كليةالقانون/ جامعةالقادسية

القانون الدولي الخاص

بعض المحاضرات قيد الترجمة للغة العربية

ا.م.د. نظام جبار طالب

تعريفالقانونالدوليالخاصوتطورهوموضوعاته

أختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب حداثة نشأة هذا الفرع من القانون وتنوع موضوعاته ومصادره .ويسود هذا الاتجاه في إيطاليا والمانيا. وعلى هذا الاساس يعرف القانون الدولي الخاص (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علالاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي(وفي الدول ألانجلوسكسونيه لا يقتصر تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه على تنازع القوانين فقط ، بل يشمل تنازع الالاختصاص القضائي الدولي. وهناك اتجاه آخر يصور القانون الدولي الخاص بشكل أوسع بحيث يشمل إضافة الى تنازع القوانين وتنازع الالاختصاص القضائي الدولي ، الجنسي والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الالاحكام الاجنبية أيضا. ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الالاخرى التي تحذو حذوها في التشريع ، مثل الاردن والعراق ومصر وسوريا ولبنان. وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ، وتحدد الموطن والجنسية والمركز القانوني للاجانب وكيفية تنفيذ الحكم القضائي الالاجنبي.

وعلم القانون الدولي الخاص ليس بقديم ، بل هو حديث النشأه ، فالعالم القديم لـ م يكـ ن يعرفـ ه ، لاالان كلدولـ ة كانت لها قوانينها الخاصـ ه التـ ي لا تقبـ ل المزاحمـ ة ، وكانـ ت الـ دول تتشـ دد فـ ي التمسـ ك بمبـ دأ السـ يادةوتطبيق قوانينها على جميـ ع المنازعـ ات والاشـ خاص فـ ي إقليمهـ ا مـ ن جهـةولا تعتـ رف بمركـ ز قانونيللاجانـ ب فيهـ ا من جهة أخرى. وكان هذا المبدأ سائدا عند اليونان والرومان والدول الالاقطاعية في اوروبا

وفي الصين قديما.

وظل الوضع هكذا حتى نشأت الدول الحديثة في اوروبا وأقـ رت كـ ل واحـ دة منهـ ا قانونـ ا خاصـ ا بهـ ا يخـ تلفعن

ذ ذلتينالملد دولكم تالالاخ قرقوانونلهـ ا الوطنيـ ة دون الالالتف اف الـ ى قـ انون

جنسيةالمتقاضـ ين أو محـ ل إجـ راء العقـ د أو غيـ ر ذلـ ك مـ ن الظـ روف ، ولكـ ن المحـ اكم لـ م تثـ اير علـ ى هـ ذا

الوضـ عـعندما رأت انـ ـه غيـ ر عملـ ي ، فبـ دأت فـ ي أيطاليـ ا وفرنسـ ا تطبـ ق فـ ي القضـ ايا المشـ وبة بعنصـ ر أجنبـ ي

ليس فقطقانون القاضي ، بل ايضا القانون الشخصي وغيره من القوانين.

الى أن اسنعمل لاول مرة أصطلاح القانون الدولي الخاص عام ١٨٣٤ م من قبل رجال الفقه في هولندا ، وبرزت فكرة الجنسية بتبلور فكرة الدولة المستقلة ذات السيادة بعد قيام الثورة الفرنسية وأرتباط علاقة الفرد بها.

CHAPTER1

NATUREANDSCOPEOFCONFLICTOFLAWS

1.1 Introduction

Conflictoflaws(alsoknownasprivateinternationallaw)isthatpartofEnglish law which comes into operation whenever the English court is faced with a caseinvolvingoneormoreforeignelements.Thisforeignelementmaybean eventwhichhasoccurredinaforeigncountry,forexample,anEnglishtourist isinjuredinaroadaccidentinSpain;itmaybetheplaceofbusinessofoneof the parties, for example, an English company agreestopurchasecomputer softwarefromacompanyincorporatedinNew York;oritmaybeaforeign domicile,forexample,anEnglishwomanmarriesamandomiciledinIran. Ifthepartiescannotresolvetheirdifferencesamicably,thenthreemain types of questions may arise in such cases.

1.1.1 Jurisdiction

The first question which has to be decided in a dispute involving a foreign element is whether the English court has power to hear the case. This raises the issue of whether the parties to the dispute should be free to choose the jurisdictionmostfavourabletotheircase.

1.1.2 Choiceoflaw

OncetheEnglishcourthasacceptedjurisdiction,thenextquestionwhichhas tobedeterminediswhatsystemoflawshouldbeappliedtothedispute;that is,todeterminetheparticularmunicipalsystemoflaw,byreferencetowhich the rights and liabilities of the parties to the dispute must be ascertained. Evidently,inaconflictsituation,theexistenceofoneormoreforeignelements maymakeitmoreappropriatetoapplyaforeignlawtothedispute.Therules whichdirecttheEnglishcourttoidentifytheapplicablelawarecalledchoice of lawrules. For instance, the law which governs the question of title to immovablepropertyisthelawofthecountryinwhichthepropertyissituated. Hence, where, for example, the English court is hearing a dispute involving thequestionoftitletoalandsituatedinSouthAfrica,thechoiceoflawrules directtheEnglishcourttoapplySouthAfricanlawfordeterminingthattitle.

1.1.3 Recognitionandenforcementofforeignjudgments

Underwhatcircumstanceswilljudgmentsofforeigncourtsberecognisedor enforcedinEngland?Thistypeofquestionarisesinthecontextwherethe

parties litigate abroad.Supposethataplaintiff, having obtained a judgment against an English defendant in a Turkish court for damages for negligence, decidestoenforceitagainstthedefendant'sassetsinEngland.WilltheEnglish court recognise and enforce the Turkish judgment, or will the action have to be retried in the English court?

1.2 Preliminaryissues

1.2.1 Privateandpublicinternationallaw

Thereareobviousdifferencesbetweenconflictoflaws,orprivateinternational law, and public international law. The latter is primarily concerned with the rulesthatgovernrelationsbetweensovereignStatesandconsisting,ingeneral, of customary and treaty rules which bind States in their interrelations. The former,however,isdesignedtoregulatedisputesofaprivatenature.Conflict of laws is that part of municipal law which only comes into play when a disputehasaconnectionofsomekindwithoneormoreforeignlegalsystems. Everymodernlegalsystemhasitsownrulesofprivateinternationallaw,and theydifferfromoneanotherasmuchasanyotherbranchofdomesticlaw.
In recentyears,therehavebeenstronginternationalmovementstowards harmonisingthevarioussystemsofconflictoflaws. Asthisbookissolely concernedwiththeEnglishrulesthatguideanEnglishcourtwheneverseised ofacasewhichinvolvesaforeignelement,itisnottheintentionofthisauthor to examine the various attempts at harmonisation except in so far as they form part of English law. It suffices to say at this stage that these attempts havebeenframedintwodifferentways:

(a) thefirstistheunificationoftheinternallawsofthevariouscountrieson a given topic via international conventions, so that no conflict of laws willarise.Forinstance,theWarsawConventionof1929,asamendedin 1955andsupplementedbytheGuadalajaraConvention1961,provides uniformrulesinrelationtotheinternationalcarriageofpersonsorgoods by air. This Convention was implemented in England by the Carriage byAirAct1961;
(b) thesecondmethodattemptstounifytherulesofprivateinternational law, so that a case containing a foreign element, wherever tried, will resultinthesameoutcome. Agoodillustrationofthismethodisthe adoptionoftheRomeConventionontheLawApplicabletoContractual ObligationsbytheEuropeanCommunityin1980.ThisConventionwas implementedintheUKbytheContracts(ApplicableLaw)Act1990.

1.2.2 Connectingfactors

Inmanyinstances,theEnglishcourtisfacedwitharangeofchoicesastothe appropriatelawwhichshouldapplytothedisputeinquestion.Letusconsider thefollowingexamples:

(a) anEnglishcompanyagreestobuycomputersoftwarefromaNewYork companywhomanufactures them in Spain. The software,whichisto be delivered to the English company's office in Rome, falls short of expectations;
(b) thecarrierisanItaliancompany.Inthecourseoftransitthroughltaly, thelorrycontainingthesoftwarecollideswithacardrivenbyDimitris, a Greek.Dimitrisisseriouslyinjured;
(c) anEnglishgirlof15marriesanIranianmaninIran.TheirsonisborninEngland.

In attempting to determine what law governs any one of the above situations, the court seeks guidance from connecting factors, that is, the factorswhichlinkanevent,atransactionorapersontoacountry.Examples ofsuchfactorsare:

(a) *lexlocicontractus:*thelawoftheplacewherethecontractwasmade;
(b) *lexlocisolutionis:*thelawoftheplacewherethecontractistobe performed;
(c) *lexlocicelebrationis:*thelawoftheplacewherethemarriagewas celebrated;
(d) *lexlocidelicti:*thelawoftheplacewherethetortwascommitted;
(e) *lexdomicilii:*thelawoftheplacewhereapersonisdomiciled;
(f) *lexpatriae:*thelawofthenationality;
(g) *lex situs:*thelawoftheplacewhere the propertyissituated;
(h) *lexfori:*thelawoftheforum,thatis,theinternallawofthecourtin whichacaseistried.

These connecting factors have no independent significance. They only providethemeanstochoosetheappropriatelaw,buttheycannotdetermine that choice. For instance, succession to immovable property is governed by the *lexsitus.*The connecting factor is clearly*lexsitus,*butthisispartand parceloftheruleitself.
Connectingfactorsarenearlyalwaysdeterminedbythelawoftheforum. For example, Valerie is domiciled in France according to the rules of English lawofdomicile.SheisdomiciledinEnglandaccordingtotherulesofFrench lawofdomicile.TheEnglishcourt,astheforum,woulddecidewhereValerie isdomiciledaccordingtotherulesofEnglishlawofdomicile.Consequently, ValeriewouldbedomiciledinFrance.
Itmustbenoted,however, that nationality as a connecting factor can onlybedeterminedbythelawoftheStatetowhichanationalclaimsto

belong. Nationalitycannotbedeterminedbythelawoftheforum.So,if Valerie, for example, claims French nationality in an English court, her nationality must be determined in accordance with French law rather than Englishlaw.
Theprocessofidentifyingtheconnectingfactorsisthesame,regardlessof the nature of the dispute. However, the weight attached to a particular connecting factor varies according to the natureofthedispute.Forinstance, as shall be seen in due course, the law of the domicile of a person is given muchmoreweightinaquestionofsuccessionthaninaquestionofcontract.

1.2.3 Theconceptofpersonallaw

Every natural and legal person is assigned a personal law defining his or her statusandcapacity.Theconnectingfactordeterminingone'spersonallawvaries fromonelegalsystemtoanother.Forinstance,commonlawsystemsgenerally adopt'domicile'astherelevantconnectingfactor,civillawsystemsadopt 'nationality',andIslamiclawassignspersonallawbyreference to 'religion'. Personallaw,asshallbeseeninduecourse,iscrucial in matters of family law,butincreasinglylessimportantinthecontextoftransactionsanddisputes ofacommercialnature.Hence,in*BodleyHeadvFlegon*(1972),thecourtheld thatthecapacityofthepartiestoatransactionistobegovernedbythelaw applicabletothecontract,ratherthanthepersonallawoftheparties.Onthe otherhand,in*RePaine*(1940),thecourtappliedthelawofthedomicileto determinewhetherachildislegitimateorillegitimate.