

المركز الإجرائي للقانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص على ضوء مبدأ التصرف بالدعوى وملكيته - دراسة مقارنة

عبدالله الضمور*

ملخص

في العديد من الدول وخلال سير إجراءات التقاضي تتباين بشكل خاص معايير وقواعد القانون بشأن التعاطي مع القانون الأجنبي ومرد ذلك يعزى الى مجموعة من العوامل لعل من أهمها تحديد الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد بالنسبة للقاضي وللخصوم، ذلك أن فعالية قواعد التنازع (الإسناد) المقررة في قانون القاضي ملزمة كانت أم مجردة من أي إلزامية إنما يعتمد في المقام الأول على الاتجاه الإجرائي في دولة القاضي بشأن التعاطي مع العنصر الأجنبي في الدعوى المدنية. وحيث يشكل مبدأ التصرف في الدعوى قوام تنظيم العلاقة بين القاضي والخصوم وتوزيع الإوار بينهما في إطار كل من الواقع والقانون، فإن نطاق وأحوال هذا المبدأ الإجرائي المرتبط بمبدأ المواجهة يمتد في إطار منازعات العلاقات الدولية الخاصة إلى مدى قد يفضي إلى إعمال وقبول الاتفاقات الإجرائية المستتدة الى مفهوم « العدالة الاتفاقية » بشأن القانون الواجب التطبيق في إطار منازعات العلاقات الدولية الخاصة. يستهدف هذا البحث سبراً لبعض أحوار القانون الدولي الخاص والقضاء المقارن بغية بلورة وإرساء بعض الأصول والمواقف الإجرائية التي تعين على رسم خارطة طريق للتعاطي مع القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وبلوره العديد من المواقف التي قد تسهم في صناعة القانون الدولي الخاص في الأردن.

الكلمات الدالة: القانون الدولي الخاص، العنصر الأجنبي، إلزامية قواعد الإسناد، القانون الأجنبي أمام القضاء الأردني، مبدأ التصرف في الدعوى، مبدأ المواجهة، القانون الإجرائي المقارن، الاتفاقات الإجرائية، العدالة الاتفاقية، القضاء الأردني.

المقدمة

في معرض المنازعة في إطار العلاقات الدولية الخاصة تبرز العلاقة الوثيقة بين قواعد الإجراءات المدنية وبين القانون الدولي الخاص، ذلك أن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وسير الدعوى والخصومة، وإعمال قواعد التنازع، والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية يمثل مجالاً للحديث حول تطبيق جملة من المبادئ العامة والقواعد الكلية التي تحكم سير الخصومة، كحسن سير العدالة والتقاضى، واحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم، والمحاكمة العادلة، وهي مبادئ عامة تحكم سير إجراءات التقاضي أمام جميع المحاكم على اختلاف أنواعها واختلاف توزيع ولاية القضاء فيما بينها.

وإذ تعين قواعد الإسناد في دولة القاضي *lex fori* - سواء أكانت مقررة بنصوص القانون الوطني¹، أم بموجب اتفاقية دولية- قانوناً واجب التطبيق² ليفصل في الدعوى موضوعاً³، فإن تحديد هذا القانون في إطار المنازعات الدولية الخاصة له خصوصية تبرز دورالقاضي والخصوم في إعمال النظام القانوني الذي يحكم النزاع، ذلك أن طبيعة معاملة القانون الأجنبي تكتسب أهمية في توزيع الأدوار والمسؤوليات بين القاضي والخصوم تبعاً لاختلاف الأنظمة القانونية المقارنة في تقرير صفة القانون الأجنبي بين اعتباره مجرد واقعة أو اعتباره مسألة من مسائل القانون. وتتجلى أهمية ذلك في حقيقة تكمن في أن الكثير من القوانين المقارنة قد التزمت الصمت بشأن تحديد إلزامية قواعد الإسناد، وبالنتيجة إلزامية القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، وتركت أمر بيان وتطور هذا الأمر لعناية القضاء مما يستتبع منح القضاء دوراً واسعاً وخلاقاً في صناعة القانون الدولي الخاص وتطوير مصادره وإرساء مبادئه⁴.

والحق أن تطبيق نظام قانوني ليس بالوطني على واقعة الدعوى التي يقدمها الخصوم يثير العديد من الصعوبات الإجرائية والموضوعية المرتبطة بالقواعد العامة التي تحكم سير الدعوى المدنية لدى القاضي الوطني التي غالباً ما يملكها الخصوم وفقاً

* كلية الحقوق، الجامعة الاردنية. تاريخ استلام البحث 2018/3/14، وتاريخ قبوله 2018/12/26.

لمبدأ التصرف بالدعوى وملكيته *Principle of Party Disposition* المقرر في كثير الأنظمة القانونية الإجرائية المقارنة⁵. ولطالما كانت قواعد الإجراءات وقواعد وأصول التقاضي محكمة بقانون القاضي *lex fori*، ويقطع النظر عن القانون الموضوعي الذي سيفصل في الدعوى موضوعاً، فإن لقانون الإجراءات المدنية دوراً محورياً في إطار إجراءات الخصومة المرتبطة بالعلاقات الدولية الخاصة، حيث إن لقواعد الإجراءات دورها في رسم خارطة الطريق فيما يتعلق بتوزيع المسؤوليات والواجبات بين الأطراف والمحكمة. وبالنسبة إلى ما تقدم يكون فهم النظام القانوني للمحكمة وقواعد الإجراءات التي تحكمها يمثل نقطة إنطلاق نحو ترتيب العديد من النتائج القانونية أخذاً في الاعتبار الاتجاه الإجرائي بين الأخذ بنظام المواجهة *Adversarial* أو النظام التتقيبي *Inquisitorial*⁶.

وبوصف آخر، فإن نطاق تطبيق القانون الإجرائي يمتد في كثير الأحيان ليقيد من نطاق القانون الدولي الخاص من خلال إنشاء قواعد خاصة لمعاملة وإعمال قواعد التنازع وتطبيق القانون المختص لحكم العلاقة الدولية الخاصة⁷، كتقرير السؤال في أحوال سكوت الخصوم عن الإشارة إلى العنصر الأجنبي في دعواهم فيما إذا كان يملك القاضي أن يتولى وتلقاء نفسه *ex officio* إثارة العنصر الأجنبي وبالنتيجة إعمال قواعد الإسناد ووضعها موضع التطبيق، أم يشترط ترك التسك بوجود العنصر الأجنبي للخصوم أنفسهم في الدعوى وبالنتيجة إمكانية تجريد قواعد الإسناد من كل صفة إلزامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فيما إذا كان يفترض علم القاضي الوطني بمحتوى القانون الأجنبي إن تقرر له صفة الإلزام أو الاختيار، ووجوب وأحوال وكيفية تطبيقه وفقاً لقاعدة افتراض علم القاضي بالقانون *Jura Novit curia*، أو تلك المسائل المتعلقة بالمرافعة حوله، وإثبات محتواه، والرقابة القضائية للمحاكم العليا على شروط وصحة وأحوال تطبيقه وتفسيره.

وإذ يكرس مبدأ التصرف بالدعوى المدنية في إطار العلاقات القانونية الوطنية القول إن الدعوى في المقام الأول مملوكة لأطرافها، أي أن أطرافها هم من يسيطرون على النزاع فيها وأنهم هم من يتولون إثارة الوقائع التي تتعلق بموضوع النزاع أو سببه القانوني، فإنه من المتيسر إستجلاء الدور السلبي الذي يحتله القاضي ضمن إطار الوقائع دون القانون. وما دام الأمر كذلك، فكيف وضمن أي أحوال يمتد نطاق تطبيق هذا المبدأ في تقرير النظام القانوني الذي يحكم العلاقة الدولية الخاصة في إطار القانون الدولي الخاص؟ فهل يكرس مبدأ التصرف في الدعوى وملكيته في إطار التعامل مع قواعد الإسناد الوطنية التي تعين القانون الأجنبي أخذاً في الاعتبار أن هذا الأخير في بعض الأنظمة القانونية المقارنة يعد مجرد واقعة في بعض الفروض⁸؟

ومن جهة أخرى، وبالنظر إلى أن مهمة القانون الدولي الخاص، المتضمن انفتاحاً على القانون الأجنبي، تكمن في تقديم أفضل الحلول المناسبة في إطار منازعات العلاقات الدولية الخاصة، فإن هذا الانفتاح لا يتضمن حكماً سابقاً مقررراً أفضليةً لقانون وطني⁹، بل يتضمن إمكانية تحقيق معاملة أخرى مختلفة للعلاقة الدولية الخاصة محل النزاع، ومعنى ذلك تحقيق معاملة لا تمثل بالضرورة إسقاطاً للحكم المقرر في المنازعات الداخلية على المنازعات الدولية¹⁰.

وطالما أن الدعوى مملوكة لأطرافها يساق التساؤل عن دور القاضي والخصوم في معرض المنازعة الدولية الخاصة، وإلى أي مدى يمكن أن تتأثر إجراءات التقاضي في المنازعات الدولية الخاصة بمفاهيم وإجراءات التقاضي ذات الطبيعة الاختيارية كالتحكيم مثلاً؟ و بعبارة أخرى، ضمن أية أحوال يمكن الإنطلاق من مفهوم العدالة «الإجبارية» التي يملكها القضاء في الفصل في المنازعات نحو مفهوم العدالة «الاتفاقية»¹¹ في أطوارها الإجرائية التي يرسم إطارها ويحدد محتواها وطرائقها الخصوم أنفسهم في الدعوى.

وبالمجمل، فإن العلاقة الدولية محل النزاع، والعنصر الأجنبي وتوافره، وتنازع القوانين وتعادلها، وقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية تمثل مجالاً للحديث حول تطبيق العديد من المبادئ العامة التي تحكم سير الإجراءات في الدعوى المدنية. ويتطلب هذا الأمر تكريس هذه الدراسة نحو الدور الذي يحتله كل من القاضي والخصوم في إطار العلاقات الدولية الخاصة، وبحث دور كل منهما في إعمال قواعد الإسناد المقرره لحكم العلاقة الدولية الخاصة، وتحقيق وتطبيق القانون الذي يحكم النزاع وفق منظور إجرائي يتمركز في المقام الأول حول مبدأ التصرف في الدعوى وملكيته، ومبدأ المواجهة *Principle of Contradiction* كمبدأ حاسم في ترجمة مبدأ التصرف بالدعوى.

و تحقيق بالقول إن البحث عن خصوصية هذه المسائل التقديمية جميعها يستوجب منا أولاً: قصر هذه الدراسة على التعاطي الإجرائي مع قواعد التنازع (الإسناد)، فقواعد التطبيق المباشر، أو قواعد البوليس *lois de police*، أو القواعد الضرورية *lois*

d'application nécessaire كما يسميها الفقه¹²، وقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وتنفيذ الأحكام الأجنبية لن تكون محلاً للبحث في هذه الدراسة، وثانياً: قصر الدراسة على محورين :

المحور الأول: يتعلق بمبدأ التصرف بالدعوى وملكيته وتأثيره على توافر العنصر الأجنبي اللازم لإعمال قواعد التنازع وفق منهج مقارنة بين الأنظمة القانونية في دول القانون اللاتيني Civil law ودول القانون الأنجلوسكوني Common Law، ولغايات هذه الدراسة فإن توافر العنصر الأجنبي ليس بمفترض، وإنما سنتحدث عن دور الأطراف والقاضي في تحديده وترتيب النتائج القانونية المترتبة على توافره في إطار العلاقات الدولية الخاصة.

والمحور الثاني: يتعلق بوضع هذا المبدأ الإجرائي في إطار تقرير صفة وإلزامية قواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي وفق ذات المنهج، ودون أن يجاوزها نحو تقرير وسائل وطرق إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، آخذين في الاعتبار جملة الاتجاهات والاختلافات والتطبيقات القضائية المعاصرة في القانون والقضاء المقارن وعلى الأخص في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية.

ولا تشكل هذه الدراسة، من وجهة نظرنا، تكراراً لما كتب في الفقه العربي حول صفة القانون الأجنبي وإلزاميته، بل بحثاً يحاول الباحث سبر بعض أغوار القانون والقضاء المقارن في تطورات المعاصرة، وتقديم بعض التوصيات والحلول التي قد تسهم في تطور وصناعة القانون الدولي الخاص في الأردن.

فتحدث ضمن عدة مباحث على التوالي حول مبدأ التصرف في الدعوى بوجه عام (1)، وعن دور القاضي والخصوم بشأن التعاطي مع العنصر الأجنبي وإعمال قواعد الإسناد في القانون المقارن (2)، وعن دور القاضي والخصوم بشأن تطبيق القانون الأجنبي في القانون المقارن (3). وعن موقف القانون الأردني من صفة قواعد الإسناد، وتطبيق القانون الأجنبي، مبرزين خلال هذا المبحث ببيان موقفنا من صفة وإلزامية وتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (4).

المبحث الأول

مفهوم ومحددات مبدأ التصرف في الدعوى في القانون الإجرائي

يعدّ مبدأ التصرف في الدعوى من المبادئ التي يقوم عليها التقاضي في المسائل المدنية، وقوامه أن الأطراف هم أصحاب الدعوى المدنية وهي مملوكة لهم، وأن القاضي لا يمارس اختصاصه إلا في الفصل في مسألة يقدمها الخصوم. فالدعوى لا تحرك إلا بناءً على طلب الخصم، وأن الخصوم هم من يملكون التصرف بها والسير بها، وأن لهم وحدهم من حيث الأصل الحق في إنهاؤها قبل أن يكونوا ملزمين ومقيدين بموجب الحكم القضائي أو بموجب القانون. وبمقتضى هذا المبدأ، فإن الأطراف هم من يحددون عناصر الدعوى، ويغنون الاعتراضات والمجادلات للمسألة محل النزاع التي تتألف من وقائع تتضمن العناصر الموضوعية للدعوى¹³. أي أن الأطراف هم من يسيطرون على وقائع الدعوى وعلى سببها وعلى موضوعها، ويحتفظ الأطراف بموجب هذا المبدأ بحق إسقاط الدعوى وإنهاء الخصومة مالم يمنع ذلك لاعتبارات متعلقة بالنظام العام أو بحقوق أحدهم.

ولفهم محددات هذا المبدأ في القانون الإجرائي نتحدث ضمن مجموعة من المطالب وبعبارة أولاً : عن نطاقه ضمن مسائل الواقع (1)، وعن نطاقه ضمن مسائل القانون (2)، لننهي نحو بيان موقف القانون الأردني بخصوصه (3).

المطلب الأول

دور القاضي والخصوم في إطار الواقع

ومبدأ التصرف في الدعوى هو مبدأ تطور في القانون الفرنسي منذ عام 1667، وشهد تطورات عام 1960 تحت تأثير ظروفات الفقيه Motulsky¹⁴، ووفقاً للفقه الفرنسي¹⁵، فإن دور القاضي سواء بالنسبة إلى الإجراءات أو بالنسبة إلى مسائل البيئات هو دور سلبي في المقام الأول، إذ يترك القاضي للخصوم زمام المبادرة خلال سير الدعوى ويرافقهم في سير الإجراءات وتقدمها حتى إصدار حكمه الفاصل في الدعوى بتطبيق القانون على الوقائع التي يدعونها. أي أن هذا الدور يكمن في مقولة (أعطني الواقع أعطيك القانون) *da*¹⁶

mihi factum dabo tibi jus وهي الأساس الذي يقام عليه مبدأ التصرف في الدعوى وملكيته.

ومن المقبول، تقليدياً، القول إن هذا الحق في ملكية الدعوى المدنية والتصرف بها يترجم في إطار السيطرة على سبب الدعوى وعلى موضوعها، وسبب الدعوى يتمثل في الواقعة القانونية مصدر الحق المدعى به، أو المركز القانوني المستهدف حمايته، وعلى ظروف الواقع في إطار تحقيق وتحديد القانون الموضوعي الذي يحكمها من خلال الادعاء المقدم للقاضي، والأمر محل النزاع يتحدد من خلال موضوع وسبب النزاع¹⁷.

فالأطراف هم من يقع عليهم عبء تقديم الواقع والادعاء وإثباته وفقاً للمواد (6،7،9) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية

CPC، وأن هذه المسؤولية في مهمتهم لسيت سوى نتيجة لحريتهم في إطار تحديد وحصر الدعوى ووقائعها، فالقاضي لا يملك الدعوى ولا يملك سيطرة على وقائعها إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام¹⁸.

ووفقاً للتقاليد القضائية في دول القانون المدني التي نهلت من القانون الفرنسي أن على الأطراف وليس على القاضي مهمة جمع وتقديم وإثبات عناصر الواقع، طالما أن الأطراف هم من يتولون تحديد الادعاء من خلال مطالباتهم وإثارة الوقائع التي يتسندون إليها في ادعاءاتهم. وهذا الفهم المبدئي لازم ومرتبب بمبدأ اجرائي آخر وهو *Principe immutabilité du litige*¹⁹، وهو مبدأ يقضي بمنع الأطراف من حيث الأصل من تعديل واقعة الدعوى وسببها احتراماً لضمائنات الدفاع²⁰. فمبدأ عدم التصرف في الوقائع بالنسبة إلى القاضي يمثل احتراماً لسبب الدعوى، حيث يفرض على القاضي ويمنع عليه أن يفصل في وقائع لم يأت الخصوم على تقديمها *ni ultra ni infra petita*، وهو ما يمثل مبدأ حياد القاضي، فالقاضي لا يفصل إلا فيما يطلبه الخصوم على نحو ما تنص عليه المادة (5/198) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. والقاضي ممنوع من الحكم والفصل في وقائع لم يأت الخصوم على ذكرها أو الإشارة إليها في ملف الدعوى وفقاً لمبدأ *Principe de l'indispensabilité des faits* المقرر في المادة (7) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية CPC، والقاضي الأردني كذلك لا يجوز له الفصل في أكثر مما يطلبه الخصوم وفقاً للقاعدة اللاتينية²¹ *non ultra petita*.

وعلى القاضي وفق هذا المبدأ دائماً أن يحترم ليس فقط المسألة محل النزاع، بل أن يفصل في الدعوى وفقاً لقواعد القانون التي تسري على الوقائع المقدمة من قبل الخصوم، و دون أن يجاوزها نحو إفتراض وقائع لم يأت الأطراف على تقديمها أو التمسك بها، وتترجم هذه الميزة إجرائياً في المهمة، فعلى الخصوم يقع عبء إثبات وإثارة الواقع لتأسيس الادعاء²²، فليس للقاضي أن يتولى مهمة تقديم الوقائع أو البحث عنه من حيث الأصل، بل أن له أن يتولى جمعها من أوراق وملف الدعوى. وهذا المبدأ يمس بشكل مباشر المدعي والمدعي عليه كذلك، ولا يقتصر الدور للمدعى عليه في إطار المنع أو تحديد ضوابط تقديم الوقائع وإثارة وقائع جديدة بالنظر إلى الوقائع المدعى بها من المدعي للرد عليه، بل وتقديم جميع الإعتراضات على الوقائع المدعاة من أجل إبعاد كل قاعدة قانونية يسعى المدعي نحو بلوغها²³.

ومهمة هذا الادعاء المكرس للأطراف في الدعوى تعفي القاضي من البحث عن وجود عناصر الواقع غير المثارة من قبل الخصم في إطار تأسيس دعواه. وينبغي في هذا الإطار أن تكون هذه الوقائع المثارة متعلقة بالادعاء من خلال ربطها بقواعد القانون²⁴، لأن القاضي من أجل أن يعترف بأحقية ادعاء ما وجب عليه أن يستظهر كفاية بيّنة بين القانون الواجب التطبيق والوقائع المثارة²⁵، فإن كانت الدعوى لا تتطوي على سببها فإنها تكون حقيقة بالرد.

المطلب الثاني

دور القاضي والخصوم في تطبيق القانون الوطني في إطار المنازعات الوطنية

تكربنا في مقدماً أن لقانون الإجراءات دور محوري في رسم خارطة الطريق فيما يتعلق بالإجراءات وتوزيع المسؤوليات والواجبات بين الأطراف والمحكمة بخصوص مسائل الواقع ومسائل القانون. وعند مقارنة الأنظمة القانونية المتعلقة بدور كل من الأطراف والخصوم والعلاقة بينهما، فإن الإجراءات القضائية عادة ما تختار إحدى النظم القانونية، فقد تختار نظام المواجهة *Adversarial*، أو قد تختار النظام التتبيبي *Inquisitorial*. ولننظر سريعاً نحوم بعض المفاهيم العامة في الأنظمة القانونية المقارنة.

في شأن تحقيق وتطبيق القانون في القضاء الوطني ضمن المنازعات ذات الصفة الوطنية فإن لدينا اتجاهان في القضاء الوطني المقارن، ففي دول القانون المدني *Civil Law Countries*، فإن القاضي من حيث الأصل هو المكلف بالبحث عن القانون وتطبيقه على وقائع الدعوى التي يقدمها الخصوم وفقاً لقاعدة إفتراض علم القاضي بالقانون *jura novit curia*، وهو الحال في فرنسا وسويسرا والأردن مثلاً. وفي بعض الدول كفرنسا مثلاً تتحدد هذه الصلاحية للقاضي في البحث عن النظام القانوني والقانون الواجب التطبيق في حدود الحقوق التي لا يملك الخصوم التصرف بها²⁶ *Right of disposition*، في حين أنه وفي دول القانون الأنجلوسكسوني *Anglo-Saxon*، فإن الأطراف هم في المقام الأول المسؤولون عن البحث في القانون وتقديم جميع المجادلات حوله أمام المحكمة التي تنتظر النزاع، فالقاضي وجب عليه أن يتمتع عن البحث عن القانون أو إثارة المسائل القانونية من تلقاء نفسه *ex-officio*، فقاعدة إفتراض علم القاضي بالقانون وفق النظام الأنجلوسكسوني ليست جزءاً من نظامه القانوني²⁷، أي أنه، وفي دول القانون الأنجلوسكسوني، ووفقاً لنظام المواجهة *Adversarial*، فإن الدور الأكبر هو للأطراف الذين يسيطرون على الإجراءات والواقع والقانون. وفي المقابل في دول القانون المدني، فإن الدور الأكبر في مسائل القانون هو على عاتق

القاضي²⁸، مع تقرير جملة من التطورات في القانون الفرنسي نحو إرساء نوع من التعاون بين القاضي والخصوم²⁹. وفي بعض الدول التي تتبنى النظام التتقيبي *Inquisitorial*، فإن القاضي وفي إطار مسائل الواقع والقانون يحتل دوراً واسعاً في الدعوى المدنية³⁰.

وبالنسبة للدول التي تتبنى نظام المواجهة، فإن للقاضي دوراً واسعاً إزاء المجادلات التي يقدمها الأطراف في الدعوى، فنظام المواجهة *Adversarial* مرتبط أشد الارتباط بمبدأ سيطرة الأطراف على الدعوى، وأن دور المحكمة هو دور سلبي خلال سير الخصومة في المقام الأول³¹. ولعل المجادلات التي سبقت لتبرير ذلك تكمن في منع الخطأ من جانب المحكمة، ومن ناحية أخرى في ضمان حياد القاضي³²، حيث يقتضي، ضمن هذا النظام، أن يكون الأطراف على قدر من المساواة في التمثيل طالما أن مسائل الشأن العام قلما تثار في نزاع خاص³³. وإذ يركز نظام المواجهة على حل النزاع بين الطرفين محققاً العدالة الإجرائية للوصول إلى العدالة القانونية، التي من المتصور أن هذه الأخيرة قد لا تمثل الحقيقة الواقعية للنزاع المطروح، فإن النظام التتقيبي يسعى نحو تحقيق العدالة الموضوعية بالنظر إلى تطبيق القانون الموضوعي، ولذلك فإن القاضي يملك دوراً واسعاً في البحث عن الواقع وتحقيقه وله الدور الأكبر في المسائل القانونية.

وبالبناء على ما تقدم، ففي دول القانون المدني، فإن أطراف الدعوى ليسوا ملزمين بشكل عام في تحديد الأساس القانوني لدعواهم أو بيان حكم القانون، وإنما متوجب عليهم في المقام الأول بيان الأسباب والأسانيد الواقعية لإدعائهم، فالمحكمة مفترض علمها بنصوص القانون، والقاضي ملزم بالبحث عنه وعن تطبيقه على الوقائع التي يقدمها الخصوم وفقاً لقاعدة *jura novit curia* ومع ذلك فإن صلاحية القاضي في تطبيق القانون من تلقاء نفسه عادة ما تكون محددة ومقيدة بتدابير إجرائية، ومبادئ تضمن العدالة الإجرائية *Procedural Fairness*³⁴ وعلى الأخص ما تعلق منها باحترام المواجهة بين المحكمة والخصوم وبين الخصوم أنفسهم³⁵.

والجدير بالذكر أن هذه العلاقة بين القاضي والخصوم في إطار القانون تشهد تطوراً كبيراً يدفع نحو تكريس إطار من التعاون بين الأطراف والقاضي، فالمخاطبون بالقواعد القانونية هم الخصوم أيضاً وليس القاضي وحده، وأن مهة القاضي هي تطبيق القانون من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذا التعاون بين القاضي والخصوم يجد مصدر تطوره نتيجة لتأثيرات قضاء التحكيم والعدالة الاتفاقية على التقاضي أمام المحاكم الوطنية³⁶، وهذا المفهوم في العدالة الاتفاقية يكرسه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة (4/12) حيث يملك القاضي الفرنسي الفصل في الدعوى صلحاً وتوفيقاً بين الطرفين ودونما التقيد بقواعد القانون حال أن إتفق الأطراف صراحة على ذلك. والقاضي في القانون الفرنسي يملك تكييف وإعادة تكييف الوقائع واعطائها الوصف القانوني، بيد أن هذه السلطة ليست مطلقة في القانون الإجرائي الفرنسي³⁷، وعلى هذا تجري المادة (3/12) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية نحو منح الخصوم بعض الحقوق ضمن مفهوم الحقوق التي يملك الأطراف التصرف بها *Libre disposition* من أن يقيّدوا من سلطة القاضي في إطار القانون³⁸ وهو ما سنتحدث عنه تفصيلاً.

المطلب الثالث

موقف القانون الأردني بشأن دور القاضي والخصوم في إطار الواقع والقانون

استلهمت قواعد النظام القانوني الإجرائي الأردني أساسها من النظام اللاتيني (الفرنسي) في المقام الأول، ففي قواعد الإجراءات الجزائية، فإن أهم ما يميزها هو الأخذ بالنظام التتقيبي *procédure inquisitoire* في حين تبنى النظام الأردني نظام المواجهة في الدعوى المدنية *accusatoire procédure*.

وكما ذكرنا سابقاً، فالدعوى المدنية في موضوعها هي ملك للخصوم ولا تهم بالأساس إلا مصلحة المتقاضين الذين يتحكمون فيها، لأن القاضي لا يمكن أن يفصل في نزاع مالم يطلب إليه ذلك من خصوم الدعوى. فالأطراف هم الذين يرفعون دعواهم ويحددون نطاقها من حيث الطلبات والموضوع، فهم اللذين يملكون وهدم حق إثارة الخصومة وتسبيرها، وإنهائها باعتبارها ملكاً لهم. وعلى هذا الأساس فإن إنعقاد الخصومة ومواصلة السير في الدعوى هو من عمل الأطراف، كما يمكن للأطراف أن يضعوا حداً للخصومة بالصلح أو الإسقاط المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني³⁹، وسواء أكان الإسقاط للخصومة مؤقتاً لتخلّف الخصوم عن الحضور (م5/67ق.أ.م.م)، أو كان الإسقاط بطلب من المدعى عليه (م126ق.أ.م.م)، أو باتفاق الطرفين أو إسقاطها إسقاطاً إستيفاء (م444) من القانون المدني. كما أن للخصوم الطلب إلى المحكمة وفي أي حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه من صلح أو أي اتفاق آخر في محضر الجلسة.... ويكون للمحضر في هذه الحالة قوة الحكم الصادر عن المحكمة (م78) من ق.أ.م.م.

والحق أن مبدأ التصرف في الدعوى لم يتبناه المشرع الأردني صراحة في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولا نجد له ذكراً في الاجتهادات القضائية الأردنية، إلا أننا نجد له صدى وفقاً للمواد (5-198) و(5-213) من ذات القانون التي قيدت نصوصها القاضي عند النظر في الدعوى بالوقائع والطلبات المقدمة إليه التي يدلى بها الخصوم.

وفي إطار الوقائع اشترط القانون تقديم لائحة دعوى مشار فيها إلى موضوع الدعوى وأسانيد الواقعية وطلبات الخصوم (م56). ويقع إثبات الوقائع المدعى بها على الخصوم في الدعوى لمن يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً وفق أحكام القانون⁴⁰. والبينة على من ادعى م(77) من القانون المدني). واستلزم قانون البيئات أن تكون الوقائع هي محل الإثبات وليس مسائل القانون، وألزم لقبولها أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائز إثباتها قانوناً⁴¹، وما ذلك إلا إقرار من قانون البيئات لمبدأ التصرف في الدعوى وتقرير ملكيتها للخصوم. ومؤدى ذلك أيضاً، أن القانون الأردني افترض علم القاضي بالقانون، وأن مهمة القانون وإيجاده وتطبيقه تقع على عاتقه، فلا يكون القانون محلاً للإثبات، وعلى هذا جرت أحكام المادة (103) من الدستور كما سنرى.

وبالنظر إلى نصوص القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون البيئات الأردني وما استقر عليه القضاء الأردني، فلن يكون من المتعذر تقرير أن القانون الأردني قد إختار بالضرورة منهجاً وسطاً بين نظام المواجهة والنظام التقييبي في شأن التعاطي مع سلطة القاضي إزاء الوقائع ووسائل الإثبات، وأن على الخصوم بيان الأسانيد الواقعية للنزاع، وأن على القاضي تطبيق القانون على الوقائع مع تقرير بعض من الصلاحيات لقاضي الموضوع في إطار الواقع. فلقاضي الموضوع في إطار الواقع أن يستجوب الخصوم حول المسائل الضرورية للفصل في الدعوى (م2/76)، وأن له توجيه اليمين المتممة لأي من طرفي الدعوى⁴²، وأن له إجراء المعاينة والخبرة لأي أمر يرى لزوم الخبرة عليه م(1/83)، وأن له إعادة فتح المحاكمة للتثبت من أي أمر وسماع أية بيينة يراها ضرورية للفصل في الدعوى م (3/158). وقد أكدت محكمة التمييز على هذا النهج في إطار توزيع العلاقة بين الخصوم والقاضي، فقررت في حكم لها عام 2017: (...) إستقر الاجتهاد القضائي على أن تكييف الدعوى وإعطائها الوصف القانوني المقرر لها يعود لمحكمة الموضوع حسب الغرض منها وما على الخصوم إلا إبراز الوقائع المادية وتقديم البيينة القانونية وللمحكمة أن تقوم بعد ذلك بتطبيق حكم القانون على الوقائع المادية وفقاً لقرار تمييز حقوق (2003/1843)⁴³.

ومن جهة أخرى، فليس من اختصاص محكمة التمييز (محكمة القانون) سوى السهر على وحدة وصحة تطبيق القانون من قبل محاكم الموضوع التي منحها القانون سلطة تقديرية واسعة في استخلاص واقعة الدعوى كما قدمها الخصوم وتطبيق القانون عليها، ولا تملك محكمة التمييز الرقابة على الواقع إلا إستثناءً⁴⁴. أي أن هذه الرقابة تنحصر في صحة استخلاص الوقائع من قبل محاكم الموضوع، بأن تكون واقعة الدعوى التي استخلصها القاضي متعلقة بالدعوى، وأن استخلاصها سائغاً متفقاً مع العقل والمنطق وبلا شطط، وأن لها أصل ثابت في أوراق الدعوى وسائر البيئات التي قدمها وتناقش بها الخصوم، وما ذلك إلا تكريس لاحترام مبدأ المواجهة ومبدأ التصرف في الدعوى وملكيتها لأطرافها.

ويشكل مبدأ حياد القاضي تطبيقاً وإمتداداً لذات المبدأ، فلا يمكن للقاضي نتيجة لذلك أن يؤسس إقتناعه إلا على عناصر الإثبات التي أدلى بها الخصوم وتناقشوا بها، والقاضي ممنوع من الحكم بعلمه الشخصي⁴⁵. فلا يستند عند البت في النزاع على معلومات الشخصية المتعلقة بالجانب الواقعي للنزاع التي إستقاها من خارج إطاره ودون أن تكون محل نقاش بين المتقاضين سواء توفرت لديه تلك المعلومات بموجب الصدفة أو نتيجة لتحريات خاصة قام بها دون علم المتقاضين⁴⁶. ولا يعني أن حياد القاضي يصادر كل حقة في توجيه الدعوى وإدارتها، بل هو حياد إيجابي أخذاً بمبدأ الإثبات المختلط كما عبرت عن ذلك محكمة التمييز الأردنية⁴⁷.

وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن مهمة وتقديم وإثبات الواقع هي على عاتق الخصوم في المقام الأول، وأن تحديد النص القانوني وتطبيقه هي من واجبات المحكمة، بل واعتبر القضاء الأردني أن واجب المحكمة إزاء القانون هي من متعلقات النظام العام، فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 2007/2353 بقرار الهيئة العامة بقولها: (... أن تطبيق الاتفاقيات الدولية والقوانين من اختصاص القضاء دون أن يترك لأطراف الخصومة اختيار الاتفاقية أو القانون الذي يرغبون فيه لأن ذلك من متعلقات النظام العام ويشترط في ذلك أن تكون الاتفاقيات والمعاهدات الدولية قد مرت بمراحلها الدستورية في البلد الذي ينظر النزاع). واستقر الاجتهاد القضائي كذلك على أن البيئات هي من حق الخصوم وأنها لا تتعلق بالنظام العام، وما كل ذلك إلا تطبيق لمبدأ حق التصرف في الدعوى وملكيتها.

ومن جهة أخرى، فقد خففت محكمة التمييز الأردنية من قيود العرف كقاعدة من قواعد القانون في إطار المنازعات التجارية، فلم تجعل من قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون ممتدة نحو العرف، فقررت في حكم لها عام 2005 أن إثبات العرف يقع على مدعيه⁴⁸.

المبحث الثاني

دور القاضي والخصوم بشأن التعاطي مع العنصر الأجنبي وإعمال قواعد الإسناد في القانون المقارن

إن إلزامية قواعد الإسناد إنما تحدد وفق منظور القانون الوطني للقانون الأجنبي وإمكانية تطبيقه على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني. ووفق هذا المفهوم فإن قواعد التنازع بالنسبة للخصوم أو القاضي قد تكون ملزمة وقد تكون غير ذلك. وليست صفة الإلزام لقواعد الإسناد هي المعول عليها فقط لتقرير إمكانية تطبيق نظام قانوني أجنبي، ذلك أن توافر العنصر الأجنبي الذي يمس العلاقة القانونية في أشخاصها أو في موضوعها أو في مصدر الواقعة القانونية التي تولد عنها الإلتزام هو الذي يحدد نطاق البحث وإعمال هذه القواعد، فمتى تبين أن العلاقة القانونية محل النزاع هي علاقة دولية خاصة فإن ذلك يعني إمكانية تطبيق نظام قانوني أجنبي. بمعنى أنه متى تقرر اختصاص القاضي الوطني بنظر الدعوى في إطار القانون الدولي الخاص، فإن ذلك لا يستتبع بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني لحكم العلاقة الدولية الخاصة، ولهذا ليس غريباً أن يقرر الدستور الأردني في المادة (103) هذه المكنة والانفتاح لإستقبال وتطبيق القانون الأجنبي كما سنرى لاحقاً في الحديث عن موقف القانون الأردني.

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين : نتحدث فيه عن العنصر الأجنبي بوجه عام (1)، وعن المركز الإجرائي للعنصر الأجنبي وقواعد الإسناد في القانون المقارن(2)

المطلب الأول

توافر العنصر الأجنبي

فبالإضافة إلى المعيار الإقتصادي⁴⁹، يشكل وجود العنصر الأجنبي الذي يمس العلاقة القانونية أهم المعايير المتبعة في تقرير دولية العلاقة القانونية الخاصة وتمييزها عن العلاقة الوطنية، فوجود العنصر الأجنبي (الخارجي Extranecity) هو أمر واقعي متعلق بظروف الواقع يجعل العلاقة القانونية مرتبطة بنظام قانوني ليس بالضرورة أن يكون وطنياً، مما يفضي إلى التنازع وإمكانية تطبيق قانون أجنبي. وبعبارة أخرى، فإن توافر العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية هو الذي ينقلها من مجرد علاقة وجب أن تحكم بالقانون الموضوعي الوطني نحو إعمال قواعد القانون الدولي الخاص (قواعد التنازع)، مع وجوب مراعاة عدم تعلق النزاع بقواعد قانون التجارة الدولية الموضوعية، أو وجود قاعدة من قواعد التطبيق المباشر أو قواعد البوليس⁵⁰.

وقد يكون العنصر الأجنبي بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين هو الجنسية، أو مكان ومحل الإقامة، أو الديانة في بعض الأنظمة القانونية، وقد يكون بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية هو الجنسية أو مكان التسجيل أو مركز العمل، أو مركز الإدارة الرئيسي الفعلي. وقد يكون بالنسبة إلى موضوع العلاقة هو مكان وجود المال، وقد يكون بالنسبة إلى السبب القانوني المنشئ للعلاقة هو مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو مكان حصول الواقعة التي تولد عنها الإلتزام غير التعاقدية، وقد يكون بالنسبة إلى التقاضي والاختصاص وإجراءات المحاكمة هو قانون المحكمة⁵¹.

وعادة ما يكون العنصر الأجنبي عامل إرتباط واقعي، فهو في المقام الأول مسألة من مسائل الواقع التي تملي أن التعامل مع توافره في العلاقة القانونية وترتيب آثار قيامه إنما هي مسألة ترتبط بقواعد الإجراءات وكيفية تعاطي هذه القواعد مع مسائل الواقع. والعنصر الأجنبي والحال كذلك هو نقطة إنقاء بين قواعد التنازع وقواعد الإجراءات وعلى الأخص في التقاليد القانونية في دول القانون المدني⁵². وإذا علمنا أن الوقائع هي ملك للخصوم ولا تثار إلا من قبل الخصوم وفقاً لما بيناه في المبحث المتقدم ، فهل يملك القاضي أن يتصدى للوقائع (العنصر الأجنبي) *Facts suo motu* ؟ بعبارة أخرى، وبخلاف التعاطي مع الوقائع التقليدية في إطار النزاعات ذات الطبيعة الوطنية التي هي مملوكة في المقام الأول للخصوم كما أوضحنا في المبحث الأول، هل يملك القاضي إزاء الوقائع التي يترتب عليها تقرير التعاطي وإعمال قواعد الإسناد أي دور؟

الحق أن المركز القانوني الإجرائي للعنصر الأجنبي هو الذي يحدد دور كل من القاضي والخصوم في هذا الإطار، وهو كما نكرنا مسألة ترتبط أشد الإرتباط بالقانون الإجرائي للمحكمة التي تنظرالنزاع وهو ما سنبينه تالياً.

المطلب الثاني

المركز الإجرائي للعنصر الأجنبي في القانون المقارن

إن فعالية قواعد الإسناد ملزمة كانت أم اختيارية تعتمد في المقام الأول على الاتجاه الإجرائي *Procedural approach* للعنصر الأجنبي، و من مطالعة كثير من الأنظمة القانونية المقارنة نجد أنها لم تستقر على تقرير موقف تشريعي موحد بخصوص إستكشاف العنصر الأجنبي بحكم أن هذا الأمر قد ترك لعناية القضاء. فإن لم تكن قواعد الإسناد ملزمة، فإن القاضي ليس بملزم على إعمالها إن لم يتم الخصوم بالتمسك بها، وإن كانت ملزمة، فإن على القاضي أن يتولى من تلقاء نفسه *ex-officio* إثارتها. والتحليل المقارن يظهر العديد من الاتجاهات بخصوص المركز الإجرائي للعنصر الأجنبي⁵³.

الاتجاه الأول: يمثل هذا الاتجاه معاملة العنصر الأجنبي معاملة الوقائع وفقاً للقواعد العامة المطبقة بخصوص التعاطي مع الوقائع التقليدية في المسائل المدنية⁵⁴، وهذا الاتجاه مرتبط أشد الارتباط بمبدأ التصرف في الدعوى وملكيته من قبل الأطراف *Party disposition*، فطالما أن الوقائع هي من حقوق الخصوم، فإن النتيجة الكبرى هي أنه وبمجرد إكتشاف العنصر الأجنبي فإن ذلك يستتبع تطبيق وإعمال قواعد الإسناد في قانون القاضي. وبالبناء على ما تقدم، فإن وجود العنصر الأجنبي مرتبط بوعي الأطراف وعلمهم به، وبرغبتهم في الحصول على مزاياه، ذلك أن المحكمة لا تفصل إلا في الوقائع التي يقدمها الأطراف دون أن تسعى نحو البحث عن وقائع قد تستتبع تقرير وتبدل النظام القانوني الذي سيحكم الدعوى. فإن لم يرغب الأطراف في إثارة العنصر الأجنبي أو التمسك به فلا يسري القانون الأجنبي فلا مجال لإعمال قواعد الإسناد⁵⁵. وهذا الاتجاه مطبق في العديد من دول القانون الأنجلوسكوني كإنجلترا وأيرلندا، والولايات المتحدة الأمريكية⁵⁶. ففي إنجلترا، فإن لقواعد الإسناد الصفة الاختيارية أو على الأقل عندما تعين قانوناً أجنبياً واجب التطبيق فلا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه بل يكون تطبيقها بناءً على طلب من الخصوم⁵⁷.

ولعل السبب في ذلك يعزى إلى مبدأ المواجهة *Adversarial* في الإجراءات، فالدور هو للخصوم في تقديم الوقائع، حيث يبقى القاضي محايداً بشأن الوقائع مقتصرًا على الملاحظة وحكم النشاط الإجرائي للأطراف في إطار الدعوى، فليس له وفق هذا النظام -ومن تلقاء نفسه- أن يستكشف العنصر الأجنبي المفضي نحو إعمال قواعد الإسناد التي قد تؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي. ولعل هذه الصفة لقواعد الإجراءات تضي إلى تقرير الاتفاقيات الإجرائية *Procedural agreements*، وهو ما يعني أن الأطراف لهم تجنب قانون أجنبي بمجرد عدم إثارة العنصر الأجنبي في الدعوى أو التمسك به. وفي النظام اللاتيني كذلك -ومن حيث الأصل- فإن الدور السلبي للقاضي هو نتيجة لصفة المواجهة للإجراءات المدنية، وعليه ففي الدول التي تنتهج هذا المنهج بشأن التعاطي مع العنصر الأجنبي *Dispositive approach*، فإن القاضي ليس ملزماً أو لديه سلطة أن يستكشف العنصر الأجنبي طالما أن الأطراف إرادوا إستبعاده، وبالنتيجة، فإن مكنة قواعد الإسناد هي تحت تصرف الأطراف إن رغبوا في التمسك بها أو إستبعاده، مما يبرز نوعاً من التدابير الاتفاقية في إطار العدالة والتقاضى⁵⁸.

وعلى هذا وجب أن تمتد سلطة القاضي نحو تنبيه الخصوم إن كان في نيته قياس أثر وجود العنصر الأجنبي إن ظهر له خلال مناقشات الأطراف بشكل عرضي. أي أن عليه واحتراماً لمبدأ المواجهة *Contradiction* التي يفرض عليه⁵⁹، أن يسمح للأطراف بالمناقشة حول العنصر الأجنبي، ورغبتهم في التمسك به إن رغبوا، طالما أن وجوده قد يؤدي إلى تغيير في النظام القانوني الذي سيحكم الدعوى، ولا نعتقد بوجود مانع من دعوة الأطراف لسماع رأيهم وتقديم مطالعاتهم احتراماً لذات المبدأ حتى وإن كان من حق القاضي أن يتولى البحث عن العنصر الأجنبي *Soft ex-officio duty*⁶⁰.

وأما الاتجاه الثاني: فيمكن في عزل العنصر الأجنبي من سياق الوقائع والتعامل معه على نحو منفرد على خلاف النظام الإجرائي الذي يتعامل مع الوقائع التقليدية في القانون الداخلي، فوفقاً لهذا الاتجاه الذي يسود في الدول التي تنتهج النظام التتقيي *Inquisitorial*، فإن للقاضي ومن تلقاء نفسه أن يقوم بإستكشاف العنصر الأجنبي طالما أنه يملك القانون ويملك فرضه على الأطراف. ومن الدول التي تنتهج هذا الاتجاه إيطاليا، وبولندا، ورومانيا، وألمانيا حيث يملك القاضي دوراً إيجابياً في البحث عن عناصر الواقع *Fact-finding*، ووفقاً لهذا الاتجاه، إن لم يكتشف العنصر الأجنبي، فإن ذلك يعني أن القاضي قد فشل في تطبيق قواعد الإسناد⁶¹.

وفي ألمانيا، فإن قواعد الإسناد (التنازع) تعد قواعد الإسناد ملزمة توجب على القاضي أن يتولى إعمالها من تلقاء نفسه، وبالنتيجة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهو ما عبر عنه الفقيه *Savigny* بقوله: تتضمن قواعد القانون الداخلي أوصافاً وتعاطياً مع قواعد التنازع، فإن القاضي في بلدنا عليه أن يطبق ويعمل هذه الأوصاف⁶². وفي هذا الصدد تشير إلى المادة (293) من قواعد الإجراءات المدنية الألمانية *ZPO*⁶³، التي قيل بشأنها أن هذا النص لا يحل بشكل صريح السؤال حول

إلزامية قواعد التنازع، ولكنه يسمح للقاضي اللجوء إلى وسائل مختلفة لإثبات وفهم محتوى القانون الأجنبي إن لم يكن على علم به⁶⁴، وقد فسر كل من الفقه والقضاء أن هذا النص يتضمن واجباً على القاضي أن يبحث عن القانون الأجنبي ومن تلقاء نفسه⁶⁵. وعلاوة على كل ذلك، فإن المادة (545) من قواعد الإجراءات المدنية ZPO تشير إلى أن الطعن أمام المحكمة الفيدرالية مقتصر على مخالفة القانون للقانون الفيدرالي ويسري هذا الحكم على القانون الأجنبي عند تطبيقه من المحاكم الأدنى⁶⁶. وفي إسبانيا تنص المادة (6/12) من القانون المدني الإسباني: أن على المحاكم والسلطات الإسبانية تطبيق قواعد الإسناد⁶⁷. وفي إيطاليا، فإن صفة العنصر الأجنبي من حيث الأصل، مستمدة من الطبيعة الإلزامية لقواعد الإسناد، فطالما أن قواعد الإسناد ملزمة، فإن القاضي ملزم بالبحث عن العنصر الأجنبي. فإن لم يسمح للقاضي بالبحث عن العنصر الأجنبي، فإن ذلك يستتبع السماح للأطراف بالتخلي عن قواعد الإسناد وبالنتيجة عن القانون الأجنبي، وهو أمر متعذر وفق هذا الاتجاه. وعلى هذا جرت المادة (14) من القانون الدولي الخاص الإيطالي على وجوب تصدي المحكمة للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، ويملك القاضي وفق هذا النص أن يلجأ بالإضافة إلى الوسائل المقررة في الاتفاقيات الدولية إلى جميع المعلومات من خلال وزارة العدل، والخبراء و المراكز المتخصصة. والموقف من إلزامية قواعد الإسناد والقانون الأجنبي وواجب المحكمة في البحث عنه وتطبيقه والبحث عن أي عنصر يؤدي إلى تطبيقه بالنظر إلى إلزامية قواعد القانون الدولي الخاص الإيطالي قد تأكد عام 2014 بموجب حكم لمحكمة النقض الإيطالية، حيث فصلت المحكمة الإيطالية بشأن إلزامية قواعد القانون الدولي الخاص الإيطالي وواجب المحكمة إزاءه بخصوص قضية إثبات نسب لطفلة ولدت في فرنسا أدعت والدتها الكندية أنها ابنة لمصمم أزياء إيطالي مشهور، واعتبرت المحكمة أن لقواعد الإسناد الصفة الإلزامية، وأن هذه الصفة الإلزامية تتضمن واجباً على المحكمة في التصدي له ومن تلقاء نفسها حتى ولو كانت على غير رغبة الخصوم في الدعوى⁶⁸.

وأما الاتجاه الثالث: وهو الاتجاه المختلط الذي يمثل مركزاً وسطاً بين الاتجاهين حول التعامل مع العنصر الأجنبي، وحسب هذا الاتجاه المعتمد على طبيعة المسألة محل النزاع، فإن العنصر الأجنبي يعامل معاملة الوقائع من حيث الأصل، ولكنه يعامل معاملة الواقعة من «طبيعة خاصة»، أي عدم اعتبار العنصر الأجنبي من عداد الوقائع التقليدية، ويعني ذلك أن على القاضي أن يتحقق من وجود العنصر الأجنبي ومن تلقاء نفسه *ex officio*، وأن تطبيق أي منهما يعتمد على معايير مختلفة⁶⁹. ففي ألمانيا كذلك، فإن التعاطي مع العنصر الأجنبي يعتمد كذلك حول نوع الإجراء، فإن كانت المحاكمة تتم وفقاً لنظام المواجهة، فإن العنصر الأجنبي متروك للأطراف إثارته والتمسك به، وإن كانت الإجراءات تتم وفقاً للنظام التقني فالأمر متروك للقاضي أن يبحث عن العنصر الأجنبي حتى ولو لم يكن محلاً للمناقشة بين الأطراف. والواقع أن استخدام النظام التقني معمول به في ألمانيا في حالات ومعاملات مختلفة كالزواج، والطلاق، والبنوة، ومسؤولية الأبوين وغيرها من المسائل الشخصية ومسائل المصلحة العامة⁷⁰.

وفي فرنسا وبلجيكا، فإن التمييز بين الإلزامية وغير الإلزامية للتعامل مع العنصر الأجنبي يعتمد على طبيعة الحق في المسألة محل النزاع، فالاجتهاد القضائي الفرنسي يقيم التمييز في التعامل الإجرائي للعنصر الأجنبي وقواعد التنازع على قابلية الحق للتصرف *Availability of the disputed rights*، فإن كان الحق بذاته قابلاً للتصرف والتنازل كان من حق الخصوم التصرف به، وبالنتيجة إستبعاد العنصر الأجنبي والقانون الأجنبي⁷¹، كما سنرى لاحقاً. وفي المقابل، عندما يكون الحق غير قابل للتصرف، فإنه يكون مملوكاً للقاضي وليس للأطراف، ويقع على القاضي أن يستظهر العنصر الأجنبي من خلال تحقيق مستقل في وقائع في الدعوى⁷².

والجدير بالذكر أن صلاحية القاضي في تحديد النظام القانوني في إطار العلاقات الدولية قاصر على التقاضي الوطني *Litigation*، أما المحكم، فكما نعلم، فلا يملك قواعد إسناد *lex fori*، بحكم أنه يستمد سلطته من إرادة الأطراف⁷³، فلا يملك من حيث الأصل سوى تطبيق النظام القانوني الذي قبله الأطراف. وعلى هذا جرت المادة (26) من قانون التحكيم الأردني بقولها: أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ب- إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع.

المبحث الثالث

دور القاضي والخصوم في تطبيق القانون الأجنبي في القانون المقارن

وتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني يعتمد كما ذكرنا على تقرير صفة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، وعلى

التعامل الإجرائي مع هذا القانون. وسنقتصر في هذا المبحث على أحوال وصفة تطبيق هذا القانون من خلال بيان موقف القانون الفرنسي والقانون الأمريكي، ودون معالجة وسائل إثباته ولا الرقابة القضائية للمحاكم العليا على تطبيقه، فنخصص المطلب الأول لبيان موقف القانون الفرنسي من إلزامية قواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي (1)، ونخصص المطلب الثاني للحديث حول موقف القانون الأمريكي من تطبيق القانون الأجنبي (2).

المطلب الأول

موقف القانون الفرنسي من إلزامية قواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي

وكما ذكرنا من قبل، فإن التمييز بين الإلزامية وغير الإلزامية للتعامل مع العنصر الأجنبي يعتمد على طبيعة الحق في المسألة محل النزاع، والتزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه بالنظر إلى قابلية أو عدم قابلية الحق للتصرف به من قبل الأطراف، فإن كان الحق غير قابل للتصرف فلا يملك الأطراف الاتفاق على إستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد التي تعينه⁷⁴.

وحتى تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتطبيق قواعد الإسناد يجب أن يظهر العنصر الأجنبي خلال سير الإجراءات، ففي تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث في الأموال المنقولة حسب القانون الفرنسي يجب أن يعلم القاضي الفرنسي أن آخر موطن للمتوفى كان خارج البلاد. وعادة ما يظهر العنصر الأجنبي خلال سير الإجراءات وتقديم لوائح الدعوى مما يمكن من التعرف عليه بكل سهولة ويسر، ولكن ما الحكم حال أن أخفى الأطراف العنصر الأجنبي في مذكراتهم؟

والأطراف ملزمون وفق قواعد الإجراءات أن يكشفوا عن بعض المعلومات كالجنسية أو الموطن، والقاضي مخول في أن يعتمد على هذه المعطيات في إطار البحث عن القانون المختص طالما أنه مكلف قانوناً بمهمة تطبيق القانون على الوقائع، ولكن عليه أن يحترم مبدأ المواجهة بين الخصوم. وهذا المبدأ يفرض عليه- كما أشرنا من قبل- أن يعمل فيما بينه وبين الخصوم من أجل سماع مطالباتهم حول شروط وصحة تطبيق قواعد الإسناد على نحو ما تشير إليه المادة (16) من قانون الإجراءات المدنية. وتشمل صلاحية القاضي في أن يطلب من الخصوم بيان جميع الظروف وإستجابات الخصوم حول جميع المسائل التي يرى أنها ضرورية للفصل في الدعوى وفقاً للمادة (8) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ففي دعوى نظرتها المحاكم الفرنسية متعلقة بالبحث عن البنية الطبيعية التي تخضع للقانون الوطني للأمم حسب قواعد الإسناد الفرنسية، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مجرد ظهور الأم وفقاً لوقائع الدعوى بأنها كانت تحمل تصريح الإقامة على الأرض الفرنسية، كان يجب أن يسترعي اهتمام القاضي بأنها لا تحمل الجنسية الفرنسية⁷⁵. وفي المقابل كما يقول الفقيه مايير Mayer ، فإن يطلب من القاضي طالما أنه لا يوجد عنصر أجنبي في العلاقة أن يجري بحثاً مستقلاً لمصلحة تقرير توافر ذلك العنصر من أجل الوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي، فمعظم الدعاوى التي تنظرها المحاكم الوطنية هي خاضعة للقانون الوطني مما يستتبع تقرير وجود قرينة بسيطة لمصلحة القانون الوطني تستتبع تقرير الغلبة لقانون القاضي *lex fori*⁷⁶. ويتصور ذلك أيضاً في حالة تعدد الجنسيات بالنسبة إلى أحد أطراف الدعوى، فإن توافر شك للمحكمة حول جنسية أحد أطراف الدعوى والذي من الممكن أن يحمل تأثيراً على القانون الواجب التطبيق فإن على المحكمة أن تتصدى لذلك. وفي هذا الصدد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكماً لمحكمة العليا أنه كان يجب على محاكم الموضوع أن تبحث في جنسية هذا الشخص⁷⁷.

وبالبناء على ما تقدم، يشكل مبدأ التصرف في الدعوى الذي يحمي سلطة الأطراف في تحديد موضوع النزاع الذي يقدم إلى القاضي بواسطة الادعاءات المتبادلة لأطراف الدعوى الأهمية الكبرى في هذا الشأن، مع ملاحظة أن سلطة القاضي في البحث عن العنصر الأجنبي من تلقاء نفسه تكون مستندة إلى أن مهمته تكمن في تطبيق القانون والبحث عنه ولكن من غير أن يملك صلاحية في تعديل موضوع الدعوى أو سببها أو حتى طبيعتها وفقاً لمبدأ التصرف في الدعوى.

ولننظر تالياً كيف يترجم مبدأ التصرف في الدعوى في إطار الاتفاقات الإجرائية أمام القضاء الفرنسي.

يعرّف الاتفاق الإجرائي على أنه صلاحية الخصوم في الدعوى بالاتفاق فيما بينهم على الطلب من المحكمة بأن تطبق قانوناً آخر غير ذلك المعين بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي *lex fori*. ويميز الفقه الفرنسي⁷⁸ بين الاتفاق الإجرائي *Accord Procédural* وبين الاتفاق الموضوعي *Accord de Fond*، حيث يجد الاتفاق الإجرائي أساسه القانوني في مبدأ التصرف في الدعوى *Principe dispositif*، في حين يجد الاتفاق الموضوعي أساسه في مبدأ سلطان الإرادة الذي يشكل

ضابط إسناد في الإلتزامات التعاقدية وهو ما يفضي إلى اختيار القانون الواجب التطبيق كقانون للإرادة. ويمثل هذا الاتفاق الإجرائي، والذي يقع أمام القضاء، تخفيفاً من قيود قواعد الإسناد والإزاميتها، ويمثل قاعدة إسناد إضافية تخول للأطراف إستخدامها في الأحوال التي تكون فيها الحقوق قابلة للتصرف، وتحقق هذه المكنة فائدة للأطراف تتمثل في الخروج عن القانون الذي تحدده قواعد الإسناد نحو تطبيق قانون أكثر معرفة أو اقتصاداً بالنسبة إليهم. وقبل الحديث عن الاتفاق الإجرائي، لننظر في تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي⁷⁹ وموقفه من إلزامية قواعد الإسناد والقانون الأجنبي بالنسبة لكل من القاضي وللخصوم وفق منظور إجرائي يسهم في بلورة التعاطي مع مبدأ التصرف بالدعوى وملكيته. يمثل الاجتهاد القاضي الفرنسي جانباً واضحاً من عدم الثبات من جهة، والتطور من جهة أخرى. فمتى كانت قاعده الإسناد لاتتعلق بالنظام العام، فإن على الأطراف أن يتولوا إثارتها أمام محاكم الموضوع. ونشير في هذا الصدد إلى قضية *Bisbal*⁸⁰ 1959، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن قواعد الإسناد الفرنسية، التي قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي (الإسباني) الذي يحرم الطلاق، لا تتعلق بالنظام العام، وأن على الخصوم في الدعوى أن يتولوا إثارتها والتمسك بتطبيقها أمام محاكم الموضوع، فلا تثريب على محاكم الموضوع إن فصلت في الدعوى وفق أحكام القانون الفرنسي بدلاً من تطبيق القانون الأجنبي (الإسباني) الذي تعينه قواعد الإسناد الوطنية.

ثم تبدل الاجتهاد عام 1960 نحو عدم الإشارة إلى فكرة النظام العام لتبرير الحكم، وتمثل ذلك في قضية *Compagnie Algérienne de Crédit de Banque*، حيث سكت الخصوم في الدعوى عن إثارة قواعد الإسناد فلم تطبق محكمة الاستئناف القانون الوطني، بل بحثت في قواعد الإسناد التي عيّنت القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، فقررت محكمة النقض الفرنسية أنه من الجائز قانوناً لمحكمة الاستئناف أن تعمل قواعد الإسناد وأن تطبق من تلقاء نفسها القانون الأجنبي المختص. وقد انتقد هذا الحكم أشد إنتقاد، بحكم أنه جعل من قواعد الإسناد القانونية من درجة قانونية ثانية يملك القاضي أن يطبقها أو لا يطبقها، فإن فعل فإنها تصبح مفروضة على الأطراف حتى ولو لم تتعلق بالنظام العام. وانتقد كذلك لسبب يعزى لتركه قواعد الإسناد بين يدي الخصوم حسب أهوائهم وبلا تحديد لمعايير واضحة، وانتقد لسبب يعزى إلى أنه قد يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية طالما أن التمسك به وإثارته أمر جائز لمحكمة الموضوع.

تبدل الاجتهاد عام 1983 بموجب الحكم الصادر من قبل محكمة النقض تاريخ 1983/5/2⁸²، ففي تلك الدعوى لم يتم أي من الأطراف بالتمسك أو إثارة قواعد الإسناد، فقامت محكمة الموضوع بتطبيق القانون الفرنسي بالرغم من وجود قاعدة إسناد تعين قانوناً أجنبياً كقانون واجب التطبيق، ولدى الطعن بالحكم أمام محكمة النقض أثار أحد الخصوم التمسك بقواعد الإسناد، فقررت محكمة النقض أن لا تثريب على محكمة الموضوع إن لم تعمل قواعد الإسناد من تلقاء نفسها طالما أنها غير مقررّة بموجب اتفاقية دولية.

وفي عام 1984 وفي قضية *Société Thinet*، لم يتم أي من الأطراف في الدعوى بالتمسك بقواعد الإسناد التي تعين قانوناً أجنبياً مختصاً، فقامت محكمة الموضوع بتطبيق القانون الفرنسي، فتمسك الطاعن بقواعد الإسناد لأول مرة أمام محكمة النقض، فقررت محكمة النقض أن لا تثريب على محكمة الموضوع إن لم يتم بتطبيق قواعد الإسناد في مسألة يملك الأطراف فيها حرية التصرف باعتبارها من الحقوق القابلة للتصرف. وعليه وحسب هذا القرار فإن كانت الحقوق غير قابلة للتصرف فإن على القاضي أن يطبق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه.

ثم تبدل الاجتهاد نحو اعتبار قواعد الإسناد ملزمة للقاضي وللخصوم وأن على القاضي أن يتولى ومن تلقاء نفسه إثارتها وهو ما تقرر عام 1988 في قضيتي *Rebouch*⁸³، و *Schule*. وفي هذين الحكمين فإن قواعد الإسناد تعين القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، والدعويين تتعلق إحداهما بالبنوة والأخرى بالميراث، وحسب وقائع الدعويين أمام محاكم الموضوع لم يتم الأطراف بالتمسك بقواعد الإسناد، وكذلك فعلت محاكم الموضوع، وتم التمسك بقواعد الإسناد لأول مرة أمام محكمة النقض. قبلت محكمة النقض الطعنيتين، وبنيت المحكمة حكمها على أساسين: الأول بالإستناد إلى المادة (12) من قانون الإجراءات المدنية CPC، التي تنص: (على القاضي الفصل في النزاع وفق قواعد القانون الواجبة التطبيق...) والثاني: أن قاضي الموضوع كان عليه ومن تلقاء نفسه أن يتولى إثارة قواعد الإسناد وأن يطبق القانون الأجنبي. ويتبين من هذا الحكم أن القاضي يملك أن يفرض تطبيق قواعد الإسناد سواء تعلقت المسألة محل النزاع بحقوق يمكن أو لا يمكن التصرف بها، وهو ما ترجم عملياً حيث كانت مسألة الميراث موضوع أحد هذه القرارات هي من الحقوق القابلة للتصرف.

وفي عام 1988 قررت محكمة النقض في قضية *Roho* أنه بموجب المادة (12) من CPC فإن القاضي ممنوع عليه أن يعدل

الأساس القانوني للدعوى في الأحوال التي تقيد بها الأطراف بموجب اتفاق إجرائي. وفي عام 1990 وفي قضية ⁸⁴ *Coveco*، قامت محكمة النقض الفرنسية في اجتهادها بالرجوع إلى ما قبل عام 1988، حيث قررت أن محاكم الموضوع ليست ملزمة بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسها إلا في حالتين : الحالة الأولى هي وجود اتفاقية دولية، والثانية في الحقوق التي لا يملك الأطراف التصرف بها. وفي قضية *Hannouver International* ⁸⁵ 1997، قررت محكمة النقض الفرنسية أن للأطراف في شأن الحقوق التي يملكون التصرف بها الاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي بالرغم من وجود اتفاقية دولية، أو وجود شرط تعاقدي يحدد بمقتضاه قانوناً أجنبياً واجب التطبيق، وأن هذا الاتفاق الإجرائي يمكن إستخلاصه من مذكرات ومرافعات الأطراف وسلوكهم أمام المحكمة أثناء نظر الدعوى.

وفي عام 1999 وفي قضية *Mutuelle de Mans* ⁸⁶، قررت محكمة النقض الفرنسية أن للأطراف صلاحية إستبعاد القانون الأجنبي باتفاق إجرائي حتى ولو كان هذا القانون مقرراً بموجب اتفاقية دولية طالما أنه يتعلق بالحقوق القابلة للتصرف. أي أن المحكمة قد وضعت قيوداً على سمو المعاهدات والاتفاقات الدولية طالما أن الخصوم لم يتمسكوا بقواعد الإسناد المقررة بموجب الاتفاقية الدولية وهي اتفاقية لاهي 1955 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع ⁸⁷.

وفي قضية *Société Delta Draht GmbH c. CIAL* ⁸⁸ 1999، أوضحت محكمة النقض الفرنسية مدى إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة إلى الخصوم، حيث بينت المحكمة أن المحاكمة في الدعوى قد تمت وفق أحكام القانون الفرنسي الذي أثير صراحة من قبل شركة *Delta*، فقررت المحكمة العليا أنه ومن خلال تطبيقها للقانون الفرنسي، فإن محكمة الاستئناف قد سببت حكمها بإستبعاد كل اتفاق صريح أو ضمني لشرط الاحتفاظ بالملكية من قبل شركة *SVPS*، وبالنظر إلى جميع الظروف، فإن محكمة الاستئناف قد أصابت في حكمها من غير أن تكون قد انحرفت أو ابتعدت عما تم الاتفاق عليه.

وقد تواترت أحكام القضاء الفرنسي بعد الحكم في قضية *Mutuelle de Mans* على موقف محكمة النقض الفرنسية التي تضمن إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة إلى الحقوق التي لا يملك الخصوم التصرف بها، فقررت أن على القاضي أن يتولى إعمال قواعد الإسناد، وأن يبحث عن القانون الواجب التطبيق الذي تشير إليه هذه القواعد إن تعلق الأمر بالحقوق غير القابلة للتصرف. وفي هذا الصدد نشير القرارات التالية بعد هذا التاريخ وعلى الأخص قرار محكمة النقض الغرفة المدنية الأولى تاريخ 2003/1/28 حول الحقوق القابلة للتصرف.

وفي عام 2005 ⁸⁹، قررت محكمة النقض أن قاضي الموضوع يملك صلاحية تطبيق أو عدم تطبيق قواعد الإسناد في الحقوق القابلة للتصرف، وقد انتقد هذا الحكم مجموعة من الأسباب : أولاً : أن قواعد القانون مهما كانت لن تكون ملزمة للقاضي طالما أن مهمته تكمن في تطبيق القانون. وثانياً : أنه قد يؤدي إلى عدم المساواة بين المتقاضين، حيث سيتعرض الطرف الذي لا يملك الإستشارة القانونية المناسبة إلى مخاطر جلاء عدم إثارته لقواعد الإسناد وبالنتيجة إلى القانون الواجب التطبيق. وثالثاً : ما القانون الذي يعرف أن الحق قابل للتصرف من عدمه.

وقد استمرت محكمة النقض الفرنسية على موقفها من التمييز بين الحقوق القابلة وغير القابلة للتصرف، فقضت في الأعوام : 2014، 2010، 2009 ⁹⁰، أن القاضي الفرنسي فيما يخص الحقوق غير القابلة للتصرف فيها ملزم بإعمال قاعدة التنازع والبحث عن القانون الذي تحدده هذه القاعدة ⁹¹. وهو ذات الموقف التي استمرت عليه المحكمة عام 2017 ⁹² بشأن قضية نسب طفل لزوج من الجنسية المغربية.

وفي إطار إجرائي كذلك، يبقى أن نشير إلى دور القضاء في التخفيف من إلزامية قواعد الإسناد أو حتى مع التعاطي مع ذات القواعد. فمتى كانت قواعد الإسناد واجبة التطبيق سواء من قبل القاضي من تلقاء نفسه أو تمسك بها أحد الخصوم في الدعوى، فإن تطبيقها سيكون واجباً من حيث الأصل حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق والذي تعينه هو القانون الوطني، وذلك بالنظر إلى طبيعتها المزدوجة، وتتصور هذه المسألة إزاء الرقابة القانونية على صحة تطبيق القانون أمام المحاكم العليا.

وقد يحدث أن الأطراف قد يسعون إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي أو حتى البحث عن محتواه، وحسبما يمثل ذلك مصلحتهم. ففي هذا الإطار فإن من المتعين على القاضي أن يلفت إنتباه الأطراف إلى هذا الأمر، وأن يطلب منهم توضيحاً حول ذلك.

وعلى أي حال، فإن دور وحقوق الخصوم يعتمد على قابلية الحق للتصرف، ولكن السؤال ضمن أي نظام قانوني سيقدر على أساسه قابلية الحق للتصرف من عدمها ؟ هل وفق القانون الأجنبي أم وفق قانون القاضي ؟ الحق أن يكون ذلك وفق قانون القاضي، لأنه إن تم وفق القانون الأجنبي وجب أن يعرف هذا القانون، ولا سبيل لمعرفة الإ بعد إعمال قواعد الإسناد التي يكشف

عنها من خلال التكييف الذي يخضع إلى قانون القاضي *lege fori*. ومن جهة أخرى، ومن خلال إعمال مبدأ التعادل⁹³ *Le principe de l'équivalence* الذي أكده قضاء محكمة النقض الفرنسية في قضية *Compagnie Royal Belge* عام 1999، حيث اعتبرت المحكمة أن تطبيق القانون الفرنسي بدلاً من القانون البلجيكي الذي تحدده قواعد الإسناد الفرنسية لا يستتبع تقرير أن محكمة الموضوع قد أخطأت في تطبيق القانون على وقائع الدعوى طالما أن الحل المقرر في القانون الفرنسي يعادل الحل المقرر في القانون البلجيكي. ولعل هذا الحل يسهم في تحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات خلال سير الإجراءات القضائية. وقد أكدت على هذا الحل الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية عام 2001 فيما يتعلق بتعادل القانون الفرنسي لكتابة العدل مع القانون الإسباني، وكذلك تم التأكيد على ذلك الاتجاه في حكم المحكمة عام 2005.

وحول القيود التي قررت المحكمة لتطبيق هذا المبدأ، فقد وضعت محكمة النقض الفرنسية العديد من الضوابط لهذا الأمر، فبيّنت أنه ينبغي أن يظهر أن القاضي على علم بمحتوى القانون الأجنبي حتى يقيم حكم التعادل بين القانونين، فلا يكفي أن يقرر القاضي أنهما متعادلان حتى يتجنب تطبيق القانون الوطني، وفي هذا الصدد قررت محكمة النقض الفرنسية أن التعادل لن يكون مقررًا إلا إذا تم التأكد من إقامة محتوى القانون الأجنبي⁹⁴.

وأخيراً تظهر أهمية نظرية التعادل في الاتجاه المعكوس، أي ذلك المقرر في غير مصلحة القانون الوطني *lex fori* فلو قام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني فهل ستتولى محكمة النقض فسخ الحكم؟ نعتقد بذلك طالما أن محكمة النقض هي محكمة القانون، وأن ما يجري عليه العمل في النظام القانوني المقارن هي غلبة وسمو قواعد قانون القاضي *lex fori* باعتبار أن الأصل يكمن في أن يطبق القاضي الوطني في قضائه أحكام وقواعد قانونه الوطني والإستثناء أن يطبق القانون الأجنبي⁹⁵.

ويبقى أن نشير في هذه العجالة إلى أحكام النظام القانوني للاتفاق الإجرائي المرتبط بمبدأ التصرف في الدعوى، فمن استطلاع الأحكام القضائية المتقدمة في القضاء الفرنسي حول الاتفاقات الإجرائية، يمكن تحديد النظام القانوني لهذه الاتفاقات الإجرائية في مضمونه وشكله ونطاقه.

ففي قضية *Roho*، فإن مجال الاتفاق الإجرائي قاصر في إطار طبيعية الحقوق المتنازع عليها. فلا يملك الأطراف الاتفاق على استبعاد قواعد الإسناد إلا إذا تعلقت بالحقوق القابلة للتصرف. وقد تأكد هذا النهج في قضية *Hannouver* عام 1997. وهذا النظام يقرر عدم إلزامية القاضي - حال سكوت الأطراف - أن يطبق قواعد الإسناد إلا في حالتين: الأولى أن تكون الحقوق غير قابلة للتصرف، والثانية أن تكون قاعدة الإسناد مقررّة بموجب اتفاقية دولية.

ولكن ومنذ عام 1999 قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية *Mutuelle de Mans* وقضية *Mme Elkhbizi*، وقضية *Delta Draht* أن القيد على القاضي في إعمال هذا الاتفاق الإجرائي هو فقط قابلية أو عدم قابلية الحقوق للتصرف لتقرير إلزامية قواعد الإسناد.

وبخصوص شكل الاتفاق الإجرائي، ففي قضية *Roho* قررت محكمة النقض الفرنسية أنه يشترط أن يقع هذا الاتفاق بالشكل الصريح على نحو ما يمكن تبيانه من المادة (3/12) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي CPC، أما في قضية *Hannouver*، فقد تخلت المحكمة عن اشتراط وقوع الاتفاق بالشكل الصريح، فبيّنت أن هذا الاتفاق يمكن أستخلافه من سلوك الأطراف ومذكراتهم ومرافعاتهم خلال سير إجراءات الدعوى، أي إمكانية وقوعه بالشكل الضمني وليس من مجرد سكوت الأطراف⁹⁶.

وأما بخصوص نطاق الاتفاق الإجرائي، فحسب قرار المحكمة في قضية *Roho*، فإن نطاق الاتفاق الإجرائي يمتد ليشمل - كما عبرت المحكمة - تعيين قانون مختلف (*différente*) عن ذلك الذي يعين بموجب اتفاقية دولية، في حين أن قرار المحكمة في قضية *Hannouver* اقتصر نطاق الاتفاق الإجرائي على تعيين القانون الوطني *loi du for* أي تقرير نطاقه إن تم لمصلحة القانون الفرنسي. وتالياً في قضية *Societe Delta Draht*، فقد عبّرت محكمة النقض عن إمكانية الاتفاق على تعيين قانون (آخر *Autre*) من ذلك المعين بموجب اتفاقية دولية أو ذلك المعين بموجب شرط في العقد⁹⁷.

المطلب الثاني

موقف القانون الأمريكي من تطبيق القانون الأجنبي

ذكرنا سابقاً أن الأطراف في ظل نظام المواجهة يحتلون دوراً أكبر في التمسك بالقانون الأجنبي باعتبار أن هذا النظام مبني على حرية الإرادة في الإجراءات *Party autonomy to judicial proceeding*، على خلاف النظام التقني الذي يمنح

المحكمة صلاحية أوسع في إطار الواقع والقانون *court-centered model* .

وتقليدياً اعتبرت المحاكم الأمريكية أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة⁹⁸، فكل طرف يرغب في التمسك بالقانون الأجنبي سواء في مرحلة الادعاء أو الدفاع عليه أن يثبت تماماً كغيره من الوقائع وأن المحاكم إن قامت بالبحث عن القانون الأجنبي فهي لا تقوم به إلا بناء على طلب من الخصم، فليس لها أن تجري بحثاً مستقلاً للوصول إلى القانون الأجنبي أو أن تتمسك به من تلقاء نفسها⁹⁹، وإن عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي الذي تمسك به، فإن المحاكم كانت ترد الطلب وفقاً للمبدأ *Forum non conveniens*، وأحياناً آخر في التشدد بالبحث عن أحوال تطبيق القانون المحلي¹⁰⁰.

وقد تبدل هذا الدور عام 1966 حيث جرى إدخال القاعدة رقم (44.1) إلى قواعد الإجراءات الفيدرالية¹⁰¹. وبعد نفاذ هذه القواعد ظهرت العديد من الصعوبات والتناقضات والتغيرات المتعارضة حول دور كل من القاضي والخصوم إزاء القانون الأجنبي¹⁰². وفي ظل التطورات الحديثة أصبح القانون الأجنبي يعامل معاملة القانون وليس مجرد واقعة¹⁰³، وتمتلك المحكمة إزاءه سلطة واسعة في التمسك به، وإثباته وحتى ولو لم يقر الأطراف بالتمسك به ادعاءً أو دفاعاً، وأن لها، ودون إلزام، أن تجري بحثها المستقل للوصول إليه¹⁰⁴، مما يعني أن للمحاكم سلطة في تشكيل حكم التعامل والتعاطي مع القانون الأجنبي تماماً كسلطتها في تطبيق القانون الوطني. ومع ذلك فإن القواعد تلزم الخصم بإثبات أنه أشعر الطرف الآخر برغبته في التمسك بالقانون الأجنبي¹⁰⁵، وأن جزاء عدم الاضمار يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، مع تقرير أن للمحكمة صلاحية في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها. وبالمجمل فإن نظام القانون الأجنبي يركز على نظام المواجهة في إطار كل من الواقع والقانون، ويمنح المحاكم المكنة في حل جميع المسائل المتعلقة بالقانون الأجنبي بشكل مستقل عن الوقائع ونية الأطراف ورغباتهم¹⁰⁶.

وقد قيل إنّه وبالرغم من هذا الوضع، فإنه يضع كل من القاضي والخصوم في موقف غير ملائم، فعلى سبيل المثال، فإن المدعي الذي يعتزم الاعتماد على القانون الأجنبي قد يواجه صعوبات قد تؤدي إلى رد الطلب لعدم العلم بما يجب أن يضعه في طلباته ومذكراته من محتوى القانون الأجنبي، فضلاً عن وسائل إثباته. فهل يجب أن يتضمن المرافعة شهادة خبراء بشأن القانون الأجنبي أم البيانات الحرفية أي نصوص القانون الأجنبي، أم تقديم تحليل السوابق القضائية للقانون الأجنبي، أم شهادة من محام أجنبي؟ وحتى مع تقديمها وطول الإجراءات بشأنها فمن المتصور أن تكون هذه المعطيات والإثباتات للقانون الأجنبي غير مقبولة لأن المحكمة في النتيجة هي المسؤولة عن البحث وعن تفسير وتحديد القانون الأجنبي. ومع كل ذلك، فإن الفشل في التمسك بالقانون الأجنبي بشكل صحيح لا يؤدي بالضرورة إلى رد الدعوى ولكن قد يؤدي ببساطة إلى تطبيق القانون الوطني¹⁰⁷.

والحق أن المادة (1/44) تضمنت إمكانية استعانة المحكمة بأي مواد أو مصادر بما فيها شهادة الخبرة، وحتى ولو لم يقدمها أي طرف في الدعوى، وحتى لو لم تكن مقبولة وفقاً لقواعد الإثبات الفيدرالية، وأن يعامل هذا التعاطي مع القانون الأجنبي معاملة القانون وليس الواقع كما كان يعامل سابقاً وفق قواعد الإثبات الفيدرالية¹⁰⁸.

وهذه الصعوبات القائمة أصلاً في مذهب المرافعة وإثبات القانون الأجنبي قد ازدادت بسبب تطبيق مبدأ "Plausibility" مؤخراً على جميع الدعاوى المدنية بموجب قراراتين أخيرين أصدرتهما المحكمة العليا في الولايات المتحدة في قضية *Ashcroft v. Iqbal*، وقضية *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*¹⁰⁹، فقد كان لهذا التغيير في معايير الترفع تأثيراً واسعاً على التقاضي المدني في الولايات المتحدة، حيث تم إلغاء نظام الإشعار. ويمثل هذا الأمر أحد مجالات التأثير في قضايا القانون الدولي الخاص التي تعتمد على المرافعة وإثبات القانون الأجنبي. وبموجب النظام الجديد يتعين على الأطراف أن لا يكتفوا بمجرد تقديم بيان "قصير وموجز" للوقائع القانونية وفقاً للقانون الأجنبي، بل يجب على الخصم أن يبين بوضوح الوقائع والقوانين المحددة التي تسمح للمحكمة ببسط رقابتها في إطار المعقولة والإمكان لقبول الطلبات أو الدفاع الأمر الذي قد يقوّض إستراتيجية الخصم ويجعله أميل نحو التخلي عن الصفة الدولية للنزاع أو القبول بتسوية¹¹⁰.

وأخيراً على الرغم من شيوع تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الأمريكية الفيدرالية التي تختص غالباً بنظر الدعاوى التي تنطوي على تطبيقه، إلا أن الصعوبات التي تعترض أعماله وتطبيقه متعددة في هذا الشأن، فقد تلجأ المحاكم الأمريكية إلى رد الطلب في أحوال إستحالة تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لمبدأ *Forum non conveniens* الذي أرست المحكمة العليا الأمريكية معاييرها في القضية الرائدة *Piper Aircraft Company v. Royno*¹¹¹، والواقع العملي يثبت ذلك¹¹².

المبحث الرابع

موقف القانون الأردني من إلزامية وصفة قواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي

من المقرر أنه وفي المنازعات الوطنية فإن القاضي الأردني يطبق القانون الوطني من غير أن تثار لديه مسألة القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد التنازع، وفي المقابل أن تضمنت العلاقة القانونية عنصراً أجنبياً فقد يؤدي ذلك إلى تبدل النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقة. والقانون الأردني كغيره من القوانين لم يتضمن النص على صفة أو إلزامية قواعد الإسناد، ولكن يمكن تسجيل بعض المؤشرات التي يستشف معها موقفه بخصوص إلزامية قواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي سواء من أحكام التشريع أو القضاء.

سنتحدث في المبحث حول التعاطي القانوني والقضائي من صفة وإلزامية قواعد الإسناد ومكانة القانون الأجنبي أمام القضاء الأردني وموقفنا بشأنه، فنخصص المطلب الأول للحديث حول الموقف القانوني الأردني من القانون الأجنبي وفق أحكام الدستور والقانون الأردني، ثم نخصص المطلب الثاني للحديث حول موقف القضائي الأردني من صفة وإلزامية قواعد الإسناد والقانون الأجنبي، وأخيراً نختم ونبلور مواقفنا في المطلب الثالث متضمناً كذلك جملة من الأفكار والتوصيات.

المطلب الأول

الموقف الدستوري والقانوني من إلزامية قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص الأردني

تجري أحكام المادة (1/103) من الدستور الأردني بالنص على: (تمارس المحاكم النظامية اختصاصها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة، على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون).

وواضح من خلال هذا النص عدم اقتضاه على القواعد القانونية التي تنظم الاختصاص القضائي ولزوم خضوعها للقانون الوطني، بل تجاوزها نحو القانون الواجب التطبيق، بحيث يكون الأصل هو قيام المحاكم الأردنية في القضاء الحقوقي والجزائي بتطبيق القانون الوطني سواء تعلق ذلك بقواعد الاختصاص، أو بقواعد الموضوع التي تعملها المحاكم في الفصل في الدعوى موضوعاً. وهذا الحكم في عدم اقتضاه على قواعد الاختصاص مستمد من خلال فهم الاستثناء المقرر في ذات النص، إذ يقرر النص -في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية- مكنة تطبيق قوانين بلاد أخرى بكيفية ينص عليها في القانون.

ويتبين من النص المذكور أنه في المنازعات التي تتعلق بالأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية، فإن مسألة تنازع القوانين من المتصور أن تثار في هذا الإطار. ولكن التساؤل الذي يثار هو مدى إلزامية القاضي الأردني بتطبيق القانون الأجنبي وفقاً للصواب الدستورية المقررة في النص؟ أي بمعنى آخر أن النص يقرن هذا الانفتاح والاستقبال لتطبيق القانون الأجنبي حتى إلزاميته بما تقضي به العادة في العرف الدولي من جهة، ومن جهة أخرى بأن أمر تنفيذه وليس تطبيقه - حسب عبارة النص- تكون بكيفية منصوص عليها في القانون.

في هذا الإطار يمكن لنا تبيان مجموعة من المسائل القانونية ذات الأهمية، فالإستثناء مقرر فقط في إطار القانون الخاص المتعلق بالقضاء الحقوقي في مسائل (الأحوال الشخصية والأمور الحقوقية والتجارية) دون مسائل القانون العام وعلى الأخص القضاء الجزائي تبعاً لما ورد في مقدمة النص بحكم خروج قواعد القانون القانون من عداد قواعد التنازع في إطار العلاقات القانونية، وهو ما يشار إليه بالتطبيق المكاني للقانون العام.

وكذلك أن النص يستخدم عبارة قوانين (بلاد) أخرى بدلاً من (دول) والفرق بين (بلاد) وبين (دول) في إطار القانون الدولي العام وعلى الأخص ما تعلق منها بركن الاعتراف ومدى لزوم توافره لتقرير شروط التنازع بين قانون القاضي وغير من القوانين الأخرى المرشحة للتطبيق في إطار العلاقات الدولية الخاصة كما يجري عليه الفقه والقضاء المقارن.

وكذلك انتصار النص الدستوري لإقامة الفرق بين الأمور الحقوقية والتجارية لبيتسنى لنا تأصيل استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، وإستقلال الأحوال الشخصية عن القانون المدني في النظام القانوني الأردني.

ويلاحظ من جهة أخرى أن هذا النص يشكل الأساس القانوني لتقرير واستخلاص مبادئ القانون الدولي الخاص في الأردن، فبالرجوع إلى أحكام المادة (25) من القانون المدني التي تنص على: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص من النصوص السالفة المتعلقة بتنازع القوانين) فنجد أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني قد أشارت على نحو حازم إلى اعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص هي المقررة ضمن المادة (103) من الدستور.

والحق أن مناط وجود هذا النص الدستوري قد يجد أساسه في الغاية التي شرع من أجلها، وهي غاية ربما تجد أساسها كما

نرى في الأصل التاريخي لهذا النص الدستوري. فبالعودة إلى القانون الأساسي لعام 1928 ودستور عام 1946، نجد انهما قد تضمنتا ذات النص المقرر في دستور عام 1952، وهو كما نعتقد بأن المشرع الدستوري الأردني قد نقله عن الدستور العراقي (القانون الأساسي العراقي لعام 1925)، وحيث إن القانون الأردني لم يصدر قانوناً خاصاً بشأن الأحوال الشخصية للأجانب كما فعل المشرع العراقي الذي أصدر القانون رقم 87 لسنة 1931، ولم يفعل كذلك بخصوص المسائل الحقوقية أو التجارية إلا ما تضمنه القانون المدني بشأن قواعد الأسناد الذي صدر عام 1976، فلا مسأغ الا حمل إرادة المشرع الدستوري على هذا النحو. أي أن قواعد تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الاحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى ستكون وفقاً لقواعد الإسناد المقررة في القانون المدني من حيث الأصل.

ومن مطالعة قواعد الإسناد الأردنية التي اقتبس القانون الأردني نصوصها بطريق النقل الحرفي عن مشروع القانون المدني المصري تحت عنوان التطبيق المكاني للقانون المدني المواد (11-29)، فلا يتبين بوجه قاطع تحديداً لصفه أو إلزامية هذه القواعد، على الرغم من أن جانباً من الفقه الأردني قد حاول من خلال عبارات النصوص التي أعدت بها قواعد الإسناد (تسري، تخصص، يرجع، تتبع...) القول إنه قد يفهم من هذا الاستخدام اللغوي اتجاه إرادة المشرع نحو تقرير إلزامية قواعد الإسناد¹¹³. بيد أننا لا نعتقد بسلامة هذا الرأي لسببين: الأول أن المشرع الأردني -وحسناً فعل- لم يتضمن نصاً صريحاً حول ذلك، وثانياً: أن هذه الألفاظ هي المستخدمة عادة في بيان مراد المشرع في الصياغة القانونية ودون أن يجاوزها نحو إفتراض اتجاه نيته نحو أبعد من ذلك.

ونحن بدورنا نقول إن التباين التشريعي في موقف التشريع الأردني بوجه عام يظهر من خلال بحث في بعض نصوص القانون وعلى الأخص القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية.

فالمذكرة الأيضاحية للقانون المدني في تعليقها على المادة (11) من القانون المدني التي تحدد القانون الواجب التطبيق على التكييف Qaulification في القانون الدولي الخاص الأردني تقرر ما يلي :

(... ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون الأردني بوصفه قانوناً للتكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً.... ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ تعين القانون الواجب تطبيقه فلا يملك القاضي إلا أن يعمل هذا القانون...).

فنعتقد أن هذا الأيضاح من جانب المذكرة الأيضاحية للقانون المدني يمكن حمله على فهم أن المقصود به لا يقتصر على بيان نوعي التكييف الأولي والتكييف اللاحق أخذاً بما بنظرية الفقيه الفرنسي Henryr Bartin، بل نرى أن هذا الأيضاح يمكن توظيفه في سياق البحث عن إلزامية قواعد الإسناد في القانون الأردني طالما ان الغاية الأساسية من التكييف هو الكشف عن قاعدة الإسناد الوطنية.

ومن جهة أخرى، تنص المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية على ما يلي :

1- في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية.

2- يجب على الخصم الذي قدم مستندات بلغة أجنبية أن يرفقها بترجمة لها إلى اللغة العربية، وإذا اعترض الخصم الآخر على صحة الترجمة كلها أو جزء منها، فعلى المحكمة تعيين خبير للتحقق من صحة الترجمة المعترض عليها. 3- للخصم أن يقدم ترجمة لأجزاء محددة من المستند المحرر باللغة الأجنبية التي يرغب في الإستناد اليه إلا إذا قررت المحكمة تكليفه بتقديم ترجمة كاملة له.

وواضح من خلال هذا النص - كما نرى - والذي يتكون من فقرتين أساسيتين أن الأولى تتعلق بالقانون الأجنبي، وأن الثانية تتعلق بالبيانات (المستندات). ففي الفقرة الأولى المتعلقة بالقانون الأجنبي لم ينص المشرع على صفه هذا القانون فيما إذا كانت تستند إلى الصفة الواقعية أم تستند إلى الصفة القانونية، بل أشار النص فقط بقوله (في أحوال تطبيق قانون أجنبي...) دون أن يسبقها تقريراً لمن تمسك به أو لمن أثاره، فأجاز لمحكمة الموضوع أن تكلف الخصوم بتقديم الترجمة للنصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية. فما المقصود بالنصوص التي يستندون إليها ؟ هل يفهم منها أن من واجبات الخصم التمسك بقواعد الإسناد التي تعين قانوناً أجنبياً، بحيث إن تمسك أحد الخصوم أو جميعهم بقواعد الإسناد، فإن ذلك يطلق صلاحية المحكمة في البحث عن القانون الأجنبي وإثباته ؟

نرى أن ذلك -وربما- ممكناً طالماً أن النص المتقدم يستخدم جملة (النصوص التي يستندون إليها) أي أن الخصم هو من يتمسك بالقانون الأجنبي وليس القاضي.

ولكن ما الحكم لو أن الخصم المكلف بتقديم ترجمة رسمية¹¹⁴ (وليست عرفية) نكل عن إجابة طلب المحكمة، فهل سيعد عاجزاً عن تقديمه، وبالنتيجة حرمانه من التمسك بالقانون الأجنبي أسوة بالتعاطي مع الوقائع التقليدية حال أن عجز الخصم أو امتنع عن إجابة طلب المحكمة خلال سير الإجراءات؟

في الواقع أن النص يثير العديد من الشجون، فيبدو أن ليس في ذهن من صاغ هذا النص التشريعي - مع الاحترام- سوى أن القانون الأجنبي ليس بالقانون لدولة عربية أي ليس بقانون أصدر باللغة العربية، فإن كان القانون باللغة العربية فهل سيكون القاضي مكلفاً ومن تلقاء نفسه بالبحث عن هذا القانون وإثبات محتواه سواء تمسك به الخصوم أم لم يتمسكوا؟ ومن جهة أخرى، لماذا يقتصر المشرع على النصوص القانونية، ونحن نعلم أن المقرر في القانون الدولي الخاص المقارن أن القانون الأجنبي لا يقتصر على النصوص المكتوبة في دولته، بل ويشمل كذلك جميع مصادره وأحوال تطبيقه والاجتهاد القضائي والفقه حول تطبيقه وتفسيره وتأويله في بلاده¹¹⁵. فهل أن المشرع الأردني يرغب في قصر القانون الأجنبي والإزاميته للمحكمة أن يكون فقط في إطار النصوص المكتوبة التي تقرر من قبل سلطة أجنبية مختصة حولها القانون ذلك.

لا نعتقد بسلامة هذا الرأي لأنه يؤدي إلى تجزئة النظام القانوني لقانون الدولة المتنازع معها، فيغدو القانون الأجنبي مزيجاً من الواقع والقانون. يضاف إلى ذلك، أن الإشكال سيبرز حال إن كان النظام القانوني الواجب التطبيق هو لدولة لا يكون للتشريع الدور الأكبر في وضعه، بل لولاية القضاء كما هو الحال في دول القانون الأنجلوسكسوني أو مزيجاً من التبادل التكاملي في الأدوار بين المشرع والقضاء كما هو الحال في بعض دول القانون المدني.

ثم ليس في النص سلطة جوازية لمحكمة الموضوع في تكليف الخصوم بتقديم الترجمة الرسمية؟ فوفقاً لهذا النص، يظهر أنه وحال أن تقرر تطبيق قانون أجنبي، سواء تمسك القاضي بقواعد الإسناد من تلقاء نفسه أم بناءً على طلب الخصوم، فإن من واجبات المحكمة أن تتولى البحث عنه وعن إثبات محتواه، وما سلطة تكليف الخصوم من قبل المحكمة إلا وسيلة لمساعدة المحكمة في مهمتها في تطبيق القانون الأجنبي.

ونرى بالنتيجة، أن الخصم الذي عجز عن إثبات القانون الأجنبي لا يجوز اعتباره عاجزاً أو متنازلاً عن طلبه في تطبيق القانون الأجنبي¹¹⁶، بحكم أن ذلك من واجبات المحكمة، وأن ترجمة نصوص القانون الأجنبي إن تولاهما أحد الخصوم وجب أن لا يتحمل تكاليفها الطرف الخاسر باعتبارها من واجبات المحكمة. وشاهدنا على هذا الموقف ما يلي:

فمن مطالعة الفقرة الثانية من المادة المذكورة نجد أنها تتناول مسألة الأدلة والبيانات، التي عبر عنها المشرع (بالمستندات)، فواضح اتجاه نية المشرع في تنظيم النص تبيان أن الفقرة الأولى قد خصها للقانون الأجنبي، في حين أنه خصص الفقرة الثانية للمستندات التي تقدم بغير اللغة العربية في الدعوى. إذ كما هو معلوم في نظامنا الإجرائي أن اللغة العربية هي لغة الإجراءات والقانون، وحتى ولو كان القاضي على علم بلغة الخصوم الأجنبية أو عالماً بلغة القانون الأجنبي، أو باللغة التي أعدت بها المستندات، فلا يسوغ له أن يتولى الحكم بشأنها إلا إذا قدمت باللغة العربية وعلى خلاف ما يجري عليه العمل في بعض الدول التي تجيز هذه المكنة. وبشأن المستندات التي تقدم بغير اللغة العربية، فإن القانون لم يتشدد بشأن مقبولية ترجمتها، فلم يشترط أن تترجم بواسطة خبير الإ في أحوال إعتراض الخصم على صحة الترجمة العرفية (غير الرسمية) إن تقدم بها الخصم ولم يتصادق الخصوم على صحة ترجمتها، وإن لم يقر الخصم بعد تكليفه من المحكمة بتقديم الترجمة للمستندات (البيانات) إلى اللغة العربية كان على المحكمة أن تكلفه بذلك، فإن لم يقر بذلك ستعده عاجزاً عن تقديم البيينة¹¹⁷.

وواضح أنه لو أراد المشرع أن يشمل هذا الحكم لنصوص القانون الأجنبي لما أفرد له فقرة مستقلة، ولكان قد دمج هذا الحكم مع المستندات المبحوث عنها في الفقرتين (2 و 3) من النص المذكور.

والحق أن هذا الموقف من المشرع الأردني في عدم الإشارة إلى صفه والإزامية قواعد الإسناد أمر محمود من وجهة نظرنا، لأن في ذلك مكنة السماح للقضاء في بلورة وتشكيل التعاطي والتعامل مع قواعد الإسناد وفق التطور الديناميكي لشؤون العلاقات الدولية الخاصة.

وبعد استعراض موقف القانون الإجرائي وموافقنا بشأنه وجب أن نشير إلى موقف القضاء الأردني وعلى الأخص موقف محكمة التمييز الأردنية وهو ما سنبيهه تالياً .

المطلب الثاني

موقف القضاء الأردني من إلزامية قواعد الإسناد و القانون الأجنبي

تواترت أحكام محكمة التمييز الأردنية على تقرير الصفة القانونية للقانون الأجنبي .
بالإستناد لقرار محكمة التمييز عام 1980، فقد أكدت المحكمة أن المادة (103) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية قد أجازت للمحكمة تطبيق القانون الأجنبي في الأمور الحقوقية والتجارية للأجانب ويكون الاطلاع على القانون الأجنبي لتطبيق أحكامه من واجبات المحكمة وليس من قبيل البيّنات الإضافية¹¹⁸.

وبالرغم من وضوح النص الدستوري، إلا أننا نعتقد بأن محكمة التمييز الموقرة قد جانبت الصواب بخصوص أن يكون تطبيق القانون الأجنبي أن تعلق بأمور حقوقية أو تجارية للأجانب. فالنص الدستوري لم يشترط ذلك صراحة وإنما تضمن صراحة مسائل الأحوال الشخصية للأجانب فقط، أما بخصوص الأمور الحقوقية والتجارية، فلم يشترط الدستور أن تكون للأجانب، بل مجرد أن تقضي العادة في العرف الدولي أن تخضع إلى قوانين بلاد أخرى، وفي ذلك نعتقد أن محكمة التمييز الموقرة قد غلبت الجانب الشخصي وأشخاص العلاقة لتقرير دوليتها، على الرغم من إستخدام محكمة النقض الفرنسية للمعيار الإقتصادي لتقرير دولية العلاقة حتى ولو أبرمت من قبل وطنيين إن تعلقت بمصالح التجارة الدولية.

وفي عام 1983 قررت محكمة التمييز¹¹⁹ (..... 3- إن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بأن القانون الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية ولا يعدّ من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وأن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي).

وواضح من هذا الحكم أن محكمة التمييز الأردنية قد تبنت الاتجاه الذي يعدّ للقانون الأجنبي صفة قانونية، ولم تعده من الوقائع التي يتولى الخصم إثارتها أو إثباتها أو تقديمها خلال سير الإجراءات أمام محاكم الموضوع.

ومن الطبيعي طالما أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته قانونية أن يترتب على ذلك نتائج قانونية مهمة، فمن واجب المحكمة أن تطبقه ومن تلقاء نفسها وإن لم يتم أي من الأطراف بالتمسك بقواعد الإسناد أو بتطبيق القانون الأجنبي، وأنه لا يعد التمسك به أمام محكمة الاستئناف من قبيل البيّنات الإضافية أو الطلبات الجديدة، وأنه يمكن إثارته ولو لأمر مره أمام محكمة التمييز، وأن تتولى محكمة التمييز الرقابة على صحة تطبيقه من قبل محاكم الموضوع، التي قد يحملها عبئاً إضافياً بخصوص ذلك، وأخيراً أن اتجه المحكمة في تقرير هذه الصفة القانونية المطلقة للقانون الأجنبي تستتبع تقرير أن هذا القانون يثار من المحكمة من تلقاء نفسها باعتباره مسألة قانونية، وأن أمر إثبات محتواه هو من واجبات المحكمة في المقام الأول.

وهذا الموقف الذي يساوي بين القانون الأجنبي القانون الوطني محل نظر من وجهة نظرنا، ذلك أن بعض الدول قد اعترفت للقانون الأجنبي بصفته القانونية لكنها لم تساو بينه وبين القانون الوطني، بل اعتبر في مركز أعلى من الواقع وأقل من القانون وخاصة بشأن الرقابة عليه من قبل المحكمة العليا كما هو الحال في ألمانيا.

وفي عام 1997، عبّرت محكمة التمييز الأردنية عن موقف لها بخصوص تطبيق القانون بقولها : (إن من واجبات المحكمة تطبيق أحكام أي قانون أردني أو أجنبي ترى وجوب تطبيقه على وقائع الدعوى التي وقعت في ظل أحكامه.... إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى يقرر إعفاء الدعاوى المقامة للمطالبة بحقوق عمالية فإن ذلك يسري على الدعاوى المقامة أمام المحاكم الأردنية)¹²⁰.

وفي عام 2001 قررت محكمة التمييز الأردنية : (...يعدّ تطبيق القواعد القانونية على وقائع الدعوى هو من واجبات المحكمة سواء أكان القانون الواجب التطبيق اجنبياً ام وطنياً وطالما طبقت محكمة الموضوع هذه القواعد فلا يرد القول بأن إثباتها يقع على عاتق من تمسك بالقانون الأجنبي الوارد به ما دام أنه لا ينكر ورودها في القانون الأجنبي، لأن العبرة بوجود هذه القواعد في القانون الأجنبي أم عدم ورودها فيه سواء أكان حصول المحكمة على هذا القانون عن طريق الخصم أم من غيره أم موجود لديها أصلاً، ولا يتوجب على المحكمة ذكر رقم المادة القانونية التي استندت إليها من القانون وإنما العبرة بصحة وجود القاعدة القانونية التي طبقتها وأنها موجودة فعلاً في القانون الكويتي)¹²¹.

وفي عام 2005¹²²، قررت محكمة التمييز الأردنية : (... نجد أن المادة (79) من قانون الأصول المدنية تنص على أنه :
1- في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية،

وحيث إنَّ المستفاد من ذلك أنه يتوجب على الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي أن يقدم نسخة رسمية من ذلك القانون فقد كان على محكمة الاستئناف تكليف وكيل المدعي بتقديم نسخة رسمية مصدقة من المراجع المختصة لقانون الشركات الكويتي والعراقي اللذين ارتأت تطبيقهما على الدعوى طالما أن وكيل المدعى عليهم اعترض على صور القانونين المذكورين المقدمة ولم يصادق خصمه على صحة نصوصهما، وحيث إنَّها لم تفعل ذلك فيكون قرارها المطعون فيه مخالفاً للقانون وسابقاً لأوانه وهو يستحق النقض لورود هذا السبب عليه) .

وواضح أن المحكمة لم تفصل في إلزاميتها هي كمحكمة القانون بالبحث عن القانون الأجنبي، بل نقضت الحكم ليتسنى لمحكمة الاستئناف تكليف الخصم بتقديم الترجمة الرسمية، وما يمكن ملاحظته أن المحكمة الموقرة قد جعلت من سلطة المحكمة الجوازية في تكليف الخصم بتقديم النصوص التي يستندون إليها من القانون الأجنبي أمراً وجوبياً. ثم أنها ساوت بين القانون الأجنبي كمسألة قانونية، وبين البيانات والمستندات التي تقبل الاعتراض عليها والمصادقة بين الخصوم، مما يستتبع تقرير أن المحكمة الموقرة قد قصرت بشكل غير مباشر قرينة إفتراض علم القاضي بنصوص القانون على القانون الوطني طالما أنها عاملت القانون الأجنبي معاملة الواقع في الاعتراض والمصادقة، وهذا الموقف يخالف ما قامت به في الدعوى رقم 1054/1993¹²³ حيث تولت محكمة التمييز البحث عن القانون الأجنبي بنفسها، فقررت : (.... أنه من المستفاد من المادة (79) من ق.أ.م : ((أن على المستأجر وقد ثبت أنه لبناني أن يبرز نصوص القانون اللبناني التي تمنح الأردني حق الإستمرار في إشغال المأجور بعد إنهاء الإجارة إذ أوجبت المادة (79) المذكورة إبراز نفس النصوص ... وقد اطلعنا - أي محكمة التمييز - على القانون رقم 82/20 قانون الأيجارات اللبناني المنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية بالعدد 24 بتاريخ 1982/9/6....).

والبيّن أن مجموع الاجتهادات القضائية أو حتى الأحكام القضائية التي تعنى بموضوعات القانون الدولي الخاص تكاد تكون محدوده بخصوص المركز الإجرائي للعنصر الأجنبي وقواعد الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي، ومع ذلك فيمكن الإستدلال على أن موقف القانون الأردني الذي تمسك بالصفة القانونية للقانون الأجنبي من حيث الأصل يمتاز بالتباين. فهو أي المشرع الأردني استلهم قواعد الإسناد من القانون المدني المصري المأخوذة عن القانون الفرنسي الذي ينكر قانونه وقضائه الصفة القانونية المطلقة لقواعد الإسناد والقانون الأجنبي، في حيث إنَّه سلك موقف القانونين الإيطالي والألماني -مع بعض الاختلافات- في تقرير الصفة القانونية للقانون الأجنبي، وفي المقابل فإن اتجاه محكمة التمييز الموقرة بكرس، كما نرى، رغبة المحكمة العليا في تقرير أن من واجبات محكمة الاستئناف أن تكلف الخصوم أو أحدهم بتقديم نصوص القانون الأجنبي كما عبرت عن ذلك قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز في حكمها عام 2014¹²⁴. كذلك يمكن تقرير أن للمحكمة العليا أن تثير ومن تلقاء نفسها العنصر الأجنبي، وقد فعلت ذلك المحكمة في حكمها في ذات الدعوى رقم 2014/2668، حيث تمسكت بوجود العنصر الأجنبي (موقع المال الموجود في نابلس/فلسطين) من تلقاء نفسها ورتبت آثار توافره في تقرير القانون الواجب التطبيق في مسائل البيّنات.

المطلب الثالث

موقفنا الشخصي بشأن التعاطي مع قواعد الإسناد والقانون الأجنبي في القانون الأردني

من مجمل ما تقدم وعطفاً على مواقفنا السابقة، فمن غير العسير تقرير أن القاضي الأردني لا يملك تطبيق القانون الأجنبي لدولة أخرى إذا لم يعين ذلك القانون بموجب قواعد الإسناد، وهو ما تشير إليه صراحة المادة (103) من الدستور الأردني التي تنص (... ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون). وبالرغم من عدم صدور ذلك القانون الذي يتعلق بالإميازات وحقوق الأجانب وفي الأمور الحقوقية والتجارية بشكل خاص، إلا أننا نرى أن تضمن القانون المدني الذي صدر عام 1977 لقواعد التنازع (الإسناد) يتضمن مقاربة لبلورة إرادة المشرع الدستوري في تنظيم قواعد الإسناد وكيفية تطبيق القانون الأجنبي. وكما أوضحنا سابقاً بخصوص موقف القانون والقضاء الأردنيين، فإننا نرى أنه إن تمسك أحد الأطراف في الدعوى بتطبيق القانون الأجنبي من خلال التذليل على وجود العنصر الأجنبي، وتقديمه، وإثباته كواقعة في الدعوى، فإن القاضي الأردني لن يقوم بتطبيق القانون الأردني الموضوعي للفصل في الدعوى إلا إذا تم تعيينه بموجب قواعد الإسناد¹²⁵. وفي هذا الصدد فلا نرى بأساً في أن يسلك القضاء الأردني ذات الموقف الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية التي تقرر أن القاضي الفرنسي لا يملك أن يختار أي من القانونين (الأجنبي أو الوطني) كقانون واجب التطبيق إلا إذا كانا متطابقين، أي بمعنى أن الحكم المقرر لحكم العلاقة هو ذاته في القانونين وفقاً لنظرية التعادل التي تحدثنا عنها سابقاً¹²⁶.

وعلياً أن ندرك أن تطبيق القانون الوطني أمام المحاكم الوطنية هو الأصل، وأن تطبيق القانون الأجنبي هو الإستثناء، ولذلك

فإن الاتفاق على نزع الاختصاص من القانون الوطني لمصلحة قانون أجنبي قد يكون أمراً متعزراً في العلاقات القانونية ذات الطبيعة الوطنية، وأن هذا الاتفاق جائز في العلاقات الدولية لجميع المسائل التي لا ترتبط باعتبارات المصلحة العامة، وخاصة قبل قيام النزاع وإنعقاد الخصومة. وعلى هذا جرت أحكام المادة (20) من القانون المدني بتقرير صحة الاتفاق بين الأطراف "Autonomy of the parties" على تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم علاقتهم التعاقدية في إطار العقد الدولي للمقولات. فالبيّن من نص المادة (1/20) أن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق بموجب اتفاق موضوعي يسبق إقامة الدعوى وإنعقاد الخصومة، وأن مثل هذا الاتفاق الذي يجد مصدره في مبدأ سلطان الإرادة يكون معاصراً أو لاحقاً لعقد الأساس ويقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية. ولكن السؤال الأهم يكمن في تقرير صحة وقوعة بعد إقامة الدعوى وخلال سير الإجراءات، وهو ما يبرر لنا أن نتساءل حول قيام الأطراف بالاتفاق على الطلب من القاضي تطبيق قانون أجنبي غير ذلك المعين بموجب قواعد الإسناد المقررة في القانون الداخلي أو تلك المقررة بموجب اتفاقية دولية، وعلى الأخص حينما تعين قواعد الإسناد القانون الوطني كقانون واجب التطبيق، فهل يلزم الخصوم والقاضي على إعمال قواعد الإسناد؟

إن كان القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد هو قانون أجنبي، وانتق الأطراف على تطبيق القانون الوطني، وطلبوا ذلك من قاضي الموضوع، فإننا نعتقد بأن القاضي عليه احترام مثل هذا الاتفاق بالنظر إلى الاعتبارات المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة التي يكاد يجمع عليها الفقه والقضاء في منح أطراف الدعوى دوراً في التقاضي وتحديد القانون الواجب التطبيق، وأسوة بما يجري عليه العمل في قضاء التحكيم التجاري التي يقوم على الإرادة، حيث تملك الإرادة دورها في تعيين المحكم، وتحديد الإجراءات، وتحديد القانون الواجب التطبيق للفصل في الدعوى.

ولكن هل يعرف النظام القانوني الأردني هذا النوع من الاتفاقات الإجرائية التي تجري خلال سير إجراءات التقاضي كما أوضحنا ذلك عند الحديث عن الموقف الفرنسي؟

من مطالعة قواعد الإجراءات يظهر لنا أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني - ومع الاحترام - لا يتصف بصفات التطور المعروفة في القانون الإجرائي المقارن بالرغم من انتماؤه التاريخي إلى مدرسة القانون اللاتيني. ونرى أن معظم التحسينات التي تجري عليه من وقت إلى آخر لا تتعدى غير إصلاحات ومعالجات تقليدية، فالحديث عن أحول وكيفية تطبيق القانون الموضوعي حتى في التقاضي الوطني للمنازعات الوطنية تكاد تتعدم الإشارة إليه في هذا القانون على خلاف ما هو واضح ومقرر في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والاجتهاد القضائي الفرنسي مثلاً. ولا نسوق ذلك إلا إدراكاً لحجم التأثير لهذا الأخير في نظامنا القانوني العربي وعلى الأخص ما تعلق منها بالجانب الإجرائي وإعتماد نظام المواجهة في الإجراءات المدنية Adversarial، فأغلب ما في نظامنا الإجرائي هو بيان إجراءات تقديم الدعوى وإصدار الحكم والظعن به وأسباب الظعن... الخ. وواضح أن اتجاه واضعي قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني قد اقتصر على الجانب الداخلي دون الأخذ في الاعتبار جملة من الأبعاد القانونية والموضوعية الإجرائية التي يمكن ملاحظتها في القانون الإجرائي المقارن، فبعض المبادئ العامة حول مبدأ المواجهة بين القاضي والخصوم، ومبدأ التصرف بالدعوى، حسن سير العدالة، وإنكار العدالة، ومبادئ الإقتصاد في الإجراءات التكاليف، واليقين القانوني، وعدم التعسف في الإجراءات، وعدالة الأسلحة، وغيرها من المبادئ الإجرائية الكلية لا نجد حديثاً عنها أو حتى إشارات واضحة تواكب حجم التطورات المعتمدة في القانون المقارن.

وقد يردّ علينا أن القضاء يملك تطوير وتطويع هذا النظام من خلال إرساء جملة القواعد والمبادئ الكلية في الإجراءات كما هو منهج القضاء المقارن في الدول الرائدة. الحق أننا لا نلاحظ - مع الاحترام - هذا الدور للاجتهاد القضائي في إرساء نظام اجرائي متين ومتطور، وسبب ذلك يعزى، من وجهة نظرنا، إلى أن قواعد الاختصاص والإجراءات يغلب نسبتها إلى المشرع من جهة، ومن جهة أخرى إلى الدور المحدود للفقه والاجتهاد الفقهي في الأردن في إطار القانون الإجرائي.

فالتطور الإجرائي الذي نلاحظه في القانون المقارن، والذي نأسف على عدم وجوده في نظامنا الإجرائي، يدفعنا إلى الاعتقاد أن نظامنا الإجرائي لا يزال يراوح مكانه حول ذات الموقف التقليدي في دور القاضي والخصوم في الدعوى، وهو ذات الموقف التقليدي للقانون الفرنسي القديم، ولا نرى في الأفق موقفاً يزحزح محكمة التمييز الأردنية الموقرة عن موقفها في التمسك بأن مهمة الواقع هي على الخصوم وأن مهمة القانون هي على القاضي كما تعبر عن ذلك الهيئة العامة لمحكمة التمييز من قصر التكييف القانوني وتطبيق القانون على القاضي، ومن غير البحث عن أي دور معاصر لتوزيع هذه المهمة بين القاضي والخصوم ضمن نوع من أطر العدالة الاتفاقية لكثير من المنازعات خاصة تلك المنطوية على بعد دولي.

والملاحظ أن نظامنا الإجرائي يخل من الحديث أو حتى الاجتهاد حول بعض الاتفاقات ذات الطبيعة الإجرائية في إطار القانون الواجب التطبيق التي تتم أمام القضاء وخلال سير الإجراءات، فمهمة أن الواقع على الخصوم ومهمة القانون على القاضي قد لا تصمد في كل الأحوال، فالخصوم لا يمثلون في معظم الدعاوى الحقوقية والتجارية إلا بواسطة محامين يساعونهم في إطار القانون، والمحامي مفترض به العلم بالقانون كالقاضي تماماً، ولهذا فنحن نرى مع الفقيه الفرنسي Raymond MARTIN لزوم أن يتضمن القانون الإجرائي نصاً يلزم المدعي على تكييف إدعائه حتى في المنازعات الوطنية¹²⁷.

وفي إطار الاتفاقات الإجرائية، نرى أن لا بأس لقضائنا في الأردن من الأخذ بذلك، أي بإمتداد نطاق الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق أمام قضاء الموضوع خاصة في الإلتزامات التعاقدية، وغيرها من المسائل التي لاتتعلق بالمصلحة العامة، وفي ذلك يمكن تبني ذات الحكم المقرر بموجب قانون التحكيم الأردني.

وقد يرد علينا أن التحكيم التجاري هو في المقام الأول أداة اتفاقية لحل المنازعات، ويعتمد بالضرورة على الإرادة في نزح الاختصاص القضائي من المحاكم الوطنية، والاتفاق حتى على النظام القانوني الذي يحكم النزاع سواء تم ذلك قبل ولادة النزاع أو تم خلال سير الإجراءات أمام هيئة التحكيم. فالمادة (26) من قانون التحكيم الأردني تشير إلى ذلك بشكل واضح. ومن جهتنا لا نجد مانعاً من الأخذ بهذا الحكم وأن يكون القاضي إزاء بعض الدعاوى ذات الصفة التي تغلب فيها الإرادة كمصدر للواقعة القانونية من الأخذ به تسهلاً على المتقاضين، كيف لا والقانون المدني الأردني يعبر عن إنتصاره للأخذ بسلطان الإرادة وإستلزام حلولها من المذهب الحنبلي توسعة على الناس في معاملاتهم كما تعبر عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني¹²⁸.

وفي هذا الصدد نرى أن محكمة التمييز الأردنية - ومع الاحترام- قد جانبت الصواب في عدم إنتصارها لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق حتى قبل قيام النزاع بين الطرفين، ففي الدعوى رقم (67) سنة 1988، قررت محكمة التمييز الموقرة أن نص المادة (20) من القانون المدني (وهو المتضمن قاعدة الإسناد في الإلتزامات التعاقدية) هو نص أمر لا يخضع لسلطان إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق أي أنه في حالة اختلاف الموطن فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق حكم قانون الدولة التي يختارها (...). وهو ما نعتقد في مجانبته للصواب بخصوص أعمال مبدأ سلطان الإرادة من جهة، ومن جهة أخرى لإغفال المحكمة الموقرة أي حديث عن قواعد التطبيق المباشر أو قواعد البوليس *loi de police* في إطار المنازعات العمالية وإمكانية تطبيق القانون الأجنبي الأصلح للعامل بالرغم من تعلق قواعد قانون العمل بالنظام العام وعلى الأقل في بلد تنفيذ الإلتزام.

وعلى أي حال، فإننا نرى أنه إن وجد التزام إجرائي لإثارة العنصر الأجنبي سواء من القاضي *ex officio* أو من قبل الخصوم، فيسكون تطبيق قواعد الإسناد الوطنية تلقائياً، وفي المقام الأول يعتمد الأمر على ظهور العنصر الأجنبي في الدعوى وتحقق القاضي من وجوده طالما أن القانون الأجنبي هو من مسائل القانون وليس من قبيل البيانات الإضافية كما عبرت عن ذلك محكمة التمييز الأردنية. أي أنه سواء تمت إثارته من قبل الخصوم أم لم يتم ذلك، فإن تمسك القضاء الأردني بصفة القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد يجعل للقاضي الدور الأكبر في البحث عن توافر العنصر الأجنبي، وهو أمر نرى أنه يضع قيداً على مبدأ التصرف بالدعوى، ويجعل من اتجاه القضاء الأردني أميل إلى النظام التتقيي *Inquisitorial manner* بدلاً من نظام المواجهه بشأن التعاطي مع قواعد الإسناد الوطنية.

ويفترض كثيراً وعند نظر النزاع على القاضي أن يظهر العنصر الأجنبي في العلاقة محل النزاع، فإن لم يقم الأطراف بالإشارة إليه أو تم إغفاله قصداً أو عرضاً، فإن القاضي ليس بمتوجب عليه تطبيقاً لمبدأ التصرف في الدعوى وملكيته لأطرافها -كما نرى- أن يتولى جهد البحث عنه ليقرر الآثار القانونية المرتبطة بالاختصاص القضائي وقواعد التنازع. فصحيح أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية هي من النظام العام¹²⁹، ولكن لدينا ضابط الاختصاص المؤسس على الخصوع الإرادي لقبول الاختصاص ليدعم موقفنا بشأن الاتجاه الإرادي في التعاطي مع العناصر الأجنبية في النزاع.

وقد يظهر العنصر الأجنبي خلال مرحلة سماع الأدلة والبيانات، فمثلاً قد يخفي الأطراف العنصر الأجنبي لمكان وجود المال المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الملكية أو الحياة أو الحقوق العينية الأخرى م (19) مدني أردني، أو قد يخفي أحدهم موطن المتوفى إن كانت قواعد الإسناد الفرنسية المتعلقة بميراث الأموال المنقولة هي الواجبة التطبيق، أو أن يخفي أحدهم جنسيته الأخرى، أو موطن إقامته، أو مكان إبرام التصرف، أو مكان وجود المال، أو غير ذلك من ضوابط الإسناد، فنعتقد أن القاضي الأردني في نظامنا الأردني الحالي، وبالرغم من عدم تكريسه لبعض المبادئ الجوهرية التي تحكم الكثير من القواعد الكلية في القانون الإجرائي، وعلى الأخص مبدأ التصرف في الدعوى، وعدم انفتاحه - مع الاحترام - على التطورات القضائية المعاصرة

في القانون المقارن بخصوص سلطة كل من القاضي والخصوم في إطار الواقع والقانون، نعتقد أنه يملك وفقاً لقانون أصول المحاكمات صلاحية إستجواب الخصوم حول العناصر الخارجية التي لم يقدمها الأطراف التي من شأنها أن تؤثر على تطبيق القانون¹³⁰.

وبالرغم من عدم اتفاقنا مع الاتجاه نحو الزامية القاضي بالبحث عن العنصر الأجنبي وتطبيق القانون الأجنبي على نحو مطلق¹³¹، يزعم أنه سيجعل من القاضي الأردني أداة لتنفيذ إرادة المشرع الأجنبي، ودمج بين القانون الوطني والقانون الأجنبي ليجعل منه إمتداداً لعلم القاضي بالقانون *jura noivit curia*، فإن على القاضي الأردني أن لا يتعسف في صلاحية البحث عن الواقع من نقطة اعتبار أن القانون الأجنبي يحمل صفة قانونية كما عبرت عن ذلك محكمة التمييز الأردنية، ليجاوزها نحو السعي والبحث عن أي عنصر أجنبي لم يرد الخصوم التمسك به صراحة أو ترتيب آثاره تطبيقاً لمبدأ التصرف في الدعوى وملكيته، ليحقق أفضلية لمصلحة تطبيق القانون الأجنبي على حساب القانون الوطني وعلى غير ما يرغب به الخصوم في الدعوى.

ونحن نرى أنه من المأمول من محكمة التمييز الأردنية أن تخفف من وطأه الصفة القانونية المطلقة للقانون الأجنبي بحيث لا يكون تطبيقه، أو التعامل معه تماماً كما تتعامل مع القانون الوطني وخاصة في الاحوال التي لا يتعلق فيها النزاع بالمصلحة العامة.

فكما ذكرنا من قبل أن الأصل أمام المحاكم الوطنية هو تطبيق القانون الوطني النافذ المفعول، وأن الإستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي، وما كان حديث المشرع الدستوري في المادة (103) من الدستور الإ رغبة في حماية الأجانب وعدم خضوعهم لأحكام الشريعة الإسلامية - كما نعتقد - بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، وبالنسبة للأموال الحقيقية والتجارية، فالعادة تقضي في العرف الدولي المعاصر أن للإرادة دورها في خلق النظام القانوني الذي سيحكم الدعوى، فإن لم يرغب الأطراف أو الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي فبأي حق سيفرض عليهم في شأن أمر لا يتعلق بالمصلحة العامة طالما أنهم لا يرغبون به؟ ويكفي أن نشير إلى أهمية ودور مبدأ سلطان الإرادة، بل وحتى بوجود عقد بلا قانون *Contract without Law* قول الحق سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود... صدق الله العظيم¹³²) وهي أساس النظام القانوني في القانون الإسلامي *Sharia Law* التي تأثر بها القانون الأنجلوسكسوني *Common Law* تأثيراً بيّناً.

فموجب مبدأ التصرف بالدعوى - عماد هذا البحث - فإن الخصوم هم من يملكون الدعوى ويملكون التصرف بها في موضوعها وفي سببها القانوني، بحيث إن لم يشر الأطراف إلى أي عنصر أجنبي في إطار تقديم لوائحهم ومذكراتهم ومرافعاتهم، فإن على القاضي احترام إرادتهم وعلى الأخص في المسائل التي لا تتعلق بالمصلحة العامة ولا بالنظام العام والآداب.

وبعبارة أخرى، يكفي أن يظهر العنصر الأجنبي في مذكرات الخصوم ولوائحهم لترتيب آثاره من قبل القاضي إن تعلق موضوع النزاع بالنظام العام، وحتى ولو يأت الخصوم على التنبه إليه أو الجهل بآثار وجوده، وقد سار القضاء الأردني على هذا النحو في تقرير أثر وجود العنصر الأجنبي في الدعوى التي تتعلق بعقار (المصلحة العامة)، حيث وجدت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في الدعوى رقم 2014/2668 ((أن موضوع توجيه اليمين الحاسمة يتوقف على الشراكة... في قطع الأراضي موضوع الدعوى التي تقع في مدينة نابلس سناً للمادة 2/20 من القانون المدني التي تنص على: أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار... ولما كان النزاع متعلقاً بشأن أموال غير منقولة فإن ما ينطبق على الأموال غير المنقولة هو قانون بلد الموقع... ولما كان الأمر كذلك فإنه كان يتوجب على محكمة الاستئناف وقبل البت بمشروعية اليمين أن تكلف الخصوم أو أحدهم بتقديم التشريع الذي يسري على الواقعة بلد موقع العقار وفقاً لأحكام المادة (1/79) من قانون الأصول المدنية للثبوت فيما إذا كان التشريع يجيز توجيه اليمين)). وكذلك الحكم قد تقرر في الدعوى رقم 2004/3483 حيث قضت محكمة التمييز (... وحيث إن المال المتنازع عليه كان موجوداً عند وفاة مورث المدعية والمدعي عليها في أحد البنوك السويسرية فإن مقتضى ذلك تطبيق أحكام القانون السويسري علة النزاع القائم بين المدعية والمدعي عليه حول هذا المال تطبيقاً للمادة (19) من القانون المدني...).

ونحن نرى كذلك أن المادة (11) من القانون المدني الأردني - سبق بيانها - التي تتناول التكليف الذي يستهدف في المقام الأول الكشف عن قاعدة الإسناد في القانون الوطني، تتضمن كذلك أحوالاً تمكن القضاء الأردني من أخذ دوره في تقرير بعض النتائج القانونية حول إلزامية قواعد الإسناد والقانون الأجنبي في نظامنا القانوني، فالمادة المذكورة تنص على: (القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات القانونية عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها).

فعبارة (عندما يطلب منه تحديد نوع هذه العلاقات) تحمل على الإعتقاد أنها لا تتعلق فقط بالطلب الأصلي واختصاص القضاء الأردني بنظره وإعمال القانون الأردني بشأن التكييف، بل، ووفق رأينا، أنها قد تتضمن موقفاً يستم بالمرونه إزاء العلاقات الدولية الخاصة التي عبر عنها النص المذكور بعبارة (قضية تتنازع فيها القوانين ...) أي قبول مرونة تتسم بمنح الخصوم والقاضي على السواء دوراً بشأن التكييف الذي يشكل أول خطوة بشأن إعمال قواعد الإسناد الأردنية.

فهل نتصور يوماً أن يملك خصوم الدعوى دوراً بشأن التكييف والوصف القانوني للعلاقات القانونية في قضية تتنازع فيها القوانين؟ فشرط التنازع واضحة كمتطلب لإعمال هذا النص في سياق تقرير جملة من المبادئ الكلية بشأن التعاطي مع دور القاضي والخصوم بشأن الواقع والقانون، وبشأن مبدأ المواجهة بين القاضي والخصوم كما سيرد تالياً.

ومعايير العدالة الإجرائية Procedural Fairness تلزم القاضي أن يحترم مبدأ المواجهة بين الخصوم، أي أن عليه إن أراد أن يترتب مفاعيل توافر العنصر الأجنبي في الدعوى وإعمال قواعد الإسناد وبالنتيجة تطبيق قانون أجنبي، فإن عليه أن يحترم مبدأ المواجهة بينه وبين الخصوم Contradiction، لا أن يكتفي كما هو متبع في نظامنا الإجرائي على المواجهة بين الخصوم فقط دون القاضي، وهو مبدأ، كما عثرنا عن ذلك من قبل، يمس أساس المحاكمة العادلة، ويشكل مبدأ من مبادئ القانون بوجه عام، ويعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص توفيقاً للمادة (25) من القانون المدني.

ونحن بدورنا نعتقد أن الأساس القانوني لهذا المبدأ يجد أساسه في المادة (28) من القانون المدني التي تتناول موضوع الإحالة. ولا تهمنا في هذا الصدد مسألة الإحالة بقدر ما يهمنا قول المشرع الأردني بقوله : (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية....). ونسائل حول قراءة هذا النص متى يتقرر ذلك، ومن الذي يقرر وماذا يسبق القرار ؟

الحق أن القاضي هو الذي يملك القرار ليقدر وليس فقط قواعد الإسناد التي تقرر، وأن القضاء لا يقرر إلا إذا سبق ذلك نقاش وتبادل ومذكرات ومطالعات ومرافعات... مؤدى ذلك، وحتى مع التسليم أن بيان الواقع على الخصوم، وأن على القاضي القانون وفق إجراءات التقاضي التقليدية، فإننا نرى أن على القاضي ووفق هذا النص أن يطلع الخصوم عن رغبته في التمسك بالعنصر الأجنبي وقواعد الإسناد وترتيب جميع آثاره القانونية وذلك احتراماً لمبدأ المواجهة بينه وبين الخصوم حتى لا يكون الخصوم في مركز يتعذر عليهم إبداء دفعهم وإعتراضاتهم فيما بينهم وبين القاضي حول هذا الأمر، وبالنتيجة في ترتيب وتدبير إستراتيجية كل خصم في الادعاء أو الدفاع في تشكيل الأساس القانوني الذي سيبني عليه الحكم لاحقاً¹³³. وعبارة أخرى، نرى أن خصوصية التقاضي في إطار العلاقات الدولية الخاصة توجب على القاضي وفقاً لهذا النص، وبعد أن يقدم الخصوم روايتهم حول النزاع (الواقع)، أن يقرر القاضي وتبعاً للأحوال، أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ثم يشرع الخصوم في تقرير موقفهم من ذلك وفقاً لمبدأ المواجهة فيما بينهم من جهة، وفيما بينهم وبين المحكمة من جهة أخرى، لا أن يخف القاضي عنهم أمر القانون الواجب التطبيق إلى ما بعد تقديم المرافعات (الطلبات الأخيرة) ليفاجئهم بالقانون الواجب التطبيق في الحكم النهائي الفاصل في موضوع الدعوى.

ولا يشكل هذا الأمر من وجه نظرنا قضاءً مسبقاً أو خروجاً عن مبدأ حياد القاضي بالنظر إلى طبيعة المنازعة في العلاقات الدولية الخاصة، ومرد ذلك كامن في أن قواعد الإسناد (التنازع) ليست قواعد موضوعية معدة للفصل في النزاع، وإنما هي قواعد ترشد القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، وأن تطبيق وإعمال قواعد التنازع هي في المقام الأول خطوة أولية تسبق تطبيق القانون الواجب التطبيق، وفي المقابل نرى أنه وحتى مع قيام القاضي بتطبيق القانون الوطني بالرغم من طلب الطرفين واتفاقهم على تطبيق قانون أجنبي، فإن عليه احترام مبدأ المواجهة وتمكين الطرفين من تقديم مطالباتهم¹³⁴.

يضاف إلى ذلك مسألة في غايه الأهمية تتعلق بالوقت والإقتصاد في التكاليف، التي تعد من سمات التطور في أي نظام تقاض وطني Litigation، أو تحكيمي Arbitration على حد سواء، تبرر ضرورة ولزوم قبول الاتفاقات الإجرائية بشأن القانون الواجب التطبيق. يضاف إلى ذلك أن مكنة النظام العام، كقيد موضوعي على تطبيق القانون الأجنبي، توجب على القضاء، إزاء هذا التعاطي مع القانون الأجنبي في إطار الكشف اللاحق عن مضمون القانون الأجنبي وفحص إمكانية تطبيقه أمام القضاء الوطني، أن يفسح المجال للخصوم للترافع حول صحة تطبيق القانون الأجنبي وخلال سير إجراءات الدعوى لا بعد اختتام المحاكمة والنطق بالحكم، وبالمحصلة ينبغي أن يراعى مبدأ المواجهة بخصوص إمكانية تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده، وإمكانية وقوع الاتفاقات الإجرائية للتخفيف من الزامية قواعد الإسناد والقانون الأجنبي أمام المحكمة وخلال سير الإجراءات.

الخاتمة

وحيث أنهينا من بيان موقفنا الشخصي في المبحث الأخير والمتضمن مجموعة من المواقف والتوصيات حول نطاق هذا البحث وتوصياته، نختم هذه الدراسة بالقول إن التعامل مع القانون الأجنبي يتباين بشكل واضح تبعاً لاختلاف الدول وتقاليدها القضائية، ويعتمد بالضرورة على التعاطي الإجرائي لقانون المحكمة مع العنصر الأجنبي وقواعد التنازع والقانون الأجنبي. وواضح تباين الحلول والاتجاهات بشأن التعاطي مع العنصر الأجنبي والإلزامية بقواعد الإسناد بالنسبة للقاضي وبالنسبة للخصوم، ودور كل منهما في الكشف عن العنصر الأجنبي والتمسك بقواعد الإسناد.

ففي الاتجاه الأول، فإن توافر العنصر الأجنبي والتمسك بقواعد الإسناد قد تركت لمطلق حرية الأطراف بالنظر إلى أن القانون الأجنبي يشكل مسألة واقعية، وبالنتيجة، فإن القاضي قد يحرم من التمسك بقواعد الإسناد إن لم يقدّم الخصوم بإثارة العنصر الأجنبي في الدعوى، أو في أحوال السكوت عنه وعدم تقديمه من قبل الخصوم، أو تقديمه بشكل عرضي من غير رغبة أو إدراك في ترتيب آثار توافره على القانون الواجب التطبيق، وأن هذا الاتجاه يساير مبدأ التصرف بالدعوى وملكية الخصوم لها، مع وجوب التوصية للقاضي بمراعاة وجوب أن يقوم القاضي بالإستيضاح من الخصوم حول رغبتهم في التمسك بوجود العنصر الأجنبي إن تمت الإشارة إليه بشكل عرضي.

وفي المقابل ووفق الاتجاه الثاني، فإن قواعد الإسناد مملوكة للقاضي، وتعد ملزمة حتى ولو جاءت على غير ما يستهدفه الخصوم في الدعوى، فحيثما تقرر أن لقواعد الإسناد الصفة الملزمة كما هو الحال في الأردن، فإن ذلك يمنح للقاضي فرصة في البحث عن العنصر الأجنبي، ولو من تلقاء نفسه *lex officio*، وهو الحل الذي وجدناه في القضاء الفرنسي بشأن الحقوق غير القابلة للتصرف، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الإيطالية عام 2014، مما يستتبع تقرير أن الزامية قواعد الإسناد تضع قيداً على مبدأ التصرف بالدعوى وملكية الخصوم لها، وهذا الأمر يفرض على قواعد الإسناد صفة إجرائية مشددة، مع التوصية أن على القاضي أن يسهر على احترام مبدأ المواجهة بينه وبين الخصوم، فمبدأ المواجهة يفرض على القاضي إن قام بالتمسك بقواعد إسناد *Lex fori*، وبالنتيجة إلى إثارة تطبيق القانون الأجنبي من خلال توافر العنصر الأجنبي، عليه أن ينبّه الخصوم إلى أحوال تطبيق القانون الأجنبي مانحاً لهم قدرًا من التيقن القانوني حول القانون الواجب التطبيق، وأن عليه أن يستوضح من الخصوم عن كل عنصر أجنبي قد يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق، وأن يمكّن الخصوم من الترافع حول صحة ونطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في مرحلة مبكرة من سير إجراءات الدعوى، حتى لا يفاجأ الخصوم بتطبيق قانون لم يكن في حسابهم، مما يستتبع تقرير أن مبدأ المواجهة يشكل قيداً على حرية القاضي في تصريف وسير الدعوى في إطار التعاطي مع منازعات العلاقات الدولية الخاصة.

وأما الاتجاه الثالث: فهو يميز بين أنواع الحقوق محل النزاع وقابليتها للتصرف، فقد وجدنا في القضاء الفرنسي وبجميع تطورات المعاصرة، كيف يمكن للأطراف إزاء الحقوق التي يملكون حق التصرف بشأنها *libre disposition de leur droit* أن يتفقوا بموجب اتفاق موضوعي سابق على إقامة الدعوى على اختيار القانون الواجب التطبيق، وهو معترف به في إطار اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد *Lex contractus*، أو بموجب اتفاق إجرائي *Accord procédural* يقع خلال سير إجراءات الدعوى، يتضمن إستبعاداً لتطبيق القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد، وسواء تم هذا الاتفاق بشكل صريح أم بشكل ضمني، وحتى ولو كانت قواعد الإسناد مقررّة بموجب اتفاقية دولية تطبيقاً لمبدأ حق التصرف بالدعوى وملكيته، وتكريساً للتأثر بمفاهيم العدالة الاتفاقية والحد من التكاليف والإقتصاد في الإجراءات التي اشترنا إليها تفصيلاً وهو ما نصي المشرع والقضاء الأردني بتبنيه.

الهوامش

1 Juenger.F. K(1985), General Course on Private International Law, RCADI.IV.131.

2 . قد تعين قواعد الإسناد القانون الوطني أو القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق بحكم أن قواعد الإسناد مزدوجة الجانب . انظر: عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص، مشار إليه أيضاً في قرار محكمة التمييز الاردنية (تمييز حقوق) رقم 1999/2825 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/5/18 منشورات مركز عدالة.

MAYER (P) et HEUZE (V)(1985) Droit international privé, 8e édition, Paris : Montchrestien.P. 83.

3. لغايات هذه الدراسة، فإن القانون الاجنبي لا يقتصر على القواعد المكتوبة التي تصدر من سلطة تشريعية بل وحتى قواعد القانون غير المكتوبة، انظر نقض فرنسي 2017 :
- Cour de cassation chambre civile, Audience publique du mercredi 4 janvier 2017 N° de pourvoi: 16-10754
Publié au bulletin Rejet .
- 4 ZAJTAY، Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère, Paris : Pédone, 1958, p.47et s.
- 5 Florence BRUS, « Le Principe Dispositif et le Proces Civil», **Thèse** de doctorat-2014 -Université de Pau et Des Pays l'Adour, p 9.
- 6 انظر في الفقه العربي : فتحي والي ، الوسيط في قانون قضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص710، وما بعدها
- 7 Rainer Hausmann(2008) «Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis », the European Legal Forum. Issue 1. Y. Loussouarn et P. Bourel,(2013) Droit international privé,10 éd. Dalloz, n° 360.
- 8 نظر في الفقه العربي مثلاً: ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مطبعة الحكومة، بغداد، 1972، ص 334.
- 9 انظر ممدوح عبدالكريم حافظ ، المرجع السابق، ص252. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، القاهرة، 1947، ص252.
- 10 Pierre Lalive, tendances et Méthodes en Droit International Privé – **Cours général**(1997), Académie de Droit International, P 154.
- 11 Clay, Thomas,(2006), « Le modèle pour éviter le procès », in Code civil et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle, L.G.D.J., Bibliothèque de l'institut André Tunc, p. 51
- 12 Pierre Lalive, op, cit, p 120.and see: Abla J Mayss (1999), Principles of Conflict of Laws, Cavendish publishing limited UK.p 130.
- 13 Bolard, Georges,(1993) « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », JCP G, I, 3693.
- 14 Serge Guinchard, Frédérique Ferrand, Cécile Chainais(2008), Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, 29 éditions, Dalloz, p597.
- 15 Glasson (E.), Tissier (A.)(1926), Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, T.II., 3ème éd., Sirey, p. 656, n°593
- 16 Dupichot, Jacques (2005), « L'adage « da mihi factum, dabo tibi jus », Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz, p. 425.
- 17 Article (4) de Code de procédure civile.
- 18 Motulsky (1973),« Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in Ecrits et notes de procédure civile, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz, p. 38, spéc. p. 39, n°2 ; Etude de droits contemporain, 1959, p. 257 .
- 19 Le principe d'impulsion du procès /Les principes directeurs du procès civil,
<http://www.cabinetaci.com/avocat/libertes-fondamentales-avocat/le-juge-judiciaire-et-les-libertes-publiques/les-principes-directeurs-du-proces-civil/>
20. انظر المواد (15)، (16) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسيCPC. لحقت بهذا المبدأ العديد من التطبيقات في اطار قبول الطلبات المعارضة التي تقدم خلال سير الدعوى من المدعي او المدعى عليه ، وانظر المواد (115)، (116)، (117) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.
- « Le Principe Dispositif et le Proces Civil», **Thèse** de doctorat-2014 - Université de 2014) (21 Florence BRUS
Pau et Des Pays l'Adour, N 271,p 137.
- 22 انظر : سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته، الإدلة المطلقة، الجزء 12، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية ، صادر، لبنان 1998، ص 3 وما بعدها.
- 23 Voir .Motulsky (1964), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », en Ecrits et notes de procédure civile, p. 103, n°4.
- 24 Anne Le Gallou,(1995) «Le Juge et le Droit : présentation de l'article 12 NCPC »,Revue Juridique de l'Ouest., p. 477-499.
- 25 IVAINER (1986), L'interprétation des faits en droit, JCP, édition. G, I, 3235.

- 26 Article 12 de Code de Procédure Civile (CPC).
- 27 Advocate General Jacobs in the European Court of Justice cases C-430/93 and C-431/93. ("perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule *curia novit legem* has never been and is not part of English law"....) The commentator to which Jacobs refers is F. A.Mann, *Fusion of the Legal Professions?:* (1977), *Law Quarterly Review.*, p. 369.
- 28 Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », p. 180, n°77.
- 29 Guinchard, Ferrand, et Chainais, op.cit, P 624.
- 30 David Sandberg (2011), *Jura novit arbiter? How to apply and ascertain the content of the applicable law in international commercial arbitration in Sweden*, M.Thesis, Goteborgs University, 30 ECTS, Fall semester of 2011, P 15.
- 31 Cass.1er.civ, 21 février 2006.
- 32 انظر مثلاً، راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 238.
- 33 انظر تحديداً : عبدالله الضمور ، نظام أصدقاء المحكمة في القانون الدولي والمقارن وإمكانية إدخاله في النظام القضائي الأردني كوسيلة للانفتاح القضائي على المجتمع المدني، مقبول للنشر 2018، مجلة دراسات/علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية /الأردن ، ص 7.
- 34 S.I. Strong(2014), *limits of Procedural Choice of Law*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39:3.P 1058.
- 35 David Sandberg, op.cit, P19.
- 36 Clay, op.cit, p 5.2
- 37 Guinchard, Ferrand, et Chainais, op.cit, P 625.
- 38 Cass.1er .civ. 19 avril 1988, Bull. I, n° 104.
- 39 عوض الزعبي، " إسقاط الخصومة وسقوطها وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية ، عدد(2) سنة 2010.
- 40 أحمد نشأت، رسالة الإثبات ، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص14 وما بعدها
- 41 تنص المادة (4) من قانون البيئات الأردني على : يجب أن تكون الوقائع التي يراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائز اثباتها قانوناً.
- 42 انظر: انيس المنصور، " مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة، مجلة دراسات/علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية /الأردن، منشور في المجلد (36)، العدد (1)، 2009، ص 250-264.
- 43 تمييز حقوق رقم 2017/66 تاريخ 2017/8/9 منشورات مركز قسطاس.
- 44 عبدالله الضمور ، المرجع السابق ، ص 3.
- 45 تنص المادة (3) من قانون البيئات الأردني على : ليس لقاض أن يحكم بعلمه الشخصي.
- 46 سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997، ص22، وانظر انوار عيد، قواعد للإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول مطبعة النشر بيروت ، 1962، ص7 وما بعدها.
- 47 تمييز حقوق رقم 2005/4523 تاريخ 2006/4/26، منشورات مركز عدالة.
- 48 تمييز حقوق رقم 2005/86 تاريخ 2005/5/12.
- 49 وفق هذا المعيار تكون العلاقة دولية عندما تتعلق بمصالح التجارة الدولية.
- 50 V. P. MAYER, note sous l'arrêt Karl Ibold, Cass. civ. 1ère, 1er juil. 1997, R. 1998. 60 spéc. p. 72.
- 51 انظر المواد 12-24 من القانون المدني الأردني .
- 52 Laura Magdalena TROCAN(2014), "Foreign Element – Distinguishing Factor of Private International Law". *Analele Universității "Constantin Brâncuși" din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 3/2014.*
- 53 Hausmann, op.cit, P 3.
- 54 *The Application of Foreign Law in Civil Matters in The Eu Member State And Its Perspectives For the Future.* Avis 09-184 Lausanne, 11 July, 2011.
- 55 انظر : منصور مصطفى منصور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980، ص 9. وانظر: فؤاد رياض، سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية القاهرة، 1994، ص53.
- 56 See: Matthew J. Wilson(2011) *Demystifying the Determination of Foreign Law U.S Courts: Opining the*

- Door to a Great Global Understanding, 46 Wake Forest L. Rev. 887. And see: Jacob Dolinger(1995)Application, Proof, And Interpretation of Foreign Law:A Comparative Study In Private International Law, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. Law 225.
- 57 P.Lalive, op. cit, p 159.
- 58 The Application of Forigne Law in Civil Mattrrs in The Eu Member State And Its Perspectives For the Future. P 10.
- 59Le Principe contradictoire joue un rôle tout aussi fondamental au niveau de la détermination de contenu du droit étranger et désigné par la règle de conflit par laquelle le juge doit recueillir les informations nécessaires et respecter les droit de défense. Cons.not. cass, 3 mai 1996. J.t.t1997.
- 60 The Application of Forigne Law in Civil Mattrrs in the Eu Member State and Its Perspectives for the Future. P 11.
- 61 Ibid p11.
- 62 F.K.V. Savigny system des heuligen rumischen Rechets, Berlin, 1849.T.VIII,Par.348. quoted from P.Lalive,op,cit,p 158.
- 63تتص المادة المذكورة على: (قواعد القانون العرفي وقواعد القانون الأجنبي-قانون دولة أخرى- ليست بحاجة الى إثبات إن كانت معروفة للمحكمة، ومن أجل تحديد محتوى هذا القانون، فإن المحكمة ليست ملزمة بأدلة الإثبات التي يقدمها الخصوم، فلها استخدام جميع المعلومات الأخرى، ولها أن تأمر بإستخدام أي وسيلة أخرى...)
- 64 Rainer Hausmann, op.cit, p 3.
- 65 Mario Giuliano(1962) « Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux »,Revue internationale de droit comparé.pp5-32.
- 66 Hausmann,op.cit, P 3.
- 67 José Carlos FERNANDEZ ROZAS(2008) « Le Droit International Privé Espagnol Aujourd'hui ou le Dépassement des Paradigmes » Séance du 23 mai 2008 http://eprints.ucm.es/9253/1/TRAVAUX_COMITE_FRANCES.pdf
- 68 26.5.2014.n1751, in Foro it , 2014, 6,11738 Commented by G.Casaburi, quoted from: Nerina Boschiero and Benedetta ubertazzi, Proof and Information about foreign Law in Itali , in : Youo Nishitani(2017) treatement of Foreign Law –Dynamics towards Convergence? Springer, Jul 4,262.
- 69 The Application of Forigne Law in Civil Mattrrs in The Eu Member State And Its Perspectives For the Future. P 12.
- 70 Ibid, p13. And see Hausmann, Rainer, op.cit,p 2.
- 71 Cass.civ 1er, 20 nov 206, 120 05-19.838 Bull.civ.2006 n522.
- 72 Muir watt(2009), Rep, droit international, Paris, loi étrangère. No 14.
- 73 Lalive Pierre (2009) « l'ordre Public Transnational et l'arbitre International », in : Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. - Milano : Giuffrè, 2009. - P. 599-611.
- 74 Pierre Mayer, op.cit, P 122.
- 75 Civ.18 nov 1992, Civ, 1er 26 mai 1999, Rev.crit.di,1999,707,2 esp, not Muir Watt, JCP 1999, note Melin.
- 76 P.Mayer, P122.
- 77 Civ, 1er, 6 janv, 2010, Rev.Crit. DIP 2010.357 note Lagarde.
- 78 B . Fauvarque – Cosson, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, thèse de doctorat, no 410.
- 79 L'application d'office de la règle de conflit de lois, coursdedroit dans Le droit international le 1 Octobre 2015 : www.cours-de-droit-droit.net/le-droit-international-c27647736
- 80 Civ, 1er 12 mai 1959 . Rev .Crit.DIP 1960.62. NoteH. **Batiffol, JDI1960,810.Note Sialeli .**
- 81 Civ,1er 2 mars 1960 .Revue Crit DIP,1960 .P 97.
- 82 Civ, 1er 9 mars 1983.
- 83 Civ ;1er 11 octobre 1988 , Civ,1er 18 octobre 1988 . Rev.Crit .DIP 1989,349. Note Alexandre.

- 84 Civ ,1er 1990. JDI 1991,372 ,.Note Bureau, Rev .Crit ,DPI 1991,558, Note Niboyet Hoegy,GA no 76.
- 85 Civ,1er 6 mai 1997. Hannover International C.Barnger « Pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelles désignant la loi compétente, qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties »
- 86 Civ,1er,26 , mai 1999, Rev .Crit,DP1 1999,707.Note Muir Watt .
- 87 Pierre Mayer, op.cit, P 123.
- 88 Civ,1er 26 mai 1999 .
- 89 Cass 1er civ, 14/6/2005, Bull.civ,2 p28.
- 90 Cass.1er civ, 3/3/2010,Bull.civ,03,p50. Et cass. 1er civ., 11/2/2009, Bull.civ, 2, p22.
- 91 Lorsqu'il s'agit de droits indisponibles, il appartient au juge d'appliquer d'office la règle de conflit de lois puis de déterminer le contenu de la loi étrangère désignée (Civ. 1re, 26 mai 1999, n° 97-16.684, D. 1999. 162 ; Rev. crit. DIP 1999. 707, note H. Muir Watt.
- 92 Civ. 1re, 4 janv. 2017, FS-P+B, n° 16-10.754 and see : ; 16 sept. 2014, n° 13-20.667, D. 2015. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon(RECUEIL/CHRON/2015/0583. Dalloz actualité. Éditions Dalloz 2018 . Publié sur Dalloz Actualité <https://www.dalloz-actualite.fr>
- 93 Fabric Fage(2013) Théorie de l'équivalence et conflits de lois, thèse de doctorat, Université de Paris 1.
- 94 Civ,1er, 23 jan, Revue Critique de Droit International Privé , 2007.P 760. Note Boskovic D.2007, 1244 .
- 95 Peggy CARLIER(2008), L'utilisation De La lex fori Dans La Resoulution Des Conflits De Loi, *thèse* de doctorat Université de Lille 2, p39.
- 96 Civ,1er, 6 Mai,1997, Hannover International, Rev .Crit,DIP 1997,514,.Note Fauvorque- Cosson.
- 97 Civ,1er , 26 mai 1999 N° de pourvoi: 96-21333 ,(les parties peuvent s'accorder sur l'application d'une loi autre que celle désignée par une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente).
- 98 Matthew J. Wilson(2011) Demystifying the Determination of Foreign Law U.S Courts: Opining the Door to a Great Global Understanding.
- 99 Roger M. Michalski (2011)“Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading” 59 Buffalo Law Review p.1207. Rudy J. Peritz(1975) Comment, Determination of Foreign Law Under Rule 44.1, 10 TEX. INT'L L.J. p.67.
- 100 Jacob Dolinger(1995), Application, Proof, and Interpretation of Foreign Law: A Comparative Study in Private International Law, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 225, 267-70.
- 101 Rule 44.1 to the Federal Rules of Civil Procedure.
- 102 Matthew. Wilson,op.cit, p 5.
- 103 FED. R. CIV. P. 44.1 ("The court's determination must be treated as a ruling on a question of law.").
- 104 See Bel-Ray Co. v. Chemrite Ltd., 181 F.3d 435, 440 (3d Cir. 1999) . McGhee v. Arabian Am. Oil Co., 871 F.2d 1412, 1424 n.10 (9th Cir. 1989) .
- 105 Commercial Ins. Co. of Newark, New Jersey v. Pac.-Peru Constr. Corp., 558 F.2d 948, 952 (9th Cir. 1977) ("We choose to apply the law of Hawaii. None of the parties, pursuant to Rule 44.1 of the Federal Rules of Civil Procedure, gave written notice of an intent to raise an issue concerning the law of a foreign country. We are, therefore, under no obligation to attempt to apply Peruvian law." Roger M. Michalski op.cit, N 18. Ruff v. St. Paul Mercury Ins. Co., 393 F.2d 500, 502 (2d Cir. 1968) ("A party must give 'reasonable written notice' in the district court proceedings in order to raise an issue concerning the law of a foreign country on appeal.");
- 106 See Stephen L. Sass (1981) Foreign Law in Federal Courts, 29 AM. J. COMP. L. 97, 98 ("Under Rule 44.1, foreign law is a mixture of fact and law. Indeed, foreign law is a tertium genus, a third category, between fact and law.").

- 107 Matthew. Wilson, op.cit. p14 .
- 108 See : Symoon C. Symeonides , Choice of law in American Courts in 2009: Twenty Third Annual survey , 58, J Comp. L.227(Spring 2010).
- 109 129 S. Ct. 1937 (2009) .550 U.S. 544 (2007)
- 110 See: Mortimer Off Shore Servs., Ltd. v. Federal Republic of Germany, 615 F.3d 97, 104-12 (2d Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 1502 (2011).
- 111 <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/454/235/case.html>
- 112 Cassandra Burke Robertson(2010), Transnational Litigation and Institutional Choice, 51 B. Coll. L. Rev. 1081, 1089-92 (noting that there has recently been a 400% increase in transnational forum non conveniens challenges, and that courts have dismissed approximately half of the cases in which forum non conveniens has been an issue), quoted from :Matthew. Wilson, op.cit. F. 58 .
- 113 انظر : غالب الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011، 266.
- 114 الترجمة الرسمية هي التي تقدم من قبل خبير معتمد محلف وفقاً لنظام الخبرة أو ترجمة صادق الكاتب بالعدل على صحة توقيه المترجم وفقاً لقانون الكاتب العدل.
- 115 انظر مثلاً نقض فرنسي : Cour de cassation : Audience publique du mercredi 4 janvier 2017 N° Chambre civile 1 , de pourvoi: 16-10754 Publié au bulletin Rejet. ALORS QUE le juge français qui interprète la loi étrangère doit prendre en compte toutes les composantes de celle-ci, y compris jurisprudentielles ; qu'en interprétant l'article 158 du Dahir marocain comme lui permettant de tirer de l'abstention de M. X... à se présenter devant l'expert l'obligation d'apprécier les autres preuves apportées par les parties, sans déterminer précisément les pouvoirs du juge marocain devant une telle abstention, et sans établir la teneur de la jurisprudence marocaine sur ce point, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil.
- 116 عكس هذا الرأي أنظر : انيس المنصور ، شرح أحكام قانون البيئات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، دار إثراء للنشر والتوزيع الطبعة الثانية 2013، ص50.
- 117 تمييز حقوق رقم (2005/1358) تاريخ 2005/9/13. منشورات مركز عدالة.
- 118 رقم (70) (هيئة خماسية) تاريخ 1980/7/21 والمنشور على الصفحة 1395 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1980/1/1 .
- 119 تمييز حقوق 1983/539 تاريخ 1983/11/15.
- 120 تمييز حقوق 1137 تاريخ 1997/7/26، المجلة القضائية بتاريخ 1997/1/1 ص 345.
- 121 تمييز حقوق 2001/374، تاريخ 2001/5/15، منشورات مركز قسطاس.
- 122 تمييز حقوق 2005/2183، تاريخ 2006/3/19.
- 123 تمييز حقوق رقم 1993/1054 تاريخ 1993/12/15.
- 124 تمييز حقوق 2014/2668 هيئة عامة تاريخ 2014/9/12.
- 125 انظر مثلاً المواد 15 من القانون المدني التي تنص على اذا كان احد الزوجين أردنياً يسري القانون الأردني. وانظر نقض فرنسي : P355 ; Bull .Civ. No 425 ; Civ,1er,22 nov 2005, Bull .Civ. No 425 ; P355 ;
- 126 Civ,1er,13 avr,1999. Revue Critique de Droit International Privé, 1999. Note Ancel et Muir Walt (2000) **Revue Journal du droit international**, 315.
- 127 R. MARTIN, Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ?, RTD civ. 1994, p. 557.
- 128 وقد روي الأخذ بالمشروع بأوسع المذاهب الإسلامية وهو الحنبلي توسعة على الناس في معاملاتهم، المنكرة الايضاحية للقانون المدني، الجزء الأول، ص 93.
- 129 تمييز حقوق رقم (2003/839) هيئة خماسية، تاريخ 2003/5/19، منشورات مركز عدالة
- 130 المادة (2/76) من قانون اصول المحاكمات المدنية
- 131 انظر في هذا الإتجاه الفقيه الإيطالي مورلي الذي يرى بإمتداد قاعدة افتراض علم القاضي بالقانون الى القانون الأجنبي طالما أنه معين بموجب قاعدة إسناد وطنية
- GAETANO MORELLI, Dxxrro Processuale Civile Internazionale (2d éd. 1954); quoted from RODOLFO DE NOVA, op, cit, p 14.
- 132 سورة الأنعام، الآية رقم (1).

133 انظر المادة (12) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

134 Civ,1er,16 juin 1992, Revue Critique de Droit International 1993.p 34,. Note Améli .

المصادر والمراجع

أحمد نشأت، رسالة الإثبات ، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة،1972.
ادوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول مطبعة النشر بيروت 1962.
انيس المنصور ، شرح أحكام قانون البيئات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، دار إترء للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الثانية 2013.
أنيس المنصور، " مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة، مجلة دراسات/علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية /الأردن، منشور في المجلد (36)، العدد (1)، 2009، ص 250-264.
راميا الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية.2008.
سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الإدلة المطلقة، الجزء 12، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية ، صادر، لبنان 1998.
سمير تتاغو، النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة1997.
عبدالله الضمور "نظام أصدقاء المحكمة في القانون الدولي والمقارن وإمكانية إدخاله في النظام القضائي الأردني كوسيلة للانفتاح القضائي على المجتمع المدني، بحث مقبول للنشر عام 2018، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلة تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية.

عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، القاهرة 1969.
غالب الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2011.
عوض الزعبي، " إسقاط الخصومة وسقوطها وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية ، عدد(2) سنة 2010.
فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001.
فؤاد رياض، سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية القاهرة،1994.
ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مطبعة الحكومة، بغداد،1972.
منصور مصطفى منصور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980.
هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، القاهرة،1947.

Abla J Mayss (1999) Principles of Conflict of Laws, Cavendish publishing limited UK.

David Sandberg (2011), Jura novit arbirer? How to apply and ascertain the contet of the applicable law in international commercial arbitration in Sweden, M.Thesis, Goteborgs University,30 ECTS,Fall semester of 2011.

Jacob Dolinger(1995)Application, Proof, And Interpretation of Foreign Law:A Comparative Study In Private International Law, 12 Ariz. J. Int'l & Comp. Law 225.

Juenger.F. K(1985), General Course on Private International Law, RCADI.IV.

Laura Magdalena TROCAN(2014), "Foreign Element – Distinguishing Factor of Private International Law". Analele Universităţii "Constantin Brâncuşi" din Târgu Jiu, Seria Ştiinţe Juridice, Nr. 3/2014.S.I. Strong(2014),limits of Procedural Choice of Law, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 39:3.

Matthew J. Wilson(2011) Demystifying the Determination of Foreign Law U.S Courts: Opining the Door to a Great Global Understanding, 46 Wake Forest L. Rev. 887.

Rainer Hausmann(2008) «Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis », the European Legal Forum. Issue 1.

Roger M. Michalski (2011)“Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading” 59 Buffalo Law Review .

Rudy J. Peritz(1975) Comment, Determination of Foreign Law Under Rule 44.1, 10 TEX. INT'L L.J.

Stephen L. Sass (1981) Foreign Law in Federal Courts, 29 AM. J. COMP. L. 97, 98 ("Under Rule 44.1, foreign law is a mixture of fact and law. Indeed, foreign law is a tertium genus, a third category, between fact and law.").

Symoon C. Symeonides , Choice of law in American Courts in 2009: Twenty Theird Annual survey , 58, J Comp. L.227(

- Spring 2010).
- The Application of Foreign Law in Civil Matters in The EU Member State And Its Perspectives For the Future. Avis 09-184
Lausanne, 11 July, 2011.
- Anne Le Gallou,(1995) «Le Juge et le Droit : présentation de l'article 12 NCPC »,Revue Juridique de l'Ouest.
- L'application d'office de la règle de conflit de lois, coursdedroit dans Le droit international le 1 Octobre 2015 : www.cours-de-droit-droit.net/le-droit-international-c27647736
- Le principe d'impulsion du procès /Les principes directeurs du procès civil, <http://www.cabinetaci.com/avocat/libertes-fondamentales-avocat/le-juge-judiciaire-et-les-libertes-publiques/les-principes-directeurs-du-proces-civil/>
- B . Fauvarque – Cosson, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, thèse de doctorat.
- Bolard, Georges,(1993) « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », JCP G, I, 3693
- Clay, Thomas,(2006), « Le modèle pour éviter le procès », in Code civil et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle, L.G.D.J., Bibliothèque de l'institut André Tunc.
- Dupichot, Jacques (2005), « L'adage « da mihi factum, dabo tibi jus », Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz
- Fabric Fage(2013) Théorie de l'équivalence et conflits de lois, **thèse** de doctorat, Université de Paris 1.
- Florence BRUS, « Le Principe Dispositif et le Procès Civil», de doctorat-2014 -Université de Pau et Des Pays l'Adour, N 271.
- Florence BRUS(2014) « Le Principe Dispositif et le Procès Civil», thèse de doctorat-2014 -Université de Pau et Des Pays l'Adour.
- H. Gaudemet-Tallon(RECUEIL/CHRON/2015/0583. Dalloz actualité. Éditions Dalloz 2018 . Publié sur Dalloz Actualité <https://www.dalloz-actualite.fr>
- IVAINER (1986), L'interprétation des faits en droit, JCP, édition. G, I, 3235.
- Glasson (E.), Tissier (A.)(1926), Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, T.II., 3ème éd., Sirey.
- Y. Loussouarn et P. Bourel,(2013) Droit international privé,10 éd. Dalloz.
- Mario Giuliano(1962) « Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux », Revue internationale de droit comparé .
- MAYER (P) et HEUZE (V)(1985) Droit international privé, 8e édition, Paris : Montchrestien.
- Motulsky (1964), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », en Ecrits et notes de procédure civile.
- Motulsky (H.), « La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès ».
- Motulsky (1973) « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in Ecrits et notes de procédure civile, préf. Cornu (G.), Foyer (J.), Dalloz
- Muir watt(2009), Rep, droit international, Paris, loi étrangère. No 14.
- Peggy CARLIER(2008), L'utilisation De La lex fori Dans La Resolution Des Conflits De Loi, **thèse** de doctorat Université de Lille 2
- Pierre Lalive,(2009), « l'ordre Public Transnational et l'arbitre International », in : Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. - Milano : Giuffrè, 2009.
- Pierre Lalive (1997) tendances et Méthodes en Droit International Privé , **Cours général**, Académie de Droit International.
- R. MARTIN(1994) Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ?, RTD civ.
- Serge Guinchard, Frédérique Ferrand, Cécile Chainais(2008), Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, 29 édition, Dalloz.
- Youo Nishitani(2017) treatment of Foreign Law –Dynamics towards Convergence? Springer, Jul 4,262.
- ZAJTAY(1958) Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère, Paris, Pédone.

Procedural Status of The Foreign Law In Private International Law According To The Principle of Free Disposition - A Comparative Study

*Abdullah Aldmour**

Abstract

In many countries, the national legal norms related to the application of foreign law in international civil proceedings are heterogeneous. This diversity depends on a variety of factors such as the status of the conflict of law rules. Hence, the binding force of the conflict of law rules depends mainly on the procedural approach and status of the foreign element of the relation in the law of forum (lex fori). The principle of free disposition “also called Principle of Party Disposition”, as a traditional feature of distribution of the duties between parties and the court, states that the parties are free to dispose of their claims and may thereby control the course of the litigation. Hence, the scope of this principle, with the principle of contradiction, extends to the Private International Law disputes particularly to embrace the procedural agreements in proceedings with foreign elements. The aim of this article is to explore possible approaches in international and comparative legal systems in order to shape the best treatment of the foreign law in order to contribute towards the development of the Private International Law in Jordan

Keywords: Private international Law-Foreign Element - Foreign Law - Jordanian Law- Principle of Party Disposition – Principle of Contradiction- Comparative Procedural Law- Procedural Agreements- Jordanian Judicial System.

* Faculty of Law, University of Jordan. Received on 14/3/2018 and Accepted for Publication on 26/12/2018.