

# القانون الدولي الخاص

## د. خلدون قطيشات

جهاد الخرقى

القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون الخاص ولفهم صفة "الخاص" في القانون الدولي الخاص يجب ان نعود لل التقسيم التقليدي للقانون وان التقسيم التقليدي للقانون يذهب الى تقسيم القانون لقسمين رئيسيين قانون عام وقانون خاص فما هو معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ؟

القانون هو : مجموعة القواعد القانونية العامة وال مجردة والتي تحكم سلوك الافراد في المجتمع ويتربى على مخالفتها جراء

ومعيار التفرقة بين القانون العام والخاص يكمن في دور الدولة في العلاقة القانونية التي يحكمها هذا القسم او ذاك وان الدولة يمكن ان تكون طرف في العلاقة او الا تكون لكن الدولة عندما تكون طرف في العلاقة فاما ان تكون بصفتها صاحبة سيادة وسلطان وعندما توصف الدولة بأنها شخص معنوي عام او تكون في العلاقة بصفتها شخص معنوي خاص اي دون التمتع بسيادة وهيمنة وسلطان وذلك وفق لل التقسيم التقليدي وعلى ذلك فإن العلاقة التي تتطوي على الدولة بصفتها شخص معنوي عام تكون علاقة محاومة بفرع من فروع القانون العام اما اذا انعدم دور الدولة في العلاقة او كانت طرف فيها بصفتها شخص معنوي خاص فعندما تكون هذه العلاقة محاومة بفرع من فروع القانون الخاص

والقانون العام : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون فيها الدولة بصفتها شخص معنوي عام اي صاحبة سيادة وسلطان

والقانون الخاص : هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة طرف فيها او بصفتها شخص معنوي خاص اي ليست صاحبة سيادة وسلطان

وعلى هذا التقسيم فإن اهم فروع القانون العام كانت : القانون الدولي العام ، القانون الأساسي ، القانون الإداري ، القانون المالي ، القانون الجنائي

واهم فروع القانون الخاص : القانون المدني ، القانون التجاري ، قانون العمل ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، والقانون الدولي الخاص

ومن هذا التقسيم نفهم صفة "الخاص" في القانون الدولي الخاص وتكون للدلالة على أنها من فروع القانون الخاص الامر الذي يعني ان هذا القانون يحكم علاقة لا تكون الدولة طرف فيها او تكون ولكن بصفتها شخص معنوي خاص

صفة "الدولي" في القانون الدولي الخاص حسب التقسيم التقليدي للقانون : وهذا لا علاقة بدور الدولة في صفة الدولي لأن صفة الدولي هي صفة تطبق على العلاقة القانونية ذاتها لا على أساس دور الدولة في هذه العلاقة فإذا فإن التقسيم التقليدي لا يسعنا في فهم صفة "الدولي" في القانون الدولي الخاص اما ما يفسرها هو التقسيم الحديث للقانون

وال التقسيم الحديث للقانون هو الذي ذهب الى ان القانون ينقسم الى قانون داخلي وقانون خارجي (الدولي) ومعيار التفرقة بينهما يكمن في فكرة حدود الدولة السياسية ، وبناء على ذلك فتنقسم العلاقات القانونية لقسمين : العلاقات الداخلية وال العلاقات الدولية

العلاقة الداخلية : هي علاقة تتحصر بحدود دولة واحدة لا تتجاوزها بحيث تتحصر هذه العلاقة بإطار قانوني لدولة واحدة مثال : كوقوع فعل ضار من شخص اردني على اردني داخل اراضي المملكة او كأن يتزوج اردني من اردني في المحاكم الأردنية وفق لأحكام القانون الأردني ، وهذه العلاقة الداخلية يحكمها القانون الداخلي

العلاقة الدولية : هي كل علاقة تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتمس اكثرا من نظام قانوني لأكثر من دولة ، مثال وقوع فعل ضار من شخص اردني على اخر سوري في الأراضي العراقية وتتظر المحاكم السعودية في هذا النزاع او كأن تكون هناك اتفاقية دولية بين الأردن وال السعودية ، ففي هذين المثالين هناك علاقة دولية تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتمس اكثرا من نظام قانوني لأكثر من دولة

وأصحاب التقسيم الحديث وفي اطار العلاقات الداخلية ان العلاقة الداخلية اما ان يتنازعها قانون عام او قانون خاص أي ان أصحاب التقسيم الحديث لم يتجاهلو التقسيم التقليدي وانما حصروه في اطار العلاقات الداخلية كما قاموا بتقسيم العلاقات الدولية لقانون دولي عام وقانون دولي خاص انتلافاً من دور الدولة في تلك العلاقة الدولية

العلاقة الدولية العامة : هي علاقة تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتمس اكثرا من نظام قانوني لأكثر من دولة بصفة هذه الدول اشخاص معنوية عامة أي تتمتع بسيادة وهيمنة وسلطان

اما العلاقة الدولية الخاصة : هي علاقة تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتمس اكثرا من نظام قانوني لأكثر من دولة دون ان تكون الدول طرفاً فيها او تكون اشخاص معنوية خاصة

وعلى ذلك فإن وقوع فعل ضار من اردني على سوري في الأراضي العراقية وتتظر بها المحاكم السعودية فهي مثال على العلاقات الدولية الخاصة

والمعاهدات بين الأردن وال السعودية فهي مثال على العلاقات الدولية العامة

ومن خلال هذا التقسيم الحديث يمكننا فهم صفة "الدولي" في القانون الدولي الخاص فصفة الدولي في القانون الدولي الخاص يعني ان العلاقة التي يحكمها هذا الفرع القانوني هي علاقة دولية خاصة

وعلى ذلك : فإن التمايز كل من التقسيمين - التقليدي والحديث - يساعدنا في فهم صفة "الدولي" وصفة "الخاص" في القانون الدولي الخاص

ومن هذا المنطلق يمكن تقديم للقانون الدولي الخاص

**القانون الدولي الخاص :** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة

في بعض المؤلفات الفقهية هناك بعض التعريف للقانون الدولي الخاص : فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي

وهناك تعريف اخر : فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي بواسطة تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق

فلو كان ما ي قوله الفقه صحيح وان القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي فسيكون هناك مشكلة لأن العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي قد

يكون علاقة دولية عامة وعلاقة دولية خاصة فمثلاً معاهدة بين الأردن وال سعودية فهي علاقة دولية تتجاوز حدود الدولة الواحدة ولكن علاقة بين دولتين بصفتهما اشخاص معنوية عامة وهذه

علاقة مشوبة بعنصر اجنبي وهذا النوع من العلاقات ليس مع علاقات القانون الدولي الخاص فلو اعتبرنا هذا التعريف صحيح فجميع العلاقات الدولية العامة والخاصة محكومة بالقانون الدولي

الخاص ، وكان هذا التعريف يمكن ان يكون هذا التعريف صحيح لو أضيفت ان العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي تدخل في اطار العلاقة الدولية الخاصة ، اما ان يكون المطلق على اطلاقه فيدخل في خلط بين القانون الدولي العام والخاص

وان ما اضافه الفقه " بواسطة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق " فإن يحصر القانون الدولي الخاص بموضوعين اثنين فقط .

**فالتعريفين الفقهيين خاطئين**

هل من الصحيح ان يتضمن التعريف لأي فرع قانوني موضوعات الفرع القانوني المعنى بالتعريف ؟

فمثلاً تعريف القانون المدني : مجموعة القواعد القانونية التي تنظم روابط الأحوال المالية فهل من الصحيح إضافة "وذلك من خلال تبيان مصادر الالتزام واحكام الالتزام والحقوق العينية ...." ؟

ليس من الصواب انه نُضمن التعريف موضوعات وهذا ما يؤكّد خطأ التعريف الثاني الذي تضمن موضوعات القانون الدولي الخاص

## م الموضوعات القانون الدولي الخاص وطبيعة قواعده القانونية :

م الموضوعات القانون الدولي الخاص تختلف باختلاف المدارس القانونية وما يعنيها منها المدرسة герمانية تلك التي تمثل الدولة الألمانية ثم المدرسة الانجلو أمريكية وتلك التي تمثل دول بريطانيا وامريكا الدول التي تسير على نهج هذه المدرسة ثم المدرسة اللاتينية تختلف موضوعات القانون الدولي الخاص باختلاف هذه المدارس الثلاث :

1- فالمدرسة герمانية ترى ان موضوع القانون الدولي الخاص الوحيد هو تنازع القوانين من حيث المكان في المانيا عند ذكر القانون الدولي الخاص فهذا يعني تنازع القوانين من حيث المكان فهذا هو الموضوع الوحيد في القانون الدولي الخاص في المانيا

2- المدرسة الانجلو أمريكية فهي ترى ان موضوع القانون الدولي الخاص ليس فقط تنازع القوانين من حيث المكان وانما ايضا تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية

3- المدرسة اللاتينية والتي على راسها فرنسا الدول التي تسير على نهجها فإنها ترى بأن موضوعات القانون الدولي الخاص ليس فقط تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية وانما ايضا الجنسية والموطن ومراسيم الاجانب وحقوقهم

## تفصيل مواضع القانون الدولي الخاص من حيث المفاهيم :

### 1- تنازع القوانين من حيث المكان :

هناك قاسم مشترك بين المدرسة герمانية والمدرسة الانجلو أمريكية والمدرسة اللاتينية من حيث تنازع القوانين من حيث المكان فماذا يعني تنازع القوانين من حيث المكان؟ هو تنافس قانونيين او اكثر لاكثر من دولة لحكم علاقة دولية خاصة في قضية تنازع فيها القوانين من حيث المكان

مثال قاضي اردني ينظر في دعوة امامه فأول عمل يجب ان يتحقق منه القاضي هو مسألة الاختصاص ففي حال عدم الاختصاص ترد الدعوة لكن اذا ثبت انه مختص سينظر في الدعوة اذا كان القاضي في مواجهه الدعوة هو مختص في النظر فيها وتفاجأ على سبيل المثال ان موضوع الدعوة المطلبة بالتعويض عن الفعل ضار ومن حيثيات الدعوة ولا سيما لائحة الدعوة فتبيّن ان هذا فعل ضار وقع من شخص المدعى عليه على شخص المدعي في الاراضي السعودية و المدعي عليه يتمتع بجنسية سورية وانا المدعي يتمتع بجنسية عراقية فائي القوانين سيبطبق القاضي الوطني من اجل الحكم التعويض ان كان له مكان في الدعوة عندها سيد القاضي نفسه في مواجهه ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان لان العلاقة التي ينظر القاضي الوطني بها هي علاقة دولية خاصة ويخرج القاضي من هذه المعضلة بتطبيق قاعدة الاسناد وقاعدة الاسناد ترتبط فقط بتنازع القوانين من حيث المكان

## 2- تنازع الاختصاص القضائي الدولي :

كلمه تنازع في هذا الموضوع لا تعكس حقيقة ماهيتها فمصطلح "تنازع" في تنازع الاختصاص القضائي الدولي اطلاقا لا يعني وجود تنافس ما بين محاكم وطنية ومحاكم أجنبية او لا يعني اطلاقا وجود تنافس بين محاكم مختلفة للنظر في علاقه دوليه خاصه لكن فقه القانون الدولي الخاص يستخدم مصطلح تنازع في هذا الاطار على غيري حقيقته للدلالة فقط على ان هذا موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص ولكن المشرع الاردني تبني مصطلح اخر في قانون اصول المحاكمات المدنية لتنازع الاختصاص القضائي الدولي وهو الاختصاص الدولي للمحاكم وهذا المسمى افضل من المسمى السابق

و تنازع الاختصاص القضائي الدولي تعني: **تحديد الحالة التي من خلالها يختص القضاء الوطني بالنظر في الدعاوى التي ترفع على اجنبي**

المعيار هنا شخص المدعى عليه في الدعوة وحتى يكون القضاء الوطني مختص بنظر دعوة ترفع على مدعى عليه يجب ان يكون المدعى عليه اجنبي وان تتوافر حاله من حالات الاختصاص بنظر الدعوة حتى يثبت الاختصاص القضائي الوطني وهذا ما يسميه المشرع الاردني الاختصاص الدولي للمحاكم فحصر هذه الحالات التي من خلالها ينظر القضاء الوطني في الدعاوى التي ترفع على اجنبي يسمى الاختصاص الدولي للمحاكم او تنازع الاختصاص الدولي

## 3- الحكم الأجنبي

ونستدل بهذا المفهوم من خلال قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية الاردني حيث عرف المشرع الاردني الحكم الاجنبي في هذا القانون من المادة الثانية منه : فهو كل حكم صادر من محكمه أجنبية او من محكم في اراض اجنبية في قضيه حقوقية او دينيه ماليه

تم ذكر محكم في اراضي الأجنبية وليس محكم اجنبي لأنه قد يكون المحكم قاضي وطنى ولكن في اراضي اجنبية اي اجراءات التحكيم تجري في اراضي اجنبية ويجب ان يكون موضوع الحكم قضيه حقوقية او قضيه دينيه اي قضيه احوال شخصيه ذات موضوع مالي كالميراث والوصيه ونفقة زوجيه ونفقة عدة ... اذا ان الاحكام التي تصدر في مساله الاحوال الشخصية في غير ذلك كصحه الزواج وصحه طلاق في مثل هذه الاحكام لا يمكن تنفيذها وفقا للقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية في المملكة الاردنية الهاشمية

#### 4- الجنسية

هناك عده تعريفات للجنسية ولكن الراجح ان الجنسية: هي رابطة قانونية سياسية تربط شخصا طبيعيا ما بدوله ما بحيث يتمتع بصفاتها اي يتمتع بصفه تلك الدولة

الجنسية غير انها رابطه قانونيه هي رابطه سياسية والرابطة السياسية يمكن فهمها على اساس ممارسه الحقوق السياسية لا على اساس الانتماء السياسي فالكثير يمتلك الجنسية ولكنه لا ينتهي سياسيا لها ولكن لا يمنع ذلك من ان يمارس حقوقه السياسية فيها كان يشارك في الانتخابات البرلمانية او المحلية التي تجري وفقا للاقتراع العام

#### 5- المواطن

المواطن له مفهومان نتيجة اختلاف انواع الاشخاص فالشخص ممكن ان يكون شخص طبيعي وممكن ان يكون شخص معنوي فيختلف المواطن بالنسبة للشخص الطبيعي عن الشخص المعنوي فالاصل العام انا المواطن بالنسبة للشخص الطبيعي هو محل الاقامة الاعتيادي اما بالنسبة للشخص المعنوي فيقصد به مكان الادارة الرئيسي الفعلي فالشخص المعنوي له موطن ولكن ليس على اساس محل الاقامة الاعتيادي بل على اساس مكان الادارة الرئيسي الفعلي فشركة ما تتخذ موقع ما عنوان لها فيعتبر ذلك العنوان موطن بالنسبة لها

#### 6- حقوق الاجانب ومراكيزهم

ان هذه الحقوق تتقرر وفقا الاحكام وقوانين معينه الشخص الاجنبي لا يستطيع ان يمارس تلك الحقوق الا وفقا الاحكام تلك قوانين فلا يجوز ان يتجاوز حدود ما هو منصوص عليه قانوناً

اذا ما نظرنا نظره عامه الى تلك المصطلحات ومفاهيمها وقارن بين المدارس الثلاث واردنا ان نحدد من خلال هذه الموضوعات ومن خلال هذه المدارس موقف الدول العربية منها فان السائد في الدول العربية ومنها المملكة الأردنية الهاشمية فان موضوعات القانون الدولي الخاص هي تلك التي سارت عليها المدرسة اللاتينية

**لماذا اخرجت المدرسة الجرمانية الموضوعات الأخرى ؟**

وفقاً للمدارس الاخرى من نطاق القانون الدولي الخاص ترتبط المسألة في المانيا بسيادة الدولة فان مصطلح سيادة الدولة هو الذي دفع المانيا لإخراج الموضوعات الأخرى من نطاق القانون الدولي الخاص وحصر هذا القانون فقط في موضوع تنازع القوانين من حيث المكان فمثلا في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي ان تحديد اختصاصات المحاكم الألمانية امر يرتبط بسيادة الدولة الألمانية بحيث لا يقبل من اي احد او من اي دولة كانت ان تتدخل في شؤون اختصاصها فهي التي تحدد متى تكون مختصه بنظر الدعوة او لا تكون فلا يكون لاي مشروع لاي دولة كانت الحق بأن يتدخل في هذا الجانب بموضوع تحديد

اختصاصات السلطة القضائية التي هي سلطة رسمية من سلطات الدولة فهي مسألة ترتبط بدور الدولة بصفتها شخص معنوي عام وعلى هذا الاساس لا يمكن ان يعتبر هذا الموضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص وهذا ما تبرره المدرسة герمانية لذاتها من اجل اعتبار موضوع القانون الدولي الخاص الوحد هو تنازع القوانين من حيث المكان

اما المدرسة الانجلو امريكية واللاتينية هاتين المدرستين الآخرين تتفقا في ما بينها ان مسألة تحديد الاختصاصات بالقضاء الوطني هي مسألة ترتبط بمفهوم السيادة ولكن لا يمنع ذلك من ان تعتبر هذه الموضوعات من موضوعات القانون الدولي الخاص على اساس اننا اتحدث علاقه دوليه خاصه فيقولون ان دعوه الذي يكون المدعى عليه اجنبيا فان هذه الدعوه توصف على انها علاقه دولية خاصة بالنسبة للقضاء الوطني الذي ينظر فيها ويقولون فيما يتعلق بالحكم الاجنبي الذي يراد تنفيذه في داخل الدولة هو حكم صادر في اراضي اجنبيه او من محكمه اجنبيه مما يعني انه يوصف بعلاقه دولية خاصة فمن هذا المنطلق اعتبرت المدرسة الانجلو امريكية واللاتينية ان تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية من قبل موضوعات القانون الدولي الخاص

اما ما تفرد به المدرسة اللاتينية بشأن الجنسية والموطن ومرکز الأجانب - فرأي الدكتور - فانه يميل كل الميل الى ما ذهبت به المدرسة الانجلو امريكية وذلك للأسباب التالية :

1- إن الجنسية يعالجها قانون تكون الدولة فيه بصفتها صاحبه سيادة وهيمنة وسلطان اي بصفتها شخص معنوي عام فالجنسية هي رابطه قانونيه الامر الذي يعني انها ليست رابطة تعاقديه فلا تقوم على اساس عقد وانما المسالة هي مساله تنظيميه فكل دولة تحدد عنصر شعبيها من خلال هذا القانون والدولة عندما تحدد الاردني على سبيل المثال اذا نظرنا الى قانون الجنسية الاردني فأنها تحدد الاردني على اساس حق الدم فقانون الجنسية الاردنية يقول انه كل من يولد لاب اردني يكون اردني الجنسية اينما ولد وعلى ذلك لا يستطيع الشخص ان يفاضل الدولة على جنسيتها فالمسألة ليست مساله تعاقديه وحتى ان المدرسة الفرنسية اللاتينية تعتقد ذلك وان امر جنسية امر تنظيمي بموجب قانون تكون الدولة في هذا القانون بصفتها صاحبة سيادة وسلطان فهو قانون عام ولكن الفرنسيون يعتبرون الجنسية من موضوعات القانون الدولي الخاص نظراً لما لها من اهمية في اطار القانون الدولي الخاص كضابط اسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض قواعد الاسناد ونحن لا نميل الى ذلك كونه ان في ذلك هدم وخلط للتقسيم التقليدي للقانون فالأهمية شيء والتقسيم شيء اخر

2- اما في ما يتعلق بالموطن فنقول ان الموطن هو عنصر من عناصر الحالة المدنية للشخص الطبيعي وعنصر من عناصر النظام القانوني بالنسبة للشخص المعنوي وإن المشرع عندما يعالج احكام الموطن لا يعالجها تحت احكام قواعد الاسناد او تحت نطاق تطبيق القانون من حيث المكان وإنما يعالج هذه الاحكام بالنسبة للشخص الطبيعي او الشخص المعنوي تحت عنوان الاشخاص والدليل على ذلك القانون المدني الاردني فالشرع يعالج بالقانون المدني الاردني احكام الموطن تحت عنوان الاشخاص فالمسألة تختلف عن موضوعات القانون الدولي الخاص فهو عنصر من عناصر الحالة المدنية

3-اما في ما يتعلق مركز الاجانب وحقوقهم فالقوانين التي تتنظم مسائل الاجانب وحقوقهم فجميعها مسائل يعالجها المشرع بموجب قوانين عامة اي تكون الدولة فيها صاحبة السيادة والسلطان اي شخص معنوي عام .

### ما هي طبيعة القواعد القانونية في القانون الدولي الخاص ؟

ان من القواعد القانونية من حيث الجوهر ما هي قواعد موضوعية وقواعد اجرائية و من حيث القواعد الإلزامية هناك قواعد امرة وقواعد مكملة وهناك قواعد تدرج تحت القانون العام و اخرى تدرج تحت القانون الخاص بالتقسيم التقليدي وهناك قواعد داخلية وقواعد خارجية  
ان القانون الدولي الخاص يتضمن ثلاثة انواع من القواعد القانونية :

يتضمن قواعد موضوعية هي تلك القواعد القانونية التي تتضمن حقوقاً او واجبات و الغالب الأعم فيها انها ذات مصدر دولي اي نجدها بموجب اتفاقيات او معاهدات دولية وقواعد اجرائية هي التي تبين اجراءات معينة او شكليات معينة يجب احترامها واتباعها ومثالها كذلك التي نجدها في قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية والتي تتعلق بالإجراءات واجبة الاتباع من اجل تنفيذ حكم اجنبي في المملكة الاردنية و القانون الدولي الخاص يتضمن قواعد اسناد هي التي لا توجد الا في نطاق موضوع تنازع القوانين من حيث المكان وهي تلك التي نجدها في اطار القانون المدني الاردني ما بين المادة 11 والمادة 24 القانون المدني الاردني وإن قواعد الاسناد عندما يتم ذكرها فعندما يكون الحديث عن قاعدة قانونية تحت مظلة القانون الدولي الخاص وخصوصا تنازع القوانين من حيث المكان لأن قاعدة الاسناد تعرف على انها : قاعدة قانونية بها ومن خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق او هي قاعدة قانونية بها ومن خلالها يستطيع القاضي الوطني تحديد القانون الواجب التطبيق في قضيه تنازع فيها القوانين من حيث المكان و تنازع القوانين من حيث المكان اي تنافس قانونين او اكثر لافضل من دولة لحكم علاقه دولية خاصة

ما هي مصادر القانون الدولي الخاص ؟

ما معنى كلمة مصدر في القانون ؟

ما يعنيها في إطار ما نتحدث عنه فكلمة مصدر هي : الوسائل او الاسس التي من خلالها ينطق القاضي للحكم في قضيه ما للحكم فيها بالنتيجة

و هذه المصادر تنقسم لقسمين :

1- مصادر رسمية الزامية 2- غير رسمية تفسيرية استرشادية غير الزامية

يتربى على هذه التفرقة ما يلي :

المصادر الرسمية الزامية اي ان القاضي الوطني ملزم بأعمالها والتقييد بها والتقييد بترتيبها

اما المصادر غير الزامية اي ان القاضي يكون غير ملزم بالرجوع اليها وان عاد اليها فهو غير ملزم بترتيب معين فيها وله ان يأخذ بما تملية هذه المصادر او لا يأخذ بما تملية اي ان القاضي الوطني اذا اراد ان يعود الى المصادر غير الرسمية فله الحق ان يعود لها في اي وقت يشاء اي حتى وهو بصدده تطبيق المصادر الرسمية فمثلا لو ان القاضي كان بصدده تطبيق التشريع وهو مصدر رسمي اصلي يكون القاضي ملزم به واراد ان ينظر الى احكام القضاء او احكام الفقه ليرى كيف فسر هذا النص من قبلهم فلا يوجد ما يمنعه من ذلك وهو بصدده تطبيق نص قانوني ومن الخطأ الشائع اعتقاد البعض قاضي يعود الى المصادر غير الرسمية بعد الانتهاء من المصادر الرسمية فالمصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص وفقاً للترتيب الذي اورده المشرع الاردني في القانون المدني الاردني هي كما يلي :

1-المعاهدات او الاتفاقيات الدولية

2- التشريع

3- مبادئ القانون الدولي الخاص

4- العرف

5-قواعد العدالة

المصادر غير الرسمية :

1-احكام الفقه

2- احكام القضاء

لماذا يتم التأكيد ان هذه المصادر التي تم ذكرها هي مصادر وفقا لما نص عليه المشرع  
الأردني في القانون المدني الأردني؟

التأكيد على ذلك حتى نشير الى وجود اشكالية دستورية في ما يتعلق بالمصادر وترتيبها في قانون المدني الاردني فهذه الإشكالية الدستورية هي اشكالية تعارض ما تم ذكره من مصادر وترتيبها مع احكام المادة 1/103 من الدستور الامر الذي يدفع الى القول بأن تلك المصادر الذي نص عليها المشرع في القانون المدني الاردني وفي ضوء ما قاله المشرع الدستوري في المادة 1/103 من الدستور تعتبر مصادر غير دستورية وكونه لم يصدر بعد قرار من المحكمة الدستورية بشأن دستوريه هذه مصادر فان الواقع التطبيقي القضائي سيكون قائما على ما هو منصوص عليه في القانون المدني الأردني

ويتحدث المشرع في المادة 1/103 عن ممارسة القضاء الحقوقي في القضاء العادي النظامي لاختصاصاته في الاردن فيقول المشرع ان المحاكم النظامية تمارس اختصاصها الحقوقي والجزائي ولكن هنا ما يعنيها الحقوقي وفقا لأحكام القوانين في الاردن ثم يميز المشرع الدستوري بين قضايا حقوقية و تجارية علما بان القضاء الحقوقي الذي ينظر القضايا الحقوقية يشمل القضايا سواء كانت مدنية او تجارية فمصطلاح القضايا الحقوقية قد تكون قضية مدنية او تجارية او تتعلق بمسألة احوال شخصية في اطار العلاقات الدولي الخاص

كما ان المشرع الدستوري ذكر اذا قضت العادة في العرف الدولي مع ان العادة غير ملزمة قانوناً ولا يترتب على مخالفتها جزاء ولا ترقي الى مستوى القانون اي لا ترقي الى مستوى العرف الا اذا كانت عاده اتفاقية او عاده قانونية فالأفضل من المشرع ان يقول اذا قضت العرف الدولي مباشرة لان العادة لا ينقلب اسمها الى عرف الا اذا اقترن بالركن المعنوي لان العادة تمثل في العرف الركن المادي ونفهم من نص المادة 1/103 من الدستور ان العرف هو المصدر الوحيد للقانون الدولي الخاص في الاردن

## المصادر الرسمية :

### 1-المعاهدات او الاتفاقيات الدولية :

لماذا نقول المعاهدات او الاتفاقيات الدولية علماً ان فقه القانون يميز بين مصطلح معاهدة ومصطلح اتفاقية و هو يستخدم مصطلح معاهدة عندما يكون موضوع الاتفاق الدولي موضوعاً سياسياً فنقول معاهدة ترسيم حدود او معاهدة سلام اما اذا كانت موضوع الاتفاق الدولي غير ذلك اي غير سياسي قد يكون اجتماعي اقتصادي وغيره فعندما نقول مصطلح اتفاقيه كاتفاقية فيبينا الخاصة في البيوع الدولية لكن بالرغم من هذا التمييز الفقهي فهل هذا يعني اننا عندما نقول المعاهدات والاتفاقيات الدولية فإننا لا نقيم وزناً لمثل هذا التمييز الفقهي ام ان هناك سبب تشرعي في ذلك ؟

هناك السبب تشرعي في ذلك لأنه من يميز هو الفقه فالفقه هو من يميز بين المصطلحين ولم نقيم وزناً لمثل هذا التفريق لأن المشرع الاردني لم يأخذ في مثل هذا التقسيم للمصطلحات فالشرع الاردني يستخدم مصطلح المعاهدة في الوقت الذي كان يجب عليه ان يستخدم بحسب الفقه مصطلح اتفاقية ويستخدم مصطلح اتفاقية في الوقت الذي كان يجب عليه ان يستخدم مصطلح معاهدة بحسب الفقه الامر الذي يعني بان المشرع الاردني باستدامه للمصطلحات يستخدم المصطلحين كمتراوفين للدلالة على اتفاق دولي بغض النظر عن موضوع هذا الاتفاق الدولي وبما ان المشرع الاردني يستخدم المصطلحين كمتراوفين فهذا يعني انه لم يقم وزناً للتمييز بين المصطلحين من حيث الجانب الفقهي لذلك في الاردن المعاهدة هي الاتفاقية والاتفاقية هي المعاهدة والدليل القطعي على ذلك هو ما نص عليه المشرع في المادة 24 من القانون المدني الاردني التي تشكل الاساس لاعتبار المعاهدة الدولية او اتفاقية دولية المصدر الرسمي الاول في القانون الدولي الخاص فالشرع عندما قرر ان معاهدة الدولية هي المصدر الرسمي الاول في القانون الدولي الخاص فانه اسس ذلك في نص المادة 24 اي ان اساس المعاهدة الدولية باعتبارها مصدر رسمي اول في القانون هي المادة 24 التي نصت على : ( لا تسرى احكام المواد السابقة اذا وجد نص في قانون خاص او في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها )

نحن نتحدث هنا عن نص في القانون المدني الاردني والقانون المدني هو فرع من فروع القانون الخاص والقانون المدني يسمى بالشريعة الام بالنسبة لفروع القانون الخاص وهنا استخدم المشرع مصطلح معاهده في حين بحسب الفقه انه يجب على المشرع ان يستخدم مصطلح اتفاقية الامر الذي لم يفعله المشرع فهذا دليل قاطع على ان المشرع لم يقم وزناً لما ذهب اليه الفقه ولذلك استثنى في العنوان في اطار هذا المصدر المعاهدات الدولية او الاتفاقيات الدولية

## ولماذا وجدت المعاهدات او الاتفاقيات الدولية في المرتبة الاولى من المصادر؟

لان المشرع يقول في مطلع النص لا تسرى احكام المواد السابقة والمواد السابقة هي تلك التي وردت قبل نص المادة 24 القانون المدنى الاردنى الذى يشكل فى مجلتها هذه النصوص التشريع الذى يأتي فى المرتبة الثانية من مصادر القانون الدولى الخاص وهذا يعني فى المادة 24 المعاهدة الدولية عندما تكون نافذة فى المملكة تقدم على النصوص التشريعية وبما انها تقدم فهذا يعني بانها تعتبر المصدر الرسمى الاول وهذا يعني ان على القاضى اولاً فى قضيه تتنازع فيها القوانين من حيث المكان ان يتحقق فى ما اذا كان هناك معاهدات دوليه ترتبط فيها المملكة الاردنية الهاشمية تعالج موضوع الذى ينظر به واذا كان الجواب نعم فعندما يجب على القاضى الوطنى ان يطبق المعاهدة فان لم يوجد نص فى المعاهدات الدولية فعندما يعود الى تطبيق احكام التشريع التى تأتى فى المرتبة الثانية

### هناك انواع للمعاهدات الدولية :

فقد تكون المعاهدة الدولية معاهده ثانيه التكوين وقد تكون المعاهدة معاهدة شمولية عالمية مفتوحة لجميع دول العالم فتكون معاهده عالمية  
فإذا كانت ثنائية التكوين فهي تربط بين دولتين وإذا كانت متعددة الاطراف أي يكون فيها أكثر من دولتين وهذه الاتفاقيه متعددة الاطراف قد تكون شمولية اي بمعنى عالمية مفتوحة لجميع دول العالم وقد تكون المعاهدة معاهدة قارية اي ترتبط بدول في قاره معينة وابرزها معاهدة لاهافان الدوليه التي ترتبط بها قارة امريكا الجنوبيه

هل بتطبيق هذه المعاهدات من قبل القضاء الوطنى شروط معينة وهل يمكن ان يتعرض القاضى لتطبيق هذه المعاهدات الى اشكاليات معينه ؟

سيتم الإجابة عنه من خلال عنوان مشاكل تطبيق قاعدة الإسناد

المشكلة الاولى هي مشكلة موقع المعاهدة الدولية بالنسبة لأحكام القانون الداخلي  
والمشكلة الثانية هي اشكاليه شروط تطبيق المعاهدة الدولية من القاضى الوطنى  
والمشكلة الثالثة هي تعارض المعاهدات الدولية في ما بينها

لا نستطيع انا اتحدث عن اي مشكلة من هذه المشاكل بمعزل على المشاكل اخرى فهذه المشاكل تشكل مجتمعا اشكاليات يجب ان يكون لها حلول متكاملة وهي حلول مبنية على بعضها البعض فلو اتينا لتفصيلات **المشكلة الاولى موقع المعاهدة الدولية بالنسبة لأحكام القانون الداخلي** قد يبدو انها ليست مشكلة عظيمة في ضوء ما نصت عليه المشرع في نص المادة 24 من القانون المدنى الاردنى لأنه في هذا النص المشرع يقول صراحة لا تسرى احكام النصوص السابقة اذا وجد نص في قانون خاص او في معاهدة دولية سارية المفعول في المملكة الاردنية الهاشمية يتعارض معها مما يعني انه بموجب هذا النص انه عندما

تتعارض بنود او نصوص اتفاقية دولية ترتبط بها المملكة الأردنية الهاشمية سارية المفعول مع احكام القانون المدني الاردني فإن الأولوية في التطبيق ستكون لأحكام الاتفاقية ولكن المشكلة في الموضوع ان احكام القانون الداخلي لا تشمل فقط احكام القانون المدني فنص ماده 24 يعالج جانب معين من المشكلة ولكن لا يعالج جميع جوانب المشكلة فعندما تحدث عن احكام القانون الداخلي في اي دولة فإننا نجد في اطار هذا القانون الداخلي لاي دولة كانت "القانون الاساسي الدستور" وفي الهرم التشريعي للقانون يكون على راس هذا الهرم الدستور وفي التشريع الاردني في المرتبة الثانية وفي ذات الدرجة يوجد ما يسمى القانون العادي والقانون المؤقت وفي ادنى القانون العادي والمؤقت يوجد النظام وفي قاعدة الهرم يوجد لدينا التعليمات والاصل انه لا يجوز للتشريع الاردني ان يخالف تشريع الاعلى واذا وجدت هناك مخالفة او تناقض بين تشريع ادنى وتشريع اعلى فالاولوية في التطبيق للتشريع الاعلى ولعل المشرع في المادة 24 من القانون المدني الاردني قد حسم مساله موقع المعاهدة بالنسبة للقانون العادي والمؤقت بحيث اذا تعارض نص القانون المدني وهو قانون عادي مع احكام معاهده دوليه فالاولوية تكون للمعاهدة لكن هذا النص لم يقدم لنا حلاً في ما لو تعارض هذه المعاهدات مع احكام الدستور فلو تعارضت المعاهدات مع الدستور فإيهما اولى بالتطبيق؟ في اطار هذه المسالة يجب ان نتعرض اولاً من الموقف الفقهي من المسالة كما ان نتعرض الى موقف القضاء من المسالة لنصل الى نتيجة

في اطار الموقف الفقهي ففقه القانون الاساسي اي فقه الدستور وفقه القانون الدولي العام تعرضاه بشكل مباشر لمشكلة موقع المعاهدة بالنسبة لأحكام الدستور ففقه القانون الدولي العام في غالبيته يرى ان المعاهدة الدولية عندما تتعارض واحكام الدستور يجب ان تكون الأولوية للمعاهدة الامر الذي يعني بمفهومهم ان **المعاهدة الدولية تأتي على راس الهرم التشريعي ثم يأتي بعدها الدستور وعلى ما يقولون اذا تعارضت المعاهدة الدولية مع الدستور فان الاولوية تكون في التطبيق الاحكام المعاهدة الدولية وحاجتهم في ذلك انطلاقاً من قانون المعاهدات الدولية وقانون المعاهدات الدولية هي معاهده فيينا عام 1969 الخاصة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية ففي فقه القانون الدولي العام فالمعاهدة الدولية تسمى على احكام الدستور عند التعارض تكون الأولوية للمعاهدة الدولية**

**كيف يفسرون ذلك؟ يفسرون ذلك بما يلي :**

يقولون ان معاهده فيينا تفرض على الدول التي تدخل في معاهدات دولية بالنتيجة انه ستصبح المعاهدات جزءاً من القوانين في تلك الدولة وتفرض تلك المعاهدات على الدول تعديل قوانينها الداخلية بما يتواافق واحكام المعاهدة الدولية وبما ان الأمر كذلك هذا يعني فإن الأولوية في التطبيق للمعاهدة الدولية ولكن لو اردنا ان نتعمق قليلاً بما تمليه معاهدة فيينا فهل نفهم ظاهر ما ذهب اليه فقه القانون الدولي العام؟

فظاهرياً قد يبدو ان ما ذهب اليه فقه القانون الدولي العام امر صائب في التفسير لكن اذا تعمقنا قليلا سنجد ان التفسير عكسي فسنجد ان هذه المعاهدة تخشى من مسألة تعارض القوانين الداخلية مع المعاهدة الدولية التي ترتبط بها هذه الدولة ف تكون الأولوية في التطبيق لأحكام التشريع الداخلي على حساب المعاهدة الدولية ولأنها تخشى من ذلك فتلزم الدول بضرورة توفيق تشريعاتها الداخلية مع احكام المعاهدات الدولية حتى يكون هناك مجال لتطبيقها

اما فقه القانون الأساسي : فاجمع فقه القانون الأساسي بان المعاهدة الدولية تدنو احكام الدستور فذهب فقه القانون الأساسي على خلاف ما ذهب اليه فقه القانون الدولي العام ففقه القانون الأساسي يجعل المعاهدة ما بعد الدستور بحيث يبقى الدستور على راس الهرم التشريعي الامر الذي يعني بموجب هذا الاجماع انه في حال تعارض احكام معاهدة دولية ساريه المفعول في الاردن مع احكام الدستور فان الأولوية تكون احكام الدستور والحجة في ذلك ان صلاحية ابرام المعاهدات الدولية والاتفاقيات الدولية هي صلاحية منوطه بجلالة الملك بموجب احكام المادة 33/1 من الدستور وان هذه الصلاحية وباعتبار ان الملك هو راس السلطة التنفيذية يمارسها جلاله الملك من خلال وزرائه وبما ان هذه الصلاحية مستمدۃ من احكام الدستور فلا يجوز للحكومة بالنتيجة ان تأتي بأمر يخالف احكام الدستور اذ ان الدستور هو الذي يرتب هذه صلاحيات ولا يجوز لك حكومة ان تخالف احكام الدستور التي منحت هذه الصلاحية لها فلا يجوز عند تفويض شخص بأمر ما ان يخالف ذلك الشخص المفوض شروط التفويض الاصل طالما اننا نتحدث عن صلاحية منوطه للحكومة بموجب احكام الدستور لإبرام الاتفاقيات فالاصل ان تتقيد الحكومة بأحكام الدستور عند ابرام مثل هذه الاتفاقيات والمعاهدات فلا تدخل في معاهدة من شأنها ان تخالف احكام الدستور لكن فقه القانون الأساسي اختلف بعد ذلك بشأن موقع المعاهدة في ما يتعلق بأحكام القانون الداخلي الاخرى أي موقع المعاهدة بالنسبة للقانون العادي والموقت على الرغم من انه حسم من المادة 24 من قانون المدني الاردني فقسم يرى انه يجب ان تكون المعاهدات الدولية مساوية للقانون العادي وفي نفس الدرجة وجانب اخر يرى ان المعاهدات يجب ان تسمى على القوانين العادية والموقتة والذي يرى ان المعاهدة تساوي في الدرجة والرتبة القانون العادي حجتهم في ذلك المادة 33/2 من الدستور فيقولون ان اي معاهد او اتفاقية دولية من شأنها ان تحمل خزينة الدولة شيء من النفقات او من شأنها ان تمس حقوق المواطنين الاردنيين عامة كانت ام خاصه لابد من موافقة مجلس الامة عليها فكيف تكون موافقه مجلس الامة على المعاهدة ؟ ان مجلس الامة هو شق من السلطة التشريعية فالسلطة التشريعية تقوم على جلاله الملك من جهة ومجلس الامة من جهة اخرى ثم ان مجلس الامة يقوم على مجلسين مجلس الاعيان ومجلس نواب فعندما نتحدث عن مجلس الامة فإننا سنلاحظ بان هذا المجلس يقوم بدورين اساسيين دور تشريعي ودور رقابي اي يراقب على اعمال السلطة التنفيذية وعندما يقول المشرع الدستوري في المادة 33/2 بان المعاهدة الدولي التي من شأنها ان تمس بحقوق الاردنيين

عامة او خاصة او ان تحمل خزينة الدولة شيء من النفقات فلا بد من موافقة مجلس الامة فيجب ان نفهم من ذلك في ضوء صلاحيات مجلس الامة سواء من حيث التشريع او الرقابة وطالما نتحدث عن معااهده فإن الموافقة تعني الجانب التشريعي ونفهم من ذلك ان موافقة مجلس الامة على اي معااهدة كانت يجب ان تتعكس بموجب تشريع والتشريع الذي يأتي من السلطة التشريعية يسمى القانون العادي فالمعاهدة الموافق عليها بموجب احكام المادة 2/33 لا تكون هذه الموافقة الا بموجب تشريع يعطي قوه تنفيذية للمعااهدة الدولية على المستوى الداخلي فإن موافقه مجلس الامة تتعكس بتشريع لأن الاصل ان المعااهدة الدولية حتى تدخل حيز التنفيذ على المستوى الداخلي لابد من عرضها على مجلس الامه ضمن شرطين ان تحمل خزينة الدولة شيئا من النفقات او تمس بحقوق المواطنين وتعرض هذه المعااهدة على مجلس الامة مثلها كمثل مشاريع القوانين العادية الاخرى ويكون الموافقة بالتصويت على المعااهدة

## موقف القضاء من هذه المسألة :

ان العرف القضائي ذهب الى ان المعاهدة الدولية تدنو احكام الدستور وتسمى القوانين العادية المؤقتة وهذا العرف يتطابق مع فقه القانون الأساسي من حيث دنوهها من الدستور ويتفق مع الجانب الذي اتفق على سمو المعاهدات على القوانين

فالعرف القضائي أي نتكلم عن قانون ولكن ميزة العرف القضائي انه مكتوب فالعرف القضائي هو ما تواتر عليه احكام القضاء وهو ركن مادي في العرف القضائي ثم اعتقاد المحاكم بإلزامية هذا الحكم هو الركن المعنوي في العرف القضائي

فالمعاهدة الدولية تسمى احكام القانون العادي والموقت وتدنو الدستور فإذا تعارضت المعاهدة دولية مع احكام القانون الداخلي وكانت تلك الاحكام من الدستور فإن احكام الدستور هي التي تطبق اما اذا كانت متعارضة مع القانون العادي فالمعاهدات هي التي تطبق

**المشكلة الثانية :** هي اشكالية شروط تطبيق المعاهدة الدولية من القاضي الوطني :

متى يجب على القاضي الوطني ان يطبق المعاهدة الدولية بحيث اذا تعارضت المعاهدة الدولية مع احكام القانون الداخلي وهو الدستور فيطبق الدستور اذا تعارضت مع قانون عادي تطبق المعاهدة ؟

تتمثل شروط تطبيق معاهدة دولية بما يلي :

1- ان تكون المعاهدة سارية المفعول على مستوى دولي

2- يجب ان تكون المعاهدة الدولية سارية المفعول على مستوى داخلي

ولعل توافر الشرط الثاني دليل على توافر الشرط الأول ، فكيف يتحقق القاضي الوطني من الشرطين ؟

فيما يتعلق بالشرط الأول فإن الية التحقق دخول المعاهدة حيز التنفيذ دولياً تتمثل بالرجوع الى احكام المعاهدة الدولية ذاتها اذ في معظم الأحيان تنص المعاهدة الدولية على الية وكيفية دخولها حيز التنفيذ دولياً فمثلاً اتفاقية فيينا الخاصة بالبيوع الدولية تشمل احكام موضوعية فيما يتعلق بعقود البيع الدولي فتتضمن احكام تتعلق بالإيجاب والقبول وتحدد عن التزامات البائع والمشتري كما تتحدث عن المسؤولية العقدية وما يترب من جراءات في حال الالخلال بالبيع الدولي

واتفاقية فيينا 1980 دخلت حيز التنفيذ دولياً في عام 1988 لأن هذه الاتفاقية تشرط دخولها حيز التنفيذ ان يصادق عليها 10 دول مختلفة وبورود التصديق العاشر تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ بمرور شهر من اخر تصديق فكان التصديق العاشر لفرنسا وكان في اذار 1988 وخلال شهر دخلت حيز التنفيذ في نيسان 1988

وكل معاهدة تتضمن شروطاً لدخولها حيز التنفيذ دولياً ، فيكفي على القاضي لمعرفة ان المعاهدة سارية المفعول دولياً ان يعود لأحكام المعاهدة ذاتها

اما الشرط الثاني ان تكون المعاهدة سارية المفعول على المستوى الداخلي : ويتتحقق القاضي من هذا الشرط بالرجوع الى احكام الدستور الاردني فبموجب احكام الدستور الاردني في المادة 2/33 يبحث القاضي عن موافقة مجلس الامة فيبحث القاضي عن التشريعات العادلة اذا كان هناك قانون عادي يعطي قوة تنفيذية لتلك المعاهدة ، وتوافر الشرط الثاني له دليل قطعي على توافر الشرط الأول ، وفي حال كانت المعاهدة لا تحتاج التصديق فيتأكد القاضي من سريانها في الاردن من خلال البحث عن قرارات الحكومة ولكن بالمجمل المعاهدات التي لا تحتاج الى تصديق هي عبارة عن بروتوكولات دولية تتعلق بأمور سياسية تنظيمية كأن يأتي بروتوكول يحدد كيفية استقبال وزير او رئيس في حالة زيارة الدول لبعضها ولا تعنينا في موضوعات القانون الدولي الخاص

### المشكلة الثالثة : تعارض المعاهدات الدولية في ما بينها :

يستحيل ان تظهر هذه المشكلة الا اذا تعلق الامر بوجود معاہدتين ساريتي المفعول داخلياً في الأردن أي قد يصدق ان يجد القاضي الوطني ان هناك معاہدة صادق عليها الأردن ويفاجئ بوجود معاہدة أخرى صادق عليها الأردن فيجد القاضي نفسه في مواجهة معاہدتين متعارضتين بينهما فكيف سيخرج القاضي الوطني من مشكلة تنازع المعاهدات فيما بينها

حتماً التنازع يكون في المعاهدات التي دخلت حيز التنفيذ ، والاصل العام اعمال قواعد تعارض النصوص القانونية فيما بينها وهي اللاحق ينسخ السابق ( الإلغاء الضمني ) ولا يعمل بهذه القاعدة الا اذا تعارض حكماً قانونياً قديم مع اخر جديداً من نفس النوع والمستوى كتنازع نص قانوني يحتوي حكماً خاصاً مع اخر يحمل حكماً خاصاً فعندما يطبق الجديد وفي حال اختلاف الاحكام كنص قانوني يحتوي حكماً عاماً مع نص قانوني يحتوي حكماً خاصاً فالأولوية بالتطبيق يكون للحكم الخاص وهذه ضمن قاعدة الخاص أولى بالتطبيق والتنازع بين المعاهدات أي تعارض قانونيين داخليين عاديين يعطيان قوة تفويضية لمعاهدتين دوليتين متناقضتين في مضمونهما ، فهل يطبق هذه القواعد ؟

الأصل العام هو تطبيق هذه القواعد ولكن في هذه الحالة فيستحيل على القاضي العمل بهما لأن ذلك يعود الى قانون المعاهدات الدولية – معاہدة فيينا 1969 – لأن قانون المعاهدات الدولية عالجت تعارض المعاهدات الدولية فيما بينها وقررت ما يلي :

في حال تعارض معاہدتين دوليتين من ذات المستوى في الاحكام فإن المعاهدة الجديدة هي الأولى في التطبيق دون ان تلغى هذه المعاهدة المعاهدة القديمة ( اما في القانون عندما يتعارض قانونين فالجديد يلغى القديم وهذا لا يطبق على المعاهدات )

وفي حال ان كان التعارض بين معاہدتين مختلفتين في المستوى أي ان معاہدة تتضمن احكام عامة وأخرى تتضمن احكام خاص فإن المعاهدة التي تتضمن احكام خاصة هي الأولى بالتطبيق بغض النظر ان كانت المعاهدة القديمة او الجديدة

ولكن أي التواريخ التي يؤخذ بها بعين الاعتبار لتطبيق هذه القواعد ؟

لنفترض ان معاہدة دخلت حيز التنفيذ دولياً في عام 1980 وتعارضت مع معاہدة أخرى دخلت حيز التنفيذ دولياً في عام 1975 وكانت المعاهدة التي دخلت حيز التنفيذ عام 1975 مصادق عليها من قبل الأردن في عام 2000 و معاہدة الـ 1980 صادق عليها الأردن عام 1999 فهل نأخذ التاريخ الدولي ام الداخلي ؟

ما يؤخذ بعين الاعتبار هو تواريخ دخول المعاهدات الدولية حيز التنفيذ على المستوى الداخلي

## 2- التشريع :

عندما نقول التشريع هو مصدر رسمي ثانٍ في القانون الدولي الخاص أي التشريع الذي يرتبط بموضوع بموضوعات القانون الدولي الخاص لأنه لا يوجد لدينا كود للقانون الدولي الخاص في الأردن وإنما نقول تشريع القانون الدولي الخاص مجازاً للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التي نجدها مبعثرة من أكثر من فرع قانوني وترتبط بموضوعات القانون الدولي الخاص ومن هذا القبيل يعتبر القانون الدولي الخاص قائم على أساس قواعد الإسناد التي أوردها المشرع في القانون المدني الأردني وقانون التجارة الأردني - 2/130 التي تتعلق بأهلية ساحب سند السحب- وقانون الجنسية الأردنية وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية وقانون أحكام الموطن والقوانين التي ترتبط بمرافق الأجانب وحقوقهم ، فلا يوجد بالأردن كود تحت مسمى القانون الدولي الخاص الأردني

فما هو الأساس لاعتبار التشريع المصدر الرسمي الثاني في القانون الدولي الخاص ؟

هو ذات الأساس الذي أشرنا إليه بالنسبة للمعاهدة الدولية باعتبارها المصدر الرسمي الأول هو ذات الأساس الذي اعتبرنا منه التشريع مصدر رسمي ثانٍ - المادة 24 من القانون المدني الأردني -

### 3- مبادئ القانون الدولي الخاص :

مبادئ القانون الدولي الخاص تعتبر ذو خصوصية وهذه الخصوصية تتمثل في ان القانون الدولي الخاص الأردني - التشريع الأردني - نص صراحة على اعتبار هذه المبادئ من بين مصادر القانون الدولي الخاص الرسمية وهذه الخصوصية تميز بخصوصية فخصوصية الخصوصية - أي خصوصية المبادئ - انها ترتبط بموضوع محدد من موضوعات القانون الدولي الخاص وهو موضوع تنازع القوانين من حيث المكان ولعل الدليل على هذه الخصوصية وخصوصية هذه الخصوصية ما جاء في نص المادة 25 من القانون المدني الأردني الذي يشكل الأساس القانوني لمبادئ القانون الدولي الخاص كمصدر رسمي من بين مصادره التي تنص على ( **تبعد مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين** ) ففي البداية قلنا ان مبادئ القانون الدولي الخاص تعتبر ذات خصوصية اذ انها تعتبر مصدر من المصادر الرسمية الصريحة بحسب ما نصت عليه المادة 25 فالتشريع الوحيد في الأردن الذي ينص على اعتبار مبادئ القانون من بين المصادر المعتمدة هو نص المادة 25 ثم ان خصوصية هذه الخصوصية أي خصوصية مبادئ القانون الدولي الخاص محدد من حيث الموضوعات بتنازع القوانين من حيث المكان ودليلنا ان المشرع قال في النص ( فيما لم يرد بشأنه في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين ) وعلى هذا يفهم بأن هذه المبادئ لا يمكن اللجوء لها اطلاقاً عندما يتعلق الامر بأي موضوع اخر من موضوعات القانون الدولي الخاص فهي حصرية لتنازع القوانين من حيث المكان ونلاحظ من نص المادة 25 ان هذه المبادئ تأتي في المرتبة الثالثة من المصادر الرسمية بعد المعاهدة الدولية والتشريع ونفهم ذلك من خلال ترتيب النصوص القانونية في المادة 24 نص المشرع على انه ( لا تسري احكام المواد السابقة اذا وجد نص في قانون خاص او في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها ) فوجدنا بموجب نص المادة 24 ان المعاهدة الدولية هي الأولى والتشريع هي المصدر الثاني ، وفي المادة 25 اذا لم يوجد نص في المواد السابقة أي في معاهدة دولية او تشريع داخلي فيجب اعمال مبادئ بقانون الدولي الخاص

### و ما هو المقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص ؟

المشرع لم يعرف في المادة 25 بمبادئ القانون الدولي الخاص بل اكتفى بذكر مرتبة هذه المبادئ بالنسبة للمصادر فكان لا بد لنا من ان نبحث عما اراده المشرع من المبادئ وكان الوسيلة المتاحة لنا هي المصدر الرسمي التفسيري المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني

والمصادر اما رسمية او غير رسمية تفسيرية استرشادية والمذكرات الايضاحية هي مصدر رسمي تفسيري والمصدر الرسمي التفسيري أي ان المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني تم وضعها من قبل ذات اللجنة التي كلفت في حينها بوضع مشروع القانون المدني الاردني فوضعت مذكرات ايضاحية لذات المشروع وأصبحت تعرف بمذكرات ايضاحية للقانون المدني الاردني فهي رسمية من حيث جهة وضعها فمعنى مصدر رسمي تفسيري أي ان الذي وضع المذكرات ذات اللجنة التي وضع مشروع القانون المدني ولم توضعه الفقه والمعنى " بتفسيري " أي ان المذكرات الايضاحية لا ترقى الى درجة القانون فهي غير ملزمة والقاضي غير ملزم بتطبيقها لذلك نقول عنها مصدر رسمي تفسيري أي رسمية من حيث من وضعها وتفصيرية أي لا ترقى لدرجة القانون

وفي المذكرات ذكرت ان ما تنص عليه المادة 25 من القانون المدني الاردني تقابل ما تنص عليه المادة 1/103 من الدستور

فواضعي مشروع القانون المدني الاردني كانت متتبهة ومتيقنة بوجود المادة 1/103 من الدستور وعلى الرغم من تتبههم من ذلك الا انهم ربوا مصادر قانون الدولي الخاص بطريقة تتعارض ونص المادة 1/103 من الدستور فجعلت المعاهدة مصدر رسمي اول والتشريع مصدر رسمي ثانى والمبادئ مصدر ثالث والعرف مصدر رابع وقواعد العدالة مصدر رسمي خامس ، فكيف للجنة المتتبهة للمادة 1/103 من الدستور ان تضع المصادر بطريقة تخالف المادة 1/103 من الدستور ولعل السبب يعود الى ان اعضاء اللجنة التي وضع مشروع القانون المدني الاردني لم يوجد فيها من هو متخصص فيها بالدستور

والمشكلة ان ما ذكر في المذكرات بأن المادة 25 من القانون المدني الاردني تقابل المادة 1/103 من الدستور يعني ان مبادئ القانون الدولي الخاص هو ذاته العرف الدولي فهل هذا صحيح ؟

ان كان الامر كذلك فلم الحاجة للمادة 25 ؟ فالمشرع ذكر العرف كمصدر في المادة 2 من القانون المدني الاردني أيعقل ان يكرر المشرع ان العرف مصدر في مادتين ؟

اذا كان كذلك فهذا لغو تشريعي ، الامر الذي دفع البعض لتفسير مبادئ القانون الدولي الخاص بأمر اخر فبعض الفقه يرى ان مبادئ القانون الدولي الخاص لا يمكن ان تكون هي ذاتها العرف بل قالوا – واطئوا هم ايضاً – ان المبادئ هي المعاهدات الدولية ولو كان الامر كذلك لكان المشرع قد وقع في لغو تشريعي مرة أخرى لان المشرع نص صراحة وفي المادة 24 على المعاهدة الدولية كمصدر

وبعد البحث بأحكام الفقه واحكام القضاء المقارن وبعض المعاهدات الدولية نجد ان من بين مبادئ القانون الدولي الخاص مبدأ مهم يتعلق بمفهومها حيث وافق لهذا المبدأ المستقر لمبادئ القانون الدولي الخاص حول مفهومها يقول :

**مبادئ القانون الدولي الخاص :** هي مجموعة النظريات الراجحة والراسخة والأكثر انتشاراً وشيوعاً بين أكثر دول العالم في إطار تنازع القوانين من حيث المكان ويكون للمعاهدات الدولية وأحكام الفقه وأحكام القضاء والعرف الدور الأكبر للكشف عنها

ونفهم من ذلك ان مبادئ القانون الدولي الخاص ليست هي العرف ولا المعاهدات الدولية ولا أحكام الفقه ولا أحكام القضاء وإنما نفهم من مفهوم هذه المبادئ ان المعاهدات الدولية والعرف والمصادر التفسيرية من حكم او قضاء تعتبر مصادر كاشفة وليس منشأة عن مبادئ القانون الدولي الخاص ومن اهم مبادئ القانون الدولي الخاص : الغش نحو القانون كمانع من مواطن تطبيق القانون الواجب التطبيق و الحل الذي قيل بشأن التنازع المترافق

هل نفهم من خلال هذا المفهوم ان هناك تناقض او توافق بين مفهوم هذه المبادئ وبين كون المعاهدة الدولية مصدر رسمي اول والعرف مصدر رسمي رابع ؟ وبين اعتبار هذه المبادئ من المصادر الرسمية والفقه والقضاء من المصادر الغير رسمية ؟

عندما تحدثنا على سبيل المثال المعاهدة الدولية كمصدر رسمي اول كان هناك شروط لتطبيق المعاهدة كمصدر رسمي بأن تكون سارية المفعول دولياً وداخلياً ولكن ان انتفت هذه الشروط فلا مجال للتحدث عن تطبيق المعاهدة الدولية بل سيتم تطبيق التشريع وإذا لم يجد القاضي نص تشريعي في إطار مسألة تنازع فيها القوانين من حيث المكان سيكون لزاماً عليه تطبيق مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص فإذا أراد القاضي البحث عن مبدأ من بين هذه المبادئ فما هي الوسائل المتاحة له للبحث عن هذا المبدأ ؟

لا يوجد ما يمنع اطلاقاً ان يرى القاضي الوطني فيما اذا كان هناك معاهدة دولية لم تدخل حيز التنفيذ لا على مستوى دولي او داخلي ان ينظر فيها ليرى ان كان من شأنها ان تكشف عن مصدر او مبدأ مهم من مبادئ القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين من حيث المكان بحيث اذا ما وجد مثل هذه الإشارة في تلك المعاهدة لمثل هذا المبدأ يكون تطبيقه لهذا المبدأ على أساس ما أورده المشرع في نص المادة 25 ولا يكون على أساس معاهدة دولية فيكون تطبيقه للمعاهدات الدولية بحسب نص المادة 25 من خلال ما كشفت عنه المعاهدة الدولية غير نافذة المفعول وما يصح قوله للمعاهدة الدولية يصح قوله للعرف فلو كان العرف مصدر رسمي رابع في الترتيب ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي من ان يرى كيف يعالج العرف مسألة تنازع القوانين من حيث المكان في موضوع محدد بحيث يمكن ان يشير هذا العرف الى مبدأ مستقر من مبادئ القانون الدولي الخاص فيكون تطبيقه للمبدأ الذي كشف عنه العرف بناء على المادة 25 وليس على أساس العرف الذي ذكر عنه في المرتبة الرابعة من المصادر القانون الدولي الخاص وكذلك بالنسبة للفقه والقضاء

تنازع القوانين من حيث المكان :

## 1- مفهوم تنازع القوانين من حيث المكان وتطوره التاريخي :

تنازع القوانين من حيث المكان : تنافس قانونين او اكثر لأكثر من دولة لحكم علاقة دولية خاصة في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان

بدأت هذه المشكلة في القرن 13 حتى عصرنا الحالي وتقسم إلى شقين :

1- **نظيرية الأحوال** : نظرية تتضمن مجموعة من الحلول سادت بين القرن 13 لغاية القرن 18 وان نظرية الأحوال في حقيقتها ليست نظرية لأنها نظرية تقوم على أساس حلول قدمت على السنة مدارس في تلك الحقبة ما بين القرن 13 و 18 وبما أنها ليست نظرية حقيقة فإن هذه الحلول التي قدمت على السنة تلك المدارس في تلك الفترة فلا يمكن توجيه اسهم الانتقاد لها فلا يمكن انتقاد تلك الحلول لأنها ليست في حقيقتها نظرية

2- **النظرية العامة في إطار تنازع القوانين من حيث المكان - النزعة العالمية** - : وسادت بين القرن الـ18 إلى عصرنا الحالي وهي نظرية حقيقة بدأت بالتبور في ضوء مدارس قانونية مختلفة واثرت في تشريعات عديدة معاصرة وبما أنها نظرية حقيقة فيمكن توجيه لها بعض الانتقادات

1- **نظيرية الأحوال** : تقوم على مجموعة حلول قيلت من قبل مدارس قانونية مختلفة بين الحقبة الممتدة من القرن 13 إلى القرن 18 ومن أهم المدارس :

1- المدرسة الإيطالية القديمة

2- المدرسة الفرنسية القديمة

3- المدرسة الإنكليزية والهولندية

1- **المدرسة الإيطالية القديمة** : قدمت 3 حلول في إطار تنازع القوانين من حيث المكان :

1- **القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية** : ان الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل , مثال : لو ارددنا تطبيق هذا الحل في قضية تتعلق بفعل ضار بحيث قد وقع فعل ضار من شخص عراقي على شخص سوري على الأراضي الأردنية يكون القانون الواجب التطبيق القانون الأردني شريطة ان يكون الفعل الضار ذو طبيعة جزائية , في بعض الأفعال التي توصف كأفعال ضارة قد لا تشكل جريمة جزائية الامر الذي يعني ان كل جريمة جزائية تشكل فعل ضار ولكن ليس كل فعل ضار يشكل جريمة جزائية , مثال على فعل ضار يشكل جريمة جزائية كحادث السير اما الفعل الضار الذي لا يشكل جريمة جزائية كطلاق التعسفي

فهذه المدرسة عالجت الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية فقط ولا يمكننا انتقاد المدرسة الإيطالية لعدم كونها نظريات حقيقة

**2- القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية :** حيث وبموجب هذه المدرسة تخضع الحقوق العينية لقانون موقع المال ، مثال : فإذا ثار نزاع بين سوري واردني على ملكية عقار في تركيا فإن القانون الواجب التطبيق لتحديد المالك فهو القانون التركي ، ان الحقوق العينية نوعين : حقوق عينية اصلية حق الملكية والانتفاع والتصرف والوقف والمغارسة وغيرها وحقوق عينية تبعية التي تدور وجوداً وعديماً مع الحقوق الشخصية كالرهن التأميني والحيازي وحقوق الامتياز ونقصد بالحقوق العينية : السلطة المباشرة التي يمنحها القانون لشخص ما على شيء ما مادي ، ومادي أي تتحدث عن مال والمال هو كل حق او عين له قيمة مادية في التعامل والمدرسة الإيطالية كانت تقصد الحقوق العينية التبعية والحقوق العينية الصلبة وما ذهبت هذه المدرسة من حل فهو حل منطقي فلا يمكن ان ترتبط الحقوق العينية الا على مال فالأفضل هو ارتباط القانون الواجب التطبيق بموقع المال

**3- القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية :** ان الالتزام التعاقدية يتضمن الشروط الموضوعية والشروط الشكلية والمسؤولية العقدية

فالعقد يقوم على شروط موضوعية ترتبط باركان العقد التي هي التراضي والمحل والسبب وعلى ذلك فإن الشروط الموضوعية هي التي ترتبط بأركان العقد من قبيل الاهلية في اطار التراضي وخلو الإرادة من عيوب الإرادة ومن الشروط الموضوعية التي ترتبط بال محل بحيث يكون المحل موجود او قابل للوجود ومعين تعيناً غير نافياً للجهالة الفاحشة وان يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام وان يقبل حكم العقد ومن الشروط الموضوعية التي ترتبط بالسبب ان يكون هناك سبب مشروع ويميز المشرع بين السبب المباشر وغير مباشر السبب الدافع المنفعة المشروعة التي افترض المشرع وجودها كقرينة قانونية ولكن قبل اثبات العكس

اما الشروط الشكلية في الالتزام التعاقدية هي التي تعني ان العقد لا ينعقد انعقد صحيح الا باحترام الشكلية كأن يتعلق العقد ببيع عقار او يتعلق العقد ببيع مال منقول فهذه العقود لا تتعقد الا باحترام شكلية معينة

وفي حال اخلال أي من المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية فهذا يعني قيام مسؤولية عقدية

فالمسؤولية المدنية على نوعين : مسؤولية مدنية على أساس الفعل الضار ومسؤولية مدنية على أساس مسؤولية تعاقدية تنشأ بسبب اخلال احد المتعاقدين بالتزاماته

نلاحظ ان المدرسة الإيطالية القديمة قدمت الحل الذي يتعلق بالالتزام التعاقدية ضمن شقين :

**1- شق يتعلق بالشروط الموضوعية والشكلية :** تخضع الى قانون الذي انعقد فيه العقد

**2- وشق المسؤولية التعاقدية :** تخضع الى قانون البلد الذي كان يجب ان ينفذ فيه الالتزام تنفيذاً صحيحاً فهذا الحل يتضمن سيناروهين : أ- عدم تنفيذ الالتزام اطلاقاً : كشخص اردني اتفق مع تاجر فرنسي على استلام بضاعة منه في الأردن وفي حال لم ينفذ الفرنسي الالتزام فيكون القانون الأردني هو واجب التطبيق - ب- تنفيذ الالتزام بطريقة معيبة : أي في نفس المثال ولكن

الفرنسي سلم البضاعة ولكن ليست مطابقة للمواصفات فتكون القانون الواجب التطبيق الأردني

**مقارنة بين حلول المدرسة الإيطالية القديمة والمشرع الأردني :**

**الحل الأول : الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية :**

المدرسة الإيطالية : اخضعت الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية الى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل

المشرع الأردني – المادة 1/22 في القانون المدني الأردني - : ان الفعل الضار هو مصدر التزام غير تعاقدي واخضع المشرع الأردني الالتزامات الغير تعاقدية الى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل

**الفرق بين الحل الإيطالي والمشرع الاردني :** المشرع الأردني توافق مع المدرسة الإيطالية في تطبيق القانون الذي وقع فيه الفعل الضار ولكن الاختلاف ان المدرسة طبقت هذا الحل على الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية اما المشرع الأردني فلم يفرق بين فعل ضار ذو طبيعة جزائية ام لا

**الحل الثاني : القانون الواجب التطبيق في الحقوق العينية :**

المدرسة الإيطالية القديمة : اخضعت هذه الحقوق الى قانون موقع المال

المشرع الأردني – المادة 19 في القانون المدني الأردني - : اخضع المشرع الحقوق العينية التي ترتبط بعقار الى قانون موقع المال

اما الحقوق العينية التي ترتبط بمنقول فيخضع لقانون موقع المنقول الذي كان سائداً لحظة تحقق السبب الذي أدى الى تولد الحق بالنسبة لمن يدعيه او فقده

**الفرق بين الحل الإيطالي والمشرع الأردني :** هناك تطابق جزئي لأن المدرسة الإيطالية اخضعت الحقوق العينية لموقع المال دون ان تميز بين حقوق عينية ترتبط بعقار وأخرى ترتبط بمنقول بين المشرع الأردني ميز بين الحقوق العينية التي ترتبط بعقار فاخضعتها الى ذات القانون التي ذهبت اليه المدرسة الإيطالية بحلها والحقوق العينية التي ترتبط بمنقول فاخضعتها الى قانون موقع المال المنقول لحظة تحقق السبب الذي أدى الى تولد الحق العيني او فقده الذي لم تأتِ اليه المدرسة الإيطالية بحلها والامر الذي يعني ان المشرع تنبه لمشكلة التنازع المتحرك وقرر ان يكون القانون الواجب التطبيق في اطار الحقوق العينية التي ترتبط بمنقول فقرر ان يكون هذا القانون هو قانون موقع المنقول وليس أي موقع للمنقول بل الذي كان سائداً لحظة تحقق السبب الذي أدى الى تولد الحق بالنسبة لمن يدعيه او فقده

### الحل الثالث : قانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية :

المدرسة الإيطالية القديمة : ساوت بين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية اذ تخضع الى قانون الذي انعقد فيه العقد ووضعت حلاً اخر يتعلق بالمسؤولية العقدية وهو تخضع الى قانون البلد الذي كان يجب ان ينفذ فيه الالتزام تنفيذاً صحيحاً

المشرع الأردني - المادة 20 و 21 في القانون المدني الأردني - : في المادة 20 تساوي بين القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية والشروط الموضوعية ورتب المشرع ضوابط اسناد بشكل متدرج :

أ- الإرادة : إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق

ب- قانون موطن المتعاقدين في حال كان هناك بلد مشترك للمتعاقدين

ج- قانون البلد الذي انعقد فيه العقد

في المادة 21 وضع المشرع خيارات مختلفة للقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية

الفرق بين الحل الإيطالي والمشرع الأردني : ساوت المدرسة الإيطالية بين الشروط الشكلية والموضوعية في قانون واجب التطبيق بينما أعطت المسؤولية العقدية حلاً اخر

يطبق قانون البلد الذي انعقد فيه العقد : عند المدرسة الإيطالية يطبق في الشروط الشكلية والموضوعية

عند المشرع الأردني يطبق على الشروط الموضوعية والمسؤولية العقدية كحل ثالث في حال انعدمت إرادة المتعاقدين ولم يكن هناك بلد مشترك بين المتعاقدين فالتطابق هو تطابق نسبي جزئي

اما في الشروط الشكلية فكان هناك تطابق جزئي بين المشرع الأردني والمدرسة الإيطالية فاتفقا على ان قانون انعقاد العقد هو القانون الواجب التطبيق وكان الاختلاف ان المدرسة الإيطالية ساوت بين القانون الواجب التطبيق بين القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية اما المشرع الأردني وضع خيارات مختلفة منفردة فقط للشروط الشكلية للقانون الواجب التطبيق

**ملاحظة :**

\*\* ان القانون الواجب التطبيق في الحلول التي قدمتها المدرسة الإيطالية بماهيتها هو قانون إقليمي فلو نظرنا الى القانون الواجب التطبيق في الفعل الضار ذو الطبيعة الجزائية هو قانون إقليمي استناداً الى مكان وقوع الفعل الضار ولو نظرنا الى قانون الواجب التطبيق في الحقوق العينية فنلاحظ انها تخضع لقانون موقع المال فهو قانون إقليمي و اذا نظرنا الى قانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية سواء على الشروط الموضوعية او الشكلية او المسؤولية العقدية فنلاحظ انه قانون إقليمي لكن إقليمي استناداً لمكان انعقاد العقد في الشروط الموضوعية والشكلية واقليمي لمكان البلد الذي كان يجب ان ينفذ فيه الالتزام تنفيذاً صحيحاً بالنسبة للمسؤولية العقدية

## 2- المدرسة الفرنسية القديمة :

حاولت هذه المدرسة ان تضع نظرية عامة في تنازع القوانين من حيث المكان لكنها لم تنجح في ذلك بالرغم من ذلك يسجل لهذه المدرسة انها قسمت الأحوال الى **أحوال شخصية** التي ترتبط بالشخص **الأهلية** **واحوال مالية** **كالأحوال العينية** التي تتعلق بالمال كما اضافت المدرسة **أحوال تسمى الأحوال المختلطة** وهي التي تجمع ما بين الأحوال الشخصية والمالية **كأهلية التصرف بعقار** ، ففي بعض دول العالم هناك تفريق بين **أهلية التصرف بمنقول** **واهلية التصرف بعقار** نظراً لأهمية العقار في الحياة الاقتصادية لذلك بعض التشريعات تضع سن **أهلية للعقار اكبر من سن الاهلية للتصرف** كجعل عمر التصرف بمنقول 18 والتصرف بعقار 22 سنة

والحلول التي ترتبط بهذه المدرسة ترتبط بهذا التقسيم :

1- حل يرتبط بقانون الأحوال الشخصية : فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يخضع لموطنه الشخص فكانت أداة ربط الشخص بدولة ما من خلال موطنه لأن فكرة الجنسية لم تكن ظهرت في تلك الفترة وفي عصرنا الحالي عندما نتحدث عن القانون الشخصي للشخص فترتبط هذا القانون للشخص من خلال جنسيته اما في الحقبة السابقة فكان ربط الشخص بدولة ما بموطنه فكان الحل لهذه المدرسة ان القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية مرتب بموطنه الشخص وهو قانون إقليمي

2- حل يرتبط بقانون الأحوال المالية : فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يرتبط بقانون موقع المال وهو قانون إقليمي

3- اما الحل الذي يرتبط بالأحوال المختلطة : فالقانون الواجب التطبيق هو قانون موقع المال فتعتبر المدرسة موقع المال - عنصر الإقليم - اقوى من العنصر الذي يرتبط بالشخص - اهليته ان المدرسة الفرنسية تركز في حلولها على القانون الإقليمي

## 3- المدرسة الهولندية والمدرسة الإنكليزية :

حدّتنا الحل لمشكلة تنازع القوانين من حيث المكان بما يسمى بضرورة إعمال مبدأ إقليمية القانون فالقانون الذي يجب أن يطبق هو القانون الإقليمي واستثناء يمكن تطبيق قانون اجنبي على ما يسمى **بالمجاملة الدولية** أي الذي يسمى في العصر الحالي بمبدأ المعاملة بالمثل وهو شرط سياسي اكثر من كونه شرط قانوني

مفاد هذه المدرسة حسب ما قدمت من حل انه اذا وقع فعل ضار من شخص سوري على اردني في الاراضي السعودية فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع في الفعل الضار وهو القانون السعودي ، الامر الذي دفعنا للتساؤل : هل الحقيقة ان المقصود بالقانون الإقليمي بالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي وقع فيه الفعل ؟

اذا افترضنا ان الفعل الضار الذي وقع من السوري على الأردني في الأراضي السعودية وكان النزاع ينظر به من المحاكم السعودية فإن القاضي السعودي حسب هاتين المدرستين سيطبق القانون السعودي ولكن لو افترضنا جدلاً ان الدعوى رفعت امام الأردنية بدلاً من السعودية وبفرض ثبوت الاختصاص أي ان يقبل المدعي عليه القضاء الأردني فما هو القانون الواجب التطبيق؟

اذا كان فهمنا لمبدأ إقليمية القانون على أساس مكان وقوع الفعل الضار فسيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون السعودي ولكن الا يشكل تطبيق القانون السعودي قانوناً اجنبياً بمواجهة القاضي الأردني؟

فالنتيجة هو قانون اجنبي بالنسبة للقاضي الأردني ، و اذا قام القاضي بتطبيق القانون السعودي الا يكون هذا التطبيق وفقاً لما يسمى بالمحاجمة الدولية؟

نعم يكون وفقاً لما يسمى بالمحاجمة الدولية ، ويعني ذلك انه يكون استثناء على تطبيق الحلول لتلك المدارس ، لأنه استثناء يمكن تطبيق القانون الأجنبي اعمالاً لمبدأ المحاجمة الدولية فتطبيق القانون الوطني للقانون السعودي سيكون على أساس المحاجمة الدولية وسيكون هذا الأصل العام علماً بأن تطبيق القانون الأجنبي هو امر استثنائي أي يمكن ان يطبقه القاضي او لا يطبقه

الامر الذي يدفعنا الى ان مبدأ إقليمية القانون الذي قصدت به المدرستان هو مبدأ إقليمية القانون على أساس مكان رفع الدعوى اذا رفعت الدعوى في المحاكم الأردنية فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني وهو قانون إقليمي وهذا الأصل العام للمدرستين فتطبيق القاضي الأردني للقانون الأردني على أساس ان الدعوى رفعت امام المحاكم الأردنية في الأراضي الأردنية فهو تطبيق الأصل العام لتلك المدرسة ويستطيع القاضي ان يطبق القانون السعودي على أساس مكان وقوع الفعل الضار لا على أساس إقليمية القانون وانما على أساس مبدأ المحاجمة الدولية (فالأصل تطبيق القانون على أساس مكان رفع الدعوى واستثناء تطبيق القانون الأجنبي وفق لما يسمى بالمحاجمة الدولية )

فإقليمية القانون حسب تلك المدارس هو مبدأ إقليمية القانون رفع الدعوى ومن خلال هذا التفسير فإننا نواجه مشكلة تتعلق بتفريغ موضوع تنازع القوانين من حيث المكان من مضمونه ، اذا ان اذا سرنا في كل الأحيان على اعتبار ان القانون الواجب التطبيق هو القانون المحكمة التي تنظر النزاع استناداً الى مبدأ إقليمية قانون مكان نظر رفع الدعوى فهذا يعني بالضرورة انه هناك مصادرة لموضوع تنازع القوانين من حيث المكان فلن تكون هناك فائدة مرجوة لما يسمى قواعد الاسناد لأن حسب فهمنا لحلول هذه المدرستين فإن القانون المطبق هو قانون مكان رفع الدعوى

فخلاصة القول ان تلك المدرستين تعتبران ان حل مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان لا يكون الا باعمال قانون مكان رفع الدعوى وهو قانون إقليمي مع إمكانية تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لما يسمى بمبدأ المحاجمة الدولية الذي يسمى في عصرنا الحالي بمبدأ المعاملة بالمثل .

## نظريّة الأحوال

المدرسة الإيطالية القديمة قدمت 3 حلول :

- 1- القانون الواجب التطبيق على الفعل الصار ذو الطبيعة الجزائية : ويخصّع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل
- 2- القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية : تخضع الحقوق العينية لقانون موقع المال
- 3- القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية :
  - أ - الشروط الموضوعية والشكلية : تخضع إلى قانون الذي انعقد فيه العقد
  - ب - المسؤولية التعاقدية : تخضع إلى قانون البلد الذي كان يجب أن ينفذ فيه الالتزام تنفيذاً صحيحاً

المدرسة الفرنسية القديمة قسمت الأحوال إلى أحوال شخصية وأحوال مالية وأحوال مختلطة وقدمت 3 حلول :

- 1- حل يرتبط بقانون الأحوال الشخصية : فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يخصّع لموطنه الشخص
- 2- حل يرتبط بقانون الأحوال المالية : فالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يرتبط بقانون موقع المال
- 3- حل الذي يرتبط بالأحوال المختلطة : فالقانون الواجب التطبيق هو قانون موقع المال

المدرسة الهولندية والمدرسة الإنكليزية : المدرستين تعتبران أن حل مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان لا يكون إلا باتّصال قانون مكان رفع الدعوى وهو قانون إقليمي مع إمكانية تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لما يسمى بمبدأ المراجعة الدوليّة الذي يسمى في عصرنا الحالي بمبدأ المعاملة بالمثل

## 2- النظرية العامة في إطار تنازع القوانين من حيث المكان - التزعة العالمية - :

### أ-المدرسة الألمانية الحديثة - سافيني - :

لماذا من المهم معرفة اسم صاحب المدرسة - سافيني - ؟

لان بعض المؤلفات الفقهية عندما تتطرق الى نظرية سافيني فلا تذكر بشكل صريح ان سافيني هو من يمثل المدرسة الألمانية الحديثة وفي مؤلفات أخرى تتحدث عن المدرسة الألمانية الحديثة وتذكر بشكل غير مباشر صاحبها سافيني ولكن في حال كان العنوان المدرسة الألمانية الحديثة او سافيني هو ذات النظرية

وفق لنظرية سافيني فإن سافيني يؤسس نظريته في تنازع القوانين من حيث المكان على أساس تحليل الروابط القانونية التي تسود في المجتمعات تحليلًا علميًا منطقيًا قانونيًا دقيقًا ومن خلال هذا التأسيس أي من خلال تحليل هذه الروابط بهذا الشكل وصل سافيني إلى نتيجة هامة مفادها ان هذه الروابط تنقسم إلى روابط أحوال شخصية من جهة وروابط أحوال عينية من جهة أخرى ومن منطلق هذه النتيجة قدم سافيني 3 قواعد اسناد :

1-قواعد اسناد ترتبط بروابط الأحوال الشخصية - الأهلية - : وفق لقاعدة الاسناد الأولى فإن روابط الأحوال الشخصية تخضع لقانون موطن الشخص - إلى هذه اللحظة لم تظهر بعد فكرة الجنسية - وهو قانون إقليمي

2-قواعد اسناد ترتبط بروابط الأحوال العينية : هذه الروابط تخضع لقانون موقع المال

3-قواعد اسناد ترتبط بالالتزامات التعاقدية : ان الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة

كيف وضع سافيني قاعدة الاسناد الثالثة؟ وما هو الأساس في نظرية سافيني لوضع مثل هذه القاعدة؟

اذا نظرنا لقاعدة الاسناد التي ترتبط بروابط الأحوال الشخصية نجد ان لها اساساً في نظرية سافيني اذ انه قسم الروابط انطلاقاً من التحليل لروابط أحوال شخصية وكذلك نفهم الأساس لقاعدة الاسناد التي رتبها لروابط الأحوال العينية اما قاعدة الاسناد الثالثة

-انتقادات نظرية سافيني - 1- فلا يوجد لها أساس في نظرية سافيني وكأنها دخيلة على نظرية سافيني دون ان يكون هناك لها مبرر واضح في نظريته لذلك انتقدت هذه المدرسة من هذا الجانب انها لم توضح الأساس القانوني لوجود قاعدة اسناد المرتبطة بالالتزامات التعاقدية مقارنة مع تلك التي ترتبط بروابط الأحوال الشخصية والعينية , 2- ومن بين اهم الانتقادات الأخرى التي وجهت لهذه المدرسة انها لم تعالج اطلاقاً مسألة تنازع القوانين من حيث المكان في إطار الالتزامات الغير التعاقدية

كما ان هناك تساؤل في القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حال عدم ورود إرادة بين المتعاقدين في تحديد هذا القانون ، ويفهم من ذلك ان العقد يجب ان يتضمن شرط يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في حال هناك نزاع بين المتعاقدين وفي حال عدم وجود هذا الشرط فلم تغطي هذه النظرية حل لتطبيق القانون الواجب التطبيق

مقارنة بين هذه النظرية ونظرية الأحوال ولا سيما المدرسة الفرن西ة القديمة :

الاختلاف بين المدرستين :

فلاحظ نوع من التشابه بين نظرية سافيني ونظرية المدرسة الفرنسيّة القديمة ولكن على الرغم من وجود هذا التشابه الا ان المدرسة الفرنسيّة قدمت حلولاً اما سافيني قدم نظريات وعلى الرغم من تأثر سافيني بالمدرسة الفرنسيّة الا انه أسس لقواعد الاسناد انطلاقاً من التحليل القانوني العلمي الدقيق و عدم نجاح المدرسة الفرنسيّة كانت بسبب عدم وضع أسس لتقسيماتهم في الأحوال الشخصية والعينية والمحاطلة اما سافيني بين أساس التقسيم للروابط وبين ان أساسه هو تحليل الروابط القانونية التي تسود في المجتمعات

التوافق بين المدرستين :

ان ماهية القانون الواجب التطبيق في قاعدة الاسناد الذي اوردها سافيني في روابط الأحوال الشخصية فإن القانون هو قانون إقليمي ويرتبط بموطن الشخص وهذا يتطابق تطابق كلّي بينه وبين المدرسة الفرنسيّة القديمة واذا نظرنا الى القانون الواجب التطبيق في الروابط العينية وقاعدة الاسناد المرتبطة بها فنلاحظ ان القانون الواجب التطبيق قانون إقليمي على أساس موقع المال وهذا يتطابق مع المدرسة الفرنسيّة القديمة

ب-المدرسة الإيطالية الحديثة - مانشيني - :

ان مانشيني يؤسس نظريته في تنازع القوانين من حيث المكان على مفهوم الجنسية او القومية ومن هذا الأساس وللخروج من مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان قرر ان يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً شخصياً للشخص ويسجل لهذه المدرسة ان أولى المدارس التي تطرقت الى مفهوم الجنسية وان كان يسجل عليها انها كانت تخلط بين مفهوم الجنسية والقومية فكان مانشيني يخلط بين المفهومين ففي عصرنا الحالي هناك مفهوم للجنسية يختلف اختلف كلّي عن القومية **فالجنسية** : هي رابطة قانونية سياسية تربط شخصاً طبيعياً ما بدولة ما بحيث يتمتع بصفتها اما القومية : تقوم على أساس مجموعة اشخاص يجمعهم تاريخ مشترك ، دين مشترك ، لغة مشتركة وقد تكون عدو مشترك بغض النظر عن جنسية الاشخاص فالقومية تعكس امة والدليل على ذلك المادة 1 من الدستور حيث قال فيها : المملكة الأردنية الهاشمية دولة عربية مستقلة ملکها لا يتجزأ و لا ينزل عن شيء منه والشعب الأردني جزء من الامة العربية ، فالامة العربية قد تعكس مفهوم القومية العربية

مانشيني في تلك الحقبة لم يكن هناك فصل بين الجنسية والقومية ولكن يسجل له ان اول من دخل في مفهوم الجنسية وان كان يخلطها بمفهوم القومية

وعلى هذا الأساس وكأصل عام يقرر مانشيني ان القانون الواجب التطبيق في اطار تنازع القوانين من حيث المكان يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون شخصي على حساب أي قانون اخر اي على حساب القوانين الإقليمية وتطبيقاً لهذا الأصل العام لدى مانشيني فإذا ما ثار نزاع حول أهلية شخص ما في اطار تصرف مالي في دولة ما فإن أهلية هذا الشخص تخضع الى قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته ، فلو عقد ابرم بين شخص اردني مع شخص عراقي في الأرضي السعودية وطعن بأهلية الشخص العراقي في المحاكم الأردنية فإن القانون الواجب التطبيق لتحديد اذا كان اهلاً لهذا التصرف فسيكون القانون هو القانون العراقي على أساس جنسية طرف العقد الذي ثار بشأن اهليته نزاعاً قانونياً

### هل يصلاح هذا القانون – القانون الشخصي – كقانون واجب التطبيق ؟

لنفترض ان فعلاً ضاراً ما وقع من شخص عراقي على سوري في الأرضي السعودية وأقيمت الدعوى امام المحاكم الأردنية فهل يصلاح تطبيق القانون الشخصي للشخص لتحديد التعويضات عن هذا الفعل الضار ؟

فلو طبقي الأصل العام لدى مانشيني فأي القوانين الشخصية يجب ان نطبق ؟ فهل نطبق قانون الدولة الذي ينتمي اليها الشخص بجنسيته عندما يكون هو الشخص الذي ارتكب الفعل الضار ام للشخص المتضرر ام نطبق كل من هذين القانونين في آن واحد ناهيك عن ان الاحكام قد تختلف ام نطبق القانون الشخصي للشخص الذي يراعي مصلحة المدين من بينهما ؟

تبه مانشيني الى خطورة ان يكون تطبيق القانون الشخصي هو القانون الواجب التطبيق في كل الأوقات والنزاعات لذلك جعل مانشيني الأصل العام ان يكون القانون الشخصي هو القانون الواجب التطبيق ووضع استثناءات ضمن قواعد اسناد ثلاث :

1- كل ما يتعلق بالأمن الاجتماعي والامن المدني – السلم الاجتماعي – وما يتعلق بالسلم الاقتصادي وما يتعلق بالتصريف بعقار فكل ذلك يتعلق بقانون الدولة التي ترتبط بها هذه المسائل : وبالتالي فإن هذه المسائل لن تخضع لقانون شخصي بل بقانون إقليمي وعلى ذلك فإن المثال السابق عن الفعل الضار وبغض النظر عن من ارتكب هذا الفعل او على من وقع هذا الفعل فإن هذا الفعل من شأنه ان يرتبط في السلم الأمني والاجتماعي فعلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة الذي وقع فيها الفعل الضار فالقانون الواجب التطبيق هو القانون السعودي

2-الالتزامات التعاقدية تخضع الى قانون الإرادة باستثناء الاهلية فعندما نستثنى امراً من الاستثناء فإننا نعود للأصل العام أي الاهلية تخضع الى القانون الشخصي

3-الحقوق العينية التي ترتبط بمنقول : تخضع الى قانون موقع المال المنقول

## الانتقادات التي وجهت الى مانشيني :

هذه الاستثناءات في الواقع العملي تكون اكثر وقوعاً من الأصل العام الذي قال به مانشيني وهذا ما دفع جانب كبير من فقه القانون الدولي الخاص لانتقاد هذه النظرية ومن اهم هذه الانتقادات هي كثرة الاستثناءات لدرجة ان البعض قال انه كان يجب ان تكون الاستثناءات هي الأصل العام والاصل العام هي الاستثناء

ومن الانتقاد التي توجهت لهذه المدرسة المتعلقة بالالتزامات التعاقدية فهذه النظرية كما في نظرية سافيني لم تتعرض لواقع خلو العقد من الإرادة فالالتزامات التعاقدية حسب استثناء مانشيني تخضع لقانون الإرادة فالقاضي الوطني عندما ينظر لعقد ما يجب ان يحدد القانون الواجب التطبيق يجب ان يعود لإرادة المتعاقدين التي يجب ان تكون في العقد او تلك التي يمكن ان يستتبعها القاضي الوطني من خلال ظروف التعاقد فالإرادة كضابط اسناد يمكن ان تكون إرادة صريحة في العقد او إرادة ضمنية يستتبعها من ملابسات وظروف التعاقد او من مجل مجمل تفسير بنود العقد لأن يرد مثلا شرطاً يتعلق بالتحكيم فأن يكون هناك شرط بتطبيق التحكيم بالأراضي السورية فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون السوري وهذا الامر امر لم تتصوره نظرية سافيني ولا مانشيني فلو خل العقد من الإرادة كيف سيقوم القاضي الوطني بتحديد القانون الواجب التطبيق فلا يمكن عندما يعرض النزاع على القضاء ان يأتي القاضي ويسأل المتعاقدين عن رغبتهما في القانون الواجب التطبيق لأننا نتحدث عن نزاع ارتبط بعقد ابرم بشكل سابق على وصول النزاع الى القضاء فالاصل عند لحظة التعاقد ان توجد الإرادة فإذا خل العقد من تلك الإرادة في لحظة التعاقد فلا يمكن ان نمشي على نهج سؤال المتعاقدين بالقانون الذي يرغبان بتطبيقه فإذا خل العقد من الإرادة سيكون القاضي عاجز عن تحديد القانون الواجب التطبيق موقف المشرع الأردني من الالتزامات التعاقدية : اعتمد الإرادة كضابط اسناد اول في الترتيب من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من حيث الشروط الموضوعية والمسؤولية والعقدية وك الخيار في اطار الشروط الشكلية ولكن تتبه من إمكانية ان يخلو العقد من إرادة صريحة وان يعجز القاضي الوطني من الوصول في العقد لإرادة ضمنية فجعل المشرع الإرادة ك الخيار اول وان لم تكن هناك إرادة فسيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الموطن المشتركة للمتعاقدين اذا اتحد الموطن واذا اختلف الموطن فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي انعقد فيه العقد فالمشرع انتبه الى ان بعض الالتزامات التعاقدية قد لا تشمل إرادة حول القانون الواجب التطبيق فأوجد ضابط اسناد ثانى وثالث لتحديد القانون الواجب التطبيق في الاستثناء الثالث تعرض مانشيني للحقوق العينية التي تتعلق بمنقول ولكن ماذا اذا تعلق النزاع بحق عيني يتعلق بعقار ؟ من خلال الاستثناء الأول تطرق مانشيني الى الحق العيني المتعلق بعقار من خلال ذكره بالسلم الاقتصادي وما ذكره الاستثناء الأول " بالتصرف بعقار " فهي تصرفات قانونية ترتبط بعقار ففي حال كانت الالتزامات التعاقدية ترتبط بعقار فلا نطبق الاستثناء الثاني بل نطبق الاستثناء الأول ( ثار نزاع حول شرط من الشروط الموضوعية في اطار عقد يتعلق بنقل ملكية عقار في العقار حدد القانون الواجب التطبيق استناداً لنظرية مانشيني والجواب هو تطبيق الاستثناء الأول )

## المدرسة الفرنسية الحديثة - بيليه - :

بيليه يؤسس نظريته بشكل عام على مبدأ سيادة الدولة ووفقاً لمبدأ سيادة الدولة فدولة حيث ان الدولة تكون على قدم وساق بالمجتمع الدولي مع الدول الأخرى بحيث لا يجوز لاي دولة ان تتدخل في شؤونها سواء داخلية او خارجية فيكون للدولة بما لها من سيادة ان تدير شؤونها الداخلية وفق لسياساتها والبيئة الاقتصادية والاجتماعية المناسبة لها

ومن هذا المنطلق فتستطيع الدولة ان تنسن ما تشاء من تشريعات دون ان يكون لاي دولة في التدخل لذلك ورتب بيليه نتيجة هامة على ذلك مفادها إمكانية اختلاف تشريعات دول العالم فيما بينها بشأن الأحكام القانونية

مثال : اذا اردنا تحديد السن القانونية والأهلية المدنية في القانون الأردني فنجد في المادة 43 من القانون المدني الأردني فجده 18 عشر سنة ولو اردنا تحديد سن الرشد في التشريع المصري لوجدناها 21 سنة

فإمكانية الاختلاف قائمة ويقول بيليه انه على الرغم من إمكانية اختلاف تشريعات دول العالم فيما بينها بشأن الأحكام القانونية الا انها تتفق جميعها بخاصيتها :

1- خاصية العمومية : ان قانون الدولة يطبق على كل الأشخاص والواقع داخل حدودها

2- خاصية الاستمرارية : ان قانون الدولة يتبع اشخاصها أينما حلوا وainما رحلوا سواء داخل الدولة او خارجها

وإذا نظرنا الى ما قاله بيليه أي اذا اردنا تفسير مصطلح العمومية والاستمرارية ، فالعمومية لدى بيليه تعني في عصرنا الحالي مبدأ إقليمية القانون اما معنى الاستمرارية تعني مبدأ شخصية القانون

في نطاق تطبيق القانون تتحدث في عصرنا الحالي عن 3 مبادئ مهمة لتطبيق القانون ، مبدأ الأثر الفوري للقانون ، مبدأ إقليمية القانون ، مبدأ شخصية القانون  
وإذا اردنا تعريف مبدأ إقليمية القانون فهو : قانون الدولة يطبق على الأشخاص والواقع داخل الدولة

مبدأ شخصية القانون : قانون الدولة يتبع اشخاص الدولة أينما حلوا وainما رحلوا  
فمبدأ إقليمية القانون يقابل مبدأ عمومية لدى بيليه ومبدأ شخصية القوانين يقابل مبدأ الاستمرارية لدى بيليه

ويكمل بيليه ان تنازع القوانين من حيث المكان ما هو : الا تناقض قانون دولة ما من حيث صفة العمومية مع قانون دولة أخرى من حيث صفة الاستمرارية لحكم علاقة خاصة تتنازع فيها القوانين من حيث المكان

فلو عدنا لمفهوم تنازع القوانين من حيث المكان وقارناه وبين ما قاله بيليه لوجندا تطابق في المفهوم فيليه تطابق وبين من خلال مفهوم تنازع القوانين من حيث المكان سبب هذا التنازع بأنه يعود لأن قانون يتمتع بصفة العمومية يتنافس مع قانون يتمتع بصفة الاستمرارية وبعد توضيح بيليه لهذا المفهوم قدم 3 قواعد اسناد :

**1- قاعدة اسناد أولى ترتبط بالحالة المدنية والشخصية للشخص :** فكل ما يرتبط بالشخص تكون صفة الاستمرارية فيها أقوى وعلى ذلك تخضع لقانون شخصي للشخص - أي الأحوال الشخصية والمدنية تخضع لقانون شخصي للشخص استناداً لجنسية الشخص - لأن صفة الاستمرارية في تلك الأحوال المدنية والشخصية - تكون أقوى من صفة الإقليمية لاي قانون اخر

**2- قاعدة الاسناد الثانية ترتبط بتصرفات الشخص القانونية سواء كانت ارادية ( الالتزامات التعاقدية ) او غير ارادية ( فعل ضار او فعل نافع او شبه عقد ) ومقصودة او غير مقصودة :** حيث يرى بيليه ان هذه المسائل تكون صفة العمومية فيها أقوى لذلك تخضع لقانون إقليمي

**3- قاعدة الاسناد الثالثة -** تشكل قيداً على قاعدة الاسناد الأولى والثانية - إن تطبيق القانون الشخصي للشخص او تطبيق القانون الإقليمي يجب ان لا يكون على حساب فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة : أي تطبيق القانون الشخصي استناداً لقاعدة الاسناد الأولى او تطبيق القانون الإقليمي استناداً لقاعدة الاسناد الثانية يجب الا يتعارض هذا الامر مع فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة وكان بيليه يضع قيد بقاعدة الاسناد الأولى والثانية وهذا القيد يتمثل بفكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة

**الحقوق المكتسبة :** في المادة 94 من الدستور القانون المؤقت : هو من اختصاص السلطة التنفيذية ذكر المشرع الدستوري انه يجوز للحكومة بموافقة جلالة الملك وكان هناك حروب وطوارئ وکوارث عامة او نفقات عامة لا تحتمل التأخير ان تصدر قوانين مؤقتة لها قوة القانون ولا تخالف احكام الدستور تصدر قوانين لمواجهة هذه الحالات شريطة ان تعرض القوانين المؤقتة على مجلس الامة في اول مجلس يعقده واضاف المشرع شرطاً انه يجب على مجلس الامة ان يبيت في القانون المؤقت خلال دورتين عاديتين متتاليتين سواء بقبوله او رفضه فإذا رفضه او انقضت الدورتان العاديتان دون ان يبيت مجلس الامة بأمر القانون المؤقت فعلى الحكومة وبموافقة جلالة الملك ان يعلن بطلان القانون المؤقت فوراً دون ان يؤثر ذلك على العقود والحقوق المكتسبة

ومفاد ذلك ان عند اعلان بطلان قانون مؤقت وكان هناك اشخاص اكتسبوا حقوقاً وفقه فإن اعلان بطلانه من قبل الحكومة لن يؤثر على كينونة واستمرارية تلك الحقوق المكتسبة والاصل التاريخي للمشرع الأردني في الحقوق المكتسبة له اصل عند بيليه عندما تحدث عن الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة ومفاد الحقوق المكتسبة لدى بيليه : انه لا يجوز ان يفقد شخصاً ما حق ما كان قد اكتسبه وفق لأحكام قانون دولة ما نتیجة تطبيق احكام قانون دولة أخرى عليه

مثال شخص اردني الجنسية متزوج من اربع ولكن في دول مثل أوروبا يعتبر ذلك جريمة ويعاقب عليه جزائياً فلو ذهب هذا الأردني مع زوجاته وابناءه الى دولة أوروبية ليقيم فيها فهل يكون هذا الشخص الأردني قد خالف النظام العام في فرنسا؟ وهل يمكن الاعتراف بزواجه من الأربع في ظل مخالفة النظام العام في فرنسا؟

ان هذا الأردني اكتسب حق مكتسباً وفق لتطبيق القانون الأردني عندما كان في الأردن ولم يخالف النظام العام وعندما غادر الى فرنسا هو غادر مع حق مكتسب نشأ وتم في ظل احكام القانون الأردني ويقول بيليه ان تطبيق أي قانون شخصي او قانوني يجب ان لا يتعارض مع فكرة الاحترام الدولي في الحقوق المكتسبة

فلو كل شخص يفقد الحقوق المكتسبة عند مغادرة الدولة لعمت الفوضاة المجتمعية الدولية فكان كل شخص سينحصر في حدود الدولة الواحدة لكي لا يخسر حقوقه المكتسبة

ولكن اثار الحقوق المكتسبة اذا كانت تخالف النظام العام التي انتقل اليها الشخص هي التي تتعطل نتيجة مفعول النظام العام

ولكن على المثال السابق في حال احدى الزوجات قامت برفع دعوى امام القضاء الفرنسي وقبل زوجها بالاختصاص للقضاء الفرنسي وكان على القضاء الفرنسي تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار تحديد النفقة الزوجية فتبين القاضي ان القانون الواجب التطبيق على النفقة الزوجية باعتبار الزوجة التي تطالب بالنفقة هي الزوجة الثالثة ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني ، المطالبة بالنفقة الزوجية من الزوجة الثالثة في فرنسا هو امر مخالف للنظام العام لديهم لان نتحدث عن اثار الزواج كاثر من اثار حق مكتسب للزوجة فلم يتعرض القاضي لصحة العقد ولكن المطلوب من القاضي تحديد فيما اذا كان للزوجة الحق بالنفقة ام لا ، فلا يستطيع القاضي ان يرد الدعوى لمخالفة موضوعها للنظام العام فلا بد ان يبحث عن القانون الواجب التطبيق فتبين له ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني فيأتي القاضي بالقانون الأردني وينظر فيه فإذا وجد ان القانون الأردني يجيز مثل هذا الموضوع كموضوع للدعوى والمطالبة بالنفقة ويقرر نفقه لها فعلى القاضي ان يستبعد تطبيق القانون الأردني لمصلحة القانون الفرنسي اعملاً لفكرة الانظام العام في فرنسا فيستبعد القانون الأردني وبنطبيق القانون الفرنسي برد الدعوى الخاصة بالنفقة للزوجة الثالثة لمخالفتها للقانون الواجب التطبيق الفرنسي الذي تم الوصول اليه نتيجة استبعاد تطبيق القانون الأردني وفقاً للنظام العام الفرنسي

### انتقادات المدرسة الفرنسية الحديثة :

انتقدت مدرسة بيليه فيما يتعلق بالاحترام الدولي للحقوق المكتسبة على أساس لم يراعي مسألة النظام العام ولم يبين لنا علاقة النظام العام ومدى تأثيره على الحقوق المكتسبة

فالنظام العام يلعب دوره بالنسبة للاحترام الدولي للحقوق المكتسبة بحيث ليس من شأنه الاقتراب من الحق المكتسب ولكن من شأنه ان يحد من اثار الحق المكتسب

## نظريّة النّزعة العالميّة



المدرسة الألمانيّة الحديثة سافيّي: يُؤسّس نظرية على روابط الأحوال الشخصيّة وروابط الأحوال العينيّة ووضع 3 قواعد اسناد:

1-قواعد اسناد ترتبط بروابط الأحوال الشخصيّة: تخضع لقانون موطن الشخص

2-قواعد اسناد ترتبط بروابط الأحوال العينيّة: تخضع لقانون موقع المال

3-قواعد اسناد ترتبط بالالتزامات التعاقدية: تخضع لقانون الإرادة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة

انتقادات:

1-لا يوجد للقاعدة الثالثة أساس في نظرية سافيّي وكأنّها دخيّلة على نظرية سافيّي دون أن يكون هناك لها مبرر واضح في نظرية سافيّي انتقدت هذه المدرسة من هذا الجانب أنها لم توضح الأساس القانوني لوجود قاعدة اسناد المرتبطة بالالتزامات التعاقدية

2-لم تعالج إطلاقاً القوانيين من حيث المكان في إطار مسألة تنازع الالتزامات الغير التعاقدية



المدرسة الإيطالية الحديثة مانشيني: أسس نظرية على أساس مبدأ الجنسية والقومية ووضع أصل عام وهو:  
ان القانون الواجب التطبيق في إطار تنازع القوانيين من حيث المكان يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون شخصي على حساب أي قانون آخر

استثناءات:

1-كل ما يتعلّق بالأمن الاجتماعي والامن المدني - السلم الاجتماعي - وما يتعلّق بالسلم الاقتصادي وما يتعلّق بالتصريف بعقار فكل ذلك يتعلّق بقانون الدولة التي ترتبط بها هذه المسائل

2-الالتزامات التعاقدية تخضع إلى قانون الإرادة باستثناء الأهلية

3-الحقوق العينية التي ترتبط بمنقول: تخضع إلى قانون موقع المال المنقول

انتقادات:

1-كثرة الاستثناءات لدرجة أن البعض قال انه كان يجب ان تكون الاستثناءات هي الأصل العام والصل العام هي الاستثناء

2-وافع خلو العقد من الإرادة في الالتزامات التعاقدية



المدرسة الفرنسيّة الحديثة بيليه: أسس نظرية على مبدأ سيادة الدولة ووضع 3 قواعد اسناد:

1-قاعدة اسناد أولى ترتبط بالحالة المدنيّة والشخصيّة للشخص: فكل ما يرتبط بالشخص تكون صفة الاستمرارية فيها أقوى وعلى ذلك تخضع لقانون شخصي للشخص

2-قاعدة الاسناد الثانية ترتبط بتصرفات الشخص القانونية سواء كانت ارادية او غير ارادية ومقصودة او غير مقصودة: تكون صفة العمومية فيها أقوى لذلك تخضع لقانون إقليمي

3-قاعدة الاسناد الثالثة تطبق القانون الشخصي للشخص او تطبق القانون الإقليمي يجب ان لا يكون على حساب فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة

انتقادات:

1-انتقدت مدرسة بيليه فيما يتعلّق بالاحترام الدولي للحقوق المكتسبة على أساس لم يراعي مسألة النظام العام ولم يبيّن لنا علاقة النظام العام ومدى تأثيره على الحقوق المكتسبة فالنظام العام يلعب دوره بالنسبة للاحترام الدولي للحقوق المكتسبة بحيث ليس من شأنه الاقتراب من

الحق المكتسب ولكن من شأنه ان يحد من اثار الحق المكتسب

## خلاصة للتطور التاريخي :

اذا نظرنا الى نظرية الأحوال وحاولنا الوقوف على ماهية القانون الواجب التطبيق سنجد ما يلي : القانون الواجب التطبيق في اغلب الحالات كان قانوناً اقليمياً الا في المدرسة الفرنسية على الأحوال الشخصية فأخذت هذه الأحوال الى قانون موطن الشخص واختلف هذا القانون اختلف في النزعة العالمية فقد ظهرت فكرة الجنسية الامر الذي قرره مانشيني واكتبه بيليه

ولو اردنا ان نوسع المقارنة بين نظرية الأحوال ونظرية النزعة العالمية نجد ان هناك تشابه في بعض قواعد الاسناد التي اوردتها نظريات النزعة العالمية مع بعض الحلول التي قدمت في اطار نظرية الأحوال , فأساس النظريات الحديثة تحت مظلة نظرية النزعة العالمية هي الحلول التي قدمتها تلك المدارس , فاستطاعوا أصحاب المدارس الحديثة من تطوير تلك الحلول في بلورتها وتصورها من خلال نظريات عامة في تنازع القوانين من حيث المكان .

## 2- قواعد الاسناد :

ان آلية حل مشكلة تنازع القوانين من حيث المكان تكمن في ما يسمى بإعمال قواعد الاسناد  
**مفهوم قواعد الاسناد :** قاعدة قانونية بها ومن خلالها يستطيع القاضي الوطني تحديد القانون الواجب التطبيق في قضية تنازع فيها القوانين من حيث المكان

أي عندما يكون القاضي الوطني في مواجهة تناقض قانونين او اكثر لأكثر من دولة فإن القاضي الوطني وبنطبيق قاعدة الاسناد يستطيع ان يرجح قانوناً ما كقانون الواجب التطبيق على حساب القوانين الأخرى في القضية التي تنازع فيها القوانين من حيث المكان

هذه القاعدة تتميز بخصائص معينة وتقوم على اركان محددة

خصائصها :

**1- قواعد الاسناد كأصل عام قواعد داخلية :** أي مشروع كل دولة يختص بسن ما يشاء من قواعد اسناد ولعل هذا ما تحدث فيه بيليه عندما قال ان الدولة لها مطلق الحرية في ان تسن ما تشاء من تشريعات وأيضاً يطبق هذا الشيء في قواعد الاسناد ، فهناك قواعد اسناد وطنية وقواعد اسناد اجنبية ويتربى على ذلك إمكانية اختلاف الأحكام القانونية فيما بين قواعد الاسناد الوطنية والأجنبية

ولعل ابرز مثال على ذلك مقارنة قاعدة الاسناد الأردنية بشأن الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم بمتال البريطانية ففي اطار التشريع الأردني فللاحظ ان المشروع قرر حكماً يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم في المادة 1/12 من القانون المدني الأردني " يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتهي إليها بجنسيتها ..." اما قاعدة الاسناد البريطانية في ذات الموضوع فتنص على " يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون موطن الشخص ..."

فقاعدة الاسناد الأردنية جاءتنا بحكم قانوني في اطار القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية يختلف عن الحكم القانوني التي جاءت فيها قاعدة الاسناد البريطانية فالقانون الواجب التطبيق استناداً لقاعدة الاسناد الأردنية هو قانون شخصي اعتماداً على جنسية الشخص اما القانون الواجب التطبيق بحسب قاعدة الاسناد البريطانية هو قانون إقليمي اعتماداً على موطن الشخص

فلو ثار نزاع حول أهلية شخص بريطاني مقيم في الأردن في اطار تصرف قانوني ما امام القضاء الأردني سيكون القانون الواجب التطبيق واعملاً لنص المادة 1/12 هو القانون البريطاني ولو نظر في ذات النزاع من قبل القضاء البريطاني حول اهليته سيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني بالرغم من ان جنسية الشخص بريطانية لأن قاعدة الاسناد البريطانية تنص على اعمال قانون إقليمي متمثل بموطن الشخص

ويعود اختلاف الوضع نتيجة اختلاف الأحكام القانونية ما بين قاعدة الاسناد الأردنية والبريطانية

## استثناء الخاصية الأولى :

ان قاعدة الاسناد قد تكون ذات مصدر دولي فالمعاهدة الدولية هي المصدر رسمي اول وفق لأحكام القانون المدني الأردني والمعاهدة الدولية تسمى على التشريع الداخلي فلو ارتبطت الأردن بمعاهدة دولية سارية المفعول على مستوى داخلي تتضمن قواعد اسناد تختلف في احكامها عن تلك التي تضمنها القانون المدني الاردني فعلى القاضي ان يطبق المعاهدة على حساب نصوص القانون الداخلي ، فالخلاصة انه حتى لو ان قواعد الاسناد قاعدة داخلية فيمكن ان نجد قواعد اسناد ذات مصدر دولي

## 2-قواعد الاسناد كأصل عام قواعد مزدوجة :

ونعني بأنها قواعد مزدوجة : ان قاعدة الاسناد تحدد لنا الحالات التي يطبق من خلالها القانون الوطني كما تحدد الحالات التي يطبق من خلالها القانون الأجنبي ، ففي نص المادة 12 / 1 من القانون المدني فهي قاعدة اسناد داخلية كما اسلفنا وهي قاعدة مزدوجة أي تحدد لنا متى يمكن تطبيق القانون الوطني ويمتى يمكن تطبيق القانون الأجنبي فيقول المشرع ان القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية للشخص بمطلق على اطلاقه بغض النظر عن كون الشخص اردني الجنسية او اجنبي الجنسية فإن القانون الواجب التطبيق سيكون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته

مثال : عقد ما يجمع ما بين اردني الجنسية و سوري الجنسية وثار نزاع حول أهلية الشخص السوري فإنه وتطبيقاً للمادة 12 / 1 سيكون القانون الواجب التطبيق القانون السوري لتحديد اذا كان السوري اهلاً لهذا التصرف ام لا وبالمقابل اذا تعلق النزاع بشخصية الشخص الأردني في هذا التصرف القانوني فإنه وحتى يتمكن القاضي لتحديد اذا كان الأردني اهلاً ام لا فسيطبق جنسية الشخص وفي هذا المثال القانون الأردني ، ففي ذات المثال اذا تعلق النزاع بأهلية الشخص السوري نطبق القانون السوري و اذا تعلق النزاع بالشخص الأردني فإننا نطبق القانون الأردني وهذا ما يعني ازدواجية قاعدة الاسناد فنص المادة 12 / 1 هي قاعدة اسناد مزدوجة فتوضح متى يطبق القانون الوطني ومتى يطبق القانون الأجنبي

## الاستثناءات :

قاعدة الاسناد ممكناً ان تكون مفردة الجانب : اي تحدد لنا تطبيق قانون واحد بعينه سواء كان القانون قانون اجنبي ام وطني فإن كان من شأن قاعدة الاسناد وتطبيق هذه القاعدة ان يقود الى وجوب تطبيق قانون واحد دون غيره سواء تعلق النزاع بشخص اجنبي ام وطني فتكون قاعدة الاسناد مفردة الجانب وعندما نريد ان نحدد هذه الخاصية في قاعدة اسناد ما فإن ما يعنيها القانون الواجب التطبيق

العنصر المهم لتمييز قاعدة اسناد مزدوجة عن مفردة فإن من قبيل الاستثناء ممكناً أن تكون قاعدة الاسناد مفردة الجانب ونميز ذلك من خلال **القانون الواجب التطبيق وليس من خلال جنسية اطراف العلاقة او عناصر ترتبط باطراف العلاقة القانونية والدليل على ذلك :**

**أ- المادة 12 / 2 استثناء على الخاصية الثانية فهي مفردة الجانب " اما النظام القانوني للأشخاص الحكومية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري "**

ان قاعدة الاسناد في هذه المادة مفردة الجانب وليس من منطلق مصطلح " **الاجنبية** " انما الأساس يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فالأشخاص الحكومية الأجنبية يخضعوا لقانون موطن الشخص الحكمي الذي يتمثل بمركز الإدارة الرئيسي الفعلي ، وأضاف المشرع جملة شرطية بحيث اذا تحقق المشروع بموجبها كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني وحده دون غيره " ..... ، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري " فمن منطلق هذه الجملة الشرطية أصبحنا بمواجهة قاعدة اسناد مفردة الجانب فالنظام القانوني للشخص الحكمي الأجنبي يخضع لقانون المملكة الأردنية الهاشمية اذا باشر نشاطاً رئيساً في المملكة ، فيطبق القانون الأردني ولا إمكانية للتحدث عن قانون اجنبي في وجود هذا الشرط ، ولو افترضنا ان المشرع لم يضع هذا الشرط فعندما سنكون بمواجهة قاعدة مزدوجة ، فهذه الجملة الشرطية هي من جعلت قاعدة الاسناد مفردة

**ب- ايضاً المادة 15 من القانون المدني الأردني فتعتبر قاعدة اسناد مفردة – اذا اعتبرنا انها قاعدة اسناد مع اختلاف الآراء بكونها قاعدة اسناد ولكن هنا سنفترض انها قاعدة الاسناد – وذلك من خلال ذكر انه " يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج "**

**ج- ان تنص قاعدة اسناد ذات مصدر دولي على قانون ما كقانون واجب التطبيق بغض النظر عن اطراف العلاقة**

### **3- قواعد الاسناد كأصل عام تعتبر غير محددة المضمون بالنسبة للقانون الواجب التطبيق :**

أي ان قاعدة الاسناد لا تشير الى قانون دولة بذاتها كقانون واجب التطبيق وهذا كأصل عام كنص المادة 1/12 من القانون المدني الأردني فأشارت المادة الى قانون الواجب التطبيق بماهيته على أساس انه قانون شخصي استناداً الى جنسية الشخص موضوع او طرف النزاع

اما في نص المادة 12 / 2 او المادة 15 او لو وجدنا قاعدة اسناد بمعاهدة دولية تشير الى قانون باسمه نكون امام استثناء عن الأصل العام للخاصية الثالثة ، فهناك ترابط بين الخاصية الثانية والثالثة من حيث الاستثناءات فاستثناءات الخاصية الثانية والثالثة نفسها

## اركان قاعدة الاسناد :

قاعدة الاسناد تقوم على 3 اركان مجتمعة :

1-موضوع او فكرة الاسناد

2-ضابط او معيار او نقطة الاسناد

3-القانون المسند اليه

هذه الأركان توجد في كل قاعدة قانونية توصف بأنها قاعدة اسناد

## 1-موضوع او فكرة الاسناد :

موضوع الاسناد هو : فكرة الاسناد التي تقوم عليها قاعدة الاسناد  
وفكرة الاسناد هي : موضوع الاسناد التي تقوم عليه قاعدة الاسناد

فتعريف موضوع الاسناد فيجب اظهار "الفكرة" و اذا اردنا تعريف فكرة الاسناد يجب اظهر  
"الموضوع"

## كيف نقف على موضوع الاسناد او فكرة الاسناد في قاعدة الاسناد ؟

لتوضيح ذلك يجب ان نطرح السؤال التالي في اطار أي قاعدة اسناد نقرأها : متى يجب على  
القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد بالنص القانوني المعنى الذي نقرأه في اطار علاقة  
دولية خاصة في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان ؟

مثال تشريعي يتضمن قاعدة اسناد : نص المادة 12 / 1 "يسري على الحالة المدنية للأشخاص  
وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ..."

متى يجب على القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد في نص المادة 12 / 1 في اطار علاقة  
دولية خاصة تتنازع فيها القوانين من حيث المكان ؟

الجواب يتمثل بما يلي : على القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد في نص المادة 1/12 عندما  
يتعلق النزاع بالحالة المدنية للشخص الطبيعي ومن خلال هذا الجواب نقول ان موضوع الاسناد  
في نص المادة 1/12 هو **الحالة المدنية للشخص الطبيعي**

مثال : نص المادة 2/12 " اما النظام القانوني للأشخاص الحكيمية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فليس لها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري "

فنحدد موضوع الاسناد من الفقرة الثانية من المادة 12 ؟ من خلال السؤال الذي ذكرناه " متى يجب على القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد في نص المادة 2/12 ؟ "

يطبق القاضي الأردني قاعدة الاسناد في نص المادة 2/12 عندما يتعلق النزاع في اطار علاقة دولية خاصة للنظام القانوني للأشخاص الحكيمية الأجنبية , فموضوع الاسناد هو النظام القانوني للأشخاص الحكيمية الأجنبية

مثال : موضوع الاسناد في المادة 1/13 "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين "

فمتى يجب على القاضي الوطني ان يطبق قاعدة الاسناد في نص المادة 1/13 ؟  
موضوع الاسناد هو الشروط الموضوعية لصحة الزواج

مثال : المادة 1/14 : "يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال "

موضوع الاسناد : هو اثار عقد الزواج

### مسلمات الركن الأول من اركان قواعد الاسناد :

1-لكل قاعدة اسناد موضوع واحد او اكثر : أي يمكن ان تتضمن قاعدة الاسناد موضوع واحد او اكثر من موضوع

2-عندما تتناول قاعدة اسناد ما موضوعاً واحد او اكثر فإنه يستحيل ان يتناول هذا الموضوع او هذه الموضوعات قاعدة اسناد أخرى : فمثلا نص المادة 1/12 موضوع اسنادها الحالة المدنية للشخص الطبيعي وفي المادة 1/14 موضوع اسنادها اثار عقد الزواج فلكل قاعدة اسناد موضوع او اكثر كتعدد موضوعات الاسناد في المادة 2/14 كالطلاق والتطليق والانفصال وما نص عليه المشرع في المادة 1/18 فتعددت المواضيع فيها فتحدثت المادة عن الميراث والتصرف المضاف الى ما بعد الموت , فيمكن ان يكون هناك عدة موضوعات في قاعدة الاسناد ولكن لا يمكن ان يكون هناك موضوع في اكثر من قاعدة اسناد

3- في حال تعدد مواضيع الاسناد فإن هذا التعدد قد يترتب عليه تعددًا في اطار القانون الواجب التطبيق وقد يتحد القانون الواجب التطبيق بالرغم من تعدد الموضوعات يتحد القانون الواجب التطبيق بشأنها :

مثال المادة 2/14 تم ذكرها في اطار تعدد موضوعات الاسناد فهي تتضمن 3 موضوعات للإسناد فالموضوع الأول الطلاق والموضوع الثاني التطبيق والموضوع الثالث الانفصال فأخضع المشرع الطلاق لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق اما التطبيق والانفصال فيخضعان لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى فموضوع اخضاعه المشرع لقانون موضوعهم المشرع لقانون واحد ، فلا يشترط ان تتعدد القوانين واجبة التطبيق في قواعد الاسناد انطلاقاً من تعدد مواضيع الاسناد في القاعدة الواحدة

امثلة في قواعد الاسناد :

المادة 17 من القانون المدني الأردني : في المادة 17 من القانون المدني قد ينفع في خطأ في تحديد موضوع الاسناد في نص المادة 17 لأن هناك خلاف فقهي حول موضوعات الاسناد في نص المادة 17 ولكن الخلاف ليس من منطلق تعدد المصطلحات لأن ليس بالضرورة تعدد المصطلحات تعني تعدد موضوعات الاسناد لأن هذه المصطلحات مختلفة في مدلولها ومضمونها ولكنها تعكس نظاماً قانونياً ما لحماية شخص ما فجميع المصطلحات هدفها حماية اشخاص ، والخلاف بالفقه حول موضوع الاسناد في هذه المادة فجانب من الفقه يقول بأن هناك تعدد موضوعات الاسناد في المادة 17 حيث تقوم على موضوعين : النظام القانوني الخاص لحماية المحجورين والنظام القانوني الخاص بحماية الغائبين اما الجانب الآخر يرى بأن موضوع الاسناد في المادة 17 انه موضوع واحد وهو **النظام القانوني لحماية الشخص الذي يجب حمايته** – وهذا الرأي الذي نميل إليه – والدليل على ذلك ان المشرع قرر ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخص الذي يجب حمايته

المادة 19 من القانون المدني الأردني : في المادة 19 موضوع الاسناد هو موضوع واحد وهو **الحقوق العينية وجوداً وعدماً** ولكن الخصوصية في هذه المادة ان المشرع يفرق بين القانون الواجب التطبيق لعقار ومنقول

المادة 1/20 من القانون المدني الأردني : في المادة 1/20 فهي قاعدة اسناد لها 3 اركان واولها موضوع الاسناد : الالتزامات التعاقدية من حيث الشروط الموضوعية والمسؤولية العقدية

هل هناك تعارض بين المسلم الثاني وما نص عليه المشرع في نص المادة 2/130 من قانون التجارة الأردني ونص المادة 1/12 من القانون المدني الأردني ؟

ان المادة 2/130 قاعدة اسناد التي نصت على " يرجع في تحديد أهلية الشخص الملزם بمقتضى سند السحب الى قانون بلده ومع ذلك اذا التزم الشخص بمقتضى سند سحب وتوافرت به أهلية الالتزام به وفق لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الاهلية وفق لقانون بلده "

وفق لقانون التجارة الأردني فإن الاحكام القانونية التي تطبق على سند السحب تصرف في ذات الوقت للأوراق التجارية الأخرى – الكمبيالة والشيك –

فموضوع الاسناد في المادة 2/130 هي الاهلية ولا تتعارض مع المادة 1/12 التي تتعلق بالأهلية ولا تتعارض من المسلم الثاني لأن في المادة 2/130 هي أهلية الالتزام الصرفي اما في المادة 1/12 التي تتعلق بالأهلية المدنية فالمادة 2/130 هي نص خاص عن الاهلية وحسب المادة 24 من القانون المدني فإن الأولى تطبيق النص الخاص .

## 2- ضابط او معيار او نقطة الاسناد :

**ضابط الاسناد :** هو أداة الربط ما بين موضوع الاسناد و القانون المسند اليه في قاعدة الاسناد  
ان ضابط الاسناد قد يتمثل في قاعدة الاسناد بوحدة او اكثر مما يلي :

1- قد يتمثل ضابط الاسناد بالجنسية

2- قد يتمثل ضابط الاسناد بصورة من صور الإقليم وصور الإقليم متعددة منها الموطن وموقع  
المال المنقول ومكان انعقاد العقد ومكان نشوء الوصية ومكان وقوع الفعل الضار ....وهكذا

3- قد يتمثل ضابط الاسناد في قاعدة الاسناد بالإرادة : والإرادة لا نجدها الا في اطار الالتزامات  
التعاقدية

**اهم المسلمات في اطار هذا الركن :**

1- ان ضابط الاسناد في قاعدة الاسناد قد يتمثل بضابط اسناد واحد وقد يتعدد : أي لكل قاعدة  
اسناد ضابط اسناد واحد او اكثر

2- في حال تعدد ضوابط الاسناد فإن هذا التعدد قد يكون تعددًا تخييرياً او تعددًا تدريجياً :

ونستطيع ان نميز بين التعدد التخييري والتعدد التدريجي من خلال الصياغة اللغوية او من خلال  
سياق ومفهوم قاعدة الاسناد ، وان التعدد التخييري أي ان هناك عدد من ضوابط الاسناد في قاعدة  
الاسناد تخييرية بحيث يستطيع القاضي الوطني ان يبدأ بالخيار الذي يريد دون مراعاة لترتيب  
فيما يتعلق بها فإن بدأ بخيار ما ووجد ان التصرف الذي ينظر فيه وفق لهذا الخيار تطبيقاً للقانون  
الواجب التطبيق استناداً للخيار فإذا وجد ان التصرف هو تصرف باطل فعليه وجوباً ان ينتقل  
لخيار اخر من بين الخيارات الأخرى دون مراعاة لترتيب فإن استناد جميع الخيارات ووجد وفق  
لهذه الخيارات ان التصرف هو تصرف باطل فعليه ان يقرر البطلان وفق للقوانين واجبة التطبيق  
، ايضاً اذا بدأ بخيار ما وجد وفق للخيار الذي بدأ به ان التصرف القانوني هو تصرف صحيح  
فيقرر صحته ولا داعي للانتقال للخيار الآخر

اما التعدد التدريجي يعني ان هناك ترتيباً معيناً لضوابط الاسناد بحيث يكون  
مفروضاً على القاضي الوطني ان يتقييد بهذا الترتيب التشريعي فيعمل ضابط الاسناد الأول  
بالترتيب فإذا بطل التصرف يقرر بطلانه وفق للقانون الواجب التطبيق اعمالاً لهذا الضابط وإذا  
انعدم ضابط الاسناد الأول بالترتيب ينتقل الى ضابط الاسناد الثاني بالترتيب

مثال على ضوابط اسناد متعددة تعددًا تخييرياً : نص عليها المادة 2/13 من القانون المدني  
الأردني فلغوياً هناك تعدد تخييري وهو ما بين ضابط اسناد متمثل بجنسية كل من الزوجين و  
مكان انعقاد عقد الزواج ، فكيف علمنا ان الجنسية من بين ضوابط الاسناد التي جاءت في المادة  
2/13 وكيف علمنا ان مكان انعقاد العقد هو أيضاً من ضوابط الاسناد في النص ؟

هناك تعدد في ضوابط الاسناد في المادة 13/2 وضوابط الاسناد التي جاءت على سبيل التخيير في النص وهي جنسية كل من الزوجين ومكان انعقاد العقد ودليلنا على الجنسية ان المشرع قال في النص " او اذا روحيت فيه اوضاع قانون كل من الزوجين ... " هذه العبارة تعكس لنا جنسية كل من الزوجين كضابط اسناد اما الذي يعكس لدينا مكان انعقاد عقد الزواج كضابط اسناد اخر فهي عبارة " اذا عقد وفق اوضاع البلد الذي تم فيه "

### كيف يعمل القاضي هذا النص ؟

يستطيع القاضي ان يبدأ بتطبيق قانون كل من الزوجين استناداً لجنسية كل من الزوجين لتحديد اذا كان العقد صحيحاً من حيث الشكل ام لا وعند تطبيقه لهذا القانون اذا وجد القاضي ان العقد عقداً صحيحاً من حيث الشكل فيقرر صحته اما اذا وجد ان العقد عقداً باطلأً وفق لقانون كل من الزوجين فعندما عليه وجوباً ان ينتقل لخيار اخر وهو مكان انعقاد عقد الزواج فيذهب لقانون البلد الذي تم فيه استناداً الى مكان انعقاد عقد الزواج وينظر اذا كان العقد صحيحاً من حيث الشكل ام لا فإذا كان صحيحاً يقر صحته واما وجد انه باطل فعندما سيقرر القاضي بطلان عقد الزواج من حيث الشروط الشكلية وفقاً للقوانين واجبة التطبيق لأن القاضي يعكس انه اعمل ضوابط الاسناد جميعها وفقاً لخيارات المتاحة في قاعدة الاسناد وبإعماله لجميع الخيارات وجد ان العقد باطلأً

مثال على ضوابط اسناد متعددة تدريجياً : نص المادة 20/1 على التعدد التدريجي أي هناك ترتيباً تشريعياً لضوابط الاسناد يجب ان يتقييد القاضي به ، فضابط الاسناد الأول بالترتيب هو الإرادة ودليل ذلك " هذا ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك " واما انعدمت الإرادة فضابط الاسناد الثاني بالترتيب هو موطن المشترك للمتعاقدين وضابط الاسناد الثالث بالترتيب هو مكان انعقاد العقد

فعلى القاضي الوطني ان ينظر اولاً لارادة المتعاقدين بشأن القانون الواجب التطبيق في العقد فإذا وجد شرطاً ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فيتقييد بإرادتهما واما وجد العقد صحيحاً يقرر صحته واما كان باطل يقرر بطلانه ولا ينتقل للضابط الاسناد الثاني ، فإذا لم يجد إرادة في العقد او إرادة ضمنية فعندما ينتقل القاضي الوطني لضابط الاسناد الثاني بالترتيب وهو موطن المشترك للمتعاقدين ويطبق القانون الموطن المشترك للمتعاقدين ، واما لم يجد موطن مشترك للمتعاقدين فينتقل لقانون مكان انعقاد العقد

في التعدد التدريجي لا يمكن للقاضي ان يعمل ضابط اسناد من مرتبة ادنى على مرتبة اعلى ولا ينقل القاضي في الترتيب الا اذا لم يجد الضابط الاسناد اما بطلان التصرف فلا ينقله من ضابط اسناد لآخر

### 3- ضابط الاسناد يمكن ان يتكرر في اكثرب من قاعدة اسناد :

فمثلاً الجنسية ممكن ان تتكرر في اكثرب من قاعدة اسناد والدليل المادة 1/12 ضابط الاسناد هو الجنسية وضابط الاسناد في المادة 1/13 هو الجنسية

### 4- ضابط الاسناد الإقليمي :

من بين ضوابط الاسناد قد نجد صورة من صور الإقليمي في حال تعدد صور الإقليم في قاعدة الاسناد فهذا يعني ان هناك تعددًا في ضوابط الاسناد وقد يكون تعدد تخييري او تعدد تدريجي ونكون في تعدد لضوابط الاسناد في حال تعدد صور الإقليم لأن في حال تعدد صور الإقليم تتعدد القوانين واجبة التطبيق ، ففي المادة 1/20 الموطن المشترك للمتعاقدين صورة من صور الإقليم ومكان انعقاد العقد صورة من صور الإقليم وعندما تعرضنا لضوابط الاسناد في هذه المادة وجدنا انها 3 وهي الإرادة والموطن المشترك ومكان انعقاد العقد ، فالموطن المشترك صورة من صور الإقليم ومكان انعقاد العقد صورة من صور الإقليم

### 5- ضابط الاسناد من حيث إمكانية التغيير :

ضوابط الاسناد منها من هو قابل للتغيير ومنها من هو غير قابل للتغيير ، واما من ضوابط الاسناد التي هي قابلة للتغيير والتي يكون لتغييرها اثر لتحديد القانون الواجب التطبيق فهي حسراً :

1- الموطن

2- موقع المال المنقول

3- الجنسية

ومن شأن هذا التغيير ان يؤثر في القانون الواجب التطبيق ولا سيما في اطار مشكلة التنازع المتحرك

مثال : المادة 1/12 ضابط الاسناد بها هي الجنسية ، فلو تصورنا ان نزاع قانونيًّا يتعلق بأهلية شخص ما في عقد ما وكان الشخص بريطاني عند انعقاد العقد فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون البريطاني ولكن في حال تغيرت جنسية هذا البريطاني وكان بريطاني عند انعقاد العقد واصبح سوري عند وصول النزاع إلى القضاء ، لكن أي جنسية سيعتمد القاضي هل الجنسية التي سادت عند انعقاد العقد ام الجنسية التي سادت عند وصول النزاع إلى القضاء ؟ ( نزاع متحرك )

\* الإرادة قد تتغير لكن بالرغم من تغيرها فليس من شأنها ان يؤثر اطلاقاً في تحديد القانون الواجب التطبيق لأن تغير الإرادة لا يكون من جهة واحدة بل يكون بتعديل شرط باتفاق اطراف العقد ونكون امام عقد معدل ويلتزم القاضي بالعقد المعدل والقانون الواجب التطبيق الجديد الذي اتفقوا عليه

## تزاوج الجنسيات :

ان ضابط الاسناد قد يتمثل بقاعدة الاسناد بالجنسية وهذا الضابط قد يثير مشكلة عند تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تزاوج الجنسيات

**تزاوج الجنسيات :** حالة تعدد الجنسيات من جهة او انعدام الجنسيات من جهة أخرى

ان تعدد الجنسيات او انعدامها امر يعود الى اختلاف تشريعات دول العالم بشأن الأسس التي تقررها فيما يتعلق بجنسية الأصلية او الجنسية المكتسبة ، فيؤدي ذلك الى تمنع الشخص بأكثر من جنسية او انعدام الجنسية وما اثر ذلك ؟

ان فقه القانون الدولي الخاص يعبر عن ذلك بعنوان **تزاوج الجنسيات** واثره في تحديد القانون الواجب التطبيق ومتى تزاوج الجنسيات على نوعين :

1- تزاوج جنسيات إيجابي – ان يتمتع بأكثر من جنسية –

2- تزاوج جنسيات سلبي – عدم تمنع الشخص بأي جنسية –

ما اثر تزاوج الجنسيات على تحديد القانون الواجب التطبيق ؟

مثال : المادة 1/12 لو شخص بريطاني نريد تحديد اهليته فيكتشف القاضي ان لديه جنسية أخرى وهي الجنسية السورية فكيف يحدد القاضي الوطني القانون الواجب التطبيق ؟ فهل يطبق القانونين في آن واحد ؟ هناك استحالة عملية في ذلك لأن لو ان القانون السوري يذكر ان الاهلية 21 سنة والقانون البريطاني 18 سنة وطبق القاضي احدهما قد يطعن بذلك على أساس انه لم يطبق القانون الآخر ؟

مثال : مطلوب من قاضي ان يحدد اهلية شخص ما في اطار تصرف قانوني والنص يحدد قانون الدولة الى ينتمي اليها الشخص بجنسيته واكتشف القاضي ان الشخص عديم الجنسية فكيف يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق ؟

## 1- تنازع الجنسيات الإيجابي :

أ- الرأي الأول ذهب الى ان يعتمد القاضي الوطني الجنسية الأولى للشخص

ب- الرأي الثاني ذهب الى ان يعتمد القاضي الوطني الجنسية الأخيرة للشخص الرأيان ليسا رأيان سديدان لأن الشخص قد يتمتع بجنسية أكثر من دولة بذات اللحظة فقد يولد الشخص ومعه جنسيتين بنفس الوقت كأن يولد اردني لأب اردني في الولايات المتحدة الامريكية

ج - رأي ثالث ان يعمل القاضي الوطني سلطته التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق وان يرجح الجنسية التي يشاء ، وايضاً لم يكن رأي راجح ولم يرتفق لمستوى مبدأ من مبادىء القانون الدولي الخاص

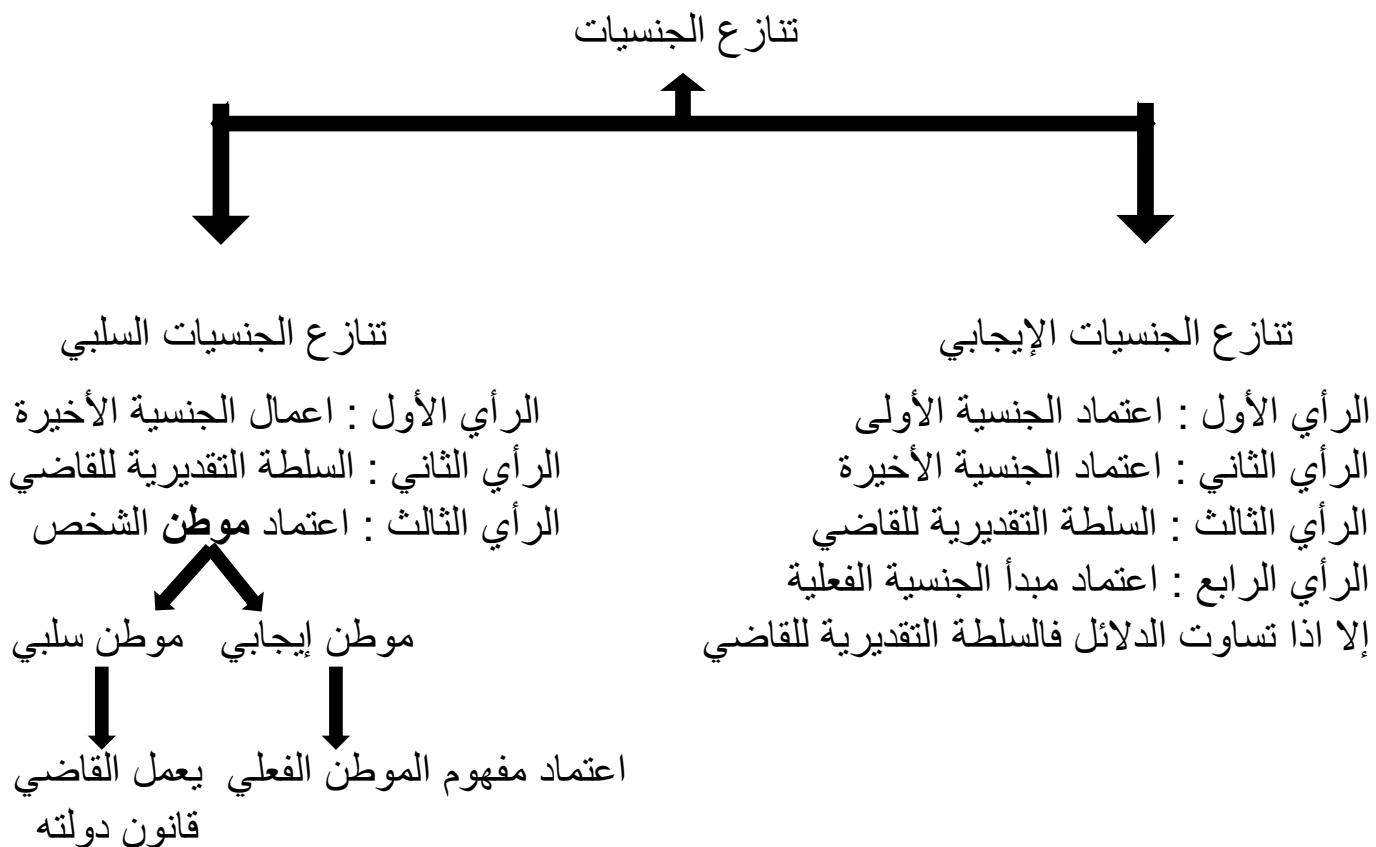
د- الرأي الرابع هو الرأي الراجح والذي ارتفق لمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص والذي مفاده ان على القاضي في حالة تعدد جنسيات الشخص ان يتوقف على **الجنسية الفعلية الجنسية الفعلية** : هي الجنسية التي يرتبط فيها الشخص اكثر من غيرها ، ووفق لهذا المبدأ هناك مجموعة مؤشرات تساعد القاضي الوطني على التوقف على الجنسية الفعلية ومن بين هذه الدلائل: موطن الشخص ، موطن عائلة الشخص ، ممارسة الحقوق السياسية ، المشاركة في الحياة المالية - دفع الضرائب والرسوم - ، الخدمة العسكرية

مثال : شخص يتمتع بالجنسية السورية والجنسية البريطانية حتى يستطيع القاضي الوطني ان يتوقف على الجنسية الفعلية فيجب ان يرى الدلائل فمثلاً لو كان يشارك في الحياة السياسية في سوريا وكان يقيم في سوريا هو وعائلته ويقوم بدفع الرسوم والضرائب في سوريا وخدم العسكرية فيها - وهناك معااهدات تنظم الخدمة العسكرية فلو خدم الشخص العسكرية في دولة تغنيه عن باقي الدول - فعندما يكون جنسيته الفعلية هي السورية ويكون القانون الواجب التطبيق القانون السوري

في بعض الأحيان ان تتساوى المؤشرات بين الجنسين وتكون الجنسين جنسية فعلية عندها تكون السلطة تقديرية للقاضي في ترجيح جنسية وتطبيق القانون الواجب التطبيق

## 2- تنازع الجنسيات السلبي :

- أ- الرأي الأول ان يقوم بإعمال الجنسية الأخيرة الذي تتمتع فيها الشخص في حياته ويفترض هذا الرأي ان الشخص كان لديه جنسية وان هذه الجنسية لأسباب سبب سقطت منه او سقطت عنه فيكون عديم الجنسية ، ولكن الرأي ضعيف لأن الشخص قد يولد ويكون عديم الجنسية كشخص ولد في دولة لا تعطي الجنسية على حق الإقليم بل على حق الدم وان الاب يتمتع بجنسية دولة لا تعطي على حق الدم بل على حق الإقليم فعندما يولد دون جنسية
- ب- الرأي الثاني ان يعمل القاضي الوطني سلطته التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق من منطلق ان الشخص منعدم الجنسية وايضاً هذا الرأي لم يرتفق الى مستوى مبدأ
- ج - الرأي الثالث وهو هذا الرأي ارتفق لمستوى ان يكون مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص- ان على القاضي عند انعدام جنسية الشخص ان يستعيض عن ضابط الاسناد الجنسية بضابط الاسناد الم الوطن فيكون قانون الم الوطن هو من يحكم المسألة ، وقد تثور ايضاً مشكلة تعدد الم الوطن او انعدام الم الوطن وفي حالة تعدد الم الوطن هو وجوب توقف القاضي على مفهوم الم الوطن الفعلي بمؤشرات تساعد القاضي بتحديد الم الوطن الفعلي وفي حال انعدام الم الوطن يعمل القاضي قانون دولته وهذا وفق لما يسمى **بقاعدة الاسناد الاحتياطية**



## موقف المشرع الأردني من تنازع الجنسيات :

جسم المشرع موقفه من تنازع الجنسيات في نص المادة 26 من القانون المدني الأردني سواء كان تنازع إيجابي او سلبي ، وايضاً من المستحيل اعمال مبادئ القانون الدولي الخاص المذكورة سابقاً لورود نص تشريعي عالجت فيها هذه المشكلة

وتمثل موقف المشرع الأردني بما يلي :

ان المشرع يميز بين حالتى تنازع الجنسيات الإيجابي من جهة والسلبي من جهة أخرى كما نلاحظ ان المشرع وفي اطار تنازع الجنسيات الإيجابي يميز بين حالتين : حالة تعدد الجنسيات ومن بينها الجنسية الأردنية وحالة تعدد الجنسيات وليس من بينها الجنسية الأردنية

1-في حالة تعدد الجنسيات والجنسية الأردنية من بينها : يكون القانون الأردني هو القانون الواجب التطبيق

2- في حالة تعدد الجنسيات والجنسية الأردنية ليست من بينها او في حالة انعدام الجنسية : تكون سلطة تقديرية للقاضي وليس هناك قيد او شرط على سلطة القاضي التقديرية إلا منطق القانون

منطق القانون : عندما يجد القاضي نفسه في مواجهة شخص يتمتع بأكثر من جنسية مثلاً جنسية سورية وجنسيه بريطانية فإن للقاضي سلطة تقديرية في القانون الواجب التطبيق استناداً بإحدى الجنسين التي يتمتع فيها الشخص ولكن ليس له اطلاقاً بما يملكه من سلطة تقديرية ان يستبعد القانونيين وان يطبق قانون دولة غيرهم ولا يمكنه ان يتذرع بسلطته التقديرية بتطبيق غيرهم لأن ذلك سيخالف منطق القانون لأن قاعدة الاسناد عندما تشرط تطبيق قانون شخصي للشخص في حالة تعدد الجنسيات فإن هذا يعني ان القانون الذي يرجحه يجب ان يكون قانوناً شخصياً ولو تمت بالجنسية السورية والبريطانية فيجب ان يطبق احدهما

فمثلاً في المادة 1/12 ذكرت انه " يسري قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم" وكأنها جاءت تقييد للسلطة المطلقة للقاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق فهو له حرية الاختيار للقانون وفق لجنسية الشخص

\*في المادة 26 استخدم المشرع مصطلح " مجهولي الجنسية " وهذا المصطلح غريب على القانون اذ اننا لا نتحدث عن مجهولي الجنسية عندما نتحدث عن انعدام الجنسية لأن مصطلح مجهولي الجنسية قد يوحي بأن الشخص يتمتع بجنسية ولم يقم القاضي بجهد للتوقف على هذه الجنسية فقرر ان يقول مجهولي الجنسية .

### 3- القانون المسند اليه :

ان القانون المسند اليه هو ذاك القانون الذي تتحدد ماهيته من خلال ماهية ضابط الاسناد وعلى ذلك فإن القانون المسند اليه بماهيته اما ان يكون قانون شخصياً او/و قانوناً اقليمياً او/و قانون الإرادة فيكون اما قانون شخصي للشخص استناداً للجنسية وقانون إقليمي استناداً لصورة من صور الإقليم او قانون الإرادة وعندها يكون ضابط الاسناد متمثلاً بقاعدة الاسناد بالإرادة

فإذا كان القانون المسند اليه شخصي فضابط الاسناد يكون الجنسية  
وإذا كان القانون المسند اليه إقليمي فيكون ضابط الاسناد صورة من صور الإقليم  
وإذا كان القانون المسند اليه الإرادة فضابط الاسناد يكون الإرادة

وعلى ذلك عند تعدد ضوابط الاسناد في قاعدة الاسناد قد يتربّى على ذلك تعدد في القوانين المسند اليها فإذا كان تعدد ضوابط الاسناد تعدد تخييري فيكون هناك قوانين مسند اليها متعددة تعددًا تخييريًّا وإذا كان هناك ضوابط اسناد متعددة تعددًا تدريجيًّا أي هناك قوانين مسند اليها بشكل تدريجي

لتحديد القانون الواجب التطبيق في قاعدة الاسناد فيجب ان يتم تحديده من عبارات المشرع وعند تحديد القانون المسند اليه في قاعدة الاسناد فنتحدث عن القانون الذي ذكره المشرع بصيغته التشريعية او ان ذكره بماهيته ولتحديد القانون المسند اليه بماهيته بأن نتجاوز الصيغة التشريعية ونذكر القانون بماهيته كقانون شخصي او قانون إقليمي او قانون الإرادة

**مثال المادة 1/12 :** القانون الواجب التطبيق في هذه المادة : قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته

القانون المسند اليه في قاعدة الاسناد في نص المادة 1/12 : قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته او قانون شخصي للشخص على أساس جنسيته القانون الواجب التطبيق بماهيته : قانوناً شخصياً

**مثال المادة 1/13 :** القانون الواجب التطبيق : قانون كل من الزوجين القانون المسند اليه : قانون كل من الزوجين او القانون الشخصي لكل من الزوجين القانون الواجب التطبيق بماهيته : قانوناً شخصياً لكل من الزوجين

## مشاكل تطبيق قاعدة الاسناد :

بعض الفقه يعالج إشكالية تطبيق قاعدة الاسناد تحت عنوان اخر وهو " مشاكل تفسير قاعدة الاسناد " وهذا العنوان يختلف عن العنوان الذي طرحته والفرق بين العنوانين : عندما نتعرض لمشاكل تطبيق قاعدة الاسناد سنرى ان المشكلات هي : ( التكليف , الإحالة - الإحالة الخارجية - , التفويض , التنازع المتحرك ) وبعض من الفقه يعالج هذه المشكلات تحت عنوان " مشاكل تفسير قاعدة الاسناد ، ونحن لا نرى صحة هذا العنوان اذ سنلاحظ عندما نطرح مشكلة التكليف ان هذه المشكلة تتعلق بمعرفة قاعدة الاسناد لغايات تطبيقها من قبل القاضي الوطني أي ان وسيلة الوصول لقاعدة اسناد ما لتطبيقها من قبل القاضي لا يكون الا من خلال ما يسمى بـ اعمال عملية التكليف فإن كان الامر كذلك أي ان كانت هذه المشكلة - التكليف - هي الأساس للوصول لقاعدة الاسناد فكيف سنعتبر ان التكليف مشكلة تتعلق بـ تفسير قاعدة الاسناد ، فحتى نتحدث عن مشكلة من مشاكل تفسير قاعدة الاسناد لا بد ان تكون قاعدة الاسناد معلومة لدى القاضي الوطني ، وحتى يعلم بها القاضي الوطني لا بد ان يعمل عملية التكليف لأن المفتاح للوصول لقاعدة الاسناد هو التكليف فإن كانت هذه الوسيلة توصلني الى النتيجة المتمثلة بـ قاعدة الاسناد فكيف استطيع ان اضع هذه الوسيلة لهذه النتيجة اذا ما علمت بأن الوصول اليها لا يكون الا بـ اعمال هذه النتيجة ، ف أيعقل ان اخضع وسيلة لنتيجة اذا لم اعمل هذه الوسيلة لا اصل الى تلك النتيجة ؟

فنحن لا نميل الى ما ذهب اليه الفقه من عنوان ، فالقول ان مشاكل تفسير قاعدة الاسناد سيؤدي بالضرورة الى اخراج مشكلة التكليف من تحت هذا العنوان وبالرغم من ذلك يقع الفقه بخطأ عند استخدام هذا العنوان ويعالج مشكلة التكليف تحت هذا العنوان .

### 1- التكليف :

1- التمييز ما بين التكليف في اطار القانون بشكل عام وفي اطار القانون الدولي الخاص بشكل خاص :

التكليف : الوصف او التحديد ، وسنلاحظ ان مفهوم التكليف في اطار القانون بشكل عام او بإطار القانون الدولي الخاص بـ مفهوم التكليف العام - الوصف او التحديد - انه لا يخرج عن اطار التكليف اطار القانون بشكل عام او عن اطاره في القانون الدولي الخاص ولكن سنلاحظ من خلال التمييز بين الغاية التي يرجوها القاضي من التكليف في اطار القانون بشكل عام تختلف عن تلك التي يرجوها من خلال التكليف في اطار القانون الدولي الخاص فهناك قواسم مشتركة في المفهوم ولكن الغاية مختلفة

**فالتكيف في إطار القانون بشكل عام :** تحديد نوع العلاقة القانونية او إعطاء وصف للعلاقة القانونية من قبل القاضي الوطني لمعرفة الفرع القانوني المعني بها

أي ان يعطي القاضي وصفاً للعلاقة القانونية التي ينظر فيها بهدف معرفة الفرع القانوني الذي يجب ان يطبقه على هذه العلاقة ، وان القانون الدولي الخاص لا يعني الا بنوع محدد من العلاقات القانونية هي تلك التي توصف بأنها علاقات دولية خاصة

فعندما ترفع دعوى قانونية ما ، ما بين شخص المدعي والمدعي عليه فعل القاضي بعد التأكيد من اختصاصه ان يأتي الى عملية التكيف للعلاقة القانونية -موضوع النزاع- بشكل عام ليعلم القاضي الوطني ما هو القانون الذي يجب ان يطبقه من بين قوانين الدولة

مثال : س مدعى و ص المدعي عليه والموضوع هو النفقة وهناك وقائع في لائحة الدعوى ومن خلال هذه الواقعة يستطيع القاضي تحديد نوع العلاقة التي ينظر فيها ما بين طرفيها ، فإذا تبين للقاضي الوطني ان س اردني و ص اردني فيتبيّن له ان علاقة هي علاقة وطنية داخلية ثم يأتي القاضي بعد ذلك الى موضوع الدعوة ليجده المطالبة بنفقة فسيختار القاضي انه ايقصد بذلك نفقة زوجية ؟ ام نفقة بين الأقارب ؟ ام نفقة عدة ؟ وهنا يجب على القاضي الوطني ان يحدد نوع العلاقة ويبين طبيعة النزاع ، فيقرأ القاضي وقائع الدعوى ومن خلالها يستطيع ان يصل لوصف دقيق لموضوع الدعوى ، فيصل في النتيجة مثلاً ان موضوع الدعوى هو نفقة زوجية ، وبما ان العلاقة داخلية بين اردنيي الجنسية فينظر هل اطبق قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ام اطبق قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين ؟

مثال : عرض عقد ما على قاضي وطني فيه نزاع حول الالتزامات التعاقدية والعقد معنون بعقد بيع فوق للأصول العامة فإن القاضي لا يتقييد اطلاقاً بالتكيف الذي يذهب اليه طرفي العلاقة انما هذا واجب القاضي ان يكيف العلاقة فينظر لشروط العقد والالتزامات المتعاقدين ومن خلال ذلك يصل لماهية العقد فهل هو عقد بيع ام تأجير تمويلي على سبيل المثال فإذا وجد من خلال معطيات وبنود العقد والالتزامات العقد بأنه عقد تأجير تمويلي فعندما سيفصل بأن العقد هو تأجير تمويلي ويطبق عليه الفرع القانوني المعني بهذا العقد أي قانون التأجير التمويلي اما لو وصل القاضي انه العقد عقد بيع فسينظر هل هو عقد بيع مدني ام عقد بيع تجاري ليطبق القانون المدني ام التجاري

فالقاضي الوطني يقوم بتحديد نوع العلاقة او يعطيها وصفاً قانونياً بهدف الوصول القانوني بها ، القانون الذي يجب ان يطبقه على العلاقة القانونية الذي ينظر فيها

اذا تبين للقاضي الوطني من خلال التكيف في إطار القانون بشكل عام ان العلاقة الذي ينظر بها علاقة دولية خاصة فهذا يعني وجوباً بأنه يجب ان يطبق عليها القانون الدولي الخاص الأردني

وهنا ينتهي دور القاضي في مسألة التكليف في اطار القانون بشكل عام ولكن عندما يصل للقانون الدولي الخاص فكمثال النفقة بأن تكون دعوى بين فرنسي الجنسية وبريطاني الجنسية فعلى القاضي في هذه الحالة عندما يصل للقانون الدولي الخاص ان يعيد كرة التكليف للعلاقة الدولية الخاصة فيقوم بعملية التكليف للعلاقة الدولية الخاصة تحت مظلة القانون الدولي الخاص الأردني من اجل الوصول لقاعدة اسناد يطبقها في النزاع ليصل من خلالها للقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة الدولية الخاصة

الامر الذي يعني ان التكليف في القانون الدولي الخاص : إعطاء وصف قانوني دقيق لعلاقة دولية خاصة بهدف تطبيق قاعدة اسناد ما تتلاءم وهذا الوصف للوصول من خلالها الى القانون الواجب التطبيق عليها

القواعد المشتركة ما بين التكليف في اطار القانون بشكل عام وفي اطار القانون الدولي الخاص بشكل خاص :

القاسم المشترك هو الوصف القانوني الدقيق : في اطار القانون بشكل عام فهناك وصف قانوني دقيق للعلاقة التي ينظر فيها القاضي الوطني وفي اطار القانون الدولي الخاص دقيق للعلاقة الدولية الخاصة

لكن الغاية المرجوة في التكليف في اطار القانون بشكل عام شيء والغاية المرجوة في اطار التكليف في القانون الدولي الخاص هي شيء اخر : فالغاية في التكليف في اطار القانون بشكل عام معرفة الفرع القانوني المعني بالعلاقة في حين الغاية المرجوة في اطار التكليف في القانون الدولي الخاص هي معرفة قاعدة الاسناد التي تتلاءم والوصف

مثال : قاضي اردني رفعت امامه دعوى قضائية بين س مدعى فرنسي و ص مدعى عليه بريطاني وموضوع الدعوى النفقة , بعد التأكد من اختصاصه ينظر الى العلاقة القانونية امامه ليعطيها وصف فيرى بأن الدعوى ما بين مدع فرنسي ومدعى عليه بريطاني وموضوع الدعوى نفقة فتلقائي سيقول بأن هذه العلاقة هي علاقة دولية خاصة أي حدد لنا نوع العلاقة في اطار التكليف تحت مظلة القانون بشكل عام وبعد ما حدد ذلك تلقائياً علم القاضي بالفرع القانوني المعني بها وهو القانون الدولي الخاص , وتحت مظلة القانون الدولي الخاص هناك مسألة تنازع القوانين من حيث المكان فلا بد ان يطبق القاضي الوطني قاعدة اسناد ما في اطار هذه الدعوى المنظورة من قبله , اسيختار قاعدة الاسناد كما يشاء ؟ الجواب لا انما عليه ان يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً للعلاقة الدولية الخاصة التي ينظر فيها , فينظر ان موضوع الدعوى النفقة فعندما يستعرض قواعد الاسناد الأردنية سيجد بأن هناك قاعدة اسناد تتعلق بآثار عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال أي يشمل النفقة الزوجية وذلك في نص المادة 1/14 وسيجد قاعدة اسناد أخرى تتعلق بنفقة العدة في المادة 2/14 وايضاً سيجد في المادة 16 والتي موضوعها النفقة بين الأقارب , وعند إعطاء القاضي الوطني الوصف القانوني الدقيق للعلاقة الدولية الخاصة بعد قراءة الواقع في لائحة الدعوى فإذا تبين ان

المدعي هو زوج المدعي عليه وان هذا المدعي نتيجة عقد الزواج يطالب بنفقة زوجية فعندما يصل الى قاعدة الاسناد التي تتطابق مع موضوع الاسناد فيها مع هذا الوصف وهي نص المادة 1/14 ، ويتطبيق قاعدة الاسناد في المادة 1/14 سيصل القاضي الوطني الى القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة موضوع الدعوى ، والمادة 14/1 تقول انه يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج ، مما يعني ان القانون الواجب التطبيق بفرض ان المدعي س هي الزوجة سيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون شخص المدعي عليه وهو الزوج الذي كان سائداً لحظة انعقاد عقد الزواج ، فلو تبين للقاضي ان موضوع العلاقة الدولية الخاصة هي نفقة تتعلق بالعدة نتيجة الطلاق فالقاعدة القانونية الذي سيطبقها القاضي هي قاعدة الاسناد 2/14 التي تقول ان الطلاق يخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق فعندما سيختلف القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة

فأي خطأ سيرتكبه القاضي في تكييف العلاقة الدولية الخاصة سيؤدي الى الواقع في خطأ في تطبيق قاعدة الاسناد

## 2- القانون الواجب التطبيق على التكييف :

ان عملية التكييف هي عملية فنية يقوم بها القاضي الوطني وهذه العملية من خلالها يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً للعلاقة الدولية الخاصة

عندما يقوم القاضي الوطني بهذه العملية الفنية أي يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً ، اي عطيها وفقاً لمزاجه الشخصي ؟ ام لما يراه مناسباً ؟ ام لا بد من وجود أساس قانوني لذلك ؟

يجب ان يستند لأساس قانوني لذلك ، والحديث في هذا الأساس القانوني للوصف لا يكون الا من خلال " القانون الواجب التطبيق على التكييف " الذي يسميه جانب كبير من الفقه بـ " اتجاهات التكييف " ، ويجب ان نميز ونحن نتحدث عن القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف بين هذا القانون – أي الذي يجب ان نطبقه على عملية التكييف – وبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة أي على النزاع

فمسألة القانون الواجب التطبيق في عملية التكييف هي مسألة سابقة على معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع لأننا اذا نظرنا الى التكييف سنجد بان هذا التكييف في اطار القانون الدولي الخاص كالمعادلة ، في جزءها الأول اعطاء وصف قانوني دقيق لعلاقة دولية خاصة وفي جزئها الثاني تحديد قاعدة الاسناد وفي جزئها الثالث تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قاعدة الاسناد على العلاقة الدولية الخاصة ، وعندما نقول القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف فنحن نتحدث عن القانون الذي يجب تطبيقه على الجزء الأول من المعادلة وتقود القاضي الى قاعدة اسناد ما تتلاءم والوصف وباعمالها وتطبيقها يصل

القاضي الوطني الى القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة ليقرر الحقوق او الواجبات

فما هو القانون الذي يجب ان يتقيد به القاضي الوطني عند إعطاء وصفاً قانونياً دقيقاً وملائماً للعلاقة الدولية الخاصة ؟

اختلفت الاتجاهات الفقهية وتعدد النظريات في هذا الشأن ، ولكن بالرغم من تعددتها سنركز على 3 من بينها لأهميتها و منطقيتها و ترابطها ببعضها البعض :

1- اتجاه بارتان في التكيف - الاتجاه الفرنسي في التكيف -

2- اتجاه ذهب الى ضرورة ان يكون التكيف وفقاً للقانون الأجنبي واجب التطبيق

3- اتجاه جامع الذي ذهب الى ضرورة ان يكون التكيف مرتين ان امكن بحيث تكون المرة الأولى وفقاً لقانون دولة القاضي وفي المرة الثانية وفقاً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ان وجد

**1- اتجاه بارتان في التكيف :**

بارتان هو ليس اول من قال بهذا الاتجاه ولكن سبقه الفقيه الألماني كاهان ولكن اصبح هذا الاتجاه يعرف باتجاه بارتان اذ ان بارتان وضع اتجاهه بأصل عام وقدم عليه مبررات للتدليل على منطقته وحياته ثم وضع استثناءات على الأصل العام

من حيث الأصل العام فإن اتجاه بارتان في التكيف يتمثل في ضرورة ان يعمل القاضي الوطني قانون دولة المحكمة في عملية تكيف العلاقات الدولية الخاصة بأصل عام

فمفاد هذا الاتجاه انه عندما ينظر القاضي الوطني قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان وحتى يستطيع القاضي الوطني ان يصل الى القانون الواجب التطبيق عليها من خلال تطبيق قاعدة اسناد وطنية عليه ان يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً للعلاقة الدولية الخاصة وفقاً لمعطيات قانون دولة المحكمة كأصل ما ، ونقول قانون دولة المحكمة علماً بأن بارتان عندما تحدث عن اتجاهه اوجب اعمال قانون دولة القاضي في عملية التكيف ، في تلك الحقبة كان هذا الكلام صحيح ولكن في عصرنا الحالي يجب ان نفهم ما أراده بارتان من قانون دولة القاضي على أساس قانون دولة المحكمة ، والسبب يعود انه في عصرنا الحالي قد ينتدب قاض ما من دولة ما للعمل في الجهاز القضائي في دولة أخرى فلو استخدمنا المصطلح الذي استخدمه بارتان فقد يؤدي ذلك الى فهم بأن القانون الذي يطبقه القاضي الوطني في عملية التكيف هي قانون الدولة التي ينتمي اليها القاضي بجنسيته خلاف ما أراده بارتان ، فبارتان عندما ذكر دولة القاضي كان يقصد بذلك قانون دولة المحكمة فتطبيقاً لذلك فالقاضي الأردني اذا عرضت عليه قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان واراد ان يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً لهذه العلاقة الدولية الخاصة فيجب عليه ان يعطي هذا الوصف الدقيق وفقاً لمعطيات القانون الأردني

**قدم بارتان مجموعة من المبررات للدليل على حجية ومنطقية اتجاهه ومن بينها :**

**1-مبرر يرتبط بمفهوم سيادة الدولة :** ان سيادة الدولة تقتضي من القاضي الوطني عند إعطاء وصف قانوني لعلاقة دولية خاصة ان يقوم بهذا العمل انطلاقاً من معطيات قانون دولة المحكمة ( قانون دولة القاضي حسب بارتان ) اذ ان قيامه لعملية التكييف خلافاً لهذا القانون يؤدي الى انتقاد من سيادة دولة هذه المحكمة اذ كأنه يرى القاضي ان القانون الأجنبي افضل من قانون دولته في تكييف العلاقة

**2-مبرر يرتبط بعملية التكييف :** ان عملية التكييف هي عملية فنية يقوم بها القاضي الوطني من اجل تفسير قاعدة الاسناد للوصول من خلالها للقانون الواجب التطبيق ، وان تفسير قاعدة الاسناد الوطنية يجب ان يكون وفق للقانون الذي يتضمنها وبالنتيجة وفق للقانون الوطني أي وفق لقانون المحكمة

**3-مبرر يرتبط بالبنية القانونية للقاضي الوطني :** ان البنية القانونية للقاضي الوطني تقتضي ان يقوم بعملية التكييف وفقاً لهذا القانون اي اذا انظرنا للقاضي الأردني فإن بنيته القانونية هو القانون الأردني وبما ان أساسه القانون الأردني فالأفضل ان يعمل هذا القانون في عملية تكييف في العلاقة الدولية الخاصة لأنه يعلم به اكثر من غيره

**تقييم هذه المبررات :**

**في المبرر الأول:** ما ي قوله بارتان هو امر صحيح فعندما نقول سيادة فهذا المصطلح يقطع الشك بالبيين حيث لا يكون مجال لـإعمال نقاش او نقد و حتى ان القرارات السيادية هي قرارات محسنة لا يجوز الطعن فيها فالسيادة يقطع الشك بالبيين في اطار اي موضوع يطرح فيه هذا المصطلح ، فعندما يقول بارتان سيادة فهذا يكفي للدليل على صحة اتجاهه ، وكان يكفي بارتان هذا المبرر لتدليل على صحة اتجاهه ولكن للأسف أضاف بارتان بمبررات أخرى لمحاولة اقناع الآخرين بحجية اتجاهه

**في المبرر الثاني:** أضاف بارتان ابتداءً ان عملية التكييف هي عملية فنية يقوم بها القاضي الوطني ولكنه اخطأ عندما اعتبر ان هذه العملية الفنية ترتبط بتفسير قاعدة الاسناد لأنه في ذلك يتعارض مع نفسه بمفهوم التكييف فهو يرى ان التكييف إعطاء وصف قانوني دقيق ملائم لعلاقة دولية خاصة لتطبيق قاعدة اسناد ما للوصول للقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة ، فبارتان يقول ان عملية التكييف هي مفتاح الوصول لقاعدة الاسناد فكيف بعد هذا القول بان عملية التكييف هي عملية فنية ترتبط بتفسير قاعدة الاسناد فما ذهب اليه بهذا الشأن هو امر خاطئ مخالف لمفهوم التكييف

**في المبرر الثالث:** في البنية القانونية للقاضي الوطني الذي يفترض بأن هذه البنية القانونية للقاضي الوطني هي أساسها القانون الوطني ، ولكن في الواقع العملي يخالف ذلك

## استثناءات اتجاه بارتان :

**1-يتعلق بتكييف الفعل :** ان تكييف الفعل يجب ان يكون وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل ، أي ان هذا الاستثناء في بعض الأحيان قد يتطابق مع الأصل العام فقد يصدق ان يتعلق الامر بفعل يقع في ذات دولة المحكمة فبحسب هذا الاستثناء على القاضي الوطني ان يكيف هذا الفعل على وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيه وبالنتيجة فقد يطبق قانون دولة المحكمة اذا وقع في دولة المحكمة

**2-يتعلق بتكييف المال :** فالمال هو كل حق او عين له قيمة مادية في التعامل ، ويقول بارتان ان تكييف المال يجب ان يكون وفقاً لقانون موقعه الامر الذي يعني ان من الضرورة تطبيق قانون اجنبي على وصف هذا المال ، وايضاً قد يتطابق مع الأصل العام فقد يصدق ان يكون المال في دولة المحكمة فعندما تكييف القاضي لهذا المال سيكون لقانون موقعه أي قانون دولة المحكمة وهذا يتطابق مع الأصل العام

**3-يتعلق بالمعاهدة الدولية :** فهو استثناء ذات مصدر دولي ومقاده انه ان كان الأصل العام وجوب ان يعمل القاضي الوطني قانون دولة المحكمة في عملية التكييف إلا اذا وجد نص في معاهدة دولية سارية المفعول يلزم القاضي ان يعمل قانوناً اخر غير قانون دولة المحكمة في عملية التكييف فيجب عليه ان يتقييد بما تملية هذه المعاهدة

اتجاه بارتان في التكييف : يتمثل في ضرورة ان يعمل القاضي الوطني قانون دولة المحكمة في عملية تكييف العلاقات الدولية الخاصة كأصل عام

مبررات اتجاه بارتان :

1-مبرر يرتبط بمفهوم سيادة الدولة

2-مبرر يرتبط بعملية التكييف

3-مبرر يرتبط بالبنية القانونية للقاضي الوطني

استثناءات اتجاه بارتان:

1-يتعلق بتكييف الفعل : تكييف الفعل يجب ان يكون وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل

2-يتعلق بتكييف المال : تكييف المال يجب ان يكون وفقاً لقانون موقعه

3-يتعلق بالمعاهدة الدولية : اذا وجد نص في معاهدة دولية سارية المفعول يلزم القاضي ان يعمل قانوناً اخر غير قانون دولة المحكمة في عملية التكييف

## 2-اتجاه ذهب الى ضرورة ان يكون التكييف وفقاً للقانون الأجنبي واجب التطبيق :

ان القاضي الوطني يجب عليه ان يعمل القانون الأجنبي الواجب التطبيق على عملية التكييف وان هذا الاتجاه ليس بالاتجاه الصحيح لانه ينقضه المنطق في القانون كما انه يتنافى مع مفهوم التكييف ، ان كان هذا الاتجاه غير صحيح فلما نتعرض لهذا الاتجاه ؟  
ان هناك ضرورة لأن نشير لهذا الاتجاه حتى نفهم الذي يليه " الاتجاه الجامع الذي ذهب الى ضرورة ان يكون التكييف مرتين ان امكن بحيث تكون المرة الأولى وفقاً لقانون دولة القاضي وفي المرة الثانية وفقاً للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ان وجد "

**لماذا هذا الاتجاه غير صحيح ؟**

كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة دولية خاصة ؟  
نحده من خلال تطبيق قاعدة الاسناد ما

كيف نستطيع ان نحدد قاعدة الاسناد التي يجب تطبيقها في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان ؟

نصل الى قاعدة الاسناد التي يجب تطبيقها في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان من خلال عملية التكييف العلاقة الدولية الخاصة

هل يشترط القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً ؟

في خصائص قاعدة الاسناد انها قاعدة مزدوجة أي ان قاعدة الاسناد تحدد لنا الحالات التي يطبق من خلالها القانون الوطني كما تحدد الحالات التي يطبق من خلالها القانون الأجنبي او متى يطبق كلاهما ، بالنتيجة لا يشترط ان يكون القانون الواجب التطبيق اجنبي بل ممكن ان يكون قانون وطني

وبما ان القانون الواجب التطبيق قد يكون وطني فهذا يعني انه لا يمكن ان نعمل التكييف حسب هذا الاتجاه

خلاصة القول ان هذا الاتجاه غير صحيح لسببين :

أ- ان تحديد القانون الواجب التطبيق لا يكون الا من خلال عملية التكييف التي من خلالها نصل لقاعدة اسناد ما تتلاءم وتكييف هذه العلاقة والتي بتطبيقها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق

ب- ليس شرطاً ان يكون وفقاً لقاعدة الاسناد القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً بل من الممكن ان يكون قانوناً وطنياً

وبهذا فإن هذا الاتجاه يخالف منطق القانون من جهة ويتعارض مع مفهوم التكييف من جهة فالتمكين هو المفتاح الذي يوصلنا لقاعدة الاسناد وبنطبيقها نحدد القانون الواجب التطبيق ،  
وكان أصحاب هذا الاتجاه يفترضون دائماً ان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبي وهذا غير صحيح

3-اتجاه جامع الذي ذهب الى ضرورة ان يكون التكييف مرتين ان امكن بحيث تكون المرة الأولى وفقاً لقانون دولة القاضي وفي المرة الثانية وفقاً لقانون الأجنبي الواجب التطبيق ان وجد :

مفاد هذا الاتجاه وجوب ان يقوم القاضي الوطني بعملية التكييف بالمرة الأولى وفق لقانون دولة المحكمة وفي المرة الثانية وفق لقانون الأجنبي الواجب التطبيق ان وجد

أي اذا لم يكن هناك قانون اجنبي لقانون واجب التطبيق فأن هذا الاتجاه سيعتبر اقرب مع اتجاه بارتان نسبياً لان اتجاه بارتان يوجد به اصل عام واستثناءات اما هذا الاتجاه في حال عدم وجود قانون اجنبي واجب التطبيق فإن العملية ستقتصر فقط على القانون الواجب التطبيق على قانون دولة المحكمة بحيث لم يضع أصحاب هذا الاتجاه استثناءات على ذلك

**آلية عمل هذا الاتجاه :**

1-في قضية تتنافى فيها القوانين من حيث المكان وبعد ثبوت اختصاص المحكمة تقوم المحكمة بإعطاء وصف قانوني دقيق للعلاقة الدولية الخاصة بهدف تطبيق قاعدة اسناد وطنية تتلاءم وهذا الوصف

2-من خلال تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية يتم تحديد القانون الواجب التطبيق

3-اذا تبين ان القانون الواجب التطبيق هو قانون وطني فإن القاضي يقوم بتقرير الحقوق والواجبات سندأ له في اطار العلاقة الدولية الخاصة

4-اذا تبين من خلال قاعدة الاسناد الوطنية ان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبي فعندما يجب على القاضي ان يعطي وصفاً قانونياً دقيقاً للعلاقة الدولية الخاصة وفق لهذا القانون من اجل تحديد قاعدة الاسناد الوطنية الجديدة التي تتلاءم وهذا الوصف الجديد

5-اذا تبين من خلال قاعدة الاسناد الجديدة بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون وطني فإن القاضي يطبقه على النزاع

6-واما تبين ان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبي فإنه يجب ان يطبقه على النزاع ايضاً

مثال : قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان في المحاكم الأردنية وسنطبق اليه عمل هذا الاتجاه بالشكل التالي :

1-سيقوم القاضي الأردني بإعطاء وصف قانوني دقيق للعلاقة الدولية الخاصة من منطلق ومعطيات القانون الأردني ليصل من خلال هذا الوصف لقاعدة الاسناد الأردنية التي يجب تطبيقها لغايات تحديد القانون الواجب التطبيق

2- بتطبيق قاعدة الاسناد الأردنية اذا تبين ان القانون الواجب التطبيق هو قانون وطني فعندما يقوم القاضي الوطني بتطبيقه على النزاع فيقرر الحقوق والواجبات

3- اما اذا تبين ان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبي فإنه لا يطبق على النزاع وانما على القاضي الوطني ان يعيد كرة التكيف وفقاً لمعطيات القانون الأجنبي الذي تم الوصول اليه من خلال التكيف في المرة السابقة

4- بنتيجة الوصف الذي يصل اليه القاضي من خلال القانون الأجنبي يعود القاضي الوطني وبيحث عن قاعدة الاسناد الأردنية الجديدة التي تتلاءم وهذا الوصف الجديد

5- بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنية الجديدة قد يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً وطنياً او قانوناً اجنبياً

6- وفي كلتا الحالتين سيقوم القاضي بتطبيق القانون على العلاقة الدولية الخاصة لتقدير الحقوق او الواجبات

الانتقادات التي وجهت الى الاتجاه الثالث - الاتجاه الجامع - :

1-من شأن هذا الاتجاه ان يطيل في امد الخصومة وبالتالي يكون مجهاً بالنسبة للقاضي الوطني من جهة ومكلفاً بالنسبة للخصوم من جهة :

فالقاضي الوطني سيقوم بعملية التكيف في المرة الأولى وفقاً لمعطيات قانون دولة المحكمة ليصل من خلال هذا الوصف الدقيق للعلاقة الدولية الخاصة لقاعدة اسناد يطبقها للوصول لقانون ما كقانون واجب التطبيق ، فإن كان اجنبياً لا يطبق على النزاع ليقرر الحقوق وانما ليعيد كرة التكيف مرة أخرى ليصل من جديد لقاعدة اسناد جديدة ومن خلال تطبيقها لربما يصل لقانون اجنبي اخر كقانون واجب التطبيق على النزاع في المرة الثانية ، هذا التكيف يأخذ وقت طويلاً فيحتاج القاضي لوقت ليقف على فلسفة القانون الأجنبي وقد يحتاج الى ترجمة قانونية وغيرها ، وهذا ايضاً مكلف بالنسبة للخصوم لأن من يتحمل التكاليف هو الخصم الذي سيخسر الدعوى

## 2- هذا الاتجاه يجعل الحق معلق على ممض صدفة مكان رفع الدعوى :

قضية من القضاء الألماني : عائلة يونانية تتكون من 3 افراد - الاب ، الابن ، البنت - واستأجر الاب محل تجاري وبعد فترة توفي الاب فاتفق الأخ مع الأخت على ان يدير الأخ المحل التجاري مقابل ان يقدم للأخت أرباح وبعد فترة طالبت الأخت أخيها أرباح فقمنع الأخ من التزاماته فرفعت دعوى قضائية امام القضاء الألماني ، فالمدعية يونانية الجنسية والمدعى عليه يوناني الجنسية والدعوى امام المحاكم الألمانية

اولاً تأكيدت المحاكم الألمانية من اختصاصها فوجدت نفسها انها مختصة بنظر الدعوى على أساس ان المدعى والمدعى عليه لهما موطن في المانيا وان لهم محل تجاري في المانيا ثم كان على المحكمة تكليف العلاقة القانونية في اطار القانون بشكل عام ووجدت ان العلاقة علاقية دولية خاصة لأن شخص المدعى عليه اجنبي ثم كان يجب على المحكمة ان تكليف هذه العلاقة الدولية الخاصة لتجد قاعدة الاسناد المناسبة للوصول لlaw للقانون الواجب التطبيق ، كانت المشكلة امام المحكمة الألمانية ان هذا النزاع يرتبط بشركة ام بيرث ؟ ووصلت

المحكمة لنتيجة ان النزاع يرتبط بيرث ثم طبقت المحكمة الألمانية قاعدة الاسناد التي موضوع الاسناد فيها الإرث والتي تفرض على القاضي وجوب تطبيق قانون المورث لحظة وفاته وهي الجنسية اليونانية فالقانون الواجب التطبيق هو القانون اليوناني ، جاءت المحكمة الألمانية بالقانون اليوناني ليس لتطبيقه في النزاع بل لتعيد كرة التكليف وفق للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ووفق لمعطيات القانون اليوناني ووصلت المحكمة لنتيجة ان هذا النزاع يرتبط بشركة فبحثت المحكمة الألمانية عن قاعدة اسناد المانية التي موضوع الاسناد فيها عن شركة ، فكانت تلزم القاعدة تطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي لهذه الشركة - أي القانون الألماني - فطبقت المحكمة القانون الألماني على أساس ان الموضوع مرتبط بشركة وارتبط الموضوع بأرباح وخسائر وان المدعية تحمل الخسائر وبالنتيجة لم تتحقق مبتغاها لأنه لم يتحقق أرباح

هل ستكون النتيجة ذاتها لو ان هذه الدعوى ما بين أطرافها وبذات الموضوع رفعت امام المحاكم اليونانية ؟

لو رفعت الدعوى من المحاكم اليونانية :

اولاً ستتأكد المحكمة من اختصاصها ثم ستقوم المحكمة اليونانية بعملية التكليف بشكل عام فستحصل المحكمة ان العلاقة هي علاقية دولية خاصة على أساس ان الدعوى موضوعها محل تجاري في المانيا ثم من خلال هذه النتيجة ستقوم المحكمة بتكليف العلاقة تحت مظلة القانون الدولي الخاص اليوناني وسيقوم القاضي بإعطاء وصف قانوني دقيق وملائم للعلاقة الدولية الخاصة وفق لمعطيات القانون اليوناني ومن خلال معطيات القانون اليوناني سيجد ان النزاع سينصب حول شركة - كما ذكر قبل قليل - واما طبقت المحكمة اليونانية قاعدة الاسناد التي موضوع الاسناد فيها الشركة سيكون القانون الواجب التطبيق هو مركز الإداري الرئيسي الفعلي وهو القانون الألماني فلو جاءت المحكمة اليونانية بالقانون الألماني واعادت كرة

التكيف ستصل المحكمة اليونانية بالنتيجة وفق لمعطيات القانون الألماني بإن النزاع ينصب حول مسألة إرثيه فلو عادت المحكمة اليونانية لقاعدة اسناد موضوعها الإرث في القانون اليوناني ستجد ان القانون الواجب التطبيق هو قانون المورث لحظة وفاته أي القانون اليوناني عندها ستقوم المحكمة بتوزيع الإرث وفق لما تقرره القانون اليوناني

فاختفت النتيجة ما بين القضية الواقعية والقضية المفترضة فاختلت بسبب اختلاف مكان رفع الدعوى ، فاختلاف مكان الدعوى سيؤدي بالضرورة لاختلاف الحقوق المحکوم بها وفق لأحكام القانون الواجب التطبيق

### تقييم شخصي لهذا الانتقاد :

هل فعلاً هذا الاتجاه يجعل الحق معلق على محض صدفة مكان رفع الدعوى ؟

نعم ، ولكن الا يمكن ان يوجهه مثل هذا الانتقاد لاتجاه بارتان ؟

نعم فيمكن لهذا الانتقاد ان يوجهه ايضاً لاتجاه بارتان

كل مسألة تنازع القوانين من حيث المكان ترتبط بالدولة التي ترفع فيها الدعوى ، لأن من بين خصائص قاعدة الاسناد هي قاعدة داخلية ، وهذه الخاصية لها نتيجة انه يمكن ان يختلف قواعد الاسناد الأجنبية عن قواعد الاسناد الوطنية في الاحكام القانونية لأن المسألة ترتبط بالسيادة فكل دولة يمكن لها ان تسن ما تشاء من تشريعات وما تشاء من قواعد اسناد

وعلى الرغم من ان هذا الانتقاد من اهم الانتقادات التي وجهت الى الاتجاه الثالث ولكن نقل من شأنه لأنه يمكن ان ينصرف الى أي اتجاه اخر

اذا اردنا ان نجري مقارنة بين هذه الاتجاهات واردنا ان نرجح اتجاه على اخر فإننا نرجح ما قال به بارتان لأن ذلك من شأنه ان لا يطيل في امد الخصومة

### موقف المشرع الأردني في مسألة التكيف :

موقف المشرع جاء واضح في نص المادة 11 من القانون المدني الأردني " القانون الأردني " هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها "

فالشرع لم يعرف التكيف وماهيته ولكن اظهر الهدف من وراء عملية التكيف ، وهناك ملاحظة شكلية في هذه المادة هو ان المشرع خلط ما بين المصطلحات ما بين تكييف القانون بشكل عام وتكييف القانون بشكل خاص في القانون الدولي الخاص عندما ذكر المشرع " .. عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات..... " لأن" تحديد " نوع العلاقة هو مفهوم يرتبط بإطار التكيف القانون بشكل عام ، لأن تحديد نوع العلاقة اما ان يقود الى اعتبار العلاقة علاقة داخلية ويطبق عليها فرع من فروع القانون الداخلي بحسب الوصف واما ان تكون

العلاقة دولية خاصة تدرج تحت مظلة القانون الدولي الخاص ويؤكد على ذلك قول المشرع " ... في قضية تنازع فيها القوانين ... " أي المشرع أراد أن يقول تحديد وصف العلاقة الدولية الخاصة - إعطاء وصف للعلاقة الدولية الخاصة - لأن تحديد نوع العلاقة أمر سابق على التكليف في القانون الدولي الخاص فلا تكون بإطار التكليف في القانون الدولي الخاص إلا إذا كانت العلاقة دولية خاصة فكان الأفضل من المشرع لا أن يقول " .... تحديد نوع هذه العلاقات ... " بل أن يقول " القانون الأردني هو المرجع في العلاقة الدولية الخاصة في قضية تنازع فيها القوانين من حيث المكان لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها "

**ونفهم أن تكليف العلاقة الدولية الخاصة لا يكون إلا وفق لمعطيات القانون الأردني**

### **موقف المشرع الأردني واتجاه بارتان :**

اتجاه بارتان فيه اصل عام واستثناءات والاصل العام يتمثل في ضرورة ان يعمل القاضي الوطني قانون دولة المحكمة في عملية تكليف العلاقات الدولية الخاصة كأصل عام ولكن بارتان وضع لنا 3 استثناءات :

- 1- يتعلق بتكييف الفعل : تكليف الفعل يجب ان يكون وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل
- 2- يتعلق بتكييف المال : تكليف المال يجب ان يكون وفقاً لقانون موقعه
- 3- يتعلق بمعاهدة دولية : اذا وجد نص في معاهدة دولية سارية المفعول يلزم القاضي ان يعمل قانوناً اخر غير قانون دولة المحكمة في عملية التكليف

ان المشرع الأردني نص صراحة في المادة 11 على التكليف ولا يوجد أي استثناء فيها ولكن ذلك لا يعني ان المشرع لم يأتي باستثناء فمن الممكن ذكر استثناءات في مواد لاحقة فمثلاً في نص المادة 19 يشير المشرع الى الحقوق العينية التي لا يمكن ان تتحدث عنها الا اذا ارتبطت بمال والمشرع يشير في المادة 19 فيشير الى العقار من جهة ويشير الى منقول من جهة أخرى ويفرق بين القانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية التي ترتبط بعقار عن القانون الواجب التطبيق الذي يشير الى منقول

ان المادة 19 تطبق عندما يكون موضوع النزاع حقوق عينية ترتبط بعقار او منقول فالقاضي الوطني يطبق المادة 19 بعد ان يقوم بتكييف حسب نص المادة 11 وبالتالي فتكليف المال ان كان منقول او عقار يطبق حسب المادة 11 أي ان المشرع لم يأخذ باستثناء بارتان المتعلق بتكييف المال

وفي الاستثناء الذي يتعلق بتكييف الفعل فنجد ان المادة 22 هي ما يتعلق بالفعل الغير تعاقدي ويطبقه القاضي بعد ان يكيفه في نص المادة 11 أي ان المشرع ايضاً لم يأخذ باستثناء بارتان

وفي المادة 24 ذكر المشرع ان لا تسرى احكام المواد السابقة – بما في ذلك احكام المادة 11- اذا وجد نص في قانون خاص او اذا وجد نص في معايدة دولية نافذة المفعول في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها فإن الأولوية في التطبيق ستكون للمعايدة الدولية

فلاحظ ان المشرع الأردني اخذ بما قال به بارتان ولكن ليس على أساس استثناء بل على أساس ان المعايدة الدولية مصدر رسمي اول والنتيجة واحدة أي ان هناك تطابق في المنهج بين بارتان والمشرع الأردني

فصل اخيراً للنتيجة التالية :

فالشرع الأردني يتطابق مع بارتان بالأصل العام واستثناء المعايدة الدولية ويختلف معه من حيث استثناء المال واستثناء الفعل في التكيف

فالشرع الأردني يخضع تكيف العلاقة الدولية الخاصة للقانون الأردني مالم يكن هناك نص في معايدة دولية ، الامر الذي يتطابق نسبياً مع معايدة بارتان

ان مشكلة التكيف هي مشكلة " تطبيق " فقط قواعد الاسناد

مشاكل " تطبيق " و " تفسير " قواعد الاسناد :

2- الإحالة :

حالات ظهور مشكلة الإحالة :

1- ان لا يكون هناك موقف واضح من المشرع الوطني من مشكلة الإحالة بحيث تقود عملية تفسير قاعدة الاسناد الى ضرورة إعمال قواعد الاسناد الأجنبية من القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند اختلاف الحكم فيما بينها

2- ان يكون هناك موقف صريح ايجابي من المشرع الوطني يعترف بموجب هذا الموقف من الإحالة ويلزم القاضي من خلاله بضرورة اعمال قواعد الاسناد الأجنبية من القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند اختلاف الحكم في ما بين قواعد الاسناد الوطنية والاجنبية

ومن مقارنة هاتين الحالتين :

ان القاسم المشترك فيما بينها يتعلق بكون القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً بحيث يجب تطبيق قواعد الاسناد منه عند اختلاف الحكم فيما بينها وبين قواعد الاسناد الوطنية

الإحالة : تنازع قواعد الاسناد الوطنية مع قواعد الاسناد الأجنبية تنازعاً سلبياً ، والتنازع السلبي : هو الذي يعكس حقيقة اختلاف قواعد الاسناد الوطنية عن الأجنبية في اطار الحكم

## موقف الفقه من الإحالة :

انقسم الفقه حول الإحالة لفريقين :

- 1- فريق يعترف بالإحالة كمشكلة من مشاكل تطبيق وتفسير قواعد الأسناد
- 2- فريق ينكرها ويطلب بعد الاعتراف فيها واستبعادها من مشاكل تطبيق وتفسير قواعد الأسناد

## حجج وبراهين الفريق المؤيد للإحالة :

1- ان تفسير قاعدة الأسناد يستدعي ان يطبق القاضي الوطني من القانون الأجنبي الواجب التطبيق قواعد الأسناد عند اختلاف الحكم فيما بينها وبين قواعد الأسناد الوطنية :

مثال : قاعدة الأسناد المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص الطبيعيين في المادة 1/12 التي تنص "يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنساتهم" ان النظر الى هذه القاعدة واذا اردنا ان نحدد ماهية القواعد القانونية التي يجب تطبيقها من القانون الأجنبي الواجب التطبيق فنلاحظ انها لا تحدد لنا هذه القواعد مما يعني ضرورة تفسير النص على أساس وجوب تطبيق القانون الأجنبي برمته وجميع قواعده وهذا يشمل قواعد الأسناد لأن المشرع لو أراد غير ذلك لكان حدد في إطار قاعدة الأسناد القواعد التي يجب ان تطبق من ذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، هذا بفرض ان المشرع الأردني لا يوجد له موقف من مسألة الإحالة

2- ان اعمال الإحالة في القانون الدولي الخاص يؤدي الى اطلاع القاضي على حلول مختلفة بشأن النزاع الذي ينظر فيه

3- ان اطلاع القاضي على الحلول المختلفة يؤدي الى ان يرجح القاضي بقناعته الحل الأنسب للنزاع الذي ينظر فيه

## أسباب ومبررات الفريق الذي ينكر الإحالة :

صحيح ان تفسير قاعدة الأسناد قد يؤدي بالضرورة الى اعمال قواعد الأسناد الأجنبية من القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند اختلاف الحكم ولكن مثل هذا التفسير قد يؤدي ايضاً الى الواقع في حلقة مفرغة من مضمونها : اذ ان اعمال قاعدة الأسناد الأجنبية قد يؤدي الى إحالة القاضي الى قانون اجنبي اخر او الى قانون دولة القاضي ، فإذا كان مفهوم الإحالة هو وجوب اعمال قواعد اسناد اجنبية فإن القاضي سيبقى في مضمون هذه القواعد سواء كانت اجنبية او وطنية وبالنتيجة لن يصل الى حل لأن القاضي باطلاعه على قواعد اسناد اجنبية يطلع على احكام وليس على حلول لأن الحل أصلاً يعني انه ذاك الذي يحسم النزاع وعلى ذلك لن يصل القاضي الى حل في حالة الواقع في هذه الحلقة المفرغة من مضمونها

## أنواع الإحالة :

ان الفريق الذي يعترف بالإحالة في القانون الدولي الخاص انقسم الى قسمين حول أنواع الإحالة :

فريق يرى ان الإحالة على درجتين  
فريق يرى ان الإحالة على درجات

**الفريق الذي يرى ان الإحالة على درجتين :** فيقول ان الإحالة درجة أولى - واحد - واحالة درجة ثانية - اثنين - ، ويعروفون إحالة الدرجة الأولى على أساس إحالة الرجوع : حيث ان قاعدة الاسناد الأجنبية من القانون الأجنبي الواجب التطبيق ذاك الذي يعين من قبل قاعدة اسناد وطنية تحيل مباشرة الاختصاص الى قانون دولة القاضي لذلك تسمى هذه الإحالة بإحالة الرجوع

مثال على إحالة الرجوع : بأن يكون هناك شخص بريطاني مقيم في الأردن ويثير نزاع حول اهليته في اطار تصرف قانوني مالي ما بحيث يجب تطبيق القانون البريطاني باعتباره القانون الشخصي الواجب التطبيق اعمالاً لقاعدة الاسناد الوطنية وبفرض ان القاضي الأردني ملزم بـإعمال الإحالة فإنه سيقوم بتطبيق قاعدة الاسناد البريطانية التي موضوع الاسناد فيها الاهلية ليجد ان هذه القاعدة تحيل الاختصاص بدورها من القانون البريطاني الى قانون موطن الشخص وهو في مثالنا قانون دولة المحكمة فهذه إحالة من الدرجة الأولى إحالة رجوع

اما إحالة الدرجة الثانية فهي في المثال السابق فعندما تحيل قاعدة الاسناد الأجنبية الاختصاص من قانون اجنبي الى قانون اجنبي اخر كما لو احالت قاعدة الاسناد البريطانية الاختصاص من القانون البريطاني الى القانون الألماني باعتبار المانيا هي موطن الشخص البريطاني في اطار النزاع المنظور من قبل القاضي الأردني

اما الفريق الثاني يرى ان الإحالة على درجات وليس على درجتين : وهذا يختلف باختلاف النزاع الذي ينظر فيه القاضي الوطني فقد يكون في مواجهة إحالة من درجة ثانية او ثالثة او رابعة بحسب عدد الدول التي توجد في مواجهة القاضي الوطني

مثال : اذا أحالت قاعدة اسناد اجنبية ما الى قانون دولة المحكمة مباشرة فهي إحالة من الدرجة الأولى - رجوع - على اعتبار ان هناك دولة واحدة في مواجهة القاضي الوطني وعندما تحيل قاعدة الاسناد الأجنبية الى قانون دولة اجنبية اخرى فهذا يعني وجود دولتين في مواجهة القاضي الوطني مما يعني ان الإحالة تكون من الدرجة الثانية و اذا قانون هذه الدولة الثانية الأجنبية احالت الاختصاص الى قانون دولة اخرى فذلك عندها يكون القاضي في مواجهة ثلاثة دول ونكون في مواجهة ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثالثة وهذا

## موقف المشرع الأردني من الإحالة :

جاء الموقف صريح من المشرع الأردني في المادة 28 من القانون المدني الأردني حيث يفهم منها ان المشرع لا يعترف بالإحالة في القانون الدولي الخاص اذ يجب على القاضي الأردني عندما يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً ان يطبق القواعد الموضوعية منه دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص أي دون قواعد الاسناد الأجنبية

### 3- التفويض :

**حقيقة عنوان المشكلة :** ان مصطلح التفويض ليس في حقيقته هو المشكلة وانما التفويض يكون في مواجهة مشكلة تواجهه القاضي عندما يكون القانون الواجب التطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وتعدد الشرائع على نوعين :

**1- تعدد شرائع شخصي :** ويوجد في عدة دول منها الدول البسيطة ومنها المملكة الأردنية البسيطة حيث يوجد لدينا تعدد في الشرائع تعددًا شخصيًّا على أساس وجود قانون أحوال شخصية للمسلمين وقانون أحوال شخصية لغير المسلمين

**2- تعدد الشرائع الإقليمي :** لا نجد الا في الدول المركبة تركيباً اتحادياً كالولايات المتحدة الأمريكية حيث توجد عدة شرائع لعدة ولايات مختلفة يجمعها جميعاً قانون اتحادي ولكن لكل ولاية القانون الخاص بها

فمن الخطأ تسمية التفويض " مشكلة الإحالة الداخلية " لأن مشكلة الإحالة الداخلية لا يمكن الا ان تتعلق الا في حالة تعدد الشرائع الإقليمي كما لو اشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى ضرورة تطبيق قانون الولايات المتحدة الأمريكية ففي هذه الحالة يجب ان يتضمن القانون الاتحادي الأمريكي قواعد اسناد تلعب دوراً مختلفاً عن قواعد الاسناد التي اشرنا اليها مسبقاً حيث يكون دور هذه القواعد الإشارة والاحالة الى شريعة داخلية من بين شرائع الولايات المتحدة الأمريكية

فمثلاً لو تعلق الامر بأهلية شخص من الولايات المتحدة الأمريكية وبموجب المادة 1/12 فإن قانون الولايات المتحدة الأمريكية هو الذي يجب ان يطبق فهذا يعني ان القاضي الوطني يجب ان يبحث في القانون الاتحادي عن الأسس - قواعد الاسناد - ترشده وتحيله من القانون الاتحادي الى شريعة من بين شرائع تلك الدولة الداخلية ، اما اذا تجاهل المشرع الاتحادي في أمريكا دوره بحيث لم يضمن القانون الاتحادي قواعد اسناد فعندما تثور مشكلة كيف يستطيع القاضي الوطني في هذه الحالة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ؟

هنا نجد مبدأ مهم من مبادئ القانون الدولي الخاص مفاده ان القاضي الوطني يجب عليه ان يحدد الشريعة التي يجب ان تطبق من بين شرائع تلك الدولة على أساس الشريعة الأكثر ملائمة للنزاع وهذا لا يمكن تحديده الا من خلال بعض القرائن كأن ينظر اين يقيم هذا الشخص وبين يساهم في الحياة السياسية وأين يساهم في الحياة المالية وأين تقيم عائلته وغير ذلك من القرائن التي يمكن ان تقطع الشك باليقين حول الولاية التي يجب ان يطبق تشريعها

موقف المشرع الأردني من مسألة التفويض :

الموقف واضح في المادة 27 من القانون المدني الأردني حيث تبني المشرع قاعدة التفويض فيها بحيث قرر انه اذا كان القانون الواجب التطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن قانون تلك الدولة هو الذي يحدد الشريعة التي يجب ان يطبق من بين الشرائع في تلك الدولة

التفويض : هو ترك القانون الوطني لقانون دولة اجنبية تتعدد فيها الشرائع سواء تعدد شخصي او تعدد إقليمي مسألة تحديد الشريعة التي يجب ان يطبق

فالتفويض من ند الى ند ومن مشروع الى مشروع ومن قانون الى قانون

#### 4- التنازع المتغير ( التنازع المتحرك ) :

ان مجال التنازع المتغير يكمن في ضوابط الاسناد القابلة للتغير ، وضوابط الاسناد القابلة للتغير هي الموطن والجنسية وموقع المال المنقول والبعض يضيف الإرادة وعلى الرغم من انه يمكن ان تتغير الإرادة الا ان تغير الإرادة تعني وجود عقد جديد فلا يؤثر في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق لأن العقد الجديد لا ينتج اثاره الا منذ لحظة انعقاده

ولكن الموطن والجنسية وموقع المال المنقول اذا تغيرت فإن ما يترب على ذلك ان تظهر لدينا مشكلة التنازع المتغير ، فيتساءل القاضي في هذه الحالة عن القانون الواجب التطبيق فهل يطبق القانون القديم ام الجديد ؟

مثال : لو ان هناك عقد ابرم بين شخص عراقي وآخر سوري في الأراضي اللبنانية وبعد فترة ثار نزاع بحيث طعن احدهما بأهليته في التعاقد ليتصل من التزامه التعاقد ب بحيث لو ثبت انه ناقص الاهلية فيسكون عقده موقوفاً على الاجازة ، ولو افترضنا ان احد المتعاقدين قد قام بتغيير جنسيته منذ لحظة التعاقد حتى لحظة نشوب النزاع قضائياً فلو افترضنا ان الشخص العراقي عند انعقاد العقد اصبح بريطاني الجنسية – مع مراعاة اننا نتحدث عن تغيير في الجنسية وليس ازدواجية الجنسية أي تنازل عن جنسيته العراقية واكتسب البريطانية – ( فهذا مشكلة التنازع المتحرك في هذه المثال )

فالمشكلة ان الشخص كان متمنع بجنسية معينة لحظة التعاقد وعند رفع الدعوى تغيرت الجنسية فكيف سيحدد القاضي الوطني القانون الواجب التطبيق حيث ان القانون الواجب التطبيق هو قانون شخصي اسناداً الى جنسية الشخص فلو افترضنا جدلاً انه قام بتطبيق القانون القديم اي الذي كان سائد لحظة التعاقد - القانون العراقي - فقد يجد من ينتقده على ذلك بأنه لم يراعي إرادة المشرع الحقيقة ولم يقف على ما تريده قاعدة الاسناد كما يجب ففي المادة 1/12 ذكرت "يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم" فلو امعنا النظر في هذه القاعدة للاحظ ان القانون الذي يجب ان يطبق هو القانون الشخصي الذي يتمتع به الشخص استناداً الى جنسية قائمة وحقيقة ، فعند تطبيق القاضي للقانون القديم فهذا التطبيق سيكون مخالف للمادة 1/12

ولو فرضنا بالمقابل ان القاضي تقييد بما تملية قاعدة الاسناد وطبق القانون الجديد فسنجد ان هناك من ينتقده انه لم يحترم فكرة الحقوق المكتسبة

قد نقول انه افضل شيء الرجوع لرأي المشرع أي الى قاعدة قانونية يضمنها المشرع بالتشريع بحيث تنهي بالنسبة للقاضي الوطني هذه المشكلة في اطار القضية التي تتنازع فيها القوانين من حيث المكان ، ولكن لو افترضنا جدلاً ان المشرع لم يتبنى رأي في هذه المشكلة؟

هذه هي المشكلة وهذا حجم هذه المشكلة - التنازع المتغير - فلا يمكن تصوره الا في اطار قواعد الاسناد التي تقوم على ضوابط اسناد قابلة للتغير ، ولا يكفي حتى يكون القاضي الوطني في مواجهة هذه المشكلة ان يكون التطبيق لقاعدة اسناد قائمة على ضابط اسناد قابل للتغير بل يجب ايضاً ان يكون هذا الضابط قد تغير فعلاً

**التنازع المتغير :** تنافس قانونين متعاقبين من حيث الزمان مختلفين من حيث المكان لحكم علاقة دولية خاصة في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان

ونلاحظ من خلال التعريف انه هناك إشارة صريحة الى قانون قديم وقانون جديد فنحن نقول تنافس قانونين متعاقبين من حيث الزمان أي يعني انه هناك قانون قديم وقانون جديد ، ثم ان هذين القانونين مختلفين من حيث المكان ، ونلاحظ ايضاً ان التنازع المتغير يشمل نوعي تنازع القوانين فهو يشمل تنازع قوانين من حيث الزمان كما يشمل تنازع قوانين من حيث المكان

كيف يستطيع القاضي الوطني ان يحدد القانون الذي يجب ان يطبق ؟

1-نظريّة بيليه في حل مشكلة التنازع المتغير : تقوم على أساس اعمال فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة بحيث : انه لا يجوز ان يفقد شخص ما حق ما كان قد اكتسبه وفق لأحكام دولة معينة نتيجة تطبيق احكام قانون دولة أخرى عليه

ان مفاد هذه النظرية قد يؤدي الى وجوب تطبيق القانون القديم او الجديد بحسب الحال فإذا كان الحق قد نشا وتم ظل احكام القانون القديم فيطبق القانون الجديد واذا لم يكن الحق قد نشا وتم في ظل احكام القانون القديم فسيكون التطبيق للقانون الجديد وعلى ذلك في مثال العراقي/البريطاني والصوري فإن التطبيق سيكون وفق لنظرية بيليه للقانون القديم اذ بتطبيق القانون القديم سيكون هناك احترام لحق مكتسب وهذا امر يتطابق مع المنطق اذ ان الاهلية يجب ان تتوافر وقت قيام العقد وليس عند رفع الدعوى ، اما اذا تحدثنا عن حق قد بدأ في الظهور والنشوء في ظل احكام قانون دولة ما ولكن لم يتم الا في ظل احكام قانون دولة أخرى فإنه لا مجال للتحدث عن حق مكتسب وفق لأحكام القانون القديم لأن يقوم شخص بخطبة فتاة بتاريخ معين عندما كان يتمتع بجنسية ما ثم بعد ذلك تغيرت جنسيته وبعد انتهاء فترة من الخطبة قام بالزواج من الفتاة فعندما اذا اردنا ان نحدد بما اذا كان العقد عقداً صحيحاً من حيث الشروط الموضوعية ام لا سيكون التطبيق للقانون الجديد اذ ان الزواج لم يتم الا في احكام القانون الجديد

بالرغم من وجاهة نظرية بيليه الا انها لم ترقى الى ان تكون مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص

2-نظريّة القياس : تقوم على أساس صرف حكم تنازع القوانين من حيث الزمان الى مسألة التنازع المتغير للاتحاد في العلة على أساس التعاقب الزمني فهذه هي العلة المتحدة ما بين تنازع القوانين من حيث الزمان والتنازع المتغير في اطار القانون الدولي الخاص ومن خلال هذه النظرية فإن التطبيق يجب ان يكون دائماً للقانون الجديد انطلاقاً من مبدأ الأثر الفوري للقانون بالرغم من ان البعض يعتقد انها نظرية فيها منطقية وانها تناقض نظرية بيليه في المنطق الا انها لم ترقى لنكون مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص

3-نظريّة اعمال القاضي الوطني لسلطته التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع المتغير دون قيد او شرط سوى منطق القانون : هذا يعني انه في حالة ان تكون في مواجهة تنازع متغير على أساس تغير جنسية شخص ما فإن التنازع المتغير هو تنازع على أساس تعاقب قانونين شخصيين للشخص – قانون قديم وقانون جديد – فالسلطة التقديرية بحسب هذا المبدأ ان القاضي له ان يطبق القانون القديم او الجديد ولكن لا يستطيع تطبيق قانون دولة المحكمة بحجة السلطة التقديرية لأن اذا فعل ذلك يكون قد خالف منطق قاعدة الاسناد

فعلى سبيل المثال في اطار الالهية فإن القانون الذي يجب ان يطبق حسب نص المادة 1/12 القانون الشخصي للشخص فلو كان الشخص متمنعاً لحظة التعاقد بالجنسية السورية ولحظة النزاع بالجنسية البريطانية ف تكون سلطة القاضي ان يطبق القانون السوري او البريطاني ولكن لا يستطيع تطبيق القانون الأردني قانون دولة المحكمة

\*ان إمكانية اعمال القاضي الوطني لسلطته التقديرية ستقوده اما لتطبيق نظرية بيليه او لأعمال نظرية القياس وفي كلتا الحالتين فإنه يعمل سلطته التقديرية بما يراه مناسباً من منطق القضية التي ينظر بها

### موقف المشرع الأردني من التنازع المتغير :

لا توجد لدينا قاعدة قانونية عامة يبين المشرع من خلالها موقفه من مسألة التنازع المتغير فهل هذا يعني ان المشرع الأردني لا يعترف بهذه المشكلة ؟ وبالتالي فإنه يجب على القاضي عدم التعرض لهذه المشكلة ؟

الجواب : لا ، هذا لا يعني بالضرورة عدم الاعتراف بالتنازع المتغير  
فكيف لنا ان نتحدث في موقف المشرع الأردني في ضوء ما تقدم ؟

كنا قد اشرنا ان من بين مصادر القانون الدولي الخاص في اطار تنازع القوانين من حيث المكان مبادئ القانون الدولي الخاص في المادة 25 من القانون المدني الأردني ، فمن خلال هذه المبادئ يستطيع ان يحدد القانون الواجب التطبيق

فيتمكن لنا ان نقول في ظل عدم وجود قاعدة قانونية عامة تعالج مسألة التنازع المتغير انه يجب على القاضي ان يعمل مبادئ القانون الدولي الخاص ومن المبادئ المستقرة ذلك الذي يتعلق بمشكلة التنازع المتغير لكن ذلك صحيحاً بمطلق على اطلاقه ولكن هذا الصحيح هو صحيح نسبي لأن الموقف للمشرع الأردني يمكن الحديث عنه في اطار جانبي :

1-هناك بعض قواعد الاسناد الوطنية تلك التي تقوم على ضوابط اسناد قابلة للتغير فإننا سنلاحظ من خلال بعض هذه القواعد ان المشرع حسم مسألة القانون الواجب التطبيق بحيث حتى لو ان تغير ضابط الاسناد فإن تغير هذا الضابط لن يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق

2-هناك قواعد اسناد فيها ضوابط اسناد قابلة للتغير لم يقدم المشرع الأردني حلولاً مباشرة الامر الذي يعني إمكانية ان تقوم إشكالية التنازع المتغير في مواجهة القاضي الوطني ومن هذا المنطلق وفي هذه الحالة الأخيرة انه اذا قامت هذه المشكلة في مواجهة القاضي الوطني فلا مناص من ان يطبق مبادئ القانون الدولي الخاص اي ان يعمل سلطته التقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق

امثلة قواعد الاسناد التي تبني المشرع موقفاً صريحاً وحلاً مباشراً يحسم من خلاله مسألة التنازع المتحرك بحيث لا يمكن ان تثور هذه المشكلة في مواجهة القاضي الوطني - على سبيل المثال لا على سبيل الحصر - :

1-المادة 1/14 : فموضوع الاسناد في هذه المادة اثار عقد الزواج حيث قرر المشرع ان يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي لشخص الزوج ولكن ليس أي قانون شخصي بل القانون الشخصي لشخص الزوج وقت ابرام عقد الزواج ، فينظر الى القانون الذي كان سائداً لحظة انعقاد عقد الزواج حتى لو تغيرت جنسية الزوج فيبقى القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج لحظة انعقاد عقد الزواج

2-المادة 2/14 : فقرر المشرع في مسألة الطلاق وجوب تطبيق قانون شخصي لشخص الزوج وقت الطلاق وفيما يتعلق بالتطبيق والانفصال القانون الشخصي لشخص الزوج وقت رفع الدعوى

2/15-المادة 3

خلاصة القول لتلخيص موقف المشرع الأردني :  
لا توجد قاعدة قانونية عامة يبين المشرع موقفه من مسألة التنازع المتحرك استعراض قواعد الاسناد الأردنية التي فيها ضوابط اسناد قابلة للتغيير تعطينا النتيجة التالية : بعض هذه القواعد تقوم على ضوابط اسناد قابلة للتغيير ولكن ان تغيرت فلن تؤثر في القانون الواجب التطبيق فسيبقى القانون الواجب التطبيق نفسه و هناك بعض قواعد الاسناد التي تجاهل فيها المشرع مسألة التنازع المتغير الامر الذي يمكنية قيام مشكلة في مواجهة القاضي وفي مثل هذا النوع من القواعد ان ثارت مشكلة التنازع المتغير فعندما يجب على القاضي الوطني ان يعمل سلطته التقديرية ومن امثالها : المادة 1/12 : ففي هذه المادة لا يوجد قيد زمني بالنسبة للقانون الذي يجب ان يطبقه القاضي الوطني في حالة النزاع حول أهلية شخص ما

## موانع تطبيق القانون الواجب التطبيق :

القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما اذا كان تطبيقه تطبيق قانون ام ان المسألة مسألة واقع يقع عبئ اثباته على الخصوم :

في بعض الدول يعتبر تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق مسألة واقع يقع عبئ اثباته على الخصوم كما هو الحال في فرنسا

اما في الأردن فحسمت المسألة قضائياً فقد جاءت العديد من احكام محكمة التمييز الأردنية لتأكد ان القانون الأجنبي مسألة قانون مثل القانون الوطني بحيث يجب على المحكمة ان تتحرى عن هذا القانون وتكون مسؤولة عن صحة تطبيقه كما يجوز لهذه المحكمة كما يفهم من نص المادة 1/79 من قانون أصول المحاكمات المدنية ان تستعين بالخصوص في تقديم النصوص التي يعتمدون عليها من هذا القانون بالإضافة الى الترجمات القانونية

وبالمقابل يقع عليه التزاماً بالامتناع عن تطبيق هذا القانون الواجب التطبيق عند توافر حالة من الحالات التالية :

1-ان يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً يخالف النظام العام في المملكة الأردنية الهاشمية وهذا ما يعرف بـ **مانع النظام العام**

2-اذا كان القانون الواجب التطبيق قانوناً قد تم الوصول اليه بطريق الغش فعندها يجب على القاضي وبتوافر مجموعة من الشروط ان يستبعد تطبيق هذا القانون وهذا ما يسمى بـ **الغش نحو القانون**

3-اذا كان القانون الواجب التطبيق بشأن أهلية شخص اجنبي فهذا القانون يستبعد اذا كان من شأنه ان يضر بمصلحة الطرف الوطني في العلاقة ضمن شروط مجتمعة وهو ما يعرف بـ **مانع المصلحة الوطنية**

### 1-مانع النظام العام :

لم يكن بالإمكان تعريف النظام العام تعريفاً جاماً مانعاً وان كان هناك محاولات عديدة في تعريف النظام العام لكن الاستحالة تعود الى ان فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان وبالتالي من دولة الى دولة مما قد يعد من النظام العام لدينا قد لا يعد في دولة أخرى مثل على ذلك تعدد الزوجات فهو غير مخالف للنظام العام لدينا ولكن في العديد من التشريعات الأوروبية تعد جريمة ويعتبر مخالف للنظام العام لديهم

فالشرع الأردني لم يتطرق إلى مفهوم النظام العام ولم يحاول أن يورد تعريف له ولكن بالرغم من ذلك أورد أمثلة على مسائل ترتبط بالنظام العام كما هو الحال في المادة 3/163 من القانون المدني الأردني

اما مانع النظام العام : فهو الآلية التي بها ومن خلالها يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمصلحة القانون الوطني

فلاحظ من خلال هذا المفهوم ان مانع النظام العام هو ميزان للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وليس ميزان للعلاقة الدولية الخاصة التي ينظر فيها القاضي الوطني

فلو رفعت دعوى قضائية بين س و ص فرنسي الجنسية يطالب احدهما بنفقة زوجية وكان كل منهما ذكر الجنس فلاحظ ان الدعوى موضوعها امر مخالف للنظام العام لدينا ولكن وطالما انها علاقة دولية خاصة فيجب على القاضي ان يبحث في مسألة القانون الواجب التطبيق فإذا تبين ان القانون الواجب التطبيق قانون فرنسي فعندما يوضع هذا القانون في ميزان النظام العام الأردني فإذا تبين ان مثل هذا القانون يجيز مثل هذا النوع من الدعاوى فعندما يعتبر هذا القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في المملكة الأردنية الهاشمية فيقوم القاضي الوطني باستبعاده لمصلحة القانون الوطني

**فمانع النظام العام له اثران :**

- 1-الأثر السلبي :** يتمثل باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق
- 2-الأثر الإيجابي:** يتمثل بإعمال القانون الوطني

المشرع قد اخذ بمانع النظام العام في المادة 29 من القانون المدني الأردني حيث يفهم من هذا النص انه اذا تبين من خلال تطبيق قواعد الاسناد ان القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً ولكنه يخالف النظام العام او الآداب العامة في الأردن فإنه لا يطبق

ويلاحظ من خلال المادة 29 ان المشرع الوطني أشار الى الأثر السلبي لمانع النظام العام ولكن بالمقابل لم يشر لنا بالأثر الإيجابي المتمثل بضرورة اعمال القانون الوطني ولكن بالعودة لمبادئ القانون الدولي الخاص فإن وجوب تطبيق القانون الوطني هو الذي يجب ان يعمل به تطبيقاً للمادة 25 من القانون المدني الأردني

كما يلاحظ ايضاً في نص المادة 29 ان المشرع أضاف الى مصطلح النظام العام مصطلح الآداب العامة علماً ان الآداب العامة هي جزء لا يتجزأ من النظام العام اذ ان كل ما يدخل في الآداب العامة هو من النظام العام وليس كل ما يدخل في النظام العام هو من الآداب العامة فمصطلح النظام العام هو مصطلح اشمل واسع من مصطلح الآداب العامة

يجب ان نميز بين مانع النظام العام وفكرة قوانين التطبيق المباشر او كما تسمى بقوانين **البوليس** :

نلاحظ في بعض التشريعات نص المشرع صراحة على فكرة قانون البوليس كما هو الحال في المشرع الفرنسي في المادة 3 من القانون المدني الفرنسي الامر الذي لم يأتي بمثله المشرع الأردني

ان فكرة قانون **البوليس** أساسها : انه اذا كانت العلاقة علاقه داخلية او حتى علاقه دولية خاصة وكان هناك أساس لتطبيق القانون مباشرة دون الخوض في مسألة تنازع القوانين والبحث في القانون الواجب التطبيق فعندما يجب على القاضي الوطني ان يطبق ذلك القانون مباشرة على النزاع

من الأمثلة على قوانين **البوليس** القوانين الاجتماعية فمثلاً قانون العمل الأردني يطبق على كل علاقه عمالية في الأردن بغض النظر عن جنسية العمال او جنسية ارباب العمل فلو ثار نزاع بين عامل من عماله وافدة وصاحب عمل يعمل في المملكة الأردنية الهاشمية فإن قانون العمل الأردني يطبق على هذا النزاع اذا كان هذا النزاع متعلق بالحقوق العمالية اذ لا يتصور انه هناك تنازع قوانين من حيث المكان حول حقوق عمالية لعمال يعملون في الأردن

من الأمثلة ايضاً قانون الضمان الاجتماعي فهو يطبق على جميع أصحاب العمل والعمال بغض النظر عن جنسياتهم في المملكة الأردنية الهاشمية

هذا وبالرغم ان المشرع الأردني لم يأتي لنا بقاعدة عامة تتعلق بقوانين التطبيق المباشر او قوانين **البوليس** فهذا لا يمنع اطلاقاً من اعمال فكرة **البوليس** في الأردن اعملاً بنص المادة 25 من القانون المدني الأردني حيث ان قوانين التطبيق المباشر تعد من مبادئ القانون الدولي الخاص

ومن هنا نستطيع ان نلاحظ الفرق بين مانع النظام العام وقوانين التطبيق المباشر :

اذ ان مانع النظام العام : آلية لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمصلحة القانون الوطني أي ان القاضي يبحث في مسألة تنازع القوانين

اما فكرة التطبيق المباشر : ان القاضي الوطني يمتنع عن البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق أي انه يجب عليه ان يطبق قانون التطبيق المباشر مباشرة

فالقانون التطبيق المباشر : هو آلية لاستبعاد البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق

## 2-مانع الغش نحو القانون :

هذا المانع يمكن اعماله سواء تعلق الامر بالقانون الوطني الواجب التطبيق او بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

يعود الأصل التاريخي لهذا المانع الى ما يعرف بقضية الاميرة الفرنسية دو بوفرمان تتلخص وقائع هذه القضية ان امرأة من بلجيكا تزوجت من امير فرنسي وبموجب هذا الزواج فقدت هذه الامرأة جنسيتها البلجيكية واكتسبت الجنسية الفرنسية وبعد فترة من الزمان وقعت بغرام امير روماني الجنسية فأرادت انهاء الرابطة الزوجية بينها وبين الامير الفرنسي حتى تتمكن من الزواج من الأمير الروماني فرفعت دعوى قضائية امام القضاء الفرنسي تطلب من خلال هذه الدعوى التفريق فيما بينهما بحكم قضائي ، فكان على المحكمة ان تتأكد من اختصاصها فتبين انها مختصة في الدعوى لأنها بين طرفيين فرنسيين ثم كان على المحكمة ان تكيف العلاقة في اطار القانون بشكل العام فتوصلت المحكمة ان العلاقة علاقة داخلية بحثه وتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها القانون المدني الفرنسي الا وهي مسألة التفريق ما بين الزوجين بحكم قضائي – التطليق – وبنطبيق المحكمة للقانون المدني الفرنسي فتبين ان هذا القانون لا يحیز التطليق ولكن يجوز الانفصال فيما بين الزوجين مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة فيما بين المدعية والمدعى عليه فقررت المحكمة الانفصال ولكن ذلك لم يحقق رغبة الاميرة اذ ذلك الحكم لا يسمح لها بالزواج من الأمير الروماني ، الامر الذي اضطررها الى ان تذهب الى دوينة المانية اقامت فيها تنازلت بعد ذلك عن جنسيتها الفرنسية واكتسبت جنسية تلك الدولة ثم عادت من جديد ورفعت دعوى قضائية ضد الأمير الفرنسي تطالب من خلالها التفريق بحكم قضائي ، وهنا كان على المحكمة ان تتأكد من اختصاصها فتبين انها مختصة اذ ان الدعوى مرفوعة على شخص فرنسي الجنسية بعد ذلك كان يجب على المحكمة ان تكيف العلاقة القانونية في اطار القانون بشكل عام فوجدت ان العلاقة علاقة دولية خاصة كون ان العلاقة بين الزوجة الألمانية والزوج الفرنسي وعلى ذلك كيفت طلب الزوجة على أساس التفريق بحكم قضائي – التطليق – عندها طبقت المحكمة قاعدة الاسناد من القانون الدولي الخاص الفرنسي والتي موضوع الاسناد فيها التطليق حيث كانت تلزم تلك القاعدة المحكمة بضرورة اعمال قانون شخص المدعى وبما ان المدعى الماني الجنسية فكان القانون الواجب التطبيق القانون الألماني الذي كان يحیز التفريق بحكم قضائي أي التطليق وانهاء الرابطة الزوجية بين المدعية والمدعى عليه وبذلك تحقق رغبة الزوجة ونالت حريتها من الزوج الفرنسي وبعدها تزوجت من الأمير الروماني ، هذا الامر لم يرضى به الأمير الفرنسي فرفع دعوى قضائية امام المحاكم الفرنسية يطلب من خلالها اعتبار حكم المحكمة السابقة حكماً باطلاً كون ان هناك تحايل على احكام القانون الفرنسي فعملت المحكمة بهذا الموضوع وتوصلت الى نتيجة ان هناك تحايل كان من الزوجة على احكام القانون الفرنسي حيث كان ذلك سبب في ابطال حكم المحكمة السابقة فما بني على باطل فهو باطل فعند قررت المحكمة بطلان الحكم السابق فبطل زواجهما من الأمير الروماني

ولكن عندما قررت المحكمة الفرنسية ذلك قررته بناء على توافر شروط معينة :

1- ان هذه الزوجة قامت بتغيير جنسيتها بإرادتها وغيرتها تغييرًا حقيقياً وبشكل مشروع اذ انه لا يوجد ما يمنع ان يتنازل الشخص عن جنسيته ويكتسب جنسية أخرى بحكم القوانين المختلفة لكل من الدولتين

2- وهذا التغيير وان كان تغييرًا حقيقياً وارادياً ومشروعًا اذ تم بسوء نية اذ ان كان الهدف من ذلك تجنب احكام القانون الفرنسي لمصلحة احكام القانون الألماني

وعلى ذلك قررت المحكمة لإبطال حكم المحكمة الفرنسية السابق استبعاد تطبيق القانون الألماني لمصلحة القانون الفرنسي حيث كان هناك تحايل من قبل هذه الزوجة على احكام القانون الفرنسي

**الغش نحو القانون :** كل تدبير ارادى وحقيقى وبوسائل مشروعة بهدف تجنب احكام قانون دولة ما لمصلحة احكام قانون دولة أخرى

فالغش نحو القانون هو غش نحو قانون ما لدولة ما لمصلحة قانون دولة أخرى ، فالغش نحو القانون ليس غش نحو القانون الواجب التطبيق بل غش نحو قانون كان يجب ان يطبق لولا عملية الغش

**مانع الغش نحو القانون :** الآلية التي بها ومن خلالها يستبعد القاضي الوطني وضمن شروط معينة القانون الواجب التطبيق لمصلحة القانون الذي كان يجب ان يطبق قبل عملية الغش

ولا يمكن اعمال الدفع بالغش نحو القانون الا بتوافر شروط مجتمعة ، وقد ذكرنا الدفع بالغش نحو القانون يعني ان القاضي الوطني لا يستطيع من تلقاء ذاته اثارة هذا الدفع بل يجب ان يثار هذا الدفع من قبل احد الخصوم في الدعوى ، اما عن هذه الشروط :

1- يجب ان يكون هناك تغيير ارادى وحقيقى ومشروع بضابط اسناد قابل للتغير ، فضوابط الاسناد القابلة للتغير هي الجنسية والموطن وموقع المال المنقول :

يجب ان يكون هناك تغيير ارادى أي ان الإرادة يجب ان تكون معتبرة قانوناً وعلى ذلك ان لم يكن الشخص إرادة في تغيير ضابط الاسناد او كانت لديه إرادة معيبة فإن الجزء الأول من هذا الشرط لا يتحقق فنخرج من اطار الدفع بالغش نحو القانون ، ولا يكفي ان يكون التغيير تغيير ارادى في ضابط الاسناد القابل للتغير بل يجب ان يكون هذا التغيير في ضابط الاسناد القابل للتغير تغييرًا حقيقياً ومن هنا نميز ما بين الغش نحو القانون والصورية في القانون الدولي الخاص اذ ان الصورية في القانون الدولي الخاص تعنى : إخفاء ضابط اسناد حقيقي باخر وهمي بهدف تجنب احكام قانون دولة ما لمصلحة احكام قانون دولة أخرى

ومن خلال هذا التعريف للصورية ان الصورية والغش نحو القانون يتفقان في الهدف ولكن يختلفان في الأسلوب ففي الغش نحو القانون يجب ان يكون التغيير في ضوابط الاسناد تغييراً حقيقياً ولا يكون ذلك الا في اطار ضوابط الاسناد القابلة للتغيير اما الصورية في القانون الدولي الخاص فلا يمكن تصورها الا بشأن ضوابط الاسناد التي غير قابلة للتغيير اي تلك الحظية كمكان انعقاد العقد ومكان تحرير الورقة التجارية فهذه ضوابط اسناد يمكن اخفاءها بضوابط اسناد وهمية كأن يكتب محرر الورقة التجارية ويكتب مكان التحرير بغداد علماً ان مكان التحرير عمان فهنا انصبت على ضابط اسناد لحظي ويستحيل ان نتصور الصورية بالقانون الدولي الخاص في اطار ضوابط اسناد قابلة للتغيير ، كما لا يكفي ان يكون التغيير ارادياً و حقيقياً وانما يجب ان يكون هذا التغيير تغييراً مشروعاً اي وفق لأحكام القانون اي لا يوجد ما يمنع ان يتنازل الشخص عن جنسية ما لجنسية أخرى وفق لأحكام القانون وعلى ذلك اذا ما تبين ان التغيير كان وفقاً لجريمة جزائية فإن مثل هذا الامر يخرجنا من نطاق الدفع بالغش نحو القانون ويدخلنا في اطار الجريمة الجزائية التي يعاقب عليها القانون ، ولكن وجود جريمة جزائية في تغيير ضابط اسناد قابل للتغيير يعني عدم وجود ضابط اسناد اصلاً قد تغير لأن الجريمة لا تكتسب مرتكبها حقاً فذلك الذي يقدم أوراق مزورة بشأن جنسية ما فإذا ما ثبت تزوير هذه الأوراق فإن الجنسية المزورة لا تثبت للشخص فلا تكون لديه هذه الجنسية فالتزوير لا يثبت لمرتكبه حقاً بالجنسية المزورة كما انه ومن خلال هذا الشرط نلاحظ ان مجال الغش نحو القانون هو ذاته مجال التنازع المتغير اذ ان المجال هو ضوابط الاسناد القابلة للتغيير ولكن ما هو الحد الفاصل ما بين الغش نحو القانون والتنازع المتغير ؟

صحيح ان مجال كل من التنازع المتغير والغش نحو القانون هو ضوابط الاسناد القابلة للتغيير ولكن هناك فروقات جوهرية بين الموضوعين :

- 1- فمثلاً في اطار التنازع المتغير يمكن ان يكون التغيير في ضوابط الاسناد القابل للتغيير تغييراً غير ارادياً اما في الغش نحو القانون يجب ان يكون التغيير ارادياً
- 2- في التنازع المتغير يخلو من سوء النية فالتغيير في ضوابط الاسناد قد يكون تغييراً ارادياً ولكن بحسن نية اما في الغش نحو القانون لا يمكن ان يقوم الا اذا كان تغيير ضوابط الاسناد القابلة للتغيير قد تم بسوء نية

- 2- ان يتعلق بسوء النية : يجب ان يكون التغيير في ضوابط الاسناد قد تم بسوء نية ، وسوء النية امر يعتمد على نية الشخص واثبات سوء النية قد يكون بالأمر اليسير وقد يكون بالأمر المستحيل فإذا استحال اثبات سوء النية فعندها نخرج من نطاق بالدفع بالغش نحو القانون سهولة اثبات سوء النية او صعوبتها او استحالتها امر يتعلق بالقرائن القضائية أي الملابسات والظروف المحيطة بتغيير ضابط الاسناد القابل للتغيير

نلاحظ ان من الأصل التاريخي للمانع الغش نحو القانون كيف توقفت المحكمة الفرنسية على سوء النية ، حيث توقفت على سوء نية الزوجة من خلال ظروف وملابسات ضابط الاسناد الجنسيه ، حيث كانت فرنسيه الجنسيه في الدعوى الأولى وذهبت الى دويلة المانيه وغيرت من جنسيتها وثم عادت ورفعت دعوى من جديد بذات الموضوع

وعلى ما تقدم عند توافر هذين الشرطين يقوم القاضي الوطني بإعمال مانع الغش نحو القانون فيستبعد القانون الواجب التطبيق أي ذلك الذي تم الوصول اليه بطريق الغش لمصلحة القانون الذي كان يجب ان يطبق قبل عملية الغش

طبيعة الجزاء في مانع الغش نحو القانون طبيعة احلالية أي ان القاضي الوطني يحل القانون الذي استهدف بعملية الغش نحو القانون محل القانون الذي تم الوصول اليه بطريق الغش من قبل احد او كلا طرفي الدعوى

هناك بعض فقه القانون الدولي الخاص المصري قد أضاف شرطاً ثالثاً لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ، وبالرغم ان البعض قد أضاف شرطاً ثالثاً الا ان هذا الشرط الثالث هو شرط مرجوح - ضعيف - اذ ان الكثير من فقه القانون يرون عدم منطقية هذا الشرط وهو :

لأعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يكفي توافر الشرط الأول والثاني بل يجب ان لا يكون هناك جزاء اخر يمكن اعماله أي اذا وجد القاضي جزاء اخر ومانع اخر يمكن اعماله فعندما يجب على القاضي الوطني عدم الخوض في مسألة الدفع بالغش نحو القانون وذلك نظراً لاستحالة اثبات سوء النية في الشرط الثاني

وللأسف ان ما ذهب اليه هذا البعض جانب الصواب اذ ان طبيعة الجزاء تختلف من مانع الى اخر فكنا قد اسلفنا في مانع النظام العام مثلاً انه وثبتت ان القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً يخالف النظام العام في دولة القاضي الوطني يقوم باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمصلحة القانون الوطني ، بـإعمال مانع النظام العام يؤدي الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمصلحة قانون وطني ، اما اذا امعنا النظر في مانع الغش نحو القانون فإن هذا المانع يمكن اعماله سواء كان القانون الواجب التطبيق قانوناً وطنياً او قانوناً وطنياً فإن كان القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً او قانوناً او وطنياً فإنه يستبعد لمصلحة القانون الذي كان يجب ان يطبق قبل عملية الغش سواء كان القانون الذي كان يجب ان يطبق قبل عملية الغش قانوناً اجنبياً او وطنياً ، وفي حال التطبيق يكون لقانون اجنبي بـإعمال مانع الغش نحو القانون فإن هذا لا يمنع ان يوضع القانون الواجب التطبيق باستبعاد ذلك الذي تم الوصول اليه عن طريق الغش في اطار ميزان النظام العام فإذا تبين هذا القانون الأخير مخالف للنظام العام فيقوم القاضي باستبعاده لمصلحة القانون الوطني وإلا سيقوم بتطبيقه باعتباره هو القانون الواجب التطبيق الذي حل محل القانون الذي تم الوصول اليه عن طريق الغش

## موقف المشرع الأردني من مسألة مانع الغش نحو القانون :

لم يأتي المشرع الأردني بقاعدة قانونية تناول فيها مانع الغش نحو القانون ولكن ذلك لا يعني عدم اعتراف المشرع الأردني بهذا المانع ، اذ ان مانع الغش نحو القانون يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص وكما نعلم ان المشرع قد سمح للقاضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص في حال عدم وجود نص في القانون

### 3-مانع المصلحة الوطنية :

ان هذا المانع له خصوصية ، فخصوصيته انه يرتبط بموضوع محدد من موضوعات الاسناد الا وهو موضوع الاهلية المدنية بالنسبة للشخص الطبيعي فهو مانع لا يتصور الحديث عنه او يتصور اعماله الا في اطار نزاع يتعلق بأهلية شخص طبيعي فمن المستحيل اعمال هذا المانع لأهلية شخص معنوي

ان الأصل في مانع المصلحة الوطنية تعود لقضية ليزاردي في فرنسا وتتلخص وقائع هذه القضية هو ان ليزاردي هو شخص مكسيكي جاء من المكسيك واستقر في فرنسا حيث اخذ يمارس اعمال تجارية في فرنسا وفي فترة ما سرت وسادت شائعة ما ان أسعار المجوهرات سترتفع ارتفاعاً كبيراً الامر الذي جعل ليزاردي ان يلجئ لاتاجر فرنسي ويشتري كمية كبيرة من المجوهرات مقابل سندات دين وبعد فترة انهارت أسعار المجوهرات فأخذ التاجر الفرنسي يطالب ليزاردي بتسديد التزاماته المالية فامتنع ليزاردي الامر الذي اضطر التاجر الفرنسي ان يلجئ للقضاء ويرفع دعوى ضد ليزاردي يطالبه بالتزاماته المالية فتمسك ليزاردي بالقانون الشخصي اذ ان القانون الشخصي للشخص يحكم اهليته المدنية فتمسك ليزاردي بتطبيق قانون بلاده على اهليته اذ هو يعتبر وفق لقانون بلاده ناقص الاهلية فاراد ان يتمسك بذلك ليتصل من التزامه المالي باتجاه شخص المدعي الفرنسي لأنه بتطبيق قانون بلاده على اهليته فهو ناقص الاهلية فإذا ما تقرر انه ناقص الاهلية فان تصرفه يعتبر تصرف صحيح موقوف على الاجازة وحتماً طالما انه يريد ان يتخلص من هذا الالتزام فإن وليه او وصيه لن يجيز هذا التصرف فيتتصل من التزامه ويضرر الشخص الفرنسي

تبه محامي الشخص الفرنسي بسوء نية ليزاردي فطلب من القضاء وفق لشروط وأسباب معينة استبعاد تطبيق القانون المكسيكي بشأن أهلية ليزاردي على أساس ما يلي :

1-ان النزاع يتعلق بأهلية شخص طبيعي ناقص الاهلية وفق لقانون بلاده

2-ان هذا النزاع في اطار تصرف مالي نشأ ورتب اثارة في فرنسا

3- ان لizardi كان سيء النية لأنه اخفي اهليته وفق لقانون بلاده عن التاجر الفرنسي ولم يكن بإمكان الفرنسي من التتحقق من أهلية لizardi والتاجر الفرنسي تعامل مع لizardi بحسن نية فلم يكن من السهل على الفرنسي ان يتبيّن أهلية لizardi عند التعامل وليس مطلوب من التاجر ان يتتحقق من أهلية كل شخص اجنبي يتعامل معه طالما ان ظروف الحال والقرائن تفيد بأنه يتعامل مع شخص مكتمل الاهلية ثم ان هذا الشخص المكسيكي وان كان ناقص الاهلية وفق لقانون بلاده الا انه كامل الاهلية وفق لقانون الفرنسي

فتقىقت المحكمة الفرنسية من سوء نية لizardi وقررت استبعاد تطبيق القانون المكسيكي لمصلحة القانون الفرنسي حماية للطرف الوطني في هذه العلاقة ومن ذلك التاريخ وبدأ الحديث في مانع المصلحة الوطنية

### موقف المشرع الأردني من مانع المصلحة الوطنية :

المشرع الأردني وفي نص المادة 12 / 1 ينص على ما يلي " يسري على الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وترتبط أثارها فيها اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه فإن هذا السبب لا يؤثر على اهليته "

ومن خلال ذلك إن المشرع أخذ بمانع المصلحة الوطنية وان لم يسمى هذا الاستثناء الذي أورده في النص بمانع المصلحة الوطنية ولكن بمقارنة بسيطة ما بين شروط اعمال الاستثناء مع الأصل التاريخي لقضية لizardi سنلاحظ مدى التطابق التام بشأنها

فيفهم من ذلك وان كان الأصل تطبيق القانون الشخصي للشخص بشأن اهليته الا ان هذا القانون لا يطبق ضمن الشروط التالية :

1- ان يتعلّق النزاع بأهلية الشخص الأجنبي ناقص الاهلية وفق لقانون بلاده في اطار تصرف مالي

2- ان يكون التصرف المالي قد نشأ في المملكة الأردنية الهاشمية ويرتّب أثاره فيها

3- ان يكون الأجنبي ناقص الاهلية سيء النية بحيث يعود نقص اهليته الى سبب فيه خفاء الامر الذي يعكس سوء نية الأجنبي ولم يكن من السهل على الطرف الآخر تبيّنه الامر الذي يعكس حسن نية الطرف الآخر

فعندما اذا توافرت هذه الشروط فإن المشرع يقول " فإن هذا السبب لا يؤثر في اهليته " ولكن يجب ان تتوافر في الشخص الأجنبي اهلية الأداء وفق لأحكام القانون الأردني وان لم ينص المشرع عليها صراحة في نص المادة 1/12 ولكن الاهلية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق

والتعديل في احكامها فإن كان مرفوض للشخص الأردني ان يعدل من احكام اهليته فما ينصرف الى الأردني ينصرف الى الأجنبي فلا يعقل ان يكون هناك مبالغة في الجزاء فلا يمكن ان تعتبر الشخص الأجنبي ناقص الاهلية وفق لقانون الأردنية كامل الاهلية على أساس سوء نيته اذ ان الجزاء يتمثل فقط في استبعاد تطبيق قانون بلاده لمصلحة القانون الأردني

اذ انه بالمقابل اذا تعامل شخص اردني مع اخر اجنبي وكان واضح للأردني ان الأجنبي ناقص الاهلية وفق للقانون الأردني فإنه يتحمل مسؤولية مثل هذا التصرف قلو انه تعامل مع اردني سيكون التصرف تصرفاً صحيحاً موقوفاً على الاجازة وايضاً الامر بالنسبة للشخص الأجنبي فلا يمكن التشدد في تفسير المادة 1/12 واعتبار الشخص الأجنبي اهلاً على الرغم من عدم اهليته وفق للقانون الأردني

وتقدر الإشارة الى ان القاضي الوطني يكون ملزماً من توافر شروط مانع المصلحة الوطنية أي اذا تبين للقاضي الوطني ان النزاع يتعلق بأهلية شخص اجنبي ناقص الاهلية وفق لقانون بلاده في اطار تصرف مالي ينعقد في الأردن ويرتبط اثاره فيها اذا كان الطرف الأجنبي ناقص الاهلية يعود نقص اهليته الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأردني تبينه وتوافرت في هذا الأجنبي أهلية الأداء فعندما على القاضي من تلقاء ذاته استبعاد تطبيق القانون الشخصي للشخص لمصلحة القانون الأردني حماية للطرف الأردني في ذلك

## تفصيلات قواعد الاسناد الأردنية :

**1-نص المادة 12 / 1 :** "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنساتهم . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وترتبط أثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقصاً الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه فإن هذا السبب لا يؤثر على أهليته "

ان موضوع الاسناد في هذه المادة هو **الحالة المدنية للأشخاص الطبيعيين** ، والحالة المدنية هي معيار التمييز بين انسان عن اخر

**فالحالة المدنية :** هي مجموعة العناصر التي بها ومن خلالها نميز انسان عن أخيه الانسان ومن اهم عناصر الحالة المدنية للشخص الطبيعي هي :

1-الجنسية

2-الجنس

3-الاسم اللقب العائلة

4-القرابة

5-الموطن

6-الاهلية

ان المشرع في المادة 1/12 قد اظهر الاهلية بشكل صريح فنص "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنساتهم ..." وقد يكون سبب ذلك قد يعود للاستثناء الذي أورده المشرع في ذات النص الذي يتعلق بمانع المصلحة الوطنية وبالرغم من اظهار الاهلية بشكل صريح في نص المادة 1/12 الا ان الاهلية هي عنصر من عناصر الحالة المدنية للأشخاص الطبيعيين

كيف نتصور نزاعاً في قضية تتنازع فيها القوانين من حيث المكان بحيث يستوجب الامر تطبيق نص المادة 1/12 ؟

من المستحيل ان نتصور دعوى قضائية موضوعها الحالة المدنية للشخص الطبيعي وإنما يتعلق النزاع بعنصر من هذه العناصر فقد يتعلق الامر بصحة الاسم او بدرجة القرابة او بأهلية الشخص ، ويجب ان نشير انه لو لا ورود نص المادة 1/12 فإن الاهلية المدنية تعتبر من الشروط الموضوعية للالتزامات التعاقدية ، أي انه لو لم يورد نص المادة 1/12 وثار نزاع حول أهلية شخص ما في اطار تصرف مالي فإن التطبيق سيكون لنص المادة 1/20 من القانون المدني الأردني ولكن بما ان المشرع افرد قاعدة اسناد ترتبط بالحالة المدنية للأشخاص بما في ذلك اهليتهم فإنه لا مجال لتطبيق نص المادة 1/20 على الاهلية المدنية فالأهلية وفق للقانون المدني تخضع لقانون الشخص الشخصي

اما ضابط الاسناد فهو الجنسية ، والقانون المسند اليه هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وهذا قانون شخصي

**2-نص المادة 12 / 2 :** "اما النظام القانوني للأشخاص الحكيمية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري "

**موضوع الاسناد :** النظام القانوني للأشخاص الحكيمية الأجنبية

**النظام القانوني :** مجموعة العناصر التي بها ومن خلالها نميز شخصاً معنوياً عن آخر معنوي

ان العناصر التي نميز بها شخص معنوي عن آخر يمكن ان نأخذها من نص المادة 2/51 :

**1-ذمة مالية مستقلة :** والذمة المالية المستقلة عن مجموعة الأشخاص او الأموال التي يعترف لها القانون بشخصية اعتبارية او حكمية

**2-أهلية في الحدود التي يعنها سند انشاءه او التي يقررها القانون :** وان اهلية الأداء تختلف للشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي فأهلية الأداء بالنسبة للشخص المعنوي يقصد بها : الغايات او الصالحيات التي من اجلها تم انشاء الشخص المعنوي ، وهذه الاهلية اما ان تكون او لا تكون فلا يتصور وجود شخص معنوي ناقص الاهلية وايضاً لا مجال لاعمال مانع المصلحة الوطنية لأهلية الشخص الاعتباري

**3-حق التقاضي :** من حق الشخص المعنوي اللجوء للقضاء بأن يرفع دعوى قضائية كما يمكن ان يكون مدعى عليه بموجب دعوى قضائية

**4-الموطن المستقل :** يجب ان نميز ان موطن الشخص المعنوي يختلف بالمفهوم عن موطن الشخص الطبيعي ، فموطن الشخص الطبيعي هو محل الإقامة الاعتيادي اما موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته ، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان التي توجد فيه الإداره المحلية

كما ان المادة 3/51 من القانون المدني الأردني يفهم منها انه هناك من يمثل الشخص المعنوي في التعبير عن ارادته ، فالشخص الطبيعي هو الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي وفق لأحكام القانون

\* هذا ويخرج عن اطار موضوع الاسناد في نص المادة 2/12 النظام القانوني للأشخاص الحكومية الوطنية ، وهذا يدفعنا للتساؤل اذا انصب النزاع على عنصر من عناصر النظام القانوني لشخص حكمي وطني في اطار علاقة دولية خاصة فكيف سيقوم القاضي الوطني بتحديد القانون الواجب التطبيق ؟

ان قواعد الاسناد الوطنية قد خلت من هذا الموضوع فعلى القاضي تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص ، والمبدأ المستقر في اطار ذلك ان النظام القانوني للشخص الحكمي بغض النظر ان كان وطني او اجنبي يخضع لقانون مركز الادارة الرئيسي ، فلو تحدثنا عن شخص حكمي وطني في اطار علاقة دولية خاصة فيكون قد انشأ وفق لأحكام القانون الأردني وله مركز إدارة في المملكة الأردنية الهاشمية فعندما سيكون القانون الأردني هو القانون الواجب التطبيق على هذا النظام القانوني للشخص الحكمي الوطني

كيف لنا ان نتصور نزاعاً حول نظام قانوني لشخص حكمي اجنبي ؟  
يستحيل ان ينصب النزاع في اطار علاقة دولية خاصة على مجمل عناصر النظام القانوني للأشخاص الحكومية الأجنبية وانما يمكن ان ينصب النزاع على عنصر من عناصر هذا النظام بحيث مثلاً اذا تعلق النزاع بأهلية شخص حكمي اجنبي في اطار علاقة دولية خاصة سيكون التطبيق لقاعدة الاسناد في المادة 2/12 ، فنحن نتحدث هنا عن أهلية مدنية في اطار تصرف مالي يقوم به شخص معنوي اجنبي في اطار علاقة دولية خاصة تستدعي هذه العلاقة تطبيق نص المادة 2/12 باعتبار ان الاهلية هي عنصر من عناصر النظام القانوني

**ضابط الاسناد :** هناك تعدد في ضوابط الاسناد في نص المادة 2/12 والتعدد هو تعدد تدريجي :

- 1-المملكة الأردنية الهاشمية باعتبارها مكان النشاط الرئيسي للشخص الحكمي الأجنبي وادا لم لها نشاط رئيسي فنطبق الضابط الثاني
- 2-مركز الادارة الرئيسي وفعلي

وفق لاجتهادات محكمة التمييز الأردنية فإذا كان هناك تعامل ما بين شخص ما وآخر شخص حكمي اجنبي له فروع مختلفة في دول مختلفة وكان التعامل مع احد هذه الفروع من فروع تلك الشركة فإن التطبيق سيكون على أساس مركز إدارة فعلي لفرع وليس للشركة الام

فمثلاً لو تاجر اردني تعاقد مع فرع وكيل لشركة سيارات كورية فالشركة الام في كوريا ولكن الفرع في العراق ودار نزاع حول عنصر من عناصر النظام القانوني للشخص الحكمي الأجنبي فعندما سيؤخذ بعين الاعتبار هو مركز الادارة الفعلي لفرع وسيكون القانون العراقي هو القانون الواجب التطبيق

**3-نص المادة 13 / 1 :** "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"

### **موضوع الاسناد : الشروط الموضوعية لصحة الزواج**

تبيّن ما يمكن ان يكون شرطاً موضوعياً ام لا يجب ان يكون وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني حسب المادة 11 من القانون المدني الأردني

ان اهم الشروط الموضوعية لصحة الزواج هي تلك التي ترتبط بصحة الايجاب والقبول بما في ذلك الاهلية

**ضابط الاسناد :** هو الجنسية وليس أي جنسية بل جنسية كل من الزوجين ، واذا كانت جنسية كل من الزوجين متعدة فيكون القانون الواجب التطبيق قانون كلا من الزوجين

في حال كانت جنسية الزوج مختلفة عن جنسية زوجته فكيف سيكون التطبيق ؟

ان الفقه كان مستقر على مبدأ مفاده وجوب التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، والتطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين يستدعي ان يكون عقد الزواج من حيث الشروط الموضوعية صحيحاً وفق لقانون دولة الزوج وقانون دولة الزوجة في آن واحد أي لو ان هناك شرطين في قانون الزوج لصحة الشروط الموضوعية وهناك شرطين في قانون الزوجة لصحة الشروط الموضوعية فيجب ان يكون هناك 4 شروط لصحة الشروط الموضوعية لكل شخص

تبه الفقه لخطورة هذا المبدأ فعاد الفقه وانقلب عليه بمبدأ اخر مفاده وجوب تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقاً موزعاً مفرداً بحيث يخضع الزوج لقانون دولته من جهة وتخضع الزوجة لقانون دولتها من جهة أخرى فلو هناك شرطين في قانون دولة الزوج وشرطين لقانون دولة الزوجة فيكفي على الزوج ان تتوافر فيه شروط قانون دولته حتى لو لم تتوافر فيه شروط قانون دولة زوجته وكذلك الامر على الزوجة

و هذا اعمالاً **لنص المادة 15 من القانون المدني الأردني** اذا كان احد الزوجين اردنياً وقت انعقاد الزواج فيسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الاهلية للزواج ، أي اذا تعلق النزاع بشروط موضوعية لصحة زواج وكان عند انعقاد عقد الزواج احد طرفي العقد اردني الجنسية فإن القانون الأردني وحده هو الذي يطبق فيما عدا الاهلية تبقى خاضعة لقانون كل من الزوجين ، وعند امعان النظر في القيد الذي اورده المشرع في المادة 15 قد تكون الحكمة من ذلك مراعاة لقواعد القانون الأردني في الزواج حتى لا يسمح لخداع هذا القانون او الخداع عليه كأن المشرع قد حسم مسألة الغش نحو القانون الأردني عندما يكون احد الزوجين اردنياً عند انعقاد عقد الزواج

**4-نص المادة 13 / 2 :** "اما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين اجنبين او ما بين اجنبى وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه ، وإذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"

يجب ان نتساءل عن الحكمة التي أرادها المشرع من وراء عبارة " ... ما بين اجنبين او ما بين اجنبى وأردني .... " اذ ان المستغرب في هذه القاعدة ان المشرع قد نص على مثل هذه العبارة بخلاف ما هو الحال في قواعد الاسناد الأخرى فما هي الحكمة التي أرادها المشرع من وراء هذه العبارة ؟

ان حذف مثل هذه العبارة ان كان من شأن ذلك ان يؤثر في مفهوم قاعدة الاسناد فهذا يعني ان هناك حكمة اما ارادها المشرع ولكن اذا تبين بحذف هذه العبارة عدم تأثير وجودها من عدم وجودها على المقصود من قاعدة الاسناد والقانون المسند اليه فعندما نقول ان ما ورد على لسان المشرع من باب التزيد ولا توجد حكمة من وراء ذلك ، وادا ما اجرينا مثل هذه المحاولة في حذف العبارة سنلاحظ ان بقاء العبارة من عدمها لن يؤثر في ماهية القانون الواجب التطبيق ومن هنا نقول ان هذه العبارة جاءت تزيد من المشرع الأردني لأن وجودها من عدمه لا يؤثر في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في اطار الشروط الشكلية لصحة الزواج

**موضوع الاسناد :** الشروط الشكلية لصحة الزواج ، وان الشكلية في الزواج تعني بحسب التشريع الأردني الرسمية ، والرسمية تعني : ان هناك موظف رسمي يبرم عقد الزواج فالشكلية هي الرسمية

و هذه الشكلية يجب ان تكون وفق لأحكام قانون كل من الزوجين او قانون مكان ابرام عقد الزواج بحسب هذه القاعدة

**ضابط الاسناد :** ضابط الاسناد في هذه المادة هو ضابط اسناد متعدد والتعدد تخييري ما بين مكان انعقاد العقد او جنسية كل من الزوجين

مع مراعاة ما أورده المشرع في المادة 15 في القانون المدني الأردني بحيث اذا كان احد الزوجين اردنياً وقت انعقاد الزواج فيسري القانون الأردني وحده على هذه الشروط الشكلية للزواج والهدف من ذلك قد يكون منع التحايل على القانون الأردني

**5-نص المادة 14 :** "1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة الى المال "

**موضوع الاسناد :** اثار عقد الزواج بما في ذلك بالنسبة الى المال

اثار عقد الزواج تعني الحقوق والواجبات التي تترتب لكل من الزوجين احدهما اتجاه الآخر كما يشمل ذلك ايضاً حق الزوجة في العمل ، ومن اثر بالنسبة للمال كالنفقة الزوجية

**ضابط الاسناد :** جنسية الزوج لحظة انعقاد عقد الزواج

**القانون المسند اليه :** قانون شخصي للزوج لحظة انعقاد عقد الزواج ، وعلى ذلك فإن تغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج لن يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق اعمالاً لهذه القاعدة في نص المادة 1 / 14

كما تجدر الإشارة الى القيد الذي أورده المشرع في المادة 15 اذا كانت الزوجة او الزوج اردني في لحظة انعقاد الزواج فالقانون الأردني وحده هو الذي يطبق

ان المادة 14 / 1 قد طعن في بعض الدول المتقدمة لعدم دستوريتها كألمانيا حيث مثل هذه القاعدة لا تساوي بين الذكر والانثى وعطلت في بعض الدول هذه المادة واستعيض عنها بقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المدعي

**"2- اما الطلاق** فيسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق . ويسري على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى "

**موضوع الاسناد :** هناك تعدد في موضوعات الاسناد : 1-الطلاق ، 2- التطبيق ، 3-الانفصال

**الطلاق :** هو الذي يكون دون اللجوء الى القضاء ، حيث ان بعض التشريعات تجيز لاحد الزوجين او لكليهما بأن يضع نهاية الرابطة الزوجية بإرادته دون التوقف على إرادة الطرف الآخر ودون اللجوء للقضاء

**التطبيق :** التفريق بين الزوجين بحكم قضائي ، ولا يكون الا برفع دعوى قضائية

**الانفصال :** هو مرحلة تمهيدية للتطبيق ، ولا يكون الا بقرار وحكم قضائي ولا يكون الا برفع دعوى ، فالانفصال يعني هو الانفصال في المسكن أي ان كل من الزوجين يذهب الى مسكن مستقل عن مسكن الزوج الآخر ويكون الهدف من ذلك لنفلل حدة التوتر ما بين الزوجين لحين البت بحكم قضائي للتفريق أي التطبيق

**ضابط الاسناد :** فيما يتعلق بالطلاق : الجنسية التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ، وطالما ان الطلاق يقع دون اللجوء للقضاء فكيف لنا ان نتصور نزاع حول الطلاق اذا كان يقع دون اللجوء للقضاء ؟

المقصود بذلك اثار الطلاق ، فإن الطلاق يرتب اثار ما قد يكون مالياً كنفقة العدة او حضانة الابناء وغيرها ، وقد يتعلق الامر بصحة الطلاق فيدعى الشخص ان الطلاق قد وقع وينكر الاخر بصحة وقوع الطلاق

**فيما يتعلق بالتطليق والانفصال :** جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

مع مراعاة ما أورده المشرع في نص المادة 15

وايضاً قد طعن في دستورية المادة 14/2 في المانيا لعد المساواة بين الذكر والانثى

**6-نص المادة 16 :** "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب ، قانون المدين بها "

**موضوع الاسناد :** الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب

**ضابط الاسناد :** جنسية شخص المدعى عليه ، صحيح ان المشرع استخدم مصطلح " ... قانون المدين بها " ولكن الأولى بالاعتبار ان يقول المشرع قانون شخص المدعى عليه اذ ان وفق لهذا القانون قد لا يكون المدعى عليه مدين بالنفقة فيستغرب على مشرعنا بأنه اعتبر ان شخص المدعى عليه في دعوى النفقة فيما بين الأقارب هو دائماً مدين بالنفقة وهذا لا يكون دائماً صحيحاً ، كما كان يجب على المشرع ان يرجح قانون المدعى لا قانون شخص المدعى عليه اذ انه وفي مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالنفقة فيما بين الأقارب هو الشخص الضعيف وهو الأولى بالمراعاة خلاف الامر في الالتزامات المالية حيث يكون المدين هو الأولى بالمراعاة ولكن في مسائل النفقة يكون دائماً وابداً شخص المدعى المطالب بالنفقة هو الأولى بالمراعاة فهو الذي يوجد في موقف الضعف وال الحاجة

**7-نص المادة 17 :** "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته"

**موضوع الاسناد :** النظم القانونية الخاصة بحماية المحجورين والغائبين " الشخص الذي يجب حمايته " والشخص الذي يجب حمايته اما ان يكون محجور عليه سواء محجور عليه لذاته كالمجنون والمعتوه او المحجور عليه بحكم قضائي كالسفه والمغفل او الشخص الغائب وعلى ذلك اذا تعلق النزاع في اطار علاقة دولية خاصة بنظام قانوني خاص بحماية المحجور عليه او الغائب فإن مثل هذا النظام يجب ان يخضع لقانون الدولة للشخص الذي يجب عليه حمايته

**8-نص المادة 18 :** "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث والوصي او من صدر عنه التصرف وقت موته 2- ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء او قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت "

**موضوع الاسناد للمادة 1/18 :** هناك تعدد في موضوعات الاسناد حيث ان هناك موضوع الاسناد الميراث وموضوع الاسناد الثاني هو التصرف المضاف الى ما بعد الموت للشروط الموضوعية

**ضابط الاسناد للمادة 1/18 :** جنسية شخص المتوفى ، فالجنسية هي جنسية المورث لحظة موته او جنسية من صدر منه التصرف لحظة موته ايضاً

**موضوع الاسناد للمادة 2/18 :** الشروط الشكلية لصحة التصرف المضاف الى ما بعد الموت

**ضوابط اسناد للمادة 2/18 :** هناك تعدد تخبيري فهناك جنسية الموصي لحظة الإيصاء وهناك البلد الذي تمت فيه الوصية ، والسبب في تعدد ضوابط الاسناد يعود الى ان الشروط الشكلية ينظر اليها ويجب ان تتوافق لحظة نشوء الوصية لا لحظة وفاة الموصي

في اطار نص المادة 18 المشرع لم يفرق بين مسألة ميراث او تصرف مضاف الى ما بعد الموت ما بين عقار او بشاراً منقول فهو يساوي ما بين مسألة الميراث او التصرف المضاف الى ما بعد الموت سواء تعلق الامر بعقار او منقول وهذا يتعارض مع قانون الترکات للأجانب وغير المسلمين الذي قرر ان القانون الواجب التطبيق سواء الموضوع يتعلق بالإرث او الوصية بعقار في الأردن ان يكون القانون الأردني الواجب التطبيق

ان الحكم الذي جاء به قانون الترکات للأجانب وغير المسلمين يكون حكماً خاصاً استثنائياً على الأصل العام الذي أورده المشرع في المادة 18 بحيث اذا توافرت شروط الحكم الخاص فيطبق الحكم الخاص ولا تطبق المادة 18

**9-نص المادة 19 :** "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها "

**موضوع الاسناد :** الحقوق العينية وجوداً وعدماً ، صحيح ان المشرع يقول "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى ...." ولكنه عندما قال "... والحقوق العينية الأخرى ...." فهذا يعني انه يشمل جميع الحقوق العينية ، ثم ان موضوع الاسناد الحقوق العينية وجوداً وعدماً لان من ينماز اخر بحق عيني فانه ينماز عه اما على أساس انه صاحب حق او انه على أساس لم يفقد الحق

**ضابط الاسناد :** المشرع ميز بين الحقوق العينية التي تتعلق بعقار والحقوق العينية التي ترتب بمنقول ، فضابط الاسناد الذي يتعلق بالعقار هو موقع العقار ، وفيما يتعلق بمنقول هو موقع المال المنقول لحظة تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق العيني او فقده وكان من الأفضل ان المشرع كان ان يستخدم مصطلح قانون الموقع فالقانون الواجب التطبيق على الحقوق العينية وجوداً وعدماً هو قانون إقليمي في كلتا الحالتين

المشرع حسم مسألة التنازع المتغير فيما يتعلق بموقع المال المنقول فهذا يعني اذا نشأ نزاع يتعلق بحق عيني ما يرتبط بمنقول فيجب تطبيق قانون موقع المنقول لحظة تتحقق السبب الذي أدى الى تولد الحق بالنسبة لمن يدعى او ذاك الذي يدعي انه لم يفقد الحق

لو افترضنا ان س و ص اردني الجنسية في لبنان باع س ل ص ساعته على ان يسلمه الساعة عند عودتهما الى عمان وعندما عادا اخذ المشتري يطالب بالساعة فانزع عه البائع مدعى انه المالك على أساس انه الحيازة في المنقول سند الملكية فإذا رفع المدعى دعوى قضائية يدعي ملكيته للساعة فإن القانون الواجب التطبيق سيكون القانون اللبناني

اذا ما طعن البائع بصحة السبب فيجب على القاضي الوطني ان يحسم مسألة صحة السبب بحسب قاعدة الاسناد التي تحكمه وفي مثالنا فنحن نتحدث عن عقد البيع فإذا تم الطعن بصحة عقد البيع فعندما على القاضي ان يتحقق من صحة السبب من عدمه فنحن نتحدث عن العقد كسبب فإذا كان الامر يرتبط بنزاع بالشروط الموضوعية لصحة العقد يطبق المادة 1/20 و اذا تعلق بالشروط الشكلية يطبق المادة 21 وبعد ان يتحقق من صحة السبب يعود لتطبيق قاعدة الاسناد في المادة 19

**10-نص المادة 20 :** "1-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنناً فإن اختلا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك . 2-على ان قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت في شأن هذا العقار "

**موضوع الاسناد :** الالتزامات التعاقدية ، والالتزامات التعاقدية يشمل الالتزامات التعاقدية من حيث الشروط الموضوعية والشروط والشكلية والمسؤولية التعاقدية

فهل مصطلح الالتزامات التعاقدية الذي ذكره المشرع في المادة 1/20 يشمل هذه الموضوعات الثلاث - الشروط الموضوعية والشكلية والمسؤولية التعاقدية - ؟

**الجواب :** لا اذ ان موضوع الاسناد في نص المادة 1/20 هو الالتزامات التعاقدية من حيث الشروط الموضوعية والمسؤولية العقدية والسبب يعود ان المشرع قد تناول الشروط الشكلية في قاعدة اسناد مستقلة لاحقة لنص المادة 20 وهي المادة 21

**ضابط الاسناد في المادة 1/20 :** هناك تعدد تدريجي اذ ان ضابط الاسناد الأول هو الإرادة فإذا انعدمت الإرادة فيكون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا الموطن والضابط الثالث هو البلد الذي تم فيها العقد

**القانون المسند اليه :** 1- الإرادة ، 2-إقليمي على أساس الموطن المشترك للمتعاقدين ، 3-إقليمي قانون البلد الذي انعقد فيه العقد

لم يشترط المشرع ان يكون الإرادة صريحة فيمكن ان تكون ضمنية اذا ارتبط العقد بعقار ما سواء كان العقد عقد شخصي او عيني فإن هذا العقد يخضع لقانون موقع العقار

**11-نص المادة 21 :** "تُخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز ايضاً ان تخضع للقانون الذي يسري على احكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما المشترك "

**موضوع الاسناد :** العقود من حيث الشكل أي الشروط الشكلية التي ترتبط بصحة العقود وبالرغم من ان المشرع استخدم مصطلح العقود ما بين الاحياء فإن هذه المادة تتناول العقود بجميع انواعها من حيث الشكل ولو لا ان المشرع تناول الشروط الشكلية لصحة عقد الزواج لكن علينا تطبيق المادة 21 في حال تعلق النزاع بالشروط الشكلية لصحة الزواج ولكن ما يدفع التساؤل مصطلح الاحياء , فما هو المقصود بمصطلح الاحياء وما الحكمة من استخدامها ؟

بالعودة الى المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني نفهم ان مصطلح الاحياء جاء لكي يخرج من اطار المادة 21 الوصية والتصرفات الى ما بعد الموت مع ان الوصية والتصرفات الى ما بعد الموت ليسوا بعقد لان العقد يحتاج الى تطابق ارادتين اما الوصية فهي تطبيق من تطبيقات التصرفات الانفرادي ولا تتوقف على ارادة الشخص الاخير , ومع ذلك قد يرى البعض ان مصطلح الاحياء تدل على العقود التي تتعقد بين الاشخاص الطبيعيين ولو كان ذلك صحيح لكان المشرع لم يورد قاعدة اسناد لشكلية العقود بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي او شخصين معنويين وكان سيستعيض القاضي بالمادة 25

فمصطلح الاحياء لا يقصد من وراءه شي بهل هو فقط لغو لغوي تشريعي

**ضابط الاسناد :** متعدد تعدد تخيري وهي اما البلد الذي تم فيه العقد او الإرادة او الموطن المشترك للمتعاقدين او الجنسية المشتركة , فهو اما إقليمي او ارادي او شخصي نلاحظ ان المشرع الاردني في اطار الشروط الشكلية للعقد انه لم يورد قيداً بالعقد التي ترتبط بعقار فهل هذا يعني انه اذا تعلق الامر بعقد يتعارف فنطبق قانوناً اجنبياً على عقار موجود بالأردن ؟

الجواب لا لأنه مانع من موانع النظام العام , فالعقود التي ترتبط بعقار بالمملكة عقود شكلية ترتبط بالنظام العام اذ اشار صراحة بالمادة 3/63 من القانون المدني الاردني وكان يجدر على المشرع وضع قيد على العقارات كالمادة 2/20

**12-نص المادة 22 :** "1- يسري على الالتزامات الغير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . 2- ولا تسري احكام الفقرة السابقة بالنسبة الى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الواقع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه . "

**موضوع الاسناد في المادة 1/22 :** الالتزامات الغير التعاقدية ، ويشمل كل التزام لا يكون مصدره العقد بل شبه العقد الإرادة المنفردة والفعل النافع والفعل الضار والقانون

فهل يعني ان المادة 1/22 تشمل جميع الالتزامات الغير التعاقدية ؟

ان ما يفهم من نص المادة 1/22 حسب اغلب ما يراه فقه القانون الدولي يشمل الفعل الضار والفعل النافع لاستخدام المشرع " قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام " وان مصطلح الفعل لم يستخدم في التشريع الأردني الا للدلالة على الفعل الضار والنافع وبالتالي فإن المادة 1/22 لا تشمل الإرادة المنفردة او القانون

اما في اطار القانون انه مصدر من مصادر الالتزام فإنه ليس من المتصور تنازع قوانين من حيث المكان حول القانون باعتباره مصدر من مصادر الالتزام فمثلا عندما يكون المواطن في المملكة ملزم بدفع الضرائب للمملكة الأردنية بموجب القوانين الأردنية فمن المستحيل ان يتصور وجود قانون دولة أخرى ان ينافى القانون الأردني في هذا الشأن

اما فيما يتعلق بالإرادة المنفردة فلو اعتبرنا ان المادة 1/22 لم تدل الا على الفعل النافع والفعل الضار فهذا يعني ان قواعد الاسناد الأردنية خلت من مسألة الإرادة المنفردة فهذا يعني تطبيق المادة 25 من مبادئ القانون الدولي الخاص حيث ان المبدأ المستقر من القانون الدولي الخاص حول الإرادة المنفردة انها تخضع لقانون البلد التي نشأت فيه تلك الإرادة

**ضابط الاسناد :** إقليمي تتمثل بالبلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام

ما هي اهم الإشكاليات التي ممكن ان تثور في المادة 1/22 ؟

ان اهم الإشكاليات التي ممكن ان تثور تلك التي تتعلق بالفعل الضار ، ان الفعل الضار يقوم على اركان ثلاثة : فعل وضرر وعلاقة سببية و اذا قامت جميعها في دولة واحدة فلا مشكلة فالقانون الواجب التطبيق هو البلد الذي وقعت فيه اركان الفعل الضار ولكن المشكلة اذا وقعت الاركان في عدة دول كأن يكون الفعل في بلد والضرر في بلد آخر ، فمثلاً كتصنيع دواء بأخطاء في تركيبته في المانيا واستخدمه شخص مريض في الأردن نتيجة هذا الخطأ في التركيبة أصابه اضرار جسيمة فهل يكون القانون الواجب التطبيق الأردني ام الألماني ؟ وما هو في حال وقوع الفعل الضار في مكان لا تخضع لسيادة دولة ما كوقوع الفعل الضار في أعلى البحار ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق في حال كان الفعل الضار في دولة ما ولكن لا يعتبر كذلك في الأردن ؟

في التساؤل الأخير حسمها المشرع في المادة 2/22 فمثلاً كالدفاع الشرعي فبموجب احكام القانون الأردني لو كان الشخص في حالة دفاع شرعي والحق ضرر باخر دون ان يتجاوز حالة الدفاع فلا يكون مسؤولاً بالتعويض ولا يتحمل مسؤولية فعله الضار اما في بعض الدول فقد يكون الفعل وان كان في حالة دفاع شرعي فإنه لا يكون مسؤولاً جزائياً ويكون مسؤولاً مدنياً بتعويض الشخص المتضرر

اما في اطار مشكلة تشتت اركان الفعل الضار فإن هناك اراء مختلفة حول تلك المسألة فهناك رأي بتطبيق قانون الذي وقع فيه الفعل بغض النظر عن البلد الذي وقع فيه الفعل وهناك اراء معاكسة بتطبيق قانون بلد الذي وقع فيها الضرر بغض النظر عن البلد الذي وقع فيه الفعل

وما نرى بعد العودة لأحكام القانون المدني الأردني بشأن تفسير المادة 1/22 مقارنة مع ما ورد من احكام تحت الفعل الضار حيث ان المشرع الأردني يركز على الضرر اكثر من تركيزه على الفعل اذ ان الخطأ مفترض بحسب احكام القانون المدني الأردني بدليل المادة 256 من القانون المدني الأردني فإن الأساس بالتعويض لقيام المسؤولية هو تحقق الضرر

اما في حال وقوع الفعل الضار في بقعة جغرافية لا تخضع لسيادة دولة ما كموقع الفعل الضار في أعلى البحار فلو تصادمت سفينتين في أعلى البحار فكيف سيقوم القاضي الوطني عند نظره في هذا النزاع بتحديد القانون الواجب التطبيق ؟

ان المشرع الأردني لم يأتي في القانون المدني الأردني بحل لهذه المسألة اي يعني وجوب تطبيق المادة 25 من مبادئ القانون الدولي والمبدأ يقول ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الدولي العام اي المعاهدات التي تتعلق بالتصادم البحري ولكن مع ذلك القاضي الأردني ان يطبق نص المادة 25 لان المشرع قد تناول هذه المسألة في قانون التجارة البحري الأردني ونحن نعلم انه في ضوء نص المادة 24 ان احكام المواد السابقة لا تسري اذا وجد نص في قانون خاص او في معايدة دولية نافذة في المملكة فالشرع فالشرع عالج مشكلة الفعل الضار في أعلى البحار في قانون التجارة البحري الأردني حيث وبموجب هذا القانون المشرع ربط ما بين الاختصاص التشريعي المكانى والاختصاص الدولى للمحاكم الدولية فقرر في قانون التجارة البحري الأردني تطبيق القانون الأردني متى كان القضاء الأردني مختص بالنظر بالدعوى المتعلقة بالتصادم البحري سواء كان التصادم بأعلى البحار او بمياه دولية او إقليمية

**13-نص المادة 23 :** "يسري قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى او تباشر فيه إجراءاتها على القواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي "

**موضوع الاسناد :** الدعوى واجراءاتها وقواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي

**ضابط الاسناد :** صورة من صور الإقليم وتمثل بمكان رفع الدعوى

**القانون المسند اليه :** قانون إقليمي وقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى وتباشر إجراءاتها

## تنازع الاختصاص القضائي الدولي :

تعريف قاعدة تنازع الاختصاص القضائي الدولي - قاعدة الاختصاص الدولي للمحاكم - :  
قاعدة قانونية بها ومن خلالها يتبين للقاضي الوطني فيما اذا كان مختصاً بنظر الدعوى الذي يكون المدعي عليه فيها اجنبي بغض النظر عن جنسية شخص المدعي

فالعبرة في الاختصاص من خلال هذا التعريف ان يكون المدعي عليه شخص اجنبي ولا يعنينا فيما اذا كان شخص المدعي وطنياً ام اجنبياً

اما عن تمييز قاعدة الاختصاص الدولي عن قاعدة الاسناد :

تمييز قاعدة الاختصاص الدولي للمحاكم عن قاعدة الاسناد فيما يلي :

1- قاعدة الاسناد يمكن ان تكون ذات مصدر دولي في حين ان قاعدة الاختصاص الدولي للمحاكم هي دائماً قاعدة داخلية بحثه

2- قاعدة الاسناد كأصل عام هي قاعدة مزدوجة تبين متى يمكن تطبيق قانون اجنبي ومتى يمكن تطبيق قانون وطني في حين ان قاعدة الاختصاص الدولي للمحكمة هي قاعدة مفردة الجانب تبين اختصاص القضاء الوطني دون التعرض لاختصاص المحاكم الأجنبية

اما في حالات اختصاص القضاء الوطني بالنظر بالدعوى التي ترفع على اجنبي وفق لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فهي :

### 1- حالات ترتبط بالموطن :

ا- ان يكون للشخص المدعي عليه الأجنبي موطنًا في المملكة الأردنية الهاشمية فإن كان شخصاً طبيعياً فيقصد بالموطن مكان اقامته الاعتيادي فإن كان شخصاً معنوياً فموطنه مركز الإدارة الرئيسي - ولا يهم ان يكون فعلي -

ب- ان يتعدد المدعي عليهم في الدعوى بحيث يكون لاحدهم من بينهم موطن في المملكة الأردنية الهاشمية فعندما يثبت الاختصاص للقضاء الوطني بالنظر بالدعوى على جميع المدعي عليهم لعدم إمكانية تجزئة الدعوى

ج- ان يكون للمدعي عليه الأجنبي موطنًا مختار شريطة ان يكون مثبت بالكتابة ومحدد لغايات عمل قانوني معين في المملكة الأردنية الهاشمية بحيث يجب ان ترتبط الدعوى بهذا العمل القانوني

## 2- حالات ترتبط بموضوع الدعوى :

أ- ان يتعلق موضوع الدعوى بالتزام نشأ او يرتب اثاره او كان يجب ان يرتب اثاره في المملكة الأردنية الهاشمية

ب- ان يكون موضوع الدعوى مرتبط بمال في المملكة الأردنية الهاشمية ولكن يجب ان نشير ان الدعوى التي يرتب موضوع الحق العيني فيها بمنقول في المملكة الأردنية الهاشمية انه يجب ان يكون المال المنقول موجود في المملكة لحظة تسجيل الدعوى وحتى لو خرج المال المنقول بعد رفع الدعوى فذلك لا ينزع الاختصاص من القضاء الأردني

ج- ان يكون موضوع الدعوى مرتبط بإعسار حكم به في المملكة الأردنية الهاشمية

## 3- حالة ترتبط بقبول الشخص الأجنبي للاختصاص القضائي الوطني :

يشير المشرع في قانون أصول المحاكمات المدنية الى انه وفي حال انعدام الحالات السابقة وقبل الأجنبي باختصاص القضاء الأردني اما صراحة او ضمناً فإن ذلك يثبت الاختصاص للقضاء الوطني في النظر في الدعوى التي ترفع على الأجنبي

وفي حال عدم توافر أي حالة من الحالات السابقة فعلى المحكمة رد الدعوى من تلقاء ذاتها

\* لا يجوز في أي حال من الأحوال ان يتم الاتفاق على استبعاد اختصاص القضاء الأردني في النظر في الدعوى لأن ذلك من النظام العام ويرتبط بسيادة الدولة

\* في حالة رفعت دعوى على شخص اردني وحتى ان لم يكن له موطن او مال في الأردن فإن القضاء الأردني يختص بالنظر في الدعوى التي ترفع على الأردني على أساس مبدأ شخصية قانون أصول المحاكمات المدنية

## تنفيذ الاحكام الأجنبية :

**الحكم الأجنبي :** كل حكم صادر من محكمة أجنبية او من محكم في أراض أجنبية في قضية حقوقية او دينية مالية

نلاحظ ان الاحكام التي يمكن تنفيذها بموجب قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية الأردني هي احكام صادرة من محاكم أجنبية او من محكمين في أراض أجنبية في قضايا حقوقية أي في اطار روابط احوال مالية او قضايا دينية مالية فمثلاً يمكن تنفيذ احكام محاكم مالية تتصل بالمواريث والوصايا او النفقات وهكذا ، اما خلاف ذلك من احكام جزائية او احكام إدارية او دينية التي لا تكون مالية فإنها احكام تخرج من نطاق تنفيذ الاحكام الأجنبية وفق لقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية

اما عن الإجراءات التي يجب اتباعها لتنفيذ الحكم الأجنبي فإنه لا يستطيع حامل الحكم الأجنبي ان يلجئ لدوائر التنفيذ التابعة للمحاكم الأردنية مباشرة لتنفيذ الحكم الأجنبي لأنه الاحكام تصدر في جميع الدول باسم رئيس الدولة وليس من المتصور انه يمكن تنفيذ حكم اجنبي صادر باسم برأس دولة ما في دوائر التنفيذ التابعة للمحاكم الأردنية اذ ان هذا يعتبر مساس بسيادة الدولة الأردنية ، لذا فإن المشرع في قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية يسمح لحامل الحكم الأجنبي بتنفيذ في الأردن وفقاً لإجراءات القانونية محددة ومنها :

ان يرفع المحكوم له - المدعي - دعوى قضائية امام المحاكم الأردنية يكون موضوعها اكساء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية بحيث ترفع هذه الدعوى امام محكمة بدائية ، وهذا يشكل اختصاص نوعي اذ ان محكمة البداية تختص نوعياً بهذا النوع من الدعاوى

كما يشترط عند تسجيل الدعوى ان يرفق الشخص المدعي المحكوم له بالحكم الأجنبي صورتين مصدقتين للحكم الأجنبي المراد تنفيذه واذا كان الحكم الأجنبي بلغة أجنبية يجب ان يرفق ترجمتين قانونيتين معتمدتين لهذا الحكم الأجنبي

كما ان رفع الدعوى امام المحكمة البدائية في المملكة الأردنية يجب ان يكون على أساس الاختصاص الإقليمي المكاني للمحكمة أي يجب ان تسجل الدعوى امام محكمة بدائية يقع في نطاق اختصاصها موطن المحكوم عليه - المدعي عليه - في دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي وان لم يكن له موطنأً في نطاق تلك المحكمة فيكفي ان يكون له مالاً في نطاقها سواء كان عقارات او منقولات ، فإن لم يكن للشخص المحكوم عليه بالحكم الأجنبي لا موطن ولا مال في نطاق أي محكمة بدائية في المملكة فإن وفق للقواعد العامة يكون الاختصاص لمحكمة بداية عمان

## شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية :

يجب ان نشير بداية ان السياسات التشريعية تختلف من دولة الى اخرى في تنفيذ الأحكام الأجنبية فهناك من السياسات التشريعية لبعض الدول تقتضي ان يرفع المحكوم له دعوى جديدة في موضوع الحكم الأجنبي يقدم في الدعوى بيناته ومن بين هذه البيانات الحكم الأجنبي كما هو الحال في المانيا ، بحيث تنظر المحكمة الألمانية تنظر في موضوع الحكم الأجنبي باعتباره موضوع الدعوى الجديدة اذ لا يمكن ان يطرح حكماً اجنبياً للتنفيذ من خلال اكساء صيغة تنفيذية له من خلال هذه المحكمة الألمانية ، لا بل المحكمة الألمانية تخوض في الموضوع فقد يأتي حكمها مطابق للحكم الأجنبي وقد يختلف عن الحكم الأجنبي

## شروط تنفيذ الحكم الأجنبي في المملكة :

- 1- ان يكون الحكم حكماً مالياً سواء تعلق الامر بمسألة مالية او مسألة احوال شخصية
- 2- ان يكون الحكم المراد تنفيذه قد صدر من محكمة مختصة او محكّم مختص بحيث يجب التأكد من اختصاص المحكمة التي صدر منها الحكم او اختصاص المحكّم ويجب ان يكون الاختصاص اختصاصاً نوعياً وقيميّاً ومكانياً ودولياً وفق لما يسمى بقاعدة تنازع الاختصاص القضائي الدولي
- 3- ان يكون المحكوم عليه بالحكم الأجنبي متبلغاً لأوراق الدعوى التي صدر فيها الحكم
- 4- الا يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد صدر بطريق الاحتيال او مشوباً بالتزوير
- 5- ان يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مبرماً قطعياً أي استنفذ كافة وسائل الطعن العادلة
- 6- الا يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مخالفًا للنظام العام او الاداب العامة ، ويجب ان نشير ان محكمة التمييز الأردنية اجازت في العديد من احكامها تنفيذ الحكم الأجنبي بشكل جزئي ليتفق مع النظام العام بالأردن ، فمثلاً لو كان هناك حكم اجنبي يراد تنفيذه في الأردن يتعلق بوصية ما بكمال املاك شخص الموصي فإن مثل هذا الحكم يخالف النظام العام في الأردن اذ انه لا يجوز تنفيذ الوصية الا في حدود الثلث هنا اجازت محكمة التمييز بتنفيذ ليس بكمال الوصيلة بل بثلثها
- 7- شرط جوازي - شرط المعاملة بالمثل : اذ يجوز للمحكمة اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الصادر في دولة اجنبية متى كانت تجيز تشريعات تلك الدولة تنفيذ الأحكام الأردنية