

المملكة الأردنية الهاشمية

جامعة عمان العربية

كلية القانون

أطروحة دكتوراه بعنوان

القانون واجب التطبيق على إنتقال الملكية للخلف العام
دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني واللبناني

**The Applicable Law on Property Devolution To The
General Posterity:
A Comparative Study Between
Jordanian , And Lebanese Legislations**

إعداد الطالب

ميسره (محمد أمين) مفضي خرايشه

إشراف

الأستاذ الدكتور أحمد أبو شنب

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات منح درجة دكتوراه فلسفة في القانون

الخاص

عمان

كانون الأول- ٢٠١٢

١٤٣٤هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

(قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ)

صدق الله العظيم

الآية رقم (٩) من سورة الزمر

التفويض

أنا الطالب ميسره محمد أمين خرابشه

أفوض جامعة عمان العربية للدراسات العليا بتزويد نسخ من أطروحتي

للمؤسسات، أو الهيئات، أو الأشخاص عند طلبها

الاسم : ميسره محمد أمين خرابشه

التوقيع: 

التاريخ: 

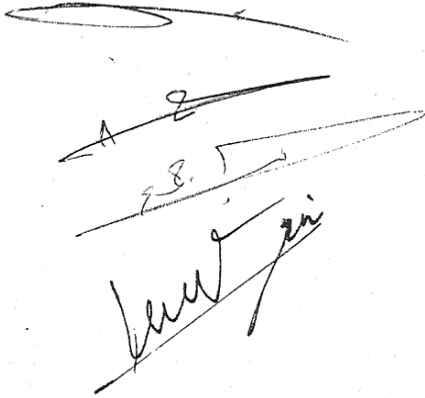
قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ : ٢٠١٢/١٢/٨

للطالب ميسره محمد أمين خرابشه " القانون واجب التطبيق على
إنتقال الملكية للخلف العام " (دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني
واللبناني)

وأجيزت بتاريخ :- ٢٠١٢/١٢/٢٩

التوقيع



أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	الأستاذ الدكتور سعيد البستاني
مشرفا وعضوا	الأستاذ الدكتور أحمد أبو شنب
عضوا	الدكتور عبدالرحمن جمعه
عضوا	الدكتور قيس الشرايري

الشكر والتقدير

الحمد لله والشكر له عز وجل على توفيقه لي بإتمام هذا البحث وبما أمدنا به من قوة لإنجاز هذه الأطروحة.

وانتقدم بصادق الشكر والتقدير والإخلاص لأستاذي الكبير الدكتور أحمد أبو شنب الذي لم يتوان يوماً عن بذل كل جهد في إرشادي وتوجيهي المستمر في مجال هذا البحث العلمي ، جزاه الله كل خير

كما وأنتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى الأستاذ الدكتور محمد يوسف الزعبي لما أبداه من ملاحظات قيمة كان لها الأثر بإثراء هذه الأطروحة .

والشكر والتقدير إلى جميع العاملين في جامعة عمان العربية ، وأخص بالذكر أعضاء الهيئة التدريسية في كلية القانون ممثلة بعميدها ، وكذلك القائمين على المكتبة في هذا الصرح العلمي العتيد.

وانتقدم بكل المحبة والامتنان من والدي العزيز على دعمه المتواصل والموصول لي... عافه الله.

واشكر كل الشكر المحامي الأستاذ جهاد أحمد الخطيب من الجمهورية العربية السورية لما زودني به من مراجع وآراء كان لها الأثر الواضح في إنارة دربي في إنجاز هذا العمل.

وكل الشكر إلى أخواني مسرة وعمران وأخواتي اللواتي شجعنني بكل محبة وإخلاص .

الإهداء

إلى الحبيبة ، رمز الحب والحنان والعطاء، إلى من كانت تعاني معي سهر الليالي ، إلى من بذلت كل جهدها وقامت على خدمتي. لأتمكن من إنجاز هذا العمل . أُمي العزيزة : أهديك هذا العمل المتواضع ، أمد الله بعمرك ، ومنتعك بموفور الصحة والعافية.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية.....	ب.....
التفويض.....	ج.....
قرار لجنة المناقشة.....	د.....
الشكر والتقدير.....	ه.....
الإهداء.....	و.....
قائمة المحتويات.....	ز.....
الملخص باللغة العربية.....	ك.....
ABSTRACT.....	م.....
الفصل الأول : المقدمة.....	١.....
مشكلة الدراسة :.....	٤.....
عناصر مشكلة الدراسة :.....	٤.....
أهمية الدراسة :.....	٥.....
منهج البحث المستخدم :.....	٧.....
تعريف المصطلحات :.....	٧.....
محددات البحث :.....	٨.....
الفصل الثاني : الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث.....	١٠.....
أولاً:-تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين.....	١٤.....
١-مفهوم الاختصاص والاختصاص القضائي الدولي و تنازع الاختصاص القضائي الدولي:.....	١٤.....
(١) التعريف بالاختصاص و بالاختصاص القضائي الدولي:.....	١٤.....
(٢) مفهوم تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....	٢٠.....
٢ -مفهوم تنازع القوانين:.....	٢٢.....
ثانياً-الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي.....	٢٩.....
١-مدى استقلالية الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص التشريعي:.....	٢٩.....
٢-التطابق بين الاختصاص القضائي والتشريعي :.....	٣١.....
٣-التأثير المتبادل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي.....	٣٥.....
(١) أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي.....	٣٥.....
(٢) تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي.....	٣٩.....
ثالثاً-ضوابط الاختصاص الدولي في منازعات الإرث ، ومدى ملاءمة تطبيقها في التشريعين الأردني واللبناني:.....	٤١.....

- ٤٣- المعايير الأصلية لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث.....
- ٤٥ (١) ضوابط الاختصاص الدولي الشخصية في منازعات الارث.....
- ٤٥ أ- ضابط الجنسية وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث.....
- ٤٩ ب ضابط القانون المختص وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث.....
- ٥٠ (٢)- ضوابط الاختصاص الدولي الإقليمية في منازعات الارث.....
- ٥١ أ- موطن المورث الأخير (محل إفتتاح التركة).....
- ٥٤ ب- موطن الورثة أو بعضهم.....
- ٥٦ ج- معيار موقع أموال التركة.....
- ٦٧ ٢- معايير الاختصاص الدولي الطارئ للمحاكم الأردنية واللبنانية في موضوع الإرث.....
- ٦٨ (١) الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في المسائل الأولية والمرتبطة.....
- ٧١ (٢) الاختصاص الدولي في الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالتركة.....
- ٧٦ رابعا:- الإشكالية التي يسعى لحلها الاختصاص بمنازعات الإرث.....
- ٧٦ ١- المشكلة التي يسعى الاختصاص لحلها.....
- ٨٢ ٢- تحديد الاختصاص الداخلي بمنازعات الإرث.....
- ٨٣ (١) تحديد الاختصاص الولائي (الوظيفي) بتركات الأجانب:.....
- ٨٩ (٢) تحديد الاختصاص النوعي بمنازعات الإرث للأجانب:.....
- ٩٧ (٣) تحديد الاختصاص المكاني:.....
- ١٠٣ خامسا- الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي والدفع بالإحالة الدولية.....
- ١٠٤ ١- الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإرث.....
- ١١٠ ٢- الدفع بالإحالة في الميدان الدولي.....
- ١١٢ (١) الدفع بالإحالة في ضوء الفقه التقليدي:.....
- ١١٥ (٢) الدفع بالإحالة للارتباط في ضوء الفقه الحديث.....
- ١٢٢ الفصل الثالث : القانون واجب التطبيق على أيلولة ملكية الإرث للورثة.....
- ١٢٤ اولاً:- القانون الذي يحكم نسب الأبناء لاستحقاق ملكية الإرث.....
- ١٢٨ ١- القانون الذي يحكم النسب الشرعي.....
- ١٣٢ أ-تطبيق قانون الابن.....
- ١٣٣ ب-تطبيق قانون أي من الأبوين.....
- ١٣٦ ج-تطبيق قانون الأب.....
- ١٤١ د-تطبيق قانون الأب والإبن.....
- ١٤٣ ١-١ القانون الذي يحكم تشريع البنوة.....
- ١٥٠ ٢- القانون الذي يحكم البنوة غير شرعية.....
- ١٥٦ ١-٢ موقف القضاء والفقه الانجليزي من القانون الذي يحكم النسب.....
- ١٥٨ ٣- القانون الذي يحكم التبني.....

- ١٧٢..... ثانيا-القانون واجب التطبيق على تركة المورث متعدد الجنسيات
- ١٧٥..... البند الأول:-عدم جواز تفضيل جنسية على أخرى
- ١٧٧..... البند الثاني: تفضيل إحدى الجنسيات
- ١٩١..... ٢:- القانون واجب التطبيق على تركات عديمي الجنسية
- ١٩٥..... ثالثا:-القانون الذي يحكم الإرث ونطاقه
- ١٩٧..... ١-القانون واجب التطبيق على الميراث
- ١٩٩..... (١)-وحدة القانون واجب التطبيق على الميراث
- ١٩٩..... (١)-:-الاتجاه الذي يعتبر الميراث من مسائل الأحوال الشخصية
- ٢٠١..... أ:-الاتجاه الذي إنحاز إلى قانون الجنسية
- ٢٠٤..... ب- الانحياز إلى قانون الموطن
- ٢٠٦..... (٢)-الانحياز إلى القانون العيني
- ٢٠٩..... (٢)- ازدواجية القانون الواجب التطبيق على الميراث
- ٢١١..... ٢-نطاق القانون الواجب التطبيق على الميراث
- ٢١٧..... رابعا:-القانون واجب التطبيق على نظام التركات
- ٢١٩..... ١-مدى تطبيق القانون العيني على مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة
- ٢٢٧..... ٢-المسائل التي يطبق عليها القانون العيني
- ٢٢٩..... خامسا:- الصعوبات التي تواجه القاضي الوطني في إعمال قانون المورث
- ٢٣٠..... ١-الإشكالات التي تواجه المحكمة في تطبيق قانون المورث
- ٢٣١..... (١)الإشكالات المتعلقة بتنازع الجنسيات
- ٢٣٣..... (٢) إشكالات تنازع قواعد الإسناد (الإحالة)
- ٢٤١..... (٣) إشكالية الإسناد إلى دول تتعد فيها الشرائع و (التفويض)
- ٢٥٠..... (٤) اشكالات الوراثة بين الدول
- ٢٥٤..... (٥)الإشكاليات المترتبة على استخدام السوابق القضائية في بلدان القانون العام
- ٢٥٥..... (٦) صعوبة الوصول إلى القانون الذي يحكم الإرث بسبب عدم دستورية القانون الأجنبي
- ٢٥٩..... (٧)مشكلة عدم ملاءمة قانون المورث
- ٢٦٠..... ١-استبعاد قانون المورث
- ٢٦٠..... (١)الدفع بالنظام العام
- ٢٧٠..... (٢)التحايل على القانون والاختصاص القضائي الدولي
- ٢٧٥..... (٢)-١ آثار التحايل على القانون والاختصاص القضائي
- ٢٧٨..... سادسا:-مدى الاستغناء عن تطبيق القانون الشخصي للمورث بقانونه الديني
- ٢٨٨..... الفصل الرابع : الأسباب التي تحول دون تملك الأجانب للتركة في دولة التنفيذ
- ٢٨٨..... أولا:-مدى الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لتركات الأجانب
- ٢٩٠..... ١- تعريف شرط المعاملة بالمثل وصوره الشكلية

- ٢٩٠.....: تعريف شرط المعاملة بالمثل في موضوع الإرث.
- ٢٩١.....(٢) تقسيم مبدأ المعاملة بالمثل من حيث الشكل
- ٢٩٣..... أ- التبادل الواقعي
- ٢٩٤..... ب- التبادل التشريعي
- ٢٩٦..... ٢- مبدأ المعاملة بالمثل من حيث المضمون
- ٢٩٩..... ٣- تقدير مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة للإرث في الأردن ولبنان
- ٣٠٤..... ثانياً:- الاختصاص القضائي غير المباشر في منازعات الإرث
- ٣٠٦..... ١- الوسيلة القانونية لتنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي
- ٣٠٦..... (١) إجراءات تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي
- ٣٠٧..... أ:- الوضع في بعض ولايات الولايات المتحدة الأمريكية
- ٣٠٧..... ب- : الوضع في النظام اللبناني
- ٣٠٨..... ج- : الوضع في النظام الأردني
- ٣٠٩..... (٢) سلطة المحكمة إزاء الطلب أو الاستدعاء
- ٣١١..... (١)- : تطبيق قانون المحكمة التي أصدرت الحكم
- ٣١١..... (٢): رقابة اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم وفقاً لقانون قاضي التنفيذ
- ٣٢١..... ٢- الوسيلة القانونية للطعن بتنفيذ الحكم الأجنبي
- ٣٢٦..... الفصل الخامس : النتائج والتوصيات
- ٣٢٧..... أولاً : النتائج
- ٣٤٧..... ثانياً:- التوصيات
- ٣٥٧..... مصادر ومراجع الأطروحة

الملخص باللغة العربية

من الضروري قبل البحث عن القانون واجب التطبيق على إنتقال الملكية إلى الخلف العام تحديد المحكمة المختصة من بين محاكم الدول في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. وهذا الاختصاص تحدده القوانين الداخلية لكل دولة؛ فالعلاقة بين هذا الاختصاص والقانون واجب التطبيق علاقة وثيقة الصلة ؛ فالاختصاص يسعى لتلافي الإشكاليات المتعلقة بصلاحيات محاكم دولة معينة ، ومحاكمها الوطنية ، بالإضافة إلى معرفة الخصوم مقدماً للمحكمة الواجب إثارة النزاع المتعلق بالتركة أمامها، ومدى جواز الدفع بعدم اختصاصها، أو الدفع بإحالة النزاع لمحكمة دولة أخرى. بينما يتحدد القانون واجب التطبيق في مرحلة لاحقة لتعيين الاختصاص.

ولكن إذا تم تعيين القانون واجب التطبيق على الإرث، فإن الأمر لا يتوقف عند هذا القانون فحسب، بل يقتضي الأمر بيان المسائل التي يحكمها هذا القانون، وكذلك التي لا يحكمها. مشيراً إلى أنه إذا كان ضابط الإسناد في دولة القاضي هو - ضابط الجنسية - فإن هذا الضابط قد يؤدي إلى إشكالية في حال عدم وجود جنسية للمورث، أو في حال وجود أكثر من جنسية له. مما يقتضي من القاضي البحث عن بديل، وقد يكون هذا البديل غير موجود. بالإضافة إلى ذلك فقد تعيق تطبيق القاضي لهذا القانون مجموعة من الصعوبات والإشكاليات التي تحول دون تطبيقه.

إن التسليم بوجود الصعوبات والإشكاليات المشار إلى بعضها في الفقرة السابقة والتي قد تواجه قاضي الموضوع، يجعل البعض يتساءل عن مدى الاستغناء عن تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة بقانونه الديني في الأنظمة التي تركز على عامل الدين في الميراث وسائر مسائل الأحوال الشخصية .

وعلى الرغم من الإشكاليات التي تعيق قاضي الموضوع - قبل إصدار قراره- في تطبيق القانون الأجنبي ، فقد يصدر القاضي قراراً يكتسب الدرجة القطعية ، فهنا لا يعني أن ما قرره هذا الحكم من حقوق للورثة والغير ملزم لقاضي التنفيذ في بلد آخر، ويتوجب عليه تنفيذه مباشرة، بل أن هنالك عوائق وقيوداً لاحقة على صدور الحكم الأجنبي، وتتمثل هذه العوائق والمسببات في مدى الأخذ مبدأ المعاملة بالمثل ، وتأثير الاختصاص القضائي غير المباشر على أيلولة التركة للورثة الأجانب .

وهدفنا هذه الدراسة إلى وضع إطار متكامل وشامل للقانون واجب التطبيق على إنتقال الملكية إلى خلف العام ، والوصول إلى حلول مناسبة للإتباع في داخل الأردن ولبنان وخارجهما، وذلك من خلال بيان المحكمة المختصة دولياً في منازعات الإرث منذ إثارة النزاع وإشكاليات الاختصاص ومعالجتها، بالإضافة إلى تحديد القانون واجب التطبيق وإشكالاته وحتى

وضع حكم حصر الإرث الأجنبي موضع التنفيذ أمام محاكم بلد التنفيذ، وقابلية هذا الحكم للتنفيذ بمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل، وتأثير الاختصاص القضائي غير المباشر على أيلولة التركة - (للأجانب) -. وقد تمت معالجة هذه المواضيع من خلال القوانين الأردنية ذات الصلة ، وخاصة قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة ١٩٤١، والقانون المدني الأردني المؤقت رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) والذي أصبح دائما عام ١٩٩٦ ، وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته . كما وتمت معالجة هذا الموضوع أيضا من خلال القوانين اللبنانية؛ كقانون الموجبات والعقود اللبناني، وقانون الملكية العقارية ، وقانون الإرث لغير المحمدين ، والقانون رقم ٦٧/٧٣ المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣، بالإضافة إلى عدد من القوانين الخاصة بالتشريعيين الأردني واللبناني، وكذلك الاجتهادات الفقهية والقضائية في تلك الدولتين، ومقارنتها ببعض التشريعات الأجنبية عند الضرورة .

ABSTRACT

It is necessary before addressing the applicable law on devolution issues to specify the court that has jurisdiction among the courts of countries involved in the legal relationship affected by alien element, and such jurisdiction should be defined by internal laws of each country. Hence, the relation between jurisdiction and the applicable law is established, since the first seeks to avoid the difficulties associated with other country's national courts and their powers , along with the need for litigants to recognize beforehand the court at which the estate dispute will be provoked, and whether it is permissible to defend with want of jurisdiction or with transferrig the litigation to court of another country; whereas the applicable law should be defined later on to jurisdiction.

However, once the applicable law to estate is specified, it is necessary, then, to identify the questions governed or not governed by such law. Notably, if the rule in assign to judge's country is nationality, then such rule would be problematic in case that legator was stateless, or held more than nationality. In such a case, the judge must look for an alternative which might be unavailable. Further, there would arise a set of problems and difficulties that preclude applicability of law.

Taking into consideration the aforementioned problems and difficulties that might face the judge of the matter, some would raise questions about the possibility of replacing the law of legator's nationality at death with the religious law in systems adopting religion's element in estates and other personal status matters. Despite problems impeding judge of the matter- before order entered- from applying the foreign law, the judge would enter final judgment, and by no means such judgment that grant right to legatees and other would be obligatory for the judge of execution in another country, or he should execute the order directly.

There are many impediments and restrictions subsequent to foreign judgment including the adoption of the reciprocity rule, indirect influence of the judicial jurisdiction on devolution estate to foreign legatees.

This study intended to develop an integrative framework for the applicable law on devolution issues, and to suggest appropriate solutions to be implemented in Jordan and Lebanon by demonstrating the internationally competent court in estate disputes since filing dispute, problems of jurisdiction, and related issues. The study further identifies the applicable law and related problems, until ultimately administration of foreign estate the matter of execution at courts of country of execution, and possibility of judgment, execution by reciprocity and influence of the indirect devolution of estate to foreigners. All these issues were dealt with in light of the relevant Jordanian laws, primarily, Foreigner & Non-Muslim Estates Act (8), 1941, Jordan Temporary Civil Law (43), 1976,(has become permanent in 1996), and Jordan Due Process of Civil Law (16), 2006 and amendments. These issues were treated also under the Lebanese laws such as Contracts & Obligations Act, Real Estate Act, Non-Mohammaden Estate Act and law 73/67 pertaining execution of foreign judgments, and Lebanese Due Process of civil Law (90) of 1983 in addition to Jordanian and Lebanese legislations, and also other judicial dicta in both countries, and having them compared with some foreign legislations when necessary.

الفصل الأول : المقدمة

ينتقل كل أو جزء من أموال وممتلكات المتوفى عموماً إلى الخلف العام بالميراث ، أو الوصية ، أو الاثنين معا ، فالميراث على نوعين؛ الأول هو الميراث الذي يترتب على الوفاة وفقاً لقانون الميراث، ويسمى (الميراث القانوني)، والثاني هو الميراث الذي يقرره الموصي قبل وفاته للموصى له بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت ويسمى (الوصية) وبالحدود المقررة قانوناً. (يعتبر الموصى له بالقانون الأردني خلفاً خاصاً).

والإرث والوصية من أسباب كسب الملكية ؛ لأن كليهما خلافة عن الميت؛ وغايته أن الإرث خلافة إجبارية ، ومن ثم لم يتوقف ثبوت الملك فيه على إيجاب ولا على قبول وأن أجازت بعض القوانين كالقانون الفرنسي رد الإرث أو (خيار الإرث بالقبول ، أو الرفض ، أو القبول بشرط الجرد) . أما الوصية فيتوقف ثبوت الملك فيها على عدم ردها من الموصى له ، إلا إذا كانت الوصية واجبة فإنها تكون إجبارية كالميراث. (أجازت بعض القوانين كالقانون المصري ، وصية واجبة إلى ابن الابن الذي يتوفى والده أثناء حياة جده بالرغم من أنه لا يرث بوجود أعمامه...وتقدر بحدود حصة والده على أن لا تزيد عن الثلث).

وقد تناول المشرع الأردني هذين السببين في المواد (١٠٨٦-١١٣٠) من القانون المدني الأردني ، كغيره من تشريعات الدول؛ باعتبارهما من أسباب كسب الملكية. وقد تواجه مشكلة اختيار الاختصاص القضائي الدولي لدولة ما ، عند عدم وجود معايير وضوابط تحدد هذا الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالإرث في القانون الداخلي لتلك الدولة، بالإضافة إلى الإشكاليات المتعلقة بالاختصاص . كما وأن مشكلة تنازع القوانين تواجه هذين السببين لكسب الملكية قبل انتقال الملكية إلى الورثة ، أو الموصى له ؛ حيث يظهر التنازع في الإرث بين قانون المورث ، وقوانين الورثة ، وقانون موقع المال في التركة . وفي الوصية قد يظهر التنازع بين قانون الموصي وقانون الموصى له وقانون محل إبرام الوصية، ولا بد من اختيار قانون واحد من بين هذه القوانين لحكم النزاع.

ويرجع اختيارنا لموضوع القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام ؛ لأهمية الدور الذي تلعبه هذه القوانين في إيجاد الحلول لمشكلة تنازع الاختصاص الدولي وإشكالاته ، وم مشكلة تنازع القوانين في موضوع الإرث ؛ ولأهميته على الصعيد العملي ، ولزيادة الحاجة إليه بسبب تطور العلاقات والروابط العائلية بين أفراد من دول مختلفة ، مما نشأت عنه آثار أوجب البحث في القانون واجب التطبيق عليها . ومن المعلوم أن الميراث ينقل ملكية أموال الشخص إلى من يخلفه بعد وفاته ، وإن نقطة البداية لتوزيع تركة المورث الأجنبي تتمثل في القيام بحصر تركته ، بإقامة دعوى حصر الإرث أمام محكمة الدولة المختصة .وهنا يثور التساؤل عن أية محكمة من محاكم الدول هي المختصة بنظر الدعوى ، هل هي محكمة موطن المورث، أم محكمة مكان وجود أموال المتوفى ، وما أثر الاختصاص التشريعي على تعيين الاختصاص القضائي الدولي في مادة الإرث والتركات، وما هو القانون الواجب التطبيق؟ وتتوقف الإجابة عن هذه التساؤلات كأصل عام على ما تقضي به القوانين الداخلية لكل دولة بالرغم من الاتفاق على اختلاف قوانين الدول؛ لوجود مشكلتي تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وكذلك الاتفاق على جواز تطبيق القوانين الأجنبية. وتطبيق هذا الأصل يحتاج إلى إيضاح في بعض الأحوال الخاصة ، أهمها حالة بيان حدود اختصاص محكمة دولة ما من بين محاكم الدول الأخرى ، ومعايير اختصاصها ، ومعالجة الإشكاليات المتعلقة بالاختصاص المشوب بعنصر أجنبي ، ليتم بعدها البحث عن القانون الذي يحكم المسألة الإرثية ، وإشكاليات تحديده ، وتطبيقه ، وبيان فيما إن كانت هنالك أسباب لإستبعاده ، أو صعوبة تطبيق هذا القانون أمام المحكمة التي نشب النزاع أمامها ، لكي يتم الحكم بالنزاع تمهيدا لتنفيذه ، واسباب عدم تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي إن وجدت وغيرها ، وصولا إلى تنفيذ حكم حصر الارث الأجنبي أمام محاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ وحصول كل ذي حق على حصته من التركة . وتختلف الدول في معالجة مشكلة تنازع القوانين في موضوع الإرث ، كسبب لكسب الملكية؛ حيث تأخذ بعض الدول بتنظيم أحكام الميراث ، والشروط الواجب توافرها فيما يخلفه المتوفى بملكية التركة على نحو يختلف عن الدول الأخرى، مما تنتج عنه مشكلة تنازع القوانين التي تستلزم البحث عن القانون الملائم للقضية المعروضة على قاضي الموضوع في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ،

وخاصة أن كلاً من القانونين الأردني واللبناني ، قد جاء بأحكام يختلف كل منها عن الآخر ؛ سواء أكان ذلك بعدم النص المطلق على بعض عناصر هذه الدراسة ، أم جاء بأحكام مختلفة ، وقد يقع قاضي الموضوع في متاهة وحيرة في حال عدم معالجة مشرعه لأي عنصر من عناصر هذه الدراسة ، خاصة وأن هذا الموضوع يعد من الموضوعات الحديثة على القضاء الأردني ، مما يستلزم مع ذلك وضع دراسة وحلول مناسبة ما أمكن ذلك.

لقد عالج المشرع الأردني في القانون المدني الأردني ، وقانون التركات للأجانب وغير المسلمين، وقانون أصول المحاكمات المدنية ، بعض عناصر هذه الدراسة ، أما بعضها الآخر فقد غفل عنها المشرع ، مما يشكل نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه ، لافتاً النظر إلى أن النصوص التي عالجت بعض أجزاء هذه الدراسة تحتاج إلى تحليل لغرض التوصل إلى إيجابيات وسلبيات هذه النصوص ، وصولاً إلى سد الثغرات التي تشوبه.

أما القانون اللبناني فقد عالج أغلب عناصر هذه الدراسة بشكل موفق -تختلف عن معالجة المشرع الأردني لها أحياناً- وإن أغفل جزءاً من عناصرها في بعض الأحيان ؛ وذلك في قانون أصول المحاكمات المدنية ، وقانون الموجبات والعقود ، وقانون الملكية العقارية ، وقانون الإرث لغير المحمدين وغيرها . مما يشكل ثراءً تشريعياً ينبغي الوقوف عليه.

إن اعتبار الشخص أجنبياً ، أو غير أجنبي بالنسبة للدولة تترتب عليه مجموعة من النتائج أبرزها هو الحق في الميراث ، أو عدمه ، أو توريثه دون قيود ، أو بقيود ؛ سواء أكان الإرث إرثاً قانونياً أم إرثاً إختيارياً، وكذلك الحال فإن القانون الشخصي للمتوفى يحد من تطبيقه مجموعة من القيود ، أضف إلى ذلك بأن القانون الديني للأجنبي ينافس قانونه الشخصي بالمسائل المتعلقة بأحواله الشخصية؛ لإقتران عامل الدين بالجنسية .مما يعني البحث عن أنسب القوانين تطبيقاً لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، سواء أكان القانون الديني ، أم القانون الشخصي لأطراف القضية .

ولجميع ما سلف تظهر ضرورة دراسة هذا الموضوع ، باعتباره ذا أهمية بالغة تكمن في وضع دراسة متكاملة وشاملة ؛ خاصة أن هذا الموضوع لم يخصص له من الدراسات ما يستحق مقارنة ؛ مما دفع الباحث إلى معالجة هذا الموضوع من كافة جوانبه ، آملياً أن نوفق في

إخراج هذا الموضوع بجميع ما يتناوله من أحكام وحلول مناسبة ؛ و توضيح ما لم يذكر من أحكام أمام الفقه والقضاء ، لتغطي النقص التشريعي وعيوب نصوصه المعالجة لهذا الموضوع.

مشكلة الدراسة :

الغرض من هذه الدراسة هو بيان القانون واجب التطبيق على إنتقال الملكية إلى لخلف العام ، والوقوف على الحلول والضمانات التي تحكم الميراث والأمور اللصيقة به منذ إثارة النزاع بحصر الإرث إلى حين تنفيذه ؛حيث تباينت الآراء الفقهية ،والتشريعية ،والقضائية، في هذا الموضوع ،مما يفتضي الأمر الوقوف عليها ومناقشتها وبيان ما أخفي من أحكام متصلة بالموضوع. وستتم مناقشة جميع هذه المحاور في القانونين الأردني واللبناني في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، بالإضافة إلى التطرق إلى بعض الآراء الفقهية والتشريعية الأجنبية بقدر ما تتطلبه هذه الدراسة ويثريها وبصورة موجزة.

عناصر مشكلة الدراسة :

تبرز عناصر مشكلة الدراسة من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

١- ما هي المحكمة المختصة بالإرث المشوب بعنصر أجنبي ،وما إشكالات الاختصاص الدولي؟

٢- هل هنالك فرق بين اختيار الاختصاص الدولي ، وبين اختيار القانون واجب التطبيق ، وما العلاقة بينهما ؟

٣- ما هو المدى الذي يتحدد من خلاله الاختصاص الدولي لمحكمة دولة ما ، وما علاقته بالاختصاص الداخلي؟

٤- هل يمكن قبول الدفع بعدم الاختصاص الدولي ، والدفع بالإحالة الدولية في منازعات الإرث في ضوء سكوت التشريعين الأردني واللبناني ، وما أثره على سيادة الدولة؟

٥- ما هو القانون الواجب التطبيق على الميراث وما إشكالاته؟

٦- هل لصحة الزواج أثر على شرعية النسب ، وهل يؤثر الزواج الباطل على ميراث الأبناء ؟.

٧- ما هو القانون الواجب التطبيق على النسب بأنواعه ، وما الحل الواجب الإلتباع في ظل غياب النص عليه في التشريع الأردني ؟

٨- ما هي صعوبات تطبيق القانون الأجنبي وأسباب استبعاده؟

٩- ما هو المدى الذي يصرح للأجانب حق التملك عن طريق الإرث في التشريعين الأردني ولبناني؟ وما أثر مبدأ المعاملة بالمثل على ميراث الأجانب ، ومختلفي الملة في هذين النظامين؟.

١٠- ما أثر القانون الديني للمورث على تطبيق قانون الجنسية . وهل يؤدي تطبيقه إلى اختلاف الحل النهائي للمسألة الإرثية ؟

١١- ما هي المعايير التي يمارس بها قاضي التنفيذ الرقابة على الاختصاص غير المباشر للمحكمة الأجنبية ، وما أثر ذلك على تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي؟

١٢- هل يمكن الاستغناء عن تطبيق القانون الشخصي للمورث بقانونه الديني في الأنظمة التي تركز على عامل الدين في مادة الإرث ؟

أهمية الدراسة :

تقوم هذه الدراسة بدور هام يتمثل في وضع دراسة متكاملة وشاملة لتلافي القصور الفقهي ، والقضائي في مسألتي تنازع الاختصاص الدولي ، و تنازع القوانين في موضوع الإرث - (في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي) _ ، والوصول إلى الحلول المناسبة الواجبة الإلتباع في داخل الأردن ولبنان وخارجهما ، خاصة في ضوء ندرة المؤلفات الفقهية في الدول العربية .

وسوف تسهم هذه الدراسة في إثراء الفقه ، والقضاء بالحلول العلمية ، والعملية لمشكلتي تنازع الاختصاص الدولي وتنازع القوانين في مادة الإرث والأمور اللصيقة به .

أما من الناحية التطبيقية ، فإن الحلول والمقترحات - إذ ما تم تطبيقها - سوف تمكن الفقه والقضاء من إيجاد الحلول للإشكالات التي تواجه أي منهم ، حيث سيكون لها الأثر الكبير في تدعيم مواقفهم وقراراتهم.

منهج البحث المستخدم :

أ- منهج الدراسة :- سوف نتبع في هذه الأطروحة المنهاج الوصفي ، والتحليلي القائم على التفسير والتحليل النقدي .

ب- إجراءات الدراسة : سيقوم الباحث بتفنيذ بعض النصوص الواردة في التشريعين الأردني واللبناني ذات الصلة بموضوع هذه الدراسة ، وتوضيح ما نقص من أحكام ، وسيقوم بتحليلها وفقا لما يمليه المنطق القانوني والواقع العملي والفقهي والقضائي مبينا مواطن القصور فيها إن وجدت.

ج- سيستعرض الباحث المسائل والموضوعات التي تتضمنها مثل هذه الدراسة مع تحليل ما تثيره من مشكلات في ضوء النصوص القانونية ، وما يتصل بتطبيقها وتفسيرها من أحكام وقواعد ، سواء تلك المقررة في الاتفاقيات الدولية ، أو بعض التشريعات الأجنبية ذات العلاقة ، وكل ذلك في ضوء التشريعين الأردني واللبناني مدار البحث.

تعريف المصطلحات :

إنهاء الشخصية: هي وفاة الشخص ، إما لأسباب طبيعية وهي الوفاة ، ولما لأسباب حكمية وهي الفقد.

-الموت الحكمي: هو الموت الذي يحكم به القاضي بوفاة المفقود الذي غاب، بحيث لا يعلم وجوده، ولا يعلم، أحي هو أم ميت- مدة أربع سنوات على الأقل من تاريخ غيابه بناء على طلب ذي مصلحة.

-تنازع الاختصاص القضائي الدولي المباشر: هو فرض محاكم عدة دول في آن واحد اختصاصها في حسم النزاع (- تنازع الاختصاص القضائي الدولي الايجابي)-، أو إبداء محاكم دول عدم اختصاصها في نظر النزاع (تنازع الاختصاص القضائي الدولي السلبي).

- الاختصاص القضائي الدولي غير المباشر: يقصد به بهذه الدراسة تأكد قاضي التنفيذ من اختصاص محكمة الدولة التي أصدرت الحكم ، وصحة هذا الاختصاص وفقا لمعايير وضوابط معينة قبل الشروع بتنفيذ هذا الحكم.

-تنازع الجنسيات: هي حالات إنعدام جنسية بعض الأفراد، وحالات إزدواجها ، أو تعددها لدى البعض الآخر، حيث يطلق على الحالة الأولى تنازع الجنسيات السلبي، وعلى الثانية تنازع الجنسيات الإيجابي.

-عديم الجنسية: هو كل من لا يتمتع بجنسية من أية دولة .

-الأجنبي: - كل من لا ينتمي إلى جنسية دولة القاضي، سواء أكان ذلك بإنتمائه الشخصي إلى جنسية دولة أخرى، أم أن يكون متجرداً من الجنسية. وهو (أي شخص غير أردني التبعية) المادة الأولى (تركات أردني).

-تحرير التركة: هو تعيين الأموال المتروكة عن مورث وعند الاقتضاء توزيعها ، أو قسمتها بين الورثة وسائر أصحاب الحقوق .

-القانون الشخصي: هو القانون الذي يحكم مواد الأحوال الشخصية وقد يكون قانون الموطن، أو قانون الجنسية.

-القانون الديني: هو القانون الذي يحكم عقيدة الأشخاص والمسائل المتعلقة بأحوالهم الشخصية.

-الحكم الأجنبي: هو كل حكم صادر من محكمة أجنبية، أو هيئة قضائية، أو هيئة تحكيم خولها قانونها صلاحية البت بالنزاع المتعلق بالقضايا الحقوقية التي تنشأ بين أشخاص القانون العام أو الخاص . وهو بهذا المعنى يشمل حكم حصر الإرث الأجنبي.

-تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي: يعني وضعه موضع التنفيذ ، بحيث تقسم التركة ، وتوزع على الورثة ، والدائنين بقدر الحق الذي قرره الحكم الأجنبي الصادر عن محاكم دولة أجنبية ، لإيصال قيمة الحق المكتسب فيه إلى صاحبه في قضية إرثية مشوبة بعنصر أجنبي .

محددات البحث :

تتحدد هذه الدراسة بالتطرق إلى القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية إلى الخلف العام وتشمل الدراسة الأمور التالية:

١-تحدد هذه الدراسة ببيان الاختصاص القضائي الدولي بالمنازعات المتعلقة بالإرث المشوب بعنصر أجنبي ، من حيث تعيين المحكمة المختصة من بين محاكم الدول الأخرى ، وتحديد المشكلة التي يسعى لحلها الاختصاص بأنواعه ،بالإضافة إلى العلاقة بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي ، والدفع الشكلية التي تخرج النزاع من ولاية دولة لتعطيه إلى أخرى.

٢-وسيتم التطرق إلى مدى تطبيق قاعدة الإسناد ،أو القانون الديني في القانونين الأردني واللبناني وموقفهما من توريث الأجنبي ، وكذلك القانون الذي يحكم ميراث الأبناء ، ونسبهم في هذين التشريعين ، وبالتالي تخرج من هذه الدراسة ميراث غير الأبناء . بالإضافة إلى ذلك سيتم التطرق إلى صعوبات تطبيق القانون الذي يحكم الإرث وأسباب استبعاده.

٣-كما تقتصر هذه الدراسة على بيان عوائق تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي ، من حيث أثر مبدأ المعاملة بالمثل على ميراث الأجنبي ، وتأثير رقابة الاختصاص غير المباشر للمحكمة الأجنبية على تنفيذ حكم حصر الإرث الصادر عن تلك المحكمة في الدولة المطلوب منها التنفيذ.

٤-وسوف تخرج من هذه الدراسة القانون الواجب التطبيق على التركات الشاغرة. والتركات الشاغرة هي:(كل ما خلفه المتوفى من أموال ، أو حقوق بدون مستحق لها وقد يرجع عدم وجود مستحق إلى انتفاء الورثة أصلا ، أو لوجودهم ولكن حال مانع من استحقاقهم للإرث ، كما تعد التركة شاغرة ؛ لعدم وجود مستحق للتركة بغير طريق الإرث مثل المقر له بنسب على الغير كأن يقر شخص بأخوته لشخص معين ، أو الموصى له بالتركة كلها فإن كانت الوصية بجزء من التركة فقط فيأخذ الموصى له والباقي منها بلا مستحق . وحكم التركة الشاغرة أنها تكون من حق الدولة).

٥-كما تخرج من هذه الدراسة كل ما يتعلق بالميراث الايصائي (الوصية) من تحديد الاختصاص أو القانون الواجب التطبيق إلا ما تتطلبه هذه الدراسة وبشكل موجز .

الفصل الثاني : الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث

تقتضي دراسة القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية إلى الخلف العام ، بيان حدود اختصاص المحكمة بالمسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي، مع غيرها من محاكم الدول الأخرى، ذلك أنه يلزم من الناحية العملية ، أن يفصل القاضي عند رفع الدعوى إليه ، بمدى اختصاص محاكم دولته بهذه الدعوى- كمسألة أولية- يجب عليه أن يفصل فيها أولاً ، فإن توصل بالنتيجة إلى أن محاكم دولته هي صاحبة الاختصاص ، بناء على معيار معين كضابط الجنسية أو موقع أموال التركة، فإنه سيقوم بعد ذلك بالتكييف القانوني للمسألة المعروضة أمامه، فإذا أسبغ عليها وصف الميراث ، وفقاً لتكييف قانون دولته ، كان له بعد ذلك ، البحث عن القانون واجب التطبيق على عناصر المسألة الإرثية المعروضة أمامه ، فالفصل في المنازعة المعروضة أمامه إلزامي ، ولا أصبح القاضي منكرًا للعدالة القضائية.

ولا بد من التويه إلى أن إختيار الاختصاص القضائي الدولي غير إختيار القانون واجب التطبيق على العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً ؛ فالاختصاص الدولي يحدد المحكمة المختصة في نظر النزاع من بين محاكم الدول ، وتتبع أهمية هذا الاختصاص من بيان المحكمة الأقدر على فض المنازعات من بين محاكم الدول. في حين أن إختيار القانون واجب التطبيق ، هو بيان القانون الذي يحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي من بين قوانين الدول المتزاحمة ، ويتوقف تحديد هذا القانون على ما تقضي به قواعد التكييف ، وقواعد الإسناد في قانون القاضي كما أشرنا في الفقرة الأولى، علماً بأن هذه القواعد، تختلف من دولة إلى أخرى ؛ فعلى سبيل المثال قد يكيف القاضي الأردني مسألة قيام المورث قبيل الوفاة ، بتقديم حصته العقارية كأسهم في شركة ما ، وبالتالي تحويلها إلى مال منقول؛ أي أنها أموال منقولة. في حين قد يكيف القاضي الأمريكي نفس المسألة ، على أنها تدخل في فئة الأموال غير المنقولة، مما يترتب عليه ، اختلاف قاعدة الإسناد ، وبالتالي اختلاف الحل النهائي بناء على القانون الذي يحكم هذه المسألة.

وعليه فالقاضي الأردني سيطبق قاعدة التنازع الخاصة بالإرث المنقول ، والتي تشير إلى تطبيق قانون بلد المتوفى ، في حين أنها تشير في دول أخرى ، إلى موطن المورث ، وفي بعضها إلى مكان وجود أموال التركة ، مما قد يؤدي الأمر في أحوال معينة إلى تطبيق قانون المحكمة النازرة بدعوى الإرث المشوبة بعنصر أجنبي.

أما القاضي الأمريكي فإنه سيطبق قاعدة التنازع الخاصة بالعقارات، والتي تشير إلى تطبيق قانون موقع هذا العقار، في حين أنه في دولة أخرى يحكمها القانون الشخصي للمورث، سواء أكان قانون موطن المورث ، أو جنسيته.

ومن هنا فإن هنالك اختلافاً في الحل النهائي لمسألة القانون الذي يحكم الإرث المشوب بعنصر أجنبي، وذلك حسب التكييف الذي يجريه القاضي، وقد تتباين قاعدة الإسناد في مسألة معينة من دولة إلى أخرى . فمثلاً هناك دول تخضع أموال التركة كلها لقانون الجنسية ، كالقانون السوري ، والأردني ،بينما هنالك دول أخرى تخضعها إلى قانون الجنسية ، أو قانون الموطن - بالنسبة للمنقول - وموقعها بالنسبة للعقارات.(أنظر ،الرفاعي، اشرف عبد العليم ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ١٣٢، وانظر القسم الثالث من الفصل الثالث من هذه الاطروحة) كما هو الحال في القانون الفرنسي .

(من خلال ما سبق نجد أن مسائل الاختصاص ، واختيار القانون واجب التطبيق متسقة، فلو عرض النزاع على المحكمة الإنجليزية ومارست الاختصاص على الأشخاص فيما يتعلق بأرض البلد (X) ، بعد أن قررت اختيار الاختصاص لصالحها، فقد تضطر من ثم أن تقرر بناء على وقائع القضية- ما إذا كانت ستطبق قانون إنجلترا،أو قانون البلد (X) ،أو أي نظام آخر. لأن الحاجة إلى هذا التمييز بين مسائل اختيار الاختصاص ، ومسائل اختيار القانون ينشأ بشكل

خاص في حالات (...) , (R.H.GRAVESON, THE CONFLICT OF LAWS ,
FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET /MAXWELL LIMITED 11
NEW FETTEL LANE , 1960,p g 362)

علما بأن النص الأصلي لهذا الرأي هو كما يلي:

....the questions of jurisdiction and of choice of law to be applied are independent. An English court exercising jurisdiction in personam in respect of land in country X, having made the choice of jurisdiction in its own favour, would then have to decide, on the facts of the case, whether to apply the law of England, of country (X) or of some other system. The need for this distinction between the questions of choice of jurisdiction and of law particularly arises in cases ...".

وبالتالي فإن تنازع الاختصاص القضائي الدولي غير تنازع القوانين بالرغم من التشابه في بعض الصفات ؛ مما يقتضي من الباحث إقام الحد الفاصل لإزالة اللبس بين المفهومين وحالات التشابه والاختلاف بينهما.

ولما كان على المحكمة التي عقدت الإختصاص لنفسها أن تتبع بعض أصول المرافعات للسير بالدعوى، فإن إجراءات الدعوى تخضع دائماً إلى قانون دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية.

ولما كان كل ما تقدم يبين لنا أهمية الاختصاص القضائي الدولي لدولة ما ، فإنه من اللافت للنظر أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة ٢٠٠٦ ، لم يتضمن أي نص يبين حدود ولاية اختصاص محاكم المملكة بالنظر في المسائل الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي بشكل صريح ومباشر ؛ ولكن المادة الثالثة (من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ الأردني)^١ عقدت الاختصاص لمحكمة البداية بوراثة الأموال في شرق الأردن إن كان المتوفى أجنبياً مسلماً أو غير مسلم. كما وأن التشريع اللبناني وفي (المادة ١٠٥ الفقرتين الأولى والثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ والمادة الثالثة من قانون الإرث لغير المسلمين الصادر بتاريخ ٢٣/٦/١٩٥٩ قد حدد اختصاص المحاكم اللبنانية بشكل أكثر وضوحاً من التشريع الأردني ، مما استلزم من الباحث ، بيان حدود وولاية القضائين

^١ " تنص هذه المادة على أنه يكون للمحاكم البدائية صلاحية النظر في الأمور المتعلقة بتصديق الوصايا ، أو بوراثة الأموال في شرق الأردن ، أو بما ينشأ من خلاف حول وصية أو حول مثل هذه الوراثة ، وذلك في جميع الحالات التي لم يصرح القانون بإعطاء صلاحية النظر فيها إلى محكمة أخرى . مع مراعاة أحكام المادة الخامسة من هذا القانون تنفرد تلك المحاكم بالصلاحية في جميع الحالات إذا كان المتوفى أجنبياً".

الأردني واللبناني في منازعات الإرث ، مستعيناً في ذلك برأي الفقه والقضاء المقارن، الأكثر ملاءمة وموافقة لخصوصية التشريعين الأردني واللبناني.

ومن المعلوم -كما تبين لنا قبل قليل (ص ١٠ الفقرة الاخيرة)- أن الاختصاص القضائي الدولي مستقل عن الاختصاص التشريعي ، وهذا الاستقلال لا يعني عدم وجود تلازم بينهم ، فكل منهم يؤثر وينعكس على الآخر .

ونظراً لوجود ضوابط ينعقد بموجبها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما، فإن الإشكالية تتضح في الحالات التي تتعلق بالدفع الشكلية المثارة من الورثة ، أو أطراف الدعوى، أو من بعضهم ، والتي يبغي الخصم من ورائها ، رفع يد محكمة دولة ما ، عن الدعوى المنظورة أمامها ، وإحالتها برمتها إلى محكمة أجنبية أخرى.

ولخو التشريعين الأردني واللبناني من تنظيم هذه الدفع ، في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، فإن الأمر يتطلب من الباحث ، بيان مدى ملاءمة الأخذ بالدفع بعدم الاختصاص الدولي ، والأخذ بنظرية الإحالة الدولية ، بالمسائل الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي ، مستعيناً بأراء الفقه والقضاء المقارن ، الأكثر ملاءمة وموافقة لخصوصية التشريعين الأردني واللبناني.

وبناء على ما تقدم ، فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى ما يلي:-

النقطة الأولى: ويبحث فيها تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين. أما النقطة الثانية : فسنعرضها للاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي . في حين سنتناول في النقطة الثالثة: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث ومدى ملاءمة تطبيقها بالتشريع الأردني والتشريع اللبناني . أما فيما يتعلق بالنقطة الرابعة : فسيبحث فيها الإشكالية التي يسعى الاختصاص إلى حلها بمنازعات الارث . أما النقطة الخامسة : فسيناقش فيها الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي والدفع بالإحالة الدولية .

أما بالنسبة لأصول الواجب إتخاذها للسير في دعاوى الإرث وإجراءاتها في دولة القاضي الناظر في النزاع ، فسوف يستبدها الباحث من هذه الدراسة .

أولاً: -تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين

تقتضي هذه الدراسة التعرض إلى مفهوم الاختصاص والاختصاص القضائي الدولي، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، و مفهوم تنازع القوانين (بين الدول) ، وإعطاء نبذة عن بعض مبادئها العامة ، مفرقين بذلك بين إختيار الإختصاص ، ولختيار القانون واجب التطبيق، وذلك من خلال :-

١- مفهوم الاختصاص والاختصاص القضائي الدولي وتنازع الاختصاص القضائي الدولي

٢- مفهوم تنازع القوانين

١- مفهوم الاختصاص والاختصاص القضائي الدولي و تنازع الاختصاص القضائي

الدولي:

سوف يتم تقسيم هذا الموضوع من هذه الدراسة إلى نقطتين ، في النقطة الأولى نتعرف على تعريف الاختصاص والاختصاص القضائي الدولي وبالنقطة الثانية نناقش تنازع الاختصاص القضائي الدولي .

(١) التعريف بالاختصاص و بالاختصاص القضائي الدولي:

"الاختصاص- في القضاء : ما لكل محكمة من المحاكم من سلطة القضاء تبعاً لمقرها ،أو لنوع القضية. وهو نوعي: إذا أختص بالموضوع ، ومحلي : إذا اختص بالمكان". (المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، جمهورية مصر العربية، ج١، ص٢٤٦) . "والاختصاص هو الحصر ، ومنه قولهم : نحن العرب أقرى الناس للضيف ، أي نحن العرب خاصة دون غيرهم." (الكرمي ، حسن سعيد ،الهادي إلى لغة العرب ،دار البيان للطباعة والنشر،ص٦٢٨)

"والاختصاص : الاختصاص بالشيء عكس تعميمه ، ومعناه لغة : التفضيل والانفراد، أما لاختصاص في الاصطلاح القانوني يعني الولاية والسلطة للهيئات القضائية بصفة خاصة في منح الحماية القضائية". (النمر؛ أمينة ، قوانين المرافعات ، ١٩٨٢ ، ص١٤٧)

ويمكن تعريفه اصطلاحاً بأنه: "ولاية وسلطة الهيئات القضائية بصفة خاصة في منح الحماية القضائية ، وهو أيضاً نصيب الهيئات القضائية والمحاكم من المنازعات ، والمسائل التي لها ولاية وسلطة منح الحماية القضائية بشأنها" (الزعيبي ؛ عوض أحمد ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧، ص ٨٧)

وقد عرفه بعض الفقه (عمر ؛ نبيل اسماعيل ؛ والدكتور خليل ؛ أحمد ، قانون أصول المحاكمات المدنية ، ٢٠٠٤، ص ٨٧) "بأنه صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى، وهو أهليتها لأن تحكم فيها" .

كما عرفه البعض (الحجار؛ المحامي حلمي محمد ، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، ج ١، ط ٥، ٢٠٠٢، ص ٣٣٤؛ والدكتور مسلم ؛ احمد ، قانون القضاء المدني ، المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية ، ١٩٦٦، ص ٨٣) بأنه " أهلية المحكمة للنظر في الدعوى "٢ ، وفي تعريف آخر "السلطة التي يخولها المشرع لهيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات، أي سلطة المحكمة للحكم بمقتضى القانون" (الداودي ؛ غالب علي ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٢، ١٩٩٨، ص ٢١٩) " وهو أيضاً سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة ما، معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها " . (القضاة ،مفلح عواد ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ٢٠٠٨، ص ١١٢)

ويقصد بالاختصاص ، أو الصلاحية بتعبير المشرع اللبناني "سلطة الفصل والنظر في المنازعات القضائية كما يقصد به نصيب الجهة القضائية ، أو المحكمة من الأقضية التي لها سلطة النظر والفصل فيها". (النمر؛ امينة، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٢٥)

^٢ (المادة ٨٢ أصول محاكمات مدنية لبناني القديم ، حسب ما ورد في مؤلف. الدكتور مسلم، احمد ، قانون القضاء المدني ، المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية ، ١٩٦٦، ص ٨٣)

"وينقسم الاختصاص بهذين المعنيين إلى عدة أنواع فالاختصاص يكون اختصاصاً دولياً واختصاصاً متعلقاً بالوظيفة واختصاصاً نوعياً واختصاصاً قيمياً واختصاصاً محلياً أو مكانياً أو مركزياً". (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٥)

كما ويقصد بالاختصاص، في الحقل القضائي "السلطة المخولة للمحكمة بمقتضى القانون للتحقيق والفصل في خصومة معينة". (ابو عيد ،المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤. ص ٧ ؛ نقلاً عن كتاب ادور عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، ج ٢ ، م ١٩٩٤، ص ٥)

ويميل هذا البحث إلى تعريف الدكتور عوض الزعبي المذكور في الصفحة السابقة، لما فيه من الوضوح، والدقة، والقرب من المنطق القانوني ولغته السلسة ؛ كما وانه جاء جامعاً مانعاً ، موضعاً المدلول القانوني لهذا المصطلح بكافة عناصره. والاختصاص في الاصطلاح القانوني هو الولاية التي يخولها القانون إلى هيئة قضائية ما، وصلاحياتها لتوفير الحماية القضائية لمن يطلبها ، والفصل في الخصومة بموجب القانون، وفي النطاق المحدد قانوناً لولايتها، كما يراه الباحث. (تَعرف قوانين الاختصاص بأنها "القوانين التي تحدد ولاية المحاكم المختلفة ومن أجل أن تيسر التقاضي وحسن سير العدالة، فإنه يتطلب أن تتنوع المحاكم وتنتشر في جميع أنحاء الدولة". (الفتلاوي،سهيل حسين، القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٢، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات ، مصر ، القاهرة ، ص ٢٤٩)

وبعد أن تناولنا الاختصاص لغة واصطلاحاً لا بد لنا أن نعرف الاختصاص القضائي الدولي ، فهو " بيان الحدود التي تباشر فيها المحاكم الوطنية وظيفة القضاء بالمقابل للحدود التي تباشر فيها المحاكم الأجنبية هذه الوظيفة" (شوقي ؛ بدر الدين عبدالمنعم ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري: تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي ، ١٩٩٠ ، ص ٣١)

والاختصاص القضائي الدولي أيضا هو "اختصاص محاكم الدولة بالفصل في المنازعات التي تثور على إقليمها بين الأشخاص المقيمين فيها ، سواء أكانوا مواطنين أم أجنبي، أو تتعلق بالأموال الموجودة على أرضها، أو الجرائم التي ترتكب فيها" (النمر ؛ أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٢٥)

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني- (القديم) - وفي المادة ١/٨٣ عرف الصلاحية الدولية بأنها: (الصلاحية التي بمقتضاها تتعين الدولة التي يجب أن تقدم الهيئة الحاكمة).

وقد انتقد الدكتور أحمد مسلم (قانون القضاء المدني، ١٩٦٦، ص ٨٥) هذا التعريف بقوله "تعوز الدقة العلمية مرة أخرى، من حيث أن من المقرر في فقه القانون الخاص في باب الاختصاص الدولي أن قواعد الاختصاص الدولي التي تضعها الدولة إنما تحدد أحوال اختصاص محاكمها بالقضايا ذات العنصر الأجنبي، دون أن تملك تحديد اختصاص محاكم الدول الأخرى مباشرة. وإذا فقد كان الأدق أن يقال عن الصلاحية الدولية أن بمقتضاها تتحدد أحوال اختصاص محاكم الدولة بالقضايا ذات العنصر الأجنبي، ولا يقال أن بمقتضاها تتعين الدولة التي يجب أن تقدم الهيئة الحاكمة.

ومهما يكن من أمر النقد المتقدم فإن المادة ٨٣ قررت تقريراً سليماً أن " المسائل الثلاث المختصة بالصلاحية يجب ان تحل الواحدة تلو الأخرى ". على ما سنراه في الموضوعات اللاحقة من هذه الأطروحة .

كما ويعرف الاختصاص القضائي الدولي:- بأنه الذي يعنى بتحديد ولاية قضاء دولة ما في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وبالمقابل للولاية التي تباشر محاكم الدول الأخرى صلاحياتها القضائية. (خالد، هشام، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٣٧)؛ الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ص ٤؛ صادق، هشام علي، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠١، ص ٥). وهذا في المقابل لقواعد الاختصاص الداخلي للدولة التي تعين اختصاص كل من محاكمها المعنية إزاء غيرها من المحاكم التابعة للدولة ذاتها. (خالد، هشام، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠٢، ص ٣٧؛ صادق، هشام علي، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ٥)

فالقانون الداخلي يبين اختصاص محاكم الدولة فيما بينها، وكذلك الإجراءات، وطرق الطعن، والتنفيذ دون أن يراعي نشأة الدعوى في الحياة الدولية. (انظر، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٣٢)

وعرف آخر (السيوفي ، نعيم ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص٢٥٩) الاختصاص القضائي الدولي "بأنه الاصطلاح الذي استعمله واضعو منهاج الحقوق الدولية الخاصة ، واختصاص محاكم هذه الدولة بالنظر في المنازعات بشأن علاقات حقوقية يحكمها القانون الخاص وتشتمل على عنصر أجنبي".

ويقترح الباحث تعريف الاختصاص القضائي الدولي بأنه:- (المجال الذي يتحدد من خلاله ولاية محاكم الدولة بالنظر في العلاقات القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً ، سواء انعقد لها الاختصاص بناء على معايير شخصية كالجنسية ، أم ضوابط إقليمية ، كموقع أموال التركة وموطن المورث إلخ، وفقاً لضوابط تحددها القوانين الداخلية للدولة).

ومن هذا التعريف يتبين لنا بأن الاختصاص القضائي الدولي بهذا المعنى يتميز عن الاختصاص الداخلي بأنه يعنى بتحديد الولاية لجهاز الدولة في المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً ، لذا يطلق على هذا الاختصاص بالاختصاص القضائي الدولي الأردني تمييزاً له عن الاختصاص الداخلي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات الداخلية البحتة، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يتسم الاختصاص القضائي الدولي العام عن الاختصاص الخاص؛ بأن قواعد التنازع القضائي الدولي تشير من حيث المبدأ إلى الاختصاص العام للجهاز القضائي لدولة ما، دون تعيين المحكمة المختصة في هذه الجهاز، وعليه عندما ينعقد الاختصاص الدولي للقضاء الأردني مثلاً، وفقاً للقانون الأردني، يتوجب العودة إلى قواعد الاختصاص الوظيفي والنوعي، والقيمي، والمحلي ، (الداخلي) لمعرفة نوع ومكان المحكمة المختصة بالنزاع ؛ أهي محكمة بداية جرش، أم هي محكمة بداية جرش الشرعية، وهو ما يطلق عليه الاختصاص الخاص مقارنة بالاختصاص الدولي العام. (أنظر، المصري، محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط١، ٢٠٠٢، ص٣٢١).

"وعليه فالاختصاص الدولي يقاس على الإختصاص الداخلي ، وهذا ما جاءت به أحكام المادة ٧٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، بحيث إن انعدام اختصاص المحاكم اللبنانية يخضع، تالياً، إلى قواعد عدم الاختصاص المكاني الداخلي، على ما تنص عليه المادة

٨٠ من الأصول المدنية". (ابو عيد، المحامي الياس، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١)

ومن هنا، وفي ضوء أحكام المادة ٧٢ فقرة (١) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني يتعين أن تحل مسائل الاختصاص وفقاً للترتيب الوارد في المادة المذكورة، بأن يجري أولاً تعيين الدولة التي تختص محاكمها بنظر الدعوى، ثم تعيين الجهة القضائية التي تدخل الدعوى في ولاية محاكمها، وبعدها يحدد صنف ودرجة المحكمة المختصة وفقاً لموضوع النزاع، وأخيراً تعين المحكمة المختصة التي هي من صنف ودرجة واحدة بين المحاكم. (ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١؛ مسلم قانون القضاء المدني، ١٩٦٦، ص ٨٥). "وقضى أنه فيما يتعلق بالصلاحية الدولية، تطبق أحكام القانون الداخلي فتكون الصلاحية الواردة في المادة ٨٦ من الأصول المدنية هي من نوع الصلاحية النسبية التي يصح العدول عنها". (محكمة التمييز اللبنانية، تمييز مدني لبناني، قرار، تاريخ ١٩٥٣/١٢/٢٣، النشرة القضائية لعام ١٩٥٤، ص ١٢. مشار إليه لدى الياس ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ص ١٣، ٢٠٠٤). هذا ويتميز الاختصاص الدولي المباشر عن الاختصاص الدولي غير المباشر، بأن الرجوع إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي الأردني لازم عندما يعرض النزاع أمام القضاء الأردني، وهو ما نص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦ في المواد (٢٧-٢٩)، وما نص عليه (قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني) بالقواعد الخاصة بالصلاحية الدولية في المواد (٧٤-٨٠)، ويسمى الاختصاص الناجم عن هذه القواعد بالاختصاص الدولي المباشر، وبالمقابل لهذا الاختصاص، فإن الاختصاص غير المباشر يتحدد عندما تثار في الأردن إشكالية تنفيذ حكم أجنبي^٣ وتطلق تسمية الاختصاص الدولي غير المباشر هنا على ولاية القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم. (قارن، المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٢، ص ٣٢١ و ٣٢٢)

^٣ يخضع تنفيذ الحكم الأجنبي لشروط خاصة من بينها أن تكون صادرة عن محاكم مختصة دولياً (اختصاصاً أصلياً)، وطبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المكرسة من حيث المبدأ في قوانينها. (انظر، المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٢، ص ٣٢١ و ٣٢٢. وأنظر الفصل الرابع من هذه الأطروحة).

(٢) مفهوم تنازع الاختصاص القضائي الدولي

يقصد بتنازع الاختصاص القضائي الدولي حالات ثبوت الاختصاص القضائي لمحاكم عدة دول في آن واحد ، أو حالات انعدامه بالدعاوي المتضمنة عنصراً أجنبياً .

"وتنازع الاختصاص هو نتاج طبيعي لتعدد جهات القضاء ولتعدد المحاكم التي تنظمها كل جهة قضائية فقد تكون الضوابط التي وضعها المشرع لتوزيع ولاية القضاء بين الجهات أو المحاكم غير دقيقة أو غير واضحة ، بحيث يتعذر من الناحية العملية القطع بأن هذه الجهة دون غيرها أو أن هذه المحكمة دون سواها هي التي ينعقد لها لواء الاختصاص." (الحجار ، الوسيط ، ص ١٩٤ ، ٢٠٠٢)

ويختلف تنازع الاختصاص القضائي الدولي عن تنازع الاختصاص القضائي الداخلي بأن الأخير يبحث فيه عن المحكمة المختصة من بين محاكم الدولة برؤية الدعوى ، ويتم حله وفقاً لقواعد قانون أصول المحاكمات المدنية ، في حين أن حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي يتم وفقاً لقواعد تنازع يضعها المشرع الوطني في كل دولة تسمى (قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي) ؛ تهدف إلى حل التنازع المشوب بعنصر أجنبي من بين محاكم عدة دول ثبت لها في آن واحد اختصاصها في حسم النزاع (تنازع الاختصاص القضائي الدولي الايجابي)، أما في حال أن أبدت كل دولة عدم اختصاصها الدولي فإننا نكون أمام تنازع الاختصاص القضائي الدولي السلبي، وهنا تكمن المشكلة في هذا النوع من التنازع ؛ نظراً لعدم وجود سلطة بين الدول تحدد محكمة الدولة التي يجب أن تفصل في الدعوى مما يبقى النزاع موجوداً بلا حل . ومع كل ذلك فيجب أن يحل التنازع الدولي . (أنظر، الداودي، غالب علي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١٧٢)

ولا بد من وجود سلطة متفق عليها بين الدول يرجع إليها لفض الاشكالات الناجمة عن تنازع الاختصاص الدولي بين محاكم الدول .

هذا ويتولى كل مشرع في دولته ببيان اختصاص محاكم دولته بناء على معايير وضوابط أصلية ، أو احتياطية؛ فلو رفع الورثة الذين يحملون الجنسية الانجليزية دعوى تتعلق بتركة مورثهم الفرنسي أمام المحاكم الأردنية بسبب تحقق الوفاة فيها ، ووجود بعض اموال التركة في الأردن ، فهنا يثور التساؤل عن مدى اختصاص المحاكم الأردنية بالمسألة الإرثية من بين المحاكم الفرنسية والانجليزية ؛ ليتم بعدها البحث عن الاختصاص الداخلي للمحاكم الأردنية . وبالتالي فإن التنازع في الاختصاص ، قد يكون تنازعا ايجابياً ، وقد يكون تنازعا سلبياً .

فأما التنازع الإيجابي : فتتمثل صورته في تمسك جهتي القضاء في دولتين مختلفتين ، أو أكثر بنظر دعوى واحدة ، ولتحقق هذه الصورة يجب ان يتوافر شرط هام ألا وهو ،(كون الدعوى الواحدة قائمة بموضوعها ،وسببها ، ومحلها أمام جهتي قضاء دولتين مختلفتين، (قارن، والي، فتحي ، قانون القضاء المدني ، ١٩٧٣ ، ص ٤٠٤) ؛ بحيث تتمسك كل من محاكم الدول التي انعقد لها الاختصاص بناء على ضوابط الاختصاص الأصلي ،بنظر الدعوى ، فإذا أنقضت الدعوى قبل الفصل في موضوعها من دولة ما؛ لبطلان لائحة الدعوى، أو سقوط الدعوى ، وبقيت الدعوى قائمة أمام محاكم الدولة الأخرى ولم تفصل فيها بعد، فإننا لا نكون بصدد تنازع اختصاص قضائي دولي.في حين أن كلاً من محاكم الدول المتزاحمة على الاختصاص قد قضت باختصاصها في الفصل في الدعوى ، رداً على الدفع بعدم اختصاصها الدولي مثلاً ، وجدته في غير محله ، فحكمت برخصته وثبت اختصاصها الدولي ، فهنا ينشأ التزام بالاختصاص بين الدول؛ مما يؤدي ذلك إلى صدور أحكام متعددة ومتناقضة من محاكم دول مختلفة، وبالتالي عدم تنفيذ أية من الأحكام في الدولة (الدول) الأخرى . (قارن ، أبو الوفا، احمد ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، ١٩٧٧ ، ط٥ ، ص ٤٧١ ، - في تنازع الدولة الداخلي وليس الدولي -)

وأما بالنسبة للتنازع السلبي : فتتحقق هذه الصورة من صور التنازع عندما ترفع دعوى واحدة أمام محكمتي دولتين أو أكثر ، وتتخلى تلك المحاكم عن ولايتها بنظر هذه الدعوى بقرار أكتسب الدرجة القطعية ؛لأسباب تتعلق بالنظام العام أحيانا ،أو بدفع يتقدم فيه المدعى عليه أمام كل منهما فتحكما بقبوله ،وانتقاء الولاية لتصبح الدعوى غير منظورة.(قارن هاشم ، محمود محمد،

قانون القضاء المدني، ١٩٨٢-١٩٨٣، ص ٢٥٨، د ن). وكذلك الحال في الحالة التي ترفع القضية أمام محاكم دولة معينة وتقضي بعدم اختصاصها الدولي دون أن تكون هنالك محكمة دولة أخرى مختصة.

ولكي تتحقق هذه الصورة يجب توافر شرطين :

١- أن تقضي كل من محاكم الدولتين (الدول) بعدم ولايتها بالنظر في الدعوى ،فصاحب المصلحة هنا لا يملك أن يحدد المحكمة المختصة في هذا النوع من التنازع ؛ لعدم وجود سلطة بين الدول تحدد محاكم الدولة المختصة ، بخلاف الأمر بالنسبة للتنازع السلبي الداخلي.(قارن هاشم ، محمود محمد، قانون القضاء المدني ،١٩٨٢-١٩٨٣، ص ٢٥٩، د ن)

٢- أن يكون الحكمان- (الأحكام)- بإنتفاء الولاية الصادر من محاكم الدولتين- (الدول)- نهائياً : يعني الحكم النهائي أنه غير قابل للاستئناف، فإذا كان أحد الأحكام في دولة نهائياً ، والأخر في الدولة- (الدول الأخرى)- غير نهائي (نهائية) ، فلا يكون هنالك تنازع في هذه الحالة قبل صيرورة الحكم الثاني- (الأحكام)- نهائي. (قارن في الاختصاص الداخلي ،الزعيبي ، عوض ، أصول المحاكمات المدنية ، ٢٠٠٣، ص ١٩٢ و ١٩٣ ؛ قارن هاشم ، محمود محمد، قانون القضاء المدني ،١٩٨٢-١٩٨٣، ص ٢٥٩، د ن)

٢- مفهوم تنازع القوانين :

وبالرغم من الأهمية المترتبة على تحديد مفهوم تنازع القوانين؛ إلا أنه لم يتفق غالبية الفقهاء على تعريف محدد لهذا المصطلح؛ حيث اختلفت تعريفاتهم على نحو واضح، كما وخلت بعض هذه التعريفات من إيراد تعريف محدد بجميع ما يتناوله مفهوم تنازع القوانين من عناصر الأمر الذي يقتضي من الباحث تحديد مفهوم تنازع القوانين وتحليله وتفسيره وتقويمه، من خلال التعرض إلى تعريف الفقهاء لهذا المفهوم وإبراز عناصره بشكل موجز.

ومن المعلوم أن مشكلة تنازع القوانين تثور بصدد علاقات الأفراد المشتمة على عنصر أجنبي بالنسبة إلى دولة معينة؛^٤ وذلك بسبب ارتباط العلاقة القانونية ببعض عناصرها بقوانين دولتين، أو أكثر^٥، كما لو توفي شخص أردني في بريطانيا عن مجموعة أموال بعضها في بريطانيا، وبعضها الآخر في فرنسا والنمسا والأردن، فالعلاقة في هذا المثال ترتبط بالقانون الأردني، والبريطاني، والفرنسي، والنمساوي. وهذا الارتباط يجعل قوانين هذه الدول المختلفة قابلة للتطبيق على العلاقة القانونية. وهذه القابلية تعني قيام تزامم بين القوانين المختلفة. وبخلاف ذلك فلا يمكن أن تثور مشكلة تنازع القوانين دون ارتباط العلاقة بعنصر أجنبي.

ولأنه من غير المتصور تطبيق هذه القوانين المختلفة مجتمعة فلا بد من حل هذا التنازع وحسم التنافس عن طريق تحديد قانون واحد من بين هذه القوانين المتنازعة.

وعليه فالتنازع يعني وجود قانونين في دولتين على الأقل قابلة لحكم العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأشخاص، مما يتعين والحالة هذه البحث عن القانون الأمثل الذي يتوجب إخضاع العلاقة القانونية له. وهذا فحوى موضوع تنازع القوانين.

وبعد أن أوجز هذا البحث مفهوم تنازع القوانين فلا بد من إيراد بعض التعريفات التي جاء بها فقهاء القانون الدولي الخاص: فقد عرفه الداودي (القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ط٣، ٢٠٠١، ص٥٦). بأنه "مجموعة القواعد التي تحدد القانون الواجب تطبيقه في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض على القاضي من بين الدول المتنازعة".

وقد عرف الفقيه السوري فؤاد ديب هذا المصطلح (القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٩٢، ص١٥٥) بقوله: أنه "وجود قانونين، أو أكثر كل منها قابل للتطبيق على العلاقة

^٤ (الأجنبي: هو من لا ينتمي بجنسيته للدولة النازرة في النزاع. والأجنبي حسب المادة الثانية من قانون التركات الأردني هو "شخص غير أردني التبعية).

^٥ أن العلاقة القانونية محل أي نظام تتكون من ثلاثة عناصر هي: الأشخاص أي الطرف مثل المورث والوارث في الميراث، والموصي والموصى له في الوصية، والعنصر الثاني هو السبب أي الواقعة المنشئة للعلاقة؛ مثل سبب الإرث هو وفاة المورث ووجود الوارث. أما العنصر الأخير فهو المحل الذي قد يكون أداء عمل، أو امتناع عن عمل، أو التزام بنقل حق عيني ويرتبط بالموضوع الشيء المادي الذي تنصب عليه الحالة القانونية؛ كالعقار محل الإرث. (أنظر، دريد، محمد طلعت، القانون الدولي الخاص السعودي، ١٩٩٧، ص٢٩٤ و٢٩٥).

القانونية التي تنشأ بين الأفراد، مما يستلزم والحالة هذه معرفة أنسب القوانين التي يجب أن تخضع لها هذه العلاقة".

وإذا كان هذا التعريف قد أبرز عناصر مصطلح تنازع القوانين ، إلا أننا نقترح إضافة كلمة "في دولتين" ليصبح التعريف كما يلي " وجود قانونين في دولتين^٦ أو أكثر كل منهما قابل للتطبيق على العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأفراد، مما يستلزم والحالة هذه معرفة أنسب القوانين التي يجب أن تخضع لها هذه العلاقة"

كما عرفه الدكتور عز الدين عبدا لله (القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج٢، ط٩ ، ١٩٨٦، ص٧) "أنه معنى يقوم في ذهن المشرع الوطني مفاده جريان الموازنة ما بين القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي لأحد أطرافها على الأقل"

لقد بين هذا التعريف العناصر، والأسباب، والشروط الواجب توافرها في مفهوم تنازع القوانين.

وقد عرفه أحد الفقهاء (عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص٥) بأنه " تزام قانونين متعارضين ، أو أكثر ، لدولتين أو أكثر ، بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل. ("توصف العلاقات بين الأشخاص ، سواء كانوا آدميين أم أشخاص اعتبارية ؛ بأنها علاقات قانونية إذا كانت تدخل تحت سلطان القانونويستعمل هذا المصطلح للدلالة على معنيين أحدهما واسع والثاني ضيق فهي في المعنى الواسع تستعمل للدلالة على كل " المراكز القانونية " فهذه المراكز تفترض أن القانون قد أخضعها لسلطانه عن طريق وضع ما يناسب كل منها من قواعد قانونية . أما المدلول الضيق لمعنى العلاقة القانونية فينصرف إلى ما يسمى " الرابطة القانونية " ، وهذا يعني العلاقة القانونية التي تنشأ من شخص يعين وشخص معين =آخر أو أكثر من شخص معين وينصب على موضوع معين . (أبو طالب ، صوفي حسن ، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ، ج١ ، ١٩٧٢ ، ص ٧ الحواشي)) .

^٦ (إذ أنه بغير إضافة هذه العبارة قد يفهم منه وجود قانونين مختلفين ، سواء أكان ذلك تابعاً لدولة واحدة، أم أكثر من دولة).

ويؤيد الباحث هذا التعريف لأنه جاء جامعاً مانعاً وموجزاً موضحاً المفهوم القانوني لتنازع القوانين، بمعناه الدقيق، ومبيناً أسباب وشروط قيام التنازع؛ بتوافر قانونين مختلفين على الأقل لدولتين، لحكم علاقة قانونية ما تنشأ بين الأفراد، مشوبة بعنصر أجنبي واحد على الأقل. ("توصف العلاقة بأنها ذات عنصر أجنبي إذا اتصل أحد عناصرها - سواء في النشأة أم في التنفيذ - بدولة أجنبية أو أكثر. وقد يظهر العنصر الأجنبي في أحد طرفي العلاقة" وقد تتعدد المسألة فتتصل العلاقة بأكثر من دولة أجنبية" (أبو طالب، صوفي، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري والليبياني، ١٩٧٢، ج ١، ص ٩).

ومن خلال استعراض التعريفات السابقة نلاحظ أن البعض ذهب إلى استخدام مصطلح تنازع القوانين بينما ذهب البعض الآخر؛ كالـدكتور جابر جاد عبد الرحمن (تنازع القوانين ١٩٦٩، ص ٦) إلى استخدام مصطلح تزام القوانين ونحن نميل إلى استخدام مصطلح تزام القوانين؛ لأنه أقرب إلى المنطق القانوني ولغته؛ "ولأن المقصود من التنازع ما هو إلا اختيار القانون الأكثر ملاءمة من بين القوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي". (لذا يعد التعريف الأخير من أفضل التعريفات التي تناولها الفقهاء وأكثرها دقة؛ لأن مصطلح تزام القوانين يتطلب "إسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون واحد من خلال القواعد القانونية التي تحدد هذا القانون - والذي يجب على القاضي الوطني العمل به -؛ حيث أن العنصر الأجنبي الذي يشوب العلاقة القانونية يثير التزاحم بين قوانين عدة دول ذات علاقة بها؛ لما تحتويه هذه القوانين من أحكام متباينة تتفق مع أهداف ومصالح الدول التي أصدرتها" (بنفس المعنى، الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ١٩٩٨ ط ٢، ص ٥٥). انظر تعريف الدكتور عبد الله، عز الدين. القانون الدولي الخاص، : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ١٩٨٦....، ج ٢، ط ٩، ص ٧)

وجدير بالإشارة إن مفهوم تنازع القوانين كما يراه البعض (انظر زوكاغي، أحمد، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين، ١٩٩٢، ط ١، ص ٧) ما هو إلا مجال

لتطبيق القوانين من حيث المكان لهذا فإنه من المستحسن - كما يراه هذا الفقه - أن يطلق على هذا المفهوم (مجال تطبيق القوانين من حيث المكان).

وبالتالي وحتى يقوم تنازع بين القوانين لا بد من أن يكون هنالك تزامن بين قوانين دولتين على الأقل ؛ لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي في أحد أطرافها على الأقل. أي " أن يكون هنالك امتداد في العلاقات والتبادل الدوليين " (الهداوي ،حسن ،القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون : دراسة مقارنة ، ٢٠١١، ص ١٦). هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية يجب أن تكون العلاقة القانونية مشتملة على عنصر أجنبي، وبمعنى آخر أن تكون العلاقة القانونية متعلقة بعلاقة قانونية بين أشخاص ، ومشملة على عنصر أجنبي ، سواء فيما يتعلق بموضوعها ، أو سببها ، أو أطرافها . (أنظر ، دريد ،محمد طلعت ، القانون الدولي الخاص السعودي، ١٩٩٧، هجري ، ١٤١٨ ، ص ٢٩٧)

ومن ناحية ثالثة لا بد أن يقبل قانون دولة القاضي - في حالات معينة - تطبيق القانون الأجنبي الذي يختلف عن قانونه، وبمعنى ذلك - أي إذا كانت العلاقة القانونية متشابهة - سيؤدي ذلك إلى إصدار حكم موحد، سواء أعطى الاختصاص إلى قانون دولة القاضي ، أو إلى قانون دولة أخرى ، وما دام الحكم واحداً فليس هناك جدوى ولا مصلحة من قيام التنازع (الهداوي ،حسن ،القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون : دراسة مقارنة ، ٢٠١١، ص ١٨)

ويلاحظ مما تقدم بأنه لا بد من توافر عنصرين على الأقل لوجود تزامن بين القوانين بالمعنى الصحيح، بالإضافة إلى قبول قانون القاضي تطبيق القانون الأجنبي، أولهما: "وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي على الأقل" (صادق، هشام علي ؛ والحداد، حفيظة السيد ، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني، ١٩٩٩، ص ١٠٦). "والعنصر الأجنبي يشوب العلاقة القانونية فيما يتعلق باختلاف جنسية الأشخاص ،^٧ أو مكان انعقاد العقد، أو مكان تنفيذه ، أو موقع المال " (بنفس المعنى، الداودي ، ط ٣ ، ٢٠٠١، ص ٣٩).

^٧ (الجنسية هي رابطة بين الدولة والفرد ، حيث ينتمي الأخير بالولاء والانتماء إلى دولة معينة وتحدد الجنسية بمجموعة من الأركان أهمها الدولة والفرد.)

والثاني:- "فهو تزامم قانوني مختلفين لدولتين ، أو أكثر لحكم هذه العلاقة؛ بحيث تكون العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي يطبق عليها على الأقل قانوني دولتين مختلفتين" (صادق وحداد، القانون الدولي الخاص، ١٩٩٩، ص٦). مما يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع تكييف هذه العلاقة فإذا أسبغ عليها وصف العلاقة الدولية^٨ يقوم باختيار أنسب القوانين تطبيقاً على هذه العلاقة بناء على قاعدة الإسناد في قانونه. وعليه فقد أبرزت التعاريف السابقة مميزات قاعدة الإسناد^٩ ؛ إذ تتميز "بأنها قواعد مرشدة غير مباشرة أي لا تنطبق على النزاع مباشرة، وإنما يقتصر دورها على تحديد فقط القانون واجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً" (صادق وحداد ، القانون الدولي الخاص، ١٩٩٩، ص ٩ ؛ اللافي ، محمد المبروك ، تنازع القوانين ، وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ، ١٩٩١ ، ص٤٨)؛ فمثلاً قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع الميراث إلى قانون جنسية المورث وقت الوفاة ينحصر دورها في تحديد مبدأ عام مؤداه :- أن الميراث يخضع لقانون جنسية المتوفى . عند هذا الحد ينتهي دور القاعدة . فإذا عرفنا جنسية المورث وقت وفاته وما إذا كان المانيا ، كان على القاضي أن يرجع إلى أحكام الميراث المقررة في هذا القانون ، والتي تتكفل بدورها بإعطاء حل للمسألة ؛ فهي تبين من هم ورثة المتوفى ، وأنصبتهم وهل يمكن الإيصال للوارث أم لا . وغيرها من المسائل .) . أنظر ، محمد عبد العال ، عكاشة ، تنازع القوانين ، ٢٠٠٤ ، ط١ ، ص١٣) وكذلك فإن هذه القواعد تتميز من حيث آثارها بأنها قواعد مزدوجة ؛ لأنها قد تشير باختصاص قانون دولة القاضي، أو تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت إليه قاعدة الإسناد في بلد القاضي.(صادق وحداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني من المجلد، ١٩٩٩ ، ص٩).

^٨ - (إذا احتوت العلاقة القانونية ، أو المركز القانوني عنصراً أجنبياً - على الوجه السابق بيانه - فهي تعد علاقة دولية وفقاً للمعيار القانوني المعتمد من فقه القانون الدولي الخاص الغالب، ومن ثم فإن التساؤل يثور حينئذ عن أنسب القوانين التي يتعين تطبيقها على العلاقة أو المركز محل النزاع؛ وذلك أن احتواء المركز أو العلاقة بعنصر أجنبي يتضمن معنى اتصالها بأكثر من قانون واحد،) (بنفس المعنى، صادق وحداد ، القانون الدولي الخاص ١٩٩٩ ، الكتاب الثاني من المجلد، ص٦)

^٩ (وهي قاعدة تشير إلى القانون واجب التطبيق ؛ فالخطاب فيها موجه بصورة مباشرة إلى القاضي الذي يكون عليه أن يطبقها لتحقيق الغاية منها . وبهذا المعنى يكون للقاعدة صفة الإلزام . كما يتوجه خطاب القاعدة بطريق غير مباشر إلى الأفراد أطراف المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي . أياً كان الأمر فإن قاعدة الإسناد لا تتكفل بحسم المسألة المطروحة وإعطائها الحل النهائي . بل ينحصر دورها في الإرشاد إلى القانون الذي يتكفل بإعطاء الحل النهائي للنزاع).(محمد عبد العال، عكاشه ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٤، ص١٣ .)

من خلال ما تقدم يتبين لنا بأن اختيار القانون واجب التطبيق غير اختيار الإختصاص القضائي الدولي؛ فالأخير يتم اختياره لتحديد المحكمة المختصة من بين محاكم الدول الأخرى، ويتم اختياره قبل النظر بالنزاع ، في حين أن البحث عن القانون الواجب التطبيق يتم في مرحلة لاحقة. (كما أن قواعد تنازع القوانين وقواعد تنازع الاختصاص القضائي تتشابه بأنهما تضعان حداً لظاهرة التزاحم، وإن كان حل التزاحم في تنازع القوانين يكون بين القوانين، في حين أن حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي يكون بين محاكم الدول المختلفة؛ حيث تحدد قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي مدى اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي. وعليه فإن التشابه بين النوعين هو وضع حد لتلافي ظاهرة التزاحم غير أن هنالك تبايناً واضحاً بينهما؛ فقواعد التنازع بين القوانين هي قواعد مباشرة ومزدوجة الجانب في حين أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القضاء الوطني بالنزاع المطروح أمامه، كما وأنها تعد مفردة الجانب؛ لأنها تقتصر على بيان حالات اختصاص القضاء الوطني ولا شأن لها بتحديد اختصاص المحاكم الأجنبية . ومع أنها مفردة الجانب ، إلا أنها لا تمنع من الرجوع إلى قواعد الاختصاص الأجنبية في بعض الأحيان خاصة عند تنفيذ الحكم الأجنبي). (انظر، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ٨ و ص ٩؛ أنظر الإختصاص غير المباشر، الفصل الرابع من هذه الأطروحة، ص ٢٩٥).

ولابد من التنويه بأن تنازع القوانين غير معني بالسيادة بالمعنى الدولي ، ولكنه معني بالنزاعات بين النظم القانونية للبلدان .

„The conflict of laws is not concerned with sovereignty in the international sense, but with conflicts between legal systems of countries.“. (R.H.GRAVESON, THE CONFLICT OF LAWS , FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET /MAXWELL LIMITED 11 NEW FETTEL LANE , 1960,p362)

(سواء كانت متحققة بالسيادة الكاملة أم لا، وإنما هل امتلكت تلك الدولة على سبيل المثال، اسكتلندا ، نظام القانون الخاص بها ، أم لا).

whether sovereign or otherwise, whenever any such country, for example, Scotland, possesses its own system of law

(R.H.GRAVESON, THE CONFLICT OF LAWS , FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET /MAXWELL LIMITED 11 NEW FETTEL LANE , 1960,p362))

ثانياً-الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي

نظرا لكون موضوع هذه الأطروحة يتناول القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام، وكان لزاما على القاضي أن يحدد مدى اختصاص محاكم دولته بالمقابل لمحاكم الدول الأخرى ، ليحدد فيما بعد وفي مرحلة لاحقة القانون واجب التطبيق على المسألة الإرثية ؛ فإن العلاقة بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي وثيقة جدا ، فكل منهما يكمل الآخر ؛فالدور الذي يلعبه الاختصاص القضائي في تحديد مدى اختصاص محاكم دولة ما ، يأتي بعده وفي مرحلة لاحقة ليلعب الاختصاص التشريعي دوره في تحديد القانون الواجب التطبيق بناء على قواعد الإسناد في قانون تلك المحكمة التي انعقد الاختصاص الدولي لها ، فيجب أولا تحديد الاختصاص القضائي الدولي ومن ثم تعيين القانون الذي يحكم النزاع.

ولما كان الاختصاص القضائي مستقلاً عن الاختصاص التشريعي؛ فإن هذا الاستقلال لا يعني عدم تأثير أي منهما على الآخر، بل إن هنالك تأثيراً متبادلاً بينهما قد يؤثر على تعيين المحكمة المختصة.

وبناء على ما تقدم، فسوف يقسم الباحث هذا الموضوع إلى ما يلي:

١-مدى استقلالية الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص التشريعي.

٢- التوافق بين الاختصاص القضائي والتشريعي.

٣-التأثير المتبادل بين الاختصاص القضائي والتشريعي.

١-مدى استقلالية الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص التشريعي:

يعود السبب في استقلال كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي عن الآخر، بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعالج مجال اختصاص المحاكم الوطنية بالروابط القانونية المشوبة بعنصر أجنبي متى ثار نزاع أمام محاكم الدولة ، بينما الاختصاص التشريعي- قواعد الإسناد - يحدد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات. (صادق ، تنازع الاختصاص القضائي لسنة ٢٠٠١، ص ١٠ ؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٢) كما يرجع استقلال كل منهما عن الآخر إلى الاعتبارات التي تستند

عليها كل من قواعد الاختصاص القضائي، وقواعد التنازع؛ ذلك أن قواعد الاختصاص القضائي واختصاصاته، تتعدّد وفقاً لما تستدعيه مصلحة الدولة ومصالح رعاياها. (المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ٢٠٠٢، ط١، ص ٣٢٢). فعلى سبيل المثال اعتبارات الأمن والسلامة تقضي بأن تبت المحاكم الأردنية في المنازعات التي تقوم حول تركة افتتحت في الأردن، في حين أن مصالح الورثة تقضي بأن يطبق على التركة قانون جنسية المتوفى الذي هو في أغلب الأحيان، قانون جنسيتهم، باعتباره أفضل القوانين وأنسبها، وأن مصالح الأشخاص المراد حمايتهم توجب تطبيق قوانينهم الشخصية على أساس أنها أفضل القوانين لهذه الحماية. (انظر، السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦٠) فتطبيق قانون بلاد المتوفى في هذا المثال هي ما تسعى لتحقيقه قواعد التنازع؛ باعتباره القانون الأكثر ملاءمة لخصوصية وطبيعة المسألة الإرثية، وأفضلها تحقيقاً لمصلحة الأفراد، في حين أن مصلحة الدولة تقضي بأن تفصل فيها محاكمها.

وعليه فإذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بالنظر في المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي، فإن هذا لا يستتبع بالضرورة تطبيق القانون الأردني وبالعكس العكس، بمعنى أن إنعقاد الاختصاص لقانون دولة معينة لا يعني أنه يتتبع انعقاد الاختصاص لمحاكم هذه الدولة. (انظر: السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦٠) فعلى سبيل المثال قد تمنح قواعد الاختصاص الدولي الأردنية للاختصاص للمحاكم الأردنية بالدعاوى التي ترفع على أجنبي ليس له موطن أو سكن في الأردن؛ إذ كانت هذه الدعاوى تتعلق بتركة أجنبي تم أفتتحها في الأردن، وتقضي قواعد الاختصاص التشريعي في الأردن بتطبيق قانون جنسية المتوفى على تركته، أي تطبيق قانون أجنبي لا القانون الأردني حسب أحكام المادة الثامنة عشرة فقرة (١) من القانون المدني الأردني. (قارن: السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦٠)

ونستنتج مما تقدم بأن المحاكم الوطنية (الأردنية) المختصة بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي الأردنية تطبق القانون الأجنبي بمقتضى قواعد التنازع الأردنية، وذلك للاعتبارات التي تمت الإشارة إليها قبل قليل (ص ٢٨).

وقد قضي في هذا المجال أن الاختصاص يكون للمحاكم اللبنانية في الدعاوى المتعلقة بالإرث عندما تكون التركة قد أفتتحت في لبنان ؛ المكان الذي يوجد فيه آخر مقام للمتوفى. (تميز مدني، قرار رقم ٩٨، تاريخ ١٩٦٨/٥/٢٤) باز جزء-١٦، ص ٤٣١، مذكور في كتاب أبو عيد، الياس نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ٢٢) وتكون المحاكم اللبنانية مختصة حتى ولو كان المتوفى أجنبياً. (تميز مدني، قرار تاريخ ١٩٦٤/٥/٢٢، النشرة القضائية لعام ١٩٦٤، ص ٧٢٠) مذكور في كتاب، أبو عيد، الياس نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ٢٢)

فهذان القراران وإن أعطيا الاختصاص للقضاء اللبناني، فهذا لا يعني أن تطبيق هذه المحاكم القانون اللبناني في جميع الفروض، بل أن قواعد التنازع في القانون اللبناني هي التي تحدد القانون الذي يحكم المسألة الإرثية.

وخلاصة الأمر أن عدم التلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي هو شرط أساسي لقيام ظاهرة تنازع القوانين، إذ لو طبقت محاكم الدولة قانونها الوطني في كل حالة ينعقد فيها اختصاصها بالنزاع لما وجد مجال لتنازع القوانين، كما أنه لو اختصت محاكم الدولة بالنظر في النزاع في كل حالة يكون قانونها الوطني هو المختص لما قامت مشكلة تحديد الاختصاص القضائي الدولي. (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٤٣ و ص ٤٤) أي لو كان الاختصاص القضائي يستتبع الاختصاص التشريعي لن يبقى محل لمشكلة تنازع القوانين ولا للحقوق الدولية الخاصة. (انظر، السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦٠)

٢-التطابق بين الاختصاص القضائي والتشريعي :

إن ما وردت الإشارة إليه سابقا لا يعني قطعا عدم وجود ارتباط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في نزاع ما ؛ بل أن التطابق قد يكون في حالة الإجراءات القضائية الوقتية والتحفظية، أو حالات موقع العقار وغيرها على التفصيل التالي.

لو افترضنا بأنه تم تطبيق القانون الأردني على شركة أجنبي مع بقاء الاختصاص القضائي الدولي فيه للمحكمة الأردنية، فهذا يعني أن هنالك تطابقاً بينهما ، وكذلك الحال إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي - بناء على أحد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في المسألة الإرثية- للمحكمة الأردنية مع بقاء الاختصاص التشريعي فيها للقانون الأردني فيكون هنالك تطابق، وهذا ما يحصل أيضا في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع الأردنية على أساس أنه مخالف للنظام العام والآداب الأردني (المادة ٢٩مدني أردني)، أو لقيام فكرة الغش نحو القانون ، ليحل محله القانون الوطني للقاضي الأردني، كما يمكن أن يحصل التطابق في حالة تعذر التثبت من أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد ،واضطرت المحكمة الأردنية المختصة بنظر المسألة الإرثية إلى تطبيق القانون الأردني - القانون الوطني للقاضي الأردني- ،وكذلك الأمر في حالة مراعاة قواعد الإسناد الخاصة بإعطاء الاختصاص التشريعي والقضائي لقانون موقع العقار لحماية التنظيم العقاري في دولة الموقع . (انظر ، الداودي، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، ٢٠٠١، ص١٧٣) وبمعنى أن التلازم في المنازعات العقارية بين عقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية للدولة التي يوجد فيها العقار ، يتلازم مع خضوع النزاع المتعلق بالعقار للقانون الوطني لدولة الموقع. (انظر، خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي ، ٢٠٠١، ص٤٤)

وعلى هذا نص قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين الأردني المشار إليه سابقا في المادة التاسعة منه على أنه:(للمحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة أن تقرر في جميع الأحوال حقوق وراثة الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة ، ويجب أن تطبق هذه الأحكام بصرف النظر عن أي تصرف قام به المتوفى ، أو وكالة أعطاه بقصد التنفيذ بعد وفاته ،سواء أكان ذلك بوصية، أو بطريقة أخرى.أما بالنسبة للأموال المنقولة فتوزع حسب قانون المورث).

فعلية لا ينفذ أي حكم يصدر عن قضاء دولة أجنبية قضى بتوزيع التركة العقارية الكائنة في المملكة على الورثة ؛ لوجوب اختصاص المحاكم الأردنية من جهة ، ومن جهة أخرى بوجوب تطبيق قوانين شرق الأردن بحذافيرها على تلك العقارات حسب أحكام قانون التركات.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني فقرة (٢) من تطابق الاختصاص التشريعي مع الاختصاص القضائي في حال وجود عقارات للمورث في الخارج، أو الداخل فيطبق حينذاك قانون الموقع للاعتبارات التي تطرقنا إليها قبل قليل (انظر في هذا المعنى، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ١١ ؛ الداوودي، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، ٢٠٠١، ص ١٧٣ ؛ خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٤٤)

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن محكمة التمييز اللبنانية (غرفتها المدنية ، القرار رقم (٢٧) تاريخ ١٩٥٦/٧/٢٦ ، مجلة حاتم، الجزء (٢٩) ، بيروت، ص ١١ .وقد صدر هذا القرار في ضوء قانون أصول المحاكمات المدنية القديم.) رفضت نزع صلاحية محكمة مكان إفتتاح التركة حتى في حالة وجود عقارات للمتوفى في لبنان وفي ذلك تقول - : (إن التركة متى فتحت في بلد أجنبي فإن الدعاوى المختصة بالإرث تقام لدى محكمة المحل الذي فتحت فيه التركة حسب نص المادة (٩٣) من قانون اصول المحاكمات. فالتركة فتحت في بلد أجنبي، حيث أموال التركة ومعظم الورثة ، فوجود بعض العقارات في لبنان لا يبرر نزع صلاحية المحاكم الأجنبية).

ولا تعني محكمة التمييز لبنانية هنا بأن محاكمها غير مختصة على التركة العقارية الواقعة في الدولة اللبنانية ، بل أن المقصود هو عدم نزع صلاحية المحاكم الأجنبية .ولكن تبقى المحاكم اللبنانية مختصة على العقارات الواقعة بالدولة اللبنانية بدليل المادة ١٠٥ فقرة (٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، المماثلة لنص المادة (٩٣) أصول محاكمات مدنية لبناني قديم.

أما بالنسبة للتطابق بين الاختصاص التشريعي والقضائي في حالة الإجراءات والتدابير الوقائية والتحفظية فيطبق عليها قانون القاضي الذي يطلب منه اتخاذها ؛ لتعلقها بحفظ الأمن والسكينة.... إلا أن الأصل - كما أشرنا- هو عدم وحدة الاعتبارات التي يبنى عليها كل من

الاختصاص القضائي والتشريعي. (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ١٩٩٠، ص ٤٣).

هذا وتختص المحاكم اللبنانية بالدعاوى والإجراءات الوقتية والتحفظية المطلوب إتخاذها في لبنان ولو كانت تتعلق بدعاوى تخرج عن اختصاص المحاكم اللبنانية؛ باعتبار أن هذه الإجراءات من إجراءات المرافعات التي تخضع دائماً إلى قانون القاضي في الأنظمة القانونية المختلفة. (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٩).

وعليه فإذا كان القانون الأردني -مثلاً- يعطي الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية والاختصاص التشريعي للقانون السوري في المنازعات العقارية التي تعود ملكيتها إلى المورث التركي والموجود جزء من عقاراته في سورية، فإن الاعتبارات التي ترمي لتطابق الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي هي نفس الاعتبارات التي تراعي التنظيم العقاري. (انظر: السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦١) كما يكون الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة التي تنظر في المسألة الإرثية متى كان هنالك إجراء وقتي يبرر العجلة، ويكون الاختصاص القضائي والتشريعي للدولة التي تعين تطبيق قانونها على المسألة الإرثية لتعلقه بعقار واقع فيها للقدرة على تنفيذه فيما بعد.

وأخيراً قد تشير قواعد الإسناد الوطنية - في بعض الأحيان - إلى تطبيق قانون دولة معينة في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، فقد تعتبر محاكم تلك الدولة أنها المختصة بالفصل في الدعوى لأسباب فنية، أو لتطابق ذلك مع واقع الحال والمصلحة، مما قد يؤدي إلى إشكالية تنفيذ هذا الحكم في تلك الدولة إذا تبين للمحكمة المطلوب منها التنفيذ أنها المختصة اختصاصاً أصلياً بنظر المسألة الإرثية طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في قانون تلك المحكمة. (انظر: الداودي، القانون الدولي الخاص: الكتاب الأول، ٢٠٠١، ص ١٧٣).

لذا تعطي بعض قوانين الدول، الاختصاص التشريعي والقضائي للمحكمة الأجنبية؛ بغية تنفيذ هذا الحكم على أراضيها لاختصاصها بالعقارات الموجودة على إقليمها ولسهولة تنفيذ الحكم هناك، كما وأن هذا الأمر يتعلق بسيادة الدولة الموجودة فيها عقارات المورث.

٣-التأثير المتبادل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي

لما كان التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي ما هو إلا استثناء عن المبدأ العام في استقلال كل منهما عن الآخر في خارج حالات التطابق التي أشرنا إليها في البند السابق، فإن هذا لا يعني عدم تأثير أي منهم في الآخر بل يؤثر كل منهم على الآخر .
وعليه سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى نقطتين: تتناول الأولى أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي ، في حين سيكون موضوع تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي محور النقطة الثانية.

(١) أثر تعيين المحكمة المختصة على الاختصاص التشريعي

تبين لنا بأن على القاضي في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي أن يحدد ولاية محاكم دولته في هذه المنازعات، فيعين بعد ذلك الاختصاص الوظيفي، والاختصاصات الأخرى؛ (وذلك أن تعيين المحكمة في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي يسبق تعيين القانون المختص بحكم هذه العلاقة). (انظر السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٦٢)

ومن المعلوم بأن الخطوة التالية لتحديد المحكمة المختصة في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي هي قيام القاضي بعملية تكييف النزاع المشوب بعنصر أجنبي ؛ باعتبارها مسألة أولية يلزم الفصل فيها لإدراجها في فئة من الفئات القانونية المسندة في قانونه؛ توصلاً إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بهذه الفكرة، فإذا كيف قاضي الموضوع النزاع المتعلق بالميراث وأعطاه الوصف القانوني الدقيق بأنه يدخل في مضمون الأحوال الشخصية ،وبالتالي لزوم تطبيق قانون الجنسية للمورث لا القانون العيني المتصل بنظام التركات كان عليه تطبيق ذلك القانون . في حين قد تكيفه محكمة دولة أخرى بأن الميراث من الأحوال العينية ، وبالتالي بوجوب تطبيق القانون العيني على ما سنفصله في الفصل الثالث. فالوصف القانوني الذي أسبغه القاضي على موضوع النزاع السابق قد يختلف عن نظام قانون آخر، أو قد يتفق على أن موضوع النزاع سالف الذكر هو من المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لا الأحوال العينية ، ومع ذلك فإن التكييف في الفرضين قد يؤثر على القانون واجب التطبيق؛ إذا كان النظام القانوني

ينص بقبول الإحالة (تنازع- تراشق)- قواعد الإسناد) بأن كانت قاعدة الإسناد في الدولة الأولى تعطي قانون الجنسية الصلاحية في حكم النزاع ، بينما في الدولة الأخرى فإن قانون الموطن هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بالميراث ، وهذا سيؤدي حتماً إلى اختلاف القانون واجب التطبيق حتى لو تطابقت قواعد الإسناد في الدولتين كما بينا قبل قليل مما قد يؤدي ذلك إلى تراشق قواعد الإسناد في الدولتين على التفصيل الذي سنتناوله في الفصل الثالث.

ولما كانت مسألة التكييف هي مسألة أولية- (أساسية)- يلزم الفصل فيها لبيان القانون واجب التطبيق على المسألة الأصلية، ولما كان القاضي يقوم بهذا التكييف وفقاً لقانونه الوطني ، وليس وفقاً للقانون واجب التطبيق، فإن اختلاف التكييف بين محاكم الدول بشأن علاقة قانونية واحدة سيؤدي إلى اختلاف في هوية القانون واجب التطبيق وفقاً للقاضي الناظر في هذا النزاع ؛ والسبب في ذلك يرجع إلى أن القاضي الوطني سيكيف النزاع وفقاً لقانونه، كما أن اختلاف قواعد التنازع يؤثر أيضاً على القانون الذي يحكم النزاع كما تبين سابقاً. إن تأثير الاختصاص القضائي في الاختصاص التشريعي قد يكون في الحل النهائي للنزاع المعني، فإذا سلمنا في الفرضين السابقين اتفاق النظم القانونية بين الدولتين فيما يتعلق بتكييف الفئة القانونية الواحدة، وأنها تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية ، واتفاقها على تطبيق قانون جنسية المورث بموجب قواعد إسنادها، فإن ذلك لا يعني التسليم بعدم تأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي؛ (فقد يقضي قانون محكمة معينة بقبول الإحالة كلياً، بينما ينص قانون محكمة ثانية على قبولها بقيود محددة، وقد نجد قانون محكمة أخرى يرفض الإحالة تماماً). (بهذا المعنى ، شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٤) ففي التشريع الأردني نجد بأن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين لسنة ١٩٤١ قد قبل بالإحالة من الدرجة الأولى،- بخلاف القانون المدني الأردني (م ٢٨) الذي رفض الإحالة وبشكل قاطع- فلو ثار نزاع أمام المحاكم الأردنية بشأن تركة أجنبي؛ فإن القانون واجب التطبيق هو قانون بلاده ما لم يكن هذا القانون ينص على تطبيق القانون الديني ، أو محل الإقامة فيطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة (م ٤/ج تركات أردني) فهنا قد يؤثر الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي في الحل النهائي للنزاع المتعلق بتركة الأجنبي.

كما وأن القانون الواجب التطبيق قد يختلف فيما إذ أقيم النزاع أمام محكمة دولة لا تأخذ بفكرة الإحالة كما هو الحال في القانون اللبناني مثلاً. (للمزيد أنظر : منصور، سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ٣٠).

والجدير ذكره أن هناك أثراً غير مباشر يربته الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة على الاختصاص التشريعي ، وذلك في الحالة التي لا يحسن ، أو يسيء القاضي الوطني - في بعض الأحيان- تفسير القاعدة الأجنبية الواجبة التطبيق، خاصة إذ كانت هذه القاعدة تنتمي إلى نظام قانوني يختلف جوهرياً عن قانون القاضي ، فالقاضي الفرنسي مثلاً قد يجد صعوبة كبيرة في تفسير القانون الإنجليزي الذي ينتمي إلى عائلة قانونية تتباين تبايناً ملحوظاً عن القوانين اللاتينية ، وقد يؤدي ذلك إلى الحكم في الدعوى على وجه يختلف تماماً عما لو كان النزاع قد أثير أصلاً أمام القضاء الإنجليزي، أو أمام قضاء دولة أخرى تنتمي إلى أسرة القانون الانجلوسكسوني. (انظر ، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ١٣ و ص ١٤) ، فالوصول إلى القانون - الأجنبي - الواجب التطبيق وإساءة تفسيره يترتب عليه اختلاف الحكم الصادر عن القاضي الناظر في النزاع ، عن الحكم الذي كان يمكن إصداره من محاكم دولة هذا القانون الأجنبي ، وقد لا يمكن اللجوء إلى محكمة التمييز للطعن أمامها لسوء تفسير القانون الأجنبي، لأن أغلبية الدول تمنع ذلك . (انظر، شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٥ ؛ أنظر ، سامي منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٧٥١ وما بعدها) وهذا يصدق أيضاً في حالة جهل القضاء أحياناً بمضمون القانون الأجنبي ، وعدم رغبتهم الأكيدة في بذل الجهد وتقصي حقيقة مضمونه وفحواه، مما يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني خلافاً لما تقضي به قاعدة الإسناد؛ بحجة تعذر إثبات القانون الأجنبي ، أو مخالفته للنظام العام). ومن هذا المنطلق فإن اختلاف رغبة كل قاضي عن الآخر، سيؤثر على الحل النهائي للنزاع المعني، في هذا الصدد؛ وهنا يثبت لنا بأن هنالك تأثيراً على الاختصاص التشريعي مصدره الاختصاص القضائي.

(انظر، خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي ، ٢٠٠١ ص ٤٦ ؛ صادق، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ١٤؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ١٩٩٠، ص ٤٥)

هذا بالنسبة لإساءة تفسير القانون الأجنبي، أو عدم بذل الجهد الكافي للوصول إلى مضمون القانون الأجنبي أو الجهل فيه. أما بالنسبة للنظام العام فإنه سبب لتأثير الاختصاص القضائي على الاختصاص التشريعي ؛ لأن فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان والمكان. (انظر لاحقاً الفصل الثالث من هذه الأطروحة في موضوع استبعاد القانون الأجنبي بالدفع بالنظام العام، ص ٢٥١) مما ينتج عنها تباين في الحلول باختلاف المحاكم وفكرة النظام العام فيها- وبنتيجة القول يؤدي إلى تأثير انعقاد اختصاص محاكم دولة معينة بنظر النزاع على القانون المطبق على موضوعه. (بنفس المعنى، صادق، هشام علي ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ١٣)

فإذا ثار نزاع أمام المحاكم الأردنية بشأن مسألة إرثية تتعلق بميراث أبناء - من ضمنهم ابن غير شرعي- من تركة أبيهم المسلم ، وأشارت قاعدة التنازع الأردنية إلى تطبيق قانون جنسية المورث، بشأن بيان الورثة ونصيب كل وارث؛ فإن القاضي الأردني سوف يستبعد قانون جنسية المورث وقت الوفاة إذا كان يجيز ميراث الإبن غير الشرعي من أبيه، وبالتالي استعمال الدفع باسم النظام العام. أما إذا ثار نفس النزاع أمام المحاكم الفرنسية، فإن القاضي الفرنسي سوف يطبق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانونه (دون التفات إلى استبعاده)، فعلى فرض أن النظم القانونية تطابقت في خصوص تكييف مسألة معينة، وإذا افترضنا أيضاً تطابق قاعدتي الإسناد المعنيتين في النظامين سالف الذكر. (انظر، خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٤٥) فان وجود تطابق بين التكييف وقواعد الإسناد لدى المحكمتين لا يعني أن الاختصاص القضائي لا يؤثر أيضاً بالاختصاص التشريعي.

(٢) تأثير الاختصاص التشريعي على الاختصاص القضائي.

بعد ثبوت الاختصاص القضائي لمحاكم دولة القاضي فإن تعيين القانون واجب التطبيق

بناء على قاعدة التنازع الوطنية يؤدي إلى عدد من الآثار تتمثل فيما يلي:-

أ- انعقاد الاختصاص التشريعي بموجب قاعدة التنازع في قانون القاضي لقانون أجنبي يؤدي إلى زوال الاختصاص القضائي الدولي تخلياً، ويعبر عن هذا الأثر بأن الاختصاص التشريعي يطرد الاختصاص القضائي. (انظر : الرفاعي ، اشرف عبد العليم ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٥) ومثال ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بالنسبة للمنازعات المتصلة بحالة الأشخاص الأجانب من إمكان تخلي المحاكم الوطنية عن نظر هذه المنازعات ؛ ليتولى القضاء الأجنبي البت في هذه المنازعات (انظر: خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٤٦ ؛ صادق، هشام علي ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ١٤ ، وكذلك ما ذهب إليه الفقه من السماح للمحاكم الوطنية بالتخلي عن اختصاصها في حالات أخرى لا ترجع إلى نوعية النزاع بل إلى أن النظام القانوني الواجب إعماله وفقاً للقانون الأجنبي بالنسبة للنزاع غير معروف في قانون القاضي) انظر ، بدر الدين شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٤٦) مثل نظام الانفصال الجسماني، فهو غير معروف في القانون الأردني والألماني، مما اتجهت المحاكم في فرنسا وألمانيا إلى عدم اختصاصها بنظر هذه النزاعات.

ب- قد يستلزم القانون الواجب التطبيق - بموجب قاعدة التنازع - اتخاذ إجراء على موضوع الدعوى لا يتفق مع دور القاضي المعتاد، وفقاً للمبادئ العامة السائدة في قانونه...؛ لاحتوائه على إجراء غريب عن قانون دولة القاضي الذي لا يعرف النظام القانوني في القانون الأجنبي، مما يدفع المحكمة الناظرة في النزاع إلى الدفع بعدم الاختصاص ؛ لأن الإجراء غريب عن قانون هذه المحكمة . ((انظر: الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٥٦ ؛ صادق، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ١٩ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٦).

إذا فانعقاد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي ينتج عنه سلب الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية في بعض الأحوال. (أنظر: شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٤٦، وللمزيد حول انتقاد هذا الرأي ووجهته ، انظر ، شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٦ ؛ انظر الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٥٦ ؛ خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٤٨ ؛ صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ١٥ - ٢٠)

ج- يجب تطبيق قانون المحكمة الوطني على الطلبات المستعجلة والوقائية. وقد تباينت الآراء في سند هذا الاختصاص ، فذهب أصحاب رأي إلى كون قانون القاضي هو الواجب التطبيق أصلاً في مثل هذه الحالات؛ باعتباره من قوانين البوليس والأمن المدني، غير أن هذا الأساس من وجهة نظر الدكتور هشام صادق، (تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ٢١) والذي يؤيده الباحث يرجع إلى أن مشكلة مدى اختصاص المحاكم الوطنية أصلاً بالنزاع المطروح أمامها هي مشكلة أولية يجب الفصل فيها قبل البت في مسألة القانون الواجب التطبيق؛ فإذا كان من المتصور أن ينعقد اختصاص المحكمة بالنزاع ثم تؤدي واقعة اختصاص القانون الأجنبي بحكم هذا النزاع إلى تخلي المحكمة عن اختصاصها في حالات معينة - كما رأينا في الأمثلة السابقة-؛ فإنه من غير المستساغ على العكس أن يؤدي الاختصاص التشريعي ابتداءً إلى الاختصاص القضائي.... كما أن الطلبات العاجلة تقوم على اعتبارات الأمن والسكينة في المجتمع، وهي اعتبارات ترد بدورها إلى فكرة النظام العام. وهذا ما يؤدي أيضاً إلى تأثير الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي .

د- ولما كان ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون الدولة لا يجلب في ذاته الاختصاص القضائي لمحاكمها، إلا أن الفقه نص على حالة إستثنائية - على اختصاص محاكم دولة القاضي بالدعوى، فيكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع- إذ كان مكان افتتاح التركة في لبنان مثلاً، سواء أكان يملك المورث أموالاً خارج لبنان أم لا. (انظر، شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠، ص ٤٨، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي؛ ٢٠٠١، ص ٢١)

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن الاختصاص التشريعي يجلب الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة المعنية؛ فيكون للدولة الواجب تطبيق قانونها بموجب قاعدة التنازع في قانون القاضي الاختصاص القضائي الدولي بنظر النزاع؛ مما يؤدي ذلك إلى سلب الاختصاص من محاكم الدولة التي انعقد الاختصاص لها ابتداء بتخليها عن نظر النزاع وهذا استثناء على القاعدة العامة.

ثالثاً-ضوابط الاختصاص الدولي في منازعات الإرث، ومدى ملاءمة تطبيقها في

التشريعيين الأردني واللبناني:

بالرغم من أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني تصدى إلى مجموعة من الضوابط العامة التي تعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في شأن العديد من المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي(انظر المواد ٢٨، ٢٧، ٢٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦)، إلا أن هذا القانون التزم الصمت إزاء تحديد ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات المتعلقة بمسائل الإرث والتركات في ميدان الحقوق الدولية الخاصة، بخلاف الأمر بالنسبة لقوانين أغلب الدول العربية -؛ كالقانون اللبناني^{١٠} والسوري- . مشيراً إلى أن قانون التركات الأردني قد أشار وفي المادة الثالثة منه على انعقاد الاختصاص لمحاكم البدائية بناء

^{١٠} وقد أورد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني بعض القواعد الخاصة بالصلاحية الدولية في المواد ٧٤-٨٠، كما أنه نص في الفقرة الأخيرة من المادة (٧٤) على أنه فيما يتعلق بالصلاحية الدولية تطبق أحكام القانون الداخلي . وتختص المحاكم اللبنانية بالدعوى الآتية:-

الدعوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة أو بينهم وبين الموصى لهم أو بينهم وبين دائني التركة حتى انتهاء قسمة التركة إذا كانت هذه التركة قد فتحت في لبنان (المادة ١٠٥ اقرة اولى) أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقارات واقعة في لبنان، فإنها تخضع لاختصاص المحاكم اللبنانية حتى ولو افتتحت التركة في بلد أجنبي، وذلك عملاً بالمادة ١٠٥ فقرة ٢ أصول. الإجراءات الوقائية والتحفيزية المطلوب اتخاذها في لبنان ولو كانت تتعلق بدعوى تخرج عن اختصاص المحاكم اللبنانية باعتبار أن هذه الإجراءات من إجراءات المرافعات التي تخضع دائماً لقانون القاضي في الأنظمة القانونية المختلفة (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص٢٩)

كما يكون الاختصاص بالدعوى المتعلقة بالإرث فيما بين الورثة - في حالة تعددهم - أو بينهم وبين الموصى لهم أو بينهم وبين دائني التركة للمحكمة التي يقع بدائرتها محل افتتاح التركة وذلك حتى انتهاء القسمة.

(يكون الاختصاص بالدعوى المستعجلة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع الموضوعي، أو المحكمة التي تنشأ بدائرتها موضوع الدعوى).(النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص٤٦).

على معايير وضوابط اقليمية فقط ؛ ولأهميته الخاصة فمن اللازم أن تخصص له مواد تحدد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث المتضمنة عنصراً أجنبياً وبشكل صريح.

وهذا ما شكّل لدى الباحث دافعاً لتناول هذا الموضوع بشكل مفصل مستعيناً في ذلك بالفقه والقضاء الذي يلائم خصوصية التشريع الأردني لعلنا نتلافى ما نقص من أحكام.

والجدير بالذكر أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني أورد بعض القواعد الخاصة بالصلاحية الدولية المتعلقة بالإرث في المواد ٧٤-٨٠، كما أنه نص في المادة (٧٤) على أنه فيما يتعلق بالصلاحية الدولية تطبق أحكام القانون الداخلي. (أنظر، النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٨)

وطبقاً لهذه المواد تختص المحاكم اللبنانية بالدعاوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة، أو بينهم وبين الموصى لهم، أو بينهم وبين دائني الشركة حتى انتهاء قسمة الشركة إذا كانت هذه الشركة قد أفتحت في لبنان (المادة ٥٥ افقرة الأولى). كما وتختص بالإجراءات الوقائية والتحفظية المطلوب اتخاذها في لبنان ولو كانت تتعلق بدعاوى تخرج عن اختصاص المحاكم اللبنانية؛ باعتبار أن هذه الإجراءات من إجراءات المرافعات التي تخضع دائماً إلى قانون القاضي في الأنظمة القانونية المختلفة. (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٩) بالإضافة إلى ذلك يكون الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالإرث فيما بين الورثة - في حالة تعددهم - أو بينهم وبين الموصى لهم أو بينهم وبين دائني الشركة للمحكمة التي يقع في دائرتها محل افتتاح الشركة وذلك حتى انتهاء القسمة. (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٤٦) (يكون الاختصاص بالدعاوى المستعجلة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع الموضوعي، أو المحكمة التي تنشأ في دائرتها موضوع الدعوى). (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٤٦)

" إن نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية ربط الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية بالاستناد إلى جنسية المتقاضين أو أحدهم، كما يمكن أن يتم في أحيان أخرى بالاستناد إلى

وجود أحد عناصر النزاع في لبنان بصرف النظر عن جنسية المتقاضين" (الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢، ص ٣٤٧)

ومن خلال ما سبق نجد أن المشرع اللبناني قد حدد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم اللبنانية في منازعات الإرث بناء على معايير وضوابط أصلية ؛ تتمثل في المعيار الشخصي والمعيار الإقليمي . و معايير أو ضوابط احتياطية طارئة تتمثل في المسائل الوقتية ، أو المستعجلة والمسائل الأولية . كما وحددت المادة الثالثة من قانون التركات الاختصاص الدولي بناء على ضوابط إقليمية وعليه سنقسم هذا الموضوع إلى :-

١- المعايير الأصلية لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث . ٢-

المعايير الطارئة للاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث وذلك على التوالي.

١-المعايير الأصلية لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث

المعايير الأصلية لانعقاد الاختصاص الدولي هي ضوابط يثبت فيها الاختصاص القضائي الدولي بناء على ضوابط شخصية أو إقليمية. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الأصل في ولاية القضاء تكون لمحاكم الدولة بالنسبة لجميع الأشخاص المقيمين على إقليمها ، والأموال الموجودة في أرضها ، أو عليها والتصرفات القانونية التي تنشأ ، أو تتغير فيها الوقائع المادية التي تحدث فيها . ويقوم الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بالأمور المتقدمة ولو كانت هذه المنازعات ذات عنصر أجنبي على نوعين من الاعتبارات؛ الأول اعتبار شخصي يقضي بخضوع مواطني الدولة في منازعاتهم لمحاكم الدولة بصرف النظر عن اقامتهم فيها، والثاني اعتبار إقليمي يقضي بخضوع الأجانب المقيمين على أرضها فيما يتعلق بمنازعاتهم لمحاكمها وذلك كله الاعتبار أن ولاية القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة على مواطنيها وإقليمها (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٨). وهذين الاعتبارين هما محور الدراسة. ولا بد للباحث أن يتعرض إلى الوقت الذي يتحدد فيه الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية -في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي-؛ ذلك أن بعض ضوابط الإسناد الذي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق قد تكون قابلة للتغيير، أو الانتقال ؛ كالجنسية والموطن ،

أو موقع المنقول. لذا كان لازماً علينا تحديد هذا الوقت بالنسبة للاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية في حالة تنازع الاختصاص القضائي المتحرك، خاصة إذا علمنا بأن هذه الضوابط قد تتغير قبل رفع الدعوى، أو أثناء سير الدعوى، أو وقت صدور الحكم في النزاع.

ويميل الباحث مع الفقه الراجح الذي يحدد فيه الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية من عدمه بالوقت الذي يسعى فيه المدعي إلى القضاء (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٤١)؛ فالتغيير الذي يتم قبل رفع الدعوى^{١١} يكون من إختصاص محكمة الموطن، أو موقع المنقول الجديدة، فلو حدث هذا التغيير أثناء سير الدعوى أمام المحكمة الوطنية فلا جدوى من هذا التغيير، ويبقى الاختصاص للمحكمة النازرة في المسألة الإرثية، والسبب أن هذا الاختصاص قد ثبت وقت رفع الدعوى، واحتراماً للحق المكتسب للخصم في استمرار الدعوى أمام المحكمة التي رفع أمامها النزاع في بادئ الأمر يلزم أن يبقى الاختصاص لها. وعلى هذا نص قانون أصول المحاكمات الشرعي الأردني رقم (٣١) لسنة (١٩٥٩) في المادة الثامنة منه على أن "التغيير الذي يحدث في محل الإقامة بعد إقامة الدعوى لا يمنع دوام رؤيتها".

فضلاً عن ذلك فإن هذا الاتجاه يواجه حالة الغش نحو الاختصاص القضائي الدولي؛ حيث يلجأ الخصم إلى تغيير جنسيته، أو نقل المنقول إلى مكان آخر، بقصد نزع الاختصاص من المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى. (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠ و ٤١؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٤١، وانظر الفصل الثالث من هذه الأطروحة ضمن موضوع أستبعاد قانون المورث بسبب التحايل على القانون والاختصاص الدوليين، ص ٢٦١).

^{١١} (للمزيد من التفصيل حول التغيير في ضوابط الإسناد الذي من الممكن أن يقوم بها المورث قبل الوفاة، أو ورثته بعد وفاته، انظر الفصل الثالث من هذه الأطروحة ضمن موضوع أستبعاد قانون المورث بسبب التحايل على القانون والاختصاص الدوليين، ص ٢٦٢، علماً بأن هنالك فرق يتمثل بأن المورث قد يسعى للتغيير قبل حلول أجله وهنا يتم أثناء حياة المدعي).

وعلى هذا فسوف يقسم هذا الموضوع إلى نقطتين أتناول في الأولى الضوابط الشخصية في منازعات الإرث بينما نخصص النقطة الثانية لضوابط الاختصاص الدولي الإقليمية في منازعات الارث.

(١) ضوابط الاختصاص الدولي الشخصية في منازعات الارث

يقصد بالضوابط الشخصية في هذه الدراسة المعايير التي تستند إلى ضابط الجنسية، أو ضابط القانون المختص بحكم الروابط القانونية المتصلة بالإرث؛ بحيث تكون للمحكمة التي تنظر في النزاع السيطرة والتوجيه بالنسبة لشخص المدعى عليه ، ويكون متوفرًا ضمن منطقتها القضائية التي تباشر فيها اختصاصها ، ويتحقق ذلك عن طريق إمكانية تبليغه قضائياً ، والطلب منه الحضور أمامها ، والاشتراك في المرافعة ، وسواء أكان شخص المدعى عليه وطنياً، أم أجنبياً ، وسواء أكانت الخصومة متعلقة بالقانون المدني أم بالأحوال الشخصية. (انظر، عبد الكريم، ممدوح ، القانون الدولي الخاص : (تنازع القوانين) ، ٢٠٠٥، ص ٢٦٠ ؛ الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ٢٠٠١، ط٣، مرجع سابق، ص ١٧٨).

أما ضابط القانون المختص (الذي يحكم النزاع) ، حيث يكون تطبيق القانون واجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي ، سبباً ليثبت الاختصاص الأصلي الدولي للمحكمة التي أشارت إليها تلك القاعدة .

وعليه فسوف يتم تقسيم هذه النوع إلى قسمين :-

أ- ضابط الجنسية وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث.

ب- ضابط القانون المختص وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث.

أ- ضابط الجنسية وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث

يبنى هذا الضابط على اعتبار سياسي مؤداه أن من وظائف قضاء الدول إقامة العدل بين رعاياها وعلى ذلك يجب أن تختص بالبت في دعاوى التي يكون مواطنوها أطرافاً فيها حتى لو كان محل إقامتهم في الخارج؛ لأن القول بعكس ذلك، يعني حرمان الوطنيين من التمتع بأحد

الحقوق الأساسية المقررة لهم.(انظر: الحداد، حفيظة السيد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط٤، ٢٠٠٤، منشورات الحلبي الحقوقية، ص٥٤؛ الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص١٤).

(وبالتالي فيجب إمتداد اختصاص قضاء كل دولة إلى قضايا رعاياها أينما كانوا كمظهر من مظاهر السيادة). (الداودي ، القانون الدولي الخاص: الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ٢٠٠١، ط٣، مرجع سابق، ص١٧٨). هذا فقد أعطت المادة الخامسة والسبعون من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، الاختصاص للمحاكم اللبنانية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أصحاب العلاقة من اللبنانيين.

في هذه الدراسة سنوضح ما إذ كان ضابط الجنسية في منازعات الإرث كافياً لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية واللبنانية ، أم لا، مستعيناً بالفقه المقارن. لا بد للباحث أن يشير إلى أن هذا الضابط يعقد الاختصاص القضائي الدولي (الأصلي) لمحاكم الدول التي يتبعها رعاياها بالتبعية السياسية والمتمثلة في الجنسية^{١٢} ، بالاستناد إلى مبدأ إمتداد اختصاص قضاء كل دولة إلى قضايا رعاياها أينما كانوا ، كمظهر من مظاهر السيادة ، وبناء عليه يتمتع تنفيذ أي من الأحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية في مسائل الأحوال الشخصية للفرنسيين على أساس أن الاختصاص القضائي في الدعوى المقامة على الفرنسي يكون للمحاكم الفرنسية حصراً، ويعاب على هذا المعيار أن تطبيقه ممكن في حالة كون أطراف الدعوى من جنسية واحدة ويثير تطبيقه مشاكل في حالة كون جنسياتهم مختلفة(انظر، الداودي القانون الدولي الخاص : الكتاب الأول ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ٢٠٠١، ص١٧٧) ولا مجال للأخذ بهذا المعيار في التشريع الأردني في مسائل الإرث والتركات حسب ما يراه الباحث ؛ بل نرى بوجود توافق معيار اقليمي بجانب

^{١٢} (ويكون ذلك في القضايا المقامة منهم أم عليهم ، وسواء أكانوا في الداخل، أم في الخارج.)

معيار الجنسية ؛ ذلك أن مسائل التركات تستند إلى (أموال) ينبغي تقسيمها فلا جدوى إذا كان المورث أردنيا مقيماً في الخارج وكانت أمواله أيضاً في الخارج. هذا بخلاف الأمر بالنسبة للغالبية العظمى من الدعاوى الأخرى ، فيكفي معيار (الجنسية) لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة فيها إذا كان ينتمي إليها الشخص .

"هذا وقد فضل بعض الفقه المصري اقتراح ضابط الجنسية بضابط آخر ، ومنتقداً الاكتفاء بضابط الجنسية لوحده في عقد الاختصاص بالمسائل المتعلقة بالإرث ؛ لأن عقد الاختصاص لقانون دولة القاضي - مثلاً- متى كان المورث يحمل جنسيتها عند وفاته لا يكفي، بحجة أنه لن يكون قانون هذه الدولة واجب التطبيق في حالة اقتصارها على ضابط الجنسية وحده بالضرورة على ما سبقت الإشارة إليه في الفقرة السابقة.

وكذلك لو كانت الدعوى مثلاً من الدعاوى المدنية البحتة المتعلقة بالتركة؛ كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بحق عيني على مال منقول من أموال التركة كانت في دولة أجنبية ، أو كان المال عقاراً في هذا الفرض فلن تختص المحاكم اللبنانية بنظر الدعوى . (انظر ، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١ ، ص ٣٦ او ص ١٣٧).^{١٣} حتى ولو كانت الجنسية هي اللبنانية ؛ لأن ضمان كفالة آثار الحكم اللبناني الصادر من المحاكم اللبنانية يلزم عدم اختصاص المحاكم اللبنانية بالدعاوى المتعلقة بالعقارات حتى ولو كان المورث لبنانياً ، لوجود استثناء ذي طبيعة عامة مقتضاه اختصاص محاكم موقع العقار؛ حيث يمتد هذا المبدأ ليشمل جميع قواعد الاختصاص الدولي اللبنانية؛ (الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٨٤؛ انظر الحداد ، حفيظة السيد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط ٢٠٠٤، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص ١٢٤) لأن المشرع اللبناني صرح في المادة (١٠٥) فقرة (٢) من قانون أصول المحاكمات بعدم اختصاص المحاكم اللبنانية في الدعاوى المتعلقة بعقار موجود في

^{١٣} (لقد فرضت المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين على العقار الكائن في الخارج ، مما يترتب عليه نتائج لا تحمد عواقبها)

الخارج، وأخضع العقارات في لبنان لاختصاصها. مشيراً إلى أن قانون الشركات الأردني التزم الصمت عن تحديد اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين بالنسبة للشركة العقارية الكائنة في الخارج ، كما التزم الصمت بتحديد هذا الاختصاص بالاستناد إلى الجنسية. (لا جدوى من فرض اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين على العقارات الواقعة في الخارج وبالتالي فإن تطبيق نص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني بالنسبة لهذه العقارات سيؤدي إلى عدم اعتراف محاكم الموقع بما قرره المحاكم الأردنية).

وذهبت بعض التشريعات (كقانون المرافعات المصري الساري المفعول) بخلاف ذلك بمعنى لو كان المورث - فرضاً - أردنياً عند وفاته بمقتضى قانون الجنسية الأردني ، فإن المحاكم الأردنية تختص بمسائل الإرث والدعاوى المتصلة بها، ولا عبرة بعد ذلك لموقع أموال الشركة فيصح أن تكون جميعها في الأردن ، أو بعضها. (انظر الرفاعي ،الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٢٤) (.... وهذا بعكس ما كان يستلزمه المشرع المصري في قانون المرافعات القديم في المادة (٨٦/ لسنة ١٩٤٩) بشأن وجود بعض أعيان الشركة في مصر بالإضافة إلى كون المورث متمتعاً بالجنسية المصرية، (نظر الرفاعي ،الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦، ص ٣٢٤).

وبناء على ما تقدم فإن الباحث يرى بأن جنسية المورث، أو الورثة لا تكفي وحدها لعقد الاختصاص للمحاكم الأردنية بل يفضل وجود ضابط آخر، يبنى على وجود أموال الشركة كلها، أو بعضها في الأردن وهو ضابط إقليمي. وحسنا فعل التشريع الأردني في المادة الثالثة من قانون الشركات بتقرير اختصاص المحاكم الأردنية بورثة أموال الشركة الكائنة في الأردن ،فهذا يعني بانعقاد الاختصاص للمحاكم الأردنية متى كان المورث أردنيا ، او الورثة كلهم ، أو بعضهم أردنيين، وكانت أموال الشركة كلها ، أو بعضها في الأردن ، وكذلك لو كان المورث أجنبياً، أو كان جميع الورثة أجانب، فتختص المحاكم الأردنية إذا كانت أموال الشركة كلها ،أو بعضها في الأردن .مما يقضي باختصاص المحاكم الأردنية. ويرى الباحث استثناء العقارات الموجودة في الخارج من اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين . ولكن لا تكون هذه المحاكم مختصة إذ كان المورث أردنياً، أو كان الورثة كلهم ، أو بعضهم أردنيين وكانت جنسية بعضهم

سورية وكانت أموال التركة كلها خارج الأردن.^{١٤} ويكون الاختصاص للمحاكم والقانون الأردنيين مطلقاً في حالة وجود عقارات في (شرق) الأردن حسب أحكام المادة التاسعة من قانون التركات الأردني وفي التدبير المستعجلة.

وعلى أية حال فإن اجتماع الضابطين - (جنسية، ووجود أموال التركة) - في كل حالة من الحالتين، ليس ضرورياً لإنعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في مسائل الإرث على ما يراه الباحث؛ بل يكفي وجود معيار اقليمي هو وجود أموال التركة كلها، أو بعضها في المملكة إذا كانت المسألة الإرثية متعلقة بالأحوال الشخصية ودون المدنية البحتة. وهذا ما قرره المشرع الأردني في قانون التركات الأردني (م ٣) والمشرع اللبناني (م ١٠٥ أصول مدنية).

هذا وذهب بعض الفقه المصري والسوري بخلاف ذلك بوجود اجتماع الضابطين في كل حالة من الحالتين لانعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم السورية والمصرية. (بنفس المعنى، السيوفي، ٣١٠، ١٩٨٥؛ انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، حواشي ص ٣٢٤).

ب ضابط القانون المختص وأثره في انعقاد الاختصاص الدولي بمنازعات الإرث

ينعقد بموجب هذا الضابط الاختصاص الدولي الأصلي للدولة التي يتقرر تطبيق قانونها - وفي الروابط القانونية المشوبة بعنصر أجنبي - بمقتضى قاعدة التنازع في قانون القاضي. وقد أخذ بهذا المبدأ مؤتمر لاهاي لسنة ١٨٧٥، وذلك بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والالتزامات والأموال غير المنقولة؛ على أساس أن القاضي يستوعب ويفهم قانونه الوطني أكثر من استيعابه وفهمه لقانون أجنبي، مما يجب إعطاء الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في

^{١٤} (قارن ذلك بما ذهب إليه الفقيه السوري نعيم السيوفي: تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٣٠٩، ص ٣١٠)

• (يرى جانب من الفقه إن رابطتي التوزيع الدولي من جنسية أو موطن، إنما ينظر إليهما بالنسبة للخصوم في الدعوى من مدعي أو مدعى عليه، والمورث ليس طرفاً في دعوى إرثه، لأنه ميت، ولذلك فلعن الصحيح أن يقال هنا أيضاً بأن أبولولة الإرث أو التركة عن مصري تدخل هذه التركة في عداد الثروة القومية والاقتصادية المصرية بما يبرر اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى المتعلقة بها، كما هو الشأن لو كانت من المبررات الأساسية لاختصاص تلك المحاكم متى كان المورث أردنياً، فإن القانون الأردني هو الواجب التطبيق على الإرث والوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الموت، قانون المورث، أو الموصي، أو من صدر منه التصرف وقت موته، فالاختصاص التشريعي يجلب في هذه الحالة الاختصاص القضائي... انظر الرفاعي: الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٢٢).

النزاع لمحاكم نفس الدولة التي يعتبر قانونها مختصاً في حكم النزاع.(الداوودي ، القانون الدولي الخاص : الكتاب الأول ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ٢٠٠١، ط٣، ص١٧٨) وقد أشرنا لذلك في القسم الثاني من هذا الفصل.

وعليه فإن كان القانون واجب التطبيق على التركة العقارية بموجب قاعدة التنازع اللبنانية هو القانون الإنجليزي بوصفه مكان أموال التركة غير المنقولة؛ فإنه والحال هذا ينعقد الاختصاص الدولي الأصلي للمحاكم والقانون الإنجليزي .

ويلاحظ هنا أن هذا المعيار تعترضه عقبات عملية كثيرة؛ فمثلاً إذا أراد أحد الورثة الفرنسيين المقيمين في اليابان إقامة دعوى لحصر الإرث أمام المحاكم اليابانية لوجود بعض أموال التركة فيها، وكان القانون الفرنسي هو الذي يحكم دعوى الإرث؛ بسبب تحقق وفاة المورث في فرنسا وافتتاح التركة فيها، واحتوائها على عقارات في فرنسا، هنا يجب اعتبار المحاكم الفرنسية هي المختصة أيضاً بالفصل في الدعوى كونها افتتحت فيها، مما يؤدي ذلك إلى صعوبة التنقل بين اليابان وفرنسا، بالإضافة إلى النفقات. ولم يأخذ المشرع الأردني بهذا المعيار نظراً لتوحيد القانون الذي يحكم الميراث في المادة الثامنة عشرة من القانون المدني. (قارن ذلك مع مثال الداودي ، القانون الدولي الخاص :الكتاب الأول ، ١٩٩٨ ، ط٢ ، ص ٢٢٨ و ص ٢٢٩ .)

(٢)- ضوابط الاختصاص الدولي الإقليمية في منازعات الارث

يعنى هذا الضابط انعقاد الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية لارتباط المسائل المتصلة بالتركة بموطن الأخير للمورث - الذي يكون عادة محل فتح التركة وهو ضابط شخصي إقليمي وموطن الورثة أو بعضهم، وموقع أموال التركة.

"وقد ربط قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني اختصاص المحاكم اللبنانية للنظر ببعض النزاعات التي يداخلها عنصر دولي لمجرد وجود أحد عناصر النزاع في لبنان " (الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٥٠)

ويخضع الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية لأحكام الاختصاص الداخلي طبقاً لأحكام المادة الثامنة والتسعين من قانون أصول المحاكمات المدنية .

وبناء على ما تقدم، فسوف يقسم هذا الموضوع إلى ثلاث نقاط نتناول في الأولى:- موطن المورث الأخير (محل إفتتاح التركة) ،في حين سنخصص النقطة الثانية :-لموطن الورثة في حين سنتطرق في النقطة الثالث:- إلى موقع أموال التركة وذلك على التوالي.

أ- موطن المورث الأخير (محل إفتتاح التركة)

ينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية - بناء على هذا المعيار - إذا كان مكان إفتتاح التركة في المملكة (تحرير التركة)؛ بحيث يعتبر هذا المكان في أجماع الفقه (انظر في ذلك، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١ ، ص١٣٦ ؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص٩٦ ؛ الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص٣٢٢، ص٣٢٣ ؛ الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص٨٣ ؛ السيوفي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص٣٠٨ ؛ الحجار ، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ، ص٤٣٠) في المكان الذي يوجد فيه آخر موطن للمورث .(انظر نص المادة الثالثة من قانون الإرث لغير المسلمين اللبناني).

وبناء على هذا الضابط تعتبر التركة أنها أفتتحت في المملكة ، إذا كان آخر موطن للمورث في الأردن وتم إجراء معاملة حصر الإرث أمام المحكمة ، الأمر الذي سيترتب عليه أن هذا الموطن هو في الحقيقة ضابط الاختصاص في هذه الحالة ، وهو ضابط شخصي وإقليمي، مسلم به فقه وقضاء.....واقره مؤتمر القانون الدولي الخاص في دورته المنعقدة في لاهاي لسنة ١٩٢٨(انظر ، الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦، ص٣٢١ و ٣٢٢).

يرى الفقه الغالب (انظر في ذلك، صادق ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص١٣٦ ؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص٩٦ ؛ الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦، ص٣٢٢، ص٣٢٣ ؛ انظر الحداد ،حفيظة السيد ،

النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط ٢٠٠٤، ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٢٤؛ الحداد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٨٣؛ السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٣٠٨) بأن الهدف من جعل موطن المورث الأخير معياراً لعقد الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإرث هو حسن سير العدالة؛ لأنه في موطن المورث الأخير تكون متركزة أموال المتوفى وعقاراته، مما يجعل من محكمة موطنه الأخيرة أكثر قدره على تطبيق العدالة، كما ويحفظ حق الدائنين ومصالحهم متى كانت الحقوق وأصحابها في دولة واحدة؛ لأن التقسيمات التبعية لمحكمة موقع المال تحفظ حق الدائنين. (ولا يفوتنا القول إن تجميع الدعاوى المتعلقة بالتركة أمام محكمة واحدة؛ وتطبيق قوانين وأصول واحدة يضمن سير العدالة ويؤدي إلى وحدة الإختصاص). (انظر شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٩٦) ويضاف إلى ذلك بأن محاكم هذا الموطن لها القدرة على البت في المنازعات المتعلقة بالتركة؛ لكونها أقرب المحاكم إلى أموال المتوفى.....؛ لذا يعتد بهذا الموطن على أساس أنه المحل التي تتركز فيه أمواله بصفة عامة كما اسلفنا؛ فيكون اختصاص محكمة موطن المتوفى هو في الحقيقة محكمة موقع المال). (انظر: الحداد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٨٤؛ انظر: الحداد، حفيظة السيد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط ٢٠٠٤، ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٢٤؛ الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٢٢ و ص ٣٢٣)

وبناء على ذلك فإن تجميع الدعاوى المتعلقة بالتركة أمام محكمة واحدة هو ما يقضي به حسن سير الخصومة وهي غالباً محكمة موطن المتوفى.

ولا يرى الباحث ضيقاً لو أن المشرعين الأردني واللبناني عقدا الاختصاص القضائي الدولي في الدعاوى التي ترفع على تركة الأجنبي الذي ليس له موطن ولا سكن ولا محل إقامة في

المملكة متى كانت الشركة قد أفتتحت فيها؛ لأن ذلك يصلح معياراً لعقد الاختصاص للمحاكم الأردنية.

ولا بد من الإشارة هنا أن المسائل، أو الدعاوى التي تتعلق بنظام الشركات تعد من الأحوال العينية ولا تخضع إلى القانون الشخصي، بل إلى قانون موقع المال¹⁵، حتى لو كان الإختصاص لمحكمة دولة القاضي. فالاختصاص القضائي الدولي - في حالات انعقاده للمحاكم الأردنية - مقيد بنوع الدعوى وضوابط، أو معايير تحديد الإختصاص. مما يترتب على ذلك اختصاص محكمة دولة (موقع المال) وليست المحاكم الأردنية التي عقد لها الاختصاص ابتداءً، مما يؤدي ذلك إلى زوال الاختصاص القضائي وعقده لمحكمة الدولة الموجودة فيها الأموال. (انظر في ذلك: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، حواشي، ٣٢٧). (فمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالشركة مسألة تكييف يبين فيها القاضي الوطني ما يدخل في هذه الفئة أو غيرها بناء على القانون الأردني؛ باعتباره قانون القاضي الذي يخضع له التكييف والمسائل التي تعتبر من نظام الميراث ويحكمها القانون الشخصي أي قانون بلد المورث وتعتبر جزءاً من حالته الشخصية وبالتالي لا تشمل مثل المسائل المتعلقة بنظام الشركات والأموال كالأجراءات المتصلة بالشهر والشروط التي يتطلبها القانون لثبوت الحقوق العينية أو انتقالها أو زوالها أو لوضع اليد عليها شائعة أو مفرزة في مواجهة الغير فهي بعيدة عن مسائل الإرث في هذا الخصوص). (انظر: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، حواشي، ٣٢٧).

وبالتالي فإن الدعاوى التي يمكن إقامتها أمام المحاكم الأردنية بناء على ضابط موطن المتوفى الأخير هي الدعاوى الشخصية دون الدعاوى العينية، لأن ضابط الموطن هو الذي يصلح، بصفة عامة، أساساً لعقد الاختصاص لمحكمة الموطن بالدعاوى الشخصية، ومن هذه الدعاوى، الدعاوى التي يرفعها قبل قسمة الشركة الدائنون العاديون للمطالبة بديونهم العادية، والحكمة من ذلك - كما أسلفنا - هو جمع الدعاوى المتعلقة بالشركة أمام محكمة واحدة. ولكن هل

¹⁵ (انظر الفصل الثالث من هذه الأطروحة، ص ٢٠٥، في المسائل التي تعتبر من نظام الميراث وتخضع للقانون الشخصي لأنها من الأحوال الشخصية أما المسائل المتعلقة بنظام الشركات وتخضع للقانون العيني....)

يتمت إختصاص المحاكم الأردنية بالضابط الشخصي بالدعاوى التي يرفعها صاحب حق عيني على مال يعود إلى تركة المتوفى وبدعوى تصفية التركة ؟ (انظر: السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٩٤)

ولم نجد إجابة عن هذا التساؤل في التشريع الأردني ولكن قد ذهب بعض الفقه السوري المقارن (انظر: السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٢٩٤) إلى أن هذه المحاكم تختص بتلك الدعاوى إذا توافر ضابط آخر هو ضابط وجود المال في سوريا، والمال يوجد عادة في البلد المتوطن فيه المتوفى. أما إذا كان المال موجوداً في الخارج، فلا تختص المحاكم السورية بها، وكذلك بالنسبة لدعوى إزالة الشيوخ، ودعاوى القسمة فهي من اختصاص محكمة موقع المال، والحكمة من عقد الاختصاص لمحكمة موقع المال، الجمع ما بين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق وهذا ما أشرنا إليه سابقاً ولا ضير لو أخذ به التشريعان الأردني واللبناني.

كما أنه لن تختص المحاكم الوطنية بدعوى تصفية التركة إن كانت أموال التركة موجودة في الخارج؛ لأنه يلزم جملة إجراءات بالنسبة لهذه الأموال؛ لذا يكون من الأنسب اختصاص المحكمة الموجود فيها تلك الأموال حسب ما يراه الباحث.

ب- موطن الورثة أو بعضهم

نظراً لالتزام قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الصمت إزاء تعيين الاختصاص الدولي في منازعات الإرث؛ فإننا نرى بأن الاختصاص الدولي ينعقد للمحاكم الأردنية بالدعاوى التي ترفع على التركة إذا كان للورثة، أو بعضهم موطن في الأردن، ما دامت هنالك أموال في الأردن، وقد لا تكون هذه الدعاوى من اختصاص المحاكم الأردنية في الأصل، والهدف من ذلك تفادي رفع دعاوى متعددة للحيلولة دون تفاقم النفقات وتناقض الأحكام، ولحسن سير العدالة يجب أن يتم اختصاص محكمة موطن أحد الورثة أو الدائنين، أو بعضهم، إلى باقي المدعى عليهم.

ولا نرى في هذا الشأن مجالاً للأخذ بالتشريع الأردني فيما ذهب إليه المشرع السوري ويقول الفقيه السوري نعيم السيوفي (تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٥، ص ٢٩٧) من أن مجرد تعدد المدعى عليهم لا يكفي لجعل المحاكم السورية مختصة في حالات لم تكن مختصة فيها بالأصل. كما وأنه لا عبرة لموقع أموال التركة لاختصاص المحاكم السورية. إذ لا فرق في أن تكون جميع الأموال، أو بعضها في سوريا والجزء الآخر خارجها. فلو أراد المشرع أن يكون لموقع أموال التركة أثر على اختصاص المحاكم السورية في الحالتين المذكورتين لنص عليه....

ويرى الباحث بأن معيار وجود المال، أو جزء منه يكفي لانعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأردني حتى لو كان جميع الورثة، أو بعضهم متوطنين في الخارج، ما دام أن الدعوى متعلقة بهذه الأموال، وكذلك الأمر إذ كان موطن أحد الورثة في المملكة ولو كانت بعض أموال التركة (المنقولة) في الخارج، بحيث تستثنى التركة العقارية الكائنة في الخارج من اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين. ويعزى السبب في وجهة نظر الباحث إلى أن الدعوى، متعلقة بتركة (أموال)، وموضوعها حصر الإرث وتوزيع أموال التركة على مستحقيها.

ومن هنا نرى ضرورة تحديد الاختصاص الأصلي للمحاكم الأردنية بناء على معيار وجود الأموال بالمقام الأول، بحيث تكون له أهمية أكبر من معيار الموطن، أو الجنسية. وهذا لا يعني عدم الاعتداد بهذين المعيارين لتحديد هذا الاختصاص وهذا ما سوف نوضحه بعد قليل.

ولقد أصاب قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٤١ الأردني، حين ذهب في مادته الثالثة إلى عقد الاختصاص لمحكمة البداية بوراثة الأموال الموجودة في شرق الأردن، مشيراً إلى أن التشريع اللبناني وفي المادة (١٠٥) فقرتيها الأولى والثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية (والمادة الثالثة والعشرين من القانون رقم (٣٣٣٩) تاريخ ١٩٣٠/١١/١٢ قد حددا اختصاص المحاكم اللبنانية بشكل أكثر وضوحاً من التشريع الأردني وخاصة فيما يتعلق بالتركة العقارية الكائنة في الخارج. والتي سكت عن تحديدها قانوني أصول المحاكمات المدنية الأردني بالتركة العقارية عموماً، وقانون التركات الأردني فيما يتعلق بالتركات العقارية الكائنة في الخارج خصوصاً.

ج- معيار موقع أموال التركة

لما كانت المادة الثامنة والعشرون من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني الساري المفعول ، قد عقدت الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بنظر الدعوى المتعلقة بمال منقول ، أو غير منقول موجود في المملكة لارتباطها بإقليم الدولة. فهل تشمل هذه المادة اختصاص المحاكم في مسائل الإرث ، إذ كان المال موجوداً في الأردن أو بعضه أم لا ؟.

ولم نجد نصاً في هذا القانون يجيب عن هذا التساؤل -بخلاف التشريع اللبناني في المادة(٢/١٠٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية - ولكننا نرى أن من اللزوم بيان الفرق بين اختصاص محاكم المملكة القائم على وجود المال فيها ، وبين اختصاص هذه المحاكم في مسائل الإرث محل البحث .

وقبل بيان هذا الفرق نود التساؤل عن مدى إمكانية الأخذ بنص المادة (الثامنة عشرة) من القانون المدني الأردني التي سعت إلى توحيد القانون الذي يحكم أموال التركة المنقولة ، وغير المنقولة ؛ وذلك بإخضاعها لقانون واحد لتلافي الصعوبات التي يحققها الأخذ بإزدواجية القانون واجب التطبيق على التركة لما في الأخير من مساوئ؟(انظر القسم الثالث من الفصل الثالث في هذه الأطروحة،ص١٨٨) فهل أن وحدة القانون الذي يحكم التركة تشمل التركة العقارية الكائنة في الخارج ،ولن هذا الأمر يستلزم فرض الاختصاص ليشمل تلك العقارات؟ أم يستثني من ذلك فرض اختصاصها على تلك العقارات (انظر السيوفي ،تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي،١٩٨٥، ص٢٢٧)؟هذا ما سوف نجيب عنه بعد قليل.

أما عن بيان الفرق بالنسبة لاختصاص محاكم المملكة القائم على وجود المال فيها وخارجها في المنازعات المتعلقة بالإرث ، أو الدعاوى المتعلقة بالتركة فنرى مع بعض الاساتذة (انظر صادق ، تنازع الاختصاص القضائي،٢٠٠١، ص١٣٧) بأنه يكفي أن تكون بعض أموال التركة في الأردن^{١٦} ولو كان المال محل النزاع كائناً في دولة أجنبية، وهذا ما نؤيده بالنسبة لفرض

^{١٦} - (المشرع السوري من جانبه لم يكتفي بوجود أموال التركة، أو بعضها في سورية لعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية، بل أوجب بالإضافة لذلك وجود ضابط آخر هو كون المورث سورياً وكون الورثة كلهم ، أو بعضهم سوريين . أي أن هنالك معيار شخصي يلزم لعقد الاختصاص للمحاكم السورية؛ إلا وهو معيار الجنسية السورية- حسب التفصيل الذي تناولناه سابقاً- لأي شخص

الاختصاص على أموال التركة المنقولة الموجودة في دولة أجنبية ؛ فينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بناء على هذا المعيار إن كانت الأموال موجودة كلها ، أو بعضها في الأردن فيجلب الاختصاص القضائي في هذه الحالة الاختصاص التشريعي في تطبيق قانون موقع العقار الموجود في الأردن؛ كما وتستثنى تركة المورث العقارية الموجودة في بلد أجنبية من الاختصاص الدولي الأردني-حسب ما يراه الباحث-.مما يطرد الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي الأردني ويعطى الاختصاص لمحكمة وقانون موقع العقار .

وبالتالي نرى مع الداودي (انظر ، الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول ، ص ٢٢٥ ، ١٩٩٨) بأن الاختصاص الدولي الأردني يمتد ليشمل موقع الأموال المنقولة في الخارج ، بخلاف الحال بالنسبة لموقع الأموال العقارية، لعدة أسباب منها أن تنفيذ حكم حصر الإرث أمام محكمة موقع العقار سيؤدي إلى عقبات تنفيذه على أساس أن المحكمة المراد التنفيذ أمامها ستفرض التنفيذ بحجة أن محاكم دولتها هي التي تحكم التركة العقارية وليست المحاكم الأردنية وهذا ما سوف نبينه الآن.(انظر لاحقاً من هذه الأطروحة ، الفصل الرابع ، القسم الثاني ، ص ٢٩٤).

من الجدير بالإشارة أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في المنازعات المتعلقة بالتركة إذا كانت هذه الأموال موجودة في الأردن (منقولات أو عقارات) (م ٣ تركات)؛ حيث يطبق القاضي قانون بلاد المورث على أمواله المنقولة ، أو قانونه الديني في الفرض الذي يكون فيه قانون بلاده يقبل الإحالة لهذا القانون (الإحالة من الدرجة الأولى) (المادة ٤/أ + ج). (على الرغم من أن المادة الثامنة عشرة من القانون الأردني نسخت أحكام (المادة ٤/أ + ج) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين لسنة ١٩٤١ إلا أننا نفضل تطبيق أحكام القانون الأخير على ما سوف نفضله في الفصل الثالث من هذه الأطروحة).

فالمادة الثالثة سألقة الذكر قررت اختصاص المحاكم البدائية على أموال المورث الموجودة في شرق الأردن، ومن هذا يفهم أن الاختصاص الدولي يكون متوافراً للقضاء الأردني بوجود أية

من أطراف الرابطة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ؛ حيث تدعم الجنسية الاختصاص للمحاكم السورية وتطبيق القانون السوري على تركته. وكذلك إذ كان الورثة أو بعضهم سوريين وهذا النص مقتبس من التشريع المصري. ونحن نرى بخلاف ذلك من إنعقاد الاختصاص للمحاكم الأردنية بوجود أية أموال في إقليم الدولة الأردنية (وانظر أيضا ، السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ٣٠٩ أو ص ٣١٠). ولكنه على الصعيد العملي لا يطابقه. (للمزيد حول هذا الموضوع راجع، السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ٣١٦ ، ص ٣١٧).

أموال للمورث في شرق الأردن وهذا معيار إقليمي، وأن اختصاصها كما نراه يمتد إلى أمواله المورث المنقولة الكائنة في الخارج، ولا تشمل التركة العقارية في الخارج، رغم سكوت المشرع عن ذلك، مشيراً هنا بأن هذه المادة قررت وبدقة بأن قانون بلاد المورث هو الواجب التطبيق على التركة المنقولة، وبالتالي فإن هذا القانون لا يشمل التركة العقارية، سواء الموجودة في الأردن أم خارجها.

وعليه فقد أعطى هذا القانون الاختصاص القضائي للمحاكم الأردنية، والاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، مؤكداً هنا إلى أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين التزم الصمت إزاء أموال التركة العقارية الموجودة في الخارج، بخلاف الأمر بالنسبة لأموال التركة العقارية الموجودة في شرق الأردن التي أخضعها هذا القانون لتطبيق القوانين السارية والمطبقة على المسلمين (م 9 تركات)، كما وأعطى الصلاحية للمحاكم البدائية متى وجدت أموال منقولة في الأردن، ولكن القانون الذي تطبقه المحاكم البدائية في توزيع أمواله المنقولة هو قانون بلاده، أو قانونه الديني في الفرض الذي يكون فيه قانون بلاده يقبل الإحالة إلى هذا القانون (الإحالة من الدرجة الأولى).

ولا بد من الإشارة إلى أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني سكت عن تحديد اختصاص المحاكم الأردنية بمنازعات الإرث إذا كانت الأموال داخل الأردن أو خارجه، بينما التشريع المصري و(قانون التركات الأردني) - وخلاف اللبناني -، التزم الصمت إزاء مسألة تحديد اختصاص محاكم الدولة بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة، سواء أكانت عقارات أم منقولات إن كانت هذه الأموال خارج إقليم الدولة متى انعقد لها الاختصاص الدولي بناء على أية من الضوابط المشار إليها سابقاً (الشخصية، أو الإقليمية) -، مما أوجب من الباحث إيجاد الحل الذي يناسب هذه المسألة بما يتلاءم مع طبيعة التشريع الأردني مراعيًا بذلك مجمل نصوص قانون التركات الأردني ومستعينا بذلك بالفقه المصري الأقرب إلى القانون الأردني.

هذا وقد انقسم الفقه المصري بشأن اختصاص الدولة بمسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة في الوضع الذي يكون فيه للمدعى عليه موطن، أو محل إقامة، أو كانت مصر هي آخر موطن للمتوفى، أو كان المورث مصرياً، أو كانت أموال التركة كلها، أو بعضها في مصر

وحتى لو كانت بعض أموال التركة موجودة في الخارج ، فأجاز الفقه عقد الاختصاص لمحاكم الدولة من دون التمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة. في حين يرى الباحث مع قول أحدهم (صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص ١٣٨) بأن المعايير السابقة تصلح للاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث المنقولة، أو إذا كانت بعض العقارات كائنة في الخارج ما دام أن الدعوى لا تتعلق بهذه العقارات. وقد أخذ المشرع اللبناني وفي المادة (١٠٥) /الفقرة الثانية) منه بهذا الرأي وبعدم اختصاص المحاكم اللبنانية على عقارات التركة الواقعة في الخارج.

ويرى السيوفي (تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٥، ص ٣١١) بأن هناك حالة ينعقد بموجبها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم - (السورية)-، إذا كانت هناك أموال للتركة ، أو بعضها في (سورية) بشرط عدم اختصاص محكمة محل فتح أموال التركة ، مستنداً في ذلك بالمشرع المصري في المادة (٨٦٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية؛ سواء أكان ذلك بالنسبة لكل التركة، أم بالنسبة للأموال الموجودة في مصر وحدها. أي لا فرق أن يكون عدم اختصاص محكمة افتتاح التركة شاملاً لجميع أموال التركة، أو أموالها الموجودة في مصر ويبرر هنا اختصاص المحاكم السورية منع إنكار العدالة.

ويرى الباحث بأن الاختصاص يجب أن يكون لمحاكم الدولة الموجود فيها جزء أو كل أموال المورث؛ بحيث يصلح مكان وجود أية أموال للتركة لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الموجودة فيها هذه الأموال. وبهذا أخذ المشرع الأردني ، وفي المادة الثالثة من قانون التركات بإنعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية بوجود أية أموال للتركة في شرق الأردن .

وعلى الرغم من أن قوانين أغلب الدول العربية تبنت وحدة القانون الذي يحكم التركة (الأردني في المادة ١٨/مدني ، المصري ، السوري ، بخلاف اللبناني في المادة ٠٥ والفرنسي)؛ بحيث تشمل التركة العقارية الكائنة في الخارج، وبالتالي ضرورة وحدة الاختصاص على أموال التركة في داخل دولة القاضي وخارجها؛ إلا أن الفقه المصري- بخلاف التشريع اللبناني في المادة ٢/١٠٥ أصول لبناني -انقسم حول مسألة تعلق الدعوى ببعض أموال التركة العقارية الكائنة في دولة أجنبية إلى عدة آراء نوجزها فيما يلي :-

١- ذهب رأي إلى انعقاد الاختصاص القضائي الدولي بدعاوى الإرث إذ وجد أحد الضوابط السالفة الذكر، وعلى ذلك فلا مجال لاستثناء الدعاوى المتعلقة بالإرث ، أو التركة بشأن عقار بعينه في الخارج، -بمعنى أن الاختصاص ينعقد بجميع دعاوى الإرث والتركة ولو تعلقت الدعاوى بعقار معين واقع في بلاد أجنبية (الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٢٧ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٠، ص ٩٧) فتختص المحاكم المصرية بمسائل التركة ، وكذلك دعاوى الاستحقاق في الإرث؛ لأن ذلك يؤدي إلى وحدة الاختصاص بهذه المسائل . (أنظر صادق ، تنازع الاختصاص القضائي لسنة ٢٠٠١، ص ١٣٩ ؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠، ص ٩٧) كما وأن مبدأ وحدة التركة لا يقبل الانقسام، (انظر السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٥، ص ٢٩٧) بالإضافة إلى ذلك فإن اختصاص المحاكم المصرية يتمثل في الدعوى التي يرفعها الدائن العادي مطالباً بحقه؛ (وهي دعوى شخصية منقولة بجانب تعلقها بالتركة بضابط الاختصاص بمسائل الإرث خاصة وأن الضمان العام للدائن يشمل كل أموال مدينه). (أنظر الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦، ص ٣٣٠) ولو كانت العقارات كائنة في الخارج. وبالتالي فرض الاختصاص على جميع التركة العقارية . وبهذا أخذ المشرع الأردني بنص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني ، بينما جاء نص المادة الثالثة من قانون التركات أكثر توفيقاً ؛ حينما ذهب إلى توزيع أموال المورث المنقولة حسب قانون بلاده ولم يبين القانون الواجب التطبيق على التركة العقارية الكائنة في الخارج الأمر الذي يدل على أن الاختصاص والقانون الواجب التطبيق يكون لمحكمة الموقع.

ولا يؤيد الباحث الرأي الذي ذهب إلى فرض الاختصاص على التركة العقارية الكائنة في الخارج؛ لأن إنعقاد الاختصاص لدولة ما بالنسبة لعقار واقع في الخارج يؤدي إلى عدم القدرة على تنفيذ الحكم الصادر من محاكم هذه الدولة لدى محاكم موقع التركة العقارية ، لاختصاص الأخيرة على العقارات الواقعة في إقليمها ؛ بحيث ستفرض تنفيذ أية أحكام صادرة من الخارج تتعلق بعقارات واقعة على إقليمها مالم تكن هنالك اتفاقية مع الدولة مصدرة الحكم ؛ لتعلق الأمر بسيادة الدولة .

٢- ذهب رأي آخر إلى التفريق بين الدعاوى الشخصية والدعاوى العينية المتعلقة بعقار في حالة وجوده في الخارج ؛ حيث عقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالأولى دون الدعاوى العينية المدنية البحتة ؛ كدعوى دائن المورث التي يطالب فيها بالوفاء بدينه من التركة، والدعوى التي ترفع على مدين المورث ؛ لاستيفاء أموال التركة ، والتي تخضع للقضاء المصري متى تحققت الضوابط المشار إليها سابقا ، ألا وأنها والحالة هذه تخرج عن إختصاص القضاء المصري ، إذا ما تعلقت بعقار واقع في الخارج.(انظر،صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١،ص١٤٠)

وعليه يرى هذا الفقه عدم انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعاوى ذي الحق العيني التبعية على عقار المتوفى الكائن في الخارج ، حتى لو كانت مصر هي بلد افتتاح التركة ، أو توافر أي ضابط من الضوابط السابقة ؛(كدعوى الدائن المرتهن الواقع على عقار بالخارج).(صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١،ص١٤٠)

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن قانون المرافعات المصري وفي المادة(٢/٣٠) منه خول الاختصاص إلى لمحاكم المصرية بالدعاوى المالية الموجودة في مصر ، أما إذا كانت الدعوى التي يرفعها الدائن ذو الحق العيني ،فهي دعوى عينية، لا تختص بها المحاكم المصرية إذا كان المال المترتب فيها الحق واقعا في الخارج (الرفاعي ، اشرف عبد العليم ، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦ ، ص ٣٣١، وانظر في شأن التمييز بين أموال التركة وبين غيرها من الأموال وأثره على تحديد القانون واجب التطبيق، الفصل الثالث ، الموضوع الثالث من هذه الاطروحة). ولم تميز هذه المادة بين العقار والمنقول ، لذا نرى مع نفر (صادق ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١ ، ص١٤١) بأن هذا القول غير صائب؛ فكان على المشرع أن يميز بينهما، فالمنقول في الدعاوى ذي الحق العيني التبعية على أموال المورث ضد الورثة تختص فيها مصر ما دام أن التركة قد أفتتحت في مصر حتى لو كانت المنقولات كائنة في دولة أجنبية؛ لأن هناك فرقا بين الدعاوى العينية المنقولة والدعاوى المتعلقة بالعقارات بصفة عامة.....

٣- ذهب رأي ثالث نؤيده إلى القول بعدم انعقاد الاختصاص القضائي في أية حالة من الحالات السابقة متى تعلقت دعوى الإرث أو التركة بعقار موجود خارج مصر-الدولة الناظرة في

المسألة الإرثية- على أساس أن تعيين الوارث في العقار هو تحديد لمن سيؤول إليه الحق العيني على العقار ، وهو الأمر الذي يستوجب اختصاص محكمة موقع العقار بدعوى الإرث المتعلقة به تطبيقاً لمبدأ قوة النفاذ ، كما وأن محكمة موقع العقار هي المختصة في جميع الأحوال بدعوى القسمة ،.....لذا فإن محاكم دولة الموقع ستترفض غالباً تقسيم العقار على أساس التحديد الذي أتت به المحاكم المصرية-الدولة مصدرة الحكم- للورثة في العقار ، وأنصبة كل منهم فيه ما دام أن هذا التحديد من شأنه اكتساب حق عيني على عقار كائن فيها في غير الأحوال التي يقرها القانون الواجب التطبيق هناك ، ومؤدى هذا أن يصبح الحكم المصري الصادر في دعاوى الإرث المتعلقة بعقار كائن في الخارج عديم القيمة الفعلية.(أنظر صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص٣٩١ وص١٤٠)

وبالتالي نرى مع قول (R.H.GRAVESON The conflict of Laws,1960,pg 362) "بأنه لا ينبغي للمحكمة أن تصدر حكماً ، حتى على الأشخاص، والذي ليس له سريان محدد بدون تدخل محكمة أجنبية ، في البلد التي تقع الأرض فيها ، والتي يجب تنفيذها بها يمكن ربما التعامل معه على أنه فارغ المضمون ولأسباب أخرى، مثل طبيعة الدعوى، ووجود المدعى عليه أو أملاكه في إنجلترا، حيث إذا كان ممكناً تنفيذ الحكم بشكل فعال يكون الاختصاص قد مورس".

"Ought not to pronounce a decree even in personam, which can have no specific operation without the intervention of a foreign courts, and which in the country, where the lands to be charged by it lie would probably be treated as brutum fulmen,, where for other reasons, such as the nature of the claim and the presence of the defendant or his property in England, a judgment could be effectively carried out, jurisdiction has been exercised".

(R.H.GRAVESON, THE CONFLICT OF LAWS , FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET
(MAXWELL LIMITED 11 NEW FETTEL LANE , 1960,p362)

وبناء على ما تقدم نرجح القول الذي يرى(صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ، ٢٠٠١، ص٣٩١ وص١٤٠) (بأن يترك أمر تعيين الورثة في العقار الكائن في الخارج ، وتحديد أنصبتهم فيه إلى محاكم دولة موقع هذا العقار والتي تختص أيضاً بدعوى القسمة فيه ، وذلك استجابة إلى وحدة الاختصاص في المنازعات المتعلقة بعقارات كائنة في الخارج، وإعمالاً لمبدأ

قوة النفاذ الذي يعد الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم دولة موقع العقار دون غيرها من المنازعات المتعلقة به على نحو ما رأينا من قبل)، (أضف إلى ذلك أن العقارات تعد جزءاً من إقليم الدولة ومن المستحيل لها أن تعهد إلى غير قضاتها بالنظر فيما يتصل بإقليمها، أي تعده دولة العقار إعتداء على سيادتها الإقليمية). (شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري ، ١٩٩٠ ، ص ٩٧)

كما وأن مبدأ المعاملة بالمثل في ميدان الإرث يفرض على الدولة الموجودة فيها أموال المورث التحقق من توافر هذا الشرط ، وبالتالي فإن تنفيذ الحكم الأجنبي الذي قرر حصة إرثية لمورث قد يؤدي بالدولة الواقعة بها أموال المورث العقارية - (المطلوب منها التنفيذ) - عدم تنفيذه لأسباب تتعلق بمبدأ المعاملة بالمثل بالتركة العقارية أو النظام العام ، وبالنتيجة يكون الحكم الأجنبي الذي قرر الحق فارغ المضمون وعديم الجدوى.

والجدير بالذكر أن تحديد الاختصاص بدعاوى قسمة أموال التركة في الخارج، والخروج من حالة الشيوخ الناشئة من الميراث في الدعاوى الشخصية وهي تخضع حسب الرأي الراجح إلى محكمة موقع المال - وذلك أن لدعوى القسمة طبيعة خاصة - لذا يستلزم الأمر أن تقوم محكمة موقع المال بإجراءات القسمة؛ لأنها أقدر محكمة على توليها، سواء أكان ذلك بالنسبة للعقار أم المنقول، فعلى فرض أن محكمة غير محكمة موقع المال قد تصدت لإتخاذ اجراءات القسمة فسوف يكون حكمها - والواجب التنفيذ في دولة الموقع - عديم القيمة الفعلية ، لأن الأمر يتطلب تنفيذه في هذه الدولة والتي سترفض محاكمها ذلك مما يصبح معه الحكم عديم الجدوى. (انظر، بدر الدين عبد المنعم شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٠ ، ص ٩٨ و ص ٩٩ ؛ صادق ، ٢٠٠١ ، ص ٤٢ او ص ١٤٣؛ الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٣٢)

أما بالنسبة لدعوى تصفية التركة إذا كانت أموال التركة واقعة في الخارج، فلا تختص المحاكم المصرية - الناظرة في المسألة الإرثية - بدعوى تصفية التركة؛ لأن هذه الدعوى تقتضي إجراءات يتعين اتخاذها بالنسبة لهذه الأموال ، بحيث يفضل اختصاص محكمة الموقع بها أكثر من اختصاص أية محكمة أخرى؛ لأن التصفية هي من الأحوال العينية وتخضع لقانون موقع

المال وتهم سلامة المعاملات في بلد موقع المال. (الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٣٢)

وعلى الرغم من أن الإختصاص والقانون الواجب التطبيق متسقان إلا (إن مبدأ الاختصاص الحصري لمحاكم البلد الذي تقع فيه الأموال غير المنقولة للحكم في قضية تؤثر على تلك الأرض ، إلى جانب نتائجها التبعية أن قانون المحل هو القانون الملائم تطبيقه، هو مبدأ مقبول عموماً عبر نظم القانون العام ونظم القانون المدني ، والاستثناء الرئيس على هذا المبدأ الذي يوجد في بعض نظم القانون المدني هو استثناء التوارث العام في الأموال المنقولة وغير المنقولة المحكوم بشكل عام بقانون واحد وهو قانون الموطن. The R.H.RAVESON (conflict of Laws. fourth Edition, 1960,pg 360)

"The principle of the exclusive competence of the courts of the country where an immovable is situated to adjudicate on any issue affecting such land, together with its corollary that the lex situs is the proper law to apply, is one of general acceptance throughout common law and civil law systems. The chief exception to this principle found in some civil law systems is that of universal succession to both movable and immovable property , generally governed by a single law, the lex patriae"

ومما تجدر الإشارة إليه بأن عقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة ما في المنازعات المرتبطة بالإقليم مبدأ عام تمليه السيادة وتقضي به الأعراف؛^{١٧} وأن إخضاع الدعوى لاختصاص المحكمة التي يقع المال في دائرتها القضائية يسهل إجراءات التقاضي وتجعل المحكمة أقدر على حسم الدعوى، كما تمكنها من سرعة وسهولة إجراء تحقيقاتها القضائية والكشف وتعيين الخبراء والحارس القضائي على المال وحسم النزاع. بدون إطالة الوقت وتكبد نفقات زائدة. (انظر ، الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ص ٢٢٥).

وعلى ذلك يرى الباحث وجوب إستثناء خضوع أموال التركة العقارية الموجودة في الخارج من اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين ، وذلك بناء على الأسباب التي بينها سابقا ، ولما لقانون الموقع من أثر في سهولة تنفيذ حكم حصر الإرث بالأموال العقارية من عدمه. (...ولأن

^{١٧} (حيث أن بسط الولاية العامة للمحاكم الوطنية على كل شيء وكل شخص في إقليم الدولة - مبدأ مقدس بغض النظر عن جنسية أطراف العلاقة. (انظر ، الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ص ٢٢٥)

الحكم الذي يؤثر على الأرض عادة يجب سريانه ،وتنفيذه إن كان ضرورياً، في البلد الذي تقع فيها الأرض. لقد اعترفت المحاكم الانجليزية طويلاً بهذا القيد العملي على اختصاصها).

(R.H.RAVESON. The conflict of Laws fourth Edition, 1960,pg 360)

(A judgment affecting land normally has to be put into effect, by execution if necessary, in the country where the land is situated. English courts have long recognised this practical limit to their jurisdiction.)

لذا ترفض المحاكم الانجليزية ممارسة الاختصاص في الأعيان على الأموال غير المنقولة التي تقع خارج إنجلترا، مع أنها تمارس اختصاصاً محدوداً على الأشخاص، كلاهما في القانون العام وعلى أساس العدالة، فيما يتعلق بتلك الأموال غير المنقولة عند الوفاء بالشروط المعتبرة

...

(The conflict of Laws R.H.RAVESON. fourth Edition, 1960,pg 360)

«...English courts refuse to exercise jurisdiction in rem over immovable property situated outside England, though they exercise a limited jurisdiction in personam, both at common law and on grounds of equity, in respect of such immovables when the conditions which are considered..... are fulfilled»

ولكل ما تقدم يرى الباحث بأنه يتوجب تعديل قاعدة الاسناد الأردنية الخاصة بالإرث ، وذلك بإستثناء تطبيق قانون جنسية المورث من نص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني على عقارات التركة الكائنة في الخارج ، وذلك بالنص الصريح على ذلك، لعدم جدوى فرض الاختصاص على هذه العقارات ، وبالتالي فإن وحدة القانون واجب التطبيق ووحدة الاختصاص على التركة العقارية الواقعة في الخارج تكون لمحكمة موقع العقار . وبالتالي تخرج هذه التركة من اختصاص المحاكم والقانون الأردنيين.(هذا مسلك قانون التركات الأردني المنسوخ بموجب نص المادة الثامنة عشر من القانون المدني الأردني).

((وعليه نرجح ذلك الجانب من الفقه الذي ينظر إلى كل عقار واقع على أراضي دولة كأنه تركة مستقلة، عملاً بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع العقارات لقانون موقعها وقد أخذ القضاء الفرنسي مؤخراً بهذا الرأي ، وكذلك القانون اللبناني في المادة (١٠٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية ، والقانون الانجليزي .

وهذا الأمر يؤدي إلى ازدواجية القانون واجب التطبيق على التركة . ولا مجال للأخذ بهذا الاجتهاد الأخير لمحكمة النقض الفرنسية في التشريع الأردني، ما لم يتم تعديل قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث في القانون المدني الأردني ، والتي تخضع الميراث في الأموال المنقولة وغير المنقولة لقانون بلاد المورث ولا تخضع الميراث في العقارات التي توجد خارج المملكة إلى قانون موقعها؛ مشيراً أن قانون التركات أخضع العقارات الموجودة في شرق الأردن لقوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين والتزم الصمت بالنسبة للتركة العقارية الكائنة في الخارج.)) (انظر السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٥، ص ٣٠٩) مما يعني بأن هذا القانون قد أخضع العقار الموجود بالأردن لاختصاص المحاكم والقانون الأردنيين.

(ويلاحظ هنا بأن التشريع السوري ميز في عقد الاختصاص الدولي للمحاكم السورية بين مواد الأحوال العينية ومواد الأحوال الشخصية، فعقد الاختصاص القضائي إذ كانت الدعوى متعلقة بمنقول؛ أو بعقار في سورية بالنسبة لمسائل الأحوال العينية، بعكس الحال في مواد الأحوال الشخصية، حتى في الحالة التي توجد جميع أموال التركة في سورية لم يعقد الاختصاص لها؟؟).

فحالة وجود أموال منقولة وعقارات للتركة في سورية دون أن يرتبط هذا الوجود بأي ضابط آخر من الضوابط الثلاثة المذكورة أعلاه لا يكفي لعقد الاختصاص للمحاكم السورية.

فالتمييز في عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم السورية بين الأحوال الشخصية والعينية يلزم أن يكون بالنسبة لمسائل الإرث بحيث يكون ضابط موقع المال إلى جانبه، (الجنسية) السورية للورثة ، أو المورث ، أو كون محكمة محل فتح التركة - غير مختصة طبقاً لقانونه). وبناء على ما تقدم ، لا ينعقد الاختصاص للمحاكم السورية في مسائل الإرث ، إذا كانت أموال التركة كلها ، أو بعضها في سورية وكان المورث أجنبياً ، أو كان الورثة كلهم أجنبياً، ولا تكون كذلك مختصة إذا كان المورث سورياً أو كان الورثة جميعهم أو بعضهم سوريين وكانت أموال التركة كلها خارج سورية. إن اجتماع الضابطين، في كل حالة من الحالتين، ضروري لعقد الاختصاص للمحاكم السورية في مسائل الإرث.(السيوفي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٥، ص ٣٠٩ و ص ٣١٠)

ومن الجدير ذكره أن هذا الضابط يتسم بأنه إقليمي موضوعي لأنه يتصل اتصالاً وثيقاً بالمنازعات التي توجد في محيط الدولة ، وعليه نرى باختصاص محاكم المملكة في منازعات الإرث على أساس أنها محكمة وجود أموال للتركة أو بعضها. كما لا يكفي أن ينعقد اختصاص محاكم المملكة بتوافر ضابط آخر لعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم المملكة، سواء أكان هذا الضابط شخصياً (جنسية المورث) ، أو أحد الورثة، مادام أن جميع الأموال خارج إقليم الدولة هذا بخلاف موقف المشرع المصري الجديد.

واخيراً فإن التوجه الذي سلكه قانون الشركات الأردني والقانون اللبناني بانعقاد الاختصاص بوجود أية أموال للتركة مسلماً محموداً ، وكذلك ما ذهب إليه التشريعان من إخراج التركة العقارية الكائنة في الخارج من اختصاص محاكمها وقانونها وحسب التفسير الذي توصلنا إليه سابقاً بالنسبة لقانون الشركات الأردني. (م ٣)

٢- معايير الاختصاص الدولي الطارئ للمحاكم الأردنية واللبنانية في موضوع

الإرث

يعرف الاختصاص القضائي الطارئ بأنه: (الاختصاص الذي يطرأ على المحكمة لظرف طارئ رغم عدم وجود ارتباط إقليمي، أو شخصي في مسألة فرعية ليست في الأصل موضوعاً للدعوى الأصلية) (انظر، الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ص ٢٢٩). وينعقد هذا الاختصاص للمحاكم الأردنية طبقاً لنص المادة (٢٧-٢، ٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية في حالة الخضوع الإرادي لمحاكم المملكة والارتباط بمسألة أولية وفي الإجراءات المستعجلة والوقائية ، وفي هذه الدراسة سنقتصر الحديث على اختصاص المحاكم الوطنية بالمسائل الأولية والمرتبطة في بالنقطة الأولى بينما سنتناول الاختصاص الدولي في الإجراءات المستعجلة والوقائية في النقطة الثانية وذلك على التوالي.

(1) الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في المسائل الأولية والمرتبطة

من الممكن أن تعرض -أمام المحكمة التي تنظر بنزاع معين يدخل ضمن اختصاصها - مسائل فرعية يخرج أمر النظر بها عن اختصاصها ، إلا أن فصلها يكون ضروريا من أجل فصل النزاع الأصلي ، بمعنى أن فصل النزاع الأصلي يكون متوقفا على فصل المسائل الفرعية. (الحجار ، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ، ٢٠٠٢، ص ٤٤٤)

يعرف الارتباط بالاصطلاح القانوني بأنه: (الصلة الوثيقة بين دعويين هما الدعوى الأصلية ودعوى فرعية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالدعوى الأصلية ، مما يستوجب من المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية أن تنظر في الدعوى الفرعية ؛ لأن في ذلك مصلحة للمتخاصمين). ويكون للمحكمة ذلك حتى لو لم يكن الحق لها في فصل الدعوى بشكل أساسي ؛ لكونه خارج اختصاصها الأصلي ؛ فوجود مسألة أولية ، أو فرعية مرتبطة بموضوع دعوى أصلية ، والتي تجعل من مصلحة المتخاصمين جمعها أمام محكمة واحدة لتفصل بينهما بحكم واحد تتنازع القوانين والاختصاص القضائي ، ١٩٨٥، ص ٢٩٨)؛ حيث يكون الحكم في الدعوى الفرعية لهذه المحكمة ولو كانت لا تدخل ضمن اختصاصها الأصلي، وتبعاً لذلك يثبت الاختصاص القضائي الطارئ لمحكمة الدعوى الأصلية والتي تنظر في هذه المسألة الأولية - الفرعية - وتفصل فيها تبعاً للدعوى الأصلية ، كما لو كانت المحكمة تنظر في نزاع متعلق بقسمة تركة ودفع أحدهم أثناء المرافعة بكون المورث، أو أحد الورثة أجنبي الجنسية، فهنا يتوجب على المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية أن تنظر في هذا الدفع- وتأجل البت في الدعوى الأصلية - وتثبتت من جنسية المتوفى، أولاً قبل إصدار الحكم في تقسيم التركة رغم أنها غير مختصة أصلاً في رؤية دعاوى الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية -متى كان للجنسية أثر في استبعاد اختصاصها ، أو جلبه لها -، وكذلك تمتد ولاية المحكمة إلى الطلبات الإضافية التي يتقدم بها أطراف الدعوى بصفتها طلبات عارضة تحقيقاً للعدالة . (أنظر : الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ط٢، ص ٢٣١)

ويرى الباحث مع جانب من الفقه (انظر السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي ١٩٨٥، ص ٢٩٩) بأن الارتباط لقيام الاختصاص القضائي الدولي يشمل الأحوال الشخصية والأحوال العينية على حد سواء، وأن التوسع في تحديد معنى الارتباط.... هو.... قيام صلة وثيقة بين الدعويين فلا ضرورة لوحدة السبب ولوحدة الموضوع - ما دام المحل نفسه-، (وعلى ذلك يستلزم أن يفصل القاضي بالمسائل الأولية أولاً حتى ولو لم تكن هذه المسائل مما يدخل في ولايتها أصلاً، فالفصل في الدعوى الأصلية يستلزم الفصل في المسألة الأولية- إذا كانت داخلة في اختصاصها ، أو يوقف الفصل في الدعوى حتى يتم القاضي الفصل في المسألة الأولية-) (الفرعية - من المحكمة المختصة بها). (انظر: الحداد ،حفيظة السيد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط ٢٠٠٤، منشورات الحلبي الحقوقية ،ص ١٦٤؛ انظر: الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ١٢٤).

هذا ويترتب على صدور قرار بوقف الدعوى إنتظاراً للفصل في المسألة الأولية التي أثارها الدفع أن تظل الخصومة قائمة أمام المحكمة مرتبة لكل آثارها ، ولكن الإجراءات تقف ويمتنع إتخاذ إجراءات خلال مدة الوقف ، ويستمر الوقف إلى أن تفصل في الدفع من الجهة المختصة . (خفاف؛ ليلي على سعيد ،أطروحة دكتوراه بعنوان :وقف الخصومة في قانون أصول المحاكمات المدني الأردني،؛نوقشت في جامعة عمان العربية ، ٢٠١٠، ص ٤٩).

(من المبادئ المسلم بها في فقه قانون أصول المحاكمات المدنية بأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وبناء على هذا فإن اختصاص المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية يستتبع اختصاصها بالمسائل الأولية.

القضاء الفرنسي من جانبه فرق بين نوعين من المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الأصلية؛ الأولى المسائل الأولية والثانية المسائل الفرعية. أما الفرعية فهي تعد استثناء على ذلك المبدأ ويتعين على القاضي أن يوقف نظر الدعوى إلى حين الفصل في تلك المسألة الفرعية من المحكمة المختصة بها). (بنفس المعنى ، الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في

القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ١٢٤ و ص ١٢٥؛ انظر الحداد، حفيظة السيد ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط ٢٠٠٤، ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٦٥).

أما المسألة الأولية التي تثار في الدعوى ، ويتوقف على حلها الفصل في الدعوى الأصلية إذ يجب أن تصفى هذه المسألة أولاً حتي يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على أساسها ، فالحكم في القضية معلق على المسألة الأولية ، فهي مسألة مبدئية أو أساسية لا بد من البت فيها أولاً ولذلك سميت مسألة أولية. (خفاف، ليلي علي سعيد ، أطروحة دكتوراه بعنوان :وقف الخصومة في قانون أصول المحاكمات المدني الأردني، ؛نوقشت في جامعة عمان العربية ، ٢٠١٠ ، ص ٥١) وتكون من اختصاص محكمة الدعوى الأصلية.

ومما تجدر ملاحظته بأنه يستشف من نص المادة (٣/٢٧) من قانون الأصول المدنية الأردني لزوم توافر شروط معينة من أجل عقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية والمختصة بالدعوى الأصلية وهذه الشروط هي :-

(أ- أن يكون للمحاكم الوطنية الأردنية الاختصاص بالدعوى الأصلية بناء على ضوابط الاختصاص الدولي السالفة الذكر ، والتي عالجت المواد من (٢٧-٢٩) بعض منها. وننوه هنا بأنه لا يشترط أن تكون المحاكم الأردنية مختصة بنظر المسألة الأولية ، إذا ما رفعت أمامها في صورة دعوى أصلية استقلالاً، ويستوي أن تكون المسألة الأولية متعلقة بإحدى مسائل الأحوال العينية ، أو الأحوال الشخصية.

ب- وجوب الفصل في المسألة الأولية حتى يتسنى الحكم في الدعوى الأصلية، على ما سبق بيانه؛ كما لو دفع أحد بأن المورث، أجنبي الجنسية فهنا لا بد أن تنتظر المحكمة بالدفع أولاً لتقرر بعد ذلك لمدى صلاحيتها في النظر في النزاع .

ج- أن تكون الدعوى الأصلية لا زالت قائمة أمام هذه المحكمة). (انظر، الزعبي، عوض ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧ ، ص ١١٩)

وفضلاً عما تقدم فإن المحاكم الوطنية تختص بالطلبات العارضة^{١٨} التي تثار أمامها في صورة دعوى أصلية مستقلة (بنفس المعنى، الحداد، حفيظة السيد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط٤، ٢٠٠٤، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٦٦، بنفس المعنى، الحداد، حفيظة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ١٢٧)، وتطبق الشروط السابقة على الطلبات العارضة طبقاً لنص المادة (١١٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

أما بالنسبة للطلبات المرتبطة وهي التي تكون على رباط وثيق بالدعوى الأصلية؛ فيستوجب حسن سير العدالة أن تجمع معاً أمام محكمة واحدة لكي يفصل فيها في خصومة واحدة تلافياً لتضارب الأحكام القضائية. (انظر، الحداد، حفيظة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، ص ١٢٧) فهي أيضاً تخضع للشروط السابقة طبقاً لنص المادة (١١٥) من الأصول المدنية الأردني.

(٢) الاختصاص الدولي في الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالتركة

حددت المادة ٣/٢٧ الفقرة الثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٦) الاختصاص القضائي الدولي الطارئ لمحاكم المملكة؛ وينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن بغض النظر عما إذ كان لها اختصاص بالدعوى الأصلية أم لا ؛ ذلك أن هذه الإجراءات -المراد تنفيذها في الأردن- لا تؤثر على سير الدعوى الأصلية المطروحة أمام القضاء الأجنبي فهي تهدف إلى الحفاظ على الحقوق، والأموال المتنازع عليها إلى حين الفصل في النزاع فهي ترمي إلى حماية الأمن المدني). (انظر بنفس المعنى: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠٦)

^{١٨} (الطلب العارض: هو الطلب الجديد المرتبط الذي يقدم أثناء سير الخصومة، أي بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم في موضوعها، ويتناول بالتعديل نطاقها من حيث الموضوع، أو السبب، أو الأطراف وتقبل الطلبات العارضة بشروط وهي أنواع. انظر، الزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧، ص ١١٩).

"كما وحدد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني اختصاص المحاكم اللبنانية بالدعاوى التالية:-....."

٢- الإجراءات الوقتية والتحفظية المطلوب اتخاذها في لبنان ولو كانت تتعلق بدعاوى تخرج عن اختصاص المحاكم اللبنانية باعتبار أن هذه الإجراءات من إجراءات المرافعات التي تخضع دائماً لقانون القاضي في الأنظمة القانونية المختلفة". (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٢٩).

كما أن المحاكم اللبنانية تكون مختصة "إذا كان موضوع الطلب تدبيراً مؤقتاً أو احتياطياً يتم في لبنان ، وذلك ضد أي شخص لبناني ، أو أجنبي ليس له محل إقامة حقيقي ، أو مختار أو سكن". (٢/٧٨ أصول محاكمات لبناني) (الحجار ، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٥٢).

(يكون الاختصاص بالدعاوى المستعجلة لقاضي الأمور المستعجلة في المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع الموضوعي ، أو المحكمة التي تنشأ بدائرتها موضوع الدعوى). (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٤٦).

فطلب الوارث المعسر بجزء من حصته قبل تحرير التركة يعد من الإجراءات الوقتية غير المؤثرة في الدعوى الأصلية ، والتي تعتبر من الإجراءات الطارئة التي تستلزم من الوارث الطلب من قاضي الأمور المستعجلة إتخاذ إجراء معين ، ويعتبر من الإجراءات الوقتية طلب دائني المورث من القضاء إتخاذ الإجراءات اللازمة التي تحفظ حقوقهم خوفاً من التصرفات التي قد يقدم عليها الورثة. (انظر : خالد ، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي ، ٢٠٠١ ، ص ١١١).

ومن الطبيعي في حال انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بدعوى الإرث الأصلية أن يستتبع ذلك اختصاصها بالإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بها، شريطة أن تكون هذه الإجراءات داخل المملكة. أما في الحالة التي يكون المقصود في الطلب الإجراءات التحفظية ، أو الوقتية في خارج المملكة هنا تتحسر ولاية القضاء الأردني عنه ؛ حيث يجوز

لصاحب الشأن أن يلجأ إلى الجهة المختصة في الدولة المعنية بطلب اتخاذ المعنى. (انظر : خالد هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي ، ٢٠٠١، ص ١١١)

فالحكمة من انعقاد الاختصاص للقاضي الوطني بمثل هذه الدعاوى ، بالرغم من أن نظر الدعوى الأصلية ليس من اختصاصها بل من اختصاص محكمة الدولة الأجنبية ، تكمن في أن العدالة القضائية -التي تسعى إليها الدول- تقتضي تلافى الإضرار بمصالح الخصوم وضياع حقوقهم؛ فعلى سبيل المثال فإن رفض القاضي الوطني الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات يفوت على الشخص المعني مصلحة كبيرة ، ومن هذا المنطلق فإن تحقيق العدالة القضائية توجب على القاضي الوطني النظر في مثل هذه الإجراءات ، أضف إلى ذلك فإن هذه الإجراءات تتعلق بالسلام العام والأمن المدني في الدولة مما يطبعها بالطابع الإقليمي.(انظر: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠٧؛ الداودي ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨، ص ٢٣٢)، وبذلك فهي تشمل جميع الإجراءات، سواء ما كان منها متعلقاً بالأحوال الشخصية أو العينية.

ومما تجدر ملاحظته أن الإجراء الوقتي قد يكون ثمرة عمل ولائي ، أو عمل قضائي ؛ فالحكمة مثلاً من فرض الحراسة القضائية على مال المورث المنقول هو عمل قضائي بالمعنى الدقيق للكلمة ، وفي نفس الوقت فهو إجراء وقتي ، فلا تعارض بين صفة العمل وصفته القضائية. لذلك لا يمكن اعتباره من قبل الأعمال الولائية وحدها.(انظر :خالد، هشام ، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ١١١)

الإجراءات الوقتية والتحفظية، كل منها نظام قانوني وإجرائي متميز.

أ- الإجراءات الوقتية .

تكلّمنا سابقاً عن الإجراء الوقتي وقلنا بأن المحاكم الوطنية تكون مختصة بهذه الإجراءات على الرغم من عدم اختصاصها في الدعوى الأصلية، وذلك لتأمين الخصوم وحماية حقوقهم بمنحهم الحق في رفع دعوى مستعجلة تتضمن طلب اتخاذ إجراء وقتي معين وذلك لحماية حق معين من الضياع بسبب التأخير في الفصل بالدعوى الأصلية مثلاً.

وبناء على ذلك تختص المحاكم الأردنية بتقرير نفقة الوارث المعسر من حصته إلى حين الفصل في مسائل الإرث، وتحديد حصته، فحماية الوارث المعسر واجب على الجماعة وتفرضه المصلحة العامة، وتقع في نطاق أداء العدالة القضائية للدولة على إقليمها. (أنظر: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠٩).

ب- الإجراءات التحفظية.

الدعوى التي يطلب فيها إتخاذ إجراء تحفظي هي أيضاً دعوى مستعجلة، وتختص بها المحاكم الوطنية، حتى ولو كانت الدعوى الأصلية خارج اختصاصها، والإجراء التحفظي هو أيضاً إجراء وقائي، فعلى سبيل المثال إتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأموال محل التركة، كجردها ووضع الأختام عليها، إلى حين تعيين الورثة الشرعيين والموصى لهم من قبل المحكمة المختصة بدعوى الميراث هو إجراء وقائي. (أنظر: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤١٠).

ويلزم أن تتوفر شروط معينة للاختصاص الدولي الطارئ نوجزها في الآتي:

١- أن يتعلق الأمر بدعوى مستعجلة يكون الغرض منها إتخاذ إجراء وقائي، أو تحفظي يهدف إلى حماية حق ما في المملكة، ومسألة الاستعجال وشروط قبول الدعوى تكيف حسب القانون الأردني. (باعتباره قانون القاضي فيرجع إليه، في تحديد المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وكذلك تحديد شروط الدعوى المستعجلة).

فالغرض من الحراسة القضائية في حال عدم وجود منفذ للوصية أو مصف للتركة قد ينشأ نزاعاً يظهر الخطر عاجلاً أحياناً في شأن التركة إذا لم يكن ثمة منفذ للوصية، أو مصف للتركة يتولى إدارتها وتصفيتها، فتبدو الحاجة ملحة عندئذ لتعيين حارس قضائي على الأموال المتروكة إذا توافرت سائر شروط الحراسة القضائية، ومن الجدير بالإشارة إلى أن حالات فرض الحراسة على التركة تنتوع بتنوع الأسباب التي تدعو إليها^{١٩}....

^{١٩} - أ- فرض الحراسة على التركة بسبب الخلاف على الملك أو وضع اليد - قد يقع النزاع بين الورثة بشأن ملكية كل منهم في أموال التركة أو بشأن وضع يدهم على هذه الأموال: كأن يدعي شخص أنه الوارث الوحيد للمتوفي وأن الآخرين ليسوا ورثة له، أو كأن ينكر الورثة على واحد منهم أنه وارث، أو كأن يضع بعض الورثة يدهم على التركة ويستأثرون بريعتها حارمين الباقيين منه، أو كأن يختلف الورثة على مقدار النصيب الذي يعود لكل منهم، أو كأن يتقدم شخص بوصية تتناول نصيباً في التركة فينكرها الورثة أو

"فالتدابير الاحتياطية والمستعجلة تتسم عادة بطابع العجلة الذي يبرر إعطاء الاختصاص لمحاكم الدول التي ستنفذ هذه التدابير فيها وإلا فانت الفائدة من اتخاذها" (الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢، ص ٣٥٢ وما بعدها).

٢-جوب تنفيذ مضمون الدعوى المستعجلة في الأردن، فلو كان الإجراء الواجب التنفيذ خارج الأردن لانتفت علة اختصاص المحاكم الأردنية وهي كفالة آثار الحكم الوقي الصادر، أي مكنه تنفيذه ببسر. (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤١١).

" فمحاكم الدولة التي ستنفذ فيها التدبير الاحتياطية هي التي يمكنها اتخاذ مثل تلك التدابير ، طالما أن تنفيذها يجب أن يتم باسم سيادة الدولة ، فمقتضيات النظام العام في الدولة تمنع غير

يدعون تزويرها أو عدم صحتها أو ينازعون في مقدار النصيب الذي يمكن ان تناوله في التركة ويستمرون في وضع يدهم على الأموال المتروكة دون تمكين الموصى له من تناول حقه، أو يقع نزاع بين الورثة والغير حول بعض الأعيان وما إذا كانت داخلة في التركة أو غير داخله فيها. ففي هذه الأحوال وأمثالها إذا تحقق القضاء المستعجل من جدية المنازعة وفي توافر الخطر العاجل على التركة أو على النصيب الواقع عليه النزاع فيها، فإنه يقرر تعيين حارس قضائي على التركة أو على الجزء المتنازع عليه منها فيما إذا توافرت سائر شروط الحراسة القضائية وتستمر الحراسة حتى انتهاء النزاع في الملك أو في وضع اليد أو حتى تعيين مصف للتركة، ويقوم الحارس بإدارة التركة مؤقتاً ويقبض الربيع وتوزيع الجزء المقابل منه للأصبة غير المتنازع عليها على أصحاب الحق فيه وإيداع الجزء الآخر المقابل للأصبة المتنازع عليها خزانة المحكمة - مثلاً - حتى انتهاء النزاع.

ب- فرض الحراسة على التركة بسبب الخلاف على إدارتها أو طريقة استغلالها : وقد يقع النزاع بين الورثة لا على الملكية بل على إدارة أموال التركة أو على طريقة استغلالها: كأن تكون التركة خالية من وجود مدير أو مصف لها ولا يتفق الورثة على من يتولى إدارتها، أو على طريقة هذه الإدارة واستغلال الأموال المتروكة، أو كأن يختاروا شخصاً لإدارة التركة فيسئ الإدارة ويهمل المحافظة على أعيان التركة أو يبدها مما يجعل استمرار يده عليها خطراً على مصالح الورثة، أو كأن يستأثر أحد الورثة بإدارة التركة بدون سند قانوني ويستمر في الإدارة رغم اعتراض الباقين، أو كأن يتمتع من يدير التركة عن إعطاء كل وارث حقه في الربيع، ففي هذه الحالات وأمثالها يجوز لكل ذي مصلحة من الورثة أن يطلب فرض الحراسة على كل أعيان التركة أو على بعضها الواقع عليه النزاع، فيستجيب القاضي الطلب إذا استبان له أن المنازعة جدية وقد توافر خطر عاجل وتحققت سائر شروط الحراسة. وتستمر الحراسة حتى الفصل في النزاع الذي استندت إليه أو حتى تعيين مصف للتركة.

ج- فرض الحراسة على التركة بسبب الخلاف على أداء الديون المثقلة بها: وقد يختلف الورثة حول أداء الديون المثقلة بها التركة أو ينازعون دائني التركة فيما لهم من ديون عليها ويمتنعون عن وفائها ويترتب على ذلك تعرض أعيان التركة لخطر التنفيذ الجبري (بنتيجة تأمين أو رهن أو امتياز مترتب عليها مثلاً)، ففي هذه الأحوال يجوز لكل ذي مصلحة من الورثة أو الدائنين أن يطلب فرض الحراسة القضائية على التركة لضمان وفاء تلك الديون. ويتولى الحارس عندئذ إدارة التركة واستغلال أموالها وتحصيل الربيع وتسديد الديون = المستحقة وغير المنازع بها والضرائب المتوجبة وإيداع ما يوازي قيمة الديون المنازع بها وخزانة المحكمة وحتى الفصل في النزاع، وتسليم ما تبقى من الربيع إلى الورثة كلت بقدر نصيبه.

د- فرض الحراسة على أموال التركة أو بعضها لاستيفاء دين على أحد الورثة:- إذا كان أحد الورثة مديناً ولم يقم بتسديد دينه أو نازع الدائن بشأن هذا الدين، وأراد الدائن استيفاء حقه من نصيب المدين في ريع التركة أو أيضاً عن طريق التنفيذ على حصة المدين في التركة، جاز له أن يطلب في هذه الحالة، إذا كان هناك خطر عاجل، فرض الحراسة القضائية على حصة الوارث المدين وذلك على الوجه الذي بيناه في فرض الحراسة على حصة الشريك (المدين) في المال الشائع لضمان استيفاء دين الدائن " (ادوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات ، قضاء الأمور المستعجلة، ج٩، ط١، ١٩٨٧، لبنان، ص ٧١٣).

محاكمها اتخاذ مثل هذه التدبير وتعطي بالمقابل لمحاكمها الحق بإتخاذها" (الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢، ص ٣٥٢).

ويثنى على هذا الشرط ضرورة تنفيذ الإجراء الوقي ، أو التحفظي في الأردن قبل صدور الحكم الموضوعي في الدعوى الأصلية من قبل المحكمة المختصة ، وعلى ذلك لا تقبل الدعوى المستعجلة التي يطلب فيها الحكم بنفقة وقيمة للوارث المعسر، إذا كان قد صدر الحكم الموضوعي في أصل النزاع من المحكمة الأجنبية. (انظر :الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤١١).

رابعاً:- الإشكالية التي يسعى لحلها الاختصاص بمنازعات الإرث

بعد أن تبين لنا مفهوم تنازع الاختصاص القضائي ومفهوم تنازع القوانين ، والعلاقة بينهما ، وضوابط الاختصاص القضائي الدولي، فلا بد من دراسة الإشكالية التي يسعى لحلها الاختصاص، و تحديد الاختصاص بمنازعات الإرث . وعليه فسيقسم هذا الموضوع إلى:-

١- : المشكلة التي يسعى الاختصاص لحلها .

٢- : تحديد الاختصاص بمنازعات الإرث.

١-المشكلة التي يسعى الاختصاص لحلها

تقتضي حل المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة والمشوبة بعنصر أجنبي^{٢٠} ، أن يتحدد الاختصاص الدولي لمحاكم دولة القاضي المعروض أمامه النزاع أولاً. فلو ثار نزاع أمام المحاكم الأردنية يتعلق بتركة مورث أجنبي عن مجموعة من الأبناء الشرعيين المسلمين الأجانب ، ووجود بعض أموال التركة في المملكة ، فعلى القاضي أولاً أن ينظر في مسألة تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية على أنها مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في المسألة الإرثية (الأصلية) ، فإن تبين له اختصاص المحاكم الأردنية بناء على ضوابط الاختصاص القضائي الدولي ،باشر بنظر المسألة الإرثية الأصلية ، وإلا فعليه أن يصدر قراراً بعدم

^{٢٠}(سواء أكان ذلك في أطراف الرابطة القانونية، أم في محلها، أم في سببها.)

اختصاص محاكم الدولة. وفي حال انعقاد الاختصاص الدولي لمحاكم المملكة، فإن الإشكالية التي تثار أمامه هي تحديد أي من محاكم الدولة هي المختصة بنظر النزاع المتعلق بالتركة، هل هي جهة القضاء الديني، أم جهة القضاء النظامي؛ فإذا كان الاختصاص الولائي للمحاكم النظامية، فإن التساؤل يثار حينئذ عن الجهة المختصة من بين درجات التقاضي وهي محاكم الصلح، أم محاكم البداية؟^{٢١} ، وبعد ذلك عليه أن يكيّف النزاع هل هو نوعي أم قيمي، بحسب نوع النزاع ، أو قيمته، أي هل أن الاختصاص لمحكمة البداية، أم لمحكمة الصلح ؟ ، علماً أن الاختصاص النوعي والقيمي متعلق بمحاكم الدرجة الأولى.

فلو فرضنا جدلاً بأنه تم تحديد محكمة البداية لفض النزاع - (حيث تختص محكمة البداية النظامية نوعياً بتركات الأجانب وغير المسلمين) - فهنا يثار تساؤل جديد عن أية محكمة من محاكم البداية المنتشرة في المملكة يجب عرض النزاع عليها، أم محكمة بداية السلط ، أم محكمة بداية عمان الموجود فيها بعض أعيان التركة؟.

وعليه فإن هنالك ضوابط يتحدد بموجبها الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة ما - أشرنا إليها سابقاً-؛ في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بشكل عام ، فانعقاد هذا الاختصاص بتوافر أحد هذه الضوابط يتم بعده، و في مرحلة أخرى ولاحقة ، انعقاد الاختصاص الداخلي للمحاكم الوطنية لتلك الدولة؛ إذ من اللازم في المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة أن يتحدد الاختصاص القضائي الدولي (العام). فإذا تبين على سبيل المثال أن المحاكم الأردنية لا تختص بالمنازعة الإرثية المتضمنة عنصراً أجنبياً - بناء على ضوابط الاختصاص القضائي الدولي - لا يكون هنالك محل للبحث في الاختصاص القضائي الداخلي (الخاص) لمحاكم الدولة ، أما إذ تبين للمحكمة انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولتها برؤية المسألة الإرثية؛ فإن الاختصاص الداخلي لمحاكم تلك الدولة يكون موضوع بحث عندئذ ، بينما في النزاع الداخلي غير المشوب بعنصر أجنبي لا يكون الاختصاص العام موضوع بحث بل ينظر

^{٢١} (ذلك أن المحاكم النظامية تحتوي على درجات مختلفة بعضها فوق بعض ، وأن محاكم الدرجة الواحدة قد تكون أكثر من صنف، فإلى أي محكمة يجب أن يطرح النزاع لافتا النظر بأن مشاكل الاختصاص المحلي التي تثار لدى محاكم الدرجة الأولى ، لا تثار أمام محاكم الاستئناف ومحكمة التمييز؛ ذلك أن وظيفة محكمة الاستئناف هي النظر في الطعون المرفوعة إليها عن أحكام الدرجة الأولى ، فإن توزيع هذه الطعون = بين تلك المحاكم يبني على اعتبار شكلي، بحيث يكون ارتباط كل من محاكم الدرجة الأولى بمحكمة الاستئناف الموجودة في نفس المحافظة. " (مسلم ، احمد ، قانون القضاء المدني، ١٩٦٦، ص ١١٩).

في الاختصاص القضائي الداخلي الخاص مباشرة .(انظر: الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ١٩٩٨ ، ص٢١٩وص٢٢٠)

وبعبارة موجزة فإن الاختصاص الخاص سيؤدي إلى تعيين محكمة معينة من محاكم الدولة التي ثبت لها الاختصاص العام.(انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦ ، ص ٧ ؛ شوقي ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٩٠ ، ص٣٢)

هذا فيخضع عدم اختصاص المحاكم اللبنانية إلى قواعد عدم الاختصاص المكاني الداخلي، ويكون نسبياً ما لم يتعلق بحالة اختصاص إلزامية، كل ذلك وفقاً لأحكام المادة ٨٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .

يتبدى من هذه الأحكام أن عدم اختصاص المحاكم اللبنانية يخضع إلى لقواعد عدم الاختصاص المكاني الداخلي النسبي، ما لم يتعلق بحالة اختصاص إلزامية، فيترتب على ذلك أن الدفع بعدم الاختصاص الدولي، عندما يستند إلى قاعدة من قواعد الاختصاص المكاني النسبي، يكون بمنزلة الدفع بعدم الاختصاص المذكور. فتطبق عليه الأحكام المتعلقة بهذا الدفع" (ابو عيد، المحامي الياس، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ص٣٨ ، ٢٠٠٤ ، نقلا عن إدور عيد: موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، المجلد الثاني، ص٤٠)

وعليه فقد قُضى "أنه فيما يتعلق بالصلاحية الدولية ، تطبق أحكام القانون الداخلي فتكون الصلاحية الواردة في المادة (٨٦) من الأصول المدنية هي من نوع الصلاحية النسبية التي يصح العدول عنها". (تميز مدني لبناني، قرار، تاريخ ٢٣/١٢/١٩٥٣)، النشرة القضائية لعام ١٩٥٤ ، ص١٢) كما قضت محكمة التمييز اللبنانية بالقرار رقم(١٩) تاريخ ١٦/١١/١٩٦٤ بأن المحكمة الصالحة لإعطاء إعلام حصر الإرث : إذ لم يكن المورث مقيماً على الأراضي اللبنانية بتاريخ ٣٠ آب ١٩٢٤ كما تتطلبه القوانين المتعلقة بالجنسية، واكتسب الجنسية الأرجنتينية وتوفي أرجنتينياً، فإن المحكمة الأرجنتينية تكون الصالحة لإعطاء إعلام حصر إرث المورث ، لأنه من المقرر في القوانين الدولية الخاصة أن القانون الواجب تطبيقه في قضايا الأحوال الشخصية إنما هو قانون البلاد التي ينتمي إليها الشخص ، وتكون محكمة النبطية الشرعية غير صالحة للنظر في قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بأجنبي.

وقد بينت محكمة التمييز اللبنانية بهيئتها العامة بأن معايير الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية غير متوفرة ، وبالتالي كان يتوجب على محكمة النبطية الشرعية أن تقرر عدم صلاحيتها بالبت بالنزاع علماً بأن هذا الاختصاص متعلق بالنظام العام ، كما يستنتج منه بأن المحاكم النظامية هي المختصة إبتداءً بقضايا حصر إرث الأجنبي وليست المحاكم الشرعية. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المحاكم الإنجليزية وعندما تكون على العلم بالحاجة إلى اختيار الاختصاص بموجب بعض الظروف ، فإنها تختاره لصالحها، كتحديد طلب لمنح حصر إرث ، أو تفويض حصر التركة، أو رفع دعوى حسب الأصول أمام محكمة حصر التركات -أي بشكل طبيعي- ؛ حيث تتضمن التركة أموالاً منقولة ، أو غير منقولة .. وتقع في إنجلترا ، فإن المحكمة لا تتردد- (لا ترفض فرض اختصاصها) -في التعامل مع أي أموال غير منقولة أجنبية والتي كذلك تشكل جزءاً من التركة وتقتصر على الأيلولة بنفس الطريقة مثل الأموال الانجليزية، بالرغم من الاستثناء الأكثر أهمية على المبدأ العام الذي ترفض بموجبه المحاكم الانجليزية ممارسة الاختصاص على أرض أجنبية يكمن في ممارسة المحكمة في تقسيم تركات الأشخاص المتوفين .مع ذلك جرى افتراض الاختصاص كمسألة طبيعية وبدون جدل، مثلما كان الحال في موضوع المتوفى دوق ويلينغتون في المقام الأول، ولكن مسألة اختيار القانون مستقلة بشكل بارز عن مسألة الاختصاص، وفي تفسير الوصايا هذا الاختيار يكون محكوماً بعدة قرائن- (ضوابط)-؛ في حين أن طبيعة ومدى الحقوق الممكنة في أرض أجنبية تتحدد من خلال تطبيق المحكمة الانجليزية لقانون المكان هذا مدى الاختصاص²² .

²²- Probable jurisdiction

"Perhaps the most important exception to the general principle under which English courts refuse to exercise jurisdiction over foreign land lies in the practice of the court in the administration of estates of deceased persons. Where an application is made for the grant of probate or letters of administration, or an action is (p369) properly before the court for the administration of an estate, that is, normally where the estate comprises property, movable or immovable, situate in England, the court does not hesitate to deal with any foreign immovable property which also forms part of the estate and is limited to devolve in the same way as the English property. In other words, when the courts is conscious of the need to make a choice of jurisdiction under such circumstances, it makes the choice in its own favour.

Often, however, the assumption of jurisdiction has been made as a matter of course and without argument, as was the case in **Re Duke of Wellington, deceased**, at first instance. But the question of choice of law is conspicuously independent of that of jurisdiction. On the construction of wills this choice is governed by various presumptions, while the nature and extent of possible interests in foreign land are determined by the English court,s application of the **lex situs**. The extent of this jurisdiction is considered more fully elsewhere." (p369-370) R.H.RAVESON

ونستنتج من هذا الفقه، الانجليزي، بأن اختصاص أية دولة- (الاختصاص الدولي) - يجب أن يتحدد بناء على ضوابط شخصية ، أو إقليمية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن القوانين الداخلية لكل دولة هي المعنية بتحديد المجال التي يتحدد اختصاصها الدولي في قوانينها الدولية . مشيراً هنا أن قانون أصول المحاكمات المدني الأردني وفي المواد من (٢٧-٢٩) قد حدد ولاية محاكم الدولة بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً ، علماً أن هذا القانون لم تتضمن موادته تحديد اختصاص المملكة بالمنازعات المتعلقة بالتركة المتضمنة عنصراً أجنبياً ، بخلاف قانون التركات الأردني وبعض التشريعات التي نصت على ذلك صراحة ؛ كالقانون اللبناني محل المقارنة في هذه الأطروحة ، والسوري ، والمصري وغيرها على ما سوف نراه لاحقاً.

وبناء على ما تقدم فإن الهدف الذي يسعى إليه الاختصاص الدولي والداخلي ، هو تلافي الإشكاليات المتعلقة بالاختصاص ، من حيث بيان اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة بناء على معايير وضوابط تنظمها القوانين الداخلية في كل دولة ، وليجاد الحلول لما يسمى في اصطلاح قانون أصول المحاكمات المدنية بتنازع الولاية ، وبتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، والداخلي الإيجابي ، والسلبى . (للمزيد من التفصيل راجع سابقاً ص ١٨ من أطروحتنا).

وبالرغم من أن تحديد الاختصاص -والهدف منه - بالنسبة للمنازعات واضح في أغلب قوانين الدول ؛ إلا أنه من اللافت للنظر بأن محاكم الولايات المتحدة الأمريكية في الوقت الحالي لا زالت تعاني من إشكاليات تتعلق بالاختصاص ؛ (حيث نجد أن بعض الولايات يسودها نظام المحاكم الموحدة ، بينما يسود البعض الآخر نظام تعدد المحاكم ، ويتداخل اختصاصها ببعضه وكان دعوة الإصلاح لم تمر عليها في السنوات السابقة، لذا فما زالت هذه المحاكم تعاني من مشكلة الازدواج في الاختصاص بين الولايات). (انظر نفس المعنى : الدكتور محمد ظهري محمود ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية ، انواعها - اجراءاتها - قضاتها ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤).

وكذلك فإن اختلاف النظم القانونية بين الولايات تؤدي إلى تأخير العدالة ، أو عدم تحقيقها بشكل متوازن .

ولا بد من التويه هنا إلى أن تنازع الاختصاص القضائي الدولي بين محاكم الدول يقترب إلى حد كبير من التنازع بين ولايات (الولايات المتحدة الأمريكية)، ذلك أن اختصاص أية ولاية قد لا ينفي الاختصاص لولاية أخرى؛ نظراً لأن القانون الأمريكي فرق بين الاختصاص على الأشخاص والاختصاص على الأملاك ، الأمر الذي يؤدي إلى انعقاد الاختصاص لمحاكم أكثر من ولاية ، وفقاً لهذه الضوابط . (كما قد يختلف قانون ولاية عن قوانين الولايات الأخرى وخاصة إذا علمنا بأن الاختصاص بالنسبة للأملاك ينقسم إلى اختصاص المحاكم بالنسبة للعقارات واختصاص المحاكم بالنسبة للمنقول ، حيث إن قانون المحل يميل إلى التطبيق بشكل تلقائي وإلى مدى أكبر من مجالات القانون الأخرى مع أن سلطة المحل في الإشراف على الأرض في نطاق حدود الولاية ستسود ، بحيث أن اختيار القانون والسلطة القضائية يعاملان بشكل متماثل (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS (AND ESSAYS ,1973,chapter (5),p5-1)

ويلاحظ مما تقدم أن هنالك تلازماً وثيقاً بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي ؛ بحيث إن جميعها تبغي حل الإشكاليات المتعلقة بالاختصاص، وتحديدته بالنسبة لمحاكم الدولة، كما وأن القوانين الداخلية هي التي تحدد الاختصاص الدولي العام والاختصاص الداخلي الخاص ، بحيث إن الاختصاص الدولي يقاس على الاختصاص الداخلي ، و أن انعدام اختصاص المحاكم الوطنية يخضع، تالياً، إلى قواعد عدم الاختصاص المكاني الداخلي (أنظر المادة ٧٤ من الأصول المدنية اللبناني، و المادة ٨٠ منه.)، وهذا الأمر يستلزم من الباحث التطرق إلى المبادئ العامة في تحديد الاختصاص الداخلي بالمنازعات المتعلقة بإرث الأجانب بالقدر الذي يسمح لنا بإدراك الطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الدولي ؛ نظراً لسكوت قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني عن تحديد هذه القواعد بالمنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً (بخلاف الأمر بالنسبة لقانون التركات الأردني الذي حلّ هذه الإشكالية في تعيين الاختصاص الداخلي لمحاكم المملكة) وهو ما سيتم بحثه تالياً.

٢-تحديد الاختصاص الداخلي بمنازعات الإرث

تبين لنا مما سبق وجود تلازم وثيق بين الاختصاص القضائي العام للمحكمة ، وبين الاختصاص القضائي الخاص، فالأول يبين صلاحية محاكم دولة القاضي للنظر في المسألة الإرثية المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة من بين محاكم الدولة الأخرى ، فإذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة القاضي، توجب عليه بعد ذلك الرجوع إلى قواعد الاختصاص الداخلي (الخاص) ،ليتحقق فيما إذا كانت محكمة دولته التي رفع إليها النزاع مختصة بنظره ولائياً ونوعياً وقيماً ومحلياً، من عدمه.(انظر في ذلك ،خالد، هشام، القانون القضائي الخاص الدولي، ٢٠٠١، ص ٣٧). ولما كانت المنازعات المتعلقة بالتركة المشوبة بعنصر أجنبي تستلزم بيان المحكمة الصالحة للنظر فيها من بين محاكم الدول؛ فإن الأمر يقتضي أيضاً بيان المحكمة الوطنية المختصة من بين محاكم الدولة. وقد حددت المادة ٧٢ فقرة (١) من قانون أصول المحاكمات اللبنداني بأنه يتعين أن تحل مسائل الاختصاص وفقاً للترتيب الوارد في المادة المذكورة، بأن يجري أولاً تعيين الدولة التي تختص محاكمها بنظر الدعوى، ثم تعيين الجهة القضائية التي تدخل الدعوى في ولاية محاكمها، وبعدها يحدد صنف ودرجة المحكمة المختصة وفقاً لموضوع النزاع ، وأخيراً تعين المحكمة المختصة التي هي من صنف ودرجة واحدة بين المحاكم. (ابو عيد، المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١). وعليه فسوف يستعرض هذا البحث تحديد الاختصاص الداخلي بمنازعات الإرث، لما لهذا الموضوع من ارتباط وثيق بموضوع هذه الأطروحة ، مقسماً هذا الموضوع إلى عدة نقاط، نسلط الضوء في الأولى على الاختصاص الولائي ، ونبتاول في الثانية الاختصاص النوعي، أما النقطة الثالثة فسوف نخصصها للاختصاص المحلي ، في حين أن الباحث سيستثني من هذه الدراسة الاختصاص القيمي؛ نظراً لأن المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة نادراً ما تتحدد - بعد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي - بناء على هذا الاختصاص إلا في دول قليلة؛ كلبنان بين الوطنيين (أنظر ، الحجار ، حلمي ، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ط٥، ٢٠٠٢ ، ص ٣٨١)

(١) تحديد الاختصاص الولائي (الوظيفي) بتركات الأجانب:

يعرف هذا الاختصاص بأنه ((نصيب كل هيئة ، أو جهة قضائية في الدولة ، من المنازعات التي لها ولاية وسلطة منح الحماية القانونية بشأنها)) (انظر ، الزعبي، عوض ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧، ص ٩٠)

ويرى (ابو عيد ، المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ٤١ و٤٣) أنه ذاك الذي يعود إلى جهة معينة من الجهات القضائية المتعددة كجهة القضاء المدني، أو الإداري، أو المذهبي ،أو الشرعي، ولكل من هذه الجهات وظيفة خاصة بها، حددها القانون تشمل وتطال نوعاً معيناً من المنازعات المقررة في القانون.

وبتعبير آخر فالاختصاص المتعلق بالوظيفة أو الاختصاص الوظيفي هو " اختصاص الجهات القضائية إذا كانت هذه الجهات متعددة داخل النظام القضائي للدولة ، فيشمل الاختصاص المتعلق بالوظيفية في النظام اللبناني اختصاص من جهة القضاء العدلي. أي المحاكم العادية بالمنازعات المدنية والتجارية، واختصاص من جهة قضاء الأحوال الشخصية أي المحاكم الشرعية والمذهبية والروحية المختصة بمسائل الأحوال الشخصية ، واختصاص جهة القضاء الإداري أي مجلس الدولة بالمنازعات الإدارية". (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٥).

(وهو توزيع ولاية القضاء في مجموعها على مختلف الجهات القضائية القائمة في الدولة) (مسلم ، قانون القضاء المدني، ١٩٦٦ ، ص ٨٧).

ويؤيد الباحث هذا التعريف لأنه جاء جامعاً مانعاً موجزاً موضحاً المدلول القانوني لمفهوم الاختصاص الوظيفي بشكل منطقي.

وبالتالي فإن الاختصاص الولائي هو الذي يعنى بتحديد أي من قضاء الدولة هو المختص من بين الجهات القضائية المختلفة، (الديني، النظامي، الإداري). وأن الاختصاص الولائي يحدد صلاحيات كل منها في المنازعات التي حدد القانون صلاحيات البت فيها.

ومن الجدير ذكره هنا أن القضاء النظامي هو صاحب الولاية العامة من بين مختلف جهات القضاء في الأردن ولبنان، وأن تحديد ولاية هذه الجهة إنما يكون بطريقة سلبية، عن طريق بيان ما يخرج عن ولايتها، إذ تكون مختصة في كل ما عدا ذلك. (انظر: الزعبي، عوض ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧، ص ٩٠).

ولا بد للباحث أن يشير هنا بأن حدود ولاية القضاء في الأردن ولبنان في منازعات الإرث تشمل الأشخاص المتمتعين بالحصانات القضائية مما يستثنون من سلطان قضاء الدولة بالمنازعات الأخرى، وسندنا في ذلك أن اتفاقية فينا للعلاقة الدبلوماسية لعام (١٩٦١) والمصادق عليها من قبل المملكة الأردنية ، والموقعة من الحكومة اللبنانية بموجب القانون رقم (١٩٧٠/١٧) استثنت تمتع الدبلوماسيين في الدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات ، والتي يدخل فيها الدبلوماسي بوصفه منفذاً، أو مديراً ، أو وريثاً ، أو بوصفه موسى له، وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن دولته. (تنص المادة ٣١/ب من هذه الإتفاقية على أنه " يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائيةإلا في الحالات التالية :

ب-الدعاوى المتعلقة بالإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذاً أو مديراً أو وارثاً أو موسى له . وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن دولته. وهنا يخضع للاختصاص القضائي المدني لمحاكم الدولة المقام أمامها النزاع".

ولما كان موضوع هذه الأطروحة يتمثل في القانون واجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام، وكانت المسائل التي تشملها هذه الدراسة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وتخضع بالتالي إلى القضاء الديني - (القانون الديني ، أو الملة للوطنيين) - فإنه لا بد من أن نوضح بإيجاز ولاية القضاء الشرعي (الديني) في الأردن والطائفي في لبنان ، مبينين الجهة صاحبة الولاية بالمنازعات الإرثية المتضمنة عنصراً أجنبياً في كل من الأردن ولبنان. (" وبالنسبة للوطنيين فإن أحكام حصر الإرث بثبوت الوفاة هي من اختصاص المحاكم الشرعية . ويتوجب على أقلام النفوس تنظيم وثيقة وفاة شكلية بالإستناد إلى هذا الأحكام وتنفيذها . كذلك الحال في أحكام حصر الإرث الصادرة عن المحاكم المدنية للطوائف غير المحمدية " (بكار ، عبد المنعم ، قضايا الأحوال الشخصية والجنسية ، ط٢، ١٩٨٧، دن)).

فأما ولاية المحاكم الشرعية الأردنية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية والميراث ، فتشمل حق القضاء بين المسلمين طبقاً لنصوص المواد (١٠/٢/٤، و ١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة (١٩٥٩) وتعديلاته الذي خول صلاحية البت في

المسائل المتعلقة بالإرث بين المسلمين لهذه المحاكم ، في حين أن قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (٢) لسنة (١٩٣٨) منح الصلاحية لمجالس ومحاكم الطوائف بالنظر في المنازعات المتعلقة بأحوالهم الشخصية ، مشيراً هنا إلى أن هذا القانون منح الصلاحية للمحاكم النظامية في الفصل في منازعات الأحوال الشخصية؛ إذا كان النزاع بين مسلم وأحد أفراد الطائفة غير المسلم، وخول هذا القانون اختصاصاً نوعياً لمحكمة البداية في هذه الحالة. (المادة السابعة)

أما عن ولاية القضاء الأردني النظامي فنجد أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني رقم (٨) لسنة (١٩٤١) فقد منح القضاء النظامي وبشكل خاص محاكم البداية اختصاصاً نوعياً للنظر في مسائل الإرث للأجانب وغير المسلمين في المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة متى كان المورث أجنبياً ؛ سواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، (المادة ٥ تركات)؛ إلا أن الواقع العملي يعطي الصلاحية للمحاكم الشرعية إذ كان أحد فرقاء الدعوى مسلماً ، أو رضي أصحاب العلاقة اللجوء إلى المحاكم الشرعية حتى ولو كان أجنبياً غير مسلم ، بحيث تفرض هذه المحاكم اختصاصها دون الأخذ بعين الاعتبار أحكام قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني. وهذا الأمر يؤدي إلى مخالفة قواعد النظام العام نظراً لأن الاختصاص الوظيفي متعلق بالنظام العام. ولا بد من التنويه هنا بأن المادة الخامسة من قانون التركات الأردني أجازت لرئيس محكمة البداية أن يحيل أمر إدارة أموال المورث وتوزيعها-إن كان مسلماً، وكان قانون بلاده قد نص على تطبيق الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتوزيع أمواله ، أو منتقياً إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني-على المحكمة الدينية ذات الاختصاص إذا هو استصوب ذلك ورآه عدلاً. وبناء على ذلك فإن جهة القضاء النظامي الأردني هو صاحب الصلاحية للنظر في تركات الأجانب وغير المسلمين ، ممثلاً في محاكم البداية المختصة نوعياً في هذه المسائل طبقاً لأحكام المادة الثالثة منه.^{٢٣} وهذا لا يعني أن

^{٢٣} تنص هذه المادة على أنه تكون لمحكمة البداية صلاحية النظر في الأمور المتعلقة بتصديق الوصايا أو بوراثة الأموال في شرق الأردن أو بما ينشأ من خلاف حول وصية أو حول مثل هذه الوراثة وذلك في جميع الحالات التي لم يصرح القانون بإعطاء صلاحية النظر فيها إلى محكمة أخرى. ومع مراعاة أحكام المادة الخامسة من هذا القانون تنفرد تلك المحاكم بالصلاحية في جميع الحالات إذا كان المتوفى أجنبياً"

المحاكم الدينية لا تختص بتلك المنازعات والمتعلقة بعنصر أجنبي ؛ بل إن الاختصاص ينعقد لتلك المحاكم في حالة إحالة النزاع من المحكمة الابتدائية النظامية إليها؛ فالاختصاص للمحكمة البدائية أصلاً وللمحاكم الدينية تبعاً.

أما في القانون اللبناني " فإن الاختصاص الوظيفي للقضاء الشرعي والمذهبي ، يثور في أي من هذه المحاكم الشرعية ، أو المذهبية هي المختصة بالنسبة للوطنيين -والأجانب من مذهبهم ما لم يخضع قانون بلادهم مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون المدني- في المسائل المنفردة عن القانون الخاص بالقضايا المتعلقة بالحقوق العائلية على أن الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية السنية والجعفرية يكون على سبيل الحصر بالأمور التالية منها :

أ- إثبات الوفاة وحصر الإرث وتعيين الحصاص الإرثية.

ب- تحرير التركة غير العقارية وبيعها وتوزيعها والإشراف على إدارة أموال الأيتام وفقاً لنظام إدارة أموال الأيتام الحجر.

ج- الوقف.

د- تنظيم وتسجيل صك الوصية والوقف على أصولها.

هـ - الاختصاص بالنسبة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي إذا كان أحد أطرافها لبنانياً، أما إذ كان أطرافها من أجانب فإنه يتمتع على هذه المحاكم النظر في المسائل المتعلقة بهذه الأمور ما دام قانون بلادهم يخضع فيها مسائل الأحوال الشخصية للقانون المدني (انظر قرار محكمة التمييز اللبنانية الهيئة العامة رقم ١٩ تاريخ ١٦/١١/١٩٦٤ والمشار إليه بالصفحة رقم ٧٤ من هذه الأطروحة) ولكن القانون الذي تطبقه المحاكم اللبنانية، عندما تكون الدعوى متعلقة بعقارات داخلية في تركة شخص أجنبي، هو قانون البلد التابع له هذا الأخير، (استئناف جبل لبنان، قرار تاريخ ١٢/١١/١٩٧١ العدل العام ١٩٧٢، ص ٢٢٤) بذات المعنى: تمييز مدني ، قرار رقم ١٢١، تاريخ ٣/٧/١٩٦٨ باز جزء ١٦، ص ٣١١، مذكور عند ابو عيد ، المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢) (وذلك عملاً باحكام المادة (٢٣١) فقرة (٢) من قانون الملكية العقارية التي تنص على أنه (تخضع تركة الأجنبي العقارية، بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده) (ابو عيد ، المحامي الياس ، نظرية

الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢) ، كما ويختص قاضي البداية النظامي في لبنان بالقضاء المستعجل والوقتي في المنازعات المتعلقة بالتركة". (التفصيل، انظر الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، ط٥، ٢٠٠٢، ص٣٦٧).

ولا بد من الإشارة إلى أنه يمتنع على المحاكم الشرعية والمذهبية في لبنان من رؤية الدعاوى والمعاملات المشار إليها في قوانينها الخاصة ، عندما تتعلق بأجانب من مذهبها ولكنهم تابعون لبلاد تخضع فيها الأحوال الشخصية إلى القانون المدني ، ما لم يكن أحد الزوجين لبنانيا فتبقى الدعاوى والمعاملات المذكورة خاضعة لاختصاص المحاكم الشرعية .(أنظر الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، ط٥، ٢٠٠٢، ص٣٦٧).

أما قانون الإرث لغير المحمدين اللبناني الصادر بتاريخ ٢٣/ حزيران/ ١٩٥٩ فقد خول الاختصاص الوظيفي إلى المحاكم المدنية في الأحكام المتعلقة بحصر الإرث وتوزيع التركة، كما وتختص هذه المحاكم بالمنازعات المتعلقة بالوصية التي ينظمها سائر أبناء الطوائف غير الإسلامية أو رجال الدين. علما أن هذا القانون أعطي محاكم الطوائف والمحاكم المدنية بعض الصلاحيات بنظر المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي (أعطى هذا القانون الصلاحية للمحاكم الديني بالنظر في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب الذين يخضعون لها ما دام أن قانونهم لا يخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون المدني).

"هذا وتختص المحاكم العدلية بمنازعات الأحوال الشخصية في الأحوال التالية:

١- اللبنانيون الذين يتبعون مذهباً غير معترف به في لبنان أو الذين لا ديانة لهم ولا مذهب.
٢- الأجانب الذين يتبعون بلاداً تجعل الاختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للمحاكم المدنية .

٣- الدعاوى المستعجلة التي ترفع بصفة أصلية أمام قاضي الأمور المستعجلة إذا كانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية .

٤- أحكام حصر الإرث وتوزيع التركة والوصية من غير رجال الدين وذلك بالنسبة لأبناء الطوائف غير الإسلامية ، فقد نص قانون الإرث لغير المسلمين الصادر بتاريخ ٢٣/٦/١٩٥٩

على أن الاختصاص بتطبيقه من اختصاص المحاكم المدنية .(نبيل و خليل، قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٤، ص ١٠٠ وما بعدها).

وبالتالي فالاختصاص الوظيفي لجهة القضاء الديني هو الذي يحدد الصلاحية التي يخولها القانون لكل من القضاء الشرعي ، والقضاء الطائفي في المسائل المحددة على سبيل الحصر في قوانينها الخاصة ، وهذا يعني بأن مسائل الأحوال الشخصية الأخرى تخرج عن اختصاصها، ومثال ذلك إذا كانت تركة الأجنبي الذي يتبع بلاداً تجعل الاختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية (مسائل الإرث) للمحاكم المدنية فهنا تخرج هذه المسائل من صلاحية القضاء الديني (الطائفي) في لبنان وتختص بها المحاكم المدنية (انظر في ذلك، نبيل و خليل، قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٤، ص ١٠٠؛ الحجار، حلمي، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ج ١، ط ٥، ٢٠٠٢، ص ٣٦٧). وكذلك للمحاكم المدنية اللبنانية صلاحية النظر في القضايا التي تخرج عن صلاحية محاكم الطوائف المذكورة حصراً في قوانينها الخاصة ؛ كقانون الإرث لغير المحمديين وقوانين الطوائف المختلفة ، أضف إلى ذلك أن اختصاص تلك المحاكم يشمل تركات الأجانب. (انظر قرار محكمة التمييز اللبنانية الهيئة العامة رقم ١٩ تاريخ ١٦/١١/١٩٦٤ والمشار إليه بالصفحة ٧٥ من هذه الأطروحة) "فيكون الاختصاص للقضاء النظامي للنظر في منازعات حصر الإرث المتفرعة من عقود الزواج المدنية والمعقودة في الخارج". (انظر الحجار، حلمي، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ج ١، ط ٥، ٢٠٠٢، ص ٣٨٣ ؛ انظر في نفس المعنى ، نبيل و خليل ، قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٤، ص ١٠٠) مشيراً هنا بأن المحاكم المدنية تختص بالإجراءات الوقفية والتحفظية المتعلقة بالتركات داخل الدولة اللبنانية على ما سلف توضيحه.

وتجدر الإشارة إلى أن الإختصاص الوظيفي للمحاكم الإنجليزية بالنسبة للتركات كان حصرياً للقضاء الديني . وقبل عام ١٨٥٧م كان يتم منح إذن التصرف في الملكية بشكل حصري من قبل المحاكم الكنسية ، وهي المحكمة المختصة نوعياً آنذاك . وفي عام ١٨٥٧م تم منح هذا الاختصاص إلى محكمة التركات ، والآن هذا الاختصاص مستقر في المحكمة العليا . وفي المجري الطبيعي للأمور فإن هذا الإذن يتم في شكل عام ، أي كنتيجة لإجراءات قضائية

غير متنازع فيها، ولكن إذا كان الحق في تمثيل (موجب) التزام ،أو لا موجب ، أو قد يكون محل نزاع ، فيصبح خاضعاً للدعاء في قسم التركة والطلاق وتسمى (دعوى تركة) والإذن الذي ينتج كنتيجة لهذه الدعوى يقال إنه (شكلا حسب الأصول) (DICEY AND MORRIS) ON THE CONFLICT OF LAWS,EIGHTH EDITION,LONDON,STEVENS&SONS LIMITED,1967,p570).

أما بالنسبة للتشريع الأمريكي فقد حدد اختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وخاصة فيما يتعلق بالإرث، حيث إن محاكم المواريث أو المحاكم الحسبية - وهي محاكم تابعة للمحاكم المدنية- تنظر في المنازعات المتعلقة بإدارة التركات والإرث، إذ حدد المشرع الأمريكي صلاحية النظر في هذه المنازعات للقضاء المدني في أكثر الولايات دون القضاء الإداري.(انظر ، محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢) ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٤) كما وحد صلاحية المحكمة الفيدرالية بالنظر في المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي ، وتركات الأجانب.(انظر محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢) ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥).

وأخيراً فإن تم تحديد الاختصاص الولائي لجهة من جهات الإختصاص القضائي لدولة ما؛ فإن هذا لا يفي بالغاية التي يسعى الاختصاص إلى تحقيقها ؛ حيث يستلزم الأمر تحديد المحكمة المختصة في مثل هذا النوع من المنازعات وهو ما سوف نفضله الآن.

(٢) تحديد الاختصاص النوعي بمنازعات الإرث للأجانب:

إن تحديد الاختصاص النوعي في مسائل الأحوال الشخصية لا يقل أهمية عن تعيين كل من الاختصاص القضائي الدولي ،والاختصاص الولائي لدولة ما في المنازعات المتعلقة بمسائل الميراث ، فإذا كان الاختصاص الولائي يبين أية جهة من جهات القضاء هي المختصة - (ديني، أو مذهبي ، طائفي، نظامي) - داخل إقليم الدولة ؛ فإن الاختصاص النوعي يحدد المحكمة المختصة بهذا النوع من المنازعات بحد ذاته ، خاصة ومن المعلوم بأن جهة القضاء

النظامي والشرعي تحتويان على درجات محاكم متعددة، بل إن الدرجة الواحدة قد تشمل طبقتين؛ مثل محاكم الدرجة الأولى من المحاكم البدائية النظامية التي تحتوي على درجتين: - محاكم الصلح، محاكم البدائية.

لذا فإن المنطق القانوني يستلزم البحث عن المحكمة المختصة بنوع النزاع بحد ذاتها بعد تحديد الاختصاص القضائي الدولي ومن ثم الوظيفي.

فالاختصاص النوعي برأي الباحث هو نصيب طبقة معينة من طبقات جهة قضائية معينة من الدعاوى والمنازعات التي يحق لها البت فيها دون النظر إلى قيمة هذه المنازعة ، بل إلى نوعها ودون الأخذ بأي اعتبار كان لتعيين المحكمة المختصة؛ كاختصاص محكمة البدائية الأردنية بالنظر في تركات الأجانب وغير المسلمين، (واختصاص المحاكم الفيدرالية الأمريكية بالنظر في تركات مختلفي الجنسية والأجانب) (انظر محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية: أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢)، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥). ، واختصاص المحكمة العليا الانجليزية بتركات الأجانب (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS,EIGHTH EDITION,LONDON,STEVENS&SONS LIMITED,1967,p570)^{٢٤} ؛ فاختصاص المحكمة المحدد والمعين بنوع دعاوى هو المعيار المعمول عليه في مثل هذا النوع من الاختصاصات.

وقد تطرق الدكتور عوض الزعبي (الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٢) إلى هذا الموضوع وعرف هذا الاختصاص: - بأنه "سلطة المحاكم في الفصل في المنازعات بحسب جنسها ،أو نوعها وطبيعتها؛ فالمعيار أو ضابط إسناد الاختصاص إلى المحاكم هنا هو نوع ،أو طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية ،أو موضوعها بصرف النظر عن قيمتها".

^{٢٤} (فمثلاً اختصاص محكمة البداية في قضايا التركات للأجانب وغير المسلمين (المادة ٣) واختصاص مجالس الطوائف أو محاكم المذهبية بالمنازعات المتعلقة بالنسبة لغير المسلمين الوطنيين ما لم تكن هذه الديون قد أثّرت في مرحلة لاحقة لتوزيع التركة).

والاختصاص النوعي " هو اختصاص محاكم الجهة القضائية بالفصل في المنازعات بحسب نوع الدعوى". (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٥)، وهو بتعبير ابو عيد (ابو عيد، المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ٧٤) "ذاك الذي يأخذ بعين الاعتبار طبيعة موضوع الدعوى (نوعها)، أي طبيعة موضوع النزاع (نوعه) وعلى هذا، وبمقتضى الاختصاص النوعي ، يتعين صنف المحكمة ودرجتها، التي تنظر في الدعوى، من بين المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة "

ولا بد للباحث أن يشير إلى أن الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية الأردنية يشمل مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين الوطنيين إن تراضوا على اختصاصها ، حيث يقتصر هذا الاختصاص على محاكم الدرجة الأولى ،والتي تحتوي على فئة واحدة من المحاكم ، بخلاف المحاكم النظامية التي تحتوي على نوعين من المحاكم داخل الدرجة الأولى ،مما يؤدي إلى سهولة تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية، ولكن الأمر يختلف كلياً فيما إذ عرض نزاع يتعلق بالحقوق الدولية الخاصة لتركبة أجنبي مسلم أو غير مسلم أمام المحاكم الأردنية وانعقد الاختصاص القضائي الدولي لها ،فإن المحاكم البداية النظامية هي صاحبة الصلاحية للنظر في مسائل الإرث والتركات للأجانب وغير المسلمين (المادة الثالثة تركات). كما وتختص هذه المحاكم بالنظر في بعض المسائل الداخلة في صلاحيات المحاكم الشرعي والطائفية^{٢٥} ، ونخص بالذكر المسائل المتعلقة بالتركات،فتختص محكمة البداية إختصاصاً نوعياً أيضاً فيما لو كان أحد الفرقاء في الدعوى من طائفة أخرى-(بين الوطنيين)- ، أو كان مسلماً، وأحد أفراد طائفة غير مسلمة ذا علاقة في أمور أحوال شخصية مع مسلم (م ٧) قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة)، وكذلك تختص في الأحوال التي لا يكون لأطراف النزاع طائفة دينية لها مجلس طائفة في المملكة (م ٩) قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة). ولكن في

^{٢٥} (حدد قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (٢) لسنة ١٩٣٨ أن المقصود في المحاكم النظامية محكمة الحقوق البدائية والاستئنافية (م ٢)، وعليه فإن الاختصاص يعقد لمحاكم البداية بالنظر في صلاحية المحاكم الشرعية وصلاحية النظر والبت في الشؤون المتعلقة بالأحوال الشخصية إذ كان النزاع بين مختلفي الطوائف (الوطنيين) ونرى أيضاً يجوز إحالة أمر النظر بتركات الأجانب إلى المحاكم الطائفة متى كانوا يتبعون طائفة معينة، متى أحال قاضي محكمة البداية هذا النزاع إليها طبقاً لأحكام قانون (التركات).

الأحوال التي يكون فيها الفرقاء في الدعوى غير مسلمين ، وينتمون إلى أكثر من طائفة دينية ويتفقون على تقديم دعواهم إلى مجلس طائفة دينية ينتمي إليه أحدهم ، يكون للمجلس المذكور صلاحية النظر في الدعوى المذكورة والبت فيها، ويجب أن تبلغ الموافقة في كل قضية خطأً إلى رئيس مجلس الطائفة المتفق عليه ، وإذا لم يتفق الفرقاء على هذه الصورة فللمحاكم النظامية صلاحية البت في الدعوى. (م ١٠) قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة). (أنظر: الأخرس؛ القاضي الدكتور نشأت عبد الرحمن ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج ١ ، ط١، الإصدار الأول ، ٢٠٠٨، ص ٢٠٧). وعليه فإن التشريع الأردني في قانون التركات للأجانب وغير المسلمين، وقانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة قد خولا محاكم البدائية النظامية اختصاصاً نوعياً في بعض أنواع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية والتركات ، غير أن الواقع العملي المتواتر عليه أمام المحاكم الشرعية الأردنية يعطي الاختصاص بالنسبة لتركات الأجانب لها متى جلب الاختصاص إليها برفع الدعوى ، وسواء أكان أطرافها مسلمين أم غير مسلمين - من دون أن تتنازل عن اختصاصها للمحاكم النظامية متى قبل الأطراف اللجوء إليها ، وتطبق هذه المحاكم على المسلمين وغير المسلمين الشرع الإسلامي وعلى المسائل المتعلقة بتركاتهم وهذا له مخاوف عملية كبيرة ؛ نظراً لمخالفة هذه المحاكم نصوص قانون التركات للأجانب وغير المسلمين. (أنظر قرار محكمة إربد الشرعية رقم (٢٣٥/٢٠٠٤) والمشار إليه سابقاً ؛ حيث تضمن قرار المخالفة بأن المحاكم البدائية النظامية هي صاحبة الاختصاص وليس المحاكم الشرعية. ونحن مع قرار المخالفة. وليس مع قرار الأغلبية).

أما في التشريع اللبناني فإن اختصاص المحاكم المدنية النوعي يشمل طلبات حصر الإرث ويكون الاختصاص للقاضي المنفرد بالدعاوى التي لا يعترضها نزاع حول تعيين الورثة ، أو تحديد الأنصبة الإرثية. فإذا كان هنالك أي نزاع ما في تعيين الورثة، أو تحديد الأنصبة الإرثية، فتخرج من اختصاص القاضي المنفرد وتدخل ضمن اختصاص الغرفة ؛ باعتبار أن الدعوى تكون غير معينة القيمة، وقد تتجاوز قيمة التركة حد اختصاص القاضي المنفرد. (المادة ٨٦/٣/أ) (انظر: الحجار، حلمي ، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ط٥، ٢٠٠٢، ص ٣٨١، ٣٨٢).

فإذا كان المتوفى من إحدى الطوائف الإسلامية فإن الاختصاص يكون أصلياً للقضاء الشرعي... ، وبالتالي يكون القضاء العدلي مختصاً وظيفياً ، فقط في الحالة التي يكون فيها القضاء الشرعي ، أو المذهبي غير مختص . (وكذلك الأمر بالنسبة للطوائف غير الإسلامية فيختص بها القضاء النظامي من الناحية الوظيفية وضمن اختصاص القاضي المنفرد من الناحية النوعية ما لم يداخله نزاع حول تعيين الورثة ، أو تحديد الأنصبة الإرثية، بحيث ينعقد هنا الاختصاص للغرفة الابتدائية ، كما يكون الاختصاص للقضاء النظامي للنظر في منازعات حصر الإرث المتفرعة من عقود الزواج المدنية والمعقودة في الخارج) . (انظر: الحجار، حلمي ، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٢ ، ص ٣٨٢، و ٣٨٣ ؛ نبيل و خليل ، قانون أصول المحاكمات المدنية، ١٠٨، ٢٠٠٤، ص ١٠٩) . (إن اختصاص القاضي المنفرد؛ أو الغرفة الابتدائية في القضاء (النظامي) بالنسبة لطلبات حصر الإرث يفترض أن الاختصاص الوظيفي متوفر بالنسبة للقضاء النظامي وهذا يعني أنه إذا كان الاختصاص الوظيفي هو للقضاء الشرعي أو المذهبي فيبقى القضاء النظامي غير مختص وظيفياً للنظر بطلبات حصر الإرث). (انظر: الحجار، حلمي ، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٢ ، ص ٣٨٢)

ومن خلال ما سلف وبإستقراء بعض أحكام محكمة التمييز اللبنانية المشار إلى بعضها سابقا نجد بأن القضاء النظامي هو المختص بالنظر في التركات المشوبة بعنصر أجنبي متى كانت جميع أطرافها من الأجانب ، أو كان قانون أحوالهم الشخصية يخضع هذا الاختصاص إلى القضاء المدني ، كما ونستنتج ومن الفقرة السابقة بأن هذه القضاء يختص بمسائل الإرث التي نشأت عن زواج تم في الخارج .أي إذا احتوت المسألة الإرثية عنصرا أجنبيا. ويكون الاختصاص نوعيا لمحكمة البداية ؛ على اعتبار أن هذه المحكمة-صاحبة الولاية العامة- هي المختصة بحصر التركات التي يتضمنها نزاع حول تعيين الورثة ، أو تحديد الأنصبة الإرثية، فتخرج عندئذ عن اختصاص القاضي المنفرد ، إذ تعتبر الدعوى آنذاك غير معينة القيمة ، كما وأنه لايمكن تصور مسائل إرثية مشوبة بعنصر أجنبي بدون وجود نزاع وخلاف بالنسبة لحصر تركات الأجانب ؛ لاختلاف قوانين الدول بالنسبة للورثة ، وأنصبتهم ، والقانون واجب التطبيق ، أضف إلى ذلك بأن اختلاف جنسيات الورثة وديانتهم سيؤدي إلى إشكاليات توزيع الحصص

والقانون الذي يحكم المسألة الإرثية ؛ لذا لا بد من أن تكون لمحكمة البداية (الغرفة) الصلاحية النوعية .(أنظر وقارن، ابو عيد، الياس الدفوع الاجرائية في قانون أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ٩٣).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا بأن ما يدخل في اختصاص القاضي في المسائل المستعجلة والوقئية المتعلقة بالتركة في المملكة، يعتبر من الاختصاص النوعي التي تختص بها بالتحديد المحكمة البدائية (رئيسها، أو من ينيبه أو يفوضه بذلك، وقاضي الصلح في الأماكن التي لا توجد فيها محاكم بداية). (هذا وقد نصت المادة ٣١/١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني على أن قاضي الأمور المستعجلة هو رئيس محكمة البداية أو من يقوم مقامه أو من ينتدبه لذلك من قضاتها، وقاضي الصلح في دعاوي التي تدخل ضمن اختصاصه.

كما يقوم القاضي البدائي في لبنان بوظيفة القضاء المستعجل، للنظر في الأمور المستعجلة والتدبير الوقئية .(انظر الحجار، حلمي، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٢، ص ٣٦٧) وقضي إن اجتهاد هذه المحكمة (أي المحكمة البدائية اللبنانية) تواتر على اعطاء صلاحية قاضي الأمور المستعجلة بتعيين خبير لجرد التركة مع صلاحية محكمة البداية بتعيين محرر للتركة وبررت ذلك بأن المادة (٩٥) من قانون الإرث أجازت لكل متضرر الاعتراض على قرار تحرير التركة ووقف معاملات التحرير لقاء كفالة، الأمر الذي يترك مجالاً لتهريب عناصر التركة، وهذا التهريب يمكن تلافيه عن طريق جرد عناصر التركة بواسطة خبير يعينه قاضي الأمور المستعجلة ومثل هذا التدبير تمليه العجلة وله الصفة التحفظية الصرف ولا يمس بحقوق أي من الأطراف. (يراجع قرار هذه المحكمة رقم ٤٠٣ تاريخ ١٣/١٢/١٩٧١ المصدق استثنافاً لهذه الجهة بالقرار ٢٥٧ تاريخ ١٧/٢/١٩٧٢). ومن الجدير ذكره مرة أخرى أن الاختصاص النوعي للمحاكم الإنجليزية كان قبل عام ١٨٥٧م يتم بمنح إذن التصرف في الملكية بشكل حصري من قبل المحاكم الكنسية وهي المحكمة المختصة نوعياً آنذاك. وفي عام ١٨٥٧م تم منح هذا الاختصاص إلى محكمة التركات والآن هذا الاختصاص مستقر في المحكمة العليا. وفي المجري الطبيعي للأمر فإن هذا الإذن يتم في شكل عام، أي كنتيجة الإجراءات قضائية غير متنازع فيها، ولكن إذا كان الحق في تمثيل (موجب) التزام أو لا

موجب أو قد يكون محل نزاع ، فيصبح خاضعاً للدعاء في قسم التركة والطلاق وتسمى (دعوى تركة) والإذن الذي ينتج كنتيجة لهذه الدعوى يقال أنه (شكلا حسب الأصول). (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS,EIGHTH EDITION,LONDON,STEVENS&SONS LIMITED,1967,p570)

ومن المفيد أن نشير هنا أن الاختصاص النوعي بالنسبة للإرث في الولايات الأمريكية يختلف من ولاية إلى أخرى، كما أن هذه المنازعات يمكن أن تحال إلى المحاكم الفيدرالية متى تعلقت بتركات الأجانب ومختلفي الجنسية ، وقد ينعقد هذا الاختصاص لمحكمة الموارث في المقاطعة - التابعة لولاية الموجود فيها موطن المورث ، أو أمواله - وفي بعض الولايات تكون المحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة الحسبية التي تختص بإدارة التركات ونظر المنازعات المتعلقة بالإرث والتركات لبيان مكان وجود الأموال والحصة التي تخص الوارث ، وكذلك لمحكمة موطن الموصي الحق بتفسير وصية الموصي ، فهذه المحكمة وإن اختلفت تسميتها من ولاية إلى أخرى تختص بمنازعات الإرث والتركات اللهم إلا إذا كانت المنازعات تتعلق بين مختلفي الموطن أو الجنسية حيث تختص المحاكم الفيدرالية بهذه المنازعات. (انظر: قضية دورفي ضد دوكي (durfee v . duke) ، الصادر من المحكمة العليا للولايات المتحدة، (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973,chapter (5),p5-7)؛ انظر :محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضائتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميكا كليوناترا - ب(٥) مدخل (٢)، ٢٠٠٦، ص ٣٤ و ص ٣٥).

وعلى الرغم من أن قانون الولايات المتحدة الأمريكية أعطى لكل ولاية تحديد الاختصاص النوعي بالمنازعات المتعلقة بالإرث والتركات، بحيث تقوم محكمة الموارث المختصة بفض المنازعات المتعلقة بالتركة ، بحيث يترتب على ذلك مقدرة الأطراف الطعن بهذه الاجراءات أمام محكمة الاستئناف العليا في تلك الولاية.(انظر قضية أليس ضد بوب(DAVID (Alice v.Bob). H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973,chapter (5),p5-11,5-12) ومع ذلك فإن هذا الاختصاص غير واضح ، ذلك أنه قد يسلب اختصاص محكمة الموارث متى تعلق الأمر بأجانب،أضف إلى ذلك بأن مشكلة ازدواجية

الاختصاص قد تظهر متى تعلق الأمر بالنسبة للتركة الموجودة في أكثر من ولاية. مما يترتب على ذلك نتائج وإشكالات وخيمة خاصة فيما يتعلق بإنفاذ حكم حصر الإرث الأجنبي في الولاية الأخرى ومدى رقابتها على صلاحية المحكمة مصدرة الحكم للولاية على الموضوع أو الأشخاص. (انظر لاحقاً ، الفصل الرابع من هذه الأطروحة ،الاختصاص القضائي غير المباشر ،ص ٢٩٤، وانظر محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢) ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٨).

وهذه المحاكم مختصة بحد ذاتها بحل هذه الإشكاليات وفي المقاطعات صاحبة الاختصاص ومع ذلك فإن الأمر لا يخلو، من المثالب. (أ-على الرغم من أن الاختصاص لدى الأنظمة الغربية هو نظام قضائي واحد يضم جميع المحاكم في الدولة ، إلا أن هذا لا يوجد في محاكم الولايات الأمريكية.) بنفس المعنى ، محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢) لسنة، ص ٣٨) -ب- على الرغم من وجود محاكم موضوع ذات اختصاص عام ومحاكم موضوع ذات اختصاص محدود ، إلا أن الخطوط الفاصلة بينها ما زالت غير واضحة (مبهمة) ، وذلك لعدم وجود معايير محددة كالإختصاص القيمي، أو النوعي يمكن الأخذ بها لتحديد اختصاص كل منها بدقة وبطريقة واضحة (محمود، محمد ظهري ، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢) ، ص ٣٨).

وعليه فإن لمحكمة المواريث في المقاطعة (الولاية) التي تتواجد فيها أموال المتوفى الصلاحية بموجب القانون، حيث يحدد قانون الولاية من هو المخول للحق في أموال المتوفى وما هي حصته وكذلك لهذه المحكمة الحق بتفسير وصية الموصي ، أي بالرغم من أن هنالك جهات قضاء مختلفة في كل ولاية ، فإن محكمة المواريث هي المحكمة التي تختص نوعياً بالمنازعات المتعلقة بالإرث والتركات. كما أن للمحاكم الفيدرالية صلاحية النظر في القضايا المشتعلة على تركات أشخاص أجانب ومختلفي الجنسية. وعليه فإن تحديد ولاية محاكم الدولة في المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة لا يقتصر على تحديد هذه الولاية فحسب ، بل تستلزم العدالة أن يتحدد الاختصاص الوظيفي والنوعي ، فإذا انتهينا من تحديد هذه الاختصاصات على

الترتيب السالف ذكره، فإنه يتوجب بيان أي محكمة من محاكم الدولة التي هي من صنف ودرجة واحدة والمنتشرة في الدولة هي المختصة محلياً بذلك ، هل هي مثلاً محكمة البداية في السلط، أم محكمة البداية في عمان؟ هذا ما سوف نبينه الآن.

(٣) تحديد الاختصاص المكاني:

ولما كانت الاختصاصات التي تناولناها سابقاً لا تكفي لتحديد المحكمة المختصة ولا تصل إلى حل الإشكالية الذي يبغى الاختصاص حلها، فإنه لا بد أن يتحدد الاختصاص المحلي بالإضافة إليها، سواء أكان ذلك في المنازعات المتعلقة بالحقوق الدولية، أم الداخلية ضمن حدود ولاية القضاء المنتشر على إقليمها محاكم تتعدد بها المحاكم ذات الصنف الواحد والدرجة الواحدة والمنتشرة في رقعة الدولة. ويعرف الاختصاص المكاني بأنه "تصيب المحكمة الواحدة في محاكم طبقة من ولاية القضاء والذي يحدد بمراعاة موطن الخصوم ،ومركز المحكمة لتصبح المحاكم قريبة من موطن الخصوم أو موقع النزاع". (الفتلاوي،سهيل حسين، القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٢، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات ، مصر ، القاهرة ، ص ٢٤٩) وهو بتعبير المحامي حلمي الحجار (الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط٥ ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٠٦)"الذي يعنى بتحديد المحكمة المختصة من الناحية المكانية من بين المحاكم التي هي من صنف ودرجة واحدة، والموزعة جغرافياً في أماكن مختلفة داخل الدولة، فتحدد المحكمة المختصة مكانياً لازم ؛ نظراً لتعدد المحاكم في إقليم دولة ما ، والتي تكون من صنف ودرجة واحدة ". وهو برأى أحدهم (أنظر ،ابو عيد ،المحامي الياس ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص٢٧٦) بأنه الذي بمقتضاه تتعين المحكمة التي لها سلطة نظر الدعوى من بين المحاكم التي هي من صنف واحد ودرجة واحدة، وبمعنى آخر ، إن الاختصاص المكاني يحدد أي محكمة من بين المحاكم ، التي هي من صنف واحد ومن درجة واحدة، هي صاحبة الاختصاص للنظر في الدعوى. وهو يرتكز على توزيع الدعاوى بين المحاكم المذكورة توزيعاً مكانياً أو محلياً- والاختصاص المكاني ينحصر في محاكم الدرجة الأولى، دون محاكم الاستئناف. وذلك على اعتبار أن اختصاص محاكم الاستئناف محصور فقط بنظر

الدعاوى التي تنتظر فيها محاكم الدرجة الأولى الكائنة في دائرتها القضائية كل ذلك ما لم يرد نص مخالف على القاعدة المذكورة. (المادة ١١٣ أصول لبناني).

وقد عرفت الدكتورة أمينة النمر (أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٥) "الاختصاص المحلي أو المكاني أو المركزي بأنه اختصاص من محاكم الطبقة الواحدة من المنازعات بحسب المكان أو المركز"

وإن كنا نؤيد تعريف الدكتور حلمي الحجار فهذا لا يمنع أن نعرف الاختصاص المكاني: بأنه الذي تتعين بموجبه المحكمة المختصة مكانياً بناء على معايير وضوابط معينة ، يحدد القانون على أساسها المحكمة المختصة من بين محاكم الدولة المنتشرة في أرجاء الدولة ، والتي هي من صنف ودرجة واحدة ، بحيث يتحدد اختصاص محكمة معينة على أساس إقليمي - (موقع المال ، او موطن المدعى عليه ، أو الورثة، أو محل إفتتاح التركة) - فإذا قلنا مثلاً بأن جهة القضاء النظامي هي الجهة المختصة ، فيجب تحديد أي محكمة بدائية هي المختصة من بين المحاكم المتعددة الموجودة في الدولة.

وفي هذه الدراسة سنقتصر الحديث على المعايير التي يتحدد من خلالها الاختصاص المحلي في المنازعات المتعلقة بالتركة دون غيرها.

والمشروع يحدد من خلال توزيع سلطة وولاية القضاء المنازعات بين المحاكم المتعددة ذات النوع والدرجة الواحدة؛ بحسب مكان أعيان التركة ، أو محل فتح التركة. فلو فرضنا بأنه تم تحديد الاختصاصات السالفة الذكر ، فإن المعيار الذي يتحد بها الاختصاص المكاني بالنسبة لدعاوى المتعلقة بالتركات حسب نص المادة التاسعة والثلاثين من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية^{٢٦} والتي جاءت مطلقة - ، وهو محل إفتتاح التركة^{٢٧} وهو حسب رأي الفقه الراجح مكان حصول الوفاة - (الموطن الأخير للمورث) - . كما ويتحدد هذا الاختصاص أيضاً بناء على موقع أموال التركة ، وموطن الورثة ، أو أحدهم.

^{٢٦} - (تنص هذه المادة على "أن الدعاوى المتعلقة بالتركات أو التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التي

يقع في دائرتها محل فتح التركة ، وكذلك الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل قسمة التركة".)

^{٢٧} (نرى بأن المقصود بمصطلح محل فتح التركة هو محل تحرير التركة، وسندنا في ذلك أن نظام التركات وأموال الأيتام الاردني رقم

(١) لسنة ١٩٥٥ استعمل هذا المصطلح في أكثر من موضع.)

وبناء على هذا المعيار فإن الدعاوى التي يرفعها بعض الورثة على بعض قبل قسمة التركة، وكذلك التي يرفعها الدائن قبل قسمة التركة، كل ذلك يكون في مكان افتتاح التركة، وبشرط تعدد الورثة ويظل الاختصاص لهذه المحكمة حتى إنتهاء القسمة. (انظر، نبيل و خليل ، قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٤ ، ص ١٥٣). أما بالنسبة لقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردنية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته فقد نص على أن الاختصاص المكاني ينعقد لمحكمة محل إقامة المتوفى بحيث تختص هذه المحكمة بتعيين الحصة الارثية ويجوز للمحكمة التي يقيم فيها بعض الورثة تعيين الحصة الارثية ، إذا كان محل إقامة المتوفى خارج حدود المملكة (المادة الرابعة فقرة (١)). والغاية من جمع هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة هو الحرص على منع تناقض الأحكام، وأن تكون هذه المحكمة قريبة من مكان التركة قدر الإمكان، وبناء على هذه الحكمة من حصر الاختصاص أمام محكمة واحدة نص قانون أصول المحاكمات اللبناني في المادة (١٠٥) منه على أن تقام الدعاوى المختصة بالإرث فيما بين الورثة ، أو بينهم وبين الموصى لهم، أو بينهم وبين دائني التركة لدى محكمة المحل الذي أفتتحت فيه التركة (المادة ١٠٥ فقرة أولى). (انظر بهذا المعنى، نبيل و خليل، قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٤ ، ص ١٥٣). وإذا أفتتحت التركة في بلد أجنبي وكانت تحتوي على عقارات واقعة في لبنان ، فإن المنازعات المتعلقة بهذه العقارات والمبينة في الفقرة الأولى تكون من اختصاص محكمة هذه العقارات". (الأخرس ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ٢٠٠٨، ج١، ص ٢٥٦). (إن الفقرة الثانية من المادة (١٠٥) أصول مدنية لبناني قد جاءت أكثر شمولاً ودقة من نص المادة (٣٩) من قانون أصول محاكمات مدنية اردني ؛ حيث استثنت الفقرة الثانية التركات العقارية وأخضعت اختصاصها لمكان موقعها، ... (كما حدد القانون اللبناني الاختصاص المكاني للمحاكم الشرعية في الدعاوى المتعلقة بالإرث والوصية والوقفية، فإما أن تقام لدى محكمة مقام المدعى عليه ، وأما لدى المحكمة التي تقع في نطاقها أعيان التركة، أو الوقف العقارية كلها ، أو القسم الأكبر منها .أما معاملة حصر الإرث فتجري أمام محكمة موطن المورث الأخير، أو أمام المحكمة الواقع في نطاقها أعيان التركة العقارية كلها ،أو القسم الأكبر منها) . هذه المواد التي نص عليها قانون تنظيم المحاكم الشرعية السنية والجعفرية في المواد ٦٣ وما بعدها.

وقد قضت محكمة التمييز اللبنانية- (غرقتها المدنية -، القرار رقم (٢٧) تاريخ ١٩٥٦/٧/٢٦، مجلة حاتم، الجزء (٢٩)، ص ١١) -:- "أن التركة متى فتحت في بلد أجنبي فإن الدعاوى المختصة بالإرث تقام لدى محكمة المحل الذي فتحت فيه التركة حسب نص المادة (٩٣) من الأصول- (القديم) -. فالتركة فتحت في بلد أجنبي، حيث أموال التركة ومعظم الورثة، فوجود بعض العقارات في لبنان لا يبرر نزع صلاحية المحاكم الأجنبية".^{٢٨} هذا إن كانت رفعت إليها الدعوى المشوبة بعنصر أجنبي أولاً، ومع ذلك فإن وجود بعض العقارات في لبنان يقضي باختصاص المحاكم اللبنانية بها ومكان موقعها اختصاصاً محلياً ونوعياً.

وقد حدد التشريع الإنجليزي اختصاص المحكمة الكنسية في منح إذن التصرف في الملكية - بإعتادها على وجود أملاك والتي كانت تخص المتوفى في نطاق المحكمة.. دون الإلتفات إلى المكان الذي كان يتوطن المورث فيه^{٢٩} (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON STEVENS&SONS LIMITED,1967,pg570).... مما جعل هذا التشريع من اختصاص المحاكم الكنسية نوعياً واختصاصاً مكانياً لمحكمة موقع أموال المورث. إلى أن حصر هذا الإختصاص بالمحكمة العليا لاحقاً. (للمزيد من المعلومات راجع DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED,1967., pg570)

^{٢٨} (وقد قضى في هذا المجال بأن ما أوردته محكمة الاستئناف في قرارها من أنه في حال وجود منزل للمدعى عليه الأجنبي في عاليه، وفي حال عدم وجود مقام معلوم له في لبنان، يقتضى اعتبار أن محكمة محل هذا المنزل هي صالحة للنظر بالدعوى، هو موافق للقانون، إذ أنه، في تحديد الصلاحية الدولية، تطبق أحكام القانون الداخلي حتى ولو كان للمدعى عليه الأجنبي محل إقامة أو سكن في بلد آخر، وذلك طبقاً لقواعد تنازع القوانين بشأن الإقامة، ما دامت هذه الصلاحية تحد أساسها في سيادة الدولة الشخصية أو الوطنية (تمييز مدني، قرار تاريخ ١٩٦٧/٣/١٤ - النشرة القضائية لعام ١٩٦٧، ص ٩١٧) إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ص ٣٤٧. مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ش.م.م. سنة ٢٠٠٤ دون طبعة.)

^{٢٩} (وهذا المتطلب قد يكون غير ملائماً تماماً، فعندما يتوفي المواطن الانجليزي تاركاً أملاكاً في الخارج، فإن المحكمة الأجنبية أحياناً قد ترفض منح إذن بالتصرف بنقل الملكية إلى أن يتم الحصول على إذن في إنجلترا. فإذا لم يترك المتوفي أملاكاً في إنجلترا فإن النتيجة كانت مأزقاً لا مخرج منه . وفي عام ١٩٣٢م كان اختصاص المحكمة العليا بالتالي قد توسع للسماح لها بمنح الإذن فيما يتعلق بأي شخص متوفى، ولكن يبقى صحيحاً أن الهدف الرئيسي للإذن هو تمكين منفذ الوصية أو مقسم التركة من تقسيم الأملاك في هذا البلد. (DICEY AND MORRIS, ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON STEVENS&SONS LIMITED,1967pg570)

وقد نصت القاعدة (٨٨) من القانون الانجليزي أنه حيث يتوفى شخص وهو متوطن في بلد أجنبي فإن المحكمة بشكل عام ستمنح إذن تمثليه الشخصي بموجب قانون ذلك البلد الأجنبي. ففي الحالات التي ليست محل نزاع حيث يكون المتوفى قدّم وهو متوطن خارج إنجلترا فإن المحكمة ستصدر إذنها في المقام الأول للشخص الذي عهد إليه تقسيم التركة من قبل المحكمة التي لها اختصاص على المكان الذي توفى فيه المتوفى وهو متوطن فيه. وإذا لم يكن هناك مثل هذا الشخص ، مثلاً ، بسبب عدم تطبيق الإذن بعد في بلد الموطن ، أو بسبب أن المحكمة لا تعين ممثلين شخصيين بالمعنى الانجليزي، فإن منح الإذن سيتم للشخص المخول بتقسيم التركة بموجب قانون المواطن (DICEU AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED,1967,pg570).

(ولا بد من الإشارة إلى أن الوظيفة الحصرية لقانون محل المال في تحديد صفة المال هل هو منقول أم غير منقول)

The exclusive function of the lex sit us in determining the character of property as movable or immovable has already been mentioned .
(R.H.GRAVESON ,360)

ومما هو جدير بالإشارة إليه أن المشرع الأمريكي حدد المساحة الإقليمية التي تتبع اختصاص كل محكمة؛ حيث يختص قضاة كل ولاية بالنظر في المنازعات التي تتبع هذه الحدود. ومع ذلك قد يتداخل الاختصاص المكاني بين عدة ولايات. (رأي المحكمة العليا للولايات المتحدة) 84 S.ct.242 hL Ed.2nd (DURFEE V .DUKE) 186(1963).

(DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK,chapter (5),p5-7) مما يؤدي إلى ازدواجية الاختصاص بين محاكم عدة ولايات وبالنتيجة صعوبة حل إشكاليات الاختصاص المكاني .

وفرق المشرع الأمريكي بين نوعين يتحدد على أساسها اختصاص المحكمة محلياً ، النوع الأول يتعلق بالاختصاص على الأملاك ، وهذا النوع ينقسم إلى قسمين القسم الأول ما يتعلق بالاختصاص على الأملاك العقارية ، حيث تختص محكمة محل العقار بالنظر في المنازعات

أما بالنسبة للاختصاص النوعي للمحاكم العدلية في القانون اللبناني -بالعلاقات المشتملة على عنصر اجنبي - فإن القضاء تبنى اتجاهها باختصاص المحاكم المدنية البدائية هناك .ومع ذلك فإن الاختصاص النوعي غير واضح تماما في هذا التشريع. بينما نجد أن المشرع الأردني حدد هذه الاختصاصات بشكل أكثر وضوحا ، وذلك في قانون التركات للأجانب وغير المسلمين.

خامسا -الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي والدفع بالإحالة الدولية

يعد الدفع بعدم الاختصاص والدفع بالاحالة من الدفع الشكلية - (الاجرائية) - التي نصت عليها قوانين أصول المحاكمات المدنية (المرافعات) للدول .

وتعرف الدفع الإجرائية :بأنها "الدفع التي تتعلق بإجراءات الالتجاء إلى القضاء والشروط اللازمة فيها بقصد منع المحكمة من الفصل في الدعوى أو تأخير هذا الفصل دون أن تتعرض إلى الحق المطلوب ، أو مدى أحقية المدعى فيه. ويطلق البعض على الدفع الإجرائية إسم الدفع الأولية أي الدفع التي تبدى قبل الفصل في الموضوع ولكن نميل إلى إطلاق إسم الدفع الإجرائية على تلك الدفع المتعلقة بإجراءات التقاضي". (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ١٤٤)

والدفع الاجرائي بتعبير الحجار(انظر في ذلك، الحجار، حلمي، القانون القضائي الخاص، ج١، ١٩٩٦ ، ص٧٠ ، رقم ٦٤) بأنه" (عائق مؤقت) يوجه ضد إجراءات الدعوى الأصولية، ضد صحة هذه الإجراءات، دون أن يتعرض إلى أساس الحق ، أو إلى شروط الدعوى".

ويعد أيضا وسيلة بمقتضاها ينازع المدعى عليه في مجرى المحاكمة، خاصة في الإجراء الذي إنبتت عليه، أي استحضار الدعوى. وهو لا يطال أصل الحق المدعى به ويكون من شأنه إرجاء المناقشة في الأساس ، أي في موضوع الدعوى.(روجيه بيرو، دروس في القانون القضائي الخاص، ١٩٧٧-١٩٧٨، ص٩٥) (نقلا عن أبو عيد ،إلياس، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص١٠٩).

وبالرغم من أن المشرعين الأردني واللبناني قد عالجا قبول الدفع بالإحالة والدفع بعدم الاختصاص في الاختصاص الداخلي،^{٣١} إلا أنه سكت عن تحديد مدى إمكانية إقرار الدفع بالإحالة من عدمه في الميدان الدولي . مما استلزم من الباحث بيان مدى إمكانية الأخذ بالإحالة في القانون القضائي الخاص في كلا التشريعين ؛ نظرا لاحتمال اتصال أموال التركة بأكثر من دولة. أما بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص فإن القانون الأردني قد أقر الدفع بعدم الاختصاص أمام المحاكم الوطنية - بالمنازعات المشوبة بعنصر أجنبي - في مسألة واحدة ، وهي في الفرض الذي لم يحضر فيه المدعى عليه ويتبين للمحكمة الناظرة في النزاع عدم اختصاصها ؛ حيث تقرر المحكمة عدم اختصاصها، ويبقى التساؤل مفتوحا حول الحالات الأخرى التي سكت عنها المشرع الأردني كالمشرع اللبناني؛ كإقرار المحكمة عدم اختصاصها فهل تقرر عدم اختصاصها وإحالة النزاع برمته إلى المحكمة الأجنبية ، أم تكفي بعدم اختصاصها فقط . وهل يملك القضاء الوطني إجبار المحاكم الأجنبية على النظر في النزاع الذي تخلت عنه. وهل يفهم سكوت المشرعين الأردني واللبناني على أنه رفض للإحالة، أم قبولها، أم أنه أراد ترك باب الإجتهد مفتوحا في هذا المجال ؟ هذا ما حدا بالباحث إلى التطرق إلى الموضوعات المسكوت عنها عسى أن يجد حلا يلائم خصوصية وطبيعة التشريعين الأردني واللبناني .

وعليه سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى ما يلي:

١- الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإرث

٣- الدفع بالإحالة في الميدان الدولي . وذلك على التوالي.

١- الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإرث

يعرف الدفع بعدم الاختصاص بشكل عام؛ بأنه دفع إجرائي مبناه تخلف شرط تقديم الطلب إلى محكمة مختصة أي محكمة لها صلاحية بتعبير المشرع اللبناني وهو شرط لازم لصحة إجراءات الدعوى.

^{٣١} (من المسلم به في فقه قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل بالقانون رقم (٢٠٠٦/١٦) قبول الإحالة والدفع بعدم الاختصاص في الاختصاص الداخلي؛ باعتبارهما من الدفوع الشكلية التي تمكن الخصم بأن يطعن فيها أمام المحكمة الناظرة بنزاع ما.)

وهذا الدفع يسمى في القانون اللبناني بدفع الانتفاء (المادة ٧٩ أصول مدنية القديم)، أو دفع اللاصلاحية (المادة ٨١ أصول مدنية القديم) ، (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص٤٩).

(والدفع بصفة عامة أيضا طريق لاستعمال الدعوى ومباشرتها أمام المحاكم بقصد الدفاع في خصومة قائمة)(النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص٤١).
أما الدفع بصفة خاصة فهو رد على طلب المدعي وجواب عليه يقصد به إجابة المدعي إلى طلبه إما برفض هذا الطلب ، ولما بمنع المحكمة من النظر فيه نهائياً، أو بصفة مؤقتة، فالدفع هو دفاع في الخصومة القائمة .(النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص٤١)

وقد يثار أمام محاكم أكثر من دولة نزاع يتعلق بتركة شخص ما ، يبغى من ورائها المدعي التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي من أجل الحصول على حق معين ، أو التهرب من التزام معين يقرره اختصاص المحكمة الأصلية المسلوب منها الاختصاص ، بالرغم من عدم اختصاص محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع المشوبة بعنصر أجنبي. فهنا يحق لصاحب المصلحة أن يقدم دعواً أمام هذه المحكمة يطلب فيه عدم اختصاصها بالدعوى المرفوعة أمامها؛ لكونها غير مختصة بنظر الدعوى وفقاً لنصوص قانونها المتعلق بالاختصاص الدولي. وهذا الدفع يسمى بالدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي. (انظر في ذلك ، اطروحتنا، الموضوع الثاني من الفصل الرابع ، رقابة قاضي التنفيذ على اختصاص محكمة الدولة مصدره الحكم ، ص٢٩٥)

فالدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة ما معناه -في وجهة نظرنا- بأنه دفع شكلي (إجرائي) يطلب فيه (المدعى عليه) (هذا الدفع متعلق بالمدعى عليه فقط وأن المدعي برفعه دعوى يعني قبوله باختصاص المحكمة التي رفع إليها.)صاحب المصلحة- من المحكمة أن تمتنع عن الفصل في الدعوى المنظورة أمامها؛ لكونها غير مختصة بنظرها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الذي حددها قانونها الوطني . وبالتالي إنكار المدعى عليه أو صاحب المصلحة الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة النازرة في النزاع وخاصة ضوابط الاختصاص الأصلي لتلك المحاكم).

هذا وتختلف سلطة المحكمة بتقرير عدم اختصاصها من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب المدعى عليه ؛ ففي الحالة الأولى يتوجب على المحكمة أن تقرر عدم اختصاصها بنظر المسألة الإثنية من تلقاء نفسها متى تعلق الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام ، وذلك لحسن سير العدالة . أما في حالة عدم تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام فتبقي يدها على الدعوى ، إلا في حالة تقديم المدعى عليه دعواً بعدم اختصاص محاكم الدولة الناطرة في الدعوى ، أو تخلفه عن الحضور وكانت محاكم المملكة غير مختصة طبقاً لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي.(٢٧م-٢٩م). كما وأورد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني بعض القواعد الخاصة بالصلاحيات الدولية في المواد ٧٤-٨٠ ، وتختص المحاكم اللبنانية بهذه الدعاوى . وفي حال انعقاد الاختصاص للمحاكم اللبنانية، فلأطراف الطلب من المحكمة الحكم بعدم اختصاصها وللمحكمة أن تقرر عدم اختصاصها بالنظر في الدعوى المنظورة أمامها من تلقاء نفسها إذا تعلق بالنظام العام. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الفقه (أنظر: باسم محمد الزغول ، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق : دراسة تحليلية لحق الخصم في الدفع وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ط١، ٢٠٠٠ص ٨٤) اختلف في بيان مدى تعلق الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام ، فذهب رأي إلى أن تلك القواعد تتعلق بالنظام العام ، بينما ذهب رأي آخر إلى أن قواعد الاختصاص الدولي لا تتعلق بالنظام العام، إلا إذا تعلق بحالة اختصاص مكاني إلزامي، كما في حالة اختصاص محكمة موقع العقار في الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة، وبعبارة أخرى فإنه وفقاً للرأي الأخير فإن قواعد الاختصاص الدولي ليست كلها على درجة واحدة من حيث مدى تعلقها بالنظام العام ، ووفقاً للرأي الأخير فالاختصاص القضائي الدولي على عقارات التركة ومطالبة الدائنين بالرهونات الواقعة على العقار ، وكذلك دعاوى قسمة التركة العقارية وسائر الدعاوى العينية العقارية ، ودعاوى الحيازة تكون من اختصاص محكمة موقع العقار،^{٣٢}

^{٣٢} (محكمة موقع العقار هي الأقدر على الفصل في المنازعة المشبوبة بعنصر أجنبي، وفي حالة صدور قرار عن محكمة أجنبية ويطلب صاحب الشأن تنفيذ أمام محكمة موقع عقار التركة، قد يؤدي ذلك لعدم تنفيذه أمام المحكمة المطلوب منها تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي بحجة أن محاكم الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم حصر الإرث هي المختصة أصلاً بنظر الدعوى المتعلقة بالعقار الموجود في إقليمها . للمزيد من التفصيل راجع الفصل الرابع من هذه الأطروحة القسم الثاني. ص٢٩٥ وما بعدها)

وبالتالي يتوجب على المحكمة قبول دفع المدعى عليه بعدم اختصاصها الدولي متى تعلق الأمر بالدعاوي المشار إليها. بل يتوجب على المحكمة هنا أن تقرّر عدم اختصاصها الدولي من تلقاء نفسها حتى في حالة قبول أطرف الدعوى باختصاصها ، لتعلق هذه القواعد بالنظام العام، وعليه نرى بعدم جواز الخصوم الاتفاق مقدماً على مخالفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي في هذه الحالة؛ لأن حسن سير العدالة تقتضي ذلك. ومن الجدير بالملاحظة هنا أن نصوص قواعد الاختصاص القضائي الدولي الأردني في المواد من (٢٧-٢٩) ذات طبيعة مزدوجة من حيث تعلقها بالنظام العام، ويمكن التّديليل على هذه الطبيعة المزدوجة بنص المادتين (٢٧/٢) و (٢٩) من ذات القانون، حيث نصت المادة (٢/٢٧) على أنه (تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها، إذا قبل الخصم ولايتها صراحة ، أو ضمناً) ويفهم من هذا النص أنه إذا لم تكن المحاكم الأردنية مختصة بالدعوى وفقاً لقواعد الاختصاص الدولي، فإن الاختصاص يثبت لها مع ذلك إذا قبل الخصم اختصاصها ، سواء أكان هذا القبول صريحاً أم ضمناً ، غير أن القبول الضمني لا يفترض، ولا يستفاد من مجرد غياب المدعى عليه- الوريث ،أو المدين للتركة - ، بل يجب أن تكون ظروف الحال دالة عليه دلالة أكيدة وواضحة. (أنظر ، الزغول، باسم محمد ، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق:دراسة تحليلية لحق الخصم في الدفع وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ط١، ٢٠٠٠، ص٨٤) مشيراً إلى أن الاختصاص ينعقد حتماً لمحكمة إفتتاح التركة في الدعوى المتعلقة بها. وبالمقابل فقد نصت المادة (٢٩) على أنه ((إذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها)) ويفهم من هذا النص أن المشرع أعطى الخيار للمدعى عليه بالتمسك في الدفع بعدم الإختصاص الدولي ، وذلك في حالة حضوره، أما في حالة تخلفه عن الحضور وكانت المحكمة غير مختصة دولياً، فإن المشرع منح المحكمة سلطة الحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها دولياً. ولا بد من الإشارة إلى أن جانباً من الفقه اللبناني- وفي ظل قانون أصول المحاكمات المدنية القديم- (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص٢٦) اعتبر الاختصاص الدولي، والاختصاص المتعلق بالوظيفة، والاختصاص النوعي ، والاختصاص القيمي هم من

الاختصاص المتعلقة بالنظام العام "اختصاص مطلق"، أما الاختصاص المحلي فهو اختصاص غير متعلق بالنظام العام أو اختصاص نسبي.

وعليه فإن اختصاص الدولي بمنازعات الإرث والوظيفي والنوعي اختصاصات متعلقة بالنظام العام. كل ذلك في ظل القانون القديم .

"أما قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد فقد اتبع نظاماً مزدوجاً لقواعد الاختصاص الدولي ، إذ اعتبر أن بعضها هو إلزامي والبعض الآخر غير الزامي.

أما قواعد الاختصاص الدولي الإلزامية فهي التي نص القانون صراحة على أنها إلزامية ، وهذه القواعد هي : التي تعطي الاختصاص للمحاكم اللبنانية للنظر بصحة الامتياز الممنوح أو المعترف به من قبل الدولة اللبنانية (المادة ٧٧. أ.م.م) وجميع قواعد الاختصاص المكاني الداخلي الإلزامية التي تطبق بالاستناد إلى المادة (٧٤) ويخضع كل من الاختصاص الدولي الإلزامي وغير الإلزامي إلى نظام مختلف". (الحجار ، الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط ٥ ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٥٦). " إن دفع عدم الاختصاص الباقية لتدخل ضمن الاختصاص -غير الإلزامي- هي المتعلقة بقواعد الاختصاص المكاني والدولي غير الإلزامية، أي أن القانون اللبناني الجديد لم يستعمل بشكل صريح عبارتي عدم الاختصاص المطلق وعدم الاختصاص النسبي ، بل ربط الوصف المعطى بعدم الاختصاص بالوصف المعطى لقاعدة الاختصاص ذاتها ". (الحجار ، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ، ط ٥ ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٤٣).

(فالدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالنظام العام يجوز لأي من الخصوم التمسك به كما يجوز هذا للنيابة العامة ولو كانت طرفاً منظماً في الدعوى... أما الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز التمسك به إلا من المدعى عليه ويسقط حقه في هذا إذا سكت عنه أو لم يبدئه في الميعاد المحدد. ولا يجوز للنيابة العامة أن تتمسك به إلا إذا كانت طرفاً أصلياً في الدعوى). (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٦)

كما وأن الدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالنظام العام يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم في الموضوع وأمام محكمة الدرجة الثانية (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٢٦) .

أما الدفع بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فإن المشرع يحدد ميعاداً معيناً لإبدائه يترتب على فواته سقوط الحق فيه، كما أن التكلم في الموضوع يسقط الحق فيه أيضاً. (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٢٧).

وقد قضي "بأن مجرد ذكر اسم الدولة التي تعتبر محاكمها صالحة للنظر في القضية كاف للموجب الملقى على عاتق المدعى عليه الذي أدلى بعدم اختصاص المحكمة" (استئناف نانسي، قرار تاريخ ١٩٨٦/١٢/٣ غازيت القصر لعام ١٩٨٧-٢-٢٠١٢ موز ٣١٢)) (المحامي الياس ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩).

وقضي أيضاً "بأن القانون لا يمنع المدعى عليه المدني بدفع عدم الاختصاص، أن يسمى عدة محاكم أجنبية صالحة للنظر في القضية" (تميز مدني فرنسي ، قرار تاريخ ١٩٧٨/١٠/١٠ البلتان المدني لعام ١٩٧٨-١-٢٩٤). (المحامي الياس ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩).

هذا في حالة الاختصاص القضائي الدولي الأصلي ، أما بالنسبة للاختصاص القضائي الاحتياطي والتي يعقد لمحاكم الدولة ؛ كاختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالتدابير الوقتية والتحفزية بالمحافظة على أموال التركة ، -وهي متعلقة بالنظام العام- التي يخشى دائني المورث أن يتصرف الورثة بها مثلاً ، فلا بد من التنبؤ هنا بأنه لا يكون الدفع مجدداً من المدعى عليه متى كانت الدعوى المتعلقة بالتركة منظورة أمام محكمة أخرى، سواء أكانت أجنبية، كما هو الحال في هذه الدراسة، أم وطنية، فلو أقيمت دعوى متعلقة بتركة مورث ألماني أمام محكمة موطن المورث وبعض الورثة- فرنسا مثلاً - فهذا لا يمنع من له مصلحة من الورثة وغيرهم من إقامة دعوى مستعجلة أمام القضاء الأردني متى طرأت ظروف تبرر العجلة، ولا تمنع من قدمها، أن يعود ويراجع قاضي الأمور المستعجلة ، لاتخاذ التدابير التي قد تقتضيها المحافظة على حقوقه بأموال التركة الموجودة في الأردن ومنع الأضرار بها. (انظر ، قريب من ذلك ، قرار محكمة بيروت، رقم ٣٥١ تاريخ ١٩٧٢/٧/٢٦، العدل ، لعام ١٩٧٣ ، ص ١٤٨. نقلاً عن إلياس أبو عيد ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٢).

وأخيراً نتساءل هل يملك القاضي الوطني بعد أن قرر عدم اختصاص محاكم دولته بنظر النزاع أن يحيل النزاع إلى المحكمة الأجنبية المختصة، أم يكفي فقط بتفريغ عدم اختصاص محاكم دولته؟ هذا ما سوف نجيب عنه في النقطة التالية.

٢- الدفع بالإحالة في الميدان الدولي

الإحالة في اللغة من أحال . " وأحال المحقق القضية إلى محكمة الجنايات حولها " (الكرمي، حسن سعيد، الهادي إلى لغة العرب، دار البيان للطباعة والنشر، ص ٥٥٨) " وأحال القاضي القضية إلى محكمة الجنايات : نقلها إليها. " (المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، جمهورية مصر العربية، ج ١، ص ٢١٦).

ويعد الدفع بالإحالة من الدفوع الشكلية الإجرائية التي نصت عليها قوانين أصول المحاكمات المدنية في مختلف الدول، ويعرف الدفع بالإحالة في الميدان الداخلي للدولة بأنه (دفع شكلي، يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المنظورة أمامها، وإحالتها إلى محكمة أخرى -)) داخل إقليم نفس الدولة)) -؛ إما لقيام ذات الدعوى أمام المحكمة الأخرى، أو القيام دعوى مرتبطة بها. (الزغول، باسم ، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق: دراسة تحليلية لحق الخصم في الدفع وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ٢٠٠٠، ص ٧٣).

ويعرف الدفع بالإحالة بشكل عام(أنه دفع يقصد به نقل الخصومة القائمة أمام محكمة إلى محكمة أخرى لتتولى الفصل فيها وهو يتفق مع الدفع بعدم الاختصاص في أن إجابته تؤدي إلى خروج النزاع من ولاية المحكمة.

والأسباب التي تبرر الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى هي : (١) قيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى (الدفع بسبق الادعاء) والدفع بالارتباط (التلازم) (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٥٢).

(ويعرف الدفع بالإحالة للارتباط بشكل عام بأنه دفع إجرائي يقصد به نقل الدعوى القائمة أمام محكمة إلى محكمة أخرى تقوم أمامها دعوى أخرى مرتبطة بهذه الدعوى وذلك للفصل في الدعويين معاً))(النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٥٢).

وحسب القانون اللبناني فإنه (إذا أقيمت دعوى أمام محكمة وكانت هذه الدعوى ترتبط بدعوى أخرى قائمة أمام محكمة أخرى، فإن حسن القضاء وتفاذي تناقض الأحكام واختصار الإجراءات قد يبزر الجمع بين الدعويين أمام محكمة واحدة لتتولى الفصل فيهما معاً. ولذلك يجيز المشرع التمسك في هذه الحالة بالدفع بالإحالة للارتباط ، أو الدفع بالتلازم بتعبير المشرع اللبناني) (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٥٣).

والمحكمة التي يبدى أمامها الدفع بالتلازم تفصل فيه وتكون لها سلطة تقديرية في الحكم به أو رفضه والحكم الصادر بإجابة الدفع بالتلازم يؤدي إلى نقل الدعوى بحالتها إلى المحكمة الأخرى. (النمر، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني، ص ٥٣).

أما الدفع بالإحالة في الميدان الدولي فيعرفه الباحث :- بأنه دفع شكلي نصت عليه قوانين أصول المحاكمات المدنية في (أغلب) الدول، تمكن المدعى عليه - صاحب المصلحة - منع إحدى الدولتين المنظور أمامهما النزاع الحكم به، وإحالة النزاع برمته إلى المحكمة الأجنبية الأخرى لقيام ذات الدعوى أمامها، أو دعوى مرتبطة بها متى ثبت للمحكمة المقدم إليها الدفع بوجود الدعوى نفسها أمام القضاء الأجنبي.

وقد يظهر للمحكمة الناظرة في المسألة الإرثية وجود دعوى أخرى مقامة لدى قضاء محكمة أجنبية مختصة إختصاصاً أصلياً طبقاً لمعايير الإختصاص المكاني - الإقليمي -، أو طبقاً لمعايير الإختصاص الشخصي . فعلى فرض أن المدعي (الورثة، دائن التركة) رفع الدعوى نفسها - (محل ، سبب ، أطراف) بأكثر من محكمة مختصة ،طبقاً لمعيار معين من المعايير المنظمة للإختصاص في القوانين الداخلية للدول. فالتساؤل الذي يثار هنا ما هو الحل لتلافي صدور حكمين في نفس الموضوع من دولتين مختلفتين ؟ هل هنالك مجال للدفع بالإحالة الدولية. وما أثره على سيادة الدولة في حالة جلب وسلب الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية. وما هو أثر ذلك على طلب الحماية القضائية ؟

وهذه الدراسة سوف تجيب عن التساؤلات السابقة من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى نقطتين نخصص الأولى للدفع بالإحالة للارتباط في ضوء الفقه التقليدي ، ونسلط الضوء في النقطة الثانية على الدفع بالإحالة للارتباط في الفقه الحديث.

(١) الدفع بالإحالة في ضوء الفقه التقليدي:

ننوه بداية بأن طلب الحماية القضائية في فقه قانون أصول المحاكمات المدنية لا يتم إلا مرة واحدة ؛ بحيث لا يجوز رفع النزاع أمام محكمة ما وتطبيق القانون في هذا النزاع إلا مرة واحدة، ولذلك فإن قيام الدعوى أمام محكمة ما يفقد باقي المحاكم ولو كانت مختصة بنظرها هذا الاختصاص. وهذه ما يطلق عليه فقهاء قانون أصول المحاكمات المدنية بأن رفع الطلب القضائي - الدعوى - إلى محكمة ما ينزع من سائر المحاكم المختصة به اختصاصها بالبت فيه. (انظر: الحداد ، حفيظة السيد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ١٣٨).

وفي هذا الموضوع سوف تبين هذه الدراسة مدى جواز الدفع بالإحالة أمام المحاكم الأردنية واللبنانية الذي يقدم من أصحاب المصلحة ؛ بغية إحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية ، وذلك على ضوء آراء الفقه التقليدي في المسائل المتعلقة بالحقوق الدولية الخاصة، مستنديين في كل هذا بالفقه والقضاء الذي يصلح سنداً للأخذ به في القانونين الأردني واللبناني واللذين التزما الصمت إزاء هذا الموضوع بالميدان الخارجي.

استقر الفقه والقضاء المقارن-(التقليدي)- على الاعتراف بقاعدة الاختصاص للارتباط في حالة جلب الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة دون سلبه منها؛ أي تطبيق من جانب واحد فقط. فيعترف بها إذا ترتب عليها جلب الاختصاص للمحكمة الوطنية بدعوى لم تكن تدخل في ولايتها أصلاً والعكس غير صحيح، فلا يؤخذ بها إذا ما أسفرت عن سلب اختصاص المحكمة الوطنية الثابت لها وفق إحدى قواعد الاختصاص القضائي لصالح المحكمة الأجنبية . فعلى سبيل المثال تعتبر المسائل الوقتية ، أو التحفظية في دعاوى المحافظة على التركة قبل إفتتاحها ووضع الأختام عليها وسائر المسائل الوقتية الأخرى جالبة للاختصاص الدولي الطارئ للمحاكم الأردنية، كما وأن وجود أموال للمورث في المملكة جالبة للاختصاص الأصلي الدولي للمحاكم الأردنية ؛حتى وإن كان النزاع منظورا أمام محاكم دولة أجنبية .

ففي الحالات السابقة يثور التساؤل عن مدى جواز قبول الدفع بإحالة دعوى مقامة لدى محكمة أردنية إلى محكمة أجنبية بحجة أنها مكان إفتتاح الشركة ، في الفرض الذي تكون الدعوى قد رفعت أمام أكثر من محكمة دولة ؛ لارتباط النزاع بإقليم الدولة الأجنبية ، ذلك في الحالة التي يكون النزاع قد رفع للمحاكم الأجنبية وبعد ذلك أمام المحاكم الأردنية المختصة ، وكذلك هل يجوز للورثة ، أو الدائنين أمام نزاع قائم لدى المحاكم الأردنية التقدم بطلب الإحالة بحجة ارتباط الدعوى إرتباطاً وثيقاً بدعوى أخرى قائمة لدى محكمة أجنبية ، وهل أن الدفع بالإحالة مجد بالنسبة للاختصاص الدولي الطارئ لمحاكم أية دولة ؟.

قبل الشروع بالإجابة عن هذه التساؤلات نود القول بأن الارتباط يتوافر بين الدعويين إذا كان الحل الذي يحكم به في إحدهما يؤثر في الحل الواجب تقريره للدعوى الأخرى ، حتى ولو لم يتحد موضوع الدعويين ، أو الأطراف فيهما ، ومثال ذلك ، دعوى البائع تنفيذ عقد البيع ودفع الثمن ودعوى المشتري تسلم المبيع ، أو فسخ العقد ، ودعوى الدائن على المدين للمطالبة بالدين ودعواه على الكفيل لإلزامه بالضمان .(النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٥٣).

(والأصل أن الدفع بالإحالة للارتباط يبدي أمام المحكمة المطلوب إحالة الدعوى منها ونقلها إلى المحكمة الأخرى ولو كانت الدعوى الموجودة أمامها والمطلوب إحالتها تم رفعها في تاريخ سابق على رفع الدعوى الأخرى ، ومع ذلك ، فإن المشرع اللبناني يستلزم إيداء الدفع بالتلازم أمام المحكمة التي أقيمت أمامها الدعوى في تاريخ لاحق للدعوى الأخرى ، (داخل الدولة اللبنانية)) (النمر ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، ص ٥٣).

أما الاتجاه التقليدي الراجح في الفقه فإنه لا يقبل تخلي المحاكم الوطنية عن اختصاصها بالدعوى التي رفعت إليها ولو كانت مرتبطة بدعوى أصلية منظورة أمام محاكم أجنبية . (الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٨٢) . وسند هذا الرأي الراجح أن التخلي عن ولاية القضاء من شأنه المساس بسيادة الدولة والانتقاص منها ، أضف إلى ذلك أن محاكم كل دولة تتمتع بالاستقلال إزاء محاكم الدول الأخرى ، كما وقد تتعطل وظيفة كل دولة في أداء العدالة على إقليمها . (الرفاعي ، الاختصاص القضائي الدولي ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٨٢).

ويستند هذا الرأي أيضاً بأنه لا محل للاحتجاج بأن رفض الدفع بالإحالة للارتباط قد يرتب عليه التعارض بين الأحكام ؛ لأن الحكم الأجنبي لا يصح تنفيذه في مصر - أو (الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي) - أن تعارض مع حكم صادر من المحاكم المصرية أو (البلد المطلوب منه التنفيذ). (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٨٢).

ويرى بعض الفقهاء في مصر (بأن تقبل المحاكم المصرية الدفع بالإحالة للارتباط إلى المحاكم الأجنبية في حال كانت هذه المحاكم التي تنظر في الدعوى الأصلية أكفاء قدرة على فصل الدعوى المرتبطة ، وأقدر من غيرها على كفاءة آثار الحكم الصادر في شأنها، ولنفس السبب يرى هذا الرأي جواز تخلي المحكمة المصرية عن نظر الدعوى المرتبطة من تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي تنظر الدعوى ، وذلك بهدف تجنب التناقض بين المحاكم ، وكذلك ملافاة عدم تنفيذ الحكم المصري في الدول الأجنبية التي تنظر محاكمها أصل النزاع. ويميل الباحث إلى ترجيح هذا الرأي .

وبالنسبة لمنع التناقض بين المحاكم فهو متحقق دائماً في مصر؛ ذلك أن القضاء لن يأمر بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم صادر من المحاكم المصرية، إلا أن هذا المسلك لن ينفي وجود التعارض الفعلي بين الحكم المصري والأجنبي بصورة قد تدخل بالاستقرار اللازم للمعاملات الدولية.

وأما إذا كان الحكم المصري في الدعوى المرتبطة سينفذ في إقليم الدولة الأجنبية التي تنظر محاكمها الدعوى الأصلية ؛ نظراً لأن أموال المدعى عليه - (المورث) - موجودة فيها، فإن المحاكم الأجنبية سترفض بالمثل تنفيذ الحكم المصري أن تعارض مع الحكم الصادر منها)). (انظر: الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٣٨٢)

ومما تجدر الإشارة إليه (بأن القضاء الألماني من جانبه اشترط لقبول الإحالة - لقيام ذات النزاع لدى محكمة أجنبية - إلى المحكمة الأجنبية أن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة الأجنبية قابلاً للتنفيذ في ألمانيا وأن يأخذ قانون هذه المحكمة الأجنبية بمبدأ المعاملة بالمثل). (السيوفي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٣٠٠).

ولا يرى الباحث ضيرا لو تم الأخذ بما ذهب اليه القضاء الألماني في الأردن ولبنان وباقي الدول ، شريطة أن يكون ذلك مجديا وضروريا ويحقق العدالة.على التفصيل الذي سنراه في نهاية الموضوع التالي.

(٢) الدفع بالإحالة للارتباط في ضوء الفقه الحديث

سبق وأن أشرنا إلى أن التشريع والفقه الأردنيين واللبنانيين التزما الصمت أزاء الدفع بالإحالة في الميدان الدولي، وربما يعود ذلك إلى قلة حدوثه بالمقارنة بالاختصاص الداخلي؛ إلا أن أهمية هذا الموضوع، وحاجته الماسة أعطى حافزا للباحث لتناوله في ضوء الفقه الحديث محاولا الوصول إلى ما يسد هذه الثغرة في التشريعين الأردني واللبناني. منطلقا في بحثي هذا بتساؤلات حول سبب سكوت التشريعين الأردني واللبناني عن تناول هذا الدفع في الميدان الدولي، أهو بسبب الرفض المطلق له ، أم هو قبول بشكل غير مباشر له، أم أنهما قصدا من وراء ذلك ترك باب الاجتهاد مفتوحا في هذا الموضوع للفقه والقضاء؟.

ونستطيع أن نفسر هذا السكوت -كسكوت المشرع المصري- مع نفر (صادق ، تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١ ، ص ٦١) بأن المشرع قصد أن يترك الأمر للاجتهاد من قبل الفقه والقضاء في ضوء التطورات المتلاحقة في القانون الدولي الخاص المعاصر، وتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة.

وبالرجوع إلى تشريعات وقضاء بعض الدول نجد أن قوانينها وأحكام قضاء بعضها نصت مؤخرا وبشكل صريح على مبدأ الإحالة ؛ كالقضاء الفرنسي، والقانون المجري، والألماني ، والتشريع السويسري ، بعد أن كانت تعارض ذلك بشدة في السابق . وكذلك فإن التكتلات الإقليمية والدولية التي فرضها النظام العالمي الجديد أدت إلى تشابك مصالح الدول ، وتطور علاقات أفرادها بعضهم بعضا مما نتجت عنه آثار قانونية جعلت من قبول الدول لفكرة الإحالة ، حلا لكثير من النزاعات التي يمكن أن تحدث نتيجة هذا التشابك بالمصالح وعلاقات الأفراد ،

مما حدا بكثير من الدول إلى إبرام الإتفاقيات الجماعية التي تتضمن قبولها فكرة الإحالة، كالمادة (٢١) من الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الأوروبية المشتركة في سبتمبر ١٩٦٨ والمتصلة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية. (أنظر وقارن ذلك :صادق تنازع الاختصاص القضائي، ٢٠٠١، ص ٦١). (لقد نص الفصل الرابع من الاتفاقية الدولية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المادة (٢٠) منها على أنه :- " إذا ارتبطت دولتان بالاتفاق التكميلي المنصوص عليه بالمادة (٢١) فإنه يجوز إذا ما رفعت الدعوى أمام السلطات القضائية لأحد الدولتين أن تتخلى عن نظرها، أو توقف الفصل فيها إذا كانت هناك دعوى أخرى قائمة بين الخصوم أنفسهم عن ذات الوقائع ولها ذات الموضوع أمام محكمة دولة الأخرى بشرط أن يكون من شأن هذه الدعوى أن تؤدي إلى حكم يتعين على سلطة الدولة الأولى أن تعترف به طبقاً للاتفاقية" (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠٤).

ولذا كانت الغلبة للفقهاء التقليدي في الوقت الحالي، والذي استند على مجموعة من الحجج - للقول بالأثر الجالب للاختصاص دون السالب له^{٣٣} -؛ فإن الباحث يرى من وجهة نظره الخاصة بأنه يجب أن يكون هناك اتفاق بين الدول وقوانينها على جلب العدالة بدلاً من أن يكون بين قوانينها تنازع لجلب الاختصاص، لأن روح القانون وهدفه منذ الأزل إلى أن يرث الله الأرض وما عليها هو تطبيق العدالة. (فالعدالة تتحقق متى كانت المحكمة الأجنبية أقدر على الفصل في الدعوى بشكل يؤدي إلى تحقيق العدالة).

ويرى الباحث وتلافياً لقصور التشريعين الأردني واللبناني في الأخذ بفكرة الإحالة الدولية بأن يتبنى المشرعان الأردني واللبناني الأثر السالب للاختصاص، وذلك بوجود نص قانوني صريح يأخذ بالإحالة في مجال الإختصاص الدولي في حالة الإرتباط، يحل الإشكاليات التي تواجه الفقه والقضاء في الأردن ولبنان، شريطة أن يكون ذلك مجدياً وضرورياً ولازماً ومحققاً لمقتضيات العدالة على النحو الذي سنبينه:

^{٣٣} (أن عدم التوصل إلى تقرير الاعتراف للأثر السالب لقاعدة الاختصاص للإرتباط، يعود لعدم وجود سلطة عليا تقوم بتوزيع الاختصاص بين محاكم الدول المختلفة تدعو هذا الاتجاه إلى عدم تفضيل الأثر السالب للاختصاص في الميدان الدولي). (انظر الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، ٢٠٠٦، ص ٤٠٤).

أ- : يكون ذلك مجدياً من خلال إختصاص محاكم الدولة الأجنبية بحل النزاع أصلاً.
ب- : ويكون ضرورياً إذا كانت محاكم الدولة الأجنبية أكثر إتصالاً بالموضوع محل النزاع ،
وذلك من خلال أن الإجراءات القانونية يجب أن تتم على أراضيها وعبر محاكمها.
ج- : ويكون ذلك لازماً إذا كان تنفيذ الحكم سيتم على أراضي هذه الدولة .
د- : يجب أن تكون محاكم هذه الدولة من الكفاءة والقدرة التي تخولها حسن سير العدالة
ومقتضيات تحقيقها .

و- : وجوب تقديم بينة تثبت بوجود نزاع أمام محاكم الدولة الأجنبية ومتصل بمحل النزاع
والأطراف ولو اختلف السبب.

فالعُدول عن رفض الإحالة في الاختصاص القضائي الدولي والتوجه نحو الأثر السالب
للاختصاص ويقبول الإحالة ضروري جداً في الوقت الحالي ، متى حقق الأثر السالب غايته
وشروطه السابقة . لذا لا بأس لو تم الإعتراف الكامل بهذا الأثر في حالة إرتباط الدعوى بالدولة
الأجنبية، لوجود عقارات للمورث فيها مثلاً. (من الجدير ذكره أن هذا هو نتيجة للتغيير الفلسفي لنظرية
الاختصاص القضائي الدولي والتي بدأت ملامحه الأولى منذ أكثر من نصف قرن من الزمان؛ حيث بدأ انحسار
فكرة السيادة الإقليمية في نطاق القانون الدولي الخاص لتفسح مجالاً لأفكار أخرى أكثر تفتحاً مثل فكرة التعاون
الدولي بين الأنظمة القضائية المختلفة تلافياً لتضارب الأحكام وتحقيقاً لحسن سير العدالة ووصولاً إلى الحماية
المشروعة لمصالح الأفراد في مجال العلاقات الدولية .(صادق ، تنازع الاختصاص القضائي ٢٠٠١، ص٨٤).

هذا ولا بد من القول بأنه يلزم لصحة وقبول الدفع بالإحالة في الميدان الداخلي شروط
تصلح ك شروط للدفع بالاحالة في الميدان الدولي - وأن كان البعض يرى بعدم جواز الاحالة بين
الدول^{٣٤} - نجمل أهمها بما يلي:-

١- وجود دعويين منظورتين أمام محكمة دولتين مختلفتين مرتبطتين برابطة وثيقة بينهما
، كل واحدة منهما مختصة بنظر الدعوى إختصاصاً أصلياً وفقاً لمعايير الاختصاص الدولي

^{٣٤} (..... ولا يجوز الدفع بالتلازم في حال وجود دعويين عالقتين إحداها أمام محكمة وطنية والأخرى أجنبية، إلا في حال وجود اتفاق دولي يقرر قبوله) (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٩٧٨/٥/٣ الاسبوع القانوني لعام ١٩٧٨-٢-١٨٩٢٩) انظر في ذلك الجوريسكلاسور في أصول المحاكمات المدنية (نقلا عن أبو عيد ، إلياس ، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١١١).

المنصوص عليها في قانونها . (أنظر، إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١١)؛ بحيث لا تقبل الإحالة إذا كانت إحدى المحكمتين تنظر بطلب مستعجل أو وقتي ، والسبب بذلك لأنه ليس من مهمة القضاء المستعجل الفصل في الموضوع ولا يمس أصل الحق المدعى به، فالغاية من الإحالة رفع يد محكمة عن الفصل في الموضوع ، وإحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية الأخرى الناظرة في نفس النزاع.

٢-ويشترط للدفع بالتلازم أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى القائمة أمامها ومختصة بالدعوى المطلوب إحالتها إليها ويجوز التجاوز عن شرط الصلاحية النسبية باعتبار أن دوافع الارتباط تعلق على دوافع الاختصاص المحلي. كما يشترط أن تكون الدعويان قائمتين أمام كل من المحكمتين فإذا كانت الخصومة قد انقضت في إحدى الدعويين فلا يجوز الدفع بالتلازم.(أنظر ،النمر،أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ،ص٥٣).

وقد قضي بأنه متى وجد التلازم بين دعويين، يجب أن تقوم بينهما صلة تجعل الفصل في إحداها مؤثراً على وجه الحكم في الأخرى، بحيث إن ترك كل دعوى تسير في طريقها، مستقلة عن الأخرى، قد يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة في الموضوع الواحد. (تميز مدني، قرار رقم ٨٩ تاريخ ١٠/٧/١٩٦٤ ، باز ، جزء ١٢ ، صفحة ٢١٩ ،مذكور عند إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١٠٦).

وقضي بأنه حتى يتوافر التلازم (الارتباط) بين دعويين عندما يكون الحل الذي يعطى لإحداها من شأنه التأثير في الحل الذي يعطى للأخرى.(تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٨/١٠/١٩٦١ اليلتان المدني لعام ١٩٦١-٤٦٨٩) بذات المعنى .مذكور عند إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص١٠٦).

كما قضي بوجود التلازم بين دعويين عند وجود ارتباط بينهما، بحيث يؤثر الحكم في إحداها حتماً في الفصل في الأخرى. (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ٣٠/٣/١٩٦٦ اليلتان المدني لعام ١٩٦٦-٢٠-٣١٥ إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١٠٦).

كما قضي بتوافر التلازم بين دعويين عند قيام خطر أو وجود احتمال، في حال متابعة السير بكل منهما على انفراد ، بصدور أحكام فيها يتعذر التوفيق بينها. (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٩٠٣/١/٢١ ، د اللوز لعام ١٩٠٣، ص ١٧٧، إلياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١٠٧) كما ويمكن أن يقوم التلازم بين دعويين عندما يتحدد فيهما السبب، دون الموضوع، أو عندما يتحد فيهما الموضوع ، دون السبب. (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٩٥٢/٥/١٤ د. اللوز لعام ١٩٥٢ صفحة ٦٢٥ ، انظر في ذلك سوليس وبيروت القانون القضائي الخاص، جزء الثاني ، الاختصاص ، فقرة (٥٤١) موريل ، اصول المحاكمات المدنية، فقرة(٢٨٣). (نقلا عن أبو عيد، إلياس ، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١٠٧).

ويتوافر التلازم بين دعويين، وأن اختلف فيهما السبب والموضوع معاً، إذا كانت إحداها تهدف إلى قسمة تركة، والأخرى إلى تثبيت قسمة حبية. (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٨٦٣/٧/١٨، د اللوز لعام ١٨٦٤ صفحة ٤٧٩ ، اليلتان المدني ، ٣٤٩ ، (نقلا عن أبو عيد، إلياس ، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١٠٩)

(ولا يجوز الدفع بالتلازم في حال وجود دعويين عالقتين إحداها أمام محكمة وطنية والأخرى أجنبية، إلا في حال وجود اتفاق دولي يقرر قبوله (تميز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٩٧٨/٥/٣ الاسبوع القانوني لعام ١٩٧٨-٢-١٨٩٢٩) انظر في ذلك الجوريسكلاسور في أصول المحاكمات المدنية إلياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١١)

تقرير التلازم أو عدمه بين الدعوى الأصلية والدعوى المقابلة يعود إلى محكمة الأساس دون رقابة محكمة التمييز. (تميز مدني، قرار رقم ١٠ تاريخ ١٩٧٣/٢/٢. العدل ١٩٧٣ ، ص ٣٥٢ إلياس أبو عيد، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص ١١٢).

٣- أن تكون الدعوى المنظورة أمام إحدى الدولتين نفس الدعوى المقامة لدى القضاء الأجنبي، أي متحدة في أركانها بأن يكون موضوعها واحد بالإضافة إلى وحدة الخصومة.

فإن لم تتحد هاتان الدعويان أو لم تكن الدعوى المنظورة لدى القضاء الأجنبي على رابط وثيق بالدعوى المنظورة أمام الدولة المطلوب منها عدم الفصل في النزاع والتتحي عن نظر الدعوى وإحالتها إلى قضاء الدولة الأخرى، فلا يبقى جائزاً التمسك بالدفع بالإحالة. (قارن ، أبو عيد، إلیاس الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٠).

(٤)- هنالك شرط هام يتمثل في تقديم المدعى عليه بينة تثبت للمحكمة المطلوب منها عدم الفصل في الدعوى وإحالة النزاع برمته إلى القضاء الأجنبي، أن هنالك دعوى منظورة لدى القضاء الأجنبي، وسلطة المحكمة التقديرية بالدفع بالإحالة من تلقاء نفسها ، أو بناء على الطلب يختلف من دولة إلى أخرى لاختلاف مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام فيها .

وصفوة القول إنه لجواز التمسك بالدفع بالتلازم، يشترط أن تكون الدعويان عالقتين أمام محكمتين مختلفتين، كل منهما مختصة بنظر الدعوى المرفوعة إليها، إذا إنه في حال عدم اختصاص إحدهما لا يكون من حل للدفع بالتلازم، بل يرجى بدفع عدم الاختصاص....

كما يتعين أن تكون المحكمة، التي تحال إليها الدعوى بسبب التلازم، مختصة بنظرها اختصاصاً مطلقاً . ومن ثم، يتعين على المحكمة، التي يدلى بدفع التلازم أمامها، أن تبحث في صحة هذا الدفع، ومن توافر معايير الاختصاص الدولي للمحكمة المحال إليها ، وبالتالي في الاختصاص الدولي -وهو اختصاص مطلق - يتوجب توافره للمحكمة الأخرى، وذلك من وجهتين :-التثبت مما إذا كانت المحكمة التي ستنظر الدعويين هي مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أصلاً إليها، والتثبت من أن هذه المحكمة هي مختصة بنظر الدعوى المطلوب إحالتها بسبب التلازم. (قارن ،إلیاس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٢).

وقد قضي في هذا المجال بأن مجرد ذكر اسم الدولة التي تعتبر محاكمها صالحة للنظر في القضية كاف للموجب الملقى على عاتق المدعى عليه الذي بعدم اختصاص المحكمة) استئناف نانسي، قرار تاريخ ١٢/٣/١٩٨٦ غازيت القصر لعام ١٩٨٧-٢- موجز ٣١٢ (المحامي إلياس ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٩).

كما قضي بان القانون لا يمنع المدعى عليه المدني بدفع عدم الاختصاص، أن يسمى عدة محاكم أجنبية صالحة للنظر في القضية (تمييز مدني فرنسي ، قرار تاريخ ١٠/١٠/١٩٧٨ البلتان المدني لعام ١٩٧٨-١-رقم ٢٩٤)) (المحامي الياس ابو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤، ص٣٩).

ويترتب على الدفع بعدم الاختصاص هنا إحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية متى طلب منها ذلك ، وللمحكمة الأجنبية في هذه الحالة سلطة تقديرية بضم ملف القضية المحالة إليها إلى القضية المنظورة أمامها ، أو رفض ضمها منوها هنا بأن الإحالة إلى المحكمة الأجنبية لا يعني اجبار الأخيرة على نظر الدعوى المحالة إليها؛ بل تكتفي بالنظر في الدعوى القائمة أمامها أصلاً.

ويستنتج مما سبق بأن هنالك فروقاً بين الدفع بعدم الاختصاص الدولي، والدفع بالإحالة بالرغم من وجود التشابه بينهما في حالة أن القرار الصادر من المحكمة بالإيجاب يخرج النزاع من ولاية هذه المحكمة إلى المحكمة الأخرى. و نجمل أهم الفروق بما يلي:

(١) لقبول الدفع بعدم الاختصاص الدولي يشترط أن تكون محكمة الدولة المقدم إليها الدفع غير مختصة بنظر النزاع الأصلي ، أو الاحتياطي ؛ فالمحكمة تقرر عدم اختصاصها من تلقاء نفسها متى تعلقت الدعوى بالنظام العام ، أو تبقى يدها على الدعوى في حالة عدم تعلقها بالنظام العام ، إلا في حالة تقديم طلب من المدعى عليه بعدم اختصاصها ، أو تخلفه عن الحضور وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة ، بخلاف الأمر بالنسبة للدفع بالإحالة حيث يتوجب أن تكون المحكمة المقدم إليها الدفع بالإحالة مختصة أصلاً بنظر الدعوى بالإضافة إلى اختصاص المحكمة الأجنبية المطلوب إليها الإحالة.

(٢) يقع على عاتق طالب الدفع بالإحالة إثبات أن هنالك دعوى منظورة أمام محكمة ما مرتبطة برابط وثيق بالنزاع المقام أمام المحكمة المقدم إليها الدفع بالإحالة ، بخلاف الأمر بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص.^{٣٥}

^{٣٥} - (هذا ولا بد لنا من الإشارة إلى أن الدفع بالإحالة يختلف كل الاختلاف عن الدفع بسبق الادعاء مع التقارب في بعض الشروط، حيث يشترط بالدفع بسبق الادعاء حتى ينظر به ويرتب الآثار لمنشودة قانوناً، آثاره قبل أي دفع آخر. هذا ويشترط في قبول الدفع

الفصل الثالث : القانون واجب التطبيق على أيلولة ملكية الإرث للورثة

من المعلوم بأن "الإرث قانون اجتماعي مفاده إنتقال الأموال من ذمة شخص توفى إلى ذمة ، أو ذم ، أشخاص حددهم القانون (الإرث دون وصية) ، أو كان قد حددهم المتوفى في حال حياته قبل وفاته (الإرث بوصية)".(ش دراوي ، جورج ن ، حق الملكية العقارية ، ٢٠٠٦ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ص ١٥٢).

ويجب أن يتم إثبات النسب بين المورث والورثة لنقل ملكية الميراث لهم هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى استحقاقهم للإرث بعدم وجود مانع من موانع الإرث ، واستكمال شروط

بسبق الادعاء بتقديم صاحب المصلحة بينة تثبت أن هنالك دعوى منظورة أمام محكمة وطنية أخرى. (متحدة كلياً في أركانها) (إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٠) أي موضوعاً واحداً، وسبب واحد ونفس الأشخاص، فإن اختل إحدى هذه الأركان، لا يبقى جائزاً التمسك بسبق الادعاء أمام المحاكم الأجنبية. (بنفس المعنى، تمييز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٩٧١/٦/٢٣، والقرار تاريخ ١٨٨٧/٧/١٩ سيراوي لعام ١٨٨٨ صفحة ٨٠ نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٠)

ونسنتج مما سبق بأن الدفع بسبق الادعاء يكون بوجود دعوتين أمام محكمتين وطنيتين وتوافر أركانها. (بنفس قرار محكمة بداية بيروت الثالثة، قرار رقم (٩) تاريخ ١٩٧٢/١/٥، مجلة العدل، ص ٣٥٩، نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٠)

كما ويشترط بالدفع بسبق الإيداع أن تكون الدعويان عالقتين أمام القضاء الوطني ، بحيث يقع إثبات ذلك على عاتق المدعى عليه، فإذا تبين بأن إحدى الدعويين لم ترفع بعد، أو أنها رفعت ولكنها انقضت لسبب من أسباب الانقضاء، فلا مجال للدفع بسبق الادعاء. (إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٢)

وقد قضت محكمة استئناف جبل لبنان بالقرار رقم (٣٠٥) تاريخ ١٩٧٣/٢/٢٧ (العدل لعام ١٩٧٤، ص ٤٥٨، نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٢) بأنه لتحقيق شرط سبق الادعاء يجب أن تكون الدعوى ما زالت عالقة أمام محكمة أخرى.

كما ويشترط ثالثاً: أن تكون المحكمتان مختلفتين، ومختصتين بنظر الدعوى، فإذا رفعتا أمام ذات المحكمة، لا يكون ثمة سبق ادعاء (استئناف بيروت المدنية، قرار تاريخ ١٩٨٥/١/١٠، مجلة العدل لعام ١٩٨٥، ص ٢١٧ نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٣) وانظر في نفس المعنى أيضاً، تمييز مدني، قرار رقم (٤١) تاريخ ١٩٦١/٥/١٢، باز ، جزء (٩) صفحة (١٢٨) نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٤) (ولا يجوز الدفع بسبق الإيداع في حال رفع إحدى الدعويين أمام محكمة وطنية والأخرى أمام محكمة أجنبية، لأنه يرمي إلى إخراج الدعوى من يد محكمة وطنية لصالح محكمة أجنبية .) (تمييز مدني فرنسي، قرار تاريخ ١٨٧٨/٢/٦ سيراوي لعام ١٨٨٠ صفحة (٧٩) نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٥).

(ولا تستثنى من تطبيق هذا المبدأ سوى الحالة التي توجد فيها اتفاقات دولية تقرر في نصوصها قواعد خاصة تتعلق بالدفع بسبق الادعاء، حيث عندئذ تطبق هذه القواعد (موسوعة د. اللوز في أصول المحاكمات المدنية، طبعة ثانية ، رقم ٢٠) نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٥ و ١٠٦). (أن نص الاتفاق الدولي، الذي يقرر قوة القضية المحكوم بها لأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول الأطراف في الاتفاق ، لا يفيد بذاته إجازة التمسك بدفع سبق الادعاء-) (تمييز مدني فرنسي، قرار = تاريخ ١٩٦٩/١٢/١ ، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص لعام ١٩٧٢ صفحة ٨٦، نقلاً عن إلياس أبو عيد، الدفوع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٦).

استحقاقهم للإرث حسب القانون واجب التطبيق ؛ حيث تنتقل ملكية التركة حينئذ إلى الخلف ، سواء أكان عاما أم خاصا.^{٣٦} ولعدم وجود نص خاص بالتشريع الأردني ، والتشريع اللبناني، يحكم النسب بمختلف أنواعه، توجب علينا بيان القانون واجب التطبيق على ثبوت النسب - في شأن العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي - وبما يتفق مع النظام العام .

إن القانون الواجب التطبيق - الذي يتحدد بضابط الإسناد في دولة القاضي - لا يسرى على كل المسائل الخاصة بالتركة ، مما يقتضي من الباحث التمييز والفصل بين المسائل التي يطبق عليها القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد (مسائل الأحوال الشخصية)، والمسائل التي يطبق عليه نصوص القانون المدني البحت، أي التي لا تتعلق بتنازع القوانين (مسائل الأحوال العينية) .

ولما كانت قاعدة الإسناد قد تقضي بتطبيق قانون المورث وقت الوفاة على نوعي الميراث^{٣٧} ، - في بعض الدول - فقد تواجه القاضي الوطني عند تطبيقه قانون جنسية المورث مجموعة من الإشكالات ؛ منها ما تتمثل في تنازع الجنسيات السليبي ، ومنها ما تتمثل في تنازع الجنسيات الايجابي ، مما يقتضي من الباحث بيان الوضع القانوني لتركات عديمي الجنسيات ومتعديها . وقد تواجه القاضي الوطني بعد تحديد القانون واجب التطبيق - وفقاً لمعيار الجنسية - مجموعة من الإشكالات تستدعي من الباحث إيجاد الحلول الملائمة ، والتي تتفق مع النظام العام الأردني ولا يفوت الباحث التعرض إلى مشكلات تطبيق القانون الأجنبي .

^{٣٦} " الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية فإن تلقى الذمة المالية كلها، كالوارث الوحيد، فإنه يطلق عليه بالفرنسية (AYANT CAUSE UNIVERSEL) وإذا انتقلت إليه حصة من الذمة ، كالوارث مع غيره ، والموصى له بنصيب من التركة... والوريث تنتقل إليه التركة كما كانت عند وفاة السلف بكل ما لها من حقوق وما عليها من موجبات " (النقيب، عاطف ، نظرية العقد، ١٩٨٨، ص ٣٩٦). "الفرق بين الخلف العام والخلف الخاص :- أن الخلف الخاص هو الذي يكتسب مالا أو حقا معيناً من أموال وحقوق من تعاقده معه لهذه الغاية ، وهو يختلف عن الخلف العام أو بوجه عام في أن هذا الأخير تنتقل إليه بحكم الإرث أو الوصية تركة المورث أو الموصي أو جزء شائع منها، بينما يحكم العقود أو الوصية، أن هذا الفرق بين النوعين من الخلفاء لا يحول دون تطبيق القاعدة ذاتها على العقود التي أجزاها على الحقوق = والأموال المنتقلة، إليهم الأصلاء الذين، قبل انتقال هذه الحقوق إلى الخلفاء تعاقدا مع الغير بشأنها " .(سيوفي ، جورج ، النظرية العامة للعقود ، ج١، ١٩٩٤، الناشر جورج سيوفي ، ص ٢١٨).

^{٣٧} (يرى الدكتور السيوفي، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص٥٤):- " أن المشرع السوري قد تنبىء إلى ما قد يواجهه نص المادة من إنتقادات لو أنه لم يضيف إلى قانون الجنسية عبارة وقت الوفاة . هذه المشكلة ما تسمى بالتنازع المتحرك في التكيف . فمثال ذلك أن المورث قد يغير جنسيته قبل الوفاة أو يغيرها بعد إبرام الوصية مباشرة ، فإنه يثور التساؤل عن أي قانون يحكم هذه الأموال وأي قانون يحكم الميراث أو الوصية أ هو القانون وقت الإيصاء أم الموت" .)

أن إشكالات تطبيق قانون الجنسية ، والصعوبات التي تعترض المحكمة في تطبيق النص القانوني كما يجب أن يطبق في دولة المورث الأجنبية ،بالإضافة إلى الإشكاليات الأخرى قد تستدعي التساؤل عن مدى الإستغناء عن تطبيق قانون الجنسية بالقانون الديني للمورث في مادة الإرث والتركات .

وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا الفصل إلى ستة أقسام هي :

أولاً:-القانون الذي يحكم نسب الأبناء لاستحقاق ملكية الإرث.

ثانياً :- القانون واجب التطبيق على تركة متعدد الجنسية وعديمها.

ثالثاً :- القانون الذي يحكم موضوع الإرث ونطاقه.

رابعاً:- القانون واجب التطبيق على نظام التركات .

خامساً:- الصعوبات التي تواجه القاضي الوطني في إعمال قانون المورث.

سادساً:- مدى الاستغناء عن تطبيق القانون الشخصي للمورث بقانونه الديني.

أولاً:-القانون الذي يحكم نسب الأبناء لاستحقاق ملكية الإرث

يعد من أسباب استحقاق الإرث النسب: وهو القرابة الحقيقية(يوسف نهر، الإرث لدى جميع الطوائف، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٠، ص ٦٥). "والنسب هو الرابطة القانونية التي تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ومنها نقل الملكية بين الأصول والفروع والقرابة بالميراث (بنفس المعنى، الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ط٣، ٢٠٠١، ص١٠٨). لذا يعتبر النسب من الأحوال الشخصية^{٣٨} ؛ وبالتالي يخضع إلى القانون الشخصي بالنسبة للأجانب؛ سواء أكان قانون الجنسية، أم قانون الموطن.

^{٣٨}-(يقصد بمصطلح الأحوال الشخصية في هذه الدراسة :- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج ، وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطويق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والولاية والوصاية والقوامة والحجز والإذن بالإدارة ، وبالغيبية وباعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصاية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . السيوقي،نعوم، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ٨٦).

أما بالنسبة للوطنيين فإن قانون الملة ، أو (القانون الديني) هو الواجب التطبيق. وغالباً ما يكون مقنناً بقوانين بسبب تولي التشريع الصدارة في الدولة الحديثة.

ومن الجدير بالذكر أن الأحداث التي تعتمد على شرعية بنوة شخص هي جنسيته وحقه في اسم أبيه والنفقة وحقه في المشاركة في تركة المتوفين.

ولما كان للنسب أنواع؛ فإن إثبات النسب^{٣٩} وبيان ما إذا كان الشخص شرعي المولد ، أو تم الإقرار ببنوته ، أو تبينه ذو أهمية كبيرة في مجال التوارث.

whether a person is legitimate or has been legitimated or adopted " has, been of considerable importance in the field of succession." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 746) إن العامل الأساسي لتحديد وإضفاء صفة البنوة الشرعية هو صحة الزواج بين الأبوين ؛ لذا يتوجب على القاضي التأكد من صحة الزواج طبقاً للقانون واجب التطبيق ؛ ليصل بعد ذلك إلى الصفة التي ينبغي أن يطلقها على الطفل؛ ليحدد بعدها إن كان الطفل يرث أم لا يرث ، حسب القانون الذي يحكم الميراث. ((فعلى سبيل المثال إذا ترك المورث (A) أملاكاً تؤول بموجب وصية إلى (B) وأبنائه، فتزوج الموصى له - (الوارث بوصية) (B) - من (C) وأنجب منها طفلين ثم حصل الوارث - (B) على الإقامة في كاليفورنيا. وفيما بعد تطلقت (C) منه في نيفادا وتزوج الوارث - (B) - (C2) والتي أنجبت منه ابناً (X). وكان هناك شك يتعلق بصحة الزواج بين (B) و (C2) على أساس أن طلاق نيفادا غير معترف به في كاليفورنيا. ومع ذلك قبل قانون كاليفورنيا مبدأ الزواج حسن النية واعتبر ابن الزوجة الثانية (X) شرعياً ، ولكون كاليفورنيا هي موطن الأصل للإبن (X) فقد قررت المحكمة الكندية أن (x) كان شرعياً بدون تحديد ما إذا كان زواج والديه صحيحاً أم لا. وبالتالي يمكن لـ (X) أن يرث بحسب الوصية. (قارن مثال) P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 756)

^{٣٩} - (إن إثبات النسب متعلق بحالة الشخص فمن ثم يعد من مواد الأحوال الشخصية؛ فيخضع بالتالي إلى القانون الشخصي الذي قد يكون قانون الموطن، أو قانون الجنسية - كما في الدول العربية - أو مكان الإقامة.)

من خلال هذا المثال نستنتج بأن صفة البنوة لازمة لتقرير ما إذا كان الطفل وارثاً بوصية أم بدونها. فصحة الزواج الثاني في مثالنا استوقف المحكمة لتحديد صفة الإبن (X) لمعرفة إن كان له الحق بالإرث أم لا ، كما وأن إختلاف قوانين الدول أدى إلى اعتبار طلاق (c) غير صحيح ، وزواج (c ٢) باطل ، فتزاحم القوانين وإختلاف القانون الذي يحكم النسب عن القانون الذي يحكم الإرث، سيؤدي إلى إختلاف الحل النهائي للمسألة الإرثية.

ومن هنا فوجود قاعدة تنازع تحدد القانون واجب التطبيق على النسب بأنواعه المختلفة تتبع أهمية حاجتها الماسة من ناحيتين :-الأولى أن الأهمية المترتبة على تحديد القانون الذي يحكم النسب يحل الخلاف الفقهي والقضائي في الدول ، وعليه فإن تطبيق قانون دولة القاضي في كل مرة تعرض عليه مسألة بيان القانون الذي يحكم النسب -في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي - بحجة النظام العام يعطل قاعدة التنازع ويحرم الأطراف من تطبيق القانون الأكثر ملاءمة وتحقيق العدالة. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 747) ، الثانية تتبع أهمية الحاجة إلى قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد مشروعية مولد شخص ما ، أو صدق شرعيته في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ، كما وأنه قد يكون ضرورياً كذلك بالنسبة لطفل مقيم في إنجلترا لتحديد شرعية مولده لأغراض التوارث بمقتضى أي قانون أجنبي. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 746)

"the need for rules of private international law to determine a person's legitimacy or the validity of his legitimation . It might, for example, also be necessary for a child domiciled in England to have his legitimacy determined for the purposes of succession under a foreign law".

ولا بد من التنبه هنا إلى أن القانون الذي يحكم الموارث مثلا قد يتطلب توافر صفة الإبن في الشخص لكي يرث ، ولكن لا يحكم هذا القانون البنوة ؛ فقد يخضع الميراث إلى قانون موقع المال ، أو قانون موطن المتوفى ، في حين أن البنوة تخضع إلى قانون الجنسية -كما هو الحال في أغلب القوانين وخاصة العربية منها كالقانون اللبناني والمصري. بينما القلة منها تخضعه

إلى قانون الموطن مثل القانون العام البريطاني- والفرنسي... (بنفس المعنى ، عبد الرحمن جابر جاد ، تنازع القوانين، ١٩٦٩ ، ص ٢٨١)

وعليه فإنه لا يعني في جميع الأحوال- لنقل الملكية بالميراث في العلاقات المشوية بعنصر أجنبي - انتساب الإبن إلى الوالدين ، أو أحدهما لاستحقاقه للإرث ؛ ذلك أن القانون صاحب الصلاحية بتقرير الإرث والذي ينبغي أن يحدد الصفة- هو القانون الذي يحكم الميراث - فهو الذي يقرر ما إذا كان الطفل الذي تم الإقرار ببنته يمكن ، أو لا يمكن أن يرث بوصية ، أو بغياها .- (؛ P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 756)

".....it should be emphasised that our concern is to examine the law which should determine the status. It is, for example, for the law governing succession to decide whether a child who has been legitimated may or may not succeed by will or under an intestacy".

وعلى الرغم من الأهمية المترتبة على تحديد النسب - (مثل تحديد الحقوق والواجبات ؛كالنفقة، والحضانة، وحق التربية والتأديب، والولاية، والميراث) - إلا أن التشريعات لم تتفق على القانون الذي يحكم النسب في العلاقة القانونية المشتمة على عنصر أجنبي ؛ "لأن المفهوم الذي تأخذ به التشريعات للنسب يختلف بحسب اختلاف نظرة كل جماعة إليه، لذا فإن القوانين تتنازع في حكمه" (بنفس المعنى، غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ط٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٨)؛ "حيث يظهر ذلك بصدد المنازعات القضائية التي تثار بسبب النسب والتي تدور عادة حول المسائل التالية: دعوى إثبات الأبوة الشرعية التي يرفعها الولد أو الأم ضد الأب، ودعوى إنكار الأبوة التي يرفعها الأب ضد الأم، أو الولد، ودعوى إثبات الأبوة الطبيعية، ودعوى الاعتراف العفوي بالولد، ودعوى تصحيح النسب،- أي تغيير صفة المولود الطبيعي إلى مولود شرعي عن طريق الزواج اللاحق من الأم- والدعاوى الأخرى المتعلقة بصحة الإقرار بالنسب وآثاره، وصحة التبني وآثاره وغيرها من المسائل والدعاوى الأخرى المتعلقة بمنازعات النسب" لذا فإنه لا بد أن تتعدد

الإشكالات المتعلقة بالنسب بأنواعه المختلفة ، بسبب إختلاف القانون الشخصي لأصحاب الشأن - (الإبن ، الأب ، الأم)- أو عندما يغير أي من أصحاب العلاقة جنسيتهم ، أو موطنهم ، مما يؤثر ذلك على القانون الذي كان يتوجب أن يحكم مسألة النسب في قانون دولة القاضي الناظر في مسألة النسب. (بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، : تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٣٢٧).

وهذا ما يدعونا للبحث والتساؤل عن القانون واجب التطبيق على النسب في ضوء تعدد الآراء الفقهية ، وتناقضها . فهل قانون الأب ، أم قانون الأم ، أم قانون الولد ، أم قانون القاضي ، أم غير ذلك من القوانين يجب أن يحكم النسب؟

لذا تقتضي منا هذه الدراسة بيان القانون الذي يحكم النسب بأنواعه المختلفة وسوف نقسم هذا القسم إلى:

١- القانون الذي يحكم النسب الشرعي.

٢- القانون الذي يحكم النسب غير الشرعي .

٣- القانون الذي يحكم النسب الصناعي (التبني).

١- القانون الذي يحكم النسب الشرعي

تعرف البنية الشرعية على أنها "انتساب الولد إلى أبوين تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج" (المصري، محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٥٩).^{٤٠} وأن يولد الابن أثناء قيام الزوجية، أو بعد وفاة الأب في آجال محددة يعينها القانون واجب التطبيق.

^{٤٠} " تحدد المادة ٨٠ من نظام الطوائف الأرذكسية في لبنان الولد الشرعي بالولد من زواج قانوني - وهو نفس معنى المادة ٥ من نظام الطائفة الانجيلية - كما تحدد المادة ٧٨ من قانون الطائفة الكاثوليكية كالاتي :- (يكون الولد شرعيا إذا حبل به أو ولد من زواج صحيح أو محتسب) . و من هنا فإن الآثار التي تترتب على تلك البنية : النفقة ، الحضانة ، السلطة الوالدية ... أو التي تنشأ عنها :- إثبات البنية ، الاعتراف بها ، دعوى اثبات النسب ووسائل الإثبات المقبول ومهلة الدعوى ، انكارها ، اقامة الدعوى ، اشكال الاعتراف وشروطه ولأشخاص الذين يحق لهم المنازعة فيه . ومرور الزمن ... وهي من آثار الزواج ، فتخضع بالتالي لأحكام القانون الذي تخضع له هذه المؤسسة". (منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٣٦٨).

ويمكن للباحث أن يعرفها بأنها صفة تقوم لشخص حينما يولد في ظل الزوجية الشرعية؛ بحيث كان زواج والديه صحيحاً وواقعياً من تاريخ الحمل حتى الولادة حسب القانون واجب التطبيق.

"ويدخل ضمن البنوة الشرعية اعتراف الأب، أو الأم بالولد غير الشرعي وتثبيت النسب بالزواج اللاحق" (المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٥٩؛ السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ١٣٦). وهو ما يطلق عليه فقهاً تصحيح النسب، أي جعل الولد غير الشرعي شرعياً بالزواج اللاحق.

ولا بد من الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي المحلي قبل قانون شرعية المولد لعام ١٩٥٩ كان ينص على أنه " لا يكتسب أي طفل صفته الشرعية إلا إذا ولد في ظل الزوجية الشرعية، أي" ولد لأبوين كان زواجهما صحيحاً في وقت مولده، وهذا الاختبار الخاص، مع ذلك، كان استثنائياً بالنسبة لمعظم البلدان، من ضمنها اسكتلندا، التي اعترفت طويلاً بمبدأ ((شهرة الزواج)) والذي بموجبه يكون الطفل حتى من زواج باطل شرعياً.

"Before the passing of the legitimacy Act (1959), the rule of domestic English law was that no child acquired the status of legitimacy unless he was born in lawful wedlock, that is, born of parents whose marriage was valid at the time of his birth . This exclusive tests, however, was exceptional, for most countries, including Scotland, had long recognised the doctrine of the putative marriage, according to which a child even of avoid marriage is also legitimate"(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg 746)

وقد كان موقف القانون العام الإنجليزي في ظل قانون عام (١٩٥٩) يثير التساؤل حول جواز الاعتراف بحقوق الأبناء وما إذ كانت صفة البنوة الشرعية كافية لانتقال الإرث إلى الابن بموجب وصية، أم لا. بالإضافة إلى ذلك كان التساؤل يثور حول جواز صحة نقلها إلى أولئك الذين أقرت ببنتهم، وغير الشرعيين، والذين تم تبنيهم؛ حيث كان في ظل هذا القانون من النادر أن تنطبق الوصية، أو الإرث بدون وصية سوى على الأبناء الشرعيين إلى أن أقر القانون

المعدل لقانون الأسرة لعام ١٩٨٧؛ حيث كان هناك استيعاب كبير لحقوق الأبناء، بغض النظر عن ظروف مولدهم ، هذا التشريع مع ذلك لم يحظر التمييز بين الشرعية، ولا شرعية الفراش، ولا مفهوم شرعية المولد. وبالرغم من أنها أصبحت قليلة الأهمية جداً، - في هذا القانون والبلدان الغربية عموماً - فلا تزال ضرورية لتحديد ما إذا كان أبوا الطفل متزوجين أم لا ، أو ما إذا كان الطفل شرعياً أم لا، وذلك على سبيل المثال لأغراض الجنسية ، أو الأخلاقية، وكذلك في تحديد حقوق الأب، والإرث. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992, pg756)

ومن المعلوم أن المملكة الأردنية الهاشمية والدول الإسلامية التي تطبق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية لا تعترف إلا بالأبناء الشرعيين في نطاق الأسرة بعكس الحال في لبنان^{٤١} ، حيث نجد أن قوانين الأحوال الشخصية لغير المحمديين تسمح بقيام أنظمة أخرى بالإضافة (لنسب الشرعي والأب والأم)، أبناء التبني وغير الشرعيين وهو ما يماثل الأنظمة الفرنسية وبعض الدول الغربية.^{٤٢} (انظر في هذا المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٠). ولا بد من التنويه هنا إلى أن قاعدة الإسناد مثلاً قد تشير إلى تطبيق القانون اللبناني بشأن نزاع يتعلق بإثبات النسب فقد يجد القاضي نفسه يطبق قانون الأحوال الشخصية اللبناني على صحة النسب وإثباته. "تنص المادة الثامنة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ على أنه "أ-الولد لصاحب الفراش إن مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل. ب-يثبت نسب المولود في العقد الفاسد أو الوطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الدخول أو الوطء بشبهة".

^{٤١} (فهي مؤسسة تقتصر على بعض الطوائف اللبنانية دون الأخرى فالطوائف الإسلامية لا تقر بنظام التبني ، كما لا تقر بنظام الولد غير الشرعي . فالولد الطبيعي ينسب إلى أمه فقط ، وقد نظم قانون ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩ أصول الاعتراف بالولد الطبيعي عند غير المسلمين، وطرق إثبات إنتسابه لأبيه أو لأمه ، كما خصص له حصة لإرثية ، في حين اعتبرت المادة ٢٣ من ذلك القانون أن الولد المتبني هو بحكم الولد الشرعي في كل ما يتعلق بحقوقه في تركة من تبناه أو في وصية .(منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ص ٣٧٣)

^{٤٢} (من المعلوم بأن واضع مشروع قانون الإرث لغير المحمديين هو الأستاذ (جان شوفاليه) الذي نشد بنصوص القانون الفرنسي المدرجة فيه. (قرار منفرد بعبداً ، رقم ٣١٩ تاريخ ١٧/١٠/١٩٨٥)) (العدل ، اللبنا - ١٩٨٨ عدد (٢) ص ٢٤٧).

فالبحت عن القانون أعلاه يثير التساؤل حول مسألة شرعية قانون موطن الأصل ويتطلب هذا المبدأ أن يطبق قانون الأحوال الشخصية هذا بشكل حصري، لأنه القانون الوحيد الذي له اختصاص تحديد صفة الطفل.

"The rule suggested above allocates a question of legitimacy to the law of the domicil of origin. Principle requires that this personal law should apply exclusively, since it is the only law competent to determine the status of the child....." See(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg754)

وأمام عدم وجود نص يحكم النسب الشرعي في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية رقم (٣٦) لسنة (٢٠١٠) الأردنيين، والقانون اللبناني فإن الأمر يقتضي من الباحث إيجاد أنسب القوانين لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي آخذين بعين الاعتبار بأن الجنسية هي المعيار المعول عليها بالعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي وفي نفس الوقت أقرتها بعامل الدين ، الذي قد يكون لتطبيق أحدهم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وهنا قد يفعل القاضي مبدأ الدفع بالنظام العام، وبالتالي تطبيق قانون الأحوال الشخصية في بلده في كل مرة يعرض عليه نزاع متعلق بعنصر أجنبي .

ومهما يكن من الأمر المتقدم شيء فقد اختلفت الآراء في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية - بالنسبة للأجانب - في حالة اختلاف القانون الشخصي لأصحاب المصلحة -، ومرد ذلك إلى الزاوية التي ينظر إليها الفقهاء للحالة الشخصية، سواء أكانت بتغليب الحالة الشخصية للابن، أم بتغليب الحالة الشخصية للأب، أو الأم .

وعليه سوف يقسم الباحث هذا الموضوع إلى أربع نقاط أتناول في النقطة الأولى تطبيق قانون الأب، أما النقطة الثانية فستكون محور تطبيق قانون أي من الأبوين ، في حين سيكون تطبيق قانون الأب مضمون النقطة الثالثة ، بينما سنتناول في النقطة الرابعة وبشكل موجز تطبيق قانون الأب والإبن مبينا القانون الذي يناسب كل من التشريعين الأردني واللبناني وذلك على التوالي.

أ-تطبيق قانون الابن

ذهب رأي إلى الرجوع إلى قانون الابن المراد إثبات نسبه؛ "لأنه يعد من مسائل الحالة بالنسبة له وبالتالي فيجب النظر لصالحه" (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص٣٢٧) ، كما وأنه الشخص الذي يهيمه الموضوع أكثر من غيره (عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص٣٩٠) فالقانون الأكثر ملاءمة هو خضوعه لقانون جنسيته يوم ميلاده بغض النظر عن أي تغيير لاحق على هذه الجنسية بعد ميلاده؛ شريطة ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، وقد أخذ بهذا الرأي كل من القانون البولوني (بنفس المعنى الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٣، ٢٠٠١، ص١٠٩) وتقنين بوستامنت. (عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩ ، ١٩٨٦. ص٣٢٢ ؛ السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٦).

ولم يخل هذا الرأي من المثالب ؛ لأن إثبات النسب يعد أيضاً من الحالة بالنسبة للأب (أنظر بهذا المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص٣٢٧) "مما يصح مع ذلك بتطبيق القانون الشخصي للأب، إذ أبوة الابن هي أيضاً من مسائل حالة الأب" (عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩، ١٩٨٦. ص٣٢٢) ^{٤٣} ؛ "كما أن البنوة تكون رابطة قانونية بين الولد وأبيه رابطة تنجم عنها آثار بينهم ؛ فأهميتها للأب لا تقل عن أهميتها بالنسبة للابن، ومن ثم فيبدو مؤكداً أنه لا يصح أن

^{٤٣} (وقد ذهب رأي حديث داخل هذا الاتجاه إلى القول بأن المادة (١/٩٠٥) مرافعات - (مصري) - يقصد بها المقنن بيان أن الأحكام والشروط والمواعيد التي تتعلق بدعوى النسب بوصفها مسائل إجرائية لا تخضع لقانون القاضي وفقاً للقواعد العامة ؛ لأن هذه المادة جاءت أساساً لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتعلقة بهذه المسائل وهو قانون من يراد الانتساب إليه من الوالدين وبذلك يستمر ما استقر عليه العمل من خضوع إثبات النسب الشرعي لقانون جنسية الأب وقت الزواج) (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص٣٣٠).

نضحي من بادئ الأمر بمصلحة الأب في سبيل مصلحة الابن فكلتا المصلحتين لهما وزنهما وتستحقان الاحترام" (بنفس المعنى ، عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص٣٩٠).

كما وجه إليه نقد آخر؛ لأنه يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة "في البلاد التي تجعل القانون الشخصي هو قانون الجنسية؛ إذ يكون الوضع في هذه الحالة هو:- تخضع البنوة إلى قانون جنسية الابن، وتتحدد جنسية الابن بثبوت بنوته من الأب قانوناً". (بنفس المعنى، عبد الله، عز الدين. القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩ ، ١٩٨٦. ص٣٢٢).

ورد البعض (أنظر بهذا المعنى: شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص٣٢٧ و٣٢٨) على هذا النقد بأنه من الممكن كسر هذه الحلقة بالأخذ بقانون جنسية الأب وقت الميلاد عند اللزوم ولأنه من المتصور اكتساب الصغير بجنسية أخرى غير جنسية والده وفقاً لحق الإقليم.

ولما كان هذا الرأي يؤدي- عند تطبيقه -إلى مصاعب عملية وثورات تتمثل في الانتقادات السالفة الذكر، بالإضافة إلى أن جنسية الأب ، أو الابن يتم اكتسابها بطرق مختلفة وقد يتم تغييرها من وقت إلى آخر، بل إن الشخص قد يولد عديم الجنسية. فإن الباحث لا يؤيد هذا الرأي؛ لعدم سلامته من الناحية القانونية، والعلمية، والعملية، والمنطقية ، بالإضافة إلى أن البنوة تعد من آثار الزواج. ولكل هذه الأسباب لا نرى في هذا الرأي مجالاً للتطبيق في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط إسناد في مسائل الأحوال الشخصية.

ب-تطبيق قانون أي من الأبوين

ذهب رأي ثانٍ إلى أن القانون الذي يحكم البنوة الشرعية هو قانون جنسية الشخص الذي يراد الانتساب إليه؛ سواء أكان ذلك الأب، أم الأم؛ بدعوى إثبات النسب-[حيث يترتب عليها في حال إثباتها مجموعة من الحقوق المتبادلة منها الحق بالإرث وكذلك مجموعة من الالتزامات]- وإنكاره في دعوى الإنكار، أو المقر به في دعوى الإقرار(انظر في هذا المعنى، ديب، القانون

الدولي الخاص ،تتازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٥٢ ؛ صادق ، هشام علي ،تتازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع ، ١٩٩٣، ص ٥٥٨) فيطبق هذا القانون حسب واقع الحال، على أساس أن إثبات البنوة الشرعية بالنسبة لشخص معين تجاه شخص آخر ينسب إليه يترتب التزامات على عاتق هذا الشخص (انظر في هذا المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين ، ١٩٨٦، ص ٢٥٢) وعليه يتحد القانون الواجب التطبيق للشخص المراد الانتساب إليه، سواء أكان هو الأب ، أم الأم.

إلا أن هذا الرأي - وعلى الرغم من أنه قد تبنته كثير من التشريعات ، كالمصري مثلاً - لم يسلم من النقد؛ لأن ثبوت النسب الشرعي لا يحتمل - استناده إلى الزواج - التجزئة، فكان من شأن أعمال فكرة إخضاع ثبوته لقانون جنسية من يراد الانتساب إليه من الأبوين ، ما قد يؤدي إلى صدور حكمين متناقضين من نفس القاضي فيما لو أقيمت أمامه دعوى إثبات النسب من أحد الأبوين الشرعيين ثم أقيمت أمامه دعوى أخرى بإثبات النسب من الأب الآخر، وكان الأبوان من جنسيتين مختلفتين، وكان أيضا قانون كل منهما يقرر أحكاماً متعارضة في شأن ثبوت النسب - مما ينعكس على آثار النسب وخاصة نقل الملكية إلى الأبناء -، كما يكون من شأن أعمال هذه الفكرة ، في هذا الفرض أن يطلب إلى القاضي، (في دعوى واحدة)- تقرير الانتساب إلى كل من الأبوين ذوي القانونين المختلفين في شأن ثبوت النسب لتعذر تطبيق هذين القانونين . وإذا تأتى القول بالتطبيق الجامع لهما في مثل هذا الفرض فإن من شأن الأسلوب من أساليب تقرير ضوابط الإسناد إهدار الاعتبارات التي تشهد في صالح ترجيح قانون جنسية الأب؛ ذلك حينما يتبين أن قانون الأم هو القانون الأشد حكماً.(رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛ ثابت ،عنايت عبد الحميد ؛ راشد ، سامية ؛ تتازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني ، ١٩٨٩، ص ٢٨٥-٢٨٦).

كما أنتقد لأن التفرقة في القانون الذي يحكم هذا النسب محل نظر؛ فالنسب بالفراش غير قابل للتجزئة، ذلك أنه مرتبط بحالة الزواج؛ فثبوت نسب الابن من زوجية صحيحة إنما يثبت للأب وللأم على حد سواء ، وقد يكون من المستحسن من الناحية الفقهية إخضاع النسب الشرعي بالفراش للقانون الذي يحكم آثار الزواج باعتبار أن ثبوت النسب بالفراش أثر مباشر من

آثار رابطة الزوجية والى هذا الرأي يميل الباحث مع الفقه الحديث. (بنفس المعنى، فهمي، محمد كمال ، أصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٨٢ ، ص ٥٥٤).

ومن المثالب التي وجهت إليه أيضا "أنه يولد كثير من التعقيدات ويتجافى مع وحدة الأسرة، ويخالف المتبع في الغالبية العظمى من تشريعات العالم وهو جعل ثبوت نسب الولد 'لى والديه جميعاً من اختصاص قانون الأب". (صادق، هشام علي ،تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع ، ١٩٩٣، ص ٥٥٩).

ورد معارضو هذا الرأي بأنه لما كان ثبوت النسب هو للأب أكثر مما هو حق للأم، كان لا مجال لإعمال الفكرة التي يقوم عليها هذا الاتجاه في مجال ثبوت النسب الشرعي ،أو إنكاره. (رياض و ثابت وراشد ، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني (١٩٨٩، ص ٢٨٥)

كما ويؤخذ على هذا الرأي بأنه يتعذر تطبيقه في شأن تحديد القانون الذي يحكم آثار النسب، وذلك بحسبان أن آثار أية علاقة قانونية لا بد وأن تخضع إلى قانون واحد. (بنفس المعنى، رياض وثابت وراشد ، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني (١٩٨٩، ص ٢٨٥)

وقد يتساءل البعض عن تحديد جنسية أحد الوالدين المراد الانتساب إليه إذا تغيرت بعد الزواج والراجع الأخذ بجنسية كل من الأب والأم وقت ميلاد الابن المراد إثبات نسبه إلى أحدهما أو كليهما.

ولا يؤيد الباحث هذا الرأي ؛لأنه يؤدي الى حلول وأحكام ونتائج متناقضة خاصة في حالة ما إذا أقيمت دعوى إثبات النسب من قبل كلا الوالدين ، أضف إلى ذلك أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى مصاعب عملية وإشكالات قضائية وفقهيه ، كما وأن هذا الرأي غير سليم لمخالفته المنطق القانوني الذي يسعى إلى تطبيق قانون موحد على آثار النسب .

ج-تطبيق قانون الأب

ولكثرة المثالب التي وجهت إلى الآراء السابقة ذهب الرأي الراجح إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع الأب بجنسيتها، بحسبان أن الأب هو السبب في وجود الابن، وكذلك فإن إثبات البنوة تتصل بالأب بدرجة أكبر من اتصاله بالابن، يضاف إلى ذلك بأن البنوة تعتبر أثراً من آثار الزواج فيحكمها القانون الذي يطبق عليها (أنظر بهذا المعنى: شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص٣٢٨؛ السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٧). "كما وأن الأب هو الذي يضيف على العائلة حالتها، والقواعد الخاصة بالبنوة تحدد أعضاء الأسرة، ولذلك يقضي المنطق القانوني خضوعها للقانون الذي يحكم العائلة ذاتها ، إذ لا يصح أن تتغير هذه الحالة بتعدد الأولاد مع أنهم جميعاً ينتمون إلى عائلة واحدة"

"ويعلل البعض" (بنفس المعنى، عبد الله، عز الدين، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩ ، ١٩٨٦. حواشي صفحة رقم (٣٢٣). بأن السبب من تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها الأب، أن القانون الواجب التطبيق على البنوة ليس في الحقيقة إلا تطبيق على "رابطة" وليس على شخص، ما دامت هذه الرابطة من روابط الأسرة تعين أن يحكمها القانون الذي يحكم هذه الروابط وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج . أما عن الوقت الذي يعتد به عندما يغير الأب جنسيته في الفترة ما بين الزواج وميلاد الابن؛ فقبل بوقت ميلاد الابن، ووقت رفع دعوى إثبات النسب، ووقت انعقاد الزواج .(أنظر بهذا المعنى: شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص٣٢٨).

والراجح الاعتداد بوقت ميلاد الولد لنشوء رابطة النسب بذلك التاريخ - بالتالي - عنصر الحالة المدنية.(أنظر بهذا المعنى: شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص٣٢٨ و ص٣٢٩؛ رياض و ثابت و راشد ، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني ، ١٩٨٩، ص٢٨٩).

وكذلك فإن نسب الابن الشرعي يكون مدعماً عادةً بالدليل وقت ميلاده بسبب ارتباط النسب الشرعي بحالة الزواج (أنظر بهذا المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٢٩).

ولا بد من الإشارة إلى أن الفقه الانجليزي توجهه إلى هذا بالقول بأن التاريخ الحاسم لتثبيت موطن الأصل هو (ميلاد الطفل)، وأن الطفل بلا شك يعتبر لأهداف عديدة عند الميلاد أنه موجود في وقت الحمل، وإذا غير الوالدان موطنهما بين وقت الحمل والمولد فإنه يقال إن قانون موطن الأب في الوقت الأسبق يستحق النظر. وعلى الرغم من أنه ليس هناك رأي معتبر (حجية معتبرة) - فمن المحتمل أن المحاكم الانجليزية قد تعتبر الموطن عند وقت الميلاد على أنه حاسم. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992, pg745)

ولم يتفق البعض -بتطبيق القانون الشخصي للأب- على صحة النسب؛ بحجة أنه يؤدي إلى تغيير القانون الذي يحكم النسب بالنسبة للأبناء في حال تغيير الوالد لجنسيته (أو موطنه) بعد ميلاد الولد الأول وقبل ميلاد الطفل الثاني؛ إذ يخضع إثبات نسب الطفل الأول لجنسية (موطن) الأب الأولى، وإثبات نسبة الطفل الثاني لجنسية (موطن) الأب الثانية. ولكن يمكن تنفيذ هذا الاعتراض بأن نسب الطفل الثاني يحكمه قانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن؛ لأنه الوقت الذي تحقق وجود هذا الابن. (أنظر بهذا المعنى: شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٣٢٩). أما عن تحديد جنسية الأب بعد موته وقبل ميلاد الابن فقد تضاربت الآراء حول الوقت الذي يعول عليه في أعمال قانون جنسية الأب؛ والراجح أن تحديدها يكون بجنسيته وقت الوفاة؛ (السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ١٣٧) لأن وقوع وفاة الأب قبل ميلاد الولد ينفي الاعتداد بهذا الوقت الأخير في أعمال قانون جنسية الأب، ويستلزم إحلال هذا الوقت بوقت آخر يكون قريباً منه، وكان وقت الوفاة أقرب إلى هذا الوقت من وقت الحمل؛ لذا كان من المستحسن الاعتداد بوقت الوفاة. هذا من جانب ومن جانب آخر فإنه فيما نرى مع البعض - لما كان من

المتعذر تحديد جنسية الأب على وجه اليقين وقت الحمل نظراً لتعذر تعيين هذا الوقت على سبيل اليقين، كان في الاعتداد بوقت الوفاة ما يتسنى معه تحديد جنسية الأب على نحو ثابت لا ظن فيه (رياض، وثابت، وراشد، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٩٨٩، ص ٢٨٩).

ومما هو جدير بالذكر إلى أن الفقه الانجليزي وفي مسألة مشابهة توجه إلى التساؤل عن الطفل المولود بعد وفاة والده والذي غيرت أمه موطنها منذ وفاة الأب؛ فهل قانون موطن الأب في وقت وفاته، أم قانون موطن الأم في وقت ميلاد الطفل هو الذي يحدد مسألة شرعية المولد؟ إن الأخير من المحتمل أنه الحل الصحيح، موطن الأصل للطفل الذي ولد بعد وفاة والده هو موطن أمه. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992, pg745)

ويرجح الباحث هذا الرأي مع نفر (أنظر بنفس المعنى: المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١٦٠) وهو تطبيق قانون الأب وقت ميلاد الإبن - مشيراً إلى أن المادة الخامسة عشرة من القانون المدني الأردني استبعدت تطبيقه متى كان أحد الزوجين أردنياً حيث يطبق هنا القانون الأردني على آثار الزواج، وعلى البنية كأثر لهذا الزواج دون الاعتداد بتغيير جنسية الأب بعد الزواج على اختصاص القضاء الأردني، فيبقى مختصاً في جميع الأحوال.

وعليه فإنه يطبق على آثار النسب قانون الأب وقت الزواج بالنسبة للآثار التي لم يرد بشأنها نص، وهنالك رأي يقضي بتطبيق قانون الأب وقت ميلاد الصغير (وممن يرى ذلك شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٣٣٥)

ويرى الباحث مع البعض (انظر في هذا المعنى: ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٣) - وكذلك ما ذهب إليه التشريع الأردني أيضاً بالنسبة لآثار الزواج - بأن قانون دولة الزوج (الأب) وقت الزواج هو الذي يتوجب تطبيقه لصريح نص المادة (١/١٤) من

القانون المدني الأردني^{٤٤} ومما يدعم وجهة نظرنا ما ذهب إليه البعض (انظر في هذا المعنى: ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٣؛ رياض و ثابت و راشد، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٩٨٩، ص ٢٨٩، و ص ٢٩٠) بأن النسب الشرعي عبارة عن رابطة تتعلق بكيان الأسرة تحدد حالتها من خلال حالة الأب الذي هو رأسها أكثر من كونها عنصراً في حالة الابن أو الأم الشخصية، بالإضافة إلى أن طبيعة هذا النسب كأثر من آثار الزواج المتعلقة بالعلاقة بين الآباء والأبناء إلى جانب العلاقة بين الزوجين. وأما عن تطبيق قانون الأب وقت الزواج فيبدر بوحدة نظام النسب في الأسرة وعدم تغييره بتغيير جنسية الأب.

هذا وقد يثار التساؤل من قبل الباحثين عن نسب الطفل الذي يكون من بويضة امرأة أخرى غير التي أنجبته؟

ونحن نرى بأن الأم التي يجب أن ينسب إليها هذا الطفل هي التي ولدته مع أنه في ذلك تعد على شرع الله عز وجل وحدوده، لذا يتحدد القانون واجب التطبيق - بالنسبة للدول التي تحدد النسب الشرعي بقانون الأم - (بالأم التي ولدت الطفل) وليس للمرأة التي أخذت منها البويضة.

وبالمقابل لهذه الحالة فإن تحديد القانون الذي يحكم النسب يزداد صعوبة إذا تم إخصاب المرأة من رجل غير الزوج - أي بغير الاتصال مع المرأة - بالطرق الحديثة وذلك بوضع مني الرجل في رحم المرأة وبالتالي يثور التساؤل بشأن نسب هذا الابن هل ينسب إلى الرجل الذي تم الإخصاب منه، أم إلى الزوج، وما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة. وهل أن هذا الإبن شرعي المولد أم غير شرعي. وما هي الصفة التي يمكن أن تطلق عليه؟ وهل يرتب هذا الإبن إن تم اعتباره غير شرعي آثاراً شرعية وقانونية في الأردن. وهل يثبت به النسب؟

سوف نجيب عن التساؤل الأخير تاركين الإجابة عن باقي هذه التساؤلات للباحثين ولا بد من وجود نص يعالج هذا الأمر.

^{٤٤} (نصت هذه المادة على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج).

لقد نصت المادة ١٥٧/أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه:- " يثبت نسب المولود لأمه بالولادة ". فابن الزنا تكون علاقته دائماً مع والدته (الزانية) سواء أكانت مسلمة أم مسيحية فهو يرثها وترثه ولا علاقة للزاني به.(ابوه من الزنا).كما أنه يثبت نسبه إلى الأم ، فيقال :-"فلان ابن فلانة " هذا إن عرفت أمه ؛-فينسب إلى أمه وأهلها نسبة شرعية صحيحة ، وتتحمل هي نفقاته-، ذلك أن ولد الزنا في الاسلام لا يلحق بالزاني بالإجماع ؛ لكونه ثمرة سفاح لا نكاح ، فلا توارث بين ولد الزنا والزاني لإنتفاء سبب التوارث ، فأسباب الميراث ثلاثة :-نكاح وولاء ونسب ، وولد الزنا لا يمكن الحاقه بواحد منها. سواء اعترف الزاني بفعلته أم لم يعترف ؛ لأن ابوته له غير معتبرة شرعا فهي معدومة .قال الترمذي:" والعمل على هذا عند أهل العلم أن ولد الزنا لا يرث من أبيه". كذلك لا يرث ابن الزنا من اولاد الزاني وكذا اولاد ابن الزنا ،ولا يعتبرون محارم لبنات الزاني....(الرابعه ؛عبدالله محمد ،محاضرات في قانون الأحوال الشخصية الاردني، محاضرات ألقيت على طلبة الشريعة والقانون في جامعة اليرموك الأردنية، غير منشور، ٢٠١١). أما عن مجال تطبيق قانون الزوج (الأب) وقت الزواج فيطبق بالنسبة للإقرار بالبنوة والاعتراف بها أو إنكارها ، أو إثبات نسب الولد الشرعي لأبيه ،والحالات التي تسمع فيها دعوى النسب والحقوق والواجبات ما بين الأب والإبن وعلى رأسها الولاية على النفس والحق في الإرث " (السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص١٣٧) وقواعد الدعوى وقواعد الإثبات المتعلقة بها خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بسريان قانون القاضي، نظراً لوجود رابطة وثيقة بين الإجراء والموضوع (أي البنوة) " (المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط١، ٢٠٠٢، ص١٥٩ و ص١٦٠).^{٤٥} ؛" لذا يستلزم الأمر الرجوع إلى حكم هذه المسائل لقانون جنسية الأب ؛ لأن الرابطة بين الإجراء والموضوع الذي نحن بصده رابطة وثيقة ".(السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص١٣٧). ومما تجدر الإشارة إليه إلى أنه قد يتضارب قانون الأب مع قانون القاضي في بعض المسائل المتعلقة بأصول المحاكمات ؛ فقانون الأب يجب أن يحكم محل الإثبات وعبء الإثبات لأنهما يتعلقان بأساس الحق. (السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص١٣٧).

^{٤٥} (من الجدير بالاشارة إلى أن قانون الزوج (الأب) يطبق على قواعد الإثبات وقتها وميعاد رفع الدعوى بإثبات البنوة الشرعية).

وكذلك الأمر بالنسبة لمحل الإثبات والأدلة التي تقبل في الإثبات وميعاد رفع الدعوى ، لإرتباطها
إرتباطاً وثيقاً بالموضوع وكل ما يستلزم لقبول دعوى الإثبات والإنكار.(أنظر رياض و ثابت و
راشد ؛ تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني ،ص ٢٩٠).

"ويطبق القانون الشخصي للشخص التي تجب حمايته-(الإبن)- على المسائل الموضوعية
الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية". (بنفس
المعنى، الداودي،القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول :تنازع القوانين وتنازع الاختصاص
القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١، ص١٠٩). ولا بد أن نشير هنا مرة أخرى
إلى أن القانون الذي يحكم الميراث هو الذي يقرر ما إذا كان الطفل الذي تم الإقرار بينوته يمكن
أو لا يمكن أن يرث بوصية أو بغياها . (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE
INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN,
EDINBURGH, 1992 ,pg745)

د-تطبيق قانون الأب والإبن

وذهب رأي رابع إلى إخضاع البنية الشرعية لقانون الأب والابن مع تطبيقها تطبيقاً جامعاً
؛(عبد الله، عز الدين.القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص
القضائي الدوليين،ط٩، ١٩٨٦.ص٣٢٢ ؛ السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص
القضائي ، ١٩٨٥ ، ص١٣٦) بحيث يرى أنصار هذا الرأي أن البنية عنصر مشترك
بينهما.(بنفس المعنى ،شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين
والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠،ص٣٢٨) ولا يؤيد الباحث هذا الرأي مع البعض (أنظر
إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول ، مركز الأجنب وتنازع القوانين ،
١٩٩٢، ص٤٧٧ ؛ عبد الله، عز الدين.القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين
وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط ٩ ، ١٩٨٦ ، ص٣٢٣ ؛ شوقي، دراسات في القانون
الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص٣٢٨) ؛

لأن الأخذ به يؤدي إلى تطبيق الأحكام المنفقة في القانونين دون تلك المتعارضة، كما وقد يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً.

ولا بد من الإشارة إلى أن الفقه اللبناني " أخضع هذه البنوة إلى آثار الزواج ، وبالتالي أخضعها إلى أحكام القانون الذي تخضع له هذه المؤسسة ، وهي حسب القواعد العامة تفترض التمييز بين حالتين :- إتحاد جنسية الزوجين واختلاف جنسية الزوجين . في الحالة الأولى القانون المطبق هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين . في الحالة الثانية القانون المطبق هو قانون محل الإقامة المشتركة للزوجين ولا قانون قاضي النزاع مع مراعاة الخصوصية التي يتميز بها النظام التشريعي اللبناني والتعديلات التي طرأت على التشريع الفرنسي إما لجهة الزواج على وجه عام أو لجهة البنوة على وجه التحديد." (منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط١، ص٣٦٩). (من الجدير ملاحظته أن القضاء الفرنسي قبل قانون ٣ كانون الثاني سنة ١٩٧٢ فصل بين البنوة الشرعية والزواج الشرعي والحقها بحالة البنوة الطبيعية التي تنشأ خارج الزواج ، فأهدر بالتالي وحدة القانون في العائلة التي كان يحققها الاتجاه القضائي لمصلحة وحدة القانون الذي يطبق على البنوة دون التمييز بين حالاتها ، فجاء بذلك يتفق مع نظرة فقهية في الموضوع مع اختلاف في القانون واجب التطبيق.

"وأخيراً لا بد أن نشير إلى أن قواعد اختيار الاختصاص التقليدية، في بعض الولايات المتحدة الأمريكية ، قررت محاكم متعددة منها ما إذا كان الإبن شرعياً أم لا من خلال تطبيق قانون ما يلي:

١- موطن الأب وقت ولادة الطفل.

٢- موطن الأب وقت إجراءات الإقرار بالبنوة.

٣- المكان الذي حدثت فيه إجراءات الإقرار بالبنوة.

٤- موطن الإبن عند مولده.

٥- محل الأملاك المطالب بها.

٦-موطن الأب عند وفاته " (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ;
CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK.
Chapter(10),p10- 8)

١-١ القانون الذي يحكم تشريع البنوة

توطئة:

الأصل في شرعية البنوة أن يتم إنجاب الطفل في ظل زواج صحيح يتخلله حمل ثم إنجاب، وبالرغم من ذلك أجازت بعض التشريعات - وخاصة الغربية منها - منح صفة الشرعية لطفل ولد بدون هذه الصفة. " كما وأن العديد من نظم القانون المدني ومن خلال التصرفات الإرادية يمكن للاب أن يرفع من مكانة ابنه الطبيعي إلى مكانة "الابن الأصلي المعترف به " ، وبذلك منح الطفل حق التوارث علماً بأن هذه الأنظمة المدنية توجد فيها ثلاث فئات من الأبناء ((الأبناء الشرعيون)) ، والأبناء الطبيعيين المعترف بهم، ((والأبناء اللاشرعيون)) .وهناك عمليتان مختلفتان لتغيير هذه الصفة هي إثبات البنوة بالزواج اللاحق للأبوين والثانية اعتراف الأب بالطفل). وإن دوائر اختصاص القانون المدني لا تعترف بالحالة المعترف بها، وفي مناطق اختصاص القانون العام ، حيث يتوافر الاجراء الذي يمنح الآباء الفرصة للاعتراف ، أو تمييز أبنائهم الطبيعيين، فإن الإبن الطبيعي المعترف به ، يصف عادة كإبن شرعي ، أو يعامل كإبن شرعي المولد، بسبب أن فئة ((الأبناء الطبيعيين المعترف بهم)) لا توجد في مناطق القانون العام)) (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, . TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992, ch26 ,pg756.

(DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND
ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK, Chapter(10),p10- 17)

وفي هذه الدراسة سوف نقتصر الحديث على الحالة الأولى والمتمثلة في إثبات البنوة بالزواج اللاحق بوصفها الأكثر شيوعاً.

بداية لا بد من التعريف بتشريع البنوة فهي: مؤسسة تسمح بإرتقاء البنوة غير الشرعية إلى بنوة شرعية، أي جعل الولد شرعياً بعد أن كان غير شرعي (منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٢) عن طريق الزواج اللاحق من الأم، في القوانين التي تعرفه بالزواج اللاحق (أنظر، عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٠٢).

وتصحيح البنوة: تعني منح صفة الشرعية لإبن غير شرعي ولد قبل زواج أبويه اللاحق، بحيث تصبح لهذا الولد حقوق تساوي حقوق الإبن الشرعي.

إن الغاية من تشريع البنوة غير الشرعية - في البلاد التي تقرها - (هو وضع الولد في المكانة التي كان سيكون عليها لو أنه ولد من عقد زواج صحيح، ولذلك فإنه لا يصح أن تكون له حقوق تختلف عن الحقوق التي للأولاد الشرعيين أو أكثر اتساعاً منها) (بنفس المعنى، عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٠٣).

وحتى تترتب آثار البنوة الشرعية فلا بد أن يعتبر الأبناء غير الشرعيين بطريقة أخرى شرعيين، بموجب قانون موطن المتوفى عند وفاته، وكذلك لتحديد ما إذا كان الاعتراف بالأبوة من قبل الأب الميت سيضع الأبناء في نفس المكانة كأبناء الشرعيين من أجل الإرث أم لا، حيث اختلفت قوانين بعض الولايات في ذلك..... (DAVID H. VERNON, CONFLICT OF LAWS ; CASES, PROBLEMS AND ESSAYS, 1973, MATTHEW BENOER, NEW YORK Chapter(10), p10- 16, footnote)

وبالتالي فتصحيح البنوة غير الشرعية ممكن عندما يجيز القانون الشخصي للولد، أو القانون الشخصي للزوجين، أو القانون الذي يحكم آثار الزواج، والمسألة تتعلق بقاعدة تخييرية؛ إذ يكفي أن يسمح أحد القوانين المتواجدة بتحويل البنوة إلى شرعية لكي تكون هذه الدعوى مقبولة فتخضع لذلك القانون. (بنفس المعنى، منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٢، ص ٣٧٣)

ولتصحيح البنوة غير الشرعية يلزم جملة من الإجراءات المطلوبة؛ وتتمثل بزواج لاحق، قرار قضائي، أمر من السلطة؛ ولمكانية جعل البنوة بنوة شرعية. (منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٣).

(وقد اختلفت التشريعات في جواز أو عدم جواز تصحيح النسب في هذه الحالة ، وطريقة التصحيح ؛ بحيث أجاز بعضها تصحيح النسب غير الشرعي عن طريق الزواج اللاحق بالأم ، كما في القانون السويسري والفرنسي والبرازيلي والتركي ، وبهذا الزواج يصبح الولد غير الشرعي شرعياً . بينما لا يجيز بعضها الآخر تصحيح النسب إلا بعد إثباته ، أو الإقرار به وصدور قرار بذلك من المحكمة ، كما في العراق). (الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١١٠)

وبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني فإنه لا يوجد فيه نص على تصحيح النسب بالزواج بالأم ، ولكن إثبات النسب يثبت للأم بالولادة وللأب إما بفراش الزوجية . أو بالإقرار . أو بالبينة . أو بالوسائل العلمية القطعية مع اقترانها بفراش الزوجية . (م ١٥٧ / أ وب).

(ولا بد من الإشارة إلى أن العديد من الولايات الأمريكية، كما هي نيوجرسي ، يجيز إثبات البنية بالزواج اللاحق للوالدين ، وفي العديد من الولايات يكون كل طفل هو الإبن الشرعي لأبويه الطبيعيين ومخول لحق الوراثة من أبويه الطبيعيين ، سواء تزوج والداه أم لا، إن قانون الميلاد نفسه يجعل الطفل شرعياً ، وتشتت ولايات أخرى زواج الوالدين واعتراف الأب ، أو قرار محكمة بالأبوة ، إن عدداً من الولايات يمكن الإبن من أن يرث من أمه ، أو من خلال الأب ، للحصول على شرعية بنوة كاملة ، أو للحصول على حقوق إثبات شرعية البنية إذا اعترف الأب بالأبوة بفعل تأكيدي معين في هذه الولاية ، وإذا اعترف الأب بالإبن ، فينبغي اعتبار الإبن ابناً شرعياً لغايات التوارث . وتختلف الإجراءات الشكلية من ولاية إلى أخرى ، إذ بعضها يشترط مجرد الاعتراف ، وبعضها يشترط الاعتراف أمام شهود ، وأخرى تشترط تنظيم الاعتراف أمام المحكمة ، أو تسجيله لدى المحكمة ، أو أمام كاتب العدل ، أو قاضي الصلح) (DAVID H. VERNON , CONFLICT OF LAWS ; CASES, PROBLEMS AND ESSAYS , 1973, MATTHEW BENOER, NEW YORK Chapter(10), p10- 16, footnote)

ومما هو جدير بالذكر إلى أن دور القانون الدولي الخاص هو اختيار النظام القانوني الذي سيحدد ما إذا كان الزواج اللاحق فعالاً أم لا ، لإضفاء الصفة الشرعية للمولود.

"The role of private international law is to choose the system of law
،which shall determine whether

(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW,
TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH,
1992 ,pg756 ch26)

، { Subsequent marriage of the parents. }"

(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW,
TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH,
1992 ,pg756 ch26)

ولتوضيح ذلك سوف نتطرق إلى قضية عرضت أمام القضاء الإنجليزي تتعلق بقضية ((
أمانات ري جودمان)) حيث تتخلص هذه القضية بأن رجل توفي بدون أن يوصي عن مبالغ
كبيرة، وكان لازماً في هذه الدعوى تحديد أي من أبناء أخيه كان له الحق بالمشاركة فيها، لكونه
((قريباً من الدرجة الثانية)). بموجب قوانين قسمة التركة، وكانت الأحداث ذات الصلة في حياة
أخيها، زمنياً كالتالي:

وهو مقيم في إنجلترا كان لديه ثلاثة أبناء من (شارلوت سميث) والتي لم يكن متزوجاً منها.
اكتسب إقامة في هولندا، وكان لديه طفل رابع، حنا من شارلوت سميث.
ج- تزوج شارلوت سميث في امستردام.

د- وبينما لا يزال مقيماً في هولندا رزق مولوداً خامساً (آن) من شارلوت. إن الإقرار
بالبنوة من خلال زواج لاحق كان جزءاً من القانون الهولندي، وبالتالي كان الرأي بناء على
الوقائع أعلاه أن حنا وأن وحدهما كانا شرعيين لغايات الوراثة الانجليزية بلا وصية، وفي حالتها
فقط أنه في اللحظتين الحرجتين من المولد والزواج، اعترف قانون موطن الأب بهذا الشكل
الخاص من الإقرار بالبنوة (تصحيح النسب).

(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW,
TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH,
1992 ,pg756 ch26)

.....وبلا شك ؛ فإن قانون الإثبات لنيويورك يطبق ، والذي إذا أخذ بذاته قد يمنع وراثته
الإبن لأبيه بلا وصية، حالما يعتبر الإبن لا شرعياً ... ومن الواضح كذلك أنه عندما يكون الأب

والإبن متوطنين بشكل مشترك في نيويورك ، فإن محاكم نيويورك ستطلب تعريف نيويورك لإثبات البنوة، والذي ينسجم مع الوصف الانجلو- سكوني التقليدي بين المولود في فراش الزوجية والمولود خارج فراش الزوجية) (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK Chapter(10),p10- 22) (ولا بد من الإشارة إلى أنه وبموجب القانون الكلي لولاية نيويورك ، فإن القانون الواجب التطبيق في أيلولة الأموال المنقولة بلا وصية هو قانون موطن المتوفى في وقت وفاته وتحديدًا قانون نيويورك)) (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK Chapter(10),p10- 22) مما قد يؤدي إلى عدم إرث الإبن غير الشرعي من ابيه.(انظر قضيتي رولز ضد فولسوم سوبرا وقضية وراثة كاباليرو ضد منفذ الوصية بالحاشية)^{٤٦} .^{٤٧}

القانون الانجليزي من جانبه أجاز تصحيح البنوة وجعلها شرعية بشروط تتعلق بوجود إبن غير شرعي تم قبل الزواج ، ثم تزوج الأبوان، فإنه عن طريق هذا الزواج ينبغي، إذا كان الأب في وقت الزواج مقيماً في انجلترا أو ويلز، يجعل من ذلك الشخص ، إذا كان حياً شرعياً من تاريخ الزواج .

^{٤٦} - قضية الفيدرالية رولز ضد فولسوم سوبرا

تضمنت أن الابن الطبيعي المعترف به بموجب قانون بورتريكو قد لا يعتبر شرعياً لغايات الوراثة في ولاية موطن المتوفى ، وهي نيويورك وكتب رئيس المحكمة رأياً مخالفاً بليغاً وقوياً في ذلك والذي عزا ما اعتبره النتيجة القاسية للقرار إلى ممارسة فرص الانماط الاخلاقية الانجلو - سكونية على أسرة نشأت في جو بورتريكو الأكثر تسامحاً والقانون المدني الذي تتبعه ، وهذا بدوره ينشأ في التشديد على الأسماء والمسميات وليس على الجوهر في ترجمة مفاهيم القانون المدني إلى ما يكافئها في نيويورك . (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10- 23,p10-24) ^{٤٧} -- قضية وراثة كاباليرو ضد منفذ الوصية La.S.ct. 872,24.ca Ann.L 5731972

كان الطفل (الإبن غير الشرعي) لرجل أبيض ولمرأة زنجية ، وكان الولد قد ولد في لويزيانا، ولكنه بعد وقت قصير انتقل هو ووالداه إلى اسبانيا؛ حيث كان زواج والديه لاحقاً صالحاً لإضفاء صفة الشرعية للطفل بموجب القانون الاسباني، أما بموجب قانون لويزيانا الساري في ذلك الوقت ، فإن ولد رابطة زوجية بين اعراق - (متلفة) - لا يمكن اضافة شرعية البنوة عليه ، ومع ذلك ، رأيت المحكمة ان حالة شرعية البنوة التي نشأت في اسبانيا كان لها أثر جعل الولد شرعياً للغايات كافة ، ومن ضمنها وراثة الأرض في لويزيانا ، وبالتالي أعطت محاكم لويزيان أثر لحالة اللامقيم كمتبني والتي لم يكن ممكناً منحها لأي مقيم - السياسة العامة القوية - ضد الزواج مختلط الأعراق . فإذا لم ينتهك الاعراق بالحالة التي نشأت اسبانيا في كاباليرو السياسة العامة لولاية لويزيانا ، فمن الصعب ان نهم كيف أن الإعراف بحالة كوشينغ كمتبني انصافي أو بحكم الواقع يمكن أن ينتهك السياسة العامة للولاية.... (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10- 6).

"Where the parents of an illegitimate person marry, the marriage shall, if the father is at the date of the marriage domiciled in England and wales , render that person, if living, legitimate from the date of the ، marriage."

(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg757 ch26)

حيث يكون والدا شخص غير شرعي متزوجاً أحدهما من الآخر ، ووالد الشخص غير الشرعي لم يكن في وقت الزواج مقيماً في إنجلترا أو ويلز ، ولكنه مقيم في بلد والذي بمقتضى قوانينه أصبح الشخص اللا شرعي شرعياً بموجب هذا الزواج اللاحق، فإن ذلك الشخص، إذا كان على قيد الحياة ينبغي الاعتراف به في إنجلترا وويلز بأنه أقرت البنوة له من تاريخ الزواج بالرغم من أنه في وقت مولده، كان والده مقيماً في بلد والذي قوانينه لم تسمح بإقرار البنوة بموجبها زواج لاحق. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg757 ch26)

"Where the parents of illegitimate person marry one another and the father of the illegitimate person is not at the time of the marriage domiciled in England and wales but is domiciled in a country by the law of which the illegitimate person became legitimated by virtue of such subsequent marriage, that person, if living shall in England and wales be recognized as having been so legitimated from the date of the marriage notwithstanding that, at the time of his birth, his father was domiciled in a country the law of which did not permit legitimation by subsequent marriage."

إن هذا البند يؤثر على القانون الدولي الخاص ، وهو ينبد القاعدة القديمة أن قانون موطن الأب في وقت مولد الطفل يجب أخذه بالاعتبار. إن قانون موطن الأب عند وقت الزواج هو العامل الحاسم الوحيد، إنه هذا القانون هو الذي يقرر، مثلاً، ما إذا كان شيء أكثر من مجرد الزواج، مثل الاعتراف الرسمي ، ضرورياً لإحداث إقرار البنوة.

(P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg757 ch26)

"This section is one that affects private international law, and it discards the old rule that the law of the father's domicile at the time of the marriage is the sole decisive factor. It is this law that decides, for instance, where something more than mere marriage, such as a formal acknowledgment, is necessary to effect legitimation."

والرأي السائد هو إخضاع تصحيح البنوة إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج ويخضع بالتالي إلى قانون جنسية الزوج - (الأب) - عند الزواج هذا كما يراه بعض فقهاء القانون الدولي (صادق، هشام علي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع، ١٩٩٣، ص ٥٦٢). (كما أن تكييفها على هذا النحو لا يستتبع إخضاعها للقانون الذي يحكم هذه الآثار؛ إلا حيث لا يخص المقتن مسألة النسب الشرعي بفكرة مسندة، أما حيث يفعل، وهو الأمر الذي يعني أنه قد اقتطع بعض آثار الزواج وجعل منها فكرة مسندة مستقلة، فإنه كل ما يتعلق بالنسب الشرعي من مسائل، ومن بينها مسألة تثبيته، يتعين إلحاقه بهذه الفكرة المسندة بالأخص) (أنظر بنفس المعنى، رياض و ثابت و راشد، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ١٩٨٩، ص ٢٩٠).

وقد أخذ القانون الانجليزي في تحديد القانون الذي يحكم تصحيح البنوة بقانون موطن الأب عند الزواج وليس وقت مولد الطفل، إذ يجب أخذه بالاعتبار وهذا القانون يحدد ما إذا كان شيء أكثر من مجرد الزواج، مثل الاعتراف الرسمي، ضرورياً لإحداث إقرار البنوة. (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg757, ch26)

"The law of father's domicile at the time of the marriage is the sole decisive factor. It is this law that decides, for instance, whether something more than mere marriage, such as a formal acknowledgement, is necessary to effect legitimation." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg757, ch26)

(ويحكم هذا القانون الشروط الموضوعية لتشريع النسب، كشرط الزواج اللاحق، إذ يجب أن يتم هذا الزواج صحيحاً ومستوفياً شروطه؛ بالإضافة إلى الإقرار السابق على الزواج، أو اللاحق عليه، وشرط الحصول على إذن من رئيس الدولة - في بعض القوانين-، وتحكم هذا القانون أيضاً الآثار التي تترتب على هذا التصحيح وكل ذلك بطبيعة الحال شريطة ألا تتعارض أحكام القانون الأجنبي مع قواعد النظام العام في دولة القاضي ناظر النزاع، ومن ثم فلا يصح الاعتراف بتصحيح نسب ولد إنحدر من علاقة جنسية بين المحارم، أو نتيجة الزنا ولو أعقب ذلك زواج صحيح بحسب القانون الأجنبي، أو تم الإقرار بالنسب الذي يتطلبه هذا القانون؛ وذلك لمخالفة هذا الأمر لقواعد النظام العام والآداب في دولة القاضي) (بنفس المعنى، عبد الرحمن جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٠٣). (وقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم (٦٢) تاريخ ١٩٩٢/٧/١٢ بأنه ((يشترط شرعاً لصفة الإقرار بالبنوة، إن يكون الولد المقر به غير ولد زنا ولا عبرة لقيود النفوس للإقرار الباطل)) (فولد الزنا لا يرث شرعاً ولا عبرة لقيود الإقرار به في سجل النفوس والمسألة تتعارض مع النظام العام الدولي، رغم أن هنالك طوائف في لبنان تقر بنظام الولد غير الشرعي). (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٨٥ و ٥٨٦)

٢- القانون الذي يحكم البنوة غير شرعية

ولما كانت البنوة الطبيعية كالبنوة الشرعية يتفقان بأنهما "ثمرة اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً، إلا أنهما يختلفان في أن الولد الشرعي هو ثمرة زواج صحيح للأبوين، والولد الطبيعي هو ثمرة علاقة نشأت خارج الزواج" (منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٣). "كما أن البنوة غير الشرعية قد تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر." (الكردي؛ جمال محمود ، القانون الدولي الخاص :النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٢٧٩).

فالبنوة غير شرعية هي ثمرة علاقة غير مشروعة بين الأبوين تنتج عنه بنوة لم تحصل من زواج قانوني" (أنظر منصور، في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٤).

"ومن الجدير بالإشارة أن مفهوم المكانة الوضعية للإبن "غير الشرعي" اجتماعياً وقانونياً ، كان تحت هجوم قاس ، ولا يحتمل أن يحتفظ بأهميته السابقة في القانون .

ويقودك النقد إلى اتجاهات إنسانية تجاه الأبناء المولودين خارج فراش الزوجية وعلى شكوك دستورية حول العدل والمساواة في معاقبة شخص بسبب غلطة والديه في التقيد بالقواعد القانونية وأعراف المجتمع في إنجابه."

"The concept of the inferior status of the "bastard" child ,socially and Legally ,has been under sharpening attack and is not Likely to retain its past importance in law.the attack is based both on more humane attitudes toward out-of-wedlock offspring and on constitutional doubts about the fairness and equality of punishing a person for his parents' failure to comply with society's norms and legal rules in has begetting" .

الشريعة الإسلامية الغراء من جانبها رتبت جميع الواجبات على الأم ، كما وأن الإبن الذي ينتج عن اتصال غير مشروع ينسب إلى أمه التي جاءت به؛ سواء أكانت متزوجة أم لا، وفي الحالة التي تكون متزوجة يتوجب على الزوج اللعان لنفي نسب الطفل ،وإذا حكم القاضي بنفي النسب عن الرجل لا تجب نفقته عليه ولا يرث أحدهما الآخر ويلحق نسبه بأمه.(م ١٦٥/ب /أحوال أردني) أما في الحالة التي تكون أم الطفل غير متزوجة فإن نسب الطفل يثبت لأمه بالولادة. (م ١٥٧/أ /أحوال أردني). وبخصوص القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي فقد تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية بصدد تحديده؛ "لعدم وجود قاعدة متفق عليها في أغلب الدول" (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣١). وفي ضوء خلو القانون المدني الأردني من النص على القانون الذي يحكم البنوة بكل أشكالها، كالقانون اللبناني فإنه يستلزم من الباحث تناول الاتجاهات الفقهية والراجح منها ومدى موافقة أي منها للنظامين العاملين الأردني واللبناني. هذا وقد ذهب رأي إلى وجوب تطبيق القانون واجب التطبيق نفسه على النسب الشرعي والنسب الطبيعي في آن واحد (أنظر، بنفس المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ١٩٨٦، ص ٢٥٥؛ منصور، في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٤؛ الكردي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين، ١٩٩٥، ص ٢٧٩؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص

القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٢؛ فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٨٢، ص ٥٥٤)، حيث يخضع كل منهما إلى قانون جنسية الشخص الذي يراد الانتساب إليه من الوالدين - الأب أو الأم - في دعوى إثبات النسب غير الشرعي في البلدان التي تحدد القانون الذي يحكم النسب الشرعي بقانون الشخص الذي يراد الانتساب إليه. (ذلك أن البنوة الطبيعية ستفرض على الوالد المطلوب الانتساب إليه التزامات عديدة، كما أنها تتعلق بحالة هذا الوالد. مما يقتضي خضوعه لقانون (جنسيته)؛ إذ ليس من الواجب إدخال تغيير على حالة الشخص - إذا كان قانونه الشخصي لا يوافق على هذا التغيير، أي إذا كان قانون الوالد أكثر تشدداً في إثبات البنوة من قانون الابن) (الكردي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، ١٩٩٥، ص ٢٧٩). كما وأن البنوة الناتجة عن هذا الاتصال لا تقوم على زواج بين الأبوين نهائياً بعكس الأمر في ثبوت النسب الشرعي مما يتعين مع ذلك إخضاع القانون الذي يحكم البنوة غير الشرعية لقانون من يراد الانتساب إليه من الأبوين. (بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٢).

ويبرر البعض (أنظر بنفس المعنى: ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٥ و ٢٥٦) الأخذ بقانون من يراد الانتساب إليه من الوالدين، أن نظام البنوة غير الشرعية يهدف إلى ربط الولد بوالده قانوناً، وتترتب على قيام هذه الرابطة التزامات مختلفة على عاتق الوالد. مما يتوجب معه احترام قانونه ولا يفقد ينسب الولد الطبيعي إلى شخص لا يسمح قانونه بذلك... إلخ

كما ويبرر أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن المقصود ربط الولد بوالده، ورعاية مصلحة الأسرة التي يريد الولد الانتماء إليها (أنظر بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٢). لذا فيجب الأخذ بقانون من يراد الانتساب إليه من الوالدين.

وذهب رأي آخر إلى إخضاع النسب الطبيعي لقانون مختلف عن النسب الشرعي فهو عند بعضهم قانون الولد؛ لأن البنوة غير الشرعية تتعلق بفكرة حماية الولد وضمان حقوقه ومصالحه

وليس بفكرة تكوين الأسرة كما هو الأمر بالنسبة للبنوة الشرعية (بنفس المعنى، ديب ،القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين ،١٩٨٦، ص ٢٥٥ ؛ الكردي، القانون الدولي الخاص،:النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تتازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٢٧٩)؛ حيث يكون هذا القانون من أنسب القوانين لحكم الصلة الطبيعية . (السيوفي ، تتازع القوانين وتتنازع الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٩).

وقد ذهب رأي (إلى الاعتراف بقانون جنسية الولد وقانون من يراد الانتساب إليه من الوالدين وهو صعب التحقيق عملاً (بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تتازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص ٣٣٢) ويؤدي إلى تطبيق الأحكام المتفقة بين القانونين دون المتباينة منها.

وذهب رأي آخر إلى الأخذ بالقانون الأصلح للولد ، سواء أكان ذلك قانونه، أو قانون القاضي في حال غياب (النص القانوني)) (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تتازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٢).

(القضاء اللبناني وأمام عدم وجود نص تشريعي يحدد القانون الذي تخضع إليه هذه العلاقة اعتمد :- إما قانون جنسية الشخص الذي يراد الانتساب اليه من الوالدين - في دعوى إثبات البنوة وهو ما يتفق مع اتجاه تشريعي في الموضوع .ولما القانون الأصلح للولد .

إحدى المحاكم المختلطة قضت بعدم جواز إقامة دعوى إثبات البنوة الطبيعية بحجة مخالفتها للنظام العام اللبناني ، لأن جميع الطوائف لم تكن تعترف بالبنوة الطبيعية بتأثير من أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة ، الأمر الذي لم يعد مطروحا بعد تكريس المشرع اللبناني لنظام البنوة الطبيعية في القوانين التي تخضع إليها بعض الطوائف). (منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٤)

أما بالنسبة للقانون الأردني ولعدم وجود نص يحكم النسب غير الشرعي بالعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي فإن العمل جاري على أن النسب يثبت للأُم بالولادة أي لحظة الإنجاب (م/١٥٧) ولا بد من وجود بيينة على ذلك إن كانت الولادة خارج المملكة. أما إن كان الولد مجهول النسب

لأمه وأبيه فلا يوجد نص يحكم هذه المسألة وحتى في حالة اعتراف الأم به؛ الأمر الذي يدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الواجب العمل بها وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ والنظام العام الأردني ذي الصبغة الإسلامية. وبالتالي يثبت الإبن غير الشرعي لأمه ويرث منها وترث منه.

ومما تجدر ملاحظته بأن الاتجاه الفرنسي في قانون ١٩٧٢ كان يطبق قانون الأم، وفي حال عدم معرفتها يطبق قانون الولد على البنوة الشرعية وغير الشرعية على حد سواء (بنفس المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٥؛ منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ٣٧٠ و ٣٧٥)، وسبب تطبيق قانون الأم المعروفة؛ هو لأنها تكون عادة محور كل النزاعات المتصلة بالبنوة كما أنه إسناد واضح ومحدد يحقق الثبات والاستقرار. (بنفس المعنى، منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٥) ونحن نؤيد هذا التوجه بالنسبة للبنوة غير الشرعية، مشيراً إلى أن الشريعة الإسلامية الغراء نسبت الابن غير الشرعي لأمه ودون الاعتداد بتطبيق قانون سوى أحكام الشريعة الإسلامية؛ فينسب الابن مباشرة ما دام أن الأم معروفة.

أما عن الوقت الذي يعتد به بجنسية الأم فهو يوم ميلاد الابن عند معرفتها، وعند عدم معرفتها يطبق قانون جنسية الابن. (أنظر بنفس المعنى، منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٧٥).

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية (٥) إبريل ١٩٥٤ المتعلقة ببعض أحكام الجنسية بين دول الجامعة العربية نصت في المادة الخامسة على اكتساب الولد المولود لأم عربية وفي بلد عربي لم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً لجنسية أمه وأنها تزول عنه ويكتسب جنسية أبيه العربي بعد ثبوت النسب إليه إن لم يكن قد أتم الثامنة عشرة من العمر). (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٣).

أما عن مدى تطبيق القانون الذي يحكم النسب غير الشرعي وحدوده فإننا نرى مع جانب من الفقهاء (بنفس المعنى، عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٠٢)

بتطبيقه على مسائل إثباتها؛ سواء أكان هذا الإثبات بالإقرار - بتوافر شروط الإقرار ، أم إثباته عن طريق رفع دعوى، كما يحكم هذا القانون الآثار المترتبة على ثبوت هذه البنية.

ومهما يكن من شأن القانون الذي يحكم النسب، فلا نرى مجالاً لتطبيق هذا القانون إذا كان يخالف النظام العام في الأردن، حيث لا يجوز إثبات هذه البنية للأب ، وإن كان قانون الأب يسمح بذلك ؛ على أساس أن تطبيقه يتعارض مع المبادئ والقيم الأساسية التي تقوم عليها الأسرة في المجتمع الأردني متى تعلق الأمر بطرف مسلم.(بنفس المعنى، ديب ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٥٦ ؛ بنفس المعنى، عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٠٢) لذلك يتوجب على القاضي الأردني بأن يثبت نسبه لأمه طبقاً لأحكام المادة ١٥٧ / أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني وانسجاماً مع القيم الأساسية التي يقوم عليها بنیان الأسرة.

وقد يتساءل البعض عن مدى الأخذ بقواعد الإسناد التي تحكم النسب المقررة بموجب القانون، فهل يعتبر تطبيق هذه القواعد على العلاقة القانونية الأجنبية بجميع عناصرها يخالف النظام العام الاسلامي في الدول العربية والاسلامية؟

الإجابة عن هذا التساؤل أنه لا يكون هنالك تعارض مع النظام العام في دولة القاضي ما دامت العلاقة أجنبية بجميع عناصرها ولا تمس القيم في هذا المجتمع. وبالتالي فلا ضير من تطبيق القانون متى أشارت إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي إذا كانت هذه العلاقة أجنبية بكافة عناصرها وكانت بين غير مسلمين ، ولم ترتب أية آثار داخل دولة القاضي -التي يوصف فيها النظام العام ذو صبغة إسلامية -تخالف النظام العام فيه؟.(لم تتعرض الدولة الإسلامية - قبل الأمبراطوية العثمانية - للأحوال الشخصية لغير المسلمين ؛ بحيث كان هنالك قضاة مليون يحكمون بين الطوائف الذي يتبعون ملتهم.)

وبالتالي لا يصح للابن غير الشرعي الذي ثبتت بنوته غير الشرعية أن يرث أموالاً في الأردن من أبيه إذ كانت أموال المورث داخل المملكة، سواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، ولو كان قانون المورث يجيز ذلك ، ولكن يجوز أن يرث أمه ولو كان قانون المورثة يمنع ذلك،

وسواء أكانت مسلمة أو غير مسلمة. (أنظر بنفس المعنى: عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٠٢).

كما يتعارض مع النظام العام إذا كان القانون يرفض الاعتراف للولد الطبيعي بحق الحصول على نفقة من والده. (بنفس المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٧).

٢-١ موقف القضاء والفقهاء الانجليزي من القانون الذي يحكم النسب

بالرغم من اتفاق الفقهاء والقضاء الانجليزيين على تطبيق قانون الموطن بشأن منازعات النسب والمتصلة بالحقوق الدولية الخاصة، إلا أنهم اختلفوا في تفسير معنى موطن الأصل. ومرد ذلك عدم تحديد القانون العام الانجليزي المقصود بالموطن- (كعامل ربط يصل بين قضية ونظام قانوني معين- لأن عامل الربط (الموطن) معقد... ويخفي مبدأين مترابطين ولكنهما منفصلان:-

الأول: هو أن قانون المحكمة يحدد ما يعنيه مثلاً بالموطن.

الثاني: الذي يحدد كذلك ما إذا كان المعرف على أنه عامل ربط يصل بين قضية ونظام قانون معين أو آخر.)

(O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA pg 242)

وعليه ذهب الفقهاء والقضاء الانجليزيان إلى تفسير المقصود بالموطن، وما إذا كان في حالة معينة، وما إذا كان شخص معين في وقت معين مقيماً في بلد، أو آخر واتخاذ منه موطناً من أجل الوصول إلى القانون الذي يحكم النسب الشرعي.

.... And whether in a given case a given person was at the time of "

his domiciled in one country or another ..."(O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA pg 242)

وسوف نوجز الآراء التي تناولها الفقه والقضاء الانجليزيان بشأن القانون الذي يحكم النسب على التوالي: الأول : ذهب رأي إلى أن معنى موطن الأصل هو البلد الذي يقيم فيه الوالدان عند مولد الطفل)..... وهذا ما هو واضح في قضية ري غروف لتحديد صفة الشخص - شرعية أو غير شرعية المولد - حيث إن المكان الذي والداه مقيمان فيه عند مولده بموجب قانون بلده الأصلي هو الذي يحدد صفة الإبن. ويعاب على هذا الرأي بأنه لا تدعمها مرجعية معتمدة. كما وأنه من المستحيل تحديد الموطن في حالة وجود موطنين مختلفين للوالدين وأن كان لنا أن نعزي إلى الطفل موطن والده إذا كان شرعياً وموطن أمه إن كان غير شرعي. حيث يبدو من المستحيل تحديد هذا الموطن إلى أن تتم تسوية مسألة شرعية مولده.

"ROMER J'S statement that the domicil of origins the country in which the parents are domiciled at the birth of the child is not supported by indisputable authority.thought others, probably having in mind the usual case where the father and mother passes a common domicil, have with ROMER j, preferred to speak of "the domicil of the parents", a view which, if adopted, would require the law of each domicil to be satisfied. It is, of course, true that to attribute to the child the domicil of his father where his parents have different domicils is to beg the question of his legitimacy , for since the domicil of a child is said to be that of his father if legitimate but of his mother if illegitimate. It would appear to be impossible to fix his domicil until the question of his legitimacy has been settled." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg752ch26)

ثانياً : ذهب بعض القضاة إلى تفضيل موطن الأم على أساس أن موطنها، من المحتمل أن يكون البيت الأول للطفل الصغير.

"..... general reference to the domicil of the domicil of the mother. much to be said in favour of reference to the domicil of the mother for it is with the mother that the young child is likely to make his first home." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg752ch26)

ثالثاً: ذهب رأي - وهو الراجح إلى اعتبار موطن الأب الحل الأكثر ملاءمة للطفل وينبغي أن يكون حاسماً.

"....Nevertheless, the solution most favourable to the child, it is submitted, is that the domicil of the natural father should be decisive. It would seem that it is this relationship on which most emphasis is placed by the continental legal systems." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg753ch26)

ويدعم هذا الرأي بعض الفقه الانجليزي حيث ذهب إلى ترجيح هذا الرأي في الحالة التي يكون للوالدين مواطن مختلفة (كما هو الحال أن لم يكن الأبوين متزوجين).

"If the parents have different domicils (as may happen where they are not married), the authorities shew that the domicil of the father is to be regarded, and not that of the mother." (P.M. NORTH AND J.J. FAWCETT, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, TWELFTH EDITION, BUTTERWORTHS, LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 1992 ,pg753,ch26)

وخالصة الأمر أن الفقه الانجليزي يسعى لتسوية مسألة شرعية الابن ليتم بعدها البحث عن القانون واجب التطبيق على أنواع النسب (الشرعي، وغير الشرعي) ؛ ذلك أنه يلزم من الناحية العملية أن تتحدد صفة البنوة أولاً ليتم بعدها تحديد القانون الذي يحكمها.

لذا يميل الباحث إلى تحديد قانون واحد يحكم البنوة الشرعية وأن كنا نرجح تطبيق قانون الأب عند ميلاد الابن في هذا المجال، وقانون الأم المعروفة على البنوة غير الشرعية.

٣- القانون الذي يحكم التبني

يعرف التبني بأنه تصرف قانوني ينشئ بين الأب المتبني والمتبني علاقة أبوة وبنوة دون أن تقوم بينهما رابطة الدم.(ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٧؛

الكردي، القانون الدولي الخاص، :النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين، ١٩٩٥، ص ٢٨٢ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٣٣٣؛ إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص

الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٧٩) أي خلق بنوة غير حقيقية أو مصطنعة بين شخصين.

وهو بتعبير البعض (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤ ، ط ١ ، ص ٣٧٣) "نتيجة عقد قضائي احتفالي ينشئ بين شخصين روابط مدنية لأبوة وبنوة شرعيتين" ، وهو حسب هذا القانون ، تصرف قانوني يرتب قرآبه غير حقيقية بين المتبني والمتبني). (السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، ١٩٨٥ ، ص ١٤٠).

فالغاية من التبني هو أن يحصل المتبني (الأب) على شخص يرثه في اسمه وماله، سواء أكان هذا الشخص ولداً طبيعياً أم ولداً شرعياً. (بنفس المعنى، عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٠٣ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠ ، ص ٣٣٣) وقد يكون طفلاً لقيطاً^{٤٨} (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٣)، أو معروف الوالدين. وهو نظام يختلف كل الاختلاف عن الإقرار بالنسب؛ على أساس أن الأخير نسب صحيح حقيقي وغير مصطنع متى توافرت الشروط التي نصت عليها المادة (١٦٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني^{٤٩} وأهمها أن يكون المقر له مجهول النسب. وأما التبني فهو نسب مصطنع فالمتبني (الابن) ليس من صلب المتبني (الأب) فقد يكون له أبوان معروفان ولا محل للقول بأن المقر قد يكون كاذباً في إقراره، لأن لنا الظاهر والاقرار به إصرار على صلة ثابتة ومستقرة. (أنظر شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص ٣٣٤).

وبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يجز إثبات النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبني مجهول النسب. (م ١٦٢).

^{٤٨} (يختلف عقد التبني عن كفالة اللقيط لأن الأخير غير معروف نسبه بعكس التبني الذي قد يكون معروف النسب أو غير معروف النسب).

^{٤٩} تنص هذه المادة على ما يلي: "يثبت نسب المولود لأبيه ولو في مرض الموت بالشروط التالية: -أ- أن يكون المقر له حياً مجهول النسب ب- أن لا يكذبه ظاهر الحال ج- أن يكون المقر بالغا د- أن يكون فارق السن بين المقر والمقر له يحتمل صحة الإقرار ه- أن يصدق المقر له البالغ العاقل المقر ..".

ومما تجدر الإشارة إليه أنه وحتى يصبح التبني صحيحاً ، ومنتج الآثارة فلا بد من أن تمنح المحكمة صفة الابن بالتبني والمحكمة التي لها سلطة إزاء طلب التبني في الولايات المتحدة الأمريكية هي :

أ-محكمة ولاية موطن أي من الطفل المتبنى ،أو الوالد المتبني .

ب-إذا كان الوالد المتبني أو أي من الطفل المتبنى أو الشخص الذي له وصاية شرعية على الطفل خاضعاً لاختصاصها على الأشخاص.

وبالرغم من البند أ +ب فإن المحكمة التي تصدر أمر التبني ويكون لها الاختصاص، فإن أمر التبني قد يكون باطلاً بالرغم من ذلك بسبب أن الوالد الطبيعي لم يمنح تبليغاً معقولاً وفرصة معقولة لسماعة)_ (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK Chapter(10),p10-1)

وقد اختلفت قوانين الدول التي أقرت التبني فيما بينها بتحديد القانون الذي يحكم التبني ،مما يثير التنازع بين التشريعات، ولا بد من تعيين القانون الواجب تطبيقه لحل هذا التنازع، علماً بأن نصوص القانون المدني الأردني قد جاءت خالية من النص على القانون الذي يحكم التبني كالقانون اللبناني ، أما بالنسبة لقانون الأحوال الأردني فقد رفض إثبات النسب بالتبني وبشكل عام مما يتوجب على الباحث التطرق إلى الآراء الفقهية لإيجاد أنسب القوانين التي تحكم التبني. هذا وقد تعددت الآراء بشأن القانون الواجب التطبيق على رابطة التبني، سواء أكان ذلك على الشروط الموضوعية أم الشكلية على النحو التالي:

(١)تطبيق قانون المتبني (الأب طالب التبني).

(٢)تطبيق قانون المتبني (الابن).

(٣)قانون كل من المتبني والمتبني الموزع على صحة التبني وقانون الولد المتبني فيما

يتعلق بشروط الرضا أو التمثيل،(منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص،١٩٩٤، ط١ ، ص ٣٨١) وكذلك على آثار التبني.

"إن المآخذ على تطبيق هذا القانون -أي قانون كل من المتبني والمتبني الموزع- أنه يؤدي إلى تعطيل التبني، أو تعقيده وخاصة فيما يتعلق بتطبيق بعض الشروط الثنائية المتعلقة بشخص المتبني والمتبني عند اختلافها في قانون كل منهما، مثل شرط فارق العمر، كما لو كان قانون المتبني، مثلاً، يشترط ألا يزيد فرق العمر بينهما على اثني عشر عاماً وكان قانون المتبني يتطلب ألا يزيد هذا الفارق على عشرين عاماً وكان فرق العمر الحقيقي بينهما خمسة عشر عاماً.

ولكن مما لا شك فيه وجوب مراعاة التطبيق الموزع في كل مرة - يمكن فيها أعمال هذا التطبيق، ولا سيما بالنسبة للشروط الخاصة بشخص كل من طرفي رابطة التبني مثل شروط الرضا والتمثيل". (ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٨، ص ٢٥٩).

(٤) تطبيق قانون كل منهما (التطبيق الجامع). على أساس أن التبني تصرف قانوني من نوع خاص، فيجب انعقاده وفقاً لقانون كل من الطرفين، (أنظر، السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي، ١٩٨٥، ص ١٤٠) وذلك بالنسبة للشروط الموضوعية، ويرى البعض الآخر (منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٨١؛ ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٥٨) (أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تطبيق القانون الأشد على صحة التبني).

(أما عن الشروط الشكلية فهي تخضع إلى قاعدة محل إبرام الشكل يحكم التصرف، أي إلى قانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع إلى قانون موطن المتعاقدين، أو قانونهما الوطني المشترك.

وقد أخضعت محكمة التمييز اللبنانية شكل التبني إلى قانون مكان الإجراء والمرجع الصالح لإثبات التبني لا يكون القضاء المذهبي عندما لا يكون المتبني لبنانياً بل القضاء النظامي). (منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٣٨٢)

وبناء على ما تقدم فإنه يجوز - من حيث الشكل - إجراء التبني وفقاً لقانون محل إبرام العقد، كما يجوز إتباع الشكل المقرر في كلا القانونين، قانون المتبني، وقانون المتبني - (طالب التبني) - كما يجوز إجراؤه في قانون موطنهما المشترك أو جنسيتها المشتركة. (إبراهيم، إبراهيم

أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٢) ؛ وبالتالي فإن تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً جائزاً فيما يتعلق بالشروط الموضوعية اللازمة لصحة انعقاد التبني، وكذلك الشروط الشكلية ما دامت هذه الشروط تعتبر متممة للأهلية، ومن ذلك مثلاً اشتراط أن يستند طلب التبني إلى سبب مشروع وأن تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه، وألا يقل عن عمر معين كما بينا سابقاً، وكذلك إلا يكون لطالب التبني ذرية شرعية ، وألا يتبنى شخص لأكثر من واحد إلا أن يكون طالبا للتبني زوجين. واشتراط أن يمثل المطلوب تبنيه وصية إذا كان قاصراً وعمره أقل من سن معين، وأن يوافق أبواه، أو أحدهما على التبني إذا كانا على قيد الحياة، ولجراءات هذه الموافقة وحكم قبول أحدهما ومعارضة الآخر، وأثر هذه المعارضة. وأن التوكيل لا يجوز في الموافقة على التبني.

....وأنه لا يجوز الرجوع فيه ومدى ما يجوز أن يشمل عقد التبني من الحد من الحقوق والالتزامات المترتبة عليه. وأما الأشكال الخارجية للتبني فإنها تقع وفقاً لنفس القانونين باعتبارهما القانونين اللذين يحكمان الشروط الموضوعية، أو لقانون موطن المتعاقدين أو للقانون المحلي". (عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٢٠٦ ؛ الكردي ، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥ ، ص ٢٨٢) كما وأنه يتوجب بالضرورة تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً، إذا كانت هنالك موانع مشتركة للتبني في هذين القانونين. (فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، ١٩٨٢، ص ٥٥٥).

وهنا لا بد أن تشير إلى أن اتفاقية لاهاي لسنة (١٩٦٥) أخضعت التبني أساساً إلى قانون السلطة المنعقدة وهي سلطة محل السكن الاعتيادي أو جنسية المتبني. (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط ١، ١٩٩٤، ص ٣٨١)

أما عن آثار التبني، كإنشاء رابطة القرابة بين المتبني والمتبني تخول المتبني الحق في أن يحمل لقب من تبناه وتخويل المتبني حق تأديبه والإنفاق على المتبني، وأثره وغيرها.... (فيستدعي الأمر أن يطبق عليها قانون واحد وهو، - وفق الاتجاه الأكثر شيوعاً في التشريع والفقهاء- قانون جنسية المتبني (طالب التبني) (الأب) وهو الأوجه؛ لاتصاله بحالته وبوصفه طالب التبني، - وليس قانون المتبني (الابن). ومما يدعم هذا الرأي - أي الأخذ بقانون طالب التبني على آثار التبني - بالإضافة إلى ما قال به الفقهاء؛ كون آثار التبني تقترب كثيراً، إن لم نقل تتشابه، مع

آثار النسب الشرعي التي تخضع إلى قانون الأب، مما يضيف على هذا الحل أيضاً انسجامه مع الحلول المتبعة بشأن النسب الشرعي. وتحفظ البعض واشترط في هذه الحالة عدم الإخلال بالضمان والحقوق الأساسية المقررة في قانون المتبني (الإبن)، بينما ذهب رأي آخر إلى الاعتداد بقانون جنسية المتبني (الإبن) وقت التبني وواضح أنه يأخذ في تقريره صالح الابن. (أنظر وقارن شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٣٣٤).

لذا من المستحيل أن تخضع آثار التبني إلى قانونين في وقت واحد وللتدليل على ذلك يمكن أن نمثل بحاله، ما إذا قرر قانونا للمتبني الحق في نقل ملكية المتبني (الأب) بالميراث لمن تبنا - على حين حرمة القانون الآخر من كسب ملكية المتبني بالميراث. فلن يمكن تطبيق أي من القانونين إلا بمخالفة الآخر. لذا نرى مع البعض (ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٩٥ و ص ٢٦٠) إخضاع آثار التبني لقانون جنسية المتبني (الأب) بالنسبة لهذا الأثر فقط بعكس الآثار الأخرى. تأسيساً على أن التبني أكثر إرتباطاً بحالة المتبني منه بحالة طالب التبني (إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأبحاث و تنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٤٨٠)، على أساس أن التبني يمس حالة هذا الطفل أكثر مما يمس حالة متبنيه، وخاصة إذا لوحظ أنه يترتب على التبني - في بعض التشريعات - زوال نسب الطفل المؤسس على صلة الدم. (الكردي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، ١٩٩٥، ٢٨٤). ونشير هنا إلى أن من المسائل التي تدخل في نطاق آثار التبني وتخضع إلى قانون طالب التبني، مسألة الرجوع عن التبني وشروطه وآثاره، أما آثار التبني على حقوق الإرث فتخضع إلى قانون المورث وقت موته عملاً بالمادة (الثامنة عشرة) من القانون المدني الأردني. (أنظر، فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٨٢، ص ٥٥٦). وبالتالي فالقانون الذي يحكم التبني - (الشروط الموضوعية) - قد يكون تطبيق قانون جنسية أحد الطرفين، أو كليهما. بينما يكون القانون الذي يحكم الإرث؛ أما قانون الموقع أو قانون موطن أو جنسية المورث. وهذا الأمر لا يمنع من تطبيق قانون دولة القاضي الناظر في النزاع على تركته، وبالتالي حرمان، أو توريث الأبن بالتبني؛ ذلك إن النظام العام

في دولة القاضي الناظر في النزاع يستبعد القانون واجب التطبيق على التبني إن كان يخالفه؛ فالشريعة الإسلامية التي يقوم عليها النظام العام في الدول العربية لا تجيز التبني فهذا لا يعني أن انعقاد التبني بالنسبة للأجانب في داخل سوريا يخالف النظام العام ، في العلاقة ذات العنصر الأجنبي بكافة أطرافها ، ما لم يكن أطراف العلاقة الأجنبية أو أحدهما مسلماً ؛ لاتصال الديانة الإسلامية بالنظام العام أكثر من ارتباطها بالجنسية؛ وبغير ذلك فإن التبني ذا العلاقة الأجنبية لا يؤثر على النظام العام. لذا يستلزم الأمر من قاضي الموضوع استبعاد القانون الأجنبي إن كان يخالف النظام العام في دولته. (قارن في ذلك ، ديب، القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين ،١٩٨٦، ص٢٩٥ و٢٦٠).

ولما كان التشريع والقضاء اللبنانيان قد أجازا التبني (للمزيد في هذا التشريع ،راجع، منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط١ ، ص٣٨٠، وما بعدها)؛ فإن دور النظام العام يتلشى إلى الحد الذي يتفق مع القواعد الملزمة في هذا التشريع ؛ بالنسبة للشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة التبني .

ورغم كل ما تقدم ذكره فإن المادة (٩١١) من قانون المرافعات المدنية المصري أجازت التبني - ذا العنصر الأجنبي - ؛ إذ كانت جميع أطراف العلاقة أجنبياً فلا يخالف النظام العام المصري ؛ بل إنه لا يجوز انعقاده بالنسبة للوطنيين وعدم جواز ذلك إذا كان أحد طرفيه مصرياً أو مسلماً . (الكردي، القانون الدولي الخاص النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تتازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٢٨٤؛ إبراهيم ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتتازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٠).

ويرى البعض (أنظر، ديب ، القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين ،١٩٨٦، ص ٢٦٠ ؛ الكردي، القانون الدولي الخاص: النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تتازع القوانين ، ١٩٩٥، ص٢٨٤) بأنه إذا كانت العلاقة أجنبية بكافة أطرافها فلا يخالف النظام العام المصري ، إلا أن ذلك لا ينطوي على استبعاد فكرة النظام العام كلياً من نطاق التبني، حيث يلزم استبعاد القانون الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد في دولة القاضي ، إذا كان يجيز التبني على أساس أنها تخالف تلك التي تقوم عليها الأسرة في الشريعة الإسلامية، مثل الشخص معروف النسب، على

أساس أن النسب الثابت لا يقبل الفسخ باتفاق الأفراد، وكذلك الأمر إن كان أحد أطراف العلاقة مسلماً ، أو مصرياً فلا يجوز التبني .

ولا بد من إشارة إلى أن التبني يختلف كل الاختلاف عن كفالة اللقيط (مجهول النسب) (الذي جعل الإسلام من التقاطه واجباً وفرض عين على من يجده إذا كان اللقيط في مكان يغلب عليه الظن بهلاكه إن ترك فيه). (بنفس المعنى، عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، جامعة الكويت، ط ١، ص ١٤١).

"كما يوجب الفقه الإسلامي الإشهاد على اللقيط ولو كان اللاقط ظاهر العدالة، خوفاً من أن يعمد اللاقط إلى استرقاقه ولحفظ حرته ونسبه، كما يوجب الفقه الإسلامي أيضاً الإشهاد على ما يمتلكه اللقيط". (عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، ص ١٤١).

هذا ولا يجوز نسبته إلى اللاقط مهما كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة القانونية، متى كان الملتقط مسلماً أو داخل دولة يعتبر النظام العام ذا صبغة إسلامية، (بل يجوز تربيته والإنفاق عليه - مع عدم إلزام ملتقط اللقيط بالإنفاق عليه لعدم وجود القرابة - والإيحاء له). (عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر ، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، ص ١٤١).

هذا وقد قررت إتفاقية حقوق الطفل من جانبها مبدأ المساواة بين الأطفال دون أي نوع من أنواع التمييز بغض النظر عن عنصر الطفل ، أو والديه أو مولده أو أي وضع آخر، وهذا يعني أن الطفل اللقيط يساوي في الحقوق مع غيره من الأطفال الثابت نسبهم، وأن الدولة تتحمل بالتزام لضمان تمتع كل طفل بالحقوق الواردة في الاتفاقية. (عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، ص ١٤٥)

وخلاصة الأمر فإننا نرى أن الابن المتبنى قد يكون معروف النسب ، أو لقيطاً ونحن بدورنا نرى بعدم إنعقاد التبني في الأردن حتى ولو كان جميع الأطراف أجنب وغير مسلمين وحتى في الحالة التي يكون الولد غير معروف النسب (م ١٦٢. أحوال شخصية أردني)°، أما في حال

° تنص هذه المادة على أنه " لا يثبت النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب".

إن كان التبني معقوداً في الخارج فلا مانع من ترتيب آثاره في الأردن إن كانت هذه الآثار لا تخالف النظام العام الأردني وكانت بين غير المسلمين.

ولا من الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية حرمت التبني بقوله تعالى: (ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً) صدق الله العظيم (الآية رقم ٥) من سورة الأحزاب) وعليه فإن الدول التي يعتبر الدين الإسلامي من النظام العام فيها لا تعترف بالتبني ولا تجيزه. ومما يلفت الانتباه أن قانون كل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية يختلف عن قانون الولايات الأخرى بالنسبة لإصدار أمر التبني والشروط المعتمدة لديها ، وكذلك الآثار المترتبة على رابطة التبني وخاصة حق الطفل المتبني بالإرث ومقدار حصته وشروط استحقاقها. كما أن هنالك تقسيمين للتبني ، (المنصف ، أو التبني بحكم الواقع) ، (والتبني القانوني) الذي يقام أمام الجهات القضائية فهذه التقسيمات أدت إلى مشكلة أمام المحاكم الأمريكية ؛ لأنها قد تجيز محاكم بعض الولايات إرث المتبني بحكم الواقع وقد لا تجيزه ولايات أخرى. كما وأن هناك إشكالية أخرى تتعلق بمدى إجازة إرث الابن المتبني من أبويه الأصليين ، ففي بعض الأنظمة الأمريكية - قد لا يرث من الأبوين الطبيعيين- (الأصليين)- للابن؛ حيث تنكر هذه القوانين الإرث لهذا الإبن ، لعدم تسامح إجراءات المواريث القضائية لابن المتبني أن يرث من قريب أبويه الأصليين في بعض الولايات ، ولتوضيح ذلك نسوق هذا المثال :-

(في عام ١٩٦٠ تم تبني أليس في ولاية نيويورك من قبل زوج أمها (وأمها الأصلية) وفي عام ١٩٦٥ توفي العم الأكبر لأليس قريبها من جهة والدها والمتوطن في ولاية (نبراسكا) دون أن يوصي تاركاً أموالاً منقولة وغير منقولة في الولاية نبرسكا ، ونشب نزاع يتعلق بحق أليس في تقاسم تركة العم بوب جو . وبموجب قانون الولاية (نيويورك) منذ عام ١٩٦٠ لتاريخه ، فإن الإبن بالتبني يحتفظ بالحق في أن يرث من ،ومن خلال الأبوين الأصليين للابن ، وبموجب قانون الولاية (نبراسكا) لغاية عام ١٩٦٤ سادت نفس القاعدة ، إلا أنه وفي عام ١٩٦٤ سنت ولاية نبراسكا تشريعاً يحرم على الإبن بالتبني الحق في أن يرث من ومن خلال أبويه الطبيعيين ، وفي نفس الوقت نص المشرع في الولاية (نبراسكا) أن الإبن المتبني يمكن

أن يرث من ومن خلال الوالدين بالتبني ، كما لو كانوا أبناء طبيعيين لهؤلاء الآباء ، فالتساؤل المطروح هنا هل يمكن لأليس بموجب إجراءات المواريث القضائية في الولاية (نبراسكا) أن ترث من عمها الأكبر ؟ وما هي النتيجة إذا لم يكن بإمكان أليس أن ترث من ومن خلال والديها الطبيعيين حسب قانون الولاية (×) ولكن حسب قانون الولاية (نبراسكا) يمكن لها أن ترث . (..... (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK Chapter(10),p10-10

وقد لا تورث بعض الولايات الأبن المتبني متى كان للأب المتبني ابن شرعي من صلبه أو كان يتجاوز سناً معيناً حيث يبطل التبني وآثاره وهذا ما يتمثل في قضية مشهورة نظرت أمام محكمة ولاية x وتتلخص في الآتي:-

((تم في اليونان في عام ١٩٦٢ من قبل بوب وهو أرمل عمره ٤٥ عاماً متوطن في ولاية (×) --- ، تبني أليس وهي فتاة عمرها ١١ عاماً ، بموجب إجراءات قضائية تمت في اليونان بعد موافقة والدي أليس الأصليين - وهم أصدقاء قدامى لبوب - على التبني . ومع ذلك أي بعد إنشاء التبني استمرت أليس بالإقامة مع والديها الأصليين ولمدة ستة أشهر بعد أمر التبني ، وبعدها انضمت إلى بوب (أب بالتبني) - وزوجته الجديدة (كلاريس) في الولايات المتحدة الأمريكية وعاشت مع بوب وكلاريس حتى وفاة بوب بعد سبع سنوات في الولاية (×)؛ حيث نشب نزاع بين أليس و ديف الإبن الأصلي الوحيد والشرعي لبوب من زوجته السابقة المتوفاة؛ حول حق أليس في التقاسم معه للحق بما يفضل من الشركة (×) التي كان بوب سيأخذ - حقاً مدى الحياة وما يفضل عنها يذهب إلى أبناء بوب الذين يعيشون بعد والدهم علماً بأن الشركة تأسست عام ١٩٤٩ بعد وقت قصير من مولد ديف ، وطعن ديف في حق أليس على أساس أن المحكمة اليونانية كانت تفتقر إلى اختصاص بمنح الأمر بالتبني ، الأب بوب قصر في تلبية الشرط القانوني القاضي بأن لا يكون للوالد بالتبني أي مولود حي من صلبه إن كان يتجاوز الخمسين من عمره فلا يحق له تبني أي طفل.

لا يجيز قانون الولاية (×) إلا أن تعيش أليس مع بوب مباشرة بعد أمر التبني دون إنتظار مدة ستة أشهر حتى تنتقل إليه وهو شرط يسبق أية صلاحية للتبني في الولاية (×)

وبالتالي الأمر اليوناني كان باطلاً. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK, Chapter(10),p10-7)

ج- لتفويض قصد المؤمن ؛ فإن عبارات (الأبناء الذين يعيشون بعد والديهم) ينبغي أن تفسر لتعني الأبناء الطبيعيين وفي أية إجراءات قضائية في الولاية (×)، هل يمكن رد دعوى أليس بالحق ؟ وهل يملك التعامل مع أمر التبني اليوناني بشكل مختلف عن أي أمر من إحدى

الولايات الشقيقة لـ (×) ؟ (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK Chapter(10),p10-7,p10-8))

أما بالنسبة للشروط الشكلية فإن هناك حكماً لمحكمة الاستئناف للولايات المتحدة - حكم قاضي المحكمة الدورية - جدير بنا تناوله هنا لبيان ما إذا كان التبني بحكم الواقع - أي غير القانوني - يرتب النتائج القانونية للإبن المتبني بالنسبة للولاية التي تم التبني بها وكذلك ما هو أثر الحكم - الذي يمكن أن يعطى في هذه القضية لمطالبة المتبني في لويزيانا التي يزعم امتلاكها من قبل والديه بالتبني . وما هو مدى إرثه.^{٥١}

^{٥١} - وقائع الدعوى . kuchenig v . California co . United states court of appeals 410 f.2d 222 (5th) cir . 1969

في عام ١٩١٢ اتخذ مارتين كوشينغ وزوجته ماري را جاس (كوشينغ) من سانت لويس - ميسوري - ، في بيتهما طفلاً عمره شهران ، واسمياه فريد كوشينغ ، وربياه كابن لهما ... نظمت عائلة كوشينغ ((سند تبني)) وصورة عنها في السجل ، وذكرت شروط السند أن والديه الجدد تبنيه ((وبشكل كامل بحسب ما يخولهم القانون القيام به)) ولم يتم تسجيل السند بحسب اعترافهم كما يشترط قانون ميسوري ، توفي مارتين كوشينغ في ١/٨/١٩٤٨ وتوفيت زوجته في ١٦/٩/١٩٥٧ تاركة فريد كوشينغ وريثهما الوحيد ، حيث نشب نزاع يتعلق بحقه بشركة كاليفورنيا . (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-3)

ان الدعوى تقوم على ملكيته المزعومة من خلال وراثته لمارتن كوشينغ وبينما كانت الدعوى منظورة ، حصل فريد كوشينغ على حكم من جانب واحد فقط من محكمة - سانت لويس الدورية في ميسوري، (قسم العدالة المطلقة ؛ معلنة إياه الإبن المتبني لمارتن وماريا كوشينغ)) ولم تطعن كاليفورنيا في هذا الحكم بشكل غير مباشر .

ان كوشينغ يستفيد بشكل كامل من حكم العدالة المطلقة ولكنه يجادل كذلك أنه لا يضيف أو ينتقص من حقه في إثبات العقد المبرم لوالديه بالتبني في تنبيهه . ويدعي أنه بموجب قانون ميسوري كانت له الحقوق التي يجب أن يرثها الإبن المتبني شرعياً من أبويه بالتبني وتدعى كاليفورنيا - شركة مدعى عليها - أن كوشينغ لم يكن يتبني بشكل قانوني (في نطاق مدلول المادة ، ١ & ٤ من دستور

لويزيانا)) . (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-3)

(إن قانون ميسوري ، باعتباره قانون ولاية الموطن بحكم القانون فيما يتعلق بحالة كوشينغ - ابن بالتبني أم لا - . أما قانون لويزيانا التي توجد لها الأملاك تحكم أيلولة الأرض ، وللمحكمة الصلاحية باختيار القانون الواجب التطبيق لأية ولاية ---- علماً بأن وراثة الأموال العقارية تتحدد في قانون محل الأرض. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-3)) فمكان موقع العقار أو المال قد يكون له أثر بإمكانية ميراث الإبن بالتبني بحكم الواقع ، أو القانوني من عدمها .

واتفقت المحكمة المحلية مع المشتكى عليهم ومنحت حكماً مستعجلاً لصالح كاليفورنيا ، علماً بأنه تقدم القوم بالنسبة للقانون واجب التطبيق قبل قليل .

(ولقد نصت المادة ١٦ & ٤ من دستور لويزيان لعام ١٩٢١ السارية في وقت وفاة مارتن كوشينغ أن "الأبناء الذين تم تبنيهم بشكل قانوني ستكون لهم نفس الحقوق في وراثة الأشخاص الذين تبنوهم، كأبناء وورثة شرعيين ، وتنفذ المادة ٢١٤ من القوانين المدنية للويزيانا الأمر الدستوري بإعلانها أن ((الشخص المتبني يعتبر بالنسبة لكافة الغايات إبناً شرعياً ووريثاً شرعياً

لوالده أو والديه بالتبني)) (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-4) وتتبع ولاية لويزيانا القاعدة العامة أن حالة المتبني ستعترف بها محاكم

ولاية محل الأرض لغايات الوراثة بموجب أحكام قانون المحل ، إلا إذا كان التبني ينتهك السياسة العامة للولاية . (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS

AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-4)

وبالنتيجة ترى المحكمة وحسب أفضل قدرة محددة لدينا وكقضاة في لويزيانا، كما يجب أن تكون بموجب **Eric** ، نستنتج أن فريد كوشينغ مخول لكل حق في أرض لويزيانا المملوكة لوالديه بالتبني ، بحيث إن الشخص (المتبني قانونياً) قد يكون قادراً على ادعائها بموجب قانون لويزيانا ، ولن هذا القرار بدون الاخلاق بحق كاليفورنيا ، أو ولاية لويزيانا ، أو أي طرف معني في أن يبين أن فريد كوشينغ لم يكن في ولاية متبني أو أن أمر التبني ((الانصافي)) ليس له أثر للأسباب التي لم يتم تقديمها إلى حد الآن في هذه الإجراءات.

إننا ننقض حكم المحكمة المحلية ونرد الدعوى من أجل إجراءات تتسق مع هذا الرأي .

(DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-7)

ومن خلال ما تقدم ، نرى بأن محاكم لويزيانا أعطت أثراً لحالة اللامقيم كمتبني والتي لم يكن ممكناً منحها لأي مقيم – بسبب السياسة العامة القوية فمن الصعب أن فهم كيف أن الاعتراف بحالة كوشينغ كمتبني إنصافي أو بحكم الواقع يمكن أن ينتهك السياسة العامة للولاية.

إن تساهل محاكم لويزيانا في إعطاء الأثر للحالة الناشئة أجنبياً هو تساهل (دائم) .

(DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-6)

يشترط قانون تكساس أن تتم الموافقة الخطية من قبل الأب الأصلي ، إلا إذا لم يكن الأب

قد ساهم بشكل جوهري في نفقة الطفل طوال سنتين ، بما يتناسب مع قدرته المالية (DAVID

H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(10),p10-1)

ثانياً:-القانون واجب التطبيق على تركة متعدد الجنسية وعديمها لا بد للباحث أن يشير إلى

أن مسألة تنازع الجنسيات^{٥٢} الإيجابي^{٥٣} والسلبى^{٥٤} تعرض في هذه الدراسة على قاضي الموضوع

بوصفها مسألة أولية تابعة لمسألة أصلية معروضة عليه- وهي مسألة تحديد القانون واجب

التطبيق على تركة المورث الأجنبي-؛ حيث يتم من خلال المسألة الأولية تفضيل جنسية واحدة

من بين الجنسيات المتزاحمة؛ فهي لا تعني حسماً لمسألة تنازع الجنسيات ،أو وقاية منها ؛ بل

ترجيح إحدى جنسيات المورث للفصل في مسألة محددة مثارة أمامه (بنفس المعنى مناوور ابو

الغنم، بحث بعنوان (القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات) دراسة مقارنة، مجلة نقابة

^{٥٢} - لا يوجد تنازع للجنسيات بمعنى الكلمة ، ولكن يقصد بذلك (أن هنالك تزام بين قوانين الجنسيات كل منها قابل للتطبيق على النزاع المعروض ، ولكن القاضي هو الذي يفضل إحدى الجنسيات على ما سواها ، لذا نميل إلى إستخدام مصطلح التزاحم للدلالة على هذا المصطلح؛ كما لا يثير تنازعا بين قوانين الدول التي يتمتع أو لا يتمتع بجنسيتها ، بالمعنى الإصطلاحي لمفهوم عبارة تزام القوانين في القانون الدولي الخاص ، ذلك لأن تنازع القوانين يجر إلى إختيار القانون الواجب التطبيق على مركز قانوني معين من بين قوانين دول مختلفة .

^{٥٣} - يعد مصطلح تعدد الجنسيات من أكثر المصطلحات دقة وشمولاً لظاهرة التعدد من مصطلح ازدواج الجنسية، لأن المصطلح الأخير قاصراً على جنسيتين لا أكثر مع أنه من الناحية الواقعية قد يكون للشخص ثلاث جنسيات أو أكثر لهذا يرى الباحث أن مصطلح ازدواج الجنسية لا يحمل بين طياته أكثر من جنسيتين.

^{٥٤} - يعد تنازع الجنسيات السلبى أو إنعدام الجنسية من اقل الحالات حدوثاً على الصعيد العملي والواقعي ؛ نظراً لأن إكتساب الجنسية وطرقها المختلفة تفرض نفسها على الشخص ؛ ومع ذلك قد يعتبر الشخص عديم الجنسية قانوناً في بعض الأحيان.

المحاميين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦، ص ٣)، أو البحث عن قانون بديل للمورث عديم الجنسية يحكم تركته.

هذا وقد ثار التساؤل ولفترة طويلة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على تركة المتوفى متعدد الجنسيات ، أو عديمها ، في البلدان التي تجعل من قانون الجنسية ضابطاً للإسناد في مادة الإرث والتركات وسائر مسائل الأحوال الشخصية؛ حيث تكمن الصعوبة لدى قاضي الموضوع في إختيار قانون بلاد المتوفى من بين القوانين المتركمة في الحالة التي يكون للمورث أكثر من جنسية ، وكذلك في حالة عدم وجود قانون يحكم إرث المورث عديم الجنسية في التنازع السلبي. (لأهمية الجنسية في المجال الداخلي والدولي راجع ، خالد ، هشام ، اكتساب الجنسية بالميلاد لأب وطني : دراسة مقارنة في قانون الجنسية العربية ، (٢٠٠٠) دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ص ٢٠-٢٢).

ولما كان تنازع الجنسيات الايجابي والسلبي يعتبر نشازا في الحياة العملية ، ويتعارض مع طبيعة الجنسية ، ويقف عقبة أمام القضاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة عليه، متى كان المقصود من هذا القانون جنسية المتوفى ،بالإضافة إلى صعوبة تحديد مدى اختصاص هذا القضاء طبقاً لمعيار الجنسية؛(أنظر ،الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية ،دراسة مقارنة ، ٢٠١١ ، ص ٢٧٢) فإن هذه الدراسة ستبين لنا القانون الواجب التطبيق على تركة المورث متعدد الجنسية ، وتركة عديم الجنسية، وذلك في قسمين ؛ أتناول في القسم الأول: القانون واجب التطبيق على تركة متعدد الجنسية . أما القسم الثاني : فسوف نسلط الضوء فيه على القانون واجب التطبيق على تركة عديم الجنسية وذلك على التوالي:

ثانياً-القانون واجب التطبيق على تركة المورث متعدد الجنسيات

يحصل التنازع الايجابي للجنسيات أو تعدد الجنسية لدى شخص عندما تدعي دولتان أو أكثر السيادة على شخص واحد وتصر كل واحدة منها على اعتباره من جنسيتها مما يؤدي إلى حصول حالة تعدد الجنسية. إذ قد تتوفر في شخص أسباب التمتع بجنسية أكثر من دولة واحدة، فيجد هذا الشخص نفسه متمتعاً بأكثر من جنسية واحدة وفقاً لأحكام قانون دولتين أو أكثر. (أنظر الداودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في الجنسية، دراسة مقارنة، ط ٢، ١٩٩٧، (د، ن)، ص ٢٠٧)

فتمتع شخص بأكثر من جنسية واحدة وصيرورته وطنياً في أكثر من دولة واحدة هو ما يعني تعدد الجنسية.

ويعرف مصطلح تعدد الجنسية، أو تنازع الجنسيات الايجابي بأنه " وضع قانوني تكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين، أو أكثر؛ بحيث يعتبر قانوناً من رعايا كل دولة يتمتع بجنسيتها، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الجنسيات قد تعددت دون إرادة الشخص، أو كان لإرادته دور في ذلك". (خربوط، مجد الدين، رسالة بعنوان مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٥).

ويمكن لنا أن نعرف تعدد الجنسيات:- بأنه (وضع قانوني يتمتع الشخص بموجبه بأكثر من جنسية في الوقت نفسه؛ بحيث يعد قانوناً من رعايا كل دولة يحمل جنسيتها، بغض النظر عن كيفية إكتساب جنسية هذه الدولة أو تلك).

ولا بد للباحث أن يشير هنا إلى أن أهمية هذه الدراسة تنبع من أن مشكلة تعدد الجنسية ترتب مجموعة من الإشكالات بالنسبة للدولة والفرد معاً؛ لأنها تتنافى مع الأساس الروحي لرابطة الجنسية والتي تتمثل في الشعور والولاء للدولة؛ حيث إن هذا الشعور واحد لا يتجزأ؛ فإنتماء الفرد إلى أكثر من دولة يخل بسلامة توزيع الأفراد في المجتمع الدولي، أضف إلى ذلك إن هذا التعدد يطرح جملة من المشاكل التي قد تثور أمام الجهات الإدارية، أو القضائية، الوطنية منها والدولية، وكذلك الإشكاليات التي تثيرها مشكلة التعدد على صعيد مركز الأجانب. (أنظر، رياض

،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجنبي ،
الطبعة السابعة ، ١٩٩٢ ، ص ١٢٢).

أما بالنسبة لمشكلة التعدد على صعيد تنازع القوانين - وهو محور هذه الدراسة - فتمثل
الصعوبة في تحديد القاضي الناظر في المسألة الإرثية للقانون الشخصي للمورث ، متى كانت
دولة القاضي الناظر في النزاع تجعل من الجنسية ضابطاً للإسناد في مسائل الإرث وسائر
مسائل الأحوال الشخصية، "على اعتبار أن قانون بلاد المورث غير قابل للتعدد والتجزئة ويحتاج
إلى الاستقرار والثبات مما يجب أن يكون القانون الذي يحكمها واحداً بصورة دائمة وبدون
تجزئة". (الداودي ، غالب علي ؛ بحث بعنوان إزدواج الجنسية في القانون الأردني المقارن،
والمنشور في مجلة البلقاء ، المجلد الخامس العدد الثاني لسنة ١٩٩٨ ، ص ٢٢٢).

ومن هذا المنطلق فإن مشكلة تعدد الجنسية تكون عبئاً ثقيلاً على القاضي الذي يطرح
النزاع أمامه، إذ يتوجب عليه حينئذ أن يختار قانون جنسية واحد ، ويفضله على سائر
الجنسيات؛ بإعتباره القانون الشخصي للمورث متعدد الجنسيات ؛ نظراً لاستحالة تطبيق قوانين
مختلف الجنسيات التي ينتمي إليها الشخص في الوقت عينه.(خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد
الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦ ، ص ١٦٨ ؛
مناور ابو الغنم، بحث بعنوان (القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات) دراسة مقارنة،
مجلة نقابة المحامين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦ ، ص ٣.
بنفس المعنى ، رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ،
الجنسية ومركز الأجنبي ، ط ١٩٩٢ ، ص ٧، ١٢٣).

وتزداد الإشكالية تعقيداً في حالة تباين أحكام هذه القوانين ، وتعارضها تعارضاً واضحاً ؛
كأن يثبت قانون إحدى جنسيات المورث حقاً لشخص معين، بينما يففيه عنه القانون
الآخر؛(انظر في ذلك، ، خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية
لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦ ، ص ١٦٩) فمثلاً إذا كان قانون إحدى الدولتين (
الدول)، والتي يحمل جنسيتهما وينتمي إليها المورث (الأب) وقت الوفاة يورث الأبناء غير
الشرعيين؛ في حين أن قانون الدولة (الدول) الأخرى يمنح ميراث مثل هؤلاء الأبناء، فيتعين

على قاضي الموضوع- وهو بصدد تعيين القانون واجب التطبيق- ترجيح أحد القوانين وطرح القوانين الأخرى جانبا؛ نظراً لاستحالة تطبيق أكثر من قانون على هذه المسألة. أخذاً أي (القاضي) في الاعتبار مدى ملاءمة هذا القانون للنظام العام في دولته . كل هذا في الحالة التي لا تكون جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة .

ويتبين لنا من المثال السابق بأن مشكلة التعدد تحمل القاضي عبئاً ثقيلاً في اختيار القانون واجب التطبيق ، وخاصة في الحالة التي تتباين القوانين فيما بينها. فقد رأينا بأن أحد القوانين قد منح الأبناء غير الشرعيين الحق في الإرث من أبيهم، بينما حجب القانون الآخر، مما يجعل عملية الترجيح بين الجنسيات المتزاحمة من أكثر الأمور صعوبة .

(ولا بد أن نشير هنا إلى أن اعتداد القاضي بهذا القانون ، أو ذاك سوف يتحدد في ضوءه مسائل أخرى ، مثل صحة البنوة ، أو بطلانها مع ما يرتبط بها من مسائل أخرى ؛ كالحق في الإرث أو نفيه، وثبوت البنوة أو عدمها، لافتنا النظر إلى اختلاف القانون الذي يحكم الإرث عن القانون الذي يحكم النسب.

كذلك قد تتباين هذه القوانين ليس فقط حول ثبوت الحق ، أو عدمه- كما تبين لنا في المثال السابق- ؛ بل حول مدى هذا الحق، كأن يتعلق الأمر بمسألة إرثية ، وتختلف هذه القوانين المتزاحمة حول الأنصبة الإرثية إلى ما هنالك من مسائل تتعلق بالنظام العام في كل من هذه القوانين). (بنفس المعنى، خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦. رسالته المشار إليها ، ص ١٦٩).

ولما بينا أهمية تفضيل إحدى جنسيات متعدد الجنسية، والصعوبة التي تواجه قاضي الموضوع في عملية الترجيح فما بقي علينا إلا أن نحدد القانون واجب التطبيق على تركه المورث.

ويثار التساؤل حول تحديد القانون الشخصي للمورث متعدد الجنسية من بين القوانين المتزاحمة، وقد وردت بهذا الموضوع حلول تشريعية وفقهية وقضائية.

وسوف يقصر الباحث الحديث حول تحديد معيار لفض تنازع الجنسيات الإيجابي للمورث في مادة الإرث والتركات بالحلول التي جاء بها الفقه والقضاء. في الفرض الذي يكون للمورث عدد من الجنسيات،- سواء أكانت من ضمنها جنسية دولة القاضي أم لا- . وهنا ذهب اتجاهان إلى تحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية .الأول يرى عدم ترجيح أي من الجنسيات (البند الأول) والثاني يرى ترجيح إحدى الجنسيات على الأخرى (البند الثاني).

البند الأول:-عدم جواز تفضيل جنسية على أخرى

ذهب هذا الاتجاه إلى ضرورة التعامل مع الجنسيات المتعددة للشخص بشكل متساو ؛ على أساس أن تفضيل جنسية على أخرى يتنافى مع قواعد القانون الدولي ، كما أن ترجيح إحدى هذه الجنسيات على سواها يتضمن تجاهلاً لتشريع الجنسيات الأخرى المرجوحة ، وهو ما يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الإتفاقي التي تقر بضرورة تسليم كل دولة بتشريع الجنسية في الدول الأخرى وبحقها في تحديد رعاياها. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، رسالته المشار إليها ،ص٢٩٩).
(انظر المادتين الأولى والثانية والثالثة ، من اتفاقية لاهي لسنة ١٩٣٠، مذكور عند ، خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص٢٩٩، و ص ٣٠٠، وأنظر الداودي ،غالب علي ،القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني في الجنسية ،دراسة مقارنة، ط٢ ، ١٩٩٧، (د ن)،ص٢٠٩؛ محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢ ، ص٢١٤).

ويستند هذا الاتجاه إلى أن قواعد الجنسية تعد من القانون العام ، وإعمال قواعد القانون العام الأجنبي من جانب محكمة وطنية يثير مشكلة الاختصاص القضائي، وهذا الاختصاص لا يتوافر لقاضي الدولة الثالثة. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦.رسالته ، ص٣٠٠).

وفضلاً عما تقدم فإنه من غير المناسب ترجيح إحدى الجنسيات على ما سواها ، إذ إن ذلك لا يعد حلاً للمشكلة ذاتها في خصوص مسألة معينة ؛ بل على العكس هو تسليم واعتراف بها ، والدليل على أن المشكلة ستظل قائمة، وبالإضافة إلى ما سبق فإن عملية الترجيح هذه ،

تتباين فيها الحلول من حالة إلى أخرى ؛ نظراً لأنها تستلزم الرجوع إلى عناصر موضوعية ، وأخرى شخصية ، كما أنه قد يلزمها خطر الملاءمات السياسية ؛ كما في حالة وجود معاهدة بين الدولة الثالثة ودولة إحدى هذه الجنسيات. أو كما لو كانت إحدى هذه الجنسيات جنسية دولة معادية. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦. ص ٣٠٠).

وعليه وفي ضوء ما سبق ذكره ، فإن هذا الاتجاه يذهب إلى أن الحل العملي الذي يحقق ما تهدف إليه حججهم ، هو حل الأمر بالطرق الدبلوماسية ؛ تأسيساً على مبدأ تساوي السيادات ، واحترام سيادة جميع الدول المعنية التي قام (التزاحم) بين جنسياتها على حد سواء، وبالتالي عدم إمكان ترجيح إحدى الجنسيات على غيرها بالإستناد إلى رأي واجتهاد قاضي الموضوع. (أنظر الداودي ،غالب علي ،القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني في الجنسية ،دراسة مقارنة، ط٢ ، ١٩٩٧، (د ،ن،ص٢٠٩).

وقد وجهت سهام النقد إلى هذا الاتجاه ؛ على أساس أنه يعيق الحياة القانونية ، وذلك بحرمان متعدديه الجنسية من اللجوء إلى القضاء في كل مرة يكون فيها النزاع المطروح أمام محاكم الدولة الغير ، يثير مسألة تتعلق بالجنسية ، وهو ما قد يؤدي إلى الوقوع في حالة إنكار العدالة. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، رسالته المشار إليها ، ص ٣٠١).

ومن المثالب التي وجهت إلى هذا الاتجاه أيضاً ؛ بأن حل التزاحم بين الجنسيات بالطرق الدبلوماسية سيكون معطلاً للفصل في النزاع متى عرض هذا النزاع بصدد نزاع أصلي يتعلق بالقانون الخاص ، كما لو كان المورث متعدد الجنسية وأريد تحديد القانون الذي يحكم ميراثه مثلاً؛ ففي هذه الحالة لا يثير تنازع الجنسيات أي نزاع دولي. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، رسالته المشار إليها ،ص ٣٠١) (للمزيد من الايضاح حول الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه ، انظر خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦ ، ص ٣٠٠ و٣٠١)

ولا يؤيد الباحث هذا الرأي لعدم سلامته القانونية والواقعية والمنطقية والعملية والعلمية ، كما وأنه لا يعطي حلاً عملية-، وأن أعطى فلا تعد سليمة- لتحديد القانون واجب التطبيق.

لذلك ولعدم عملية هذا الاتجاه على الصعيد العملي ، والواقعي ، والقانوني ؛ وعدم قيام الحجج التي جاء بها أصحاب هذا الرأي على أساس منطقي سليم، ظهر اتجاه يحث القضاة على تفضيل جنسية من بين الجنسيات المتزاحمة ؛ لتحديد القانون واجب التطبيق ، وهذا الاتجاه نتناوله بشيء من التفصيل الآن.

البند الثاني: تفضيل إحدى الجنسيات

ذهب الاتجاه الراجح الذي يؤيده الباحث ، إلى أن على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تفضل واحدة من الجنسيات المتزاحمة ؛ بغية الفصل في المسألة الأصلية المعروضة أمامها . غير أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في أسس ومعايير الترجيح.

ومما هو جدير بالذكر أن هذه المعايير تسودها فكرة أن ترجيح المحكمة لإحدى الجنسيات على غيرها هي من مسائل القانون لا من مسائل الواقع. (انظر خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لم تعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص٣٠٤).

فعلى فرض أن نزاعاً ثار أمام المحاكم الأردنية بشأن نزاع يتعلق بتركة متوفى أجنبي، وكانت له جنسيتان ليست من ضمنها الجنسية الأردنية؛ حيث يلزم في هذه الحالة لزوم الفصل في مركز متعدد الجنسيات ، وتحديد المعاملة القانونية له؛ بغية تعيين القانون واجب التطبيق على تركته طبقاً لقاعدة التنازع الأردنية - والتي تعدد بجنسية المورث وقت الوفاة- فما على القاضي إلا أن يختار إحدى الجنسيات المتراكمة ، كمسألة أولية يتوقف عليها الفصل في المسألة الأصلية ، وهي تحديد القانون الذي يحكم تركة المورث الأجنبي.

وقبل الشروع في تناول المعايير التي قيلت في ترجيح جنسية واحدة من بين الجنسيات المتراكمة ، لا بد للباحث أن يشير إلى أن تحديد قانون الجنسية لم تعدد الجنسيات لا يثير صعوبة في الميدان الدولي ، متى كانت إحدى جنسيات المورث جنسية دولة القاضي ، أو جنسية دولة غير معترف بها في دولة القاضي المعروضة عليه أمر الترجيح ؛ فعلى سبيل المثال إذا

كان النزاع معروضاً على محكمة إيرانية وكان المورث يحمل جنسيتين من بينهما الجنسية الإسرائيلية وجنسية دولة أخرى، فإن المحكمة الإيرانية سوف تستبعد الجنسية الإسرائيلية؛ لعدم اعتراف الجمهورية الإسلامية الإيرانية بالدولة الإسرائيلية ، ولا بجنسيتها وبالنتيجة سيستبعد القاضي الإيراني هذه الجنسية تلقائياً من عملية الترحيح ، ويفضل الجنسية الأخرى في حالة إزدواج الجنسية ، أو المفاضلة بين الجنسيات الأخرى في حالة التعدد.

ونتناول الآن المعايير التي قيلت بتحديد مركز متعدد الجنسيات الأجنبية في النقاط التالية:-

النقطة الأولى:- تحديد الجنسية يرجع إلى اختيار متعدد الجنسية.

النقطة الثانية:- ترجيح الجنسية الأقدم.

النقطة الثالثة:- تفضيل الجنسية اللاحقة.

النقطة الرابعة:- تفضيل جنسية القانون الأقرب إلى قانون القاضي.

النقطة الخامسة:- الاستغناء عن الجنسيات وتفضيل الموطن.

النقطة السادسة:- تطبيق الجنسية الفعلية.

النقطة الأولى: - تحديد الجنسية يرجع إلى اختيار متعدد الجنسية

ذهب رأي إلى أن مسألة الترحيح بين الجنسيات المتركمة هي مسألة شخصية ؛ لذا يجب أن يترك الخيار لمتعدد الجنسيات لاختيار إحدى هذه الجنسيات التي يحملها ، لإتمام المعاملة القانونية على أساسها.

ولا يسلم الباحث مع البعض (أنظر ، خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص٣٠٥) بهذا المعيار ؛ لعدم صحته ودقته من الناحية العلمية والعملية والواقعية؛ فلو أخذنا بهذا المعيار فإن النتائج سوف تكون سلبية ، وخاصة في الفرض الذي يموت فيه المورث قبل أن يفصح عن إرادته بالتعبير عن اختياره لإحدى هذه الجنسيات ، فمن المستحيل في هذا الفرض أن يفصل القاضي في مسألة تفضيل إحدى الجنسيات ، وبالنتيجة عدم القدرة على تحديد القانون الذي يحكم تركة المورث الأجنبي. لذا لا يصلح هذا المعيار للتطبيق وخاصة في ميدان تنازع القوانين في ميدان الإرث.

وفضلاً عن ذلك فإن هناك انتقادات أخرى وجهت إلى هذا المعيار تؤكد على عدم سلامته؛ وبالتالي هدم الحجج التي استند عليها أنصار هذا الرأي، فلا داعي لذكرها هنا. (للمزيد من التفصيل حول هذه الانتقادات راجع خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، وخاصة الصفحات (٣٠٤-٣٠٥).

النقطة الثانية:- ترجيح الجنسية الأقدم .

ذهب اتجاه إلى ضرورة الاعتراف بالجنسية التي حصل عليها الشخص أولاً؛ احتراماً للحقوق المكتسبة. طالما لم تتوافر الشروط اللازمة لفقدائها، أو سقوطها. (للمزيد من التفصيل انظر في ذلك؛ محمد عبد العال، عكاشة، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، مرجع سابق، ص ٢١٧)

ولا يؤيد الباحث هذا الرأي لعدم سلامته من الناحية القانونية، والعملية، والواقعية، كما انه قاصر على بعض الحالات، ولا يغطي الحالات الأخرى.

ولنفترض أن المورث كان متعدد الجنسية، وكان هذا التعدد معاصراً للميلاد، فكيف يستطيع القاضي أن يتبنى بالجنسية السابقة، أو اللاحقة؟. (أضف إلى ذلك بأن تفضيل الجنسية الأقدم - في التعدد اللاحق للميلاد- قد لا تكون هي الجنسية التي كان يعيشها المورث فعلاً قبل الوفاة، ولا يربطه بها واقعياً أدنى ارتباط، بينما قد تكون الجنسية الثانية جنسية قانونية فعلية ويرتبط المورث بها أكثر من غيرها من الجنسيات) (انظر، خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦. رسالته المشار إليها، ص ٣٠٩).

ولا يفوتنا أن نبين أن الأخذ بهذا المعيار، يتعارض مع مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته الذي يوجب الأخذ بالجنسية اللاحقة التي اكتسبها، لأنها تمثل إرادته وحرية في جنسيته. (انظر الداودي، غالب علي؛ بحث بعنوان إزدواج الجنسية في القانون الأردني المقارن، والمنشور في مجلة البلقاء، المجلد الخامس العدد الثاني لسنة ١٩٩٨، ص ٢٢٥).

النقطة الثالثة : تفضيل الجنسية اللاحقة

يرى رأي أن عملية الترحيح وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسية يجب أن تكون على أساس تفضيل الجنسية اللاحقة ، أو الأحدث ؛ لأنها تمثل التعبير الصادق للجنسية التي يرغب فيها متعدد الجنسيات. (انظر، خربوط، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، مرجع سابق، ص ٣٠٩).

ولا يؤيد الباحث هذا الرأي لعدم سلامته ، كما وأنه لا يشمل الحالات والأحوال التي يكتسب فيها الشخص الجنسية الأخيرة ؛ بل هي مقتصرة على حالات محدودة وضيقة ؛ فالمثال الذي سقناه في النقطة الثانية لا يصلح سنداً لأنصار هذا الاتجاه أيضاً؛ لأن التعدد المعاصر للميلاد لا يعتبر تعبيراً صادقاً عن إرادة حقيقية يفضلها على غيرها ، كما وأنه لن يكون في جميع الأحوال جنسية سابقة ، أو لاحقة كما بينا في النقطة الثانية.

النقطة الرابعة : تفضيل جنسية القانون الأقرب إلى قانون القاضي

ذهب أنصار هذا الرأي إلى لزوم تفضيل الجنسية التي تكون أحكامها أكثر اتفاقاً وتقارباً مع أحكام قانون جنسية دولة القاضي.(انظر بنفس المعنى رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجانب ، الطبعة السابعة ، ١٩٩٢، مرجع سابق، ١٢٩) فعلى سبيل المثال إذا كان المورث متعدد الجنسيات، وكانت إحدى هذه الجنسيات قد اكتسبها المورث قبل وفاته وفقاً لمعايير مماثلة للمعايير التي تأخذ بها دولة القاضي؛ فإن هذه الجنسية هي الأولى بالتطبيق وفقاً لأنصار هذا الرأي. ويبدو أن حجة هذا الاتجاه- كما يقول خربوط في رسالته في الصفحة رقم (٣٠٧) :-"تكمن في أن قانون القاضي ينطوي على الأحكام النموذجية إذا ما قورن بغيره من قوانين الدول الأخرى ، وأن القاضي يكون عادة أكثر قدرة على تطبيق القواعد الشبيهة بقواعد قانونه". ولا يؤيد الباحث هذا الرأي ؛ لأنه سيجعل القاضي الناظر في المسألة الإرثية يطبق قانونه على مسألة ترحيح أي من الجنسيات المتركمة ؛ بحجة أن هنالك تشابهاً بين قانونه وأحكام القانون الأجنبي ، فيطبق دائماً قانونه في هذه الفروض. ولكن يثار التساؤل حول عدم قدرة قاضي الموضوع على معرفة أحكام القانون الأجنبي ، أو فهمه وتفسيره ، فعلى فرض التسليم بهذا الرأي فما هو الحل المجدي. وكيف

سيتعرف القاضي في هذا المثال على القانون الأجنبي، ومن ثم الجزم بأن أحكام قانون إحدى الجنسيات متشابهة مع أحكام قانونه؟ هذه التساؤلات ، بالإضافة إلى عدم وجود معيار موضوعي يكفل وحدة الحل ، أو انتظامها في إطار منطقي قانوني سليم ، يقتضي البحث عن معيار آخر؛ لأنه بالفرض هذا ما لا يتحقق حينما يختلف الحل للمسألة المعروضة باختلاف القاضي، أو السلطة المطروح أمامها النزاع. (أنظر ، خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣٠٧ و ص ٣٠٨)

النقطة الخامسة: الاستغناء عن الجنسيات وتفضيل الموطن.

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه وفي الحالة التي يستحيل على القاضي التفضيل بين الجنسيات المتراكمة ، فإن الأمر يستلزم الأخذ بالموطن كأساس لبيان القانون واجب التطبيق على المسألة الأصلية المعروضة على المحكمة ، وخاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية. (للمزيد من التفصيل ، أنظر ، الداودي ، غالب علي ، القانون الدولي الخاص، الجنسية دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠١١ ، ص ٢٧٥)

ويؤسس هذا الرأي حججه بأن التوطن ، أو الإقامة في واحدة من الدول التي يحمل الشخص جنسيته دليلاً واضحاً على التعبير الصادق عن إختيار الشخص لهذه الجنسية من الناحية الفعلية والواقعية، كما وأن للشخص الحق في تغيير جنسيته، هذا في حالة غياب الموطن، أما في حالة وجود موطن فلا بد من إحلال الموطن بدلاً من الجنسية. (للمزيد راجع خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦ ، ص ٣١٢ ؛ رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛ الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجانب ، الطبعة السابعة ، ١٣٢، ١٩٩٢). وفي هذا السياق ذهبت محكمة مرسيليا في قضية (ماراش) والذي كان مزدوج الجنسية بشأن تحديد القانون الذي يحكم تركته؛ حيث واجه قضاة الموضوع صعوبة في عملية تفضيل إحدى جنسيات المورث على الأخرى في موضوع تركة المواطن العثماني المولد ، والذي تجنس بالجنسية البريطانية ، وتوفي في مرسيليا ، حيث كان كل من القانون البريطاني والقانون العثماني يتنافسان في هذه القضية.

وأمام هذه الصعوبة فقد وجدت المحكمة نفسها مضطرة إلى تطبيق القانون الفرنسي على تركة المتوفى بوصفه قانون الموطن. حيث جاء في حيثيات هذا القرار ،....." وحيث إنه يوجد تنازع حقيقي ما بين القانون الإنجليزي والذي لا يشترط مبدئياً فقدان الجنسية السابقة كشرط للتجنيس بالجنسية البريطانية، وبين القانون العثماني الذي يقر بالتجنيس في الخارج لرعاياه العثمانيين شريطة تصريح مسبق من قبل الحكومة . وحيث إن التنازع ما بين القانونين الأجبيين لا يهم المحاكم الفرنسية بشيء، وبما أن هذه المحاكم عندما تكون ناظرة في صعوبة ترتبط بتطبيق قانونين متعارضين، فإنه لا يمكنها الانتقاص من مهمتها ورفض الإدلاء بحل، وبما أنه في حالة إستحالة إجراء خيار بين قانونين لا يمكن تطبيقهما معاً.... لذلك فإن القاضي أن ينطلق في قراره من قانون الموطن ، والأمن قانون محل الإقامة، وحيث إن (ماراش) لم يكن مقيماً في تركيا وبما أنه لا يمكن اعتباره محافظاً على موطنه في انكلترا فمن غير المؤكد أنه في حالة وفاته كان في فرنسا وأن حالة جنسيته غير مؤكده، لذلك فإن القانون الفرنسي - وهو قانون مكان الإقامة - ينبغي أن يخضع له أمر التركة. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، رسالته المشار إليها، ص٣١٢، الحواشي).

كما قضت محكمة استئناف جبل لبنان(القرار رقم ١٨٧- مجلة العدل-نفابة المحامين ،لبنان، ١٩٧١، ص٣٥٦.مذكور لدى مجدي خربوط رسالته المشار إليها ،ص٣١٣) في حكم لها بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢٩ إلى أن الجنسية الأكثر فعالية يستدل عليها من النشاطات العملية التي مارسها المتوفى أبان حياته، وفي حالة عدم إمكانية استنباطها استقر الاجتهاد على اعتبار الجنسيتين الأجنبيةتين - في مثل هكذا وضع تنهاران لعدم تطبيق قانونهما معاً. ويتوجب تطبيق قانون محل إقامة المتوفى على تركته وتوزيع إرثه. (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣١٣، الحواشي).

ويؤيد الباحث الذين لم يأخذوا بذلك الرأي كالدكتور مجد الدين خربوط (انظر ، خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣١٣، ص٣١٤) ؛ لعدم دقته وشموله جميع الحالات ، بل مقتصرًا على الحالة

التي يتبين للمحكمة الناظرة في المسألة الإرثية أن المورث كان مرتبطاً بجنسية الدولة التي يتوطن على إقليمها، ذلك أن هذا الرأي ، وغيره من الآراء السابقة تسعى للبحث عن حل لمشكلة تعدد الجنسيات ، وتفضيل جنسية واحدة على ما سواها من الجنسيات، وأن كنا نميل إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي كان يتمتع المورث بجنسيتها ، ويتوطن على إقليمها؛ بخلاف الأمر بالنسبة للحالات الأخرى التي يصعب التسليم بإحلال قانون الموطن بدلاً من الجنسية ؛ لأن الموضوع كما ذكرنا هو تفضيل قانون الجنسية الأكثر ملاءمة للتطبيق وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات. أضف إلى ذلك بأن هذا الرأي وإن كان يتفق إلى حد ما مع الحالة التي يتوطن فيها متعدد الجنسيات في إحدى الدول التي يحمل جنسيتها - كما ذكرنا - ؛ إلا أنه في الفروض الأخرى يستبعد هذا الرأي تحديد جنسية معينة ، ويذهب لإعمال قانون الموطن بدلاً منه ، وهذا ما لا يتفق مع قوانين الدول التي تأخذ بقانون الجنسية كضابط للإسناد في مادة الإرث والوصية وسائر مسائل الأحوال الشخصية - بخلاف الأمر لو أن القانون الشخصي للمورث كان يتحدد - بدولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية - بقانون الموطن، فإنه وفي هذا الفرض لن تكن هنالك إشكالية تذكر من الأساس. لذا نرى ترجيح جنسية دولة المتوفى التي كان يتوطن فيها ويدين بدينها في مادة الإرث والتركات ، أما في حال عدم توطن المورث في أية من الدول الذي يحمل جنسيتها فإننا نؤيد الأخذ بالجنسية الفعلية على التوضيح الذي سنتناوله في النقطة التالية.

النقطة السادسة: تطبيق الجنسية الفعلية.

الجنسية الفعلية هي جنسية الدولة التي عاش فيها الفرد واكتسب عاداتها وتقاليدها وقام بالنشاطات والحقوق التابع لها ، وتحمل الالتزامات المفروضة عليه من قبل الجماعة، حيث يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع ، وليس في ميدان القانون، ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات (المتزاحمة) على الأخرى. (انظر ، خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣٣٤) ويتعبير آخر هي الجنسية التي يحددها قاضي الموضوع من خلال منظور واقعي مستمد من مؤشرات كان يمارس المورث أعماله ، وعاش عادات هذه الدولة وكان ينتمي إلى ديانة ، أو يتكلم لغة هذه الدولة.

ومما هو جدير بالإشارة إلى أن مفهوم الجنسية الفعلية يحمل بين طياته أكثر من معنى، ولهذا التباين الأثر الواضح في صعوبة البحث عن القانون واجب التطبيق؛ بسبب غموض معايير الجنسية الفعلية المتغيرة من دولة إلى أخرى. أضف إلى ذلك إن هذا المفهوم قد يجعل من تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة عقبة كبيرة تواجه الفقه والقضاء على ما سوف نراه بمثال بعد قليل. (للمزيد حول غموض الجنسية الفعلية، أنظر، رسالة خربوط، ص ٣٢٤)

وبداية سنكتفي في هذه الدراسة بالتعرض إلى ما تناوله القضاء من أحكام تبين المعايير التي استند إليها هذا القضاء لحسم مسألة الترحيح بين الجنسيات الأجنبية وتحديد المعاملة القانونية للمورث متعدد الجنسيات. (للمزيد من التفصيل حول ما ذهب إليه الفقه اللبناني، أنظر أبو طالب، صوفي، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني، الجزء الأول، ١٩٧٢ ص ٣٦٦ وما بعدها).

وقد قضت محكمة السين المدنية الفرنسية في قضية ((تتلخص وقائعها حول تركة المتوفى فارس والذي يحمل جنسيتين، الانجليزية والتركية، وبهدف الترحيح بين هذه الجنسيات لجأت المحكمة إلى دراسة حالة هذا المتوفى،^{٥٥}..... وبالنتيجة خلصت هذه المحكمة إلى أنه إضافة إلى الصفة القانونية فقد كان يتمتع المتوفى بحالة انجليزية، مع العلم أن المحاكم التي نظرت في القضية لم تول أهمية لأمر مهم، وهو أن هذا الشخص كان قد ترك الدين المسيحي واعتنق الإسلام. وهو الأمر الذي كان سيختلف الحكم معه، فيما لو كانت القضية قد عرضت على قضاء دولة تطبق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية على ما نعتقد مع من كان رأيهم في ذلك)). (خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، خربوط، ص ٣١٧)

علماً أن المحكمة كانت تبحث في هذه القضية عن القانون الوطني للمتوفى الذي يحكم أهلية الوصية، وانتقال الأموال بالإرث.

^{٥٥} (معلنة أنه لا مجال للوقوف إلا على النوايا الظاهرة لهذا المتوفى والمتعلقة بجنسيته، وفي هذا المعنى ارتأت هذه المحكمة ومحكمة الاستئناف فيما بعد أن الشخص المعني قد سلم جوازات سفر بريطانية وكان قد طلب من السلطات الانجليزية شهادة بالتجنيس كما قدم إلى لندن للإقامة فيها وربما أنه تبنى العادات الانجليزية وعاش فترة من الزمن ثم انتقل إلى سان ريمو، باعتباره انجليزياً ذو لغة انجليزية ومن ثم لم يتنازل عن الجنسية الانجليزية. رسالة خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣١٧).

وقد أخذت بهذا المبدأ أيضاً محكمة التمييز اللبنانية^{٥٦} حيث قالت: (للمحكمة في حالة تنازع جنسيتين أجنبيتين أن تأخذ في معرض المفاضلة بينها، وبالتالي يبدو من واقع الحال أن الشخص المعني قد تصرف وفقاً لها في حياته العملية، وبما أن تحديد هذه الجنسية الفعلية المستند إلى ظروف واقعية يعود إلى تقدير محكمة الموضوع المطلق، ولا يخضع إلى رقابة محكمة التمييز، وبما أن محكمة الاستئناف عندما استخلصت من كون المتوفاة التي كانت رومانية، قد اختارت أخيراً الجنسية الأمريكية، وتزوجت من أمريكي، وأقامت في أمريكا حيث توفيت، فإن جنسيتها الفعلية عند وفاتها كانت الجنسية الأمريكية، وقد مارست حقها المطلق في تقدير الوقائع). (انظر، خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣١٩ و٣٢٠).

وفي هذا السياق أيضاً قضت محكمة مغربية في القرار رقم (٩٠٤) تاريخ ١٣/٤/١٩٨٩ بشأن مسألة أولية تتعلق بترجيح الجنسية الفعلية، لتحديد القانون واجب التطبيق على تركة شخص إسباني - (المسألة الأصلية) - ولد في إسبانيا عام ١٨٦٩، وتجنس بالجنسية الكويتية بعد أن غير اسمه وقد توفي في المغرب حيث محل افتتاح التركة... وقد جاء في حيثيات الحكم (أن الجنسية الفعلية هي الجنسية الكويتية وهي ما تشير إلى رغبته من مجمل وقائع الحال التي كان يمارسها الهالك (المتوفى) في الارتباط بالدولة الكويتية....

ولهذا رأيت المحكمة أن ثمة رابطة فعلية بين السيد فلورانسو الذي أصبح اسمه دومينكو، والدولة الكويتية تجعل الجنسية الكويتية هي الجنسية الفعلية، ويكون القانون الكويتي هو الواجب التطبيق). (عبود، موسى، (١٩٩٤)، الوجيز في القانون الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، الطبعة الأولى. ص ١٣٨-١٤٣؛ خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣٢٠).

^{٥٦} (بالقرار رقم (١٢١) - الغرفة المدنية الأولى تاريخ ١٩٦٨/٧/٣) خربوط، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣١٧).

ومما هو جدير بالذكر أن مشرعنا الأردني قد ترك الخيار للقاضي في أن يختار إحدى هذه الجنسيات بناء على تقديره الشخصي. (المادة السادسة والعشرون من القانون المدني الأردني)^{٥٧} ولكن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني قد أخذت بالجنسية الفعلية في هذه الحالة. (انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، ١٩٧٧، ص٥٣).

فإذا ثار نزاع أمام المحكمة الأردنية يتعلق بشأن تركة متوفى متعدد الجنسية وكان على المحكمة الأردنية لزوم الفصل في مركز متعدد الجنسيات؛ بغية تعيين القانون واجب التطبيق على تركة المورث الأجنبي طبقاً لقاعدة الإسناد الأردنية التي تعدد بجنسية المورث وقت الوفاة ، فما على القاضي الأردني وبناء على تقديره الشخصي ، إلا أن يختار إحدى هذه الجنسيات الأكثر موافقة وملاءمة لحياة المورث ، والتي كان يعيش في كنفها ؛ بحيث تتساوى جميع الجنسيات في عملية الترحيح ودون الاعتداد بأن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المرجحة ، وأن كنا نميل إلى تطبيق جنسية الدولة التي يحمل المورث ديانتها في مسائل الإرث والتركات.

وإذا كانت الجنسية الفعلية قد لقيت ترحيباً لدى الفقه والقضاء، إلا أن عدم وضوح عناصرها ووجود أكثر من مفهوم لها سوف يكون مبعثاً لوجود نوع من عدم الأمان القانوني ، لتباين الدول فيما بينها في تقديرها لمفهوم أو لفكرة الجنسية الفعلية ، أو الواقعية؛ مما قد يولد اختلافاً في تقدير الحل بحسب ما إذا ثار النزاع أمام محاكم هذه الدولة أو تلك- مما تترتب على هذا التباين إشكالات وعقبات تتعلق بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية (انظر ، محمد عبد العال ؛ عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٢، ص ١٨٤، للمزيد من التفصيل ، انظر خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص٣٢٤)؛ نظراً لاختلاف الأسس التي تعتمدها المحاكم في تحديد مفهوم الجنسية الفعلية من دولة إلى أخرى.

^{٥٧} لقد نصت هذه المادة على ما يلي : " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية و جنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه".

ولتوضيح ذلك سوف نسوق المثال التالي ليوضح مثالب الأخذ بالجنسية الفعلية من الناحية العملية.

إذا كان المورث (ع) يحمل الجنسيين الأردنية والتركية في الوقت نفسه - عند وفاته - وقدّر القاضي الأردني وهو بصدد تحديد القانون الذي يحكم تركة المورث (ع) أن الجنسية الأردنية هي الجنسية الفعلية، بناء على معايير الجنسية الفعلية في دولته ، - من دون النظر أن جنسية دولته من بين الجنسيات المتزاحمة- ، بينما قدر القاضي التركي أن جنسية دولته هي الجنسية الفعلية، فإن هذا التباين في النظر سوف يقف عقبة أمام تنفيذ حكم حصر الإرث الصادر عن القضاء الأردني في تركيا والعكس صحيح. (انظر وقارن ذلك بمثال، ؛ محمد عبد العال ؛ عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ٢٠٠٢، ١، ص ١٨٤) كما ويمكن أن تكون هنالك صعوبة أخرى بتنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي أمام المحاكم الوطنية أن كان لها اختصاص مباشر بنظر هذا النزاع ؛ لوجود ضابط يعقد الاختصاص للمحاكم الأردنية، قائم على معيار الجنسية ، وبالنتيجة عدم إمكانية تنفيذ هذا الحكم لدى القضاء الأردني لصدوره من محاكم أجنبية ، واختصاص المحاكم الأردنية بالنزاع الأصلي. على ما سبق توضيحه بالفصل الثاني.

ومن المثالب أيضا التي وجهها الفقه إلى هذا الرأي ، أن اعتماد الجنسية الفعلية يمكن أن تتولد عنه نتائج غير مقبولة في دولة الجنسية الأصلية ، فعلى سبيل المثال ، إذ قام المورث الفرنسي بالهجرة - قبيل الوفاة - إلى دولة إسلامية كإيران؛ حيث عمل ، ويحدث أن يحصل على جنسية هذه الدولة من غير أن يتخلى عن جنسيته الأولى. فإن حدث وطرح أمر تحديد معاملة متعدد الجنسيات على قضاء دولة ثالثة تأخذ محاكمها بالجنسية الفعلية فإن ذلك سيؤدي إلى خضوع تركة هذا الشخص الفرنسي التبعية إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعكس يصح. (قارن ذلك بمثال خربوط ، مجد الدين، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣٣٥). ومع كل هذه المثالب فإننا نؤيد الأخذ بالجنسية الفعلية -إن كانت مقترنة بالقانون الديني للمورث - لتحديد مركز المورث متعدد الجنسيات في المسائل المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم تركة المورث ، ووصيته فقط ، متى

كان المعيار المعول عليه حول تحديد مفهوم الجنسية الفعلية مستمداً من منظور واقعي ؛ كأن يكون المورث يتوطن في هذه الدولة ، ويمارس نشاطاته السياسية، والاقتصادية ، والاجتماعية فيها ويدين بدينها؛ حيث يكون القانون الديني للمورث هنا، بمثابة القانون الذي يحكم تركته في حالة إن كانت الديانة من الديانات الموجودة في الدولة التي يحمل المورث جنسيتها ؛ لأن تطبيق القانون الديني ، أو قانون الملة في موضوعي الميراث والوصية ، يحقق الأمان والإستقرار في المراكز القانونية للورثة، كما وأن الأخذ به يؤدي إلى تجاوز الصعوبات التي توقع الورثة في مشاكل نتيجة التعارض بين قانون الجنسية وقانون الملة. فضلا عن ذلك فإن تحديد مفهوم الجنسية الفعلية بناء على مقومات القانون الديني للمورث، يؤدي إلى وحدة الحلول وعدم تضاربها، فلو سلمنا جدلاً بأن الجنسية الفعلية هي الجنسية التي يرتبط بها المورث أكثر من سواها من الجنسيات الأخرى ، وعاش في كنفها واقتبس عاداتها وتقاليدها ولغتها وربما دينها، فإننا نرى بأن العقيدة الدينية للشخص لا تقل أهمية – بل تزد- عن ولاء الشخص لدولة ما ، وإتخاذه من الأخيرة التبعية الواقعية، فالعقيدة في وجهة نظرنا أسمى من الولاء بالجنسية للدولة. زد على ذلك بأن مسائل الميراث والوصية في أغلب قوانين الدول مستمدة من أصول دينية تم تقنينها في قوانين تعالج المشاكل المترتبة على النزاعات المرتبطة بالميراث ،والوصية وسائر مسائل الأحوال الشخصية ، وحسب ملة الطوائف الموجودة في هذه الدولة أو تلك.مما سيؤدي إلى تطبيق قانون الأحوال الشخصية في البلد الذي يحمل المورث جنسيته والذي أشارت إليه قاعدة التنازع.

كما وأن تحديد القانون الواجب التطبيق للمورث متعدد الجنسية بأحد قوانين الجنسيات ستحدد في ضوءه مسائل أخرى مثل صحة البتوة، أو بطلانها وبالتالي انتفاء سبب الإرث او تثبيت حق أو نفيه ، أو أن قانون إحدى الجنسيات يحرم بعض الورثة ، أو يختلف بمقدار حصته من التركة، وبالتالي عدم تحقيق العدل بين الورثة ، بخلاف تطبيق القانون الديني الذي يؤدي – في وجهة نظر الباحث- إلى تحقيق العدل بين الورثة، كما ويؤدي إلى وحدة القانون الذي يحكم التركة، وبالتالي فإننا نرى بأن القانون الديني المقتبس من تشريع سماوي في الدولة التي يحمل المورث جنسيتها يحقق المزايا المترتبة على تطبيق قانون واحد على الميراث.

ويدعم ما ذهب إليه هذا البحث ما قاله (خربوط ،مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦) في رسالته بالصفحة (٣١٧) - وبالمثال الذي تناولناه سابقاً حول تركة المورث (فارس) - حول تفضيل الجنسية الفعلية "أنه أي المتوفى فارس كان بالإضافة إلى الصفة القانونية يتمتع بحالة إنجليزية مع العلم بأن المحاكم التي نظرت في الوصية ، لم تول أهمية لأمر مهم ،وهو أن هذا الشخص كان قد ترك الدين المسيحي واعتنق الاسلام ، وهو الأمر الذي كان سيختلف الحكم معه، فيما لو كانت القضية قد عرضت على قضاء دولة تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية على ما نعتقد".

وفضلاً عما تقدم فإن تطبيق قانون الجنسية الفعلية - في مواد الإرث والتركات- قد يؤدي بالمحكمة النازرة في المسألة الإرثية عند تطبيقها للقانون واجب التطبيق طبقاً لمعيار الجنسية الفعلية للمورث بأن قانون تلك الدولة من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً- (على أساس ديني)- ، أو تعدداً إقليمياً ، مما يعيق قاضي الموضوع في البحث عن الشريعة التي ستحكم التركة ، لافتاً النظر بأن التعدد الشخصي القائم على معيار الدين في الدولة التي أشارت إليها قاعدة التنازع ، سيوصل قاضي الموضوع إلى تطبيق قانون الأحوال الشخصية الذي يحكم ديانة وأحوال الشخصية للمورث وتركته في تلك الدولة. (انظر لاحقاً ص ٢٣٣-٢٤١ من هذه الأطروحة). وبناء عليه فإنه لما كان موضوع الإرث يقوم على تعدد شخصي؛ وعلى أساس ديني مقتبس من أصول دينية ، أو طائفية، فإن المحكمة قد تأخذ عندئذ بقانون الديانة، أو بالطائفة التي ينتمي إليها المورث وقت الوفاة. (للمزيد ،انظر في ذلك ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ١٨١).

وهنا يمكن الاستغناء عن القانون الشخصي للمورث بالقانون الديني في وجهة نظر الباحث لأن تحديد القانون واجب التطبيق بناء على قانون الجنسية - الفعلية وغيرها- قد يؤدي بالقاضي الناظر في المسألة الإرثية إلى صعوبات جمة عند تطبيق ذلك القانون ، وخاصة إذ كان قانون القاضي يقبل بالإحالة متعددة الدرجات. لذا نرى من الأنسب وفي ضوء ما تقدم أن يطبق القاضي قانون الملة ، لأنه الأفضل تطبيقاً والأكثر عدالة في مجال الإرث والتركات ، لذا لا تطبق الدول الإسلامية قانون الجنسية في مجال الإرث والتركات وسائر مسائل الأحوال

الشخصية متى تعلق الأمر بطرف مسلم؛ لاتصاله بالعقيدة والنظام العام فيها ذو الصبغة الإسلامية - وهو ما سوف نفضله لاحقاً. ولا بد من الإشارة هنا بأن وجود اتفاقية دولية نافذة المفعول - بين دولة القاضي ، ودولة أو دول أخرى- تحدد مركز المورث ، أو الشخص متعدد الجنسية ، فستكون لهذه الاتفاقية الأفضلية بالتطبيق وقد تتعارض مع القانون الديني ، والنظام العام في دولة القاضي متى كان المورث يدين بديانة دولة القاضي الراجحة دستورياً، أو يحمل جنسيتها.^{٥٨} أضف إلى ذلك بأن قانون تلك الدولة قد لا يحقق العدالة المنشودة بين الورثة من حيث حصصهم ، لذلك يكون القانون الديني للمورث أكثر عدالة ويتفق مع عقيدة المورث. ولا بد من التنويه إلى أن المورث قد يحمل جنسية دولة معادية لدولة القاضي هنا الفقه توجه إلى إقامة قرينة ضد متعدد الجنسيات تقضي النظر إليه بحذر وارتياح^{٥٩}، ومن ثم الالتفات عن هذه الجنسية . (للمزيد من التفصيل أنظر مناور ابو الغنم، بحث بعنوان (القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات) دراسة مقارنة، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦، ص ٤١).

وأخيراً فقد ذهب البعض (بنفس المعنى ، مناور ابو الغنم، بحث بعنوان : القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات ،'دراسة مقارنة'، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦، البحث المشار إليه سابقاً، ص٥٢....) إلى الأخذ بفكرة الحل الوظيفي لتحديد مركز متعدد الجنسيات ، ولا يؤيد الباحث مع أحدهم (بنفس المعنى مناور ابو الغنم، بحث بعنوان: القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات ،'دراسة مقارنة'، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦، البحث المشار إليه سابقاً، ص ٥٢) هذا الرأي لعدم سلامته من الناحية النظرية، والعلمية، والواقعية ، والقانونية ؛ لغموضها وعدم تحقيقها الاستقرار في المراكز القانونية من جهة؛ ولعدم تحديدها حلاً موحداً لجميع المسائل التي تعالج الاختلاف القضائي من دولة إلى أخرى في تحديد هذه الفكرة ، وكذلك من قاضٍ إلى آخر حتى داخل الدولة الواحدة من جهة أخرى ،وفي تحديد طبيعة المسألة الأصلية ذاتها من جهة ثالثة.

^{٥٨} (أنظر وقارن ، مناور ابو الغنم، بحث بعنوان (القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات) دراسة مقارنة، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، الأعداد (١ ، ٢ ، ٣) السنة الرابعة والخمسون، ٢٠٠٦، البحث المشار إليه ، ص ٤٠ وللمزيد من التفصيل أنظر ، خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص٣٤٣-٣٤٦).

^{٥٩} (انظر ، خربوط ، مجد الدين ، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، رسالة دكتوراه، ١٩٧٦، ص ٣٣٨، وللمزيد من التفاصيل انظر رسالته، ص ٣٣٨).

٢- القانون واجب التطبيق على تركت عديمي الجنسية

يعرف عديم الجنسية بأنه الشخص الذي لا يتمتع بجنسية أية دولة (حيث يجد نفسه منذ الميلاد ، أو في تاريخ لاحق مجرداً من حمل جنسية أية دولة من الدول). (أنظر بنفس المعنى ؛ محمد عبد العال ؛ عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥٢). ومن الجدير بالإشارة أن إنعدام الجنسية اللاحق على الميلاد يتحقق في كل مرة تزول فيها عن الشخص جنسيته الأولى، لأي سبب من أسباب الزوال، دون أن يتمكن من اكتساب جنسية دولة أخرى؛ فكأن أسباب فقد الجنسية قد تكون بذاتها وفي نفس الوقت أسباباً لانعدامها". (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥٤). ويعد انعدام الجنسية أمراً خطيراً بالنسبة للشخص، حيث تترتب على هذه الحالة مساوئ كثيرة منها على سبيل المثال ، إن انعدام الجنسية يحرم الفرد من كل مزايا الجنسية ؛ حيث يعتبر عديم الجنسية أجنبياً في نظر الدول جميعاً ، فهو لا يتمتع بالحماية الدبلوماسية لأية دولة، ولا يعتبر مواطناً فيها ، ولا يتمتع بالحقوق الخاصة بالمواطنين في أية دولة... وبالتالي يتعذر تحديد القانون الذي يحكم أحوال المورث عديم الجنسية الشخصية إذا كان المقصود بهذا قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته طبقاً لقاعدة الإسناد في دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية . (أنظر بنفس المعنى، مسلم ، احمد ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في (مصر، ولبنان) دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٦٧، ص ٥٤). "كما أن هناك مشكلة ترتبط بشكل وثيق بالقانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية هي القانون الواجب التطبيق على شخص من دولة غير معترف بها. فهل ينبغي اعتبار هذا الشخص كما لو أنه منعدم الجنسية؟". (KO SWAN SIK CHANG , NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW", IN ASIAN PERSPECTIVE , T.M.C. ASSER INSTITUUT THE HAGUE. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, DORDRECHT/BOSTON/LONDO. p57)

فلو ثار نزاع أمام القاضي الأردني بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على تركة المتوفى عديم الجنسية ؛ فهنا تثبت للمورث عديم الجنسية الصفة الأجنبية ، وبالتالي يعامل على أنه أجنبي حتى يتم البحث عن بديل للجنسية لتحديد القانون الذي يحكم أموال المورث- "حيث تركت بعض التشريعات الحرية للقاضي لتحديد القانون واجب التطبيق على المسألة الإرثية " (ابو طالب ، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ، ج ١ ، ١٩٧٢ ، ص ٣٥٥) وقد قيل في تحديد القانون واجب التطبيق عدد من الآراء نوجزها بما يلي:

١-ذهب فريق إلى أن أقرب جنسية صلة بعديم الجنسية هي جنسية آخر دولة كان ينتمي إليها. ومن ثم يتعين تطبيق قانون هذه الدولة على تحديد مركز عديم الجنسية.(رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجنبي ، ط٧ ، ١٩٩٢، ص١٤٣، انظر ؛ محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٢، ص٢٦٣؛ ابو طالب ، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ، ج ١ ، ١٩٧٢ ، ص ٣٥٥) فلو ترك المورث أموالاً منقولة وغير منقولة، وكان ضابط الإسناد في دولة القاضي يخضع مسائل الميراث إلى قانون الجنسية "وكان هذا القانون لا وجود له بالنسبة لعديم الجنسية تعين تطبيق آخر جنسية كان يحملها المورث عديم الجنسية طبقاً لأنصار هذا الرأي".(رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجنبي ، ط٧ ، ١٩٩٢، ص ١٤٣) وقد أخذ بهذا الرأي التشريع الألماني، ولا يتصور قبوله لكثرة المآخذ عليه (محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٢، ص٢٦٤) ولأنه من المتصور أن يولد الشخص بدون جنسية.

٢-وذهب اتجاه إلى تطبيق قانون جنسية الدولة التي جرد منها الشخص عديم الجنسية بطريقة تعسفية.(محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٢، ص٢٦٣) ولم يسلم هذا الرأي من النقد ؛ "لأن تحديد ما إذا كان نزاع الجنسية الأجنبية قد تم بصورة تعسفية أم لا ، المرجع فيه إلى قانون الجنسية المعنية،- على فرض صحة هذا الرأي - فيتكلم عن القانون واجب التطبيق في حالة واحدة ، هي تلك التي يتم فيها تجريد

الشخص من جنسيته الأجنبية بطريقة تعسفية". (محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ص ٢٦٤).

ولا مجال للأخذ بهذا الرأي من وجهة نظر الباحث ؛ لعدم صحته ولعدم شموله جميع حالات إنعدام الجنسية ، فهو قاصر على حالات التجريد من الجنسية فقط.

٣- كما ذهب رأي آخر إلى تطبيق قانون القاضي ، إذا تبين أن الشخص الذي أثير بشأن تركته نزاع هو عديم الجنسية... على أساس أنه لا يكون هنالك تنازع بين القوانين، ولا وجه بالتالي لإعمال قاعدة الإسناد الوطنية. ولم يسلم هذا الرأي أيضا من النقد. (أنظر بنفس المعنى، محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٢، ص ٢٦٦).

٤- وذهب فريق إلى تطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية لتحديد مركز عديم الجنسية؛ حيث يعتد بقانون الدولة التي اتخذها، عديم الجنسية موطناً له، أو محلاً لإقامته الفعلية (أنظر بنفس المعنى، الهداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني ، جامعة عمان العربية، دار مجدلوي، ط ٢، ٢٠٠١، ص ٧٨)؛ لاتصاله بها من الناحية العملية أكثر من سواها. (محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٢، ص ٢٦٧).

إن (الكشف عن فكرة الارتباط الواقعي هذه ، مسألة واقع يكشف عنها القاضي ، مستوحياً شتات العناصر الموضوعية ، والشخصية المختلفة التي تعينه في رسم ملامح هذه الصلة الواقعية). (محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٢، ص ٢٦٧).

(وبالتالي قد يحل هنا قانون الموطن محل قانون الجنسية في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية، ومن الدول من يترك للقاضي حرية تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، وقد يتحدد هذا القانون بالدين ، أو المذهب الديني للشخص المذكور)(مسلم ، احمد ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في (مصر، ولبنان) دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٦٧. ص ٥٥)

ومن هذا المنطلق يرى الباحث بأن القانون الديني لعديم الجنسية أولى بالتطبيق -إذا لم يخالف النظام العام في دولة القاضي- ؛ ذلك أنه وعلى فرض تم تحديد قانون الموطن ، فإن قانون الموطن وفي الغالب سوف يعطي الصلاحية لقانون الأحوال الشخصية وهو في الغالبية العظمى من الدول مقتبس من أصول دينية حسب تعدد الطوائف الموجودة في ذلك الموطن (البلد).

وفي هذا المجال قضت محكمة الاستئناف في الإسكندرية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، في ٢٦ ديسمبر، سنة ١٩٥٧. مذكور عند محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١، ٢٠٠٢، ص٢٦٨) تطبيق قانون موطن المتوفى بخصوص تركة شخص عديم الجنسية، كما أعمل ذات المبدأ مطبقاً قانون موطن الموصي وقت الوفاة في شأن وصية أبرمتها امرأة عديمة الجنسية.(محمد عبد العال ؛عكاشة ، الوسيط، في أحكام الجنسية دراسة مقارنة ، ط ١، ٢٠٠٢، ص٢٦٨ و ص٢٦٩).

هذا وقد أطلقت المادة السادسة والعشرون الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني الحرية للقاضي بتطبيق القانون الذي يراه مناسباً، على حالة الشخص عديم الجنسية، لتقديره وحرته وقناعته الشخصية. بعكس الحال في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني التي جاء فيها أن القاضي يعتد غالباً في هذه الحالة بقانون محل إقامة الشخص. وليس بناء على تقديره الشخصي.

أما في القانون اللبناني " فلا يوجد أي نص يبين حكم تنازع الجنسيات ،سواء في صورته الايجابية أم في صورته السلبية . ويجري العمل على تبني الأحكام التي يأخذ بها القانون الفرنسي باعتباره المصدر التشريعي اللبناني.

وفي خصوص التنازع السلبي لا تخرج هذه الأحكام عن الأحكام المعمول فيها في مصر."(ابو طالب، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ، ج ١ ، ١٩٧٢ ، ص٣٥٦).

ثالثاً:- القانون الذي يحكم الإرث ونطاقه

يعتبر الميراث من أسباب كسب الملكية ، حيث تؤول ملكية ما تركه المتوفى إلى الخلف الذي يحددهم الشرع والقانون ، سواء أكانت هذه الملكية عقارات أم منقولات ، في دولة واحد أم أكثر من دولة ، وكذلك أكان يحمل المورث جنسية دولة القاضي أم لا . لذا يتعين تحديد القانون واجب التطبيق على تركة المورث الأجنبي في ظل اختلاف القانون واجب التطبيق على الميراث من دولة إلى أخرى، في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، واحتمال وجود بعض أموال التركة في دول مختلفة.

وبالرغم من أن الميراث يعد من آثار الزواج - كالنسب - إلا أن القانون المدني الأردني ؛ كغيره من قوانين الدول العربية الأخرى، قد أفرد له قاعدة إسناد واحدة تحكمه - وهي تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة - على جميع أموال التركة المنقولة وغير المنقولة ، ولو وجدت في دول مختلفة على أن لا يخالف القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد النظام العام الأردني، مشيراً هنا إلى أن قانون التركات الأردني استثنى العقارات الموجودة في شرق الأردن من تطبيق قانون بلاد المتوفى.^{٦٠} علماً أن هذا القانون قبل الإحالة إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي بخلاف القانون المدني الأردني .(الإحالة من الدرجة الأولى).

ولا بد من الإشارة هنا بان الحاجة الملحة التي دعت لمعرفة القانون الواجب التطبيق في مسائل تنازع القوانين في مادة الإرث ، وغيرها من الروابط القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، هي تزايد هجرة الأفراد من داخل الدولة إلى خارجها ، وتوطنهم في أخرى ، واكتسابهم لجنسية الدولة الأخيرة - سواء أسقطت جنسية الدولة الأولى أم لا - واكتسابهم وذووهم أو عدم اكتسابهم لجنسية الدولة التي هاجر إليها المورث قبل وفاته - وتركه بعد وفاته ممتلكات منقولة وغير منقولة في دولة ، أو أكثر ما يقتضي البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي.(بنفس المعنى ، اشرف وفا محمد ، بحث بعنوان :آثار التوارث بين الدول على أعمال

^{٦٠} لقد أخضع هذا القانون أموال المورث الأجنبي - المسلم وغير المسلم - المنقولة لقانون بلاده ، وسكت عن تحديد القانون الذي يحكم تركته العقارية الكائنة بالخارج.

قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص (٣٠٠).

ولا بد للقاضي الأردني قبل كل شيء أن يقوم بعملية التكيف^{٦١} وفقا للقانون الأردني^{٦٢} - وليس وفقاً للقانون الذي يحكم موضوع الرابطة القانونية - (انظر اشرف وفا محمد ، بحثه المشار إليه سابقا ، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٧ ، للمزيد من التفصيل حول نظرية بارتن أنظر : السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص (٥٨) ؛ دريد محمد طلعت ، القانون الدولي الخاص السعودي، ١٩٩٧، هجري ، ١٤١٨ ، ص ٣٠٧) ؛ حيث ينبغي على القاضي بيان تحت أي فكرة مسندة تنطوي الحالة القانونية المعروضة أمامه ؛ "لأن التكيف يؤدي إلى بيان القانون المختص بشأن رابطة قانونية ما ، وأن يحلل طبيعة تلك الرابطة بقصد التعرف على النظام القانوني التي تدرج تحته". (إبراهيم ، هلال يوسف ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجانب ، ١٩٩٤ ، ص ٣٩٨).

ومما تجدر الإشارة إليه أن التشريعات تختلف فيما بينها من حيث تقسيم الفكرة المسندة وتحديد مضمونها رغم أنها تستعمل مصطلحات مشتركة للدلالة على تلك الفكرة ، فكافة التشريعات تعرف الميراث ، وفي قانون قد يعتبر ما يندرج تحت هذه الفكرة يعد في قانون آخر من النظام المالي للزوجين وهكذا. (إبراهيم ، هلال يوسف ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجانب ، ١٩٩٤ ، ص ٣٩٨) فإذا عرض على القاضي نزاعا يتعلق بتركة أجنبي فإن عليه أن يكيف هذه الرابطة ليسبغ عليها الوصف القانوني المناسب؛ فإذا انطبق

^{٦١} - (يعرف التكيف على انه (بيان موضوع النزاع المعروض على القاضي من أجل ربطه بإحدى مجموعات الإسناد بغية معرفة قاعدة الإسناد واجبة التطبيق وبالتالي القانون الذي يحكم هذا النزاع) (بنفس المعنى ، ديب ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٨٦ مرجع سابق، ص ٧١) (أو هو تحديد طبيعة العلاقة الحقيقية أو القانونية لربطها بنظام قانوني معين) (السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ٥٧).

^{٦٢} - لا بد أن نشير إلى أن المشرع الأردني قد أخذ بنظرية بارتن وهذا ما يلاحظ على نص المادة (الحادية عشرة) من القانون المدني الأردني ، " علما أن بارتن قد أورد إستثناء على نظريته واعتبره استثناء حقيقيا هو ذلك الخاص بتكييف المال وتحديد طبيعته . فوصف المال ، وما إذا كان عقارا أم منقولا ، يتحدد بالرجوع لقانون موقعه لا إلى قانون القاضي" . (عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢١) وهذا ما يؤدي إلى صعوبات في الحالة التي تكون الأموال موزعة في إقليم أكثر من دولة ، وكذلك إن كانت أموال معنوية فإن تحديد موقعها من الأمور المختلف فيها. (عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢٨).

عليها وصف الميراث فيتعين بعد ذلك تحديد نوع أموال التركة - عقارات، منقولات - ، لأن قاعدة التنازع الخاصة بكل منها تختلف عن الأخرى في بعض الدول كفرنسا وبريطانيا. (انظر، اشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، بحثه المشار إليه سابقا ، ص ٣٠٧).

فإذا كيف القاضي هذه العلاقة بأنها ميراث، وحدد نوع هذه الأموال كان من السهل عليه معرفة القانون واجب التطبيق في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي على تركة المتوفى.

وبناء على ما تقدم فسوف نقسم هذا الموضوع إلى:

١- القانون واجب التطبيق على الميراث.

٢- نطاق تطبيق القانون واجب التطبيق.

١- القانون واجب التطبيق على الميراث

اختلفت التشريعات في تحديد القانون واجب التطبيق على الميراث - كسبب لنقل الملكية إلى الخلف العام - فمن التشريعات ما أخذت بوحدة القانون واجب التطبيق على أموال التركة المنقولة وغير المنقولة مع التباين بينها في تحديد القانون الشخصي للمورث ،ومن التشريعات الأخرى من تبنت ازدواجية القانون الواجب تطبيقه على تركة المتوفى ، حيث يطبق على أموال التركة المنقولة قانون يختلف عن الأموال غير المنقولة ، وسبب هذا التباين بين التشريعات هو " ترجيح تكييف على آخر للميراث ، وان كان الترجيح يثور في مرحلة التشريع وليس في مرحلة تطبيق قواعد الإسناد". (إبراهيم، إبراهيم ، أحمد، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٧). وعلى الرغم من اختلاف هذه التشريعات في تحديد القانون واجب التطبيق على التركة فيما بينها ، إلا أنها اتفقت في عدم الأخذ بقانون الورثة في بيان هذا القانون، إذ إن المعول عليه في تحديد هذا القانون بالنسبة للمنقول هو القانون الشخصي للمورث ؛ (على أساس أن التركة تعود ملكيتها إلى المتوفى والتي يجب أن توول إلى الخلف العام - (الورثة) -الذين يحدد لهم الشرع ، أو القانون ، لذا كان لازما إخضاع التركة لقانون المورث). (انظر بنفس المعنى ، إبراهيم ، إبراهيم ، أحمد ، القانون الدولي الخاص ،

الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٧). (تحدد بعض القوانين الورثة دون الرجوع إلى (القانون الديني) - الملة- الذي ينتمون إليها الورثة والمورث).

ولما كان القانونان الأردني واللبناني قد اعتبرا الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ضمن مسائل الأحوال الشخصية ؛"لاتصاله الوثيق بروابط الأسرة ، سواء أكانت روابط نسب ، أم روابط زواج او قرابة " (فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، ١٩٨٢ ، ص ٥٩٩) . فإن الارث يختلف عن الوصية بأن الإرث ينقل ملكية ما كان يملكه المورث حال حياته إلى من يخلفه بعد موته على أساس رابطة القرابة ، أو النسب ، أو الزوجية ،(حيث يعتد هنا بشخصية أطراف العلاقة ، كما أن التوارث لا يكون إلا بين الأقارب ، لأن القرابة سبب للتوارث) (بنفس المعنى ، إبراهيم ، إبراهيم أحمد ،القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٧) . أما الوصية فقد تكون للقريب وللبعيد وبالتالي تخضع إلى القانون الشخصي للموصي ، ومع ذلك فإن الأمر لا يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية فحسب ، وإنما أيضا بمسائل الأحوال العينية على أساس أن الإرث ينقل الحقوق العينية على الأموال من شخص (المورث) إلى الخلف. ومن هذا المنطلق فإن الأمر يثير تطبيق القانون الذي يحكم نظام التركات (المدني) في بعض الأحيان.(انظر بنفس المعنى ، إبراهيم ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٧) وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل في القسم الرابع من هذا الفصل.

إن الشرط الأساسي للإرث في سائر التشريعات الوضعية والسماوية هو تحقق وفاة المورث ووجود الوارث ؛ بإعتبار أن الإرث يتصل بواقعة بداية الشخصية وانتهائها. فتتحقق الوفاة من شأنها نقل ما كان يملكه المتوفى حال حياته إلى الورثة بعد وفاته مما يتعين تحديد القانون الذي يحكم الميراث.(للمزيد حول اكتساب الحقوق العينية بالإرث والوصية راجع:(ش دراوي ، جورج ، اكتساب الحقوق العينية بالإرث والوصية، رسالة دكتوراه ، بيروت ، ١٩٨٦). ولما كانت بعض تشريعات الدول قد أخذت بتطبيق قانون واحد على الميراث ، وبعضها الآخر أخذ بتطبيق قانونين على التركة وكان لكل من هذين الاتجاهين الأسباب التي دعت له ليفضل أيهما على الآخر ، فكان جديرا بنا أن نتناول هذين الاتجاهين وذلك بما يلي:

١-وحدة القانون واجب التطبيق على الميراث

لا تتحقق وحدة القانون الذي يحكم الإرث إلا بتطبيق قانون واحد على الميراث ؛ بالنسبة للأموال المنقولة وغير المنقولة على حد سواء. وإن اختلفت التشريعات في تحديد هذا القانون ؛ بسبب ترجيح تكييف على آخر للميراث . فمن القوانين من اعتبرت الميراث من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يطبق عليه القانون الشخصي للمورث ، ومنها من اعتبرت الميراث من مسائل الأحوال العينية وبالتالي يطبق عليه القانون العيني ، أو قانون موقعها بتعبير آخر .

فالمرجع القانوني لوحدة القانون الواجب تطبيقه على التركة ، هو عند البعض (ديب، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،١٩٨٦ مرجع سابق،ص ٢٦٥)، يستند إلى فكرة استمرارية شخص المورث في الورثة وإلى كون الميراث يتصل بنظام الأسرة أكثر من اتصاله بنظام الأموال، مما يتطلب وحدة القانون الذي يحكمه ،وهذه الفكرة تتطوي أصلا على اعتبار الميراث من المسائل المتعلقة بالأشخاص التي تخضع ، أما لقانون الجنسية ، وأما لقانون الموطن). وقد يخضع لقانون الموقع على اختلاف إتجاهات الدول بهذا الصدد .

وعليه سوف نقسم هذه النقطة إلى :-

(١)-الاتجاه الذي يعتبر الميراث من مسائل الأحوال الشخصية .

(٢)-الاتجاه الذي يعتبر الميراث من مسائل الأحوال العينية وذلك على التوالي.

(١)-الاتجاه الذي يعتبر الميراث من مسائل الأحوال الشخصية

يعد الميراث وفقا لهذا الرأي من مسائل الأحوال الشخصية قبل أن يكون وسيلة للتملك ،فهو في المقام الأول من قبيل مسائل الأحوال الشخصية إستنادا إلى صلة القرابة التي تجمع بين المتوفي والورثة ، لهذا تختلف قواعد الميراث وأنصبتة بحسب درجة القرابة بين المورث والورثة. (انظر ، اشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥، بحثه المشار إليه سابقا ، ص ٣٠٨). ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الشخصي على الميراث ؛لأنه من الأحوال الشخصية ؛ بحجة مؤداها أن القانون الشخصي يؤدي لوحدة القانون الذي يحكم التركة في

مجموعها بخلاف الأمر لو طبق على التركة في العقار قانون يختلف عن المنقول .(الأصبحي مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩،رسالة دكتوراة،ص٥٥٤) وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى تلافي الصعوبات الفنية والعملية التي يؤدي إليها تطبيق قانونين على التركة.^{٦٣} فضلا عن ذلك فإن تقرير قاعدة إسناد خاصة بالميراث في العقار وإخضاعه لقانون الموقع رعاية لمصالح دولة الإقليم ، لم يعد له معنى بعد أن تطورت النظم الإقتصادية على نحو تزايدت معه أهمية القيم المنقولة؛ بحيث لم يعد من المقبول بعد ذلك استثناء الميراث في العقار وإفراده بقاعدة إسناد مستقلة .(الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة،ص٥٥٥).

كما يضيف هذا الفقه حجة أخرى مفادها "أنه ليس من المستحسن النظر إلى التركة كمال يمتلك مجزءا ، بل هي مجموعة ، أو مخلوق قانوني يتصل بشخص المورث وتمثله ، وتتكون من أموال مادية وغير مادية ، وحقوق وديون ، ومن غير الممكن تحديد موقع لمفرداتها يمكن تطبيقه بأمان ، والتفرقة بين مفرداتها ستقود إلى ضرورة ولوج التكيف لتمييز المنقول عن العقار ، وهو طريق شائك ومعقد وعقيم" . (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة،ص٥٥٥).

كما يؤسس أنصار هذا الرأي على أن تطبيق القانون الشخصي للمورث مأخوذ من حالته الشخصية ،بالإضافة إلى ذلك يؤدي إلى المحافظة على ملكية المتوفى المالية ضمن نطاق العائلة وفي إطار درجة القرابة (انظر بنفس المعنى ، منصور ، الوسيط في القانون الدولي

^{٦٣} -"ومن هذه الصعوبات تعدد القوانين التي تطبق على التركة وتقع في عدة دول ،والسبب يرجع في ذلك إلى أن اختلاف القواعد الموضوعية للميراث في مختلف الدول يترتب عليه الكثير من الصعوبات العينية ، فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون ولا يعتبر كذلك في قانون آخر ، وقد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة ، أو عدم قبولها ، وشرط القبول ، إلى غير ذلك ، مما يؤدي إلى كثير من التعقيدات والتعارض عند تطبيق القوانين المختلفة على تركة واحدة " (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر ، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص٥٥٤).

الخاص، ١٩٩٤، ط١، ص ٥٧٦؛ الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص٥٥٤؛ لذلك فإن النتيجة التي تترتب على ذلك إبتاع الإرث بالنظام القانوني الذي يخضع إليه الشخص. (انظر بنفس المعنى ، سامي منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط١، ص ٥٧٦؛ الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص٥٥٤).

وعلى الرغم من أن الغالبية العظمى من تشريعات الدول أعتبرت الميراث من مسائل الأحوال الشخصية وأخضعته إلى القانون الشخصي للمورث ؛ إلا أن هذه التشريعات قد تباينت في تحديد مفهوم هذا القانون . فمنها من رجح قانون الموطن (الإقامة)، ومنهم من رجح قانون الجنسية ، ولهذا الإختلاف أثره على القانون الذي يحكم الإرث .

وعليه سنقسم هذا الموضوع إلى :

أ- الاتجاه الذي إنحاز إلى قانون الجنسية .

ب-الاتجاه الذي إنحاز إلى قانون الموطن.وذلك على التوالي .

أ- :- الاتجاه الذي إنحاز إلى قانون الجنسية

تبنت الغالبية العظمى من تشريعات الدول قانون الجنسية بوصفه القانون واجب التطبيق على الميراث الشرعي (القانوني) ، والميراث الايصائي ؛ ويرجع ذلك إلى تأثير هذه التشريعات بفقهاء (مانشيني) والذي يدعو إلى إخضاع الميراث لقانون الجنسية ، وقد أيد جانب من الفقهاء هذا المسلك التشريعي ؛ وبرر ذلك بحجة مؤداها أن قانون الجنسية هو قانون الإرادة الضمنية للمورث ، فلو قدر له ان يعيش لكان قد اختار ذلك القانون ، فهو أعلم به من غيره ، ويتوافق مع توقعاته ، وكذلك توقعات ورثته . (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص٥٥٦) (ويستند انصار هذا الاتجاه أيضا بأن نظام الميراث ليس إلا انعكاساً

للصلة الوثيقة بين (المورث) المتوفى وبين أسرته ، وللدور الاجتماعي الذي يلعبه كل منهم فيها، فالميراث ينقل ملكية أموال المتوفى إلى من تربطه بهم رابطة النسب والقرابة ، وحق الإرث يساهم في المحافظة على علاقات أفرادها وحمايتها. (انظر بنفس المعنى، ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٨؛ هشام وحفيظة، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني، ١٩٩٩، ص ٣١٨) ويبدو ذلك واضحاً من خلال الصفة الإجبارية للإرث في القانونين السوري والأردني ، سواء بالنسبة للوارث أم المورث ، فلا يملك المورث أن يمنع أحد ورثته من الإرث ، والوارث يملك نصيبه جبراً من غير اختيار منه.(بنفس المعنى، ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٨).

"ولهذا كان لا بد من أجل ضمان احترام تطبيق ذلك على صعيد علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي ، بالنسبة للوطنيين وبخاصة المسلمين منهم ، من إخضاع الميراث لقانون جنسية المورث".(ديب ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦، ص ٢٦٨).

وبالإضافة إلى ما تقدم يضيف مؤيدو هذا الرأي حجة أخرى أساسها أن تطبيق قانون جنسية المورث على الميراث من شأنه وحدة القانون واجب التطبيق على التركة بمجموعها) انظر، صادق ، هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني ، ص ٣١٨)، وإن كان الباحث يرى أن تطبيق قانون الموطن يؤدي إلى نفس هذه النتيجة . وقد تبنت أغلب الدول العربية وحدة القانون واجب التطبيق على الميراث بنوعي، واعتدت بالجنسية كضابط إسناد في مواد الأحوال الشخصية بشكل عام، كما وأفرد المشرع الأردني قاعدة إسناد خاصة بالميراث والوصية في المادة الثامنة عشرة من القانون المدني. وانشاز إلى قانون الجنسية كل من ألمانيا ، واليونان ، واسبانيا)) (انظر ، الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٣، ٢٠٠١، ص ١١٣)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة ١/٢٢ والقانون الدولي الخاص البولندي لعام ١٩٦٥ في المادة ٣٤ ، والقانون المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٦ في المادة(٦٢) (الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٥٦) والقانون

المدني السوري بالمادة الثامنة عشرة والقانون اللبناني في المادة التاسعة من القانون رقم (٢١٤١)).

ومن الجدير ذكره هنا أن المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) -والذي أصبح دائما عام(١٩٩٦) -قد نسخت بعض أحكام قانون التركات الأردني رقم (٨) لسنة (١٩٤١) ، وخاصة المادة (٤/أ) التي أخضعت أموال المورث المنقولة فقط لقانون بلاده الأمر الذي يجنب القضاء من فرض الاختصاص والقانون على العقارات الكائنة في الخارج وبالنتيجة تلافي إشكالات التنفيذ على تلك العقارات. كما ونسخ هذا القانون أحكام نص المادة (٤/ج) القاضية بجواز تطبيق القانون الديني للمورث ، وهذا لا ينسجم مع النظام القانوني للأردن الذي يركز على عامل الدين في مسائل الميراث بين الطوائف وخاصة المسلمين؛ لأنه يعد- أي الدين الاسلامي- في الدستور الأردني دين الدولة، فهنا تعتبر هذه النصوص ملزمة للقاضي ويجب عليه أتباعها وسواء أكانت العلاقة متضمنة عنصرا أجنبيا أم كان أطرافها وطنيين، وخاصة إن كانت هذه العلاقة مشتملة على طرف مسلم.

وفضلا عما تقدم فإن المادة التاسعة من قانون التركات قد جاءت بمسلك محمود لدى الفقه والقضاء ، حيث قضت بوجوب اخضاع التركة العقارية الكائنة في داخل الأردن لأحكام الشريعة الاسلامية - (القانون الأردني)- أي قانون الموقع ، وهو الأفضل من حيث النتائج من تطبيق نص المادة الثامنة عشرة المذكوره ،(الناسخة).

وعليه وفي ضوء ما تقدم فإن نصوص قانون التركات - من وجهة نظر الباحث- الأفضل من حيث التطبيق والنتائج المترتبة على التطبيق؛ حيث إن العمل به يجنب القضاء الاردني السلبيات المترتبة على تنفيذ حكم حصر الإرث الأردني المشتمل على عقارات في دولة التنفيذ، فضلا عن أن العمل بأحكام المادة الثامنة عشرة المذكورة لا ينسجم مع السياسات المتبعة للدول بتطبيق قانون أجنبي على العقارات الكائنة فيها، لتعلق الأمر بالسيادة.... إلخ.

ومهما يكن من الأمر المتقدم شيئا فإن الوقت الذي يعتد به في جنسية المتوفى (المورث) هو وقت الوفاة، فلا عبرة إذا بأية جنسية أخرى كانت للمتوفى قبل الوفاة؛ (كما وأنه الوقت الذي

يصبح للورثة الحق في ملكية أعيان التركة ولا ينفذ إلا من هذه اللحظة). (بنفس المعنى، عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٥٠).

وبناء على ما تقدم يلزم القاضي الناظر في المسألة الإرثية الاعتداء في تحديد جنسية المورث في الوقت الذي تنتهي فيه شخصيه المورث - وبناء على ذلك إذا غير المورث جنسيته خلال حياته، تأخذ المحكمة بالجنسية الأخيرة التي مات المورث عليها، أيًا كانت هذه الجنسية، سواء أكانت وطنية أم أجنبية. فإذا كان المورث أردنياً أثناء حياته ثم فقد هذه الجنسية واكتسب الجنسية البريطانية ومات في بريطانيا، فيطبق في هذا الفرض القانون البريطاني إذا أثير أمام المحاكم الأردنية هذا النزاع- بناء على قاعدة الإسناد الأردنية والذي تقضي بتطبيق القانون الإنجليزي والذي يعتد الأخير بقانون الموطن. (بنفس المعنى، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٨).

وخلاصة ما تقدم فيطبق القاضي قانون جنسية المورث وقت الوفاة على أموال التركة أينما كانت هذه الأموال ويمكن أن يتساءل البعض هنا عن القانون واجب التطبيق في حالة تنازع الجنسيات السلبية والإيجابي هذا ما كان محور القسم الثاني.

ب- الانحياز إلى قانون الموطن

من المعلوم أن الدول التي تأثرت تشريعاتها بفقهاء دار جينترية دعت إلى إخضاع الميراث لقانون الموطن (الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٥٧)؛ حيث يحدد القانون الشخصي للمورث بقانون الدولة التي إتخذ منها موطناً وقت الوفاة. وتؤسس التشريعات التي حذوت هذا الحذو إلى مجموعة من الحجج حيث يعل البعض (انظر، ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٦؛ إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٤٨٨) رأيهم بالوقائع القانونية؛ وبمقتضاها يجب أن تخضع التركة إلى قانون موطن المتوفى (، وكذلك (ببيريير نيبوته (Niboyet) إن الميراث لا يتعلق لا بالأهلية ولا بالأحوال

الشخصية؛ ولهذا فمن غير المقبول إخضاعه لقانون الجنسية بل قانون موطن المورث) (انظر بنفس المعنى ، الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١، ص ١١٢) (بدليل أن التركة - بما تمثله من أموال وعلاقات تتصل بهذه الأموال - ليست سوى نتيجة لواقعة قانونية هي الوفاء ؛ لذا يكون من المستحسن تركيز هذه العلاقات في مكان حدوث الوفاة، حيث يعتبر مكانها هو موطن المتوفى على أساس أحكام القانون الداخلي التي تحدد مكان فتح التركة في آخر موطن للمورث). (ديب ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،١٩٨٦، ص ٢٦٥ و ٢٦٦، الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة ، ص ٥٥٧) كما وان (الأخذ بقانون موطن المورث يعتبر من أكثر الحلول توفيقا ؛ حيث يحقق التوازن بين وجهات النظر المتعارضة ، إذ يؤدي إلى وحدة النظام القانوني للتركة ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى سيكون غالبا هو قانون موقع المال ، سواء أكان عقارا أم منقولا ؛ على أساس انه في الأغلب من الحالات هو وجود أموال الشخص في الدولة التي يتوطن فيها والتي تعتبر عادة مركزا لأعماله). (بنفس المعنى ، هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني ص ٣١٩ ؛ هشام علي صادق ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع ١٩٩٣، ص ٦١٧؛ الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة. ص ٥٥٧)، نقلا عن جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، ص ٤٨٧).

لهذا يحاول أصحاب هذا الرأي (أن يبتعدوا عن الانتقادات الموجهة إلى تطبيق قانون جنسية المتوفى والتي تتمحور في تجاهل أحكام قانون موقع المال في شأن الميراث ، فضلا عن ذلك فإن تطبيق قانون موطن المتوفى لن يصطدم كليا بالاعتبارات العائلية، على أساس أن الدولة التي يتوطن فيها الشخص هي التي ستكون عادة موطناً لعائلته). (بنفس المعنى، هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني ، ص ٣١٨).

ومن التشريعات التي أخذت بتحديد القانون الشخصي للمتوفى (بالموطن) القانون الإنجليزي وبعض الدول مثل (الأرجنتين ، البرازيل وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية ودول جنوب أمريكا ، الدنمارك والنرويج . (انظر، الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١١٠). (ومن الجدير بالذكر أن القانون الإنجليزي قد حدد القانون الشخصي بقانون الموطن، إلا أنه أخذ بازدواجية القانون واجب التطبيق على المنقول وغير المنقول).

(٢)-الانحياز إلى القانون العيني

"يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار الميراث من مسائل الأحوال العينية التي تخضع إلى قانون موقع المال ، سواء أكان منقولاً أم عقاراً . ومن القوانين التي صاغت قاعدة إسناد واحدة للميراث قوانين بعض دول أمريكا اللاتينية مثل بنما ، وقد أخذ بهذا الإتجاه الإتحاد السوفياتي". (ديب، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٥).

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الإتجاه ، حيث قرر وجوب أن يخضع الميراث كله إلى قانون موقع المال لعوامل اقتصادية واجتماعية وسياسية .(الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة. ص ٥٥١ و ٥٥٢).

وقد ذهب اتجاه إلى القول (بأن وحدة القانون واجب التطبيق على التركة تتمثل في تطبيق القانون العيني أي قانون موقع أموال التركة ؛ لإعتباره من مسائل الأحوال العينية ، وإن وجدت هذه الأموال في عدة بلاد، فكل بلد يطبق قانونه على الجزء من التركة الموجودة فيه.) (بنفس المعنى، ، نهرا، يوسف ، صفير، خليل أنطوان ،الإرث لدى جميع الطوائف في لبنان ، صادر ، ط ٣ ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢٢ ؛ ديب ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٥) . ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن إنتقال ملكية أموال المتوفى بالإرث ما هي إلا طريقة لإنتقال الأموال لا تختلف عن طرق الانتقال الأخرى ،سوى من جهة الواقعة القانونية التي سببته ، فموضوع الانتقال هو الأموال في كافة الحالات المذكورة ، وبالتالي يكون القانون واجب التطبيق

على التركات هو ذاته الذي يخضع إليه الأموال. (انظر ، بنفس المعنى ، نهرا، يوسف وصفيير ، خليل أنطوان ، الإرث لدى جميع الطوائف في لبنان ، صادر ، طبعة ٣ ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢٢ ؛ الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر ، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ، ١٩٩٩ ، رسالة دكتوراة. ص ، ٥٥١ و٥٥٢ ؛ سامي عبدالله ، الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية ط (١) ، ١٩٨٧ ، ص ١١١) فالنظام القانوني للأموال يجب أن يبقى كما هو ، مهما كانت طريقة الإنتقال حسب ما يراه مؤيدو هذا الرأي.

وعليه فإن تطبيق القانون العيني يستند إلى أن الميراث سبب لإكتساب الحق العيني . كما أن موضوع الحق الذي يخضع إلى قانون موقعه ، فكذاك يتعين إخضاع سبب كسب الملكية لهذا القانون. (عبدالله ، عز الدين ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، ص ٣٣٩).

مع أن تطبيق هذا القانون من الناحية النظرية يؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق ، إلا أنه على الصعيد العملي قد يؤدي إلى تطبيق أكثر من قانون دولة ؛ إذا كانت التركة موزعة في عدة دول مما يجزئ التركة ، وبالتالي إخضاع كل جزء منها يقع في دولة معينة لقانون يختلف عن قانون بقية الأجزاء. (انظر ، ديب ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٥).

وعليه فإننا نرى بأن وحدة القانون الذي يحكم التركة لا يتحقق بتطبيق القانون العيني إن كانت التركة موزعة بين أكثر من دولة وهذا مأخذ على أنصار مؤيدي هذا الاتجاه.

ومن الانتقادات الأخرى التي يمكن توجيهها إلى الاتجاه الذي يسعى لوحدة القانون أن الأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق سيؤدي إلى إشكالية تنفيذ قرار المحكمة لدى دولة موقع العقار ، ذلك عندما سترفض الأخيرة تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي على أساس التقسيم الذي جاءت فيه المحكمة مصدرة الحكم ، وبالتالي عدم إنتقال ملكية التركة العقارية هناك كما قرره الحكم الأجنبي ، بالنسبة لحصص الورثة ، وقد يمنع أحد الورثة من حصته سواء أكان بجزء منها أم كلها. (انظر سابقا من الأطروحة ، ص ٥٨).

ومهما يكن من أمر النقد المتقدم فإن الأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق يجنب القضاء الإشكالات التي تبرز حين الأخذ بإزدواجية القانون واجب التطبيق - عندما تتعدد أموال التركة وتقع في دول مختلفة- مما يؤدي إلى تجزئة التركة، كما وأنه قد يعتبر الشخص وارثاً في قانون ولا يعد كذلك في قانون آخر. كما وقد تختلف هذه القوانين فيما يتصل بحق الوارث في قبول التركة من عدمه، وفي تحديد شروط القبول أيضاً. (بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٤٠٥ ؛ هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني، ص ٣١٨).

وقد أخذ المشرع الأردني بوحدة القانون واجب التطبيق على الميراث بنوعيه في المادة الثامنة عشرة من القانون المدني،^{٦٤} واعتد بالجنسية كضابط إسناد، لأن ذلك يؤدي إلى تلافي المشاكل التي قد توقع القاضي إذ ما طبق على الأموال غير المنقولة قانون يختلف عن الأموال المنقولة، خاصة عندما تتعدد أقاليم الدول التي توجد فيها أموال التركة، وعلى نقيض القانون الأردني ذهبت بعض التشريعات إلى إعمال قانون موقع المال فيما يتعلق بالميراث. ويتبين أن موقع المال ضابط إسناد يعطي إلى تعدد القوانين التي تحكم التركة، إذ كانت أموال التركة موزعة بين عدة دول وهذا ما أشرنا إليه قبل قليل. (بنفس المعنى، فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، ١٩٨٢، ص ٥٦٧).

كما وأن المشرع الأردني ساوى بين العقارات والمنقولات، على عكس بعض التشريعات التي أخضعت الميراث في العقارات إلى قانون موقعها والميراث في المنقول إلى قانون موطن المورث، أو جنسيته. وهذا ما أخذ به القانون اللبناني في المادة ١٠٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني. وهو مضمون الموضوع التالي .

^{٦٤} -أنظر موقفنا من تفضيل العمل بأحكام قانون التركات من حيث القانون الواجب التطبيق المنسوخ بموجب المادة الثامنة عشرة، والمذكور على الصفحتين ١٩٦-١٩٧.

٢- ازدواجية القانون الواجب التطبيق على الميراث

يعني ازدواجية القانون واجب التطبيق على التركة ، تطبيق قانونين على تركة المتوفى؛ حيث (يخضع الميراث في المنقول إلى قانون يختلف عن القانون الذي يحكم الميراث في العقار) (انظر، ديب ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٤)؛ (فالميراث من وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه إنه وسيلة من وسائل تملك الأموال ، فيعتبره هذا الاتجاه ليس إلا مجرد وسيلة لتملك الأموال ؛ بحيث يخضع الميراث في العقار في معظم القوانين إلى قانون موقعه ، أما الميراث في المنقول فيخضع إلى قانون موطن المورث إستنادا إلى أن موطن المورث هو المكان الذي تتجمع فيه غالبا أموال المتوفى ؛ حيث إنه المكان الذي يباشر فيه نشاطه التجاري .(انظر، اشرف وفا محمد، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، بحثه المشار إليه سابقا، ص ٣٠٦).

وقد اخذ القانون الإنجليزي بهذا المبدأ، حيث يطبق القانون الشخصي - وهو قانون الموطن في هذا القانون - على الأموال المنقولة لتركة المتوفى، سواء أكانت محكومة بوصية أم بغير وصية. أما القانون العيني فيطبق على تركة المورث العقارية.

وبالتالي يخرج من تطبيق القانون الشخصي - حسب القانون الإنجليزي- مكان موقع المال على أساس أنه يتعلق بالأموال العينية ونظام الأموال.

((Most foreign countries have adopted the principle of unity of succession by which questions relating to intestacy or wills are governed by one single law, the personal law of the deceased, irrespective of the nature of the subject- matter. The common law of England has consistently adhered to what is called the principle of scission by which the issues are dealt with separately, with the result that the destination of movables on the death of the owner is governed by the law of his domicil, whilst the destination of immovables is governed by the law of the situs))
-(GUY S. GOODWIN-GILL,(1978)," INTERNATIONAL LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES", CLARENDON PRESS.OXFORD p254.

وبالرغم من اتفاق الدول التي تأخذ بازدواجية القانون واجب التطبيق على إخضاع الميراث في العقار إلى قانون موقعه، (لتعلقه بالأحوال العينية ونظام الأموال) ؛ إلا أنها تختلف في تعيين القانون الذي يحكم الميراث في المنقول - (لاختلاف مفهوم القانون الشخصي من دولة إلى أخرى) - ؛ فهو عند البعض كفرنسا، وقانون مقاطعة كيبيك في كندا (الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١١٣ ؛ للمزيد حول تملك الأجانب للأموال غير المنقولة في ظل القانون الأردني راجع :العساف ، تيسير عبدالله المكيد العلي ؛ تملك الأجنبي للأموال غير المنقولة في ظل القانون الأردني ، رسالة ماجستير عين شمس، ٢٠٠٢)، وانجلترا والقانون الصيني في المادة (١٤٩) قانون موطن المورث؛ باعتباره قانون الموقع الحكمي للمنقولات. في حين أنه عند البعض الآخر قانون جنسية المورث، لأن الميراث يرتبط في المنقول بالأحوال الشخصية، (انظر بنفس المعنى ، ديب، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٤) وهذا الرأي تبنته بعض الدول العربية ؛ كالقانون اللبناني في المادة ١٠٥ من أصول المحاكمات المدنية. كما تبناه القانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٩٤ في المادة (٦٦)، والقانون المجري والقانون البلغاري ، وهنا قد يتعدد القانون المختص بتعدد الدول التي يوجد فيها أي مال غير منقول يعود إلى المتوفى ؛ ذلك متى كان القانون الذي يحكم العقار قانون موقعه.(الداودي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ٣ ، ٢٠٠١ ، ص ١١٣).

إن الدول التي تبنت هذا المبدأ في قوانينها تعرضت إلى الانتقاد كونها تجاهلت مبدأ وحدة الذمة المالية؛ الأمر الذي يترتب عليه من الناحية العملية إخضاع التركة الواحدة لقوانين مجموعة دول. وكذلك الحال إذا تحدد القانون الذي يحكم التركة بقانون الموطن ، أو الجنسية ؛ وكان المورث يقيم في غير موقع هذه الأموال ، أو يتمتع بجنسية دولة لا توجد فيها أموال له، مما يؤدي إلى الوقوع في مصاعب عملية، فمثلا إذا كانت التركة تتألف من أموال ثابتة ومنقولة وكان موطن المورث في غير مكان موقع العقار ،(بنفس المعنى ، يوسف، نهرا والدكتور خليل أنطوان صفير، الإرث لدى جميع الطوائف في لبنان ، صادر ، ط ٣ ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢٢) فهنا تواجه المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية صعوبة في التوصل إلى القانون الذي يحكم هذه التركة؛ نظراً

لتعدد القوانين الواجبة التطبيق من ناحية وبالتالي تجزئتها ، وكذلك لعدم توطن المورث في الدولة التي توجد أموال تركته الثابتة فيها من ناحية أخرى. بالإضافة إلى الإضرار - أحيانا - بحقوق دائني التركة وبحقوق الورثة أيضا ، (بنفس المعنى ، ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٦٥) كما وقد يعتبر الشخص وارثاً في قانون ما ولا يعتبر كذلك في قانون آخر ، وقد تتباين القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة من عدم قبولها، وشروط القبول إلى غير ذلك؛ الأمر الذي يؤدي إلى كثير من التعقيدات والتعارض عند تطبيق القوانين على تركة واحدة) (بنفس المعنى، هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني ،ص٣١٨).

ولا يرى الباحث ضيراً لو أخذ التشريع الأردني بما ذهب إليه التشريع اللبناني من إخراج التركة العقارية الواقعة في الخارج من قانون جنسية المورث وإخضاعها لإختصاص محاكم وقانون موقعها ؛ لأن ذلك يؤدي إلى سهولة تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي أمام محكمة دولة العقار .

وأخيراً فإن وجود رأي يخضع التركة بمجموعها إلى قانون واحد، وذلك تجنباً للتعقيدات والصعوبات الناجمة عن ازدواجية القانون الذي يحكم الميراث ، والتي أشرنا إليها سابقاً، لا يعني أن الأخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على التركة يجب أن يلزم تطبيق القانون الشخصي للمورث في كل الأحوال؛ حيث إن القانون الذي يحكم الميراث قد يتحدد في بعض المسائل وليس جميعها وهو ما سوف يكون مضمون الموضوع التالي.

٢- نطاق القانون الواجب التطبيق على الميراث

تنتقل أموال المتوفى بعد الوفاة إلى الخلف العام، وهذه الأموال تتصل بنظامين :-

الأول : نظام الميراث - الذي انطوت عليه أحكام قوانين الأحوال الشخصية للدول-؛ باعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية، مما يعني ارتباطها بالأشخاص وصلة العائلة، الأمر الذي يترتب عليه إخضاعها للقانون الشخصي للمتوفى، سواء أكان ذلك قانون الموطن، أم قانون جنسية المورث وقت الوفاة.

الثاني : نظام التركات : الذي جاءت به أحكام القانون المدني - باعتبار نظام التركات من مسائل الأحوال العينية(حيث يفترض هذا النظام انتقال الحق العيني على الأموال إلى الغير؛ وهنا يطبق قانون موقع المال للمورث.)، مما يتعين على الباحث تمييز الحد الفاصل بين هذين النظامين ؛ لاختلاف التطبيق القانوني لكلا النظامين.مقتصرين الحديث هنا على المسائل المرتبطة بنظام الميراث ؛ في حين أننا سنتناول المسائل المرتبطة بنظام التركات في قسم مستقل ؛ نظراً لأهميته الخاصة.

يخضع نظام الميراث في أغلب الدول إلى القانون الشخصي للمورث ، فمثلا في الدول العربية يحكمه قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، في حين أنه في بلدان أخرى ، كما في فرنسا وانجلترا ،والصين فإن قانون موطن المورث هو الذي يحكم تركته ، وهناك مسائل تدخل ضمن فكرة الميراث وبالتالي يطبق عليها القانون الشخصي للمورث وهي باختصار : ما تدور حول بيان أركان الميراث ، وشروط الميراث ، وموانع الميراث ، وأسبابه. وتخضع إلى هذا القانون وقت الوفاة شروط استحقاق الإرث، منها الحالة التي يعتبر فيها القانون المورث ميتاً ، والتي على أثرها يتم افتتاح التركة ، سواء أكانت الوفاة طبيعية ، أم حكمية وفي الأخيرة يطبق القانون الوطني،(بنفس المعنى ، نهرا، والدكتور خليل أنطوان صفير ، الإرث لدى جميع الطوائف في لبنان ، صادر ، ط ٣ ، ٢٠٠٠، ص ٣٢٩) فالقانون الذي يحكم الإرث يحدد ما إذا كان يعتد بموت المورث حقيقة أم حكما . كما يبين هذا القانون ما إذا كان شرطا لاستحقاق الإرث ، تحقق حياة الوارث وقت موت المورث حقيقة ، أم يكفي تحقيق حياته وقت موت المورث حكما.(بنفس المعنى ، الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة ، ص ٥٦١) (كما ويبحث هذا القانون في شروط اعتبار المفقود في حكم الميت. (بنفس المعنى، الكردي، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٣٠١) فهل يعتبر المفقود ميتا من وقت فقده أم من وقت الحكم بموته؟ (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦١) في

حين أن مسألة إثبات الوفاة ، تبقى خاضعة لقانون محل حدوث الوفاة ؛ لاتصالها بواقعة مادية تتكون عناصر إثباتها في ذلك المكان.(بنفس المعنى، منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٥٨٤) كما ويخضع إلى هذا القانون (الحالة التي تحصل فيها الوفاة جماعة وعدم معرفة أيهما توفي قبل الآخر). (بنفس المعنى، منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٥٨٥ ؛ الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦١ و٥٦٢) وما حكم حالة الوفاة الجماعية التي لم يتبين فيها من توفي قبل الآخر ؛ فالتشريعات قد تختلف في تحديد المعايير التي تعتمد في تعيين من تحصل وفاته قبل الآخرين أو القرائن في ذلك، ومدى تأثير ذلك على مسألة استحقاق الإرث والوصية، وهذا التباين قد يطرح ليس فقط على صعيد الأنظمة القانونية في الدول، بل قد يطرح أيضا على صعيد النظام القانوني في الدولة الواحدة. وفي هذه الحالة يتعين التفرقة بين فرضين: الفرض الأول أن يكون المتوفى جماعة من جنسية دولة واحدة، والثاني أن يكونوا من جنسيات مختلفة. ففي الفرض الأول الراجع تطبق قانون الجنسية المشتركة. وفي الفرض الثاني ، وأمام تعذر الاختيار، فإن الاتجاه يميل إلى تطبيق قانون دولة القاضي الناظر في المسائل الإرثية ، وهو من أحد مشاكل تنازع القوانين التي يمكن أن تتعرض إليها المحكمة مما يقتضي بالضرورة اختيار ، أو إيجاد حل عملي تجاوزاً لصعوبة يتعذر تجاوزها. فقانون قاضي النزاع ينحصر في تحديد أسبقيات الوفاة، فيبقى القانون الذي يحكم الإرث مطبقاً على المسائل الأخرى التي يثيرها موضوع توزيع الميراث.(بنفس المعنى، منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٥٨٥) كما يحكم هذا القانون "شروط استحقاق الجنين الموجود وقت وفاة مورثه ، وما إذا كان يكفي أن يولد حيا أم يلزم أن يولد حيا وقابلا للحياة ، أم يلزم أن تستمر حياته مدة معينة" (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦١)، ويدخل في تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة أيضا تعيين أشخاص الورثة (بنفس المعنى، شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص

القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٤٠٦)؛ (إذ يحدد هذا القانون درجة القرابة التي تخول حق الإرث، كما ويعين هذا القانون [الورثة، ومراتبهم، ودرجاتهم] ونصيب كل وارث من التركة) (بنفس المعنى، الكردي، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، ١٩٩٥، ص ٣٠١) "وما إذا كان الولد غير الشرعي، أو المتبنى هما من عداد الورثة. كذلك تخضع إلى القانون الشخصي للمورث درجة القرابة، والحصص الإرثية وأيضاً الحقوق المحفوظة، والحصص التي يمكن التصرف بها، ومرور الزمن على الحق الإرثي، أو إعتبار الإرث حالة للشخص (تصنيف لاحق) لا يمر عليها الزمن، أو التمييز بين الحق الإرثي وبين موضوع الحق واعتبار الأول حالة للشخص، والثاني حالة مالية، وهل يخضع إلى مرور الزمن" (منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ص ٥٨٥ و ٥٨٦).

كما يطبق قانون الجنسية للمورث وقت الوفاة على موانع الإرث وحالات الحجب سواء أكان حجب نقصان أم حجب حرمان - والحرمان وأهلية الوارث. (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٤٠٦؛ ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٧٠؛ منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ص ٥٨٦؛ عبد الرحمن، جابر جاد، تنازع القوانين، ١٩٦٩، ص ٤٥١؛ إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأبحاث وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٤٨٩؛ الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦٢) ومثل موانع الإرث اختلاف الدين، والقتل، والردة وغير ذلك من موانع الإرث في الشريعة الإسلامية، وكذلك أحكام العول والرد. (انظر، إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأبحاث وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٤٨٩؛ الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق عين شمس ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦٢).

ويخضع إلى هذا القانون بيان أصول انتقال الإرث، (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٨٦) من حيث بيان مدى حرية الوارث في التنازل عن التركة ، أو قبولها قبلاً مطلقاً أم بخيار الجرد. (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ١٩٩٠، ص ٤٠٦ ؛ عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥١ ؛ الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦٢) وكذلك ميعاد هذا القبول ، أو التنازل وشروطه وآثاره .^{٦٥} (عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ص ٤٥١، وانظر، هشام وحفيظة، ١٩٩٩، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني ، ص ٣٢١؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٤٠٦، فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٨٢، ص ٥٩٨. الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس ، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦٢) كما ويدخل في تطبيق هذا القانون جواز بيع منقولات التركة من قبل الوارث قبل قبوله الإرث علماً أن جواز ذلك يجب أن يتم بإذن من قاضي الأمور الوقفية. (بنفس المعنى ، عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩، ص ٤٥٣). كما يخضع إلى هذا القانون بيان مدى جواز تعيين منفذ الوصية من قبل المورث ، وما إذا كان يجوز للقاضي أن يعين مديراً للتركة، (الأصبحي ، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة" ، ومعرفة مدى اختصاص منفذ الوصية أو مدير التركة

^{٦٥} - (إن بعض التشريعات الأجنبية - وبخلاف الشريعة الإسلامية- تعتبر الإرث حقاً اختيارياً بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الإرث كله، أو قبوله بشرط الجرد حتى يتحقق من الالتزامات التي قد تكون على التركة ويحتوي الإرث في هذه التشريعات على جميع الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث وبالتالي فإن دين التركة ينتقل إلى الوارث ، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث.

أما عن بيان الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة إجبارياً، أي أنه يثبت للورثة بحكم القانون مما يعني عدم رفض التركة من الورثة، أو أحدهما، ويشمل هذا الإرث مجموعة الحقوق المالية (أي الذمة الإيجابية للوارث) . أما الالتزامات المالية (الذمة السلبية للمورث) فلا تكون = = محلاً للإرث وبالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء الديون التي تتعلق بالتركة ذاتها. (بنفس المعنى، الكردي ، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٣٠١).

(الأصبحي ،مصطفى ياسين محمد حيدر ، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري "دراسة مقارنة" ، كلية الحقوق عين شمس، ١٩٩٩، رسالة دكتوراة، ص ٥٦٢ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، ١٩٩٠، ص ٤٠٦؛ وبنفس هذا المعنى، انظر ، فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، ١٩٨٢، ص ٥٩٨؛ الكردي، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٣٠١). (وإن كان قانون المورث يسمح له بالتصرف فيها عن طريق الوصية، وهو الأمر الذي تجيزه القوانين الانجلوسكسونية في الغالب) (شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ، ١٩٩٠، ص ٤٠٦؛ وبنفس هذا المعنى، انظر ، فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، ١٩٨٢، ص ٥٩٨؛ الكردي، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٩٥، ص ٣٠١).

أما عن مآل تطبيق قانون جنسية الوارث، فيطبق إذ تعلق الأمر بحالته، كتحديد صفته من حيث الذكورة أو الأنوثة ودرجة قرابته، وكذلك يبين هذا القانون ما إذا كان يتوافر فيه وصف الزوج مثلا من عدمه. في حين أن قانون جنسية المورث هو الذي يبين استحقاق الوارث في تركة المورث من عدمه ، ونصيبه في هذه التركة. (انظر، إبراهيم ،إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٨٩).

ويضرب البعض مثلا على ذلك بميراث الابن غير الشرعي، إذا يبين القانون الذي يحكم الميراث ، نظام ميراث الأبناء غير الشرعيين ،وما إذا كانوا يستحقون من تركة الأب ، كما يبين أيضا نسبة الحصة الإرثية ، على حين أن قانون جنسية الابن غير الشرعي هو الذي يبين مدى اعتباره وُلداً طبيعياً ، (بنفس المعنى إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، حواشي ص ٤٨٩) وقد يستلزم الأمر تطبيق قانون جنسية الزوج، كما لو تعلق الأمر بالنظام المالي للزوج أو بنظام الدوطة. (إبراهيم ،إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٩٠).

وأخيراً يستثنى من تطبيق قانون جنسية المورث العقارات الواقعة في شرق الأردن؛ بحيث يطبق القانون الأردني طبقاً لأحكام المادة التاسعة من قانون التركات الأردني. وتخضع التركة العقارية الكائنة خارج الدولة اللبنانية إلى قانون موقعها. وتطبق المحاكم اللبنانية - وهي صاحبة الصلاحية بالنظر في التركة العقارية الكائنة في لبنان - قانون بلاد المورث على هذه التركة.

رابعاً: القانون واجب التطبيق على نظام التركات

سبق لنا وأشرنا في السابق بأن القانون الذي يحكم الإرث بشكل عام يتنازع قانونان.

الأول : القانون الذي يحكم نظام الميراث؛ باعتباره متعلقاً بالأحوال الشخصية ، وروابط العائلة ، مما يتوجب أن تخضع المسائل المرتبطة به إلى القانون الشخصي للمورث ، متى كانت موافقة للنظام العام في دولة المحكمة النازرة في المسألة الإرثية ولم يوجد سبب من أسباب استبعاده.

أما القانون الثاني : فإنه يطبق على المسائل المتعلقة بنظام التركات؛ لاتصالها بنظام الأموال وسلامة المعاملات ، ومن هنا يطبق عليها القانون العيني لعدم تعلقها بنظام الأشخاص وهو ما سوف نتناوله في هذا الموضوع بشيء من التفصيل.

من المعلوم بأن الميراث والوصية سبباً لكسب الملكية؛ فينتقل بطريق الإرث ملكية ما كان يملكه المتوفى حال حياته إلى الخلف العام بعد وفاته. وقد يكون التملك هنا إجبارياً ، أو اختيارياً ، أما الأول : فيدخل الشيء الموروث في ملك الوارث جبراً عنه، إذا توافرت في الوارث شروط الإرث ، وتحققت أسبابه ، وانتفت موانعه، { طبقاً للقانون واجب التطبيق }، فالوارث هنا يخلف مورثه في تركته جبراً عنه.(المستشار فتحي حسن مصطفى، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركاه، ١٩٩١، دون طبعة، ص٧٨)٦٦ أما بالنسبة للثاني: وهو ما يخص التملك الاختياري فيكون في الحالة التي يجوز فيها للوارث قبول الإرث ، أو رفضه والتنازل عنه ، أو قبوله بشرط الجرد ، أو قبول التركة بما لها من حقوق وما

^{٦٦} (تعني الخلافة في المال بأن الوارث لا يخلف مورثه إلا في ماله فقط بحيث تدفع أولاً ديون التركة وإذا بقي منها شيء يوزع على الورثة والموصى لهم . وإذا لم يبقى شيء فلا إرث. مع الإشارة إلى أن الوارث ، هنا، غير ملزم بدفع ديون التركة من ماله الخاص".(أنظر ،ش دراوي ، جورج ن ،حق الملكية العقارية ، ٢٠٠٦، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،لبنان ،ص١٥٢).

عليها من التزامات. فهنا تعتبر شخصية الوارث متصلة بشخصية المورث ، وبالتالي قبول التركة بحقوقها والتزاماتها، بخلاف الأمر في الدول العربية والإسلامية؛ حيث تعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث، فإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق، فلا تنتقل إلى الورثة بل تبقى على حكم ملك المورث حتى تقضي ديونه. (داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، الإصدار الأول، ٢٠٠٧، ص ٥٧).

(تعني الخلافة في الشخص بأن يخلف المورث الوارث في شخصه وماله، فينتقل إلى الوارث كل موجودات ذمة المورث المالية بشقيها الإيجابي والسلبي ويصبح ملزماً بدفع ديون التركة حتى من ماله الخاص.

خففت حدة هذا النظام عبر حق الخيار الإرثي الذي يسمح للوارث برفض التركة إذا كانت مستغرقة بالديون مثلاً). (أنظر، شدراوي، جورج ن، حق الملكية العقارية، ٢٠٠٦، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص ١٥٢)

وعليه فإذا كانت شخصية المورث مستقلة كل الاستقلال عن شخصية الوارث فلا يجوز النعي بأن أموال الوارث ضماناً لحقوق الدائنين ما دام أن القانون واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد لدولة القاضي لا يعتبر شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث، أو كان كذلك ولكن العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي تعلقت بطرف مسلم، فلو انتقلت ملكية المورث الأجنبي إلى الوارث بمجرد موت المورث؛ فإن التركة وحدها تعتبر ضامنة لحقوق دائني المورث؛ بحيث إن ضمان الدائنين تكون محصورة في تلك الأموال. ومن هنا فلا يحق للدائنين التنفيذ على أموال الوارث الخاصة متى كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم. (سعد، نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، دون طبعة، ص ٦١٨؛ وبنفس المعنى شمس الدين، عفيف، أسباب إكتساب الملكية العقارية، ١٩٩٥، ص ٣٤٦)^{٦٧} لذا يتوجب على المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية رد الدعوى لعدم الخصومة.

^{٦٨} طبقاً لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. هذا بعكس الحال لو كان قانون

^{٦٧} - (ذهب محكمة استئناف بيروت في القرار رقم (١٧٠) تاريخ ١٩٤٦/٥/١٤ إلى أن (قاعدة لا إرث قبل وفاء الدين) لا تمنع تصرف الورثة بأموال المورث . وكل ما ينشأ عنها هو أن يكون الوارث مسؤولاً شخصياً عن دين مورثه بقدر ما تناول من ارثه). (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية، ١٩٤٦، ص ٣٧٩).

^{٦٨} - فلأن شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث ولا تتحمل أي التزامات في حالة عدم وفاء أموال التركة بديونها فلا يحق لهم التنفيذ ذ على أموال الوارث ما لم يكن القانون واجب التطبيق يجيز ذلك، فالقانون الفرنسي الذي اعتبر شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث وتحل محلها في كل العلاقات القانونية، ويترتب على ذلك أن تشغل ذمة الوارث بما على التركة من التزامات عندما يقبل الميراث قبولاً بسيطاً محدد (انظر، العبيدي، على هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ٢٠٠٧، ص ٢٣١ و ص ١٢٤).

المورث وقت الوفاة يجيز للوارث الذي قبل بالتركة بدون قيد ولا شرط مكملاً لشخصية المورث ومسؤولاً عن كل ديونه مهما بلغت قيمتها وحتى لو تعلق الأمر بطرف مسلم. (عبود، موسى الوجيز في القانون الخاص المغربي ، ط ١ ، ١٩٩٤ ، ص ٢٦٩).

ونظر لوجود خلاف لدى جانب من الفقه (ديب، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٩ وما بعدها) حول القانون الذي يحكم مدى تطبيق القانون العيني على مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة؛ فإن القانون العيني يطبق بلا خلاف على المسائل المالية البحتة وعلى إجراءات التقاضي والمسائل المتعلقة بوضع اليد.

وبناء على ما سبق، فسوف نقسم هذا الموضوع إلى نقطتين نتناول في الأولى مدى تطبيق القانون العيني على مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة. أما النقطة الثانية فسوف نخصصها للمسائل التي يطبق عليها القانون العيني وذلك على التوالي.

١- مدى تطبيق القانون العيني على مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق

الورثة

تواترت أقلام فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر على إخضاع حقوق دائني المورث للقانون العيني؛ بحجة أن سلامة المعاملات المالية تقتضي ذلك ، في حين أن فئة من الفقه (ديب، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ص ٢٦٩ ، ١٩٨٦) ترى بأن هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها في الحالة التي تتعلق بحقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة للحجج والأسانيد التي سندرجها في متن هذا الموضوع. من المعلوم بأن المشرع كفل حماية حقوق دائني المورث للمحافظة عليها ، وذلك بتنظيم أحكام توفر لهم الحماية القانونية ؛ بغية عدم نفاذ التصرفات التي يمكن أن يقوم بها الورثة بمواجهتهم ؛ لأن ملكية أموال التركة تؤول إلى الورثة بمجرد تحقق وفاة المورث ، لذا يجب أن تتوافر الحماية القانونية للدائنين ، فلا يجب أن يعترف لهم القانون بحق عيني تبعي على أموال التركة فقط ، بل تنظيم الوسيلة التي تكفل لهم الاحتجاج بحقوقهم على من صدر له التصرف.(انظر ، بنفس المعنى ، سعد ، نبيل إبراهيم ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، ٢٠٠٣ ، دون طبعة، ص ٦١٨).

القانون المدني الأردني وفي المادة (١١٠٩)^{٦٩} لم يسمح بانتقال أموال التركة إلى الورثة إلا بعد تنفيذ التزامات التركة، -كالقانون السوري - وذلك انبثاقاً من القاعدة الشرعية " لا تركة إلا بعد سداد الدين" مما يؤدي إلى الحفاظ على حقوق دائني التركة. ومما هو لافت للنظر بأن قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة (٢٠١٠) جاء خالياً من النص على أولوية قضاء الالتزامات المتعلقة بالتركة -إلا أن المادة (١٠٩٣) مدني اردني أوجبت على وصي التركة صرف نفقات تجهيز الميت ، ونفقات مأتته-، بخلاف الأمر بالنسبة لأغلب قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية ؛ كقانون الإرث لغير المحمدين اللبناني الذي نص في المادة الثالثة عشرة منه على أولوية قضائها، حيث قارب هذا القانون في ترتيب أولوية أداء التزامات التركة مذهب أبي حنيفة الواجب التطبيق في المملكة الأردنية الهاشمية.(تنص المادة (١٠٩٣) على ما يلي : (يؤدى من التركة بحسب الترتيب التالي : ١- ما يكفي لتجهيز الميت ودفنه. ٢- ديون الميت ٣- ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية.. ويوزع الباقي بعد ذلك على الورثة وفقاً للأصول التالية....)

ومع ذلك فإن نص المادة (٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني نصت على تطبيق الراجح من مذهب أبي حنيفة، وبناء على ذلك يؤدى من التركة بحسب الترتيب التالي:-

أ- ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من المورث إلى الدفن بالقدر المشروع^{٧٠.٧١}

ب- ديون الميت.

ج- الوصية الواجبة. د- الوصية الاختيارية.

^{٦٩} (تنص هذه المادة على ما يلي: " بعد تنفيذ التزامات التركة، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي، أو بحسب نصيبه القانوني")

^{٧٠} - (رواية عن الحنفية والحنابلة، وهو ما نرجحه لأن حاجات الإنسان الضرورية مقدمة على حقوقهم، ومن أشدها تجهيزه حال موته، حتى لا يقع أهله في حرج شديد حيث يرون أنفسهم عاجزين عن تجهيزه من ماله ، وهو ما أخذت به المادة (١٠٩٢) من القانون المدني الأردني، داوود ، الحقوق المتعلقة بالتركة، المرجع السابق، ص ٥٧)

^{٧١} - وفي هذا ذهب محكمة التمييز اللبنانية -عرفتها المدنية بالقرار رقم (٧٣) تاريخ ١٩٦٠/٥/١٣ إلى أن المقصود من نفقات تجهيز الميت أن تجهيز الميت يعرف شرعاً بما يحتاج إليه الميت من حيث وفاته إلى حين دفنه ، والقاعدة الشرعية فيه أن ينفق في سبيل التجهيز من مال الميت بلا إسراف، باعتبار تلك النفقات حقا على التركة، وينفق في سبيله بنسبة أحواله وظروفه هو وليس ما يحتاج إليه ذووه وبنسبة أحوالهم وظروفهم . (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية ، ١٩٦٠، ص ٤٤٢) كما وأعتبر القرار الإستئنائي رقم (٤٨٥) تاريخ (١٩٥٦/٤/١٧)بيروت أن (: أن نفقات التجهيز والتكفين تعتبر من الديون الممتازة ، لم يعتبر الشرع من يقوم بتجهيز الميت وتكفينه متبرعاً بل أجاز له الرجوع على الورثة بما أنفق ، (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية ، ١٩٥٦، ص ٤٧٠)، بنفس المعنى (استئناف الغرفة المدنية، تاريخ ١٩٥٥/١١/٢٩ ،النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية ، ١٩٥٥، ص ٩٨٤).

ويستنتج مما تقدم أن القانون الأردني؛ كالقانون السوري ، ومن أجل حماية الدائنين (فرق من حيث أيلولة ملكية التركة إلى الورثة بحسب ما إذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق، فهنا لا تنتقل ملكية التركة إلى الورثة ، بل تبقى على حكم ملك المورث حتى يقضى ديونه)^{٧٢} (بنفس المعنى داود، أحمد محمد علي ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط١، الإصدار الأول، ٢٠٠٧، ص ٨٢).

أما إن كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق فإن أيلولة ملكية التركة إلى الورثة تتمثل في الجزء الخالي من الديون بمجرد الوفاة فقط.^{٧٣}

وقد نظم المشرع الأردني-كالمشرع السوري - في القانون المدني أحكام التركة من حيث تعيين وصي التركة (المواد من ١٠٨٧-١١٠١) ، وتسوية ديون التركة (١١٠٢-١١٠٨) ، وتسليم أموال التركة وقسمتها في المواد (١١٠٩-١١٢٢) ، وأحكام التركات التي لم تصف (١١٢٣-١١٢٤) فلا داعي لذكرها إلا حين تتطلبه هذه الدراسة. ومن المعلوم (أن القانون العيني يبين ما إذا كانت الديون موثقة برهن ، أو امتياز لصالح الدائن، وما إذ كان الدائن من الدائنين العاديين ، أم صاحب حق إمتياز، وبالتالي يكون لمن وثق حقه إستيفاء الديون من العقارات المثقلة بالتأمينات العينية ، وذلك بالتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين لهم في المرتبة، كما ويبين هذا القانون حقوق الدائنين العاديين ، ومدى إنتقالها إلى الورثة بمجرد الوفاة ، وما إذا كانت مثقلة بحق عيني تبقي شبيه الرهن، لتوثيق الوفاء بديون المورث. والتي

^{٧٢} - (وفي السياق هذا ذهبت محكمة التمييز اللبنانية بالقرار رقم(١٤) تاريخ ١٩٥٢/٢/٦ إلى أنه: (من المبادئ المقررة أنه بعد وفاة المورث المديون تنتقل الديون التي له أو عليه إلى تركته ، ولا يوزع الإرث قبل وفاء الديون) النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية، ١٩٥٢، ص٥٨٣). وينظر بعد وفاة المديون ملاءة تركته في الدعوى المباشرة وليس كملاءة الورثة شخصياً لأن الدين المتوجب على المورث يحصل مبدئياً من تركته وليس من أموال الورثة الشخصية) .

^{٧٣} - وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض المصرية ((أن التركة عند الحنفية ، مسخرقة كانت ، أو غير مستخرقة، تتشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها ، بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث ، أو من دائنيه وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل المواريث بصفة فرعية، ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائن التركة، التعليل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد من التشريع الوضعي، وذلك لأن عينة الحق مقررة في الشريعة الإسلامية، وهي - على ما سبق القول - القانون في المواريث. وإن فالحكم الذي ينفي حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشترها، ولو كان المشتري حسن النية وعقده مسجلاً فلا يكون مخالفاً للقانون " . (نقلاً عن كتاب الدكتور محمد ===المنجي، دعوى ثبوت الملكية، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص ١١٦، ص ١١٧)

تنتقل إلى الورثة في حدود أموال الشركة. وهذا الرهن الجبري يدرأ عن دائني المورث العاديين خطرين اثنين : -الأول : هو مزاحمة دائني الورثة لهم في استيفاء حقوقهم من أموال الشركة، والثاني: هو تصرف الوارث في أموال الشركة). (سوار، محمد وحيد الدين ، شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ومطابع الف باء- الأديب - دمشق، ١٩٦٨-١٩٦٩، دون طبعة، ص ٥٢٢) ومما هو جدير بالذكر أن قانون الشركات الأردني وفي المادة الرابعة فقرة (أ) منه؛^{٧٤} قد ميز بين ميراث غير المنقول والمنقول الكائن في المملكة، حيث كانت تطبق على غير المنقول الأحكام المتعلقة بالمسلمين ، بعكس الحال بالنسبة للمنقول الذي يخضع إلى قانون بلاد المورث حتى ولو وجد في الأردن- وهذا له مخاطر كثيرة إذا تم تطبيق قانون بلاد المتوفى؛ إن كانت الشركة مدينة ؛ لتعارض ذلك مع النظام العام، وفي جميع الأحوال نرى مع ما ذهب إليه جانب من الفقه (انظر بنفس المعنى ، ديب ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٧١) باستبعاد قانون بلاد المتوفى إذا كان يجيز للوارث قبول الشركة بما لها من حقوق وبما عليها من التزامات، وفي حالة استغراق الدين موجودات الشركة، وبالتالي هدم حق الخيار المقرر بموجب قانون المورث.

فالتسليم بما تقدم يستلزم البحث عن مدى تطبيق القانون العيني بالنسبة لحقوق دائني الشركة وأثرها على حقوق الورثة وهو ما سنبينه الآن.

بداية من المعلوم لنا أن قانون موقع المال له إيجابيات كثيرة ومع ذلك لا يخلو تطبيق القانون العيني من المثالب إذ تعلق الأمر بمسألة حقوق دائني الشركة وأثرها على حقوق الورثة، وكذلك الحال بالنسبة للعقود التي أبرمها المورث (المدين) مع الدائن،^{٧٥} وهذا لا يعني استبعاد القانون العيني الواجب التطبيق على المسائل الأخرى المتعلقة بحقوق الدائنين في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، بل إن تطبيق هذا القانون لازم في فروض معينة. (ديب ،فؤاد، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٩ - ٢٧٢).

^{٧٤} (تنص هذه المادة على ما يلي :-" مع مراعاة أحكام المادة التاسعة من هذا القانون تقوم المحكمة البدائية بتوزيع أموال الأجنبي

بحسب القواعد التالية :-أ- توزع الأموال المنقولة التي خلفها المتوفى حسب قانون بلاده ."

^{٧٥} (يفترض هنا تطبيق قانون الإرادة ،أو مكان إنعقاد العقد أو نفاذه)

أما فيما يتعلق بمسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة فإن تطبيق القانون العيني يؤدي إلى مجموعة من الإشكالات تناولها الدكتور فؤاد ديب (القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٦٩ وما بعدها) نوجزها بما يلي :

أ-إن تطبيق القانون العيني على مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة، على نحو ما قال به الفقه في مصر سيؤدي عملياً إلى تجزئة أموال التركة ، الموجودة في دول مختلفة وبالتالي تعدد القانون الواجب التطبيق على أموال التركة بتعدد الدول التي توجد فيها أموال التركة، مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي؛(ديب فؤاد ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٧٠) كما أوضحنا سابقاً. (ديب، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٧٠ انظر في مساوئ ازدواج القانون واجب التطبيق، ص ٢٠٣ من هذه الرسالة).

ب-إن تطبيق القانون العيني لا يستقيم مع قانون جنسية المورث وقت الوفاة فيما إذ كان الأخير يختص بتحديد ما إذ كان الإرث اختيارياً ، وبالتالي قبول التركة ، أو التنازل عنها ، أو السماح للوارث بقبولها دون قيد أو شرط، وفقاً لهذا القانون، التسليم بعدها بتطبيق القانون العيني على حقوق دائني التركة؛ لاحتمال قيام تناقض بين أحكام هذين القانونين ، وبخاصة إذا كان قانون موقع المال يعتبر الإرث دون وصية - (الميراث القانوني) - إجبارياً ولا ينقل ملكية التركة إلى الوارث إلا بعد سداد دين المورث - كما هو الحال في الأردن وسوريا والدول العربية - مما يؤدي عملياً إلى تعطيل حق الوارث في قبول التركة وفقاً لقانون بلاد المورث الأخير . (انظر، ديب، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،١٩٨٦، ص ٢٧٠ و ص ٢٧١).

ج- إن تطبيق قانون موقع المال على حقوق دائني التركة لا يتماشى مع مبدأ خضوع تعيين منفذ الوصية ، أو مدير التركة ، أو المصفي وتحديد إختصاصاته لقانون الجنسية فإن تطبيق القانون العيني لا ينسجم في حالة اختلاف أحكامه عن أحكام قانون موقع المال الذي يحكم حقوق دائني التركة .(انظر، ديب، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،١٩٨٦، ص ٢٧١).

د- فمن المسلم به أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني - (كالقانون المدني الاردني ١٦٣/٣) - قد أشار بشكل مباشر بالنسبة لتركات الأجانب غير المنقولة الموجودة في

المملكة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية (م ٩)، ويشكل غير مباشر بالنسبة للأموال المنقولة؛ لاتصالها بالنظام العام ذي الصبغة الإسلامية، مما يعني الأخذ بتطبيق قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين لحماية حقوق دائني التركة على نظام تصفية التركات بالنسبة للأموال الموجودة في المملكة ؛ لأن نظام تصفية التركات يقوم على أساس هذه القاعدة في الأردن وسوريا، وهذا يعني عملياً تعطيل قانون جنسية المورث الأجنبي الذي يحكم تركته ، إذا كان يأخذ بحق الإرث الاختياري، أو إذ كان يجيز للوارث قبول التركة دون قيد ، أو شرط، أي قبول التركة بما عليها من التزامات ولو أنها استغرقت موجودات التركة وبالتالي تعطيل حق الخيار المقرر بموجب قانون المورث. (أنظر ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦، ص ٢٧١).

هـ- أن تطبيق القانون العيني في سوريا والأردن والعمل بالقاعدة الفقهية التي تقول بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين ، يستلزم الأخذ بنص المواد (١٠٨٧-١١٠١) مدني أردني والمماثلة للقانون المدني السوري لتعيين مصف للتركة أن طلب أحد ذوي الشأن ذلك، سواء أكان من الورثة أم الدائنين ، ولو كان قانون بلاد المتوفى لا يجيز تعيين مصف للتركة على الأموال المنقولة الكائنة في المملكة والأموال بشكل عام في سوريا في مثل هذه الحالة ؛ مما يؤدي ذلك إلى إشكاليات عملية وتطبيقية تتمثل في عدم المقدره على اختيار القانون الأجنبي ،(ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦، ص ٢٧١) واحتمال قيام تناقض بين القانونين .

وعليه فتطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الأردنية والمقرر تطبيقها بموجب نص المادة (الثامنة عشرة) من القانون المدني- وهي نفس رقم المادة في القانون المدني السوري- والمادة (السابعة) من قانون التركات الأردني سوف يقف عقبة أمام حماية حقوق دائني التركة، ذلك أن الوصي لازم للقيام بإجراءات التصفية وتسوية الديون، فقد يكون محدداً من قبل المورث وقد يتفق الورثة على تحديده وفي حالة عدم الإجماع فإن المحكمة تقوم بتعيينه، وبالتالي نرى بأن إجراءات تصفية التركة تخضع إلى قانون الموقع، كما سبقت الإشارة في الفصل الثاني.

وبناء عليه فإنه عند (تعيين الوصي يتوجب على الدائنين أن لا يتخذوا أي إجراء على التركة ، ولا الاستمرار في أي إجراء كانوا اتخذوه ، إلا في مواجهة وصي التركة ، ويجب وقفها إلى حين تسوية جميع ديون التركة ، علماً بأن نظام التصفية في سوريا والأردن يتسم بسمتين توفر الحماية للدائنين ؛ الأولى المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم، والثانية بأنه نظام اختياري لذوي الشأن إلا في حالة تعيين المورث وصياً على التركة)^{٧٦} (انظر، العبيدي، على هادي ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٨).

وفضلاً عما ذكر سابقاً فإن النظام العام الأردني سيكون له أثر في بيان القواعد القانونية الواجبة التطبيق على تسوية جميع الديون طبقاً للقاعدة الشرعية سالفة الذكر.

و- تتطلب نص المادة (١١٠٩) مدني أردني لتطبيقها اعتبار تركة المورث ذات الطابع الدولي وحدة واحدة ومتكاملة تخضع إلى قانون واحد، كما وأن نص المادة (١/١١٠٤) من القانون المدني الأردني -والمماثلة للمادة (٨٥٤) من القانون المدني السورية- توجب وفاء ديون التركة أولاً مما يحصل من نقود - فإن لم تكف فمن ثمن ما فيها من منقول؛ فإن لم تكف بالوفاء بالدين فمن ثمن ما في التركة من عقارات، ومن هذا المنطلق فإننا نتساءل مع الدكتور فؤاد ديب عن آلية التنفيذ على عقارات التركة الموجودة في الخارج إذا لم يسمح قانون موقعها بذلك، في الحالة التي لا تكفي أموال المورث لتغطية حقوق الدائنين في دولة المحكمة النازرة في النزاع ، وبالتالي، فإن نص هذه المادة يتعدّر تطبيقه في هذا الفرض. (انظر ، بنفس المعنى ديب، فؤاد ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٧٢).

وبناء عليه نتساءل: هل السبيل لحصول الدائنين على حقوقهم غير منقوصة يستلزم تطبيق القانون العيني على كامل مسائل حقوق الدائنين. أم أن الأولى بالتطبيق هو قانون بلاد المتوفى بالنسبة لمسألة حقوق الدائنين وأثرها على حقوق الورثة في حالة عدم مخالفته النظام العام ؟.

^{٧٦} - (ومن أجل حماية حق الدائنين فإن وظيفة المصفي الرئيسية تتمحور بتسوية ديون التركة ، أما إذا لم تكن التركة قد صفت فإنه يجوز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها داخل إقليم المملكة، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، وأذا اشهروا بديونهم، ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن دائني التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم بلا سبب طبقاً لأحكام المادة ... من القانون المدني الأردني) (انظر عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥٨ و ٤٥٩).

يرى الدكتور فؤاد ديب أن قانون بلاد المتوفى هو الأولي بالتطبيق متى كان موافقاً للنظام العام السوري، لأنه يتلافى الإضرار بحقوق الدائنين والورثة على حد سواء، كما يؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق على التركة.

ومن هنا يرى الدكتور فؤاد ديب بأن حماية حقوق الدائنين كاملة لا يمكن أن تكون، إلا بتطبيق قانون بلاد المتوفى. (انظر ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،١٩٨٦،ص ٢٧٢) وإن كان قانون الموقع يضمن في بعض الأحيان سلامة حقوق الدائنين الموثقة بالرهن. أضف إلى ذلك أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين لاتهم حقوق دائني التركة وحدهم بل تتصل أيضاً بتحديد حقوق الورثة.

وفضلاً على ما تقدم، فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يسود العقود يستلزم أن تخضع مطالبة دائني المورث لحقوقهم إلى قانون الإرادة، وكما يبين القانون الأخير ما للورثة من حقوق لدى الغير. (إبراهيم إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول ،مركز الأجنبي وتنازع القوانين، ١٩٩٢،ص٤٩٢).

وعليه فقد ذهب هذا الفقه إلى وجوب خضوع مسألة حقوق دائني التركة وأثرها على حقوق الورثة لقانون جنسية المورث ؛ لعدم إمكانية الفصل في القانون الذي يحكم كلاً من حقوق الورثة وحقوق الدائنين، هذا بخلاف ما شاع بين أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص والذين يخضعون حقوق الدائنين إلى قانون موقع المال. (انظر ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦، ص ٢٧٢).

لهذا فإنه (لا يمكننا أن نطبق قانون موقع الأموال على جميع المسائل المتصلة بحقوق الدائنين؛ بل إن تطبيق قانون الموقع لا يمكن استبعاده عندما يكون القانون السوري هو القانون الواجب التطبيق على تركة المورث الأجنبي إذ يمكن تطبيق القانون السوري ؛ باعتباره قانون القاضي على المسائل المتعلقة بإجراءات تصفية التركة؛ باستثناء تلك التي تتصل بالموضوع فتبقى خاضعة لقانون جنسية المورث الأجنبي.

فالقانون العيني يطبق على المسائل المتعلقة بإنشاء التأمينات على عقرات الشركة وأموالها الموجودة في سوريا لصالح دائني الشركة، وبالتالي فإن القاعدة الشرعية لا تركة إلا بعد سداد الدين تكون قد حققت أهدافها.) (انظر ، ديب، فؤاد ، القانون الدولي الخاص ، تتازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٧٢ و٢٧٣).

ومما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق قانون موقع المال يحفظ حقوق الدائنين المحليين الذين يتوطنون في دولة موقع اموال الشركة.

٢- المسائل التي يطبق عليها القانون العيني

يطبق قانون موقع أموال الشركة على إجراءات التقاضي في دعوى الميراث، كتحرير الشركة وتثبيت المنفذ وتعيين مدير الشركة، والحجز والحراسة القضائية وتبليغ الأوراق القضائية... إلخ. فهي تخضع إلى قانون القاضي الناظر في المسألة الإرثية طبقاً لأحكام المادة الثالثة والعشرين من القانون المدني الأردني؛ لاتصال هذه الإجراءات وتلك القواعد بالنظام العام الأردني. (المصري، محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١ ، ٢٠٠٢، ص ١٤٧).

كما وتخضع إلى هذا القانون المسائل المالية البحتة التي لا علاقة لها بنظام الميراث، كالمنازعات المتعلقة بصحة الجرد.^{٧٧} (وكذلك المنازعات المتعلقة بوضع اليد على المنقولات والعقارات ، أو بشأن ملكية أعيان الشركة، وما إذا كانت مملوكة للمورث أم لا، - وسواء أكانت هذه المنازعات بين الورثة ، أم بينهم وبين الغير، - والمطالبة ببيع أموال الشركة على واضع اليد، سواء أكان وارثاً أم غير وارث، وقضايا الإدارة المؤقتة ، أو الحراسة القضائية وقضايا الحساب بشأن الشركة، بين الورثة فيما بينهم وبين الدائنين، سواء أكانوا من دائني الشركة، أم دائني أحد الورثة وقضايا القسمة وتصفية الشركات). (عبد الرحمن ، جابر جاد ، تتازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥٣ و ٤٥٤).

^{٧٧} أنظر نص المادة ١١٠١ مدني أردني والتي تنص على ما يلي : "كل منازعة في صحة الجرد ترفع بدعوى أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع البيان".

(وعليه فإنه تخضع إلى هذا القانون التدابير والاحتياطات المستعجلة للمحافظة على أموال
التركة وإدارتها مؤقتاً، حيث تعتبر متعلقة بالأمن المدني ، فيسري بالنسبة لوضع الأختام والجرد
وتسليم التركة إلى أمين مؤقت ، وإقامة حارس قضائي ، وإقامة مدير مؤقت على التركة حتى
تعيين المنفذ ، أو الوصي طبقاً للقانون المختص ، وإقامة وصي على التركة بجرد مالها وما
عليها إذ تنازل جميع الورثة عن الميراث ، أو لم يكونوا حاضرين، أو معروفين، كذلك ما يمكن
اتخاذ من هذه الإجراءات ومن له الحق في طلبها والجهة المختصة بإصداره، وذلك بمناسبة
تحقيق الوراثة، وما إذا كان من بين الورثة قاصر ينبغي أيضاً مراعاة ذلك). (قارن عبد الرحمن
، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٦٢). كما ويخضع إلى هذا القانون بيان الحقوق
والأموال التي تنتقل إلى الخلف العام والخاص^{٧٨} وينظم أيضاً حالة الشيوخ المترتبة على انتقال
التركة من المورث إلى الورثة ، وتكييف إدارة أموال التركة الشائعة بسبب الوفاة ، وانتقال التركة
شائعة بين الورثة ، كما وينظم حق كل من الورثة بالتصرف بما أختص به من الأموال التي آلت
إليه بالميراث ، ومدى الإلزام بالبقاء على الشيوخ ، وكيفية إنهاء حالة الشيوخ ، وقسمة التركة بين
الورثة ، ومن له الحق في طلب القسمة وآثارها المنشئ والكاشف، كما يحدد موقع المال وقت
تملك الورثة للتركة. (بنفس المعنى، إبراهيم ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب
الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٩٤؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي
الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص ٤٠٤ ؛ عبد
الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥٩ ؛ السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع
الإختصاص القضائي ، ١٩٨٥ ، ص ١٤٨). وتخضع إلى قانون موقع المال إجراءات العلانية
والتسجيل اللازم إتباعها لإشهار الميراث؛ باعتباره سبباً مكسباً للملكية طبقاً لأحكام المادتين (١١١١
و ١١١٢) من القانون المدني الأردني، إذ يجب على المحكمة المختصة أن تصدر حجة
بحصر الورثة، وبيان نصيب كل منهم في إرثه الشرعي وحقه الانتقالي بقسمة الأموال الشائعة
بين الورثة طبقاً لأحكام المواد (١٠٣٩-١٠٦٠) مدني أردني - كما ويجب تسجيل العقارات

^{٧٨} - (أن الوارث يخلف المورث في جميع حق وقه المالية باستثناء ما كان متصلاً بشخصه (أي المورث) ، أو كانت الحقوق تنتهي
بالموت طبقاً لأحكام القانون مثل حق الانتفاع)) الأستاذ الدكتور محمد يوسف الزعبي (دراسة متعمقة في الحقوق العينية) محاضرات
القيت على طلبة الدكتوراه في القانون الخاص ٢٠٠٦/٢٠٠٧. غير منشور

باسم الورثة الذين آلت إليهم ملكية هذه العقارات. (انظر، إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٤٩٤ ؛ عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٤٥٧ ؛ شوقي، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠، ص ٤٠٤).

كذلك يخضع إلى القانون العيني ما يتعلق بحق الدائن بإلقاء الحجز على المنقول لحفظ حقوقهم عليها، وعدم تسريبها إلى يد حائز حسن النية.

ومهما يكن من الأمر شيئاً ، فإن إجراءات التصفية تظل هي السبيل القويم الذي يمكن دائني المورث من ضمان حقوقهم والنأي بها عن أي تصرف ضار بها يصدر من الورثة وهذه الإجراءات يطبق عليها القانون العيني ، باعتباره قانون القاضي كما اشرنا سابقاً. (انظر سوار، محمد وحيد الدين ، شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ١٩٦٨-١٩٦٩، دون طبعة ، ص ٥٢٨)

خامساً:- الصعوبات التي تواجه القاضي الوطني في أعمال قانون المورث

قد تواجه المحكمة النازرة في المسألة الإرثية مجموعة من الإشكالات تحول دون تطبيق قانون المورث الذي أشارت إليها قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي الناظر في هذه المسألة ، ويعزى السبب في ذلك ؛ إلى اختلاف قوانين الدول النازمة لمسألة تنازع القوانين في ميدان الإرث ، وتعدد الشرائع في الدولة الواحدة ، وهذه الإشكالات تتمحور عادة في مشكلة تنازع الجنسيات ، وتنازع قواعد الإسناد أو (الإحالة) ، كما تتمحور هذه الإشكاليات أيضاً في مشكلة الإسناد لدول متعددة الشرائع و (التفويض) ، بالإضافة إلى عدم دستورية القانون واجب التطبيق ، ومشكلة الوراثة بين الدول، وتعذر الوصول إلى القانون واجب التطبيق لأسباب مختلفة. أما عن الأسباب التي تحول دون تفعيل قاعدة الإسناد في دولة القاضي - بالرغم من الوصول إلى القانون الذي يحكم المسألة الإرثية - ؛ فهي ترجع إلى أسباب تتعلق بالدفع بالنظام العام والتحايل على القانون

وهذا ما عبر عنه نفر (منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ط ١، ص ٧٠٦) "بالعوائق الخارجية المحتملة أمام السير المنتظم لتلك التقنية فلا تتصل بهيكل قاعدة التنازع، أو بنيتها وإنما هي عارضة تعرقل مسارها".

هذه العوائق توقع القاضي الوطني في صعوبة أعمال قاعدة التنازع في قانونه، وبالتالي تعطيل مفعولها مما يستدعي الأمر من الباحث إيجاد حلول لتلائم هذه العوائق في مادة الإرث والتركات، وبما يتفق مع النظام العام في دولة القاضي. علماً بأن بعض هذه العوائق ورد بها حل تشريعي، والبعض الآخر لا يوجد بشأنه سوى حلول قضائية، والبعض الأخير لا يوجد فيها لا هذه ولا تلك.

وعليه سوف نقسم هذا الموضوع إلى

١- الإشكالات التي تواجه المحكمة في تطبيق قانون المورث

٢- أسباب استبعاد قانون المورث.

أما بالنسبة لمشكلة التكييف فستستبعد من هذه الدراسة؛ نظراً لأنها تثور قبل تحديد قاعدة التنازع للقانون واجب التطبيق.

١- الإشكالات التي تواجه المحكمة في تطبيق قانون المورث

من المحتمل أن تواجه المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية عند تطبيق قانون المورث بعض الإشكالات، التي تحول دون تطبيق هذا القانون^{٧٩}، مما يستلزم من هذه المحكمة إيجاد بديل يلائم كل حالة من الحالات المعروضة أمامها. ويمكن لنا أن نتناول في هذا الموضوع أهم هذه الإشكالات بما يلي:

^{٧٩} - أن عدم تطبيق القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي سيؤدي لعدم حل النزاع،...فهذه الإشكالات تتمثل (حينما تعين قاعدة الإسناد الوطنية لقانون أجنبي غير موجود " لا نص في دولة قانون المورث وقت الوفاة، أو يتعذر إثباته أو التثبت من مضمونه، أو رفض المحكمة العليا إجراء رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي عند إساءة التفسير، فلا يكون هو القانون الواجب التطبيق). (أنظر، منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ص ٧٥١) كما وقد يكون للتعبير في القانون واجب التطبيق على تركة المورث، وذلك من خلال إستبدال قانون المورث عندما يكون الحل الذي يعطي للمسألة الإرثية غير ملائم، وذلك أن الحكمة التشريعية الكامنة في وضع قواعد النزاع هي في الوصول إلى الحل الأنسب لحكم العلاقة القانونية، وذلك بالإستناد إلى عناصر تركيز موضوعية وأساسية تحقق الإتصال الأوثق والأكثر معنى مع النظام القانوني المعين). (أنظر منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ١٩٩٤، ص ٧٥١).

- ١- الإشكالات المتعلقة بتنازع الجنسيات
- ٢- إشكالات تنازع قواعد الإسناد (الإحالة)
- ٣- إشكالات الإسناد لدول متعددة الشرائع و(التفويض)
- ٤- إشكالية الوراثة بين الدول
- ٥- الإشكاليات المترتبة على استخدام السوابق القضائية في بلدان القانون العام
- ٦- صعوبة الوصول إلى القانون الذي يحكم الإرث بسبب عدم دستورية القانون الأجنبي
- ٧- مشكلة عدم ملاءمة تطبيق قانون المورث. وسوف نتناول هذه الإشكالات على التوالي.

١) الإشكالات المتعلقة بتنازع الجنسيات

أشرنا في موضع سابق من هذه الأطروحة إلى هذا الموضوع بشئ من التفصيل ، وهنا سوف نشير بإيجاز تجنباً للتكرار - إلى الإشكالية المتعلقة بتنفيذ حكم حصر الإرث في أي من البلدان التي يحمل المورث جنسيتها ، متى كان الحكم صادراً في دولة أخرى كان المورث يحمل جنسيتها. كما سنتطرق إلى الرأي التشريعي الراجح لمشكلة تنازع الجنسيات السلبى. وسنشير بإيجاز إلى الرأي الراجح في تفضيل أي من الجنسيات التي يحملها المورث ؛ لأهمية التدرج في الموضوع هنا .

من المعلوم بأنه قد تكون للمورث (وقت الوفاة) أكثر من جنسية ، سواء أكانت من ضمنها جنسية دولة القاضي الناظر في النزاع ، أو ليست من بينها جنسية دولة القاضي ، وقد يكون المورث عديم الجنسية ؛ كما لو ولد في بلد معين دون حصوله على جنسية هذه البلد ، أو لجنسية دولة أخرى وتوفاه الله عن مجموعة من الورثة والأموال .

فبالنسبة لمشكلة تعدد الجنسيات فمتى كانت جنسية دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية من بين الجنسيات المتزاحمة ، توجب على القاضي أن يفضل هذه الجنسية على سواها ، وبالتالي سيعتبر المورث وطنياً وتخضع تركته إلى أحكام قانون القاضي . وهو غالباً قانون الأحوال الشخصية ، أو قانون التركات - (قانون الملة للوطنيين) - في دولة القاضي.

أما في الحالة التي تتعدد فيها جنسية المورث وليست من بينها جنسية دولة القاضي فقد تعددت الآراء بهذا الخصوص، والرأي الراجح يذهب للأخذ بالجنسية الفعلية ، وهذا ما تبنته هذه الدراسة في موضع سابق بقبول معينة في موضوع الإرث والتركات وهو ما أخذت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ؛ بخلاف المادة (السادسة والعشرين) من القانون المدني التي أعطت الخيار للقاضي في إختيار إحدى هذه الجنسيات. فأهمية البحث في هذا الموضوع تنبع من أنه قد تؤدي مشكلة تعدد الجنسية إلى إشكالات تتعلق بتنفيذ حكم حصر الأثر الأجنبي -في أي من الدول التي يحمل المورث جنسيتها -؛ فعلى سبيل المثال لو أن القانون اللبناني اعتبر المورث الأردني لبنانياً وأرادت المحكمة الأردنية - عند تنفيذ الحكم الصادر عن المحاكم اللبنانية- البحث بإستيفاء الحكم للشروط الواجب توافرها في تنفيذ الأحكام الأجنبية ؛ فتبين للقاضي الأردني أن المحكمة الأردنية كانت مختصة اختصاصاً أصلياً طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي الأصلي الذي أشرنا إليها في متن الفصل الثاني، فهنا سيرفض القاضي تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي ؛ لأن محاكم دولته هي صاحبة الاختصاص بالنظر في تركة المتوفى ، فلتحديد انتساب هذا المورث إلى إحدى الجنسيات (الأردنية ، اللبنانية) فما على القاضي الأردني إلا أن يطبق قانونه الوطني ، فإذا كان النزاع قد ثار أمام المحاكم الأردنية واللبنانية فإن الحكمين سوف يؤدي إلى عقبة أثناء تنفيذ أيهما في أي من البلدين. وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى إشكالات تنفيذ أحكام حصر الإرث الأجنبية. على ما سوف نوضحه لاحقاً في الفصل الرابع من هذا البحث. أما بالنسبة لحالة انعدام جنسية المورث فإن الصعوبة التي تواجه المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية تنور عند البحث عن تطبيق قانون معين على هذا النزاع متى كانت قاعدة التنازع تقضي بتطبيق قانون جنسية المورث، مما يتوجب على المحكمة البحث عن معيار معين يتحدد بمقتضاه هذا القانون كلما كان ذلك ممكناً ، وقد قيل في هذا الموضوع عدة آراء أشرنا إليها سابقاً، وقد رجحنا الأخذ بالرأي القائل بتطبيق فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية - في حالة تعدد الجنسيات - لتحديد مركز المورث عديم الجنسية وبشروط معينة . وقد ذكرنا بأن المادة (٢٦/٢) مدني اردني أعطت للمحكمة الصلاحية في البحث عن المعيار البديل لقانون جنسية المورث ، وقد أشرنا بأن المذكرة الإيضاحية أخذت بقانون محل إقامة المورث.

٢) إشكالات تنازع قواعد الإسناد (الإحالة)

يلزم القاضي الوطني بالفصل في النزاعات المثارة أمامه في جميع القضايا على اختلاف أنواعها ، ومنها الفصل في القضايا المشوبه بعنصر أجنبي طبقاً لقاعدة التنازع في قانونه ، فإذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي لقانونه، - بناء على أحد المعايير - فلا إشكال في الموضوع، حيث ينتهي دور قاعدة الإسناد ويتعين على القاضي الوطني أن يقوم بالفصل في المسألة الإرثية طبقاً للقواعد الموضوعية في قانونه . أما الإشكالية فتثور أثناء تطبيق المحكمة لقانون جنسية المورث بناء على قاعدة التنازع في قانونها؛ ذلك أن تحديد القانون الذي ينتمي إليه المورث بجنسيته- (القانون الأجنبي) - قد يقصد به القواعد الموضوعية ، أو القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، (ومن ثم يتعين تحديد أي من هذه القواعد هي الواجبة التطبيق ، وبعبارة أخرى هل يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية فقط في القانون الأجنبي ، أم أن التزامه يشمل كذلك تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون؟). (أنظر وقارن ، سامية راشد - بحث بعنوان قاعدة الإسناد أمام القضاء ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يولييه ، سنة ١٩٧٢ / العدد الثاني / سنة ١٤ الصادرة عن جامعة عين شمس ، ص ٣٨٩).

ولو افترضنا أنه (توفي شخص فرنسي في لبنان مخلفا وراءه عقارات ومبالغ مالية في البنوك العاملة بها وثار نزاع بشأن تركته وتحديد الورثة وحصصهم أمام المحاكم اللبنانية فإن القاضي سوف يخضع الميراث إلى قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة. فما المقصود بالقانون الفرنسي -قانون جنسية المورث- الواجب التطبيق ؟ هل يطبق القاضي اللبناني القواعد الموضوعية في هذا القانون التي تحدد شروط استحقاق الإرث وصفة الورثة وأنصبتهم وحالات الحجب وغير ذلك من المسائل -وهو قانون يعطي الحل المباشر للنزاع)- أم يلزم أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي؟ (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٥). فإذا تبين بأن المقصود القواعد الموضوعية (المادية ، الداخلية)، توجب على القاضي الفصل في المسألة الإرثية بتطبيق القواعد المادية ، لأن الأخيرة

(تتكفل بأن تعطي مباشرة حلاً نهائياً للنزاع) (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨٥) .

ولما كان من المحتمل أن يكون المقصود بقانون المورث القواعد المادية وقواعد التنازع ، فإن الإشكالية تثور حينذاك ؛ مما يؤدي ذلك إلى تنازع قواعد الإسناد ولقبول الإحالة ، وهنا قد يكون التنازع إما إيجابياً ولما سلبياً .

أما بالنسبة للتنازع الإيجابي، فيكون في الحالة التي تشير كل قاعدة من قواعد الإسناد لعقد الاختصاص لقانون دولة القاضي الداخلي . فعلى سبيل المثال يخضع الميراث المنقول للمورث الأردني والذي يوجد موطنه في إنجلترا - بمقتضى قاعدة الإسناد الإنجليزية - للقانون الإنجليزي ، أي قانون موطن المورث الأخير ، متى عرض النزاع على المحاكم الإنجليزية ، بينما يكون الإختصاص للقانون الأردني إذا عرض النزاع نفسه على إحدى المحاكم الأردنية ؛ على اعتبار أن قاعدة التنازع الأردنية المنصوص عليها في القانون المدني تقرر إخضاع التركة المنقولة وغير المنقولة لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ، حيث يعتبر المورث وطنياً في نظرها ويتوجب بالتالي تطبيق القانون الأردني .

وعليه فإن التنازع - (التزام) - الإيجابي يفرض على المحكمة المعروض عليها النزاع المتعلق بتركة المورث، أن تطبق قانونها الوطني - سواء أكانت المحاكم الأردنية أم المحاكم الإنجليزية - ، بخلاف الأمر بالنسبة للتنازع السلبي - (النوع الثاني) - بين قواعد الإسناد؛ حيث إن كل قاعدة من قاعدتي الإسناد المتزامتين تتخلى عن اختصاصها لتتيط الاختصاص إلى قانون دولة أخرى ، وتدفعه عن قانونها هي ، كما هو الحال عند نشوء نزاع حول التركة المنقولة إلى المورث الإنجليزي الذي يوجد موطنه في الأردن؛ فهي تخضع بمقتضى قاعدة الإسناد الأردنية إلى القانون الإنجليزي ، بوصفه قانون جنسية المورث الأخير وقت الوفاة، بينما يسري على تركته، بموجب قاعدة التنازع الإنجليزية القانون الأردني بوصفه قانون موطن المورث الأخير ، ولتوضيح ذلك سنسوق مثالا آخر يوضح هذا النوع من التنازع :-

" لو توفي شخص فرنسي في ألمانيا؛ حيث كان يوجد موطنه ، مخلفاً تركة منقولة ، فلو عرض نزاع بهذا الشأن على المحاكم الألمانية ، فإنها ستجد نفسها مضطرة إلى إحالة

الاختصاص إلى القانون الفرنسي ، - الذي هو قانون جنسية المتوفى - والذي تأمرها بتطبيقه قاعدة الإسناد الألمانية. في حين لو عرض مثل هذا النزاع على القاضي الفرنسي لوجب إخضاع التركة المنقولة للقانون الداخلي الألماني - اعتباراً - لأن قاعدة التنازع الفرنسية تقضى بأن التركات المنقولة يحكمها قانون آخر موطن للمورث". (زوكاغي ، أحمد ، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي ، تنازع القوانين ، ط ١، دار توتفال للنشر ،الدار البيضاء ، ط ١٩٩٢ ، ص ٤٩).

وعليه فإن التنازع السلبي لقواعد الإسناد تقرر الاختصاص لقانون أجنبي معين ، وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي ، أو لقانون دولة ثالثة ، الأمر الذي يؤدي إلى أن تعطي قواعد الإسناد في كل دولة الاختصاص لقانون دولة أخرى ؛ حيث يطلق الفقه إذ ردت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي لقانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى)؛ أما في الفرض الذي يعقد الاختصاص لقانون دولة ثالثة فإننا نكون أمام ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية وقد نكون أمام ما يسمى بالإحالة متعددة الدرجات إذا أحال قانون الدولة الثالثة إلى قانون أجنبي رابع. ومما هو جدير بالملاحظة أن السبب وراء تنازع قواعد الإسناد، يعود إلى اختلاف القانون الذي يحكم الفيئات القانونية بين قانون دولة القاضي الناظر في النزاع ، وبين القانون الأجنبي التي أشارت إليه قاعدة التنازع ؛ فعلى سبيل المثال ينص القانون الألماني على أن تركة المتوفى يجب تقسيمها وفقاً لقانون بلاده، أي جنسيته وقت الوفاة ، وهو على فرض القانون الإنجليزي بينما القانون الإنجليزي ينص على أن أمواله المنقولة يجب تقسيمها وفقاً لقانون موطنه وقت الوفاة ، وبحسب القانون الإنجليزي كان في وقت وفاته مقيماً في ألمانيا .وقد يكون السبب أيضاً لتنازع قواعد الإسناد السلبي - (هو اختلاف المعنى بالنسبة لمفهوم الربط بين النظم القانونية المختلفة وهو ما عبر عنه جانب من الفقه -O.Kahn- FREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p247) إن التطابق الظاهري لقواعد الاختيار للقانون قد يخفي تنوعاً فعلياً).

فتوريث الأموال المنقولة بموجب قوانين إنجلترا ، وفرنسا ، ونيويورك ، متفقه بأن يحكم هذه الأموال (محل الإقامة الأخير) للشخص المتوفى ، ولكن الانسجام يخفي تناقضاً ، ففي إنجلترا له معنى مختلف تماماً عن المعنى في فرنسا أو نيويورك (. O.Kahn- FREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p247) هذه الأسباب فضلاً عن قبول قانون دولة القاضي الناظر في النزاع فكرة الإحالة ، واحتمال إحالة النزاع إلى قانون دولة القاضي بموجب قاعدة التنازع لقانون دولة ثالثة ، تؤدي إلى إشكالات تتعلق بحل المسألة الإرثية.

فتنازع قواعد الإسناد (السلبى) ، كما تبين لنا سابقاً ، تؤدي إلى صعوبة تطبيق القانون المعين بمقتضى قاعدة الإسناد؛ في القوانين التي تقبل قوانينها بالإحالة فقاعدة التنازع في القانون الأردني - (في المثال السابق الأول بالنسبة للتنازع السلبى) - ، تقضي بوجوب تطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية المورث وقت الوفاة ، في حين أن قاعدة التنازع في القانون الإنجليزي تقضي بتطبيق القانون الأردني؛ باعتباره قانون موطن المورث الأخير. (بنفس المعنى ، نعوم السيوفي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٨٥ ، ص ٦٧) فهنا يتبادل قانون المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية ، والقانون الذي عينته قاعدة الإسناد الصلاحية في حكم النزاع (التنازع السلبى من الدرجة الأولى) ، وتراشق الصلاحيات بين القانون الذي عينته قاعدة القانون المعين ، وبين القانون الذي أحالت عليه (التنازع السلبى من الدرجة الثانية) ، مما ينتج عنه الوقوع في الحلقة المفرغة بسبب إعطاء كل من القوانين الصلاحية لقوانين الدول الأخرى ، كما وإن عدم وجود قاعدة نزاع داخلية ، في الدول المتعددة الشرائع على أساس إقليمي ، أو شخصي يمكن من اختيار القانون الشخصي من بين القوانين الداخلية المتعددة تؤدي إلى صعوبة تطبيق قانون المورث أيضاً ، (بنفس المعنى ، منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٥٨) والإشكالية الأخيرة تلازم تنازع قواعد الإسناد في بعض الأحيان وهي ما سوف نوضحها بعد قليل بالإشكالية الثالثة .

ولما كانت الإحالة تؤدي إلى إشكالية تتعلق بتحديد القانون الذي يحكم النزاع فإن موقف الدول والتشريعات قد تباينت ، فمنها من أخذ بهذه الفكرة ومنها من رفضها بشكل قاطع .

وبالنسبة لموقف القانون الأردني ومن خلال استقراء النصوص الخاصة بقواعد الإسناد في القانون المدني الأردني - (م ٢٨) وهي مطلقة وعامة-، فتبين لنا بأنه رفض فكرة الإحالة (كتطبيق وليس كمبدأ) ، بدليل القبول بها في الحالات التي يمكن فيها تطبيق القانون المحال عليه (منصور ، سامي، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص٢٧)، حسب الاستثناء الخاص الذي جاءت به المادة الرابعة فقرة (ج) من قانون التركات الأردني للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة (١٩٤١) حيث نصت هذه المادة على ما يلي : "إذا كان قانون البلاد الذي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الإقامة ، أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة ، شريطة أنه إذا كان قانون بلاده ينص على تطبيق قانون محل الإقامة ، أو القانون الديني ولم تكن في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده. ويشترط كذلك إذا كان قانون بلاده لا ينص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص، أن يطبق القانون العثماني" (منصور ، سامي، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص٢٧).

وعليه فإن قانون التركات الأردني قبل بالإحالة إلى قانون محل الإقامة، أو القانون الديني ولكن شريطة أن تكون في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص (منصور ، سامي، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص٣٠) فلجواز الإحالة بهذا القانون يلزم توافر شروط معينة .

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المادة الخامسة من قانون التركات الأردني نصت على أنه : "في أية حالة يكون فيها الأجنبي المتوفى عند وفاته مسلماً ، ويكون قانون بلاده قد نص على تطبيق

الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتوزيع أمواله ، أو منتمياً إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة دينية، فيجوز لرئيس المحكمة البدائية أن يحيل أمر إدارة أموال هذا الشخص وتوزيعها على المحكمة الدينية ذات الاختصاص إذا هو استصوب ذلك ورآه عدلاً ."

وفي القانون اللبناني نجد أنه التزم الصمت حيال هذه الفكرة ؛ "لأن الدولة اللبنانية متعددة الشرائع فلم تتعرض إلى الإحالة بنص قانوني" (منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ٣٠) ، حيث لم نجد أي نص يدل على القبول بالإحالة ، أو رفضها مما يجعلنا نتساءل عن تفسير هذا السكوت ، هل يعني ذلك بأن المشرع اللبناني قد ترك الخيار للقاضي في الأخذ بهذه الفكرة ،أما أن ذلك يعني الرفض القاطع لفكرة الإحالة ؟.

انقسم الفقه في لبنان بين مؤيد للإحالة وبين معارض لها في مادة الإرث ،ومرجع ذلك حسب ما يراه نفر(محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢٢) " لتعذر أعمالها لأسباب تقنية وفنية خاصة بالقانون اللبناني ، كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية (والإرث بشكل خاص) والذي يشكل أحد موادها" .

وبالنسبة للقضاء اللبناني وعلى أثر صدور قانون الإرث لغير المحمديين إستقر القضاء على الرفض المستمر للإحالة .(قرار تمييز الفرفة الخامسة ، قرار رقم (٧٧) تاريخ ٢٧ أيار سنة ١٩٩٨. منشورات مجلة حاتم /الجزء ٢١٥، ص ١١ وما يليها .ومجلة العدل ،١٩٩٨، عدد الثاني ،ص ١٠٥ وما يليها) نقلا عن سامي منصور ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مشار إليه سابقا، ص ٣٠؛ وانظر قرار محكمة التمييز رقم (٣٥) تاريخ ٢٠/٤/١٩٥٥، النشرة القضائية لسنة ١٩٥٥، (ص ٤١٧)

وهنا يرى الباحث أن يترك الأمر للفقه والقضاء في هذه الدولة ؛ ليعطي الرأي السديد في هذا الأمر ، فهما أعلم بالنظام القانوني اللبناني من غيرهم.فلا نستطيع أن نقرر ما أخذ به القضاء أو نرجح رأي الفقه المعارض أو المؤيد في هذا النظام .

رأينا في الإحالة بالنسبة لمادة الإرث والتركات في القانون الأردني

يلاحظ مما سبق بأن القبول بالإحالة في القانون الأردني قد لا تتواءم مع قاعد التنازع في مادة الإرث والوصية والمنصوص عليها في المادة الثامنة عشرة من القانون المدني، والتي تسعى إلى وحدة القانون الذي يحكم التركة ، فالأخذ بهذه الفكرة لا يحقق الهدف الذي سعى إليه القانون المدني الأردني، بل يؤدي ذلك إلى تطبيق أكثر من قانون على التركة ؛ فمنها ما هو خاص بالعقار ، ومنها ما هو خاص بالمنقول ، مما يترتب على ذلك تفتيت التركة ، وتقطيع أوصالها إلى تركات تخضع إلى قوانين مختلفة ، أضف إلى ما سبق فإن القبول بالإحالة قد يؤدي إلى نتائج لا تحمد عواقبها ، وخاصة في الحالة التي تؤدي قاعدة التنازع لإسناد لقانون دولة لا شأن لها في حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ؛ كإسناد إلى دولة لا ينتمي إليها المورث بجنسيته ، أو لا توجد فيها أية أموال للتركة، كما أنها قد تؤدي في أغلب الأحيان إلى الوقوع في حلقة مفرغة ، بسبب تراشق قواعد الإسناد في التنازع السلبي ، أضف إلى ذلك أن الأخذ بها قد يؤدي إلى تعذر تطبيق القانون المعين ، أو عدم ملاءمتها للأنظمة التي تركز على عامل الدين في مسائل الإرث ، والأحوال الشخصية؛ بحيث أضحت هذه النظرية كما يريد البعض في تراجع مستمر، أو إلى الاندثار) (أنظر، منصور ، سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٥). وعليه فإن الأخذ بالمادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني وتطبيق قانون واحد على التركة لا يتوافق مع الأخذ بالإحالة، بخلاف الأمر بالنسبة لقانون التركات الذي أجاز الإحالة بشكل عام، بالإضافة إلى قبول هذا القانون تطبيقاً القانون الديني في حالة الإحالة إليه من قانون المورث، أو تطبيق قانون بلاد المورث على المنقول . لذلك فإن قبول الإحالة في القانون الأردني في مادة الإرث والتركات هو الأصل ، ورفض تطبيقها عندما لا يتحقق في ذلك عنصر الملاءمة. (بنفس المعنى، منصور ، سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣ ، ص ٣٥) وبهذا أخذت المادة الرابعة فقرة (ج) من قانون التركات الأردني. (تنص هذه المادة على أنه: " إذا كان قانون البلاد

الذي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الإقامة ، أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة ، بشرط أنه إذا كان قانون بلاده ينص على تطبيق قانون محل الإقامة ، أو القانون الديني ولم يكن في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده. ويشترط كذلك إذا كان قانون بلاده لا ينص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص، أن يطبق القانون العثماني".

ولتجنب العوائق سألنا الذكر نرى بأن الأخذ بالقانون الديني للمورث يحقق مزايا إيجابية، وخاصة إذا علمنا بأن الأخذ بضابط الجنسية ؛ سيؤدي في الغالب إلى تطبيق قانون الأحوال الشخصية في بلد المورث .

"مما يمكننا اختصار تطبيق قاعدة التنازع بكامل أبعادها وتطبيق القانون الديني الذي تسعى إليه الأنظمة الدينية ، والتي هي إخضاع العلاقة إلى القانون الذي يحقق لها عنصر الملاءمة ، وهو ما لا يتحقق عند إخضاع الإرث ، أو حالة الشخص الذي ينتمي إليها ذلك الشخصي ، وقد يتعذر الاختيار عندما تتعدد الأنظمة الدينية ، أو التي توجه إلى أشخاص من دين معين ، وهذا ما عبرت عنه محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ ٣٠ نيسان عام ١٩٥٥ ، بالآتي :-" فعلى فرض أننا اتبعنا الرأي القائل بضرورة تطبيق القانون اللبناني ؛ لأن أحكام القانون الدولي الخاص الفرنسي تقضي بتطبيقه على عقارات الفرنسيين الموجودة في لبنان ، فإنه من الثابت أن ذات القانون يمنع تطبيق أحكام القوانين الأجنبية، ومنها القانون اللبناني ، والتي ينشأ عنها امتياز ما للأقارب العصب مهما بعدت درجة قرابتهم للمتوفى على ذوي الأرحام ، أو للذكور على الإناث ، وذلك لأنها حسب المفهوم الفرنسي لا تأتلف مع ما يعتبر أنه من الأسس الجوهرية المبنية على أنظمة الموارث " ؛ من هنا النزعة لدى الأنظمة الدينية المشار إليها إلى اعتماد هذه المصلحة على حساب قاعدة التنازع . "(بنفس المعنى، منصور ، سامي، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، مجلة الدراسات القانونية التي تصدر عن جامعة بيروت العربية، العدد الثاني، ٢٠٠٣ ، ص ٢٤).

وعليه نرى بأن تطبيق القانون الديني يجنبنا عوائق الإحالة وتنازع الجنسيات، وغالباً ما يكون القانون الديني من ديانة الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته لافتنا النظر إلى أن قوانين

الأحوال الشخصية في الدول لا توجد فيها قواعد لحل التنازع أو الإحالة. (ذهب البعض إلى إعمال فكرة الحل الوظيفي في الإحالة عندما لا تحقق الإحالة من الدرجة الأولى -توقعات الأفراد ويتناقض والغاية من قاعدة التنازع ولا يحقق مراميها ، تعين رفض الإحالة وتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي).

(محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢٣)

٣) إشكالية الإسناد إلى دول تتعد فيها الشرائع و (التفويض)

من المحتمل أن يجد القاضي الناظر في المسألة الإرثية أثناء تعيين القانون واجب التطبيق أن القانون الأجنبي هو قانون دولة متعددة الشرائع ، سواء أكان هذا التعدد شخصياً أم إقليمياً ؛ (حيث يعزى سبب التعدد هذا إلى أن الدول تختلف من حيث شكلها ، أو تركيبها القانوني ، فمنها ما هو ذو نظام قانوني موحد ، يسرى على جميع أجزاء إقليم الدولة ، كما يسري على جميع رعاياها دون تفرقة بسبب الجنس ، أو الدين . ومن الدول ما يقوم نظامها القانوني على تعدد الشرائع ؛ فتسري كل شريعة على جزء معين من إقليم الدولة دون غيره ، كما هو الحال في الدول الفيدرالية ؛ كالولايات المتحدة؛ حيث تشكل كل ولاية وحدة تشريعية مستقلة- وهذا هو التعدد الإقليمي. وفي بعض الدول تسري كل شريعة على طائفة معينة من الأفراد يحددهم المشرع وفقاً لمعايير معينة ؛ كالدين ، والجنس). (أنظر ، راشد ، سامية - ، قاعدة الإسناد أمام القضاء ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو ، سنة ١٩٧٢ / العدد الثاني / سنة ١٤ الصادرة عن جامعة عين شمس ، ص ٤٢٣) وهذا النوع هو التعدد الشخصي وهو الأكثر ملائمة لهذه الدراسة.

ولا بد من الإشارة هنا "إلى أن الغموض أو الإشكاليات الناجمة عن التعدد ينشأ وربما شيوع الكيانات الدستورية والسياسية المختلطة. أن معنى " الجنسية" لكيان مختلط ليس غامضاً بشكل ذاتي عادي :- إذ ليس هناك شك فيما يتعلق بما هو مقصود بموطن الولايات المتحدة. ومع ذلك فإن ما هو واضح بشكل ذاتي ربما ، كما رأينا ، يصبح غامضاً بشكل سياقي . فإذا نص القانون الألماني على أن أموال شخص أمريكي يجب تقسيمها بحسب قانون جنسيته (القانون الأمريكي)

(ولن هناك واحداً وخمسين قانوناً أمريكياً) فإن على القانون الألماني أن يقول لنا ، من هذا الجانب ، ما يعنيه "بالجنسية" وما إذا في حالة معينة كان قانون الجنسية يعني قانون نيويورك ، كاليفورنيا أم مقاطعة كولومبيا . وأن يقول لنا ما يعنيه القانون الألماني (بالجنسية)، إلا إذا أحالنا القانون الألماني بالفعل إلى قاعدة في (القانون الأمريكي) التي تنظم النزاع الداخلي (إن وجدت مثل هذه القاعدة)". (O.Kahn- FREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, SIJTHOFF & NOORDHOFF, 1980, ALPHEN AN DEN RIJN, THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND, USA, p244)

ولما كانت هنالك عوائق تواجه القاضي الوطني في تحديد القانون الشخصي للمورث متعدد الجنسية وعديهما - على ما سبقت الإشارة إليه سابقاً - ، فإن الجنسية في حالة الإسناد إلى دول تتعدد فيها الشرائع محددة بجنسية واحدة ولا تثير أي تنازع؛ بل يكون النظام القانوني لدولة المورث التي ينتسب إليها تتضمن أكثر من قانون واحد من قوانين الأحوال الشخصية -تعدد شخصي ، أو تعدد شخصي إقليمي-، والتي يختلف سند تطبيقها بالنسبة لمواطني الدولة المذكورة بمختلف طوائفهم الدينية ، وباختلاف الأسس التي يبني عليها اختصاص كل قانون من قوانين الأحوال الشخصية الجاري العمل بها داخل الدولة نفسها. فضابط الاسناد هو عنصر شخصي يتمثل في الطائفة أو الدين الذي ينتمي إليه المورث.

وإختلاف القواعد القانونية الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية ، والميراث بالنسبة للأفراد ؛ مرجعه تباين وتنوع الديانات ، أو إختلاف المذاهب الدينية بالنسبة للديانة الواحدة، وداخل نفس الدولة المتعددة الشرائع الشخصية . (مما يثير ذلك تنازعا في المكان أو قريبا منه في الدولة الواحدة ، وبين قوانين الطوائف ، وهذا هو التعدد الشخصي القائم على معيار الدين).
فموضوع الإرث يقوم على تعدد شخصي ؛ لأن سبب التعدد الشخصي هنا قائم على أساس ديني أي مقتبس من أصول دينية أو طائفية ،....والغالب أن تأخذ المحكمة عندئذ بقانون الديانة أو الطائفة التي ينتمي إليها الشخص أو قانون الجماعة التي ينتمي إليها المورث وقت الوفاة (بنفس ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ١٨١).

ونحن نرى مع جانب من الفقه (دريد ،محمد طلعت ، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف بالاسكندرية ،جلال حزي ،١٩٩٧، هجري ، ١٤١٨ ،ص٣١٠) "بأن تعدد الشرائع في مسائل الأحوال الشخصية يقوم على أساس تعدد الأديان ، حيث ينبغي في هذه الحالة أن يترك للقانون الداخلي لتلك الدولة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من هذه التشريعات المتعددة ، وإن كان ينتمي المورث بالقانون الديني إلى ديانة ما وجب أخذها بعين الاعتبار عند تحديد القانون واجب التطبيق."

ومن المعلوم بأن الدين هو المصدر المباشر الأصلي للقاعدة القانونية بالنسبة للتنازع الشخصي ودور المشروع إزاءها هو دور إعلاني وحماي ؛ فالسلطات الدينية في الدولة تستقل بوضع قوانينها التي هي من مصدر ديني، ودور المشرع والقضاء يكون برسم الحدود القانونية ، أو تحديد المساحة التي تعود إلى هذه السلطات التشريع فيها ، ومنع كل تجاوز من هذه السلطات لهذه الحدود .

ويكون الاختيار في التنازع الشخصي للسلطة التي تكون صاحبة الصلاحية في حل النزاع، وليس للقانون مباشرة كما في التنازع الإقليمي ؛ لأن التنازع هذا هو تنازع بين السلطات الشخصية داخل الدولة ، والمطلوب هو تحديد السلطة المختصة من بينها لتكون هي الصالحة للنظر في النزاع ، وهذه السلطة لا تملك إلا تطبيق قوانينها، فعنصر التعيين في التنازع الشخصي هو العنصر الشخصي الذي يرتكز على إنتماء الشخص إلى دين ،أو طائفة ؛ فالدين أو الطائفة في التنازع الشخصي الداخلي يأخذ دور الجنسية في التنازع الدولي .(منصور ،سامي بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مرجع سابق، ص٣٧و٣٨) . ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الأردني أعطى حلاً للقاضي يستتير به للتخلص من العقبات المترتبة على إشكالية الإسناد إلى دول متعددة الشرائع ، حيث نرى بأن المادة السابعة والعشرين من القانون المدني الأردني شملت نوعي التعدد، الإقليمي والشخصي لإطلاقها (نصت هذه المادة على أنه:" إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها").

ومن هنا فعلى القاضي الأردني الناظر في المسألة الإرثية وغيرها من المسائل أن يستشير قواعد الإسناد المعمول بها في الدولة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد من أجل التوصل إلى معرفة أية شريعة من الشرائع الشخصية يتعين تطبيقها على حالة وأهلية أو إرث المعني بالأمر مشيراً إلى أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني لم يتطرق إلى مسألة الإسناد إلى دول متعددة الشرائع لا بنص عام ولا بنص خاص ، مما يتعين العمل بنص المادة السابعة والعشرين من القانون المدني الأردني بوصفه القانون العام ، علماً أن القانون الأخير لم يتطرق إلى حالة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق في الدولة المتعددة الشرائع عند خلو الدولة المحال إليها من النص على تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المختلفة داخل تلك الدولة . مشيراً إلى أنه من الممكن الاستفادة من نص المادة (٤/ج) قانون التركات الأردني والخاصة بالإحالة وبذلك تطبيق القانون العثماني الذي كان ساري المفعول آنذاك (أي قانون دولة القاضي) .

ولزاء هذا السكوت المماثل لبعض التشريعات ، اتفق الفقه المقارن على أن تحديد الشريعة الداخلية في حالة التعدد الشخصي لا يثير أية صعوبة ، متى كانت هذه القواعد قائمة على ضوابط مكانية ، كالموطن ، أو محل إبرام العمل (الوصية) . غير أن الفقه انقسم في الحالة التي يكون فيها ضابط الإسناد هو الجنسية ، ويرى هذا الفقه وجوب التفرقة حينئذ بين الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع إلى قانون دولة بسيطة ، أو إلى قانون دولة مركبة . (أنظر، راشد ، سامية ، قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو ، سنة ١٩٧٢ / العدد الثاني / سنة ١٤ الصادرة عن جامعة عين شمس ، ص٤٢٩) . فإذا كانت قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي تقضي بوجود تطبيق قانون الجنسية في الدولة المركبة ، فيتعين الاستعانة بضابط الرعية المحلية ، والذي يتم بمقتضاه تحديد الأشخاص المنتمين إلى مختلف الوحدات الإقليمية داخل هذه الدولة ، لبيان الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع . (أنظر ، راشد ، سامية ، قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو ، سنة ١٩٧٢ / العدد الثاني / سنة ١٤ الصادرة عن جامعة عين شمس ، ص٤٢٩) إلا أن هذا الأمر يختلف كل الاختلاف إذا كان ضابط الجنسية يشير إلى دولة بسيطة تتعدد فيها الشرائع ؛ فقد تباينت الآراء حول كيفية تحديد الشريعة الداخلية المختصة حينئذ ، (فذهب فريق

إلى أنه يتوجب على القاضي في هذه الحالة إهدار قاعدة الإسناد الأصلية القائمة على ضابط الجنسية ، والتي أدت إلى تطبيق قانون الدولة المتعددة الشرائع ، وتطبيق قاعدة إسناد دولية جديدة تبنى على ضابط الموطن بوصفه ضابطاً احتياطياً ، فإذا تعذر تحديد القانون الواجب التطبيق تعين الأخذ بقاعد إسناد احتياطية أخرى تبنى على ضابط محل الإقامة. وذهب فريق ثان إلى إنكار استعانة القاضي بقاعدة إسناد احتياطية جديدة في هذا المجال؛ نظراً لما ينطوي عليه ذلك من إهدار لقاعدة الإسناد التي قررها المشرع ، وتطبيق قانون دولة غير ذلك الذي أراد تطبيقه ، ومن ثم يرى هذا الفريق أن على القاضي افتراض وجود قاعدة إسناد داخلية في النظام القانوني الواجب التطبيق يتمكن عن طريقها من تحديد الشريعة المختصة داخلياً في هذا النظام. وتقوم هذه القاعدة الداخلية المفترضة على ضابط الموطن ؛ فإن لم يوجد للشخص موطن في إقليم هذه الدولة ، أو لم يكن قد سبق له التوطن في هذا الإقليم على الإطلاق ، طبق القاضي شريعة العاصمة ، بينما يتعين في رأي البعض الآخر تطبيق الشريعة السائدة في الموطن الأصلي للشخص؛ فإن لم يوجد مثل هذا الموطن أمكن تطبيق الشريعة السائدة في موطن أجداده. (أنظر راشد ، سامية ، قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يوليو، سنة ١٩٧٢ / العدد الثاني / سنة ١٤ الصادرة عن جامعة عين شمس ، ص ٤٢٩، و٤٣٠)

ويرى بعضهم (إبراهيم ، هلال يوسف ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، دون طبعة ، الحاشية ، ص ٤١٥) إلزام القاضي بالاستعانة بظرف إسناد تكميلي وتطبيق الشريعة المحلية التي ينتسب إليها الفرد - المورث - عن طريق الرعية على أساس النسب ، أو محل الميلاد، أو الأخذ بما ذهب إليه البعض بشريعة الموطن ، أو محل الإقامة، إذا كان للشخص موطن أو محل إقامة في الدولة التي اختص قانونها، ومنهم من فضل الأخذ بما اقترح البعض تطبيقه بالنسبة للشريعة السارية في عاصمة تلك الدولة.

ولا يمكن الأخذ بهذه المعايير في جميع الأحوال ؛ بل ينبغي أن يخول القاضي سلطة تقديرية في تعيين الشريعة التي يتعلق بها الشخص أكثر من غيرها، كما منح سلطة تقديرية في تعيين

القانون الشخصي في حالات التنازع بين الجنسيات (تزام الجنسيات). (أنظر، إبراهيم، هلال يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، دون طبعة، ص، ٤١٥)

وتطبيقاً لما تقدم، فلو ثار نزاع أمام المحاكم الأردنية يتعلق بتركة المورث الأمريكي المنقولة، فإن القاضي الأردني واستناداً إلى قاعدة التنازع الخاصة بالميراث المنقول سوف يعتد بضابط الجنسية -قانون بلاد المورث-، وبالتالي فإن القانون واجب التطبيق سيتحدد في القانون الأمريكي والتي تتعدد فيه الشرائع إقليمياً، وشخصياً (طائفيًا)، حيث يثور التساؤل هنا عن قانون أية ولاية وأية شريعة يجب تطبيقه على تركة المتوفى؟

إن الحل الذي يلائم قانوننا هو الذي يتضمن الأخذ بقانون آخر مكان إقامة للشخص في دولته فيتوجب على القاضي الأردني في نظرنا أولاً الاستعانة بضابط الرعية المحلية، فإذا تم تحديد انتساب المورث، وتبين مثلاً بأنه من ولاية نبراسكا تعين عليه بعد ذلك تحديد الشريعة الداخلية المختصة لحكم أحوال الشخصية، وبخاصة تركته، والذي سيحددها القاضي بناء على ديانة المورث؛ نظراً لأن سبب التعدد الشخصي هنا قائم على معيار الدين، وبالتالي سيطبق القاضي قانون الأحوال الشخصية لتلك الولاية.

فلو فرضنا بأن المورث في مثالنا لم يكن له موطن مثلاً، أو كان مجهول الموطن فكيف يستطيع قاضي الموضوع أن يحدد الوحدة الإقليمية؟. هنا نرى مع فئة من الفقه (ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ١١٢) بأنه يتعين على قاضي الموضوع البحث عن الوحدة الإقليمية الأكثر ارتباطاً من غيرها بموضوع النزاع وبشخص صاحب العلاقة، ويمكن الاستدلال على ذلك من ظروف الواقع؛ كمكان الميلاد، وتمركز الأموال..... إلخ.

وقد تزداد الإشكالية تعقيداً في المثال السابق إذا كان القانون الأجنبي (الأمريكي) يقبل الإحالة - (تنازع قواعد الإسناد) - لقانون الموطن، ويعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة موطن المورث الأخير، فمثلاً نقول إسبانيا. فهنا تواجه القاضي ثلاثة إشكاليات هي: الإسناد إلى دول متعددة الشرائع، ومشكلة تنازع قواعد الإسناد. بالإضافة إلى الإشكالية المتعلقة بالاختصاص

الدولي إذا أعطى قانون الموطن الاختصاص القضائي لدولة أخرى(تتازع الاختصاص القضائي الدولي السلبي).

فعلى المحكمة في هذا الحالة أن تتحقق من الأمور التالية لتصل إلى القانون واجب التطبيق وهي:-

١-الحلول القانونية والقضائية والفقهية المتبعة في دولة القاضي لمعالجة ازدواج التعدد الإقليمي، والشخصي على حد سواء.(م٢٧مدني أردني).

٢-القيود القانونية المفروضة على المحكمة لمعالجة قواعد تنازع القوانين في القانون الأمريكي (الإحالة) ،فيما إذا كان المقصود القواعد المادية ، أم القواعد الخاصة بتنازع قواعد الإسناد.(م٢٨مدني أردني).

٣- القواعد القانونية الواجبة الاتباع في حالة عدم وجود قواعد في القانون المحال عليه لفض التنازع في قانون الدولة التي تتعدد فيها الشرائع.

٤- القواعد القانونية الواجبة الاتباع في حالة ما إذا عجزت قاعدة الإسناد عن أداء وظيفتها فهل هنالك مجال للتفويض.

فإذا وجد القاضي حلاً متبعة في قانونه فإنه يستطيع الفصل في النزاع بشكل ميسر ، ويعكس ذلك سوف يجد نفسه مضطراً إلى اتباع ما تناوله الفقه من آراء ، وحلول ثلاث المسألة المعروضة عليه ، مستندا في تسبيب قراره إلى الكتابات الأكاديمية.

ولا بد أن ننوه إلى أن القانون المدني الأردني رفض الأخذ بمبدأ الإحالة-تنازع قواعد الإسناد-، وهو الغالب ، إلا أن هنالك استثناء وضع بنص خاص - بالنسبة للتركات - وهو نص المادة الرابعة فقرة (ج) سالف الذكر، وعليه فيطبق القانون المحال إليه ، سواء أكان محل الإقامة ، أم القانون الديني ما لم يكن القانون المحال إليه خالياً من النص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص ، فيطبق قانون بلاد المورث وإذا كان القانون الأخير خالياً من النص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فيطبق القانون العثماني الذي كان سارياً آنذاك .

فهذا المبدأ الذي وضعه قانون التركات الأردني على المبدأ الذي اعتمده القانون الأردني (في مجلة الأحكام العدلية) وهو رفض الإحالة للقاعدة في هذا القانون هي رفض الإحالة كتطبيق وليس كمبدأ بدليل القبول بها في الحالات التي يمكن فيها تطبيق القانون المحال عليه). (منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ، ص ٢٧) (أنظر المادة رقم ٤/ج من قانون التركات)

ويلاحظ أن التداخل بين مشكلتي الإسناد لدول متعددة الشرائع ، ومشكلة تنازع قواعد الإسناد في نفس القضية سيؤدي إلى صعوبة الوصول إلى القانون واجب التطبيق في الدولة متعددة الشرائع متى أحال قانون هذه الدولة إلى دولة أخرى يخلو قانونها من قاعدة يمكن تطبيقها على النزاع، وبالتالي عدم الوصول إلى القانون الذي يحكم التركة. ومع ذلك نرى أنه من الممكن الأخذ بنص المادة الرابعة فقرة (ج) هنا -بالرغم من أنها خاصة بالإحالة- في حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يطبق على القضية ، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني بوصفه قانون القاضي ؛ الذي يكون له إختصاص عام احتياطي.

وعليه فيمكن للقاضي أن يطبق القانون الإسباني متى توافرت الشروط التي تناولتها المادة الرابعة فقرة (ج) من قانون التركات سالف الذكر ، وبالتالي فإن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأمريكي هي الأولى من وجهة نظر القانون - والذي بدوره يحدد أي من الشرائع الداخلية هي الواجبة التطبيق على تركة المورث الأجنبي وغير المسلم ، وعلى أساس طائفي حسب تعدد الديانات ، وبالملة التي ينتمي إليها المورث وقت الوفاة ، ما لم يكن قانون بلاده المتوفى يقبل الإحالة فيتعين الأخذ بها حسب الشروط التي تناولها قانون التركات الأردني .

ولو فرضنا أيضا أن هناك نزاعاً ثار أمام المحاكم الأردنية بشأن تركة مورث منقولة- يعد قانون دولته من الدول البسيطة ذات نظام قانوني واحد يسري على جميع الأفراد - ولنقل لبنان، فبموجب قاعدة التنازع في قانون التركات والقانون المدني الأردني يتوجب تطبيق قانون بلاد المورث اللبناني وقت الوفاة ، حيث يعد القانون اللبناني من الدول المتعددة الشرائع على أساس شخصي (ديني)؛ لوجود طوائف دينية متعددة ، فالقانون اللبناني سيحدد الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق من بين تلك الشرائع وبناء على قانون كل طائفة، فهنا يثور التساؤل عن إمكانية

إختصار هذه المراحل ،وبالتالي تطبيق قانون ملة المورث - أي من دون المرور بقاعدة التنازع الأردنية - ؟ فيمكن في وجهة نظرنا تطبيق القانون الديني للمورث مباشرة ،أو قانون الملة التي ينتمي لها المورث وقت الوفاة؛ ذلك أن قانون بلاده المتوفى سيعطى الاختصاص في غالب الأحيان لقانون الأحوال الشخصية ، لأن سبب التعدد الشخصي في مادة الإرث والتركات يقوم على أساس ديني ، فسيكون لقانون الأحوال الشخصية في ذلك البلد مطلق الصلاحية لتحديد القواعد الموجبة التطبيق ، سواء أكانت هذه القواعد تطبق على طائفة محددة ينتمي إليها المورث بديانته ، أو تطبق الدين الغالب في قانون الدولة التي أشارت إليها قاعدة التنازع في القانون الوطني لقاضي الموضوع. ونحن نرى مع جانب من الفقه (محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ص ٣١٣) بأنه لا صعوبة في حالة التعدد الشخصي من تحديد القانون الذي يحكم الإرث متى تعذر على القاضي الوقوف على القاعدة التي تحل التنازع الداخلي فله أن يطبق الشريعة الغالبة ، وهكذا إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الأردني بتطبيق القانون المصري في شأن مسألة من مسائل الإرث والأحوال الشخصية ،"حيث يتوجب أن يسلك القاضي الأردني مسلك القاضي الأجنبي (المصري) نفسه من حيث تطبيق قانون الملة التي ينتمي إليها المورث) "ولا فتطبق الشريعة الإسلامية بوصفها الراجحة والمقننه في القوانين المصرية ، ولأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبو حنيفة".

وبالتالي فإن التعدد الشخصي الذي يقوم على سبب ديني ؛ كالميراث لا يثير أية صعوبة ، حيث يعطي قانون دولة القاضي الصلاحية المطلقة للقانون الأجنبي لتحديد الشريعة الداخلية في تلك الدولة (فإذا تعذر على القاضي أن يتبين الشريعة الواجبة التطبيق بما فيها القانون الديني فلا يبقى أمامه سوى أن يطبق القانون الوطني لدولته على أساس أن قانون دولته له اختصاص احتياطي عام في جميع حالات التنازع؛ وذلك نظراً لعجز قاعدة الإسناد عن أداء ذلك الغرض بالنسبة للحالة المعروضة ، كما إذا أريد معرفة القانون الشخصي للمورث عديم الجنسية ولم يتمكن القاضي من الإعتداد بظرف إسناد تكميلي ، كالقانون الديني ، أو الموطن لكون المورث لا دين له ولا يوجد له موطن مثلاً.))

وأخيراً فإن التفويض أو إعطاء الصلاحية للقانون الأجنبي فيه خلاف بين الفقهاء بالنسبة لضوابط الإسناد حيث ذهب اتجاه بالقول " بأنه لا محل للتفويض إلا حيث تعجز قواعد الإسناد الوطنية عن تحديد الشريعة الأجنبية الداخلية الواجبة التطبيق " محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠٦) إذ كان معيار الإسناد هو الجنسية . وذهب رأي إلى أن التفويض إلى القانون الأجنبي لا يمكن أن يكون في جميع الحالات ، بل يجب التمييز بشأن ضابط الإسناد الذي تحدد بمقتضاه الاختصاص للشريعة الأجنبية ، مثل ضوابط المكانية ، أو الإقليمية ؛ كالموطن ، أو ضوابط شخصية ؛ كالجنسية .

أما الاتجاه الثاني فإنه يعطى للقانون الأجنبي (قانون المورث) سلطة التفويض بتحديد أية شريعة من شرائعه الداخلية هي الواجبة التطبيق . (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠٩) إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية فإنه يستلزم العمل بقاعدة التفويض "والسبب في ذلك أن ضابط الجنسية وحده يفتقد إلى القدرة على تعيين القواعد الموضوعية عند تعدد الشرائع في الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، والحال كذلك فإن التفويض لا يعمل به إلا في الحالات التي تكون فيها الجنسية ضابطاً لتعيين القانون المختص". (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠٩).

ولا يرى الباحث ضيراً من تطبيق القانون الديني للمورث مباشرة بحيث يستهدي القاضي إليه بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية في قانون بلاد المورث متى كان موافقاً للنظام العام.

٤) اشكالات الوراثة بين الدول

تكلّمنا في موضع سابق من هذه الأطروحة إلى أن القانون الواجب التطبيق يختلف من دولة إلى أخرى ، فمن الدول من تأخذ بازدواج القانون واجب التطبيق على الإرث ، وبعضها الآخر يأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق على الإرث. وقد أشرنا أيضاً بأن القانون واجب التطبيق قد يكون القانون الشخصي ، أو القانون العيني (قانون موقع العقار ، أو قانون موقع الأموال المنقولة).

وهنا سوف نسلط الضوء على صعوبات تطبيق القانون الواجب التطبيق ، آخذين بعين الاعتبار المكان - (الإقليم، البقعة الجغرافية)- ، وتأثير النظام القانوني لدولة ما على القانون الذي يحكم الإرث في حالة تغيير السيادة ، وبالتالي صعوبة تحديد القانون الذي يحكم الإرث ، وذلك ضمن بندين نتناول في البند الأول : الميراث يحكمه قانون الموقع (القانون العيني). في حين سيتطرق الباحث في البند الثاني إلى موضوع الميراث يحكمه القانون الشخصي . وذلك على التوالي .

البند الأول :- الميراث يحكمه قانون الموقع (القانون العيني).

أوضحنا سابقاً بأن هنالك رأياً يذهب إلى تحديد القانون الذي يحكم الميراث بقانون موقع أموال التركة والموطن بالنسبة للمنفول ؛ على أساس أن الميراث هو من وسائل إنتقال المال بالملكية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأخرى، ومن هذا المنطلق فإن صعوبة تحديد القانون الذي يحكم الإرث تثور في الحالة التي يتغير فيها هذا القانون بسبب الوراثة بين الدول؛ سواء أكان ذلك بسبب (الاستيلاء ، أو الضم ، أو تفكك كيان سياسي ، وباختصار يمكن أن يكون ذلك نتيجة لتغيير السيادة. وكذلك يمكن أن يكون نتيجة لثورة تدمر هوية ، أو حتى استمرارية نظام قانوني . وفي مثل هذه الأوضاع، فإن قرينة تطبيق القانون كما هو طوال وقت وجوده قد تصبح غامضة ، وفوق كل شيء ، حتى لو لم يكن غامضاً ، سيكون إتباعه صعباً ، فقانون أية وحده سيكون مطلوباً من القاضي الأجنبي تطبيقه ؟) (O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p297)

فلنفرض بأن المورث (س) توفي تاركاً أموالاً منقولة وغير منقولة ، بعضها تقع في الدولة (أ) والبعض الآخر يقع في الدولة (ب) ورفع نزاع يتعلق بالمسألة الإرثية أمام محكمة الدولة (أ) - حيث أشارت قاعدة التنازع في محكمة الدولة (أ) إلى تطبيق القانون العيني على أموال المورث وقت الوفاة علماً بأن سيادة دولة الموقع (ب) قد تغيرت بسبب من الأسباب السابقة مما يثير التساؤل عن القانون الذي يحكم الإرث في البلد (ب) ؟ هنا يجب التفريق بين الأموال المنقولة ، والأموال غير المنقولة. وذلك في الفرضين التاليين:

الفرض الأول: إشتغال أموال الشركة على عقارات

هنا يجب التفريق بين حالتين لتحديد قانون الدولة واجب التطبيق هل هو قانون الدولة الخلف ، أم قانون الدولة السلف ؟. ويجب تحديد وقت الاعتراف بقانون موقع العقار ؛ (لأن تحديد الزمن الذي يعتد فيه بقانون موقع العقار من شأنه حل هذه الصعوبة ، ولأن الأمر يتعلق بالميراث أي بالخلافة الإجبارية في المال بسبب الوفاة ، فإن الوضع المنطقي هو أن يعتد في تحديد القانون الذي يحكم الميراث بوقت وفاة المورث.) (وفا محمد، اشرف آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٧) وعليه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى : إذا توفى المورث قبل انتقال السيادة على الإقليم الكائن به العقار -محل الميراث -إلى الدولة الخلف ، خضع الميراث في العقار إلى قانون الدولة السلف . (وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٧).

الحالة الثانية : إذا كانت السيادة على هذا الإقليم قد انتقلت إلى الدولة الخلف قبل موت المورث ، خضع الميراث في العقار إلى قانون الدولة الخلف ، إن كان قانون هذه الأخيرة يخضع الميراث إلى قانون موقع العقار) (وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٧).

الفرض الثاني : إذ كان الميراث منقولاً وكان القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا الاتجاه هو قانون موطن المورث ، فهنا يمكن أن يلعب التوارث بين الدول دوراً في مجال تعيين القانون الذي يحكم الإرث ؛ حيث يرتبط هذا الدور بتوطن المورث في إقليم دولة ثم انتقال السيادة على هذا الإقليم بفعل تغيير السيادة بسبب الخلافة بين الدول ، وبعد تحديد الوقت الذي يؤخذ فيه بقانون موطن المورث أمراً حاسماً في شأن تحديد القانون الذي يحكم الميراث ، ووقت الاعتراف بهذا القانون هو وقت وفاة المورث . فلو كان موطن المورث كائناً في إقليم دولة ما ووافته المنية قبل انتقال هذا الإقليم إلى سيادة دولة أخرى لما كان لهذا التغيير الإقليمي أي أثر يذكر على القانون الذي يحكم الميراث على المنقول ، فيظل الميراث محكوماً بقانون الدولة السلف ، أما إذا كان

المورث قد توفي في وقت لاحق لانتقال السيادة على الإقليم إلى الدولة الخلف فإن قانون هذه الأخيرة سيكون هو القانون الواجب التطبيق ، كونه قانون دولة موطن المورث وقت الوفاة (وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٧ و ص ٣٠٨).

البند الثاني:- الميراث يحكمه القانون الشخصي للمورث .

ذكرنا سابقا أن الفقه الذي أخذ بهذا الاتجاه يبرر موقفه بأن الإرث من مسائل الأحوال الشخصية ، على أساس صلة القرابة التي تجمع بين المتوفى والورثة، حيث تختلف قواعد الميراث وأنصبت به بحسب درجة القرابة بين المورث والورثة، فمتى كان القانون الذي يحكم الإرث هو قانون-(الجنسية)- فلا تواجه قاضي الموضوع أية صعوبة تذكر ؛ ذلك لأن الاعتراف بلحظة الوفاة من شأنها تحديد قانون الدولة الذي يجب تطبيقه ، فعلى فرض أن المورث توفي تاركاً أموالاً ومجموعة من الأبناء الشرعيين ، وكانت قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي تعطى الصلاحية لقانون جنسية المورث ، أو موطنه-فرضاً هنا الجنسية الهندية -، حيث توفي قبل انتقال السيادة إلى الدولة الخلف ، فإن القانون الذي يحكم تركته هو قانون بلاده (الهندي) (الدولة السلف). (أنظر ، وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٨).

كذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يثير أية صعوبة تذكر متى انتقلت السيادة إلى الدولة الخلف واكتسب جنسيتها ، ثم توفي فإن القانون الذي يحكم الإرث هو قانون الدولة الخلف.(وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٨).

وكذلك لو أن قانون الدولة المعنية ينص على تطبيق قانون آخر موطن للمورث ، وكان المورث متوطناً قبل وفاته في الدولة (أ) ثم نقل موطنه قبل الوفاة في وقت قصير إلى الدولة (ب) كان قانون هذه الدولة الأخيرة هو القانون الواجب التطبيق على الإرث ، باعتباره قانون آخر موطن للمورث عند وفاته .(وفا محمد، اشرف، آثار التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٦١- لعام ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٨).

والخلاصة أنه سواء أكان قانون موقع العقار ، أم قانون الموطن أو الجنسية يحكم الإرث بالمنقول ، فإن واقعة موت المورث-(وقت الوفاة)- هي التي تحدد بأي قانون سيأخذ القاضي . هل بقانون الدولة الخلف أم السلف ؟. فواقعة الوفاة ووقتها من شأنها بيان قانون الدولة واجب التطبيق؛ فإذا كانت واقعة الوفاة قبل إنتقال السيادة فالقانون واجب التطبيق هو قانون الدولة السلف ، وإذا كانت واقعة الوفاة بعد إنتقال السيادة فقانون الدولة الخلف هو الواجب التطبيق .

٥)الإشكاليات المترتبة على إستخدام السوابق القضائية في بلدان القانون العام

من المعلوم بأن ما تقرره المحاكم في بلدان القانون العام هو بمثابة القانون ، حيث يكون التشريع هو القانون ، كما تطبقه المحاكم في ذلك البلد؛ حيث يفترض أن يطبق القانون الأجنبي ليس فقط تطبيقاً صحيح ، وإنما تطبيقه كما ينبغي أن يطبق في الواقع في بلده ، وليس كما ينبغي تطبيقه . (In the same meaning ,O.Kahn- fREUND, GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p300)

ولما كانت قرارات دول القانون العام لا تخلو من التناقضات ، وكذلك احتمال نسخ قرارات المحاكم ، كما هو الحال في إنجلترا ؛ -حيث يملك مجلس اللوردات نسخ قرارات المحاكم -فإن الصعوبة تتمحور لدى القاضي الناظر في المسألة الإرثية ، حينما تشير قاعدة التنازع إلى قانون دولة من بلدان القانون العام، حيث يجد القاضي نفسه مجبراً على إصدار حكمه في مواجهة سوابق متعارضة ، أو في حال غياب هذه السوابق ، مما سيضطر إلى استخدام الكتابات الأكاديمية ، وكذلك الملاحظات القضائية في القضايا السابقة التي ربما قدمها قاضي انجليزي في وضع مماثل أمام المحكمة الانجليزية.(In the same meaning ,O.Kahn- fREUND, GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p301)

وكذلك قد يواجه القاضي الناظر في المسألة الإرثية صعوبة أخرى ، خاصة في الفرض الذي ترفض فيه المحاكم الدنيا لبلد ما العمل وفق مبدأ قررت المحكمة العليا.

(وأخيراً فإن قاعدة التنازع قد تشير إلى قانون دولة من دول القانون العام ، حيث يجد القاضي غياب السوابق القضائية الأجنبية هناك، أو غياب سوابق حاسمة بشكل معقول ، فإن المحكمة الأجنبية قد تضطر بالفعل أن تحاول العمل برأيها ليس مثلما ينبغي ، ولكن مثلما ربما عملت المحكمة العليا للبلد ذي الصلة) . (O.Kahn- FREUND , GENERAL . PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p302)

٦) صعوبة الوصول إلى القانون الذي يحكم الإرث بسبب عدم دستورية القانون

الأجنبي

إن ما تقدم بالنسبة للسوابق القضائية يرتبط بشكل وثيق بمشكلة الوصول إلى القانون الذي يحكم الرابطة القانونية بالنزاع المعروف على القاضي . فهل القاضي مهمته التأكد من دستورية القانون الأجنبي ، أم أن هذا ليس جزءاً من واجب القاضي الذي يطبق قاعدة أجنبية ، لا اعتبار ما إذا كانت تنسجم مع الدستور أم لا ؟. وهذه المشكلة تتصل كذلك بالمشكلة ذات الصلة والمختلفة لموقفه نحو مزاعم أن جزءاً من التشريع الأجنبي المفوض كان لا شرعياً بسبب كونه مخالفاً للسلطة الإدارية التي أوجدته.

فمفهوم دستورية القانون الأجنبي هو " توافق القانون الأجنبي مع الدستور في دولته ، وهو على نوعين : توافق شكلي ، وتوافق موضوعي ، وهو ما يطرح نوعين من الرقابة: الرقابة الشكلية على دستورية القانون الأجنبي والرقابة الموضوعية على دستورية القانون الأجنبي". (منصور ، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٧٢٩).

أما بالنسبة للرقابة الشكلية فلا إشكالية ، ذلك أن القاضي الذي يطلب إليه تطبيق القانون الأجنبي من واجبه أن يتحقق من توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها الدستور الأجنبي أو المبادئ العامة السائدة في الدولة الأجنبية في القاعدة التشريعية المطلوب تطبيقها: الإصدار ، النشر ، مهل الإصدار والنشر ، تصحيح الأخطاءفقدان شرط مفروض لإكمال القاعدة يعني

فقدان الصفة القانونية للقاعدة :فقدان صحة القاعدة.(أنظر ، منصور، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٣٠).

وبالنسبة للرقابة الموضوعية فإن مشكلة عدم دستورية القانون الأجنبي توجب علينا التمييز بين أربع حالات هي:

الحالة الأولى : "عدم وجود سلطة لمحاكم الدولة الأجنبية للمراجعة القضائية ، كما هو الحال في (المملكة المتحدة وفرنسا) ، وبالتالي مشكلة دستورية قوانينها لا يمكن أن تنشأ أمام المحكمة الأجنبية ، وإذا زعم مثلاً أن أحد قوانين المملكة المتحدة لم يتم إقراره من قبل مجلس البرلمان وحاز على موافقة ملكية، فإن مسألة وجوده قد تكون مفتوحة ، ولكن هذا الوضع يختلف عن الوضع الذي ندرسه هنا ". (O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p303)

وبالتالي فعدم إجازة التنظيم الأجنبي للقضاء العادي الرقابة الموضوعية على دستورية القوانين ،فهذا يتطلب من القاضي الناظر في المسألة الإرثية عدم الرقابة الموضوعية على القانون الأجنبي.

الحالة الثانية :- حالة وجود سلطة مراجعة قضائية ،ممثلة في المحكمة الدستورية ، كما هو الحال في إيطالية ، والجمهورية الفيدرالية الألمانية ، والتي تملك البت بدستورية الموضوع الذي يحول إليها من المحاكم الأخرى. ". (O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p303)

في هذه الحالة لا يمكن لمحكمة دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية ، ولا لأية محكمة أجنبية أخرى ،- تطبق قانون ذلك البلد ،في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي -، أن تحكم على أي قانون بأنه غير دستوري ، ما لم يكن قد أعلن عدم دستورية ذلك القانون فعلا، سواء أكان قانون تلك الدولة ينص على أن قرار المحكمة الدستورية ملزم لكل أم لفئة معينة ،

أما إذا تبين أنه غير دستوري - (أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون القاضي) - فما على المحكمة المثار أمامها نزاع يتعلق بالمسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي إلا أن تبحث عن بديل ، وقد يكون غالباً غير موجود ، مما يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى القانون الذي يحكم المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي .

(In the same meaning, O.Kahn- FREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, SIJTHOFF & NOORDHOFF, 1980, ALPHEN AN DEN RIJN, THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND, USA, p303)

وبالتالي فإذا كان التنظيم الأجنبي لا يسمح للقضاء العادي بالرقابة الموضوعية على دستورية القوانين ، وإنما لهيئة قضائية مختصة ، فهذا يتطلب من القاضي الناظر في المسألة الإرثية عدم الرقابة الموضوعية على القانون الأجنبي .

الحالة الثالثة :- بالنسبة لبلد لديه نظام (منتشر) من المراجعة القضائية مثل الولايات المتحدة ؛ حيث إن أي وكل محكمة يمكن أن ترفض تطبيق القانون بسبب عدم دستوريته ، فإن المحكمة الأجنبية (دولة القاضي الناظر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي) - قد تتبع قرار المحكمة العليا ، مثلاً ، المحكمة العليا للولايات المتحدة التي أعلنت لا دستورية قانون فيدرالي لولاية ما ، ويمكن أن ترفض تطبيق القانون ، مما يؤدي ذلك إلى عدم تطبيق القانون المعين على المسألة الإرثية ، بموجب قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي .

ففي هذه الحالة على القاضي الناظر في المسألة الإرثية أن يلتزم بالحل الذي أعطي للقانون الأجنبي .

الحالة الرابعة : وهي الحالة التي يطلب من القاضي الناظر في المسألة الإرثية تطبيق قانون فيدرالي للولايات المتحدة أو قانون إحدى الولايات ، زعم أنه غير دستوري دون أن يتقرر بشأنه أي قرار مطلقاً ، حتى من قبل المحاكم الدنيا ، فالمشكلة ليست ما إذ كان يمكن لمحكمة أجنبية إذا كان الموضوع محل شك (- فحص الصلاحية الدستورية الشكلية -) لوجود الدستور لقانون أجنبي أم لا . وإذا زعم أيضاً ، يحتفظ الدستور بموضوع محدد للتشريع وعمدت حكومة أجنبية أن تفعل بمرسوم ما يمكن فعله فقط بقانون ، فإن على المحكمة الأجنبية (هذه) أن ترفض إعطاء

أثر لذلك المرسوم إذا كان الزعم ذا أساس قوي وكان يمكن تقديمه- وهذا لازم - أمام محكمة إدارية مثل المحكمة الفرنسية . إن ما هو موضع شك هنا هو الانسجام في جوهر القانون الأجنبي مع مبادئ الدستور الأجنبي ، وهنا يقابلنا خطان متعارضان من المنطق. فعلى المحكمة الأجنبية رفض تطبيق القانون والذي بناء على أي أساس كان - قد تضطر المحكمة المقابلة في البلد الأجنبي رفض تطبيقه، وأن القانون اللادستوري ليس بقانون . (In the same meaning,O.Kahn- fREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW,SIJTHOFF & NOORDHOFF,1980,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA,p304)

فإذا زعم ان القانون الأجنبي غير دستوري ولم يتقرر بشأنه حل فقد يستأخر القاضي الناظر في النزاع الدعوى ريثما يصدر ذلك الحل وأن كان البعض يتردد في ذلك طالما أنه ليس هناك من هيئة خاصة لإجراء الرقابة.(أنظر ، منصور ، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٧٣٠ وما بعدها)

ومن هنا تأتي صعوبة البحث عن القانون الذي يحكم المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي تتضح في هذه الفروض ، وعليه فإن عقبات تطبيق القانون التي أشارت إليه قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي تقف أمام قاضي الموضوع بسبب عدم دستورية القانون واجب التطبيق ، والإشكالات المتعلقة بإقرار دستورية قانون تلك الدولة ، أو تعارض القانون الأجنبي مع معاهدة دولية أحد أطراف هذه المعاهدة دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية وما إلى ذلك^{٨٠}؛ مما يؤدي بالنتيجة لبحث عن البديل، بأن يعطي رأيه الشخصي ، سواء أكان مدعماً بالأراء الفقهية في ذلك البلد الذي حكم على قانونه بأنه غير دستوري، أو أن يذهب إلى تبني رأي أو نظرية فقهية من أجل الفصل في موضوع النزاع ، لعدم قدرة القاضي الوطني على أن يتخلى عن الفصل في الخصومة .

^{٨٠} - إذا كان أحد أطراف هذه المعاهدة دولة القاضي الناظر بالمسألة الإرثية وكان القانون الأجنبي يخالف هذه المعاهدة فلا مجال لإعمال القانون الأجنبي نظرا لانعكاساته السلبية على مصالح دولة قاضي الموضوع أما في الحالة التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع اتفاقية دولية ليس أحد أطراف هذه المعاهدة دولة القاضي الناظر بالمسألة الإرثية فجانبا من الفقه يرى ترجيح المعاهدة على القانون ، وهو ترجيح يفرضه النظام الدولي نفسه وعلى الأقل في الحالة التي يكون فيها هذا الإلتزام مكرسا في نظام التنازع الداخلي . (أنظر ، منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤، ص ٧٣٠).

٧) مشكلة عدم ملاءمة قانون المورث

تواجه القاضي الناظر في المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي عقبة أمام تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمامه ؛ لعدم ملاءمة القانون واجب التطبيق ، مما يضطر إلى إحلال قانون آخر محله ؛ ذلك أن الحكمة التشريعية الكامنة من وضع قواعد النزاع هي الوصول إلى الحل الأنسب لحكم العلاقة القانونية ، وذلك بالاستناد إلى عناصر تركيز موضوعية وأساسية تحقق الاتصال الأوثق والأكثر معنى مع النظام القانوني الواجب التطبيق ، وهذا لا يتحقق في عدد من الحالات نركز على حالة واحدة تناسب موضوعنا وهي :

حالة إتفاق قوانين أطراف المصلحة من خلال نقاط تعليق ، وتتعارض في الوقت عينه مع قاعدة التنازع في دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية ، والتي قد تكون ظرفياً في وقائع معينة ؛ فمثلاً إذا كانت قوانين الأب والإبن غير الشرعي تقبل بانتقال ملكية الأب (المورث) إلى الإبن غير الشرعي بالإرث فيصدف قبل وفاة الأب أنه والأبن تواجدا عرضا على إقليم دولة معينة ، وتوفي الأب هناك ، حيث نشب نزاع يتعلق بتقسيم التركة أمام محاكم إقليم الدولة الثالثة (مكان الوفاة) ، الذي توفي فيها المورث ، - بحجة أن الوفاة وقعت فيها وأنها محل افتتاح التركة - علماً بأن المورث لم يكن يملك في هذه الدولة أية أموال تذكر ، ولم يثر أي من الورثة ، وأصحاب المصلحة مسألة الاختصاص القضائي الدولي. فعلى فرض أن قاعدة النزاع التي تحكم الإرث (في تلك الدولة) تقضى بتطبيق قانون محل الوفاة ، أي قانون قاضي النزاع، فهل من المنطق رد الدعوى لأن القانون المطبق يرفض ميراث الإبن غير الشرعي مع أن الصلة مع هذا القانون هي صلة ظرفية ، ورغم أن قانون كل من المورث والوارث ينص على عكس ذلك أي بإجازة الإرث للأبن غير الشرعي؟) (قارن ذلك بمثال منصور ، سامي الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٥٢). أرى كباحث أنه يتوجب على القاضي الناظر في المسألة الإرثية أن يطبق القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع الذي يحقق العدالة ، متى كان موافقا للنظام العام في دولته، ويستدل قاضي الموضوع على هذا القانون من خلال ارتباط المورث بموطن معين ، أو مكان وجود أمواله أو جنسيتهإلخ.

١- استبعاد قانون المورث

قد تتوصل المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية إلى منح الاختصاص للقانون الأجنبي لحكم الرابطة القانونية في الحقوق الدولية الخاصة ، متى أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون هذه المحكمة ، وهذا لا يعني وجوب التسليم بإختصاص هذا القانون في جميع الأحوال؛ إذ تحول دون تطبيق قانون المورث الأجنبي ما يتعارض مع الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها مرتكزات مجتمع دولة المحكمة الناظرة في المسألة الإرثية، وقد يستبعد قانون المورث الأجنبي - وقت الوفاة- ؛ إذا تم التوصل إلى نقل الاختصاص القضائي بناء على تحايل قام به المورث قبيل الوفاة على قاعدة الإسناد الوطنية ، أو الأجنبية ؛ سواء أكان ذلك بتغيير جنسيته، أو دينه ، أو محل إقامته ، وهو ما يطلق عليه في فقه القانون الدولي الخاص بمصطلح التحايل على القانون ، أو الغش نحو القانون ، والتحايل على الاختصاص القضائي الدولي ، كما وقد يستبعد القاضي الوطني قانون المورث لتعارضه مع المصلحة العامة وهو نادر الحدوث في مادة التركات ، وإن كان من الممكن حدوثها متى تعلق الأمر بالضرائب و الرسوم التي قد تفرضها بعض الأنظمة على التركات.

وعليه سوف يخصص الباحث لكل من الدفيعين الأوليين قسماً مستقلاً لكل واحد منهما، أما الدفع الأخير فسوف يستبعده الباحث من هذه الدراسة ،لندرة حدوثه في موضوع الإرث والتركات.

١) الدفع بالنظام العام

قد تسمح قاعدة الإسناد الأردنية بتطبيق قانون جنسية المورث الأجنبية وقت الوفاة على المنازعات الواقعة في إقليم المملكة وأمام محاكمها في بعض الفروض دون الأخرى . ويعزى السبب في ذلك (إلى وجود حد أدنى من التقارب بين الأصول العامة والمفاهيم الأساسية للقانونين ، القانون الأجنبي والقانون الأردني ؛ في حين أن وجود تنافر واضح بينهما، بحيث كانت أحكام قانون بلاد المورث مرفوضة بالأساس في ضمير مجتمع الدولة الأردنية) دولة (القاضي)

يتوجب على القاضي إستبعاد قانون المورث بإسم النظام العام في دولته؛ لأن الترخيص بتطبيق (قانون جنسية المورث) ينطوي على تحفظ وطني ، أو على شرط عدم وجود تصادم في المفاهيم الرئيسية والمرتكزات التي لا يمكن السماح بمخالفتها (بنفس المعنى، ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦ مرجع سابق ، ص ١٣٥)، أو تجاوزها ، حيث يسترجع النظام العام وظيفته الحمائية الاستبعادية (انظر ، بنفس المعنى ، محمدعبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٢١). وينعقد الاختصاص للقانون الوطني لقاضي الموضوع ؛ بإعتباره اختصاصاً إحتياطياً يطبق بشكل كامل إن كان القانون الأجنبي يخالف النظام العام بكامل محتواه ، ويطبق بشكل جزئي على الجزء المخالف إن كان القانون الأجنبي يخالف النظام العام بجزء معين. وبناء على ما تقدم ، يمكن أن نعرف الدفع بالنظام العام^{٨١} بأنه وسيلة قانونية رخص بموجبها القانون للقاضي - في النزاع المطروح أمامه والمشوب بعنصر أجنبي- باستبعاد الاختصاص العادي الممنوح للقانون الأجنبي بشكل كلي ، أو جزئي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية - (القواعد الآمرة أو الناهية) - والمفاهيم التي لا يمكن النزول عنها في نظر الجماعة والتي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي ، وبالتالي عقد الاختصاص لقانونه بوصفه الاختصاص الإحتياطي الأصلي. المشرع الأردني من جانبه وفي الدستور^{٨٢} ، والقانون المدني الأردنيين^{٨٣} فقد أشار بلزوم استبعاد القانون الواجب التطبيق إذ كان يتعارض مع النظام العام في المملكة ؛ فمثلاً إذا كان قانون جنسية المورث يقبل بتوريث الإبن غير الشرعي من أبيه -وتعلقت العلاقة بطرف مسلم - أو بمساواته بالإبن الشرعي، أو تساوي البنت مع الذكر؛ أو حصر التركة في الابن الأكبر وجب تفعيل الوظيفة الحمائية (الوقائية الاستبعادية) للنظام العام ، وبالتالي تطبيق القانون الأردني على المسألة الإرثية المعروضة على القاضي الأردني بقدر ما تتطلبه المسألة الإرثية.

٨١ (من الصعب تحديد مفهوم النظام العام بشكل كامل ؛ لأن معناه واسع ويحمل بين طياته أكثر من معنى وهو يختلف من دولة لأخرى -هذا من حيث المكان - وكذلك من حيث الزمان)

^{٨٢} -تنص المادة الرابعة من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أنه: "تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للأداب". وأنظر نص المادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أنه (في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي، بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي تنص عليها).

^{٨٣} تنص المادة التاسعة والعشرين من القانون المدني على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية".

ومما هو جدير بالإشارة أن المادة (٣/١٦٣) من القانون المدني الأردني اعتبرت الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية - ومن ضمنها الإرث والوصية - من النظام العام ، فعليه فالقاضي الأردني سوف يمتنع عن تطبيق أي قانون يجيز الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، أو توريثها من الأب أو توريث الإبن بالتبني ، والاعتراف به ، كما سيمتنع عن تطبيق قانون المورث إذا كان يساوي الذكر بالأنثى حتى بانتقال حق التصرف على الأراضي الأميرية للورثة^٤ ، وكذلك إذا أجاز التوارث بين المسلم وغير المسلم - على الأموال الكائنة في المملكة. هذا كله إذا كانت العلاقة تحتوي على عنصر وطني ، أو أجنبي مسلم.

وكذلك الحال بالنسبة للميراث الايصائي، فإذا كان القانون الأجنبي - (قانون الموصي وقت الوفاة) - يجيز مثلاً للموصي له الذي قتل الموصي، أو تسبب قصداً في قتله الحق بالإرث، فإن النظام العام الأردني سيقف عقبة أمام تطبيق هذا القانون.

القضاء الفرنسي ذهب إلى اعتبار موانع الإرث التي ينص عليها القانون الشخصي استناداً إلى أسباب عرقية ، أو دينية - (اختلاف الدين) - ، أو تحديد الحصة الإرثية بمقدار تافه يقارب الحرمان ، مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، كما رفضت تلك المحاكم أسباب الإرث؛ استناداً إلى مفاهيم لا تتألف مع المفاهيم الفرنسية الأساسية، واعتبرت أيضاً موانع الإرث التي تستند إلى الجحود (كقتل ، أو محاولة قتل المورث). تفرض تطبيق نظرية النظام العام الدولي. (انظر منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٨٧).

وفي موضع آخر قررت محكمة النقض الفرنسية أن التبني الذي تم وفقاً للقانون الهندي - وهو قانون الأحوال الشخصية للمتبني - يخالف ما جاءت به المادة (٣٤٠) مدني فرنسي، لأن التبني حدث أثناء حياة طفل شرعي للأب المتبني ، وهو ما لا يقره التشريع الفرنسي، لذا اعتبرت هذه المحكمة التبني مخالفاً للنظام العام الفرنسي ، ومن ثم حرمت الإبن المتبني من الميراث ، وكان يتعلق بعقار في الهند الصينية. (بنفس المعنى ، عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٥٥٩).

^٤ حيث عدل قانون انتقال الأموال المنقولة العثماني الذي كان يساوي البنت مع الذكر بالإرث بالتصرف بالأرض الأميرية لمخالفته الشريعة الإسلامية ، لأن النظام العام الأردني ذو صبغة إسلامية.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن وجود نصوص في قانون الدولة الناظرة في المسألة الإرثية مقتبسة أو متأثرة بدين معين قد يؤدي بالقاضي الناظر في المسألة الإرثية إلى الحد من تطبيق القانون الأجنبي أو عدم تطبيقه في تلك الأنظمة الطائفية. وهذا الأمر يقتضي التمييز بين تلك الأنظمة الدينية.

" ففي الأنظمة الطائفية فقد تعتمد الدولة دينا معيناً ، أو تقضي قوانينها الدستورية بترجيحه فإن القواعد الدينية تكون قواعد أمرة تفرض نفسها حتى في العلاقات الدولية الخاصة كما في العلاقات الداخلية. وفي هذا الإطار يوجد تفاوت في طريقة تطبيق تلك القواعد .فقد يكون تطبيق تلك القواعد تطبيقاً مباشراً دون المرور بقواعد النزاع: كما في قانون الظاهر المغربي تاريخ ٢٤ نيسان سنة ١٩٥٩ الذي يعطي المحاكم الشرعية الصلاحية المطلقة في حل النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والإرث عندما يكون المتنازعون من المسلمين وإن كانوا أجنب، وعلى تلك المحاكم أعمال قواعد الشريعة الإسلامية مباشرة وقد يكون تطبيق تلك القواعد تطبيقاً غير مباشر عن طريق المرور بقواعد النزاع ، ولكن باستبعاد القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد النزاع الوطنية عند التعارض وحسب مع قواعد أساسية وجوهرية في الشريعة الإسلامية." (أنظر ، منصور ، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٦٦).

"النظام العام في الدول العلمانية يتدخل لإستبعاد القوانين الدينية التي تقيم تمييزاً على أساس الدين ،يكون مبرراً دينياً ، ولكن لا يجد النظام العلماني تبريراً له . بينما النظام العام في الأنظمة الطائفية التي تعتمد دينا معيناً يتدخل لإستبعاد القانون الأجنبي عندما يرفض إقامة ذلك التمييز". (منصور ، سامي، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٦٧).

"أما في الأنظمة التي لا تعتمد دينا معيناً أو ترجح ديناً على آخر ، كما هو الحال في لبنان حيث من المفترض إقامة توازن الأديان والطوائف ، فطرح النظام العام هو في أخف صورته : فليس من قانون ديني ، أو مدني لا يجد تطبيقاً له في نظام ديني أو طائفي داخل الدولة". (منصور ، سامي الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٦٧).

ويذكر أنه " في الأنظمة التي تعتمد قواعد دينية معدلة ، فيكون لها النظرة الخاصة إلى قواعد الدين :فقد اعتبرت إحدى المحاكم التونسية أن القانون الإسلامي المغربي الذي يسمح

بالطلاق بالإرادة المنفردة يتعارض مع السياسة التشريعية التونسية ، ويجب استبعاده لمخالفة النظام العام التونسي". (منصور، سامي الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٧٦٧). ومن المعلوم بأن مفهوم النظام العام يصعب تحديده على وجه دقيق، ومرجع ذلك إلى غموض هذا المفهوم من جهة ،ومن جهة أخرى تغيره من حيث المكان والزمان ؛ (فمفهومه يتسع ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات في المجتمع بقواعد قانونية أمره أو ناهية ، وقيامها بوظائف جديدة غير وظائفها التقليدية التي كانت متروكة سابقاً لحرية الأفراد ، وإتفاقاتهم الخاصة استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. (بنفس المعنى ، الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٢، ص ١٨٨ ، ١٩٩٨).

ومن هذا المنطلق، فإن ما يعد متعلقاً بالنظام العام في الأردن قد لا يعتبر كذلك في لبنان مثلاً، وما يعتبر من النظام العام في الأردن في الوقت الحالي قد لا يعتبر بعد عشر سنوات من النظام العام الأردني (انظر، عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ، ١٩٦٩ ، ص ٥٦٥) ومن هنا يوصف النظام العام بأنه ذو صبغة واقعية وهي التي تضي عليه مفهوماً نسبياً مكانياً وزمانياً. (محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٩٠). فمن حيث المكان فإن القاعدة الشرعية التي تقرر بأن للذكر مثل حظ الأنثيين في الإرث في الأردن لا تعد كذلك في فرنسا لتساوي الذكر مع الأنثى هناك، وكذلك فإن الإبن غير الشرعي في الأردن يرث من أمه وأقاربها، مع أنه لا يوجد نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني على ذلك ؛ ولكن المادة (٣٢٥) نصت على وجوب الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، الأمر الذي يدل على أن ابن الزانية ترثه أمه ويرث منها.(كما ويرث ولد اللعان بجهة الأم فقط ؛ لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به ، ومن جهة الأم ثابت ميراث به أمه وأخوته من الأم بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه وأخواته من أمه فرضاً لا غير.) (الربابعة ؛عبدالله ،(٢٠١١)، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية الاردني، محاضرات أقيمت على طلبة الشريعة والقانون في جامعة اليرموك الأردنية، غير منشور)

ويختلف الأمر في سويسرا ولبنان، حيث إن التبني ممنوع في أغلب الدول العربية ، وبعض الدول الإسلامية ؛ لمخالفته النظام العام في هذه الدول ؛ حيث يوصف النظام العام بها بأنه ذو صبغة إسلامية ، بينما يقره القانون التونسي، والفرنسي، والتركي ، والمصري حديثاً. (الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ١٩٢، ١٩٩٨ ؛ عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين، ١٩٦٩ ، ص ٥٦٥). ولا بد من الإشارة إلى أن بيع التركات المستقبلية يعد مخالفاً للنظام العام في الأردن - (م ٢/١٦ مدني) - وفرنسا؛ لأنه يحمل معنى المضاربة على حياة الميت. (انظر ، أنور سلطان مصادر الالتزام في القانون الأردني، ٢٠٠٧، الإصدار الثالث، ص ٩٧) بينما لا يعتبر كذلك في سويسرا وألمانيا.

هذا من حيث المكان، أما من حيث الزمان فقد كان مبدأ للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث من النظام العام في تركيا ، ثم ألغي هذا المبدأ في التشريع التركي الحديث ولم يعد من النظام العام. (الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ١٨٩، ١٩٩٨).

وكذلك الحال فقد كان حق الانتقال بالتصرف بالأراضي الأميرية في الأردن ينتقل إلى الورثة للذكر مثل حق الأنثى، ثم ألغي في وقت ليس بعيداً^{٨٥} ، بحيث إن الأخذ به حالياً يعد مخالفاً للنظام العام الأردني. وفي مصر لا يعتبر التبني في الوقت الحاضر مخالفاً للنظام العام المصري ، بينما كان قبل سنة ١٩٣٧ مخالفاً للنظام العام، (انظر ، عبد الرحمن، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٥٦٦) كما وأن فرنسا لم تكن تسمح بإقامة دعوى إثبات نسب الإبن غير الشرعي ، لمخالفة ذلك الآداب العامة آنذاك ، ثم أصبح القانون يسمح بإقامة دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي. (انظر، الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص ١٩٢، ١٩٩٨).

^{٨٥} -ومما تجدر الإشارة إليه بأن قانون انتقال الأموال غير المنقولة العثماني الصادر عام ١٩٢٨ كان يجيز انتقال حق التصرف على الأراضي الأميرية لورثة المتوفى بالتساوي بين الذكر والأنثى إلى أن تم الغائه بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩١ حيث راعى القانون الجديد أحكام الشريعة الإسلامية (لمزيد من التفصيل ، انظر بحث للدكتور محمد يوسف الزعبي، الاستغناء بحق الملكية عن حق التصرف ، ص ١١٢ ، مجلة مؤتمة للدراسات الإنسانية المجلد ١٠، العدد (٢)، ١٩٩٤).

ومهما يكن من الأمر المتقدم شيئاً ، فإن الخيار يبقى للقاضي ، يفصل في المسألة الإرثية وفقاً للظروف والأحوال المحيطة بهذه المسألة؛ فإذا تبين له أن قانون بلاد المورث وقت الوفاة يتجافى مع الأنظمة والقواعد الأساسية في قانون دولته ، أو يصطدم مع الشعور العام لدى مجتمعه وجب رفض تطبيقه وتعين عليه تطبيق قانونه لحل النزاع المعروض عليه ، وبعبارة ذلك - أي عدم الفصل في المسألة الإرثية - يجعل من القاضي منكرًا للعدالة القضائية التي تبغى الشعوب تحقيقها.

هذا وقد يتساءل البعض عن الوقت الذي يعتد به لتقرير إن كان هنالك تنافر بين قانون القاضي - في الدول التي يوصف النظام العام بها بأنه ذو صبغة إسلامية -، والقانون الأجنبي ؛ نظراً لأن أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت فيما يتعلق بالميراث والأحوال الشخصية ، وغير قابلة للتغيير من حيث الزمان أو المكان ، ونحن نرى الاعتداد بوقت رفع النزاع بالنسبة للأحكام القطعية الثبوت؛ لأن هذه الأحكام غير قابلة للتغيير أو التبديل لا من الناحية الزمنية ولا من الناحية المكانية هذا بخلاف ما نراه مع البعض (انظر، عبد الرحمن ، جابر جاد ، تنازع القوانين ، ١٩٦٩ ، ص ٥٦٧) بالنسبة للمسائل غير قطعية الثبوت والمسائل الأخرى ، فنرى في وقت صدور الحكم؛ لأن مفهوم النظام العام نسبي ومتغيراً من وقت إلى آخر .

وحتى يتم إعمال فكرة النظام العام يجب توافر شرطين هامين (في حالة عدم وجود اتفاقية دولية):-

الشرط الأول : أن تحيل قاعدة التنازع الوطنية (الأردنية) النزاع المتعلق بالمسألة الإرثية إلى قانون أجنبي ، فإذا أدى ذلك إلى إسناد حكم النزاع إلى قانون أجنبي ما توافر أول شرط لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام. (إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص ٥٩١).

الشرط الثاني : تعارض قانون المورث وقت الوفاة مع قانون القاضي الناظر في المسألة الارثية ؛ بحيث يتنافر مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها بنیان مجتمع دولة القاضي الناظر في النزاع ؛ أي يمس المبادئ الأساسية ، والمرتكزات التي يقوم عليها النظام العام في قانون القاضي، سواء أكان هذا القانون متعارضاً في كل أحكامه ، أم بعضها. فإذا كان تطبيق القانون

الأجنبي يخالف الشريعة الإسلامية- كلما تعلق الأمر بطرف مسلم- يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول العربية التي يوصف النظام العام فيها بأنه ذو صبغة إسلامية.

أما من حيث آثار الدفع بالنظام العام الاستيعادي فهي تتمثل في أثرين عامين ،وأثر مخفف للنظام العام :-

الأثر الأول : - سلبى يستبعد قانون المورث متى كان متعارضاً مع النظام العام في دولة القاضي ، وهذا لا يعني أن يستبعد بشكل كلي، بل على الجزء المخالف للنظام العام ما لم يكن فصله غير ممكن ، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة التمييز الفرنسية إلى أن ما تقضي به أحكام القانون الإسلامي المختص بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم ،أمر يصادم النظام العام الفرنسي، بيد أن مقتضيات هذا النظام تتطلب وحسب إستبعاد هذا المنع المتحصل من إنعدام أهلية غير المسلم في أن يرث المسلم فقط...، ومن غير أن تقضي إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في شأن بيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم. (محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٠٠).

فهذا المثال لم يستبعد القانون الأجنبي إلا بشكل جزئي - بعكس الحال في الاستبعاد الكلي- وكما لم يعطل قاعدة التنازع التي أشارت إلى ذلك القانون، بل استبعد الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي متى كان يمكن فصله.

وعليه فإنه لو أشارت قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون جنسية المتوفى على الميراث ، وتبين للمحكمة أن هذا القانون يجيز توريث القاتل لمورثه فعلى المحاكم الأردنية واللبنانية - الناظرة في المسألة الإرثية- أن تستبعد هذا القانون لمخالفته للنظامين العامين الأردني واللبناني؛ (وفيما وراء ذلك تبقى القواعد الأساسية لقانون المورث الأجنبي صاحبة الاختصاص بحكم بقية أحكام الإرث اللهم إلا إذا كانت تخالف القانون والنظام العام الأردنيين). (انظر بنفس المعنى، محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٠٢).

وكذلك الأمر لو كان قانون المورث الواجب تطبيقه على التركة- بموجب قاعدة الإسناد الأردنية- يجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورث ، والوارث ، فإن مثل هذا النص يجب إستبعاده

لمخالفة النظام العام الأردني ،ويترتب على ذلك إعمال فكرة الدفع بالنظام العام أمام المحاكم الوطنية ، وإستبعاد هذا النص فقط من التطبيق ، وبالتالي إستبعاد الوارث المختلف في ديانتته عن ديانة المورث ، أما الأحكام الأخرى في هذا القانون الأجنبي المتعلقة مثلاً ، بشروط الإرث ، ونصيب كل وارث ، وحالات المنع والحجب..... إلخ فتطبق على موضوع النزاع إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام . (بنفس المعنى ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ١٩٨٦، ص ١٤٩).

الأثر الثاني : إيجابي يتمثل في تطبيق قانون دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية، ذلك أن تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام لا تنهي الإشكال ، بل يجب البحث عن البديل وذلك (لوجود تلازم بين الاستبعاد وإحلال القانون البديل ، فالدفع بالنظام العام له وجهان على أحدهما ينطبع الأثر السلبي ، وعلى الآخر يظهر الأثر الإيجابي). (محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٠٦).

فالعامل بالأثر السلبي لا يحقق الكفاية والعدالة القضائية ، بل يلزم البحث عن قاعدة قانونية بديلة تلائم المسألة المعروضة على المحكمة؛ وقد قيل في هذا عددة آراء... الرأي الراجح يميل إلى تطبيق القانون الوطني للقاضي الناظر في المسألة الإرثية بشكل كامل؛ أما في الحالة التي يستبعد قانون القاضي القانون الأجنبي إستبعاداً جزئياً. (فيطبق القاضي الناظر في هذه المسألة قانونه ضمن الجزئية التي استبعد فيها هذا القانون ؛ بحيث يشترك قانون القاضي في هذه الحالة مع القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في حكم النزاع ، ضمن حدود الأحكام المستبعدة من هذا القانون) (انظر ،بنفس المعنى ، ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ١٩٨٦، ص ١٥١ و١٥٢). أما بالنسبة للأثر الثالث (المخفف)^{٨٦} ، فنظراً لأن التشريع الأردني ذو طبيعة دينية، وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية (م ٦٣ مدني أردني)، فإن هذا الأثر يبدو محدوداً، ولا يتصور أن نجد مجالاً لهذه النظرية، ولو كان أحد أطراف العلاقة مسلماً أجنبياً،

^{٨٦} (الأثر المخفف هو :- التمسك بآثار حق نشأ واكتسب أصولاً في الخارج ، فيجب البحث عما إذا كانت هذه الآثار نفسها التي يرتبها القانون الأجنبي المختص تتعارض بحد ذاتها مع النظام العام في بلد القاضي أم لا . فإذا كانت هذه الآثار ناجمة عن حق مكتسب بشكل أصولي في الخارج وكانت لاتخالف النظام العام في بلد القاضي فيمكن الاعتراف بها ولو أن هذا النظام يحظر إنشاء مثل هذا الحق أصلاً. (ديب، فؤاد ،القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ١٩٨٦، مرجع سابق ،ص ١٥٣)

فيطبق القانون الأردني. (انظر بنفس المعنى ، محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٣٤ و ٦٣٥).

لذلك يعد إثبات نسب الابن غير الشرعي إلى أبيه مخالفاً للنظام العام الأردني ، فلو تم إثبات النسب إلى الأب خارج الأردن ووفقاً للقانون المختص ، وأراد الابن غير الشرعي التمسك بآثار إثبات النسب والمطالبة بحقه بالإرث في الأردن كإبن ، فإن هذا يتعارض مع النظام العام الأردني ، لأن هذا النظام يوصف بأنه ذو صبغة إسلامية ، ولكن قد لا تخالف هذه المطالبة النظام العام في دول أخرى ، بالرغم أن إثبات النسب غير الشرعي مخالف للنظام العام فيما لو أقيمت هذه الدعوى أصلاً أمامها. وبالتالي فإن القاضي ملزم باستبعاد كل قانون أجنبي يتعلق بالأحوال الشخصية؛ إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالمقومات الأساسية والتصورات الرئيسة التي يقوم عليها النظام العام في دولته. (انظر، زوكاغي ، أحمد ، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي ، تنازع القوانين ، ط ١ ، دار تونفال للنشر ، الدار البيضاء ، ط ١ ، ١٩٩٢ ، ص ٩١) ومن هنا نرى وانطلاقاً من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء – والتي بخلاف تطبيقها يخالف النظام العام الأردني – يتوجب أن تطبق المحاكم الأردنية الشريعة الإسلامية من دون المرور بقاعدة التنازع الأردنية الخاصة بالإرث والوصية، متى تعلق الأمر بطرف مسلم؛ لاتصالها الوثيق بالعقيدة، ولعدم مخالفتها للنظام العام استناداً إلى أحكام المادة (٣/١٦٣) من القانون المدني الأردني سالف الذكر ولاعتبار الدين الإسلامي دين الدولة الراجح دستورياً. وأخيراً فلا بد من التنويه إلى أن مجال أعمال نظرية النظام العام الدولي في مجال الإرث يختلف من دولة إلى أخرى ؛ نظراً لوجود تعدد طائفي في بعض الدول ، كلبنان مثلاً ، حيث تتعدد فيها الملل – مما يشكل ثراءً تشريعياً ، وتنوعاً في الحلول تتحسر معه تلك النظرية – (مما يقلص مجال الأخذ بالنظام العام الدولي، لذا لا يعد في لبنان مخالفاً للنظام العام الدولي : إختلاف الدين ، أو الحرمان من الإرث على ضوء موقف الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية في عدم توريث العائلة الثانية لمن يعتنق الدين الإسلامي – وهنا تكمن خطورة هذا الموقف التمييزي – كما لا يعد مخالفاً للنظام العام اللبناني عدم المساواة بين الورثة، أو تفضيل الذكورة .) (بنفس المعنى ، منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٨٨).

٢) التحايل على القانون والاختصاص القضائي الدولي

قد يقدم الأفراد إلى جلب الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة أجنبية ؛ بغية التهرب من أحكام اختصاص المحكمة الأصلية المختصة بنظر النزاع. وعلى قاضي التنفيذ في البلد المطلوب من محاكمها التنفيذ أن يراقب اختصاص المحكمة مصدرة الحكم قبل تنفيذ الحكم المراد تنفيذه في دولتها. فإذا تبين بأن هنالك تحايلاً على الاختصاص أ قدم عليه المورث قبيل وفاته ، أو أحد أصحاب المصلحة فعليه أن لا يعتد بنتيجة الحكم. وعلى الرغم من أن التحايل على القانون والاختصاص القضائي الدولي غالباً ما يحدث في مضمار الأحوال الشخصية والتي يحكمها القانون الشخصي، إلا أن القضاء لا يعطي أمثلة عملية في مادة التركات، إلا في حدود نادرة مع أن التحايل في الواقع ممكن ؛ حيث يعزى السبب بتقلص أشكال التحايل على القانون والاختصاص في ميدان الإرث أكثر من غيره من مسائل الأحوال الشخصية - في وجهة نظرنا -؛ إلى أن التصرفات التي يبغى الأفراد تحقيقها من وراء التحايل على القانون والاختصاص القضائي الدولي ، هي الحصول على منافع أثناء الحياة؛ كتغيير الجنسية من أجل الطلاق ، أو تغيير الدين من أجل الزواج بثانية ... إلخ. وقد يعمد المورث قبيل وفاته إلى تغيير ، أو تبديل في القانون واجب التطبيق ، وذلك بتغيير ضابط الإسناد متى كان متوقفاً على إرادته ؛ (كضابط الجنسية، أو الموطن ، أو موقع المنقول ، أو الديانة)، من أجل التهرب من القانون الذي يحكم الرابطة القانونية- في الحقوق الدولية الخاصة - إذا كانت هذه الأحكام آمرة ، أو مانعة لا تتفق مع الغاية التي يهدف إليها المورث. وعليه فإنه يشترط لقيام التحايل في الإرث أن يكون هنالك تغيير في ضابط الإسناد ، أو ضابط الاختصاص فعلي لا صورياً ، ومشروعاً من الناحية القانونية ، فإذا كانت الوسيلة التي استعملها المورث قبل الوفاة غير مشروعة؛ كأن يكون المورث قد غير جنسيته عن طريق التزوير في المستندات المطلوبة فهنا لا يعتد بالجنسية المكتسبة- (الجديدة والأخيرة للمورث) - التي تم التوصل إليها عن طريق التزوير ، ويعتد بجنسية المورث الأولى ، وبالتالي فلا حاجة لاستعمال الدفع بالغش نحو القانون.

(انظر بنفس المعنى ، شوقي، بدر الدين عبد المنعم ، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي ١٩٩٠ ، ص ٢٨٧) ما دام أن القانون قد رتب الجزاء على هذا الفعل، ولو توافرت النية لدى المورث بالتهرب من القانون الأصلي آنذاك.

ومن هذا المنطلق لا يعتد بالتغيير الفعلي في الواقعة ما دام لم يتوافر شرط النية، فإذا كان هدف المورث أثناء حياته التهرب من الأحكام الآمرة ، أو الناهية (المانعة) في قانونه القديم ليطبق على التركة قانوناً آخر ، فإن التحايل على القانون يكون مستوفياً شروطه ويجب استبعاد القانون الذي سعى المورث إلى جلبه له ، أو لاختصاصه.

وبناء عليه ، يعرف الغش نحو القانون في ميدان الإرث (بأنه تعمد المورث ، أو أصحاب المصلحة (الورثة ، الدائنين) التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة في القانون واجب التطبيق ، وذلك عن طريق تشكيل تصرف ، أو تصرفات قانونية يكون من شأنها التغيير في الظروف الملازمة للعلاقة القانونية، وبذلك يستطيعون تطبيق قانون آخر يتفق ومآربهم. فظاهر التصرف يكون مطابقاً للقانون ولكنه يستهدف غاية تخالف القاعدة القانونية.

ويمكن لنا في ضوء ما تقدم أن نعرف التحايل على القانون والاختصاص القضائي الدولي - في مادة الإرث- (بأنه كل تغيير إرادي قام به المورث أو (أصحاب المصلحة) في ضابط الاسناد^{٨٧} ، أو ضابط الاختصاص ، أو المذهب (الطائفة الدينية) ؛ وذلك بتشكيل تصرف ، أو تصرفات قانونية بوسائل مشروعة فعلياً تؤثر في نقل القانون واجب التطبيق ، أو جلب الاختصاص لمحكمة معينة ؛ بغية التهرب من تطبيق الأحكام الآمرة في القانون واجب التطبيق أصلاً على النزاع ، مما تكتسي الغاية المشروعة صبغة غير مشروعة وهي التحايل على أحكام القانون ، أو جلب الاختصاص لمحكمة معينة بهدف التحايل على اختصاص المحكمة المسلوب منها الاختصاص). ويجب التنويه هنا إلى أنه وفي الدول التي اعتدت بمعيار الجنسية فيما يتعلق بالإرث والتركات قد ضيقت المجال على الأفراد للتحايل على القانون؛ لأن تغيير الجنسية أصبح يتطلب من الفرد شروطاً قاسية . إن عنصر الجنسية في هذه الدول مرتبط إلى حد كبير

^{٨٧} (الموطن ، الجنسية ، مكان المنقول...إلخ)

بعنصر الدين في مادة الارث والتركات ،وبالتالي فقد يكون لعامل الدين أثر لعدم إبطال النتيجة غير المشروعة التي قصدها المورث ،أو الورثة والمتمثلة في التحايل على القانون والاختصاص ؛ نظرا لإرتباط هذا الدين بالنظام العام في دولة القاضي الناظر في النزاع".
ومع ذلك فإن التحايل على القانون والاختصاص فيما يتعلق بالإرث ممكن ، وقد يتم بأحد الأشكال التالية:

أ- التحايل الذي قد يقوم به المورث قبل وفاته ، بتغيير قاعدة الإسناد- الوطنية ، أو الأجنبية- تغييراً للقانون الذي يحكم الإرث. فالمورث الذي يغير جنسيته ، أو ديانته قبل وفاته من أجل حرمان بعض الورثة ، أو حصرها في ابنه البكر الذكر ، أو من أجل التغيير في مقدار نصيبهم، أو بتغيير مكان وجود الأموال المنقولة ؛ لتطبيق القانون الجديد ، في الوقت الذي قد لا يكون فيه الحرمان موجوداً ، سواء أكان جزئياً ، أم كلياً في القانون القديم ، أو أن القانون الجديد مثلاً لا يفرض ضريبة على التركة المنقولة ،في الوقت الذي يكون فيه القانون القديم يفرض الضريبة على التركة ،وكذلك الحال في الفرض الذي يغير المورث دينه قبيل الوفاة من أجل حرمان بعض الورثة ، أو كلهم من الإرث لاختلاف الدين.

وقد ضرب القضاء اللبناني مثلاً على التحايل بسبب تغيير الديانة، حيث ورث هذا القضاء الزوجة الأولى وحرمت الثانية من الميراث وأبنائها، لوجود التحايل على القانون. وفي قرار آخر تم توريث الزوجة الثانية وحرمت الأولى.(انظر، منصور ، سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، مرجع سابق،٥٨٨ ؛ ومذكور في بحثه ، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص٤٣ وص٤٤).
(أنظر تمييز هيئة عامة رقم (٦) تاريخ ١٩٩٧/٦/٢٣، منشورات مجلة حاتم جزء ٧٤، ص١٣، مذكور ببحث الدكتور سامي منصور ،ص٣٩.وعكسه قرار استئناف بيروت ، غرفتها السادسة بالقرار رقم (١٠٤) تاريخ ١٩٧٤/٦/١٠) مذكور ببحث الدكتور سامي منصور، ص٤٣)

(أما الشخص الذي يترك ديانته ويدين بديانة أخرى بقصد الإستفادة من الرخص والحقوق التي تمنحها إياه ديانته الجديدة وتحقق له مآربه الشخصية؛ كالسماح بالزواج من ثانية، أو من أجل

التهرب من الالتزامات التي تفرضها ديانتها القديمة نحو أهله وعشيرته يجب استبعاده كلياً ، أو جزئياً من التطبيق) (انظر الأهواني ، حسام الدين كامل ، بحث بعنوان الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة. (بحث في مسائل الأحوال الشخصية) ، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس ، يناير ، سنة ١٩٧٣ ، العدد الأول والثاني السنة الخامسة عشر ، ص٧٢)،..... بإستثناء الحالة التي يتحول فيها الشخص إلى الإسلام؛ لأن أغلب الأمور تتعلق بصميم العقيدة متى ثار النزاع أمام قاضي يعتبر النظام العام في دولته ذا صبغة إسلامية على ما رأيناه سابقاً.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن عنصر الدين ، أو (المذهب) ، بالتنازع الداخلي يلعب الدور ذاته الذي تلعبه الجنسية في نطاق التنازع الدولي بين القوانين (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٥٠٤) ^{٨٨} ؛ (حيث تلعب الديانة الدور الأكبر في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق) (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٥٠٣) في الدول الإسلامية ، وتقوم مقام الجنسية في بعض الفروض (محمد عبد العال ؛ عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٥٠٤) متى تم التغيير إلى الإسلام؛ فالأجنبي الذي يتحول إلى الإسلام - ويصرف النظر عن جنسيته - يمكن أن يتمتع في الأردن ومصر وسائر الدول الإسلامية بكافة المزايا التي تخولها الشريعة الإسلامية للطرف المسلم ، بصرف النظر عن جنسيته وبغض النظر عن دوافعه من التحول إلى الإسلام ، فلا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ولو كان من أجل الإضرار بزوجه مثلاً ، أو حرمان بعض الورثة من الإرث ؛ لاختلاف الدين متى ثار النزاع أمام القضاء الأردني ، والدول التي يعتبر النظام العام بها ذا صبغة إسلامية . (تنص المادة (٢٨١/ب/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:- "لا توارث مع اختلاف الدين فلا يرث غير المسلم المسلم. ب- يرث المسلم المرتد ."

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن التحايل على القانون لا يقتصر على تغيير الجنسية بل أن تغيير موطن المورث بغية الاستفادة من قانون الموطن الجديد- إن كانت قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق

^{٨٨} (فمثلاً تلعب الديانة في دولة لبنان دوراً في تحديد الشريعة الدينية التي ينتمي إليها المورث والتي على أساسها يتحدد مصير تقسيم تركته والورثة والحج والحرمان وغيرها.)

قانون الموطن الأخير للمورث- يمثل تحايلاً على القانون ، ويجب على القاضي تطبيق قانون الموطن القديم إذا توافرت شروط الغش نحو القانون والاختصاص الدوليين .

ب- التحايل الذي قام به المورث قبل وفاته بتغيير الطائفة القانونية، أو الفئة؛ كتحويل طبيعة المال غير المنقول إلى مال منقول. (محكمة التمييز الفرنسية اعتبرت أن قيام المورث قبل الوفاة بتغيير طبيعة المال من مال غير منقول إلى مال منقول بتقديم المورث أرضه في شركة - وهي بنظر القانون الفرنسي واللبناني مال منقول - لتغيير القانون الذي يحكم العقار ، للخضوع إلى قانون محل الإقامة للمتوفى عند توزيع التركة بدلاً من قانون موقع العقار ، إنما يشكل تحايلاً على القانون ويخضع إلى قواعد التحايل، وبالتالي استبعدت المحكمة قانون الموطن الأخير، وطبقت بدلاً منه قانون موقع العقار على التركة والذي يخصص حصة مقتطعة ومحجوزة لصالح الأبناء، لا يمكن للمورث التصرف بها حسب القانون الفرنسي) (أنظر نقلاً عن منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٨٠١/٨٠٢).

ج- قيام المورث قبيل الوفاة بجلب الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة معينة ، وذلك بالاستفادة من اختلاف أنظمة الاختصاص القضائي بين الدول، ومثال ذلك قيام المورث قبل وفاته بإتخاذ موطناً في فرنسا؛ حيث يختص القضاء الفرنسي بتوزيع التركة لكونه مكان حصول الوفاة ؛ فيطبق القاضي الفرنسي قانونه الوطني بوصفه قانون موطن المورث وقت الوفاة على أمواله المنقولة ، وبذلك يكون المورث قد تعمد لجلب الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية. ومثال ذلك أيضاً قيام المورث قبل حلول أجله بالانتقال إلى فرنسا واتخاذها سكناً اعتيادياً فيها بغية إثبات نسب ابن طبيعي له لتوريثه، نظراً لاستبعاد إثباته وتوريثه أمام القضاء الأردني من أبيه، لمخالفته قانون الأحوال الشخصية الأردني والنظام العام ؛ ولاختلاف شروط الإقرار الواردة في هذه القانون عن إثبات النسب بالنسبة للبنوة الطبيعية فينتقل الاختصاص القضائي إلى المحاكم الفرنسية لوجود سكن اعتيادي فيها) حيث يجيز القانون الفرنسي إثبات النسب للأب وبمعزل عما إذا كانت بقية عناصر البنوة من الممكن أن تتصل بقانون أجنبي) (قارن ذلك بمثال منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٣٧٥).

ففي هذين المثالين أخضع النزاع إلى القانون الفرنسي تهرباً من أحكام القانون الأردني ، والذي ينسب -المثال الأخير- الابن غير الشرعي إلى أمه ، ولا يورثه إلا منها ، كما ويصعب إثبات نسبه في القانون الأردني حتى ولو أقر ببنته، لذا يستبعد القاضي الأردني القانون الفرنسي متى ثار النزاع ، أو طلب منه تنفيذ حكم حصر الإرث في الأردن ، لوجود التحايل على الاختصاص القضائي الدولي ، لكون محاكم المملكة مختصة أصلاً بالنزاع ، كما وأنه لم يكن هنالك أي رابط يربط المحكمة الأجنبية بالنزاع فعلاً؛ فهنا لا ينفذ الحكم الأجنبي إذا انعقد الاختصاص للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم بناء على تحايل الخصوم الذين جلبوا لها الاختصاص بوسائل احتيالية. (الحجاية، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٥)

(٢)-١ آثار التحايل على القانون والاختصاص القضائي

لما كان من المحتمل أن يثير صاحب المصلحة دعواً يتعلق بالتحايل على القانون أمام المحكمة الأردنية، وكان موضوع التحايل الذي أقدم عليه المورث أو الورثة منصبا على القواعد الآمرة أو الناهية، وتوافر شروط هذا التحايل، فيثور التساؤل عن الجزاء الذي يقرره القاضي متى ثبت له ذلك؟

من خلال استقراء نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بقواعد التنازع لم يجد الباحث نصاً يعالج هذا الأمر، وبالتالي فإن الأمر يستلزم الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص - (الراجع منها)- عملاً بأحكام المادة (٢٥) من القانون المذكور.

وعلى ضوء ذلك فإن الأمر يقتضي من الباحث التمييز بين فرضين:

الفرض الأول : التغيير في واقعة مادية كان المورث قد قام بها والمتمثلة في نقل أمواله المنقولة من إيطاليا إلى فرنسا مثلاً؛ هنا لا يفلت المنقول من سلطان القانون الإيطالي إذا أثير النزاع أمام محاكمها الوطنية بل يبقى سارياً على النزاع، كما وأنه لا يمكن في هذا الفرض تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد بشكل كامل ؛ كإحتمال وجود

الرهن على هذه الأموال مثلاً. وفي هذه الحالة فإن إعمال الدفع بالغش نحو القانون ، أو الاختصاص ينحصر في منع النتيجة التي كان يبغى المورث بلوغها، وتطبيق أحكام القانون المختص أصلاً بحكم النزاع، أما الوسيلة التي أستعملت في تغيير ضابط الإسناد فإنها تبقى بصرف النظر عن الواقعة المادية المتمثلة في إنتقال المنقول إلى الموقع الجديد ورفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال. (أنظر ،محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥١٠) وبالتالي تطبيق القانون الذي كان مختصاً بحكم الرابطة القانونية.

الفرض الثاني:- التغيير الذي يتناول شكل عمل قانوني معين مثل حصول المورث قبل حلول أجله على جنسية دولة معينة بغية التهرب من قانون الجنسية المختص أصلاً بحكم التركة والإستفادة من القانون الجديد لحرمان بعض الورثة ، أو تحديد حصصهم ، أو التهرب من الضريبة والقيود المفروضة على التركة المنصوص عليها في قوانين بعض النظم القانونية.

ففي هذا الفرض نرى مع الرأي الراجح عدم الاستفادة من القانون الجديد ، وعدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصدتها المورث عندما قام بتغيير ضابط الإسناد (الجنسية) ، أو الموطن (محمد عبد العال ؛عكاشة ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥١١ و ص ٥١٢) ، وبتعبير آخر إبطال النتيجة دون الوسيلة إذا كانت صحيحة من الناحية القانونية، فقيام المورث قبيل الوفاة باستعمال وسيلة قانونية للحصول على جنسية معينة لا تملك المحكمة إبطالها والحكم بعدم وجود هذه الجنسية للمورث مثلاً (انظر ، المصري، محمد وليد ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الحامد للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٠٩)؛ لأن الأمر يتطلب فقط عدم الاعتراف بالنتيجة غير المشروعة ، وكذلك عدم الاعتراف بوسيلة الغش فيما يخص النتيجة غير المشروعة فحسب. (انظر، زوكاغي ، أحمد ، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي تنازع القوانين ، ط ١، دار توتفال للنشر ،الدار البيضاء ، ١٩٩٢ ، ص ١٠٠).

وبالتالي فإنه متى توافرت الشروط السابقة فإن الجزاء المقرر في القانون الدولي الخاص هو إبطال النتائج دون الوسائل التي قصد الشخص التوصل إليها عن طريق تغيير ضابط الإسناد. (بنفس المعني ،الأهواني ، حسام الدين كامل ، بحث بعنوان الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة.

(بحث في مسائل الأحوال الشخصية) منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس ، يناير ، سنة ١٩٧٣ ، العدد الأول والثاني السنة الخامسة عشر ، ص ٧٣)

وعليه فإن قيام المورث قبل وفاته بتغيير جنسيته ، أو ديانتته لحرمان الورثة ، أو حصرها بإبنه البكر ، أو قيامه بتحويل طبيعة المال من عقار إلى منقول ؛ للتهرب من الضريبة المفروضة على التركة في بعض الدول ، فإن الجزاء هنا هو استبعاد القانون الذي عقد له الاختصاص بصورة غير مشروعة ، وبالمقابل تطبيق القانون المختص أصلاً بحكم المسألة الإرثية. لافتنا النظر إلى أن الأمر يختلف كل الاختلاف في حالة التغيير للديانة الإسلامية في الدول العربية والإسلامية والتي يعتبر النظام العام فيها ذا صبغة إسلامية ؛ لتعلق الأمر بصميم العقيدة ولإعتبار الإرث فيها من النظام العام ، وبالتالي عدم القدرة على المرور عبر قاعدة التنازع في موضوع الإرث لتعلق حقوق المسلم في هذه الدول بالنظام العام؛ لأن الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة ولا يمكن لأية جهة قضائية البحث عنها ، إلا عن طريق المظاهر الرسمية. (بنفس المعني ، الأهواني ، حسام الدين كامل ، بحث بعنوان الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة. (بحث في مسائل الأحوال الشخصية) منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس ، يناير ، سنة ١٩٧٣ ، العدد الأول والثاني السنة الخامسة عشر ، ص ٨٩) فهنا يتراجع أثر تفعيل قواعد التحايل على القانون ، وبالتالي عدم إبطال النتيجة التي سعى إليها المورث ، والمتمثلة في حرمان الورثة الذين لا يشاركونه اعتقاده الديني كلما كان التحول إلى الإسلام وثار النزاع في دولة يعتبر النظام العام فيها ذا صبغة إسلامية.

سادسا:-مدى الاستغناء عن تطبيق القانون الشخصي للمورث بقانونه الديني

من المحتمل أن تواجه المحكمة نزاعاً يتعلق بتركة مورث أجنبي ينتمي إلى ديانة ما ، ينتج عن تطبيق قانونه الشخصي تعارض واضح مع قانونه الديني ، الأمر الذي يستلزم من المحكمة تغليب أحد القانونين على الآخر للوصول إلى القانون واجب التطبيق على تركة المورث الأجنبي آخذة- أي المحكمة-بعين الاعتبار مدى ملاءمة وتأثير أي من القانونين على النظام العام في دولتها، علماً بأن عنصر الدين في هذه الدراسة مقترن بعامل الجنسية.

ومن هذا المنطلق سوف يبين الباحث مدى تأثير تطبيق قانون بلاد المورث على القانون الديني للمورث وتأثر المحكمة بقانون المورث الديني ، آخذين الديانة الإسلامية كمثال على التعارض بين تطبيق القانون الديني والقانون الشخصي للمورث في الأنظمة التي تعتمد هذا الدين وترجحه على غيره.

فلو عرض على القاضي الأردني نزاعاً يتعلق بتركة المورث (س) الذي اعتنق الديانة الإسلامية قبل وفاته، وتزوج بعد إسلامه بأخرى مسلمة وأنجب منها ابناً وبناتاً مسلمين. بالإضافة إلى أبناء شرعيين ، وابنه البكر الذي تم تصحيح نسبه من زواجه الأول، وجميعهم مسيحيون ،وابن بالتبني-(مسيحي)- تم تبنيه قبل إسلامه حسب القانون الفرنسي، علماً بأن المورث ينتمي بالولاء والانتماء السياسي إلى القانون اليوناني. فيثور التساؤل هنا عن القانون الذي يحكم تركته. والأثر المترتب على تطبيق الشريعة الإسلامية بالنسبة لأبنائه وزوجته قبل إسلامه؟ كما يثور التساؤل عن مدى تأثر المحكمة بقانون المورث الديني .

ومن المعلوم بأن أحكام الشريعة الإسلامية والتي هي في الوقت ذاته الشريعة العامة التي تلتزم بها قوانين النزاع الوطنية في النزاعات المتعلقة بالإرث في الدول الإسلامية؛ وذلك على حساب قانون بلاد المورث الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية للتطبيق على تركة المورث، هذا الاستبعاد هو دائماً في الحالة التي يكون فيها المورث ، أو أحد أطراف العلاقة في مادة الإرث والأحوال الشخصية مسلماً ولو كان أجنبياً. (بنفس المعنى منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،ص ٦٩).

وعليه فإن القاضي الأردني يطبق الشريعة الإسلامية على تركة اليوناني بالرغم من عدم وجود نص في قانون الأحوال الشخصية ؛ لأن المادة (٣٢٥) من هذا القانون أوجبت على القاضي الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة فإذا لم يجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون .ولأن الإرث متعلق بصميم الدين والعقيدة الإسلامية؛ فيتوجب تطبيق الشريعة الإسلامية على الأمة الإسلامية التي تتألف من المسلمين بغض النظر عن التمييز بين المتقاضين على أساس الجنسية، بل الدين ، ولو اختلف مكان تواجدهم فيكون لنصوص الشريعة الإسلامية القطعية الثبوت- والتي تعتبر في حق المسلمين من النظام العام الإسلامي - الأولوية بالتطبيق؛ فهي تبين الورثة وأنصبتهم ومراتبهم وأحكام الحجب ، والحرمان ، والرد ،والعول. فلا يكون للقانون اليوناني مجالاً للتطبيق في مثالنا؛ لاختلافه مع أحكام الشريعة الإسلامية. فلا شبهة هنا في أن أحكام الموارث الواردة في القرآن يتقيد بها المسلمون حتماً أياً كانت جنسيتهم، حيث يكون هذا سبباً لتأثير طبيعة النظام القانوني الديني في الدولة على نظرية التنازع واستبعادها في هذه الاحتمالات؛ بحجة تعارض القانون الشخصي للمورث مع النظام العام في الدولة، لعدم القدرة على التسامح في المحافظة على القيم الإسلامية عندما يتعلق الأمر بحق المسلمين.(بنفس المعنى منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مشار له سابقاً،ص ٦٩).

وبناء على ذلك سيطبق القاضي الأردني-(قاضي المحكمة الشرعية)- هنا الشريعة الإسلامية بمعزل عن المرور بقواعد الإسناد التي تستتبع تطبيق القانون الأجنبي، - قانون المورث - واستبعاده عند وجود اختلاف بين أحكام ذلك القانون، والأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية، فالتطبيق هو مباشر لأحكام تلك الشريعة. مع أنه لا يوجد نص في قانون الأحوال الشخصية الأردني على ذلك ؛ ولكن المادة (٣٢٥) نصت على وجوب الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، وبالتالي التقيد بنصوص القرآن الكريم القطعية الثبوت في هذه المسألة . (بنفس المعنى منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مشار له سابقاً،ص ٧٠).

وعليه، فإن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الأردنية يستبعد من التطبيق - في مسائل الإرث - عندما يكون المورث مسلماً ، أو أحد أطراف النزاع ؛ مما يعني - في الواقع - قيام قاعدة إسناد قضائية، ضابط الإسناد فيها هو الصفة الإسلامية في شخص المورث؛ تقضي بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذا كان المورث مسلماً وهدم قاعدة الإسناد التشريعية المنصوص عليها في المادة ٤/أ من قانون التركات (تنص هذه الفقرة على انه "توزع الأموال المنقولة التي خلفها المتوفى حسب قانون بلاده")، والمادة (الثامنة عشرة) من القانون المدني الأردني (بنفس المعنى منصور ،سامي ، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية ،مشار إليها سابقا ،ص ٦٩) ، والتي رأى الباحث تعديلها -على الرغم من أنها ناسخة للمادة ٤/أ من قانون التركات- لتأخذ بمضمون المادة المذكورة من قانون التركات .

هذا وقد طبقت محكمة النقض المصرية الشريعة الإسلامية حين استبعدت القانون الأجنبي المختص طبقاً لقاعدة التنازع المصرية ؛ لتعارض أحكامه مع ما تقضي به الشريعة الإسلامية في خصوص تحديد الورثة ،وفي ذلك تقول المحكمة : " وإذا كان القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث، بينما تعتبرها الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث من أصحاب الفروض والعصبات وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص (قطعية) في الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة؛ بحيث يتأذى الشعور العام عند الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين." (محمد عبد العال ،عكاشة بحث بعنوان ((النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة) مجلة الدراسات القانونية / العدد الثاني - كانون الثاني (١٩٩٩) - المجلد الثاني ،ص ٦٦)

(وعليه فإن القاضي سيطبق الدين الإسلامي في الحالة التي يغير فيها المورث ،أو أحد الورثة دينه للإسلام ، كما كان قد فعل المورث في مثالنا السابق ؛ وبالتالي فإن النتائج التي تترتب على ذلك هي عدم توريث غير المسلم من المورث المسلم ، ولو كان من أقرائه، كما أن الحضانة لا

تعود إلى الزوجة عندما يكون الزوج مسلماً في حين أنها ليست كذلك). (بنفس المعنى، منصور ، سامي، بحث بعنوان الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مشار له سابقاً، ص ٦٢).

وتترتب على مبدأ الحق بالتوارث تطبيقاً للقاعدة القائلة بأنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم، مجموعة من النتائج أبرزها:

أ- إذا كان المورث الأجنبي مسلماً ورثته كلهم غير مسلمين ، فإنهم لا يرثون ، وتؤول التركة الموجودة في الأردن إلى الحكومة الأردنية (وزارة الأوقاف) لعدم وجود وارث(م ٢٨٤ قانون الأحوال الشخصية)، وإذا كان بعض الورثة مسلمين ، والبعض غير مسلمين آلت التركة كلها إلى الورثة المسلمين . (قارن عبود ، موسى الوجيز في القانون الخاص المغربي ، ط ١، ١٩٩٤ ، ص ٢٧١).

ب- أما إذا كان المورث غير مسلم والورثة كلهم مسلمين آلت التركة الموجودة في الأردن إلى الدولة الأردنية. وإذا كان البعض الآخر غير مسلمين آلت التركة إلى الورثة غير المسلمين. (عبود ، موسى الوجيز في القانون الخاص المغربي ، ط ١، ١٩٩٤ ، ص ٢٧١).

وبالنسبة لتوزيع الحصص إن كان جميع الأطراف مسلمين فتوزع حسب الشرع الإسلامي بغض النظر عما يقضي به قانون المورث، فلو كان قانونه يحرم التوارث أو يجيز الإرث للقاتل ، فيطبق قانون الأحوال الشخصية الأردني(المواد ٢٨٠-٣١٩) والمقتبس من القرآن الكريم والسنة الشريفة، وقد أخذت بهذه القاعدة المحكمة المختلطة في طنجة في حكمها الصادر في (٨) نوفمبر الذي رفض تطبيق القانون المطبق آنذاك في الاتحاد السوفياتي. (انظر ، عبود ، موسى الوجيز في القانون الخاص المغربي ، ط ١، ١٩٩٤ ، ص ٢٧٢).

وبناء على ما سبق فإنه ، لا يرث في مثلنا السابق الأبناء غير الشرعيين من أبيهم حتى ولو كانوا مسلمين ، ولا الإبن بالتبني ، وكذلك الحال بالنسبة للإبن الذي تم تصحيح نسبه بالزواج اللاحق من أمه، وزوجته الأولى ، وكذلك أبنائها غير المسلمين؛ حيث تؤول جميع التركة إلى

أبناء الزوجة الثانية المسلمين وهي ؛ لأن النظام العام الأردني ذو صبغة إسلامية في حال أن تعلق النزاع بطرف مسلم.

لو افترضنا بأن المورث في مثالنا السابق غير مسلم ،فالقاعدة لا توارث بين المسلم وغير المسلم، والعكس صحيح ، وبالتالي يقتضي المنطق بيان أثر تفعيل هذا المبدأ على النظام العام الأردني الذي يوصف بأنه ذو صبغة إسلامية ، في العلاقات الدولية الخاصة في الفرض الذي يكون قانون المورث الأجنبي يغير الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية من حيث بيان الورثة وأنصبتهم متى تعلق الأمر بطرف مسلم . (انظر بنفس المعنى محمد عبد العال ،عكاشة بحث بعنوان ((النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة) مجلة الدراسات القانونية / العدد الثاني - كانون الثاني (١٩٩٩) - المجلد الثاني ، مشار إليه سابقا ص٦٦) وبالنتيجة تفعل قاعدة لا توارث بين مسلم ، وغير مسلم .وبالتالي لم يرث أبناء الزوجة الثانية وهي ،أية أموال بل توؤل إلى الزوجة الأولى وأبنائها.

فإذا ثار نزاع يتعلق بتركة أجنبي غير مسلم في الأردن فإن القانون الذي يحكم تركته- بموجب قانون التركات- هو قانون بلاده فيما يخص توزيعها ، ما لم ينص قانون المورث على تطبيق قانون محل الإقامة، أو القانون الديني؛ حيث يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة طبقاً لأحكام المادة الرابعة / أ+ج من قانون التركات ، شريطة أن يكون قانون بلاده ينص على تطبيق قانون محل الإقامة، أو القانون الديني فإذا لم تكن في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده . ويشترط كذلك إن كان قانون بلاده لا ينص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص ، أن يطبق في هذه الحالة القانون العثماني ،(وفي الوقت الحالي يطبق قانون الأحوال الشخصية الأردني) (الذي كان يطبق أحكام الشريعة الإسلامية - على الأجنبي والوطنيين ،المسلمين، وغير المسلمين على حد سواء في لبنان والدول التي كانت خاضعة للدولة العثمانية وعلى جميع الطوائف في لبنان)(منصور ، سامي ،الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص٥٨٠).

(لقد نقضت محكمة التمييز اللبنانية الحكم وردت الدعوى إلى محكمة أخرى وقضت بتطبيق الشريعة الإسلامية على أساس أنها القاعدة العامة لعدم وجود قوانين طائفية مستقلة ، أو قانون مدني ، وقد اعتبر أحد الأحكام اللبنانية في الموضوع أن ما يخضع إلى أحكام الشريعة الإسلامية هو تحديد الأنصية الإرثية ، أما مسألة الوراثة ؛ بمعنى تحديد الورثة فتبقى خاضعة إلى نظام الأحوال الشخصية - لكل طائفة - من الطوائف اللبنانية). (منصور ، سامي ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٨٠)

فتطبيق أحكام المادة الرابعة / أ + ج من قانون التركات يتقارب مع نص المادة (الثامنة عشرة) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ القاضي بتطبيق قانون بلاد المورث ؛ إلا أن المادة (الثامنة عشرة) قد أوجبت تطبيق قانون الجنسية في جميع الأحوال ؛ بخلاف قانون التركات الذي فرق بين العقارات الكائنة في شرق الأردن وخارجه ، أضف إلى ذلك أن القانون الأخير أجاز إحالة النزاع إلى المحكمة الدينية التي يتبع إليها المورث ، الأمر الذي يحتم على المحكمة الدينية تطبيق القانون الديني. وبالتالي وجود تنافر بين نصوص القانونين من حيث التطبيق ، لذا كان رأي الباحث وجوب العمل بنصوص قانون التركات بعد تعديله على النحو الذي بينته هذه الدراسة ، ووقف العمل بنص المادة الثامنة عشرة المذكورة (الناسخة لبعض نصوص قانون التركات). (راجع رأينا ص ١٩٦-١٩٧ من هذا البحث)

فلو وجد قاضي محكمة البداية الأردنية أن النزاع سالف الذكر من اختصاص محكمة دينية ، أو مجلس طائفة ، فإنه لا يعني أن يقوم بتطبيق الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة العامة ودين الدولة الأردنية، أو يطبق قانون بلاد المتوفى ، بل يحيل النزاع إلى المحكمة المختصة أن رآه ذلك عدلاً ، وبغير ذلك يحكم بالنزاع طبقاً لقانون التركات.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الشريعة الإسلامية لم تتعرض إلى ما هو خاص بالأحوال الشخصية لغير المسلمين وفيما يدينون به - إذا كانوا يقيمون في الدولة الإسلامية - ، كما أن القاضي المسلم لا يحكم بغير أحكام الشريعة الإسلامية. وليس معنى ذلك أن لا يعرض لهم بشأن ما يعتقدون ، وأنه - أي القاضي المسلم - يتخلى عن الفصل في النزاع، إذ يفترض هنا أن الأجانب (أهل الذمة) في الأصل لم يترافعوا بشأن تلك النزاعات المتعلقة بعقائدهم ، ولكن

إذا ترفعوا إلى المحاكم الشرعية فيتعين عليهم الحكم بينهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية،
فالتخلي عن الفصل في المنازعات تفترض أن النزاع رفع إليها ولم تحكم فيه، والأمر ليس كذلك
(بنفس المعنى ، دراز ، رمزي ،فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي ،دار الجامعة الجديدة
للنشر ؛ ٢٠٠٤ ، ص ٢٨٣)

وفي كل الأحوال المذكورة فإننا نفضل الأخذ بأحكام المادة التاسعة من قانون التركات؛ بحيث
يتوجب على محكمة البداية ، أو المحكمة الدينية أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على
العقارات الموجودة في الأردن ، والتي تسرى على المسلمين فيما يختص بميراث الأجنبي -
المسلم وغير المسلم - ويجب أن تطبق هذه الأحكام بصرف النظر عن أي تصرف قام به
المتوفى، أو وكالة أعطاهها بقصد التنفيذ بعد وفاته، سواء أكان ذلك بوصية أو بطريقة أخرى.
(م/٩ قانون التركات الأردني)

فتفعيل قاعدة الإسناد وتطبيق قانون المورث وقت الوفاة على أمواله لا يكون في جميع الأحوال
والحالات ؛ بل أن هناك عوامل طارئة تعيق تطبيقه ، كالنظام العام ، والتعارض مع قانون
المورث الديني في الفرض الذي يحال النزاع الى المحكمة الدينية المختصة بموجب قوانين الدولة
الناظرة في النزاع ، فإن المحكمة الدينية المختصة ستوزع تركته بغض النظر عما يقضي به
قانون جنسيته بل قانونه الديني .

ولا بد من الإشارة إلى أن الدستور الأردني أعطى الأشخاص حرية الاعتقاد الديني^{٨٩} ، مما
يقضي الأمر في وجهة نظر الباحث أن يطبق قانون ملتهم على العلاقات المرتبطة بالإرث
والأحوال الشخصية ، بغض النظر عن الجنسية التي يتمتع بها المورث، بل ملته، في الحالة
التي تكون له طائفة ، أو محكمة دينية في الأردن-(متركات)؛ بخلاف الأمر إن لم تكن له
طائفة في الأردن-وغير مسلم-؛ حيث يقضي تطبيق قانون جنسيته على -(المنقولات)- ، أو
محل الإقامة ، أو قانونه الديني ما لم تخل هذه القوانين من النص على بيان القانون واجب
التطبيق ، فيكون القانون الذي يحكم تركته في مثل هذه الحالات هو القانون العثماني بوصفه

^{٨٩} - تنص المادة الرابعة من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أنه: "تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للأداب". وأنظر وقارن ذلك بنص المادة (١٠٣/١) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أنه (في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي، بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي تنص عليها).

القانون الاحتياطي الأصلي للقاضي الناظر في النزاع.(المادة ٤/تركات). (ولا بد من الإشارة إلى أنه وفيما يتعلق بالأجنبي (غير المسلم) ، أو المستأمن في الدولة الإسلامية فلا يعتبر من مواطنيها ، إنما هو مقيم مؤقتاً - كما هو الحال في الدولة الحديثة؛ حيث يقتضي الأمر من الأجنبي في الوقت الحاضر ، وبمجرد وصوله إقليم دولة ما، أن يقوم بالحصول على الإقامة من الدولة ، وأن يقوم كذلك بتحديد سكنه والمكان الذي سيقوم فيه- حيث يتعين أن يطبق القانون الديني للأجانب في أحوالهم الشخصية؛ لأن الدين الإسلامي لم يتعرض لأحوالهم الشخصية .)

ونحن نرى بأن يطبق القاضي الأردني القانون الديني للمورث ، وإن كان المورث غير مسلم وله محكمة أو طائفة مختصة ، ومما يثبت وجهة نظرنا بأن القاعدة الشرعية المشهورة تقول (أمرنا بتركهم وما يدينون، حيث نتج عن هذه القاعدة أن وجد بجانب القضاة المسلمين في الدول العربية والإسلامية قضاة مليون كل منهم يحكم بين ملتة)(بنفس المعنى ، دراز ، رمزي ،فكرة تتنازع القوانين في الفقه الإسلامي ،دار الجامعة الجديدة للنشر ؛ ٢٠٠٤، ص ٢٨٨ حواشي) وهذا ما أخذ به كل من قانون التركات الأردني ، وقانون مجالس الطوائف غير المسلمة ؛ حيث خولا هذين القانونين المحاكم الدينية ومجالس الطوائف صلاحية النظر في قضايا التركات بالنسبة للمورث التي ينتمي إلى أي منهما^{٩٠} . مشيراً أن الاختصاص بتركات الأجانب وغير المسلمين يكون أصليا لمحاكم البدائية النظامية ،ويكون تبعياً للمحاكم الدينية وذلك عندما يقرر رئيس المحكمة الابتدائية إحالة النزاع إلى تلك المحاكم (متركات). وهنا يرى الباحث بأن تطبق هذه المحاكم أحكام المادة التاسعة من قانون التركات والتي يختلف سند تطبيقها عن مضمون نص المادة الثامنة عشرة (الناسخة) ،وعليه فتطبق هذه المحاكم قوانينها ،ولكن ملزمة بتطبيق قوانين شرق الأردن والمطبقة على المسلمين بالنسبة للعقارات الواقعة في شرق الأردن.(م ٩) .

ومن هنا نرى بأنه لا ضير من تطبيق القانون الديني للمورث الأجنبي غير المسلم على تركته في الدولة الأردنية ، فتطبق المحكمة الدينية أو المجلس الطائفة المحال إليها النزاع من المحاكم الابتدائية قانون ملته على تركته المنقولة ، أما العقارات الموجودة في المملكة فتخضع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لوجود نص خاص وملزم بقانون التركات .

^{٩٠} (نظر الفصل الثاني من هذه الأطروحة ص٧٩، موضوع تحديد الاختصاص الولائي)

ومن الجدير بالإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية أخضعت أموال المورث إلى قانونه الديني؛ والسبب في ذلك أن الشريعة الإسلامية لم تمنعهم مما أحله دينهم ، ويترتب على ذلك عدم تدخل القاضي المسلم فيما يعتقدون حله من أمور الميراث ، والوصية ، وغير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية. فإذا عرض على القاضي المسلم فله الحكم بالشريعة الإسلامية.(بنفس المعنى ، دراز ، رمزي ،فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي ،دار الجامعة الجديدة للنشر ؛ ٢٠٠٤ ، ص٢٧٩).

ولا بد من الإشارة إلى أن بعض الفقه (بنفس المعنى ، محمد عبد العال ،عكاشة بحث بعنوان (النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة) مجلة الدراسات القانونية / العدد الثاني - كانون الثاني (١٩٩٩) - المجلد الثاني ، المشار إليه سابقاً ،ص٦٨) يرى بأن دور النظام العام يتوقف على ما يقضي به القانون الأجنبي فإذا كان الأخير مثلاً ينظم أحكام الإرث على وجه مغاير لما تقول به الشريعة الإسلامية - وكان موضوع النزاع متعلقاً بإرث أجنبي غير مسلم (علاقة أجنبية صرفة) - فإن قاعدة الإسناد تفعل وتطبق الأحكام المتعارضة مع الشريعة الإسلامية، سواء أكان القانون الأجنبي مشتقاً من ديانة المورث أم مقنناً (من غيره). (ولا تستطيع المحكمة أن تتعرض لما هو متصل بالأحوال الشخصية للمورث الأجنبي ، ما لم يكن قانونه الديني مثلاً يبيح ميراث القاتل، أو عدم توريث الإناث ، أو تفضيل الذكور في الإرث) (انظر بنفس المعنى ، محمد عبد العال ،عكاشة بحث بعنوان (النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة) مجلة الدراسات القانونية / العدد الثاني - كانون الثاني (١٩٩٩) - المجلد الثاني ،المشار إليه سابقاً ، ص٦٨) أو يجيز التوارث مع إختلاف الدين.

ولا بد من الإشارة إلى أن تراجع دور النظام العام في الدول الإسلامية كرسه القضاء في أحكام عدد من الدول ، وذلك أنه يتوجب عدم الإسراف في فهم النظام العام الوطني بالنسبة لأنصبة الميراث وبيان مراتب الورثة، فالاعتبارات التي يبني عليها الشارع الحكم في الإسلام فكرة إختلاف الأنصبة بين الوارثين ، وإختلاف مراتبهم والقواعد المتعلقة بالحجب ، وغيرها ، عادة ما تكون منفتحة في التشريع الأجنبي ، ولو كان القانون الأجنبي يطبق قانون الأحوال الشخصية

للمورث لاختلافه في بعض أحكامه عن القانون الديني للمورث. (انظر محمد عبد العال، عكاشة بحث بعنوان ((النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة) مجلة الدراسات القانونية / العدد الثاني - كانون الثاني (١٩٩٩) - المجلد الثاني ، المشار إليه سابقا ،ص ٦٧)

وبناء على ما تقدم فإن استبعاد قانون الجنسية للمورث- الواجب تطبيقه بموجب قاعدة التنازع الوطنية- وإحلال قانونه الديني بدلا منه في الأنظمة التي تركز على عامل الدين في الميراث مرجعه تأثير النظام العام -ذي الصبغة الدينية- في هذه الأنظمة على القانون الواجب التطبيق (الأجنبي). ففي لبنان ونظرا لوجود تعدد ديني فإن تأثير النظام العام الإستبعادي يتراجع ؛ ذلك أن هذا النظام تتوازن فيه جميع القوانين الدينية والمدنية الأمر الذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد اللبنانية.

الفصل الرابع : الأسباب التي تحول دون تملك الأجانب للتركة في دولة التنفيذ

تقدم القول بأن هناك إشكاليات وأسباباً تحول دون تطبيق قانون المورث الشخصي وهي مطلقة وعامة تعيق أو تستبعد تطبيق القانون الواجب التطبيق ، وهذه الأسباب والإشكاليات تختلف كل الاختلاف عن موضوع هذا الفصل الذي نحن بصدده ، فالأسباب التي تحول دون إنتقال ملكية التركة إلى الورثة الأجانب -وهي أسباب خاصة ومحدودة وتثور أمام قاضي التنفيذ ومنها ما يثور أمام قاضي الموضوع -فإنما أن تثور هذه الأسباب قبل البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، فهنا وبمجرد وجود وارث أجنبي ينتمي إلى بلد ما يتوجب على القاضي البحث عن مدى جواز إرثه لأموال مورثه الكائنة في دولة القاضي بمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل . ولما أن تكون هذه الأسباب عند تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي ، وما إن كان هذا الحكم ينفذ بمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل ، أو ينفذ بعد إستيفائه شروط معينة في البلد المطلوب التنفيذ فيها .

ولكن إن لم تكن هناك أسباب تحول دون تملك الأجانب ، فإن ملكية التركة تؤول إلى الورثة .

وبناء على ما تقدم فسنتناول في هذا الفصل القسمين التاليين :-

أولاً:- مدى الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لتركات الأجانب.

ثانياً:- تأثير الاختصاص القضائي غير المباشر على أيلولة التركة إلى الورثة الأجانب.

أولاً:-مدى الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لتركات الأجانب

يعد شرط المعاملة بالمثل من الشروط المهمة على الصعيد الدولي، وترجع أهميته إلى أن الدولة تضمن- في دولة ما - مبدأ المساواة بين رعاياها والأجانب، مما يؤدي عملياً إلى رفع مستوى معاملة الأجانب إلى مستوى معاملة تلك الدولة للوطنيين.

ولتطبيق هذا الشرط ، قد تَوقفَ الدول إعطاء الأجنبي حقاً معيناً على منح رعاياها الحق نفسه، أو ما يعادله من الحقوق الأخرى، لتكفل لرعاياها المقيمين في الدول الأجنبية قدرأً أوسع من الحقوق المقررة لهم بمقتضى العرف الدولي ، والذي قد يقرر - أي العرف الدولي - تطبيق نظام قانوني معين على الأجانب ولإعفائهم من تطبيق نظام قانوني معين عليهم حسب ما يقضى به هذا العرف.

ويتوجب على المحكمة النازرة في المسألة الإرثية وقبل البحث عن القانون الواجب التطبيق على إرث الأجانب، أن تبحث في جواز تملك الأجانب داخل إقليمها وبمقتضى قانون المحكمة العالق أمامها النزاع.⁹¹ كما ويتوجب على قاضي التنفيذ في البلد المطلوب من محاكمها تنفيذ الحكم الأجنبي التأكد من أن الدولة مصدرة الحكم تنفذ أحكام محاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ وبمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل.

ولما كان مبدأ المعاملة بالمثل يدخل في دراسة مادة المركز القانوني للأجانب، فإن هذه الدراسة ستبين لنا بأن هذا الشرط يمتد إلى مادة تنازع القوانين وبشكل خاص في موضوع التركات. هذا وقد يتساءل البعض عن إمكانية اعتبار اختلاف الدين (المانع من الإرث) ، سبباً لإرساء مبدأ المعاملة بالمثل بين الطوائف في ضوء تزايد سن التشريعات لمثل هذه القاعدة بين قوانين الدول النازمة لقوانين الطوائف؟ كما ويثور التساؤل عن إمكانية إعمال مبدأ المعاملة بالمثل للأجانب المسلمين في الدول العربية والإسلامية التي تعتبر التركات من صميم العقيدة الإسلامية. هذه التساؤلات بالإضافة إلى تساؤلات أخرى ستجيب عنها هذه الدراسة.

ولمبدأ المعاملة بالمثل في ميدان الإرث صور تختلف من حيث الشكل عن المضمون ؛ فمن حيث الشكل يقسم إلى صورة التبادل الدبلوماسي، أو (الاتفاقي) ، والتبادل التشريعي، والتبادل الواقعي. أما من حيث المضمون فيقسم مبدأ المعاملة بالمثل إلى تبادل الحق بالحق ،أو على أساس التعادل ، وهناك تقسيمات أخرى لا تتلاءم مع الحق بالمعاملة بالمثل في مجال الإرث لذا سوف تستثنى من هذه الدراسة.

⁹¹ (بنفس المعنى - قرار لمحكمة استئناف بيروت الغرفة المدنية الثالثة رقم ١٠٠ تاريخ ١٧/٤/١٩٤٦ ، (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية، ١٩٤٦، ص ٢٨١).

ولما كانت لمبدأ المعاملة بالمثل بشكل عام انتقادات شديدة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص فإن هذه الدراسة ستبين لنا مدى الأخذ بهذا المبدأ في ميدان الإرث في النظامين القانونيين الأردني واللبناني.

وبناء على ما تقدم، فسيقسم هذا الموضوع إلى ثلاث نقاط نسلط الضوء في النقطة الأولى على التعريف بشرط المعاملة بالمثل وصوره الشكلية، في حين ستخصص النقطة الثانية لتعدد صور شرط المعاملة بالمثل من حيث الموضوع (المضمون). على أننا سنتناول في النقطة الثالثة تقدير مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة للإرث في الأردن ولبنان، وذلك على التوالي.

١- تعريف شرط المعاملة بالمثل وصوره الشكلية

تواترت أقلام فقهاء القانون الدولي الخاص على تعريف شرط المعاملة بالمثل وإبراز عناصره طبقاً لما تشمله مادة المركز القانوني للأجانب دون غيرها من الموضوعات وخاصة فيما يتصل بمادة تنازع القوانين؛ الأمر الذي يقتضي من الباحث تعريف هذا الشرط بما يتلاءم مع هذه الدراسة والتي تنصب على موضوع تنازع القوانين في مادة الإرث. كما لا يفوت الباحث بيان صور مبدأ المعاملة بالمثل الشكلية.

وبناء على ذلك سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى ما يلي:

(١) تعريف شرط المعاملة بالمثل في موضوع الإرث

(٢) صور مبدأ المعاملة بالمثل الشكلية

(١): تعريف شرط المعاملة بالمثل في موضوع الإرث

على الرغم من أن فقهاء القانون الدولي الخاص لم يتطرقوا إلى تعريف شرط المعاملة بالمثل في موضوع الإرث - على حدود ما نعلم -؛ إلا أنه يمكن للباحث أن يعرفه بأنه وضع قانوني يستفيد منه الوارث أجنبي الجنسية، أو الذي يدين بديانة تختلف عن ديانة المتوفى، بتملك أموال مورثه الثابتة، والمنقولة التي آلت إليه بسبب الإرث في دولة ما، إذا كان قانون بلاد الوارث، أو قانون الطائفة التي ينتمي إليها المورث والورثة- مختلفي الملة-، يسمح لرعايا الدولة الموجودة

فيها أموال المورث ، أو مختلفي الملة، التملك بطريق الإرث مما يضمن ذلك مبدأ المساواة في المعاملة.

من خلال هذا التعريف يتضح لنا بأن شرط المعاملة بالمثل في ميدان الإرث يعني عدم جواز الإرث في أموال المورث - المتوفى - في بلد ما ، إلا في الحالة التي تحيز تشريعات الدولة الأجنبية ميراث رعايا الدولة التي توجد فيها أموال المورث الأجنبي ، أو إذا كان القانون الديني للمورث والوارث يجيزان الإرث ؛ لوجود أحكام لا تمنع من الإرث بسبب اختلاف الدين، مما يحقق مبدأ مساواة الحق بالحق ذاته .

وعليه فإن الأخذ بهذا المبدأ يعني أن تمتنع الدولة الموجودة فيها أموال المورث - خاصة أمواله العقارية - عن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد لحكم المسألة الإرثية، متى تبين للمحكمة الناظرة في المسألة الإرثية ، عدم جواز الإرث تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل ، أو تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة بعدم التوارث بسبب اختلاف الدين ، وفي حالة عدم الأخذ بقاعدة الإسناد القاضية بتطبيق القانون الأجنبي، يتعين تطبيق القانون الوطني على نفس الموضوع ؛ باعتباره القانون الأصلي الإحتياطي. وبالتالي فإن هذا الشرط يعطي الوارث الأجنبي أو مختلف الملة ، الحق في الإرث ؛ إذا كان قانون الدولة الأجنبية ، أو الديانة التابع لها المورث ، أو الوارث ، تعطي الحق لرعاياها في إقليم دولة المورث الأجنبية وللطوائف المختلفة. أما في حال أن يكون مطلوب من محاكم الدولة تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي ، فإن مبدأ المعاملة بالمثل يقتصر على عدم تنفيذ مضمون هذا الحكم كما هو ، أو رفض تنفيذه على أساس أن محاكم الدولة مصدرة الحكم تمنع تنفيذ أحكام الدولة المطلوب منها التنفيذ.

٢) تقسيم مبدأ المعاملة بالمثل من حيث الشكل

من الملفت للانتباه وبعد استقراء نصوص القوانين الأردنية الخاصة بالإرث لم يجد الباحث نصاً خاصاً يقضي بمعاملة الأجنبي بالمثل في التملك بطريق الإرث وحتى العقاري، إلا أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة (١٩٥٢) وفي المادة (٢/٧) أخذ بهذا الشرط فيما يخص تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم أجنبية داخل المملكة، مما يتعين في وجهة نظرنا الأخذ بما

ذهب إليه نفر (بنفس المعنى ،إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، ص٦٤) (من جعل هذا الشرط شرطاً عاماً لتطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي لا تمس النظام العام الأردني ، أو يتعلق بحق المسلمين الأجانب).

ومن المعلوم أن مبدأ المعاملة بالمثل ينقسم من حيث كيفية إعماله إلى نوعين: النوع الأول: وهو الذي يتعلق فيه منح الحق لرعايا الدولة الأجنبية على تحقيق قيام هذه الدولة الأجنبية بتوفير نفس المعاملة لرعايا الدولة المقررة للحق. أما النوع الثاني: فيتحقق فيه مبدأ المعاملة بالمثل عن طريق إتفاق دولتين على مجموعة من الحقوق تتعهد كل منها بمنحها مباشرة لرعايا الدولة الأخرى المقيمين على إقليمها. وسوف نقتصر الحديث في هذه الدراسة على النوع الأول باعتباره الأكثر شيوعاً في ميدان الإرث، ويجنب الدولة الإشكاليات المترتبة على عدم وجود إتفاقية مع الدولة الأجنبية، أو عدم القدرة على عقد اتفاقيات مع دول العالم كافة في هذا الموضوع.

والمثال على المبدأ الذي تقرر فيها دولة ما منح الأجنبي ذات الحق الذي تمنحه دولة هذا الأجنبي لرعايا الدولة الأولى ، هو أن تقرر الدولة منح الوارث الأجنبي الحق في الإرث العقاري شريطة أن تكون دولة هذا الأجنبي تسمح لرعايا الدولة الأولى بالتملك بطريق الإرث للعقارات، حيث تقوم هذه الصورة من صور التبادل على فكرة التطابق، إذ يتعين على كل من الدولتين منح ذات الحق لرعايا الدولة الأخرى بالإرث الموجود على أراضيها ، وهذه الصورة هي تبادل حق بحق وهي الغالبة على الصعيد العملي. ومن المعلوم بأن الدولة تنظم العلاقات بين الأفراد وغيرهم بسن القوانين وقد تلجأ إلى النص على مبدأ المعاملة بالمثل في مجال الإرث في تشريعاتها الداخلية ؛ فتنص في تشريعها على منح الأجانب حقوقاً معينة، سواء أكان بالإرث العقاري أم غيره ، مع تعليق تمتعهم بأي من هذه الحقوق، على قيام الدولة الأجنبية بتوفير نفس الحق لرعايا الدولة الأولى، وهذه الصورة الأولى لهذا النوع. أما الصورة الثانية فتتمثل في حالة تعامل دولة الوارث الأجنبي نفس المعاملة الفعلية التي يلقاها رعايا الدولة الموجودة فيها أموال التركة (توريث دون وجود نص تشريعي في قانون الدولة الأولى).

وعليه سنتناول هاتين الصورتين في نقطتين مستقلتين نخصص الأولى لصورة التبادل الواقعي بينما سنتخصص النقطة الثانية لصورة التبادل التشريعي وذلك على التوالي.

أ- التبادل الواقعي

يقصد بهذه الصورة من صور التبادل في موضوع الإرث بأن تعامل دولة الوارث الأجنبي نفس المعاملة الفعلية التي يلقاها رعاياها في الدولة الموجودة فيها أموال التركة - خاصة العقارية منها- وقد يدخل هذا النوع بالنوع الثاني حينما تعتد الدولة بالتبادل الواقعي بموجب تشريع (يقرر أن الأجانب يتمتعون بحق، أو بحقوق معينة إذا كانت الدولة التي ينتمون إليها تكفل فعلاً للأجانب فيها التمتع بالحقوق ذاتها). (انظر صادق، هشام؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد، حفيظة السيد، الجنسية ومركز الأجانب، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٥٠٩) فعلى سبيل المثال إذا كان قانون بلاد الورثة يبادل رعايا الدولة الموجود فيها جزء، أو كل أموال التركة-من الناحية الفعلية والواقعية-الحق بالتملك بطريق الإرث الأموال الموجودة فيها، كاستقرار القضاء على ذلك، أو جريان العرف بذلك، أو بما يجري عليه العمل في الدولة على أساس آخر فيستطيع الورثة التملك بطريق الإرث في الدولة الموجودة فيها أموال المورث. (بنفس المعنى، إبراهيم، إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، مركز الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢، ص ٧٣).

وقد ذهبت محكمة استئناف بيروت في قرارها رقم (٧٦٨) تاريخ ١٩٦٥/٥/٧ "إلى أن الأجانب في الاتحاد السوفياتي يرثون المواطنين السوفياتيين بنفس الصفة التي يتمتع بها المواطن السوفياتي للإرث، كما يحق لهؤلاء الأجانب أن ينقلوا أموالهم الإرثية إلى الخارج شريطة المعاملة بالمثل من قبل الدولة التابع لها الأجنبي المستفيد من الإرث.

فاللبناني يمكنه بمقتضى هذا الوضع القانوني الذي يتمتع به الأجانب بالنسبة لحق الإرث في الإتحاد السوفياتي أن يرث المواطنين السوفيات إذا كان من الورثة المنصوص عليهم في القانون المدني الروسي." (مجلة حاتم، ج٥٩، ص ١٦).

ومثال آخر على حالة تداخل التبادل الواقعي مع التبادل التشريعي هو ما ذهبت إليه محكمة استئناف بيروت في القرار رقم ١٩٩ تاريخ ١٩٥١/٢/٢٢ غرقتها المدنية بقولها.... بما أن المادة ٨٧ من قانون ٤٤٢ الصادر في تركيا بتاريخ (١٨) آذار سنة ١٩٢٤ لا تسمح للأجنبي بأن يمتلك إرثاً أو عقارات زراعية في تركيا كما أنه لا يوجد تعاقد متبادل مربوط بمعاهدة يجيز المبادلة حتى تصبح حقيقة (نيبوية جزء ٧ فقرة ٢٨١ إرث الأموال غير المنقولة) فإنه لا يجوز للمستأنف عليه التملك في لبنان. (مجلة حاتم، ج١٣، ص١٥).

ومن مميزات الأخذ بهذا المبدأ أنه يضمن للأجنبي التمتع بالحق بمجرد أن دولة هذا الأجنبي تقر الحق للأجانب من الناحية الفعلية ولو بلا تشريع أو معاهدة تنص عليه ، وهو ما يجعله يتميز بالسهولة والبساطة والمرونة . (بنفس إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢ ، ص٧٣).

ب-التبادل التشريعي

يقصد بهذا النوع من التبادل بأن يكون هذا المبدأ مقرراً في تشريع الدولة التي ينتمي إليه الوارث، فمثلاً أن ينص قانون بلاد الوارث على جواز تملك الأجانب للعقارات على إقليم دولته، فعلى سبيل المثال نص المادة (٢٣١) من القرار (٣٣٣٩) والمختصة بالمعاملة بالمثل في التركة العقارية الموجودة في لبنان حيث تنص هذه المادة على عدم أحقية أي أجنبي بالإرث أو الوصية في التركة العقارية، إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذه الحق.

كما وأن المادة الثامنة من قانون الإرث لغير المحمديين اللبناني أجازت الإرث في جميع الأموال المنقولة والثابتة بين الأجانب واللبنانيين شريطة أن تمنح شريعة الأجنبي اللبنانيين الإرث وإذا كانت شريعة الأجنبي تحد من حق الإرث فلا يرث الأجنبي لبنانياً إلا بما أجازته الشريعة الأجنبية للبنانيين. (أنظر المادة الأولى من قانون ١٨ حزيران لسنة ١٩٢٩ اللبناني). وفي هذا الصدد ذهب القضاء اللبناني إلى القول إن القوانين الأرجنتينية المتصلة بالإرث ، أو غيره تعترف للأجانب بذات الحقوق التي تعطى للمواطنين الأرجنتين، الأمر الذي تعتبره المحكمة كافياً لإثبات شرط المعاملة بالمثل المنصوص عليه في المادة ٢٣١ من قانون الملكية العقارية .

(القرار رقم (٢٩) تاريخ ١٩٧٢/١/٢١، استئناف جبل لبنان، الغرفة المدنية الأولى). (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية، ١٩٧٢، ص٣٥٧).

وفي موضع آخر ذهب هذا القضاء إلى أن القانون الأرجنتيني يبادل اللبنانيين الحق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية، ويطبق قانون محل إقامة المتوفى الأرجنتيني لتوزيع إرثه، بمعنى أن الأرجنتيني المتوفى في لبنان يوزع إرثه وفقاً للقانون اللبناني. (القرار رقم (٧٩٩) تاريخ ١٩٥١/٦/١٦). (النشرة القضائية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية، ١٩٥١، ص٦٨٩).

ويستنتج مما سلف بأن التبادل التشريعي يكون في حالة وجود نص صريح في الشريعة الداخلية للدولة (الدول) كما هو الحال بالنسبة للقانون اللبناني الذي صرح بشكل واضح على عدم أحقية الأجنبي التملك بطريق الإرث العقاري، إلا على أساس التبادل التشريعي، ومن هنا يشترط لتمكين الورثة الأجانب من التملك بهذه الطريقة، أن يجيز تشريع الدولة التي ينتمي إليها الورثة بالتبعية والولاء السياسي على حق الأجانب في التملك بهذه الطريقة، فلو فرضنا بأن نزاع ما يتعلق بتركة أجنبي عن مجموعة من الورثة الأجانب منظورة أمام المحاكم الأردنية فإن الأخذ بهذا الشرط يوجب على المحكمة النازرة في المسألة الإرثية التأكد من أن قانون بلاد الورثة يجيز إرث الأردنيين والتي على أساسه تقرر هذه المحكمة أن هنالك حقاً للأجنبي أم لا، وبنفس الطريقة التي نص عليها التشريع الأجنبي؛ علماً بأنه من اليسير على المحكمة إثبات هذا النوع من التبادل لوجود نص مكتوب، بخلاف الحال في التبادل الواقعي سالف الذكر، إذ يكفي في هذا الصدد الرجوع إلى تشريع الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي للاستيثاق من أن الأجانب فيها يتمتعون بحق الإرث العقاري أم لا.

ولما كان هذا النوع من أنواع المعاملة بالمثل يلزم بالضرورة السن في تشريع الدولة الأجنبية على الإرث، فإن ذلك يستلزم أن يكون قانون الدولة التي ينتمي إليها الورثة من الدول ذات القانون المكتوب؛ كنص المادة (٢٣١) من القرار رقم (٣٣٣٩) اللبناني سالف الذكر. فإذا كانت دولة الورثة الأجنبية يسودها القانون العرفي بصفة أساسية مثل إنجلترا، فإن مدى تطبيق مبدأ التبادل التشريعي ينحصر بالضرورة في نطاق ضيق، وهذا ما يعاب على هذا المبدأ، ومن جهة أخرى لا يكفي بكون الحق محل التبادل مقررًا بمقتضى معاهدة دولية، وإنما يشترط أن يكون هذا

الحق منصوصاً عليه في تشريعات الدولة التي يتبعها الأجنبي، إلا أن هذا الشكل من أشكال التبادل يقل من ذلك من حيث ضمان إدراك الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه عن التبادل الواقعي. (بنفس انظر صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجنب ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص٥٠٨).

وقد يثار التساؤل من البعض عن مدى أحقية أي شخص في أن يرث أموالاً في دولة ما تأخذ قوانينها بمبدأ المعاملة بالمثل وخصوصاً التبادل التشريعي في الحالة التي لا تكون للوراث دولة، أو كانت له دولة ولكن غير معترف بها في دولة موقع الأموال أو كان عديم الجنسية؟. هنا على المحكمة التأكد من الأمور التالية لكي يتم نقل ملكية التركة في هذه الدولة إلى الورثة:

- ١- الحلول القانونية والقضائية والفقهية المتبعة في دولة القاضي لمعالجة هذا الاشكالية.
- ٢- معالجة اشكالية الوراثة بين الدول الذي أشرنا إليها سابقاً. (ص ٢٤١).
- ٣- الحلول البديلة لمشكلة تنازع الجنسيات الايجابي والسلبي.
- ٤- ما إذا كان دولة موطن الوراثة عديمي الجنسية تعد حلاً للقاضي وبديلاً عن الجنسية لمعالجة هذه الاشكالية.
- ٥- الحلول التي تتفق مع النظام العام في إمكانية تملك الوراثة الأجنب لتركة مورثهم في حالة عدم الاعتراف بدولة الوراثة.
- ٦- الكتابات الفقهية والمبادئ القانونية التي تناولها الفقهاء.

٢- مبدأ المعاملة بالمثل من حيث المضمون

من المعلوم بأن مؤلفي مادة المركز القانوني للأجنب أعطوا صوراً عديدة للتبادل من حيث المضمون؛ حيث قسموا هذه الصور إلى المعاملة المادية بالمثل (تبادل الحق بالحق ذاته)، والتبادل على أساس التعادل، والتبادل بتعدد الحقوق ، والتبادل على أساس تشبيه الأجنب بالوطنيين ، وأخيراً التبادل القائم على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

وفي هذه الدراسة سيقترن الحديث على الصورة الأولى ، باعتبارها من أكثر الصور ملاءمة لموضوع الإرث.

بداية يمكننا الاستعانة بالمادة (٢٣١) من قانون الملكية العقارية اللبناني لتوضيح هذه الصورة من صور التبادل من حيث الموضوع، حيث بادلت هذه المادة الأجنبي حق الإرث العقاري أي (الحق بالحق)، لذا يعتبر الفقه هذا النوع من التبادل الصورة الصادقة للتبادل ، والقائم على فكرة التطابق (انظر صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجنبي ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص٥١١) ، وبمعنى آخر أن تمنح الوارث الأجنبي ذات الحق الذي تمنحه دولة هذا الوارث لرعايا الدولة الأولى والموجود فيها جزء من أملاك المورث. (انظر بنفس المعنى، صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجنبي ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص٥١٢).

هي بالحق أم بالمقدار؟. (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص٥٩١).

" القضاء اللبناني ، في الغالب من قراراته ، يكتفي بالمبادلة بالحق وإن لم تكن المبادلة هي بالمقدار. وفي نفس هذا السياق جانب من الفقه اللبناني . إلا أن محكمة الاستئناف اللبنانية غرفة الإعادة ، قد قيدت من حق الأجنبي بإرث اللبناني في حدود المقدار الذي يورث فيه قانونه اللبناني". (منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص٥٩١ وما بعدها).

وعليه فإنه إذا " كان شرط المعاملة بالمثل يلزم عند إقرار دولة ما لحق تملك الورثة الأجنبي العقارات بطريق الإرث في إقليمها، فلا بد وأن تقرر دولة الورثة - الأجنبي - المنتمين إلى تلك الدولة لحق تملك العقارات بعين الطريقة، ولاّ حرم من هذا الحق في إقليمها أي (التطابق التام)". (إبراهيم، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، ص٧٤). وطبقاً لهذا النوع من التبادل يلزم أن تكون ممارسة الأجنبي للحق محل التبادل في نفس الحدود التي يجوز فيها لمواطني دولة القاضي ، أو الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي، ممارسة الحق المماثل في الدولة التي ينتمي إليها الوارث الأجنبي بالتبعية والولاء السياسي، فلا يكفي لتوافر هذه الصورة من صور التبادل أن يكون الحق

الممنوح للأجنبي في الدولة هو ذات الحق الذي تخوله الدولة التي يتبعها هذا الأجنبي لرعاية الدولة الأولى. (انظر صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجانب ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص ٥١٢).

والمقصود من ذلك الحق ، ليس حق الإرث فقط وإنما مقدار الميراث وبنفس الحدود أيضا. (أنظر منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ١٩٩٤ ، ص ٥٩٢).

وتطبيقاً لذلك لم تمنح محكمة استئناف بيروت في قرارها رقم (١٩٩) تاريخ ١٩٥١/٢/٢٢ للمستأنف حق التملك في لبنان ؛ لأن المادة ٨٧ من قانون ٤٤٢ الصادر في تركيا بتاريخ (١٨) آذار سنة ١٩٢٤ لا تسمح للأجنبي بأن يمتلك إرثاً ، أو عقارات زراعية في تركيا، كما أنه لا يوجد تعاقد متبادل مربوط بمعاهدة تجيز المبادلة حتى تصبح حقيقية (نيبوية جزء ٧ فقرة ٢٨١ إرث الأموال غير المنقولة). (مجلة حاتم ، ج١٣، ص١٥).

وفي السياق نفسه لم يجرز المشرع السوري للأجنبي حق الإرث في العقارات؛ إلا ضمن القيود والتحفظات المنصوص عليها في قوانين بلاده بالنسبة للسوريين ، مما كان يتطلب عملياً ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أحكام القانون الوطني للوارث الأجنبي، فيما إذا كانت جنسيته تختلف عن جنسية المورث وتطبيقها عليه، وذلك عن طريق المعاملة بالمثل (ديب ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٨٧)؛ فالتبادل هنا هو تبادل الحق بالحق ذاته وفي نفس الحدود. كما قضت محكمة النقض السورية بأنه ليس من حق الوارث الأجنبي أن يطالب بالتعويض المقرر في القوانين السورية عن حقوقه الإرثية المتعلقة بالعقارات الواقعة في المناطق غير المبنية والتي تؤول إلى الدولة، طالما أن قوانين بلاده لا تمنح السوريين مثل هذا التعويض عن حقوقهم الإرثية في العقارات التي تنزع ملكيتهم عنها لمصلحة الدولة الأجنبية. ((وقد أخذ القضاء السوري أيضاً بمبدأ المعاملة بالمثل على أساس التطابق التام ، وذلك بتطبيق القانون الوطني للمورث الأجنبي على تكييف بعض المسائل اللازمة لتطبيق هذا الشرط كما حصل في قضية تركة المرحوم بقله. وتتلخص وقائع هذه القضية بأن المرحوم بقله وهو من الجنسية التركية قد توفاه الله تاركاً بعض عقاراته في سوريا ، وورثته بعضهم من الجنسية السورية وبعضهم من الجنسية التركية ، وعندما تقدم الورثة السوريون في مواجعتهم أحكام المادة (٨٧)

من قانون الريف التركي، والتي تقضي بعدم إمكان الأجانب للحصول على الإرث في الريف والقرى التركية، مما حمل هذه المحكمة على إعمال هذه المادة نفسها في مواجهة الورثة الأتراك بالنسبة لحقوقهم الإرثية على العقارات الموجودة في سوريا، ومن أجل ذلك كان لا بد من تحديد ما المقصود بالقرية؟

وقد نظرت محكمة النقض السورية إلى هذه المسألة باعتبارها مسألة تكييف لاحق (ثانوي) تخضع لا لقانون القاضي، إنما للقانون واجب التطبيق على التركة وهو القانون التركي. (ويرى الدكتور فؤاد ديب) القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، ١٩٨٦ ، ص ٢٨٨ و ٢٨٩) أن تطبيق القانون التركي في هذه الحالة قد تم باعتباره قانون الوارث بناء على شرط المعاملة بالمثل وليس باعتباره القانون واجب التطبيق على التركة ويعلل ذلك بأن لو كان المورث فرنسياً لما كان هناك مبرر لتدخل القانون الفرنسي؛ لأن الأمر يتعلق بتحديد نطاق حق الإرث الذي يتمتع به الوارث التركي على العقارات في سوريا استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل).

وبنتيجة هذا الحكم تم الرجوع إلى حرمان الوارث للتركة من حقوقه الإرثية على العقارات الموجودة في مناطق سورية تعتبر في نظر القانون التركي من القرى.... بعد أن ورثته محكمة الاستئناف)) (ديب، فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٨٦، ص ٢٨٨).

٣- تقدير مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة للإرث في الأردن ولبنان

لما كانت لمبدأ المعاملة بالمثل صور من حيث الوقت الذي يعمل به والذي يكون قبل البحث عن القانون الواجب التطبيق، - أي وقت رفع النزاع وأمام محكمة الموضوع -، حيث ينظر في مدى جواز إرث الأجانب بمقتضى هذا المبدأ وأمام المحكمة المثار أمامها النزاع والتي عليها البت بهذا المبدأ فوراً. فإن الصورة الثانية تتمثل في وقت وضع حكم حصر الإرث الأجنبي موضع التنفيذ، وفي هذه الحالة يتوجب على المحكمة المطلوب منها تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي أن تتأكد من اختصاص المحكمة مصدرة الحكم، - أي رقابة قاضي التنفيذ على اختصاص المحكمة مصدرة الحكم - هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى التأكد من مبدأ المعاملة بالمثل

بالنسبة لآلية تنفيذ قرارات الدولة المطلوب منها التنفيذ لدى الدولة مصدرة الحكم هذا جانب أما الجانب الآخر التأكد من أن مواطني الدولة المطلوب منها التنفيذ يرثون في الدولة الأجنبي .

وعلى الرغم من أن مبدأ المعاملة بالمثل في مجال تنازع القوانين تعرض إلى مجموعة من المثالب من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص؛ نظراً لما يثير تطبيقه من إشكاليات عملية، إلا أن هذه الدراسة ستبين مدى الأخذ بهذا المبدأ في النظام القانوني الأردني والذي يتميز بأنه ذو صبغة إسلامية ، والنظام القانوني اللبناني والذي يطغى عليه تعدد تشريعي شخصي(طائفي، ديني)، وسيكون سندنا في هذه الدراسة نص المادة(٢٣١) من قانون الملكية العقارية اللبناني لخلو التشريع الأردني من النص على هذا المبدأ بالنسبة لمادة الإرث والتركات.

لقد تبنت المادة (٢٣١) سالفه الذكر وبشكل صريح وقاطع هذا المبدأ ، حيث يأخذ في صورته مبدأ التبادل التشريعي - كما أوضحنا سابقاً - وأيضاً يأخذ من حيث المضمون صورة التطابق التام؛ وهنا تكمن المشكلة بعدم تحديد نص هذه المادة أساساً للتطابق ، فهل يكون بالتطابق ، أو التماثل بين الحقوق المقررة في كلا الدولتين أم لا، وكذلك فإن هذا المبدأ لا يلائم الأخذ بالمعاملة بالمثل، الذي ليس إلاً تدبيراً ثانياً حيال الدولة الأجنبية؛ فمن غير المقبول منطقياً أن يصبح هدف أي تشريع في الدولة إجبار دولة أخرى على إتباع سياسة تشريعية معينة فهو مسلك غير معتاد في العلاقات بين الدول(أنظر ،إبراهيم ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجانب وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، ص٧٦) كما وأن من العسير تجاوز الصعوبات المترتبة على التطابق التام بين التشريعات المتنوعة، من حيث منح الحق محل التبادل وحدود ممارسته، وهو أمر قد يصعب تحقيقه في بعض الحالات ، بالإضافة إلى صعوبة الاستيثاق منه في حالات أخرى. (بنفس المعنى، انظر صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجانب ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص٥١٣) أضف إلى ذلك أن محل الالتزام في التبادل القائم على فكرة التطابق يكون واحداً بالنسبة للطرفين من حيث الظاهر إلا أنه قد يكون أكثر غنماً لأحد الطرفين وأكثر غرماً للآخر؛ وذلك نتيجة لاختلاف عدد رعايا كل من الدولتين المقيمين في إقليم الأخرى ،ومدى حاجتهم إلى الحق الذي تقرر منحه لهم." (وعلى سبيل المثال لو كان القانونان السوري والأردني يمنحان حق التملك للأجانب بالإرث

والوصية بموجب مبدأ المعاملة بالمثل ، فإنه سيكون هنالك غنم بالتملك في الأردن للزوجات السوريات؛ نظراً لأن الروابط الأسرية في الأغلب تنشأ من الزواج بزوجات سوريات وبالنتيجة التملك بكثرة للزوجات السوريات في الأردن بطريق الإرث أو الوصية.

وعليه فإن تعليق الدولة تمتع الأجنبي بالحقوق المنصوص عليها، على قيام الدولة الأخرى بمنح نفس الحقوق ،أو حقوق مماثلة لرعايا الدولة الأولى ، قد يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، إذ قد تتطلب كل دولة من الدول الأخرى المبادرة بمنح رعاياها حقوقاً معينة ، كشرط لقيام الدولة بتقرير نفس الحقوق لرعايا الدولة الأخرى.(بنفس المعنى، رياض ،فؤاد عبد المنعم ؛الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الأول ، الجنسية ومركز الأجانب ،ط٧، ١٩٩٢ص٤٤٢-ص٤٤٤).

ولما كان كل ما سبق يبين الإشكاليات العملية التي تواجه المحكمة النازرة في المسألة الإرثية من تفعيل مبدأ المعاملة بالمثل بمادة تنازع القوانين بشكل عام، فإن هذا لا يعني عدم إمكانية الأخذ به في موضوع إرث الأجانب في دولة ما. (فمن غير المقبول على الصعيد الدولي أن تمنح دولة لمواطني الأجانب حقاً ما ، دون أن تمنح الدولة أو الدول التي ينتمي إليها الأجانب لمواطني الدولة الأولى حقاً مماثلاً في تلك الدول؛ لذا تحت هذه الدولة الدول الأخرى لمنح رعاياها- أينما وجدوا - معاملة ترقى إلى درجة مساواتهم بالوطنيين في الدولة الأجنبية، فتنص في تشريعاتها على هذا المبدأ ؛ فمثلاً لا يرث اي أجنبي مالا غير منقول في لبنان ما لم تكن قوانين بلاده تبادل هذا الحق للبنانيين، فهذا المبدأ اليوم هو من المبادئ المتعارف عليها بين الدول ذات التشريعات الوضعية، ولكن هل يمكن الأخذ بهذا المبدأ في النظام القانوني الأردني؟ وما هو تأثير الديانة (الشريعة الإسلامية) المباشر وغير المباشر ،على هذا المبدأ ؟. وهل يمكن مقارنة هذا المبدأ باختلاف الدارين المعمول به في الشريعة الإسلامية بالنسبة لموضوع الإرث؟ هذا ما سنوضحه الآن. ولا بد لنا قبل الإجابة عن هذه التساؤلات أن نبين بأن سكوت المشرع الأردني عن تنظيم مبدأ المعاملة بالمثل لا يعني الأخذ بالراجع من مبادئ القانون الدولي الخاص طبقاً لنص المادة (الخامسة والعشرين) من القانون المدني الأردني، والسند في ذلك أن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني ، والذي رأى الباحث بوجوب العمل به بعد تعديله بما يتلاءم مع التشريعات النافذة ، تناول في المادة(٩/ج) -وهو نص خاص - توريث

الأجانب للعقارات الموجودة في شرق الأردن طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، والإرث في الشريعة الإسلامية إجباري، مما يعني في وجهة نظر الباحث توريث الأجنبي -المسلم من المسلم -ولو كان قانونه لا يجيز للأردني التملك بطريق الإرث ودون الأخذ بعين الاعتبار نص المادة (الخامسة والعشرين) من القانون المدني الأردني.

وعليه يرى الباحث بأن مبدأ المعاملة بالمثل بصوره كافة يتقلص إلى حد كبير في التشريع الأردني- في موضوع هذه الدراسة بالمقارنة بالتشريع اللبناني ؛ لوجود تعدد طائفي ونص صريح يأخذ بهذا المبدأ في التشريع اللبناني ؛ ومرجع ذلك أن قانوننا يغلب عليه الطابع الإسلامي؛ حيث يستلزم الأمر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بغض النظر عن مدى معاملة الرعايا الأردنيين في الدول الأجنبية. الأمر الذي يدعو إلى القول بأن هنالك أثراً يرتبه النظام العام للدولة للحد من مبدأ المعاملة بالمثل مصدره النظام الديني .لافتا النظر إلى أن اختلاف الدين قد يمنع الإرث بين المورث والورثة -الوطنيين والأجانب-، وهذا الأمر يؤدي إلى إعمال مبدأ المعاملة بالمثل بين الدول ، أو الدولة نفسها ؛ لاختلاف الدين.

وبالنظر إلى ما سلف ذكره فإن تحقق القاضي الأردني الناظر في المسألة الإرثية من توافر شروط وأركان وأسباب الإرث ، ولم يوجد مانع، كإختلاف الدار^{٩٢} ، فإن الأجنبي-المسلم- سيرث

^{٩٢} - لا بد من الإشارة إلى أن حكم اختلاف الدارين في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين فأما أن يكون بين غير المسلمين وأما أن يكون بين المسلمين.

أما حكمه بين غير المسلمين يكونون على ثلاثة أصناف: ١- ذمي ٢- مستأمن ٣- حربي. وهنا سنقتصر الحديث على الحربي وهم أعداء الإسلام فقد ذهب الأمام ابو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين مانع من الميراث سواء كان اختلاف الدارين حقيقة كالحربي والذمي . فلو مات حربي في دار الحرب وله أب أو ابن ذمي في دار الإسلام أو مات الذمي في دار الإسلام وله قريب في دار الحرب .لم يرث أحدهما الآخر أم كان اختلاف الدارين حكماً كالمستأمن والذمي ، أو الحربيين في دارين مختلفين . وقال الإمام احمد والأمام مالك رحمة الله عليهما : إن اختلاف الدارين غير مانع من الميراث ؛ فيرث الذمي من الحربي والمستأمن والمعاهد . وكل واحد من الثلاثة يرثه.

أما القسم الثاني فإن اختلاف الدارين بين المسلمين على صنفين: فأما أن تكون إحداهما دار سلم والأخرى دار حرب فإذا كان هنالك أخوان أحدهما في دار الحرب مع المسلمين في دار الإسلام ولو كان جميعاً مسلمين فهل إذا مات ذلك المسلم الذي في دار الإسلام نعطي ماله ذلك الذي في دار الحرب ؟يستعين بها على حريتنا فلذلك قالوا :- لا يجوز إعطاءه إذا كان في دار الحرب ولو كان يدين بدين الإسلام.

ولا يعد مانع من الارث اختلاف الدارين بين المسلمين إن كانت دار سلم ؛ فالمسلم يرث المسلم مهما نأت وتعددت الأقطار . وعليه فان اختلاف الدارين بين غير المسلمين مختلف فيه، هل هو مانع من التوارث بينهم أم لا ؟ فالجمهور من العلماء على أنه لا يمنع التوارث بين غير المسلمين.

في المملكة جميع أموال مورثه المسلم- حسب حصته- التي آلت إليه بسبب الإرث، سواء أكانت منقولات، أم عقارات- مالم يتوافر سبب المنع لإختلاف الدين-؛ لأن النظام العام الأردني سيفرض تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما أخذت به المادة(التاسعة) من قانون التركات والتي أوجبت وبصريح النص وبشكل قاطع أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على العقارات الموجودة في شرق الأردن، والمطبقة على المسلمين ؛ لهذا فإن مبدأ المعاملة بالمثل يتراجع دوره متى كان الورثة والمورث مسلمين أجنب -مقارنة بالتشريع اللبناني والسوري وغيرها من التشريعات الأخرى التي صرحت في قوانينها بوجود الأخذ بهذا المبدأ في موضوع الإرث والتركات دون الالتفات إلى دور الشريعة الإسلامية في الإرث.

وبالرغم من المثالب التي وجها الفقه إلى هذا المبدأ والإشكاليات العملية المترتبة على تطبيقه؛ "إلا أنه يتوجب على الدولة أن تراعي في اختيار الأدوات القانونية اللازمة لصياغة التبادل والغاية التي يستهدف سياستها التشريعية. وعلى هذا النحو تتفاعل الاعتبارات السياسية والاقتصادية لإملاء السياسة التي تحققها المصلحة القومية إزاء الأجنب" (انظر صادق، هشام ؛ عبد العال، عكاشه محمد؛ الحداد ، حفيظة السيد ،الجنسية ومركز الأجنب ، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦، ص٥١٩). ومما تجدر ملاحظته بأنه من موانع الإرث في التشريع الإسلامي - (اختلاف الدار) - وبالتالي فإنه يستبعد ميراث الأجنبي لاختلاف الدار ودون الاعتراف بشرط المعاملة بالمثل. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن قاعدة اختلاف الدين مانع من الإرث ، قد تقيد من إعمال مبدأ المعاملة بالمثل المقرر في تشريعات بعض الدول ؛ ذلك أنه قد يكون هنالك نص في دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية يقضي بمعاملة الأجنب بالمثل ، ويكون قانون دولة الوارث (الأجنبي) يسمح بميراث الأجنب ، ولكن سيكون لقاعدة اختلاف الدين مانع من الإرث

فإن أن من مات من المسلمين في بلاد الكفر وله ورثه في بلاد الاسلام فإنهم يرثون ، ولم نجد احدا من الفقهاء قال إن اختلاف الدار مانع من الارث بين غير المسلمين. في دار السلم.

أما القانون المصري في المادة (٦) فقد نص على أن اختلاف الدار لا يمنع من الإرث بين المسلمين . ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها . جرى هذا القانون على أن الأصل أن اختلاف الدار لا يمنع من التوارث بين غير المسلمين ، إلا أنه شرط أن تكون شريعة الدار الأجنبية لا تمنع من توريث الأجنبي عنها . عنها ، فإذا كانت شريعتها تمنع من توريث الأجنبي ، كان اختلاف الدار في القانون المصري مانعا من الإرث ، بسبب المعاملة بالمثل.

لكن إذا فهم المقصود من كلمة (الأجنبي) أنه غير المسلم وغير المسيحي المقيم في بلاد إسلامية ، لم يكن هناك مخالفة ؛ لأن المسلم لا يعتبر في بلاد الاسلام أجنبيا ، كما أن غير المسلمين المقيمين في البلاد الاسلامية يتوارث بعضهم من بعض.

الأثر على عدم تفعيل نص المادة القاضية بتوريث الأجنبي بالمثل ، في حال اختلاف الملة بين المورث والمورث (الورثة).

وبعد فإنه يقتضي التنويه وبصورة عامة إلى أن الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل في موضوع الإرث- في غير الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية- خياراً مطروحاً للدولة تأخذ به ، أو ترفضه أو تأخذ ببعض صورته وتطرح الباقي حسب ما يلائم سياستها التشريعية والسياسية والاقتصادية. (أنظر، إبراهيم ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، ص٧٧). كما لا يفوتنا القول بأن الأخذ بهذا المبدأ له الأثر في حماية الأجنبي ، ويعطي حافزاً يدعو الدول الأخرى إلى زيادة ما تقره في إقليمها من حقوق الأجنبي حتى يزيد قدر ما يتمتع به وطنياً من حقوق في الطائفة الأولى من الدول.(إبراهيم ، إبراهيم أحمد القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنبي وتنازع القوانين ، ١٩٩٢، ص٧٩).

ثانياً:-الاختصاص القضائي غير المباشر في منازعات الإرث

على الرغم من أن موضع دراسة الإختصاص القضائي غير المباشر تكون في مادة تنفيذ الأحكام الأجنبية ، و يتزامن مع تنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المطلوب منها التنفيذ ؛ إلا أن الباحث أثر بحثه في هذا الفصل بالرغم من إرتباطه الوثيق بمفهوم الإختصاص ؛ لأن الإختصاص القضائي غير المباشر يثار قبل تنفيذ الحكم الأجنبي ، وكرقابة على الإختصاص المباشر للمحكمة مصدرة الحكم .في حين يثور الإختصاص القضائي المباشر عند قيام النزاع . والمراد هنا بالإختصاص القضائي غير المباشر أن يتأكد قاضي التنفيذ-قبل تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي- من اختصاص المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم الأجنبي بتوافر شروط اختصاصها، وفقاً لضوابط معينة نص عليها قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في بلد قاضي التنفيذ كقانون تنفيذ الأحكام الأردني مثلاً. وتتبع أهمية الإختصاص القضائي غير المباشر ، أنه الأساس لحصول كل ذي حق على حقه ، متى تعلق هذا الحق بالبلد المطلوب من محاكمها تنفيذ الحكم الأجنبي فيه ،ونفذه القاضي بعد رقابته على اختصاص المحكمة مصدرة الحكم ؛ فلا أهمية تذكر لحكم صدر في لبنان مثلاً حدد حصص الأفراد من الملكية التي آلت إليهم من

مورثهم؛-بحيث قرر لهم الحماية القضائية للحق ، أو المركز القانوني للمسألة الإرثية عن طريق تأكيد حصصهم الإرثية؛- إذا كان مكان تنفيذ الحكم في المغرب مثلاً ، وامتنعت محاكمها عن تنفيذه ، فبدون الحصول على هذا الحق عن طريق ما يسمى بالتنفيذ لا أهمية للحكم.(لما كان للمحكمة الأجنبية اختصاصاً لإصدار الحكم القضائي وتقرير الحماية القضائية للحق، أو المركز القانوني لمن يطلبها في المسألة المثارة أمامها والتي تمس النظام القانوني لأكثر من دولة - (ولاية) -؛ فإن تنفيذ هذا الحكم في أي بلد هو الأساس لحصول كل ذي حق على حقه متى تعلق هذا الحق بالبلد المطلوب من محاكمها لتنفيذ الحكم الأجنبي). فإمتناع المحكمة المطلوب منها التنفيذ عن تنفيذ حكم حصر الإرث حسب التقسيم الذي أتت به المحكمة الأجنبية ، سيحول دون إنتقال ملكية التركة إلى الورثة في تلك الدولة. وقد أوجب قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (٨) لسنة (١٩٥٢) على قاضي التنفيذ أن يتحقق من بعض الشروط اللازمة حتى يتمكن من تنفيذ الحكم الأجنبي في المملكة. هذا بعد رفع دعوى أمام قاضي البداية المختص. أما في لبنان فالوضع يختلف ؛ إذ اشترط المشرع اللبناني من طالب التنفيذ أن يتقدم بعريضة إلى محكمة الاستئناف بكافة الأحكام ، مستثنياً أحكام حصر الإرث الأجنبي التي تنفذ هنالك دون حاجة لإكسائه بالصيغة التنفيذية،(المادة رقم ٤ من القانون رقم ٦٧/٧٣) وكذلك الأمر بالنسبة للأحكام الأجنبية المتعلقة بالأهلية وبالأحوال الشخصية ، وكذلك القرارات الرجائية الأجنبية ، تنتج مفاعيلها حكماً في لبنان دون اقترانها بالصيغة التنفيذية شريطة ألا تكون موضع نزاعات طبقاً لأحكام المادة (١٠١٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني). أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فالأمر يختلف بعض الشيء نظراً لاستقلال كل ولاية بقانونها الخاص. مع أن كل هذه الولايات ملزمة بدستور الولايات المتحدة الأمريكية وحسب المادة الرابعة منه تلزم كل ولاية بتنفيذ الأحكام الصادرة من محكمة ولاية في ولاية أخرى ، باختلاف الوسيلة المطلوبة للاعتراف بأحكام الولاية في الولايات الأخرى. " ; DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 2,p5-3انظر

وعليه سيتناول الباحث في هذا القسم الوسيلة القانونية لتنفيذ الأحكام الأجنبية في البند الأول و سنسلط الضوء على الطعن بتنفيذ الحكم الأجنبي وعدم تنفيذه في البند الثاني مقتصرًا الحديث على الحالة التي يكون فيها قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية هو الواجب التطبيق ، دون التعرض إلى الحالة التي تكون فيها الاتفاقيات الدولية المبرمة مع المملكة هي واجبة التطبيق ، والتي ستفرض نفسها مباشرة على قاضي التنفيذ ليطبقها دون الالتفاف إلى قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

١- الوسيلة القانونية لتنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي

قبل تنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المطلوب منها التنفيذ ، يتوجب على طالب التنفيذ (المحكوم له) لكي يقوم بتنفيذ الحكم الأجنبي في دولة غير الدولة مصدرة الحكم ، أن يقوم بمجموعة من الاجراءات، والتي تختلف من دولة إلى أخرى. فقد يكون الإجراء تقديم (طلب ، أو دعوى) كما هو الحال في الأردن ، وقد يكون تقديم عريضة فقط كما هو الحال بالنسبة للقانون اللبناني ، ومن الإجراءات أيضا إرفاق صورة مصدقة ومترجمة عن الحكم إلى لغة الدولة المطلوب التنفيذ فيها.

وبناء على ما تقدم ، سنتناول في هذا الموضوع:-

(١) إجراءات تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي (٢) المحكمة المختصة ، وسلطتها إزاء طلب التنفيذ.

١) إجراءات تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي

تماشيا مع موضوع هذه الرسالة سيقترن هذا البحث على إجراءات تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي دون غيره من الأحكام . علما أن هذه الإجراءات تختلف من دوله إلى أخرى ولتوضيح هذا الاختلاف سوف نجرى دراسة مقارنة لهذه الإجراءات لنتلمس الفروق في ثلاثة قوانين هي :القانون الأمريكي ، القانون اللبناني، القانون الأردني وذلك في ثلاث نقاط على التوالي.

أ-:الوضع في بعض ولايات الولايات المتحدة الأمريكية

لصاحب الشأن أن يقدم طلب تنفيذ الحكم الصادر في أية ولاية لدى محكمة الولاية المطلوب منها التنفيذ بطلب عادي له صفة الاستدعاء- من دون أن يحدد هذا القانون لمن يقدم هذا الطلب ، أو الاستدعاء - (ففي ولاية نبراسكا يرفق الحكم الأجنبي) ويتوجب أن يرفق الحكم الذي صدر من محاكم الولاية الأخرى ، وللمحكمة المراد التنفيذ فيها الرقابة على اختصاص المحكمة مصدره الحكم وهو ما سوف يكون موضع بحث بعد قليل.

ب- : الوضع في النظام اللبناني

الأصل أن لا تنفذ الأحكام الأجنبية في لبنان ، بوسائل التنفيذ على الأموال بشكل عام إلا بعد اقترانها بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المادة (١٠١٠ أصول مدنية). ولكن تنفذ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية مباشرة دون إقترانها بالصيغة التنفيذية شريطة أن لا تكون موضع نزاع.

واشترطت المادة (١٠١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني من طالب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في لبنان أن يقدم عريضة - ليست دعوى - إلى رئيس محكمة الاستئناف المدنية؛ والذي له حق النظر في هذا عريضة حسب الإجراءات المحددة للقرارات الرجائية. (بنفس المعنى ، عمر ،نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤، ص ١٣٦) ولا تكون خصومة الحصول على الصيغة التنفيذية خصومة حضورية،^{٩٣} كما لا تكون في مرحلة الحصول على هذه الصيغة خصومة تحقيق كامل ، بل هي خصومة تحقيق ناقص حيث لا يحضر الخصم المطلوب صدور الصيغة في مواجهته. (بنفس المعنى ، عمر ،نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط١، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٦) ويصدر الرئيس قراراً على العريضة بالقبول أو الرفض.

^{٩٣}-(وهذا فقد هجر المشرع اللبناني ما كان عليه القانون القديم من الحصول على الصيغة التنفيذية باستحضار ومعنى تقديم الاستدعاء في القانون اللبناني عدم تبلغ الأطراف الآخرين . (بنفس المعنى ، عمر ،نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط١، ٢٠٠٤ ، ص١٣٦)

إن ما سبق ذكره يمثل الإتجاه العام لتنفيذ الأحكام الأجنبية في لبنان إلا أن المشرع اللبناني استثنى حكم حصر الإرث الأجنبي من هذه الأحكام ، حيث ينفذ حكم حصر الإرث دون الحاجة لإقترانته بالصيغة التنفيذية ، شريطة أن لا يكون هذا الحكم موضع نزاع ، ونرى بعدم مخالفته النظام العام في لبنان. ذلك طبقا لما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم ٦٧/٧٣ المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية. والمادة (١٠١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

ج- : الوضع في النظام الأردني

الزمت المادة الرابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية طالب الأمر بالتنفيذ أن يقدم استدعاء إلى محكمة البداية ؛ حيث تقام دعوى كسائر الدعاوى الأخرى لدى محكمة البداية التي تقع ضمن دائرتها إقامة ، أو أملاك المحكوم عليه - المورث - الذي يرغب في التنفيذ عليها إذا كان المحكوم عليه لا يقيم في الأردن ، حيث لم يفرق هذا القانون بين الأحكام من حيث التنفيذ.

من خلال الاستعراض السريع للأنظمة السابقة نتلمس بعض الفروق نوجزها في الآتي:

-تنفيذ الأحكام الصادرة في أية ولاية في النظام الأمريكي بموجب الدستور وتكون له قوة النفاذ والأثر ، كما لو نفذ في نفس الولاية مصدره الحكم بعد تقديم استدعاء والحكم بذاته ، أو صورة مصدقة عنه إلى المحكمة المحلية التي يطلب منها تنفيذ الحكم الصادر من الولاية الأخرى.

- نجد أن القانونين الأردني والأمريكي قد تعاملوا مع الأحكام الأجنبية ككل ولم يستثن منها، كما فعل القانون اللبناني الذي استثنى حكم حصر الإرث الأجنبي وباقي مسائل الأحوال الشخصية عن بقية الأحكام الأجنبية؛شريطة أن لا تكون موضع نزاع .

- واشترط المشرع الأردني تقديم استدعاء له صفة وشروط الدعوى الأصلية أمام محكمة البداية المختصة ، بينما اشترط المشرع اللبناني تقديم عريضة عادية مع الحكم ليست له صفة الدعوى حيث يقدم الطلب إلى رئيس محكمة الاستئناف، بالنسبة للأحكام كافة سوى أحكام حصر الإرث الأجنبية.

-وتنفذ أحكام حصر الإرث الأجنبية في لبنان مباشرة دون الحاجة إلى تبليغ بقية الأطراف،
بينما الأمر مختلف بالنسبة للقانون الأردني الذي اشترط تبليغ الأطراف حتى إصدار الأمر
بالتنفيذ. علماً بأن مبدأ المعاملة بالمثل يقيد هذا التنفيذ. (انظر القسم الأول من هذا الفصل).

٢) سلطة المحكمة إزاء الطلب أو الاستدعاء

إذا ما عرض صاحب الشأن طلبه لتنفيذ الحكم الأجنبي أمام المحكمة المختصة المطلوب
منها التنفيذ، فإن المحكمة والحالة هذه أمام أحد خيارين، إما قبول الطلب ولما رفضه، وفي كلتا
الحالتين على المحكمة أن تعلق أسباب قبولها، أو رفضها بشكل قانوني. وهنا يثور التساؤل عن
مدى جواز الطعن بالقرار الصادر بالتنفيذ؟ هذا ما سوف نبينه في البندين التاليين .

البند الأول:- حالة قبول الطلب أو الاستدعاء .

ينص دستور الولايات المتحدة الأمريكية على اعتراف محاكم كل ولاية بالأحكام التي
تصدر في محاكم أية ولاية، أي أن تكون للأحكام التي تصدر من محاكم أية ولاية قوة الأثر
والنفاذ.

(أنظر قضية (DURFEE V. DUKE)

(DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ;
CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW
YORK. Chapter(5),p5-7 ,p5-8)

إن ما تقدم لا يعني عدم التأكد من بعض الشروط، وخاصة اختصاص المحكمة مصدرة
الحكم . فلا شك أن قاضي التنفيذ ملزم بالتحقق من الشروط التي نصت عليها مواد قانون تنفيذ
الأحكام، أو النصوص الخاصة بهذا الأمر في دولته، فإذا وجد قاضي التنفيذ أن الطلب -
الاستدعاء - مستوف الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم الأجنبي يقرر قبول طلب المستدعي في هذه
الحالة، و يمنحه الصيغة التنفيذية.

في حالة قبول الطلب يتوجب على قاضي التنفيذ في الأردن الحكم بالدعوى ،مبينا أسباب قبول هذا الطلب والحجج والأسانيد التي ارتكز عليها في بناء قناعته، وبالتالي يصدر هذا القرار، ويحق للمضرور - في حالة عدم رضائه بالقرار طبقاً لنص المادة الثامنة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني - والتي بدورها أحالت إلى تطبيق قانون أصول المحاكمات الأردنية- أن يطعن في هذا القرار وفقاً لطرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية.

وعلى الرغم من أن البعض يتصور أن سلطة المحكمة بقبول الطلب ، أو رفضه واضحة تماماً ، إلا أن التطبيق العملي أظهر مجموعة من الإشكاليات التي قد تواجه قاضي التنفيذ - ؛ نظراً لارتباط الأمر بنظم دولتين مختلفتين - وهي : - هل يراقب قاضي التنفيذ اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها أم وفق قانون دولته؟ وهل يستند إلى معايير الدولة مصدرة الحكم حتى لو كانت مختلفة عن معايير دولته؟ وهل يتقيد القاضي بمعايير دولته؟ وما الحل إذ تبين عدم اختصاص المحكمة الأجنبية ، وعدم اختصاص محكمة قاضي التنفيذ بالنزاع؟ أو إذ تبين اختصاص محكمة الدولة المطلوب منها التنفيذ ، بالرغم من صدور قرار خارج إقليم هذه المحكمة المراد التنفيذ فيها ؟.

وهذه الإشكالات قد تواجه قاضي التنفيذ الأردني أثناء تطبيق نص المادة ١٠٧/ب من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى عدم القدرة على استحصا الحق في الأردن - في حال رفض الطلب- ، ولا في البلد مصدرة الحكم ، بسبب اكتساب الحكم حجية الأمر المقضي. فما على المحكوم له إلا البحث عن بديل ، وهذا قد يكون مستبعد جداً في بعض الحالات.

ولعدم وجود نص صريح ينص على رقابة الاختصاص القضائي للمحكمة مصدرة الحكم في التشريع الأردني -بعكس التشريع اللبناني (المادة ١٠١٤ أصول مدنية) - ، فإن ذلك يضعنا أمام أحد حلين لا ثالث لهما تناولها الفقه والقضاء ، وهما إما أن يتحقق قاضي التنفيذ من اختصاص المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم المراد تنفيذه وفقاً لقانون تلك المحكمة ، ولما أن يتحقق قاضي التنفيذ وفقاً لقانون بلده ، علماً بأن الاتجاهين لا يخلوان من المثالب .

(١)-: تطبيق قانون المحكمة التي أصدرت الحكم

يؤسس أنصار هذا الاتجاه حجتهم بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي في كل دولة هي قواعد وطنية وحيدة الجانب ، فلا تحدد إلا حالات اختصاص المحاكم الوطنية، فلا يجوز لقواعد الاختصاص القضائي في دولة التنفيذ أن تتصب نفسها رقيباً شرعياً على الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكم . ولهذا الرأي مثالب (للمزيد راجع الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، من ص ٥٣-٥٤) أهمها :إصدار قرارات متناقضة من محاكم مختلفة مختصة وفقاً لقانونها، مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذها ،(الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٣) كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تنفيذ أي حكم أجنبي صادر من الخارج ولو حصل عليه الأفراد بطريق التحايل على قواعد الاختصاص.(قارن الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣، ص ٥٣ و٥٤، وأنظر الفصل الثالث من هذه الأطروحة ،ص ٢٦٢).

(٢): رقابة اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم وفقاً لقانون قاضي

التنفيذ

يرمي هذا الاتجاه إلى استخدام قواعد الاختصاص المباشرة لدولة قاضي التنفيذ من أجل التحقق من الاختصاص غير المباشر للمحكمة الأجنبية المراد تنفيذ حكمها في بلد قاضي التنفيذ (للمزيد الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٤).

فقواعد الاختصاص في بلد التنفيذ تلعب دورين : أولهما مباشر يتم عن طريقه تحديد شرعية الاختصاص لمحاكم بلد التنفيذ ، وثانيهما : يقوم برفض أي حكم أجنبي صادر بشأن نزاع لا يستطيع أن يعترف به قاضي بلد التنفيذ فيما لو وضع في نفس الظروف.

(الحجاياء، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٤).

ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يعمل على إعلاء الاختصاص الدولي الوطني على نظيره الأجنبي ، كما أن الأخذ به يؤدي بالقول إلى أن المعايير الأجنبية للاختصاص قد تكون مختلفة عن تلك الموجودة في قانون قاضي بلد التنفيذ، وهو ما سيؤدي إلى إعلان أن المحكمة الأجنبية غير مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي المباشرة لدولة قاضي التنفيذ. (أنظر الحجاياء، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٥).

وبعد هذا العرض الموجز لهذين الاتجاهين بقي أن نبين الموقف الذي أخذت به كل من التشريعات الأمريكي ، اللبناني ، الأردني.

١- بالنسبة للتشريع الأمريكي :-

(بموجب مادة ((كامل الأثر والقوة)) لدستور الولايات المتحدة، فإن على كل ولاية أن تعطي الأثر الكامل للقرارات التي تصدرها محاكم أية ولاية أخرى، شريطة أن يكون لتلك الولاية الاختصاص (O.Kahn- FREUND , GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, SIJTHOFF & NOORDHOFF, 1980, ALPHEN AN DEN RIJN, THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND, USA, p250) وبخلاف ذلك سيؤدي ذلك إلى انتهاك الشرط الدستوري بوجوب منح كامل الأثر والقوة في أية ولاية للأحكام وقرارات المحاكم لولاية أخرى (DAVID H. VERNON , CONFLICT OF LAWS ; CASES, PROBLEMS AND ESSAYS , 1973, MATTHEW BENOER, NEW YORK. Chapter(5), p5- 6) وهذا لا يعني أن لا تكون هنالك رقابة قضائية على اختصاص المحاكم الأخرى ؛ فالمحكمة التأكيد في أية ولاية عندما يطلب منها إعطاء أثر لحكم محكمة في ولاية أخرى، أن تتحقق دستورياً من اختصاص المحكمة الأجنبية لإصدار ذلك الحكم ؛ ذلك إن القرارات الحديثة لهذه المحكمة صورت بعناية النطاق المسموح لمثل هذا التحقق ، ومن هذه القرارات تنشأ القاعدة العامة أن الحكم يكون مخلوفاً لكامل الأثر والقوة - حتى فيما يتعلق بمسائل الاختصاص - عندما يكشف تحقيق المحكمة

الثانية أن تلك المسائل قد جرى تمحيصها بشكل كامل وعادل والحكم النهائي فيها من قبل المحكمة التي أصدرت الحكم الأصلي". (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 8,p5-9)

وبالنسبة لمسائل إختصاص المحكمة على الأشخاص، فإن هذا المبدأ رسخته بشكل واضح قضية بالدوين – لولاية ايوا (BALDWIN V. LOWA STATE TRAVELING MEN,S ASSN

-.283 U.S.522). وهناك كان الرأي أن على المحكمة الفيدرالية في أيوا أن تعطي أثراً ملزماً لحكم

أي محكمة فيدرالية في ميسوري بالرغم من الزعم أن المحكمة الأصلية لم يكن لها إختصاص على شخص المشتكى عليه ، حالما تبين للمحكمة في أيوا أن المسألة قد جرى تمحيصها بشكل

كامل في محكمة ميسوري. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 9)

.... في كل قضية من هذه القضايا كان الادعاء أن المحكمة عندما طلب منها انفاذ حكم

محكمة أخرى، كانت لها حرية إعادة النظر في إختصاص تلك المحكمة على الموضوع . وفي

كل هذه القضايا رأت هذه المحكمة أنه نظراً لأن مسائل الإختصاص على الموضوع كان

تمحيصاً بالكامل في المحكمة الأصلية، فلا ينبغي إعادة النظر في النزاع في أي دعوى لاحقة

بين الأطراف. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 9)

كما يجب أن لا يكون هنالك تدليس في الحصول على الحكم عن طريق التحايل على إختصاص

المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم . (للمزيد من التفصيل راجع ،٢٦٢، من هذه الأطروحة) (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 9)

وفي هذا السياق (قالت المحكمة في قضية ستول ضد جويكيت، سوبرا (STOLL V,

GOTTLIEB ,SUPER) "لا نرى مبرراً أن على المحكمة ، في غياب ادعاء التدليس في

الحصول على الحكم ، أن تدرس من جديد مسألة ما إذا كانت المحكمة التي كانت تقوم بالتقرير

السابق على الخصومة الفعلية على الإختصاص بين الأطراف ، كان لها بالفعل إختصاص على

موضوع الدعوى أم لا

أن المحاكم التي تقرر حقوق الأطراف هي جزء لا يتجزأ من نظام الحكم لدينا ، أن من المهم أن ينبغي أن يكون هناك مكان للدعوى مثلما ينبغي أن يكون هناك مكان لبدء الدعوى ، وعندما يكون أي طرف يوماً في المحكمة ، ولديه فرصة ليقدّم أدلته ووجهة نظره القانونية، فإن أي طعن ثانوي في القرار فيما يتعلق بالاختصاص الذي صدر هناك فقد سيحدد النظر في النزاع الذي تم الفصل فيه في السابق. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 10)

ويلاحظ مما تقدم بأن هذا القانون لم يبين القانون الذي يراقب قاضي التنفيذ اختصاص المحكمة الأخرى ولكن يستشف بأنه أقرب إلى قانون المحكمة مصدرة الحكم.

ب- الوضع في الأردن :-

على الرغم من أن قانون التنفيذ الأردني لم ينص بشكل صريح بالنسبة للقانون الذي يجب على قاضي التنفيذ الأردني تطبيقه ، ليتحقق من اختصاص المحكمة الأجنبية، إلا أنه يستشف من مجمل مواده بأن على قاضي التنفيذ أن يتحقق من اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً للمعايير التي نصت عليها المادة السابعة من قانون التنفيذ. فإذا تبين للقاضي أن محاكم المملكة مختصة طبقاً لنص المادتين السابعة والعشرين والثامنة والعشرين من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، أو مختصة طبقاً للمعايير التي تبنتها هذه الدراسة ، والمتعلقة بإنعقاد الاختصاص الدولي الأصلي بالمنازعات المتعلقة بالإرث للمحاكم الأردنية ، والذي رأى الباحث بوجوب الأخذ بها بالقانون الأردني ؛ توجب على القاضي رفض تنفيذ الحكم الأجنبي ، وكذلك إذ انطبق أي بند من المادة السابعة (أ) أو (ب) من قانون التنفيذ على الحكم الأجنبي الواجب التنفيذ في المملكة .

وفي حال لم يكن للمحاكم الأردنية الاختصاص على النزاع الذي صدر قرار بحقه لدى القضاء الأجنبي فإننا نرى مع البعض (بنفس ، الحجايا،نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٢) بأنه يتوجب على قاضي التنفيذ قبل مباشرته عملية التنفيذ أن يتأكد

من جدية اختصاص المحكمة الأجنبية^{٤٤} لا شكلية وطبقا لمعايير أخرى تتحدد بإرتباط الوثيق بين المحكمة وبين النزاع (من خلال عوامل متعددة منها : أ- مكان الإقامة ومكان وجود المال الخ. (الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة

مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٨)

كما ويتوجب على قاضي التنفيذ أن يتثبت من إنتفاء الغش نحو الاختصاص.

(الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ . ص ٦٧).

(ويكون ذلك بتحقيقه من أن الأفراد لم يلجأوا إلى القانون الأجنبي بوسائل غير مشروعة يعبر عنه بواسطة قرار السلطة العامة. (الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٨).

وعليه فإن رفض الاعتراف بهذا القرار (الحكم) لا يبنى فقط على عدم اختصاص القانون الواجب التطبيق وإنما يؤسس أيضاً على عدم اختصاص السلطة العامة الأجنبية في تطبيقه (الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة

مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٨).

ويلاحظ مما سبق أن هذا التشريع أقرب إلى الأخذ بالمبدأ الثاني وهو مبدأ رقابة اختصاص

المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم وفقا لقانون قاضي التنفيذ .

ج-الوضع في لبنان :-

اشتترطت المادة (١٠١٤ أصول مدنية) لمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ، أن يكون صادرا عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه ، شريطة ألا يكون اختصاصهم مقررا بالنظر إلى جنسية المدعي فقط .

^{٤٤}-(في حالة ما إذا أسس القضاء الأجنبي حكمه على معايير غير التي نص عليها قانون التنفيذ، ولذلك لوجود رابط وثيق بين المحكمة والنزاع الذي حسمته .. (الحجايا، نور رحوم ، رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن ، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات ، المجلد الثامن عشر ، العدد السابع ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٢)

فيراقيب القاضي اللبناني قواعد الاختصاص الدولي للمحكمة مصدره الحكم وفقا لقانون دولتها وليس وفقا للقانون اللبناني. فهذا التوجه - (في نظر الدكتور الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٤٥) - "والذي يبدو منطقيا للوهلة الأولى يصح انتقاده من الناحية القانونية . فالهدف القانوني من إعطاء القاضي ، المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي ، حق مراقبة تقيد المحكمة الأجنبية بقواعد الاختصاص الدولي ، هو منع المحاكم الأجنبية من أن تمد اختصاصها الدولي بشكل غير معقول يتجاوز كل معيار لتوزيع الاختصاص الدولي بين محاكم الدول المختلفة ، وليس الهدف بالتالي المحافظة على القانون الأجنبي ذاته ومراقبة مدى تقيد قضاة دولة ذلك القانون به." " فالمرقبة ، على مدى تقيد الحكم الأجنبي بالمعيار المعقول لتوزيع قواعد الاختصاص الدولي بين الدول المختلفة ، يجب أن تتناول القانون الأجنبي ذاته الذي وسع دائرة الاختصاص الدولي لمحاكم بلاده خلافا للقاعدة المثالية التي تفرض توزيع الاختصاص الدولي بين الدول المختلفة بشكل معقول . وإذ كانت هذه القاعدة المثالية غير موجودة لا في القانون الوضعي ولا في قواعد القانون الدولي الخاص ولا حتى في القانون الطبيعي ، فيجب العودة إلى القانون الداخلي لكل قاضٍ ، بحيث إن كل قاضٍ يجد المعيار في قانونه الوطني فلا يطلب من غيره الالتزام بأكثر مما يلتزم به هو . ويأخذ بهذا الحل كل من القانون الألماني ، والنمساوي وكثير من المقاطعات السويسرية". (الحجار ، الوسيط ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٤٥)

ولما كان القانون اللبناني فرق بين الأحكام الأجنبية من حيث التنفيذ ؛ فحكم حصر الإرث الأجنبي ينفذ مباشرة دون إكسائه صيغة التنفيذ - وهذه القاعدة استثناء على الأصل - مما يعني من وجهة نظر الباحث أن المشرع اللبناني لم يأخذ بأي من الاتجاهين بل أن الأمر يقتصر على مراقبة شكلية الحكم الأجنبي كحكم بالإضافة إلى ذلك نرى بأنه يتوجب على قاضي التنفيذ أن يراقب مدى قابلية هذا الحكم للتنفيذ بموجب النظام العام ، ومبدأ المعاملة بالمثل ، والتي يتوجب على قاضي التنفيذ الأخذ بهما حسب ما تمليه الأعراف الدولية.

البند الثاني-حالة رفض الطلب أو استدعاء تنفيذ الحكم

اتضح لنا مما سبق بأن للمحكمة المطلوب منها إنفاذ الحكم الأجنبي التأكيد من بعض الشروط المنصوص عليها في قانون تلك المحكمة ، وكذلك التحقق من اختصاص المحكمة مصدره الحكم ، فإذا تبين تخلف أي شرط بالإضافة إلى عدم اختصاص المحكمة الأجنبية فما على قاضي التنفيذ إلا أن يرفض تنفيذ الحكم.

وقد بين المشرع الأردني الحالات التي تجيز للمحكمة البدائية رفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي ، وذلك في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ وذلك على النحو التالي :يجوز^{٩٥} للقاضي أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي :

أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو لم يكن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختيار أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحيته. يتبين لنا من النص السابق أن قاضي التنفيذ الأردني ملزم بالتحقق من هذه الشروط وفقاً للقانون الأردني ؛ فإذا تخلف أي شرط منها، توجب عليه عدم منح الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ وعدم إمكانية تنفيذه في المملكة، وسلطة المحكمة برفض الطلب في هذه الحالة مخولة لها من القانون ، وبالتالي للقاضي صلاحية قبول الطلب ، أو رفضه، فمتى كانت هذه الشروط متوافرة ، بالإضافة إلى عدم اختصاص المحاكم الأردنية بنظر النزاع الذي صدر بشأنه حكم من محكمة أجنبية ، وعدم تحايل الأفراد على ما يسمى بالغش نحو الاختصاص ، يتوجب على

^{٩٥} - جاءت هذه المادة بصيغة الجواز برفض تنفيذ الحكم ، أي سلطة المحكمة بتنفيذ هذه الحكم أو رفضه خياراً للقاضي .مع أننا نرى بوجود رفض الحكم متى إنطبقت هذه المادة .وبالتالي نرى إستبدال كلمة الجواز بالوجوب . ومما يؤيد رأي الباحث ما جاء بقرار المخالفة المعطى من القاضيين السيدين عبد الرحمن البنا وجهاز الهلسة في القضية التمييزية الحقوقية ذات الرقم (٩٩/٦٤٨)، فقد جاء في هذا القرار ما يخالف جوازية المادة السابعة بالقول " وقد أوجبت المادة السابعة من القانون المذكور - قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢- رفض الطلب المرفوع إلى محكمة البدائية لتنفيذ حكم أجنبي في حالات وردت على سبيل الحصر ومنها ما ورد بالفقرة (هـ) التي أوجبت أن يكون الحكم الأجنبي مكتسب الدرجة القطعية " (مجلة نقابة المحامين ، السنة التاسعة والأربعون ، الأعداد السابع والثامن والتاسع ، تموز ، آب ، أيلول، ص١٤٤٤-١٤٤٥، مذكور في بحث نور رحوم ،ص٨١).

قاضي التنفيذ والحالة هذه أن يكسي الحكم صيغة التنفيذ ، ليتم تنفيذه أسوة بالأحكام الأخرى الصادرة عن المحاكم الوطنية .

بينما نجد أن التشريع اللبناني مختلف بعض الشيء عن بعض الدول العربية لأن هذا القانون فرق بين تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي والأحكام الأخرى ، حيث نصت المادة (الرابعة) من قانون ٦٧/٧٣ المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية على تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي في لبنان دون حاجة إلى اقترانه بالصيغة التنفيذية ، وذلك شريطة أن لا يكون موضوع نزاع وهذه المادة تتشابه مع مضمون المادة (١٠١٢) أصول مدنية لبناني - بالإضافة إلى ذلك اقترحنا عدم مخالفته للنظام العام والآداب ، وعدم اختصاص المحاكم اللبنانية أصلاً بهذا النزاع. أو كان لمبدأ المعاملة بالمثل أثر على رفض تنفيذه.

(انظر قرار محكمة استئناف بيروت المدنية الثاني قرار رقم (١١٥٧) تاريخ ٩/ تشرين الاول ، ١٩٦٩ ، (النشرة القضائية اللبنانية ، ١٩٦٩)

أما بالنسبة للتشريع الأمريكي فإنه لأية محكمة من محاكم الولايات المتحدة التأكيد من اختصاص تلك الولاية مصدره الحكم على الموضوع وكذلك على الأشخاص فإذا اتضح بأن لمحاكم تلك الولاية اختصاصاً على الموضوع وعلى الأشخاص بحيث كانت مسائل الاختصاص على الموضوع تمحياً بالكامل للمحكمة الأصلية، فلا ينبغي إعادة النظر في النزاع في أية دعوى لاحقة بين الأطراف. (DAVID H. VERNON ,CONFLICT OF LAWS CASES,PROBLEMS AND ESSAYS ,1973, MATTHEW BENOER,NEW YORK. Chapter(5),p5- 9) ويخالف ذلك فإن الحكم لا تكون له صفة التنفيذ .

ولا بد من الإشارة بأن رقابة المحاكم الانجليزية على اختصاص المحكمة مصدره الحكم في القانون الإنجليزي يكون حسب ما هو مقرر في المواد المدرجة أدناه .

(القاعدة ٩٦: - لمحاكم البلد الأجنبي اختصاص الفصل في وراثه كل الأموال المنقولة أينما وجدت الخاصة بموجب أو موجب والذي يموت متوطناً في ذلك البلد أن مثل هذا القرار ملزم للمحكمة يجب أن تتبعه

الشرح :

إذا كان المتوفى في لحظة وفاته متوطناً في الخارج، فإن لمحاكم موطنه الاختصاص حصرياً بالضرورة ، في تقرير الحق في وراثته أمواله المنقولة، وإذا مارست اختصاصها، فإن المحاكم الانجليزية ستتبع قرارها. وعلى الرغم من أن الأطراف الذي يزعمون أنهم مخولون للحق في تركة الشخص المتوفى قد لا يكونون ملزمين باللجوء إلى محاكم هذا البلد وقد يكون مطلوباً منها تقسيم تركة الشخص المتوفى في الخارج. وفي مثل تلك الحالة تكون ملزمة بالتحقق أفضل إستطاعتها، من أنه بحسب قانون الموطن هم المخولون للحق في تلك التركة، ومع ذلك، حيث يتم الحكم على الملكية من محاكم الموطن ، يكون مثل هذا الاختصاص ملزماً ويجب أن تتبعه محاكم هذا البلد (أي تلزم بتنفيذه).

ومثال ذلك : إذا توفي جون متوطناً في البرتغال تاركاً ابناً لا شرعياً اسمه سيمون، فالمحكمة البرتغالية تصدر حكماً أن سيمون له الحق في أموال المنقولة التي كانت تعود إلى جون ، حيث ترك جون أموالاً منقولة في إنجلترا. أن حكم المحكمة البرتغالية القطعي المتضمن أن سيمون مخول للحق في الأموال المنقولة إلى جون في إنجلترا يجب أن تتبعه المحاكم الإنجليزية وتقوم بتنفيذه متى تبين للمحاكم الانجليزية اختصاص محكمة البرتغال بناء على معيار الموطن، وأن المحاكم البرتغالية قامت بتحديد المخولين بالحق بالتركة . (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED,1967., pg591)

٢- جيمس مواطن سويسري الجنسية ، توفي متوطناً في فرنسا وترك ابناً اسمه بوند وهو شرعي المولد ، وكانت وصيته محل نزاع ، وحسب وصيته أوصى جيمس بكل أمواله المنقولة إلى (X) فإذا كان بوند شرعي المولد فليس من حق المورث جيمس فعل هذا بموجب القانون السويسري. وستصدر المحكمة السويسرية حكماً أن بوند شرعي المولد وهو مخول للحق بموجب القانون السويسري في الوراثة عشر الأموال المنقولة الخاصة بالمورث جيمس. وبحسب معاهدة بين فرنسا وسويسرا، فإن حق وراثته (T) يعتمد على قانون جنسية جيمس أي القانون السويسري. أن حكم المحكمة السويسري قطعي أن بوند مخول للحق في عشر الأموال المنقولة الخاصة

بالمورث جيمس في إنجلترا، حتى ولو بني على سوء الفهم للقانون الإنجليزي وبالتالي سينفذ الحكم إذ مورس اختصاص المحكمة الأجنبي. (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED,1967., pg592)

(القاعدة ٩٧:- لمحاكم البلد الأجنبي اختصاص الفصل في الوراثة كافة تلك الأموال المنقولة للشخص المتوفى والتي تقع في ذلك البلد. أن هذا الاختصاص لا يتأثر بموطن المتوفى. إن هذا القرار ملزم للمحكمة ويجب أن تتبعه فيما يتعلق بتلك الأموال المنقولة.

الشرح:

بالضبط كما أن المحاكم الانجليزية تمارس اختصاص الفصل في وراثة الأشخاص غير المتوطنين في إنجلترا ، فكذلك (كما قد يفترض) يمكن أن تتنازل عن الاختصاص إلى المحاكم الأجنبية للفصل في وراثة الأشخاص غير المتوطنين في البلد الأجنبي . ولكن في اعتبار قطعية أي قرار مماثل في إنجلترا، يجب أن نميز بين الأموال المنقولة التي كانت أو لم تكن واقعة في إقليم البلد الأجنبي في وقت الحكم . وفي الحالة الأولى فإن الحكم الأجنبي (كما افترض) سيكون معترفاً به وناظراً في إنجلترا ، كحكم يماثل الحكم في الأعيان، إذا كانت أي من الأموال المنقولة قد أحضرت لاحقاً إلى إنجلترا ، ولكن وجود حكم أجنبي (كما قد افترض) قد لا يمنع المحكمة الانجليزية من إصدار قرار مخالف فيما يتعلق بالحق في وراثة أية أموال منقولة والتي وقت الحكم الأجنبي كانت تقع محلياً في إنجلترا أو بلد ثالث معين.

توفي (T) وهو متوطن في إنجلترا وترك أموالاً منقولة في إنجلترا وفرنسا وألمانيا. وحسب القانون الإنجليزي، فإن (X) مخول للحق في وراثة أموال (T) باعتبارها القريب الأقرب. وأصدرت المحكمة الألمانية حكمها أن (Y) مخول للحق في وراثة الأموال المنقولة لـ (T) والتي في وقت الحكم كانت تقع في إنجلترا أو فرنسا، ولكن إذا كانت أي من الأموال المنقولة التي تقع في وقت الحكم الألماني في ألمانيا تم لاحقاً إحضارها إلى إنجلترا. فإن المحكمة الإنجليزية ستعترف أن (Y) وليس (X) هو المخول للحق فيها . (DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED,1967., pg592)

ولا بد من الإشارة هنا أن التنفيذ الفعال للمحاكم الإنجليزية يعتمد على وجود المدعى عليه أو أملاكه في إنجلترا، لأنه لا يمكن لمثل هذا القرار توقع الاعتراف ، أو النفاذ في بلد تقع فيه الأموال غير المنقولة، التي يتعلق بها القرار . إن المحاكم الإنجليزية على ما يبدو لا تعترف أو تنفذ أي حكم أجنبي (عقد اختصاصه) على الأشخاص في أرض إنجليزية، وبمقتضى هذه الاعتبارات فإن المحكمة الانجليزية قد تنفذ على مؤتمن مقصر أمانة أرض أجنبية.

.... Such enforcement must depend on the presence of the defendant or his goods in England; for on such decree can expect recognition or enforcement in the country where the immovables lie, to enforce a foreign decree *in personam* relating to English land, subject to these considerations an English courts would enforce against a defaulting trustee a trust of foreign land. (.R.H.GRAVESON,(1960)," THE CONFLICT OF LAWS" , FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET /MAXWELL LIMITED 11 NEW FETTEL LANE,pg,368)

٢- الوسيلة القانونية للطعن بتنفيذ الحكم الأجنبي

لتحديد الوسيلة القانونية التي يتم بها الطعن أمام المحكمة المختصة بالنسبة للأحكام الأجنبية هل هي دعوى أم طعن ، نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : - حالة رفض الطلب أو استدعاء المحكوم له .

لم ينص قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ على إمكانية الطعن بقرار قاضي البداية برفض طلب التنفيذ من عدمه ، وذهب رأي في الفقه نوّيه (القضاة ، مفلح عواد ، أصول التنفيذ الجبري وفقا لقانون الإجراء الأردني ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧ ، ص ٨٦) بأن على المحكوم له مراجعة القضاء الأردني وتقديم دعوى بالموضوع الذي سبق وأن صدر فيه الحكم الأجنبي متى كان للمحاكم الأردنية الاختصاص على موضوع التركة. وعليه فإن هذه الوضعية (ستضع المحكوم له في مركز غريب فهو لا يملك الالتجاء من جديد إلى محاكم الدولة التي أصدرت الحكم الأول ، إعمالاً لمبدأ حجية الشيء المحكوم به وإذا لم يكن القضاء الأردني مختصاً فلا سبيل لتصحيح الأوضاع). (بنفس المعنى ؛القضاة ، مفلح عواد القضاة ، أصول

التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الإجراء الأردني ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧ ، ص ٨٦) فيستطيع الدائن أو صاحب المصلحة تقديم دعوى إن كان القضاء الأردني مختصاً.

ومن هنا يرى الباحث بأنه لا ضير بتطبيق طرق الطعن العادية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية لتحقيقها العدالة المنشودة التي تسعى إليها الدول عادة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التشريع اللبناني ساوى بين الأحكام كافة باستثناء أحكام حصر الإرث في حالة رفض رئيس محكمة الاستئناف - وهي المحكمة المختصة هناك - منح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية ، حيث يجوز للمستدعي الاعتراض على قرار الرفض في ميعاد خمسة عشر يوماً أمام محكمة الاستئناف ذاتها التي أصدر رئيسها قرار الرفض ، ويتم ذلك الاعتراض بالطرق الرجائية ، إعمالاً للمواد الصادرة في هذا الموضوع - ممن صدر ضده الأمر بمنح الصفة التنفيذية- ، وتحسب مدة الاستئناف من تاريخ التبليغ برفض منح القرار بالصيغة التنفيذية أياً كان الشخص ، أو الجهة التي قامت بالتبليغ، والقرار الصادر في مسألة منح الصيغة التنفيذية يقبل الطعن بالطرق التي تخضع إليها القرارات من محكمة الاستئناف . (بنفس المعنى عمر، نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط١، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٨).

هذا بالنسبة للأحكام بشكل عام في لبنان، أما بالنسبة لأحكام حصر الإرث الأجنبية-مع أنها تنفذ مباشرة إلا إذا كانت موضع نزاع- ، فإننا نرى في هذه الحالة ولعدم إيجاد نص صريح في التشريع اللبناني - (بالمصادر المتوافرة لهذا البحث)- بمساواة أحكام حصر الإرث الأجنبية مع الأحكام الأجنبية الأخرى بالنسبة لإمكانية الطعن من عدمها. وعليه فمتى تم رفض تنفيذ حكم حصر الإرث الأجنبي لأسباب تتعلق بمخالفة النظام العام ، أو تبين اختصاص المحاكم اللبنانية ، أو تبين عدم قدرة المحكمة على تنفيذ هذا الحكم ؛ لوجود شرط المعاملة بالمثل فيما يخص تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل لبنان ، أو حتى إن كان القرار موضع نزاع ، فلا مانع من الاعتراض على رفض تنفيذه كالأحكام الأخرى من أصحاب المصلحة.

الحالة الثانية : - حالة قبول الطلب

في هذه الحالة نرى بأنه لا يوجد مانع قانوني من إتاحة الفرصة للمضور ودائني التركة - في التشريع الأردني - من أن يطعنوا في القرار الصادر عن المحكمة البدائية بقبول طلب المستدعي بإكسائه صيغة التنفيذ ، وذلك أمام محكمة الاستئناف خلال (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغهم بالقرار إن كان صادراً بمثابة الجاهي، أو وجاهياً اعتبارياً ، أو من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم إذ كان الحكم الصادر وجاهياً ، ويرفع الطعن بالطرق المعتادة بالنسبة للقضايا الحقوقية الأخرى ، وفي نفس الاجراءات المتبعة في القضايا الأخرى ، سندا إلى أحكام المادة الثامنة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني ، والذي خول الحق للمضور بالطعن طبقاً لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

ولا بد للباحث أن يشير هنا إلى أن الفرق بين الحالة الأولى وهذه الحالة - في التشريع الأردني - حسب رأبي أنه في الحالة الأولى فعدم النص على إمكانية الطعن ،(والذي قد يفسره البعض بعدم جواز الطعن)، لأن قرار الرفض لا يترتب عليه مساس بالحكم الأجنبي حيث يستطيع في هذه الحالة إقامة دعوى أمام القضاء الأردني كما هو الأمر بالنسبة للقضايا الحقوقية الأخرى إن كان مختصاً كما سلف توضيحه . أما في الحالة الثانية : فإن قبول الطلب يعني اضعاف الصيغة التنفيذية عليه، وبالتالي يعتبر الأمر بالتنفيذ ومساواة الحكم الأجنبي بالأحكام الوطنية معناه الحصول على حق معين ؛ فقد يكون هذا الحق زائداً ، أو يمس شيئاً من حقه بالتركة ، وهنا يتضرر الدائنون ، وتتضرر حقوق الورثة والأفراد المتصلة بالتركة. أو يكون الحق ناقصاً مما يؤدي ذلك إلى تضرر المحكوم له . بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الحكم سوف يترتب آثاره في الأردن وقد يكون الأفراد حصلوا عليه عن طريق الغش نحو الاختصاص أو القانون.

لذا يرى الباحث ومن المنطلق المتقدم بأن يكون هناك نص قانوني صريح يجيز للمضور الطعن أمام محكمة الاستئناف ، سندا إلى نص المادة الثامنة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية المشار إليها سابقاً ، والقاضية بتطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية ، وبالتالي يعتبر أمر إكساء الأحكام الصيغة التنفيذية قابلاً للطعن بالاستئناف حسب ما يراه الباحث .

أما بالنسبة للقانون اللبناني فقد أعطى (المضرور من قبول الطلب ،الاعتراض أمام نفس المحكمة المختصة وهي محكمة الاستئناف ،ليبين فيه المعترض أسباب الاعتراض على هذا القرار ، ويجب أن يرفع هذا الاعتراض خلال مدة (٣٠) يوماً من تاريخ تبليغ القرار الصادر بمنح الصيغة التنفيذية ، أو تبليغ أي إجراء من إجراءات تنفيذه).(بنفس عمر ،نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط٤،٢٠٠٤ ، ص ١٣٦).

وذلك إذا كان القرار غير معجل التنفيذ بسبب سريان هذه المدة ، أو رفع الطعن بالفعل فإنه يؤدي إلى وقف التنفيذ للحكم الأجنبي ، ويجب إبلاغ الخصم القرار بمنح الصيغة التنفيذية ، ولا تعطي هذه الصيغة إلا إذا تم إبلاغ الخصم الصيغة التنفيذية ولم يطعن الصادر ضده القرار في المهلة التي هي بحد ذاتها موقفة للتنفيذ) (بنفس عمر ،نبيل إسماعيل ، أصول التنفيذ الجبري، ط٤،٢٠٠٤ ، ص ١٣٦).

هذا بالنسبة للأحكام كافة ،أما أحكام حصر الإرث الأجنبية فإن قبول تنفيذها أمام قاضي التنفيذ لا يستطيع المضرور من الاعتراض على تنفيذ الحكم مالم يكن هناك مبرر قانوني يؤكد على أن هذا الحكم الأجنبي موضع نزاع ، وبغير ذلك فلا يجد المضرور سبباً للطعن بتنفيذ هذا الحكم الذي وضع موضع التنفيذ أمام قاضي التنفيذ. وكان يمكن أن يتبنى المشرع اللبناني هذا الأمر بالنسبة لتنفيذ أحكام حصر الإرث الأجنبية في هذه الحالة أسوة بالأحكام الأخرى؛ بحيث يجوز للمضرور من تنفيذ هذا الحكم الطعن فيه.

ويمكن القول بعد ما تقدم ذكره بأن الطعن بقرار رئيس التنفيذ – أي بعد عملية الشروع بتنفيذ الحكم الأجنبي المكسب بالصيغة التنفيذية –؛ سواء أكان قراره لصالح المحكوم له ، أم ضده فإنه يجوز الطعن بالاستئناف ، ويكون بنفس الطرق المعتادة لتنفيذ الأحكام الوطنية ، وليس بدعوى بطلان إجراءات، أو عدم صحة خصومة ، بل يطعن بها حسب القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ،مراعياً بذلك القرارات التي يجوز إستئنافها بموجب قانون التنفيذ الأردني رقم (٣٦) لسنة (٢٠٠٢).

(بنفس المعنى ؛القضاة ، مفلح عواد القضاة ، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون الإجراء الأردني ، الطبعة

الأولى ، ١٩٨٧ ، ص ٨٧)

وأخيرا فإذا استوفى الحكم الأجنبي شروط التنفيذ بالإضافة إلى عدم تعارض ما قرره الحكم الأجنبي، المستوفي شروطه، من حصص للورثة للنظام العام في دولة التنفيذ، واستيفاء شرط المعاملة بالمثل لتملك الورثة الأجانب لأموال التركة في دولة التنفيذ فهنا يتساوى هذا الحكم مع الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، فيكون للمحكوم لهم - (الورثة، الدائنين) - الحصول على حصصهم الذي قررها (الحكم) - وبالتالي تنتقل ملكية ما كان يملكه المتوفي قبل وفاته إلى الخلف والدائنين بعد وفاته - لتتم بعدها تصفية التركة وإصدار سندات ملكية تقرر الحق بالنسبة لما آل إليه من أموال من مورثه.

وبإنهاء أعمال التصفية، يقوم المصفي بتسليم كل وارث ما آل إليه من التركة بقدر حصته في الإرث، وفقا لإعلام الورثة الذي يحصل عليه كل وارث من محكمة الأحوال الشخصية، أو وفقا لأحكام نهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث. كما يتعين تقديم هذا الحكم بعد إنتهاء التصفية إلى المحكمة التي تباشر التصفية لتسليم كل وارث ذكر في هذا الحكم شهادة رسمية تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

وتعتبر هذه الشهادة سند كل وارث في الملكية وتثبت ملكيته بموجبها منذ وفاة المورث حتى لو خلت الشهادة من ذكر هذا التاريخ ولا يلزم تسجيل هذه الشهادة لنقل الملكية إذ إن الملكية تثبت للوارث بوفاة المورث، وإنما يلزم تسجيلها لإشهار حق الإرث، إذ بدون ذلك لا يستطيع الوارث التصرف فيما آل إليه من التركة..... ويراعى أن الحكم الشرعي الصادر من محكمة أجنبية لا تكون له حجية إلا بعد التصديق عليها من السلطة المختصة.

(طلبه، أنور، الوسيط في القانون المدني، ج ٥، ٢٠٠١، المكتب الجامعي الحديث، ص ٩٦ (وص ١٩٧).

الفصل الخامس : النتائج والتوصيات

إن البحث عن القانون واجب التطبيق على إنتقال الملكية للخلف العام يعتبر من أهم الموضوعات المعاصرة والمستمرة على الإطلاق ، ويعزى السبب بذلك إلى أن الإنسان اجتماعي بطبعه، تمتد علاقاته عبر حدود الدول، وهذا الامتداد يؤدي إلى زيادة الروابط الأسرية بين أشخاص من دول مختلفة ، أو امتلاكه أموالاً في تلك الدولة دون أن تتعلق بروابط أسرية هناك، وبأي سبب من أسباب إكتساب الملكية، مما استلزم الأمر من كل دولة سن التشريعات لحل المنازعات الناشئة في إطار العلاقات القانونية الدولية ، أو تبني آراء القضاء في تلك المنازعات نظراً لاحتمال إرتباط النزاع بقوانين أكثر من دولة في آن واحد هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى اختلاف القوانين بين الدول النازمة للمسألة التي تحكم الإرث، وتزاحم كل من هذه القوانين لحكم هذا النزاع من ناحية ثالثة. فضلا عن عدم وجود معايير واضحة بين قوانين هذه الدول تحدد الاختصاص القضائي الدولي بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبي ، مما ينتج عنه تسابق الفقهاء لتبني حلول لهذه الإشكاليات لفصل التشابك في الاختصاص القضائي الدولي، في ظل تزايد علاقات الأفراد من دول مختلفة ، وامتلاكهم أموالاً هناك، وانتقال إرثه بعد وفاته إلى ورثته الأجانب ، أو (الوطنيين في الحالة التي تتصل أمواله بدولة أخرى) ، واختلاف معايير الاختصاص الدولي الأصلي من دولة إلى أخرى، ومدى تأثير الاختصاص التشريعي بالاختصاص القضائي، بالإضافة إلى مشكلة التكييف واختلافها من دولة إلى أخرى. فهذه العلاقات بين أشخاص القانون الخاص أنشأت آثاراً أوجبت البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها. ومن هنا أهتم الفقه والتشريع والقضاء بهذا الموضوع.

وقد اكتسبت فكرة البحث عن القانون واجب التطبيق على الإرث أهميتها في ضوء تزايد النزاعات الناتجة عن الإرث أمام السلطات القضائية في الدول ، وعدم وجود حلول عملية لبعض المسائل بموجب قاعدة التنازع في قانون تلك الدولة لاقتران الدين بعامل الجنسية في بعض الأحيان بالإضافة إلى الإشكاليات الأخرى.

ولذلك فقد حاول الباحث إلقاء الضوء على معظم الجوانب المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على انتقال الملكية للخلف العام، فعرضت هذه الدراسة، بعد المقدمة في الفصل الثاني الاختصاص القضائي الدولي في منازعات الإرث، وفي الفصل الثالث ناقش هذا البحث القانون واجب التطبيق على أيلولة ملكية الإرث إلى الورثة، وتناول الباحث في الفصل الرابع من هذه الدراسة الأسباب التي تحول دون تملك الورثة للتركة في دولة التنفيذ.

وباستعراض الباحث هذه الدراسة خلص إلى النتائج التالية :

أولاً : النتائج

أولاً : إن مبدأ المعاملة بالمثل الذي يتعلق بالإرث له صورتان :

الصورة الأولى : إن هذا المبدأ مقتصر على بيان مدى ميراث أبناء الدولة الأجنبية، في بلد قاضي الموضوع. وهذه الصورة تكون عند النظر في النزاع وقبل البحث عن القانون واجب التطبيق متى وجد للمورث أية أموال في دولة القاضي الناظر في النزاع وكان الورثة أجنبياً.

الصورة الثانية : تتعلق بإمكانية تنفيذ هذا الحكم وما إذا كانت الدولة مصدرة الحكم بإمكانها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل . وهنا قد يتدخل النظام العام في الدولة المطلوب منها التنفيذ بعدم تنفيذ الحكم حسب التقسيم الذي جاء فيه هذا الحكم ، بالرغم من أن الدولة مصدرة الحكم تنفذ الأحكام الصادرة عن دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ كما هو .

ثانياً : إن نقطة البداية لحل أي نزاع دولي هو بيان المحكمة المختصة من بين محاكم الدول الأخرى، فمشكلة تحديد الاختصاص تثور قبل البحث عن القانون واجب التطبيق . هذا بخلاف ما شاع بين بعض الفقهاء.

ثالثاً : لم يبين قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٦) في المواد (٢٨-٢٩) الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية -بالمنازعات المتعلقة بالتركات المشتمة على عنصر أجنبي ، سواء أكانت معايير شخصية أم إقليمية ، بخلاف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وفي المادة (٢/١٠٥) ، إلا أن المادة الثالثة من قانون التركات

الأردني حددت هذه الضوابط بالاستناد إلى معايير إقليمية في منازعات الإرث. وبالتالي فقد أزيلت هذه المادة اللبس عن تحديد هذا الاختصاص ؛ فضوابط انعقاد هذا الاختصاص للمحاكم الأردنية بناء على وجود أموال للمورث في منطقة المحكمة الموجودة فيها أية أموال، أو كان المورث توفي في دائرة المحكمة.

رابعاً : تبين لنا بأن المادة الثالثة من قانون الشركات الأردني حددت الاختصاص بناء على ضوابط ومعايير، وخلصنا إلى أن معيار الجنسية وحده لا يكفي لانعقاد الاختصاص للمحاكم الأردنية في الحالة التي تكون أموال المورث كاملة خارج المملكة، أم في حال وجود أية أموال داخل إقليم الدولة فيكفي انعقاد الاختصاص .

كما بين قانون الشركات ضابط القانون المختص وأثره على انعقاد الاختصاص الدولي. فضوابط الاختصاص الإقليمي كموطن المورث الأخير ، أو موطن الورثة، أو موقع أموال الشركة كافية لانعقاد الاختصاص الدولي الأصلي بمنازعات الإرث ، إلا أننا رجحنا اعتبار مكان وجود هذه الأموال الضابط الأهم لعقد الاختصاص لمحكمة الدولة الواقعة فيه؛ لأن المنازعات المتعلقة بالشركة تتعلق بأموال الشركة وأصولها إلى الورثة والدائنين والخلف الخاص .

خامساً : لم يبين كل من قانوني أصول المحاكمات المدنية الأردني وقانون الشركات الأردني في بيان مدى اختصاص المحاكم الأردنية بالنسبة للشركة العقارية الكائنة في الخارج، بينما نجد أن القانون المدني الأردني قد نص على تطبيق قانون جنسية المورث على تركته في هذه الحالة الأمر الذي يدل على أن تطبيق قانون المورث يفرض الاختصاص على الشركة العقارية الكائنة في الخارج. ومن أجل الخروج من هذا الموقف الحرج اقترحنا خروج الشركة العقارية الكائنة في الخارج من اختصاص القانون والقضاء الأردنيين ، اقترحنا تعديل نص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني؛ لتتلاءم مع نصوص قانون الشركات بالنسبة للأجانب بحيث تصبح تنص على وجوب خروج الشركة العقارية الكائنة في الخارج من اختصاص القانون الأردني أسوة بالمادة (٢/١٠٥) من قانون أصول محاكمات مدينة لبناني ، ومشيراً هنا إلى امتداد الاختصاص القضائي الدولي الأردني إلى أموال الشركة المنقولة الكائنة في الخارج بخلاف الحال بالنسبة لموقع الأموال العقارية الكائنة في الخارج.

سادساً : إن الاختصاص القضائي الدولي يقاس على الاختصاص الداخلي ، بحيث إن انعدام الاختصاص الداخلي يؤدي إلى انعدام الاختصاص الدولي، كما أن قواعد الاختصاص الداخلي (أو الخاص) - للدولة هو الذي يعنى بتحديد الاختصاص الدولي. فيجب أن تحل مسائل الاختصاص بتعيين الدولة التي تختص بالنظر في المسألة الإرثية ثم تعيين الجهة القضائية التي تدخل الدعوى في ولاية محاكمها، وبعدها يحدد صنف ودرجة المحكمة المختصة وفقاً لموضوع النزاع ومن ثم تعيين المحكمة المختصة التي هي من صنف ودرجة واحدة بين محاكم الدولة.

سابعاً : إن وجود قاعدة اختلاف الدين كمانع من الإرث ستكون سبباً لإرساء مبدأ المعاملة بالمثل بين الطوائف ، في ضوء تزايد سن التشريعات لمثل هذه القاعدة بين قوانين الطوائف في الدولة النازمة لها.

لهذا فإن هذا المبدأ لا يشمل مادة المركز القانوني للأجانب بل يمتد إلى مادة تنازع القوانين في ميدان الإرث والتركات.

ثامناً : تبين من هذه الدراسة أن تنازع الاختصاص القضائي الدولي الإيجابي والسلبي يؤدي إلى إشكاليات وخاصة أن التنازع السلبي يترك النزاع بدون حل ؛ لعدم وجود سلطة تنظيمية بين الدول تعين المحكمة المختصة ؛ واقترحنا بأن يوجد نص قانوني ينص على اختصاص محاكم الدولة ولو أنها غير مختصة في حال عدم اختصاص أي من محاكم الدول الأخرى في المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي.

تاسعاً : إن تنازع الاختصاص القضائي الإيجابي - كتنازع القوانين - يستلزم فرض عدة محاكم لدولتين أو أكثر اختصاصها لحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فالاختلاف أن تزام القوانين يكون بين قوانين دولتين أو أكثر في علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي - ووجوب قبول قانون دولة القاضي تطبيق القانون الأجنبي .

عاشراً : لم ينص التشريع الأردني على مبدأ المعاملة بالمثل في مجال الإرث ولكن نصت المادة (٢/٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية على هذا المبدأ، مما يتعين جعل هذا الشرط عاماً لتطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي لا تمس النظام العام الأردني ، أو يتعلق بحق المسلمين الأجانب.

كما أن المادة (٩/ج) تركت أردني والتي رأى الباحث ضرورة العمل بها نصت على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على العقارات الواقعة في شرق الأردن ، بالإضافة إلى أن النظام العام الأردني ذو صبغة إسلامية ، وهذا الأمر يدل على وجوب الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل لاختلاف الدين فقط.

وعليه لا يمكن الأخذ بهذا المبدأ إذا تعلق الأمر بطرف مسلم وأطراف مسلمين في الأردن وحتى ولو نص قانون الوارث الأجنبي على مبدأ المعاملة بالمثل صراحة ، والسبب في ذلك أن النظام العام سيقف عقبة دون تطبيقه . وهذا الأمر يختلف في التشريع اللبناني ، نظراً لوجود تعدد طائفي من جهة ، ومن جهة أخرى وجود نص صريح يحكم هذا الموضوع في المادة (٢٣١) من قانون الملكية العقارية اللبناني. لذا ينتقل هذا المبدأ إلى حد كبير في التشريع الأردني في هذه الدراسة بالمقارنة بالتشريع اللبناني (بين القوانين) (وليس بين الطوائف).

فلو كان المورث مسلماً وورثته مسلمين أجنب وكان هناك نص في قانون الوارث (الأجنبي (يمنع الأجانب - (من ضمنهم الأردنيين) - من تملك تلك العقارات في بلد الوارث فإن هذا المبدأ لا يمكن إعماله وفقاً للنظام القانوني الأردني.

حادي عشر : تختلف المسائل الأولية بالنسبة للاختصاص الدولي الطارئ عن الاختصاص بالنسبة للمسألة الفرعية، ذلك أن الأخيرة توجب على المحكمة الناظرة في المسألة الأصلية أن توقف الفصل في الدعوى حتى يتم الفصل في المسألة الفرعية من المحكمة المختصة بها بخلاف الأمر بالنسبة للمسألة الأولية التي تكون منظورة أمام نفس المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية.

ثاني عشر : إن الهدف من تحديد الاختصاص هو تلافي الإشكالية المتعلقة بالاختصاص، ومعرفة المحكمة المختصة بالنزاع من بين محاكم الدولة بناء على ضوابط ومعايير واضحة تنظمها القوانين الداخلية، بالإضافة إلى معالجة ما يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي والداخلي الإيجابي منها والسلبي. وهذا الهدف من تحديد الاختصاص غير موجود في التشريع الأمريكي رغم تغني بعض الفقهاء به ، كما ويضرب البعض مثلاً على أن هذا القانون هو القانون الأسمى من بين قوانين الدول إلا أن هذا القانون تشوبه عيوب تتعلق بالاختصاص؛ حيث بينت هذه الدراسة أن اختصاص محكمة معينة لا ينفي اختصاص المحاكم الأخرى، نظراً لأن الاختصاص هناك مقسم إلى اختصاص على الأملاك واختصاص على الأشخاص، بل إن القسم الأول يقسم إلى اختصاص على الأملاك العقارية والاختصاص على الأملاك المنقولة، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى الوقوع في الإشكاليات المتعلقة بالاختصاص المباشر ، والإشكاليات التي تتعلق بالرقابة على اختصاص المحكمة المصدرة الحكم الواجب التنفيذ في ولاية أخرى تبين بأنها المختصة طبقاً لأحد الأقسام السابقة. وبالتالي وقوع العدالة في مأزق حرج لا مخرج منه وخاصة عندما تمتع محاكم بلد التنفيذ عن تنفيذ الحكم الذي صدر في ولاية أخرى.

ثالث عشر : جاء قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني أكثر وضوحاً من مجمل نصوص القوانين اللبنانية بالنسبة لتحديد الاختصاص الولائي بالتركات المشوبة بعنصر أجنبي ، بحيث أعطى الاختصاص بهذه المسألة للمحاكم النظامية إلا أن القضاء اللبناني وفي أحكام مختلفة له - أشارت إليها هذه الدراسة - توجه إلى انعقاد هذا الاختصاص للمحاكم المدنية عندما يتعلق الأمر بأجنبي الجنسية وبالتالي فإن المحاكم المدنية اللبنانية هي المختصة بتركات الأجانب وبأثار الزواج المعقود في الخارج وأن محاكم الغرفة - البدائية - هناك هي المختصة، لاحتمال وجود نزاع حول التركة على ما تبين لنا، كما وأن الاختصاص المكاني يتحدد بمعايير تتمثل في محل حدوث الوفاة أو مكان وجود أموال للمورث. وبالنسبة للمحاكم الفيدرالية الأمريكية تختص بتركات الأجانب ومختلفي الجنسية ويكون الاختصاص الولائي للمحاكم الإنجليزية العليا.

رابع عشر : لقد توجهت المحاكم الشرعية الأردنية إلى عقد الاختصاص القضائي لها مباشرة متى رفع إليها نزاع يتعلق بتركات الأجانب ، هنا تكمن خطورة مثل هذا الموقف القضائي لوجود نص صريح يحدد الاختصاص الولائي بتركات الأجانب وغير المسلمين للمحاكم النظامية في مثل هذه الدعاوي ، وهذا الأمر لا يمنع قاضي المحكمة الابتدائية من إحالة النزاع إلى المحكمة الدينية المختصة إن رأى ذلك عدلاً . لذا يتوجب على المحاكم الشرعية عدم قبول هذا الاختصاص ابتداءً .

خامس عشر : لم يتطرق كل من القانونين الأردني واللبناني إلى موضوع الدفع بالإحالة الدولية كما أن القانون الأردني - بخلاف القانون اللبناني - قد تطرق إلى حالة الدفع بعدم الاختصاص الدولي في حالة واحدة فقط ، ونحن نرى بوجوب الأخذ بالدفع بعدم الاختصاص الدولي متى تبين للمحكمة النازرة في المسألة الإرثية عدم اختصاصها بنظر الدعوى ، كما انه لا مانع من الأخذ بالإحالة الدولية في هذين التشريعين على أساس ما توجه إليه الفقه الحديث وبدون ما يكون لذلك أثر على السيادة بين الدول .

سادس عشر : هناك فروق بين الدفع بعدم الاختصاص الدولي والدفع بالإحالة على الرغم من أن التشابه بينهما في حالة أن القرار الصادر من المحكمة بالإيجاب يخرج النزاع من ولاية هذه المحكمة إلى المحكمة الأخرى، ولكن أهم الفروق لقبول الدفع بعدم الاختصاص الدولي يستلزم عدم اختصاص المحكمة اختصاصاً أصلياً أو احتياطياً بنظر النزاع. في حين أن الدفع بالإحالة يتوجب أن تكون المحكمة مختصة أصلاً بالنزاع ، بالإضافة إلى ذلك يتوجب على طالب الإحالة إثبات أن هناك دعوى منظورة أمام محاكم دولة أخرى.

سابع عشر : ليس من الصحة الرجوع إلى القانون الذي يحكم النسب مباشرة، بل يتوجب على قاضي الموضوع وقبل البحث عن هذا القانون أن يبحث عن صفة البنوة بأن يتأكد من صحة زواج الأبوين طبقاً للقانون واجب التطبيق وليس القانون الذي يحكم النسب ببنيان أن أية آثار علاقة يجب الرجوع فيها إلى القانون الأساسي التي نتجت عنه، فصفة البنوة هي أثر من آثار الزوج . فصحة الزواج بين الأبوين من عدمه هو المعيار المعول عليه لإطلاق الصفة على البنوة . فالبنوة الشرعية هي الأصل وهذا الأمر لا ينطبق على البنوة غير الشرعية .

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق فقد توصلنا إلى الأخذ بالمعيار الراجح وهو تطبيق قانون الزوج وقت الزواج على البنوة؛ لأنه ما هو في الحقيقة إلا تطبيق على رابطة وليس على شخص لذا تخضع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج ، ولكن إذا غير الأب جنسيته ما بين الزواج وميلاد الإبن فقد رجحنا الأخذ بقانونه يوم ميلاد الولد لنشوء رابطة النسب بذلك التاريخ.

ثامن عشر : إن القانون الذي يحكم نسب الأبناء ، غير القانون الذي يحكم الإرث؛ ذلك أن نسب الأبناء يحكمه القانون الشخصي لأطراف العلاقة أو أحدهما، بينما القانون الذي يحكم الإرث فقد يكون القانون الشخصي للمورث أو قانون موقع الأموال ، كما وأن القانون الذي يحكم الإرث هو الذي يقرر ما إذا كان الإبن غير الشرعي أو التي أقرت بينوته يرث أم لا يرث.

تاسع عشر : الأصل أن البنوة الشرعية تخضع إلى آثار الزواج ، أي إلى القانون الذي يحكم هذه العلاقة ، ولكن إذا تبين للقاضي صحة زواج الأبوين حسب القانون واجب التطبيق فعلياً وواقعياً من تاريخ الحمل حتى الولادة ، فهنا يتوجب الحكم بصحة البنوة مباشرة ، وذهبت بعض التشريعات إلى أنه إذا كان الزوجان من جنسية واحدة فقانون جنسيتهم هو الذي يحكم صحة هذا الزواج ولأفقانون الزوج على ما فصلنا في متن الأطروحة.

عشرون : ليس من الصحة إخضاع أنواع البنوة إلى قوانين مختلفة كأصل عام ، بل إن القانون الذي يبين هذه الصفة هو القانون الذي يحكم آثار الزواج ، ولكن هنا يجب التمييز من حيث انتساب الأبناء لأي من الأبوين ؛ ففي البنوة الشرعية فينسب الولد بمجرد الولادة إلى كلا الأبوين لوجود رابطة الزوجية ، فرابطة الزوجية هذه لا تتجزأ ما دام أن الزواج بين الأبوين صحيحاً. أما في البنوة غير الشرعية فإننا أيدنا مسلك الفقه الإسلامي مهما كانت جنسيته ، والاتجاه الفرنسي القديم في نسبة الولد إلى أمه، إلا أن الاتجاه الفرنسي قد تبنى تطبيق قانون الأم أي جنسيتها، وكذلك اتفاقية (٥) ابريل ١٩٥٤، المتعلقة ببعض أحكام الجنسية بين الدول العربية، بالنسبة للأبناء غير الشرعيين إن كانت الأم معروفة، وجنسية الإبن إن كانت غير معروفة، والسبب بتطبيق قانون الأم على البنوة غير الشرعية أنه لا يوجد زواج بين الأبوين

ولكن هنالك علاقة حصلت في لحظة وتاريخ سابق على هذه العلاقة نتج عنها طفل من أم معينة، فلأن الأم هنا هي محور النزاعات التي قد تنشأ عن انتساب الإبن إلى أبوين، ولأن الأب غير معروف لذا أخضعت هذه العلاقة إلى هذا القانون.

واحد وعشرون : لا يعني تصحيح البنوة أن الطفل أصبح شرعي المولد بل إن صفة الشرعية تطلق على من جاء من خلال زواج شرعي للأبوين، بينما تصحيح البنوة تعني : إضفاء صفة الشرعة على طفل غير شرعي ولد قبل زواج أبويه اللاحق، فالغاية منه هو وضع الولد في مكانة الإبن الشرعي فيما لو أنه ولد من عقد زواج صحيح، وبذلك منح حق الإرث والحقوق الأخرى. والقانون الراجع يذهب إلى الأخذ بالقانون الذي يحكم آثار الزواج - أي قانون الأب عند الزواج - مع أن الطفل جاء في وقت أسبق.

اثنان وعشرون: إن قانون التركات للأجانب وغير المسلمين سن سنة (١٩٤١) كان يتلاءم مع الفترة الذي سن بها- (فترة الإمارة) - وكان يتوافق مع القوانين التي كانت سارية آنذاك؛ كالقانون العثماني ، الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر فيه عاجلاً، لتتلاءم مع القوانين السارية الآن، وكذلك مع التطورات القانونية المتلاحقة. ومع ذلك فإن قانون التركات للأجانب الأردني قد أزال جميع النقاط التي غفل عن تناولها كل من قانون أصول المحاكمات المدنية، والقانون المدني الأردني الأحدث تشريعاً، فيما يتعلق بالاختصاص وباقي الأحكام الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم التركة وقبول الإحالة ، وفي معالجة المشاكل المترتبة على الإحالة من حيث عدم وجود أحكام في القانون واجب التطبيق فهنا تطبق أحكام القانون العثماني الذي كان ساري المفعول آنذاك. لذا يعد هذا القانون الأكثر ملاءمة وانسجاماً مع النظام القانوني للمملكة الأردنية الهاشمية وقد رأينا بضرورة الأخذ به وعدم العمل بأحكام المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الناسخة، للأسباب الذي تم بحثها في حينه.

ثلاثة وعشرون: إن القانون الذي يحكم التبني يختلف باختلاف الشروط والآثار الناتجة عن التبني؛ فقد يكون هذا القانون هو قانون محل إبرام الشكل، ولما قانون موطن المتعاقدين، ولما قانون جنسيتهم المشتركة ، وبالنسبة لآثار التبني فقد رجحنا الأخذ بقانون الأب طالب التبني ، وكذلك نفس القانون على الشروط الموضوعية.

أربعة وعشرون: لا يسمح النظام العام الأردني بانعقاد التبني في الأردن، وهذا لا يعني أن التبني الذي تم في الخارج بالعلاقة الأجنبية الصرفة يخالف هذا النظام اللهم، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع مسلماً ، أو رتب آثاره في الأردن على خلاف ما يقتضي النظام العام، وهذا الأمر يختلف كل الاختلاف عن التشريع اللبناني والذي أجاز التبني.

خمس وعشرون: لم يبين قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ بأي معيار يأخذ قاضي المحكمة الابتدائية للتأكد من اختصاص المحكمة مصدره الحكم . ونحن نرى بأن يأخذ القاضي بالمعايير - الشروط - التي نصت عليها المادة السابعة من القانون المذكور ، أي التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لمعايير قانون دولة التنفيذ ، بالإضافة إلى معايير أخرى تتحدد في جدية اختصاص المحكمة الأجنبية لا شكلية طبقاً لمعايير تتحدد في الارتباط الوثيق بين المحكمة وبين النزاع ، وانتفاء الغش نحو الاختصاص.

فإذا تبين اختصاص المحاكم الأردنية اختصاصاً أصلياً كما أوضحنا ذلك في المكان المخصص فإنه يتوجب على قاضي التنفيذ رفض تنفيذ الحكم الأجنبي.

أما بالنسبة للقانون اللبناني فإن المادة (١٠١٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة ١٩٨٣ إشتراطت لإكساء صيغة التنفيذ أن يراقب القاضي اختصاص المحكمة مصدره الحكم وفقاً لقانون المحكمة مصدره الحكم ؛ باستثناء الأحكام المتعلقة بالأهلية وبالأحوال الشخصية فتنتج مفاعيلها حكماً ودون اقترانها بالصيغة التنفيذية شريطة الا تكون موضع نزاع بدلالة المادة ١٠١٢ أصول مدنية لبناني. والمادة الرابعة من قانون ٦٧/٧٣ والخاص بتنفيذ الأحكام اللبنانية هناك . ، الأمر الذي يدل على رقابة قاضي التنفيذ لحكم حصر الإرث الأجنبي من حيث الرقابة الشكلية كحكم فقط ودون الرقابة الفعلية والموضوعية لهذا الحكم.

سنة وعشرون: أجاز القضاء الأمريكي التبني بحكم الواقع أي الذي لا يسجل ولا يعقد أمام السلطات المختصة متى كانت ظروف الحال تدل على وجود التبني. ومع ذلك فإن شروط التبني تختلف من ولاية إلى أخرى، كما وأن الإبن بالتبني قد يرث أو لا يرث من أبويه الأصليين، وكذلك قد لا يرث من أبيه بالتبني إذ كان للمتبني (الأب) أبن من صلبه باختلاف الأمر من ولاية إلى أخرى.

سبعة وعشرون: لم ينص قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردنية على القانون الواجب التطبيق على التركة العقارية الكائنة في الخارج ، بل أن هذا القانون وفي المادة ٤/أ سلك مسلكاً محموداً حينما أخضع التركة المنقولة فقط إلى قانون بلاد المورث في حين أن القانون المدني الأردني وفي المادة الثامنة عشرة منه أخضع التركة بأكملها إلى قانون بلاد المورث، مما ينتج عن ذلك عدم إمكانية تنفيذ الحكم الصادر عن المحاكم الأردنية أمام محاكم بلد التنفيذ إذا كان الحكم يتعلق بعقار ؛ لذا يستلزم الأمر تعديل نص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني.

ونستنتج من مجمل نصوص قانون التركات الأمور التالية :-

أ-خضوع أموال المورث المنقولة داخل وخارج المملكة إلى قانون بلاده.

ب-خضوع أموال المورث غير المنقولة الواقعة في الخارج إلى مكان وجودها بالرغم من سكوت هذا القانون.

ج- خضوع العقارات الموجودة في شرق الأردن إلى قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين.

فهذا التوجه صائب جداً حسب ما تم توضيحه في المكان المخصص من هذه الدراسة، وهو مسلك القانون اللبناني في (المادة ١٠٥/٢) أصول محاكمات مدنية لبناني.

وعليه وفي ضوء ما تقدم فإن مسلك قانون التركات للأجانب وغير المسلمين - من وجهة نظر الباحث - مسلكٌ محمودٌ يجنب الفقه والقضاء الاشكاليات المترتبة على اعمال قانون بلاد المورث في أغلب الحالات.

ثمانية وعشرون: لا يتلاءم الأخذ بوحدة القانون واجب التطبيق على التركة في الحالة التي يكون للمورث عقار كائن خارج حدود إقليم دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية وخاصة في الحالة التي يكون قانون دولة القاضي يقبل بالإحالة وتكون للمورث عقارات أو أموال منقولة في دول مختلفة ، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق أكثر من قانون على التركة. كما أن القول بتطبيق القانون العيني يؤدي إلى وحدة القانون واجب التطبيق ليس سليماً إلا من الناحية النظرية ، وفي

حال أن تركزت أموال المورث في دولة واحدة فقط. ولكن من الناحية العملية فإن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق في الحالة التي تكون للمورث أموال في عدد من الدول. لذلك فإن الحل الأكثر صحة هو إخضاع التركة العقارية إلى قانون يختلف عن التركة المنقولة بشرطين:

أ- أن تكون التركة العقارية خارج حدود دولة القاضي.

ب- أن يتعلق الأمر بهذه التركة وليس غيرها.

وبالتالي لا مانع من إخضاع هذه التركة إلى قانونين مختلفين وإن كنا نرجع تطبيق قانون موطن المورث على التركة المنقولة وقانون موقع العقار على العقار ؛ لأن إخضاع التركة بأكملها لقانون واحد سيؤدي عند تنفيذ الحكم في بلد التنفيذ إلى رفض تنفيذه على أساس التقسيم التي جاءت به المحكمة مصدرة الحكم لوجود ضابط اختصاص أصلي متفق عليه بين الدول يقضي إخضاع العقارات الواقعة بها لاختصاصها وقانون موقعها، كالنص الوارد في قانون التركات الأردني القاضي بتطبيق قوانين شرق الأردن المطلقة على المسلمين ونص المادة (٢/١٠٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وغيرها.

تسعة وعشرون: لا يعنى في جميع الأحوال اختصاص محاكم دولة القاضي بنظر المنازعة الإرثية أن يستتبع ذلك اختصاص قانونها بحكم التركة ؛ بل قد يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الجنسية، أو الموطن، أو قانون موقع العقار .

ثلاثون: قد يتزاحم قانون بلاد المورث مع قانونه الديني في البلاد التي تتركز على عامل الدين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق قانون المورث الديني دون المرور بقاعدة التنازع في دولة القاضي في كل مرة يعرض عليه موضوع تركة أجنبي ، وقد يؤدي عدم تطبيق قانون المورث الديني إلى مخالفة النظام العام في دولة القاضي. مما يدعو البعض إلى التساؤل عن مدى الاستغناء عن تطبيق قانون الجنسية في القانون الديني في مادة الإرث والأحوال الشخصية في البلدان التي تعتمد ديناً واحداً، أو ترجحه على غيره، بخلاف البلدان التي يكون نظامها القانوني يحقق التوازن بين الأديان وبين القوانين المدنية.

واحد وثلاثون: إن القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع لا يطبق على جميع المسائل المتصلة بالتركة بل إن القانون العيني يطبق على مسائل الأحوال العينية؛ ككيفية انتقال الحق العيني إلى الغير أو تعلق التركة بحقوق الغير وغيرها. أما المسائل التي يطبق عليها قانون المورث الشخصي فينحصر تطبيقه على المسائل التي تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لتعلقها بروابط أسرية والتي تعتبر من نظام الميراث.

اثنان وثلاثون: اتفقت جميع التشريعات على الأخذ بقانون المورث، لحكم تركته دون الورثة، وهذا لا يعني أن قانون الورثة لا يمكن الأخذ به على الإطلاق بل يؤخذ به في الحالة التي تتعلق بصفته - حالته - من حيث الذكورة والأنوثة ، ودرجة قرابته من حيث البنوة والزوجية ، كما يبين هذا القانون مدى اعتبار الإبن شرعياً أو غير شرعي، في القوانين التي تعتد بقانون الولد لحكم البنوة.

ثلاثة وثلاثون: يتوقف الفصل في المسألة الإرثية على تحديد القانون الشخصي للمورث متعدد الجنسية أو عديمها ، في الدول التي تعتد بهذه الضابط في حكم مسائل الأحوال الشخصية كمسألة أولية ؛ ذلك أن تنازع الجنسيات بنوعية من أكثر الأمور صعوبة ويقف عقبه أمام القضاء في تحديد القانون واجب التطبيق في مادة تنازع القوانين ، كما ترتب مجموعة من الإشكاليات للدولة والفرد في المجتمع الدولي ، مما يؤدي إلى صعوبات جمة تواجه القضاء.

أربعة وثلاثون: ذهب الفقه إلى اتجاهين لوضع حل لمشكلة تعدد الجنسيات الأول يذهب إلى عدم تفضيل أي من جنسيات متعدد الجنسية ، وذهب الآخر إلى وجوب تفضيل جنسية واحدة من بين الجنسيات المتراحمة وهذا الرأي هو الأوجه. وقد رجحنا داخل هذا الرأي الأخير تفضيل جنسية واحدة من بين الجنسيات المتراحمة، وكان رأينا ترجيح الجنسية التي كان يتوطن بها المورث قبل وفاته ، وإلا فالجنسية الفعلية وبقيد محددة في مادة الإرث والتركات دون غيرها. ومستثنياً الباحث الحالة التي تكون جنسية دولة القاضي من الجنسيات المتراحمة ؛ لأن ذلك يؤدي إلى إشكالية في التنفيذ على ما سبق توضيحه.

خمسة وثلاثون: إن عدم وضوح معالم الجنسية الفعلية من الناحية النظرية والعلمية بين الدول سيؤدي إلى إشكاليات تتعلق بعقبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، نظراً لاختلاف الأسس التي تعتمدها المحاكم في تحديد مفهوم الجنسية الفعلية من دولة إلى أخرى. وخاصة إن قررت كل محكمة بأن جنسية دولتها هي الجنسية الفعلية وطرح حكم أحدها أمام محاكم الدولة الأخرى والتي تعتبر جنسية المورث الفعلية هي جنسية دولتها، فإن هذا الأمر يؤدي إلى عدم تنفيذ هذا الحكم في هذا البلد والعكس صحيح.

سنة وثلاثون: يتعذر تحديد قانون المورث عديم الجنسية إذا كان المقصود بهذا قانون الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص وقد قيلت في هذا الصدد عدد من الآراء وإن كنا نؤيد ما ذهب إليه الدكتور احمد مسلم في مؤلفه (موجز القانون الدولي الخاص ، ص ٥٥) بتحديد هذا القانون في القانون الديني أو المذهب الديني للشخص المذكور وهذا ما أيده الباحث أيضا في معيار تحديد قانون عديم الجنسية بفكرة شبيهة بالجنسية الفعلية والمستمدة من منظور ديني ، والمشار إليها في حالة التعدد .

سبعة وثلاثون: إن تطبيق القانون الديني على تركة المورث يحقق وحدة الحل وانسجامها؛ ذلك أن هذا القانون يطبق على جميع من ينتمون إليه ودون الاعتداد بالجنسية ، وأينما كانوا ، الأمر الذي يجعل من تقسيم التركة والحصص موحدة بالنسبة لجميع أبناء الديانة الواحدة والأشخاص ، وهذا التقسيم يجعل الأمر مقبولا لدى الدولة والأفراد ، لافتاً النظر إلى أنه وفي كثير من الأحوال وعندما تشير قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى قانون المورث الشخصي فقد يجد القاضي نفسه يطبق قانون الأحوال الشخصية للشخص المعني. لذلك فإن تطبيق قانون بلاد المورث سيؤدي إلى إشكاليات جمة نظراً لتطبيق قانون على التركة العقارية مختلف عن التركة المنقولة، كما وأن محاكم الدولة الموجود فيها العقار سيكون لها القرار في إمكانية تنفيذ هذا الحكم أم لا وكذلك الإحالة. بالإضافة إلى ذلك قد يتداخل النظام العام ومبدأ المعاملة بالمثل للحد من تطبيق قانون بلاد المورث. وما إلى هنالك من عوائق تعترض قاضي الموضوع في تطبيق قانون الجنسية.

ثمانية وثلاثون : تواجه قاضي الموضوع صعوبات وإشكاليات تحول دون تطبيق قانون المورث الشخصي وهذه الصعوبات تنقسم إلى إشكاليات تعيق القاضي الوطني عن تطبيق القانون الأجنبي لعدم القدرة إلى الوصول إليه، كما وأن هنالك أسباب تحول دون تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من الوصول إليه ومعرفته. وهذه الأسباب تثور أمام قاضي الموضوع وليس أمام قاضي التنفيذ في البلد المطلوب منها التنفيذ.

تسعة وثلاثون: يطلق فقهاء القانون الدولي الخاص تسمية الإحالة للدلالة على إحالة القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون دولة أخرى، لذا فإنه من المناسب إطلاق لفظ تنازع قواعد الإسناد للدلالة على هذا التعبير، لتمييزه عن الإحالة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ، والتي تعني الأخيرة إحالة القضية (نقلها) برمتها من المحكمة النازرة فيها إلى محكمة أخرى داخل إقليمها أو خارجها. مشيراً إلى أن الإحالة - تنازع قواعد الإسناد - تختلف عن الإحالة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات، في أن الأولى الذي يقرر تطبيق قانون دولة معين هو قانون الدولة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد في قانون الدولة النازرة في المسألة الإرثية، وقد تحيل قاعدة الإسناد في الدولة الأخيرة إلى دولة أخرى وقانون الدولة الأخيرة إلى أخرى وهكذا. وهذا الأمر لا يعني نقل القضية من محكمة القاضي الناظر في النزاع ، ولكن هذا يعني أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المحال إليها، سواء أكان قانون القاضي أم قانون الدولة الأخرى. بينما الإحالة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات تعني أن تتخلى محكمة ما عن صلاحيتها بنظر الدعوى ونقلها برمتها إلى محكمة أخرى مختصة لتطبيق القانون المناسب عليها ، وسواء أكان داخل إقليم الدولة أم إلى محكمة دولة أخرى والأخيرة يطلق عليها الإحالة الدولية.

أربعون: لقد جاءت صيغة المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ بصيغة الجواز لرفض أي حكم واجب تنفيذه في المملكة طبقاً للفقرتين (أ و ب) عند عدم استيفاء شروط التنفيذ والصواب أن تكون الصيغة بالوجوب وبالنص التالي : يتوجب على قاضي التنفيذ أن يرفض تنفيذ الحكم الأجنبي:

أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو لم يكن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختيار أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحياتها.

واحد وأربعون: إن رفض المادة الثامنة والعشرين من القانون المدني الأردني الإحالة (تنازع قواعد الإسناد) -لا يعني عدم قبولها في مادة الإرث والتركات ؛ لأن المادة الرابعة من قانون التركات الأردني للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة (١٩٤١) أجاز قبول الإحالة متى كان قانون المورث يقبل بالإحالة ولأ قانون بلاده ، وفي حال عدم وجود قواعد في قانونه يمكن تطبيقها يطبق القانون العثماني ، بينما نجد أن القانون اللبناني التزم الصمت إزاء هذه النظرية الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه في لبنان بين مؤيد ومعارض في مادة الإرث ، إلا أن القضاء اللبناني وعلى إثر صدور قانون الإرث لغير المحمديين استقر على الرفض المستمر للإحالة على ما سبقت الإشارة إليه في حينه.

اثنان وأربعون: تبين لنا عدم وجود نص في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم (٨) لسنة (١٩٥٢) يسمح للمحكوم له بالطعن في قرار قاضي المحكمة الابتدائية برفض تنفيذ الحكم الأجنبي بالأردن خلافاً لأحكام المادة السابعة (أ/ وب) .ولضرورة وجود نص يتيح للمحكوم له الطعن في قرار رفض التنفيذ لتحقيق العدالة ،فكان أجدى على المشرع الأردني أن ينص على ذلك أسوة بالحالات الأخرى التي أجاز الطعن فيها وطبقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية.

ثلاثة وأربعون: إن التنازع الإيجابي - لتنازع قواعد الإسناد - والسلبى يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، بخلاف الأمر بالنسبة للإحالة من الدرجة الأولى. ومع ذلك يعد التنازع السلبى للإحالة من أكثر الأمور تعقيداً على الإطلاق ، نظراً لتخلي كل قاعدة من قواعد النزاع عن عقد الاختصاص لقانونها ولناطة الاختصاص لقانون دولة أخرى وتدفعه عنها.

أربعة وأربعون:السبب وراء تنازع قواعد الإسناد يعود إلى اختلاف القانون الذي يحكم الفيئات القانونية بين قانون دولة القاضي الناظر في النزاع وبين القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع.

خمس وأربعون: تبين لنا أن موضوع الإرث يقوم على تعدد شخصي يرتكز على معيار الدين، وهذا الأمر يزيل الصعوبة المترتبة على الإسناد إلى دولة متعددة الشرائع، إلا أنه وفي أحيان كثيرة قد يلزم هذا التعدد التعدد الإقليمي، مما يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق. أضف إلى ذلك أن التعدد الشخصي القائم على معيار الدين قد تلازمه وقبل الوصول إليه عقبة تتمثل في إحالة النزاع إلى قانون دولة أخرى في الدولة متعددة الشرائع الشخصية - الدين - والإقليمي إذا كان قانون القاضي يقبل بالإحالة - تنازع قواعد الإسناد- وقد لا يكون لقانون الدولة الأخيرة أي ارتباط يربطها بالنزاع.

ستة وأربعون: لقد سكت قانون التركات الأردني عن بيان الشريعة الواجبة التطبيق في حالة التعدد الشخصي والإقليمي؛ إلا أن المادة السابعة والعشرين من القانون المدني الأردني عالجت هذا الأمر بالنسبة لنوعي التعدد، الأمر الذي يعني في وجهة نظرنا الأخذ بهذه المادة في موضوع الإرث للوصول إلى القانون الذي يحكم أموال وتركة المعنى، فيستشير القاضي قاعدة الإسناد في تلك الدولة.

ولكن لم يبين قانون التركات الأردني ولا القانون المدني تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في الدولة متعددة الشرائع عند خلو الدولة المحال إليها من تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين تلك الشرائع المختلفة. وقد قيل في ذلك عدد من الآراء الفقهية. - (عندما تكون قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي تقضي بتطبيق قانون الجنسية) - تناولتها هذه الدراسة. وقد رجحنا الأخذ بالحل الذي تبنته المادة (٤/ج) تركات بالرغم من أنها متعلقة بالإحالة - تنازع قواعد الإسناد- فيكون الحل عند خلو الدولة المحال إليها من النص على شريعة معينة يمكن تطبيقها هو تطبيق القانون العثماني - القانون الوطني للقاضي الناظر في النزاع -على تركة المتوفى.

سبعة وأربعون: من الممكن إعطاء الصلاحية أو التفويض للقانون الأجنبي لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق بشروط عدة أهمها :-

أ- أن يكون ضابط الإسناد في دولة القاضي الناظر في النزاع هو ضابط الجنسية.

ب- أن تعجز قواعد الإسناد الوطنية عن تحديد الشريعة الأجنبية الواجبة التطبيق.

ثمانية وأربعون: إن وقت وفاة المورث (الزمن) هو المعيار المعول عليه في بيان القانون واجب التطبيق في حالة الوراثة بين الدول، فسواء أكان قانون موقع العقار أو قانون الجنسية بالنسبة للمنقول يحكم الإرث، فإن واقعة الموت ووقتها هي التي تحدد بأي قانون سيأخذ القاضي. هل بقانون الدولة الخلف أم بقانون الدولة السلف. فتحديد هذا الوقت من شأنه حل مشكلة الوراثة بين الدول، فإذا كان إنتقال السيادة قبل الوفاة فإن قانون الدولة الخلف يطبق ولا بقانون الدولة السلف.

تسعة وأربعون: إن إشكالية عدم وجود نص قانوني يطبق على نزاع معين في البلد الذي تقرر تطبيق قانونه سيؤدي إلى عدم الوصول إلى قاعدة يمكن تطبيقها على النزاع وخاصة في الحالة التي لا توجد أحكام في قانون دولة القاضي تحل هذا النزاع . وهذه الإشكالية تتضح أيضاً في البلدان التي تسودها السوابق القضائية، والأعراف. إذ يتوجب أن يطبق القانون ليس فقط تطبيقاً صحيحاً بل تطبيقه كما ينبغي تطبيقه في بلده ، أضف إلى ذلك أن قرارات تلك المحاكم قد لا تخلو من التناقضات.

خمسون: إن مشكلة دستورية القانون الواجب التطبيق تقف عقبة أمام قاضي الموضوع في إعمال قانون المورث ويتوجب على القاضي البت في هذه المسألة قبل الفصل في موضوع النزاع، ويجب على القاضي أن يميز بين أربع حالات تناولتهم هذه الدراسة ليصل إلى حل هذه الإشكالية.

واحد وخمسون: إن القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي قد لا يكون الحل الأنسب لحكم العلاقة. فقد يجد القاضي صعوبة في تفعيل القانون الأجنبي؛ إذ تبين له أن

هذا القانون غير ملائم ؛ فالحكمة التشريعية الكامنة من وضع قواعد النزاع هي الوصول إلى الحل الذي تحقق العدالة التي تبغي الشعوب تحقيقها.

اثنان وخمسون : إن منح الاختصاص للقانون الأجنبي لحكم الرابطة القانونية، لا يعني تطبيق الأخير ؛ فقد يحول دون تطبيقه ما يتعارض مع النظام العام ، أو استبعاده بسبب التحايل على القانون أو الاختصاص.

ثلاثة وخمسون: إن المادة (٣/١٦٣) مدني أردني اعتبرت الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام - من ضمنها الوصية والإرث - وبالتالي فإن عامل الدين قد يحد من تطبيق قانون جنسية المورث على تركته وخاصة في البلدان التي يعتبر الدين الإسلامي فيها من صميم العقيدة بالنسبة للمسلمين حيث يتراجع فيها مجال تطبيق قانون جنسية المورث متى تعلق الأمر بطرف مسلم ، كما أن أثر تفعيل مبدأ التحايل على القانون يتراجع أيضاً إلى الدور الذي لا يملك معه القاضي إبطال النتيجة التي سعى إليها المورث - أو أصحاب المصلحة متى كان التحول إلى الإسلام ومهما كان الدافع من التحول إلى الإسلام. وكذلك الأمر في الدول التي تركز على عامل الدين في مسائل الأحوال الشخصية والتركات لتعلق الأخيرة بالنظام العام فيها؛ ولأن عامل الدين يقترن بعامل الجنسية في هذه الفروض.

أربعة وخمسون: إن الأحكام القطعية الثبوت الواردة في القرآن الكريم والسنة تعتبر من النظام العام الإسلامي والتي يتقيد به المسلمون أينما كانوا ولو اختلفت جنسيتهم ، وهذه الأحكام غير قابلة للتبديل أو التغيير ، سواء من الناحية المكانية أو الزمانية، والعبرة للحكم بوجود تنافر بين قانون القاضي الذي يوصف بأنه من النظام العام الإسلامي ، وبين القانون الأجنبي هو وقت رفع النزاع وليس بوقت صدور القرار بالنسبة للأحكام قطعية الثبوت.

خمس وخمسون: إن الإشكالات التي تبيننا لنا من خلال هذه الدراسة والصعوبات التي تواجه القاضي الوطني والمشار إليها في القسم الرابع من الفصل الثالث بالإضافة إلى احتمال تأثر المحكمة بالقانون الديني للمورث تثير التساؤلات عن مدى الاستغناء عن القانون الشخصي للمورث بقانونه الديني في الدول التي تركز على عامل الدين في مسائل الإرث وخاصة إذا أخذنا بالاعتبار الفروض التالية :

أ- إن البحث عن البديل في مشكلة التنازع الإيجابي والسلبي للجنسيات قد توصل القاضي إلى طريق مسدود وخاصة في التنازع السلبي للجنسيات ، وكذلك فقد يتم ترجيح الجنسية الفعلية المبنية على معيار ديني ، كما تبين لنا من هذه الدراسة.

ب- إن مشكلة تنازع قواعد الإسناد وإشكالياتها قد تؤدي إلى عدم وجود قانون يحكم المسألة الإرثية وخاصة في تنازع قواعد الإسناد السلبي. كما وأن احتمال إحالة النزاع إلى قانون دولة ينص قانونها على تطبيق قانون الأحوال الشخصية في مسائل الإرث سيؤدي إلى إعمال قانون المورث الديني.

ج- تبين من هذه الدراسة أن الإرث يقوم على تعدد شخصي مما يؤدي ذلك إلى تعيين الشريعة الواجبة التطبيق في تلك الدولة ويقانون الطائفة التي ينتمي إليها ذلك الشخص في مسائل الإرث والأحوال الشخصية.

د- إن دور النظام العام سيكون له كامل الأثر بتطبيق القانون الديني للمورث في الأنظمة التي تركز على عامل الدين في الإرث هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى سيكون للنظام العام الأثر في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وكذلك عدم تنفيذ القرار الأجنبي في هذه الحالة لمخالفته النظام العام في دول قاضي التنفيذ ؛ لارتكاز النظام القانوني للدولة على عامل الدين في مسائل الإرث والأحوال الشخصية ؛ لذا سيكون التطبيق مباشراً للقانون الديني في تلك الأنظمة وبغض النظر عما تقضي بها قاعدة الاسناد ، أو بما قرره الحكم الأجنبي.

هـ- أجاز قانون التركات الأردني وفي المادة ٤/ (أ+ج) منه تطبيق قانون المورث الديني متى كان القانون الواجب التطبيق يحيل إلى هذا القانون .وهذا ما أيدنا العمل به.

وعليه فإنه يمكن للقاضي اختصار تطبيق القانون الديني مباشرة للمورث بدلاً من قانون الجنسية ودون المرور عبر قواعد الإسناد بتحقق أي شرط من الشروط التالية :

(أ-) أن يركز النظام القانوني لدولة القاضي على عامل الدين في مسائل الميراث ؛ بحيث يعتبر دستور تلك الدولة أن الدين ، الذي ينتمي إليها المورث هو المعتمد في الدولة ، أو أن دستور تلك

الدولة يقضي بترجيحه فهنا تعتبر هذه النصوص ملزمة للقاضي ويجب عليه أتباعها وسواء أكانت العلاقة متضمنة عنصراً أجنبياً أم كان أطرافها وطنيين.

(ب-) وجود محاكم دينية يتبع إليها المورث في دولة القاضي يقضي بإختصاص تلك المحاكم اختصاصاً ولائياً بالمنازعات التي تنشأ بين الأشخاص الذين ينتمون إليها ، وبغض النظر عما إذا كان هذا النزاع متضمناً عنصراً أجنبياً أم لا. وبصرف النظر عن جنسية أطراف العلاقة بل دينها.

وبالتالي فإن الدول التي يعتبر النظام العام فيها ذا صفة إسلامية ستطبق الشريعة الإسلامية بمعزل عن المرور بقواعد الإسناد - والتي تستتبع تطبيق القانون الأجنبي - واستبعاده عند وجود اختلاف بين أحكام ذلك القانون، والأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية ، فالتطبيق هو مباشر لأحكام تلك الشريعة.

وبالنتيجة سيكون هذا سبباً لتأثير طبيعة النظام القانوني الديني في الدولة على نظرية التنازع ، واستبعادها في هذه الاحتمالات كلما تعلق الأمر بطرف مسلم .

سنة وخمسون: لا تنتقل ملكية التركة إلى الخلف العام بشقها السلبي إن كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث ، أما إن كانت شخصية الوارث مكملة لشخصية المورث فإن التركة تؤول إلى الوارث بشقها الإيجابي والسلبي ويتحمل كامل الالتزامات المترتبة على التركة. وهذا الأمر يختلف كل الاختلاف إن كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث ، فتؤول ملكية التركة بشقها الإيجابي إلى الوارث متى توافرت شروط وأسباب وأركان استحقاق الإرث حسب القانون واجب التطبيق في قانون دولة القاضي الناظر في المسألة الإرثية المشوبة بعنصر أجنبي ولم يوجد مانع قانوني يمنع الوارث أجنبي الجنسية من تملك أموال مورثه الكائنة في دولة القاضي.

ثانياً:- التوصيات

وبهدف زيادة تفعيل النصوص الخاصة بالتركات، ومعالجة الإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع ، فقد خلصت هذه الدراسة بعد بحث ما تقدم إلى التوصيات التالية :

أولاً:- يوصي الباحث بتعديل نصوص قانون مجالس الطوائف غير المسلمة رقم (٢) لسنة ١٩٣٨ ليتلاءم مع التشريعات السارية المفعول والتي تتوافق مع التطورات المتلاحقة في الحياة القانونية والسياسية والتشريعية وليتلاءم مع النظام الملكي في الأردن. كالمادة الثانية عشرة التي أوجبت تطبيق قوانين شرق الأردن.

ثانياً:- يوصي الباحث المشرع الأردني إعادة صياغة نصوص قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة (١٩٤١)؛ بحيث يتلاءم مع التشريعات المعاصرة والنافذة هذا من جهة ، ويتلاءم مع النظام الملكي من جهة أخرى ، ومن جهة ثالثة الأخذ بعين الاعتبار إنفصال الضفة الغربية عن الضفة الشرقية ، وذلك أن هذا القانون سن في عهد الإمارة ، لذا يقترح الباحث تعديل بعض نصوصه ، بحيث يتوافق هذا القانون مع ما تبنته هذه الدراسة ، وخاصة نص المادة الرابعة عشرة من هذا القانون والقاضية : " لمجلس الوزراء بموافقة سمو الأمير المعظم أن يضع من وقت إلى آخر أنظمة بشأن الأمور التالية وله أن يغيرها أو يلغيها:.....".

ثالثاً:- يتمنى الباحث على المشرع الأردني تعديل نص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني والتي تقضي " ١- يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. ٢- ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيلاء أو قانون البلد الذي تمت فيه ، وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت " لتصبح كالتالي : (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت أحكام قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة (١٩٤١))) لأن هذا القانون يتلاءم مع النظام القانوني للدولة الأردنية من جهة ، ومن جهة أخرى فقد عالج القانون المذكور أغلب الاشكالات المتعلقة بتركات الأجانب بشكل موفق . ومن جهة ثالثة فإن نصوصه إذ ما طبقت سوف تجنب الفقه والقضاء الأردنيين الانتقادات التي تم

توجيهها إلى إشكالات تطبيق قانون الجنسية المنوه عنها في متن الأطروحة. مما يؤدي إلى وحدة الحلول وإنسجامها لذا يوصي الباحث المشرع الأردني تعديل نص المادة الثامنة عشرة على النحو السالف ذكره لتتوافق مع النظام القانوني الأردني والنظام العام وفي ذات الوقت يوصي الباحث بتعديل نصوص قانون التركات لتتلاءم مع التطورات المتلاحقة و على النحو المذكور في التوصية السابقة.

رابعا : يقترح الباحث إعادة نص المادة الرابعة (فقرة أ) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة (١٩٤١) والتي تقضي " مع مراعاة أحكام المادة التاسعة من هذا القانون تقوم المحكمة البدائية بتوزيع أموال الأجنبي بحسب القواعد التالية : أ- توزيع الأموال المنقولة التي خلفها المتوفى حسب قانون بلاده " بإضافة ما يلي إلى نهاية هذه الفقرة (أما الأموال العقارية للتركة الكائنة في الخارج فيترك لمحاكم موقعها الصلاحية بتوزيعها). وذلك لإزالة اللبس لدى الفقه والقضاء بسبب سكوت هذا القانون عن بيان القانون الذي يحكم التركة العقارية الكائنة في الخارج.بالإضافة إلى ذلك فإن إعطاء الصلاحية للمحاكم والقانون الأردنيين بنظر هذه التركة طبقا لنص المادة الثامنة عشرة من القانون المدني الأردني سيؤدي إلى عدم إقرار محاكم موقع التركة العقارية بالقرارات الصادرة عن القضاء الأردني.لذا يوصي الباحث بتعديل هذا النص على النحو السابق . وقد أخذ بذلك قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وفي المادة (٢/١٠٥).

خامسا: يمتنى الباحث على المشرعين الأردني واللبناني النص في قوانينهما على قبول الدفع بعدم الاختصاص القضائي الدولي ، وكذلك الدفع بالاحالة الدولية ،إذا تبين للمحكمة عدم اختصاصها بالنظر في الدعوى ، وبالنتيجة إحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبية إذا توافرت الشروط التي تبنتها هذه الدراسة.

سادسا: النص في القانون الأردني على إنعقاد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية في حالة عدم اختصاص محاكم الدولة الأجنبية ،ولو كانت المحاكم الأردنية غير مختصة شريطة أن يتعلق هذا النزاع بمصالح كائنة في الأردن.كنص المادة (٧٦/أ) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وذلك منعا من ترك النزاع بدون حل وخاصة إذا ظهرت مسألة التنازع القضائي الدولي السلبي.

سابعاً: -لقد أراد المشرع اللبناني من إعطاء الاختصاص الولائي للمحاكم الدينية مباشرة بنظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب بما فيها الإرث ، لتطبق هذه المحاكم الأحكام التي تتلاءم مع القانون الديني للمعني بالأمر ، فضلاً عن أن هذه المحاكم أكثر قدرة وأعلم على فض النزاع لمن يتبعها من الأفراد وهذا موقف حسن .ومع ذلك يوصي الباحث المشرع اللبناني بإعادة صياغة النصوص القاضية بإعطاء الاختصاص الولائي لتلك المحاكم والعمل على تخويل المحاكم العدلية الصلاحية الوظيفية بالنظر في تلك النزاعات ، وليس فقط في الحالة التي يكون قانون الشخص يخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون المدني .ذلك أن هنالك أموراً فنية ودقيقة تستدعي أن يكون هذا الاختصاص للمحاكم المدنية أولاً ، وتحديدًا لقاضي البداية ،وتبعياً للمحاكم الدينية ، فمثلاً إن مبدأ المعاملة بالمثل في الإرث يقتضي من القاضي إمامه وتفسير النص الأجنبي كما هو وليس كما ينبغي فهل دولة الوارث الأجنبي تورث اللبناني وهل هذا الميراث يكون بالمقدار أم لا؟ فضلاً عن ذلك نتساءل هل هنالك اتفاقيات دولية مصادق عليها من الحكومة اللبنانية مع دولة المعني تقرر حقوقاً معينة ، وكيفية العمل بهذه الاتفاقية، وما إلى ذلك من أمور فنية لا يسع قاضي المحكمة الدينية أن يطلع عليه وحتى أن يطبقها على النزاع لوجوب تطبيق قانون تلك المحكمة ولا يتعدى ذلك لتطبيق غيرها.وكل هذا لا يمنع قاضي المحكمة البدائية من إحالة النزاع على المحكمة الدينية بعد التأكد من هذا الأمر.

ثامناً: - يوصي الباحث المشرع الأردني بإستحداث نص في قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لسنة (١٩٥٩) يعطي الاختصاص للمحاكم النظامية في النزاعات المتعلقة بتركات الأجانب كافة ، تماشياً مع نصوص قانون التركات للأجانب وغير المسلمين ،وبخلاف ذلك ستبقى هذه المحاكم تفرض اختصاصها على تركات الأجانب -مسلمين وغير مسلمين - متى رفع إليها النزاع ، ودون الأخذ بعين الاعتبار نصوص قانون التركات على ما وضحته هذه الدراسة.

تاسعا :- يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يبين موقفه من القانون الذي يحكم النسب - بالاجباي أو السليبي - بجميع أنواعه بالعلاقات المشتملة على عنصرٍ أجنبي مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة تسوية مسألة شرعية الطفل اولا ، بالتأكد من صحة زواج الأبوين ليتم بعدها تحديد القانون الذي يحكم النسب ، ومراعيًا للنظام العام والآداب الأردني.

عاشرا :- إذا كانت للتشريعات التي أقرت التبني في قوانينها -بخلاف الدول التي تطبق أحكام الشريعة الاسلامية الغراء-مبررات لإجازة التبني ؛كالإنفاق عليه ، وحفظه ...ألخ ؛ فلا مبرر لتلك التشريعات بإجازة التبني إن كان الطفل معلوم النسب ، وذلك أن الغاية من التبني هو حفظ الولد ، وإيجاد من يرث الأب في اسمه وماله ، وهذه الغاية تنتفي إذا أجازت تلك التشريعات التبني معلوم النسب ، وفي حال أجاز التبني هذا سيؤدي إلى خلل في الروابط والعلاقات الأسرية والاجتماعية.لذا يوصي الباحث هذه التشريعات بعدم إجازة التبني معلوم النسب.

حادي عشر :-لقد سعت التشريعات التي نصت في قوانينها على تطبيق قانون واحد على الإرث ، تجاوز الصعوبات العملية التي يؤدي إليها تطبيق قانونين على التركة ، وهذا الأمر لا يتحقق في حال قبول تلك التشريعات فكرة (الإحالة)-تتعارض قواعد الاسناد -لأنه وفي الفرض هذا ستجد محاكم تلك الدول نفسها تطبق أكثر من قانون على التركة ، وبالنتيجة فإن الغاية من النص على وحدة القانون الذي يحكم الإرث تكون فارغة المضمون . لذا يوصي الباحث التشريعات التي تأخذ بوحدة القانون الذي يحكم الإرث رفض الإحالة من الأساس.

ثاني عشر :- لقد أجاز (المشرع) الأردني وفي المادة الخامسة من قانون التركات رقم (٨) لسنة (١٩٤١) لقااضي المحكمة الابتدائية أن يحيل أمر إدارة أموال المتوفى وتوزيعها على المحكمة الدينية ذات الاختصاص إذا هو استصوب ذلك ورأه عدلاً، كما وأجاز هذا القانون وفي المادة الرابعة فقرة (ج) من تطبيق القانون الديني للمورث على تركته متى كان قانون بلاده يسمح بذلك. الأمر الذي يدل على عدم وجود مانع - من حيث المبدأ - بتطبيق القانون الديني للمورث في الأردن ومهما كانت هذه الديانة . مشيراً إلى أن إحالة النزاع على المحكمة الدينية صاحبة الاختصاص يستتبع تطبيق القانون الديني للمورث ،باستثناء الحالة التي تكون للمورث عقارات في شرق الأردن.وهذان النصان من قانون التركات أكثر توفيقاً من نص المادة الثامنة عشرة من

القانون المدني وأكثر مرونة للمحكمة. لذا لا يستقيم العمل بنص هذه المادة في جميع الأحوال في النظام القانوني الأردني ، لأنه يرجح الدين الإسلامي على سائر الأديان ويعتمده في الدستور الأردني .

أما بالنسبة للوضعية في القانون اللبناني وبالرغم من أن النظام القانوني اللبناني يحقق التوازن بين الأديان، كما يحقق التوازن بين تلك الأديان وبين القانون المدني، فيمنع - من حيث المبدأ - تطبيق القانون الديني للمتوفى متى كان قانون بلاده يخضع الميراث وسائر مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون المدني، فإنه وفي باقي الأحوال تختص المحاكم الدينية المختصة بالنظر في تركات الأجانب والتي ستطبق تلك المحكمة القانون الديني للمتوفى، لافتاً النظر إلى أن المحكمة المدنية قد تطبق القانون الديني للمتوفى متى أجاز قانون بلاده ذلك، أو أمر قانون الأحوال الشخصية في قانون بلاد المورث بذلك ، الأمر الذي يدل على تأثر القانون الشخصي للمتوفى بقانونه الديني، وخاصة في الدول التي تركز على عامل الدين في الإرث وسائر مسائل الأحوال الشخصية .

لذا يوصى الباحث المشرعين الأردني واللبناني الأخذ بعين الاعتبار القانون الديني للمورث في حكم إرث الأجانب، وبمساواته مع قانون جنسية المتوفى، عندما يحقق عنصر الملاءمة، لأن تطبيق القانون الديني في تلك الأنظمة يؤدي إلى وحدة الطول وانسجامها، ويتلافى الإشكاليات المتعلقة بالجنسية والصعوبات التي تواجه القاضي الوطني من تطبيق قانون الجنسية إلى ما هنالك من دور باستبعاد قانون الجنسية بسبب النظام العام، وبالتالي عدم إمكانية العمل بأحكام المادة الثامنة عشرة المذكورة. فيطبق القاضي القانون الديني للمورث إذا تحققت مجموعة من الشروط أهمها :-

١- أن يكون النظام القانوني لدولة القاضي ترجح دين المورث أو تعتمده في دستورها.

٢- أو أن يتبع المورث لمحكمة أو طائفة دينية في دولة القاضي .

٤- أو عدم مخالفة هذا القانون للنظام العام .

ثالث عشر :- يتمنى الباحث على المشرع الأردني أن يوفق بين النصوص القاضية بحل التنازع السلبي والإيجابي للجنسيات المنصوص عليها في القانون المدني مع التفسيرات الخاصة بشرح هذه النصوص في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني وبشكل عام ، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حل هذا التنازع وبشكل خاص في موضوع التركات وبالأخذ بالقانون الديني للمورث إن كان يتوافق مع النظام العام الأردني، وحسب ما توصلنا إليه في التوصية السابقة .

رابع عشر :- إن كان لا بد من تطبيق قانون جنسية المورث وقت الوفاة على إرثه في غير الحالات الممكن تطبيق القانون الديني للمتوفى، فيوصي الباحث المشرعين الأردني واللبناني بمعالجة الإشكاليات المتعلقة بالوراثة بين الدول لحكم إرث المعني بالأمر؛ بحيث يكون لتاريخ واقعة الوفاة الدور بتحديد القانون واجب التطبيق، سواء أكان ذلك القانون هو قانون الدولة الخلف، أو قانون الدولة السلف، مع الأخذ بعين الاعتبار الحلول التي توصلت إليها هذه الدراسة بالنسبة لجميع الحالات والأحوال .

خامس عشر :- إذا كان لزاماً على المحكمة أن تأخذ بقانون الجنسية وكان للمشرع الأردني هدف وغاية لرفض - الإحالة- تنازع قواعد الإسناد؛ ليجنب القضاء المشكلات المتعلقة بتنازع قواعد الإسناد، فقرر في المادة الثامنة والعشرين من القانون المدني الأردني على أنه (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) ، إلا أن الباحث يوصي ولوجود نص خاص في المادة الرابعة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم (٨) لسنة (١٩٤١) يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى بأن يضاف ما يلي إلى ما سبق حكم وفي نهاية المادة الثامنة والعشرين (.....) مع مراعاة ما ورد في أحكام المادة الرابعة من قانون التركات رقم (٨) لسنة (١٩٤١) .مشيراً هنا إلى أن المشرع الأردني قد تجاوز الإشكالات المتعلقة بتنازع قواعد الإسناد الإيجابي والسلبي عندما أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، وذلك في المادة الرابعة سالف الذكر، بخلاف موقف القضاء اللبناني الراض لتلك الفكرة وعدم وجود نص في القانون اللبناني .

سادس عشر :- لقد ترك المشرع الأردني أمر تحديد القانون الواجب التطبيق في الدولة متعددة الشرائع للقانون الداخلي لتلك الدولة، وذلك في المادة السابعة والعشرين من القانون المدني الأردني والتي قضت بأنه :- (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها) إلا أن مشرعاً ترك تحديد الشريعة الواجبة التطبيق عند خلو القانون الداخلي لتلك الدولة من تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع دون حل، الأمر الذي جعل هذا مثاراً للجدل الفقهي. فما هو القانون واجب التطبيق في هذه الحالة؟ ولذلك يناشد الباحث المشرع الأردني بوضع نصاً قانونياً واضحاً يبين من خلاله موقفه صراحة، يزيل اللبس والغموض أمام الفقه والقضاء .

ويقترح الباحث على المشرع أن تتم إضافة عبارة في نهاية المادة السابقة وهي (وإذا خلا قانون تلك الدولة من تحديد الشريعة الواجبة التطبيق فيطبق القانون الأردني) وقد أخذت المادة الرابعة فقره (ج) من قانون التركات الأردني بذلك والتي قضت بتطبيق القانون العثماني في مثل هذه الحالة (أي القانون الوطني للفاضي) وهذا الحكم خاص بتنازع قواعد الإسناد ولا ضير من الأخذ به في هذه الحالة .

سابع عشر :- يوصي الباحث أن يكون هناك نص بالقوانين الأردنية واللبنانية يعالج الإشكاليات التالية، وبشكل عام :-

١- حالة عدم وجود نص يحكم النزاع بالقانون الأجنبي، وفي الحالة التي لا توجد أحكام في قانون القاضي لحل هذا النزاع .

٢- وجود نص يحل الإشكالات المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق في حال أن إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة تطبق فيها السوابق القضائية، وكذلك الأمر إذ تبين عدم دستورية القانون الواجب التطبيق .

ثامن عشر :- لقد ترك المشرع الأردني لقاضي الموضوع عند عدم وجود نص يحكم النزاع في مواد التنازع اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص. وهنا وفي حالة ما إذا تبين للقاضي الأردني وجود التحايل على الاختصاص والقانون الدوليين، سيرجع إلى الأخذ بمبادئ القانون الدولي الخاص، وبالتالي إبطال النتيجة التي سعى إليها الأفراد. لكن يرى الباحث بأن على القاضي الأردني عدم الأخذ بآثار التحايل والجزاء الذي يقرره في مسائل الأحوال الشخصية - متى تعلق الأمر بطرق مسلم فقط - وذلك انسجاماً مع نص المادة (٣/١٦٣ مدني أردني) (تنص المادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أنه (في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي، بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي تنص عليها). والتي اعتبرت الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام وكذلك لاستناد هذه الأحكام إلى نصوص قطعية الثبوت بحق المسلمين أينما كانوا ومهما كانت جنسيتهم، كما ويقترح الباحث وجود نص قانوني يحكم هذه الحالة، كما ويوصي الباحث بتعديل صدر المادة الخامسة والعشرين من القانون المدني الأردني والقاضية (يتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين) لتصبح كما يلي :-

يتبع الراجع من مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين .

تاسع عشر :- لقد ترك المشرع الأردني أمر تحديد مدى الأخذ بمبدأ المبادلة بالمثل بالنسبة للنزاعات كافة وخاصة تركات الأجانب مثيراً للجدل الفقهي، لعدم وجود نص يحكم هذا الموضوع من جميع جوانبه، لذلك يناشد الباحث المشرع الأردني بيان موقفه صراحة من هذا المبدأ وخاصة في ميدان الإرث، ويقترح الباحث ألا يأخذ بهذا المبدأ متى تعلق الأمر بأطراف أجنبي مسلمين ولو كان قانون بلادهم يمنع إرث الأردني لأن النظام العام الإسلامي الاستبعادي الذي يقوم عليه النظام الأردني سوف يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق متى تعلق الأمر بمسلم، وفيما عدا هذه الحالة يقترح الباحث الأخذ بهذا المبدأ في الأردن كلما تعلق الأمر بغير مسلم.

عشرون :- لقد أعطى المشرع الأردني للقاضي الحرية برفض تنفيذ الحكم الأجنبي وذلك في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ وفي المادة السابعة منه التي تنص على مايلي : (يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال التالية :

أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو لم يكن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختيار أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحياتها.

ويقترح الباحث على المشرع تعديل نص هذه المادة بإعادة صياغة صدر المادة، بحيث يصبح كالتالي (يتوجب على المحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال التالية :

أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو لم يكن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختيار أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحياتها. وذلك لأن المتمتعن في الفقرتين (أ و ب) من هذه المادة يرى بوجوب رفض أي حكم غير مستوف الشروط المقررة في الفقرتين، باعتبار ان المحكمة ليس لديها خيار آخر سوى خيار الرفض. الأمر الذي يترتب عليه العمل بمعياري اثنتين، بحيث تقبل طلب من طرف وترفض طلب مشابه من خصم آخر، الأمر الذي تجافيه العدالة، وهذا يرفضه المشرع ومن قبله المنطق، وبالنتيجة فإن المحكمة ليس لها خيار إلا الرفض، وحيث إن مسألة الجواز تحتل أكثر من هذا الأمر لذا فإن المشرع لم يوفق في صياغة هذا النص وكان عليه البدء بعبارة الوجوب كما سلف الذكر. (ص٣٠٦، من هذه الرسالة).

واحد وعشرون :- لما كان المشرع الأردني قد أعطى القاضي الخيار برفض أي حكم أجنبي طبقاً للشروط الواردة في المادة السابقة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢ واعتبر قراره في هذه الحالة غير قابل للطعن - لعدم وجود نص يسمح للمحكوم له بذلك

- فإن الباحث يوصي المشرع الأردني بإيجاد نص يسمح للمحكوم له بالطعن في قرار قاضي المحكمة البدائية برفض تنفيذ الحكم الأجنبي الأردني، وذلك تحقيقاً للعدالة المنشودة، وأسوة بالحالة التي يجيز فيها المشرع للمضرور الطعن في قرار قاضي المحكمة البدائية المتضمن إكساء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ وتحسب مدة الطعن كما هو الشأن في الأحكام الحقوقية الأخرى .

تم بحمد الله ورعايته

مصادر ومراجع الأطروحة

أولاً:- القرآن الكريم

ثانياً:- المعاجم:-

أ- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، ج ١، ط ١، الناشر مجمع اللغة العربية ، (القاهرة) ١٩٩٦.

ب- الهادي إلى لغة العرب ، حسن سعيد الكرعي ، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩١.

ثالثاً:- الكتب والمراجع

١- إبراهيم ؛ إبراهيم أحمد ، (١٩٩٢) ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، مركز الأجنب وتنازع القوانين ، دون طبعة وناشر .

٢- إبراهيم ، هلال يوسف ، (١٩٩٤) ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجنب ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، دون طبعة .

أ- (١٩٨٦) ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، الاسكندرية ، منشأة المعارف .

ب- (١٩٧٧) ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، ط ٥، الاسكندرية ، منشأة المعارف .

٣- أبو طالب ، صوفي حسن ، (١٩٧٢) ، الوجيز في القانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية .

أ- ٢٠٠٤ ، الدفع الإجرائية في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ش.م.م دون طبعة.

ب- ٢٠٠٤ ، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ٢٠٠٤ دون طبعة ولا دار نشر.

- ٤- الأخرس ،القاضي الدكتور نشأت عبد الرحمن ،٢٠٠٨، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، الإصدار الأول ،دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أ-(٢٠٠٢)، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، ط٥، منشورات الحلبي الحقوقية.بيروت.
- ب-(١٩٩٦) ، القانون القضائي الخاص، ط ٣، ج١، د ن،بيروت
- ج-(٢٠٠١) ،القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، ط٣ ، عمان :دار وائل للنشر والتوزيع .
- د-(١٩٩٨) ، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط٢، عمان : دار وائل للنشر والتوزيع.
- هـ- (١٩٩٧) ،القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني في الجنسية ،دراسة مقارنة، ط ٢ ، (د ن،)
- و-(٢٠١١) ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية : دراسة مقارنة، ط١، عمان ، دار الثقافة للتوزيع والنشر.
- ٥- الرفاعي ؛ اشرف عبدالعليم ،(٢٠٠٦)، الاختصاص القضائي الدولي، مصر : دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى.
- ٦- الرابعه ؛عبدالله محمد،(٢٠١١)، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية الأردني، محاضرات أقيمت على طلبة الشريعة والقانون في جامعة اليرموك الأردنية، غير منشور)
- ٧- الزعبي ؛ عوض أحمد :
- أ-(٢٠٠٧) ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ط ١ ، عمان : دار وائل للنشر.
- ب-(٢٠٠٣) ، أصول المحاكمات المدنية ، عمان، دار وائل النشر.
- ٨-الزعبي ، محمد يوسف (٢٠٠٦/٢٠٠٧) ،(دراسة متعمقة في الحقوق العينية) محاضرات أقيمت على طلبة الدكتوراه في القانون الخاص ،غير منشور.

- ٩- الزغول ،باسم محمد ،(٢٠٠٠)، الدفوع المدنية بين النظرية والتطبيق: دراسة تحليلية لحق الخصم في الدفع وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، الطبعة الأولى، عمان مكتبة اليقظة للنشر والتوزيع.
- ١٠- السيوفي؛ نعم ، (١٩٨٥) ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دمشق، مطبعة جامعة دمشق.
- ١١- العبيدي ،على هادي ،(٢٠٠٧) ،الوجيز في شرح القانون المدني الأردني.
- ١٢- الفتلاوي،سهيل حسين،(٢٠٠٢) ،القانون الدولي الخاص،، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات ، مصر ، القاهرة .
- ١٣- القصاص ،عيد محمد ،(٢٠٠١) أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٤- . القضاة ؛ مفلح عواد :
- أ- (٢٠٠٨)، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط١، الإصدار الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ب-(١٩٨٧)،أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء الأردني، الطبعة الأولى.
- ١٥- الكردي ،جمال محمود ،(١٩٩٥)، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للقانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، د ن .
- ١٦- المصري، محمد وليد ، (٢٠٠٢)، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، عمان، الحامد للنشر والتوزيع .
- ١٧- المنجي ، محمد ، (١٩٩٠) ، دعوى ثبوت الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى.
- ١٨- المومني ،أحمد سعيد ،(١٩٨٣)، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطابع التوفيق.
- ١٩- النقيب ؛ عاطف ،(١٩٨٨)، نظرية العقد، عويدات ، بيروت .

٢٠- النمر أمينة:

أ- (١٩٨٣) قوانين المرافعات ، منشأة المعارف الاسكندرية.

ب- أصول المحاكمات المدنية والتجارية في التشريع اللبناني ، دن ، بيروت)

٢١- الهداوي ، حسن :-

أ- (٢٠٠١) ، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني ، عمان، دار مجدلاوي للنشر ، الطبعة

الثانية .

ب- (٢٠٠٥) ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ؛

الأردن ، الطبعة الخامسة.

ج- (٢٠١١) ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة السادسة، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان ؛ الأردن .

٢٢- الهواري ، أحمد ؛ (٢٠٠٨) ، القانون الدولي الخاص الاماراتي، الكتاب الثاني ، في

تنازع القوانين ، الإثراء للنشر، عمان.

٢٣- اللافي ؛ محمد المبروك ، (١٩٩١) ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي

الدولي ، منشورات الجامعة المفتوحة ، بنغازي.

٢٤- الحداد ، حفيظة السيد ،

أ- (٢٠٠٤) ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية

وأحكام التحكيم، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية .)

ب- (٢٠٠٣) ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي

الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت).

٢٥- بكار ، عبد المنعم ، (١٩٨٧) قضايا الأحوال الشخصية والجنسية ، ط٢، دون دار نشر.

٢٦- جاد ؛ جابر عبد الرحمن ، (١٩٦٩) ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، مصر.

٢٧- حسين ، احمد فراج، (١٩٩٧) ، نظام الارث في التشريع الاسلامي ، المطبوعات الجامعية ،

الاسكندرية .

٢٨ - خالد ؛ هشام ،

أ- (٢٠٠١) ، القانون القضائي الخاص الدولي ، الاسكندرية : دار الفكر الجامعي .

ب- (٢٠٠٠) ، اكتساب الجنسية بالميلاد لأب وطني : دراسة مقارنة في قانون الجنسية

العربية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية .

٢٩- داود ، أحمد محمد علي ، (٢٠٠٧) ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون ، الطبعة

الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الإصدار الأول .

٣٠- دبور ، أنور محمود ، (١٩٨٧) ، نظام الميراث في الفقه الإسلامي والقانون ، الطبعة الأولى

، دار الثقافة العربية .

٣١- دراز ؛ رمزي ، (٢٠٠٤) ، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة

للنشر ؛ الاسكندرية .

٣٢- دريد ؛ محمد طلعت ، (١٩٩٧ ، هجري ، ١٤١٨) ، القانون الدولي الخاص السعودي ،

الاسكندرية : منشأة المعارف ، جلال حزي .

٣٣- ديب ؛ فؤاد ،

أ- (١٩٩٢) ، القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين ، دمشق ، المطبعة الجديدة .

ب- (١٩٨٦) ، القانون الدولي الخاص : تنازع القوانين

٣٤- رياض ، فؤاد عبد المنعم ؛ الوسيط في القانون الدولي الخاص ، (١٩٩٢) ، الجزء الأول ،

الجنسية ومركز الأجانب ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية .

٣٥- رياض ، فؤاد عبد المنعم ؛ ثابت ، عنايت عبد الحميد ؛ راشد ، سامية ؛ (١٩٨٩) تنازع

القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني ، دون طبعة وناشر .

٣٦- زوكاغي ، أحمد ، (١٩٩٢) ، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي ، تنازع

القوانين ، ط١ ، دار تونقال للنشر ، الدار البيضاء .

٣٧- سعد ، نبيل إبراهيم ، (٢٠٠٣) ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني ،

دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية .

- ٣٨- سلحدار ،صلاح الدين ،(١٩٧٩)، أصول التنفيذ المدني، المكتبة القانونية.
- ٣٩-سلطان ،أنور ،(٢٠٠٧) مصادر الالتزام في القانون الأردني ، ط١، الاصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ؛ الأردن .
- ٤٠-سوار ، محمد وحيد الدين (١٩٦٨-١٩٦٩)، شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ومطابع الف باء- الأديب - دمشق،، دون طبعة.
- ٤١-سيوفي ،جورج ،(١٩٩٤)، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج١، ط٢، الناشر جورج سيوفي بيروت.
- ٤٢-شدرابي ، جورج ن ،حق الملكية العقارية ،٢٠٠٦، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،لبنان .
- ٤٣-شمس الدين ،عفيف ،(١٩٩٥)،أسباب اكتساب الملكية العقارية ، دار المنشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت.
- ٤٤- شوقي ؛ بدر الدين عبدالمنعم ،(١٩٩٠)، دراسات في القانون الدولي الخاص المصري: (تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي)، دار النهضة العربية ، مصر .
- ٤٥- صادق ؛ هشام علي ، أ-(٢٠٠١) ،تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية.
- ب-(١٩٩٣) تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع ،منشأة المعارف بالاسكندرية ، جلال حزي وشركاه.الاسكندرية.
- ٤٦- صادق ،هشام علي؛ ومحمد عبد العال، عكاشة؛ والحداد ، حفيظة السيد، (٢٠٠٦)، الجنسية ومركز الأجانب ، دراسة مقارنة ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية .
- ٤٧- صادق ،هشام علي ؛ الحداد ،حفيظة، أ- ١٩٩٩ ، القانون الدولي الخاص، مجموعة كتب في مجلد واحد، الكتاب الثاني،دار الفكر الجامعي، مصر .

- ب-(٢٠٠٣)، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي، مطبعة الانتصار.
- ٤٨-(طلبه، أنور، الوسيط في القانون المدني، ج ٥، ٢٠٠١، المكتب الجامعي الحديث، مصر).
- ٤٩-عبد الكريم، ممدوح، ٢٠٠٥، القانون الدولي الخاص: (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ٥٠-عبدالله، سامي، ١٩٨٦، الجنسية اللبنانية، مقارنة بالجنسية السورية والفرنسية، د ن.
- ٥١-عبدالله، سامي، (١٩٨٧)، الطول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، طبعة (١).
- ٥٢-عبد الله؛ عز الدين، (١٩٨٦)، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ٥٣-عبد الهادي، عبد العزيز مخيمر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- ٥٤-عبود، موسى، (١٩٩٤)، الوجيز في القانون الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، الطبعة الأولى.
- ٥٥-عمر؛ نبيل إسماعيل، والدكتور خليل؛ أحمد، (٢٠٠٤)، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٥٦-عمر؛ نبيل إسماعيل، (٢٠٠٤)، أصول التنفيذ الجبري، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ٥٧-فهمي، محمد كمال، (١٩٨٢)، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، الاسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- ٥٨-عيد، ادوار، ١٩٨٧، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ، قضاء الأمور المستعجلة، ج ٩، الطبعة الأولى، لبنان.

٥٩- مبروك ، عاشور ، (٢٠٠٢)، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، الطبعة الثانية، مصر ، دار النهضة العربية.

٦٠- محمد عبد العال؛عكاشه :

أ- (٢٠٠٤)، تنازع القوانين: دراسة مقارنة ، ط١،بيروت: منشورات الحلبي .

ب- (٢٠٠٢)، الوسيط في أحكام الجنسية : دراسة مقارنة ، ط١، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية .

٦١- محمود، محمد ظهري ، (٢٠٠٦)، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية :أنواعها - إجراءاتها - قضاتها - المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ،شارع سوتير امام سيراميك كليوتاترا - ب(٥) مدخل (٢).

٦٢- مسلم.أحمد :

أ - (١٩٦٧) ،موجز القانون الدولي الخاص المقارن في (مصر، ولبنان) دار النهضة العربية للطباعة والنشر .

ب- (١٩٦٦) ،قانون القضاء المدني، المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية،دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت.

٦٣- مصطفى ،المستشار فتحي حسن ،(١٩٩١)، الملكية بالميراث في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركاه.

٦٤- منصور ؛ سامي بديع ،(١٩٩٤) ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط١، بيروت: دار العلوم العربية.

٦٥- نهر ؛ فؤاد يوسف ،و صفير؛ خليل أنطوان ،(٢٠٠٠)، الإرث لدى جميع الطوائف في لبنان، الطبعة الرابعة،المنشورات الحقوقية صادر، لبنان.

٦٦- هاشم ؛محمود محمد ،(١٩٨٢-١٩٨٣)، قانون القضاء المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة .

٦٧- والي، فتحي ،(١٩٧٣) قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

رابعاً : الرسائل الجامعية

١. الأصبحي ؛ مصطفى ياسين محمد حيدر ،(١٩٩٩)، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص اليميني والمصري "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى :كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر .
٢. العساف ، تيسير عبدالله المكيد العلي ؛(٢٠٠٢)، تملك الأجنبي للأموال غير المنقولة في ظل القانون الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى :كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر .
٣. الفضلي،أحمد محمد ؛(١٩٩٧)، التحايل على القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل ، العراق .
٤. خربوط ؛ مجد الدين طاهر ،(١٩٩٧)، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لمتعدد الجنسيات، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ،مصر .
٥. خفاف ؛ ليلي على سعيد ،(٢٠١٠) ، وقف الخصومة في قانون أصول المحاكمات المدني الأردني ؛ أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات السياسية والقانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان ، الأردن .
٦. ش دراوي ، جورج ، (١٩٨٦) ، "اكتساب الحقوق العينية بالإرث والوصية"، رسالة دكتوراه مقدمة إلى :كلية الحقوق بجامعة بيروت ،لبنان .

خامساً:-الأبحاث والمقالات

١. أبو الغنم ؛مناور ، (٢٠٠٦)،"القانون الواجب تطبيقه على متعدد الجنسيات: دراسة مقارنة"، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، الأعداد (١، ٢، ٣) السنة الرابعة والخمسون .

٢. الأهواني؛ حسام الدين كامل، (يناير، ١٩٧٣)، "الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة. (بحث في مسائل الأحوال الشخصية) "، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، (٢٠١)، السنة الخامسة عشر.
٣. الحجايا؛ نور رحوم، (٢٠٠٣)، "رقابة الإختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، ١٨، (٧).
٤. الداودي؛ غالب علي، (١٩٩٨)، "إزدواج الجنسية في القانون الأردني المقارن" مجلة البلقاء، جامعة البلقاء، السلط، الأردن، ٥، (٢).
٥. الزعبي؛ محمد يوسف، (١٩٩٤)، "الاستغناء بحق الملكية عن حق التصرف"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات الإنسانية، جامعة مؤتة، الأردن، ١٠، (٢).
٦. راشد؛ سامية، (يوليه، ١٩٧٢) "قاعدة الإسناد أمام القضاء"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، (٢)، لسنة ١٤.
٧. رياض؛ فؤاد عبد المنعم، (١٩٥٩) "الاتجاهات المعاصرة في مسائل الجنسية"، مجلة القانون والاقتصاد، لسنة (٢٩)، مصر، (٣).
٨. محمد، اشرف وفا، (٢٠٠٥)، "آثار التوارث بين الدول على أعمال قواعد القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، (٦١).
٩. محمد عبد العال؛ عكاشه،
- أ- (١٩٩٩ كانون الثاني)، "النظام العام الإسلامي وارث الأجنبي في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت، بيروت، ٢، (٢).
- ب- (١٩٩٥)، "الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الاسناد"، مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها كلية الشريعة والقانون، الامارات العربية المتحدة، العدد التاسع، نوفمبر.

- 1-.BM NORTH, and JJ FAWCETT,(1992) ,"PRIVATE INTERNATIONAL LAW", CHESHIRE AND NORTH,S . TWELFTH EDITION . BUTTERWORTHS , LONDON , DUBLIN ,EDINBURGH.
- 2.DAVID H. VERNON,(1973),"CONFLICT OF LAWS ; CASES,PROBLEMS AND ESSAYS", MATTHEW BENOER,NEW YORK.
- 3-.DICEU AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS,(1967) , EIGHTH EDITION LONDON ,STEVENS&SONS LIMITED.
- 4-.GUY S. GOODWIN-GILL,(1978)," INTERNATIONAL LAW AND THE MOVEMENT OF PERSONS BETWEEN STATES", CLARENDON PRESS.OXFORD..
- 5- .KO SWAN SIK CHANG HYO SANG ,(1990)," NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW",IN ASIAN PERSPECTIVE ,T.M.C.ASSER INSTITUUT THE HAGUE. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS,DORDRECHT/BOSTON/LONDO.
- 6- O.Kahn- fREUND, 1980 , "GENERAL PROBLEMS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW",SIJTHOFF & NOORDHOFF,ALPHEN AN DEN RIJN,THE NETHERLANDS ROCKVILLE, MARYLAND,USA.
- 7 .R.H.GRAVESON,(1960)," THE CONFLICT OF LAWS" , FOURTH EDITION, LONDON ,SWEET /MAXWELL LIMITED 11 NEW FETTEL LANE .
- 8 STEPHEN. M , CRETNEY ,ECT.(2000), " FAMILY LAW", FOURTH EDITION ,LONDON ,SWEET (MAXWELL).
- 9.WILLIS I.M REESE AND MAURICE ROSENBERG,(1971)," CASES AND MATERIALS ON CONFLICT OF LAWS" ,SIXTH EDITION,MINEOLA, N.Y. THE FOUNDATION PRESS ,INC.

سابعاً: المجالات

١. مجلة نقابة المحامين الأردنية:-
أ- ١٩٩٩، الأعداد (٧،٨،٩)
ب- ٢٠٠٦، الأعداد (١،٢،٣)
٢. المجلة المصرية للقانون الدولي، والتي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي
، القاهرة، ٢٠٠٥، عدد (٦١)
٣. مجلة البلقاء، والتي تصدر عن جامعة البلقاء ، السلط ، الأردن ،المجلد الخامس
،العدد الثاني، ١٩٩٨.
٤. مجلة مؤتة للدراسات الإنسانية ، والتي تصدر عن جامعة مؤتة الأردنية:-
أ- ١٩٩٤،المجلد العاشر ، العدد(٢)
ب- ٢٠٠٣،المجلد ١٨،العدد (٧)
٥. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس،مصر:-
أ- ١٩٧٢، عدد ٢، لسنة ١٤، يولييه.
ب- ١٩٧٣، عدد(٢+١)يناير ،السنة الخامسة عشر.
ج- ١٩٩٤، عدد ٢، لسنة (٣٦)، تموز.
٦. مجلة الدراسات القانونية، التي تصدر عن جامعة بيروت:-
أ- ١٩٩٩، كانون الثاني ، عدد(٢) ،مجلد (٢).
ب- ٢٠٠٣، عدد(٢)
٧. مجلة العدل - ،مجلة نقابة المحامين ، بيروت:-
أ- ١٩٧١
ب- ١٩٧٢
ج- ١٩٧٣
د- ١٩٧٤

هـ-١٩٨٥

و-١٩٨٨ عدد ٢

ز-١٩٩٨، عدد ٢

٨. (النشرة القضائية) ، وزارة العدل اللبنانية:-

أ- ١٩٤٦

ب-١٩٥١

ج-١٩٥٢

د-١٩٥٤

هـ-١٩٥٥

ز-١٩٥٦

ح-١٩٦٠

ط-١٩٦٤

ي-١٩٦٧

ق-١٩٦٨

ل-١٩٦٩

ص-١٩٧٢

ض-١٩٧٣

٩. مجموعة اجتهادات حاتم، شاهين حاتم، بيروت ، مجلة حاتم:-

أ- ١٩٥١، ج١٣

ب-١٩٥٦، جزء (٢٩)

ج-١٩٦٥، جزء ٥٩

د- ١٩٩٧، جزء ٧٤

هـ-١٩٩٨، جزء ٧٥

١٠. المجلة القضائية الأردنية. التي تصدر عن المعهد القضائي الأردني، (١٩٩٩).
١١. مجلة القانون والاقتصاد ، التي تصدر عن جامعة القاهرة. ١٩٥٩، لسنة (٢٩)، عدد (٣).
١٢. مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها كلية الشريعة والقانون ،جامعة الامارات العربية المتحدة، العين، الامارات العربية المتحدة.، ١٩٩٥، عدد (٩).

ثامنا : المنشورات

- ١-المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، (١٩٧٧)، الجزء الأول، نقابة المحامين، المكتب الفني ،عمان،الأردن، مطبعة التوفيق.

تاسعا : التشريعات والقوانين

أ- القوانين الأردنية

١. الدستور الأردني ،لسنة ١٩٥٢.
٢. قانون انتقال الأموال غير المنقولة العثماني الصادر عام ١٩٢٨.
٣. (قانون التركات الأردني) رقم (٨) لسنة ١٩٤١.
٤. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والذي أصبح دائما عام ١٩٩٦/٣/١٦.
٥. قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠١ والقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢ والقانون رقم (٢٠) سنة ٢٠٠٥ والقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦.
٦. قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ وتعديلاته.
٧. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة ١٩٥٢.
٨. قانون البيئات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ المعدل بموجب القانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢.
٩. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠.

١٠. قانون اصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٥٩.
١١. قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة رقم (٢) لسنة ١٩٣٨.
١٢. قانون التنفيذ الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢.
١٣. نظام التركات وأموال الأيتام الاردني رقم (١) لسنة ١٩٥٥.

ب-القوانين اللبنانية

- ١-قانون الموجبات والعقود الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٩.
- ٢-قانون الإرث لغير المحمدين اللبناني ، الصادر بتاريخ ٢٣ حزيران، ١٩٥٩.
- ٣-قانون الملكية العقارية اللبناني الصادر بموجب القرار رقم (٣٣٣٩) ١٩٣٠/١١/١٢.
- ٤-القانون رقم (٧٣/٦٧) المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية اللبناني.
- ٥-قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٩/١٦.

عاشرا :- الموسوعات

موسوعة د. اللوز في أصول المحاكمات المدنية، طبعة ثانية .

حادي عشر :- الإتفاقيات

- أ- اتفاقية فينا للعلاقة الدبلوماسية لعام (١٩٦١)
- ب- اتفاقية (٥) إبريل ١٩٥٤ المتعلقة ببعض أحكام الجنسية بين دول الجامعة العربية.
- ج- إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على تصفية التركات.
- د- الاتفاقية الدولية بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية.