذ بالإحالة للقضاء^(٣)، فهو يتبناها في مسائل الأحوال الشخصية عادة ويرفضها في الميراث المنقول وغير المنقول^(٤).

(١) انظر مؤلفنا- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٣٢

(٢) انظر.

Leraape, Fransiz Devletler Hususi Hukukuile Karsilastirmak Suretiyle Alman Devletler Hususi Hukukunun Ana Hatlari (Siyasi Ilmer. Mec. 1942. No. 135, 136, 138, 139, sf 139).

(٣) انظر الدكتور أمون نعيم - المرجع السابق - ص ٥٠.

(٤) عند استقراء بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية نجد ان المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢ الخاصة بتنظيم تنازع القوانين الحاصل بسبب الزواج قد نصت على أن: (الأهلية اللازمة للزواج تعين وفق القانون الوطني للزوجين. فإذا كان هذا القانون ينص صراحة على تطبيق قانون آخر فإن هذا القانون الآخر هو الذي يطبق). أي أن مسألة تحديد الأهلية اللازمة للزواج تحدد وفق القانون الوطني للزوجين، وإذا كان هذا القانون يشير إلى تطبيق قانون آخر صراحة، فإن هذا القانون الآخر هو الذي يطبق). ويفهم من ذلك أن الإحالة تكون مقبولة في هذه الحالة.

وقبلت الإحالة كذلك في الاتفاقية التي عقدت بين النمسا وبولونيا بتاريخ ٩ مارس عام ١٩٢٤ حول التعاون المتبادل بينهما في مجال القضاء.

ونصت المادة (٢) من اتفاقية جنيف الخاصة بالكمبيالات والسندات الاذنية لعام ١٩٣٠ واتفاقية جنيف الخاصة بالشيكات المعقودة في ١٩ مارس عام ١٩٣١ على أن أهلية المساحب تخضع لقانونه الوطني إلا أنه إذا كان هذا القانون يحول الصلاحية لقانون آخر، فإن القانون الآخر هو الذي يسري. ←

الإحالة في القانون الأردني:

كانت أحكام تنازع القوانين في الأردن غير واضحة وغير مستقرة وتخضع لأحكام مجلة الأحكام العدلية والاتفاقيات الدولية والعرف قبل صدور القانون المدني الأردني، وكانت الإحالة تقبل عادة في مسائل الأحوال الشخصية فقط. واستمر الوضع هكذا حتى دخل القانون المدني الأردني النفاذ في ١٩٧٧/١/١ وأُفرد نصوصاً ضمن الأحكام العامة الواردة في الفصل الأول من بابه التمهيدي لتنازع القوانين، رفض فيها الإحالة بنوعيتها. إذ نصت المادة (٢٨) منه على أنه: (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

فهذا النص رفض فكرة الإحالة على أساس (أن قاعدة الإسناد تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين لاعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقور في تلك القاعدة)^(١).

وإننا نعتقد بأن ما قرره المادة (٢٨) المذكورة من مبدأ رافض للإحالة كقاعدة عامة لا يمكن أن يلحقها بعض الاستثناءات التي ترد في قانون خاص أو في اتفاقية دولية نافذة في الأردن بمقتضى المادة (٢٤) من القانون المدني. لأن المادة (٢٤) أجازت الخروج عما تقررته قواعد الإسناد السابقة لها بنص خاص أو اتفاقية دولية بقولها: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها).

فالمادة (٢٤) المذكورة وردت سابقة للمادة (٢٨) من القانون المدني ويقتصر سريانها على قواعد الإسناد السابقة لها دون اللاحقة. فإذا نصت اتفاقية دولية نافذة في الأردن على قبول الإحالة في مسألة معينة، لا يعني ذلك قبولاً للإحالة وتنظيماً لتنازع القوانين بين الأردن والدولة المتعاقدة بصورة عامة ومطلقة، بل يعتبر تنظيماً لجانب معين من تنازع القوانين بينهما^(٢).

التفويض أو الإحالة الضرورية:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها التشريعات تعدداً إقليمياً بسبب تعدد المقاطعات أو الولايات فيها وخضوع كل مقاطعة أو ولاية للتشريع الخاص بها - كما في سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، وكما كان في

← وفي اجتماع لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص عقد عام ١٩٥١ وحضرته ٢٠ دولة، برز إلى الوجود موضوعان لم ينالا الاهتمام في السابق وأدخلا ضمن جدول أعمال المؤتمر وهما: الإحالة والإعتراف بالأشخاص المعنوية الأجنبية، وفي النتيجة تم إعداد لائحة اتفاقية بكل واحد منهما. ورغم كل ذلك فقد رفض معهد القانون الدولي فكرة الإحالة خلال جلساته التي عقدت في كوبنهاغن ونيوشاتل. (انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٥٢ وما بعدها والدكتور محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - المرجع السابق - ص ٣٥٢ و Yasar Karayalcin. sf. 1034 Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 63., Jale Akipek, Lahaye Devletler Hususi Hukuku Konferansi Ve Sekizinci ictimai (Ad. Der. 1952. sy. 3. sf. 243) Ve Nusret Metya. sf. 99.

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٤.

(٢) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٥٤.

الجمهورية العربية المتحدة عندما كان للإقليم السوري تشريعات خاصة وللإقليم المصري تشريعات خاصة، وفي جيكوسلوفاكيا والاتحاد السوفياتي قبل تفككهما - أو تعددا شخصيا ووجود شرائع متعددة بسبب وجود طوائف مختلفة فيها وخضوع كل طائفة منها لشريعة خاصة بها في الزواج والطلاق والنفقة... إلخ، كما في لبنان، حيث توجد طوائف المارونية والدرزية والإسلامية (الشيعية والسنية). فكيف يتم عندئذ تحديد الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع المتعددة فيما لو أعطي الاختصاص للقانون اللبناني في نزاع مشوب بعنصر أجنبي؟ ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

إذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على محكمة أردنية وقررت المحكمة تطبيق القانون اللبناني فيه إشارة من قواعد الإسناد الأردنية، فإن القاضي الأردني المرفوع إليه هذا النزاع لا يستطيع مباشرة تعيين الشريعة التي يجب تطبيقها على هذا النزاع من بين الشرائع المتعددة في لبنان، وإنما يترك أمر ذلك للقانون الداخلي اللبناني نفسه، فيحصل ما يسمى (بالتفويض) ^(١) أو (الإحالة الضرورية)، تمييزا لهذا التفويض عن الإحالة الحقيقية.

فالتفويض يختلف عن الإحالة، لأن في الإحالة بمعناها العام تثبت الولاية في النزاع لقانون دول معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن هذه الولاية لقانون آخر. بينما في التفويض لا يتخلى القانون المختص الذي تقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي عن ولايته في النزاع لقانون دولة أخرى، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة في نفس الدولة ويتعين الرجوع إلى أحكام التنازع الداخلي في قانون تلك الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها على النزاع من بين تلك الشرائع المتعددة ^(٢).

وواجه المشرع الأردني هذا الموضوع عندما نص في المادة (٢٧) من القانون المدني صراحة على أنه: (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها).

(١) ينص القانون المدني السوري (٢٨م) والقانون المدني الليبي (٣٢م) والقانون المدني العراقي (م ٢/٣١) والقانون المدني المصري (٢٦م) أيضا على هذا التفويض.

(٢) فمثلا قضت محكمة الجيزة الابتدائية في مصر بتاريخ ٢٦ حزيران عام ١٩٥٠م بتطبيق قانون ولاية واشنطن على دعوى تطليق بين زوجين أمريكيين لأن قواعد التنازع الداخلي في القانون الأمريكي تفضي بتطبيق قانون موطن الزوج، أي قانون الولاية الأمريكية التي اتخذها الزوج موطن له في بلده وكان موطن الزوج في واشنطن. (انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني الطبعة الثانية، ص ١٤١، ومؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١٤١).

الفصل الثالث

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

بعد أن انتهينا من تعريف القانون الدولي الخاص وبيان تطوره التاريخي وطبيعة قواعده وخصائصه وموضوعاته ومصادره ومراحل تطبيقه لا بد لنا من شرح قواعد الإسناد التي أوردها المشرع الأردني لتعيين وتطبيق القانون المختص وحل تنازع القوانين في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي المتعلقة بالأشخاص والأموال. علما ان المشرع الأردني لم يستند في وضع قواعد الإسناد هذه على مبدأ إقليمية القوانين الأردنية أو شخصيتها بشكل مطلق، وإنما أخذ بمبدأ إقليمية القانون كقاعدة عامة، وبمبدأ شخصية القانون كاستثناء، وتنازل فيهما عن اختصاص القانون الوطني نسبيا مجيزا بذلك تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الإسناد الأردنية إلى ذلك.

ففي العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لا بد من تحديد القانون الواجب تطبيقه لحل تنازع القوانين من حيث المكان، وهذا ما يستلزم تفضيل أحد القوانين المتنازعة على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، ويتم هذا التفضيل بقواعد قانونية في القانون الدولي الخاص تسمى (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد). لأنها قواعد إحالة وإسناد لا تمس موضوع النزاع، وإنما تتحصر وظيفتها في إسناد حكم العلاقة إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة.

فقواعد الإسناد، هي تلك القواعد التي تشير إلى القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وهي ليست دولية ملزمة لجميع الدول، بل هي قواعد وطنية يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها، ولهذا فهي تختلف من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة القانونية الواحدة. فبعضها يعطي الاختصاص في الأهلية إلى قانون الجنسية وبعضها الآخر يعطي الاختصاص فيها لقانون الموطن ... إلخ.

وللوقوف على المجالات التي تنازل فيها المشرع الأردني عن اختصاص قانونه الوطني للقانون الأجنبي لا بد من استقراء وشرح قواعد الإسناد الأردنية ابتداء من حالة الشخص. والشخص قد يكون طبيعيا وقد يكون حكما، ولحالة كل واحد منهما قواعد خاصة، وسنبدأ بالتعرف على قواعد الإسناد الأردنية الخاصة بعديم الجنسية ومزدوج الجنسية أولا ثم ننتقل إلى قواعد الإسناد الأردنية الخاصة بحالة الشخص الطبيعي والشخص الحكمي وقواعد الإسناد الخاصة بالأموال.

المبحث الأول

القانون الواجب تطبيقه في التنازع الإيجابي والسلبي للجنسيات

قواعد الإسناد في أغلب التشريعات تجعل مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الجنسية (قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها). وفي بعض الأحيان يصعب تحديد قانون الجنسية بسبب تعدد أو ازدواج الجنسية أو انعدامها أو تغييرها. فما هي الحلول التي جاءت بها قواعد الإسناد الأردنية في ذلك؟.

المطلب الأول

القانون الواجب تطبيقه على حالة عديم الجنسية في التنازع السلبي للجنسيات يحصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين لوقوعه في حالة اللاجنسية. فعديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة، ولذلك قيل بأنه لا يوجد في هذه الحالة أي تنازع بين القوانين على جنسية عديم الجنسية، وإنما يوجد مركز سلبي ناتج عن عدم اعتباره وطنيا في قوانين جميع الدول، وعلى قاضي الموضوع أن يعين قانونا يحكم نشاطه وأحواله الشخصية. فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون الجنسية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي متعلق بمسائل الأحوال الشخصية لعديم الجنسية أي قانون يطبق على هذا النزاع؟

لا يوجد اتفاق في الآراء بشأن هذه المسألة، ولهذا انقسمت الحلول المقترحة إلى اتجاهات مختلفة كالاتي:

١- هناك اتجاه يذهب إلى أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعاً بجنسيتها، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في ألمانيا. إذ تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الألماني على أن الاعتداد في حالة عديم الجنسية يكون بقانون آخر دولة كان متمتعاً بجنسيتها. فإن لم يسبق تمتعه بجنسية أية دولة، يطبق عليه قانون الدولة التي يكون أو كان فيها محل إقامته.

وقد انتقد هذا الاتجاه لأنه من الممكن تطبيقه على حالة من كان متمتعاً بجنسية دولة معينة في يوم من الأيام ثم فقدها، ولا يمكن تطبيقه على حالة من لم يتمتع في حياته بجنسية دولة معينة لوقوعه في اللاجنسية منذ ولادته^(١).

٢- ووفقاً لاتجاه ثان أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون موطن عديم الجنسية (Lex domicillii)، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا على أساس أن الفرد يرتبط بالدولة إما برابطة الجنسية (Lex Patriae) أو برابطة الموطن (Lex domicillii)، ورابطة الجنسية أقوى ويعمل بها إن كان الفرد متمتعاً بجنسية دولة معينة، ولكن إذا لم تكن له جنسية معينة، يجب عندئذ اللجوء إلى رابطة التوطن لتعيين القانون الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية. لأن قانون الموطن أكثر صلة به، حيث أن من يتمتع بحماية دولة معينة لا بد من خضوعه لقوانين تلك الدولة، وهذا ما أخذت به قوانين اليابان والصين والبرازيل و (جيكوسلوفاكيا قبل التجزئة) وسويسرا واليونان وبولونيا. كما أخذت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢م^(٢)، وأخذ به أيضاً المشرع الأردني في المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني بقوله: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية...).

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة - مطبعة الروزتا - إربد/ ١٩٩٤ ص ٢١٠.

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki - sf. 53, Prof. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku- Ankara/ 1959. sf 43, Prof. Dr. Osman Berki, Vatansizlik (Ank. Der.1948. Say1-4. sf 53), Nusret Metya, Devletler Hususi Hukuku Ders Notlari. sf. 111 Ve Hicri Fisek, Gayri Sahih Nesepten Dogan Kanun ihtilaflari. istanbul/ 1954. sf 74.

وهذا يعني أن المشرع الأردني ترك أمر تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية لتقدير القاضي دون أن يقوده بقيد يحد من اجتهاده . ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بهذا الصدد^(١): (أن القاضي يعتد غالباً في هذه الحالة بقانون محل إقامة الشخص)^(٢).

المطلب الثاني

القانون الواجب تطبيقه على حالة متعدد أو مزدوج الجنسية في التنازع الإيجابي للجنسيات

مزدوج أو متعدد الجنسية هو من يتمتع بجنسية أكثر من دولة واحدة. إذ قد تتوفر في شخص أسباب التمتع بأكثر من جنسية واحدة وفقاً لأحكام قانون دولتين أو أكثر، مما يصعب تحديد القانون الواجب تطبيقه على مسائل أحواله الشخصية إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها. حيث تدعي كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أحد وطنيها. فيحصل من جراء ذلك ما يسمى بـ (التنازع الإيجابي للجنسيات).

وأسس حل للتنازع الإيجابي للجنسيات تختلف بحسب ما إذا كان النزاع القائم معروضا على محكمة تابعة لإحدى الدول التي تدعي السيادة على جنسية مزدوج الجنسية، أو على محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بجنسيته أو على محكمة دولية.

فإذا كان الشخص من تابعة دولة المحكمة التي تنتظر النزاع، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على أحواله الشخصية (Lex fori)، لأن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة فلا يقبل المشرع الوطني الاحتكام بشأنها لغير قانونه الوطني، والقاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني. فالغلبة في ذلك تكون لقانون القاضي دائماً، وقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ بهذا المبدأ وهو سائد في العرف الدولي، وينص عليه الشق الأخير من المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني بقوله: (... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية، فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه)^(٣).

فالقاضي الأردني ملزم وفق هذا النص بالاعتداد فقط بالجنسية الأردنية عند تراحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص واعتبار القانون الأردني هو الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية^(٤).

أما إذا عرض هذا التنازع الإيجابي للجنسيات على محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بها بإحدى الجنسيات التي يتمتع بها متعدد أو مزدوج الجنسية، فقد قيلت عدة آراء بصدد كيفية حل هذا التنازع الإيجابي للجنسيات والقانون الواجب تطبيقه على مسائل أحواله

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٣.

(٢) يخلط المشرع الأردني في حالات كثيرة بين الموطن ومحل الإقامة المعتادة رغم اختلافهما، وهو هنا يقصد به موطن الشخص. لتفاصيل ذلك انظر بحثنا الموسوم بـ (الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن بالاشتراك مع الدكتور عدنان السرحان) - مجلة دراسات - للجامعة الأردنية، المجلد ٢٤، العدد ٢ - كانون الأول ١٩٩٧ - ص ٢٥٣ - ٢٧٥ - عمان.

(٣) يقابل نص المادة ٦/٢٦ من القانون المدني الأردني نص المادة ٢/٣٣ من القانون المدني العراقي.

(٤) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٣.

الشخصية، مع الاعتراف مبدئياً بعدم جواز الرجوع في هذه الحالة إلى قانون القاضي، باعتبار أن قانون القاضي لا يهتم إلا بتحديد جنسية رعايا دولته فقط دون غيرهم. وهذه الآراء هي:

١- رأي يذهب إلى ضرورة حل التنازع بالطرق الدبلوماسية احتراماً لسيادة جميع الدول التي يعنىها النزاع وعدم إمكانية ترجيح جنسية إحدى هذه الدول على غيرها بقرار واجتهاد قاضي الموضوع. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن اللجوء إلى الطرق الدبلوماسية لحل خلافات الأفراد قد يعطل أو يؤخر حسم هذه الخلافات لصعوبة وطول الإجراءات^(١).

٢- ويذهب رأي آخر إلى وجوب حل التنازع بترجيح قانون الجنسية السابقة على غيرها من الجنسيات احتراماً للحقوق المكتسبة. وقد انتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أنه يتعارض مع مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته الذي يوجب الأخذ بالجنسية اللاحقة لأنها تمثل حرية الإنسان في تغيير جنسيته.

٣- ويذهب رأي ثالث إلى وجوب حل التنازع بترجيح قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة متعدد أو مزدوج الجنسية. وقد انتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أن محل إقامة الشخص أو موطنه قد يكون في دولة أخرى غير الدول المتنازعة على جنسيته. كما أن تغيير محل الإقامة والموطن محتمل في كل وقت وعندئذ تقوم صعوبات في تحديدهما.

٤- ووفق رأي رابع يجب حل التنازع بقانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية لمزدوج أو متعدد الجنسية ويتم تعيين هذه الجنسية بطرف وواقع حاله. 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... الخ.

فالراجح هو معيار الجنسية الفعلية أو الحقيقية، لأن هذه الجنسية تعتبر يحق هي الجنسية التي يعيش بها الشخص ويفضلها على سائر الجنسيات الأخرى المتمتع بها، وسيلة الكشف عن هذه الجنسية مسألة تتعلق بالوقائع يترك تقديرها للقاضي^(٢)، وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي، عندما نص في الشق الأول من المادة (٢٦) من القانون المدني على أن: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد...)

فالقاضي الأردني يقوم بتحديد الجنسية الفعلية لمزدوج أو متعدد الجنسية في حالة التنازع الإيجابي للجنسيات وتعيين القانون الواجب تطبيقه على النزاع دون أن يفيد في ذلك

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٢٠٦.

(٢) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٥٩٢.

قيد عندما لا تكون الجنسية الأردنية هي إحدى الجنسيات التي يتمتع بها، وعليه أن يعتد في هذه الحالة بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها^(١).

أما إذا كان التنازع الإيجابي بين عدة جنسيات يتمتع بها مزدوج أو متعدد الجنسية معروضا على محكمة دولية، فإن المبدأ السائد هو حل هذا التنازع بقانون الجنسية الفعلية التي يتم تعيينها بالإستناد إلى ظروف وواقع حاله أيضا، خاصة ظرف ممارسة الحقوق السياسية والمدنية، مثل تولي الوظائف العامة ومباشرة حق الانتخاب... إلخ.

فمثلا يأخذ النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية بمبدأ الجنسية الفعلية بالنسبة لعنصرية قضية المحكمة على أساس التمتع بالحقوق المدنية والسياسية. إذ تنص المادة (٣) منه على أن: (تتألف المحكمة من خمسة عشر عضوا، ولا يجوز أن يكون فيها أكثر من عضو واحد من رعايا دولة واحدة. وإذا كان من الممكن عد أحد الأعضاء متمتعا برعوية أكثر من دولة واحدة، فإنه يعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها حقوقه المدنية والسياسية). وقد استجاب القضاء الدولي لهذا المعيار في قضية (روفائيل كانافيرو) التي عرضت على محكمة التحكيم الدولية في لاهاي عام ١٩١٢م وكانت جلسة المحكمة برئاسة القاضي الفرنسي (لوي رينو). وتتلخص وقائع هذه القضية بأن ثلاثة أشقاء (روفائيل، نابليون، وكارلو) كانوا قد ولدوا من عائلة (كانافيرو) في بيرو من أب إيطالي، فاعتبرتهم إيطاليا من وطنيها وفقا لأحكام المادة (٤) من قانونها المدني التي كانت تفرض الجنسية الإيطالية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأب. كما اعتبرتهم بيرو من وطنيها لولادتهم في بيرو واستناد القانون البيروني إلى حق الإقليم في فرض الجنسية الأصلية. ولذلك أرادت السلطات البيرونية استيفاء ضرائب من روفائيل تحققت من أرباحه التجارية وقدرها (٤٧٠٠٠) ليرة، باعتباره من البيرونيين، فرفض روفائيل تسديد هذا المبلغ لحكومة بيرو مستقويا بجنسيته الإيطالية، وطلب من الحكومة الإيطالية حمايته وحصل نزاع بين بيرو وإيطاليا على جنسيته ورفع هذا النزاع إلى محكمة التحكيم الدولية التي قضت بتثبيت الجنسية البيرونية له على أساس انها الجنسية الفعلية التي كان يظهر بها روفائيل بالنظر لممارسته من الناحية الواقعية حقوقه المدنية والسياسية في بيرو أكثر من مناسبة كمواطن بيروني، ومن ذلك ترشيح نفسه لعضوية مجلس الشيوخ البيروني وفوزه في الانتخابات العامة وتعيينه بعد الفوز بوظيفة القنصل العام البيروني في هولندا، كما تبين أن محل إقامته الاعتيادية كان في بيرو^(٢).

وهناك قضية أخرى تعرف باسم (مائيسون) قامت بين بريطانيا وفرنزويلا وعرضت على محكمة التحكيم عام ١٩٠٣م وتتلخص وقائعها بأن هذا الشخص ولد في فنزويلا عام ١٨٥٨م من أب بريطاني الجنسية، وفي عام ١٨٦٤ صدر الدستور الفنزويلي ونص على فرض الجنسية الفنزويلية على كل من ولد في فنزويلا على أساس حق الإقليم بغض النظر عن جنسية الأب. وكانت وجهة نظر بريطانيا ان النص لا يحرم الشخص المذكور من حقه في الاحتفاظ بجنسيته البريطانية الثابتة له على أساس حق الدم. فحكمت المحكمة بتثبيت

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص. الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ١٠٦.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٥١.

الجنسية الفنزويلية له على أساس ان إقامته المعتادة وتعلقاته ومعيشتة كانت في فنزويلا. وذكرت المحكمة في قرارها أن الجنسية الفعلية هذه تتفق مع مبادئ ومعايير العدل والطبيعة، ويجب أن تنتهي بها الجنسية المبنية على أساس حق الدم وحده، لأن الجنسية المبنية على أساس التوطن والمعيشة في دولة معينة أثبت من الجنسية المبنية على أساس حق الدم وحده^(١).

ورغم ركون القضاء الدولي إلى معيار الجنسية الفعلية في حل النزاع الإيجابي للجنسيات، إلا أن محكمة التحكيم الدولية ذهبت عام ١٩٣٢م في قرار لها صدر بشأن قضية حصلت بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية حول جنسية شخص اسمه (جورج سالم) إلى أن مبدأ الجنسية الفعلية لا تعززه أسانيد كافية في القانون الدولي، فاثارت بذلك الشك حول معيار الجنسية الفعلية، ولكن هذا القرار تعرض لانتقادات شديدة من فقهاء القانون الدولي الخاص^(٢).

المبحث الثاني

القانون الواجب تطبيقه على مسائل الأحوال الشخصية

لكل شخص طبيعي حالة تتأثر بها حياته القانونية والاجتماعية، لأنه تترتب على هذه الحالة حقوق وواجبات تلحق الفرد ولا يستطيع التحلل منها إلا بالطرق القانونية من حيث انتسابه لأسرة معينة ودين معين وجنسية معينة، وقد أشارت المواد (٣٣ - ٤٢) من القانون المدني الأردني إلى هذه الحالة.

فلكل إنسان أسرة ينتسب إليها ويكون عضوا فيها وتتكون هذه الأسرة من مجموع الأشخاص الذين تجمعهم وتربطهم ببعض صلة القرابة، سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أم قرابة مصاهرة، وتترتب عليها نتائج قانونية متعلقة بحل الزواج وحرمة الطلاق والحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وبينهما وبين الأبناء والأقارب يطبق عليها (أحوال شخصية) ويحكمها عادة القانون الشخصي الذي قد يكون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن إذا تعذر تحديد قانون الجنسية بسبب انعدام أو تعدد أو ازدواج الجنسية^(٣).

فالإتجاه الشائع والغالب في التشريعات هو إخضاع حالة الشخص لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها. لأن حالة الإنسان الشخصية غير قابلة للتعدد وتحتاج إلى الاستقرار وتبعاً لذلك يلزم أن يكون النظام الذي يحكم أهليته وزواجه وطلاقه واحداً بصورة مستمرة وبدون تجزئة. فزواجه لا يمكن أن يكون صحيحاً تارة وباطلاً تارة أخرى تبعاً لإخضاعه لهذا القانون أو ذلك، ولا يمكن أن يحصل هذا الاستقرار في العلاقات الاجتماعية إلا بالقانون الوطني للشخص^(٤).

ويختلف تحديد ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى، ولم يأت المشرع الأردني بتعريف معين للأحوال الشخصية لأن الشريعة الإسلامية لم تعرفها،

(١) المرجع السابق - ص ٥٢.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل - الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٣١٩.

(٣) انظر مولفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٢٥١.

(٤) انظر المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

رغم انه أطلق على القانون الذي ينظم الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار والوصية (قانون الأحوال الشخصية). فالأحوال الشخصية عبارة عن مجموعة عناصر وصفات خاصة يتميز بها الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ويرتب عليها القانون آثاراً قانونية في حياته الخاصة وروابطه العائلية كونه ذكراً أو أنثى، زوجاً أو أرملاً، مطلقاً، أباً أو ابناً، كامل الأهلية أو ناقص الأهلية. أي الزواج والطلاق والنسب والأبوة والبنوة والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية والولاية والوصاية والقيومة والخطبة والمهر ... إلخ. ولهذا نصت المادة (١٢) من القانون المدني الأردني على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...) (١). وجاء في المذكرة الإيضاحية لنص هذه المادة: (تعين الفقرة الأولى من هذه المادة القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم ويقصد بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من الواقع، كالسن والذكورة والأنوثة أو على أسس من القانون، كالزواج والحجر والجنسية ... إلخ) (٢).

وعليه لا بد من شرح هذه الأمور تباعاً مبينين حكم قواعد الإسناد الأردنية فيها والقانون الذي تخضع له في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي.

المطلب الأول

القانون الذي يحكم الأهلية

الأهلية 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 واستعماله هذه الحقوق استعمالاً يحميه القانون، سواء أكانت متعلقة بالروابط المالية أم بالأحوال الشخصية، ويلزم إعطاء الاختصاص فيها لقانون الجنسية، أي قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. لأن القواعد المنظمة للأهلية ما وضعت إلا لضمان حماية الشخص ولا تتحقق هذه الحماية إلا بإخضاعها لقانونه الوطني المستمد من حاجاته وأحواله وظروفه الشخصية. ولهذا فإن غالبية التشريعات تخضع الأهلية لقانون الجنسية، ومنها قاعدة الإسناد الأردنية في الشق الأول من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني الذي ينص على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...).

وكذلك تنص المادة (٢/١٣٠) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ على أن: (يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقاً لقانون بلده) (٣).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٨٣ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٧٦ والدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ٨٠.

(٢) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني / ج ١ ص ٤٣.

(٣) تخضع الأهلية في القوانين المدنية في العراق ومصر وليبيا وسويسرا وتركيا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والبرازيل لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها.

وتكون العبرة بقانون جنسية الشخص وقت وجوب الحق ووقت إجراء التصرف القانوني. والمقصود بالأهلية هنا هو أهلية الأداء. أي صلاحية الشخص وقدرته على التصرف بالحقوق وتحمل الالتزامات الإرادية على وجه يعتد به القانون ويحميه^(١). أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لمباشرة هذه الحقوق بنفسه على وجه صحيح ونافذ ومنتج للأثار القانونية.

وأهلية الأداء هذه لا تثبت للإنسان إلا إذا بلغ سنا معينة ولم يتعرض لعارض من عوارض الأهلية، لأنها صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه بنفسه وإلزام نفسه بالالتزامات على وجه يعتد به القانون ويحميه، ويترتب على ذلك إمكان تمتع الإنسان بأهلية الوجوب فقط دون أهلية الأداء أو بأهلية الوجوب وأهلية الأداء معا. لأن أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تكون له أو عليه حقوق والتزامات. أي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وتثبت لكل واحد منذ ولادته إلى وفاته وتصفية تركته وسداد ديونه، بل وقيل ذلك عندما يكون جنينا في بطن أمه، ولا يعطى الاختصاص فيها لقانون الجنسية في كل الأحوال، بل يختلف القانون الذي تخضع له بحسب الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع أو لا يتمتع به. فحقه في الميراث المنقول مثلا يخضع لقانون المتوفى، وحقه في العقار يخضع لقانون موقع العقار ... إلخ^(٢).

وأهلية الأداء مناطها التمييز. فهي تدور معه وجودا ونقصانا وانعدامًا. فإذا كان تمييز الإنسان تاما كانت أهلية الأداء عنده تامة وإذا كان تمييزه ناقصا كانت أهلية الأداء عنده ناقصة وإذا انعدم تمييزه تنعدم عنده أهلية الأداء^(٣).

فأهلية الأداء هي التي تخضع لقانون الجنسية، لأنه يتم تحديد سن الرشد اللازمة لبلوغها والعوارض التي تصيبها بالرجوع إلى هذا القانون^(٤).

فالقانون الوطني للقاصر هو الواجب تطبيقه على مسألة هل أنه يخضع للولاية أو للوصاية أو للقوامة وتحديد من يصلح ليكون وليا أو وصيا أو قيما عليه ليحمي حقوقه وكيفية عزله وتقيد سلطته وتقدير المكافأة له، ويسند الاختصاص التشريعي فيما يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام، لأنه أقدر القوانين على توفير أسباب الحماية له، وهذا ما تنص عليه المادة (١٧) من القانون المدني الأردني بقولها: (يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته). أما الإجراءات الواجب اتباعها في مسائل الوصاية والقوامة والولاية وما إليها فيطبق في شأنها قانون القاضي، مثل كيفية قيام الوصي أو الولي أو القيم بإدارة أموال من تجب حمايته وتقديم كشوف حسابات حقوقه ... إلخ^(٥).

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٤٣.

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٤٤ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٩٢.

(٣) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٤٤.

(٤) تختلف المدة الزمنية لبلوغ سن الرشد من دولة إلى أخرى. ففي العراق والأردن ١٨ سنة وفي الجزائر ١٩ سنة وفي تونس ٢٠ سنة وفي مصر ٢١ سنة وفي المكسيك ٢٥ سنة.

(٥) انظر الدكتور معنوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٧٨ والمذكرة الإيضاحية لنص المادة (١٧) من القانون المدني الأردني - ص ٤٦.

استثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

إذا لم يكن الشخص بالغاً سن الرشد المقررة في قانون جنسيته يعتبر ناقص الأهلية ويحد من قدرته على إجراء التصرفات القانونية الصحيحة النافذة وفقاً لهذا القانون حماية له. وعليه يجب الرجوع إلى قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها لمعرفة نظام الحماية الذي يتفق وحالة من لم تكتمل أهليته وفقاً للمادة (١٢) من القانون المدني الأردني. ولكن قاعدة خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص قد لا تجد تطبيقاً لها في بعض الحالات الاستثنائية التي ينص عليها المشرع صراحة، ومنها:

أولاً - المصلحة الوطنية:

ذكرنا أن الأهلية من المسائل التي تخضع لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. فالتثبت من صلاحية الشخص وقدرته على التصرف بحقوقه وأداء ما عليه من التزامات على وجه يعتد به في الروابط المالية والعائلية يخضع لقانون جنسيته. ذلك لأن القواعد المنظمة للأهلية وضعت لحماية الشخص وهذه الحماية لا تتحقق إلا بإخضاع أهليته لقانونه الوطني المستمد من حاجاته وظروفه وأحواله، ولذلك أخذ الشق الأول من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بهذا المبدأ بقوله: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص 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 كالتالي نص عليها المشرع في الشق الثاني من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بقوله: (... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته)، وهذا ما يعبر عنه بـ(المصلحة الوطنية) التي تعتبر مانعاً من موانع تطبيق قانون الدولة التي يتمتع الأجنبي بجنسيتها على أهليته في الأردن ولو كان هو القانون الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد الأردنية إذا كان الأخذ به في تحديد أهليته وفق المادة (١/١٢) يؤدي إلى الإضرار بمصلحة أحد الوطنيين^(١).

فمثلاً إذا جاء جزائري الجنسية عمره ١٨ سنة إلى الأردن وعقد صفقة تجارية مع تاجر أردني ولم يذكر للتاجر الأردني أن بلوغ سن الرشد في القانون الجزائري هو ١٩ سنة، ولدى مطالبة البائع الأردني له بالثمن المتفق عليه ادعى هذا الجزائري بطلان التزامه، لأنه قاصر وفق القانون الجزائري ورفع نزاع بذلك إلى محكمة أردنية، فإن المحكمة الأردنية لا تأخذ بهذا الدفع وتقضي بصحة التزامه وتلزمه بأداء الثمن للطرف الأردني الذي خدعته مظاهره فتراءى له راشداً قياساً على حكم القانون الأردني الذي يعتبر سن الرشد ١٨ سنة كاملة، وتصرف معه بحسن نية على هذا الأساس وهو غير ملزم بمعرفة أحكام الأهلية وسن الرشد في قوانين الدول الأخرى. وعليه فإن الأخذ بأحكام القانون الجزائري في هذه الحالة لتحديد أهلية هذا الجزائري استناداً إلى قاعدة الإسناد الأردنية في المادة (١٢)

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وبخاصة الأردني - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٥٢ والدكتور سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - ص ٦٣٢ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٩١ - ٩٢.

من القانون المدني التي تعطي الاختصاص لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، تتولد منه الإضرار بالمصلحة الوطنية من خلال الإضرار بمصلحة هذا الوطني، وعليه يستبعد تطبيقه ويحل محله حكم القانون الأردني في تحديد أهليته.

إذن يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية وإحلال القانون الأردني محل قانون جنسية الأجنبي في تحديد أهليته وفق الشق الثاني من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني ما يلي:

١- أن يكون التصرف موضوع النزاع ماليا معقودا في الأردن وتترتب آثاره فيه. ولذلك تخرج التصرفات الأخرى غير المالية من دائرة إمكان التمسك بالمصلحة الوطنية، مثل الأحوال الشخصية. كما تخرج التصرفات المالية التي تعقد في الخارج أو تترتب آثارها في الخارج ولو تحققت شروطها الأخرى.

٢- أن يكون أحد أطراف التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني وكامل الأهلية وفقا للقانون الأردني، والطرف الأخر أردنيا كامل الأهلية وفقا للقانون الأردني. فإذا كان الطرف الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الأردني أو كان الطرف الأردني ناقص الأهلية وفقا للقانون الأردني لا يمكن التمسك بالمصلحة الوطنية عندئذ لانتهاء حسن النية.

٣- أن يرجع عدم معرفة نقص أهلية الأجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأردني تبينه. لأن سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي تنفي حسن نية الطرف الأردني. وتقدير سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي أو صعوبتها أمر متروك لتقدير القاضي الذي عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار الظروف التي تم فيها التصرف القانوني موضوع النزاع. ويتربط على الأخذ بالمصلحة الوطنية عدم حكم أهلية الأجنبي بقانونه الوطني بالنسبة للتصرف المالي الذي يعقده في الأردن ويتربط أثره فيه ويتولد منه ضرر مالي لأحد الأردنيين، ويصح العقد كأنه صادر عن كامل الأهلية كما ورد في القانون الأردني ويرفض دفع الأجنبي بنقص أهليته وفقا لقانونه الوطني ويلزم بما يرتبه العقد عليه من التزامات ويقبل ادعاء الأردني بجهل قانون دولة هذا الأجنبي^(١).

ثانيا- وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة:

إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الأردن يقضي بعدم خضوع الأهلية لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها لا يتم تحديد أهلية الشخص بموجب قانونه الوطني تطبيقا للفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني. وذلك لأن المادة (٢٤) من القانون المدني تنص على أن: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص

(١) نشأت هذه النظرية عام ١٩٦١ أمام القضاء الفرنسي في قضية (إيزاردي) الذي كان مكسيكيا يسكن باريس وعقد صفقة مجوهرات مع أحد الفرنسيين عندما كان عمره ٢١ سنة ولم يكن البائع الفرنسي يعلم بأن سن الرشد في القانون المكسيكي ٢٥ سنة ولم يبلغه هو بذلك أيضا ولدى مطالبته بالثمن دفع ببطان التزاه لآته قاصر وفق أحكام قانونه الوطني وهو القانون المكسيكي وأن القانون الفرنسي يخضع الأهلية لقانون الجنسية، فرفضت المحكمة دفعه هذا وألزمته بدفع ما التزم به إلى البائع الفرنسي الذي اتخذ بمظاهره البدنية فتراعى له بالنفا من الرشد قياسا على أحكام القانون الفرنسي في الوقت الذي كان يتصرف فيه هو بحسن نية وغير ملزم بمعرفة قوانين الدول الأخرى في الأهلية، وأن الأخذ بالقانون المكسيكي يسودي إلى إيقاع الضرر به وبالمصلحة الوطنية.

في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها).
وخير مثال على ذلك ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي جعلت سن الرشد للأردنيين والأجانب في جميع الأمور التي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة شمسية وفقا للقانون الأردني^(١)، وهكذا الأمر بالنسبة للفقرة (٢) من المادة (١٠٣) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي تنص على أن: (يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتمزم بمقتضى سند السحب إلى 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).

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم الخطبة

رغم أن الخطبة تعتبر من النظم القانونية القديمة حيث عرفها القانون الروماني والجرماني إلا أن أغلب الشرائع لم يعتبرها إلا حادثا متعلقا بالحياة الخاصة للأفراد دون إضفاء ماهية قانونية على هذا الحادث، كما هي الحال في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والقانون الفرنسي.

فالقانون الفرنسي لم يتناول تنظيم الخطبة وآثارها، ولهذا اتجه القضاء الفرنسي إلى تكييف فسخها بـ (الرجوع عن وعد الزواج) الذي يترتب عليه حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي المتولد منه على أساس الفعل الضار إذا تم الفسخ بإرادة أحد الخاطبين دون سبب مبرر وبصورة مضرّة للطرف الآخر^(٢).

وفي الإسلام يعتبر عقد الزواج من أهم وأجل وأعظم وأخطر العقود ولهذا جعلت له مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام العقد الذي قد يستمر ولا ينتهي إلا بوفاء أحد الزوجين، ومن جملة هذه المقدمات (الخطبة)^(٣).

(١) لقد اتفقنا الدكتور حسن الهداوي استاذ القانون المدني في جامعة مؤتة في الصفحة ١٢٦ من كتابه الموسوم بـ (الجنسية وأحكامها في القانون الأردني)، لقولنا في مذكرات زعم إننا كتبنا في جامعة مؤتة: (أن المساواة الأجنبية المتزوجة من أردني لا تكتسب جنسية زوجها الأردني ما لم تكن بالغة السن القانونية المحددة في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي تنص على أن: "سن الرشد في جميع الأمور التي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة ووفقا للتقويم الشمسي" للأردنيين والأجانب على حد سواء).

وذكر بأنه لا يشاركنا الرأي في ذلك، والحال أننا لم نكتب ونشر أية مذكرات في جامعة مؤتة، ولعل ما رجع إليه هو مجرد ملاحظات خطية يكتبها الطلاب في المحاضرات، مما لا يعبر بدقة عن الرأي العلمي ولا يعتبر مصدرا علميا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا افترضنا صدور مثل هذا الرأي منا فهو صحيح بدليل أن الدكتور حسن الهداوي ناقض نفسه واعترف بصحة هذا الرأي عندما قال في الصفحة ١٠٣ من كتابه الموسوم بـ (تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص): (لا تجد قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية تطبيقا لها كلما وجد نص في قانون خاص يقضي بخلاف ذلك كالفقرة (و) من المادة الثانية - وليس الثامنة كما ذكرها- من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي جعلت سن الرشد الواردة في هذا القانون تحدد للأردنيين والأجانب على حد سواء - طبقا لأحكام القانون بثمانى عشرة سنة...).

(٢) قظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 137

(٣) انظر الدكتور محمود السرطاوي - شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني - الطبعة الأولى - دار العدوى للطباعة والنشر والتوزيع - عمان / ١٩٨١ - ص ٢١.

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 تاماً بالخطبة^(١)، وهذا ما تنص عليه المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م بقولها: (لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية). وتنص المادة (٤) من القانون المذكور على أن: (لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة).

بينما قوانين دول أخرى نظمت أحكام الخطبة وشروطها الموضوعية والشكلية والآثار التي تترتب عليها عند العدول عنها باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية التي يسري عليها من حيث شروطها الأصلية والأضرار المتولدة عنها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها لا على أساس الفعل الضار، بل على أساس أنها من الحقوق العائلية كما في القانون المدني التركي والسويسري والألماني وبعض دول أمريكا اللاتينية^(٢). ولاختلاف الأحكام الواردة في التشريعات بشأن الخطبة وآثارها فقد دخلت ضمن دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص، خاصة بالنسبة لمسألة معرفة القانون الذي يحكم أهلية الخاطبين والنتائج القانونية المترتبة على فسخها، مثل طلب التعويض عن الأضرار أو طلب استرداد الهدايا المتبادلة.

ومن أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه في الخطبة وآثارها من الضروري التفرقة بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لها كالآتي:

أولاً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة:

لما كانت الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فإن التنازع المتولد من شروطها الموضوعية يدخل ضمن اختصاص قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. ولما كان من المحتمل أن لا يكون الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، لذا يجب بحث التنازع المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة في حالتين هما:

أ- إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، فإن الشروط الموضوعية في الخطبة تخضع لقانونها الوطني المشترك من حيث تحديد أهليتهما والآثار القانونية المتولدة من فسخها، ما لم يكن هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.

(١) اعتبر الدكتور حسن الهداوي أستاذ القانون المدني في جامعة مؤتة في الصفحة ١١١ من مؤلفه الموسوم بـ (تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص) الخطبة وعدا بالزواج. ونحن لا نشركه الرأي في ذلك، لأن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج والوعد بالزواج مقدمة أخرى من مقدمات الزواج. فالخطبة ليست وعدا بالزواج بل خطوة أو مقدمة للزواج أوسع من الوعد بالزواج. ذلك أن الخطبة تعلن عادة بإجراءات شكلية علنية معينة بين أفراد العائلة والمجتمع من خلال حفلة أو جلسة عائلية وتبيح الانتقاء بين الخاطبين علنا في حدود معينة دون شبهات، بينما الوعد بالزواج قد يكون بمجرد تصرف قلبي يبقى في السر والكنمان بين الخاطبين ولا يعلن للملا بإجراءات شكلية علنية ولا يبيح الانتقاء بين الخاطبين دون شبهات. والدليل على ذلك أن المشرع الأردني أوردهما في متن المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية باعتبارهما أمرين منفردين ومختلفين عندما نص على أنه: (لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد...).

فوفقاً للمادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الزواج ولا يجوز إكراه أي واحد منهما على إتمام الزواج، ويعسد من قبيل الإكراه على إتمام الزواج كل شرط جزائي يلزم بتنفيذ الخطبة وإتمام الزواج. لأن مثل هذا الشرط باطل. ولكن الاعتراف بحق العدول عن الخطبة مقيد بعدم إساءة استعمال هذا الحق. فإذا أسيء استعماله وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالطرف الآخر، كان للمتضرر حق طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية التي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام^(١)، استناداً للمادة (١/٢٢) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

كما يحق لكل من الخاطب والمخطوبة مطالبة الآخر عند فسخ الخطبة بالهدايا المتبادلة بينهما خلال فترة الخطبة على أساس (الإثراء بلا سبب) ووفقاً لقانونهما الوطني المشترك. فإذا رفع أي نزاع متعلق بمطالبة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين إلى محكمة أردنية، تسند المحكمة الاختصاص فيه لقانونهما الوطني المشترك بشرط أن لا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في الأردن، وإلا يتم استبعاده تطبيقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني التي تنص على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كلنت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية). كما لو كان قانونهما الوطني المشترك يجبر الطرف الممتنع عن إتمام الزواج على إتمامه أو إذا كان يلزم الملتزم بشرط جزائي بتنفيذ الخطبة وإتمام الزواج. فمثل هذا القانون يستبعده القاضي الأردني إذا تقرر تطبيقه في النزاع المتعلق بالخطبة وأثارها لأنه مخالف للنظام العام في الأردن استناداً إلى المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنص على أن: (لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة). فهذا الحكم من النظام العام في الأردن ولا يجوز أن يخالفه القانون الوطني لخطاب أجنبي إذا تقرر تطبيقه في النزاع المعروض على محكمة أردنية.

ب- وإذا لم يكن الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، بل من جنسيتين مختلفتين تبرز عندئذ أهمية معرفة القانون الواجب تطبيقه على نزاعهما في المستقبل بشأن الخطبة وأثارها والهدايا المتبادلة بينهما. وقد ساق الفقهاء عدة آراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة أهمها ما يلي:

١- تطبيق القانون الوطني للمدين على مسألة ترتب أو عدم ترتب تعويض مادي أو معنوي على الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة وإعادة أو عدم إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين.

وقد انتقد هذا الرأي، لأنه يؤدي إلى استحالة حل النزاع إذا كان موضوعه طلب إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين، لأن كلا منهما يعتبر مديناً للآخر ويكون القانون الوطني لكل واحد منهما هو الواجب تطبيقه على النزاع، مما يجعل حل النزاع مستحيلاً. كما لا يوجد سبب قانوني مبرر لترجيح القانون الوطني للمدين في النزاع.

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الدودي - المرجع السابق - ص ١٠٣.

٢- تطبيق قانون الرجل:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة تطبيق قانون الرجل في النزاع المتعلق بالخطبة وأثارها، وهذا ما أخذ به القانون المجري، وهو مستمد من مبدأ تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين. وقد انتقد هذا الرأي أيضاً لأنه لا يمكن تطبيق نفس المبدأ المطبق في عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين، على الخطبة عند اختلاف جنسية الخاطبين، لأن الخطبة ليست زواجا ولا يوجد أي سبب قانوني لإعطاء الاختصاص في النزاع المتعلق بها لقانون (الزوج المستقبلي).

٣- تطبيق القانون المحلي:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة إعطاء الاختصاص في حل النزاع المتعلق بها، خاصة إذا كان متعلقاً بطلب التعويض عن الضرر الناتج من فسخ الخطبة على أساس الفعل الضار، إلى قانون محل وقوع الفعل الضار (Lex Loci Delicti Comissi)، وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الرأي.

٤- تطبيق قانون القاضي:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة إخضاع النزاع في مثل هذه الحالة إلى قانون القاضي (Lex Fori)، وهذا ما أخذ به القانون الفنلندي على أساس عدم وجود سبب قانوني يبرر ترجيح قانون أحد الخاطبين في النزاع.

أما القانون المدني الأردني، 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.

ثانياً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية للخطبة:

إذا كان تنازع القوانين متولداً من الشروط الشكلية للخطبة، فإنه يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة.

ولما كان القانون الأردني لا يفرض أي شكل معين للخطبة، وإنما تتم الخطبة عادة بإجراءات شكلية ومراسيم مختلفة في المجتمع، لذا تعتبر الخطبة صحيحة إذا حصلت وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي يقرها قانون كل من الخاطبين قياساً على حكم الفقرة (٢) من المادة (١٣) من القانون المدني الذي جاء فيها: (أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين) (١).

المطلب الثالث

القانون الذي يحكم الزواج وما يتعلق به

الزواج في الشريعة الإسلامية عقد يفيد استمتاع كل من العاقدين (الزوج والزوجة) بالآخر شرعاً طلباً للنسل. وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: (يا أيها الناس اتقوا ربكم

(١) هذا الحكم مستمد من المادتين (٦، ٧) من اتفاقية لاهاي المعقودة في ١٣ حزيران عام ١٩٠٢.