جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين

– دراسة مقارنة –

أطروحة دكتوراه
تقدم بها

حسين نعمة نغيمش الزيادي

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

بإشراف أستاذ القانون الدولي الخاص
الأستاذ الدكتور

فراس كريم شيعان البيضاني

١٤٤٣ هـ ٢٠٢١ م

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا
خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا)

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء – الآية ٩

الإهداء

إلى ...

من غرس في نفسي حب العلم ... والدي رحمه الله

إلى ...

صاحبة القلب الكبير التي تتألم بصمت والإبتسامة لا تفارق شفتيها ... والدتي

إلى ...

من وقف إلى جانبي وغير حياتي ... ولدي وزوجتي

إلى ...

من أشد بهم أزري ومن أحاطني برعاية تخفف عني العناء ... أخوتي وأخواتي

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ... وبعد

أتوجه بالشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور (فراس كريم شيعان) على تفضله بالإشراف على هذه الأطروحة، وما قدمه لي من معاونة صادقة وتوجيهات سديدة خلال دراستي لهذا الموضوع، فضلاً عن تزويده لي بالعديد من المصادر الفرنسية والعربية، فحق علي أن أقدم له خالص شكري وأمتناني .

كما أتقدم بالشكر الجزيل والإمتنان العظيم إلى أساتذتي في السنة التحضيرية لبسط كف الرعاية العلمية لنا، إليهم جميعاً كل آيات الشكر والعرفان.

كما يسرني أن أتقدم بالشكر والعرفان لعمادة كلية القانون جامعة بابل وأساتذتها الأفاضل جميعاً ، وأخص منهم بالذكر الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، والأستاذ الدكتور خير الدين كاظم الأمين لما قدموه لي من خبرات علمية وفنية أفادتني في البحث فجزاهم الله عني خير جزاء .

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر وأسمى آيات الامتنان والعرفان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة لتحملهم عناء السفر والجهد المبذول في قراءة الأطروحة، وإتاحتهم الفرصة لي للإفادة من توجيهاتهم والنهل من علمهم وخبرتهم التي ستثري هذه الدراسة، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

كما يشرفني أن أقدم شكري وإمتناني للأستاذ الدكتور نظام جبار الموسوي، عميد كلية القانون في جامعة القادسية الذي لم يبخل عليَّ بعلم أو مساعدة، فضلاً عن تزويدي بالعديد من المصادر العربية والأجنبية .

وأقدم الشكر والتقدير إلى الأخوة والأخوات العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة بغداد الذين كان لهم الفضل تزويدي بعدد من المصادر القانونية الإنكليزية، كما أتقدم بالشكر إلى العاملين بمكتبات كلية القانون جامعات بابل وكربلاء والقادسية ومكتبة الروضة العلوية المقدسة لتعاونهم معي في البحث عن المصادر والحصول عليها .

وختاماً لا يسعني إلا أن أشكر كل من مد يد العون لي لإنجاز هذا الجهد العلمي المتواضع وبالأخص عائلتي جميعاً والأستاذ مثنى كاظم والأستاذ علي عباس ابراهيم ولكل من نسيت ذكرهم ... وفاءاً واعتزازاً . والله ولي التوفيق

الباحث

المستخلص

إنّ الفقه المعاصر لم يعد يرى في قاعدة الإسناد مجرد أداة لتوزيع الاختصاص التشريعي وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لقاعدة الإسناد ومن ثم إمكانية استخدامها للدفاع عن مصالح خاصة ومحددة في سبيل الوصول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة، وأعلاء هذا المفهوم يستوجب أن تتخلى قاعدة الإسناد عن ضابط الإسناد التلقائي معصوب العينين حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها والإستعانة بضابط إسناد مرن، وهذا هو المفهوم المؤيد لقاعدة الإسناد والذي يطلق عليه بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

وأن الوصول إلى الوظيفة الحمائية التي تحققها قواعد الإسناد ذات الغايات المادية، يفترض تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها قاعدة التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي .

وهذا ما يضمن التحول عن الإسناد الجامد إلى الإسناد المرن، وهو ما يسهل للقاضي الوصول إلى القانون الأكثر حماية بالتنقل عبر تلك الضوابط سعياً لتحقيق النتيجة المادية والموضوعية لأحد أطراف العلاقة القانونية .

لذا فأن قاعدة التنازع ذات الغايات المادية قد شكلت تغييراً جوهرياً في المنظومة التنازعية وإعادة هيكلة قاعدة تنازع القوانين، إذْ تعرف هذه بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد يضعها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقاً للحماية المنشودة بعد فحص القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

وعن طريق هذا التجديد في قواعد الإسناد يتم التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء الفني لهذه القواعد، بتحويلها من تيار معياري آحادي إلى معيار الروابط التعددية، إذ يمكن من خلال هذه المعايير الأخيرة التوصل إلى قواعد حمائية تحقق حل عادل يلبي توقعات الأطراف المشروعة من دون انتهاك منهج قواعد الإسناد التقليدية .

وتتميز هذه القواعد عن القواعد ذات التطبيق الضروري، إذْ تعد هذه القواعد الأخيرة قواعد مادية آحادية تحدد مجال انطباقها بنفسها دون النظر إلى القانون المعني بواسطة قاعدة الإسناد، كما تختلف عن القواعد المادية إذْ على عكس الأولى تنطبق القواعد الأخيرة على النزاع الدولي مباشرةً دون تدخل قاضي النزاع، وتختلف عن نظرية الحل الوظيفي بمفهومها في مجال تنازع الجنسيات أو الإحالة التي نقصد بها صلاحية القاضي بعدم اتخاذ موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض، أو تفضيل جنسية على أخرى، إلاّ بعد الإطلاع على ظروف وطبيعة القضية المعروضة، فقاعدة التنازع

ذات الغايات المادية هي قواعد إسناد تخييرية وأن الأخذ بالإحالة بشأن الضوابط التخييرية فيه تفويت للاعتبارات الخاصة التي أسس عليها المشرع موقفه من تلك الضوابط، ولأن هذه القواعد الأخيرة حين تعقد الاختصاص التشريعي لهذه القوانين، فأنها تهدف تقييد القاضي بالقواعد الموضوعية دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، لذا فأن الإحالة قد تتعارض مع أهداف هذه القواعد .

أن قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، ومن أجل تحقيق الوظيفة الحمائية بما تحتويه من ضوابط الإسناد المرنة وأن كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغة النصوص التشريعية، إذ بموجبها يصدر القاضي أحكام مختلفة أستناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف، إلا أنه من أجل ضمان الدقة والمنطق والاستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياريّ الجمود والمرونة، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص .

ومن كل ما تقدم نستطيع القول أن الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تبلغ ذروتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد وإعطاء الأولوية للقانون الأصلح لأحد أطراف العلاقة القانونية، أو تقل درجتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تشتمل على ضوابط إسناد على قدم المساواة لتنعدم في الحالة التي يتم فيها اختيار هذه الضوابط على سبيل التدرج، خصوصاً عندما يكون ضابط الإسناد الاحتياطي يشتمل ضوابط إسناد جامدة .

وتجدر الاشارة الى ان الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تستهدف حماية المراكز القانونية لاعتبارات متنوعة، انسانية كحماية الزوجة او الطفل في العلاقات الاسرية أو إجتماعية كنفقة الاصول على الفروع أو العكس أو نفقة الزوجة . أو إعتبارات إقتصادية كحماية المستهلك أو العامل .وأن تحقيق قاعدة التنازع لهذه الاهداف تلقائياً أم قضائياً هو ما يحقق لنا نتيجة قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية.

قائمة المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وعرفان	ج
المستخلص	د ــ هـ
قائمة المحتويات	و ــ ح
المقدمة	١ ــ ٤
الباب الأول : التأصيل القانوني للوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين	**٥ – ١٣٤**
الفصل الأول : آلية التجديد في قواعد الإسناد	**٧ ــ ٧٣**
المبحث الأول : دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد	٨ ــ ٤٨
المطلب الأول : التعريف بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٩ ــ ٣١
الفرع الأول : التطور التاريخي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٩ ــ ٢٥
أولاً : في النظام الأمريكي	٩ ــ ٢١
ثانياً : في النظام الأوربي	٢١ ــ ٢٦
الفرع الثاني : معنى قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٢٦ ــ ٣٢
المطلب الثاني : تمييز قواعد الإسناد ذات الغايات المادية عن غيرها من القواعد	٣٢ ــ ٤٧
الفرع الأول : تمييزها عن القواعد ذات التطبيق الضروري	٣٢ ــ ٣٩
الفرع الثاني : تمييزها عن القواعد المادية	٣٩ ــ ٤٢
الفرع الثالث : تمييزها عن نظرية الحل الوظيفي	٤٣ ــ ٤٨
المبحث الثاني : التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ونطاق سريانها	٥٠ ــ ٧٠
المطلب الأول : التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٥٠ ــ ٦٠
الفرع الأول : العناصر الخارجية	٥٠ ــ ٥٤
أولاً : عنصر الفرض	٥١ ــ ٥٣
ثانياً : عنصر الحكم	٥٣ ــ ٥٤
الفرع الثاني : العناصر الداخلية (الذاتية)	٥٤ ــ ٥٩
أولاً : الفكرة المسندة	٥٥ ــ ٥٧
ثانياً : ضابط الإسناد	٥٨ ــ ٦٠
ثالثاً : القانون الواجب التطبيق أو المسند إليه	٦٠
المطلب الثاني : نطاق سريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية	٦١ ــ ٦٩
الفرع الأول : مدى سريانها في أسلوب الإسناد البسيط	٦١ ــ ٦٣
الفرع الثاني : مدى سريانها في أسلوب الإسناد المركب	٦٣ ــ ٦٩

الموضوع	رقم الصفحة
أولاً : الإسناد الموزع	٦٤
ثانياً : الإسناد الجامع	٦٤ ــ ٦٥
ثالثاً : الإسناد التعبيري	٦٦ ــ ٧٠
الفصل الثاني : آلية إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية	٧٤ ــ ١٢٥
المبحث الأول : خصوصيات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٧٥ ــ ٩٨
المطلب الأول : الخصوصيات الإجرائية	٧٥ ــ ٨٩
الفرع الأول : إثارة القاضي لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه	٧٦ ــ ٨٥
الفرع الثاني : تغيير نظام إثبات محتوى القانون الأجنبي	٨٥ ــ ٨٩
المطلب الثاني : الآليات الملطفة لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٨٩ ــ ٩٧
الفرع الأول : الحد من تدخل الدفع بالنظام العام	٨٩ ــ ٩٣
الفرع الثاني : إقصاء استثناءات تقويم الإسناد	٩٣ ــ ٩٧
المبحث الثاني : صعوبات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية	٩٩ ــ ١٢٣
المطلب الأول : إشكالات معرفة القانون الأجنبي	٩٩ ــ ١١٧
الفرع الأول : مفهوم القانون الأجنبي	١٠٠ ــ ١٠٧
الفرع الثاني : تفسير القانون الأجنبي	١٠٧ ــ ١١٧
المطلب الثاني : إختيار القانون الأفضل	١١٧ ــ ١٢٢
الفرع الأول : المعيار المجرد المطلق	١١٧ ــ ١١٩
الفرع الثاني : المعيار التطبيقي الواقعي	١٢٠ ــ ١٢٢
الباب الثاني : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الحلول الوضعية	**١٢٦ – ٣٤٣**
الفصل الأول : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية	١٢٩ ــ ١٧٩
المبحث الأول : الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية وسائل الحضانة	١٣٠ ــ ١٥٩
المطلب الأول : دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في حماية غير كاملي الأهلية	١٣١ ــ ١٤٤
الفرع الأول : قواعد الإسناد المخصصة لحماية ناقصي الأهلية	١٣١ ــ ١٣٧
الفرع الثاني : تكريس الإسناد الحمائي في القوانين الوطنية	١٣٧ ــ ١٤٤
المطلب الثاني : دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في وسائل الحضانة	١٤٤ ــ ١٥٥
الفرع الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة	١٤٥ ــ ١٥١
الفرع الثاني : تكريس الإسناد الحمائي في القوانين المقارنة	١٥١ ــ ١٥٨
المبحث الثاني : الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب	١٦٠ ــ ١٧٤
المطلب الأول : نطاق القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب	١٦٠ ــ ١٦٩
الفرع الأول : المسائل التي تخرج من نفقة الأقارب	١٦٨ ــ ١٦٤

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثاني : المسائل التي تدخل في نفقة الأقارب	١٦٤ ـ ١٦٩
المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب	١٦٩ ـ ١٧٢
الفرع الأول : الاتجاهات القانونية المعالجة للقانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب	١٧٠ ـ ١٧٣
الفرع الثاني : تكريس الإسناد الحمائي في القانون العراقي والقوانين المقارنة	١٧٣ ـ ١٧٧
الفصل الثاني : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال المعاملات المالية	١٨٠ ـ ٢٤٦
المبحث الأول : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال العلاقات التعاقدية	١٨٢ ـ ٢١٧
المطلب الأول : أثر الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين على مبدأ سلطات الإرادة	١٨٢ ـ ١٩١
الفرع الأول : الاستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة	١٨٣ ـ ١٨٧
الفرع الثاني : تقييد مبدأ سلطان الإرادة (الاستبعاد الجزئي)	١٨٧ ـ ١٩١
المطلب الثاني : التطبيقات العملية لبعض أنواع العقود التي تحتاج إلى قواعد إسناد حمائية خاصة	١٩١ ـ ٢١٦
الفرع الأول : دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في عقود الاستهلاك	١٩١ ـ ٢٠٧
الفرع الثاني : دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في عقد العمل الفردي	٢٠٧ ـ ٢١٦
المبحث الثاني : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق الالتزامات غير التعاقدية	٢١٨ ـ ٢٤٤
المطلب الأول : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق المسؤولية التقصيرية	٢١٨ ـ ٢٣٨
الفرع الأول : المرونة اللازمة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية	٢١٩ ـ ٢٣٠
الفرع الثاني : تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي	٢٣٠ ـ ٢٣٨
المطلب الثاني : الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق العمل النافع	٢٣٩ ـ ٢٤٣
الفرع الأول : الاتجاه التقليدي لقواعد تنازع القوانين في إطار العمل النافع	٢٣٩ ـ ٢٤١
الفرع الثاني : تكريس الاتجاهات الحديثة لقواعد تنازع القوانين في إطار الفعل النافع	٢٤١ ـ ٢٤٣
الخاتمة	٢٤٧ ـ ٢٥٨
المصادر	٢٥٩ ـ ٢٨٣
الملخص باللغة الإنكليزية	A - B

المقدمة

أولا :- التعريف بموضوع البحث:

إنّ التطور الحاصل في وسائل النقل والإتصالات أدى إلى كثرة المبادلات التجارية ونمو السياحة وإزدياد التزاوج والاختلاط بين دول العالم ، الأمر الذي ترتب عليه إنتقال الأفراد بين هذه الدول لممارسة شتى مظاهر النشاط ، إذْ ساعدت هذه العوامل على وجود جاليات أجنبية في أكثر بلدان العالم ، الذين قد يدخلون في علاقات متعددة فيما بينهم ، الأمر الذي يجعل أكثر من قانون يتسابق أو يتزاحم لحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي .

وهذا التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية ، أنعكس على قواعد الإسناد بوصفها الوسيلة الرئيسة في حل مسائل تنازع القوانين ، إذْ إنّ إختيار القانون الواجب التطبيق في بعض العلاقات القانونية التي قد يكون أحد أطرافها ضعيفا، أو تغليب أحد المصالح المتعارضة أو في حالة اختلال التوازن العقدي في العلاقات القانونية ، يحتاج إلى توفير أكبر قدر من الحماية ، الأمر الذي يتطلب النظر في مضمون القوانين المتزاحمة لمعرفة مدى الحماية التي توفرها هذه القوانين لأطراف العلاقة ، وهذا ما تعجز عنه قواعد الإسناد التقليدية لأنها تسعى إلى تحقيق عدالة شكلية أو حسابية ، وما تحققه قواعد الإسناد ذات الغايات المادية .

وهذا ما دعى الفقه القانوني المعاصر إلى التفرقة بين نوعين من قواعد الإسناد، قاعدة الإسناد التركيزية وقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية أو قاعدة الإسناد الحمائية، والتفرقة بين هاتين القاعدتين يستند إلى سبب تطبيق القانون المختص ، فقاعدة الإسناد التركيزية تعين القانون الواجب التطبيق استنادا إلى الصلة التي تربط دولة هذا القانون بالعلاقة أو المركز ذي الطابع الدولي وفقا لاعتبارات التركيز ، وعند قيامها بهذا التعيين فأنها لا تولي أي أهمية لمضمون القواعد الموضوعية التي تعقد لها الاختصاص.

أما قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية فتزاوج بين منهج التركيز ومنهج القانون الدولي الخاص ، فهي وبقصد تحقيق نتيجة مادية تعقد اختصاصا محتملا لعدد من القوانين التي تحتفظ بروابط مع المركز أو العلاقة القانونية ، وينعقد اختصاص أياً من هذه القوانين المتزاحمة نهائيا إذا كان من شأن تطبيقه تحقيق النتيجة التي تسعى إليها قاعدة الإسناد، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن القانون الواجب التطبيق لا يستمد سبب اختصاصه من اعتبارات التركيز فقط وإنّما من اتفاق مضمونه مع النتيجة الموضوعية المستهدفة.

ولذلك فأن النظرة الحيادية لقاعدة الإسناد بوصفها قاعدة لا تهتم بالنتائج الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق لم تعد تتفق مع الواقع، ولاسيما حماية الطرف الضعيف في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، إذْ إنّ قاعدة الإسناد يجب أن تواكب متطلبات النظام العام الاجتماعي الحمائي وإلاّ تجردت من كل فائدة من الناحية العملية، فهنالك مجموعة من المصالح يستوجب أن تأخذ في الاعتبار عند صياغة قاعدة التنازع والمتمثلة بمصالح الدولة والتجارة الدولية والمصالح الخاصة بالأفراد، فالمنهجية التقليدية لقاعدة الإسناد لا تستطيع مراعاة هذه الاعتبارات معاً، في حين أنّ قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية يمكنها مراعاة ذلك على نحو فعال.

ودراسة بعض الأمثلة المستمدة من القانون الوضعي في نطاق الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ، يوضّح أنّ قواعد الإسناد ذات الغايات المادية تمارس الوظيفة نفسها التي توفرها قواعد القانون الموضوعي وفي النطاق ذاته التي تمارس فيه القواعد الاخيرة هذه الوظيفة، أي أنّ هناك توازٍ بين الوظيفة الحمائية لكل من قواعد القانون الموضوعي وهذه القواعد، ففي كل مرة تعمل القواعد الأولى على حماية مركز معين يتسم بالحاجة لحماية صاحبه اذا ما تكوّن في الحياة القانونية الوطنية تسارع القواعد الأخيرة لبسط حمايتها على المراكز نفسها إذا ما نشأ في الحياة الدولية.

وعن طريق هذا التجديد في وظيفة قواعد الإسناد يتم التغلب على الانتقادات التي وجهت الى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء القني أو التركيبة الهيكلية لهذه القواعد، وذلك بتحويلها من بناء معياري آحادي إلى الروابط التعديل ، إذْ يمكن من خلال هذه المعايير الأخيرة التوصل إلى قواعد حمائية تحقق حل عادل يلبي توقعات الأطراف المشروعة من دون انتهاك منهج قواعد الإسناد التقليدية .

ثانياً:- أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

تتضح أهمية دراسة الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين من خلال توظيف قاعدة الإسناد لتحقيق أهداف حمائية تشريعية تعجز قاعدة الإسناد التقليدية عن تحقيقها ، لاسيما رغبة المشرع في تقييم الحلول القانونية التي يتبناها وإبرازها كنموذج يمكن الاعتداد به من قبل الأنظمة القانونية الأخرى ، خاصة في السياسات التشريعية المتعلقة بغير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة والتزامات النفقة والعقود المختلة التوازن العقدي ومسائل الالتزامات غير التعاقدية ، كما أن هذه

الدراسة ترصد الدور المتنامي لظاهرة المادية في التركيبة الهيكلية لقاعدة التنازع والتي أضحت تجمع في طياتها بين العنصر الإسنادي والعنصر المادي.

وتكشف لنا الدراسة عن الدور المتزايد الذي منحه المشرع للقاضي في إختيار القانون الواجب التطبيق، بعد أن كان ملزما بتطبيق القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد التقليدية المتسمة بالحياد والتجريد.

أما عن اسباب إختيار الموضوع، فيكمن في عدة اسباب نحصرها بالآتي :-

١. أغلبية نصوص التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي، لم تعد تتلائم مع التطورات الحاصلة في العلاقات الخاصة الدولية، والتحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في العراق بعد نفاذ الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ .
٢. خلو التشريعات العراقية من الإشارة إلى هذا النوع من قواعد الإسناد الحمائية (قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية)، اللهم إلا ما جاء في عجز المادة (١٩/١) من القانون المدني العراقي النافذ والمتعلقة بالشروط الشكلية للزواج .
٣. الندرة النسبية للدراسات القانونية المختصة، والتطبيقات القضائية للمحاكم العراقية في هذا المجال .

ثالثاً :- منهجية البحث:

لإستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية ستكون دراستنا لهذا البحث:-

١- دراسة تحليلية :- وذلك من خلال ثلاثة محاور:

- المحور التشريعي :- الذي سوف نتناول فيه المعالجة التشريعية لموضوعنا محل البحث على صعيد القوانين الداخلية (الوطنية).

- المحور الفقهي :- من خلاله سنبين الآراء الفقهية التي تطرقت للموضوع وتحليل هذه الآراء.

- المحور القضائي:- الذي سنحاول فيه تتبع إتجاهات القضاء وقراراته، وصولاً إلى تحديد الإتجاه الذي يوفر أكبر قدر من الحماية.

٢- دراسة مقارنة:

وذلك من خلال الاستعانة بقوانين تمثل الإتجاه اللاتيني (فرنسا ، مصر) والإتجاه الانكلوامريكي (الولايات المتحدة الأمريكية) والقانون التونسي الذي يقترب كثيراً من التشريعات الجيرمانية كالقانون السويسري والقانون الألماني ومقارنتها بموقف القانون العراقي .

رابعاً :- نطاق البحث:

لما كانت دراسة الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تستوجب معرفة أهم التطبيقات العملية لهذه القواعد في مجال الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ، ولما كانت مسائل الأحوال الشخصية من الكثرة بحيث لا يمكن التطرق إليها جميعا في نطاق هذا البحث ، لذا خصصنا نطاق البحث في التركيز على أهم تلك المسائل ، كالولاية على المال لغير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة والالتزام بالنفقة ، أما في نطاق المعاملات المالية فتقتصر الدراسة على أهم العقود المختلة التوازن، كعقد الاستهلاك وعقد العمل الفردي، مع التركيز على الالتزامات غير التعاقدية في مسائل المسؤولية التقصيرية والإشارة إلى مسائل الفعل النافع.

ولما كان مصطلح تنازع القوانين من الشمول بحيث يضم القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد المادية . اضافة الى قاعدة الاسناد ، الامر الذي يؤدي الى إتساع نطاق الدراسة بشكل كبير ، لذا سنقتصر على بحث الغايات المادية التي تحققها قاعدة الإسناد.

خامساً :- هيكلية البحث :

من أجل الإلمام بالموضوع ، سوف يتم عرضه عبر خطة تتضمن بابين ، إذْ سنتناول في الباب الأول : التأصيل القانوني للوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين . فقواعد الاسناد لازالت قادرة على تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، والملائمة بين قوانين الدول المحيطة بمنازعاتها، كلما في الأمر إجراء التعديل عليها ، بحيث تصبح قواعد مرنه تتفق مع ظروف العلاقات الخاصة الدولية ، إذ من شأن ذلك أن يؤدي الى هذه القواعد لتصبح اكثر قدرة على تلبية الظروف الواقعية للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. ، أما الباب الثاني فسنعرض فيه الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الحلول الوضعية. إذ من المعلوم أن معظم قواعد التنازع إن لم تكن جميعها من صنع وارادة المشرع الوطني ، وهو أمر تفرضه إعتبارات إنعدام السلطة العليا التي يمكن ان تنهض بمهمة وضع تنظيم موحد او قواعد موضوعية لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، ما يستتبع تباين قواعد التنازع واختلافها من دولة الى أخرى الامر الذي يؤدي الى إختلاف الحلول النهائية في مجال الاحوال الشخصية والمعاملات المالية.

الباب الأول

التأصيل القانوني للوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين

الفصل الأول

آلية التجديد في قواعد الإسناد

المبحث الأول

دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد

المبحث الثاني

التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ونطاق سريانها

الباب الأول

التأصيل القانوني للوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين

تمهيد وتقسيم :

أدى التطور الهائل في العلاقات الخاصة الدولية إلى تغيير النظرة عن قواعد التنازع بوصفها قاعدة تتسم بالحياد إزاء القيم والمعطيات الاجتماعية السائدة في النظام القانوني الذي تكون جزءاً منه ، وأن هذا الانفتاح ومن أجل تحقيق النتيجة المادية المرجوة من هذه القواعد يتطلب أن تتخلى عن حيديتها الموضوعية ، بغية الوصول إلى أفضل حماية لأحد أطراف العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي وهذا يتطلب تطويع قواعد تنازع القوانين ، من أجل تغيير مفهوم العدالة التي تسعى لتحقيقها من عدالة تنازعية (شكلية) إلى عدالة موضوعية .

أي أنّها تعين القانون المختص لحكم النزاع ، وهي غير معصوبة العينين عن مضمون هذا القانون ، بل توائم بين عقد الأختصاص للقانون الذي أشارت إليه وبين مدى إستجابة مضمونه لتحقيق هذه الحماية .

ودراسة التأصيل القانوني للوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين يبقينا في دائرة هذه القواعد، فهي لازالت قادرة على تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، والملائمة بين قوانين الدول المحيطة بمنازعاتها ، كلما في الأمر إجراء التعديل عليها ، بحيث تصبح قواعد مرنة تتفق مع ظروف العلاقات الخاصة الدولية ، إذْ من شأن ذلك أن يؤدي إلى أن هذهِ القواعد تصبح أكثر قدرة على تلبية الظروف الواقعية أو الاعتبارات الأساسية للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي وبذلك تُحَل مشكلة تنازع القوانين بطريقة مبتكرة تبتعد عن الأسلوب التقليدي من أجل إبراز الجانب الحمائي لهذه القواعد، إذْ إنّ هذه القواعد هي عصب تنازع القوانين في البناء الفني لعلم القانون الدولي الخاص، وبالتالي فأن إعمال معاول الهدم في قواعد الإسناد من شأنهُ تصدع، بل انهيار تنازع القوانين وعلم القانون الدولي الخاص بالتبعية، وذلك مالم نتسارع بإقامة بناء يدعم هذا العلم.

وأن الوصول إلى الوظيفة الحمائية التي تحققها قواعد الإسناد ذات الغايات المادية، يفترض تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها قاعدة التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي .

وهذا ما يضمن التحول عن الإسناد الجامد إلى الإسناد المرن، وهو ما يسهل للقاضي الوصول إلى القانون الأكثر حماية بالتنقل عبر تلك الضوابط سعياً لتحقيق النتيجة المادية والموضوعية لأحد أطراف العلاقة القانونية .

لذا فأن قاعدة التنازع ذات الغايات المادية قد شكلت تغييراً جوهرياً في المنظومة التنازعية وإعادة هيكلة قاعدة تنازع القوانين، إذْ تعرف هذه بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد يضعها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقاً للحماية المنشودة بعد فحص القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

وعن طريق هذا التجديد في قواعد الإسناد يتم التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء الفني لهذه القواعد، بتحويلها من بناء معياري آحادي إلى معيار الروابط التعددية، إذ يمكن من خلال هذه المعايير الأخيرة التوصل إلى قواعد حمائية تحقق حل عادل يلبي توقعات الأطراف المشروعة من دون انتهاك منهج قواعد الإسناد التقليدية .

وتتميز هذه القواعد عن القواعد ذات التطبيق الضروري، إذْ تعد هذه القواعد الأخيرة قواعد مادية آحادية تحدد مجال انطباقها بنفسها دون النظر إلى القانون المعني بواسطة قاعدة الإسناد، كما تختلف عن القواعد المادية إذْ على عكس الأولى تنطبق القواعد الأخيرة على النزاع الدولي مباشرةً دون تدخل قاضي النزاع، وتختلف عن نظرية الحل الوظيفي بمفهومها في مجال تنازع الجنسيات أو الإحالة التي نقصد بها صلاحية القاضي بعدم اتخاذ موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض، أو تفضيل جنسية على أخرى، إلاّ بعد الإطلاع على ظروف وطبيعة القضية المعروضة، فقاعدة التنازع ذات الغايات المادية هي قواعد إسناد تخييرية وأن الأخذ بالإحالة بشأن الضوابط التخييرية فيه تفويت للاعتبارات الخاصة التي أسس عليها المشرع موقفه من تلك الضوابط، ولأن هذه القواعد الأخيرة حين تعقد الاختصاص التشريعي لهذه القوانين، فأنها تهدف تقييد القاضي بالقواعد الموضوعية دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، لذا فأن الإحالة قد تتعارض مع أهداف هذه القواعد .

أن قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، ومن أجل تحقيق الوظيفة الحمائية بما تحتويه من ضوابط الإسناد المرنة وأن كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغة النصوص التشريعية، إذ بموجبها يصدر القاضي

أحكام مختلفة أستناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف، إلا أنه من أجل ضمان الدقة والمنطق والاستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياريّ الجمود والمرونة، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص .

لذا ومن أجل بيان تأصيل الوظيفة الحمائية لهذه القواعد ، لابد لنا من البحث عن آلية تجديد أو تطوير قواعد التنازع وذلك في الفصل الأول ، في حين سنتطرق في الفصل الثاني آلية إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية .

الفصل الأول

آلية التجديد في قواعد الإسناد

أفرز الواقع المعاصر لتشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة لكثير من الدول على عديد من قواعد الإسناد ذات الغايات المادية والتي إنبثقت من رحم قاعدة الإسناد التقليدية لتنظيم العلاقات القانونية التي تحتاج إلى حماية خاصة ، كالمسائل المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية، والنفقة ، وفي مجال حماية المستهلك ونطاق عقد العمل ، وما نراه في مجال المسؤولية التقصيرية، الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى القول بحدوث تجديد في قواعد الإسناد، أدت إلى إنقسام في منهج الإسناد والذي يمكن أن نميز بداخله اعتبارين مختلفين، وفقاً للاعتبار الأول يستند القانون الواجب التطبيق على إعتبارات التركيز وهذه هي قاعدة الإسناد التركيزية ، أما الاعتبار الثاني يستند تطبيق القانون إلى تحقيق نتيجة مادية معينة وهذا ما يعرف بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

ويتأثر الاعتبار الثاني المتمثل بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بأفكار المدرسة الواقعية الأمريكية في القانون الدولي الخاص ومن شايعها من الفقه الأوربي، إذْ شكلت هذه القاعدة تغييراً جوهرياً في المنظومة التنازعية وإعادة هيكلة قاعدة تنازع القوانين .

ولم تبقَ التشريعات المعاصرة غير مكترثة بالتغييرات التي طرأت على هيكلة قاعدة الإسناد التقليدية والتنامي المتزايد لظاهرة الأخذ بعين الاعتبار الاهتمامات والنتائج المادية خدمة

لأهداف تشريعية يحرص المشرع على تحقيقها .

وحماية الأطراف ينبغي تأمين حد أدنى من الحماية في مواجهة أطراف أقوى وهذا ما يعكس وجود قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في مجالات يكون أحد أطراف النزاع ضعيفاً أو علاقة تعاقدية مختلة التوازن .

ولعرفة آليات التجديد التي تطرأ على قواعد التنازع ، لابد من عرض دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد في مبحث أول ، وبيان التحليل الهيكلي لهذه القواعد في مبحث ثاني .

المبحث الأول

دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد

أدى تعدد مثالب قاعدة الإسناد التقليدية التي تحكم العلاقات ذات الطابع الدولي إلى ظهور محاولات فقهية في القانون الدولي الخاص تدعوا إلى إعمال قواعد إسناد تهدف إلى تحقيق أعلى مستوى من الحماية للعلاقات القانونية التي يحتاج أطرافها لتلك الحماية، وهذا ما يستلزم استخدام ضوابط إسناد مرنة وإختيارية بحيث يصل القاضي من خلال ذلك الاختيار إلى تطبيق القانون الذي يحقق تلك الحماية المنشودة .

إذْ إنّ المشرع عند وضعهِ لقواعد الإسناد قد يهدف إلى تحقيق غايات اجتماعية أو اقتصادية تستلزم الوصول إلى حلول معينة يصعب إدراكها إلا بالربط بين تحديد القانون الواجب التطبيق ومضمون هذا القانون وهذا ما تحققهُ قواعد الإسناد ذات الغايات المادية[١]، إذْ تسعى هذه القواعد التي تخطت الطابع المحايد إلى تعزيز اختصاص النظام القانوني الذي يؤدي تطبيقه إلى نتائج تحقق الأهداف التي تصبو هذه القواعد إلى إدراكها .

وعلى هذا النحو يستلزم التعرف على هذه القواعد وبيان التحليل الهيكيلي أو البناء الفني

---

[١] أطلق بعض من الفقه على هذه القواعد هذه التسمية انظر : Bernard Audit , Droit International Privé , 3édition , Economica , Paris , 2000 , P. 85 . ود. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص٦٣٣ . ويطلق عليها اخرون قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي . انظر : د. أحمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ ، ص٣٥ . ود. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً) ، ط١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦ ، ص٤٩٦ . وبدورنا نفضل التسمية الأولى لقطعية دلالتها على وظيفة هذه القاعدة، إذ تستهدف إلى تحقيق عدالة مادية على خلاف الأصل في قواعد الإسناد التقليدية .

لها وتحديد نطاق سريانها، لذا ومن أجل الإحاطة بالموضوع ، سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نبحث في الأول التعريف بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، وسنعرض في المطلب الثاني التحليل الهيكلي لقاعدة التنازع ذات الغايات المادية ونطاق سريانها .

المطلب الأول

التعريف بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

إذا ثَار نزاع حول ممارسة حق أو مركز معين ناشئ عن علاقة أو رابطة ذات عنصر أجنبي، فقد يدعي قانون أكثر من دولة قابليتهِ لحسم ذلك النزاع، وإذا كان من غير الممكن تطبيقهما في وقت واحد، فأن لا محالة من اصطفاء أو تفضيل أحدهما وإسناد النزاع إليه بوصفه القانون الذي يحقق أكثر من غيرهِ النتيجة المادية التي يرغب المشرع الحصول عليها، وفقاً لمفهوم قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، الأمر الذي يدعونا إلى بيان التطور التاريخي التي مرت بهِ هذه القاعدة ليتسنى لنا تحديد معناها .

لذا ومن أجل بيان مفهوم هذه القواعد ومعرفة دورها في تأصيل الحماية في نطاق تنازع القوانين، يقتضي عرض التطور التاريخي التي مَرت به ، وتحديد المعنى القانوني لها، وذلك من خلال فرعين، إذ نخصص الفرع الأول إلى التطور التاريخي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، ونبحث في الفرع الثاني معنى قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

الفرع الأول

التطور التاريخي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

إنَّ أفضل الأساليب وأكثرها إتفاقاً مع طبيعية هذه القاعدة هو الأسلوب المقارن ، إذْ ليس من الصواب دراسة التطور التاريخي بأسلوب وطني ، لذا فأننا نذهب صوب القانون الأمريكي ، من حيث إندلعت الثورة على قواعد الإسناد التقليدية ، ثم نتوجه صوب القوانين الأوربية حيث تردد صدى الثورة الأمريكية .

أولاً :- في النظام القانوني الأمريكي :

يتميز القانون الأمريكي بسمتين : الأولى ، طبيعته القضائية القائمة على دراسة كل حالة على حدة للقانون العام (Common Law) والذي يستجيب لنظريات القانون الدولي الخاص ،

وتكمن الحقيقة الثانية في التوحيد في المعاملة في مسائل تنازع القوانين ، سواء كان هذا التنازع داخلياً أو دولياً وهذا ما أستقر عليه الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية[١]، والتي ظلت مسألة تنازع القوانين فيها حتى منتصف القرن الماضي ، تعالج وفقاً للأسلوب التقليدي ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى وجود تشريعات تعالج هذه المسألة ، وإنّما إستناداً على ما جرى عليه الفقه والقضاء هناك، إضافة إلى أن المحاكم الأمريكية تسترشد للفصل في منازعات القانون الدولي الخاص بمجموعة قواعد (Restatement) والتي لا تعد ملزمة لمحاكم الولايات الأمريكية التي لا تطبق هذه القواعد إلاّ إذا قبلت تطبيقها[٢] .

وقد بدأ العمل في أول مجموعة لتنازع القوانين في عام ١٩٣٢ في إطار معهد القانون الأمريكي (The American Law Institutes) وكان مقرر اللجنة التي تولت إعداده (Beale) والذي كرس في المجموعة التي نشرت في صورتها النهائية عام ١٩٣٤ الأفكار التي يؤمن بها مشاركة مع زميله (Dicey)[٣] والتي تقوم أساساً على فكرة إحترام الحقوق المكتسبة[٤]، وذلك بإتباع أسلوب موضوعي وتاريخي يهدف لتطبيق قانون الدولة الذي يحقق الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة[٥] .

ولكن نظرية الحقوق المكتسبة التي وَثِقَتْ على أساسها المدونة الأمريكية لتنازع القوانين قد تعرضت لهجوم من بعض الفقه الأمريكي المعارض[٦]، والذي نادى في مجال تنازع القوانين بوجوب إتباع الأسلوب الذي ثبت جدواه في فروع العلوم الأخرى، عن طريق رصد ومراقبة الظاهرة المطلوب دراستها ثم إجراء عملية تعميم بعد ذلك لحلولها[٧].

---

[١] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٩٢.

[٢] د. رياض القيسي ، الاتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الأنكلو أمريكي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العد ١ ، ١٩٦٧ ، ص٦٤ .

[٣] نقلاً عن د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، إسلوب الإسناد في الميزان ((دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوربية)) ، ط١ ، القاهرة ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٥ ، ص١٩ – ٢٠ .

[٤] انظر : Beal , Dicey , conflict of laws , 10 , Harvard Law Review , 1896 , P. 168 . متاح على الرابط الالكتروني : https://www.jstor.org/stable/1321757 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٥ .

[٥] انظر في شرح نظرية الحقوق المكتسبة في تنازع القوانين : Chestham , American Theories of Conflict of Laws , Their Role and Utility , 58 Harvard Law Rev. , 1945 , P. 361 . متاح على الرابط الالكتروني : https://doi-org/10.2307/13354 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٥ .

[٦] انظر في الفقه الأمريكي المعارض Chestham , Op. cit , P. 361 – 394 .

[٧] انظر د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

وإنتهى الأمر بصدور المجموعة الثانية عام ١٩٦٩ ونشرها بسنة ١٩٧١[١]، مشتملة بعض الأسس أو الأعتبارات التي توجه المحكمة وترشدها لأختيار القانون الواجب التطبيق وذلك في حالة عدم وجود مبادئ دستورية تتقيد بها المحاكم إبتداءاً[٢] .

ويقودنا الكلام أعلاه إلى التطرق للإتجاهات الفقهية وتعزيزها بالأحكام القضائية بشيء من التفصيل لمعرفة دورها في تطوير قواعد التنازع وبزوغ قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية.

١- الإتجاهات الفقهية :

لقد ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية عدة نظريات فقهية تهاجم قواعد الإسناد التقليدية منها نظرية قانون المحكمة[٣] (Lex fori)، نظرية المصالح الحكومية[٤] (Governmental Interests) نظرية أوثق صلة[٥] (The most significant relationship) ، نظرية أفضل قانون[٦] (The better law) أو (Proper of law) .

---

[١] انظر تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني لعام ١٩٧١ منشور على الرابط الالكتروني : www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187

[٢] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

[٣] صاحب هذه النظرية هو الأستاذ إيهرونزويك (Ehrenzweing) الأستاذ في جامعة كاليفورنيا ، وقد طرح أفكاره في عدة مقالات نشرها في أمريكا في الخمسينات والستينات من القرن الماضي ، إذ يتساؤل هل يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في مشكلات تنازع القوانين من قبل قانون القاضي بوصفه القاعدة أم على سبيل الاستثناء ؟ انظر مقالة المنشور في مجلة كاليفورنيا القانونية : Ehrenzweing , Choice of Law : current Doctrine and "tcue Rules" , California Rev. Vol . 49 , P. 240 – 253 . ولمزيد من التفاصيل انظر د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص٨٨ – ٨٩ . إذ يخلص إلى القول ((لقد كان بإمكان ايهرنزويك أن يساهم بصورة أفضل في تطوير تنازع القوانين لو وجه طاقات بحثه نحو تدعيم الرجوع إلى القوانين الأجنبية وتطبيقها لأن ذلك حقيقة ثابتة منذ وقت سافيني على الأقل ...)).

[٤] تمثل هذه النظرية دعوة من الأستاذ الأمريكي كيري (Currie) لتطبيق قانون المحكمة ، إذ ينتقد كيري بشدة كل طرف الإسناد المبنية على أساس التطبيق الآلي لقواعد إسناد مجردة بغض النظر عن محتوى القوانين المتنازعة والمنافع الحكومية للأنظمة التي يراد تطبيقها . لمزيد من التفاصيل انظر د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص٩٠ . إذ يخلص إلى القول ((أن اقتراح كيري بالاستغناء عن جميع قواعد الإسناد يمثل نقطة ضعف أساسية في حلقات تفكيره)) .

[٥] يتفق الأستاذ ريس (Reese) صاحب هذه النظرية ، مع النظريات أعلاه من حيث هجومه على قواعد الإسناد التقليدية ، إذ يخلص إلى القول : إن علم التنازع يوصف بأنه علم شديد الأتساع ومن الصعب أن يتم تنظيمه وفقاً لعدد قليل من قواعد عامة التطبيق ، وأن من الأفضل أن يشمل على عدد كبير من القواعد الجزئية يمكن أن تطبق في حالات محددة . لمزيد من التفاصيل عن هذه النظرية والانتقاد الموجه إليها انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٨٥ – ١٠٥ .

[٦] بخصوص دور نظرية أفضل قانون للفقيه الأمريكي كفرز (Cavers) أنظر استاذنا د. نظام جبار الموسوي ، تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية : دروس مستفادة من التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون في جامعة الكوفة ، العدد ١ ، ٢٠١٨ .

ويطلق الفقه[١] على هذه النظريات مدرسة القانون الحر أو المدرسة الواقعية الأمريكية ، وتعد النظرية الأخيرة البذرة التي غرست في أرض تنازع القوانين وإنبثقت منها قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي التي تبحث عن وظيفة حمائية لقواعد التنازع في سبيل تحقيق نتيجة مادية تساهم في حماية الطرف الذي يحتاج إلى حماية في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ، لذا سنركز جلّ اهتمامنا بنظرية أفضل أو أصلح قانون .

بدأ (Cavers) صاحب نظرية أفضل قانون أو القانون الأصلح ، هجوماً مبكراً على الأسلوب التقليدي لحل مشكلة تنازع القوانين[٢] ، وسبب الإشكال لديه أن المحكمة عندما تعرض قضايا تنازع القوانين ، تقوم بتطبيق قواعد الإسناد بشكل تخميني مما يؤدي إلى عدم الوصول إلى الحل الكافي للنزاع ، إذْ من المعروف أنه وفقاً للأسلوب التقليدي ترشد قواعد الإسناد إلى أنسب قانون يحكم النزاع ، فإذا وجدته قامت المحكمة بتطبيقه بدون أن تنظر إلى فحوى هذا القانون حتى هذا الوقت لا تكون المحكمة قد نظرت في هذا القانون[٣] .

وهذا يدل على أن المحكمة تغمض عينها قبل أن تختار القانون الواجب التطبيق ، بغض بصرها عن مضمون القانون الذي تشير إليه هذه القواعد والنتيجة التي ستترتب على هذا الأختيار، ولذا توصف قواعد الإسناد بأنها قواعد غير مباشرة ، كما إنّها لا تعتد بالتنظيم الموضوعي الذي تؤدي إليه[٤] .

وقد إستقرأ ((Cavers)) أن المحاكم قد حاولت فعلاً الخروج من بوتقة قواعد الإسناد التقليدية بعدة وسائل منها :

- **الوسيلة الأولى :** الألتفاف على النتيجة التي تؤدي إليها قواعد التنازع إذْ لم تكن هذه النتيجة مقبولة ، فإذا كان تطبيق هذه القواعد يؤدي إلى الوصول لقانون لا يعترف بصحة التعاقد بسبب عدم إقراراه فكرة الفائدة الربوية، فالدفاع عن هذه الفكرة أدى بالعديد من المحاكم الأمريكية أن تقرر صحة أي عقد ربوي ، طالما كان صحيحاً وفقاً لقانون أي

---

[١] في عرض هذا الفقه راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مصدر سابق، ص١١ . ود. أحمد عشوش، مصدر سابق، ص٨٧.

[٢] انظر مقال (Cavers) المنشور في مجلة هارفارد الأمريكية :

- Cavers , A critique of The Choice of Law problem , 47 harv. Law Rev. , N.2 , 1933 , P. 173 – 208 .

[٣] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٦ .

[٤] انظر في خصائص قواعد الإسناد د. هشام صادق ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٦ – ٧ .

دولة تتصل بها المعاملة مادياً ، وإن لم يكن صحيحاً إستناداً إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد[١]، والفقه والقضاء يقبل هذا الحل بالرغم ما فيه من تهرب من قواعد التقليدية[٢] .

- **الوسيلة الثانية :** تهدر المحاكم قواعد الإسناد إذا أشارت إلى قانون يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي ، وفي هذه الحالة نجد أن المحكمة تطرح كلياً إسلوب تعصيب العينين عند تحديد القانون الواجب التطبيق[٣] .
- **الوسيلة الثالثة :** تبحث المحاكم عن قصد الأطراف أو إرادتهم الضمنية في حالة إشارة قواعد الإسناد لقانون الإرادة في مجال العقود الدولية ، في مختلف ظروف العلاقة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليها[٤] .
- **الوسيلة الرابعة :** إن إختيار القانون يمكن أن يتوقف على حسب طبيعة القواعد القانونية محل التطبيق ، وأوضح مثال على ذلك تطبيق قواعد الإجراءات في قانون القاضي بدون وجود قواعد تنازع تقضي بذلك[٥] .

ويخلص الفقيه إلى القول بأنه إذا كان الأسلوب التقليدي لحل مشكلة التنازع يقوم على أساس فحص موضوع النزاع لتحديد أي من ظروف الإسناد يجب الأخذ بها، كما هو الحال بشأن الأهلية ، فقد تقرر الدولة أن مصلحتها الأساسية هي حماية وطنييها أو المتوطنين فيها ، وبالتالي تقرر تطبيق قانون الجنسية أو الموطن على الأهلية ، ولكنها قد تجد أن مصلحتها الأساسية هي تحقيق إستقرار المعاملات الوطنية ، وفي هذه الحالة تعتد بمحل إبرام العقد كقانون ينطبق على

---

(١) انظر : Cavers , Op . Cit , P. 182 إذ يخلص إلى القول :

1- The conflict of laws rule many itself couched in terms of a result regarded as proper in litigation of a given sort . The most familiar example is the rule generally adopted to govern the choice of a usury law .

(٢) انظر أيضاً في شرح الوسيلة الأولى د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص١٠١ – ١٠٢ .

(٣) Cavers , Op. Cit , P. 183 إذ يخلص إلى القول :

- The Conflict of laws rules may be disregarded when the foreign law it selects dictates a result repugnant to the public policy of the forum .

(٤) انظر Beal , What Law Governs the Validity of a contract , 23 harv. L. Rev. , 1910 , PP. 194 - 208

(٥) Cavers , Op. Cit , P. 183 إذ يقول :

- The conflict of law rule may make the choice of jurisdiction depend on the "nature" of the domestic law whose application is in question .

الأهلية ، وبالتالي فأن الفقه التقليدي يعترف ضمناً بأن العلاقات الاجتماعية وإعتبارات العدالة يجب أن تكون لها الكلمة الفصل في الكثير من المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي[١] .

وعنده أن الأسلوب الصحيح هو أن تعمل المحكمة على الموائمة بين مختلف النتائج المترتبة على تطبيق القوانين المرتبطة بالنزاع ، ثم أختيار القانون الذي يحقق بصورة واضحة أفضل النتائج لحل النزاع من الناحية العملية[٢] .

وعلى هذا فبدلاً من التسائل عن أفضل قاعدة تنازع ، تحدد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم النزاع ، يتعين التركيز على مسألة ما هي أفضل نتيجة أو حل للقضية؟

ولاشك وفقاً لرأي (Cavers) أن التساءل الثاني أكثر أهمية بكثير من التسائل الأول ، فلماذا لا تُحَلْ مشكلة تنازع القوانين عن طريق الإجابة عليه ؟[٣]

وحسب وجهة نظره فأن الحل الملائم لمسائل تنازع القوانين لن يمكن الوصول إليه إلا بالرجوع إلى معرفة الحل الموضوعي للنزاع وفقاً للقوانين المرتبطة بالعلاقة محل النزاع ، بعد إجراء مقارنة ما بين القوانين المتنازعة[٤] .

ويرى أن مهمة القاضي المثار أمامه النزاع تتضمن ثلاث مراحل وكالاتي[٥]

الأولى ، إجراء دراسة دقيقة لوقائع العلاقة المشتملة عنصر أجنبي .والثانية، التعرف على القواعد القانونية المحتمل تطبيقها بما فيها قانون القاضي والقوانين الأجنبية وعمل مقارنة دقيقة للنتائج المترتبة على تطبيقها .والثالثة إسناد العلاقة إلى أفضل قانون يحقق النتيجة المطلوبة ، مع الأخذ بالأعتبار تحقيق العدالة ما بين الخصوم وأهداف السياسة الاجتماعية التي تهدف إليها القواعد الموضوعية المتنازعة . وينبه إلى أن القاضي عند إختياره للقانون الواجب التطبيق فأنه يتوقف بدرجة كبيرة على المضمون الموضوعي والظروف الواقعية التي يتم الإسناد على أساسها والحلول التي تؤدي إليها مختلف القوانين المتنازعة[٦] .

هذا ولم يشكك (Cavers) بصعوبة القيام بهذه العملية ، ولا الانتقادات التي يمكن توجيهها إلى نظريته ، ويركزها في إنتقادين :

---

[١] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣١ .
[٢] انظر في عرض رأي (Cavers) د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص١٠٥ – ١٠٦ .
[٣] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص١٠٥ .
[٤] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٣ .
[٥] انظر . Cavers , Op . Cit , P. 192
[٦] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص١٠٩ .

الأول : إنَّ الأسلوب الذي يقترحه لحل مشكلة تنازع القوانين لا يحمي اليقين القانوني أو توقعات الأطراف المشروعة[١] .

الثاني : إنَّ إسلوبه يتنافى مع التعميم في مجال تنازع القوانين[٢] .

فبالنسبة للأنتقاد الأول ، المتعلق بعدم تحقيق اليقين القانوني لأطراف العلاقة القانونية وحماية توقعاتهم المشروعة ، فيراد به أن الحكم في قضية من قضايا تنازع القوانين سيتوقف على الظروف الواقعية المحيطة بموضوع النزاع ، ومضمون القوانين المتنازعة والنتائج المتوخاة من تطبيقها ، وبالتالي فأن كل حالة من حالات التنازع ، سوف تحل حلاً خاصاً بها، وإستثناءاً إلى معطيات خاصة بالدعوى، وسيتوقف الأمر على القاضي المعروض أمامه النزاع[٣] .

ولا يرى في عدم اليقين القانوني ، الذي يمكن أن يصف أفكاره عيباً أو قصوراً يشوبها ، وحتى إذا أمكن وصفهُ عيباً فهو مقصود منه ، ففي نطاق المفاضلة بين إعتباري اليقين القانوني والحل العادل للنزاع ، لا يتردد في تغليب الاعتبار الثاني[٤]، إذْ إنّ المحكمة حينما تحل النزاع لا يمكنها تحقيق جميع الاعتبارات الجديرة بالتقدير ، بل هي توازن بينها ، فإذا وجدت المحكمة أن الحل الذي يحقق إعتبار اليقين القانوني ليس حلاً عادلاً هل تقضي به رغماً عن ذلك ؟

أجاب كفرز أن الأفضل أن تسعى المحكمة إلى تحقيق الحل العادل للنزاع حتى لو ضحت في سبيل ذلك بأعتبار اليقين القانوني إذْ إنّ الوصول إلى حل عادل في قضية معينة هو أهم إعتبار يستوجب السعي إلى تحقيقه[٥] .

أما الانتقاد الثاني وهو أن الأسلوب الذي يفترضه (Cavers) يتعارض مع وحدة الحلول في منازعات القانون الدولي الخاص . إذ لن تكون هناك قاعدة محددة تقوم المحكمة بتطبيقها، كما هو الأمر في إسلوب تنازع القوانين التقليدي ، بل ستختار المحكمة القانون الواجب التطبيق في كل نزاع على حده بما يحقق العدالة ، وبأختيار أفضل حل للنزاع بعد مراعاة الظروف الواقعية

---

[١] يراد باليقين القانوني : مقدرة الأفراد على التنبؤ بنتائج وآثار تصرفاتهم القانونية . لمزيد من التفاصيل في اليقين القانوني وصلته بالأمن القانوني أنظر د. عبد الله فاضل حامد ، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٩ ، ص٤٦ وما بعدها .

[٢] انظر Cavers , Op . Cit , P. 203 .

[٣] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٧ .

[٤] Cavers , Op . Cit , P. 203 .

[٥] Cavers , Op. Cit , P. 204 .

المحيطة به[١] .

فيرد على هذا التساؤل بالنفي ، إذْ إنّ تطبيق القواعد ليس إلاّ وسيلة لحل النزاع حلاً ملائماً ، فبدلاً من تطبيق قاعدة إسناد تشير إلى الأخذ بقانون ما ، أو تطبيق قاعدة أخرى ترشد في الأخذ بقانون آخر ، فأن الأفضل من ذلك هو معرفة النتائج المترتبة على الأخذ بأي من القاعدتين، مما يقتضي البحث عن الحل العادل لكل نزاع ، وتطبيق القانون الذي يتضمن أكثر القواعد الموضوعية ملائمة للعلاقة محل النزاع دون التقيد بقواعد جامدة لا تحقق العدالة[٢] .

وقد إضطر في وقت لاحق إلى تدعيم نظريته في محاولة منه لعلاج ما شابها من أوجه قصور ، لذلك وضع مجموعة من مبادئ المفاضلة (Principles of Preference) ولم يسمها قواعد بل مبادئ تسترشد بها المحاكم لتعيين القانون الواجب التطبيق[٣] .

وهكذا بعد أن وضع (Cavers) نظريته التي تقوم على أساس إختيار القاضي القانون الواجب التطبيق بعد التحقق من أنه أفضل أو أصلح قانون، بدأ يدخل التعديلات عليها بعد حوالي ربع قرن، بهدف علاج ما وصفت به نظريته من إبتعاد عن اليقين القانوني والعمومية، فوضع مبادئ للمفاضلة تستعين بها المحكمة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق[٤] .

تقدير نظرية أفضل قانون :

لمعرفة الدور الحمائي المتحقق من الأعتماد على هذه النظرية ، لابد من عرض المسوغات التي قيلت بشأن هذه النظرية ، ومن ثم التطرق إلى سهام النقد الموجهة إليها فمن المسوغات. إنّ هذه النظرية قُدِمَتْ بوصفها محاولة لتجديد منهجي أكثر من كونها محاولة لتجنب منهج قواعد الإسناد ، إذْ يصبغ (Cavers) نظريته بأعتبارها إسلوباً جديداً مختلفاً عن الأسلوب الذي يستخدمه الفقه التقليدي[٥] . وتضمنت هذه النظرية ، تغيير في الشكل وتعديل في المضمون ، إذْ إنّه يرفض المنهج التقليدي ويدعو إلى إجراء قياس أو تقييم قضائي لمختلف الحلول المعروضة أمامه[٦] . كذلك، تمتاز هذه النظرية ، بعدم إتفاقها مع أي منهج قائم على إستخدام قواعد تنازع

---

[١] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص١٠١ .

[٢] Cavers , Op . Cit , P. 205 .

[٣] انظر بيار مايرو ثانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة د. علي محمود مقلد ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص١٣٥ – ١٣٦ .

[٤] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

[٥] نقلاً عن د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص١٠٥ .

[٦] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٠١ .

معدة مسبقاً، وبذلك يعد منهج (Cavers) من أكثر المناهج تعبيراً لما يسمى بالواقعية[١] في القانون الدولي الخاص والتي تسمح للقاضي بقدر كبير من الحرية عند نظره للمنازعات كذلك تمتاز بعدائها المطلق نحو أي قاعدة نظرية[٢] .

وقد تعرضت هذه النظرية إلى العديد من الأنتقادات من قبل الفقه ، منها ، إنّ العمل بهذه النظرية ، يتطلب من القاضي من ناحية أن يقوم بعمليات ذهنية تستوجب الإحاطة بجميع القوانين المرتبطة بالعلاقة محل النزاع ، ثم إجراء مقارنة بينها لأختيار أفضل قانون يحكم النزاع ، ومن ناحية أخرى ما هو المعيار أو الكيفية التي يعتمد عليها القاضي لاختيار أفضل قانون يحكم النزاع[٣] ، وإنّ هذه النظرية من شأنها أن تؤدي إلى بقاء المتعاملين في مجال العلاقات الخاصة الدولية في شك حول القواعد القانونية التي تحكم علاقاتهم ، على عكس قواعد الإسناد التقليدية ، مما يؤدي إلى هدر مبدأ اليقين القانوني وحماية توقعات الأطراف المشروعة[٤] .

وفي معرض ردنا على الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية :

فبخصوص الانتقاد الأول والذي يطلب من القاضي القيام بعملية ذهنية تستوجب إحاطته بجميع القوانين المقارنة وما يحيطها مع صعوبات نقول : ((إن القاضي الوطني لزاماً عليه معرفة حلول النزاع في مختلف الدساتير والقوانين الأساسية والعادية والحلول الفقهية والقضائية في مختلف الأنظمة القانونية المعينة من طرف قاعدة الإسناد حتى يتمكن من إستقرائها وصولاً للأفضل فيها ، صحيح أن هذا يثقل كاهله ولكن لا يعفيه من ضرورة القيام بهذه المهمة حتى يتمكن من إختيار القانون الأفضل .

وما يعزز رأينا هذا أن الفقه والقضاء الحديث يؤكدان التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه[٥]؛ ويلزمانه أيضاً بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ، كما إنّ حكمة التشريع تفرض على القاضي التقيّد بالتفسير السائد في الدولة التي يطبق قانونها مع خضوع الحكم

---

[١] يقصد بالواقعية : العداء المطلق نحو أي قاعدة نظرية ومن ناحية أخرى الاعتراف للقاضي بقدر كبير من الحرية عند نظره للمنازعات ذات الطابع الدولي . انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش، مصدر سابق، ص١٠٨ .

[٢] انظر د. عبد الله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص١٤٦ – ١٤٧ .

[٣] انظر في عرض الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص١٠٩ – ١١٩.

[٤] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢٠٢ – ٢٠٥ .

[٥] انظر في عرض الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية المؤيدة لذلك د. عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء اللبناني، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية القانون في جامعة بيروت، العدد١ ، المجلد الثاني، تموز، ١٩٨٨، ص٧٣ .

لرقابة محكمة التمييز (النقض) ، كل ذلك يُعَدْ عوامل مساعدة للقاضي في تذليل الصعوبات التي يواجهها عند التعرف على مضمون القانون الأجنبي من بين القوانين المتنازعة .

أما بالنسبة للمعيار الذي يلجأ إليه القاضي لأختيار أفضل قانون فلا يغرب عن البال أن الفقه[١] طرح أكثر من معيار في ذلك ، فهنالك المعيار المطلق والذي ينظر إلى النزاع بصورة عامة ، والمعيار الواقعي التفصيلي الذي ينظر لكل حالة على حدة ليسهل للقاضي الحصول على الحكم الأكثر نجاعة)) .

وفيما يثار بشأن الإنتقاد الثاني ، من أن هذه النظرية كغيرها من نظريات الفقه الأمريكي، تهمل تحقيق اليقين القانوني للأفراد في علاقاتهم الخاصة الدولية ، فيرد عليه بأن ما يحسب لها هو تحقيق اليقين القانوني للقاضي ، إذْ لا يقوم هذا الأخير بتحديد القانون الواجب التطبيق إلا بعد أن يعمل على تحليلها ومعرفة مضمونها من أجل إختيار القانون الأفضل .

ولا يخفى عن البال أن هذا المنهج الجديد يخلو من التعقيد والآليات الفنية الكثيرة في سبيل بيان التنظيم القانوني الذي تخضع له العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي والذي يتم عبر مجموعة من القواعد القانونية ذات المضمون المادي ، وبذلك يستعيد اليقين القانوني أهميته الحقيقية بتحوله من مفهوم المصلحة الخاصة ليدخل في مجال المصلحة العامة والتي لا تخص مصلحة دولة بعينها حسب المفهوم المتعارف عليه وإنّما هي المصلحة العامة لما يمكن أن نسميه بمجتمع العلاقات الخاصة الدولية[٢] .

وحسب رأينا المتواضع ، بخصوص هذه النظرية ودورها في تطوير قواعد إسناد ذات غايات مادية تهدف إلى توفير الحماية لأطراف العلاقة القانونية نقول : ((عند إستقراء قواعد الإسناد التقليدية ، نرى إنها قد تكون مناسبة جداً لحل النزاع في المسائل التي وضعت من أجلها هذه القواعد ، ولكن ليس من الضروري أن تكون هذه القواعد مناسبة أيضاً لحل المشاكل الجديدة التي لم يكن من الممكن تصورها في الماضي ، فليس من المقبول تطبيق قواعد التنازع بصورة آلية وجامدة دون إعتبار كاف لظروف الحياة المعاصرة .

والفقه المعاصر لم يعد يرى في قاعدة الإسناد مجرد أداة لتوزيع الأختصاص التشريعي وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لقاعدة الإسناد، ومن ثم إمكانية استخدامها للدفاع عن

---

[١] راجع في ذلك بالتفصيل د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص١٩٥ وما بعدها .

[٢] انظر وبنفس المعنى د. عبد الله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص٤٨١ .

مصالح خاصة ومحددة في سبيل الوصول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة وإعلاء هذا المفهوم يستوجب أن تتخلى قاعدة الإسناد عن ضابط الإسناد التلقائي – معصوب العينين – حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها، والاستعانة بضابط إسناد مرن ، وهذا هو المفهوم الجديدة لقاعدة الإسناد الموضوعية أو ذات الطابع المادي .

وهذا يدفعنا إلى تأييد نظرية أفضل قانون ، لكن تقييد إطلاقها ، لتمارس وظيفتها الحمائية إن صح القول ، بصدد عدة مراكز تتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافها كناقضي الأهلية وفي مجال الالتزام بالنفقة ونطاق المسؤولية التقصيرية ، والعلاقات التعاقدية المبرمة بين طرفين غير متكافئين مثل عقد العمل وعقد المستهلك)) .

ومصداقاً لما تقدم نستشهد بما قاله بعض من الفقه الفرنسي[١] والمصري[٢] بأن ((رياح الثورة الأمريكية على قاعدة التنازع التقليدية التي هبت عبر المحيط الأطلسي قد قطفت بعض ثمارها في النظم الأوربية ذاتها ، من حيث إتجاه بعضها إلى إعتناق قواعد إسناد تخطت الطابع المحايد ، بأن وضعت في الإعتبار مضمون القانون الذي تشير بإختصاصه إدراكاً للعدالة المادية)) .

٢- الإتجاهات القضائية :

نتيجة التطورات التي طرأت على معظم الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية ، كان من الطبيعي أن يتأثر القضاء بهذه الأفكار خاصة وأن من شأنها فتح المجال واسعاً أمام إعمال السلطة التقديرية للقاضي لإختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات القانون الدولي الخاص ، فقد عبرت إحدى المحاكم الأمريكية[٣] عن ذلك صراحة حين سوغت خروجها عن قواعد الإسناد التقليدية بأن الفقه يؤيد ذلك ، ولا توجد نظرية واحدة تقبل عودة قاعدة التنازع التقليدية ، إذ كان النزاع يتعلق بدعوى تعويض أقامتها زوجة على زوجها لمسؤوليته الشخصية عما أصابها من أضرار بسبب إهماله في قيادة السيارة ، وقد كان الزوجان متوطنين في ((نيوهامبشير)) ومتوجهين إلى ((فيرمونت)) لقضاء رحلة في سيارة الزوج حيث وقع الحادث ، وإستناداً لقانون

---

(١) انظر Bernard Audit , Droit International Privé , 3édition , Economica , Paris , 2000 , P. 105

(٢) انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٢٢ .

(٣) Lillian Clark V. Albert Clark , Aug. 31 . 1966 , Atlantic Reports , 2d. Series , 222 , P. 205 . متاح على الرابط الالكتروني الآتي : https://casetext.com/case/clark.v.clark-272 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/٩ .

((فيرمونت)) لا يكون المضيف مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب ضيفه إلا إذا كان بسبب إهماله الجسيم ، في حين يقرر قانون ((نيوها مبشير)) تعويض الضيف عند عدم بذل السائق العناية اللازمة ، وقد إنتهت المحكمة إلى تطبيق قانون ((نيوهامبشير)) بعد إستقراء كافة ظروف الدعوى والاعتبارات المحيطة بها ومن إستقراء الحكم أعلاه ، نستنتج الاتي :

إن النزاع قد حصل بين مواطنين تابعين لولايتين أمريكيتين إذْ إنّ الفقه والقضاء هناك قد إستقر على التوحيد في المعاملة سواء كان التنازع داخلياً أو دولياً .وإذا أعملنا قاعدة الإسناد التي أشارت إليها المدونة الأولى للتقنين الأمريكي ، فأنها تنص على تطبيق قانون مكان تحقق الضرر، أي قانون ((فيرومونت)) وهذا لم يحصل ، إذ على العكس من ذلك طبقت المحكمة قانون ((نيوهامبشير)) بوصفه مكان توطن الزوجين ، وهذا دليل على عدم إلتزام المحكمة بتطبيق مدونة التقنين الأمريكية الأولى ، وخاصة ضوابطها الجامدة . كما إن دراسة الحكم أعلاه ، توحي لنا بأن القضاء هناك يميل إلى الإستفادة من النظريات الفقهية لما تحتويه من مرونة وسلطة تقديرية في إختيار أفضل قانون لحكم النزاع ، وهو الذي حصل بعد أن قارن القاضي بين مكان تحقق الضرر ومكان توطن الطرفين .

ومن القضايا الأخرى التي طبقت بها المحاكم الأمريكية قواعد الإسناد الحمائية بدلاً من قاعدة التنازع التقليدية قضية Babcock V. Jackson [١] ، وقد بدأت أحداثها في يوم الجمعة الموافق ١٩٦٠/٩/١٦ حينما غادرت ملكة جمال جورجيا بابكوك وأصدقائها السيد والسيدة ويليام سيارة السيد جاكسون والمستوطنين معها في البلدة نفسها ، لقضاء عطلة نهاية الأسبوع في كندا ، وأثناء قيادة السيارة من قبل جاكسون في مدينة اونتاريو الكندية فقد السيطرة عليها وأصطدم بحائط صخري مما أصاب ملكة الجمال بابكوك بجروح خطيرة . وأثناء رجوعهم إلى بلدهم إقامة الدعوى أمام محاكم نيويورك متهمة جاكسون بالإهمال في قيادة سيارته مما أدى إلى إلحاق الضرر بها وقد أنهت المحكمة إلى تطبيق قانون نيويورك بوصفه المكان أو القانون الأفضل لتحقيق التعويض عن الضرر الذي أصاب الآنسة بابكوك.

---

(1) Georgia W. Babcock . V. Mabel H. Jackson as Executrix of William H. Jackson , Deceased , Respondent , may 9 , 1963 12 NY 2d 473 , court of Appleals of New York .
- متاح على الموقع الالكتروني : http://www.nycourt.gov تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٢ .

ومن خلال تحليلنا للحكم أعلاه، ممكن ملاحظة مايلي:

إنّ محكمة إستئناف نيويورك لم تستند على المجموعة الأمريكية الأولى لعام ١٩٣٤ ، والتي تنص بتطبيق قانون محل إرتكاب الفعل الضار ، وهو هنا مدينة أونتاريو الكندية ، إذ أن هذه المجموعة قامت على فكرة الحقوق المكتسبة ، والتي تعني أن الحق الذي نشأ في مكان ما ، يمتد وفقاً لقانون هذا المكان إلى أي بلد آخر . وما يسوغ للمحكمة الخروج عن نص المجموعة الأمريكية الأولى إنها غير ملزمة للقضاء هناك ، بالإضافة إلى ذلك أن فكرة الحقوق المكتسبة تؤدي إلى وضع مشكلة محددة لقاعدة عامة لا تراعي الأعتبارات المحيطة بالنزاع .

إن المحكمة عملت على إجراء مقارنة ما بين قانون أونتاريو الكندية وكان كل من المدعي والمدعى عليه ضيوفاً عليها ، وبين قانون نيويورك المتوطنين كلاهما فيها . إذْ إنّها طبقت قانون ولاية نيويورك القاضي بتعويض المدعية على ما أصابها من ضرر بسبب إهمال المدعى ، ولا يجوز إهدار هذا الهدف بمجرد وقوع الحادث خارج ولاية نيويورك.

وقد يذهب بعض المشككين بأن المحكمة إنتهت بتطبيق قانونها مراعية بذلك مصلحة الدولة ، ونرد على ذلك بالقول أن المحكمة حتماً ستنتهي بتطبيق قانون أونتاريو الكندية لو كان يؤمن تعويض للمدعى عليه أكثر من قانون ولاية نيويورك ، خاصة أن القانون الأجنبي وقت وقوع الحادث يهدف إلى منع الدعاوى الكيدية التي تقام بطريق التحايل من جانب أصحاب السيارات بالإتفاق مع الراكبين ضد شركات التأمين ، أي حماية الشركات الكندية .

وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن الحل أعلاه ، يتوقف على الظروف المحيطة بالدعوى مما يؤدي إلى أن المحكمة قد تطبق قانوناً آخر إذا عرضت عليها دعوى مماثلة وذلك ببحثها عن العدالة الموضوعية أكثر من العدالة الشكلية ، وهذا ما دعا الإتجاه الأوربي النظر بحذر للثورة الأمريكية على قواعد الإسناد التقليدية وحصرها في حالات محددة يتوخى منها حماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية ، وهذا يدعونا إلى دراسة النظام الأوربي في الفقرة الآتية .

ثانياً :- في النظام القانوني الأوربي:

لمتابعة التطورات التاريخية التي طرأت على قواعد الإسناد ذات الطابع المادي ، والتي بدأت بالولايات المتحدة الأمريكية وألقت بظلالها في أوربا ، سنعرض الموضوع من خلال ثلاث محاور وكالآتي :

١- الإتجاه الفقهي :

أخذ فقهاء القانون الدولي الخاص الأوربي ، بترديد أفكاراً شبيهة لتلك التي قيلت في أمريكا ، ويعد الفقيه الألماني (Zweigert) من أشد الفقهاء الألمان المتأثرين بالأفكار الأمريكية ، إذ ينادي بحل مسائل تنازع القوانين عن طريق تطبيق أفضل قاعدة في القانون[١].

ويرى (Zweigert)[٢] أن حل مشكلة تنازع القوانين يكون من خلال تطبيق أفضل أو قانون يوفر أفضل حماية وأكثر فعالية ، إذْ يقوم القاضي بفحص القوانين الأجنبية المرتبطة بالنزاع ، ويختار القانون الذي يحقق أفضل حماية وأكثر فعالية ، إذْ يقوم القاضي بفحص القوانين الأجنبية المرتبطة بالنزاع ، ويختار القانون الذي يحقق أفضل حماية للقيمة القانونية محل النزاع ويقوم بتطبيقه .

ويخلص الفقيه إلى القول بأن كل قاعدة موضوعية في القانون الخاص تهدف إلى حماية إعتبار معين ، كذلك أن أطراف العلاقة القانونية لهم مصالح وإعتبارات يرمون إلى تحقيقها ، مما يتطلب من القاضي حل مسائل تنازع القوانين عن طريق تطبيق القانون الذي يغلب الاعتبار الذي يهدف إليه الموضوع محل النزاع بأكثر الطرق فعالية ، فإذا تعارضت عدت إعتبارات في قضية معينة ، فأنه يستوجب تطبيق القاعدة التي تحل النزاع بأكثر الطرق توازناً[٣] .

ويرد على المشككين بوجود عيب عملي في نظريته ، والذي يتمثل بصعوبة قيام القاضي بدراسة عدة أنظمة قانونية بوقت واحد ، بينما وفقاً للنظرية التقليدية لا تدرس المشكلة في أكثر من قانون أجنبي واحد ، بأن الأحكام التي سيحصل عليها سوف تعوض هذا العيب، إذْ إنّ بهذه الوسيلة بالإمكان تحقيق عدالة موضوعية واضحة للقانون الدولي الخاص بدلاً من العدالة الشكلية المتبعة في الأسلوب التقليدي لتنازع القوانين[٤] .

أما في الفقه الفرنسي ، فيتسائل الفقيه ((لوسوارن))[٥] ((Loussovarn)) في معرض

---

[١] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٣٩ .

[2] Zweigert , Some Reflection on the sociological Dimensions of private International Law , 44 University of Colorado Law Rev. , 1973 , P. 295 .

- نقلاً عن د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٣٩ .

[٣] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٤٩ .

[٤] Zweigert , Op. Cit , P. 293 نقلاً عن د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص١٤٠ .

[5] Yvon Loussouarn , La régle de conflit est – elle une régle neytre ? In : Droit international privé : travaux du comité Francois dedroit international privé , 3e année , tome2 , 1981 , P. 54.

أستفهامه حول حياد قواعد الإسناد ((هل من الواقعي التصور بأن القاضي لا يملك الفضول للبحث منذ بداية النظر في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي عن محتويات أو فحوى القوانين القابلة للانطباق؟)) أي بعبارة أخرى هل القاضي يبدأ باستشارة حكم القانون ثم يعرض عليه الوضع أم إنّه يسعى إلى حل يتفق في رأيه مع إحساسه بالإنصاف. إذْ يخلص إلى القول بأن حياد قاعدة التنازع في أغلب الأحيان هو نتيجة لإرادة القاضي في حماية أحد أطراف العلاقة القانونية (مدين، قاصر ، مستهلك)[١].

وهكذا فأنه يصل إلى نتيجة مفادها بأن الحياد في قاعدة الإسناد لا يزال قائماً ، ولكن قيمته اليوم هي قيمة مبدأ مع إستثناءات[٢] .

وحسب وجهة نظرنا ، أن هذا الفقه يؤمن بالدور الحمائي الذي تحققه قاعدة التنازع (قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية) في العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي ، لكن لا يتجاوز حدود نطاقها بحيث تشمل جميع العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي ، كما نادى بذلك الفقه الأمريكي وهذا ما سبق بيانه[٣] .

٢- الإتجاه التشريعي:

وجدت قواعد الإسناد الحمائية أثر لها في بعض التشريعات الأوربية ، ففي مجال العقود الدولية وبخصوص ما يتعلق بحماية المستهلك ، فأن كان المشرع لا يمنع غالباً إختيار القانون الواجب التطبيق ، إلاّ أنه يقيده بالقواعد الآمرة التي سنها لحماية المستهلك والقواعد الأخيرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك قد توفر له الحد الأدنى من الحماية ، كما أن المستهلك يضع في الحسبان تطبيق قانون محل إقامته المعتادة ، كذلك ينبغي إلاّ يؤدي تطبيق القانون المختار إلى حرمان المستهلك من هذه الحماية أو يحقق حماية أقل من تلك التي يوفرها له محل إقامته

إذ يقول :

- Est – il en effer réaliste de pensec que juge nàpas la curriosité de rechercher dés le debut du procés la teneur des différentes lois en presence .

[١] . Loussouarn , Op . cit m P. 55

[٢] Loussouarn , Op . cit , P. 60 حيث يقول :

- Envisagée sous làngle de lapureté de la régle de conflit (régle blunche) , la neutral lite subsiste , Mais sa valeurest aujourd' huicelle d'un principe assorti déxceptions .

[٣] انظر ص (١٥) من البحث .

المعتادة[١] .

ويؤدي هذا الحل إلى الإبقاء على القانون الأجنبي والذي إختاره الأطراف لينطبق على عقدهم ، عندما تكون أهدافه متفقة مع روح القواعد الآمرة التي وضعت لحماية المستهلك ، ولاسيما إذا كانت قواعد هذا القانون أكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتادة[٢] .

وقد لقي الحل أعلاه تطبيقات تشريعية له في عدد من الدول الأوربية ، منها ما جاء في المادة (٤١) من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٨/٧/١٥ بخصوص العقود المبرمة بواسطة المستهلكين[٣] .

وكرست هذا الحل المادة (٢/٥) من لائحة روما (The Rome 1 Regulation (E.C (No. 593/20085) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[٤] ، إذْ أشترطت أن يكون إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة، بيد أن هذا القانون الأخير يكون واجب التطبيق على عقود المستهلك متى توافرت الشروط التي نصت عليها المادة (٢/٥) وعندما يكون أكثر صلاحية للمستهلك[٥].

ويعد شرط الإختيار مجرداً من فعاليته إذا أشار إلى قانون أقل صلاحية للمستهلك، وأقل حماية من القواعد الآمرة السارية في قانون محل إقامته ، فلا يوجد إستبعاد مطلق لقانون الإرادة وإنّما يجب على القاضي البحث عن مضمون القانون المختار لتقدير درجة الحماية الواردة فيه[٦].

كذلك توجد العديد من التشريعات الحمائية في القوانين محل المقارنة التي سوف نتعرض لها لاحقاً في أماكن أخرى من الدراسة وبصورة مفصلة .

---

[١] د. خالد عبد الفتاح ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١١١.

[٢] د. حسام الدين فتحي ناصف ، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ ، ص١٠٧ .

[٣] انظر في عرض التشريعات د. عبد الحكيم مصطفى ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص٢٩ .

[٤] انظر نصوص هذه الاتفاقية على الموقع الآتي : https://eur-lex.europa.eu/Lexuriserv/Lexuriserv.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En.pdf

[٥] انظر مهند عزمي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الأستهلاك الألكترونية ذات الطابع الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ، المجلد ٤١ ، العدد ٢ ، ٢٠١٤ ، ص١٣٥٩ .

[٦] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١١٤ .

٣- الإتجاه القضائي :

إنّ البحث عن قاعدة إسناد ذات غايات مادية وَجَد له أثر في التطبيقات القضائية الأوربية، ونذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٦٦/٦/٢٨[١]، والذي يتعلق بعقد بيع محلات تجارية في ساحل العاج بين أثنين فرنسيين ومتوطنين في فرنسا ، إذْ يخضع العقد بموجب إتفاق الأطراف للقانون الفرنسي ، وقد قضت المحكمة ببطلان عقد بيع المحلات التجارية بتطبيق القانون الفرنسي الصادر في ١٩٣٥/٦/٢٩ المتعلق ببيوع المحلات التجارية وإستناداً إلى المادة (١٢) منه والتي تنص على بيانات ملزمة تم تجاهلها في عقد البيع وتتعلق بالإعلام بالعناصر الأساسية في المحلات التجارية ومحال المالك ، والمنتفعين التجاريين وكذلك الإيجار ، وهذه البيانات مخصصة لحماية المشتري في عقود بيع المحلات التجارية ، ويتعلق الأمر هنا بقاعدة حمائية لرضا المشتري ، والذي يكون ملزماً بإثبات وقوع ضرر جدي يصيبه ، فبائع المحلات التجارية يعرف بالتأكيد بحكم علمه وخبرته بالقواعد التي تحقق مصلحته ، على عكس المشتري الذي يعد طرفاً ضعيفاً في العقد يجب حمايته[٢] .

ومن أستقراء الحكم أعلاه ، نلاحظ أن القاضي يقارن مضمون القانون الذي إختاره الطرفان بالقانون المختص موضوعياً ، وإستناداً إلى ذلك يحدد القانون الأفضل ويقوم بتطبيقه على العلاقة محل النزاع ، إذْ إنّ المقارنة لا تقتصر فقط بين قانون القاضي والقانون الأجنبي بل يمكن أن تعقد بين قانونين أجنبيين ، وذلك في الحالة التي لا تسند فيها إرادة الأطراف في العقد ولا الإسناد الموضوعي له إلى قانون القاضي .

وفي حكم لمحكمة النقض الإيطالية[٣] ، بشأن نزاع يتعلق بعقد عمل مبرم بين عامل إيطالي الجنسية وشركة إيطالية يلتزم بموجبه الأول بالعمل في الأرجنتين ، وكان القانون الذي إختاره الطرفان لحكم العقد هو القانون الأرجنتيني ، بينما كان القانون الواجب التطبيق عند عدم الاختيار هو القانون الإيطالي بوصفه قانون محل إبرام العقد إستناداً إلى المادة (١/٢٥) من القانون المدني الأيطالي ، ولما كان القانون الأرجنتيني لا يعرف مكافأة نهاية الخدمة عكس

---

[١] . Cass Civ . 28 juin 1966 , Rev. Crit . 1967 , P. 344 ets , note . Batiffol أشار إليه د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١١٩ .

[٢] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١١٩ .

[٣] حول حكم محكمة النقض الإيطالية المرقم ٥٩٢٤ في ١٩٨١/١١/٩ انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١١٩ – ١٢٠ .

القانون الإيطالي الذي يعدها أحد حقوق العامل عند إنتهاء خدمته ، فأن محكمة النقض الإيطالية ودون سند تشريعي قضت بعدم صحة إختيار القانون الذي أجراه الطرفان ، وذلك لأن تطبيق هذا القانون يقضي برفض حق العامل بالمكافأة ، وأن العقد يخضع بالنسبة لهذه المسألة للقانون الإيطالي.

الفرع الثاني

معنى قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

إنّ التطور المعاصر للقانون الدولي الخاص كشف عن مولد قواعد إسناد جديدة تسعى في إطار منهجية تنازع القوانين إلى ضمان تطبيق قانون معين بالنظر إلى مضمونه المادي بغية الوصول إلى نتيجة موضوعية معينة وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، إذْ إنّها وفي سبيل تحقيق هذا الهدف تتضمن أكثر من ضابط إسناد يطبق بصورة إختيارية أو إحتياطية وبالتالي تعقد أختصاصاً محتملاً لأكثر من قانون لحكم العلاقة القانونية ، بحيث لا ينعقد الاختصاص إلاّ إذا كان من شأنه تحقيق النتيجة الموضوعية المطلوبة[١] .

ويطلق الفقه الحديث على هذه الطائفة من القواعد ، قواعد الإسناد ذات الطابع المادي[٢] Régle de conflit ácaractés substantial أو ذات الغايات المادية afinalité materiellc وهي لا تسند الاختصاص لقانون معين وفقاً لإعتبارات التركيز فقط ، وإنّما تعتد بالإضافة إلى ذلك بالاعتبارات الموضوعية لهذا القانون[٣] .

وقد عرفها جانباً من الفقه[٤] بأنها ((القاعدة التي تهدف إلى تحديد النظام القانوني الذي يؤمن أكثر من غيره تحقيق النتيجة المادية التي يرغب واضع القاعدة في الحصول عليها)) وبهذه المثابة تناهض قواعد الإسناد ات الغايات المادية تعاليم منهج الإسناد التقليدي القديم وبالتحديد

---

[١] انظر د. أبو العلا علي أبو العلا النمر ، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٣٦ .

[٢] انظر Loussovarn , L'é volution dela régle de lois , op , cit , P. 92 .

[٣] بخصوص هذه القواعد انظر د. طرح البحر ، علي حسن فرج ، تدويل العقد ((دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠)) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٧٦ – ٨٥ .

[4] Paul Lagarde , Le principe de proximite dans Le droit international privé , Course general de R . C . A . D . I . tome 1 , Vol 169 , n 41 , 1986 .

القواعد المزدوجة[١] ، إذْ يعمل هذا المنهج على تركيز العلاقة بحسب طبيعتها في القانون السائد في مركزها المكاني ، في حين لا تهتم قواعد الإسناد ذات الطابع المادي بهذا التركيز ، فهي تهتم فقط بتحديد مجموعة من القوانين التي يستوجب المفاضلة بين مضمونها المادي ، لذلك تُعَدْ وسيلة فنية تتعامل مع القواعد المادية أو الموضوعية الخاصة بالعلاقات الخاصة الدولية الموجودة في القوانين الوطنية ، ولا تعول على المركز المكاني للرابطة[٢] .

ولذلك فأن النظرة الحيادية لقاعدة الإسناد بوصفها قاعدة لا تهتم بالنتائج الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق ، لم تعد تتفق مع الواقع ، ولاسيما حماية الطرف الضعيف في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، إذْ إنّ قاعدة الإسناد يجب أن تواكب متطلبات النظام العام الاجتماعي الحمائي وإلاّ تجردت من كل فائدة من الناحية العملية[٣] .

إذْ إنّ هنالك مجموعة من المصالح يستوجب أن تؤخذ في الإعتبار عند صياغة قاعدة التنازع والمتمثلة بمصالح الدولة والتجارة الدولية والمصالح الخاصة بالأفراد ، والمنهجية التقليدية لقاعدة الإسناد لا تستطيع مراعاة هذه الاعتبارات معاً ، في حين أن قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية يمكنها مراعاة ذلك على نحو فعال[٤] .

وتشكل هذه القواعد منهجاً وسطاً بين قواعد الإسناد التقليدية والقواعد الموضوعية، فهي تزاوج بين منهج التركيز ومنهج القانون الدولي الخاص ، ويترتب على ذلك أن القانون الواجب التطبيق يستمد سبب أختصاصه من اعتبارات التركيز وإتفاق مضمونه مع النتيجة المادية المستهدفة[٥] .

أي أن هناك توازٍ بين الوظيفة الحمائية لكل من قواعد القانون الموضوعي وقواعد

---

[١] كشفت التطورات التي شهدها هذا المنهج عن إتساعه لقواعد إسناد أحادية أو مفردة الجانب بخصوص هذه القواعد انظر د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩، ص٥٩١ .

[٢] انظر في الفقه الإيطالي بحث الأستاذ Picone الموسوم طابع تطوير المنهج التقليدي لتنازع القوانين المنشور في مجلة القانون الدولي الخاص ، العدد ١ ، مجلد ٨١ ، ١٩٩٨ ، ص٥ – ٦٨ .

- Picone , Caratteri edevoluzionedel Metodo tradizionale dei conflitti di leggi , Rivista di diritto internazionale , Vol . 98 , N. 1 , 1998 , P. 5 – 68 .

[٣] حول فكرة النظام العام الاجتماعي ، امظر د. عباسه جمال ، مبدأ الأفضلية وفكرة النظام العام الاجتماعي ، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر من كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الرحمان ميره ، الجزائر ، عدد خاص ، ٢٠١٥ ، ص٦٦٦ – ٦٨٤ .

[٤] انظر د. أبو العلا النمر ، مصدر سابق ، ص٤٠ .

[٥] انظر بيار ماير وفاسنان هوزيه ، مصدر سابق ، ص١٣٦ .

القانون الدولي الخاص ، ففي كل مرة تعمل القواعد الأولى على حماية مركز معين يتسم بالحاجة لحماية صاحبه في العلاقات الوطنية ، تسارع القواعد الأخيرة لغرض حمايتها على المركز نفسه إذا ما نشأ في العلاقات الخاصة الدولية[١] .

وعن طريق هذا التجديد في وظيفة قواعد الإسناد ، يتم التغلب على الانتقادات التي وجهت إلى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء الفني لهذه القواعد وذلك بتحويلها من بناء معياري أحادي إلى معيار الروابط التعددية، إذ يمكن من خلال هذه المعايير الأخيرة التوصل إلى قواعد حمائية تحقق حلاً عادلاً يلبي توقعات الأطراف المشروعة من دون إنتهاك منهج قواعد الإسناد التقليدية[٢] .

ومن كل ما تقدم ، نستطيع أن نحدد خصائص قواعد الإسناد ذات الغايات المادية بما يأتي :

أولاً :- إنها قاعدة ذات إسناد تخييري ، تتعدد ضوابط الإسناد فيها ، إذْ يستطيع القاضي أن يختار إحداها لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يوفر أكثر حماية لأطراف العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي[٣] .

ثانياً :- تسعى هذه القاعدة إلى البحث عن العدالة المادية المتحققة من تطبيق أحد القوانين التي تشير إليها ضوابط الإسناد التخييرية ، وذلك بالبحث المسبق عن القانون الذي يحقق ذلك ، بخلاف قاعدة الإسناد التقليدية التي تكتفي بعدالة شكلية أو حسابية[٤] .

ثالثاً :- إنّها قاعدة تتصف بالمرونة وتبتعد عن الجمود المفرط[٥] ، إذْ عن طريقها تعطى حرية للمحكمة في التحرك لحل المنازعة ذات العنصر الأجنبي عن طريق تلطيف قواعد التنازع

---

[١] انظر د. أحمد محمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ، مصدر سابق ، ص٤٩٦ .

[٢] انظر إستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، نظرة إنتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية تصدر عن جامعة بابل ، المجلد ٢٦ ، العدد ٨ ، ٢٠١٨ ، ص١٠٨.

[٣] د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص١٢ .

[٤] د. حسام الدين ناصف ، مصدر سابق ، ص٧٤ .

[٥] يراد بالصياغة المرنة بأنها الصياغة التي يتم التعبير عنها في القاعدة القانونية فرضاً أو حكماً أو أحدهما ، بطريقة معيارية تفسح المجال لسلطة القاضي التقديرية أثناء تطبيقها لمراعاة الفروق الفردية التي قد تعرض في الواقع عليه . انظر في ذلك د. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود ، المباديء الأساسية في القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ – ١٩٩٦ ، ص١١٦ . أما الصياغة الجامدة فيقصد بها الصياغة التي تعطي حلاً ثابتاً لا يتأثر بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض ، فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة إلى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليه . انظر د. عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص٢٢ .

التقليدية بإضفاء بعض الأعتبارات عليها وصولاً إلى الوظيفة الحمائية المنشودة[١] .

رابعاً :- تعمل هذه القاعدة على الحد من تدخل النظام العام بمفهومه التقليدي[٢] .

خامساً :- أن هذه القواعد تمارس وظيفتها الحمائية بصدد عدة مراكز تتسم بالحاجة إلى حماية أحد أطرافها (القصر، الدائن بالنفقة ، المستهلك ، العامل) فلا مجال لتطبيقها إذا لم يوجد طرف في علاقة مشتملة على عنصر أجنبي بحاجة إلى حماية[٣] .

وعن موقف القوانين المقارنة من هذه القواعد ، فبالنسبة للقانون العراقي يمكن عد الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، من قبيل قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، إذ تشير إلى أن الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي يعد صحيحاً إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين[٤] ، ولا يغرب عن البال أن مراعاة هدف هذه القاعدة يتطلب من القاضي معرفة مضمون كل من القوانين المختصة قبل تطبيقها حتى يتسنى له إختيار القانون الذي يؤدي تطبيقه صحة الزواج وإهمال ما قد ينتج عن تطبيقه بطلان الزواج.

وبخصوص الوضع في القانون المصري ، نجد أن المادة (٢٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ ، قد أخضعت شكل التصرف لقانون بلد الإبرام أو القانون الذي يحكم موضوعه أو قانون موطنها المشرك أو قانون جنسيتها المشتركة إعمالاً لحكمة الإسناد المتمثلة بالتيسير على المتعاقدين ، ولا يتأتى هذا الإسناد إلاّ بعد أن يتصدى القاضي للمقارنة بين مضمون كل من القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد على سبيل التخيير ، لذا تعد هذه القاعدة من القواعد غير المحايدة التي تهدف إلى تحقيق عدالة مادية على حساب العدالة الشكلية التي

---

[١] انظر في البحث عن آلية التجديد في قواعد الإسناد . إستاذنا د. خير الدين كامل الأمين ، مصدر سابق ، ص١٠٧ وما بعدها .

[٢] سنتطرق إلى هذه الفقرة بشيء من التفصيل بموضع آخر من الدراسة .

[٣] انظر د. أحمد محمد الهواري ، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الرحمان ميره ، الجزائر ، عدد خاص ، ٢٠١٥ ، ص٨٤٩ .

[٤] انظر في شرح هذه المادة ومدى تقييدها بالاستثناء الوارد في الفقرة الخامسة من نفس المادة د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص١٠٨ .

يستهدفها القانون الدولي الخاص[١] .

أما عن موقف القانون التونسي ، فقد كان أكثر وضوحاً من القانون المدني العراقي والمصري ، إذْ كرس قواعد إسناد ذات وظيفة حمائية عند سنه لمجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة في ١٩٩٨/١١/٢٧ ، بعد أن كان قبل ذلك يغض الطرف عن الإعتبارات المادية ، إذْ لم يبق المشرع التونسي غير آبه بالتغيرات التي طرأت على هيكلة قاعدة التنازع التقليدية خدمةً لأهداف سياسية وإقتصادية وإجتماعية يحرص المشرع على تحقيقها ، كما هو الحال في الفصل (٥٠) التي أخضعت حضانة الطفل للقانون الأفضل من بين مجموعة من القوانين (قانون حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقر الطفل) والفصل (٥١) المتعلق بالنفقة وخضوعها للقانون الأفضل للدائن من بين قانونه الشخصي أو إقامته والقانون الشخصي للمدين أو مقر إقامته ، والحال نفسه ينطبق على الفصل (٥٢) المختصة بالقانون الواجب التطبيق على النسب . إذْ يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره والقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره[٢] .

وفي القانون الفرنسي ، نجد أن هنالك نصوص حمائية عديدة وضعها المشرع في قواعد الإسناد لنتخطى بذلك طابعها المحايد من أجل تحقيق عدالة مادية في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، إذ يتضمن قانون ١٩٧٢/١/٣ المتعلق بإصلاح قانون النسب مجموعة كاملة من قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية التي أدرجت في المواد (311 – 11) إلى (311 – 18) من القانون المدني الفرنسي الصادر في ١٨٠٤/٦/١٢ ، وهذا ما نلاحظه في المادة (311 – 16) إلى (311 – 18) والتي تتضمن ضوابط إسناد بديلة يختلف غرضها حسب ما إذا كانت الحالة التي يتضمنها لا تثير أو على العكس من ذلك تثير تعارض بين مصالح الطفل ومصالح أولياءه ، فإستناداً إلى المادة (311 – 16) فأن الزواج تحصل شرعيته فور قبول هذه النتيجة أما بالقانون

---

[١] انظر د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ط٦ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٤٧٦ . وبخصوص خضوع الشكل لقانون محل الإبرام انظر د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٣٩٤ وما بعدها .

[٢] انظر كذلك الفصل (٤٦) المتعلق بشكل الزواج والفصل (٥٥) الذي ينظم في الشطر الثاني منه شكل الوصية والفصل (٥٦) الذي أخضع في الشطر الثاني منه شكل الهبة للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت فيها . لمزيد من المعلومات حول القانون التونسي . انظر منتصر السلامي ، منتصر السلامي ، قاعدة القانون الأفضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة القضائية تصدر عن الهيئة الوطنية للمحامي ، تونس ، ٢٠٠٦ – ٢٠٠٧، ص٢ – ٣ .

الذي يحكم آثار الزواج أو بمقتضى القانون الشخصي لأحد الزوجين أو بموجب القانون الشخصي للطفل ، أما عن المادة (311 – 17) فأنها تنص على الاعتراف الطوعي بالأبوة أو بالأمومة يكون صحيحاً إذا تم وفقاً للقانون الشخصي لمن صدر عنه أو للقانون الشخصي للولد[١] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فسبق وأن عرفنا أن الفقه هناك سباقاً في خلق قواعد إسناد حمائية ، ولاسيما نظرية الفقيه (كفرز) التي تقضي بأن يحسم القاضي النزاع المعروض عليه مراعياً ظروف وملابسات الحالة المطروحة تحقيقاً للعدالة ، وهذا ما يتطلب الوقوف على مضمون القوانين المتزاحمة لمعرفة آثار تطبيقها على النزاع وكذلك الأهداف السياسية والاجتماعية التي تسعى القوانين إلى إدراكها قبل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها[٢] ، وهو ما دعى بالفقه الأمريكي إلى تطبيق القانون الذي يفضي إلى تصحيح العقد في مجال الروابط العقدية ، ولا يتأتى إدراك هذه النتيجة بداهةً إلاّ بعد التعرف أولاً على مضمون كل من القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية[٣] .

وتجدر الإشارة إلى أن المجموعة الثانية لتنازع القوانين الأمريكية سالفة الذكر قد أخذت بنظر الأعتبار عدداً من العوامل في سبيل تبني المنهج المرن من خلال اللجوء إلى الأحكام الموضوعية لقانون الدولة المعنية والعناصر الأكثر أهمية في العلاقة القانونية[٤] .

---

[١] انظر :

- Yvon Loussouarn , L' evolution de la régle de conflit le lois . in : Droit international privé : travauxdu romité Francias de droit international privé , hors . série , 1988 , Journée du cinquantenaice , P. 93 .

إذ يقول :

- La loi du 3janvies 1972 portant réforme du droit de Filiation contient toute urcséric de régles de conflicts de lois qui ont été incorporées dans les articles 311 – 14 á 311 – 18 , contiennent des réglements alternatifs don't la finalité voric selon que la situation qáils réglementent ne donne ……. .

[٢] انظر Cavers , Op . Cit , P. 178 .

[٣] انظر في شرح موقف الفقه الأمريكي د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٠٤ وما بعدها .

[٤] تنص المادة (٦) من المجموعة الأمريكية الثانية لتنازع القوانين على ما يأتي :

أ- يجب على المحكمة ، مع الأخذ بنظر الأعتبار القيود الدستورية ، أن تتبع قواعد تنازع القوانين في دولتها .

ب- في حالة عدم وجود قاعدة ، هنالك مجموعة من العوامل من أجل اختيار القانون الواجب التطبيق :

١- الحاجة إلى نظم قانونية وذلك عن طريق تعزيز التعاون فيما بين الدول .

٢- السياسة التشريعية لقانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع . =

وأخيراً وبالقياس على قواعد الإسناد التقليدية التي تشكل القواعد محل الدراسة جزءاً منها، مع الأخذ بالحسبان الفوارق بينهما ، يمكن أن نعرف قواعد الإسناد ذات الغايات المادية بأنها : (قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد يضعها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقاً للحماية المنشودة ، بعد فحص القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً) .

ويجرنا التعريف أعلاه إلى تمييز هذه القواعد ذات الوظيفة الحمائية عن غيرها من القواعد المادية التي تجلب الاختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه ، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني

تمييز قواعد الإسناد ذات الغايات المادية عن غيرها من القواعد

إنَّ تطبيق قواعد الإسناد على العلاقات القانونية موضوع النزاع لا يؤدي إلى تقديم الحلول المباشرة للمسألة المعروضة أمام القضاء ، إذ أن الحل الموضوعي يستمد من القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ، الأمر الذي دعا إلى وصف قاعدة الإسناد التقليدية بأنها تسعى إلى تحقيق عدالة شكلية أو حسابية[١] .

ولأن إختيار القانون الواجب التطبيق بشأن العلاقة التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً، يحتاج إلى توفير أكبر قدر من الحماية ، الأمر الذي يتطلب النظر في مضمون القوانين المتزاحمة لمعرفة مدى الحماية التي توفرها لهذه الأطراف ، وهذا ما تحققه قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، لذا فأن بالإمكان أن يزاحم عمل هذه القواعد الأخيرة مجموعة من القواعد التي تؤدي نفس الهدف الذي تسعى إليه هذه القواعد ، إذْ من المعلوم أن هنالك مراكز قانونية تبرز الحاجة

= ٣- البحث في السياسة التشريعية ذات الصلة في الدول المعنية الأخرى والمصالح النسبية لتلك الدول لإيجاد حل للمشكلة أمام المحكمة .

٤- حماية التوقعات المشروعة لأطراف النزاع .

٥- اليقين والقدرة على التنبؤ وتوحيد الحلول .

٦- سهولة في تحديد وتطبيق القوانين ذات الصلة . نقلاً عن أستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، مصدر سابق ، ص١٠٧ .

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٥١ ، ١٩٩٥ ، ص٣٢١ .

لحماية أطرافها بطريقة مجردة من دون أن يتطلب إرتباطهم بعلاقات قانونية مع آخرين ، فهذه القواعد تهدف إلى حماية الفرد في مواجهة المجتمع الذي يعيش فيه مباشرة[١] ، بالإضافة إلى ذلك هنالك مجموعة من القواعد المادية التي تقدم حلول مباشرة دون إعمال قاعدة الإسناد تنتشر في كافة مجالات المعاملات المدنية والتجارية .

كما أن هنالك نظريات بدأت تشق طريقها في العلاقات الخاصة الدولية تنطلق من مفهوم التنازع الإيجابي للجنسيات والإحالة تنتهي إلى تطبيق القانون الذي يحقق غاية قاعدة الإسناد في مجال الاختصاص التشريعي، والقانون الذي يحقق مبدأ قوة النفاذ بوصف الجنسية ضابط تنعقد بمقتضاها الاختصاص القضائي المباشر وغير المباشر .

ومن أجل التمييز بين قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية وهذه القواعد ، سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، سنبحث في الفرع الأول تمييز قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية عن القواعد ذات التطبيق الضروري ، وسنعرض في الفرع الثاني تمييز قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية عن القواعد المادية، وسنتطرق في الفرع الثالث تمييز قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية عن نظرية الحل الوظيفي .

الفرع الأول

تمييزها عن القواعد ذات التطبيق الضروري

باديء ذي بدء لابد من الإشارة بأن القواعد ذات التطبيق الضروري قد جرى التعبير عنها بمسميات مختلفة ، وعن طريق تلك المسميات تم تعريفها من قبل فقه القانون الدولي الخاص، إذْ يطلق جانب من الفقه[٢] على هذا النوع من القواعد بالقواعد ذات التطبيق الفوري ويعرفها بأنها ((قواعد تكون مراعاتها ضرورية لحماية النظام السياسي والإجتماعي والإقتصادي في الدولة)) في حين يسميها بعض من الفقه[٣] ، بالقواعد الآمرة ويصفها بأنها ((الأحكام القانونية التي يجب أن تطبق على العلاقات الخاصة الدولية بعض النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة

---

[١] انظر د. أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

[٢] انظر - Francescakis , Quelques precisions sur les Lois dàpplication immediate et leurs rapports aves les régles de conflit de loij , Rev. crit . 1966 , P. 5 ets .

[٣] Mayer , mandatory rules of law in international arbitration , 1986 , P. 57 .

- نقلاً عن د. خليل محمد إبراهيم خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥، ص٢٢٣ .

بمقتضى قاعدة الإسناد)) .

ويميل آخرون[١] إلى تسميتها بقوانين اللا مزاحمة أو القوانين ضد التنازع التي يمكن قياسها بالهدف الذي تسعى إليه أو الذي يمس التنظيم القانوني لمجتمع دولة القاضي.

ويفضل جانب من الفقه العربي[٢] والعراقي[٣]، مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري ويعرفها بأنها ((تلك القواعد التي قد تلازم تدخل الدولة والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة ، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها أو ذات طابع دولي)) .

وذهب بعض آخر من الفقه العربي[٤]إلى تسميتها بقواعد تأمين المجتمع ويراد بها ((القواعد التي يخرج المقنن الوطني في سنة أو تقريره لها على الأحكام العامة السارية في دولته بدافع الحفاظ على السكينة العامة أو السلام الاجتماعي في هذه الدولة)).

ولا يخفى عن البال أن هذه التسميات السابقة يجمعها عامل مشترك واحد من حيث كونها منطوية على أسلوب مغاير لمنهجية قاعدة الإسناد بخصوص المسألة المتعلقة بتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية[٥] ، كما أن هذه التسميات والتعريفات السابقة لهذه القواعد ، وحسب وصف بعض الفقهاء[٦] ليست جامعة مانعة من حيث الدلالة على المقصود

---

[١] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٤٦ – ٤٧ .

[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص٤٠ .

[٣] انظر أستاذنا د. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة اليرموك، تصدر عن كلية اليرموك الجامعة، المجدل ٨، العدد١ ، ٢٠١٦، ص٩ . إذ يعرفها بأنها القواعد التي يضعها المشرع الوطني لغرض حماية المصالح الجوهرية للتنظيم السياسي والاجتماعية والاقتصادي للدولة، مما يحتم تطبيقها بأسلوب آمر وفوري على جميع العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في مجال تطبيقها ودون المرور بالقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية .

[٤] انظر د. عنايت عبد الحميد ثابت ، ذاتية أو عدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجال إنطباق القوانين ذي الطابع الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٤٨ ، ١٩٩٢ ، ص٨١ .

[٥] هذا الأسلوب أو المنهجية المغايرة لا ينفي التكامل بين المنهجين . انظر بخصوص تكامل هذه المناهج د. خليل إبراهيم محمد ، مصدر سابق .

[٦] د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص١٧٠ .

منها، ومع ذلك فأنها تعني أمراً محدداً يتمثل بأن هناك قواعد قانونية في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع لا تقبل أن تزاحمها في حكم المنازعة أية قواعد أخرى أجنبية ، ومتى ترسخ في الذهن هذا المعنى صح في نظر هذا الجانب من الفقه بعد ذلك إستخدام تعبير قوانين البوليس أو القوانين ذات التطبيق الضروري أو القواعد فورية التطبيق أو غيرها ، متى ما كان معروفاً سلفاً الموضوع الذي تتعلق به في نطاق القانون الدولي الخاص .

ويكاد ينعقد الإجماع التشريعي على ضرورة إعمال القواعد الآمرة المنتمية إلى قانون القاضي الذي ينظر في النزاع ، وهذا ما أكدته أغلب القوانين ، فبالنسبة للتشريع العراقي نجد أن القانون المدني وفي معرض حديثه عن التنازع الدولي من جهة الأختصاص التشريعي، وبعد أن حدد القوانين التي يرجع إليها في كل من الزواج والطلاق وسائر الواجبات بيت الآباء والأبناء حسب نص المادة التاسعة عشرة بفقراتها الأربع ، عاد وأعتبر القانون العراقي وحدهُ الواجب التطبيق إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج بموجب الفقرة الخامسة من المادة أعلاه[١] .

ومن القواعد الضرورية التطبيق في القانون العراقي ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل[٢] .

أما عن موقف بقية التشريعات العربية المقارنة ، فنجد أن التشريع المصري قد حصر الإختصاص التشريعي بالقانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً استناداً إلى المادة (١٤) من القانون المدني المصري ، وتميز القانون التونسي بالنص على هذه القواعد صراحة حسب ما جاء في الفصل (٣٨) من مجلة القانون الدولي الخاص سالفة الذكر ، التي تنص على أن ((تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها)) .

وبخصوص الموقف في فرنسا ، فقد حرص المشرع الفرنسي على تقنين هذه القواعد صراحة بموجب الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن ((قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الأقليم الفرنسي)) ومن الأمثلة الأخرى على هذه

---

[١] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، مصدر سابق ، ص٩٥ .

[٢] تنص المادة (٤٩) من قانون حماية حق المؤلف العراقي سالف الذكر على أن ((تسري احكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في جمهورية العراق)) .

القواعد ما نص عليه قانون النقل البحري ومشارطات إيجار السفينة الفرنسي المؤرخ في ١٩٦٦/٦/١٨ المعدل ، في المادة (١/١٦) منه والتي تنص على أنه ((في غير الحالات التي ترتبط بها فرنسا بمعاهدة دولية تقضي بخلاف ذلك ، يطبق القانون الفرنسي على عقد النقل البحري متى كان النقل قد بدأ من ميناء فرنسي أو أنتهى به))[١] .

أما عن موقف القانون الأمريكي ، فقد توصل فقهاء القانون الدولي الخاص هناك إلى نتائج مشابهة لتلك المتعلقة بتطبيق قوانين البوليس[٢] ، أضف إلى ذلك ما جاءت به المادة (١٨٧) من التقنين الأمريكي الثاني والمتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة ، إذْ أكدت على أن تطبيق القانون المختار لا يجب أن يكون مخالفاً للسياسة التشريعية للدولة التي يكون لها مصلحة في تطبيق قانونها تفوق مصلحة الدولة التي أختار الأطراف قانونها كقانون واجب التطبيق ، والدولة التي يكون لها المصلحة الأكبر هي التي يكون قانونها واجب التطبيق في حالة عدم وجود أختيار للأطراف[٣] .

وعلى الرغم من إتحاد القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد ذات الغايات المادية بالهدف ، إذْ إنّهما يسعان إلى حماية المراكز القانونية ، فالأولى تعد من القواعد المادية في القانون الداخلي التي تجلب الإختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه من خلال الربط بين مضمونها ونطاق تطبيقها وهو ما يكشف عن الصلة العقلانية بين تحديد هذا النطاق والأهداف المادية التي تسعى إليه القواعد المذكورة ، فأنها تقترب بدورها من قواعد الإسناد ذات الغايات المادية والتي سبق وأن رأيّنا أنها تربط بين تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضاها وبين

---

[١] نقلاً عن د. صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة ، دراسة مقارنة في القانون البحري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، من دون دار نشر ، ١٩٨١ ، ص٤٧٤ .

[٢] يتميز القانون الدولي الخاص الأمريكي بطابعه القضائي ، فحلول التنازع لا تأتي على غرار الحلول الأوربية المعتمدة على النموذج السافيني في الاسناد الذي يناصبه الفقه الأمريكي العداء ولاسيما الفقيه كيري الذي قدم نظرية المصالح الحكومية ، إذ تبعاً لهذه النظرية يجب أن تأتي حلول التنازع على ضوء تحليل القواعد القانونية المتزاحمة للكشف عن الأحداث والمصالح التي يتعين عليها إدراكها ، فعلى ضوء هذه المصالح يتحدد نطاق التطبيق المكاني لكل قاعدة ، فتطبيق قاعدة قانونية ما ، يعني أن الدولة التي أصدرتها لها مصلحة في هذا التطبيق ، لمزيد من التفصيل حول هذه النظرية انظر:

- Brainerd Currie , Selected essays on the conflict of laws , durham , N. Carolina , 1963 , P. 107 ets .

[٣] انظر نصوص التقنين الأمريكي الثاني متاح على الرابط الالكتروني :
www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2confl/187 تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١٢/١٠ .

مضمون هذا القانون ونتائج تطبيقه[١] ، إلاّ إنّهما يختلفان في العديد من النقاط الأساسية وكالآتي :

أولاً : من حيث آلية حل التنازع:

لما كانت قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية هي نوع من قاعدة التنازع التقليدية ، لذا فإنها تقوم على تحليل العلاقات القانونية محل النزاع والتي تتصل بأكثر من نظام قانوني وإسنادها إلى أفضل قانون يحقق النتيجة المادية المطلوبة ، سواء كان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً[٢] ، أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فهو يقوم على حماية النظام القانونية لدولة القاضي ، ومن هنا تأتي أهمية البحث عن هذه القاعدة التي تعمل على إدراك هذا الهدف، فأن وجدت تطبق مباشرة دون سابق بحث عن طبيعة العلاقة[٣] ، أي أن هنالك مراكز قانونية تبرز الحاجة لحماية أصحابها بطريقة مجردة دون أن يتطلب إرتباطهم بعلاقات قانونية مع الآخرين[٤] .

ثانياً :- من حيث دولية العلاقة:

يتطلب إعمال قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي ضرورة إتصال العلاقة محل النزاع بأكثر من نظام قانوني ، ويقتصر دور القاعدة على مجرد إختيار القانون الحمائي ، أما القواعد ذات التطبيق الضروري فهي لا تلتفت إلى الصفة الدولية في العلاقة القانونية[٥].

ثالثاً :- من حيث الوسيلة:

إنّ منهج قواعد الإسناد ذات الغايات المادية يتخذ من الإسناد المزدوج وسيلة فنية لتعيين القانون الواجب التطبيق وطنياً كان أم أجنبياً[٦] ، أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ينطبق مباشرة من دون حاجة إلى قاعدة إسناد خاصة ، فهي تحدد بذاتها مجال إنطباقها المكاني من حيث الأصل[٧] ، والوسيلة الفنية في ذلك المنهج الأحادي ذات الطابع الجزئي[٨] .

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٤٠ .

[٢] انظر في الطابع المزدوج لقاعدة الإسناد . د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص٦٢ .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٧٩ .

[٤] انظر د. أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

[٥] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، مصدر سابق ، ص١٧٨ – ١٧٩ .

[٦] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٣٢ .

[٧] هناك آراء فقهية تقضي بأعمال منهج الإسناد في تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري ، وخصوصاً تلك التي تكون جزءاً من القانون الأجنبي . انظر في هذه الآراء د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص٤٢٣ وما بعدها .

[٨] انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص٧٧ .

رابعاً :- من حيث الغاية:

تختلف الغايات المبتغاة تحقيقها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية عن القواعد ذات التطبيق الضروري ، إذْ فيما تسعى الأولى للبحث عن القانون الذي يرتبط أكثر من غيره بتحقيق الغايات الحمائية المنشودة في حين تبحث الأخيرة أولاً وأخيراً إلى حماية وتأكيد فعالية النظام القانوني وإدراك الغايات المحددة للسياسة التشريعية فغايتها هي المصلحة الوطنية وليس إستقرار العلاقات الخاصة الدولية[١] .

خامساً :- من حيث الدرجة:

يشير جانب من الفقه ، أن الفارق بين الفئات الثلاثة من القواعد (قواعد الإسناد ، ذات الغايات المادية ، ضرورية التطبيق) هو فارق في الدرجة وليس الطبيعة[٢] ، فقاعدة الإسناد ذات الطابع المحايد لا تتسم بهذا الطابع على نحو مطلق لأنها عندما تقوم بتركيز العلاقات القانونية فإنها تفعل ذلك إستناداً إلى موقف مادي أو موضوعي يتحدد بطريقة أو بأخرى بناءاً على السياسة التشريعية التي ينتهجها مشرع هذه القاعدة ، وبهذه المثابة وعلى سبيل المثال فأن إسناد آثار الزواج في العراق لقانون جنسية الزوج بمقتضى قواعد التنازع التقليدية المادة (٢/١٩) مدني ، وبأعتبار أن هذا القانون هو الأقرب صلة بالفكرة المسندة من وجهة نظر المشرع العراقي ، لا يعني أن إعتبارات العدالة الشكلية دون غيرها هي التي أملت على المشرع هذا الموقف ، ذلك أن اختيار قانون الزوج دون الزوجة هو موقف لا يخلو من التأثر باعتبارات العدالة المادية كما يراها المشرع العراقي[٣] .

ولعل هذا ما يفسر التطور الذي حصل في بعض قواعد التنازع التي فقدت طابعها المحايد وفقاً للمعنى النسبي السابق بيانه لتتحول إلى قواعد إسناد ذات الغايات المادية ، ويقترب هذا الوضع مع ما قررته المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون الصادر في

---

[١] انظر د. أحمد صادق القشيري ، الأتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٢١ ، ١٩٦٥ ، ص٦٩ .

[٢] انظر : Patocchi , Régles de rattachement localisatrices et régles de rattachement ácaractérs - substnntiel , Geneve , 1985 , P.522 . أشار إليه د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٣٨ .

[٣] انظر في هذا المعنى د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٩ ، ص١٠٦. وانظر في اصطدام هذا الموقف عبر المساواة الدستورية بين المرأة والرجل ، استاذنا د. خير الدين كاظم الأمين، مصدر سابق ، ص١٠١ .

عام ١٩٧٥ التي سمحت بإيقاع الطلاق عملاً بأحكام القانون الفرنسي إذا كان الزوجان يتوطنان في فرنسا ولو كان قانون جنسيتهما المشترك يحظر ذلك ، ومثل هذا التعديل قد أضفى على قاعدة الإسناد المفردة الجانب المقررة في المادة أعلاه ، طابعاً مادياً يهدف إلى تيسير إيقاع الطلاق[١]، وإن كان الفارق بين قاعدة الإسناد المحايدة وقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية هو فارق في الدرجة على هذا النحو، فأن مثل هذا الفارق نراه أيضاً فيما بين هذه القاعدة الأخيرة والقواعد ضرورية التطبيق، وبهذه المثابة فإذا كان بعض الفقه[٢] ، رأى في حماية الطرف الوطني من تهرب المتعاقد الأجنبي (ناقص الأهلية) من تنفيذ التزاماته ، هو اعمالاً لقاعدة من قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، فأن جانباً آخر[٣] يرى أن هذا الحكم على العكس مجرد قاعدة من قواعد ذات التطبيق الضروري .

الفرع الثاني

تمييزها عن القواعد المادية

يقوم منهج القواعد المادية[٤] ، على تصور وجود بعض القواعد التي تتضمن حلولاً مادية أو موضوعية لمنازعات العلاقات الخاصة الدولية ، إذْ إنّ عرض الأمر على القضاء يؤدي إلى تطبيقها مباشرةً دون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد ، ومجال عمل هذا القواعد هي روابط التجارة الدولية[٥] .

---

[١] انظر في شرح المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ . بيار ماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٥٣١ – ٥٣٦ .

[٢] د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٤٠ .

[٣] انظر استاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٣ ، العدد ١ ، ٢٠١٩ . إذ يخلص إلى القول : أن الأساس القانوني لهذا الدفع نجده أقرب إلى فكرة الأمن المدني .

[٤] انظر بأختلاف تسمية هذه القواعد ، ما بين القواعد المادية والموضوعية والمباشرة . د. جمال محمود الكردي ، القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة تولوز ، ١٩٩٣ ، ص٣٨ . إذ يخلص إلى القول : أن اصطلاح القواعد الموضوعية يثير الخلط على أساس ما يفهم من مقابلة لاصطلاح القواعد الإجرائية ، ومن جهة أخرى فأن تسمية القواعد المباشرة قد يدفع بدوره إلى اللبس على أساس أنه يتضمن أيضاً قواعد البوليس بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري . نقلاً عن د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٥١ .

[٥] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ، ص١٠ . وانظر في الفقه العراقي د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة ذي قار العلمية، تصدر عن قسم البحث والتطوير في جامعة ذي قار، مج١٠، العدد ٣، ٢٠١٥، ص١ – ١٧ .

ولا يكاد يخلو نظام قانوني من وجود عدد غير قليل من القواعد المادية المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، والتي قد يكون مصدرها داخلياً منصوص عليها في التشريعات الداخلية[١] ، أو ما أرساها القضاء هناك[٢] ، أو ذات مصدر دولي تتمثل بالإتفاقيات الدولية[٣]، والأعراف الدولية التلقائية[٤] .

ومن الأمثلة على هذه القواعد في القانون العراقي والقوانين المقارنة ، ما نجدهُ في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، إذْ يقرر أحكاماً موضوعية تطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي[٥] ، فضلاً عن العلاقات الداخلية[٦] ، وما ورد في قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ النافذ في مجال عقود نقل التكنولوجيا[٧] ، وما تضمنه قانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣ الذي صدرت بموجبه مجلة التحكيم التونسية[٨] وما كرسهُ القضاء الفرنسي من

---

[١] من الأمثلة على التشريعات الداخلية التي تضمنت قواعد موضوعية داخلية ، تشريع قانون التجارة الدولية التشيكي لسنة ١٩٦٣ والقانون الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابقاً في عام ١٩٧٦ . انظر في ذلك د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٢٣٤ .

[٢] لقد أخذ القضاء الفرنسي زمام المبادرة بشأن إيجاد قواعد مادية تتجاوب مع التطور الحاصل في مجال عقود العلاقات الخاصة الدولية ، خلافاً لما هو مستقر في نظام قانونه الداخلي . انظر في ذلك د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٢٩٩ .

[٣] انظر على سبيل المثال اتفاقيات توحيد القواعد المتعلقة بالأوراق التجارية لعام ١٩٣٠ . إذ على الرغم من عدم إنضمام العراق إلا أنه نقل أحكامها في متن القانون التجاري الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ ، وأبقى القانون الجديد رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على الأحكام الخاصة بالأوراق التجارية كونها أحكام عالمية قد أستقر العمل بها وأعاد صياغتها بشكل يتسم بالدقة والوضوح حسب ما جاء في أسبابه الموجبة .

[٤] اتخذ الفقه من نصوص قوانين واتفاقيات التحكيم مبرراً للتطبيق المباشر لهذه العادات والأعراف . وتجدر الإشارة إلى خلو القانون العراقي من مثل هذه النصوص لعدم وجود قانون تحكيم تجاري دولي في العراق ، ومن ثم تكون المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي هي قاعدة الإسناد الواجب أعمالها أمام المحكم أو هيئة التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ، أو أن يتم تطبيق نصوص اتفاقيات التحكيم التي يكون العراق طرفاً بها . انظر في ذلك د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص٣٧١ .

[٥] استناداً إلى المادة (١/ ط) من هذا القانون ، المستثمر الأجنبي ((هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ، ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً)) .

[٦] وفقاً للمادة (١/ ي) من هذا القانون ، المستثمر العراقي ((هو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي، ومسجل في العراق إذا كان شخصاً معنوياً أو حقوقياً)) .

[٧] أورد المشرع المصري في القانون التجاري النافذ تنظيماً موضوعياً مباشراً لعقد نقل التكنولوجيا ، وهذا ما تضمنته المواد (٧٤ – ٨٦) . انظر في ذلك د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، مطابع الشرطة ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٥ ، ص٢٢٣ .

[٨] تنص المادة (١/٤٧) من هذا القانون على أن ((تنطبق أحكام هذا الباب على التحكيم الدولي مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي التزمت الدولة التونسية بتنفيذها)) .

قواعد مادية تتعلق بشرط الدفع بالذهب[١] وما نص عليه قانون التحكيم الأمريكي الفيدرالي لعام ١٩٢٥ النافذ من قواعد موضوعية بهذا الشأن[٢] .

ويشابه عمل هذه القواعد مع قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في بعض الأوجه، إذْ إنّ تطبيق كل منهما يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمون هذه القواعد ونتائج تطبيقها على النزاع المعروض أمامه ، وأن كلا القاعدتين شُرِعَتْ لتنظيم روابط القانون الدولي الخاص[٣] ، كما إنهما من القواعد الفئوية والنوعية[٤] ، إلاّ أنه مع ذلك يوجد إختلاف بين القاعدتين ويتمثل بالآتي :

أولاً :- من حيث آلية العمل:

يقوم القاضي بتطبيق القواعد المادية تطبيقاً مباشراً على العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في مجال سريانها من دون الحاجة إلى استشارة قواعد الإسناد[٥] ، على خلاف قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تعد قاعدة تنازع غير مباشرة ذات طابع مزدوج تسند العلاقة محل النزاع إلى أكثر القوانين تحقيقاً للنتيجة المادية المطلوبة .

---

[١] في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في قضية ((messageries – Maritimes)) قررت صحة شرط الدفع بالذهب المدرج في عقد دولي خاضع للقانون الكندري الذي تقضي أحكامه ببطلان هذا الشرط . , Cour de cassation ch . Civ . 21 juinh 50 , Rev. Crit . Note Batiffol ، أشار إليه د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق، ص٢٩٢ .

[٢] خصص الفصل الثاني من هذا القانون لنفاذ اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والذي يتضمن على قواعد مادية مصدرها العادات والأعراف التجارية . أنظر نصوص هذا القانون باللغة العربية متاح على الرابط الالكتروني https://site.eastlaws.com

[٣] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٤٦ .

[٤] تعد قواعد الإسناد ذات الغايات المادية من القواعد الفئوية لأنها تخاطب فئة معينة من الأفراد هم الأطراف الضعيفة في العلاقة القانونية والحال نفسه في القواعد المادية التي تختص بالمتعاملين في التجارة الدولية ، وكلا القاعدتين نوعية لأنها تضع حلاً لنوع معين من المشكلات وهي تلك المتعلقة بتكريس حماية الطرف الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية بالنسبة لقواعد الإسناد ذات الطابع المادي والأوساط التجارية فيما يتعلق بالقواعد المادية . انظر باسم سعيد يونس ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص٦٢ . انظر كذلك استاذنا د. فراس كريم شيعان وطه كاظم حسن ، القواعد المادية للتجارة الكترونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ٢٠١٦ ، ص١٤ .

[٥] أن الصفة المباشرة للقواعد المادية لا تنفي إعتماد هذه القواعد على منهج الإسناد ، ذلك أن الكثير من النقص والقصور يعتري هذه القواعد بجميع مصادرها ، فهي إن لم تطبق بالإستناد إلى منهج قاعدة الإسناد ، فأن هذه القواعد تحتاج إلى هذا المنهج في إكمال النقص والقصور في القواعد المادية ، وذلك في البحث عن القانون الداخلي الذي يكمل النقص ، وهذا القانون يتم التعرف عليه بمقتضى منهج قاعدة الإسناد ، وهذا الأمر يعكس جوانب التكامل بين المنهجين . نقلاً عن د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص١٧٠ .

ثانياً :- من حيث الغاية:

تسعى القواعد المادية إلى الإستجابة للإعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة علاقات القانون الدولي الخاص التي لا يعني بها القانون الداخلي أو يعطي حلاً ملائماً بشأنها من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري[١] ، بينما تهدف قواعد الإسناد ذات الغايات المادية إلى تقرير إختصاص النظام القانوني الذي يؤدي تطبيقه إلى نتائج تحقق الغايات التي تسعى هذه القواعد إلى إدراكها[٢] .

ثالثاً :- من حيث المصدر:

إنّ مصادر القواعد المادية متعددة ، منها ذات مصدر تشريعي وأخرى ذات مصدر قضائي كما أن الاتفاقيات الدولية تعد مصدراً مهماً لهذه القواعد ، فضلاً عن قانون التجارة الدولية[٣] ، أما قواعد الإسناد ذات الغايات المادية فمصدرها الرئيس هو التشريع الوطني[٤] وآراء الفقه[٥] والأحكام القضائية[٦] .

رابعاً :- من حيث الأولوية في التطبيق:

إنّ القواعد المادية تكون لها الأولوية والأسبقية في التطبيق على قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، سواء وجدت هذه القواعد المادية في النظام القانوني لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع أم في إتفاقية دولية واجبة التطبيق[٧] .

---

[١] انظر بخصوص التفرقة بين القواعد المادية والقواعد ذات التطبيق الضروري د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٤٥ – ٥٤٨ .

[٢] انظر وبنفس المعنى Loussouarn , Op . Cit , P. 43 ets .

[٣] انظر في مصادر هذه القواعد د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص٢١ وما بعدها .

[٤] ومن أمثلة قواعد الإسناد ذات الغايات المادية المادة (٣٢) من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ الملغي بقانون ٢٠١٧ والتي تخضع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الخطأ أو مكان تحقق الضرر أيهما أصلح للمضرور. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص الجديد لعام ٢٠١٧ قد ضَمّنَ الفصل (٢٨) المتعلق بالمسؤولية التقصيرية خمسة مواد من المادة ٥٩ وإلى المادة ٦٣ . القانون متاح على الرابط الالكتروني الآتي : http://jmce.elte.hu/doc./LawGoveringTorts/hangorianpIL.Torts.pdf

[٥] راجع في ذلك ص٥ - ١٢ من الاطروحة .

[٦] راجع في ذلك ص١٦ – ١٨ من الاطروحة .

[٧] بخصوص الأسبقية في تطبيق مناهج تنازع القوانين . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، ج١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٣٦١ .

الفرع الثالث

تمييزها عن نظرية الحل الوظيفي

إختلف الفقه حول بيان مفهوم فكرة الحل الوظيفي، فمنهم من ينطلق من حالة التنازع الإيجابي للجنسيات ليآصل لها، وهم ينادون بتعميم هذه النظرية سواء كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة أم لا، ويستند هذا الإتجاه إلى مراعاة أنحصار العلاقات الخاصة الدولية بين الأفراد، ومن شأن الإعتداد الدائم بجنسية دولة القاضي وإهمال الجنسية الأخرى أن يؤدي ذلك إلى عدم الإعتراف بالتعاملات التي وقعت صحيحة في الدولة الأجنبية التي يتمتع الشخص ذاته بجنسيتها، لذا فهم يرون في حالة تنازع الجنسيات يتعين عدم تفضيل جنسية على أخرى بصورة آلية، وإنما يتعين بحث كل حالة على حدة وذلك بواسطة فحص الدور الوظيفي للجنسية في الحالة المعروضة[١] .

وكما يرفض هذا الإتجاه الإعتداد بصورة آلية بجنسية دولة القاضي فأنه يرفض كذلك تطبيق مبدأ الجنسية الفعلية كمبدأ عام لحل مشاكل إزدواج الجنسية نظراً لأن تقدير مدى إعتبار الجنسية فعلية أم لا يمكن أن يختلف في دولة إلى أخرى مما يثير العديد من الصعوبات الخاصة في مجال الاعتراف بالأحكام الأجنبية[٢] .

وإستناداً إلى ما تقدم فإنه وفقاً لهذا الرأي يمكن تصور الاعتداد بالجنسية الوطنية بالنسبة لمسألة التمتع بالحقوق في حين يتم الاعتداد بالجنسية الأجنبية لذات الشخص بالنسبة لمسألة أخرى مختلفة كتلك المتعلقة بالأعتراف بحكم أجنبي صادر لمصلحة الشخص من الدولة الأخرى التي يحمل جنسيتها ويراد تنفيذه في دولة القاضي التي يتمتع كذلك بجنسيتها[٣] .

ونستشف من أصحاب هذا الأتجاه، إن الاعتداد بالدور أو الطابع الوظيفي للجنسية في كل حالة على حدة يقودنا إلى إمكان الاعتداد بجنسية معينة للشخص بخصوص مسألة ما والإعتداد بجنسية أخرى للشخص ذاته مزدوج الجنسية في خصوص مسألة أخرى، طالما أن المسألتان لا

---

[١] انظر في الفقه الفرنسي حول هذه النظرية Paul Lagarde , Le Principe de proximité en droit international privé , R.C.A.D.I , 1986 , P. 83 ets . وفي الفقه المصري أنظر وبالتفصيل د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص٨٦ وما بعدها . إذ يشير إلى أن مصطلح الحل الوظيفي استعمل لأول مرة في هذا الخصوص من قبل F.Riganx في مؤلفه Droit Interanational Privé , 1987 , P. 88 .

[٢] نقلاً عن د. أشرف وفا محمد، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولية، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد ٥٨، ٢٠٠٢، ص٣٢٥.

[٣] انظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين مصدر سابق، ص٥١١ .

يوجد بينهما إرتباط فأن بالإمكان فصل كل مسألة على حدة وفحص الدور الوظيفي للجنسية بخصوصها[١] .

في حين ذهب إتجاه آخر بالنظر إلى فكرة الحل الوظيفي من منظار الإحالة، بقولهم إنّ هذه النظرية عبارة عن إتاحة المجال لقاضي النزاع في أن يختار أنسب القوانين المتنازعة في حكم العلاقة القانونية من دون التقييد بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد[٢] .

أي صلاحية القاضي بعدم إتخاذ موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض إلاّ بعد التعرف على الوقائع المعروضة أمامه وما يحيطها من ظروف وملابسات من جهة وأهداف قاعدة الإسناد المعينة الموجودة في قانونه من جهة أخرى، فأختيار القانون المختص يتوقف تحديده على ضوء الهدف التي تريد قاعدة الإسناد تحقيقه[٣] .

وعن موقف القوانين محل المقارنة من هذه النظرية[٤]، ففي القانون العراق تنص المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي على أن ((١- تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين ثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد . ٢- على

---

[١] يعترض البعض من الفقه بحق على فكرة الطابع الوظيفي للجنسية لأن الأخذ بها كمبدأ عام يقود إلى فحص كل حالة على حدة مما يؤدي إلى التحكم وأختلاف الجنسية التي يعتد بها بأختلاف القاضي المعروض أمامه النزاع . انظر في تفصيل ذلك د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة،مصدر سابق، ص١١٢ وما بعدها .

[٢] انظر في عرض الفقه الإلماني والفرنسي المؤيد لهذا الاتجاه، د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق ، ص١٨٣ – ١٨٥ . النظرية . انظر صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، ٢٠١٨ .

[٣] لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية . انظر صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوره مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، ٢٠١٨ .

[٤] الجدير بالذكر أن الحل الوظيفي بدأ يشق طريقه إلى بعض التشريعات، وهذا ما سلكه المشرع السويسري في المادة (٢٣) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧/١١/١٨ والتي تنظم المسائل الخاصة بتنازع الجنسيات في نطاق الاختصاص القضائي الدولي وفي شأن تنازع القوانين وتحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق وبالنسبة للاعتراف بآثار الأحكام الأجنبية نص المادة (٢٣) باللغة الفرنسية .

١- إذا كان لشخص جنسية اجنبية أو أكثر بالإضافة إلى الجنسية السويسرية وتعلق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي المباشر للمحاكم السويسرية، فأن الجنسية السويسرية وحدها هي التي يتم التعويل عليها للاختصاص لهذه المحاكم .

٢- إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فأنه يجب الاعتداد بالجنسية الواقعة، أي تلك التي يكون له بها علاقات وثيقة ورباط وطيد سواء أوقع التزاحم بين جنسيات أجنبية أم بين الجنسية السويسرية وجنسية أجنبية أخرى .

٣- بالنسبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بمزدوجي الجنسية أو متعدديها فأنه يستوي الاعتراف بهذا الحكم أن يكون الاختصاص قد انعقد للمحكمة الأجنبية وفقاً لقانون أي من الجنسيات التي يحملها الشخص . نصوص القانون الدولي الخاص السويسري متاحة باللغة الفرنسية على الرابط الالكتروني :
https://www.hse.ru/datta/2012/06/08/1252692468/swisspll%20%Do%B2%20%D1%80%DOy.B5%DO%B4%2007%20C%DOY.BD%DO%B3%DO%BB.pdf

أن الأشخاص الذي تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه)) .

والذي نستشفه من مضمون الفقرة الأولى من المادة أعلاه، أنَّ المشرع العراقي لم يشأ أن يقيد القاضي في مجال الترجيح في هذا الفرض بالجنسية الفعلية، فهو لم يصرح بالأخذ بها أو هجرها الأمر الذي لا وجه للقطع معه بإعتناقها أو الإعراض عنها، وكل ما هنالك أن المشرع رأى أن المسألة تخضع للاجتهاد، وهو باب واسع قد تدخل منه فكرة الجنسية الفعلية كما قد تدخل معها غيرها من الأفكار مثل فكرة الحل الوظيفي .

وما يقال عن القانون العراقي يتكرر في القانون المصري بموجب المادة (٢٥) من القانون المدني[١] .

أما في القانون التونسي، فلا مسوغ للإجتهاد في مورد نص، إذْ حسم المشرع التونسي أمره بالأخذ بالجنسية الفعلية بموجب الفصل (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي ينص على أن ((تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملاً لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية، وإذا كان المعني بالأمر حاملاً لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي)) .

وعن الوضع في القانون الفرنسي، وإن كانت التشريعات هناك تخلو من الإشارة إلى فكرة الحل الوظيفي، إلاّ إنّ الفقه هناك يؤمن بهذه الفكرة[٢]، وقد كرسته العديد من الأحكام القضائية الفرنسية، إذْ انتهت محكمة إستئناف باريس[٣] إلى القول بإحدى قراراتها ((لما كان الأمر يتعلق بطفل مزدوج الجنسية يحمل الجنسيتين الفرنسية والبولندية، فأنه لم يكن في وسع القاضي البولندي إلا أن يعتد بقانونه هو بحسبان أن جنسيته كانت من بين الجنسيتين اللتين يحملها الطفل في الوقت نفسه (وهو ما كان سيفعله القاضي الفرنسي فيما لو رفعت أمامه الدعوى إبتداءً حيث كان سيطبق قانون جنسيته))) .

---

[١] راجع د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة، مصدر سابق، ص١٤٣ .

[٢] راجع Lagarde , Op. cit , P. 24 ets . ولمزيد من التفاصيل حول الفقه الفرنسي المؤيد لهذه النظرية انظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، إذ يشير إلى كل من Batiffol et Lagarde . في كتابهما القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ١٩٨١ (وأحدث التعديلات ١٩٨٥) بند ٧٧ . كذلك يشير إلى الفقيه Mayer في مؤلفه القانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧ بند ٨٥٢ وما بعدها .

[٣] حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٨٥/٦/١٨ . منشور في المجلة الاقتصادية للقانون الدولية الخاص لسنة ١٩٨٦ ، ص٦٩٩ تعليق Jod low 5li . نقلاً عن د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص٣٢٣ .

ولم يشر القانون الأمريكي لهذه الفكرة، لأعتقادنا أن هذا القانون وغلى غرار دول الإتجاه الأنكلو أمريكي تعتد بضابط الموطن بدلاً من ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية .

وتشابه نظرية الحل الوظيفي، قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في بعض الجوانب، إذْ تهدف كل منهما إلى تحديد النظام القانوني الذي يؤمن أكثر من غيره تحقيق النتيجة المادية التي يرغب واضعوها الحصول عليها[١]، وتمنحان القاضي سلطة تقديرية واسعة في حل النزاع، من خلال المعايير المرنة التي تقدمها كلا النظريتين، إلا أنهما يختلفان في المسائل الآتية :

أولاً : من حيث آلية الإعمال:

يتعين مجال إعمال نظرية الحل الوظيفي عند حصول تنازع إيجابي ما بين الجنسيات[٢] التي يتمتع بها الشخص وفقاً للإتجاه الفقهي الذي يحدد مفهومها من هذا المنطلق، أو يظهر إعمالها في نطاق الإحالة إستناداً إلى الإتجاه الفقهي الآخر، أما قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية فلا يتوقف إعمالها حصول تنازع بين الجنسيات أو مدى تقنين التشريعات للإحالة من عدمه .

فعلى سبيل المثال في مسائل النفقة بين الأقارب وخضوعها لقانون جنسية المدين بها، إستناداً إلى المادة (٢١) من القانون المدني العراقي فإذا تصورنا أن المدين يحمل جنسيتين، قانون أحدهما توجب النفقة والآخر يرفضها، إذا أخذنا بالحسبان أن هدف قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ونظرية الحل الوظيفي هي حماية القريب المحتاج أو المعوز، سوف يطبق القاضي قانون الجنسية التي توجب النفقة سواء كانت هذه الجنسية أم لا، لتشابه كل من القاعدة والنظرية بالهدف المنشود، إلاّ إنّ آلية الإعمال لنظرية الحل الوظيفي، يخدم إذا كان الشخص يحمل جنسية واحدة بخلاف قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي ينطبق مجال إعمالها بتعدد الجنسية أو وحدتها .

ومصداقاً لكلامنا أعلاه، ما نراه في مجال المسؤولية التقصيرية، لو حصل نزاع بين شخصين يحملان جنسية دولة واحدة نتيجة لتصادم سياراتهما في إقليم دولة ثانية، فهنا تقتضي قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بتطبيق القانون الذي يحقق أفضل حماية للمضرور، وتنعدم فكرة الحل الوظيفي لامتلاك الطرفين جنسية واحدة وتعود للدولة ذاتها .

---

[١] انظر Lagarde , Op cit , P.112 .

[٢] يؤيد جانباً من الفقه إعمال هذه النظرية حتى في التنازع السلبي للجنسيات . انظر د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة، مصدر سابق، ص ١٨٩. ويرى بعض من الفقه العراقي إلى عدم دقة مصطلح التنازع السلبي للجنسية، لأن جميع الدول قد تخلت عنه. إستاذنا د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب – دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص -، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٤٣ هامش رقم (١) .

ثانياً : من حيث العمومية والشمول:

إذا كانت نظرية الحل الوظيفي تنطلق من مسائل تنازع الجنسيات أو الإحالة، إلا أنه وحسب رأي الفقه الراجح[١]، يمتد مجال تطبيقها إلى جميع موضوعات القانون الدولي الخاص من تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، بخلاف قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي يتحدد إطارها في مسائل تنازع القوانين .

ثالثاً : من حيث المصدر التاريخي:

إذا كانت قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، وكما مر بنا سابقاً أوحدت صداها في الفقه الأمريكي، عابرة المحيط الأطلسي لتقطف ثمارها في النظم الأوربية من حيث إعتناق بعض هذه النظم لقواعد إسناد ذات طابع غير محايد، إذْ وضعت في الإعتبار مضمون القانون الذي تشير بإختصاصه إدراكاً للعدالة المادية، فإنَّ نظرية الحل الوظيفي مصدرها التاريخي هو الفقه والقضاء الأوربي تحديداً فرنسا وألمانيا[٢] .

رابعاً : من حيث نطاق السريان في ضوابط الإسناد:

ضابط الإسناد هو المعيار والمناط الذي يظهر به المشرع تفضيله لقانون معين وبطريقة مجردة وإعراضه عن بقية القوانين التي تعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي[٣]، فبالنسبة لنظرية الحل الوظيفي إذا إعتدنا بأصحاب الإتجاه الذي يحدد مفهومها بشأن تنازع الجنسيات، فيقتصر نطاق سريانها على الضوابط الشخصية المستمرة القانونية والمتغيرة، وبالذات ضابط الجنسية، أما إذا أخذنا بمفهوم النظرية وفقاً لفكرة الإحالة، فيتعطل تطبيق ضابط الإرادة لأنه يتنافى مع الأخذ بالإحالة، فليس للقاضي أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون وإنما عليه أن ينفذ مباشرة الأحكام الموضوعية في القانون المختار[٤] .

---

[١] انظر في عرض الآراء الفقهية.، صالح مهدي كحيط، مصدر سابق، ص٢٢ وما بعدها .
[٢] نقلاً عن د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق ، ص١١٤ وما بعدها .
[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع ... مصدر سابق ، ص١٥٣ .
[٤] انظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢١٣.

أما عن قواعد الإسناد ذات الغايات المادية فأنها تعمل بجميع ضوابط الإسناد مادية أم معنوية وقتية أو مستمرة قانونية كانت أم واقعية .

وأخيراً عن مدى تلاقي قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ونظرية الحل الوظيفي وفقاً لمفهومها في نطاق الإحالة، تقول : ((أن العمل بالإحالة بشأن قاعدة إسناد ذات غايات مادية والتي تشتمل على ضوابط إسناد تخييرية، فيه إهدار للإعتبارات الخاصة التي أسس عليها المشرع موقفه من تلك الضوابط . ونقض لحقيقة الحكم المقرر، فقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية حيث تعقد الأختصاص التشريعي لهذه القوانين، تهدف من ذلك تقييد القاضي بالقواعد الموضوعية دون قواعد القانون الدولي الخاص، لذا فأن قبول الإحالة قد يتعارض مع أهداف هذه القواعد)) .

خلاصة المبحث الأول

من خلال بيان دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد الحاصل على قواعد الإسناد، كشفت لنا هذه الدراسة أن الفقه المعاصر ويؤيده القضاء وما كرسته بعض التشريعات، لم يعد يرى في قاعدة الإسناد مجرد أداة لتوزيع الأختصاص التشريعي . وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لهذه القاعدة ومن ثم إمكانية إستخدامها للدفاع عن مصالح خاصة ومحددة في سبيل الوصول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة، وإعلاء هذا المفهوم يتطلب أن تتخلى قاعدة الإسناد في بعض المسائل عن ضابط الإسناد التلقائي – معصوب العينين – حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها، والإستعانة بضابط إسناد مرن، وهذا ما يطلق عليه بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي أوجدت صداها في الفقه الأمريكي عابرة المحيط الأطلسي لتقطف ثمارها في النظم الأوربية، من حيث إتجاه بعض هذه النظم إلى إعتناق قواعد إسناد ذات طابع غير محايد، إذْ وضعت في الإعتبار مضمون القانون الذي تشير بإختصاصه إدراكاً للعدالة المادية .

كما توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى تحديد مدلول قواعد التنازع ذات الغايات المادية، والتي تعبر عن الجانب الحمائي لقواعد الإسناد بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد بصفتها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقا للحماية المنشودة بعد عرض القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

وتبين لنا أن النظرة الحيادية لقاعدة الإسناد بوصفها قاعدة لا تهتم بالنتائج الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق، لم تعد تتفق مع الواقع ولاسيما حماية الطرف الضعيف في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، إذْ إنّ قاعدة الإسناد يجب أن تواكب متطلبات النظام العام الاجتماعي، وإلاّ تجردت من كل فائدة من الناحية العملية .

المبحث الثاني

التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ونطاق سريانها

إنَّ القانون الدولي الخاص يعتمد على آلية خاصة تختلف عن باقي فروع القانون الأخرى لحل النزاع المطروح ، تتمثل بمجموعة من قواعد الإسناد الوطنية ، إنبثقت منها قواعد إسناد ذات غايات مادية ، لذا يتطلب معرفة التركيب الهيكلي لهذه القواعد . ولما كانت هذه القواعد الأخيرة غالباً ما تشتمل على أكثر من ضابط إسناد ، بات من الضروري تحديد نطاق سريانها ، ومن أجل الإحاطة بالموضوع سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين ، نعرض في الأول التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، وسنتطرق في المطلب الثاني نطاق سريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية .

المطلب الأول

التحليل الهيكلي لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

في الوقت الذي تشترك فيه قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي مع سائر القواعد القانونية الأخرى في العناصر التي لا يمكن لأية قاعدة أن تقوم من دونها ، إلاّ أنها مع ذلك تفترق عنها في الذاتية التي تبرز خصوصية هذه القواعد وتساعدها على النهوض بوظيفتها التي شُرِعَتْ من أجلها، لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين ، نخصص الفرع الأول إلى العناصر الخارجية، أما الفرع الثاني فسنعرض فيه العناصر الداخلية (الذاتية) .

الفرع الأول

العناصر الخارجية

من المعلوم أن القاعدة بمعناها الواسع هي العلاقة المُطردة بين ظاهرتين ، وهي بهذا المعنى تصنف إلى صنفين ، الأول هي التي تصف ما هو كائن أو ما يحدث فعلاً ، وتسمى بالقواعد التقريرية ومثالها قواعد العلوم الطبيعية ، والثاني هي القواعد التي تصف ما يجب أن يكون إذا حدثت ظاهرة معينة وهذه هي القواعد التقويمية[١] ، وتعد القواعد القانونية شقاً من

[١] انظر د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨١ ، ص٢٠ .

القواعد التقويمية لأتصالها بسلوك الفرد داخل الجماعة ، إذْ إنّها وكأي قاعدة قانونية أخرى تقوم على أفتراض حالة من المتوقع حدوثها في المجتمع ثم تضع لها حكماً مناسباً ، وهي بذلك تمثل علاقة مطردة بين ظاهرتي الفرض والحكم[١] ، وكل من هاتين الظاهرتين تشكل عنصراً مستقلاً من عناصر القاعدة القانونية ، ولما كانت قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بوصفها قواعد قانونية فأنها تتصف بالعمومية والتجريد ولابد من قيامها بتوافر العناصر الخارجية من فرض وحكم ولكن بطابع خاص ومفهوم محدد يختلف عن مفهومها في عموم القواعد الأخرى ، وعلى التفصيل الآتي :

أولاً – عنصر الفرض :

لما كانت القاعدة القانونية تهدف إلى إقامة النظام وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع فأن ذلك لا يمكن إدراكه إلاّ إذا إتسع حكمها ليشمل جميع ما تواجهه من فروض وليستوعب في التطبيق مختلف الحالات الفردية التي يصعب حصرها والتي توجد في الحال والمآل ، ولكي تكون كذلك يجب أن تكون عامة ومجردة[٢] ، فهي من حيث النشأة قاعدة مجردة ، أي أنها تسمو في حكمها عن التفصيلات وتغض النظر عن الفروق الثانوية ، أما في تطبيقها فأنها تكون عامة ، بمعنى إنّها لا توضع لحكم شخص أو حالة أو واقعة معينة ، وبوصف أدق إنّها لا توضع لحكم حالة معينة متوقعة ومحددة مسبقاً بحيث تزول بعد تطبيقها على تلك الحالة ، بل إنها تبقى وتمتد إلى المستقبل على جميع الحالات المماثلة ما لم يرد بشأنها إستثناء يخصص من عمومها[٣] .

وصفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية يعني إنّها قاعدة فرضية ، إذْ إنّ المشرع يفترض حدوث واقعة معينة في المستقبل ويرتب عليها حكماً أو أثراً معيناً ، وهو بهذا الافتراض يعالج حالة سلوكية يقوم بتقويمها ، وعليه فأن الفرض في القاعدة القانونية هو الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً أو حكماً معيناً[٤] .

ولما كانت قاعدة التنازع كغيرها من قواعد القانون لذا فأنّه لابد من قيامها من توافر العمومية والتجريد ، ولكن بما يتناسب مع وظيفة هذه القواعد في النظام القانونية الذي تنتمي

---

[١] انظر د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص٥٠.

[٢] انظر عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، ط٣ ، دار العاتك ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٣٥ .

[٣] انظر د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج١ ، نظرية القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٧٠ ، ص٨٨ .

[٤] انظر د. محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ ، ص١٠٨ .

إليها[١] ، إذ أنه من المعروف أن الهدف من قاعدة الإسناد هو إختيار القانون المناسب لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي[٢] ،

وتتجسد صفتي العمومية والتجريد في قاعدة الإسناد بصورة معينة قوامها أن القوانين المتزاحمة تتساوى أمام المشرع أثناء سنه لهذه القاعدة ، وبهذا المفهوم تكون قاعدة الإسناد ، قاعدة محايدة تنطبق دون اللجوء إلى المقارنة بين القوانين المتنازعة ، إذْ إنّها لا تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، وإستناداً إلى ذلك ومن أجل التعرف على القانون الأوثق صلة بالعلاقة محل النزاع ، يقوم المشرع بتصنيف العلاقات إلى طوائف ، وهذه الأخيرة هي التي تجسد عنصر الفرض في قواعد الإسناد[٣] .

غير أن المشرع أو القضاء في الدول التي ينهض فيها القضاء في صياغة قواعد الإسناد الحمائية غالباً ما يتأثر بجملة من الاعتبارات والمصالح المتنوعة التي يحاول تحقيقها أو التوفيق بينها ، فمن ناحية قد يأتي بضابط إسناد بقصد التيسير على المتعاملين في ميدان العلاقات الخاصة الدولية وهذا ما نراه في مجال شكل التصرفات القانونية[٤] .

ومن ناحية ثانية قد يجيء بضابط إسناد بقصد حماية المصالح العليا للمجتمع الوطني وتحقيق أهداف السياسة التشريعية ، فالدول المصدرة للسكان يغلب العمل بضابط الجنسية[٥] ، في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية من أجل إرتباط رعاياها ولتوسيع نطاق تطبيق القانون الوطني عليهم حتى ما تم فيها خارج حدود الدولة ، وهذا على خلاف الدول

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١٢٠ .

[٢] بخصوص مفهوم قاعدة الإسناد . أنظر كل من د. حسن علي كاظم ، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق ، بحث منشور في مجلة أهل البيت ، تصدر عن كلية القانون في جامعة اهل البيت ، العدد ٢٠ ، ٢٠١٦ ؛ ود. عبد الكريم مزعل شبي ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، تصدر عن كلية القانون في جامعة كربلاء ، المجلد الثالث ، العدد ١٣ ، ٢٠٠٥ .

[٣] انظر د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٧٨، ص٣٣٠ .

[٤] أن التشريعات العربية قد جعلت قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل قاعدة إختيارية ومنها القانون المدني المصري في المادة (٢٠) ومجلة القانون التونسي في الفصل (٦٨) في حين جعل منها المشرع العراقي قاعدة الزامية إذ ألزم الأفراد بالخضوع في شكل تصرفاتهم إلى قانون محل الأبرام حصراً استناداً إلى المادة (٢٦) منه والتي نصت على أن ((تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)) في حين ترك المشرع العراقي من المادة (١/١٩) مدني سالفه الذكر الخيار للزوجين بين إستيفاء شكلية العقد بموجب أحد القانونين وهما قانون جنسية الزوجين أو قانون محل الأبرام . نقلاً عن أستاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص٣٥٣ .

[٥] يمثل هذا الأتجاه الأكثرية ومنها الدول التي تأخذ بالنظام اللاتين ومنها فرنسا وألمانيا وإيطاليا وجميع الدول العربية . انظر في عرض المسوغات ، د. سامي بديع منصور ، ود. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٢٠٤ وما بعدها.

المستوردة للسكان التي تفتقر للعنصر البشري التي تتبنى ضابط الموطن[١] ، حتى تستطيع فرض سيطرتها على الأجانب المتوطنين بها .

وقد دعت الأعتبارات السابقة إلى القول بأن قاعدة التنازع قد خرجت عن طابعها المجرد والمحايد والمتمثل في البحث عن القانون الأكثر صلاحية وملائمة لحكم المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وذلك بتركيز العلاقات في نظام قانوني معين ، وتحولت إلى قاعدة إسناد ذات طابع مادي ، أي تبحث عن قانون ذو مضمون أو حل موضوعي محدد يترجم الإعتبارات المشار إليها[٢] .

ثانياً – عنصر الحكم :

إنّ المشرع القانوني أثناء تقويمه لسلوك معين ، يفترض حدوث واقعة في المستقبل ويرتب عليها حكماً مناسباً ، وهذا الحكم الذي يضعه المشرع هو جواب للسؤال الذي يثار في الذهن عن ماهية حكم القانون في تلك الواقعة[٣] ، فالمشرع يطرح فرضية ثم يحدد لها الحكم المناسب ، وبذلك فأن الحكم هو الحل الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي أو مجموعة الأوضاع القانونية وهو ينطبق عند توفر الشروط والظروف المحددة في الفرض[٤] .

أما فيما يتعلق بقاعدة الإسناد ذات الطابع المادي ، فهي وإن كانت تحتوي على عنصر الحكم (الحل) إسوةً بالقواعد القانونية الأخرى ، إلاّ أنّها تضفي على هذا العنصر مفهوماً خاصاً يتوافق مع ما سبق تقريره عن الوظيفة التي أناطها بها المشرع في نطاق العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي ، وعلى هذا فأن عنصر الحكم في هذه القواعد ليس إعطاء الحكم الموضوعي للمسألة المعروضة ، وإنما هو تحديد القانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع والأمر بتطبيقه بعد التعرف على مضمونه مسبقاً للتأكد من مدى الحماية التي يوفرها لأطراف العلاقات القانونية[٥] .

وتجدر الإشارة إلى أن عنصر الحكم في قواعد الإسناد الحمائية غالباً ما يحتوي على أكثر

---

[١] يمثل هذا الأتجاه الأقلية ومنها الدول التي تأخذ بالنظام الانكلو أمريكي ومنها بريطانيا وأمريكا والدنمارك وبعض دول أمريكا اللاتينية . انظر في عرض المسوغات استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، الجنسية والعلاقات الدولية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٢٤ وما بعدها .

[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً) ، مصدر سابق، ص٧١ .

[٣] انظر د. محمد سلمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص١١٣ .

[٤] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١١٧ .

[٥] انظر وبنفس المعنى د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٤٩ .

من حل ، فعلى سبيل المثال ما تقرره عجز المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي على أن ((... أما من حيث الشكل (عنصر الفرض) فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه (عنصر الحكم الأول) أو إذا رُعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين (عنصر الحكم الثاني)))[١] .

وينطوي عنصر الحكم في قاعدة التنازع الحمائية على أمرين هامين :

الأول : إلزام الموجه للمخاطب بقاعدة الإسناد بتطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة وتختاره لحكم موضوع النزاع ، والأمر هنا يتعلق بالتزام حقيقي بشكل العنصر الجوهري للمضمون المنطقي لهذه القاعدة وعنصر الحكم فيها ، وهو إلزام ينبع من الصفة الملزمة لقاعدة التنازع ذاتها[٢] ، ولا يخفى عن البال أن المخاطب بقاعدة التنازع بصفة مباشرة وأصلية هو سلطان الدولة الصادرة فيها ، وبالدرجة الأولى محاكم تلك الدولة ، ويمكن القول أن أطراف العلاقة المتضمنة عنصر أجنبي هم المخاطب غير المباشر بقاعدة التنازع عندما تسمح لهم هذه القاعدة بتحديد القانون الواجب التطبيق أو عندما يتمسكون بتطبيق قانون معين أمام الجهات القضائية[٣] .

الثاني : الضابط أو المعيار الذي يحدد بطريقة تبتعد عن التجريد والحياد القانون الواجب التطبيق، إذْ إنّه من المعلوم أن المنطق التنازعي التقليدي يفرق بين مرحلتين ، تعنى الأولى بالقانون المنطبق وتحدد الثانية محتوى هذا القانون ، ولا يمكن بأي حال المرور إلى المرحلة الثانية قبل إتمام المرحلة الأولى ، ومن دون هذا الضابط تعجز قاعدة التنازع الحمائية عن القيام بوظيفتها في إختيار القانون الواجب التطبيق[٤] ، وضابط الإسناد هو المميز الأصيل لقواعد التنازع ويظهر في الوقت ذاته العناصر الداخلية لهذه القواعد ، وعلى ما سوف نرى في المطلب الثاني .

الفرع الثاني

العناصر الداخلية (الذاتية)

إذا كانت قواعد تنازع القوانين تشترك مع بقية القواعد القانونية الأخرى في العناصر

---

[١] انظر في تعدد عناصر الحكم في القوانين المقارنة م (٢٠) مدني مصري سالفة الذكر وفصل (٦٨) من مجلة القانون الدولي الخاص سالفة الذكر وم (311 – 16) مدني فرنسي سالفة الذكر وم (6) من المجموعة الثانية لتنازع القوانين الأمريكي سالفة الذكر .

[٢] انظر في صفة الالزام في قواعد الإسناد د. حسن علي كاظم ، مصدر سابق ، ص٣١٢ وما بعدها .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٥٠ – ٥١ .

[٤] قارن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١٢٢ .

الخارجية اللازمة لبنائها الفني ، إلا أنها تنفرد بعناصر داخلية أو ذاتية تتمايز بها عن تلك القواعد، إذْ إنّ تطور الفكر القانوني في نطاق تنازع القوانين ، أثمرَ عن نهج يحل مسائله عن طريق تقسيم العلاقات القانونية المختلفة إلى فئات أو أفكار مسندة ومن ثم إخضاع كل منها للقانون الملائم الذي يحكم النزاع عبر ضابط أو ظرف الإسناد ، وعليه تتكون قاعدة التنازع من ثلاثة عناصر ذاتية وتتمثل بالفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه[١]، وعلى التفصيل الآتي :

أولاً – الفكرة المسندة :

لما كانت العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لا تدخل تحت الحصر ، فقد تكفلت قواعد الإسناد بتصنيف هذه العلاقات إلى فئات أو طوائف مختلفة تدعى كل منها بالفكرة المسندة ، إذْ إنّه من الصعب على أي مشرع أن يضع صياغة حصرية للمراكز والعلاقات القانونية ذات الطابع الدولي ، ولهذا يقوم بجمع هذه المراكز التي تتشابه في أوصافها ضمن فئة أو فكرة قانونية واحدة[٢] .

وبذلك نستطيع أن نعرف الفكرة المسندة بأنها أحد العناصر الذاتية لقاعدة التنازع التي تجمع المراكز المتشابهة في أوصافها ضمن طائفة واحدة ، ويرصد الشرع لها قاعدة إسناد خاصة بها ، مثل القاعدة التي تقضي بإخضاع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، فموضوع قاعدة التنازع هو الحالة والأهلية وتسمى بالفكرة المسندة[٣] .

وقد تتلقف المسألة القانونية الواحدة أكثر من فكرة مسندة وبالتالي أكثر من قاعدة إسناد ، فالزواج في شروطه الشكلية والموضوعية مثلاً موزع بين فكرتين مسندتين وبالتالي بين قانونين[٤] ، وتشكل هذه المسائل المستقلة التي تختلف في طبيعتها وبالتالي من حيث القانون

---

[١] ذهب بعض من الفقه إلى القول بأن القانون المسند إليه ليس عنصراً في قاعدة الإسناد بقدر ما هو الحال الذي تبلغه قاعدة الإسناد في دورها إستناداً إلى تفاعل عنصريها الفكرة المسندة وضابط الإسناد . انظر كل من د. هشام علي طارق ، مصدر سابق ، ص٩ ؛ ود. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٥٧٩ هامش رقم (١) ؛ ود. محمد سليمان الأحمد ، مصدر سابق ، ص٤٣١ .

[٢] انظر د. فؤاد ذيب ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، ط١ ، منشورات جامعة حلب ، سوريا ، ١٩٩٨ ، ص٥٧ .

[٣] انظر د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٢٧ .

[٤] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني ، دراسة مقارنة ، ج١ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص١٧ .

الواجب التطبيق عليها ، مجرد أفكار يتولى القضاء ضبط حدودها عند إعمال قواعد الإسناد[١] .

وتتفاوت التشريعات في شأن تقسيمها للأفكار المسندة ، فنجد مثلاً أن القانون العراقي قد حصر مآل الأحوال بطريق الميراث بفكرة مسندة واحدة من دون تمييز بين العقارات والمنقولات وأخضعها بصورة عامة لقانون جنسية المورث[٢] ، في حين أن بعض القوانين قد فرقت بين العقارات والمنقولات ، فأخضعت الميراث في العقارات لقانون موقعها بينما يحكم الميراث في المنقول قانون موطن المورث[٣] ، والأمر نفسه ينسحب على المضمون فبالرغم من معرفة قوانين الدول لفكرة صحة الزواج من حيث الشكل والموضوع إلاّ أنّها تختلف في بعض المسائل كما هو الحال في الطقوس الدينية في الزواج ، فمن القوانين ما يدخلها في الشروط الموضوعية ، في حين يعدها البعض من الشروط الشكلية[٤] . وعن الفكرة المسندة في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية، وتحت تأثير الثورة الأمريكية في التنازع ، إتجهت بعض القوانين إلى تجزئة الأفكار المسندة إلى مسائل متعددة ومواجهة كل منها بقواعد متنوعة للتنازع تتسم بالدقة والتفصيل ، ففي مجال العلاقات العقدية ولغرض توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد كالعامل والمستهلك ، تم تعديل قاعدة حرية الإرادة في إختيار قانون العقد إلى عدة صور[٥] ، بمعنى آخر أن الفكرة

---

[١] انظر د. محمد وليد المصري ، مصدر سابق ، ص٥٨ .

[٢] انظر المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي .

[٣] انظر أستاذنا د. عبد الرسول الاسدي، مصدر سابق، ص٣١٧ .

[٤] استقر القضاء العراقي على عد هذه الطقوس من الشروط الشكلية . انظر في ذلك د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ، ص٩٣ . أما عن الموقف في مصر فيؤيد الفقه الغالب في مصر موقف القضاء هناك على اعتبار الطقوس الدينية من الشروط الشكلية للزواج . انظر في عرض الآراء الفقهية والاحكام القضائية المؤيدة لذلك د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، مصدر سابق ، ص٦٠٠ – ٦٢٧ . وفي تونس نذكر على وجه الخصوص القرار التعقيبي المدني المرقم ٨٨٥ ق . ت عدد ٤ لسنة ١٩٥٩ ص ٢٥٢/٣٤ الذي عد عقد الزواج المبرم بين تونسي وايطالية بتونس طبقاً للقانون التونسي صحيحاً بناءاً على عدم مخالفته للشروط الشكلية في القانون التونسي . أشار إليه القاضي مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٤١٦ . أما في فرنسا فأن القضاء هناك لم يستقر على لزوم الاحتفال الديني شرطاً شكلياً إلا منذُ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية (قضية Caraslnais) عام ١٩٥٥ الذي أرسى هذا المبدأ . راجع Bernard Audit , Op , cit , P. 552 . وفي الولايات المتحدة الامريكية تضع تشريعات بعض الولايات المتحدة الزواج الديني والزواج المدني والزواج الرضائي على قدم المساواة . وتترك للأفراد حرية اختيار طريقة الزواج دون أن تمنع الزواج الديني خصوصية معينة . انظر . Martin Wolf , private international , law , 2ed . , Oxford , 1950 , P. 346 .

[٥] ومن هذه الصور : =

= أولاً : الاستبعاد الكلي لقاعدة حرية الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٠/ ٢) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ النافذ لمزيد من التفاصيل انظر د. خالد عبد الفتاح محمد خليل ، مصدر سابق ، ص١٠٣ .

المسندة تم تجزئتها إلى شقين ، خاصة ينضوي تحت لوائها عدد من العقود التي تتباين مراكز أطرافها عقود (العمل والمستهلك) وعامة تشمل جميع أنواع العقود وتتمثل بقاعدة حرية الإرادة[١] ، وفي نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإذا كانت غالبية القوانين تنص على تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار على الالتزامات المترتبة عن العمل غير المشروع[٢] ، فإن بعض الدول بدأت حديثاً بالتخلي عن التطبيق المطلق لهذه القاعدة ، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٤) من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ، والتي تنص صراحةً على حرية الأفراد في إختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بموجب إتفاق بعد وقوع العمل غير المشروع[٣] .

ونعتقد حسب رأينا المتواضع أن تجزئة الفكرة المسندة الواحدة إلى أكثر من شق أثناء آلية إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية هو تعديل في أسلوب التنازع التقليدي عن طريق المزاوجة بين الإسناد الجامد والإسناد المرن لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلاله الموازنة بين مبدأ العدالة وحماية توقعات الأطراف المشروعة .

ثانياً : حماية العاقد الضعيف عن طريق السماح للأطراف بإختيار موجه ومحدود لقانون العقد ، وهذا ما كرسته المادة (١٢١) من القانون الدولي الخاص السويسري المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم علاقات العمل . انظر أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٠٣ .

ثالثاً : حماية العاقد الضعيف عن طريق تقييد إرادة الأطراف بالنصوص الآمرة للقانون الذي ينعقد له الاختصاص في حالة عدم وجود اختيار لقانون العقد . وهذا ما نصت عليه المادة (٦) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . انظر د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٣٣ – ٣٨.

[١] راجع نصوص لائحة رما لسنة ٢٠٠٨ (The Rome 1 Regulation (E.C) No. 593/20085 المشار إليها سابقاً على الرابط الالكتروني https://eur-lex.europa.eu/Lexuriserv/Lexuriserv.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En.pdf . إذ خصت عقود الاستهلاك بالمادة (٦) وعقود العمل الفردية بالمادة (٨) .

[٢] انظر م (١/٢٧) مدني عراقي ، م (١/٢١) مدني مصري ، م (٧٠) من مجلة القانون التونسي للقانون الدولي الخاص ، وقد استقر النظام القانون الفرنسي على هذا الحل منذ عهد بعيد وبلورهُ حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٤٨/٥/٢٥ في قضية (Lavtour) وهذا هو الحل التقليدي في القانون الأمريكي . نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص١١٧٢ .

[3] Article (14) state : ((1. The Parties may agree to submit non contractual obligations to the law of their choice : (a) by an agreement etered into after the event giving rise to the damage occurred ; or (b) where all the parties are pursuing a commercial activity , also by an agreement freely negotiated befor the event giving rise to the damage occurred . Sec the texts of the Regulation (EC) No 86412007 of the European parliament and the council of 11 july 2007 on the law applicable to non – contractnal obligations (Rome II) on the following link : http://eur-lex.europe.eu/smartapi/cgi/sga/doc

ثانياً – ضابط الإسناد :

هو المعيار أو المناط الذي يظهر به المشرع تفضيله لقانون معين بطريقة مجردة وإعراضه عن باقي القوانين التي تعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي[١] . ويُعَدْ هذا الضابط من أكثر العناصر الذاتية تأثيراً في العلاقة القانونية ، إذْ يشكل مركز الثقل فيها ويتأثر إختياره باعتبارات عديدة من بينها فلسفة الدولة التشريعية في بناء قاعدة الإسناد[٢] ، ويتم إعماله من خلال العناصر المكونة للعلاقة ، فهو أما يستمد من أطرافها كالجنسية والموطن ومحل الإقامة والإرادة المشتركة أو من محلها كموقع المال ومكان التنفيذ أو من سببها كمحل إبرام العقد ومكان وقوع الفعل الضار أو النافع[٣]، وتقسم ضوابط الإسناد تقسيمات عديدة[٤] وكالآتي :

١- ضوابط الإسناد المادية وضوابط الإسناد المعنوية : فالأولى تشمل ((الموطن ومحل إبرام العقد ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع وموقع المال)) ويمكن إدراكها بالحس، أما الثانية فلا يمكن إدراكها بالحس وتشمل الجنسية وإرادة المتعاقدين .

٢- ضوابط إسناد وقتية وضوابط إسناد مستمرة : فالوقتية تشمل إرادة المتعاقدين وانعقاد العقد والحل ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع ، إذْ يستغرق وجودها وقتاً محدداً في حين أن ضوابط الإسناد المستمرة تستغرق مدة زمنية أطول مثل ((الجنسية ، والموطن وموقع المال)) .

٣- ضوابط إسناد قانونية وضوابط إسناد واقعية : فالقانونية هي أفكار قانونية يتصدى المشرع لتنظيمها مثل ((الموطن والجنسية)) بينما الواقعية هي مسائل مادية ليس للمشرع بها صلة مثل موقع المال ومحل الإبرام ومحل وقوع الفعل الضار والنافع.

٤- ضوابط إسناد ثابتة وضوابط إسناد متغيرة : فالأولى لا يمكن تغييرها بأي حال مثل ((موقع العقار وإرادة المتعاقدين ومحل إبرام العقد ومكان حدوث الفعل الضار أو النافع)) ، أما الثانية فهي قابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المال المنقول ، مع

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٥٣ .

[٢] انظر د. فؤاد ذيب ، مصدر سابق ، ص٣٢ .

[٣] لمزيد من التفاصيل انظر د. كريم مزعل شبي ، مصدر سابق ، ص٥ وما بعدها .

[٤] حول هذه التقسيمات انظر د. هشام خالد ، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ، ص٢٥٦ – ٢٦٠ . وانظر أيضاً د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص١٣٢ – ١٣٣.

الإشارة إلى أن كل من التقسيمات أعلاه قد تصاغ بطريقة جامدة أو مرنة .

وعن دور هذا الضابط في قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ندرج الملاحظات الآتية :

١- إذا كانت الصياغة المجردة لقاعدة التنازع تتطلب أن يكون ضابط أو معيار الإسناد عند صياغته مجرداً بمعنى تحديده لقانون معين بصفته لا بذاته ، فأن إعتبارات السياسة التشريعية[١] وإستجابة للمصالح المختلفة التي يحاول المشرع تحقيقها قد جعلت من هذا الضابط يخرج عن طابعه المجرد في قاعدة الإسناد ذات الطابع الموضوعي ، أي يبحث عن قانون ذو مضمون أو حل موضوعي محدد يترجم الأعتبارات والمصالح أعلاه[٢] .

٢- لا مراء من إعمال ضوابط الإسناد الثابتة التي لا تتبدل مع الزمن والأخرى القابلة بطبيعتها للتبدل أو التغيير مع الزمن مثل الجنسية والموطن وموقع المال المنقول في قواعد التنازع ذات الغايات المادية إسوةٍ بغيرها من قواعد التنازع[٣] .

لكن الأمر يختلف بالنسبة لضوابط الإسناد الجامدة والمرنة ، إذْ إنّ الضوابط الجامدة لا مجال لإعمالها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية بخلاف المرنة التي غالباً ما يتم اللجوء إليها لتلطيف منهج قواعد التنازع التقليدية وذلك بإعتماد طريقة المعايير البديلة أو التراكمية التي من خلالها يمكن التوصل إلى حل أكثر عدالة[٤] .

وحسب وجهة نظرنا المتواضعة ، أن ضوابط الإسناد المرنة وإن كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغته للنصوص التشريعية ، إذْ بموجبها يصدر القاضي أحكام مختلفة استناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف ، ومثالها قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح من دون تحديد لعدد القوانين المتنازعة ، لكن ومن أجل ضمان الدقة والمنطق والاستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياري الجمود والمرونة ، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للإجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته ، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي ، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص

---

[١] السياسة التشريعية هي مجموعة الأفكار الموجهة التي تسيطر على القانون منذ نشوءه وتطوره وتطبيقه . انظر د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي والبريطاني (دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي) ، ط٢ ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ، ٢٠٠٤ ، ص٢٢٥ .

[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١٣٤ .

[٣] انظر في تقسيمات ضوابط الإسناد د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٥٨٤ – ٥٨٧ .

[٤] انظر إستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

التشريعي مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص ، كما هو الحال في القاعدة التي تخضع شكل التصرف إلى ضوابط إسناد متعددة ومحددة مسبقاً .

وتجدر الإشارة إلى أن الصائغ التشريعي يلجأ إلى أساليب فنية تساعده في الوصول إلى الحل العادل وتوفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية ، وسنؤجل عرض هذه الأساليب إلى المطلب الثاني من هذا المبحث عند التطرق إلى نطاق سريان قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

ثالثاً – القانون الواجب التطبيق أو المسند إليه :

هو القانون الذي يتحدد وفقاً لضابط الإسناد ، ويتولى حكم المادة المسندة بموجب قاعدة الإسناد ، وقد يكون قانون القاضي أو قانون دولة أجنبية يحسبان أن قاعدة الإسناد هي قاعدة مزدوجة[١] .

والجدير بالذكر أن الإلزام الموجه للمحاكم بتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع لا يختلط مع صفة الإلزام في قاعدة الإسناد ذاتها ، فالإلزام الأول يثار بعد إعمال قاعدة الإسناد بخلاف وجوب تطبيق هذه القاعدة من عدمها فيثار قبل هذا الاعمال ، وأن الإسناد إلى القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد هو إسناد إجمالي سواء كان ذلك قانون القاضي أو قانون أجنبي، أي أنه إسناد إلى مجموع النظام القانوني بكامله لدولة محددة بما فيه قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام والقواعد ذات التطبيق الضروري[٢] .

وعن هذا العنصر في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، فأنه لا يختلف عن ما تقدم ، كل ما في الأمر أن القانون المسند إليه في هذه القواعد سوف يتعدد أما على سبيل الاختيار أو التدرج ، ويوكل للقاضي أو أطراف العلاقة إختيار الأفضل منها ، وهذا ما سنراه في المطلب التالي .

---

[١] أن مشرعي بعض الدول قد تدفعهم النزعة الإقليمية إلى وضع قواعد إسناد احتياطية تجلب الاختصاص التشريعي للقانون الوطني . انظر المادة (٥/١٩) مدني عراقي وم (١٤) مدني مصري ، أما في تونس فقد اقترحت اللجنة أمام مجلس النواب امتياز الجنسية التونسية كلما تعلق الأمر بطرف تونسي لكن جواب وزارة العدل لا يجوز إقرار هذا الامتياز معللاً جوابها بأن ذلك يؤول إلى نفي فلسفة وقواعد القانون الدولي الخاص ... . لمزيد من التفاصيل انظر مبروك لنموس ، مصدر سابق ، ص٤٢٣ وما بعدها . ولم يقرر كل من القانون الفرنسي والامريكي هذا الامتياز .

[٢] نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٥٤ – ٥٥ .

المطلب الثاني

نطاق سريان قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

سبق وأن أشرنا إلى أن الصائغ التشريعي عند سنه قواعد الإسناد ، غالباً ما يلجأ إلى أساليب فنية تساعده في الوصول إلى الحل الذي يكفل الأمان القانوني والعدالة المنشودة ، وهذا الأمر يبدو جلياً من حلال التباين والأختلاف في قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، إذْ غالباً ما تتضمن قاعدة التنازع ضابط إسناد وحيد يشير إلى تطبيق القانون الذي يحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، إلاّ أنّه يمكن أن تقوم قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد يفضي إلى تطبيق أكثر من قانون . ولبيان سريان نطاق قاعدة الإسناد ذات الصبغة المادية في هذه الضوابط ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نبحث في الأول مدى سريانها في إسلوب الإسناد البسيط وسنعرض في الثاني مدى سريانها في إسلوب الإسناد المركب .

الفرع الأول

مدى سريانها في إسلوب الإسناد البسيط

من المعلوم أن إسلوب الإسناد البسيط هو الوضع الغالب في قاعدة التنازع التقليدية، وفيه تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً ، كما لو أراد المشرع أن يكرس نظاماً أجتماعياً أو دينياً تضطر فيه قوامة الرجل على الأسرة ، فيصوغ مثلاً ضابطاً للإسناد يعتمد على القانون الشخصي للزوج في آثار الزواج[١] ، إذْ يشير هذا الضابط إلى قانون واحد يحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، ومن أمثلة هذا النوع من قاعدة التنازع ما جاءت به المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١/١٣) من القانون المدني المصري[٢] ، فضابط الإسناد هنا يحدد قانون واجب التطبيق موحد على المسائل المالية والشخصية لآثار عقد الزواج والذي يتمثل بقانون جنسية الزوج وقت الزواج .

وهذا الإسناد البسيط قصد من وراءه الصائغ التشريعي هدفاً محدداً كان قائماً في ذهنه

---

[١] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص١٥٢ .

[٢] تنص المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي على أن ((يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال)) وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٣) من القانون المدني المصري النافذ .

وقت وضع القاعدة ، وهو تأكيد قوامة الزوج تماشياً مع روح النظام القانوني والاجتماعي السائد في الدولة ، والحفاظ على وحدة الأسرة وتماسكها[١] ، ولا يمكن الجزم هنا أن الأمر يتعلق بقاعدة تنازع مجردة ذات طابع تركيزي بحت ، أي تختار قانون الدولة التي ترتبط بها العلاقة أو المسألة وهي آثار الزواج على نحو وثيق ، فالواقع أن القانون قد يكون قانوناً آخر ، كقانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك وليس قانون الزوج ، كما فعل المشرع التونسي في الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٢] . وهو الحل المستقر في فرنسا[٣] ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فبالرغم من سيادة نظام إنفصال أموال الزوجية إلاّ أنّها تقرر أنه يجوز للزوجين الاتفاق على نظام مالي معين وإختيار القانون الذي يحكمه ، فإنّ إنعدم الاختيار كان موطن الزوجية هو القانون الواجب التطبيق[٤]، فالأمر يتعلق هنا بقاعدة اسناد ذات غايات مادية تقصد إدراك هدف ونتيجة موضوعية محددة[٥] .

وبذلك نرى أن الاعتبارات التي يسعى المشرع إلى تحقيقها قد انعكس على إسلوب الإسناد البسيط ، إذْ لجأت قوانين بعض الدول إلى إسناد العلاقة إلى أكثر من قانون ، وعلى الرغم من أن هذا الأسلوب لا يتناسب مع سريان قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية إلاّ أن بعض من الفقه المصري[٦] قد ذهب إلى عد الفقرة الثانية من المادة (١١) من القانون المدني المصري والتي تقضي على إعتبار المتعاقد الأجنبي في مصر أهلاً للتعاقد وفقاً للقانون المصري هو إعمالاً لقاعدة من قواعد الإسناد ذات الغايات المادية[٧] ، ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي الحديث هذا الأعتبار في فرنسا إستناداً إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين المزدوجة ذات الطابع المادي ، فيما لو توافرت الشروط التي قررها قضاء ليزاردي (Lizardi) الشهير والتي تهدف إلى حماية

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الأماراتي ، ط١ ، دار المطبوعات ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العين ، ٢٠٠٤ ، ص٤٧ .

[٢] تنص المادة (٤٧) على أن ((تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة)) .

[٣] إذ تسري على الآثار الشخصية للزواج ، آخر قانون وطني مشترك للزوجين وعند إنعدامه يسري قانون دولة الزواج وقت الزواج ، أما الآثار المالية فيسري عليها هذا الأخير ، وهذه القاعدة استقرت أصلاً بخصوص انحلال الزواج منذ حكم (Riviére) الشهير واعملها القضاء في مجال الآثار الشخصية للزواج (النفقة) منذ حكم شيموني . لمزيد من التفاصيل انظر Bernard Audit , Op , cit , P 556 etc .

[٤] انظر Ehrenzweig , Op , cit , P. 652 .

[٥] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٩٢ .

[٦] راجع د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٣٦ .

[٧] تقابلها م (٢٨٨) مدني عراقي والفقرة الثانية من الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

الأوضاع الظاهرة وكفالة إستقرار التعامل في الأسواق التجارية للدولة التي أبرم فيها العقد[١] .

وفي ضوء تقديرنا لسريان قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في إسلوب الإسناد البسيط ، فأننا لا نعتقد أن لهذا الأسلوب دور في سريان هذه القاعدة ، وآيتنا في ذلك ما يأتي :

أولاً : سبق وأن عَرّفنا هذه القاعدة بأنها ((قاعدة إسناد تخييرية ...))[٢] إذْ يعد من أهم خصائصها تعدد ضوابط الإسناد فيها ، وهذا لم يتحقق في إسلوب الإسناد البسيط .

ثانياً : أن تأثر ضابط الإسناد البسيط بروح النظم القانونية وتوجهات السياسة التشريعية للمقنن الوطني إنْ كان يقرب قاعدة التنازع التقليدية من الاعتبارات المادية ، إلاّ أنّها تبقى قاعدة إسناد ذات طابع محايد ، فالفارق بين القاعدتين بالدرجة وليس الطبيعة ، وهذا ما بيّناه عند تمييزنا بين قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية وغيرها من القواعد القانونية المشابهة لها[٣] .

ثالثاً : وَصفْ بعض من الفقه المصري المادة (٢/١١) من القانون المدني المصري بأنها قاعدِة إسناد ذات غايات مادية ، لا يعقد الاجماع على ذلك ، إذْ إنّ الخلاف لا يزال مجتمعاً حول طبيعة هذه القاعدة في الفقه[٤] . وعلى فرض تحقق الإجماع في ذلك ، فأن المادة سالفة الذكر تعد إستثناءاً على خضوع الأهلية للقانون الشخصي ، وصياغة المشرع لها بعبارة ((ومع ذلك في التصرفات المالية ...)) يوحي إلى أنه قد أسند العلاقة وعلى سبيل التدرج إلى القانون الشخصي للمتعاقد الأجنبي ومن ثم لقانون بلد الإبرام إذا توافرت شروط إنطباقه ، أي أن المشرع قد خرج من إسلوب الإسناد البسيط إلى الأسلوب المركب بإعماله قانونين على سبيل التدرج وهذا ما سوف نراه في الفرع الثاني من المطلب .

الفرع الثاني

مدى سريانها في إسلوب الإسناد المركب

يكون الإسناد مركباً إذا اشتملت قاعدة التنازع على ضابط إسناد واحد إلا أنه يشير إلى

---

(1) Héléne Godemet Tallon , L'utilisation de régles de conflits ácaractére substantial dans les conventions internation ales , mé langersen l'honneur de Yvon Lonssouarn , Dalloz , 1994 , P. 181 ets .

- نقلاً عن د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦٣٧ .

[٢] انظر ص٢٧ من البحث .

[٣] انظر بالذات ص٣٧ من البحث .

[٤] بخصوص الاختلاف الفقهي حول طبيعية هذه القاعدة . انظر د. حسام الدين فتي ناصف ، حماية المتعاقد بحسن النية مع صاحب الوضع الظاهر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص .

تطبيق أكثر من قانون ، وقد تتضمن قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد مما يعني وجود أكثر من قانون لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، ويتخذ أسلوب الإسناد المركب صوراً ثلاثة وهي :

أولاً – الإسناد الموزع :

يتحقق هذا الأسلوب عندما تشتمل قاعدة التنازع على ضابط إسناد واحد يشير إلى أختصاص أكثر من قانون يطبق على العلاقة القانونية ، أو على كل طرف من أطراف العلاقة قانوناً على حدة ، وهذه الصورة نراها عادةً في مجال الأحوال الشخصية ، ومثال ذلك المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي التي تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون جنسية الزوجين[١] ، والمادة (١٣) من القانون المدني المصري[٢] ، وما جاء به الفصل (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٣] ، وما سار عليه القانون الفرنسي[٤] ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد أبقيّ على أسلوب الإسناد البسيط وذلك بخضوع الشروط الموضوعية والشكلية لقانون بلد الإبرام[٥] .

وفي الإسناد الموزع عموماً يسعى المشرع للصول إلى نتيجة مادية أو موضوعية معينة ، وهي بالمثال أعلاه إبرام زواج صحيح والتقليل إلى أقصى درجة من فرص بطلان الزواج المختلط تشجيعاً لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود[٦] .

ولا يلعب هذا الأسلوب من الإسناد دور في نطاق سريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، لذات الأسباب التي قيلت في أسلوب الإسناد البسيط .

ثانياً – الإسناد الجامع :

بموجب هذا الأسلوب من الإسناد تتضمن قاعدة التنازع ضابطاً للإسناد واحد أو أكثر

---

[١] تنص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي على أن ((يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)) .

[٢] جاء في المادة (١٢) من القانون المدني المصري بأنه ((يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)) .

[٣] إذ نصت المادة أعلاه من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بصورة صريحة على التطبيق الموزع بقولها ((تخضع الشروط الأهلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كلٍ على حدة)) .

[٤] انظر في تفسير المادة (٣) ، والمواد (١٦١) ، (١٦٢) ، (١٦٣) . Patiffol , Droit International Privé , 4édition , Paris , 1967 , P. 413 . وراجع كذلك حكم محكمة باريس المرقم ٩٢٢٩ في ١٩٥٦/٢/٢ والذي يقضي بأن ((يحدد القانون الشخصي للزوجين شروط صحة الزواج من حيث الأساس)) .

[٥] انظر Wolf , Op . cit , P 334 .

[٦] انظر أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٩٣ .

يشير بأختصاص أكثر من قانون يطبق في آن واحد على العلاقة محل النزاع[١] ، ومن الأمثلة على هذا الأسلوب ما أشارت إليه المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر[٢] ، فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية (موانع الزواج) كالقرابة المحرمة وإختلاف الدين بالنسبة للمرأة المسلمة والطلاق وغيرها ، وهنا يطبق قانون دولة الزوج على الزوجة وقانون دولة الزوجة على الزوج للتأكد من عدم توافر مانع من موانع الزواج لدى أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر ، إذ أنه إذا وجد مانع في قانون أحد الطرفين ولم يكن موجوداً في قانون الطرف الآخر إمتنع عن إبرام الزواج[٣] .

وهذا الأسلوب لابد منه في إبرام عقود الزواج وعلى وجه الخصوص في قوانينا التي تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية[٤] ، وإلا كنا أمام زواج باطل محرم شرعاً ومن ثم تكون العلاقة الناشئة عنها محرمة أيضاً[٥] ، كما أن هذه الصورة من الإسناد نادرة الحدوث ، فلا نكاد نجد له تطبيقاً إلا في فروض قليلة ، بل أن من الأنظمة القانونية ما يحرص على تفاديه بالنظر إلى أنه يعوق في الغالب من صلاحية العلاقة محل النزاع ، ويحول دون الوصول إلى حل مشكلة إختيار القانون ، وهذا ما يتعارض مع وظيفة قاعدة التنازع الذي يتمثل بأختيار القوانين وليس الجمع بينها[٦] .

وعن نطاق سريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في أسلوب الإسناد الجامع ، فبالرغم من أنه بتعارض مع وظيفة قاعدة التنازع بصورة عامة المتمثلة بالأختيار بين القوانين وليس الجمع بينهما ، إلاّ أنّ هذا الإسناد يعكس إرادة واضع قاعدة التنازع في كراهية أو التضييق إلى أقصى حد من الأعتراف بحق معين أو بآثاره ، أي الوصول إلى نتيجة مادية معينة توافق سياسته التشريعية ، وبذلك تقترب قاعدة التنازع التقليدية من قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي ولكن بوجهها السلبي دون الإيجابي .

---

[١] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦ ، ص١٥٢ – ١٥٣ .

[٢] راجع في الشروط الموضوعية للزواج في القوانين المقارنة محل البحث ص ٦٣ من الأطروحة .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

[٤] تنص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أن ((١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ...)) .

[٥] انظر د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص١٣٥ .

[٦] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٩٤ .

ثالثاً – الإسناد التخييري :

إنَّ الصائغ التشريعي قد يضع قاعدة تنازع تشتمل على أكثر من ضابط إسناد تشير بأختصاص أكثر من قانون على سبيل التخيير[١] ، ولهذه الصورة عدة تطبيقات :

١- أن توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة ويتم الأختيار فيما بينها ، ومثال ذلك الشطر الثاني من المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر والتي تخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون جنسية الزوجين أو قانون مكان الإبرام ، والمادة (٢٠) من القانون المدني المصري والتي ساوت بالمرتبة بين قانون محل الإبرام والقانون الذي يحكم موضوع العقد وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين والجنسية المشتركة لهما ، إذْ يمكن للمتعاقدين إبرام العقد وفقاً للشكل المقرر في أي من هذه القوانين[٢] ، وهذا منهج المشرع التونسي في عدة فصول من مجلة القانون الدولي الخاص ، كما هو الحال في الشطر الأول من الفصل (٥٤) المتعلق بالميراث[٣] ، وعجز الفصل (٥٥) فيما يتعلق بشكل الوصية[٤]، والأمر نفسه بشأن المادة (٥٦) بخصوص شكل الهبة[٥] ، والمادة (٣١١ – ١٧) من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالاعتراف الطوعي بالأبوة أو بالأمومة والذي يعد صحيحاً إذا جرى وفقاً للقانون الشخصي لمن صدر عنه أو للقانون الشخصي للطفل[٦] ، وما دعى إليه الفقه الأمريكي وكرسه القضاء وضمنتهُ المجموعة الأمريكية

---

[١] بخصوص الإسناد التخييري انظر أطروحة الدكتوراه باللغة الفرنسية :

- Manuel Jorge , Les Rattachements Alternatifs Endroit international Privé , Université de Paris – Panthéon – Sorbonne , 1988 .

- إذ يخلص إلى القول في الصفحة ٢٠٩ .

"Et la necessité de rechercher un résultat conditionne le fonctionnement de la rége de conflit alternative La Particularité de la régle de conflit árattachements alternatifs et la particularité de son fonctionnement S'inscrivent dansle Pluralisme des methods" en conrs dan le droit international privé actuel .

[٢] لم يأخذ المشرع العراقي بهذا الأتجاه إذ أنه أخضع شكل العقود وبصورة إلزامية لقانون واحد وهو قانون محل الابرام بالمادة (٢٦) التي نصت على أن ((تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)) أي اعتد بشأنها أسلوب الإسناد البسيط .

[٣] إذ تنص على أن ((يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفي جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك في أملاكاً ...)) .

[٤] والتي تنص ((... ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت به)) .

[٥] إذ جاء بها ((... وتخضع الهبة في شكلها للقانون الشخصي للواهب أو لقانون الدولة التي تمت الهبة فيها)) .

[٦] راجع بحث الفقيه الفرنسي لوزيران انتشار قواعد التنازع ذات اللون الرمادي وبالذات ص٩٣ .

- Loussouarn , Lévolution delarégle de conflit de lis , Op . cit , P. 93 .

الثانية لتنازع القوانين[١] .

وحسب تصورنا أن هذا التطبيق من الإسناد التخييري يكون مجالاً رحباً لسريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، إذْ إنّه يرمي إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية ، كما يهدف بخلاف الإسناد الجامع إلى الوصول لصحة تلك العلاقات وتحقيق صالح أطرافها ، وهذه نتيجة موضوعية محددة أراداها الصائغ التشريعي لقاعدة التنازع ، كما أن هذا التطبيق ينسجم مع التعريف الذي أقترحناه لهذه القواعد بوصفها قاعدة إسناد تخييرية تشتمل على أكثر من ضابط إسناد .

٢- أن توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج ، إذْ يلجأ المشرع إلى ضابط الإسناد الأصلي أو الرئيسي وإذا إنعدم يتم اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة بقاعدة التنازع، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي ، إذْ بموجب هذه المادة نطبق أولاً قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط إسناد رئيسي وفي حالة إنعدامه يسري قانون الموطن المشترك للمتعاقدين كضابط إسناد أحتياطي أول وعند أختلاف موطنهما يسري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد كضابط إسناد أحتياطي ثانٍ[٢] ، وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (١/١٩) والفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، مع ملاحظة حصر قانون العقد في دولة مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثر في تكييف العقد في حالة سكوت الأطراف عن إختيار القانون المتعلق بمضمون العقد[٣] ، وما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي[٤] ، ويعترف النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية بقانون الإرادة استناداً إلى المادة (١٨٧)

---

[١] حول الثورة الأمريكية على قواعد التنازع التقليدية . انظر

- Bernard Audit , Flux Et Reflux De La Grise Des conflits De Lois , comité Feancais de droit international privér Journée commemorative du cinquenaire , Paris , 23 November , 1985 , PP. 59 – 77 .

[٢] انظر د. خليل إبراهيم محمد خليل ، مصدر سابق ، ص١٣٩ .

[٣] ان الالتزام المؤثر في تكييف العقد هو الالتزام الذي يستمد منه العقد وصفه القانوني فالتزام البائع في عقد البيع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري هو الذي يعطي العقد وصف البيع (عقد البيع) وبالتالي يكون فقر البائع هو ظرف الإسناد المحدد للقانون المنطبق على عقد البيع الذي هو قانون الدولة التي يوجد بها مقره . لمزيد من التفاصيل في شرح هذه المادة انظر . مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٠٧ – ٥٢٣ .

[٤] انظر Batiffol , Op . cit , P. 387 .

من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني[١].

وعن مدى سريان قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في الإسناد المتدرج تقول : ((أن قاعدة التنازع المقررة لحكم مختلف أنواع العقود تتسم بكونها قاعدة من قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، إذْ إنّ الشرع يلجأ إلى تقريرها من خلال وسائل فنية متنوعة تقوم في الغالب على تعدد ضوابط الإسناد التي تتضمنها القاعدة على نحو يربط الفكرة المسندة بأكثر من قانون وصولاً إلى تطبيق أفضل تحقيقاً لحكمة الإسناد أي أكثرها إدراكاً للأهداف الاجتماعية والأقتصادية التي تسعى إليها قاعدة التنازع ، وتعدد ضوابط الإسناد في قاعدة التنازع ذات الغايات المادية والتي تحكم العقود الدولية أمر ضروري لتحقيق تلك الغايات ، إذْ يقوم القاضي بأختيار القانون الواجب التطبيق بعملية إختيار تدريجي على إدراك الغايات المادية التي أبتغى مشرعه تحقيقها من وراء الإسناد المتدرج))[٢] .

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد ، إذا كانت قاعدة التنازع التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة إسناد ذات غايات مادية ، فلماذا تعجز عن إدراك تلك الغايات ولاسيما إذا كان أحد أطرافها ضعيفاً ؟

يبدو حسب رأينا المتواضع أن قصور قواعد التنازع ذات الغايات المادية التي تحكم العقود الدولية سببهُ عدم ملاءمة ضوابط الإسناد التي تنظمها تلك القاعدة لإدراك الغايات المادية ، بوصفهِ أداة الوصل بين مضمون القاعدة والقانون المسند إليه ، أي أن المشكلة تكمن في إختيار الضابط الملائم لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي الذي يكفل أكبر قسط من الفعالية ، عليه ومن أجل تحقيق الفعالية في العقود الدولية ، يستلزم تعديل ضوابط الإسناد الجامدة التي تتضمنها هذه القاعدة وتبديلها بضوابط إسناد مرنة واختيارية وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في مواضع أخرى من الأطروحة .

٣- أن توضع ضوابط الإسناد في تجاور ولكن يطبق أحد القوانين التي ترشد إليها بالنظر إلى

---

[١] جاء في المادة (1/187) من هذا التقنين : - The law of The state chosen by the parties to govern their contract ual rights and duties will be applied if the particular issue is one agreement directed to that .

انظر نصوص هذا التقنين على الموقع الالكتروني www.columbia.edu سالف الذكر .

[٢] انظر في مثل هذا الرأي Audit , Op . cit , P. 85 ets ود. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٦١ وما بعدها ؛ ود. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٩٧ ؛ ود. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص١٢ .

الحل الذي يقدمه للمسألة محل النزاع ، وينضوي تحت لواء هذه الصورة كل الفروض التي يعطى فيها الأولوية للقانون الأصلح[١] ، ويخلو القانون العراقي والمصري من نصوص تمثل هذه الحالة بخلاف القانون التونسي الذي ضَمَّن أكثر من فصل لهذه الحالة ، كما هو الحال في المسائل المتعلقة بالحضانة والنفقة والنسب في الفصول (٥١) و(٥٢) و(٥٣) على التوالي من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٢] ، وهذا ما سار عليه القانون الفرنسي من قبل بالمادة (٣١١ – ١٨) سالفة الذكر[٣] ، وما نادى به الفقه وكرسه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية منذ إندلاع الثورة على قواعد الإسناد التقليدية[٤] .

ونعتقد أن هذه الحالة من الإسناد التخييري وخصوصاً عند إعطاء الأولوية للقانون الأصلح ، من أكثر أساليب الإسناد التي يظهر بها بصورة جلية سريان نطاق قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، لأن تحديد القانون الأصلح لا يتم إلاّ بالبحث المسبق عن مضمون القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة القانونية مما يقضي على طابع التجريد في هذه القاعدة ويخرجها عن حيديتها التقليدية المعروفة .

ومن كل ما تقدم نستطيع القول أن الوظيفة الحمائية لقواعد التنازع تبلغ ذروتها في قواعد إسناد ذات الغايات المادية التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد وإعطاء الأولوية للقانون الأصلح لأحد أطراف العلاقة القانونية ، وتقل درجتها في قواعد الإسناد ذات الطابع المادي التي تشتمل ضوابط إسناد على قدم المساواة لتنعدم في الحالة التي يتم فيها أختيار هذه الضوابط على سبيل التدرج ، خصوصاً عندما يكون ضابط الإسناد الاحتياطي يشتمل ضوابط إسناد جامدة ، كما هو الحال في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر .

والكلام أعلاه يدعونا للإقتراح على المشرع العراقي إدراج أو تضمين هذا النوع من القواعد في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان ، لاسيما القاعدة التي تحتوي على

---

[١] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص١٥٤ .

[٢] ينص الفصل (٥٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل)) في حين ينص الفصل (٥١) على أن ((تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن ...)) بينما ينص الفصل (٥٢) على أن ((يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره . القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ...)) .

[٣] في تفسير هذه المادة وإنتشار قواعد التنازع الرمادية على حد وصف الفقيه الفرنسي (لوزيران) انظر , Loussouarn . L'evolution de la revolution de la régle de conflit de lois , Op . cit , P. 92 – 93

[4] Audit , Flux et reflux de la crise des conflits de lous , Op . cit , P. 60 ets .

أكثر من ضابط إسناد مع إعطاء الأولوية للقانون الأصلح للطرف المشمول بالحماية ، كما فعل المشرع التونسي في مسائل عديدة في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، وحسب التفصيل الذي سوف نعرضه في الباب الثاني عند تناول هذه القواعد ذات الوظيفة الحمائية في مجال الحلول الوضعية .

وأخيراً وبعد التعرف على الجذور التاريخية لقواعد الإسناد الحمائية والذي بدأ في فكر نظرية المدرسة الواقعية الأمريكية وانتقل صداه إلى أوربا ، وهذا ما يتمثل بقواعد الإسناد ذات الغايات المادية والتي حددنا معناها بأنها قواعد تنازع تخييرية تشتمل على أكثر من ضابط إسناد ، وميزناها عن غيرها من القواعد الذي لا يختلف إلاّ في مسائل مهمة شخصناها في هذا الفصل ، وعرَّجنا على نطاق سريانها الذي يقتصر حسب الرأي الغالب في الإسناد المركب وبالأخص في الإسناد التخييري وفي جميع تطبيقاته ، سواء التي توضع على قدم المساواة أو على سبيل التدرج أو التجاور ومن ضمنها الفروض التي تعطى فيها الأولوية للقانون الأصلح ، إذْ تبلغ هذه القواعد ذروتها في هذه الصورة الأخيرة، لذا صارَ لزاماً علينا بيان آلية إعمال هذه القواعد ذات الوظيفة الحمائية ، وهذا ما سوف نتعرف عليه في الفصل الثاني من هذا الباب .

خلاصة المبحث الثاني

إتضح لنا أن عنصر الحكم في قاعدة التنازع الحمائية (قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية) غالباً ما يحتوي على أكثر من حل، إذ ينطوي على أمرين هامين : أولهما إلزام الموجه للمخاطب بقاعدة الإسناد بتطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة وتختاره لحكم موضوع النزاع، والأمر هنا يتعلق بالتزام حقيقي بشكل العنصر الجوهري للمضمون المنطقي لهذه القاعدة وعنصر الحكم فيها . وثانيهما : أن ضابط الإسناد يحدد بطريقة تبتعد عن التجريد والحياد للقانون الواجب التطبيق بخلاف ما عليه الحال في المنطق التنازعي التقليدي .

وأبرزت لنا الدراسة، أن الفكرة المسندة بوصفها أحد العناصر الذاتية في قاعدة الإسناد، يمكن تجزئتها إلى أكثر من شق أثناء آلية إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، وهو تعديل في إسلوب التنازع التقليدي عن طريق المزاوجة بين الإسناد الجامد والإسناد المرن لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلاله الموازنة بين مبدأ العدالة وحماية التوقعات للأطراف المشروعة .

وتبين لنا أن ضوابط الإسناد المرنة وإنْ كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغة النصوص التشريعية، إذ بموجبها يصدر القاضي أحكاماً مختلفة إستناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف، ومثالها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح من دون تحديد لعدد القوانين المتنازع، إلا أنه ومن أجل ضمان الدقة والمنطق والإستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياري الجمود والمرونة، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص، كما هو الحال في القاعدة التي تخضع شكل التصرف إلى ضوابط إسناد متعددة ومحددة مسبقاً.

كما كشفت لنا هذه الدراسة، أن الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تبلغ ذروتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد وإعطاء الأولوية للقانون الأصلح لأحد أطراف العلاقة القانونية، ونقل درجتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي

تشتمل ضوابط إسناد على قدم المساواة، لتتضائل في الحالة التي يتم فيها إختيار هذه الضوابط على سبيل التدرج، خصوصاً عندما يكون ضابط الإسناد الاحتياطي يشتمل معايير إسناد جامدة .

خلاصة الفصل الأول

من خلال بيان دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في التجديد الحاصل على قواعد الإسناد، كشفت لنا هذه الدراسة أن الفقه المعاصر ويؤيده القضاء وما كرسته بعض التشريعات، لم يعد يرى في قاعدة الإسناد مجرد أداة لتوزيع الأختصاص التشريعي . وهذا يعني التخلي عن النظرة التقليدية لهذه القاعدة ومن ثم إمكانية إستخدامها للدفاع عن مصالح خاصة ومحددة في سبيل الوصول إلى تنظيم مقبول لأطراف العلاقة، وإعلاء هذا المفهوم يتطلب أن تتخلى قاعدة الإسناد في بعض المسائل عن ضابط الإسناد التلقائي – معصوب العينين – حتى يمكن أن تسمح منهجية التنازع بتوفير حماية للطرف المحتاج لها، والإستعانة بضابط إسناد مرن، وهذا ما يطلق عليه بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي أوجدت صداها في الفقه الأمريكي عابرة المحيط الأطلسي لتقطف ثمارها في النظم الأوربية، من حيث إتجاه بعض هذه النظم إلى إعتناق قواعد إسناد ذات طابع غير محايد، إذْ وضعت في الإعتبار مضمون القانون الذي تشير بإختصاصه إدراكاً للعدالة المادية .

كما توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى تحديد مدلول قواعد التنازع ذات الغايات المادية، والتي تعبر عن الجانب الحمائي لقواعد الإسناد بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد بصفتها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقا للحماية المنشودة بعد عرض القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

وتبين لنا أن النظرة الحيادية لقاعدة الإسناد بوصفها قاعدة لا تهتم بالنتائج الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق، لم تعد تتفق مع الواقع ولاسيما حماية الطرف الضعيف في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، إذْ إنّ قاعدة الإسناد يجب أن تواكب متطلبات النظام العام الاجتماعي، وإلاّ تجردت من كل فائدة من الناحية العملية .

إتضح لنا أن عنصر الحكم في قاعدة التنازع الحمائية (قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية) غالباً ما يحتوي على أكثر من حل، إذْ ينطوي على أمرين هامين : أولهما إلزام الموجه للمخاطب بقاعدة الإسناد بتطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القاعدة وتختاره لحكم موضوع النزاع، والأمر هنا

يتعلق بالتزام حقيقي بشكل العنصر الجوهري للمضمون المنطقي لهذه القاعدة وعنصر الحكم فيها . وثانيهما : أن ضابط الإسناد يحدد بطريقة تبتعد عن التجريد والحياد للقانون الواجب التطبيق بخلاف ما عليه الحال في المنطق التنازعي التقليدي .

وأبرزت لنا الدراسة، أن الفكرة المسندة بوصفها أحد العناصر الذاتية في قاعدة الإسناد، يمكن تجزئتها إلى أكثر من شق أثناء آلية إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، وهو تعديل في إسلوب التنازع التقليدي عن طريق المزاوجة بين الإسناد الجامد والإسناد المرن لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلاله الموازنة بين مبدأ العدالة وحماية التوقعات للأطراف المشروعة .

وتبين لنا أن ضوابط الإسناد المرنة وإنْ كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغة النصوص التشريعية، إذ بموجبها يصدر القاضي أحكاماً مختلفة إستناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف، ومثالها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح من دون تحديد لعدد القوانين المتنازع، إلا أنه ومن أجل ضمان الدقة والمنطق والإستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياري الجمود والمرونة، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص، كما هو الحال في القاعدة التي تخضع شكل التصرف إلى ضوابط إسناد متعددة ومحددة مسبقاً.

كما كشفت لنا هذه الدراسة، أن الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تبلغ ذروتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد وإعطاء الأولوية للقانون الأصلح لأحد أطراف العلاقة القانونية، ونقل درجتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تشتمل ضوابط إسناد على قدم المساواة، لتتضائل في الحالة التي يتم فيها إختيار هذه الضوابط على سبيل التدرج، خصوصاً عندما يكون ضابط الإسناد الاحتياطي يشتمل معايير إسناد جامدة .

الباب الأول - الفصل الثاني

آلية إعمال

قواعد الإسناد ذات الغايات المادية

المبحث الأول

خصوصيات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

المبحث الثاني

صعوبات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

الفصل الثاني

آلية إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية

إذا أنتهى القاضي من تحديد وتشخيص قاعدة التنازع ذات الغايات المادية الوطنية المتعلقة بالمسألة محل النزاع أنتقل إلى المرحلة التالية، وهي إعمال أو تطبيق تلك القاعدة، وذلك الإعمال أو التطبيق ينتهي بالضرورة إلى إختيار القانون الواجب التطبيق على تلك المسألة .

وهذا الاختيار أما أن يكون قانون دولة أجنبية أو أكثر من قانون يتزاحم بحكم العلاقة نتيجةً لطابع قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تشتمل على أكثر من ضابط إسناد إختياري توضع على سبيل المساواة أو التدرج . أو أختيار قانون دولة القاضي حيث سيطبق هذا الأخير قانونه الوطني على غرار ما يعمل بشأن المنازاعات الخالية من العنصر الأجنبي، إذْ تخضع العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي لقواعد قانونية وأحكام موضوعة أصلاً للعلاقات الوطنية أو الداخلية، رغم ما يقتضيه ذلك الطابع من معاملة تفضيلية تيسيراً للحياة الدولية للأفراد .

وإذا كان تطبيق قانون القاضي بالحالة السابقة يكون اختصاصاً أصيلاً إلاّ أنّهُ قد يطبق وينعقد لهُ الاختصاص بصفة استثنائية في فروض أخرى، منها إذا استحال التعرف على القانون الأجنبي الذي أختارتهُ قاعدة الإسناد ليحكم المسألة المعروضة، ومنها أيضاً إذْ ا تعارضت أحكام ذلك القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي .

وعليه فأن إثارة إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية والتي نسعى من ورائها تحقيق أقصى وظيفة حمائية لقواعد التنازع خصوصيات تعكس الطابع المميز لهذه القواعد ، إلاّ أنها لا تخلو من صعوبات قد تواجه القاضي عند إعمال هذه القاعدة خاصةً عند إسناد العلاقة إلى قانون أجنبي ، ومن أجل التعرف على هذه الخصوصيات ومواجهة تلك الصعوبات ، أرتاينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين ، نتطرق في الأول إلى خصوصيات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، وسنعرض في الثاني صعوبات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

المبحث الأول

خصوصيات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

يُعد إثبات القانون الأجنبي من المسائل التي لقيت اهتماماً لدى فقهاء القانون الدولي الخاص، إذْ إنّ مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني يُثير تساؤلات عن كيفية التعامل مع هذا القانون وطرق معاملته أمام القضاء الوطني، ويتفرع عن هذا التساؤل أسئلة أخرى عما إذْ ا كان القاضي ملزماً بتطبيقهِ والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسهِ، أم يجب على الخصم التمسك بتطبيقهِ وإقامة الدليل على أحكامهِ .

وإذْ ا كان الكلام المتقدم أعلاها ينطبق على قاعدة الإسناد التقليدية فهل يصطبغ إعمال قاعدة التنازع ذات الغايات المادية بخصوصية تعكس الطابع المميز لهذه القاعدة في هذا النطاق، هذا ما سنتعرف عليه في المطلب الأول من هذا المبحث.

وإذْ ا تمكن القاضي من التعرف على القانون الأجنبي وإستبانة لهُ قواعدهِ وأحكامهِ، فهل يكون ملزماً بتطبيقهِ وإنزال حكمهِ على المسئلة المعروضة، أم يطرأ مانع فني يحول دون ذلك، إذْ قد يتضح أن مضمون قواعد القانون الأجنبي يصطدم بالمبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية، أو قد تخول بعض الأنظمة القانونية القاضي بأستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى ما أتضح من ظروف النزاع أن هذا القانون لا يرتبط بالعلاقة محل النزاع إلا برابطة ضعيفة، الأمر الذي يدعونا لمعرفة هذه الآليات الملطفة في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني من المبحث .

لذا ومن أجل الإلمام بهذه الخصوصيات سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى الخصوصيات الإجرائية، وسنعرج في المطلب الثاني على الآليات المطلفة لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية .

المطلب الأول

الخصوصيات الإجرائية

يؤدي إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية إشكاليات إجرائية تمتاز ببعض الخصوصية عن تلك التي تطرح مع قاعدة التنازع التقليدية، إذْ يفترض إعمال هذه القاعدة

ضرورة إثارة القاضي لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، حتى نحد من تحكم القاضي من إعمال وعدم إعمال هذه القاعدة ، إضافة إلى ذلك يتطلب إعمالها إجراء مقارنة أولية بين القوانين ممكنة الإنطباق مما يفرض تدخلاً تشريعياً يلزم القاضي بضرورة إثبات القوانين الأجنبية ممكنة الإنطباق على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، ومن أجل الإحاطة بذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نعرض في الأول إثارة القاضي لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه، وسنبحث في الثاني تغيير نظام إثبات محتوى القانون الأجنبي .

الفرع الأول

إثارة القاضي لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه

تتباين الأنظمة القانونية في مدى التزام القاضي بإعمال قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، وسنعرض في أدناه هذه الإتجاهات بشيء من الإيجاز بقدر ما يتعلق الأمر بموضوعنا مع تقدير كل منها وصولاً إلى أفضل إتجاه يمكن من خلاله تحقيق الوظيفة الحمائية لقواعد التنازع ، وكالآتي :

- الإتجاه المناهض لصفة الالزام في قاعدة التنازع:

يسود هذا الإتجاه في بعض الأنظمة القانونية الوضعية ولاسيما النظام الأنكلو أمريكي، فقد سار على ذلك كل من القانون الإنكليزي والأمريكي ، وهذا الموقف الرافض لأعمال القاضي الوطني لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، يفسره موقف هذه الأنظمة من دور القاضي الوطني في الخصومة المدنية بشكل عام من جهة ، ومن مسألة إثبات القانوني الأجنبي من جهة أخرى ، إذْ إنّ القاضي لا يتمتع بأي دور إيجابي في إدارة الخصومة المدنية على صعيد إثبات الوقائع ، وإنما يقتصر دوره على مراجعة إحترام الأطراف للمبادئ الحاكمة لهذه الخصومة[١] ، وإستند هذا الإتجاه على بعض الحجج التي تدعم موقفه .

أولاً – حجة عملية:

تتلخص في أنه من الصعب تحميل القاضي مهمة البحث عن أحكام القانون الأجنبي من

---

[١] نقلاً عن د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣ ، ص٣٤ – ٣٥ . ولمزيد من التفاصيل حول هذا الاتجاه انظر :

- Dicey and Morris , The conflict of Laws , ninth edition stevens & sons limited , London , 1973 , P. 220 ets .

تلقاء نفسه ، إذْ هو لا يعرف إبتداءً تلك الأحكام ولا يجوز التمسك تجاهه بقاعدة أن المحكمة تعرف القانون أو يفترض علمه بها لأنها تقتصر على القانون الوطني[١] ، ولما كان هذا الأخير هو وحده الذي ينشر داخلياً في الجريدة الرسمية ، أما القانون الأجنبي فينشر في الخارج ، لذا فأنَّ القاضي الوطني سوف يتجرد من الوسائل التي تساعده من الأستعلام عنه، وعلى ذلك سيكون من غير المنصف من الناحية العملية أن تلزمه بقوانين دول العالم[٢] ، وتأسيساً على ما تقدم فأن إعفاء القاضي من إثارة قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه يترتب عليه بالضرورة إعفاءه من البحث عن مضمون القانون الأجنبي غير المعلوم لديه في معظم الأحوال ، وهو ما سوف يؤدي إلى السرعة في الفصل في المنازعات المعروضة عليه ، وهذا ما يتماشى أيضاً مع معاملة القانون الأجنبي على أنه واقعة يقع على عاتق الأطراف إثباتها[٣] .

ثانياً – حجة فنية:

يقدم الفقه الأنكلو أمريكي هذه الحجة وقوامها أن القاضي غير معني بتماثل أو تطابق أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانونه الوطني ، ومن ثم تنتفي علة تجشمه عناء البحث عن مضمون القانون الأول ، وإذا أراد الخصوم إعمال القانون الأجنبي وَجَبَ عليهم إقامة الدليل على إختلاف مضمونه عن مضمون القانون القاضي ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الخصم الذي يدعي قيام حقه أو مركزه القانوني على أحكام ذلك القانون الأجنبي، فإذا أخفق في ذلك ظلت قائمة قرينة تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي، وطبق هذا الأخير[٤] ، ولا يخفى عن البال أن تلك القرينة وإنْ كانت بسيطة إلاّ أنّها تقبل إثبات العكس، لأنها مقررة لصالح القاضي ، ينقل بمقتضاها بيان مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم[٥] .

ثالثاً – حجة إجرائية:

ومقتضاها أنه في الخصومة المدنية يكون هناك مساحة لسلطة القاضي وأخرى لسلطة

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٦٨ ، ص١٢٩ .
[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٨٠ .
[٣] انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٣٦ .
[٤] انظر في عرض الفقه الانجلو امريكي بخصوص هذه الحجة Martin Wolf , Op . cit , P. 219 ets .
[٥] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٧٥ .

الخصوم ، فالسلطة الأولى مجالها القانون ، بينما مجال الأخيرة الوقائع ، فالقاضي يطبق حكم القانون على ما يعتقد في صحته من الوقائع التي قدمها الخصوم[١] ، وإذا كان هؤلاء يتحملون عبء إثبات الوقائع المنشئة للمراكز القانونية ، وكان القانون الأجنبي وفقاً للفقه والقضاء الغالب في فرنسا وانكلترا وأمريكا يعد مسألة واقع ، فأنه يدخل بمثابة ذلك في مجال سلطته ، يتحملون عبء إثباته وبيان أحكامه للقاضي حتى يستطيع أن يزودهم بحكم القانون ، وهذا التحديد يؤكد مبدأ سيادة الخصوم في شأن الوقائع ومبدأ حياد القاضي تجاهها، وعدم جواز إستناده إلى عمله الشخصي بشأنها[٢] .

تقدير الإتجاه:

بالرغم من وجاهة الحجج المتقدمة ، إلاّ أنها لا تسلم من الانتقاد وكالآتي :

١- فيما يتعلق بالحجة الأولى ذات الطابع العملي ، فأنها تخلط بين مسألتين ، وهما التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وإلزامه بإعمال قاعدة التنازع الوطنية من تلقاء نفسه ، وينبغي أن لا يؤثر الموقف الذي يتخذه نظام قانوني من المسألة الأولى على الموقف الذي عليه إتباعه بشأن الثانية[٣] .

٢- بالنسبة للحجة الثانية التي تفترض تماثل كل من أحكام القانون الأجنبي والقانون الوطني للقاضي ، فهي حجة واهية وتصطدم بالحقائق الثابتة ، فالقانون ظاهرة اجتماعية تعكس الأوضاع والظروف السائدة في كل دولة ، ولما كانت تلك الأوضاع والظروف تتباين من دولة إلى أخرى ، فأن القانون الساري في دولة يتباين ويختلف بالضرورة عن قرينه في الدول الأخرى ، فكيف يفترض مثلاً تطابق القانون الصيني مع القانون العراقي في مجال الأسرة[٤] . إنَّ فكرة أفتراض التطابق المشار إليها أصبحت مهجورة في بلادها ويصفها الفقه المعاصر هناك بأنها فكرة اصطناعية أو زائفة تهدد وجود قاعدة التنازع والأساس الذي يقوم

---

[١] في التفرقة بين الوقائع والقانون انظر إستاذنا د. منصور حاتم محسن وإستاذنا د. هادي حسين الكعبي ، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول ، المجلد الأول ، ٢٠٠٩ .

[٢] انظر د. سيف الدين محمد البلعاوي ، القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني ، بحث منشور في مجلة جامعة الأقصى ، تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة الأقصى ، فلسطين ، مج٧ ، ع١ ، ٢٠٠٠ ، ص١٨٠ .

[٣] انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٣٦ .

[٤] قارن في عرض هذه الحجة وإنتقادها كل من د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني (في تنازع القوانين ، تنازع الهيئات ، تنازع الاختصاص) ، ط٢ ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ص٦٠٧ . د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي ... ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ وما بعدها . ود. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص١٨٥ وما بعدها .

عليه من تحقيق التعايش بين النظم القانونية في مختلف الدول ، وتؤدي إلى هيمنة قانون القاضي حتى بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية وافتراض أنه الأصلح لها ، مع أنه قد لا يكون كذلك دائماً .

٣- من غير المقبول وصف القانون الأجنبي بأنه مجرد واقعة خالية من عنصر الأمر ، لأن تجرده من هذا العنصر لا يتعلق بطبيعته بل بقوة النفاذْ ، بمعنى أنه ليس من شأنه أن يفقد هذا القانون صفة كونه "قاعدة عامة" وإنّما تفقده فقط قوة السريان ، وإذا أمرت قاعدة الإسناد القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي ، كان هذا الأثر وحده كافياً لتزويد هذا القاضي بالعنصر الآمر وقوة النفاذْ [١] .

الاتجاه المؤيد لصفة الالزام في قاعدة التنازع:

تتبنى العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة موقفاً كرسه بعضها بنصوص تشريعية ، مفاده التزام القاضي الوطني بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، حتى لو لم يتمسك الخصوم بذلك[٢] ، وتؤازر هذا الإتجاه الحجج الآتية :

الحجة الأولى : قانونية قاعدة التنازع الوطنية:

إنَّ قواعد الإسناد لا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى من حيث التركيب الهيكلي والغاية التي تسعى إلى تحقيقها ولا من ناحية تمتعها بالإلزام ، فكما أوضحنا سابقاً إنّها تتحلل إلى عنصري الفرض والحكم ، وإنها لا تتمايز في غايتها العامة عن أية قاعدة من قواعد القانون الأخرى ، فإذا كانت القواعد الاعتيادية تحسم النزاع من الناحية الموضوعية ويؤكد إستقرار العلاقات بين الأفراد ، فأن قواعد الإسناد تهدف أيضاً إلى الوصول إلى الغاية ذاتها من خلال إختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي[٣].

كذلك فأن قواعد التنازع بوصفها قواعد قانونية تتسم بالإلزام ومعنى ذلك إنها إذْ توجه خطابها إلى القاضي بالدرجة الأولى ، فأنه يكون ملزماً بإعمالها بمجرد أن يستشف توافر الطابع

---

[١] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥١٩ .

[٢] انظر في عرض هذه الأنظمة د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص١٩٣ .

[٣] انظر د. محمد وليد المصري ، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدر عن جامعة الأمارات العربية المتحدة ، العدد ٣٥ ، ٢٠٠٨ ، ص٢٣٦ .

الدولي في العلاقة محل النزاع وإلاّ سوف يتعرض قراره للطعن[١] ، كما أن هذه القواعد عندما توجه خطابها بالدرجة الثانية إلى الإفراد أطراف العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي يتطلب منهم أن يتقيدوا بأحكام هذه القواعد[٢] .

الحجة الثانية : إحترام ذاتية العلاقات الخاصة الدولية:

إنَّ الإعمال التلقائي لقواعد التنازع ذات الطبيعة المزدوجة يؤدي إلى إمكانية قيام القاضي بتطبيق قانونه الداخلي أو القانون الأجنبي حسب الأحوال ، وفي ذلك إحترام لذاتية العلاقات الخاصة الدولية ، فالنظر بعين الاعتبار للعنصر الأجنبي يؤدي إلى إستبعاد التطبيق الآلي للقانون الوطني للقاضي[٣] .

الحجة الثالثة : حتمية الإعمال التلقائي لقاعدة التنازع الوطنية:

من المعروف أنه في ظل الأنظمة القانونية التي لا تلزم القاضي بإثارة قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، لها أن تعطل هذا الإعمال كلياً عن طريق عدم إثارة تنازع القوانين وعدم التمسك بأعمال قاعدة الإسناد الوطنية ، وهذا ما يساعد الأطراف للتحايل على القانون وتسوق الاختصاص ، وذلك برفع الدعوى أمام المحكمة التي يعلمون أنها لا تقوم بالإعمال التلقائي لقواعد الإسناد ، وبهذه المثابة تبدو ضرورية قيام القاضي بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه تفادياً للنتائج السلبية التي يؤدي إليها تبني النظر الذي يجعل من قيام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية مجرد رخصة متاحة له وليس التزاماً واقعاً عليه[٤] .

تقدير الإتجاه :

يؤدي العمل بهذا الإتجاه :-

١- غلق الباب أمام الخصوم في النزاع للغش نحو القانون ، عن طريق إحجامهم عن التمسك بإعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي تنطبق على النزاع متى ما حَسبَّ في صالحهم ، أو بلجوئهم إلى محكمة دولية معينة لا يلتزم قضائها بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، فيضمنون بذلك تطبيق القانوني الموضوعي لتلك المحكمة متى ما أتضح أنه

---

[١] انظر د. يوسف سعيد البستاني ، مصدر سابق ، ص١٩٣ .
[٢] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٢٤٥ .
[٣] انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٤٠ .
[٤] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع .. ، مصدر سابق ، ص٨٢ .

الأصلح لهم[١] .

٢- إنَّ إتقان الخصوم صراحةً على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لا يؤثر على التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، ذلك لأن قواعد التنازع تتعلق بالنظام العام في جميع الأحوال لكونها تهدف إلى تطبيق أنسب القوانين ملاءمة لحكم المسألة المعروضة وفقاً للسياسة التشريعية التي يرمي المشرع الوطني إلى تحقيقها[٢] .

أما إشكالات أو معوقات العمل بهذا الإتجاه فتتمثل بصعوبة التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي نظراً لعدم معرفته بهذا القانون أو إستحالة إثبات مضمونه في بعض الحالات ، لكن هذا الأمر يمكن التغلب عليه إذْ ا طلب القاضي بنفسه من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية[٣] .

وفي معرض حديثنا عن الوظيفة الحمائية التي يمكن أن تحققها قاعدة التنازع في كلا الإتجاهين ، فنحن نؤيد الإتجاه الذي يقضي إلى إثارة قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، وذلك للأسباب التي ذُكِرَت في أعلاه ، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا الإتجاه يقلل من الإنتقاد الموجه للقاضي في حالة إعماله القانون الأصلح أو الأفضل لأحد أطراف العلاقة القانونية على أساس أنه يتطلب من القاضي أن يقوم بعمليات ذهنية تتطلب منه الإحاطة بجميع القوانين المرتبطة بالعلاقة محل النزاع[٤] ، فالقول بخلاف ذلك قد يعيق تطبيق قاعدة التنازع الحمائية المتمثلة بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي يهدف المشرع من ورائها إلى تحقيق غايات وأهداف وخيارات تتضمنها قاعدة التنازع المعنية لتحقيق الوظيفة الحمائية .

وبعبارة أخرى أن تجاهل القاضي لصفة الإلزام في قاعدة التنازع في نزاع تنطبق فيه قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية . يتعارض مع فلسفة هذه القاعدة التي يأمل المشرع من خلالها تحقيق الخيارات والسياسات التشريعية التي تضمنتها ، كذلك فأن النظام الاختياري لإثارة قاعدة الإسناد[٥] ، يعيق تحقيق أهداف هذه القاعدة ، بل أن هذا النظام الاختياري قد يرتكز عليه القاضي لتجاهل تطبيق هذه القاعدة لصعوبة إعمالها وما تثقل به كاهل القاضي من بحث عن مختلف القوانين ممكنة الإنطباق .

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي ... ، مصدر سابق ، ص١٣٩ .
[٢] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٢٤٨ .
[٣] انظر د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٤١ .
[٤] راجع في هذا الانتقاد والرد عليه ص (١٣ – ١٤) من الأطروحة .
[٥] سنتطرق إلى هذا النظام عند عرض موقف القانون الفرنسي من إثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من إثارة القاضي لقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، وخصوصية هذا الإجراء في قاعدة التنازع ذات الغايات المادية والتي يمكن من خلالها تحقيق أفضل حماية ، فبالنسبة للقانون العراقي وعلى الرغم من عدم تطرقه بصورة صريحة لمسألة إثارة القاضي لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، إلاّ أنه يمكن الاستدلال بصورة غير مباشرة وذلك من خلال الطريقة التي صيغت بها قواعد الإسناد في التشريع العراقي ، إذْ جاءت بعبارات تفيد صفة الإلزام مثل (يسري ، يرجع ، يتبع ، يخضع ...)[١] ، إضافة إلى ذلك أن المشرع العراقي قد إستعمل كلمة "يسري" في القانون المدني النافذ لغرض فرض نصوص هذا القانون بصورة عامة ، بما فيها النصوص الخاصة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان وذلك في المادة الأولى من القانون أعلاه بقولها ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في معناها)) ، وهذا ما أيده الفقه العراقي[٢] الذي يرى بأن هذه النصوص توحي بإلزام القاضي العراقي بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم القيام بذلك ، وما كرسه القضاء العراقي وتطبيقاً لذلك نقضت محكمة التمييز الإتحادية[٣] حكم محكمة الأحوال الشخصية في الرمادي وقضت بأنَّ ((إذا كان طرفي الدعوى مصريا الجنسية ومازالا يحتفظان بالجنسية المصرية فأن أحكام القانون المصري هو الواجب التطبيق وليس أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي عملاً بأحكام المادة (١٩) من القانون المدني العراقي)) .

وبخصوص الموقف في القانون المصري ، فأن الفقه هناك يؤكد إلزام القاضي بإعمال قاعدة التنازع من تلقاء نفسه[٤] ، وهذا ما استقر عليه القضاء هناك ، إذْ خطت محكمة النقض

---

[١] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢١٠ .

[٢] انظر في الفقه العراقي المؤيد كل من د. مصطفى كامل ياسين ، كيف يطبق القانون الأجنبي ، بحث منشور في مجلة القضاء تصدر من نقابة المحامين العراقية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة عشرة ، ١٩٥٧ ، ص١٧٠ . د. جابر إبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مديرية مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٦٥ . د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص٢١٢ . د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبي، ط٥ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠١٠ ، ص٢٦٤ . د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٢٢١ . د. عبد الرسول الأسدي ، مصدر سابق، ص٣٧٦ .

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٢٣/ هيئة الأحوال الشخصية الأولى بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٢٠ منشور في النشرة القضائية الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى ، العدد الثالث ، ٢٠٠٨ ، ص٣٢ .

[٤] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٦١٠ . د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٠ . د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي ... ، مصدر سابق ، ص١٤٩ . د. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٣٥٦ . د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع .. ، مصدر سابق ، ص٨٣ .

المصرية خطوة كبيرة في مدى إلزام القاضي بإثارة قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القواعد في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٢/٦[١] ، إذْ بموجب هذا القرار يُلزَمْ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي في حالة ما إذْ ا كان عالماً بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً ، وهذا يعني أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وإن أشارت بأختصاص أحد القوانين الأجنبية ، ما لم يجهل القاضي بأحكام القانون الأجنبي المشار إليه .

أما عن الوضع في تونس ، فقد قطع المشرع شوطاً كبيراً في إلزام القاضي بإثارة قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، إذْ جاء في الفصل (٢٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على إنّ ((قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذْ ا كان موضوعها صنفاً يتضمن حقوقاً ليس فيها للأطراف حرية التصرف ، وفي المجالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها)) ، والملاحظ على هذا النص أنه يصنف قواعد التنازع بالنسبة إلى موضوعها على صنفين : قواعد تنازع من النظام العام وأخرى ليست من النظام العام ، الأولى تعد قواعد آمرة يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وليس للأطراف حق التنازل عن تطبيقها ، أما الثانية فهي وإن لم تكن من النظام العام لكنها ملزمة للقاضي وعليه إثارتها لتحديد القانون المنطبق إلاّ إذا عبرت الأطراف المعنية بصورة جلية وواضحة عن إرادتها في عدم تطبيقها[٢] .

وعن الوضع في القانون الفرنسي ، فلقد سار بإتجاه مختلط أو اختياري يتمايز عن الاتجاهين المعروضين سالفاً ، إذْ إتخذ القضاء هناك موقفاً متفاوتاً من مدى التزام القاضي بإثارة قاعدة التنازع الفرنسية ، ففي مرحلة أولى ذهب إلى عدم التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الفرنسية من تلقاء نفسه إلاّ إذا كانت هذه القاعدة تُعَيِنْ القانون الفرنسي كقانون واجب التطبيق[٣] ، ثم تلتها مرحلة عدم التطبيق التلقائي لقاعدة التنازع مع وضع إستثنائين على هذا المبدأ ، إذْ يتعين على القاضي الفرنسي أن يقوم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه إذا كانت المنازعة تتعلق بحجة من الحقوق التي لا يملك الأشخاص التصرف فيها ، كما يطلب من القاضي إعمالها إذْا

---

[١] طعن رقم ٨٣ لسنة ٤٩ القضائية ، غير منشور ، أشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص٦٤ – ٦٥ .

[٢] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ .

[٣] يعد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في قضية (Bisbal) معبراً عن تلك المرحلة إذ أنها قضت في حكمها الصادر في ١٩٥٩/٥/١٢ بأن ((قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي ...)) انظر Batiffol , Op . cit , P. 327 ولمزيد من التفاصيل حول هذا الحكم انظر د. محمد وليد المصري ، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

كانت هذه القاعدة ذات مصدر اتفاقي[١] ، وبعدها انتقلت المحكمة هناك من مرحلة التطبيق الاختياري لقواعد الإسناد إلى التطبيق الالزامي ، فإعمال قواعد التنازع الفرنسية لم يعد مجرد رخصة أو أمر جوازي وإنما أصبح ألتزاماً واقعاً عليه[٢] ، إلاّ أنها تراجعت عن هذا الإتجاه لتعود إلى قضائها السابق الذي قررته في حكم (Bisbal) سالف الذكر ، بعد أن خففت من حدته بوضع إستثناء لقواعد التنازع الوطنية في حال تعلقها بالنظام العام أو كانت هذه القاعدة ذات مصدر إتفاقي[٣] ، ثم ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عد القانون الأجنبي كقانون يقع على القاضي إثارته في جميع الأحوال سواء تعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها أم لا وذلك في قرار صادر عنها في ٢٠٠٥/٦/٢٨[٤] .

ويدعم الفقه الفرنسي التطور الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية بإلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه[٥] .

أما عن الوضع في أمريكا ، فقد سبق وأن قلنا أن القضاء هناك لم يلزم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، ومع ذلك فأن قرارات بعض المحاكم الأمريكية تعكس بعض الشكوك فيما يتعلق بمدى ملائمة مثل هذا الموقف المبدئي[٦] .

ومن كل ما تقدم من خلال آلية إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بإثارة القاضي

---

[١] انظر بيار ماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص١٤٦ .

[٢] ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٨٨/١٠/١١ إلى القول ((أن حرمان الأم الجزائرية من حقها في إثبات نسب أبنها الطبيعي تطبيقاً لإعمال القانون الفرنسي ودون أن يفحص القاضي الفرنسي من تلقاء نفسه مصير هذه الدعوى بالتطبيق لقواعد القانون الجزائري ، القانون الشخصي لعدّم .... فأن محكمة الاستئناف المطعون بقضائها تكون قد خالفت المواد (٣١١ – ٣١٤) من القانون الفرنسي . نقلاً عن د. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٤٦ .

[3] Cass civ , 18 nov. 1992 , affaire Makhlouf C Benali , Rev. Crit , 1993 , Note . Ancel .
- أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص٨٧ – ٨٨ .

[٤] إذ قضت الفرقة المدنية بالمحكمة العليا بـ ((أن القاضي يطبق القانون الأجنبي ويبحث عن مضمونه سواء طبقه من تلقاء نفسه أو تمسك الخصوم به ، وسواء تعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها أم لا . أنظر في ذلك اطروحة الدكتوراه Ratchaneekorn , Le statut de la loi étrangére selon la cour dé cassation , mémoire présenté en vue de lóbtention du master droit mention froit international , Lille 2 , Universite du droit et de gestion (n °74) , factulte des sciences juridiques , Politique et sociales , 2005 – 2006 . أشاردت إليه عكموش سهام ، القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة محمد بوقره بومرداس ، الجزائر ، ٢٠٠٩ – ٢٠١٣ ، ص١١١ – ١١٢ .

[٥] انظر في ذلك Andit , Op . Cit , P. 237 .

[٦] انظر Pavel Kalensky , Trends of Private International Springer , Science , Business media , B. r , Law , Czechoslovak Academy of Sience , Praque , 1971 , P. 270 . إذ يخلص إلى القول بأن الفقيه رابل يقتبس من قرارات المحكمة العليا بنيوهامبشير التي تتلخص شكوكها فيما يتعلق بطبيعة القانون الأجنبي على النحو التالي (... الإقرار بأن القانون الأجنبي مسألة واقع لكنه أيضاً قانون بالمعنى الحقيقي) .
- For example , Rabel quites The decision of the supreme court of New Hampshire which sums up its doubts as to the true character of foreign law as follows : ((… it is a fact as domestic law is …)) .

لقاعدة التنازع من تلقاء نفسه ، وفي سبيل تحقيق أفضل حماية من قواعد الإسناد ، نقترح على المشرع العراقي المتمثل بالقانون المدني النافذ إدراج نص بصورة صريحة مع المواد المتعلقة بالتنازع الدولي من حيث المكان ، ويكون بالشكل الآتي : ((يلتزم القاضي بإثارة قاعدة التنازع (الإسناد) من تلقاء نفسه حتى لو تمسك الخصوم بتطبيق القانون العراقي)) .

الفرع الثاني

تغيير نظام إثبات محتوى القانون الأجنبي

من المعلوم وكما تقدم سابقاً ، أنَّ قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية وفي سبيل تحقيق وظيفتها الحمائية ، تعقد الاختصاص لأكثر من قانون ومن ثم يقوم القاضي بإجراء مقارنة أولية بين هذه القوانين ممكنة الإنطباق والتي على ضوئها يتم إختيار القانون الأفضل، وتأسيساً على ما تقدم فأنه من الصعب فصل مرحلة تعيين القانون عن مرحلة معرفة مضمونه ، لأنّ الإطلاع على محتوى القانون سابق بالضرورة على تعيينه وفقاً لعمل هذه القواعد[١] .

فالقاضي عند ما يريد تطبيق هذه القاعدة ، فأنه يحتاج إلى إثبات محتوى أكثر من قانون قابل للانطباق على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، وهذا يتطلب منه إلتزاماً ببذل عناية مقترنة بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء ، ولما كانت قوانين دول العالم تتباين في الطرف الذي يتحمل إثبات القانون الأجنبي[٢] ، فأن الإتجاه الذي يفضي إلى إلزام القاضي بالبحث عن مضمون

---

(1) B. Ancel et Y. Lequette , note civléree 25/11/1986 , R. C.D.I.P , 1987 , P.P. 383 ets .
نقلاً عن منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص٧ .

(٢) هنالك ثلاث إتجاهات بخصوص الطرف الذي يتحمل عبء إثبات القانون الاجنبي وكالآتي :
الأول : يذهب هذا الاتجاه إلى عدم إلزام القاضي بالبحث عن أحكام القانون الاجنبي واجب التطبيق من تلقاء نفسه وإلقاء عبء ذلك البحث على عاتق أطراف الدعوى ، إذ يتحملون ذلك وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، عدا مرحلة التمييز (النقض) وهذا ما سارت عليه قوانين الدول الانكلو امريكية ، وما نص عليه صراحة القانون الدولي الخاص الاسباني لسنة ١٩٧٤ في المادة (٦/١٢) منه والتي تقرر ((أن الشخص الذي يستند إلى قانون أجنبي يلتزم بالكشف عن مضمونه وبأنه ما زال ساري المفعول)) . انظر بخصوص هذا الاتجاه والانتقادات الموجهة إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٥٠٤ وما بعدها .
الثاني : يقضي هذا الاتجاه إلى قيام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، من دون أن يصل إلى حد الالتزام ، بل يعد رخصة له ويسود هذا الاتجاه في فرنسا منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٦٠/٣/٢ في قضية Chimony حيث صرحت بأنه يصوغ لقاضي الموضوع أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بالرغم من عدم تمسك الخصوم بأحكامه . لمزيد من التفصيل عن هذا الاتجاه انظر إبراهيم صالح الصرايرة وعلاء محمد الفواعير ، مهمة إثبات القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة الاردن، المجلد ٤٣، ملحق ٣، ٢٠١٦، ص١٢٥٥ وما بعدها .=

القانون الأجنبي من تلقاء نفسه هو الذي يحقق أفضل آلية إعمال لقواعد التنازع ذات الغايات المادية ، لما تتمتع به هذه القاعدة من خصوصية وآيتنا في ذلك ما يلي :

أولاً : أنَّ إلقاء عبء الإثبات على عاتق الخصوم ، أو أنهُ مجرد رخصة متاحة للقاضي ، يتنافى مع الطابع الملزم لقاعدة الإسناد ، إذْ أنه ليس من الصحيح أن تقرر إنه ملتزم بإعمالها ، ومن ثم نُحرره من إعمال القانون الذي تختاره ففي ذلك تقصير منه في الإرتقاء بوظيفته القضائية[١] .

ثانياً : أن ترك الأمر إلى المتخاصمين في إثبات القانون الأجنبي ، قد يؤدي بهم وبسوء نية الإدعاء بعدم معرفتهم بمحتوى هذا القانون من أجل التحايل على تطبيقه ، وهذا ما يستفاد من حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٨/١٠/١١ سالف الذكر[٢] .

ثالثاً : إنّ المبرر العملي الذي يستند عليه القاضي من أجل إعفائه من الإلتزام بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي ، وذلك بأنه لا يمكن أن يكون عالماً بجميع القوانين في العالم ، لم يعد له أساس بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وإزدياد المراجع التي يمكن الاهتداء بها والتطور الكبير الحاصل في وسائل الإتصالات مع الدور الذي تلعبه الإتفاقيات الدولية الرامية إلى إرساء التعاون القضائي الدولي ، الأمر الذي يتيح للقاضي الإطلاع على أي قانون في العالم دون عناء كبير[٣] .

رابعاً : إنَّ تخويل القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي دون إلزامه بذلك ، يتجاهل وحكمة التشريع التي تلزم القاضي أن يتصدى بنفسه للكشف عن مضمون القانون الأجنبي تمهيداً لتطبيقه على واقعة النزاع إذْ عاناً لأمر المشرع بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية ، كما يصطدم أيضاً بطبيعة دور القاضي في الدعوى والتزامه بأن يحكم وفقاً للقواعد التي تحكم النزاع حتى لو لم يطلب الخصوم تطبيقها ، ويقتضي منه أن يتصدى بالبحث عن قواعد القانون الأجنبي إذا كان لا يعرفها حتى يتمكن من إداء دوره الذي حددته له قواعد المرافعات[٤] .

وبدورنا نقول وفي سبيل التغلب على الانتقادات التي وجهت لقاعدة القانون الأفضل التي

= الثالث : ينص هذا الاتجاه صراحة على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وهجر فكرة الترخيص للقاضي ، لا ضير في مساعدة الخصوم في ذلك ، وهذا ما سارت عليه العديد من التشريعات كما هو الحال في القانون الإلماني والإيطالي والهولندي والسويسري . انظر في هذا الاتجاه والحجج التي استند عليه د. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق ، ص٢٥٨ وما بعدها .

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٥١٦ .

[٢] راجع مضمون الحكم ، ص (٨٣) هامش رقم (٢) من الاطروحة .

[٣] انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، الإثبات ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ن ١٩٩٨ ، ص٥٦ .

[٤] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الاجنبي ... ، مصدر سابق ، ص٢٣٦ .

تقوم عليها قاعدة التنازع ذات الغايات المادية ، من تحكم القاضي بإعمال هذا القانون أو ذلك . نفضل في حالة إثبات القانون بيان مركز القانون الأجنبي، عَدَّهُ قانون يلتزم القاضي بتطبيق أحكامه بواسطة قاعدة الإسناد ، وبذلك نمنعه من التحكم في إعمال القانون الأجنبي عن طريق خضوعه لرقابة محكمة التمييز (النقض) .

وعن موقف القانون العراقي والمقارن من إثبات القانون الأجنبي ودوره في آلية إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، فبالنسبة للقانون العراقي نجد أن الفقه هناك يذهب إلى أن البحث عن القانون الأجنبي المختص ومهمة إثباته وتطبيقه يقع على عاتق القاضي المثار أمامه النزاع ، مثلما يلتزم بالبحث عن قواعد قانونه الوطني ، أي أن القاضي العراقي لا يعد القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة بعد ما يقرر تطبيقه بآمر من قواعد الإسناد العراقية ، ولا رخصة من المحكمة بل تنفيذاً لرغبة المشرع الوطني الواردة في قواعد الإسناد الوطنية الخاصة بتنازع القوانين[١] .

والجدير بالذكر أن المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدل قد تضمن على بعض الوسائل التي يمكن من خلالها إثبات القانون الأجنبي[٢] .

وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز في قرارها المؤرخ في ١٩٧٢/٤/٢٦[٣] إلى تطبيق القانون الأجنبي وإلزام القاضي بإثباته من تلقاء نفسه إذْ جاء بقرارها على ((أن قانون الأحوال الشخصية السوري هو الواجب التطبيق لذا على المحكمة أن تتأكد من جنسية طرفي الدعوى وذلك بتكليفهم بإبراز شهادة الجنسية ...)) .

أما في مصر فقد اعتنقت محكمة النقض المصرية الإتجاه الذي يقضي بإثبات القاضي للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون الوصول إلى حد الإلزام في ذلك وهذا ما كرسته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨٤/٢/٦ سالف الذكر[٤] ، وفي هذا الصدد يرى بعض

---

[١] انظر في الفقه العراقي المؤيد لذلك د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص٢١٢ . ود. عالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢٦١ . ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص .

[٢] تنص المادة ٣ من هذا القانون على أن : ١- للمحاكم في التدقيق عن قانون بلد أجنبي أن تقبل : (أ) إفادة الاخصائيين في القوانين ذات الشأن الشفهي أو التحريرية (ب) الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية أو التي استحصلت بواسطة أولئك الممثلين . (ج) الوثائق الموقع عليها من قبل الحكام البريطانيين في العراق فيما يخص قوانين دولة بريطانيا . ٢- يجوز للمحاكم أن تدعوا قنصل الدولة ذات الشأن أو نائبه إلى الحضور في المحاكم للإسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته .

[٣] قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٢/ هيئة عامة / بتاريخ ١٩٧٢/٤/٢٩ ، مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العدد الثاني ، السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ ، ص١٢١ – ١٢٢ .

[٤] انظر ص (٨١ - ٨٢) من الاطروحة .

الفقه المصري أن محكمة النقض المصرية قد القت على عاتق القاضي واجب إثبات مضمون القانون الأجنبي ما دام من المستطاع الوصول إلى مصادره[١] .

وبخصوص الوضع في تونس ، فقد نص المشرع صراحة في الفصل (٣٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانية علمه وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء ...)) . والملاحظ على هذا النص أنه لم يلزم القاضي بإثبات القانون الأجنبي ، وإنما جعله وسط بين الإلزامية والإمكانية في إثبات القانون الأجنبي أملته الطبيعة القانونية التي أعطاها المشرع لهذا القانون أمام القضاء الوطني[٢] .

وفي فرنسا نلاحظ أن الفقه الحديث[٣] هناك انتقد موقف القضاء الفرنسي الذي يخول القاضي حق تطبيق القانون الأجنبي دون إلزامه بذلك ، إذْ تطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها المؤرخ في ٢٠٠٥/٦/٢٨ على أنه ((يتعين على القاضي الفرنسي الذي يعتبر قانوناً أجنبياً واجب التطبيق ، أن يتقصاه أما من تلقاء نفسه أو بناءاً على طلب الطرف الذي يتذرع به وبمساعدة الأطراف إذا اقتضى الأمر عن مضمون هذا القانون ، وأن يعطي للمسألة المتنازع فيها حلاً مع القانون الوطني الأجنبي))[٤] .

أما في القانون الأمريكي ومعظم القوانين الأنكلو أمريكية ، فالإتجاه الذي لم يلزم القاضي بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه يلقى رواجاً هناك[٥] .

وبالعودة إلى موقف القانون العراقي ، فإننا نعتقد إنَّ نظام إثبات القانون الأجنبي هو نظام منقوص لا يأخذ بنظر الاعتبار خصوصية قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي التي يهدف من خلالها المشرع تحقيق الوظيفة الحمائية ، وهو ما يفترض تدخلاً تشريعياً يلزم القاضي بضرورة إثبات مضمون القوانين المعينة من قبل هذه القاعدة خاصة وأن التقدم التقني وتوفر الإمكانيات

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص١٦٩ – ١٧٠ .

[٢] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٣٠٦ .

[٣] انظر في عرض آراء الفقه الفرنسي الحديث :

Ratchaneekorn , Le statut de la loi étrangére selon la cour de cassation , Op . cit , P. 40 ets .

- نقلاً عن عكوش سهام ، مصدر سابق ، ص١١٧ .

[٤] نقض مدني ١ ، ٢٠٠٥/٦/٢٨ ، نشرة مدنية ، رقم ٢٨٩ ، ص٤٠٦ . دالوز ، ص١٥ .

[5] Nussbaum , Proof of foreign Law in New York , Columbia Review , Vol. 57 , No. 3 , 1957, PP. 348 – 354 .

اللازمة تسمح اليوم للقاضي العراقي بمعرفة محتوى القانون الأجنبي وإثباته .

وهذا التدخل التشريعي لا يترتب عليه بالضرورة أن مهمة إثبات القانون الأجنبي تكون عبئاً محمولاً على القاضي وحده ، وإنما تضع على عاتقه التزاماً ببذل عناية مقترنة بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء حتى يكون النص متلائماً مع خصوصية القاعدة ، ويدرج مع المواد المتعلقة بالتنازع الدولي من حيث المكان في القانون المدني وبالشكل الآتي ((يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وبكل وسائل العلم الممكنة دون الحاجة لتمسك الخصوم بأحكام هذا القانون)) .

المطلب الثاني

الآليات الملطفة لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

تتمثل الآليات الملطفة لقاعدة الإسناد في آليتين أساسيتين ، هما آلية الدفع بالنظام العام وآلية تقويم الإسناد ، تتدخل الأولى عندما تُعيَن قاعدة التنازع قانوناً يتصادم مع الاختيارات الأساسية للمشرع ، بينما تنهض الثانية إذا حددت قاعدة قانوناً لا تربطه بالنزاع روابط موضوعية، إلا أن هاتين الآليتين لهما خصوصية واضحة عندما يتعلق الأمر بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية والتي تختار القانون الأفضل لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر إجنبي ، لذا إرتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الأول الحد من تدخل الدفع بالنظام العام وسنبحث في الثاني إقصاء إستثناءات تقويم الإسناد .

الفرع الأول

الحد من تدخل الدفع بالنظام العام

يتضمن النظام العام، مجموعة من القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد[١]، وينقسم النظام العام الاقتصادي بدوره على نوعين، النظام العام التوجيهي الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تسعى إليه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية ويدخل في نطاق النظام العام التوجيهي القوانين الخاصة بتنظيم الأسعار والصرف

[١] د. أحمد قسمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١ ، ط٢، القاهرة، ١٩٥٤، ص٢٠٥ .

والائتمان والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة، والنظام العام الحمائي الذي يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً وفي خصوص الروابط الاقتصادية يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصادياً كالمزارع والمستهلك والعامل والمقترض[١] .

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد ما هو دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في كل من النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي ؟

بالنسبة بالنظام العام التوجيهي وبالرغم من أنه يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية تعمل في أطار العلاقات الخاصة الدولية وتحدد أطارها في المصلحة الخاصة، إلا أنه قد يؤدي إعمال هذه القواعد الأخيرة إلى تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية (النظام العام التوجيهي الأجنبي)[٢]، إذا كانت توفر قدر من الحماية يفوق تلك الحماية المقررة في القواعد الآمرة في قانون دولة القاضي المعروض أمامهُ النزاع .

مثال ذلك لو عُرضَ نزاع أمام القاضي الوطني بشأن علاقة عمل أحد أطرافها من الأحداث وكانت قانون دولته يحدد ساعات عمل الحدث بـ (٦ ساعات) وقانون دولة رب العمل يحددها بـ (٧ ساعات)، وكان مكان العمل في دولة ثالثة عدد ساعات عمل الأحداث تقرر بـ (٤ ساعات)، لو طبق القاضي الوطني قانون دولتهِ لأعتبارات النظام العام التوجيهي بوصفهِ ضابط إسناد لصالح قانون القاضي المحدد بـ (٦ ساعات)، أما لو أخذ القاضي بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح للعامل لعقد الاختصاص لقانون دولة مكان التنفيذ المحدد بـ (٤ ساعات)، فإعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية أدى إلى تحقيق أقصى حماية للحدث العامل .

وبذلك أسست قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في نطاق النظام العام التوجيهي لقاعدة تقول : (تمثل الحقوق الواردة في أحكام قانون دولة القاضي والمتعلقة بالمصلحة العامة الحد الأدنى من الحقوق ولا تؤثر تلك الأحكام على أي حق من الحقوق التي تمنح بموجب قانون أخر، يترتب على فرضها حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة بموجب أحكام القانون الوطني) .

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٤ .

[٢] بخصوص تطبيق القواعد الآمرة في القانون الأجنبي من قبل القاضي وفقاً لقواعد الإسناد . انظر أستاذنا د. فراس كريم شيعان، مصدر سابق، ص١٦٣ – ١٧٨ .

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي في المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني النافذ حدد المواد المتعلقة بالنظام العام دون بيان أنواعه[١]، كما أن أحد الفقهاء المصريين، ينتهي إلى القول بأن قوانين النظام العام التوجيهي هي ما يطلق عليه قوانين البوليس والأمن، أو القواعد ذات التطبيق الضروري[٢] .

أما بالنسبة للنظام العام الحمائي، تعد قاعدة الإسناد التقليدية بوصفها طريقة غير مباشرة لتعيين القانون الواجب التطبيق قفزة نحو المجهول[٣] ، وهذا ما يترتب عليه ضرورة إرساء نظام حمائي يحد من مخاطر إمكانية تعيين قانون أجنبي يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني ، وعليه كان الدفع بالنظام العام[٤] في مفهوم القانون الدولي الخاص يتدخل كتقنية لأبعاد القانون الأجنبي المخالف للسياسة الجوهرية للنظام القانوني المراد تطبيق القانون الأجنبي فيه[٥] ، إذْ إنّ التسلسل المنطقي لتدخل هذه التقنية يفترض أولاً النظر في محتوى القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإسناد ومن ثم إعمال آلية الدفع بالنظام العام عند التعارض ، وهذا التسلسل نتيجة طبيعية لخاصية الحياد التي تميز قاعدة التنازع التقليدية التي تحدد القانون بطريقة

---

[١] تنص المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي على أن : ((ويعتبر من النظام العام بوجهٍ خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالأنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف ومال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) .

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، مصدر سابق ، ص٣٨ .

[٣] شبّه الفقيه (Raape) النتائج غير المتوقعة لتنازع القوانين بأنها قفزة نحو المجهول انظر : Leo Raape , Internationales Privatrechnt , London , 1995 , P. 150 . أشار إليه د. نظام جبار طالب ، مصدر سابق ، ص١٤٤ .

[٤] تمييزاً للنظام العام في تنازع القوانين عن النظام العام الداخلي ، يصطلح عليه عادة الدفع بالنظام العام على أساس أنه يدفع أو يدرأ به القانون الأجنبي . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٦٠٧ . أما إصطلاح النظام العام الداخلي فأنه يقترن بالقواعد القانونية الآمرة التي هي مجموعة من القواعد في التشريع الداخلي التي لا يجوز الأفراد الاتفاق على خلافها . أنظر سليمان عبد المجيد ، النظرية العامة للقواعد الآمرة والنظام القانوني الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٣١٥ . ويفضل بعض الفقهاء اصطلاح غياب الإشتراك القانوني مقابل النظام العام مسوغاً ذلك بأن هذا الاصطلاح أكثر إنسجاماً وتناغماً مع فكرة الموضوع التي تتعلق بالمشكلات التي تعترض القضاء عند إعتماده القانون الشخصي في سبيل حل التنازع الدولي . انظر استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، مصدر سابق ، ص٣٣٩ ، هامش رقم ٢٢٣ . وجدير بنا أن نذكر بأن فكرة غياب الاشتراك القانوني جاء بها الفقيه سافيني، وأرجع هذا الغياب إلى اختلاف الأفكار والمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بين المجتمعات وربطها بدرجة كبيرة بالتباعد الحضاري . لمزيد من التفاصيل انظر د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤ ، ص١٩٠ وما بعدها .

[٥] انظر

Dr. Bouanaka Essaid , Le droit conventionnel et I’ order public dérogatoire : entre le principle de favenr et “I’ intérét des relations detraxdQil;” , université Abderrahmanc . mira , faculté de droit etdes sciences Politiques , 2015 , PP. 659 – 665 .

آلية دون النظر إلى مضمونه[١] .

ولما كانت قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية هي قاعدة غير حيادية تقوم بالفحص المسبق لمحتوى القوانين ممكنة الانطباق والتي على ضوئها يتم تعيين القانون الأصلح لحكم العلاقة المتضمنة عنصراً أجنبياً ، الأمر الذي يضع حداً للتدخل اللاحق للنظام العام خاصة وأن القانون الأصلح غالباً ما يتم تعيينه وفقاً لاختيارات المشرع ، لذا فأن هذه القواعد بتضمينها لخيارات المشرع قد افرغت دور الدفع بالنظام العام من تحقيق هذه الأهداف لأنها تأخذ من البدء الاعتبارات المادية للمشرع مما يحد من تدخل الدفع بالنظام العام في مفهومه التقليدي الاقصائي في المواد المنظمة بواسطة قاعدة التنازع ذات الطابع المادي[٢] .

وعلى هذا الأساس فأن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تعدل من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصلح التي تسعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه ، طالما أنها تستغرقهُ منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق[٣] ، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية ، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الاقصائية وإنما أصبح لاعباً إيجابياً يستغرق من قبل قاعدة التنازع ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأساسية للمشرع ، وبالتالي فأن القانون المخالف لهذه الاختيارات لا يتم إستبعاده بعد إعمال هذه القاعدة ذات الوظيفة الحمائية وتعيين القانون الواجب التطبيق وفحص محتواه وإستنتاج أنه مخالف للخيارات الأساسية ، وإنما يتم الإقصاء منذ البداية في مرحلة إختيار القانون المنطبق[٤] .

ونستشف مما تقدم أعلاه إلى أن كل من قاعدة التنازع ذات الغايات المادية والدفع بالنظام العام[٥] ، يرميان إلى تحقيق الغايات نفسها وهي المحافظة على الأهداف التشريعية للنظام القانوني

---

[١] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٣٥ .

[٢] انظر Libshabar , "L'exception d'ordre en droit international Prive" in I' ordre public a lafin on xxéme , Dalloz , 1991 , PP. 65 – 71 . نقلاً عن منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص٩ .

[٣] انظر F. Leclerc , La Protection de la Partie faible dans les contrats internationaux , stras – bourg , 1995 , P. 733 .

[٤] انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٠ .

[٥] ادرجت العديد من التشريعات الدفع بالنظام في نصوصها ، وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (٣٢) من القانون المدني النافذ والتي تنص على أن ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه =

الوطني ، كل ما في الأمر أن طريقة المحافظة على هذه الأهداف هي التي تختلف ، ففي حين يتدخل الدفع بالنظام العام للمحافظة على هذه السياسات بعد تعيين قاعدة الإسناد للقانون الواجب التطبيق ، تتم حماية هذه الخيارات بالنسبة لقاعدة التنازع ذات الغايات المادية في مرحلة سابقة للتعيين وهي مرحلة إختيار القانون المنطبق ، إذْ إنّها بحكم توجهها إلى تحقيق أثر مادي معين فأنها تستبعد منذ البداية إختيار قانون يخالف هذا الأثر.

إنّ الحد من تدخل الدفع بالنظام العام لا يشكل الأثر الوحيد لآلية إعمال قواعد التنازع ذات الغايات المادية ، إذْ إنّ إعمال هذه القاعدة يفسر إقصاء استثناءات تقويم الإسناد ، وهذا ما سوف نعرضه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

إقصاء إستثناءات تقويم الإسناد

تلجأ بعض النظم القانونية وبصفة إستثنائية حق تخويل القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى ما أتضح من ظروف النزاع أن هذا القانون لا يرتبط بالعلاقة محل النزاع إلاّ برابطة ضعيفة وأن هنالك قانوناً آخر له صلة وثيقة بها ، وأن هذه الرخصة الممنوحة للقاضي قد تكون عامة يستطيع من خلالها القاضي إقصاء القانون الذي تعينه قاعدة التنازع لحكم أي مادة من مواد تنازع القوانين ، وقد تكون قاصرة على إستبعاد القانون الذي ترشد إليه قاعدة التنازع لحكم مادة بعينها[١] .

= الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة)) وهذا ما سار عليه من قبل المشرع المصري في المادة (٢٨) من القانون المدني المصري النافذ ، أما المشرع التونسي فقد نص عليه وبشيء من التفصيل في الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي سالفة الذكر ، أما في فرنسا فقد ذكر اصطلاح النظام العام في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي ولاسيما المادة (٦) منه التي تنص على أنه ((لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة)) ، وعلى الرغم من أن هذا النص لم يذكر شيئاً عن القوانين الأجنبية ، فقد استقر عليه العمل في القضاء الفرنسي . انظر حول أحكام القضاء الفرنسي المتعلقة بالنظام العام بيار ماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٥٢٩ – ٥٣٠ . أما في الولايات المتحدة الامريكية فأن تحرك هذا الدفع أقل من غيره من البلاد بالنظر إلى ما تجري عليه من إسناد الاحوال الشخصية (وهي أوسع مجال لتطبيق القانون الاجنبي) إلى قانون الموطن ، وغالباً ما يكون هو موطن القاضي ، ويضيف الفقيه (Lagarde) سبباً آخر هو أن كثير من المسائل التي تدخل في مجال إعمال هذا الدفع تدخل في نطاق مسائل المرافعات ومن ثم يخضعها لقانون القاضي . انظر بحثه (ابحاث في النظام العام في القانون الدولي الخاص) . Lagarde , recherché sur l’order public endroit international privé , Paris , 1959 , P. 16

[١] إذا كان تحديد نطاق الاستثناءات العامة قد تثير بعض الصعوبات فأن الأمر يختلف بالنسبة لتحديد الاستثناءات ذات الطابع الجزئي أو الخاص لأن المشرع يقصرها صراحة على قاعدة تنازع معينة أو لأن نطاقها يمكن استخلاصه ضمنياً من تفسير الاستثناء . انظر Andreas Bucher , La clause d’exception dans le context de lapartie générale de la LDIP , 21 . Journée de droit international privé , 20 Mars , 2009 , P. 2 ets .

ويعرف بعض من الفقه[١] ، هذه الإستثناءات بأنها ((مجموعة من القواعد التي تعطي للقاضي في مجال سلطته التقديرية إمكانية عدم تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وتطبيق قانوناً آخر يعد الأنسب والأكثر ملائمة بالنظر إلى ظروف وملابسات النزاع)) ، وفي نفس المعنى ذهب جانباً من الفقه العربي[٢] ، بأنها وسيلة لتقويم منهج الإسناد تمكن القاضي على وجه الاستثناء من استبعاد القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد لحكم النزاع وإخضاعه للقانون الذي يرتبط معه بالعلاقة الأكثر وثوقاً وذلك بهدف تحقيق عدالة القانون الدولي الخاص .

وقد أنتشرت استثناءات تقويم الإسناد ولأغلبيتها طابعاً جزئياً في تشريعات القانون الدولي الخاص الحديثة في الدول الأوربية[٣] والإتفاقيات الدولية[٤] ، كما لجأ إليها القضاء هناك أحياناً دون أن يستند في ذلك إلى سند تشريعي[٥] ، وبخصوص الوضع في القانون العراقي وبقية القوانين المقارنة ، نجد أن كل من القانونين العراقي والمصري لم ينص على هذه الاستثناءات بصورتيها العامة والجزئية ، أما القانون التونسي فأن المجال الوحيد الذي أعتمد فيه المشرع على هذه الاستثناءات وبطابعها الجزئي هو مجال تنظيم علاقات العمل الدولية في الفصل (٦٧) من

---

[١] انظر César Dubler , Les clauses déxception en droit international privé , these présentée a' la faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'université de fribourq (Suisse) . coenéve , 1983 , P. 27

[٢] انظر د. أحمد محمد الهواري ، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٢١ .

[٣] تجسد المادة (١٥) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ النافذ مثالاً نموذجياً لأحد استثناءات تقويم الإسناد العامة إذ تنص على أن ((١- لا يطبق بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع ، إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف أن النزاع لا ترتبط بهذا القانون إلا بعلاقة ضعيفة جداً وأنه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقة الأكثر وثوقاً . ٢- هذا النص لا يطبق عند إختيار القانون)) . نقلاً عن د. أحمد محمد الهواري ، نظرات في ... ، المصدر السابق ، ص١٨ .

[٤] أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بهذه الاستثناءات ، مثل لائحة روما (١) المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لعام ٢٠٠٨ سالفة الذكر في المادة (٤/٨) والخاص بعقد العمل . كذلك عملت بها اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقول لسنة ١٩٨٠ في المادة (٣/٨) منها . لمزيد من التفاصيل حول هذه الاستثناءات في الاتفاقيات الدولية . انظر إستاذنا فراس كريم شيعان ، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٧ ، ص١٤٧ وما بعدها .

[٥] من هذا القبيل ما أصدرته محكمة درجة أولى (Ausweichklause) في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٠/١٠/٣١ . في نزاع يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقد وساطة بين وسيط سويسري وشركة سويسرية التزم بمقتضاه الأول والمقيم بالسعودية بالقيام ببعض العمليات التجارية لصالح الشركة السعودية التي كان يقيم بها وقت القيام بهذه العمليات ، إذ قضت بتطبيق القانون السويسري بالرغم من أن القانون الواجب التطبيق وفي هذا النزاع كان القانون السعودي بوصفه قانون موطن الوسيط معتبرة أن هذا القانون الأخير لا يرتبط بالنزاع إلا بعلاقة عارضة وأن عقد الوساطة يحتفظ بعلاقة الأكثر وثوقاً مع سويسرا بالنظر إلى جنسية الوسيط . انظر في ذلك Dubler , Op . cit , P. 231 . إذ يخلص إلى ذكر تسبيب قرار المحكمة والتي تدعو للدهشة حسب وصفه :

"La clause échappoation droit étre appliqvée lorsque les parties ont omis de designer le droit applicable et que le rattachement objectif conduirat áun résultat non satisfaisant , II en serait qinsi dans le cas present , du fait de lápplication d'un droit de conception radicalement etrargére . au ser timeux juiridique des Ruisses et inconnu de toutes les Parties" .

مجلة القانون الدولي الخاص الذي تنص الفقرة الثانية منه على أن ((إذا تعوّدَ العامل على إداء عمله في عدة دول فأن عقد الشغل يخضع لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إلا إذْ ا ثبت من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى وفي هذه الحالة يُطَبقْ قانون هذه الدولة))[١] .

وعن الوضع في فرنسا ، فتظهر دراسة بعض الأحكام التي أصدرها القضاء هناك ،، وجود إستثناءات لتقويم الإسناد إلى قانون الجنسية والذي تتبناه قواعد الإسناد المطبقة على مسائل الأحوال الشخصية ، فهنالك بعض الأحكام لا يمكن تفسيرها دون وجود هذا الاستثناء، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٧٤/٦/٢٥[٢] ، خلصت المحكمة في نزاع يتعلق بأهلية لاجيء سوري ، خلصت المحكمة إلى وجوب معاملة أطراف النزاع كما لو كانوا عديمي الجنسية ومن ثم إخضاع أهليتهم لقانون موطنهم أو محل إقامتهم وهو قانون الوسط الاجتماعي الذي اندمج فيه وهو القانون الفرنسي .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فنجد أن التقنين الأمريكي الثاني وفي مجال الالتزامات التعاقدية ، نصت على عدد من الشروط الاستثنائية ذات الطابع الجزئي في المواد ١٨٩ إلى ١٩٧ والخاصة بعقد بيع العقار مثالاً لأحد هذه الشروط[٣] التي يمكن إعمالها وعلى سبيل المثال عندما يكون لطرفي عقد البيع موطن في نفس الولاية[٤] .

ويتضح مما تقدم أن أستثناءات تقويم الإسناد تعتمد على تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بعلاقة وطيدة مهما كان محتوى هذا القانون ومضمونه بخلاف من ذلك لا تبحث قاعدة التنازع ذات الغايات المادية عن تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بالنزاع موضوعياً وإنما هاجس هذه القاعدة هو تحقيق الأثر المادي المطلوب منها بغض النظر عن مدى قوة إرتباط القانون المتضمن للأثر بالنزاع ، وعلى هذا الأساس فأن وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد التنازع ذات

---

[١] انظر في شرح هذه المادة مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص ٥٤٤.

[٢] انظر قرار الحكم باللغة الفرنسية . أشار إليه د. أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

[٣] نص المادة ١٨٩ من التقنين الأمريكي الثاني :

"The Validity of a contract for the transfer of an interest in land and the right created thereby are determined , The ahsence of an effective choice of law by the pacties , by the local law of the state where the land is situated unless , with respect to the particular issue , some other state has a more significant relationship under the principles stated in P6 to the transaction and the parties , in which event the local law of the other state will be applied" .

- انظر نصوص التقنين الامريكي الثاني متاح على الرابط الالكتروني : www.columbia.edu

[٤] يرى جانباً من الفقه الامريكي بحق أنه ينبغي التفرقة بين هذه الشروط التي يتضمنها التقنين الامريكي الثاني وبين استثناءات تقويم الإسناد التي تقابلها في التقنينات الاوربية من حيث نطاقها ووظيفتها أنظر بذلك : Restatement of the law second , conflict of laws , 2d , Vol1 , St , Paul , minn 1971 , P. 588 ets .

الوظيفة الحمائية قد يكون إشكالياً ، لأن إعتمادها يزيح جانباً هذه القاعدة ويقصي تطبيقها ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرع تحقيقه ، وبإقصاء المشرع لاستثناءات تقويم الإسناد فأن هذا الأخير لا يمكن بحال أن يستبعد تطبيق القانون الأفضل الذي أشارت إليه قاعدة التنازع ذات الغايات المادية ولو كان هذا القانون لا تربطه بموضوع النزاع إلا علاقة هامشية على الرغم من وجود قانون آخر تربطه بالنزاع علاقة وطيدة[١] .

وبدورنا نؤيد بأن إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية يؤدي إلى إقصاء استثناءات تقويم الإسناد وآيتنا في ذلك ما يلي :

أولاً : إختلاف الأساس الذي تقوم عليه قواعد الإسناد ذات الغايات المادية عن ذلك الذي تستند عليه إستثناءات تقويم الإسناد ، فقد سبق وأن عرفنا أن هذه الاستثناءات لا يتم العمل بها إلا بهدف تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة محل النزاع وهذا هو مفهوم العدالة الذي تتكأ عليه قواعد الإسناد التقليدية ، بخلاف من ذلك فأن قواعد التنازع ذات الغايات المادية لا تهدف إلى ضمان التوصل لإسناد يتفق مع هدف العدالة في العلاقات الخاصة الدولية بقدر ما تسعى للوصول إلى ضمان تحقيق نتيجة مادية معينة . لذا فأنه لا يتصور تدخل هذه الإستثناءات في إطار تطبيق تلك القواعد عندما يؤدي إخضاع العلاقة للقانون الذي ترتبط به .

ثانياً : إن قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية قد تتبنى ضوابط إسناد إختيارية تعتمد على إرادة الأطراف أو إرادة القاضي في تطبيقها ، ولما كان القانون السويسري هو من التشريعات الرائدة التي تضمنت على إستثناءات تقويم الإسناد ، فنلاحظ أن هذا الأخير بعد أن نص في المادة (١/١٥) منه على أن لا يطبق إلا بصفة استثنائية القانون الذي يعينه هذا التشريع إذا ظهر بجلاء من جميع الظروف أن النزاع لا يرتبط بهذا القانون إلاّ بعلاقة ضعيفة جداً وأنه يحتفظ مع قانون آخر بعلاقة أكثر وثوقاً ، إلا أنه عاد وإستثنى في الفقرة (٢) من المادة أعلاه وقال بأن هذا النص لا يطبق عند أختيار القانون ؟ فعبارة إختيار القانون توحي بأنَّ قاعدة التنازع قد تحتوي على أكثر من ضابط ويتم الاختيار أما من قبل إرادة الأطراف أو من قبل القاضي وهذا هو ديدن قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، ومثال الحالة الأولى القاعدة التي تمنح المضرور حرية إختيار القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية من بين عدة قوانين حتى لو كان القانون المختار لا يرتبط بالنزاع إلا بعلاقة واهنة ما دام أنه يحقق مصلحة المضرور من بين عدة قوانين قد ترتبط بعلاقة

---

[١] انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٢ .

أكثر قوة من القانون المختار ومما لا شك فيه أن استثناءات تقويم الإسناد لا تعمل هنا ، والحالة الثانية التي تتعطل فيها هذه الاستثناءات الحالة التي يتطلب فيها من القاضي إختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة التي تعينها ضوابط الإسناد ، إذْ إنّه من الطبيعي أن اختيار القاضي لقانون يمنع تحقيق النتيجة المادية المستهدفة يعد أمراً يتنافى مع روح القانون ، فعلى سبيل المثال لا يمكن للقاضي أن يطبق قانون جنسية الطفل إذا كان تطبيق هذا القانون لا يؤدي إلى الاعتراف بالطفل في العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي في حين أن تطبيق قانون محل إقامة الطفل يؤدي إلى تحقيق هذه النتيجة .

ثالثاً : إن الفقه الأوربي عَدَّ هذه الإستثناءات رداً مناسباً على الانتقادات التي وجهها الفقه الأمريكي على إختلاف مذاهبه للطبيعة الآلية والعمياء لقواعد التنازع التقليدية ، إذْ إنّه مع هذه الاستثناءات تبدو قاعدة الإسناد كما لو كانت في إختبار دائم لمدى قدرتها على تحقيق عدالة الإسناد ، فإذْ ا أفضى تطبيقها إلى نتيجة لا تتسم بواقعيتها لأنها تُعيّن قانوناً لا ترتبط معه العلاقة برابطة فعلية ، كان لابد من تقويمها باستبعاد هذا القانون وتطبيق آخر يحتفظ مع العلاقة برابطة أكثر وثوقاً لكن هذا الفقه من حيث لا يدري وصل إلى النتيجة نفسها التي خرج بها الفقه الأمريكي، إذْ أن وظيفة هذه الإستثناءات تتمثل بأنها تذكر القاضي بأنه لا يستخدم قواعد وإنما قرائن إسناد ومن ثم لا يقوم بتطبيقها إلاّ إذا ثبت صحتها في ضوء معطيات النزاع الواقعية وهذه هي وظيفة الإستثناءات التي يتضمنها التقنين الأمريكي الثاني لتنازع القوانين والتي تهدف إلى تذكير القاضي بالمباديء التي يجب على ضوئها حل مشكلات تنازع القوانين ، والتي ورد ذكرها في الفقرة السادسة من هذا التقنين والمشار إليها في مواضيع سابقة من هذه الدراسة .

وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الاستثناءات بصورتها العامة ، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف له أن يستثني تطبيقها في مواضيع أخرى ؟ وخصوصاً إنها استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره . وإن كان لا ضير من إعمال هذه الإستثناءات بطابعها الجزئي .

إنّ هذه الخصوصيات في إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية لابد من أن يترتب عليها صعوبات عند إعمالها ، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

خلاصة المبحث الأول

إنّ تجاهل القاضي لصفة الإلزام في قاعدة التنازع لنزاع تنطبق فيه قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، يتعارض مع فلسفة هذه القاعدة التي يأمل المشرع من خلالها تحقيق الخيارات والسياسات التشريعية التي تضمنتها، كذلك فأن النظام الإختياري لإثارة قاعدة الإسناد يعيق تحقيق أهداف هذه القاعدة، بل أن هذا النظام الإختياري قد يرتكز عليه القاضي لتجاهل تطبيق هذه القاعدة لصعوبة إعمالها وما تثقل به كاهل القاضي من بحث عن مختلف القوانين ممكنة الأنطباق.

وفي سبيل التغلب على الانتقادات التي وجهت لقاعدة القانون الأفضل التي تقوم عليها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، من تحكم القاضي بإعمال هذا القانون أو ذلك، نفضل في حالة بيان مركز القانون الأجنبي عَدَّهُ قانون، ويلتزم القاضي بتطبيق أحكامه بواسطة قاعدة الإسناد، وبذلك تمنعه من التحكم في إعمال القانون الأجنبي عن طريق خضوعه لرقابة محكمة التمييز (النقض) .

وخلصت الدراسة إلى أن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تعديل من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصلح التي تسعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه، طالما أنها تستغرقه منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الإقصائية وإنّما أصبح لاعباً إيجابياً يُستِغرقْ من قبل قاعدة الإسناد ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأساسية للمشرع .

كما إنَّ وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد إسناد ذات غايات مادية في تشريعاته قد يكون إشكالياً، لأن إعتماده يزيح جانباً هذه القاعدة ويُصعب تطبيقها، ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرعَ تحقيقه . وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الإستثناءات بصورتها العامة، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف به أن يستثني تطبيقها في مواضع أُخرى ؟ خصوصاً إنها إستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره، وإنْ كان لا ضير من إعمال هذه الاستثناءات بطابعها الجزئي .

المبحث الثاني

صعوبات إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية

إنّ القاضي الوطني قد يجد نفسهُ أمام قانون لا يعرفهُ ويُعد غريباً عنهُ، فقواعد القانون الأجنبي غير معروفة من القاضي الوطني، إذْ هي ليست جزءاً من النظام القانوني الذي ينتمي إليه، كما أنها لم يتم نشرها في دولة القاضي ومن ثم يتعين بيان كيفية التعرف على هذه القواعد .

وإذا كانت قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية تعكس دوراً متنامياً للقاضي بموجب سلطتهِ التقديرية تسمح لهُ بأختيار القانون الذي يحقق النتيجة المطلوبة من بين القوانين المتزاحمة الإنطباق، الأمر الذي يُلزم القاضي في هذه الحالة بفحص أو الاطلاع على أكثر من قانون أجنبي أشارت إليه هذه القاعدة .

لذا يجدر بنا معرفة الصعوبات المتقدمة في إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين نعرض في المطلب الأول إشكالات معرفة القانون الأجنبي وسنتطرق في المطلب الثاني إلى معايير اختيار القانون الأفضل .

المطلب الأول

إشكالات معرفة القانون الأجنبي

إن إعمال قاعدة التنازع في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، لذا فأنهُ قد تنبثق إشكالات واضحة إذْ ا كان القانون المعين من طرف هذه القاعدة هو القانون الأجنبي، لأن المعطيات التي يقوم عليها هذا القانون تختلف عن تلك التي يُؤسس عليها القانون الوطني، ويزداد الأمر تعقيداً إذْ ا تعلق الأمر بإعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، لأنّ القاضي ملزم بهذه الحالة بفحص أو الاطلاع على أكثر من قانون أجنبي أشارت إليهِ هذه القاعدة .

إضافة إلى ذلك فأن القاضي الوطني ملزم بتفسير القانون الأجنبي قبل تطبيقهِ، فما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك التفسير؟ وهل الاستفهام المتقدم يُثقل كاهل القاضي عندما يجد نفسه أمام قاعدة تنازع ذات غايات مادية تعين أكثر من قانون قابل للانطباق قد يطرح أحدهما إشكالية تعدد التفسيرات القضائية أو يشمل نصاً غامضاً أو غياب النص؟ .

لذا ومن أجل الإحاطة بالإشكالات المتقدمة يجدر بنا تقسيم هذا المطلب على فرعين، نخصص الأول إلى مفهوم القانون الأجنبي، وسنتطرق في الثاني إلى تفسير القانون الأجنبي.

الفرع الأول

مفهوم القانون الأجنبي

يشكل تحديد مفهوم القانون الأجنبي صعوبة بالغة في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، إذْ لا يكفي أن يعين القاضي القانون الواجب التطبيق وإنما يتطلب منه أيضاً معرفة الأحكام والقواعد المنضوية تحت هذا النظام القانوني ، ويزداد الأمر صعوبة وتعقيداً إذْ تعلق الأمر بقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية والتي على ضوئها يتم تعيين القانون الأفضل ، إذْ يجد القاضي نفسه ملزماً باستشارة مختلف المصادر الشكلية للقوانين ممكنة الأنطباق التي تعيينها قاعدة التنازع[١] .

ويراد بالقانون الأجنبي مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير تلك ظهر التنازع فيها ، ولا فرق أن تكون هذه القواعد مدونة مصدرها التشريع أو غير مدونة مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه[٢] ، ويرجع إلى القانون الأجنبي المراد تطبيقه لمعرفة مصادره وأهمية كل مصدر قياساً على المصادر الأخرى ، ويرتبط بموضوع وجود القانون الأجنبي مسألة دستورية القانون الأجنبي ، فهل يشترط لوجوده وتطبيقه أن يكون موافقاً لدستور الدولة التي أصدرته وبالتالي يستطيع القاضي الذي يريد تطبيق القانون الأجنبي أن يبحث مقدماً في دستورية هذا القانون ؟ يذهب بعض الفقه[٣] إلى التفرقة بين الدستورية الشكلية والدستورية الموضوعية ، فكما نعلم أن دساتير بعض الدول تستلزم شروطاً شكلية تميز القانون كالتصديق والنشر وبدونها لا يمكن القول بأن هناك قانوناً ، ومن المتفق عليه بأن المحاكم أينما كانت مخولة بالتيقن بعدم تطبيق القانون الأجنبي غير المتسم بالشكل الذي يتطلبه دستور الدولة المنسوب إليها ذلك القانون .

أما من الناحية الموضوعية فقد أقرت بعض الدول لمحاكمها حق رقابة دستورية القوانين

---

[١] انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٤ .

[٢] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداوودي ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ .

[٣] انظر Mustafa Kamil Yassen , Problemes relatifs á la application du droit étrangers , 1965 , P . . 69

من الناحية الموضوعية ، في حين لم تعترف الأخرى بهذا الحق ، ومن أجل تحديد لمحكمة ما عند تطبيقها لقانون دولة أخرى ماهية الحق ، يجب التمييز ما بين أن يكون هذا الأخير معترفا به لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها القانون ، وبين أن تكون دستورية القوانين غير خاضعة لرقابة المحاكم فيها ، ففي الحالة الأخيرة لا يسمح للقاضي الأجنبي أن يتصدى للرقابة على مدى ملاءمة قانون تلك الدولة لدستورها، وما عليه إلاّ أنّ يطبق قانونها حتى لو كان مخالفاً لدستور تلك الدولة التي سينتمي إليها، أما إذا كان قانون الدولة التي ينتسب إليها القانون المراد تطبيقه يجيز للقضاء فيه الرقابة الدستورية الموضوعية فيذهب الفقه الغالب[١] إلى إعطاء القاضي الوطني حق مراقبة دستورية القاعدة القانونية الأجنبية، ولاشك أن هذه الصعوبة تزداد في حالة إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي يتم من خلالها اختيار القانون الأفضل لوجود عدة قوانين ممكنة الإنطباق.

وإذا كنا قد إنتهينا في مواضع سابقة من هذه الدراسة إلى أن الحل الأمثل لإعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية هو إلقاء مهمة عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي بمساعدة الخصوم دون أن يرقى إلى مستوى الإلزام في ذلك ، إلا أن مهمته في معرفة القانون الأجنبي وإثبات مضمونه عسيره ، إذْ إنّه سيلاقي في البحث عن وجود القانون الأجنبي ومعرفة قواعده صعوبات مادية أو قانونية كبيرة ، ولا فرق فيما إذا كان القانون الأجنبي مدون أم غير مدون[٢] .

فبالنسبة للقوانين المدونة تواجه القاضي صعوبات مادية ترجع إلى اللغة التي حُرّرَ فيها القانون الأجنبي والتي قد يجهلها القاضي فيضطر إلى الاعتماد على الترجمة بالرغم من مخاطر عدم صحتها ودقتها[٣] ، إضافة إلى الصعوبات القانونية سالفة الذكر التي تنشأ من تقدير القيمة القانونية للقانون الأجنبي .

أما فيما يتعلق بالقانون غير المدون والذي مصدره الأعراف والأحكام القضائية والدراسات الفقهية، فأن القاضي ستعترضه صعوبات جمة ؛ لأن القانون الذي مصدره العرف

---

[١] انظر كل من د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص٢١٧ . ود. غالب الداوودي ، مصدر سابق ، ص٢٧٢ . ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص٢٢٥ .

[٢] انظر استاذنا د. عبد الرسول الاسدي ، مصدر سابق ، ص٣٧٩ .

[٣] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداوودي ، مصدر سابق ، ص٢١١ .

يثير صعوبة تتعلق بمعرفة وقت نشوءه وكيفية ظهوره[١]، كما أن القواعد القانونية التي ترتبها الأحكام القضائية يلزم فيها معرفة قيمة الأحكام القضائية في الدولة التي صدرت فيها، لأن بعض الدول تعطي السوابق القضائية[٢]، قوة إلزامية تجبر القاضي العمل بما ورد فيها، في حين لا تعطي دول أخرى كالعراق للسابقة القضائية إلا قيمة نسبية ولا تقيد إلا أطراف الدعوى ، لذا على القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي التحقق من قيمة هذه السوابق القضائية بالنسبة لذلك القانون ، فإذا تبين لهُ أن لها قوة القانون فيلزم عندئذ بالبحث عنها لمعرفتها وهذا بدوره يثير صعوبات قد يستحيل تذليلها[٣]، أما إذْ ا كان الفقه مصدراً للقانون ، فأن الصعوبات تظهر في قيمة هذا المصدر بالنسبة لكل دولة ، فضلاً عن ذلك أن انتشار آراء الفقهاء والكتاب تُمَكِنْ القاضي وهو بصدد البحث عن مضمون القانون أن يستند عليها، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكمها الشهير الصادر في ١٩٥٠/٤/٢٦، إذْ إنّ محكمة الموضوع قد طبقت القانون الفرنسي رغم إنّ القانون الواجب التطبيق على النظام المالي الذي يخضع له الزواج في هذه الدعوى هو القانون الأمريكي[٤]، وقد رفضت المحكمة الأخيرة الإستناد على مؤلف فقهي في القانون الامريكي ، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم لأن محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة وقوة الدليل المتمثل بالمؤلف الفقهي الأمريكي[٥] .

ومما تقدم يتضح أنه قد يتعذر على القاضي الإستدلال بقواعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ، فوفقاً لأي قانون يحسم النزاع ؟ لقد قيلت بهذا الشأن عدة نظريات وعلى التفصيل الآتي :

أولاً : رد الدعوى:

تقوم هذه النظرية على فكرة أن أساس الدعوى هو القانون الأجنبي ، فإذا لم يتم التوصل

---

(١) انظر : Mustafa Kamil , Op . Cit , P. 70 .

(٢) تعد السابقة القضائية المصدر الأساسي في النظام الانكلو امريكي (بريطانيا وأمريكا) مثلاً والذي يسمى قانونهما هناك بالقانون القضائي ، إذ تعتبر السابقة القضائية أحكاماً ينبغي اتباعها في قضايا مماثلة ، فلا يلجأ إلى التشريع أو القانون إلا لتكملة أو تعديل القانون العام . لمزيد من التفاصيل انظر د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ وما بعدها .

(٣) انظر د. غالب الداوودي ، مصدر سابق ، ص٢٦٦ .

(٤) بخصوص موقف القضاء الفرنسي من النظام المالي للزوجين . انظر أستاذنا د. رعد مقداد محمود ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٨٩ – ٩٥ .

(٥) انظر في ذلك Pierre Mayer , Droit International Priré ,delta , lipon , 5 édition , 1994 , P. 134 . كذلك استندت أحدى المحاكم اللبنانية على اطروحة مؤلفة باللغة الفرنسية سنة ١٩٣٦ لنيل شهادة الدكتوراه لإثبات قانون مضمون الأحوال الشخصية في إيران وتحديد طبيعته . انظر د. سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة ، دار العلوم العربية ، ط١ ، ١٩٩٤ ، ص٦٨٢ .

إلى إثبات مضمونه ، فأن الدعوى تنهار لأنها مبنية عليه وجوداً وعدماً ، وتكون نتيجة العمل بها إمتناع القاضي في الفصل في الدعوى أو ردها[١] ، والأخذ بهذه النظرية يتعارض مع المبدأ القائل بإلزام القاضي بالفصل في كل المنازعات المعروضة عليه ، وإلا عَدَّ نكوله عن هذه المهمة إنكاراً للعدالة[٢] ؛ لأن القاضي ملزم بالفصل في المسائل المدنية لتعدد مصادر القاعدة القانونية في العلاقات الداخلية والدولية[٣] .

وقد تكون هذه النظرية مقبولة في النظم التي تحمل الخصوم وحدهم عبء إثبات القانون الأجنبي ، لذلك نجد أن القضاء الامريكي سبق وأن أخذ بها سنة ١٩٥٤ في قضية (Walton) والتي تتلخص وقائعها بأن مواطناً أمريكياً يدعى والتون قد أصيب بحادث مرور على أثر تصادم سيارته مع إحدى عربات النقل التابعة لشركة أمريكية في المملكة العربية السعودية ، فرفع ضدها تعويض أمام محكمة نيويورك ، وتوصلت المحكمة إستناداً إلى قاعدة التنازع هناك إلى تطبيق مكان وقوع الفعل الضار والذي يتمثل بقانون المملكة العربية السعودية ، فطلبت منه إثباته فعجز عن ذلك وتمسك بدفوع واهية منها أنه لا يوجد قانون هناك ، فطلبت منه المحكمة إثبات ذلك بالدليل فعجز مرة أخرى عن ذلك ، فقررت رد الدعوى لعدم التمكن من إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق[٤] .

وفي هذا المنوال يتجه القضاء الفرنسي حديثاً والذي يلقي عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الطرف الذي يتمسك بتطبيقه إلى التفرقة بين وضعين :

- حالة تعمد وتقاعس للخصم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي بسبب إهمال أو سوء نية بالرغم من قيام القاضي بتكليفه بذلك ، ففي هذه الحالة للقاضي سلطة تقديرية برد دعواه أو طلبه بشرط تسبيب حكمه وإلا كان محل نقض[٥] .

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي .. ، مصدر سابق ، ص١٦٦ .

[٢] حول مفهوم العدالة وتأصيلها وتطبيقاتها في مجال تنازع القوانين . انظر د. أياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فلسفية إستدلالية) ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد ١٥ ، ٢٠١٧ .

[٣] انظر على سبيل المثال المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)) وم (٢/١) مدني مصري وم (٢) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية المعدلة بقانون رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ وم (٤) مدني فرنسي .

[٤] نقلاً عن د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٧ ، ص٣٥١.

[٥] هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لوتور الصادر في ١٩٤٨/٥/٢٥ . أشار إليه اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، ج١ ، تنازع القوانين ، ط١ ، دار هوبة ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص١٥٢ ، هامش رقم (٣) .

- حالة عجز الخصم فعلاً عن إثبات مضمون القانون الأجنبي ، فأن القاضي يكون أمام عذر مبرر أدى إلى حصول ذلك ، لذا يجب سد الفراغ المترتب عن هذه الإستحالة بتطبيق قانون القاضي[١] .

ولا تلعب هذه النظرية دوراً مؤثراً في التغلب على الصعوبات التي تواجه القاضي عند إعماله قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، ولسبب بسيط ذلك بأن القاضي يجد أمامه أكثر من قانون قابل للأنطباق عند التعذر عن كشف مضمون القانون الأجنبي ، إضافة إلى ذلك أن هذه النظرية بردها للدعوى أو رفضها للطلب فأنها تؤكد مرة أخرى أن القانون الأجنبي يعد عنصراً من عناصر الواقع ، فالقاضي يرد دعوى المدعى كلما عجز هذا الأخير عن إثبات الوقائع المؤيدة لدعواه ، وهذا ما سبق انتقاده في موضع سابق من هذه الدراسة[٢] ، لعدم نجاعته عند إعمال قاعدة التنازع ذات الغايات المادية المراد منها تحقيق أقصى وظيفة حمائية من قاعدة الإسناد .

ثانياً : تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر إثباته.

تقوم هذه النظرية على أساس أن قاضي الموضوع يطبق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المختص بحكم العلاقة والذي يتعذر إثبات مضمونه ، ويتحدد هذا القانون بطريقتين : أما أن يتم العمل بالقانون الأكثر إتصالاً بالعلاقة محل النزاع والذي يأتي في الدرجة الثانية بعد القانون المختص الذي تعذر إثباته، كأن يطبق قانون محل الإقامة عند إستحالة إثبات قانون الموطن ، وإحلال قانون موطن الشخص محل قانون الجنسية بشأن أهلية الأشخاص[٣] ، أو تطبيق القانون الذي ينتمي إلى عائلة القانون نفسه المختص بفعل التأثير المتبادل فيما بينهما[٤] .

وتصطدم هذه النظرية بعدة صعوبات عملية تحول دون إعمالها ، فمسألة تحديد القانون الأقرب هي مسألة معقدة ، إذْ إنّه من الصعوبة التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة ، فالمشرع غالباً ما يستنبط أحكام قواعده القانونية من عدة قوانين مختلفة بحيث لا يمكن الجزم بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي إستحال الكشف عن مضمونه[٥] ، حتى وفي حالة ما إذا سلمنا بتقارب أحكام تشريعين مختلفين ، فإنه يمكن أن تتطور قواعد أحدهما دون الآخر تحت

---

(١) انظر , Loussovarn , Bourel , de Var eiles sommierecpascal , ((Droit International Privé)) Paris , 5é , 2004 , O. 322 . أشار إليه د. محمد وليد المصري ، مصدر سابق ، ص٢٦٠ .

(٢) انظر ص (٨٥) من الاطروحة .

(٣) انظر Mayer , Op . cit , P. 131 ود. محمد وليد المصري ، مصدر سابق ، ص٢٦٠ .

(٤) هنالك رأي في الفقه يقترب من هذه الصورة وتتمثل بتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة ويقوم على تصوير القانون الأجنبي متطابقاً معها في أحكامه ، غير أن هذا الحل يصعب إعماله ، إذ أن القاضي في الغالب يطبق قانونه في النزاع على أساس أنه المستمد منطقياً من هذه المباديء . انظر بلقاسم اعراب ، مصدر سابق ، ص١٥١ .

(٥) انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٣٢ .

تأثير الظروف الإجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع مما يؤدي إلى ابتعاده عن أحكام التشريع الذي كان يتشارك معه التشابه[١] ، كما أنه قد يحدث وأن يختلف تفسير النص الواحد في بلدين مختلفين وينتهي الأمر إلى اختلاف النتائج المستخلصة من كل منهما اختلافاً واضحاً يصعب معه القول بتشابه أحكام كل من التشريعيين إزاء الواقعة وحل النزاع[٢] .

وفي معرض تقديرنا لهذه النظرية ومدى نجاعتها في حل الصعوبات الناشئة عن إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية ، فإننا نعتقد أن الطريقة أو الصورة الأولى من هذه النظرية ، يمكن أن تجد لها أرضاً خصبة للنجاح كلما تقدمت الدراسات المقارنة ، وميزتها إنها ترمي إلى تطبيق قانون قريب في أحكامه من القانون المختص الذي تعذر الكشف عن مضمونه ، خصوصاً إنّ قاعدة التنازع ذات الطابع المادي تشتمل على أكثر من قانون قابل للإنطباق كما هو الحال في مسائل المسؤولية التقصيرية والمفاضلة بين بلد المضرور ومكان وقوع الخطأ إذا تعذر إثبات أحدهما ، والحال ذاته ينطبق على المسائل الخاصة بشكل التصرفات القانونية والشروط الشكلية للزواج .

ثالثاً : نظرية قانون القاضي:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى تطبيق قانون القاضي عند عجزه عن إثبات فحوى القانون الأجنبي المختص ، لكنهم أختلفوا في أساس تطبيقه ، فيرى البعض أن إعمال قانون القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه وبين القانون الأجنبي المختص ، وهذا ما يتم العمل به من قبل القضاء الأنكليزي ، إذْ إنّ هذا الأخير يطبق القانون الأنكليزي مباشرة على النزاع على أساس تطابق أحكامه مع أحكام القانون الأجنبي المختص وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات العكس ، فكان القانون الوطني لا يطبق من الوجهة النظرية بصفته هذه بل بوصفه قانوناً أجنبياً[٣] .

وهنالك إتجاه يقول أن تطبيق قانون القاضي يقوم على فكرة الاختصاص العام لقانون

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص١٧٦ .

[٢] وهذا ما حدث فعلاً بالنسبة للمادة (٩٧٠) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن ((لا تكون الوصية الخطية صحيحة مطلقاً ما لم يكتبها الموصي بكاملها ويؤرخها بخط يده ويوقعها بإمضاءه ولا تخضع لأي شكل آخر)) التي تتحدد في الأحكام والصياغة مع نفس المادة من القانون المدني البلجيكي ، إلا أن القضاء البلجيكي أنتهى إلى تفسير هذه المادة والوصول إلى نتائج تختلف عما استخلصه القضاء الفرنسي . انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون ... ، مصدر سابق ، ص٣٣٣ هامش رقم (٢) .

[٣] انظر Pavel Kaklensky , Op . cit , P. 287 وبخصوص الانتقادات الموجهة لهذا الرأي انظر د. سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق ، ص٢١٩ .

القاضي ، فإذا تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعيّنَ على القاضي تطبيق قانونه بوصفه صاحب الولاية العامة لحكم جميع علاقات القانون الخاص[١] وقد أنتقد هذا الرأي لأنه يقوم على أساس خاطيء ، فليس صحيحاً أن القانون الوطني هو صاحب الاختصاص العام لحكم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي ، ذلك لأن طبيعة العلاقة الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني فالأصل في نطاق العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه وطنياً كان أم أجنبياً[٢] .

في حين يرى الأغلبية[٣] ، أن تطبيق قانون القاضي يبرر بما له من اختصاص احتياطي في الأحوال التي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قواعد القانون الدولي الخاص ، وما تكشفه الاعتبارات العملية التي حالت دون إمكان التوصل لمعرفة القانون الأجنبي ، وأن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن حسم النزاع بحجة عدم معرفة القانون المختص إذْ ينشأ من ذلك إهداراً للحق ونكراناً للعدالة ، وأن الحكم بما ورد بقانون القاضي يعد أقرباً لتحقيق العدالة وأجدى نفعاً من الامتناع عن فض النزاع .

وبالرغم من أن إعمال القانون الوطني هو السبيل العملي أمام المحكمة عند عجزها عن كشف أحكام القانون المختص ، إلاّ إننا نرى بالإمكان الأخذ بهذا الحل ، أن يكون قانون القاضي على صلة ما بالنزاع المعروض أمام القضاء ، ولبيان ذلك نشير إلى أنه قد يدرك القاضي إلى أن تطبيق القانون الوطني سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، بحيث يتعذر القول بوجود صلة بينه وبين الواقعة محل النزاع، كان يحصل تصادم بين سيارتين في السويد وعلى أثره التجأ الخصوم إلى المحاكم الألمانية للفصل في النزاع ، إذْ لو تعذر على القاضي الكشف عن أحكام القانون السويدي المختص بوصفه مكان وقوع الفعل الضار ، وطبق قانونه فقد يترتب على ذلك إعتبار سائق السيارة الذي كان يسير على يسار الطريق مخطئاً ، في حين أن العكس تماماً هو الصحيح

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة الحداد ، مصدر سابق ، ص١٧٦ .

[٢] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون .. ، مصدر سابق ، ص٣٣٧ .

[٣] انظر في الفقه العراقي المؤيد لهذا الاتجاه د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢١٣ . ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص٢٢٧ . ود. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص٣٨٠ . وفي الفقه المصري انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٩٢ . وهذا ما سار عليه التشريع التونسي في الشطر الأخير في الفصل (٣٢) من مجلة القانون الدولي الخاص والتي جاء فيها ((... وأن تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فأنه يقع العمل بالقانون التونسي ...)) انظر في ذلك :

Alarabi Hachem , Le code tunisien de droit international Privé , Revue critique de droit international privé , N2 , Trimestrielle , Dalloz , Paris , 1999 , P. 239 .

لأن لوائح المرور في السويد كانت تفترض السير خلافاً لما عليه في ألمانيا ومعظم دول العالم[١] .

وحسب رأينا المتواضع أن نظرية تطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن محتوى القانون الأجنبي لا تلعب الدور المؤثر عند إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بخلاف قواعد التنازع العادية ، إذْ أنه من المفروض لنجاعة تطبيق هذه النظرية توافر شرط أولي يتمثل بوجود صلة بين النزاع وقانون القاضي تماشياً مع الطابع الوظيفي لقاعدة الإسناد التي تجعل اختصاص قانون القاضي ذا صفة احتياطية ، وهذا متحقق آلياً في قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، لكن لا يقتصر على قانون القاضي فقد يكون هو أو قانون آخر ، لأن هذه القاعدة الأخيرة كما عرفنا في مواضع سابقة من هذه الدراسة تشتمل أكثر من قانون أما على سبيل الاختيار أو عن طريق المفاضلة ، وفي كلتا الحالتين يكون هنالك أكثر من قانون قابل للإنطباق قد يكون قانون القاضي أحد هذه القوانين ، مما يسهل عمل القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق مكان القانون الأول الذي إستحال عليه إثباته ولتذليل الصعوبات المتعلقة بعجز القاضي العراقي عن إثبات محتوى القانون الأجنبي .

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي

عندما يعرض نزاع مشتمل على عنصر أجنبي أمام القاضي ، فأنه يقوم بتفسيره قبل تطبيقه ، فما هو القانون الواجب التفسير في ذلك ، هل يتعين على القاضي تفسير القانون الأجنبي بالأسلوب نفسه الذي يتبعه في تفسير القانون الوطني ، أم إنه يعتمد على المعايير المعتمدة في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ؟ وإذْ ا أنتهى من إتباع الأسلوب المعتمد فهل له بالتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص الأجنبية عند إختلاف القضاء المكلف بالتفسير ؟ وما مدى الرقابة الممنوحة للمحكمة العليا لفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي المختص ؟ إختلفت الآراء والحلول بشأن هذه التساؤلات ، والتي من المؤكد إنها سوف تثقل كاهل القاضي إذا كانت قاعدة التنازع هي قاعدة إسناد ذات غايات مادية ، كما هو موضح بالفقرات الآتية :

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص١٧٨ .

أولاً : الأسلوب الواجب إتباعه في تفسير القانون الأجنبي:

هنالك عدة آراء بخصوص الأسلوب الواجب إتباعه في تفسير[١] القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني أهمها :-

١- إتباع أسلوب تفسير القانون الوطني نفسه :

يذهب أصحاب هذا الرأي[٢] إلى وجوب إتباع الأسلوب المعتمد في تفسير القانون الوطني عند تفسير القانون الأجنبي المختص بحسبان أن القانون الأجنبي إذا تقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الوطنية ، فأنه يمتزج مع القانون الوطني ويصبح جزءاً منه ، ولا ينبغي تقييد حرية القاضي الوطني في تفسيره بالأساليب القضائية السائدة في الخارج إلاّ إذا كان القضاء مصدراً رسمياً للقانون المراد تفسيره وتطبيقه[٣] .

٢- إتباع الأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة التي صدر فيها:

يرى الفقه الغالب[٤] ، بأن القاضي الوطني يتقيد في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها ، فمحكمة التشريع تستوجب ذلك حتى لو لم يكن القضاء مصدراً رسمياً لقواعد القانون ، أو لتشابه نصوص القانون الأجنبي مع نصوص القانون الوطني للدولة المراد تطبيقه فيها ؛ لأن حرفية النصوص في دول مختلفة لا تعني في جميع الأحوال إتحادها في المعنى والمضمون ، فقد يكون للظروف التاريخية وطرق الرقابة القانونية أثر في إسباغ معنى النص في دولة يختلف عما هو عليه في نص يشابهه في دولة أخرى ، لذا يجب التمسك بمعنى

---

(١) يراد بالتفسير بصورة عامة هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاقها ، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة ، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعة التي يثار بصددها تطبيق هذه القاعدة . انظر د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١، ص١٩١ . ومن المعلوم أن التفسير أنواع فهناك التفسير التشريعي الذي يقوم به المشرع نفسه ويتحقق بأحدى الطريقتين : قد تصدر القاعدة المفسرة من المشرع مع النص فيوضح بذلك المقصود بأمر معين ، وقد تصدر القاعدة المفسرة في تاريخ لاحق لذلك لأن الخلاف قد يثار بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع . أنظر د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص٣٨٤ . والتفسير القضائي الذي يتعلق بموضوع دراستنا ويقوم به القضاة أثناء نظر الدعوى التي ترفع إليهم حتى يتوصلوا إلى معرفة حكم القانون في تلك الدعاوى . انظر د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤٢٧ . والتفسير الفقهي هو العمل الذي يقوم به رجال القانون ويصدر في أبحاث ومقالات وهو التفسير الحقيقي إذ يكون الغرض منه تحديد معنى ونطاق القاعدة القانونية . انظر د. سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص٢٤٢ .

(٢) من المؤيدين لهذا الاتجاه د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص٢١٦ .

(٣) عملت بهذا الرأي كل من ايطاليا والنمسا وبولندا والبرتغال ودول امريكا اللاتينية وروسيا وتركيا . انظر في ذلك جابر إبراهيم الراوي ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

(٤) انظر كل من د. هشام علي صادق ، تطبيق القانون ... ، مصدر سابق ، ص٢٦٣ . ود. فؤاد عبد المنعم ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٩٩ . ود. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢١٨ .

النص الأجنبي الذي قصده واضعو القانون هناك[١] .

ويعزز أنصار هذا الإتجاه رأيهم بحجة مفادها أن الاعتراف للقاضي بحرية تفسير النصوص القانونية بمعزل عن التفسير السابق لها يراد منها مساهمته في تطوير القانون بإتجاه حديث يتناسب مع الزمان ، ومن الطبيعي أن مثل هذا الدور يجب حصره بقضاء الدولة التي ينتسب إليها القانون ولا يمكن أن يعهد به إلى قضاء أجنبي[٢] .

وقد أيدّ هذا الحل الفقه العراقي الغالب[٣] والقضاء المصري[٤] والمشرع التونسي في الفصل (٣٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[٥] ، كما أكد القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه بأنه على القاضي الوطني أن يحترم تفسير القضاء الأجنبي لنصوص قانونه[٦] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فلقد أدت رغبة المحكمة العليا الأمريكية في تحقيق العدالة المادية وعدم قدرتها على خلق قواعد إسناد ملزمة لمحاكم الولايات بحكم كون الأخيرة قواعد موضوعية تدخل ضمن الاختصاص التشريعي القاصر للولايات طبقاً لنصوص الدستور الأمريكي إلى خلق وضع فريد من نوعه ، فبدلاً من أن تقوم المحكمة العليا بدروها كرقيب على كيفية إعمال قواعد الإسناد في فض تنازع القوانين تدخلت بصورة مباشرة بأعمال الحل الموضوعي الذي رأته مناسباً للدعوى ، وكانت حجتها في تطبيق قانون ولاية معينة على حساب قانون ولاية أخرى هو حماية حقوق الافراد طبقاً لتفسيرها لبنود الدستور الأمريكي بدلاً من أن تركز على تفسير قواعد الإسناد أو تقييد حرية محاكم الولايات في إعمال قواعد الإسناد لمصلحة

---

(١) انظر Mustafa Kamil Yasseen , Op . cit , P. 82 .

(٢) انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢١٨ .

(٣) انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص٢٢١ . ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص٢٧٠ . ود. جابر إبراهيم الراوي ، مصدر سابق ، ص٧١ . وإستاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص٣٨٠ – ٣٨١ .

(٤) سارت محكمة النقض المصرية بهذا الأتجاه في حكمها الصادر في ١٩٥٣//٨ عند قبولها الطعن المقدم من زوجة فرنسية ، حكمت محكمة الموضوع بطلاقها من زوجها الفرنسي الذي أثبت علاقتها بغيره بخطابات صادرة منها استولى عليها الزوج بكسر الدرج المخصص لها في غيبتها ... معتبرة محكمة الموضوع هذه الوسائل دليل إثبات إلا أن محكمة النقض رفضت التمسك بهذه الرسائل واشترطت لذلك الحصول عليها بطريقة مشروع كما إستقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا . أشار إليه د. هشام علي صادق ، مركز القانون ... ، مصدر سابق ، ص٣٦٢ .

(٥) انظر مبروك بنموسى، مصدر سابق، ص٣٦٩ .

(٦) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ((لا يمكن لمحكمة الاستئناف أن تتجاهل المعنى الحرفي للأحكام الأجنبية من دون أن تستند إلى أي مصدر لقانون أجنبي وضعي يعطي للأحكام المتنازع فيها المعنى التي تعطيها أياه)) مقض مدنية ١٩٨٢/٢/٢٠ ، واللوز ، مصدر سابق ، ص١٦ .

تطبيق قوانينها كما هو الحال في الأنظمة اللاتينية[١] .

وهذا ما نؤيد العمل به إذا كانت قاعدة الإسناد تتمثل على أكثر من ضابط إسناد في سبيل تحقيق الوظيفة الحمائية المطلوبة للأسباب المذكورة في أعلاه .

ثانياً : الدور الإيجابي الممنوح للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي

بعد أن إنتهينا في الفقرة السابقة إلى أن الرأي الراجح في تفسير القانون الأجنبي هو تقييد القاضي بالتفسير السائد في دولة القانون الأجنبي ، إلاّ أنّه قد يتمتع بقدر من الحرية وبدور إيجابي في تفسير القانون الأجنبي ، وذلك عند إختلاف القضاء الأجنبي في تفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع أو عدم تعرضه لتفسير تلك القاعدة القانونية، أو سيكون القانون الأجنبي عن تكريس حل صريح للنزاع المعروض أمام القاضي الوطني وعلى التفصيل الآتي :

١- إختلاف القضاء الأجنبي في تفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع :

قد يكشف القاضي الوطني أن القاعدة القانونية الأجنبية المختصة لها تفسيرات متباينة في القضاء الأجنبي ، كما لو أختلفت محاكم الموضوع فيما بينها بشأن تفسير هذه القاعدة دون أن يتسنى للمحكمة العليا الأجنبية أن تصدت لتفسير هذه القاعدة[٢] .

يذهب بعض من الفقه إلى أنه من حق القاضي أن يحيد عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التفسير ويأخذ على عاتقه تفسيره ، وإن كان هناك من يرفض منح القاضي حرية مطلقة في هذا الشأن ، بل يجب عليه أن لا يخرج عن إطار المباديء العامة السائدة في الدولة الأجنبية خاصة عندما يكون القانون الأجنبي غريباً عنه كلياً كالقانون الصيني والبيروني[٣] .

أما إذا كانت المحكمة العليا قد أبدت رأيها في الموضوع ، فلا وجود مبرر للخروج عما قررته في تفسير نصوص القانون الأجنبي المختص ، إلا إذا كان هذا التفسير قد لاقى اعتراضات من قبل محاكم الموضوع أو الفقه هناك ، فيرى الفقه[٤] ، وجوب التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : إصدار قرار من المحكمة العليا الأجنبية تبدي رأيها في الموضوع بالرغم من وجود إعتراضات فقهية جامعة لهذا الحكم مع معارضة قوية من محاكم الموضوع ، بحيث إنّ

---

[١] نقلاً عن د. يحيى أكرام إبراهيم بدر ، دور المحكمة العليا الأمريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية ، مج١٠ ، ع١، ٢٠١٥ ، ص١٢١١.

[٢] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

[٣] انظر في عرض الآراء الفقهية المحررة والمقيدة لسلطة القاضي د. هشام علي صادق ، مركز القانون ... ، مصدر سابق ، ص٣٠٨ وما بعدها .

[٤] انظر د. سامي بديع منصور ، مصدر سابق ، ص١٩٣ – ١٩٤ .

الحكم يشكل سابقة منعزلة لا تعبر عن حقيقة القانون الوضعي السائد هناك ، فهنا يمكن للقاضي الوطني أن يتجاهل قرار المحكمة العليا الأجنبية ويتبنى التفسير الذي يتفق مع الرأي السائد في الدولة التي يطبق قانونها عند النظر في النزاع .

الحالة الثانية : وجود قرارات قديمة للمحكمة العليا تفسر هذه القاعدة مع وجود إتجاهات حديثة لمحاكم الموضوع تخالف ذلك ، فيحق للقاضي الوطني أن يتجاهل تفسير المحكمة العليا الأجنبية إذا تبين له أن هذا التفسير قد صدر منذ زمن طويل وأكدت له الظروف أنه لم يعد معبراً عن تطور الظروف المحيطة بالمجتمع الأجنبي ، وهذا الرأي يستند إلى حكمة التشريع التي تلزم القاضي الرجوع إلى القواعد السائدة فعلاً في الدولة التي يطبق قانونها عند النظر في النزاع .

ويذهب جانب آخر من الفقه[١] ، إلى أن القاضي الوطني يستطيع أن يستبعد الحلول القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الأجنبية وإن كانت صادرة عن قضاء مستقر ، إذا تبين له إنّ هذه الحلول تتعلق بمنازعات داخلية بحتة وأن المحكمة العليا ذاتها لم تكن تحكم بها إذا كانت العلاقة المطروحة تشتمل عنصراً أجنبياً ، مثال ذلك ما نراه من أن محكمة النقض الفرنسية بالرغم من استقرارها على بطلان شرط الدفع بالذهب الذي يضمنه المتعاقدان في العقد المبرم بينهما إلا أنها قد أتجهت بخلاف ذلك إذْ ا كان العقد دولياً .

ونعتقد أن الخيارات الممنوحة للقاضي في تفسيره للقانون الواجب التطبيق عند إعماله لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية أيسر عما إذا كانت قاعدة التنازع التقليدية ، وذلك لتعدد الخيارات المتاحة أمامه من وجود أكثر من قانون قابل للإنطباق .

٢- عدم تعرض القضاء الأجنبي لتفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع :

إنّ القاعدة القانونية الأجنبية قد تكون هي النص القانوني وحده من دون أن تكون لها تطبيقات توضح تفسيرها ، لذا فأن حرية القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي قد تزداد مما يتيح له تفسير النص القانوني الواجب التفسير ضمن إطار المباديء العامة السائدة في الدولة التي يطبق قانونها[٢] ، علماً بأن بعض من الفقه[٣] يذهب إلى تقييد القاضي بالنص التشريعي والتزامه

---

[١] انظر د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨ ، ص١٥٤ .

[٢] انظر : Mayer , Op . cit , P. 136

[٣] انظر في عرض الآراء الفقهية أمل حوراني ، مصدر سابق ، ص١٤٥ .

بإرادة المشرع الحقيقية ، فإذا كان النص مبهماً كان عليه الأستعانة بالإعمال التحضيرية[١] والمناقشات التي صاحبت إعداد النص ، بينما يرى جانباً آخر من الفقه[٢] أنه ليس من الضروري أن نبحث دائماً عن إرادة المشرع وإنما من الأفضل القيام بتفسيره على ضوء المباديء التي تتضمنها مجموع النصوص ، وفي حال غياب النص فللقاضي أن يلجأ إلى العرف وإلا كان عليه أن يبتدع الحل العادل .

في حين يقول آخرون[٣] أنه لا يجوز للقاضي أن يستعين بالإعمال التحضيرية والمناقشات التي أثيرت عند إعداد النص الأجنبي المختص بتفسير مضمون القاعدة القانونية طالما كان من المحظور على القضاء الأجنبي نفسه إتباع هذا المسلك ، كما أنه قد يستحيل على القاضي التوصل إلى المباديء المعمول بها في تفسير القوانين في الدولة التي يطبق قانونها ، لذا يستحسن تبني الإتجاه التي عملت به المحاكم الأنكليزية من أفتراض تطابق التفسير الأجنبي مع الطرق المتبعة في قانون القاضي ؛ لأنّ الحلول التي يستخلصها القضاء الوطني من النص التشريعي الأجنبي المختص ستكون أقرب غالباً إلى القواعد السائدة في الدولة التي يطبق قانونها من قواعد القانون الوطني .

وبدورنا نعتقد أنه إذْا كان الرأي الأول والثاني قد تعرض إلى إنتقادات من قبل الإتجاه الثالث من الفقه ، إلاّ أنّه إن صَحَتْ هذه الأنتقادات فأنه يعاب على هذا الأخير بأنه قد يكون مجرد حيلة قانونية لتطبيق قانون القاضي الذي ممكن أن يكون غريباً عن القانون الأجنبي المختص ، خصوصاً بأن قاعدة الإسناد ذات الطابع المادي تشتمل على أكثر من قانون مرشح للانطباق على النزاع المعروض .

٣- سكوت القانون الأجنبي عن تكريس حل صريح للنزاع المعروض أمام القضاء

قد يحدث في بعض الحالات ألاّ يجد القاضي الوطني قاعدة أجنبية صريحة تحكم النزاع المعروض أمامه نتيجة لسكوت النصوص التشريعية عن ذلك ، فما هو القانون الواجب التفسير ؟ ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى تطبيق قانون القاضي إذا ما تبين لها سكوت القانون الأجنبي عن وضع حكم صريح للنزاع المعروض أمامه وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في

---

[١] يقصد بالاعمال التحضيرية (الاعمال التحضيرية التي سبقت إصدار التشريع أو رافقت وضعه وتشمل الوثائق التفسيرية التي تصاحب التشريع عند صدوره أو عند تقديمه كمشروع أو إقتراح إلى المجالس التشريعية) . انظر د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق، ص٤٢٩ .

[٢] انظر د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

[٣] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون .. ، مصدر سابق ، ص٤٠٣ .

حكمها الصادر في ١٩٦٨/١٠/٨ بحجة أن القانون الأمريكي المختص بحكم النزاع لم يتضمن على حكم خاص بالآثار المترتبة عن الخطأ الجسيم للموظف[١] .

ويؤيد بعض من الفقه هذا الاتجاه بحجة أن تطبيق القوانين الأجنبية تسعى إلى غايات محددة هي تناسق النظم القانونية المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع ، فإذا كان القانون الأجنبي لا يشتمل حكماً صريحاً لذلك فأنه ولتحقيق التناسق بين النظم هو تطبيق قانون القاضي بوصفه أحد القوانين المتنازعة لحكم العلاقة[٢] ، غير أن فكرة تناسق النظم لا تصلح كأساس سليم لتطبيق القانون الأجنبي ، فقاعدة التنازع الوطنية تعقد الأختصاص لتطبيق القانون الأجنبي ، فقاعدة التنازع الوطنية تعقد الاختصاص لقانون أجنبي لحكم النزاع نظراً لكونه الأصلح لذلك ، أما القول بالرجوع إلى قانون القاضي لكون القانون الأجنبي لا يشتمل نصاً صريحاً ، فهو أمر يتنافى مع واقع الحال ، فكل نظام قانوني يكون في مجموعه متكاملاً ويتضمن الحلول اللازمة لما قد يسفر عنه التطور الاجتماعي من مشاكل متجددة ، كما أن فكرة تناسق النظم تصطدم بحكمة التشريع والهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء تنظيم التنازع في دولته[٣] .

وإن كنا نؤيد هذا الإتجاه الأخير عند إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، إلاّ أن الصعوبة التي تثقل كاهل القاضي تتمثل عندما يجد القاضي الوطني نفسه أمام قاعدة تنازع ذات طابع مادي تعول على إعمال قاعدة القانون الأفضل وتعين أكثر من ثلاثة قرانين قابلة للإنطباق أحدهما يطرح إشكالية تعدد التفسيرات القضائية، والثاني يشمل نصاً غامضاً، والثالث يعرض إشكالية غياب النص ؟

لاشك أن هذه الفرضية وإن كانت نادرة الوقوع إلاّ أنها حتماً ستثقل عبء القاضي بمهام قد يستحيل القيام بها وهي الترجيح في مرحلة أولى بين مختلف الاجتهادات القضائية المتعلقة بالنَصْ الأول وإعمال القواعد العامة في التفسير التي يعتمدها النظام القانوني الذي ينتمي إليه القانون الثاني المشتمل على نص غامض لاستنباط الحل وفقاً لذلك والرجوع إلى قواعد التفسير المعتمدة في النظام القانوني المنتمي إليه القانون الثالث المتضمن لفراغ تشريعي ، ثم بعد ذلك يتولى القاضي إختيار القانون الأفضل من بين هذه القوانين مما يصعب أكثر من مهمته .

---

[١] انظر حيثيات هذا الحكم أشار إليها عكوش سيهام ، مصدر سابق ، ص٦٢ .

[٢] انظر في عرض الآراء الفقهية المؤيدة لذلك د. عكاشة محمد عبد العال ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء اللبناني، مصدر سابق ، ص٧٣ .

[٣] انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون ... ، مصدر سابق ، ص٤١٢ .

وأخيراً ومن كل ما تقدم عن مدى الدور الإيجابي الذي يلعبه القضاء في تفسير القانون الأجنبي ، نطرح التساؤل التالي : هل يستطيع القاضي أن ينشيء قواعد قانونية عند قيامه بتفسير النص القانوني ؟

أجاب عن ذلك بعض من الفقه[١] بقوله ((أن إحالة المشرع القاضي إلى المباديء العامة للقانون لإيجاد حل للمنازعة المعروضة أمامه ، يمثل مرحلة إجتهادية تسمح للقاضي بأن يخلق نصوصاً قانونية ويساهم في هذه الصياغة ، والمبدأ العام يشكل ركناً من أركان النظام القانوني القائم)) .

ثالثاً : رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

إذا قام قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة المتضمنة عنصراً أجنبياً وأخطأ في تفسيره ، ثم رفع الطعن أمام المحكمة العليا لخطأ في تفسير القانون الأجنبي ، فهل أن هذه الأخيرة تبسط رقابتها في تفسير القانون الأجنبي ؟

يرى بعض الفقهاء إن الخطأ في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا بحسبان أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب إقامة الدليل عليها وما دام كذلك فأنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا التي هي محكمة قانون لا محكمة واقع[٢] ، ويعزز فريق آخر رفضه رقابة المحكمة العليا بتفسير القانون الأجنبي بأن وظيفة المحكمة العليا هي المحافظة على وحدة الأجتهاد في تطبيق القانون الوطني وتحقيق إنسجام أحكامها وليس الاشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية ، فإذْ ا أعطت المحكمة العليا ذات التفسير المعطى للقانون الأجنبي في البلد الذي صدر فيه ، فتكون بذلك تؤدي غير وظيفتها لأن مهمتها فحص ما إذا كانت محكمة الموضوع طبقت على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تجهله وتطالب إثبات مضمونه[٣] .

وهذا ما سارت عليه معظم الدول الأوربية مثل هولندا وسويسرا واليونان وفرنسا ، وأن كان التطور في الدولة الأخيرة الذي حدث بشأن إلزامية القاضي بالبحث عن مضمون القانون

---

[١] انظر أستاذنا د. خير الدين كاظم عبيد الأمين ، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، المجلد ١ ، العدد ١ ، ٢٠٠٩ ، ص٥٢٢ .

[٢] د. محمد كمال فهمي ، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، العدد٢ ، السنة ٣٣ ، ١٩٦٣ ، ص٣٠٤ .

[٣] انظر Bariffol et Lagarde , Op . cit , P. 404 – 405 .

الأجنبي ، أدى في الوقت نفسه إلى تطور قضاء المحكمة العليا ، إذْ جاء من خلال قرار (Africatours) ، حيث لامت محكمة النقض قضاة الموضوع لأنهم تجاهوا المعنى الحرفي للقانون السنغالي[١] .

في حين يذهب الفقه الغالب[٢] ، إلى فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي؛ لأن هذا يتفق مع وصفه كقانون عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني ، فهو ليس عنصر من عناصر الواقع، بل يطبق بأمر من المشرع الوطني ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق إذْ لابد من توفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره ؛ لأن المنطق يقضي بذلك والقول بغيره يجعل الرقابة على قاعدة التنازع عديمة الفائدة مالم تشملها الرقابة على تفسير القانون الأجنبي المختص[٣] .

ويؤيد جانباً آخر من الفقه[٤] ، بوجوب إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا في دولة قاضي الموضوع ، كما هو الحال في القانون الوطني ؛ لأن مهمة المحكمة العليا هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون ، وأن فهمها لقصد المشرع في القانون الأجنبي المختص قد يكون أكثر من فهم القاضي المنفرد بسبب الخبرة الطويلة المتراكمة لدى أعضائها ، ولأن القاضي الوطني قد يهمل التحري عن القانون الأجنبي المختص وتفسيره إذا كان يعلم مسبقاً أن قراره يعد باتاً ونهائياً وغير قابل للطعن ، وفي هذا ضرر محقق لصاحب الحق ومخالفة لروح العدالة وقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيق القانون الأجنبي المختص .

وهذا هو إتجاه معظم دول العالم[٥] ، وعليه فأن قرار القاضي العراقي بتطبيق القانون المختص يجب أن يخضع لرقابة محكمة التمييز العراقية إذا كان القرار قد بنيَّ على مخالفة الأحكام القانونية أو خطأ في تطبيقه ، شأنه شأن القانون العراقي ، خاصة أن مهمة محكمة التمييز في العراق هو توحيد الحلول والأحكام القانونية والإتجاهات القضائية السليمة في الدولة ، مما يقتضي فرض رقابتها على تطبيق القانون في العراق وطنية كانت أم أجنبية سواء كانت قاعدة الإسناد تقليدية أم ذات غايات مادية .

أما في مصر فقد إتجهت محكمة النقض المصرية إلى فرض رقابتها على تفسير القانون

---

[١] راجع بخصوص موقف محكمة النقض الفرنسية Mayer , Op . cit , P. 137 ets .

[٢] انظر في عرض الآراء الفقهية المؤيدة لذلك د. عكاشة محمد عبد العال ، تطبيق القانون الأجنبي مصدر سابق ، ص١١٨ – ١١٩ .

[٣] قارن في ذلك أيضاً د. سامية راشد ، قاعدة الإسناد أمام القضاء ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عدد ٢ ، السنة ١٤ ، ١٩٧٢، ص١١٩ .

[٤] انظر د. غالب علي الداودي ، مصدر سابق ، ص٢٧٤ .

[٥] راجع في الدول التي أخذت بهذا الأتجاه د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٩٥ وما بعدها .

الأجنبي[١] ، ويؤيد الفقه الغالب ذلك على أساس أن كلمة القانون الواردة بالمادة (٤٢٥) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتي تحدد الأحوال التي يجوز فيها الطعن بالنقض تشتمل القوانين الوطنية والأجنبية على حد سواء ، فالحكم الذي يخطيء بتطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره يجوز الطعن فيه أمام المحكمة العليا[٢] .

وبخصوص الوضع في تونس ، فبعد أن كانت المحكمة العليا التونسية لا ترى مبرر لإجراء رقابتها على تفسير القانون الأجنبي إلاّ إذا كان هناك تحريف واضح لنص القانون تأسيساً على أن المحكمة العليا التونسية أنشئت لضمان وحدة القانون الداخلي ، لكن تدخل المشرع التونسي وحسم الأمر على نحو لا يقبل الشك ، إذْ نص صراحة على أن تفسير القانون الأجنبي يخضع لرقابة المحكمة العليا في الفصل (٢/٣٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والتي تنص على أن ((يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب))[٣] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، ولما كان توزيع الاختصاص القضائي والتشريعي محكوم بعدة قواعد دستورية كان لها إنعكاساتها على فض التنازع بين القانون الامريكي والقانون الأجنبي أو بين القانون الفيدرالي والقانون الأجنبي[٤] . غير أن إقحام المحكمة العليا الأمريكية للدستور في مجال تنازع القوانين دفعها إلى استغلال نصوص الدستور لغرض فرض قيود على محاكم الولايات والمحاكم الفيدرالية عندما تتصدى لفض التنازع بين القوانين ، إذْ إنّ مهمة قواعد الإسناد في محاكم الولايات لا تقتصر على فض التنازع بين قانون الولاية والقانون الأجنبي بل تمتد إلى فض التنازع بين قانون الولاية والقانون الأجنبي بل تمتد إلى فض التنازع بين قانون الولاية وولاية أخرى داخل الاتحاد الفيدرالي الامريكي ، وكذلك بينها وبين القانون الفيدرالي ،

---

[١] انظر في اتجاه محكمة النقض المصرية د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص١٨٨ – ١٨٩ .

[٢] انظر في عرض الآراء الفقهية المؤيدة لهذا الأتجاه د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص١١٨ – ١٢٠ .

[٣] لمزيد من التفاصيل انظر : مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٣١٩ – ٣٢٣ .

[٤] حصرت المادة الأولى من الدستور الامريكي لسنة ١٧٨٧ النافذ في فقرتها الثامنة الاختصاص التشريعي للسلطة الفيدرالية في الأمور الآتية :

أ- إصدار قوانين موحدة للتجنس والإفلاس .

ب- تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية والقبائل الهندية .

ج- تشجيع التقدم في مجال العلوم والفنون المفيدة من خلال منح المؤلفين والمخترعين الحق في الاستفادة حصرياً من كتاباتهم واكتشافاتهم لمدة معينة .

... انظر نصوص الدستور الامريكي منشور في المكتبة الرقمية على الموقع الآتي (تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٦) https://www.wdl.org

ونظراً لخطورة النتائج المترتبة على إعمال هذه القواعد أصبح لزاماً على المحكمة العليا الامريكية أن تتدخل لغرض الرقابة على تطبيق قواعد الإسناد وتغييرها حتى وأن كان القانون المطبق هو قانوناً أجنبياً[١] .

المطلب الثاني

إختيار القانون الأفضل

تعكس قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية تنامياً لدور القاضي في سلطته التقديرية تسمح له باختيار القانون الذي يرى أنه يحقق النتيجة المطلوبة ، إلاّ أن السؤال الذي يثار في هذا الصدد هو معرفة المعيار الذي يعتمده القاضي لإختيار قانون من بين القوانين موضوع المقارنة ؟

أختلف الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل ، فمنهم من فضلَّ العمل بالمعيار المجرد المطلق وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب ، وأتبع جانب آخر المعيار التطبيقي الواقعي وهذا ما سنعرضه في الفرع الثاني من المطلب .

الفرع الأول

المعيار المجرد المطلق

يعتمد هذا المعيار على المقارنة المطلقة المجردة بين القوانين التي تعينها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بموجب ضوابط إسناد مرنة ، بغض النظر عن النتيجة التي تؤدي إليها كل قانون في الحالة موضوع النزاع ، إذْ إنّها تعمل على إعطاء حكم مسبق بأفضلية قانون على آخر على أساس مجرد دون ربط الحل الذي يمنحه النص القانوني بالحالة موضوع النزاع[٢] .

إذْ تبدو أهمية هذا المنهج بالنظر إلى الهدف الذي تعمل على تحقيقه قواعد التنازع ذات الطابع الموضوعي بصفة عامة والهدف الذي تسعى إلى تحقيق قاعدة التنازع الحماية بصفة خاصة[٣] .

فالمقارنة هنا ظاهرية مثال ذلك التعويض الناتج عن الإخلال بالمسؤولية التعاقدية إذا وُجِدَّ قانونين أحدهما يتطلب الحصول المضرور على التعويض أن يثبت ذلك ويقيم الدليل على وجود

---

[١] نقلاً عن د. يحيى بدر ، مصدر سابق ، ص١١٩٥ – ١١٩٦ .
[٢] انظر : منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٧ .
[٣] انظر : د. أحمد محمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٣٦ .

الخطأ من جانب المتعاقد الآخر ، في حين لا يشترط القانون الآخر ذلك ، فأن الأخير هو الأكثر صلاحية للمضرور في مضمونه الإجمالي ، إلاّ أن القانون الآخر جائز أن يقرر تعويضاً أفضل للمضرور ، وهي النتيجة التي يسعى إليها في حين أن منهج المقارنة الإجمالية يمكن أن يؤدي إلى تطبيق القانون الذي يحقق هذه النتيجة[١] .

وقد تعرض هذا المعيار إلى عدة إنتقادات ، فمن ناحية يؤدي إلى إثقال مهمة القاضي في الرجوع إلى جملة القانون الأجنبي ، ونتائج المقارنة تكون محل شك[٢] ، ومن ناحية أخرى يتطلب تحديد القانون الأفضل أن يتم تحديده بالنسبة لكل مسألة على حدة[٣] .

كما أن المنهج المتبع في لائحة روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية والذي يهدف إلى مراعاة المستهلك ، يؤدي إلى إلزام المتعاقد وهو المهني إلى خضوعه عملياً لقانونين وهما قانون الإرادة وقانون محل الإقامة العادية للمستهلك ، وبالرغم من أن المعيار الإجمالي يؤدي في النهاية إلى تطبيق قانون واحد في مجمله ، إلاّ أن النقد الموجه له يقصد به هنا ضرورة حماية التوقعات المشروعة للطرف المتعاقد مع المستهلك ، بالرغم من أن العقود التي تتميز بالحاجة إلى حماية أحد أطرافها تتطلب الخروج على مقتضيات اليقين القانوني[٤] .

ولذلك يذهب بعض من الفقه[٥] إلى عدم الاعتداد بهذا النقد على الأقل في مجال حماية المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية ، إذْ إنّ الأخذ بحماية توقعات الطرف المتعاقد مع المستهلك بالحسبان يجعل من الصعوبة بإمكان التوصل إلى تطبيق القانون الذي يوفر الحماية للمستهلك[٦] .

وبخصوص موقف القوانين المقارنة من تطبيق هذا المعيار ، فلم نجد في القانون العراقي ما يشير إلى ذلك ، لافتقار المواد المتعلقة بتنازع القوانين من قاعدة إسناد اختيارية، بإستثناء تلك المتعلقة بقاعدة خضوع شكل الزواج إلى مكان إبرام العقد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين[٧] ، أما الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين فلم تتضمن في ثناياها ما يشير إلى حماية الطرف الضعيف ، ولا يختلف الوضع في القانون المصري

---

[١] قارن د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢١٤ .
[٢] انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٧ .
[٣] انظر : منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٨ .
[٤] انظر د. أبو العلا النمر ، مصدر سابق ، ص٣٨ .
[٥] انظر د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٥٨ .
[٦] د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢١٥ .
[٧] انظر م (٢/١٩) مدني عراقي سالفة الذكر .

إذْ لم تشتمل المواد المتعلقة بتنازع القوانين أي إشارة إلى ذلك عدا المادة (٢٠/ ١) من القانون المدني، والحال نفسه ينعكس على المادة (١/١٩) الخاصة بالعقود الدولية والتي لم تتضمن أي حماية للطرق الضعيف ، بخلاف ذلك فأن القانون التونسي وبعد أن تضمن على أكثر من نص يقضي بأعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية بشقها الذي يعطي الأولوية للقانون الأصلح[١] ، صدر حكم من المحكمة الابتدائية بتونس اعتمد فيها القاضي على المعيار الإجمالي ، إذْ طبق فيه القاضي التونسي القانون الوطني مباشرة دون أن يكلف نفسه عناء المقارنة بين القانون التونسي والقانون السعودي ، مستنتجاً من خلال مقارنة مجردة ومطلقة أن القانون التونسي هو الأفضل لأنه يرتكز على معيار مصلحة المحضون[٢] ، أما القانون الفرنسي فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق هذا المعيار في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣١ ، إذْ قضت بتطبيق القانون الفرنسي على عقد عمل منفذ في المغرب بحسبان أن القانون الفرنسي يعد هو الأصلح من القانون المغربي بالنسبة للعامل[٣] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد أشارت المادة (٢/١٨٧) من تقنين تنازع القوانين الامريكي الأهلي سالف الذكر إلى أنه ((لن يعتد بالقانون الذي أختاره الأطراف لحكم العقد إذا كان هذا القانون يخالف سياسة جوهرية للولاية التي لها مصلحة أكبر في تطبيق قانونها بالمقارنة مع مصلحة الولاية التي أختار الأطراف قانونها وذلك لو كان قانون الولاية الأولى هو الواجب التطبيق عند عدم تعبير الاطراف عن إرادتهم))[٤] ، إذْ يفهم من النص أعلاه أن هنالك مقارنة من القاضي بين ولايتين من دون تحديد نوع المقارنة هل هي إجمالية أم تفصيلية .

---

[١] راجع كل من الفصل (٥١ ، ٥٢ ، ٥٣) سالفات الذكر من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

[٢] قرار المحكمة الابتدائية بتونس المرقم ٣٢٧٧٩ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/١١ أشار إليه منتصر السلامي ، مصدر سابق ، مصدر سابق ، ص١٩ .

[٣] Cass 31-3-1978 , Rev . crit , 1978 , P. 707 أشار إليه د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٨٤ .

[4] The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied , even if the particular issue is one which the partics could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue , unless either (a) the chosen state has no substantial to the parties or the transaction and there in other reasonable basis for the parties choice .

الفرع الثاني

المعيار التطبيقي الواقعي

تتم المقارنة بموجب هذا المعيار بشكل يؤدي إلى فحص وقائع النزاع وإختيار القانون الأفضل على ضوئها ، فالأمر لا يتعلق باختيار قانون هو الأصلح في المطلق وإنما العمل بقانون هو الأفضل في حالة تطبيقية بعينها دون غيرها[١] ، وفي هذه الحالة تكون المقارنة أكثر دقة لأنها تفحص القوانين المعينة من القاعدة وتحديد أفضلها لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي ، ومثالها عقد بيع بالتقسيط تم إبرامه بين مستهلك له محل إقامة معتادة في دولة (س) وبائع في دولة (ص) وتضمن العقد شرطاً يقضي بتطبيق قانون الدولة (ص) كما اشتمل العقد شرطاً آخر يقرر حق البائع في عدم رد الاقساط التي دفعها المشتري في حالة تأخره عن السداد في المواعيد المحددة للقسط ، فإذْ ا كان قانون الدولة (س) يقضي ببطلان هذا الشرط مع بقاء العقد ، في حين يؤدي إعمال قانون الدولة (ص) ببطلان العقد الذي يحتوي على هذا الشرط ، فيجب عندئذ النظر إلى مصلحة المشتري ، فإذْ ا كان من مصلحته إبقاء العقد وجب تطبيق قانون الدولة (س) ، أما إذا كان من مصلحته إبطال العقد تقرر تطبيق قانون الدولة (ص)[٢] .

أما من ناحية تقييم هذا المعيار ، فأنه يؤدي إلى عقد الاختصاص للقانون الأصلح للطرف الضعيف سواء كان هذا القانون ، قانون القاضي أو قانون أجنبي مختار بواسطة الأطراف ، طالما كان هذا القانون محققاً لمصلحة الطرف الواجب حمايته[٣] ، إذْ لا يقتصر دور قاعدة التنازع في إطار هذا المعيار على تحديد القانون الواجب التطبيق ، وإنما يمتد دورها إلى تحقيق نتيجة مادية مفادها تطبيق القانون الذي يتوافق مع مصلحة الطرف الضعيف وتحقيق حمايته بالنظر إلى المنازعة المعروضة[٤] ، كما يؤدي اللجوء إلى هذا المعيار من أجل إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بشقها الذي يعين القانون الأفضل ومراعاة عدم الجمع بين مزايا القوانين المتنازعة في نطاق الالتزامات التعاقدية إلى التقليل من احتمال تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون[٥] .

ويجب على القاضي أثناء المقارنة أن لا يقتصر على الآثار النظرية التي تترتب على

---

(١) انظر : Foyer , Problémes de conflicts del ois en matiére de filiation , R. C. O. D . I , 1985 , Vol. 193 , n576 أشار إليه منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٧ .

(٢) قارن د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢١٦ .

(٣) انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

(٤) انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢١٨ .

(٥) انظر منتصر السلامي ، مصدر سابق ، ص١٨ .

تطبيق القواعد القانونية محل المقارنة بل يتجاوز ذلك إلى البحث عن الآثار الواقعية لهذا التطبيق، بحيث تتسم القواعد القانونية بالتجانس، وبالتالي القابلية للمقارنة، فقد يكون بمقدور القاضي أن يحدد بطريقة مجردة القانون الأصلح للطرف الضعيف، ومع ذلك يكون من الأفضل أن يهتم القاضي أثناء مقارنته بالآثار الفعلية لهذا التطبيق؛ لأن القانون الأصلح للطرف الضعيف والذي يتم تحديدهُ بطريقة مجردة قد لا يكون كذلك بالنسبة له من الناحية الواقعية[١] .

أما عن موقف القوانين المقارنة من هذا المعيار ، فقد سبق وأن عرفنا بأن كل من القانون العراقي والمصري لم يشر إلى كل من المعيارين، في حين أن القانون التونسي إعتد بالمعيار المجرد المطلق ، بخلاف ذلك فأن القانون الفرنسي نجد أن القضاء هناك تارة يعتد بالمعيار الأول وفي أحكام أخرى يعمل بالمعيار الواقعي، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٧٢/٥/٣١ باستبعاد قانون مكان التنفيذ– القانون السنغالي. على أساس أن القانون الفرنسي الذي أختاره الأطراف كان أكثر صلاحية للعامل من حيث إحتساب مهلة الإنهاء السابقة على الفصل[٢]، والحال ذاته ينطبق على القانون الأمريكي، فبعد أن رأينا أن المادة (٢/١٨٧) من المجموعة الثانية للتقنين الأمريكي الأهلي الخاص بتنازع القوانين تحث على العمل بإجراء مقارنة لاختيار أفضل قانون ، فأن القضاء في أحد أحكامه إعتد بالمعيار الواقعي إذْ قضت محكمة نيويورك في حكمها الصادر في عام ١٩١٤ بتطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف استناداً إلى هذا المعيار بمناسبة إصابة عمل وقعت في ولاية نيويورك أثناء تنفيذ العمل بها، بتطبيق قانون ولاية نيوجرسي كونه يمثل أكثر فائدة للعامل وأكدت المحكمة على مبدأ هام، هو أن الوصول إلى تطبيق القانون الأصلح للعامل يكون عن طريق تبني مبدأ العدالة المقارنة بوصفه أحد أهداف القانون الدولي الخاص ويحصل ذلك من خلال الدراسة المقارنة لتشريعات العمل الداخلية لمختلف الدول وإنتقاء أفضل التشريعات التي تجري عليها المقارنة وتطبيقها على العقد موضوع النزاع[٣].

وحسب رأينا المتواضع أنه لا ينبغي المبالغة في تقدير صعوبة معايير إختيار القانون الأفضل ، فمن شأن المقارنة بين القوانين التي لها صلة بالعلاقة محل النزاع تحديد هذا القانون ،

---

[١] انظر د. أحمد محمد الهواري، مصدر سابق، ص١٩٥ .

[٢] Cass 31 Mai . 1972 , Rev. Crit . 1973 , P. 683 ets أشار إليه د. منير عبد الجيد ، مصدر سابق ، ص١٨٤.

[٣] انظر في حيثيات هذا الحكم د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٢ .

إذْ نجد أن هذه المقارنة ليست بجديدة على القاضي الذي يتصدى للفصل في مسائل تنازع القوانين، فهي تماثل المقارنة التي يعقدها بين القانون الأجنبي وقانونه الوطني للوقوف على مدى اتفاق هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته ، ولا يجب أن ننسى أن اليقين القانوني وإن كان هدفاً جوهرياً لقانون التنازع فأن تحقيق هذا الهدف لا يمكن إلا أن يكون نسبياً لأنه يتطلب أيضاً الاعتداد بأعتبارات العدالة عند وضع حلول لهذا القانون .

ولذلك نستطيع القول بأن المعيار الواقعي الذي يعالج كل حالة على حدة هو أكثر ملائمة من المعيار المجرد لأنه أقرب إلى فلسفة قاعدة التنازع ذات الغايات المادية التي تفترض إجراء مقارنات من حيث النتائج المتوصل إليها .

خلاصة المبحث الثاني

أبرزت لنا الدراسة أن نظرية تطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن محتوى القانون الأجنبي لا تلعب الدور المؤثر عند إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، بخلاف قواعد التنازع العادية، إذْ أنه من المفروض لنجاعة تطبيق هذه النظرية توافر شرط أولي يتمثل بوجود صلة بين النزاع وقانون القاضي تماشياً مع الطابع الوظيفي لقاعدة الإسناد التي تجعل إختصاص قانون القاضي ذا صفة إحتياطية، وهذا متحقق آلياً في قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية لكن لا يقتصر على قانون القاضي فقد يكون هو أو قانون آخر؛ لأن هذه القاعدة الأخيرة تشتمل أكثر من قانون أما على سبيل الأختيار أو المفاضلة، وفي كلتا الحالتين يكون هناك أكثر من قانون قابل للانطباق قد يكون قانون القاضي أحد هذه القوانين، مما يسهل عمل القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق مكان القانون الأول الذي إستحال عليه إثباته .

ولم نجد في التشريع العراقي ما يشير إلى مناهج المقارنة عند تطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف، لإفتقار المواد المتعلقة بتنازع القوانين من قاعدة إسناد إختيارية بإستثناء تلك المتعلقة بقاعدة خضوع شكل الزواج إلى مكان إبرام العقد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين . إذْ خلصت الدراسة إلى أنه على القاضي أثناء المقارنة أن لا يقتصر على الآثار النظرية التي تترتب على تطبيق القواعد القانونية محل المقارنة، بل يتجاوز ذلك إلى البحث عن الآثار الواقعية لهذا التطبيق، فحيث تتسم القواعد القانونية بالتجانس، وبالتالي القابلية للمقارنة، قد يكون بمقدور القاضي أن يحدد بطريقة مجردة القانون الأصلح للطرف الضعيف، ومع ذلك يكون من الأفضل أن يهتم القاضي إثناء المقارنة بالآثار الفعلية لهذا التطبيق لأن القانون الأصلح للطرف الضعيف والذي يتم تحديده بطريقة مجردة قد لا يكون كذلك بالنسبة له من الناحية العملية .

خلاصة الفصل الثاني

إنّ تجاهل القاضي لصفة الإلزام في قاعدة التنازع تنطبق فيه قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، يتعارض مع فلسفة هذه القاعدة التي يأمل المشرع من خلالها تحقيق الخيارات والسياسات التشريعية التي تضمنتها، كذلك فأن النظام الأختياري لإثارة قاعدة الإسناد يعيق تحقيق أهداف هذه القاعدة، بل أن هذا النظام الأختياري قد يرتكز عليه القاضي لتجاهل تطبيق هذه القاعدة لصعوبة إعمالها وما تثقل به كاهل القاضي من بحث عن مختلف القوانين ممكنة الأنطباق .

وفي سبيل التغلب على الانتقادات التي وجهت لقاعدة القانون الأفضل التي تقوم عليها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، من تحكم القاضي بإعمال هذا القانون أو ذلك، نفضل في حالة بيان مركز القانون الأجنبي عَدَّهُ قانون، ويلتزم القاضي بتطبيق أحكامه بواسطة قاعدة الإسناد، وبذلك تمنعه من التحكم في إعمال القانون الأجنبي عن طريق خضوعه لرقابة محكمة التمييز (النقض) .

وخلصت الدراسة إلى أن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تعدل من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصلح التي تسعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه، طالما أنها تستغرقه منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الإقصائية وإنّما أصبح لاعباً إيجابياً يُستِغرقْ من قبل قاعدة الإسناد ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأساسية للمشرع .

كما إنَّ وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد إسناد ذات غايات مادية في تشريعاته قد يكون إشكالياً؛ لأن إعتماده يزيح جانباً هذه القاعدة ويُصعب تطبيقها، ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرعَ تحقيقه . وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الإستثناءات بصورتها العامة، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف به أن يستثني تطبيقها في مواضع أُخرى ؟ خصوصاً

إنها إستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره، وإنْ كان لا ضير من إعمال هذه الاستثناءات بطابعها الجزئي .

أبرزت لنا الدراسة أن نظرية تطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن محتوى القانون الأجنبي لا تلعب الدور المؤثر عند إعمال قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية، بخلاف قواعد التنازع العادية، إذْ إنّه من المفروض لنجاعة تطبيق هذه النظرية توافر شرط أولي يتمثل بوجود صلة بين النزاع وقانون القاضي تماشياً مع الطابع الوظيفي لقاعدة الإسناد التي تجعل إختصاص قانون القاضي ذا صفة إحتياطية، وهذا متحقق آلياً في قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية لكن لا يقتصر على قانون القاضي فقد يكون هو أو قانون آخر؛ لأن هذه القاعدة الأخيرة تشتمل أكثر من قانون أما على سبيل الأختيار أو المفاضلة، وفي كلتا الحالتين يكون هناك أكثر من قانون قابل للانطباق قد يكون قانون القاضي أحد هذه القوانين، مما يسهل عمل القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق مكان القانون الأول الذي إستحال عليه إثباته .

ولم نجد في التشريع العراقي ما يشير إلى مناهج المقارنة عند تطبيق القانون الأصلح للطرف الضعيف، لإفتقار المواد المتعلقة بتنازع القوانين من قاعدة إسناد إختيارية بإستثناء تلك المتعلقة بقاعدة خضوع شكل الزواج إلى مكان إبرام العقد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين . إذْ خلصت الدراسة إلى أنه على القاضي أثناء المقارنة أن لا يقتصر على الآثار النظرية التي تترتب على تطبيق القواعد القانونية محل المقارنة، بل يتجاوز ذلك إلى البحث عن الآثار الواقعية لهذا التطبيق، فحيث تتسم القواعد القانونية بالتجانس، وبالتالي القابلية للمقارنة، قد يكون بمقدور القاضي أن يحدد بطريقة مجردة القانون الأصلح للطرف الضعيف، ومع ذلك يكون من الأفضل أن يهتم القاضي إثناء المقارنة بالآثار الفعلية لهذا التطبيق لأن القانون الأصلح للطرف الضعيف والذي يتم تحديده بطريقة مجردة قد لا يكون كذلك بالنسبة له من الناحية العملية .

الباب الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الحلول الوضعية

الفصل الأول

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية

المبحث الأول

الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة

المبحث الثاني

الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب

تمهيد وتقسيم :

من المعلوم أنَّ معظم قواعد التنازع إنْ لم تكن جميعها من صِنعْ وإرادة المشرع الوطني ، وهو أمر تفرضه إعتبارات إنعدام السلطة العليا التي يمكن أن تنهض بمهمة وضع تنظيم موحد أو قواعد موضوعية لحكم العلاقات الخاصة الدولية ، فضلاً عن عدم ميل الدول إلى التقيد بإتفاقيات دولية تقوم بذلك التنظيم ، وإستئثارها بوضع القواعد التي تعتقد أنها تحقق حماية مصالحها المختلفة .

والواقع أن قواعد الإسناد ذات الغايات المادية تمارس وظيفتها الحمائية بصدد عدة مراكز تتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافها، ففي مجال الأحوال الشخصية هناك مراكز تبرز الحاجة إلى أحد أصحابها مثال ذلك غير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة، إذْ تهدف هذه القواعد إلى توفير أكبر درجة من الحماية للقاصر من بين القوانين المتزاحمة الأنطباق، وهنالك أيضاً مراكز يستفيد أصحابها من الحماية دون الحاجة إلى حالة ضعف تعتريهم، وإنما كل ما هناك مواجهة بين مصالح متعارضة لأطراف العلاقة القانونية تعمل على تغليب أحد هذه المصادر وهذا ما نراهُ في مسائل النفقة .

أما في مجال المعاملات المالية، فيمكن تمييز بعض العلاقات القانونية التي تتسم بضعف أحد أطرافها بالنسبة للطرف الآخر لذلك فهي تتطلب وضع قواعد تعمل على التقليل من التباين بين مراكز أطرافها، إلا أنه تحقيق الوظيفة الحمائية تشوبه بعض الصعوبات الخاصة والتي تعود إلى هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على حلول تنازع القوانين في مادة العقود، وهذا يدعونا إلى إبعاد الإسناد عن قانون الإرادة جزئياً في نطاق العقود المختلة التوازن ويجب أن لا يتم بطريقة مجردة وإنما بالنظر إلى مصالح الطرف الضعيف المطلوب حمايته، أي يتم عن طريق المقارنة والترجيح بين القانون الذي يختارهُ الأطراف والقانون الواجب التطبيق موضوعياً، وهذا هو هدف قواعد التازع الحمائية موضوع دراستنا التي سنحاول تأصيلها على هذه العقود المختلفة التوازن كعقود الإستهلاك وعقود العمل الفردية .

كما أن هنالك مراكز قانونية في مجال المعاملات المالية يستفيد أصحابها من الحماية دون أن تستند إلى حالة ضعف تعتريهم وهذا ما نراه في مجال المسؤولية التقصيرية، فهنالك عدد من القواعد التي تهدف إلى تحقيق حماية خاصة للدائن بالتعويض أو المضرور.

فالحماية هنا ترتكز على فكرة مقتضاها أن من تسبب في إحداث ضرر يجب أن يتحمل

آثاره، ولغرض إضفاء الطابع الحمائي لقواعد تنازع القوانين في هذا المجال، وأن كان الأصل هو تطبيق القانون المحلي على هذه الوقائع، إلا أنه من الخير إعمال المرونة اللازمة على قواعد تنازع القوانين سواء بأعتناق المفهوم الاجتماعي للقانون المحلي أو نظرية القانون الملائم أو أن يكون للإرادة دور في تحديد القانون الواجب التطبيق متى ما كان القانون المحلي ضعيف الصلة بالواقعة محل النزاع، مما يتيح للقاضي بموجب سلطته التقديرية فحص القوانين الممكنة الإنطباق قبل تطبيقها وهذا ما يتم عن طريق إعمال قواعد الإسناد ذات الغايات المادية.

بيد أن هذا الطابع الوصفي يستتبع تباين قواعد التنازع وإختلافها من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يؤدي إلى إختلاف الحلول النهائية الموضوعية لمسائل الحياة الخاصة الدولية، بالرغم من أن هنالك قواعد تنازع تعد شائعة أو مشتركة بين العديد من الدول مثال ذلك خضوع الأموال لقانون موقعها أو خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها ....

الأمر الذي يدفعنا إلى معرفة قواعد التنازع الحمائية في هذه المسائل وذلك من خلال تقسيم الباب على فصلين ، سنعرض في الأول الوظيفة الحمائية لقواعد التنازع في مجال الاحوال الشخصية وسَنتَطرق في الفصل الثاني إلى الوظيفة الحمائية لقواعد التنازع في نطاق المعاملات المالية .

الفصل الأول

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية

إنّ إتساع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وشمولها على العناصر التي وردت في قانون الأحوال الشخصية إضافة إلى ما نُظمَ في القانون المدني على غرار النظام القانوني العراقي، يجعل من الصعب التوصل إلى تعريف مانع وجامع لتلك المسائل، ومما يزيد من هذه الصعوبة أن اصطلاح الأحوال الشخصية نسبي يختلف مدلولهُ في الزمان والمكان، فما يعد في وقتٍ ما من مسائل الأحوال الشخصية قد يدخل في زمن لاحق ضمن الأحوال العينية، وقد تختلف هذه المسائل من دولة إلى أخرى، لذلك فأن الإتجاه السائد في العديد من تشريعات الدول هو تجنب تعريف الأحوال الشخصية والاكتفاء بتعداد ما يدخل ضمن هذه المسائل، ومن هذه القوانين القانون العراقي وأغلب الدول العربية، وهو الإتجاه الذي نفضلهُ، لأن التعريف وإن كان يسهل في الغالب على أطراف الدعوى والمحاكم تطبيق القوانين إلاّ أنهُ ليس من وظيفة المشرع الأساسية، فالنصوص متناهية والوقائع لا متناهية، ومن المعلوم أن المتناهي لا يحيط باللامتناهي .

وقد حدد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل مسائل الأحوال الشخصية واحدة تلو الأخرى على سبيل الحصر وهي على التوالي : الخطبة والزواج وأركانها وشروطها والأهلية في الزواج وإجراءات التسجيل والإثبات في الباب الأول، وفي الباب الثاني تناول المشرع المحرمات وزواج الكتابيات، وتطرق في الباب الثالث إلى الحقوق الزوجية وأحكامها كالمهر ونفقة الزوجة، وعرض في الباب الرابع إنحلال عقد الزواج، وتكلم في الباب الخامس منهُ عن العِدة، وفي الباب السادس تحدث عن النسب والرضاع والحضانة، وتناول النفقة في الباب السابع، أما الباب الثامن فعرض فيهِ الوصية، وأخيراً تكلم عن الميراث في الباب التاسع.

ومما تقدم من أتساع نطاق الأحوال الشخصية بحيث من الصعب التطرق إليها جميعاً في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، لذا سنقتصر على أهم تلك المسائل، كالولاية على المال لغير كاملي الأهلية، ومسائل الحضانة، والإلتزام بالنفقة، لحاجة تلك المسائل إلى أكبر قدر من الحماية، فالحاجة للحماية هنا تكمن في حالة الضعف التي تلحق أصحاب هذه المراكز مقارنة ببقية أفراد الجماعة الوطنية كما هو الحال في مسائل الولاية على المال والحضانة، أو لمواجهة المصالح

المتعارضة لأطراف العلاقة القانونية وهذا ما نراهُ في مجال الالتزام بالنفقة .

ولبيان الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الأنظمة المتعلقة بغير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة، وسنبحث في الثاني الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة .

المبحث الأول

الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية ومسائل الحضانة

إنّ الصياغة المجردة لقاعدة الإسناد هي التي تضفي عليها الطابع المجرد فتوصف بأنها قاعدة محايدة ، فهي تفاضل وتختار من بين القوانين المتزاحمة للأنطباق على العلاقة القانونية على وفق مقتضيات وزن عناصر الإتصال وجديتها من العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي والقوانين المتزاحمة بغض النظر عن مضمون القانون الذي تشير بأختصاصه وآثار تطبيقه على تلك العلاقة[١] ، لذا فأن تطبيق قاعدة الإسناد على العلاقة القانونية موضوع النزاع لا يؤدي إلى تقديم الحل المباشر للمسألة المعروضة على القضاء، إذْ إنّ الحل الموضوعي يستمد من القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ، الأمر الذي دعا إلى وصف قاعدة الإسناد بأنها تسعى إلى تحقيق عدالة شكلية أو حسابية[٢].

ولأن إختيار القانون الواجب التطبيق بشأن العلاقة التي يكون غير كامل الأهلية طرفاً فيها يحتاج إلى توفير أكبر قدر من الحماية وهو أمر يتطلب النظر في مضمون القوانين المتزاحمة ومعرفة مدى الحماية التي توفرها لهؤلاء الأشخاص ، والأمر ذاته ينطبق على مسائل الحضانة لذا فأن بالإمكان أن ينتاب قواعد الإسناد التقليدية عدداً من الإشكالات وهو ما دفع التشريعات إلى البحث عن قواعد تنازع حمائية ، ولمعرفة دور هذه القواعد الحمائية لابد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنعرض في الأول دور قواعد الإسناد الحمائية في حماية غير كاملي الأهلية ونتطرق في الثاني إلى دور قواعد الإسناد الحمائية في مسائل الحضانة .

---

[١] انظر د. احمد محمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ... ، مصدر سابق ، ص٤٩٥ .
[٢] انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص٣٢١ .

المطلب الأول

دور قواعد الإسناد الحمائية في حماية غير كاملي الأهلية

تأثر تطور العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي في الفترة الأخيرة بإعتبارين متعارضَيْنْ جذرياً، أحدهما يتمثل بمبدأ اليقين القانوني والقدرة على حماية التوقعات المشروعة للأفراد، الذي أدى إلى تشجيع الإتجاه نحو وضع قواعد إسناد جامدة تتسم بالتحديد، أما الأعتبار الآخر فهو حاجة كل قاعدة قانونية تتسم بالعمومية والتجريد إلى قدر من المرونة عندما تنطبق على مركز ذات طبيعة خاصة .

هذا التعارض بين جمود قاعدة التنازع المعدة سلفاً وبين الحاجة إلى عدالة تتفق ومعطيات النزاع يستلزم من المشرع التدخل وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية للتقليل من الآثار غير الملائمة لتطبيق قاعدة الإسناد[١] ، إذْ يستعين المشرع والقاضي بعدد من قواعد التنازع ذات الغايات المادية التي تهدف إلى تحقيق الأثر المطلوب في هذه المسائل .

ولمعرفة دور قواعد الإسناد الحمائية في توفير الحماية المطلوبة لغير كاملي الأهلية سنسلط الضوء على هذا المطلب من خلال فرعين نتناول في الفرع الأول قواعد الإسناد المخصصة لحماية غير كاملي الأهلية، وسنتطرق في الفرع الثاني إلى تكريس الإسناد الحمائي في القوانين الوطنية .

الفرع الأول

قواعد الإسناد المخصصة لحماية ناقصي الأهلية

إعتاد الفقه النظر للأهلية بوصفها مسألة واحدة ، في حين هي تتعلق بنظام متعدد الجوانب[٢] ، وقد درج بعض الفقهاء على تفضيل مصطلح عدم الأهلية بدلاً من مصطلح الأهلية ، الأمر الذي أدى إلى إفتراضهم دائماً تمتع الشخص بأهلية كاملة ، والأستثناء هو عدم الأهلية ، وعلى ذلك لا تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية شخص ما إلاّ عندما تكون

---

[١] انظر في تطبيقات العدالة في مجال الأحوال الشخصية د. اياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ((دراسة فلسفية إستدلالية)) ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد ١٥ ، لسنة ٢٠١٧ ، ص٣٣ – ٣٤ .

[٢] انظر Batiffol , Op . cit , P. 526 .

أهليته محل تساؤل[١] .

ومع انقسام دول العالم على مجموعتين من النظم ، تتمثل المجموعة الأولى بنظم القانون العام (Common Law) المتأثرة بالقانون الأنكلو أمريكي (كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وإستراليا) ، والمجموعة الثانية تتمثل بنظم القانون المدني (Civil Law) المتأثرة بالقانون الروماني كفرنسا ومعظم دول أوربا والشرق الأوسط والدول العربية ، لذا فأن الإسناد إلى القانون الذي يحكم الأهلية والمسائل المتفرعة عنها ، أي النظم المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية كالولاية والوصاية والقوامة ليس واحداً[٢] .

ففي نطاق الولاية أو ما يسمى بالقوانين الأوربية بالسلطة الأبوية تتجه أكثر الدول إلى تفضيل القانون الشخصي لربِّ العائلة ، أما في الحالة التي يختلف فيها القانون الشخصي لربِّ العائلة عن القانون الشخصي لناقص الأهلية فأن الرأي الراجح هو تفضيل القانون الشخصي لناقصي الأهلية[٣] .

أما عن بقية الأنظمة الأخرى المتعلقة بغير كاملي الأهلية كالوصاية والقوامة فتخضع للقانون الشخصي لناقصي الأهلية ، فهذا القانون هو الذي يحدد نوع الوصاية أو القوامة التي تلائم ناقص الأهلية ، كما يحدد الحالات التي يمكن فيها سجن الوصي أو عزله وكذلك القيم، وقد عملت بذلك معظم البلاد التي تتبع النظام اللاتيني ومنها أغلب التشريعات العربية[٤] .

أما بلاد القانون العام كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فتنظر إلى هذه النظم على أنها تتعلق بتحديد الأختصاص القضائي ولا تثير مشكلة في تنازع القوانين أو بعبارة أخرى ، أن قواعد تنازع القوانين في مجال الوصاية أو القوامة تتبع القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي ، فالجهة المختصة بتقرير نظام الوصاية أو القوامة تقوم بتطبيق قانونها[٥] .

ومن خلال ما تقدم نصل إلى مبدأ غالب بإسناد النظم المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية

---

[١] لمزيد من التفاصيل انظر د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٣ – ٧ .

[٢] في دول القانون العام نجد أن الاتجاه الفقهي والقضائي في الولايات المتحدة الإمريكية عدا ولاية لويزيانا (Louisiana) يذهب إلى إسناد الأهلية لقانون محل العقد ، على أن تخضع أهلية ترتيب حق عيني في العقار لقانون موقعه . انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٢٨ . في حين نجد الأهلية في البلاد التي تتبع النظام اللاتيني فيتم إسنادها للقانون الشخصي سواء كان قانون الجنسية أو الموطن . لمزيد من التفاصيل انظر عدنان باقي لطيف ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٢١ وما بعدها .

[٣] نقلاً عن د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٤٢ .

[٤] انظر استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، الجنسية والعلاقات الدولية ، ط٢ ، مصدر سابق، ص١٤٠ .

[٥] انظر د. أشرف وفا محمد ، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، العدد ٥٨ ، ٢٠٠٢ ، ص٣٥٣ .

إلى القانون الشخصي ، على أن هذا لا يحسم الأمر في مجال تنازع القوانين ويرجع ذلك إلى أن هذا القانون ليس واحداً في مختلف الدول ، فمنها ما يعتد بمعيار الجنسية وأخرى تأخذ بمعيار الموطن ، ومن أجل معرفة الحماية التي توفرها قواعد الإسناد المخصصة لحماية غير كاملي الأهلية من خلال القانون الشخصي ، لابد من إجراء مقارنة بين الحماية التي يوفرها كل من معيار الجنسية ومعيار الموطن وصولاً إلى العمل بالمعيار الذي يوفر أكبر قدر من الحماية وذلك من خلال الفقرتين الآتيتين :

أولاً – معيار الجنسية :

قدم الفقه المؤيد لإسناد حكم الأهلية والأنظمة المتعلقة بها للقانون الشخصي وفقاً لمعيار الجنسية[١] ، عدة مسوغات منها (إنَّ معيار الجنسية يأتي إنعكاساً للقيم السائدة في الدولة ، فهي تضعه آخذة بالحسبان الطوائف المختلفة والعقائد السائدة في مجتمعها ، كما أنَّ هذا المعيار يتسم بالثبات ، حيث أن الأغلبية العظمى من الأشخاص لهم جنسية واحدة ، ومن النادر أن يتم تغييرها، ومن المسوغات التي قيلت من أجل العمل بهذا المعيار أيضاً ، وبما أن مجال تحريك القانون الشخصي يكون في العلاقات المتصلة بحياة الفرد العائلية كالحالة والأهلية ، حيث إنهما من الصفات التي تلحق بالشخص على وجه الدوام ، لذا كان لزاماً تغليب صفة الاستمرار على صفة العموم أي الأخذ بمعيار الجنسية)[٢] .

كما أن من المسوغات التي تؤدي إلى العمل على وفق معيار الجنسية الصعوبة الناتجة في حالة الإسناد إلى القانون الشخصي على وفق معيار الموطن في الدول التي تتعدد فيها الشرائع

---

[١] أثرنا في دراستنا هذه تقديم الجنسية على الموطن ، على الرغم من أن الأخير أسبق في الظهور من فكرة الجنسية وذلك لعدة أسباب منها : أ- اهتمام فقهاء القانون الدولي الخاص بموضوع الجنسية يفوق اهتمامهم بموضوع الموطن ، وخاصة في الدول اتي تتبع النهج اللاتيني ومنها العراق . ب- عدم وجود أحكام خاصة للموطن في القانون الدولي الخاص لمعظم الدول وبذلك يخضع للقواعد العامة السارية في القانون الداخلي . وتعد الجنسية بوصفها الرابطة القانونية والسياسية التي تعبر عن انتماء الفرد بالدولة فكرة حديثة نسبياً ، بدأت في الظهور في القرن الثامن عشر ، إذ استخدم إصطلاح الجنسية في معناه السياسي والقانوني الحالي لأول مرة ، ففي هذه المدة من التاريخ لم يكن الأنتساب إلى الأمة مِحل إعتبار في تبعية الأفراد ، بل كانت العبرة بسلطات الحاكم على رقعة معينة من الأرض وخضوع الأفراد لسيطرته ، ثم جاءت عهود الملكية المطلقة فكانت التبعية للملك ، وعدت الجنسية مجرد رابطة خضوع له . لمزيد من التفاصيل حول التطور التاريخي لفكرة الجنسية انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ج١ ، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص٢١ وما بعدها . ولقد عرف الفقهاء الجنسية بعدة تعاريف ، بعضها يركز على الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة ، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي ، في حين عرفها بعض الفقه المصري بأنها علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصبح بمقتضاها الفرد عضواً في شعب الدولة . انظر في ذلك د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٤٣ ، ١٩٨٧ ، ص١٠ .

[٢] انظر في عرض المسوغات السابقة د. ناصر عثمان محمد عثمان ، القانون الدولي الخاص المصري ، الكتاب الثاني في الاختصاص القضائي الدولية وتنازع القوانين والآثار الدولية للأحكام والتحكيم الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص١٢١ .

على أساس شخصي وفي حالة إنعدام الموطن وتغييره ، كذلك قصور التنظيم التشريعي لمسائل الموطن وبصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص ومن ثم فأن الحلول المعتمد عليها تعتمد بصورة كبيرة على الاجتهاد الفقهي[١] .

ثانياً – معيار الموطن :

ساق الفقه المؤيد للعمل بمعيار الموطن[٢] ، كضابط إسناد يحكم مسائل الأهلية والأنظمة المتفرعة عنها عدة مسوغات منها : (أن سيادة الدولة بوصفها شاملة لكل الأقليم تتطلب تطبيق قوانين الدولة على كافة الأفراد المستقرين بهذا الأقليم ، كما أن تأثر الفرد بالمجتمع الذي يعيش فيه أقوى من تأثره بمجتمع الدولة الذي ينتمي إليها بجنسيته ، وأن قانون الموطن أكثر إستجابة لحاجة المعاملات الدولية ، كذلك من شأن الاعتداد بمعيار الموطن الجمع بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي مما يتيح للقاضي تطبيق قانونه)[٣] ، ومن المسوغات التي تؤدي

---

[١] انظر د. أبو العلا علي أبو العلا النمر ود. أحمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص١٣٥ .

[٢] منذ نشأة قواعد تنازع القوانين على يد المدرسة الأيطالية مروراً بالمدارس الأخرى ، كالمدرسة الهولندية والفرنسية، أخضع الفقهاء حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه ، واستمر هذا الحال حتى بزوغ الثورة الفرنسية ، إذ بدأت الدول بالاتجاه إلى معيار الجنسية بأستثناء الدول التابعة للنظام الانكلو أمريكي . إذ رست قواعد الموطن ونال فيها مكانة لا يزال يتمتع بها لحد الآن . انظر د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ – ١٩٩٩ ، ص١١٨ . وقد تعددت تعريفات الفقه للموطن منها أنه ((المحل الذي أختاره الشخص أختياراً حراً ليسكن فيه نهائياً ويكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله)) انظر في عرض تعريفات الموطن د. عبد الحميد أبو الهيف ، القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٢٧ ، ص٨٢ – ٨٣ ود. أيمن سعد سليم ، نظرية الحق ، مطبعة الدار الهندسية، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص١٢٧ وما بعدها .

أما في أطار التشريعات الوضعية ، نجد أن المشرع العراقي تصدى لتعريف الموطن في المادة (٤٢) من القانون المدني بقوله ((الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة)) وهذا ما فعله المشرع المصري من قبل في المادة (١/٤٠) من القانون المدني . وبخصوص الوضع في التشريعات الأجنبية ، فقد عرف المشرع الفرنسي الموطن في المادة (١٠٢) من التقنين المدني التي تنص على أن ((موطن كل فرنسي من حيث استعمال حقوقه المدنية يكون حيث يوجد مركز اعماله الرئيسي)) . نص المادة باللغة الفرنسية هو :

((Le domicil de tort franis , quant aléxérice de ses drais civil , est av licu oril ason principal et a blisement))

في حين أن الموطن بالمفهوم الأمريكي هو القطر (Country) الذي يعتبر المقر الدائم للشخص (Permanent home) والذي بدوره يتكون من عنصرين أحدهما مادي (Factuml) وهو الإقامة (Residence) والآخر معنوي وهو نية البقاء والاستمرار (Onimvs manedi) انظر Cheshire , Private , International Law , Ninth edition , butter worth , London , P.161 إذ يقول عن الموطن وعلى لسان اللورد (Carworth) في عام ١٨٥٨ :

((By domicil we mean home , The permanent home , and if you do not understand your permanent home infuriate that no illustrations drown from foreign writers will very mach help you to it)) .

[٣] انظر في عرض هذه المسوغات د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، مباديء القانون الدولي الخاص ، ج٢، في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص١٩٢ . ود. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، مصدر سابق ، ص٨٢ .

إلى العمل بمعيار الموطن الصعوبة الناتجة في حالة الإسناد إلى القانون الشخصي على وفق معيار الجنسية في حالة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع على أساس أقليمي وفي حالة تعدد الجنسيات أو أنعدامها[١] .

كذلك أن قانون الدولة التي يحمل الفرد جنسيتها قد لا يكون من السهل دائماً معرفة مضمونه نظراً لقيامها في أكثر الأحيان على اعتبارات روحية (معنوية) قد لا يعرفها سوى صاحب الشأن ، كالنسب أو الميلاد في اقليم معين[٢]، وقد يعتري تطبيق قانون الجنسية بعض الصعوبات مما يؤدي إلى الإخلال بسلامة المعاملات المدنية والتجارية كما هو الحال في الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي أو ما يسمى بالمصلحة الوطنية[٣]، كما أن فرصة غياب الاشتراك القانوني وإعمال الدفع بالنظام العام يكون في الدول التي تعتد بالجنسية أكثر ما هي بالموطن كقانون مرخص في مسائل الأحوال الشخصية[٤] .

ثالثاً – تقدير الحماية اللازمة لناقصي الأهلية على ضوء الإسناد إلى القانون الشخصي وفق معياري الجنسية والموطن والحلول المقترحة في ذلك :

على الرغم من المسوغات التي ساقها أنصار إسناد الحماية إلى القانون الشخصي وفق معياري الجنسية والموطن ، إلا أنَّ واقع الحال يكشف على أن ظروف كل دولة هي التي تتكفل في كثير من الاحيان بتحديد أيٍّ من المعيارين يجب إتباعه والعمل به في هذا الصدد ، ويمكن القول بصفة عامة أن سياسة الدولة التشريعية تؤدي دوراً كبيراً في ذلك ، فمعيار الجنسية تعتمده الدول المصدرة للسكان والتي تحاول أنْ تبقي أتصالاً مباشراً بين الدولة والمواطنين في الخارج بإخضاع الروابط الشخصية والعائلية إلى قانونها[٥] .

كذلك يتم إعتماده من جانب الدول المتعددة الشرائع على أساس شخصي لصعوبة إختيار

---

[١] انظر د. جابر إبراهيم الراوي ، مصدر سابق ، ص٣٨ .

[٢] انظر د. عبده جميل غصوب ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ .

[٣] تنص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي على أنه : ((ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثاره فيه ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فأن الأجنبي في هذا التصرف يعتبر كامل الأهلية)) وهذا النص له ما يقابله في التشريعات العربية المقارنة انظر م (١/١١) مدني مصري . والفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولية الخاص التونسية ، وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي في قضية ليزاردي الشهيرة ، ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المتعاقد لحسن النية مع صاحب الوضع الظاهر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ . واستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، مصدر سابق ، ٢٠١١ .

[٤] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع ، ط١، مطبعة الهلال ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص٢٣٤ .

[٥] انظر د. سامي بديع منصور ود. أسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٩ ، ص٢٢٥ .

قانون من بين قوانينها المتعددة ليحكم الحالة الشخصية للأجانب[١] .

أما معيار الموطن فيعتمد في الدول المستوردة للسكان التي من الأفضل عادة الأخذ بقانون الموطن ، وذلك حتى يتسنى لها تطبيق قانونها على كافة الأجانب الذين استقروا في إقليمها[٢] ، كما تأخذ به الدول المتعددة الشرائع على أساس إقليمي لوجود جنسية واحدة ، هي جنسية الدولة الاتحادية وإقامات متعددة[٣] .

حقيقة الأمر أنه حتى هذا التقسيم لا يمكن أن يتم العمل به بشكل مطلق ، فقد لا تكون الدولة مستوردة للسكان ، ومع ذلك تأخذ بمعيار الموطن إستناداً إلى الحجج التي قدمها أنصار قانون الموطن ، وذلك لتراثها كما هو الحال في انكلترا ، إذْ إنّ من دواع ثبات قانون الموطن فيها التأثر بما ورثوه عن العهد الاقطاعي[٤] .

أما عن الحلول المقترحة ، ومن أجل الحصول على أكبر قدر من الحماية ، فظهر إتجاه حديث يرمي إلى الجمع بين كل من معياري الجنسية والموطن ، وقد أخذ بهذا الإتجاه مشروع القانون المدني الفرنسي ، إذْ يقضي بأعمال معيار الجنسية ؛ بالنسبة للوطنيين ، كما ينص في الوقت ذاته بإعمال معيار الموطن بالنسبة للأجانب المستقرين في اقليم الدولة[٥] ، وعلى العكس من الموقف الفرنسي ، لما كان تبني الدول الانكلو أمريكية لمعيار الموطن يقود إلى عدم خضوع الوطني المتوطن في الخارج إلى قانون دولته ، فقد حرصت بعض التشريعات كالقانون الأنكليزي على تقرير بعض الاستثناءات من تطبيق قانون الموطن تضمن أن يطبق على مواطنيها في الخارج القانون الأنكليزي ، ومن الواضح أن القانون الأخير يعتد في هذه الحالة بمعيار الجنسية وليس معيار الموطن[٦] .

الآن هذا الإتجاه منتقد ، إذْ إنّه يهدف إلى التوسع في حالات تطبيق القانون الشخصي للدولة ، وذلك بإخضاع الأجانب المقيمين في اقليم الدولة لهذا القانون ، فضلاً عن إخضاع مواطني الدولة لقانونهم الشخصي ، من دون النظر إلى الحماية الواجب توفرها[٧] .

وحسب رأينا المتواضع ، بخصوص المفاضلة بين معياري الجنسية والموطن من أجل

---

[١] انظر د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ .
[٢] انظر د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان ، مصدر سابق ، ص١٩٢ .
[٣] انظر د. سامي بديع منصور ود. أسامة العجوز ، مصدر سابق ، ص٢٢٤ .
[٤] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٨٤ .
[٥] انظر في الجمع بين معياري الجنسية والموطن مع جعل الدور الهام للجنسية Batiffol , Op . cit , P. 401 .
[٦] نقلاً عن د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص٣٥٤ .
[٧] انظر في هذه الانتقادات د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة ... ، مصدر سابق ، ص٢٧ .

توفير الحماية الفعالة لغير كاملي الأهلية ، نرى أنه بالرغم من الإسناد إلى القانون الشخصي وفقاً لمعيار الجنسية يكشف الصلة الروحية الكبيرة في مجتمعاتنا العربية بهذه الرابطة ، إضافة إلى أنه كثيراً ما تكون النزاعات المتعلقة بهؤلاء الأشخاص من نفقة وحضانة وغيرها من الأمور داخل الدولة التي يرتبطون بجنسيتها ، بخلاف الوضع في الدول الغربية التي تعمل بنظام التبني ، إلا أنَّ الإسناد إلى القانون الشخصي على وفق معيار الموطن أو محل الإقامة قد يحقق من المزايا ما تساعد في التغلب على بعض الإشكالات التي تواجه منهج تنازع القوانين مثل الدفع بالنظام العام وإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، ومواكبة ما وصلت إليه اتفاقيات لاهاي الحديثة المتعلقة بناقصي الأهلية من خلال الاعتداد بمكان إقامة الشخص والقانون الأكثر صلة بالنزاع ونعتقد بوجود قاعدة إسناد تشتمل على معياري الجنسية والموطن بصورة مجتمعة أفضل من الاعتماد على أحد هذه المعايير ، من خلال قاعدة إسناد ذات طابع مادي بأحد صورها الأربعة سالفة الذكر ، وهذا ما سوف نكرسه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

تكريس الإسناد الحمائي في القوانين الوطنية

تتباين قوانين الدول المختلفة من تقرير مبدأ خضوع الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية للقانون الشخصي ، بين قانون الجنسية وقانون الموطن ، فبالنسبة للتشريعات التي تسند هذه الانظمة إلى قانون الجنسية ، نجد أن المشرع العراقي قد أخضع الولاية في المادة (٤/١٩) من القانون المدني إلى القانون الشخصي للأب ، أما الوصاية والقوامة فقد أخضعها إلى القانون الشخصي لغير كامل الأهلية بموجب المادة (٢٠) من القانون نفسه[١]، أما القانون المصري فقد جمع الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية بنص واحد ، والمتمثل بالمادة (١٦) من القانون

[١] سنفرد موضع آخر من هذا الفرع لمناقشة موقف المشرع العراقي ، والجدير بالذكر أن بعض التشريعات العربية قد أخضعت النظم المتعلقة بالأهلية للقانون الشخصي كما هو الحال في المادة (١٧) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ والمادة (١٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ النافذ . أما عن قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ النافذ فأنه ميز بين الولاية على النفس واخضعها للقانون الشخصي للأب استناداً إلى المادة (٤٣) والولاية على المال وأخضعها للقانون الشخصي للصغير وفقاً للمادة (٤٤) منه . أما عن موقف القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ النافذ فقد سلك موقفاً مغايراً لبقية التشريعات العربية إذ حصر الاختصاص التشريعي في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة بالقانون اليمني وحده بموجب المادة (٢٧) من القانون أعلاه .

المدني المصري النافذ وأخضعها للقانون الشخصي لمن تجب حمايته[١] ، وفيما يتعلق بالقانون التونسي فأنه درج هذه الأنظمة تحت لواء القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه بموجب الفصل (٤١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية النافذة[٢] .

أما عن موقف القوانين الأجنبية ، فقد تكرس مبدأ إسناد الأنظمة المتعلقة بغير كاملي الأهلية إلى القانون الشخصي في العديد من القرارات القضائية الفرنسية[٣] ، وقد ينسحب إلى القانون الشخصي كذلك الأسباب الطبيعية لأنعدام الأهلية أو نقصها ، كما هو الحال إذا كان الشخص مصاباً بإختلال عقلي ، إذْ يرى الفقه الفرنسي[٤] ، أن القضاء الفرنسي قد أوجد بذل طائفة جديدة للإسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، وذلك لأنه في مجال علاقات القانون الداخلي إذا أُبرّمَ العقد يتم إبطاله بدعوى وجود مرض عقلي ، فأنه يلزم إقامة الدليل على توافر الجنون أو الخلل العقلي في وقت إبرام العقد ، مما يعني أن حماية صاحب الشأن لا تتم بقوة القانون ، أما في مجال العلاقات الخاصة الدولية فأن الخلل العقلي يخضع للقانون الشخصي إستناداً إلى أن الجنون يعد حالة مصاحبة للشخص في جميع التصرفات التي يجريها ، ولا يقتصر الأمر على تصرف معين من دون غيره ، وطالما الأمر كذلك فأن الأسباب الطبيعية لأنعدام الأهلية ونقصها تخضع حتماً للقانون الشخصي[٥] .

وبخصوص الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأن الولاية يتم إخضاعها للقانون

---

[١] تنص المادة (١٦) من القانون المدني المصري على أن ((يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته)) انظر في شرح المادة أعلاه وحصرها بالولاية على المال دون الولاية على النفس . د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٣٣١ وما بعدها .

[٢] ينص الفصل (٤١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أن ((الولاية ينظمها القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه ، غير أن الوسائل الوقتية أو المتأكدة تتخذ على مقتضى القانون التونسي إذا كان القاصر أو المحجور عليه موجوداً بالبلاد التونسية إذا كان القاصر أو المحجور عليه موجوداً بالبلاد التونسية عند اتخاذها أو إذا تعلقت الوسيلة الحمائية بمال منقول أو عقار كائن بالبلاد التونسية)) إذ أن المقصود بالولاية في النص أعلاه الولاية العامة التي يندرج تحتها الوصاية والقوامة وهذا ما أكدّهُ من قبل الامر الصادر في ١٩٥٦/٧/١٢ في الفقرة الرابعة منه وهذا نصها ((وفي الوصاية والقوامة والحجر والترشيد يرجع إلى القانون الشخصي للقاصر أو المحجور عليه)) وإذا كانت الولاية بالفصل أعلاه تشتمل الولاية على النفس والمال إلا أنها لا تقتضي الحضانة لأنها وبالرغم من كونها لا تعدو أن تكون جزءاً من الولاية على النفس إلا أنها أكثر التصاقاً بحقوق العائلة ولذلك أدرجها ضمن هذه الفئة من الحقوق . لمزيد من التفاصيل انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٣٨٢ – ٣٨٥ .

[٣] انظر قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى الصادر ٢٠٠٧/١/١٨ والذي يقضي ((بخضوع تعيين الوصي لقانون صاحب العلاقة الشخصي)) . وانظر كذلك قرار محكمة النقض الغرفة المدنية الأولى الصادر في ١٩٦٠/٦/١٣ والذي يقضي بأنه ((يكون القانون الوطني لليتيم قابلاً للتطبيق بموجب قاعدة تنازع القوانين الفرنسية على وصايته ...)) . نقلاً عن دالوز ، مصدر سابق ، ص٢٧ .

[4] Marty et Raynand , Droit Civil , T1 , 4éd. , Paris , 1976 , P. 652 .
أشار إليه د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في الأهلية العامة ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

[٥] نقلاً عن د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص٣٣١ .

الشخصي المتمثل بقانون الموطن للأب أو الأم حسب الأحوال وفي حالة اختلاف موطن الوالدين عن موطن القاصر ، فإن قانون موطن القاصر هو الواجب التطبيق[١] ، وعن بقية الأنظمة الأخرى كالوصاية والقوامة فأنه ينظر إليها على أنها مسائل تتعلق بإدارة الأموال ، وأن قواعد تنازع القوانين بصددها تتبع القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي[٢] .

من خلال إستقراء موقف القوانين المقارنة ، ومن أجل تكريس الحماية الموضوعية لهذه الطائفة من الأشخاص ، يفضل إستبدال قاعدة الإسناد التقليدية بقاعدة تنازع ذات غايات مادية تهدف إلى تحقيق الأثر المادي المطلوب ، خاصة في الحالة التي تختلف فيه جنسية الوالدين عن جنسية غير كاملي الأهلية ، فبالنسبة للولاية أو ما يسمى بالسلطة الأبوية (Pussance Patecnelle) في القوانين الأوربية[٣] ، وإذا ما ذهبنا مع الإتجاه الذي يفصل الولاية عن النفس عن الولاية على المال ، إذْ تخضع الأولى إلى القانون الشخصي للوالدين إذا أتحدت جنسيتهما ، ويطبق القانون الأكثر صلاحية للطفل إستناداً إلى اجتهاد القاضي الذي يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التمييز إذ ينحصر ما بين القانون الشخصي للأبوين (الجنسية / الموطن) وقانون محل إقامة الطفل في حالة الأنفصال وأختلاف الجنسية . أما الثانية فيمكن دمجها مع الوصاية والقوامة بوصفها من الأمور المالية وإخضاعها لقاعدة إسناد ذات غايات مادية تتضمن أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير ويترك الأمر في ذلك إلى القاضي المعروض أمامه النزاع ليختار القانون الذي يحقق الأثر المادي المطلوب من بين القانون الشخصي (الجنسية / الموطن) وقانون موقع المال . أو توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج ، إذْ يطبق أولاً ضابط الإسناد الرئيسي إستناداً إلى القانون الشخصي لغير كامل الأهلية وفقاً لمعيار الجنسية مثلاً فإذا أنعدم أو لم يحقق الحماية المطلوبة يتم اللجوء إلى معيار الموطن أو محل إقامته ، فإذا أتحدت جنسيته ومكان إقامته يتم اللجوء إلى ضابط موقع أمواله ، وما يؤيد وجهة نظرنا المتقدمة ما سارت عليه أتفاقيات لاهاي المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية[٤] .

---

(١) .Dicey and Morris , Conflict of law. 9ed . stevens & stons limited , London , 1973 , P. 368

(٢) انظر بيارماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٤٨٦ .

(٣) نقلاً عن د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٢٣١ . ود. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٤٢٥ .

(٤) إنَّ أول أتفاقية أبرمت في هذا الشأن هي اتفاقية لاهاي الخاصة بتنظيم الوصاية على القصر بتاريخ ١٩٠٢/٦/١٢ ، إذ عَدَّت قانون جنسية القاصر هو الأساس في مجال تنازع القوانين حسب نص المادة الأولى منها ، على أن هذا لا يمنع من إمكانية تدخل سلطان الدولة التي يتواجد فيها مقر إقامة القاصر ، مما يدل على أن هذه الاتفاقية قد أعتدت بقانون محل الإقامة بصورة احتياطية . نصوص هذه الاتفاقية متاح باللغة الفرنسية على الموقع الالكتروني الآتي : http://www.h.cch.net/f/convensions/exp/34e.html وبعد إلغاء اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢ المتعلقة بالوصاية على القاصرين ، أبرمت اتفاقية لاهاي الخاصة بصلاحيات السلطات والقانون الواجب التطبيق على القاصرين =

- موقف المشرع العراقي :

ساير المشرع العراقي التشريعات التي أخضعت الأنظمة المتعلقة بغير كاملي الأهلية إلى القانون الشخصي على وفق معيار الجنسية ، وذلك في المادة (٢٠) من القانون المدني النافذ، إذْ تنص على أن ((المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائب يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها)) ويفهم من النص المتقدم أن هذه النظم قد وضعت لحماية عديمي الأهلية وناقصيها ولتلافي عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية ، فينبغي إخضاعها للقانون نفسه الذي يحكم أهليتهم وهو قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، أما بشأن الولاية التي لم تذكر في المادة (٢٠) أعلاه ، فقد ورد النص عليها في الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة التي تنص على أن ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب)) ، لأن الغرض منها تنظيم العائلة وتربية الأولاد وتعليمهم وتهذيبهم لذلك من العدل والمنطق أن تخضع الولاية إلى القانون الشخصي للأب[1] .

ومن إستقراء نصوص المواد (٢٠) و(٤/١٩) من القانون المدني العراقي والذي نعتقدهُ بأن المشرع افترض تطابق جنسية الصغير وأبيه، أو أنه طالما الصغير في ولاية أبيه فهو يتبع جنسيته، وبالتالي تكون جنسيتهما واحدة، ومن ثم لا مانع في إخضاع هذه الأنظمة لجنسية الأب حصراً بل يمكن إخضاعها لجنسية الصغير . ندرج الملاحظات الآتية مع التعقيب :

الملاحظة الأولى : أنَّ المشرع العراقي عالج الوصاية والقوامة وأخضعها للقانون الشخصي (الجنسية) في المادة (٢٠) سالفة الذكر ، ولم يدرج الولاية من ضمن هذه النظم، وإنما ورد ذكرها

= في ١٩٦١/١٠/١٥ والتي اعتدت بقانون محل إقامة القاصر بصورة أساسية بموجب المادة الأولى من الاتفاقية إلا أنها في بعض الحالات عقدت الاختصاص لدولة جنسية القاصر . لمزيد من التفاصيل عن هذه الاتفاقية انظر د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق ، ص٣٦٨ – ٣٦٩ . أما فيما يخص الاتفاقيات المتعلقة بالأشخاص البالغين غير كاملي الأهلية ، فتعد اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ ١٩٠٥/٧/١٧ من الاتفاقيات المهمة التي تناولت موضوع الحماية على المحجورين إذ يتجلى تفصيلها لقانون جنسية الشخص المحجور بموجب نص المادة العاشرة منها وأن كان للدولة التابع لها الشخص بجنسيته أن تُعين قيماً آخر يستبدل بالقيم المحدد من جهة الإقامة ز نص الاتفاقية متاح باللغة الفرنسية على الموقع الالكتروني المشار إليه في أعلاه .

ولمواكبة التطور الذي طرأ على مختلف الدول في مجال الحماية الواجب توافرها للأشخاص القاصرين والبالغين غير كاملي الأهلية ، أبرمت عدة اتفاقيات بهذا الشأن كاتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ ١٩٩٦/١٠/١٦ والتي تختص بالحماية الدولية للطفل ، واتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٠٠٠/١/٣ والخاصة بالحماية الدولية للبالغين غير كاملي الاهلية اللتان عقدتا الاختصاص التشريعي لدولة مقر إقامة غير كامل الأهلية على أن هذا لا يمنع من تطبيق سلطان دولة المقر قانون دولة أخرى بهدف توفير أكبر قدر من الحماية للشخص غير كامل الأهلية . لمزيد من التفاصيل راجع د. أشرف وفا محمد، مصدر سابق ، ص٣٤٠ – ٣٤٥ .

[1] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٧٩ – ١٩٨٠ ، ص١٠٣ .

مع الواجبات بين الآباء والأولاد في المادة (٤/١٩) .

التعقيب :

يختلف موقف المشرع العراقي عن بعض التشريعات العربية التي أدرجت هذه النظم الثلاثة تحت نص واحد[١] ، ونعتقد أن المشرع العراقي كان موفقاً في ذلك ، وآيتنا في ذلك نتجلى من خلال إستقراء موقف التشريع المصري الذي يُعدْ المرجع لكثير من قوانين الدول العربية ، وموقف الفقه والقضاء المصريين من الولاية ، فبالنسبة للتشريع المصري نجد أن النصوص التي تطرقت إلى هذه النظم متعددة ، تبدأ من لائحة التنظيم القضائية للمحاكم المختلطة الملغاة ، التي لم تذكر كلمة الولاية في الفقرة الثامنة من المادة التاسعة والعشرين من اللائحة ، وإنما أوردت الوصاية والقوامة فقط ، وبعد أن صدر القانون المدني المصري أضيفت كلمة الولاية للنص ، وقد أفصحت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري عن وجهة النظر هذه بنصهّا ((أبقى المشرع في المادة (١٦) على الأحكام المقررة في الفقرة الثامنة من المادة التاسعة من لائحة التنظيم القضائي مع تعميم في التعبير حتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها دون أن يقتصر على الوصاية والقوامة والأذن والإدارة))[٢] ، وهذا يفصح عن تردد موقف التشريع المصري بخصوص ذِكرْ الولاية مع بقية الانظمة من عدمه ، أما عن موقف الفقه المصري بشأن المادة (١٦) من القانون المدني المصري ، فيقول بعض الفقهاء المصريين[٣] ((ونعتقد أن الولاية المقصودة في هذه المادة هي الولاية على المال دون الولاية على النفس بدليل أولاً : أنَّ المشرع عبر عنها بالنص الفرنسي بعبارة (administrain legal) ولم يعبر عنها بالإصطلاح العام المستعمل في البلاد الأوربية ، والذي يشمل الولاية على النفس والولاية على المال (Puissance Paternelle) أي السلطة الأبوية ، وثانياً : أنَّ المشرع وضعها في نص واحد مع النظم الخاصة بحماية ناقصي الأهلية في ماله ، وأخضعها للقانون الذي تخضع له هذه النظم)) ، وفي هذا الصدد يرى جانباً آخر من الفقه[٤] ((ومع ذلك فأن هذا القول لا يسري برمته بالنسبة للولاية ، صحيح أن هذا النظام يهدف أيضاً إلى حماية مصلحة القاصر والمحافظة على أمواله وأنه لم يعد يرتب سلطة شخصية لمصلحة الأب ، كتلك السلطة الأبوية التي عرفها

---

[١] انظر على سبيل المثال م (١٦) مدني مصري ، م (١٧) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ النافذ ، م (١٧) من القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣/١١/٢٨ النافذ ، م (١٧) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ .

[٢] نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٣٤ – ٤٣٥ .

[٣] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٣١ .

[٤] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٣٥ .

القانون الروماني ولكنها مع ذلك تهدف إلى تنظيم العائلة ، كما ترمي أولاً وقبل كل شيء إلى تربية الولد وتهذيبه وتعليمه ، لذا فأنه يبدو منطقياً ومعقولاً أن تخضع هذه الولاية إلى قانون الأب، وهو ما يقره العديد من الكتاب ، كما تأخذ به التشريعات الوضعية ، بل هو الرأي الذي إنتهجه المشروع التمهيدي للقانون المدني)) .

وبخصوص موقف القضاء المصري ، فأنه يجمع بين الولاية على النفس والولاية على المال في مجال إعمال قاعدة إسناد واحدة وهي تلك الواردة في المادة (١٦) ، كما أخضع الحضانة والتي هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس مرة لقانون الصغير ومرة للقانون الذي يحكم الطلاق ومرة ثالثة للقانون الذي يحكم آثار الزواج[١] ، ومن هذه المواقف السابقة للتشريع والفقه والقضاء المصري نرى صواب ما إستقر عليه التشريع العراقي من إخضاع الولاية إلى قانون جنسية الأب .

الملاحظة الثانية : إنَّ المشرع العراقي لم يحدد معنى الولاية في المادة (٤/١٩) من القانون المدني ، أهي الولاية على النفس أم الولاية على المال أم تشمل الولايتين معاً ؟ ويتفرع نها السؤال حول الوقت الذي يعتد به بجنسية الأب .

التعقيب :

بالنسبة للشطر الأول من الملاحظة ، نقول أن المشرع العراقي أطلق لفظ الولاية بصورة مطلقة ، والمطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة[٢] ، وكذلك يتبادر إلى الذهن في ذكر كلمة الولاية في فقرة قانونية واحدة مع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد في نص قانوني واحد إلى أنَّ المشرع قصد الولاية على النفس .

أما عن الشطر الثاني من الملاحظة الذي يخص الوقت الذي يجب الاعتداد به بجنسية الأب ، فإنَّ المشرع العراقي لم يحدد ذلك الوقت وإنَّ هناك خلافاً بين الفقه العراقي في ذلك ، فبعضهم ينادي بالإعتداد بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الأبن لأن الوقت الذي تتكون فيه رابطة ثبات نسب الولد لأبيه ، والإقرار بالأبوّة وإنكارها ، وكذلك الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء

---

[١] انظر في أحكام القضاء المصري د. عز الدين عبد الله ، إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مراد الأحوال الشخصية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، العدد ١ و٢ ، لسنة ٢٠٠٤ ، ١٩٥٤ ، ص٧٥ وما بعدها .

[٢] انظر م (١٦٠) مدني عراقي .

والأولاد بما فيها الولاية على النفس[١] ، في حين يؤيد بعضهم الآخر العمل بقانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى[٢] ، ومن جانبنا لا نتفق مع الرأيين السابقين ، وذلك لأن العمل بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق بتعدد الأولاد الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غير الأب جنسيته ، فضلاً عن أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد ، فأي القانونين أصلح ، قانون الأب وقت وفاته أم وقت زواجه أما إذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فأنه قد يحصل تحايل على القانون وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب .

ويبدو حسب رأينا المتواضع أن إعمال قانون جنسية الأب من دون تحديد الوقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية ، أفضل من الاعتداد بوقت معين[٣] ، وذلك بتقدير كل حالة على حدة مع إخضاع القاضي في كل ذلك إلى رقابة محكمة التمييز ، فقد يضطر القاضي إلى إعمال قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى في حالة إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه بعد عرض الإسلام عليه ، وقد يجد القاضي أن تطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أصلح في حالة أخرى ، كما لو كان الزوجان يعتنقان الدين نفسه ، وقد سنحت للقضاء العراقي فرصة تكريس هذا المبدأ ، أي إسناد العلاقة لقانون جنسية الأب بموجب المادة(٤/١٩) من القانون المدني في قضية تتعلق بزوجين مصريين يعملان في العراق ، رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها ، وأثناء نظر القاضي الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة (١٠٤٢) سجل (٥٧٦) بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٨ ، أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري ، وعرضت الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام ، وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بولاية الأطفال وحضانتهم، ميز الزوج الحكم أمام محكمة التمييز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل ، وقضت بأن (الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية ، يتبعون من أسلم من

---

[١] انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص١١٦ . ود. غالب علي الداودي ، مصدر سابق ، ص١٧٥ . وانظر في الفقه المصري المؤيد لهذا الاتجاه ، د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد ، مصدر سابق، ص٨٠ ود. هشام صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٥٧٠ . ولمزيد من التفاصيل حول الاتجاهات الفقهية العربية بخصوص الاعتداد بجنسية الأب انظر د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، من أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، تصدر عن مجلس شورى الدولة المصري ، العدد ٢ ، السنة ٢٣، ١٩٧٩ ، ص٦٠ وما بعدها .

[٢] انظر د. عبد الواحد كرم ، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص٤٤ .

[٣] من القوانين العربية التي أخذت بذلك ، قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي الكويتي النافذ في المادة (٤٣) منه والتي تنص على أن ((يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وعلى الحضانة)) .

الزوجين ، لهذا يكون الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون)[١] .

ونظراً لما تقدم من الملاحظتين في أعلاه ، فأننا نفضل لو حدد المشرع العراقي الولاية ، فيصبح معنى الولاية المذكورة في المادة (٤/١٩) من القانون المدني الولاية على النفس ليكون نص المادة بالشكل الآتي ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية على النفس وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب)) .

ويدرج الولاية على المال مع نص المادة (٢٠) من القانون المدني ليكون نص المادة كالآتي ((المسائل الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها)) .

أما إذا أراد المشرع العراقي الأخذ بقاعدة إسناد ذات غايات مادية وعلى التفصيل المتقدم في أعلاه ومن أجل توفير الحماية اللازمة لغير كاملي الأهلية، فأننا نفضل أن يكون نص المادة (٢٠) من القانون المدني على النحو الآتي : ((المسائل الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليهما قانون الدولة التي ينتمون إليها ، ومع ذلك إذا كان هؤلاء لا يحملون الجنسية العراقية ، يطبق القانون الذي يحقق الأثر المادي المطلوب)) . إذْ من الممكن أن يكون القانون الذي يحقق الأثر المادي المطلوب قانون جنسيته أو قانون موطنه إذا كان متوطناً خارج الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ، أو قد يكون مكان إقامته ، مع خضوع القاضي في كل ذلك إلى رقابة محكمة التمييز .

المطلب الثاني

دور قواعد الإسناد الحمائية في مسائل الحضانة

إنّ إختلاف التكييف القانوني للحضانة ، أدى بدوره إلى اختلاف الحلول في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، إذْ إنّ هنالك أكثر من إتجاه فقهي وقضائي حاول طرح أفضل الحلول الملائمة في هذه المسائل ، لذا سنحاول تسليط الضوء عليها وصولاً إلى أفضل هذه الاتجاهات ، ومن ثم تكريس هذا الحل في التشريعات المقارنة ، ومن أجل الإحاطة بذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الأول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، ونبحث في

[١] قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠/ هيئة عامة / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٤/٧ ، منشور في مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحاميين العراقيين ، العددان ٣ و٤ ، السنة ٣٤ ، ١٩٧٩ ، ص٢٠٧ .

الثاني تكريس الإسناد الحمائي في القوانين المقارنة .

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

إنّ عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في بعض التشريعات المقارنة فسح المجال للأجتهاد الفقهي والقضائي للوصول إلى قاعدة تنازع يحقق الفرض المطلوب ، ولما كان ذلك يتوقف على مسألة تكييف الحضانة ذاتها ، فأننا سنتطرف إلى الاتجاهات المختلفة والتي ربطت بين هذا التكييف والقانون الواجب التطبيق ، وصولاً إلى أفضل إتجاه يحقق الحماية المطلوبة وكالآتي :

الإتجاه الأول : تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج

يؤسس أنصاره أن الحضانة هي أثر من آثار الزواج وبالتالي يطبق القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ، وأنه في حال قيام الرابطة الأسرية بين والدي الطفل سواء كان الطفل شرعياً أم طفلاً طبيعياً، فأن الحضانة هي المظهر الأساسي الملازم لولاية الأبوين على نفس ومال الصغير ، وعليه فأنه يجب التسليم بحكم القانون الشخصي الذي يحكم من حيث الأصل هذه الرابطة الأسرية للحضانة[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد أخضع آثار الزواج إلى قاعدة إسناد ذكرها في المادة (٢/١٩) من القانون المدني والتي تنص على أن ((ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال[٢]، وبقراءة النص أعلاه يبدو جلياً أن القانون العراقي وبخلاف ما قرره بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج أخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ، إذْ قرر أن قانون

---

[١] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٩٤ .

[٢] تقابلها م (١/١٣) مدني مصري ، أما القانون التونسي فقد نحى منحاً آخر إذ نص الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص على أن ((تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة)) أما القانون الفرنسي وأسوة ببعض التشريعات الاوربية التي أخذت بمذهب الازدواجية في آثار الزواج فقد استقر على خضوع الآثار الشخصية للزواج إلى قانون الجنسية المشتركة للزوجين ، فإذا أختلفت جنسيتهما ، سرى قانون دولة الموطن المشترك لهما ، فأن اختلفا موطناً، طبق القانون الفرنسي قانون القاضي ، أما الآثار المالية فيسري عليه القانون الذي يختاره الزوجان صراحة أو ضمناً . نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص٨٠٨ . ولمزيد من التفاصيل حول النظام المالي للزوجين انظر استاذنا د. رعد مقداد محمود الحمداني ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى، ٢٠٠٩ . ويقترب من مذهب الازدواجية النظم القانونية الانكلو أمريكية فرغم سيادة نظام انفصال أموال الزوجين، إلا أنها تقرر أنه يجوز للزوجين الاتفاق على نظام مالي معين واختيار القانون الذي يحكمه ، فإن إنعدم الاختيار كان واجب التطبيق على النظام المالي قانون موطن الزوجية . انظر Enrenzweig , Op . ci , P. 625.

الدولة التي ينتمي إليها الزوج دون الزوجة هو الواجب التطبيق على آثار الزواج ، وعلة إختيار قانون دولة الزوج أنه رب الأسرة وله القوامة وعليه تقع معظم واجبات وأعباء الأسرة[١] .

وحسب وجهة نظرنا المتواضعة ، لا يمكن التسليم بهذا التكييف ، لأنه يركز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية ، وأن علاقة الأبوين بالأولاد قد تأخذ منحى إستقلالياً سواء كان ذلك أثناء الزواج أو بعد إنحلاله .

الإتجاه الثاني : تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار إنحلال عقد الزواج سواء كان بالطلاق أو بالتفريق أو الانفصال الجسماني ، وذلك على أساس أن الحضانة هي من آثار إنحلال الرابطة الزوجية ، وأن الربط بيم الحضانة وآثار الطلاق والتفريق والإنفصال مسوغاً لإخضاعها لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، فهو من الناحية العملية يخضع جميع النتائج المترتبة على الطلاق والتفريق والإنفصال لقانون واحد[٢] .

إذْ من المعلوم أن رابطة الزوجية تنحل بإرادة أحد الزوجين المنفردة وعادة ما يكون الزوج وهو النظام المعروف في الشريعة الإسلامية بالطلاق ، وقد تنقضي بحكم قضائي وهو ما يعرف بالتفريق ، وتأخذ العديد من النظم القانونية الغربية بالنظام المعروف بأسم التفريق الجسدي أو الانفصال الجسماني ، وهو نظام يهدف إلى تحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة[٣] .

وقد تضمنت المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي قاعدة إسناد لثلاث صور من إنحلال الزواج وهي الطلاق والتفريق والإنفصال الجسدي ، إذْ نصت المادة أعلاه بأنه ((ويسري في الطلاق والتفريق والأنفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى))[٤].

---

[١] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق، ص١٠٤ .

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٨٤٤ .

[٣] لمزيد من التفاصيل عن الطلاق وأنواعه . انظر د. أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، ج٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص٢٤٠ – ٢٤٧ .

[٤] تقابلها م (٢/١٣) مدني مصري ، أما القانون التونسي فقد سلك الاتجاه ذاته في مجال الآثار الزوجية إذ نص بالفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى ، وعند اختلاف الجنسية ويكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها)) ، أما في فرنسا وبعد صدور قانون ١٩٧٥/٧/١١ والذي نصت على أن ((الزواج والطلاق يحكم بالقانون الفرنسي إذا كان : =

وقد قرر المشرع بهذا النص إخضاع إنحلال الزواج لقانون واحد يتمثل بقانون جنسية الزوج خلافاً لما فعله بالنسبة لإنعقاد الزواج ، إذْ أخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين ، كما مر بنا سابقاً ، كما أنه فرق بين الطلاق من جهة والتفريق والطلاق من جهة أخرى من حيث وقت إعمال هذا القانون ، فنظراً لأن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة لذلك تكون العبرة بجنسية الزوج وقت وقوعه ، أما التفريق والإنفصال الجسدي فيتم العمل بجنسية الزوج وقت رفع الدعوى لأنه لا يمكن أن يتم إلاَّ بحكم القضاء .

وإذا نظرنا إلى تحديد الفقهاء لنطاق تطبيق القانون المشار إليه في المادة السابقة ، نجد أن آثار إنحلال الزواج تشمل أسباب الإنحلال سواء تعلق بالطلاق أو التفريق أو الانفصال الجسماني، والآثار المترتبة على ذلك من نفقة وسكن وأثر ذلك على أسم الزوجة في التشريعات التي ترتب مثل هذا الأمر ، ولعل أهم الآثار التي يحكمها هذا القانون هي التي تتعلق بالأسباب المسوغة لإنحلال عقد الزواج[١] ، أما إجراءات التفريق والإنفصال الجسماني فلا تخضع لهذا القانون وإنّما لقانون القاضي[٢] .

وتأسيساً على ما تقدم ، فأننا لا نؤيد هذا الإتجاه إذْ إنّ آثار إنحلال عقد الزواج لا تشمل إلاّ آثار الانحلال فيما يتعلق بعلاقات الزوجين كأسباب الطلاق أو الأنفصال ، وآثار ذلك بالنسبة للأشخاص فيما يتعلق بعلاقات المطلق والمطلقة كالنفقة بعد إنحلال الزوجية بوصفها من آثار الانحلال ، وكذلك القيود التي ترد على حقوق الطرفين من إنحلال الزواج إلى غير ذلك من الآثار والتي تتركز حول أثر الإنحلال على العلاقة بين الزوجين.

الإتجاه الثالث : تطبيق قانون الولاية على المال:

ظهر في مصر إتجاه قضائي يذهب إلى أن الحضانة مسألة متعلقة بالولاية على المال وبالتالي يطبق عليها حكم الولاية على المال التي تخضع لقانون جنسية الصغير وفقاً لنص المادة

= ١- أحد الزوجين من الجنسية الفرنسية .
٢- إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في الأرض الفرنسية .
٣- إذا لم يعترف أي قانون أجنبي بصلاحيته في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسدي . نقلاً عن بيار ماير وفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٥٣٠ – ٥٣١ . أما في أمريكا فيسري قانون القاضي في كل مرة يثبت فيها الاختصاص للمحاكم الوطنية ، وهي تختص عادة ، إذا كان لأي من الزوجين موطن في الاقليم الوطني لحظة رفع الدعوى وبدء الاجراءات أو كان ليس لهما محل إقامة عادة فيه .، انظر Wolf , op . cit , P.273 .

[١] لمزيد من التفاصيل راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ وما بعدها .

[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات الدولية ، مصدر سابق ، ص٨٤٦ .

(١٦) من القانون المدني المصري سالفة الذكر[١] ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنوب القاهرة في حكمها الصادر في ١٩٧٩/٦/٢٩ بالحكم للجدة المصرية بحضانة حفيدتها من أب كويتي إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية المطبقة في الكويت بوصفها قانون جنسية الصغيرة ، مسوغة حكمها المتقدم بأنه ليس ثمة شك في قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني جاءت خالية من بيان قاعدة إسناد في مسائل الحضانة ، وعليه فأن إعمالاً للمادة (٢٤) من القانون المدني يتعين الرجوع إلى مباديء القانون الدولي الخاص في هذا الشأن التي تقتضي إعطاء الحضانة حكم الولاية على المال ومن ثم الأخذ بقانون جنسية الصغير المتمثل بالقانون الكويتي[٢] .

ونرى أنه يصعب التسليم بهذا الإتجاه ، فهنالك فروق جوهرية بين الولاية على المال والولاية على النفس والتي تقترب الحضانة من طبيعتها ، وهذا ما أيدته العديد من الأحكام القضائية المصرية[٣] .

كما أن هذا الإتجاه القضائي في مصر يصعب عليه القياس في القانون العراقي لأن هذا الأخير فصل بين القوامة والوصاية من جهة واخضعها لقاعدة إسناد واحدة متمثلة بالمادة (٢٠) من القانون المدني سالفة الذكر ، والولاية التي جمعها مع البنوة الشرعية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد كما جاءت بالمادة (٤/١٩) من القانون المدني سالفة الذكر ، إذْ تطرقنا في مواضيع سابقة لأنتقاد موقف المشرع العراقي لعزله الولاية على المال عن الوصايا والقوامة وعدم بيان معنى الولاية الوارد في المادة (٤/١٩) من القانون المدني .

الإتجاه الرابع : تطبيق قانون جنسية الأب:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن القانون الواجب تطبيقه على الحضانة هو الذي يطبق على آثار النسب بوصف الحضانة أحد هذه الآثار ، إذْ إنّ آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأولاد بما فيها الولاية على النفس ، بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس[٤] .

فالحضانة حسب هذا الإتجاه التزام ناشيء عن النسب على فرض أنها التزام يقع على من

---

[١] لمزيد من التفاصيل انظر د. عزت محمد علي البحيري ، مصدر سابق ، ص٤٦٥ وما بعدها .
[٢] قرار محكمة جنوب القاهرة المرقم ٦٠ في ١٩٧٩/٦/٢٩ . أشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٨٣ ، هامش رقم (١) .
[٣] انظر في ذلك د. عز الدين عبد الله ، إتجاهات القضاء ... ، مصدر سابق ، ص٣١ – ٣٢ .
[٤] انظر د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار المعارف ، القاهرة، ١٩٧٥ ، ص٢٣٩ وما بعدها .

يثبت نسبة المحضون إليه ، فإثبات البنوة جل اهتمام الأب أكثر من الأبن ، وعليه يطبق قانون الأب الشخصي سواء كان قانون الموطن كما في النظم الأنكلو أمريكية أو قانون الجنسية كما في النظم اللاتينية ، إذْ من النادر أن يغير الأب جنسيته في الفترة ما بين إبرام الزواج وإنجاب الأولاد وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الأب وقت إبرام الزواج أو وقت ميلاد الطفل والذي يعد ذاته قانون الأسرة القائمة ، أما بعد الطلاق فلا يكون لهذا القانون الدعم القادر على تأمين وحماية الطفل نتيجة لتصدع الأسرة[١] .

ولو سلّمنا بخضوع الحضانة إلى القانون الذي يحكم الواجبات والحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأبناء وهو قانون جنسية الأب حسب رأي الفقه الراجح ، يثار التساؤل عن الوقت الذي يعتد به بقانون جنسية الأب ؟

لو قلنا الاعتداد بقانون جنسية الأب وقت إنعقاد الزواج ، بوصف النسب أثر من آثار الزواج لكنا بذلك قد آمنا بأن الحضانة تعد كذلك ، وهذا ما سبق وأنْ فندّهُ الفقه الراجح .

ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد فأنه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غيّر الأب جنسيته[٢] .

إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد ، فأي القانونين أصلح ، قانون وفاة الأب أم قانون وقت الزواج ؟ وإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى فأنه قد يحصل تحايل على القانون ، وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينة لا علاقة له بالنسب[٣] .

وحسب تقديرنا أن إعمال قانون جنسية الأب دون تحديد وقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية ، أفضل من إعمال وقت معين ، وذلك بتقدير كل حالة على حدة وفق ما يرتأيه مستعيناً في ذلك بما تحمله الدعوى من ظروف وملابسات خاصة .

الإتجاه الخامس : تطبيق القانون الأصلح للطفل:

يذهب إتجاه قوي إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الأصلح للطفل، ويستند أنصاره إلى أنه يجب تغليب حق الطفل المحضون على حق الحاضن في النزاع المعروض على القضاء والمتعلقة بالحضانة وتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة الطفل

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٨٧٦ .
[٢] انظر د. عبد الواحد كرم ، مصدر سابق ، ص٤٤ .
[٣] انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص١١٣ – ١١٤ .

الفضلى[١]، إذْ إنّ تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق وطبيعة النزاع الخاص بالحضانة ، فالطفل بحاجة إلى حماية فعالة وحقيقية تحيطه بجدار منيع عن الخلافات الزوجية وتنازع والديه حول الأحق والأجدر منهما بالحضانة[٢] .

وبدورنا نؤيد هذا الأتجاه وآيتنا في ذلك الأسباب الآتية :

١- إنَّ معيار مصلحة الطفل الفضلى هو الذي يحقق الأمن والتقارب النفسي وطيب العيش المادي والمعنوي للطفل ، وأن منح حق الحضانة لأي من الوالدين تأسيساً على وصول الطفل لسن معينة يعد إفتراضاً آلياً لا يضمن تحقيق مصلحة الطفل المتنازع على حضانته .

٢- إنَّ النظر في كل قضية على حدة حسب وقائعها وظروفها وإعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الأصلح للمحضون ، عن طريق إعمال قاعدة إسناد ذات غايات مادية عالمية التطبيق سوف يقلل من التناحرات الحاصلة بين الوالدين فيمن هو الأحق بالحضانة .

٣- يستشف من مضمون المادة (٥٧/أ) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والتي تنص على أن ((الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك)) على أن حق المحضون أقوى من حق الوالدين ، وهذا ما كرسته محكمة التمييز العراقية التي قضت على أنه ((يترتب على المحكمة في دعاوى الحضانة مراعاة مصلحة الصغار قبل مصلحة المتداعين طالبي الحضانة))[٣] .

٤- يقترب هذا الإتجاه مع موقف إتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ والمتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال[٤] ، إذْ حرصت هذه الأخيرة على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل فقد قامت بتوسيع نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (١٥) على أنه ((غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصه أو أمواله يجوز

---

[١] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال ، مصدر سابق ، ص٣٥ .

[٢] انظر د. عزت البحيري ، مصدر سابق ، ص٤٦٧ .

[٣] قرار محكمة التمييز رقم ٧٧/ هيئة عامة / ١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٧/٥/٧ ، مجموعة الأحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص٦٣ .

[٤] انظر نصوص الاتفاقية متاحة باللغة العربية على الرابط الالكتروني الآتي : https://www.hech.net/vplood/arab.html

إستثناءاً لسلطات الدولة المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها إتصال متين بالوضعية)) ، إذ يبدو جلياً من هذا النص أن الاتفاقية أرادت توفير أكبر قدر من الحماية للطفل وأجازت لها على سبيل الاستثناء أن تطبق قانون آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيماً في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كان مختلفي الجنسية ، كذلك يجوز للإتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته[١] .

إنّ المسوغات التي درجناها في أعلاه ، تدفعنا إلى تكريس هذا الإسناد الحمائي في القوانين المقارنة ، وهذا ما سوف نتعرف عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

تكريس الإسناد الحمائي في القوانين المقارنة

يتباين موقف القوانين المقارنة من مسألة الحضانة ، ففي الوقت الذي سارت عليه أغلب القوانين العربية على غرار المشرع المصري من عدم النص على قاعدة إسناد خاصة بهذه المسائل[٢] ، نجد أن القانون العراقي إتجه منحاً آخراً ، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة وأخضعها لقانون جنسية الأب بموجب المادة (١٩/٤) من القانون المدني ، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وإجرتها ومراتبها ، إلاّ أنَّ هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج بموجب المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية

---

[١] لمزيد من التفاصيل عن دور هذه الاتفاقية في حماية الأطفال . انظر بحثنا المشترك مع استاذنا د. فراس كريم شيعان ، تنازع القوانين في الحضانة ((دراسة تشريعية فقهية قضائية)) ، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول ، السنة الخامسة ، ٢٠١٣ ، ص١٦٩ وما بعدها .

[٢] أخضع المشرع الكويتي الحضانة إلى قاعدة إسناد خاصة بها بموجب المادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ النافذ والتي تنص على أن ((يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة)) .

على أن ((الجد لأب أولى بحضانة الصغيرة من الأم الأجنبية غير المقيمة في العراق))[١] .

كذلك يتعطل تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي وفقاً لنص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على أن ((الأولاد يلحقون بأمهم المسلمة ، حيث يفرق القاضي بين الزوجة المسلمة وزوجها البهائي ؛ لأنّ البهائية غير معترف بها في العراق كدين أو مذهب ، ويلحق الأولاد بالأم المسلمة لأنها أشرف الأديان ديناً))[٢] .

وقد سنحت للقضاء العراقي تكريس هذا المبدأ ، أي إسناد العلاقة الخاصة بالحضانة إلى قانون جنسية الأب ، في قضية تتعلق بزوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق ، رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، وأثناء نظر القاضي الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة ١٠٤٢ سجل ٥٧٦ بتاريخ ١٧٨/١٠/٢٨ . أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري ، وعرضت المحكمة الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام ، وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال ، ميز الزوج الحكم أمام محكمة التمييز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل ، وقضت بأن ((الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية يتبعون من أسلم من الزوجين ، لهذا يصح الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم، صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون))[٣] .

ومن خلال إستقرائنا للقرار التمييزي أعلاه نستنتج ما يأتي :

أولاً : إنّ المحكمة إسندت في تكييف العلاقة محل النزاع على القانون العراقي بوصفه المرجع في التكييف بموجب المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي .

ثانياً : طبقت المحكمة القانون المصري بوصفه القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((يسري في الطلاق والتفريق والإنفصال قانون

---

[١] القرار رقم ١٩٩٠/شرعية/ ١٩٧٠ الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١١/٣٠ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الأولى، ص٢٣ . والجدير بالذكر أن مجلس قيادة الثورة المنحل قد أصدر قراره المرقم ١٦١ في ١٩٧٣/١٢/٢٣ والذي ينص على أن ((للعراقية أن تتولى حضانة أولادها ورعايتهم حتى بلوغ سن الرشد في حالة الطلاق أو الفراق من زوجها غير العراقي ، إذا أبدت الزوجة رغبتها في ذلك أمام القضاء)) .

[٢] القرار رقم ٣٩٣٣/ شخصية/١٩٧١ في ١٩٧١/١٢/٤ ، إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الأحوال الشخصية ، مطبعة جعفر ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص٥٠ .

[٣] القرار رقم ٢٠/هيئة عامة / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٤/٧ ، مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة والثلاثون ، ١٩٧٩ ، ص٢٠٧ . انظر هذا الحكم أيضاً منشور في مجلة الأحكام العدلية ، تصدر عن قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص٦١ .

الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)) .

ثالثاً : لما كانت زوجة المدعى عليه أثناء رفع الدعوى مسلمة بموجب الحجة الشرعية الصادرة من المحكمة الشرعية في الموصل . لذا يكون القانون المصري الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية ، والذي يقضي إذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة بعرض الإسلام على الزوج ، فأن أبى يفرق القاضي بينهما في الحال ، وهذا ما فعله القاضي العراقي[١] .

رابعاً : لم يطعن القاضي العراقي بإسلام الزوجة ، بحجة التحايل على القانون ومن ثم تطبيق الأقباط الارثوذكس الخاص بالحضانة ، والذي يسندها إلى الزوج الغير متسبب في الطلاق ؛ لأن الاعتقاد الديني مسألة نفسانية لا يمكن للجهة القضائية البحث فيها إلاّ عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وهي متوفرة في إسلامها[٢] .

خامساً : بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، طبقت المحكمة الشرعية في الموصل وأيدتها في ذلك محكمة التمييز قانون جنسية الأب المصري ، استناداً للمادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر .

سادساً : أما بشأن وقت الاعتداد بجنسية الأب ، فنلاحظ أن المحكمة طبقت قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى ، أما لو إعتدت المحكمة بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أو وقت الزواج ، لطبقت المحكمة قانون الأحوال الشخصية الخاص بطائفة الأقباط الأرثوذكس المنتميان إليهما الزوجان عند عقد الزواج ، وهذا يؤكد على أن المشرع العراقي كان موفقاً عند عدم الإعتداد بوقت معين عند تطبيق قانون جنسية الأب ، وهو ما سبق وإن أيدناه .

ورغم ما يحسب لموقف المشرع العراقي من إخضاعه الحضانة لقاعدة إسناد ولو بصورة ضمنية بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس ، وما لاقته هذه القاعدة من تأييد كبير من قبل الفقهاء والعديد من الأحكام القضائية ، لكن ومن أجل تكريس الإسناد الحمائي وما سردناه من مسوغات تؤيد هذا الإتجاه . لذا نقترح على المشرع العراقي الأخذ بهذا الإسناد ، وذلك من خلال رفع التعارض بين الإتجاهات الفقهية التي قيلت بالحضانة ، وجمعها في

---

[١] إتجهت محكمة التمييز في كثير من قراراتها إلى القول بوجوب عرض الإسلام على الزوج قبل الحكم بالتفريق ، إذ قضت في هذا الشأن بأنه ((إذا اعتنقت الزوجة الدين الإسلامي وبقي زوجها على دينه المسيحي ، وطلبت الحكم بالتفريق فليس للمحكمة أن تقضي بالتفريق قبل عرض الإسلام على الزوج وفي حالة تعذر تبليغه ، عليها أن تعرض الإسلام بموجب كتاب ينشر في الصحف المحلية ، تحدد فيه مدة مناسبة للإجابة عليه سلباً أو إيجاباً ، ثم تصدر المحكمة حكمها على ضوء ذلك)) القرار المرقم ٣٢٤٦/ شخصية/١٩٨٦ في ١٩٨٦/٨/٢٦ ، مجموعة الأحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٦ ، ص١٠١ .

[٢] القرار المرقم ١٠٠٩ /شرعية/١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٦ ، أشار إليه القاضي شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص١٥٢ ، هامش رقم (١) .

قاعدة إسناد واحدة ، وإعطاء سلطة تقديرية للقاضي لأختيار أفضلها بما يحقق مصلحة المحضون، ليكون النص بالشكل التالي : ((يسري على الحضانة قانون جنسية الأب فيما يتعلق بالواجبات المتبادلة ما بين الآباء والأولاد أو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج أو قانون الزوج وقت الطلاق أو القانون الشخصي للمحضون أو قانون مقر إقامته ، ويطبق القاضي القانون الأفضل للمحضون)) .

إذ لو أراد المشرع إدراج هذا النص ضمن المادة (١٩) من القانون المدني العراقي حتى يُبقي على الإستثناء المقرر لصالح القانون العراقي إذا كان أحد المتداعين عراقي الجنسية ، أما إذا أراد مواكبة التطور الحاصل في هذه المسائل بما ينسجم مع هدف القانون الدولي الخاص من تحقيق التعايش السلمي وبعيداً عن الأنحياز لصالح دولة القاضي يفرد لهذا النص مادة خاصة لا يدخلها بالاستثناء المقرر لصالح القانون العراقي فيما إذا كان أحد المتخاصمين يحمل الجنسية العراقية . وبذلك تضمن المفاضلة بين أكثر من قانون (الأب ، الأم ، المحضون) من قبل قاضي النزاع وصولاً للقانون الذي يحقق مصلحة المحضون الفضلى .

أما بالنسبة للقانون المصري ، فقد سكت القانون المدني المصري عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها ، مما ألقى على عاتق الفقه والقضاء تولي هذه المهمة ، فذهب جانباً من الفقه[١]، إلى أنها أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج ، وإلى ذلك ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه[٢] ، ودعا جانباً آخر من الفقه[٣] ، على أنها أثر من آثار الطلاق، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أنه (متى ما كان الحكم بالتطليق لم يصدر بالتطليق لمصلحة الزوجة ولا بناءاً على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً، فإنه طبقاً للقانون المدني الفرنسي الزوج أحق بحضانة أبنه ، وأنه لا مصلحة للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة من المادة ٣٠٢ من ذلك القانون، والتي تقضي بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذي حكم له بالطلاق ، بمقولة أنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبقاً لهذا

---

[١] انظر د. أحمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والقانون في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص٢١٨ .

[٢] راجع أحكان محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر في مايو ١٩٥١ في القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ ، وفي ١٩٥١/٦/١٢ في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ ، وفي ١٩٥٢/٥/١٥ في القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥١ ، وفي ١٩٥٢/٣/٤ في القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥١ ، أشار إليها د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٣٢٣ هامش رقم (٢) .

[٣] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٣٨٢ .

النص)[١] .

وسار القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية إذا جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم ٨٩ والصادر في ١٩٥٤/٢/٢ ما يلي (حيث إنّ واقع الأمور وأنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينة بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فأن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياساً في ذلك على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من أنه ((يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته)) وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الانكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلبي الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهما إلى المدعية هما انجليزيان متبعاً لوالدهما المدعى الانجليزي الجنسية)[٢] .

ومن خلال ما تقدم من آراء فقهية وما كرسه القضاء المصري نستنتج ما يأتي :

أولاً : أن القضاء المصري ولعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة واردة في القانون المدني المصري ، لجأ إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً إستناداً إلى المادة (٢٤) من القانون المذكور ، لكنه لم يوفق في ذلك من حيث لا يدري والذي ساعد في ذلك اتحاد جنسية الأب والأم والولد في أغلب أحكامه ، مما جعل الحلول نفسها تحصل لو كيَّفَ الحضانة على أنها أثر من آثار الزواج أو كأثر من آثار الطلاق ، مع أن الحضانة لا تعد أثر من آثار الزواج والذي يخص علاقة الزوجين فيما بعضهم ، كما أن تكييفه الحضانة بوصفها أثر من آثار الطلاق هو ما جرى عليه العمل في الفقه والقضاء الأوربي متأثراً بالديانة المسيحية ، مما أثر على بعض آراء الفقه وأحكام القضاء المصري .

ثانياً : أخضع القضاء المصري في بعض أحكامه الحضانة لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال لقاعدة الولاية على النفس، غير انه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال، إذْ إنّ أحكام كل منهما تنبني على إعتبارات مختلفة.

ثالثاً : لو أرتضينا بأن المشرع ليس مرغماً بالنص على إسناد حالات تفصيلية ، وإنما يكتفي

---

[١] القرار رقم ٣٨ سنة ٢٦ ق ، أحوال شخصية ، بتاريخ ١٩٥٨/٣/٢٧ ، منشور في مجلة المحاماة ، تصدر عن نقابة المحامين المصريين ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ، ١٩٥٨ ، ص١٤١ – ١٤٤ .

[٢] أشار إليه د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٣٨٤ .

بالإسناد إلى علاقة ومنها يستنتج على الأخرى التي ترتبط بها ، وبما أن التكييف القانوني الراجح للحضانة على أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون مع تفضيل مصلحة المحضون إذا تعارضت المصالح ، لقادنا إلى درج الحضانة تحت طائفة العلاقات المتبادلة ما بين الآباء والأولاد والتي بدورها تسند إلى القانون الخاص بالبنوة والنسب ، أو على أقل احتمال يسندها إلى القانون الذي يحقق مصلحة المحضون الفضلى .

كل ذلك دفع بعض من الفقه المصري[١] ، إلى القول : ((أن مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، أن هذه المحاكم لم تبسط البحث كافياً في تكييف الحضانة ، وهو البحث الذي تدخل على أساسه مشكلة القانون الواجب التطبيق عليها ، وتكييف الحضانة يخضع وفقاً للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري ، وهو هنا الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية في مصر ، وبالرجوع إلى قواعد هذه الشريعة يتضح أن للأولاد ، من حيث هم كذلك حقوق ولهم علاقات بالوالدين لها كيانها وأحكامها بصرف النظر عن علاقات هذين الوالدين ، وتشمل هذه الحقوق والعلاقات ثبوت النسب وهو حق للولد والأب ، وولاية التربية الأولى ، وهي الحضانة التي يعدها البعض حقاً للولد والبعض الآخر حقاً للحاضنة، والبعض الآخر حقاً للولد والحاضنة معاً ، وبهذا تعد الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس ، وما دامت كذلك فأننا نفضل اخضاع الحضانة لقانون بلد الأب)) .

وهذا هو الإتجاه الفقهي الراجح في مصر ، وما استقرت عليه أحكام القضاء المصري لاحقاً[٢] ، على أن هنالك اتجاه فقهي حديث[٣] ، يفضل العمل بمصلحة المحضون الفضلى ولاشك أن ذلك يتحقق من خلال إعمال قاعدة إسناد ذات غايات مادية.

وبخصوص موقف القانون التونسي ، فقد كرس الإسناد الحمائي بصورة جَليّة ، وذلك باعتماده على قاعدة تنازع ذات غايات مادية بالفصل (٥٠) من مجلة القانون الدولي الخاص والتي تنص على أن ((تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره)) . وتطبيقاً لذلك إعتبرت المحكمة الابتدائية في تونس أن القانون التونسي أفضل لطفل ولد لأم تونسية وأب سعودي؛ لأنّه يسند الحضانة على أساس

---

[١] د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء ... ، مصدر سابق ، ص٣١ – ٣٢ .

[٢] انظر القرار الصادر من محكمة استئناف القاهرة المرقم ٦٧٥ في ١٩٥٦/٥/١٦ . أشار إليه د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٣٢٤ .

[٣] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، مصدر سابق ، ص٣٥ .

مصلحة المحضون بخلاف القانون السعودي الذي يَسندها على أساس القرابة من جهة الأم[١] .

أما عن موقف القانون الفرنسي ، فمن المعروف أن الديانة المسيحية قد ربطت الحضانة بالطلاق ، وأن الأم أحق بحضانة طفلها ، إذا لم تكن سبباً في الطلاق بإعتبارها الطرف الأشفق على أولادها ، لذا نجد أن هذا القانون قد عَدَّ الحضانة أثر من آثار الطلاق، حيث كان القضاء الفرنسي يعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، ولكن تحت تأثير النقد الموجه إليه من قبل الفقه عاد وعدل عن وجهة نظره وقرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج وهو نفس القانون المتبع على آثار الطلاق[٢].

ولكن بعد صدور قانون ١١ تموز لسنة ١٩٧٥ والذي نص على قاعدة جديدة للنزاع ظهرت في المادة ٣٠٩ (٣١٠ قديمة) من القانون المدني الفرنسي ، والتي تنص على أن ((يراعى القانون الفرنسي الطلاق والتفريق الجسماني إذا كان :

- أحد الزوجين من الجنسية الفرنسية .
- إذا كان كلاهما لهما موطن في الأراضي الفرنسية .
- إذا لم يعترف أي قانون أجنبي بصلاحيته في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسماني))[٣] .

ونعتقد أن نص المادة (٣٠٩) ليس إلا قاعدة مادية ذات تطبيق ضروري[٤] .

وعن الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية ، فهنالك قانون موحد (uniformact) أخذت به كل الولايات بالإضافة إلى قانون الاختصاص القضائي في مسائل الحضانة (uccja) لسنة ١٩٦٨[٥] ، إذْ تعمل هذه القوانين على تغليب مصلحة الطفل المحضون؛ لأنّه بحاجة إلى حماية من الخلافات الزوجية ، وهذا ما سار عليه القضاء الأمريكي ، ففي قضية تتلخص وقائعها ((أن

---

[١] انظر الحكم الصادر في القضية رقم ٣٢٧٧٩ في ٢٠٠٠/٧/١١ . أشار إليه مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٤٤٣.

[٢] Batiffol , Op . cit , P. 491 .

[٣] انظر في النقد الموجه لهذه المادة Audit , op. cit , P75 . كذلك أنظر بيار مايروفانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٥٣٠ ــ ٥٣١ .

[٤] ما يؤيد وجهة نظرنا حكم محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأول ، رقم ١٩٨١/١/١٣ ، تعليق باتيفول ، ص١١٣ . والتي تقضي على أن ((قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في المادة ٣١٠ (أصبحت ٣٠٩) هي قاعدة ذات تطبيق فوري)) .

[٥] Unifor Child Custody Jurisdicution Act (القانون الموحد للاختصاص القضائي في مسائل الحضانة) إذ ينص هذا القانون على أحكام تهدف إلى الحد من حالات نقل الطفل أو خطفهُ من ولاية إلى أخرى بالنص على ما يعرف Home State وهي الولاية التي كان يعيش فيها الطفل لمدة ستة أشهر على الأقل قبل الحصول التنازل عن الحضانة . أشار إليه د. عزت الدويدري، مصدر سابق، ص٤٧٧ .

مواطناً فلسطينياً تزوج من مواطنة أمريكية في غزة سنة ١٩٨٢ واستمر بالإقامة لغاية ١٩٩١ ، وفي تلك الفترة أنجبا طفلاً وبعدها أنتقلت الأسرة إلى الإقامة بالولايات المتحدة ، وبعد ذلك حصل إنفصال بين الزوجين الأمر الذي جعل الزوج الفلسطيني يقرر العودة إلى غزة ورفع دعوى أمام المحكمة الشرعية بغزة وحصل على حكم منها بحقه في حضانة الطفل ، وفي الوقت نفسه لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة مطالبة بحقها في الحضانة إذْ لا يقوم إختصاصها على أساس موطن الوالدين ، وإنما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصلحة الطفل ، وأن ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي وكرسته السوابق القضائية ، ولكن الزوج إستند على الحكم الصادر لصالحه من المحكمة الشرعية بغزة سنة ١٩٩٣ ، ولكن المحكمة رفضت تنفيذ هذا الحكم الصادر لحضانة الزوج للطفل ، واستندت في تسبيبها بأن المحكمة الأمريكية قد وجدت أن القانون الذي طبقته المحكمة الشرعية بغزة والذي يؤسس الحق في الحضانة على أساس السن الذي عدته أساساً تحكمياً أو أساس تلقائي وأنه يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل ، وأن هذا الأساس هو الذي يحقق للطفل الأمن والسعادة ، وأنتهت المحكمة إلى أن القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية)[١] .

---

[1] Superior court of New jersey , Chancery division , family part , union country , 279 , N , J stuper , 154 , 652 , A. 2d .

- أشار إليه د. عزت البحيري ، بعض النماذج لتناول المحاكم الامريكية للقانون الإسلامي ، بحث مقدم لمؤتمر التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل ، إقامته جامعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٤٦ .

خلاصة المبحث الأول

ساير المشرع العراقي أكثر التشريعات العربية، وأخضع الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية إلى القانون الشخصي وفقاً لمعيار الجنسية، إلا أنه إذا كانت هذه التشريعات جمعت هذه النظم وإسندتها لقانون جنسية غير كامل الأهلية، فأن المشرع العراقي أفرد الولاية بمعزل عن بقية الأنظمة الموضوعية الأخرى، وذلك بأن جمعها بنص واحد مع الحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأولاد وأخضعها لقانون جنسية الأب أستناداً إلى المادة (٤/١٩) من القانون المدني دون تحديد المقصود بهذه الولاية، هل في الولاية على النفس أم تشتمل الولاية على النفس مع الولاية على المال مما يطرح أكثر من تساؤل حول ذلك ؟ أما الوصاية والقوامة فأخضعها لقانون جنسية غير كامل الأهلية بموجب المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي .

وإذا كان المشرع العراقي أخضع الولاية إلى قانون جنسية الأب فأنه لم يحدد الوقت الذي يعتد بذلك، مما خلف معه جدلاً فقهياً لبيان ذلك الوقت، هل هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أم وقت رفع الدعوى وهل كان عدم تحديد الوقت توفيق أن قصور من جانب المشرع العراقي ؟

وتؤيد الدراسة في مسائل الحضانة الإتجاه الذي يعطي الاختصاص للقانون الأصلح للمحضون، للأسباب المذكورة في متن البحث، وتضمين هذا الإتجاه بالقانون العراقي على الرغم مما يحسب للمشرع العراقي من موقف متميز عن أغلب التشريعات العربية بإخضاعه لقاعدة إسناد ولو بصورة ضمنية بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس .

المبحث الثاني

الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب

تُعد النفقة من آثار الزواج والنسب، وقد تناولها المشرع العراقي بالتنظيم في الباب السابع من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وهي تجب لأحد الزوجين على الآخر وقد تجب للأولاد على الأصول أو للأصول على الفروع؛ لأن القرابة تُعد سبباً لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبهِ الموسر، إلا أن القرابة الموجبة للإنفاق غير متفق عليها بين قوانين الدول لذا يُلزم تحديد القانون الذي يحكم النفقة عند وجود علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي .

وقد أعطى القانون العراقي الاختصاص بهذا الشأن إلى قانون جنسية الشخص المدين بها أستناداً إلى المادة (٢١) من القانون المدني التي تنص على أن: ((الالتزام بالنفقة يسري عليها قانون المدين بها)) إلا أن هذا النص لا يحل الإشكال المتقدم؛ لأنّ معرفة إذا كان الشخص أو مدين بالنفقة من الأمور الأساسية التي أثارت أختلاف بين قوانين الدول .

لذا فأن مسائل النفقة تُثير العديد من التساؤلات ، خاصة في الفرض الذي تختلف فيه جنسية كل من الطرفين ، الأمر الذي يتطلب تحديد نطاق دارستنا إذْ من المعروف أن هنالك عدة أنواع من النفقة ، كنفقة الزوجة على زوجها ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة ونفقات الأقارب ، ومن ثم التعرف على القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل والذي من خلاله تتحقق أنجع الحلول الحمائية ، لذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نُخصص الأول إلى نطاق القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، وسنعرض في الثاني تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب.

المطلب الأول

نطاق القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب

إنَّ إطلاق النص الوارد بالمادة (٢١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((الإلتزام بالنفقة يسري عليها قانون المدين بها)) يوحي بأن النفقة بصورة عامة تخضع لقانون المدين بها ؟ إلاّ أن الفقه والقضاء العراقي والمقارن لا يسلم بهذا الحل ، لذا يتطلب منا تحديد المسائل التي تخرج من نطاق هذا النص حتى يتسنى لنا معرفة المسائل التي يقتصر عليها ، وذلك

من خلال فرعين ، سنتطرق في الأول إلى المسائل التي تخرج من نفقة الأقارب ونبحث في الثاني المسائل التي تدخل في نفقة الأقارب .

الفرع الأول

المسائل التي تخرج من نفقة الأقارب

إنّ الحكم العام الوارد بنص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي[١] ، تقيده نصوص أخرى ، وكالآتي :

أولاً : نفقة الزوجية:

يقصد بها ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب ما تعارف عليه الناس[٢] ، ونفقة الزوجة واجبة على الزوج بمقتضى عقد الزواج الصحيح[٣] ، وإذا كانت هذه النفقة هي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح فأن السؤال الذي يثار في هذا الصدد ، هل أن النفقة من الآثار الشخصية للزواج أم أنها أثراً من الآثار المالية ؟ إذْ على ضوء هذا التساؤل يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة .

ذهبت بعض أحكام القضاء المصري إلى عد النفقة الزوجية من الآثار المالية ، إذ قرر هذا القضاء على أن المادة (١٣/ أ) من القانون المدني المصري تقضي بتطبيق قانون الزوج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال تنصرف إلى نفقة الزوجة إذ ليس من شك أن هذه النفقة من الآثار المالية[٤] .

ويذهب بعض من الفقه العراقي[٥] ، بهذا الإتجاه إذْ يقول : إنَّ نظام إنفصال الأموال السائد بين الزوجين والذي إستمدته التشريعات العربية من الشريعة الإسلامية يتكون من ثلاثة عناصر رئيسة وهي الأموال الخاصة بكل من الزوجين والإنفاق الزوجي والديون المستحقة على كل من

---

[١] نصت معظم القوانين العربية على خضوع نفقة الأقارب لقانون المدين بها ، كما هو الحال بالمادة (١٥) مدني مصري، والمادة (١٦) مدني سوري ، والمادة (١٥) مدني ليبي ، والمادة (١٤) مدني جزائري ، والمادة (٤٥) من القانون الكويتي لسنة ١٩٦١ سالف الذكر .

[٢] تنص المادة (٢٤/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ المعدل على أن ((تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن ولوازمها وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين)) .

[٣] لمزيد من التفاصيل حول النفقة انظر أستاذنا د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي واستاذنا د. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته ، ط١ ، مكتبة دار السلام ، ٢٠١٥ ، ص١٩١ وما بعدها .

[٤] حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب في ١٩٥٢/١١/١٨ . نقلاً عن د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق ، ص٢٩٥ هامش رقم (٣) .

[٥] انظر إستاذنا د. رعد مقداد محمود ، مصدر سابق ، ص٢٥ .

الزوجين .

إلاّ أن الرأي الراجح فقهياً[١] ، وما إستقر عليه القضاء[٢] ، يعد النفقة من الآثار الشخصية لعقد الزواج .

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على نفقة الزوجية ، فأن التفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية قد أثرت على تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج والتي من ضمنها النفقة ، فهنالك قوانين لم تفرق بين الآثار المتقدمة وأخذت بوحدة القانون الواجب التطبيق على هذه الآثار ، في حين عملت قوانين أخرى بإزدواجية القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج ، فطبقت على الآثار الشخصية قانون يختلف عن الآثار المالية ، ومن ثم فأن هنالك إختلاف في تكييف النفقة بحسبان إنها من الآثار الشخصية أم الآثار المالية سيؤدي إلى إختلاف القانون الواجب التطبيق[٣] .

فبالنسبة للقانون العراقي أخذَ بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الشخصية والمالية ، فقد نصت المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه ((ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال)) وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها إلى أن ((الحكم الصادر يخالف أحكام المادة الحادية والعشرين من القانون المدني العراقي التي نصت على سريان قانون المدين بالالتزام بالنفقة ، وحيث إنّ الدعوى موضوع التمييز هي دعوى نفقة أقامتها المميز عليها وحيث إنهما ايرانيا الجنسية ، فيكون القانون الإيراني المتعلق بالنفقة هو الساري على موضوع الدعوى وواجب التطبيق وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من القانون المدني العراقي))[٤] .

---

[١] انظر في هذا الاتجاه بالفقه العراقي كل من د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١١٠ ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٢٩٣ . ود. جابر إبراهيم الراوي ، مصدر سابق ، ص٩٢ . وأستاذنا د. عبد الرسول الأسدي ، مصدر سابق ، ص٣١٥ . وانظر في الفقه المصري كل من د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٦٧ . ود. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٢٨ . ود. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق ، ص٨١٣ . ود. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص٢٤٩ .

[٢] انظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٥٤/١/١٤ ، منشور في مجموعة النقض ، العدد ٢ ، السنة الخامسة ، ١٩٥٤ ، ص٤٢٦ وما بعدها . نقلاً عن د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٥٠٩ .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص٢٨٣ .

[٤] قرار محكمة التمييز المرقم ٢٦/ شخصية /٦٨ هيئة عامة في ١٩٦٨/٥/١٩ منشور في المجلد الخامس ، قضاء محكمة التمييز ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٣٥ – ٣٦.

أما عن موقف القانون المصري ، فيرى الفقه الغالب[١] إلى عد النفقة الزوجية من الآثار الشخصية للزواج ، ويخضعها لقانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج ، وعليه فلا تسري عليها قاعدة الإسناد الواردة بالمادة (١/١٣) وبالتالي يحكمها قانون الزوج وقت إنعقاد الزواج[٢] ، ويستند الفقه المصري في ذلك على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، إذ كانت المادة (١٥) من مشروع القانون المدني تنص على أن ((يسري على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها)) إلا أنَّ لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضافت عبارة (فيما بين الأقارب) لدرء شبهة أن يكون المقصود من النفقة ، نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السابقة ، على إعتبار إنها أثر من آثار الزواج[٣] .

وبخصوص القانون التونسي فقد جاء بقاعد عامة بشأن النفقة في الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص ، وأخضعها للقانون الشخصي للدائن بها أو لقانون مقره أو لقانون الشخصي للمدين أو لقانون مقره ، وذلك حسب إختيار الدائن مع مراعاة القاضي في كل الحالات تطبيق القانون الأفضل للدائن من بين تلك القوانين الأربعة[٤] ، ثم أردفها بأستثناء يتمثل بإخضاع نفقة الزوجين للقانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية[٥] .

وإذا كان هذا الإستثناء يجد مبرراته في أن نفقة الزوجين بعد إنحلال الرابطة الزوجية تعد أثراً من آثار الطلاق (كنفقة العدة بالنسبة للزوجة) وبالتالي فأن القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بالطلاق هو القانون الأقدر على تنظيم آثاره ، وبالرغم من وجاهة هذا الإستثناء إلا أن السؤال الذي يثار هنا ، عن القانون الواجب التطبيق على نفقة الزوجية قبل حلها ، هل هي القانون الأفضل للدائن من تلك القوانين الأربعة التي أشار إليها الفصل (٥١) سالف الذكر أم القانون الذي يخضع له حل عقدة الزواج ؟

يذهب جانباً من الفقه التونسي[٦] ، إلاّ أنّه لا يمكن إخضاع نفقة الزوجية قبل حل الزواج

---

[١] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٦٧ . د. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٥٥٧ . د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٣٠٠ . د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص٥٨٠ .

[٢] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٢٢٨ .

[٣] انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج١ ، مكتبة وزارة العدل ، القاهرة ، ص٢٩٥ .

[٤] تنص المادة (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي لمدين أو قانون مقره ، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن ...))

[٥] ينص الفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى ، وعند إختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها . وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى)) .

[٦] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٤٤٧ .

للقانون الذي يحكم الطلاق لأنه ما يزال غير معلوم ولا يوجد مسوغ لأن يتولى قاضي النفقة البحث عنه ؛ لأن تكييف الوقائع المعروضة عليه لن يسمح له بتحديد صنف الإسناد القانون الذي يمكنه من معرفة القانون المنطبق ، ولهذا يتعين الرجوع إلى القانون المطبق على عموم النفقة وهو القانون الأفضل للدائن من تلك القوانين التي أشار لها الفصل (٥١) سالف الذكر .

إلا أنَّ الرأي الراجح الذي ينادي به بعض من الفقه التونسي[١] ، يخرج نفقة الزوجية من بنود الفصل (٥١) بحسبان أن النفقة والمساهمة في الإنفاق أثناء قيام العلاقة الزوجية هي من واجبات الزوجين تجاه بعضهما مما يجعلها خاضعة للفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٢] ، وهذا ما سار عليه القضاء التونسي في أحدث أحكامه[٣] .

أما في فرنسا فهي من الدول الأوربية التي أخذت تشريعاتها بالتفرقة بين الآثار الشخصية والآثار المالية ، إذ استقر الأمر هنالك على إخضاع الأولى لقانون الجنسية المشتركة للزوجين ، فإذا أختلفت جنسيتهما سرى قانون دولة الموطن المشترك لهما ، فأن إختلفا موطناً طبق القانون الفرنسي ، قانون القاضي[٤] ، أما الآثار المالية لاسيما النظام المالي فيسري عليها القانون الذي يختاره الطرفان صراحة أو ضمناً ، وإستناداً إلى ما تقدم يذهب أحد الشراح العراقيين[٥] في

---

[١] انظر د. لطيف الشاذلي والقاضي مالك الغزواني ، مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، ط١ ، تونس ، ٢٠٠٨ ، ص٦٣٤ .

[٢] ينص الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أن ((تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك . وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة)) .

[٣] انظر قرار محكمة ناحية تونس المرقم ٨٤٣٠٧ في ٢٠٠٤/١٠/٢٥ . والذي جاء بحيثياته بأن ((القانونين المؤهلين للأنطباق على دعوى النفقة المطروحة على المحكمة هما القانون التونسي باعتباره القانون الشخصي لطرفي النزاع وقانون مقر المدعية ، والقانون الفرنسي لكونه قانون مقر المدعى عليه . وبمراجعة أحكام القانونين التونسي والفرنسي بخصوص نفقة الزوجة والفصل ٣٧ وما بعده من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والفصل ٢٠٨ وما بعده من القانون المدني الفرنسي ، إتضح إنهما يقران بأحقية الزوجة للنفقة ويخضعان تقديرها لحاجة المدعى عليه وقدرة المدعى ، وترى المحكمة أن ليس هناك قانون أفضل للزوجة منهما ولذلك تجيز بتطبيق القانون التونسي بوصفه القانون الأكثر ملاءمة لكونه القانون الشخصي المشترك للطرفين ، وهو موقف يتماشى مع ما إقتضاه الفصل ٤٧ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية من أنهُ تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك)) . أشار إليه د. لطيف الشاذلي والقاضي مالك الغزواني ، مصدر سابق ، ص٦٣٦ .

[٤] هذه القاعدة إستقرت إصلاً بخصوص إنحلال الزواج منذ حكم (Riviére) الشهير ، وأعملها القضاء في مجال الآثار الشخصية للزواج (النفقة) منذ حكم شيموني Cass . Civ. , 19 Fév . 1963 : dunet 1963 , P. 986 not Ponsard , G. Holleaux , Rév . crit . 1963 , P. 559 not وقديماً كان يسري على الآثار الشخصية للزواج ، القانون الوطني المشترك ، وإن اختلفت جنسية الزوجين طبق قانون جنسية دولة الزوج . وذهب جانباً آخر من الفقه ليقرر بأنه إذا لم يكن الزوجان من دولة واحدة ، فأن آثار الزواج الشخصية تخضع لقانون موطن الزوجية وليس قانون دولة الزوج . نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع .. ، مصدر سابق ، ص٨٠٧ – ٨٠٨ ولمزيد من التفاصيل انظر Audit , Op. cit , P. 557 – 558 .

[٥] انظر استاذنا د. رعد مقداد ، مصدر سابق ، ص١٩ . إذ يشير إلى المادة (١٤٠٩) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن ((الملكية المشتركة تتألف سلبياً من :١- النفقات المستحقة من قبل الزوجين ، كذلك الديون المستدانة من قبل

معرض بحثه عن النظام المالي للزوجين إلى القول : (النظام المالي للزوجين وفقاً للمفهوم الأوربي سواء كان نظاماً قانونياً أم اتفاقياً يتكون من عنصرين رئيسيين ، أولهما ملكية أموال الزوجين والآخر ديون الزوجين ، أما الإنفاق الزوجي فلا يشكل عنصراً في النظام المالي للزوجين وفقاً للمفهوم الأوربي ، ذلك أن الزوجين يشتركان معاً في الإنفاق الزوجي ، ومن ثم يكونان مسؤولين عن الإنفاق على دار الزوجية وعن الديون التي تترتب على هذا الإنفاق) .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأنها تخضع القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج إلى قانون محل الإقامة الزوجية[١] .

ثانياً : نفقة المطلقة:

وهي التي تجب للمرأة على زوجها السابق بعد إيقاع الطلاق أو صدور حكم بالتفريق، فهل يسري عليها قانون المدين بالفقه إستناداً إلى الإطلاق الوارد بالمادة (٢١) من القانون المدني سالفة الذكر أم يطبق عليها قانون آخر ؟

بخصوص موقف القانون العراقي ، وفي ظل الغياب التشريعي وسكوت أغلب الفقه عن هذه المسألة ، يرى جانباً من الفقه العراقي[٢] ، بأن حكم المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)) جاء مطلقاً بشأن القانون الواجب الاتباع في الطلاق والتفريق والانفصال ، بحيث يشمل حالات إنقضاء الزواج والإنفصال فضلاً عن الآثار المترتبة عليه ، والتي هي كل ما ينتج عن الطلاق والتفريق والإنفصال من حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين، ومنها نفقة الزوجية المطلقة .

أما في مصر فيذهب الفقه الغالب[٣] ، إلى أن هذا النوع من النفقة ليس من نفقات الأقارب، بل هي أثر من آثار الطلاق أو التفريق ، وتخرج بالتالي من نطاق تطبيق المادة (١٥) من القانون المدني المصري ، لتخضع للقانون الذي يحكم تلك الآثار وهو قانون دولة الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى .

الزوجين لأجل صيانة المنزل وتعليم الأطفال . ٢- حسب الحالات ، كذلك الديون الأخرى التي تتولد خلال الملكية المشتركة)) .

[1] Ehrenzweig , op . cit , P. 652 .

[٢] انظر د. عبد الواحد كرم ، مصدر سابق ، ص٣٩ .

[٣] انظر كل من د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٣٤٦ . ود. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٥٥٠ . ود. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٥٤٠ . ود. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والإختيار ... ، مصدر سابق ، ص٩١٨ . ود. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٣٥٦ .

وعن الوضع في تونس ، فقد أشار إلى ذلك عجز الفصل (٥١) سالف الذكر من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية بقولها ((... إلا أنَّ نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية)) .

وبالنسبة للقانون الفرنسي ، عند إختلاف جنسية الزوجين يكون قانون دولة موطنهما المشترك هو الواجب التطبيق وإلا طُبقَ القانون الفرنسي ، وهذا ما يؤدي إليه الإعمال المزدوج لنص المادة ٣٠٩ (٣١٠ سابقاً)[١] .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يسري قانون القاضي في كل مرة يثبت فيها الاختصاص للمحاكم الوطنية ، وهي تختص عادة إذا كان لأي من الزوجين موطن في الأقليم الوطني لحظة رفع الدعوى وبدء الإجراءات أو إذا كان لأي منهما محل إقامة عادية[٢].

ثالثاً : النفقة المؤقتة:

هي التي يطلبها أحد الخصوم تحت ضغط الضرورة والاستعجال والخشية من خطر التأخير ، أثناء نظر الدعوى الأصلية ولحين البت فيها ، سواء تعلقت بالزواج أو بالتفريق أم بأثر آخر[٣] ، ويثير الفقه التساؤل عن القانون الذي تخضع له هذه النفقة في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، هل يحكمها القانون الواجب التطبيق على النفقة العادية أم تخضع لقانون آخر ؟

يرى جانباً من الفقه المصري[٤] ، إنها تدخل في مضمون فكرة التفريق ومن ثم تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقاً للمادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري إلا إنّ هذا الإتجاه منتقد إستناداً إلى أن نفقة التفريق لا تستحق إلاّ بعد صدور حكم بالتفريق عندئذٍ تكون بصدد نفقة المرأة المطلقة ، أما قبل ذلك فلا يجوز القول بأن النفقة المؤقتة تدخل في فكرة التفريق وهو ما لم يتحقق بعد[٥] .

وذهبت بعض أحكام القضاء المصري[٦] ، إلى أن النفقة المؤقتة التي تطالب بها الزوجة

---

[١] نقلاً عن بيار مايرو فانسان هوزيه ، مصدر سابق ، ص٥٥١ .

[٢] انظر Dicey and Morries , Op. cit , P. 336 ; Wolf , op . cit , P. 273 .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار ... ، مصدر سابق ، ص٩٢٠ .

[٤] انظر د. أحمد مسلم ، النفقة الوقتية (تكييفها والقانون الذي يحكمها) ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، تصدر عن ، السنة الرابعة ، ص٩ وما بعدها . أشار إليه د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٣٤٥ .

[٥] انظر في هذا الانتقاد د. شمس الدين الوكيل ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٦ ، ص٥١٢ .

[٦] حكم محكمة الإسكندرية الأبتدائية الصادر في ١٩٥٠/٣/١٨ . أشار إليه د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٥١٣ . إذ كان النزاع يتعلق بدعوى تفريق رفعتها زوجة بريطانية على زوجها البريطاني . وقد طلبت الزوجة زوجها أثناء نظر الدعوى بدفع نفقة وقتية وفقاً لأحكام القانون الانكليزي بوصفه قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد

أثناء دعوى التفريق تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بوصفها أثراً من آثار الزواج ، ولم يخلو هذا الرأي من الإنتقاد ، ذلك أن النفقة المؤقتة تعد مسألة مستقلة عن النزاع الأصلي ذاته ، ومن ثم لا يمكن عدها أثر من آثار الزواج التي تثار بشأن النزاع أو حتى من الآثار المستقبلية للحكم الذي قد يصدر كالحكم بالتفريق ، فالنفقة المؤقتة لا صلة لها بجوهر الزواج ، إذ قد يحكم بها كأجراء تحفظي لحماية حقوق المتقاضين لحين البت في النزاع[١] .

ويتجه الرأي الغالب في الفقه[٢] ، إلى تطبيق قانون القاضي على النفقة المؤقتة ، وتخرج بالتالي من نطاق القانون الواجب التطبيق على النفقة العادية وتتباين المسوغات في ذلك فردها البعض إلى كونها من القواعد ذات التطبيق الضروري[٣] ، وعدها جانباً آخر إنها من مسائل الإجراءات المدنية[٤] ، وأرجعها آخرون إلى فكرة النظام العام[٥] .

ومن كل ما تقدم يمكن إخضاع النفقة إلى قانون القاضي في التشريعات المقارنة ففي التشريع العراقي يمكن أن نستشف ذلك من مضمون المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن ((قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات)) أو يمكن ردها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[٦] ، وهذا هو حال المشرع المصري من قبل[٧] ، ومن عجز الفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي والتي نصت على ((أن ... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى ... أما في فرنسا فيجري القضاء الفرنسي على اختصاص محاكمة بالإجراءات الوقتية والتحفظية))[٨] ، أما في القوانين الانكلو أمريكية فتعد هذه المسائل من قواعد الاختصاص

الزواج ، وهي تشير بذلك إلى إعتبار النفقة الوقتية من آثار الزواج وقد أقرتها المحكمة على هذا التكييف ، وحكمت بالنفقة تطبيقاً للقانون الانكليزي وصادق على الحكم استئنافاً .

[١] انظر في انتقاد هذا الأتجاه . د. فؤاد عبد المنعم ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٣٠٢ – ٣٠٢ .

[٢] انظر كل من د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٢٨٤ . ود. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٣٣٥ . ود. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٥٤٩ . ود. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص٥١٢ .

[٣] انظر في الفقه العراقي المؤيد لهذا الرأي أستاذنا د. رعد مقداد محمود ، مصدر سابق ، ص١٤٠ .

[٤] انظر في ذلك د. فؤاد ديب ، مصدر سابق ، ص٢٦٢ .

[٥] هذا هو رأي الفقيه الفرنسي لاكارد (Lagarde) أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٩٢٣ .

[٦] انظر م (٣٠) من القانون المدني العراقي .

[٧] إذ تنص المادة (٣٤) من قانون المرافعات المصري رقم ؟؟ لسنة ١٩٦٨ على أن ((تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في مصر حتى ولو لم تكن مختصة بنظر الدعوى الأصلية)) .

[٨] انظر قرار محكمة باريس بتاريخ ١٩٦٩/١١/١ ، منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، ص٢٩٥ ، تعليق (Hvet) أشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم ود. أحمد قسمت الجداوي ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٢١٩ .

التي تستند بها المحاكم على سلطتها التقديرية[١] .

الفرع الثاني

المسائل التي تدخل في نفقة الأقارب

بعد أن قيدنا من الإطلاق الذي يقضي بخضوع النفقة لقانون المدين بها ، وأخرجنا نفقة الزوجة ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة من هذا النص ، فأن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد : هل يسري هذا النص على نفقة الأصول والفروع أم يقتصر على النفقة ما بين الأقارب ؟

يرى أغلبية الفقه العراقي[٢] ، بسريانه على نفقة الأقارب دون نفقة الأصول والفروع إذْ يذهب إلى القول : ((إذا كانت النفقة المطالب بها هي نفقة الأصول على الفروع أو العكس فيعمل بما ورد في الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة والتي تعطي الأختصاص لقانون جنسية الأب لمعرفة ما إذا كان المطالب بها يعتبر مديناً أم لا)) .

وعليه فأن قصد المشرع العراقي في باب نفقات الأصول والفروع في قانون الأحوال الشخصية يقتصر على الولد المباشر دون ولد الولد ، أي أن نص المادة (٤/١٩) ينطبق على النفقة بين الولد وابيه حصراً ولا يشمل النفقة بين الحفيد وجده أو العكس ، لأن هؤلاء سيخضعون للمادة (٢١) من القانون المدني العراقي ، ولا يمكن تفسير نص المادة (٤/١٩) إلاْ وفقاً لهذا التفسير ، فالواجبات بين الآباء والأولاد تشمل الولد المباشر وأبيه دون جَدّه[٣] .

ويرى أحد الفقهاء العراقيين[٤] ، بأن النفقة سواء كانت للأقارب المباشرين أم الحواشي فأنها تخضع لحكم المادة (٢١) من القانون المدني العراقي .

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير الذي يخضع نفقة الأصول والفروع أيضاً لحكم المادة (٢١) وآيتنا في ذلك ما يأتي :

---

(١) نقلاً عن د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٦٣٦ .

(٢) انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص١١٩ . ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١٨٠ . ود. جابر إبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص١٩٢ . ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق ، ص٢٩٣. واستاذنا د. عبد الرسول الاسدي ، مصدر سابق ، ص٣١٥ .

(٣) انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، مصدر سابق ، ص٢٤٥ وما بعدها . وهو بصدد شرحه لنصوص القوانين العربية التي عالجت نفقة الاقارب ومنها القانون العراقي . والجدير بالذكر أن وزارة المعارف (التربية) في العراق انتدبت الفقيه ليكون استاذاً للقانون الدولي الخاص بكلية الحقوق في بغداد للفترة ما بين ١٩٤٥ – ١٩٥٢ .

(٤) انظر د. عبد الواحد كرم ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

أولاً : أن القانون المدني المصري النافذ هو المرجع التاريخي للقانون المدني العراقي[١] ، وخاصة في مجال تنازع القوانين من حيث المكان والذي لم يفرد نصاً خاصاً بنفقة الأصول والفروع بل إختزلها في حكم واحد والمتمثل بالمادة (١٥) .

ثانياً : ليست من الصواب عدم إدراج نصاً خاصاً بالنفقة بين الأصول والفروع وترك ذلك لحكم القواعد العامة ، مع وجود نصاً آخر لموضوع أقل منه أهمية يتمثل بنفقة الأقارب الأبعد درجة.

ثالثاً : صياغة نص المادة (٢١) جاء بعبارة ((الالتزام بالنفقة يسري عليه ...)) ، وليس بعبارة ((الحق بالنفقة يسري عليه ...)) توحي للقاريء أن الصائغ التشريعي رجح صفة الالتزام بالنفقة على صفة الحق بها ، وهذا يدل على شمول الأصول والفروع بهذا النص لصعوبة إنحلال الشخص من التزاماته بخلاف الحق الذي قد يستعمل أو لا يستعمل .

وإذا إنتقلنا إلى القانون المصري ، والذي سارت على نهجه معظم القوانين العربية، نجد إنّ الفقه في عمومه هناك[٢] ، يذهب إلى أن النفقة المباشرة بين الأصول والفروع يدخل في النص الخاص بنفقة الأقارب ، فهذه الأخيرة تشمل الأصول والفروع وقرابة النسب غير المباشرة التي تقوم بين الحواشي الذي يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ، ونفقة قرابة المصاهرة التي تقوم بين أحد الزوجين والزوج الآخر ، إذْ يسري على كل ما تقدم نص المادة (١٥) من القانون المدني المصري سالفة الذكر .

وبعد أن إنتهينا من بيان نطاق المسائل التي تدخل في نفقة الأقارب ، سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب وصولاً إلى الإتجاه الذي يحقق أفضل حماية للدائن بها مع الأخذ بالأعتبار قدرة المدين ، وتكريس ذلك في القانون العراقي مع محاولة التعرف على موقف القوانين المقارنة من هذا الإسناد الحمائي ، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب

إنَّ رابطة القرابة إذا لحقها عنصراً أجنبياً تثير مسألة تنازع القوانين ، كما هو الأمر في

---

[١] راجع الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي النافذ ، ص٦ . إذ جاء بالفقرة (١٠) (وقد أخذت الأحكام الواردة في هذا المشروع من المشروع المصري وهو في جملتهُ صفوة مختارة من القواعد التي أستقرت في أرقى التقنينات الغربية ...) .

[٢] انظر في عرض الموقف المؤيد لذلك د. جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص٣٥٤ وما بعدها .

نفقة الأقارب ، فالمستحق لها أما أن يكون من فروع المطالب بها أو من أصولهُ أو من حواشيه ، ورغم أن المشرع العراقي والعديد من التشريعات المقارنة تضمنت على قاعدة إسناد خاصة بهذه النفقة ، إلاّ أنَّ هنالك إتجاهات فقهية وقضائية وتشريعية تطرقت إلى هذه المسألة سنحاول تحليها وصولاً إلى الإتجاه الذي يحقق أفضل حماية منشودة ، ومن ثم تكريس هذا الإتجاه في القانون العراقي ودور القوانين المقارنة فيه . ولغرض الإحاطة بذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنبحث في الأول الإتجاهات القانونية المعالجة للقانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب ونتطرق في الثاني إلى تكريس الإسناد الحمائي في القانون العراقي والقوانين المقارنة .

الفرع الأول

الإتجاهات القانونية المعالجة للقانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب

من البديهي القول إنّ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب لا تثار إذا إتحدت جنسية الطرفين ، إلاْ أن الصعوبة تتجلى في حالة إختلاف جنسية الطرفين ، حيث ظهرت عدة إتجاهات قانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل ، وسنعرض هذه الاتجاهات وصولاً إلى أفضلها من ناحية الحماية المطلوبة بالفقرات الآتية :

أولاً : تطبيق قانون المدين بها:

يذهب هذا الإتجاه إلى إخضاع النفقة إلى القانون الشخصي لدولة المدين بها ، وقد تبنى هذا الرأي العديد من التشريعات المقارنة ومعظم قوانين الدول العربية[١] ، ويؤيد بعض الفقه[٢] ، هذا الإتجاه ويسوغ ذلك بأن مسألة النفقة تتطلب عند توافر شروطها وجود التزام يقع على عاتق المطلوب منه النفقة ، ومن غير المقبول أن يلتزم الشخص على خلاف ما يقضي به قانونه .

ثانياً : تطبيق قانون الدائن بالنفقة:

يرى هذا الإتجاه أن الالتزام بالنفقة تخضع إلى القانون الشخصي للدائن بها ، أي لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ، وقد عملت به بعض التشريعات الأوربية[٣] ، ويناصره العديد من الآراء الفقهية[٤] ، ويبرر هذا الإتجاه على أساس أن طالب النفقة الدائن بها هو الطرف

---

[١] انظر في عرض هذه التشريعات خليل إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٩٢ .
[٢] انظر في الفقه المؤيد لهذا الإتجاه د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص٣٧٩ .
[٣] انظر في عرض هذه التشريعات د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٩١٢ .
[٤] انظر في عرض هذه الآراء الفقهية د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص٣١٠ وما بعدها .

الضعيف الذي تجب حمايته ، كما أن مسألة النفقة ذاتها لا تثار إلاّ بوجود طالب النفقة وذلك أن حاجته هي سبب وجود الالتزام بالنفقة ، كذلك أن من شأن عد طالب النفقة وقانونه توحيد القانون واجب التطبيق إذا أخذ بمبدأ تجزئة النفقة ، أي عندما يكون المدين بالنفقة عدة أشخاص على درجة واحدة من القرابة ويوجه إليهم الطلب جميعاً ليدفع كل منهم نصيبه من الالتزام بالنفقة[١] .

ثالثاً : تطبيق قانون القاضي:

ينادي هذا الإتجاه بتطبيق قانون القاضي على نفقة الأقارب بوصفها من الإجراءات التي يفصل بها بالتبعية لقضايا أصلية ويسود هذا الإتجاه في الدول الأنكلو أمريكية كأنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا[٢] ، فالثابت هناك أنه في كل مرة يختص القضاء الوطني بمنازعة معينة يطالب فيها بنفقة ، يطبق القانون الوطني ، وفي بعض النظم القانونية يعمل بتطبيق قانون القاضي على أساس آخر منها اعتبارات النظام العام وقواعد الأمن المدني[٣] .

رابعاً : تطبيق قانون محل إقامة الدائن:

يذهب هذا الإتجاه إلى خضوع نفقة الأقارب إلى قانون محل إقامة الدائن ، وهذا ما سارت عليه بعض التشريعات الغربية[٤] ، وعملت به إتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة المنعقدة بتاريخ ١٩٧٣/١٠/٢[٥] ، ومن الأسانيد التي قدمها هذا الإتجاه أنَّ محاكم الدولة التي يقيم فيها طالب النفقة تكون عادة هي المختصة في دعاوى النفقة والأقدر على تنفيذ الحكم الصادر بشأنها بحسبان أن المطلوب منه النفقة عادة ما يتواجد على هذا الأقليم[٦].

خامساً : تقدير الإتجاهات المتقدمة وبيان رأي الباحث:

رغم وجاهة الحجج التي دعموا به إتجاهاتهم المتقدمة ، إلاّ إننا نبدي بعض التحفظات عليها وكالآتي :

١- بالنسبة للإتجاه الذي ينادي بتطبيق جنسية المدين بالنفقة ، فنرى أنَّ هذا الإصطلاح معيب

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص٣٠٤ .
[٢] نقلاً عن جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص٣٥٤ .
[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص٩١٤ .
[٤] انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص٣٧٩ . إذ يشير إلى المادة (١/١٨) من القانون الألماني الصادر في عام ١٩٨٦ والمادة (٤٧) من القانون الدولي الخاص المجري لسنة ١٩٧٩ الملغي بالقانون الصادر في سنة ٢٠١٧ .
[٥] تنص المادة (١/١٤) من الاتفاقية بأنه ((يسري القانون الداخلي لمحل الإقامة العادية للدائن بالنفقة على التزامات النفقة (الأسرة أو القرابة أو الزواج أو المصاهرة أو النسب) ولا ينحى هذا القانون إلا إذا لم يستطع طالب النفقة الحصول عليها طبقاً لأحكامه ، إذ يسري القانون الوطني المشترك بينه وبين المدين بالنفقة استناداً إلى نص المادة (٥) من هذه الأتفاقية)) انظر نصوص الاتفاقية باللغة الإنكليزية متاح على العنوان الألكتروني الآتي : http//www.hcch.net/e/converntions/exp/3&e/htm/
[٦] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص٩١٦ .

لأنه يفترض مسبقاً أن شخصاً معيناً مدين بالنفقة ، في حين إنهُ لا يمكن الثبات بالمديونية إلاّ بعد الرجوع إلى قانون جنسية هذا الشخص ، ومن ثم يتعين تفسير إصطلاح قانون المدين بها بأنه قانون جنسية المطالب بها .

٢- بخصوص الرأي الذي يدعم تطبيق القانون الشخصي للدائن بالنفقة ، وبالرغم من المحاسن التي يؤدي إليها هذا الإتجاه ، إلاّ أنه قد يرد عليه بأن دين النفقة هو التزام يقع على عاتق المدين بها ، ومن ثم حق هذا الأخير أن يكون على علم مقدماً بنطاق التزاماته المحتملة ، إضافة إلى أن هذا الموضوع قد يؤدي إلى اختلاف الحلول وخاصة في الدول التي تعطي الأختصاص بمسائل نفقة الزوجية إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الذي هو قانون جنسية الزوج بمعظم الدول العربية ، فكيف تخضع نفقة الأقارب لقانون الدائن بالنفقة ، وتحكم النفقة الزوجية قانون المدين بها ، مع أن طبيعة النفقة في الحالتين واحدة؟

٣- أما فيما يتعلق بالإتجاه الذي يذهب إلى تطبيق قانون القاضي ونعتقد أنه ليس بأفضل الحلول وخاصة في الفرض الذي يكون موطن أو جنسية المطالب بالنفقة ليس في دولة القاضي ، كما أنه قد يكون القانون الشخصي للمدين أو الدائن يوفر نفقة أفضل من تلك التي يصرح بها قانون القاضي .

٤- بشأن الاتجاه الذي يرى ضرورة تطبيق قانون محل إقامة الدائن بالنفقة ، فأنه يعد أفضل الحلول لكن ما يؤاخذ عليه أنه لو عمل به كضابط للإسناد بصورة مفردة ، قد يرفض قانون بلد الإقامة تحديد النفقة كما جرت عليه العادة في بعض الدول الغربية التي لا تعترف بنفقة الأخ ، لذا فأنه يحتاج إلى ضابط إسناد آخر يساعد على حل هذا الإشكال .

وعليه ومن كل ما تقدم ومن أجل عدم إهمال الحلول المتقدمة ومحاولة الجمع بينهما ووضعها في قاعدة إسناد ذات غايات مادية على سبيل الاختيار أو التجاور مع منح القاضي سلطة تقديرية في إختيار القانون الأصلح ، أو حتى على سبيل التدرج ، لذا نعتقد أنه من الأفضل الإعتماد على مجموعة من الضوابط يتقدمها ضابط الإسناد الشخصي وفقاً لقانون محل إقامة الدائن بالنفقة بوصفه المعيار الغالب لدى التشريعات المقارنة الحديثة والأتفاقيات الدولية ، وهذا ما يستجيب للدور المتزايد لفكرة الإقامة العادية كضابط للإسناد التشريعي والاختصاص القضائي الدولي ، ومن ثم يعمل بالقانون الوطني المشترك للدائن والمدين وأخيراً يتم اللجوء إلى قانون القاضي .

وإستناداً لما تقدم نطرح الحلول الحمائية الآتية على ضوء قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية ، ليتم تكريس إحداها في القانون العراقي ومعرفة مدى إستجابتها في القوانين المقارنة محل الدراسة :

١- في حالة فضل المشرع قاعدة إسناد ذات غايات مادية وضعت على سبيل التجاور، تشتمل على أكثر من ضابط إسناد ويترك للقاضي بموجب سلطته التقديرية إختيار الأفضل من بينها يكون النص بالشكل الآتي : ((يسري على نفقة الأقارب القانون الشخصي للدائن أو قانون محل إقامته أو القانون الشخصي للمدين أو قانون محل إقامته، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن)). وبذلك يمنح المشرع الأفضلية للدائن في إختيار القانون الواجب التطبيق بإعتباره الطرف الضعيف في الالتزام ولأن دينه يكتسب صبغة معاشية وحياتية متأكدة .

٢- إذا أراد المشرع الإستعانة بقاعدة تنازع ذات غاية مادية على سبيل التدرج ، تكون صياغة النص بالشكل الآتي : ((تخضع نفقة الأقارب إلى قانون محل إقامة الدائن وإذا لم يستطع الحصول على النفقة وفقاً لذلك القانون أو كان يتعارض مع إعتبارات النظام العام، يطبق القانون الوطني المشترك لكل من الدائن والمدين)) . حيث يتم إختيار معايير الإسناد إستناداً إلى درجة قوتها وفق تسلسل هرمي تبدأ بقانون محل إقامة الدائن وتنتهي بقانون القاضي .

٣- أما إذا طبقنا قاعدة إسناد ذات غايات مادية على سبيل الإختيار من دون تمييز المعايير من حيث القوة ، يكون النص كالآتي : ((يسري على الحق في النفقة ما بين الأقارب قانون محل إقامة الدائن أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين)).

الفرع الثاني

تكريس الإسناد الحمائي في القانون العراقي والقوانين المقارنة

بعد أن إنتهينا من عرض الإتجاهات القانونية التي قيلت في تحديد القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب ، وبيان أنجعها من خلال وضع أكثر من ضابط إسناد في قاعدة تنازع ذات غايات مادية ، سنحاول في هذا الفرع تكريس الحلول الحمائية بالقانون العراقي ومدى إستجابتها مع باقي القوانين محل المقارنة .

فبالنسبة للقانون العراقي نجد أنه أعطى الأختصاص التشريعي بهذا الشأن إلى قانون

جنسية الشخص المدين بها ، وفقاً للمادة (٢١) سالفة الذكر من القانون المدني ، إلا أن هذا الإسناد لا يخلو من الانتقاد إسوة ببقية التشريعات التي إعتدت بقانون جنسية المدين بالنفقة[١] .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي يختلف عن بقية التشريعات العربية التي عالجت هذه المسألة ، بعدم إضافة كلمة الأقارب إلى نص المادة (٢١) سالفة الذكر مما زاد من إطلاق هذا النص، الأمر الذي حدا بالفقه العراقي الغالب إلى تضييق نطاقه على نفقة الأقارب ماعدا نفقة الأصول والفروع من الدرجة الأولى وهذا ما فندناه في مواضع سابقة من هذه الدراسة .

ومن أجل تكريس الإسناد الحمائي في نصوص التشريع العراقي نقترح على المشرع أن يكون النص بالشكل الآتي : ((يسري على الحق في النفقة ما بين الأقارب قانون محل إقامة الدائن أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بها)) .

أما إذا أراد المشرع قطع الشك بمسائل نفقة الأصول والفروع وإدراجها ضمن هذا النوع من النفقات ، فيكون النص بالصيغة الآتية ((يسري على الحق في نفقة الأقارب بما فيهم الأصول والفروع قانون محل إقامة الدائن أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بها)) ، ومن المسوغات التي دعتنا إلى أن يكون النص بهذه الصياغة :

أولاً : أن استعمالنا لعبارة ((يسري على الحق في النفقة ...)) بدلاً من صيغة ((يسري على الالتزام بالنفقة ...)) من أجل إبراز الجانب الحمائي للدائن بها ، بتغليب صفة الحق على الإلتزام ، كما أن صياغة النص بهذا الشكل تجنب الصائغ التشريعي الإشكال فيما لم إذا لم يدرج عبارة الأصول والفروع بالنص ، وهذا ما سبق وأن ذكرناه في معرض ترجيحنا لشمول نفقة الأصول والفروع بمضمون المادة (٢١) في مواضع سابقة من الدراسة .

ثانياً : من البديهي أنه في حالة إختلاف جنسية الدائن والمدين سوف يلجأ القاضي إلى قانون محل إقامة الدائن بوصفه القانون الواجب التطبيق .

ثالثاً : أن محاكم الدولة التي يقيم فيها الدائن بالنفقة ، غالباً ما تكون هي المختصة بدعاوى النفقة ، لأنها الأنسب للوقوف على حالة عوز طالبها ، والأقدر على كفالة تنفيذ الحكم الصادر بشأنها .

رابعاً : أن قانون محل إقامة الدائن بالنفقة سوف يحافظ على وحدة القانون الواجب التطبيق على النفقة في حالة تعدد المدينين بها .

وحسناً فعل المشرع العراقي بعدم إدراجه نصاً خاصاً بحل مشكلة التنازع المتحرك بالمادة

---

[١] انظر في هذه الانتقادات د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١١٨ – ١١٩ .

(٢١) سالفة الذكر ، وهذا ما نؤيده بإقتراحنا لتعديل نص المادة أعلاه ، معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية ، وذلك بتقدير كل حالة على حدة مع إخضاعه في كل ذلك إلى رقابة محكمة التمييز ، كما لا يخفى عن البال أن قاعدة التنازع ذات الغايات المادية التي إقترحناها تشتمل على أكثر من ضابط إسناد بحيث يستطيع القاضي التغلب على الحالة التي تواجهه في حالة تغيير محل إقامة الدائن بنية الغش نحو القانون ، بوجود ضابط إسناد آخر والمتمثل بقانون جنسية الدائن والمدين .

أما عن موقف القانون المصري ، فقد نصت المادة (١٥) من القانون المدني المصري على أن ((يسري على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها)) ، إذ يتضح أن المشرع قد حسم الخلاف حول ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون من يطلب منه الإتفاق أم هو قانون المستحق للنفقة ، وإنحاز لقانون جنسية المدين[١] .

وما تقدم من ملاحظات حول نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي ينعاد على نص المادة (١٥) من القانون المدني المصري ، ما عدا أن المادة الأخيرة حددت نفقة الأقارب ولم تطلق النص على مصراعيه ، إذ يرى الفقه الغالب هناك بشمولها نفقة الأصول والفروع إضافة إلى باقي أنواع الاقارب[٢] .

ويفضل بعض من الفقه المصري[٣] ، إسناد نفقة الأقارب إلى قانون محل الإقامة العادية ، إسوة بما جرت عليه الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن ، كما هو الحال في إتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة لعام ١٩٧٣ سالفة الذكر ، وهذا ما يدعونا إلى الاستنتاج بأن الفقه الحديث في مصر يحاول أن يكرس الإسناد الحمائي على مسائل نفقة الأقارب ، ودليلنا في ذلك أن المادة (٤) من الإتفاقية أعلاه بعد أن نصت على إنطباق قانون إقامة الدائن عادت واستثنت في المادة (٥) هذا القانون إذا لم يستطيع طالب النفقة الحصول عليها طبقاً لأحكامه ، أي الحال نفسه سوف يتكرر في موقف الفقه المصري إذا كان قانون محل إقامة الدائن لا يصرح بالنفقة لو لم يستطيع طالب النفقة الحصول عليها.

وبخصوص الوضع في القانون التونسي ، فنجد إنَّ الإسناد الحمائي يتكرس بصورة واضحة في الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية التي جاءت بقاعدة إسناد ذات

---

[١] لمزيد من التفاصيل انظر د. محمد كمال فهمي ، ص٤٣٩ – ٤٤٢ .
[٢] انظر في عرض هذه الآراء د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، من أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٦٦ – ٧١ .
[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق، ص٩١٥ .

غايات مادية وضعت على سبيل التجاور مع منح الأولوية للقاضي في إختيار القانون الأفضل للدائن ، إذ تنص على أن ((تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن ...)) .

ويلاحظ من النص أعلاه أنه على القاضي في كل الحالات تطبيق القانون الأفضل للدائن من بين تلك القوانين الأربعة ، وتقدير أفضلية هذا القانون على ذلك يخضع لاجتهاد القاضي ، كإتساع مشمولات النفقة أو ضيقها ، وتقادم الحق بمرور الزمن أو عدم تقادمه ، وتعدد الملزمين بالنفقة وتضامنهم في إدائها[١] .

أما في فرنسا وبعد نفاذ إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على جميع أنواع النفقة بتاريخ ١٩٧٧/١٠/١ ، فيمكن القول إنّ القانون هناك يحكم بواسطة قاعدة إسناد حمائية[٢] ؛ لأنّ المادة (٤) سالفة الذكر من الأتفاقية الأخيرة كما عرفنا بعد أن عقدت الاختصاص لقانون محل إقامة الدائن عادت وطبقت قانون الجنسية المشتركة للطرفين إذا لم يوفرها قانون محل الإقامة العادية للدائن النفقة أو رفضها استناداً للمادة (٥) من الاتفاقية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية على أن القانون الذي يراعي الالتزامات الناشئة من نفقة الزواج هو القانون الداخلي لمحل إقامة الدائن بالنفقة ، وتبعاً لذلك يكون مبرراً للقرار الذي يطبق المادة ٢١٤ من القانون المدني الفرنسي لإستجابة طلب الزوجة ذات الجنسية الاجنبية التي يكون محل سكناها في فرنسا))[٣] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأن نفقة الأقارب تخضع لقانون القاضي بحسبان إنها من الإجراءات التي يفصل فيها بالتبعية لقضايا أصلية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٤٦٣) من تقنين القانون الدولي الخاص الأمريكي الأول الملغي[٤] ، أما تقنين القانون الدولي الخاص الثاني

---

[١] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٤٦٦ .

[٢] عن تماشي اتفاقيات لاهاي مع مباديء القانون الدولي الخاص انظر :
Francois Rig aux , Droit prive materiel et régles de conflit de lois , Revue Belae de Droit International , Bruxelles , 1991 , P. 385 .
إذ يقول :
(La Plupart des premiéres convention de droit international ă La Haye sont dans la liga des orient ations qui viennent détre traces , Elles contiennent des régles de conflit de lois communes , abandonnant aux E' tate deux chefs de competence : lechoit des régles de droit privé) .

[٣] قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم ٢٣٢ في ١٩٩١/١١/٤ تعليق Simon Dipture ، ص٣٤٨ منشور في دالوز، مصدر سابق ، ص٢٣ . وانظر في المعنى ذاته قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم ٣٤ في ٢٠٠٧/١٢/٢٣ تعليق Delaporte ، ص١٤٢ .

[4] Ehrenzueig , op. cit , P. 252.

وأن لم ينص على ذلك ، لكن من الملاحظ أن إتفاقيات لاهاي الدولية سارت على ما انتهى إليه القضاء الأمريكي من أن الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي ، وعليه فأن القانون ينحصر بمجال إقامة الشخص المطالب بها ، إلاّ إذا لم يسعف هذا القانون الحصول على النفقة[١]

خلاصة المبحث الثاني

خلصنا إلى تقييد إطلاق نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي والذي يقضي بخضوع النفقة لقانون المدين بها، بإخراج كل من نفقة الزوجة ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة من هذا الإطلاق، إلاّ أن التساءل الذي أثارته الدراسة، هل يسري النص أعلاه على نفقة الأصول والفروع أم يقتصر على النفقة ما بين الأقارب؟ رأينا أغلب الفقه العراقي يؤيد سريانه على نفقة الأقارب دون نفقة الأصول والفروع لشمول الأخيرة بنص المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي . إلا إننا نؤيد الإتجاه الذي سار عليه أحد الفقهاء العراقيين بأن النفقة سواء كانت للأقارب المباشرون أو الحواشي فأنها تخضع لحكم المادة (٢١) للأسباب التي ذكرناها في متن البحث .

كما كشفت لنا هذه الدراسة، ظهور أكثر من إتجاه لمعالجة القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، فمنهم من ينادي بتطبيق قانون المدين بها والآخر يدعو إلى تطبيق قانون الدائن بها، ويرى منهم تطبيق قانون القاضي، ويسلم آخرون بتطبيق قانون محل إقامة الدائن . فمن أجل عدم إهمال الحلول المتقدمة ومحاولة الجمع بينهما ووضعها في قاعدة إسناد ذات غايات مادية على سبيل الإختيار أو التجاور مع منح القاضي سلطة تقديرية في إختيار القانون الأصلح، أو حتى على سبيل التدرج، لذا نعتقد أنه من الأفضل الإعتماد على مجموعة من الضوابط يتقدمها ضابط الإسناد الشخصي وفقاً لقانون محل إقامة الدائن بالنفقة بوصفه المعيار الغالب لدى التشريعات المقارنة الحديثة والاتفاقيات الدولية، وهذا ما يستجيب للدور المتزايد لفكرة الإقامة العادية كضابط للاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي، ومن ثم يعمل بالقانون الوطني المشترك للدائن والمدين وأخيراً يتم اللجوء إلى قانون القاضي .

---

[١] نقلاً عن د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص٣٧١ .

خلاصة الفصل الأول

ساير المشرع العراقي أكثر التشريعات العربية، وأخضع الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية إلى القانون الشخصي وفقاً لمعيار الجنسية، إلا أنه إذا كانت هذه التشريعات جمعت هذه النظم وإسندتها لقانون جنسية غير كامل الأهلية، فأن المشرع العراقي أفرد الولاية بمعزل عن بقية الأنظمة الموضوعية الأخرى، وذلك بأن جمعها بنص واحد مع الحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأولاد وأخضعها لقانون جنسية الأب أستناداً إلى المادة (٤/١٩) من القانون المدني دون تحديد المقصود بهذه الولاية، هل في الولاية على النفس أم تشتمل الولاية على النفس مع الولاية على المال مما يطرح أكثر من تساؤل حول ذلك ؟ أما الوصاية والقوامة فأخضعها لقانون جنسية غير كامل الأهلية بموجب المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي .

وإذا كان المشرع العراقي أخضع الولاية إلى قانون جنسية الأب فأنه لم يحدد الوقت الذي يعتد بذلك، مما خلف معه جدلاً فقهياً لبيان ذلك الوقت، هل هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أم وقت رفع الدعوى وهل كان عدم تحديد الوقت توفيق أن قصور من جانب المشرع العراقي ؟

وتؤيد الدراسة في مسائل الحضانة الإتجاه الذي يعطي الاختصاص للقانون الأصلح للمحضون، للأسباب المذكورة في متن البحث، وتضمين هذا الأتجاه بالقانون العراقي على الرغم مما يحسب للمشرع العراقي من موقف متميز عن أغلب التشريعات العربية بإخضاعه لقاعدة إسناد ولو بصورة ضمنية بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس .

خلصنا إلى تقييد إطلاق نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي والذي يقضي بخضوع النفقة لقانون المدين بها بإخراج كل من نفقة الزوجة ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة من هذا الإطلاق، إلاّ أن التساءل الذي أثارته الدراسة، هل يسري النص أعلاه على نفقة الأصول والفروع أم يقتصر على النفقة ما بين الأقارب؟ رأينا أغلب الفقه العراقي يؤيد سريانه على نفقة الأقارب دون نفقة الأصول والفروع لشمول الأخيرة بنص المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي . إلاّ إننا نؤيد الإتجاه الذي سار عليه أحد الفقهاء العراقيين بأن النفقة سواء كانت للأقارب المباشرون أو الحواشي فأنها تخضع لحكم المادة (٢١) للأسباب التي ذكرناها في متن البحث .

كما كشفت لنا هذه الدراسة، ظهور أكثر من إتجاه لمعالجة القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، فمنهم من ينادي بتطبيق قانون المدين بها والآخر يدعو إلى تطبيق قانون الدائن بها،

ويرى منهم تطبيق قانون القاضي، ويسلم آخرون بتطبيق قانون محل إقامة الدائن . فمن أجل عدم إهمال الحلول المتقدمة ومحاولة الجمع بينهما ووضعها في قاعدة إسناد ذات غايات مادية على سبيل الإختيار أو التجاور مع منح القاضي سلطة تقديرية في إختيار القانون الأصلح، أو حتى على سبيل التدرج، لذا نعتقد أنه من الأفضل الإعتماد على مجموعة من الضوابط يتقدمها ضابط الإسناد الشخصي وفقاً لقانون محل إقامة الدائن بالنفقة بوصفه المعيار الغالب لدى التشريعات المقارنة الحديثة والاتفاقيات الدولية، وهذا ما يستجيب للدور المتزايد لفكرة الإقامة العادية كضابط للاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي، ومن ثم يعمل بالقانون الوطني المشترك للدائن والمدين وأخيراً يتم اللجوء إلى قانون القاضي .

الباب الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال الحلول الوضعية

الفصل الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال المعاملات المالية

المبحث الأول

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال العلاقات التعاقدية

المبحث الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق الالتزامات غير التعاقدية

تمهيد وتقسيم :

تلعب قواعد الإسناد الحمائية دوراً مؤثراً في المعاملات المالية ففي نطاق العلاقات التعاقدية، هنالك بعض العلاقات القانونية التي تتسم بضعف أحد أطرافها ، وهذا هو الحال على وجه الخصوص بالنسبة للعلاقات التعاقدية المبرمة بين طرفين غير متكافئين ، فحرية الأطراف في تحديد حقوقهم والتزاماتهم هي التي تسمح للطرف القوي بالاستفادة من قوته على حساب ضعف الطرف الآخر ، إذْ يصبح ممارسة الطرف الأول لحريته التعاقدية سلباً لحرية الطرف الثاني الذي سيضطره ضعفه لقبول ما يفرض عليه ، الأمر الذي يستلزم صياغة قواعد إسناد حمائية تضع حداً لهذا الإختلال .

كما أن هنالك مراكز يستفيد أصحابها أيضاً من حماية قواعد الإسناد دون أن تستند هذه الحماية إلى حالة إختلال توازن طرفي العلاقة التعاقدية ، وهذا ما نراه في إطار المسؤولية التقصيرية ، إذْ تقوم هذه الحماية على فكرة مقتضاها أن من تسبب في إحداث ضرر يجب أن يتحمل آثاره ، لذا يتطلب وضع قواعد تنازع خاصة تحمي الدائن بالتعويض أو المضرور في حالة حصول نزاع في هذا الشأن .

ولاستيعاب أبعاد الموضوع ، سوف نتناوله من خلال مبحثين يخصص الأول إلى الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال العلاقات التعاقدية ، وسنتطرق في الثاني إلى الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق الالتزامات غير التعاقدية .

المبحث الأول

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال العلاقات التعاقدية

إنَّ تحقق الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال العقود تثيره عدة تساؤلات ، منها هل من الممكن أن تتحقق هذه الوظيفة عن طريق قاعدة إسناد عامة تستخدم فيها فكرة الحاجة للحماية كأحد المعايير التي تدخل في تحديد القانون الذي يحكم أي عقد دولي أم أنَّ تحقيقه يقتضي وضع قواعد إسناد حمائية خاصة لبعض أنواع العقود التي يفترض أنها تتسم بحماية أحد أطرافها، فإذا كان الفرض الأخير هو الذي ينطبق ، ينبغي التعرف على بعض أنواع العقود التي تحتاج إلى قواعد إسناد حمائية ، وللإحاطة بالموضوع سوف نقسمه على مطلبين نعرض في الأول أثر الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين على مبدأ سلطان الإرادة، وسنتطرق في الثاني إلى التطبيقات العملية للعقود التي تحتاج إلى قواعد إسناد حمائية خاصة .

المطلب الأول

أثر الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين على مبدأ سلطان الإرادة

إنَّ حرية الأطراف في تحديد حقوقهم والتزاماتهم في العلاقات التعاقدية هي التي تسمح للطرف القوي بالإستفادة من قوته على حساب ضعف الطرف الآخر ، بحيث يمنح للطرف الأول بممارسة حريته التعاقدية سَلباً لحرية الثاني ، الذي سيضطره ضعفه لقبول ما يفرض عليه[١]، فحرية المتعاقدين في تنظيم عقودهم لا تتصور إلاّ بين الأنداد الذين لهم القوة نفسها والمقدرة ذاتها[٢]، فعدم التكافؤ الواقعي بين أطراف العلاقة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية يتطلب وضع بعض القيود عوضاً لضعف الطرف الآخر تعمل على الحد من عدم التكافؤ بينهما[٣] .

---

[١] بخصوص الإسناد إلى الطرف الضعيف انظر Lés ratta chements de protection d’une Partie faible :
- Lagarde , L’évropéanistion du droit international p’rivé conflits de lois .
منشور على الموقع الالكتروني : http://www.ejth.eu/pagefiles/6333 تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٢

[٢] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٥٠ .

[٣] لا يعني ذلك أن جميع القيود التي ترد على إرادة المتعاقدين وتطبق على كافة أنواع العقود تهدف معظمها إلى حماية أحد طرفي العلاقة ، فبعضها قد يهدف إلى حماية الغير ، مثل النصوص التي تقتضي إفراغ الإرادة في شكل معين ، أو ترمي هذه القيود إلى حماية كلا المتعاقدين في نفس الوقت بفرض تكافؤ مراكزهما ، كالنصوص المتعلقة من صحة الرضا أو تلك التي تفرض عليها تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ، وإن كان ذلك لا يمنع من القول بأن بعض هذه القيود ليس لها سوى هدف وحيد هو حماية الطرف الضعيف . لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر أستاذنا سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .

وتمتد الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين إلى هذه المجوعة من المراكز القانونية التي تتسم بالحاجة إلى حماية أَصحابها والناشئة عن العلاقات التعاقدية بين أطراف غير متكافئة من حيث الوضع الاقتصادي والاجتماعي ، إذ تكونت هذه المراكز من الحياة الخاصة الدولية[١] ، إلا إنّ تحقيق الوظيفة الحمائية لهذه القواعد تنتابه بعض الصعوبات الخاصة والتي ترجع إلى هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على حلول تنازع القوانين في مسائل العقود ؛ لأنّ هذا المبدأ وكما هو الحال في القانون الداخلي يفتح الباب على مصراعيه للطرف القوي بأن يجحف بالطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية[٢] .

وإذا كانت قواعد الإسناد الخاصة هي الوسيلة لتحقيق هذه الحماية ، وأن منهجها في ذلك هو تقييد إرادة العاقد القوي فما هي درجة هذا التقييد ؟ هل يكون كلياً بإستبعاد أي دور للإرادة في تعيين قانون العقد والقيام بذلك وفقاً لضوابط إسناد موضوعية . هذا ما سوف نتعرف عليه في الفرع الأول من هذا المطلب . أم يكون التقييد جزيئاً بحيث لا يتم الإعتداد بإختيار أطراف العقد إذا كان القانون المختار يهدر الحماية التي يكفلها القانون الذي كان سيطبق وفقاً لضوابط إسناد موضوعية وهذا ما سنبحثه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الأستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة

أولاً : مضمون الفكرة:

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح المتعاقدين حرية إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي ، هو السبب الرئيس للإجحاف بالطرق الضعيف ، فأنه يبدو للوهلة الأولى أنَّ أفضل وسيلة لحماية هذا الطرف في العقود التي تتسم بالحاجة للحماية ، هي حرمان جميع الأطراف من ميزة إختيار القانون الذي يحكم العقد ، الأمر الذي يحول دون التعسف بالطرف الضعيف ، إذ يتم يتعين القانون المختص في هذه الحالة وفقاً لضابط إسناد موضوعي يحدده المشرع مقدماً أو يستخلصه القاضي من ملابسات العلاقة التعاقدية[٣] .

ويجد إستبعاد وظيفة الإسناد الممنوحة للإرادة في النطاق التعاقدي أساسه في إرادة

---

[١] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٠٩ .
[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٣٠ .
[٣] انظر د. أحمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ، مصدر سابق ـ ص٥٠٣ .

المشرع الوطني بإعادة التوازن بين أطراف العقد التي تشمل طرفاً ضعيفاً ، كما يُعَبّر التدخل الوطني في مجال هذه العقود من حماية الدولة لهذه الفئة الضعيفة في العقود المختلة التوازن[١] .

والواقع أن مبدأ سلطان الإرادة في العقود المختلة التوازن يتيح للأطراف مكنة إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بطريقة شبه مطلقة مما يتيح لهم بإستبعاد النصوص الآمرة الواجبة التطبيق أو حتى إستبعاد كل قانون يحتفظ برابطة مع العقد وإختيار قانون لا يرتبط مع العقد برابطة موضوعية أو قد لا يشمل أحكام مقيدة للحرية التعاقدية لصالح الطرف الضعيف[٢] .

وقد تبنت عدد من التشريعات هذا النهج[٣] ، أما عن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، فلم تتضمن نصوص القانون المدني العراقي المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان أية إشارة إلى ذلك ، بالرغم من وجود قاعدة إسناد خاصة بالإرادة[٤] ، لكننا نرى أنَّ القاضي العراقي يحق له إستبعاد القانون المختار الذي ليس له صلة وثيقة بالعقد إستناداً إلى آلية الدفع بالتحايل على القانون مسبباً ذلك بإختلال التوازن بين طرفي العقد أو كون هذا القانون يضر بمصلحة الطرف الضعيف مما يسوغ إعمال هذا الدفع ، وهذا ما تمَّ الأرتكان إليه من قبل بعض الفقه المصري[٥] ، بالرغم من أن المشرع المصري لم يتضمن في ثنايا قانونه المدني أية إشارة إلى ذلك[٦] .

أما القانون التونسي ، فقد جاء بالفصل (٦٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[٧]، بإستثناء يسمع بإزاحة القانون الذي عينته قاعدة الإسناد لصالح القانون الذي يرى القاضي أنه له

---

[١] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٩٧ .

[٢] انظر د. أبو العلا النمر ، مصدر سابق ، ص٣٠ .

[٣] هذا ما جاءت به المادة (٥١) من القانون المجري لعام ١٩٧٩ المعدل بقانون ٢٠١٧ ، كما تبنى هذا الاتجاه القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧/٩/١٨ في المادة (١/١٢٠) التي تنص على أن : ((يسري على عقود الأستهلاك قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك في :
أ:- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة .
ب:- إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لأبرام العقد .
ج:- إذا كان المستهلك قد إستحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليقدم فيها الطلب .

[٤] تنص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على أن ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه)) .

[٥] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٠٧ . ود. عبد الحكيم مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣٢ – ٣٣ .

[٦] أفرد المشرع المصري مادة واحدة لقانون الإرادة ، إذ تنص المادة (١/١٩) منه على ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً فأن إختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه)) .

[٧] سنتطرق للمادة (٦٧) الخاصة بعقد العمل في مواضع لاحقة من الدراسة .

صلة أقوى بعقد العمل[١] ، وما يميز هذا الإستثناء هو المرونة في إعماله طالما لم يقيد المشرع ، القاضي بشروط إعماله عند بحثه عن القانون الذي له صلة وثيقة بالعقد ، فأكتفى النص بإشارة عامة إلى جملة الظروف المحيطة بالعقد وهي إشارة فضفاضة تمنح القاضي حرية تامة في البحث عن القانون الأقرب للعقد، وبذلك يجب عليه التحلي بالموضوعية عند العمل بهذا الأستثناء حتى لا يجعل منه متكأً لإعتماد أسهل الحلول بالرجوع إلى قانونه بحجة أنه القانون الأقرب للعقد[٢] .

وبخصوص موقف القانون الفرنسي ، وبعد نفاذ إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المعدلة لائحة روما لسنة ٢٠٠٨ (The Rome1 Regulation (EC) No593/2008) فأن القانون هناك عمل بما جاء بالأتفاقية أعلاه التي لم تمنع الأطراف من قانون الإرادة إلا في حالة حرمان الطرف الضعيف من الحماية التي يوفرها له قانون محل إقامته[٣] ، والجدير بالذكر أن الفقه هناك[٤] ، يرى بأن أحكام القضاء الفرنسي وخصوصاً في مجال علاقات التجارة الدولية يميل إلى أحترام إرادة المتعاقدين في الأختيار الصريح لقانون العقد دون أن تشترط أن يكون هذا القانون معبراً عن مركز الثقل في العلاقات العقدية .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، يشترط الفقه والقضاء قيام مصلحة مشروعة للطرفين في إختيار القانون الواجب التطبيق ، إذ يمكن للقاضي إستبعاد القانون المختار إذا أضر بمصلحة العاقد الضعيف[٥] ، أما تقنين تنازع القوانين الثاني لسنة ١٩٧١ فلم يشر إلى ذلك بإستثناء ما ورد بالمادة (١٨٧) سالفة الذكر .

والجدير بالذكر أن القانون الدولي الخاص لولاية لويزيانا الصادر في عام ١٩٩٢ قد أخذ بهذا الاستثناء وذلك بعد أن حدد هذا القانون قواعد إسناد مختلفة ذات صيغة تفصيلية ، قررت المادة (٣٥٤٧) منه وجوب تعطيل إعمال قانون الإرادة إذا تبين من الظروف في حالة إستثنائية أن عدم تطبيق قانون دولة معينة سيؤدي إلى إهدار سياستها التشريعية ومصالحها الجوهرية ،

---

[١] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٤٣ .

[٢] انظر د. لطيف الشاذلي ، مصدر سابق ، ص٧٣٧ .

[٣] انظر المادة (5/2) من لائحة روما لسنة 2008 المتعلقة بعقد نقل الأشخاص التي تنص على أن ((إلى الحد الذي لا يتم فيه إختيار القانون المطبق على عقد نقل الركاب من قبل الأطراف وفقاً للفقرة الفرعية الثانية ، يكون القانون المطبق هو قانون البلد الذي يقيم فيه المسافر بشكل إعتيادي بشرط أن يكون أما يقع مكان المغادرة أو الوجهة في ذلك البلد إذا لم يتم استيفاد هذه المتطلبات ، فيتم تطبيق قانون البلد الذي يقيم فيه الناقل بشكل اعتيادي)) .

[٤] نقلاً عن Audit , Op . cit , P. 686 .

[٥] انظر Ehren zweig , Op . cit , P. 232 .

وهو ما يستلزم تطبيق قانونها على المسألة المعروضة رغم إختصاص قانون آخر يحكم هذه المسألة وفقاً لقواعد الإسناد[١] .

ثانياً : تقدير الحل:

يرى جانباً كبيراً من الفقه[٢] ، أنَّ إلغاء دور الإرادة كلياً في تعيين القانون الواجب التطبيق يتجاوز الغاية المنشودة المتمثلة بحماية الطرف الضعيف ، فإستبعاد مبدأ سلطان الإرادة ليس ضرورة تقتضيها تحقيق هذه الحماية ، لاسيما أنَّ هذا المبدأ من دون شك هو المهيمن على قانون العقد لما يحققه من أمن قانوني لازم لإزدهار وإضطراد هذه العقود[٣].

كما إنَّ إلغاء دور الإرادة كلياً يؤدي إلى نتيجة تناقض هدف الحماية ، فإذا كان الطرف القوي في العقد يملي إرادته في أغلب الأحوال فيما يتعلق بإختيار قانون العقد ، وأنّ الطرف الضعيف لا يملك سوى الإذعان لهذه الإرادة ، فإنَّ هنالك بعض الأحوال التي لا يثبت فيها صحة هذا الأفتراض ، عندما يكون طرفي العقد على قدم المساواة مما يجعل من غير المجدي حماية أحدهما[٤] .

ومن المسوغات التي قيلت في إنتقاد فكرة إستبعاد قانون الإرادة إنه يؤدي إلى إفلات العقد من القانون كلية ، إذْ قد لا يكون تقييد حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم العقد مستوفي دائماً من الرغبة في حماية الطرف الضعيف[٥] ، أو قد يرجع إلى إمكانية وجود رابطة موضوعية بين القانون المختار والعلاقة العقدية[٦] .

ومما ذكر في أعلاه نرى أن حماية الطرف الضعيف ليست مقترنة دائماً بإستبعاد قانون الإرادة ، فقد يأتي هذا الإستبعاد متوافقاً مع حماية الطرف الضعيف ، إلاّ أنه قد يأتي أيضاً على

---

[١] نقلاً عن

- Symoon Symoonides , Les G rands Problems de droit international prive , et la Novelle G odification de L uisianc , Rev . Crit , 1992 , 2 , P. 227 .

أشار إليه د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤٠٤ هامش رقم (١) .

[٢] انظر في عرض الآراء الفقهية د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص٩٦ وما بعدها .

[٣] أنَّ الخشية من الأضرار باليقين القانوني لعقود التجارة الدولية كان سبباً في وجود هذه القواعد الخاصة الكفيلة بتحقيق الحماية في بعض العقود بدلاً من تبني قاعدة عامة يمكن أن تنطبق على عقود التجارة الدولية .

[٤] انظر د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص٦٨ . انظر أيضاً د. كريم مزعل شبي ، مباحث في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٧ ، ص٢٧٤ وما بعدها .

[٥] هنا يتعلق الأمر بنظرية العقد الدولي الطليق التي تعد من أهم توابع مبدأ سلطان الإرادة ، ويتيح عنها إمكانية تجزئة العقد وإخضاعه لعدة قوانين . أنظر في عرض هذه النظرية د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولية الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الالكترونية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ،

[٦] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

حساب هذه الحماية ، فالعاقد الضعيف لا يجوز له أن يتكأ فقط على الحماية التي تقدمها له النصوص الآمرة الناتجة عن الإسناد الموضوعي ، وإنما له كذلك أن يستند على الحماية التي قد تكون أفضل المُقدمَة من قبل القانون المختار ، إذْ أنهُ في حالة كون القانون المختار أفضل حماية للعاقد الضعيف ، فإنَّ إستبعاده يؤدي إلى الأضرار بمصالحه ويتناقض مع هدف حمايته .

وهذا يدعونا إلى القول بأن إبعاد الإسناد عن قانون الإرادة في نطاق العقود المختلة التوازن يجب أن لا يتم بطريقة مجردة وإنما بالنظر إلى مصالح الطرف الضعيف المطلوب حمايته ، أي يتم عن طريق المقارنة والترجيح بين القانون الذي اختاره الأطراف والقانون الواجب التطبيق موضوعياً ، وهذا هو هدف قواعد التنازع الحمائية موضوع دراستنا التي سبق وأن أثبتنا أنها تسعى إلى تحقيق عدالة مادية عن طريق قيام القاضي بفحص مضمون القوانين ممكنة الأنطباق قيل تطبيقها وإختيار الأفضل منها من ناحية الحماية المطلوبة .

وعليه نؤيد الآراء المتقدمة من أن فكرة إستبعاد قانون الإرادة لا يحقق المطلوب ، الأمر الذي يتطلب منا التعرض إلى فكرة الأستبعاد الجزئي في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

تقييد مبدأ سلطان الإرادة (الأستبعاد الجزئي)

من أجل الإلمام بالموضوع سنتطرق إليه من خلال الفقرتين الآتيتين :

أولاً : - مضمون الفكرة :

إن المشرع أو القاضي يستطيع أن يتجنب ضغط الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف من دون إلغاء إرادة الأطراف وتجاهل الدور الممنوح لها في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد عن طريق الأخذ بالأعتبار القيود التي ترد في القانون الموضوعي أو الداخلي والتي تهدف حماية العاقد الضعيف في علاقاته التعاقدية[١] ، وتتمثل هذه القيود بوجود قواعد آمرة في القانون الداخلي وضعت لحماية الطرف الضعيف . إذْ من المؤكد أنَّ هذه القواعد لا يجوز إستبعادها وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة[٢] .

وإذا كان المشرع لا يمنع غالباً إختيار القانون الواجب التطبيق ، إلاّ أنه يقيده بالقواعد

---

[١] في العلاقة بين القانون الموضوعي وقواع تنازع القوانين انظر :
Francois Rigaux , Droit privé Matériel et régles de conflit de lois , revue belge de droit international 1999/1 editions Brytant , Bruxelles P. 385 – 397 .

[٢] انظر د. أبو العلا النمر ، مصدر سابق ، ص٣٦ – ٣٧ .

الآمرة التي وضعها لحماية العاقد الضعيف ، بحيث توفر له هذه الأخيرة الحد الأدنى من الحماية، لذلك يجب أن لا يؤدي تطبيق القانون المختار إلى حرمان الطرف الضعيف من هذه الحماية أو توفير حماية أقل منها[١] ، إذ يؤدي هذا الحل إلى الإبقاء على القانون الأجنبي المختار من قبل الأطراف لتطبيقه على عقدهم ، عندما تكون أهدافه متفقة مع روح القواعد الآمرة التي وضعت لحماية العاقد الضعيف ، لاسيما إذا كان يوفر أكثر حماية من تلك القواعد الآمرة[٢] .

وقد وجد هذا الحل المتعلق بتقييد قانون الإرادة تكريساً له في عدد من التقنينات[٣] ، أما عن موقف القانون العراقي والقوانين محل الدراسة ، فأن المشرع العراقي إكتفى بالنص على قاعدة عامة بالمادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني كرس من خلالها أثر الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية دون أن يكترث إلى تقييد الإرادة في العقود التي تشتمل طرف ضعيف[٤] . والقول نفسه ينطبق على القانون المصري الذي وضع قاعدة إسناد عامة بالالتزامات التعاقدية في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري النافذ[٥] . وعن الوضع في القانون التونسي وبالرغم من إيراد مجلة القانون الدولي الخاص التونسية قواعد تفصيلية عن العقود[٦] ، إلاّ أنها لم تتضمن في ثناياها أي تقييد لدور الإرادة .

وبخصوص الوضع في فرنسا وبعد نفاذ إتفاقية روما سالفة الذكر هناك في عام ١٩٩١ ، فيمكن القول بأن المشرع منح المتعاقدين الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق ، بشرط أن لا يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك أو العامل من الحماية المقررة في قانون الدولة التي يقيم بها إعمالاً للمادة (٢/٦) المتعلقة بالمستهلك والمادة (١/٨) الخاصة بالعامل من لائحة تنظيم

---

[١] انظر وبنفس المعنى وفاء يعقوب جناحي ، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الشارقة ، العدد١ ، المجلد ١٦ ، ٢٠١٩ ، س٤٥١ .

[٢] انظر د. أحمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ، مصدر سابق ، ص٥٠٧ .

[٣] هذا ما جاء به القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٨/٦/٢٥ في المادة (٢١) منه ، والمادة (٨) من قانون الكوبيك بكندا المتعلق بحماية المستهلكين والذي يبطل شرط إختيار القانون في عقود الاستهلاك إذا لم يكن القانون المختار هو القانون الكندي أو قانون مقاطعة الكوبيك ، ومن ذلك أيضاً قانون Unifair contract terms act الإنكليزي المتعلق بالشروط التعسفية بالعقد والذي ينص على تطبيق أحكام هذا القانون إذا كان العقد خاضعاً لأحكام القانون الإنكليزي حتى لو اختار الأطراف قانوناً آخر يحكم عقدهم . نقلاً عن د. عبد الحكيم مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣٤ – ٣٥ . كذلك تنص المادة (٢/٦) المتعلقة بعقود المستهلك والمادة (١/٨) الخاصة بعقود العمل من تنظيم روما الأوربي رقم (٢٠٠٨/٥٩٣) على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط أن لا يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك أو العامل من الحماية المقررة له في قانون الدولة التي يقيم فيها .

[٤] انظر د. بدران شكيب الرفاعي ، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٦٧ .

[٥] انظر د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص١٤٩ وما بعدها .

[٦] تضمنت مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الباب السادس الالتزامات وفي القسم الأول منه الالتزامات الإرادية من الفصل (٦٢) إلى الفصل (٦٩) لمزيد من التفاصيل انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٠٧ وما بعدها .

روما لسنة ٢٠٠٨ ، علماً أن القضاء الفرنسي الذي توصل إلى هذا الحل ولو بصورة مباشرة في حكمهُ الصادر في قضية (Soc. Royal Air Marocc. consorts bertin)[١] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأن المادة (١٨٧) سالفة الذكر من التقنين الأمريكي الثاني الأهلي لسنة ١٩٧١ ، قد سارت على نفس منوال التقنينات الأوربية التي نصت على هذا النهج ، بالرغم من صياغتها بطريقة عامة تحول دون قصر حكمها على القواعد التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف لأن مصلحة أي ولاية من تنظيم العلاقة التعاقدية استناداً لقانونها قد يتأسس على اعتبارات أخرى[٢] ، وبنفس المنوال وفي نطاق عقد التأمين تقرر الفقرتان (١٩٢) و(١٩٣) عدم صحة إختيار المتعاقدين إذا أدى إلى عقد الاختصاص لقانون يكفل للمؤمن له حماية أقل من تلك التي يوفرها له القانون الذي يفترض تطبيقه حال إنتفاء هذا الاختيار[٣] .

ثانياً : - تقدير الحل:

إنّ تقييد إرادة الأطراف بالنصوص الآمرة للقانون الموضوعي لاشك يوفر حماية فعالة للعاقد الضعيف ، إذْ إنّ هذا الأخير سوف يتمتع وبنفس الوقت بحد أدنى من الحماية التي يوفرها له القانون المختص وفق الإسناد الموضوعي وقد تتاح له إمكانية التمتع بحماية أفضل يسبغها عليه قانون الإرادة، إذا كان هذا القانون أكثر حماية له من القانون الأول[٤] .

ومع ذلك فقد وجهت لهذا النهج إنتقادات منها أن هذا الحل يخل بالأمان القانوني للعلاقات التعاقدية وكذلك توقعات الأطراف بالنسبة للقانون الذي يحكم عقدهم وذلك لصعوبة التعرف على القانون الأصلح للطرف الضعيف بطريقة مسبقة وصعوبة معرفة ما إذا كان مضمون القانون المختار يتفق أو يتعارض مع القواعد الآمرة في قانون محل إقامة الطرف الضعيف[٥] .

وهذا الإنتقاد مردود ذلك أن هذا الحل خاصاً بالعقود التي تشتمل على طرف ضعيف ، كما أن مسألة المقارنة بين قانونين ليست بعيدة أو بالأمر غير المعروف في القانون الدولي الخاص ، إذْ إنّ القاضي يقارن مضمون القانون المختار بالقانون المختص موضوعياً وفقاً للمناهج

---

[١] إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٧٨/٥/٣١ بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الإرادة الضمنية على عقد عمل ابرم في باريس بين فرع شركة أير فرانس وعدد من الطيارين الذين ندبر بعد ذلك للعمل لدى شركة الخطوط المغربية . وقد استندت المحكمة إلى إن القانون الفرنسي يحقق مصلحة العامل بطريقة أفضل من القانون الذي كان سيعقد له الاختصاص إذا لم توجد الإرادة الضمنية وهو القانون المغربي . نقلاً عن د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٩١ .

[٢] انظر د. أحمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ، مصدر سابق ، ص٥٠٩ .

[٣] نقلاً عن د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١١٩ .

[٤] انظر د. أحمد الهواري ، خواطر حماية الطرف الضعيف ، مصدر سابق ، ص٥١١ .

[٥] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١١٨ .

القانونية المعروفة[١] ، والجدير بالذكر أن هذه المقارنة لا تقتصر فقط على المقارنة بين قانون أجنبي وقانون القاضي ، بل يمكن أن تمتد إلى قانونين أجنبيين في الحالة التي لا تستند فيها إرادة الأطراف ولا الأسناد الموضوعي إلى قانون القاضي[٢] .

ومن وجهة أخرى قيل أن هذا النهج يؤدي إلى تجزئة العقد بإخضاعه لأكثر من قانون ، قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للطرف الضعيف ، إلاّ أنهُ من المعلوم أن التجزئة قد تقع أيضاً عند إطلاق العنان للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق .

فقد يختار المتعاقدين قانوناً يحكم تكوين العقد وآخر لحكم موضوعه وثالثاً لحكم شرط من شروطه ، أما وفقاً لهذا النهج فالعقد مقيد بين قانونين هما قانون الإرادة والقانون الموضوعي ، أيهما يوفر حماية أكثر سوف يطبق على العقد[٣] .

وأخيراً وفي معرض بيان رأينا بالنهجين المتقدمين نقول : أنَّ قاعدة التنازع التي تحكم العقود التي لا تتسم بالحاجة لحماية أحد أطرافها ، يلعب ضابط الإرادة وظيفتهً بالإسناد بصورة كاملة فقانون العقد هو الذي يختاره الأطراف ولا يتم تعيينه وفقاً لضوابط إسناد موضوعية (إرادة المشرع) إلاّ عند عدم وجود إرادة للأطراف بهذا الشأن ، وبذلك يتسم الإسناد الموضوعي للعقد بطابعه الأحتياطي أو المكمل للإسناد الشخصي الذي يعد الإسناد الرئيسي أو الأصلي .

بخلاف ذلك هناك بعض قواعد التنازع الخاصة لا يتم تفعيلها إلا بإرادة المشرع أو القاضي وفقاً لإسناد موضوعي ، والتي تجسد المنهج الغالب لحماية العاقد الضعيف ، ينقلب الإسناد الاحتياطي إلى إسناد أصلي ، إذْ إنّ هذه التبعية المتبادلة بين الإسناد الشخصي تأسيساً على إرادة الأطراف والإسناد الموضوعي وفقاً لإرادة المشرع أو القاضي تظهر أن حماية الطرف الضعيف تُرَجّحْ في المقام الأول على القانون المختص موضوعياً ، الأمر الذي يستوجب تعيين هذا القانون وفقاً لضوابط إسناد تتسم بالفعالية في تحقيق هذه الحماية .

وبهذا تكون قواعد الإسناد الخاصة قد تجاوزت حيادها الموضوعي ؛ لأنّ تحديد قانون العقد يتطلب مقارنة المضمون المادي لكل من القانون المختار والقانون المختص موضوعياً ، إذ

---

[١] راجع ص١١٦ - ١٢١ من الاطروحة .

[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص١٧ .

[٣] يذهب بعض من الفقه المصري إلى أن هنالك صعوبة تصل إلى حد الاستحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من قانون ، لذا فأن تجزئة العقد تفرض ذاتها ، وهذه الأخيرة قد تكون أفقية والتي تقترن بها معظم الأنظمة القانونية كإخضاع شكل العقد القانوني مكان إبرامه أو رأسية كإخضاع العقد لقانون الإرادة ، ولا تعد التجزئة متعارضة مع وظيفة الإسناد للإرادة بل على العكس تؤدي إلى التوسع بهذا المبدأ . انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١٩١ .

تؤدي هذه المقارنة إلى التوصل إلى حلول عادلة تضمن حماية الطرف الضعيف ، وهذا ما تدعو إليه دراستنا عن طريق إعمال قواعد تنازع ذات غايات مادية يتم تطبيقها على بعض أنواع العقود التي تحتاج إلى إعادة التوازن العقدي ، الأمر الذي يدعونا إلى دراسة بعض من نماذج العقود التي تشتمل أو تحتاج إلى قواعد إسناد ذات غايات مادية ، وهذا ما سنتعرف عليه في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني

التطبيقات العملية لبعض أنواع العقود التي تحتاج قواعد إسناد ذات غايات مادية

إنّ التساءل الذي يثار في هذا الصدد حول إمكانية إستخدام قاعدة الإسناد في توفير الحماية للعاقد الضعيف ؟ الواقع يقول إنَّ التوجه نحو حماية الطرف الضعيف يعد أحد السمات الجوهرية لتطور قانون العقود في الوقت الراهن ، الأمر الذي يدعو إلى إمكانية إستخدام هذه القاعدة كأداة فنية لتوفير حماية العاقد الضعيف، في هذا المجال وفقاً للمفهوم الجديد الذي منح لها، وللتعرف على الطابع الحمائي لقواعد التنازع في هذه الطائفة من العقود ، ستقتصر دراستنا على أهم أنواع العقود التي تحتاج إلى حماية خاصة كعقد الأستهلاك وعقد العمل الفردي وبالقدر اللازم للدراسة ، وبناءاً على ما تقدم سنقسم المطلب على فرعين ، سنتناول في الأول دور قواعد الإسناد الحمائية في عقود الأستهلاك، ونعرض في الثاني دور قواعد الإسناد الحمائية في عقد العمل الفردي .

الفرع الأول

دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في عقود الأستهلاك

إنَّ الحاجة إلى ضابط إسناد موضوعي بوصفه ضابط رئيس في قاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً ، يتطلب إيجاد ضابط إسناد مرن يتلائم مع معطيات التجارة الدولية ، والضابط المرشح لذلك هو ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك ، الأمر الذي يستلزم أن نلقي الضوء على عدم ملاءمة ضوابط الإسناد الأحتياطية الجامدة ، كتلك المقررة في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين ومنها ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط مكان إبرام العقد مع بيان مدى ملاءمة ضابط مكان التنفيذ غير الوارد في تلك القاعدة ، ثم نبين الحاجة الملحة نحو إعتناق إسناد مرن للروابط العقدية التي تتضمن طرفاً ضعيفاً كعقود المستهلكين ، مما

يسمح باختلاف الإسناد بالنسبة لكل طائفة من العقود ، ومن خلال الفقرتين الآتيتين :

أولاً : عدم ملاءمة ضوابط الإسناد الجامدة للحماية الفعالة للمستهلك :

إنَّ عدم الأتفاق صراحة على إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، وتعذر القاضي عن كشف إراداتهم الضمنية في تحديد ذلك القانون يحتاج المشرع إلى ذلك ، فيحدد بصفة مسبقة القانون بحسبان أنه الأوثق صلة بالعقود الدولية عبر ضوابط إحتياطية[١] ، بيد أن التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق يتم على هذا النحو وفقاً لإسناد جامد ، يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية المعروضة ، أو لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة ، وهو ما قد يتعارض من حيث المبدأ مع فكرة القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[٢].

وسنعرض ضابط بلد إبرام العقد ومكان تنفيذه ، بوصفهما أكثر الضوابط شيوعاً في التشريعات المعاصرة والمستخدمة من قبل القضاء ، وبيان أثر الإعتماد على كل منها في تحقيق الحماية الفعالية للمستهلك ، ونسبقها بالتطرق لضابط الموطن المشترك للمتعاقدين كأحد الضوابط الإحتياطية المعمول بها وكالآتي :

١- ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين :

إنّ الموطن المشترك للمتعاقدين هو أحد ضوابط الإسناد الاحتياطية الذي يرجع إليها المشرع عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي[٣] .

ويرى معظم الفقه[٤]، عدم ملاءمة هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، ذلك أن الوضع الغالب في هذا النوع من العقود هو إختلاف موطن المتعاقدين، سواء كان المعيار الراجح في تحديد مفهوم دولية العقد هو المعيار القانوني أو الاقتصادي؛ لأنّ العنصر القانوني المؤثر والمتمثل في اختلاف موطن المتعاقدين تحقق في الوقت ذاته المعيار الاقتصادي لدولية العقد، إذْ يترتب بالضرورة على اختلاف موطن البائع والمشتري إنتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، فإذا كان المبيع ينتقل من موطن البائع إلى موطن المشتري ، فأن الثمن

---

[١] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٣٧ .

[٢] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤١٦ .

[٣] تقابلها المادة (١/١٩) مدني مصري ، أما القانون التونسي فقد خلى الفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية من هذا الضابط ، وفي فرنسا لم يتجاهل القضاء هذا الضابط راجع Audit , Op , cit , P. 675ets ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأن التقنين الأمريكي الثاني لا يقيد القاضي بضابط إسناد معين وإنما يقترح عليه عدة ضوابط وفقاً للفقرة (١/١٨٨) نقلاً عن د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٣٣ هامش رقم (١) .

[٤] انظر في عرض الآراء الفقهية د. حسام الدين فتحي ناصف ، عقد الوسطاء في التجارة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٧٤ وما بعدها .

ينتقل بإتجاه عكسي إلى موطن البائع[١] .

وعليه فأننا نرى أنه إذا كان الوضع الغالب في عقود التجارة الدولية إختلاف موطن المتعاقدين ، لذا فأن القاضي المطبق لقاعدة الإسناد العراقية الواردة بالمادة (١/٢٥) سيجد نفسه مضطراً إلى تطبيق القانون الذي تم فيه العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي بوصفه ضابط الإسناد الاحتياطي الثاني الوارد بالمادة سالفة الذكر .

٢- ضابط مكان إبرام العقد:

أخذت عدد من التشريعات بهذا الضابط عند تعيين قانون العقد في حالة إنتفاء الأختيار من قبل أطراف العقد الدولي ، ذلك إذا لم يكن لهم جنسية مشتركة أو محل إقامة أو موطن مشترك كما هو الحال بالمادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي[٢] ، ومن المسوغات التي دعت العمل بهذا الضابط أنه يعبر عن محل ميلاد العقد ، كما يتم الرجوع إلى هذا الضابط للتأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه ، كما أنه يكفل وحدة القانون الذي يحكم العقد ، لاسيما في الفرض الذي تتعدد فيه أماكن التنفيذ ، فضلاً عن أنه قد يتطابق مع مكان تنفيذ العقد[٣] .

غير أن هذا المعيار قد تعرض إلى عدة إنتقادات منها أن مكان إبرام العقد وأن عَبّرَ عن محل ميلاد العقد إلا أنه لا يعبر بصدق عن حقيقة مصالح الأطراف المرتبطين بالعقد، كما أنه وإن أمكن أحياناً تطبيق قانون بلد الإبرام بوصفه قانون الإرادة الضمنية إلاّ أنه من الصعب تطبيق هذا القانون بوصفه قانون وثيق الصلة بالرابطة العقدية[٤] ، كذلك أنه ليس من الصحيح أن يرجع إلى قانون مكان إبرام العقد للتأكد من سلامة الشروط القانونية المدرجة فيه ، إذ يلاحظ من ناحية إنّ المتعاقدين لا يفكرون عادة عند التعاقد في مدى صحة هذه الشروط وفقاً للقانون الواجب

---

[١] لمزيد من التفاصيل حول دولية العقد ، انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص١٨٢ – ١٨٩ .

[٢] تقابلها م (١/١٩) مدني مصري سالفة الذكر ، في حين لم يُشر الفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي التونسية إلى هذا الضابط ، أما في فرنسا فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية الصفة الاحتياطية لضابط مكان إبرام العقد وجعلته في المرتبة الثانية بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين مع مراعاة ضابط الإرادة كضابط رئيس حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩١٠/١٢/٥ في قضية American Trading ، وفي قضاء لاحق لذات المحكمة أكدت الإسناد إلى قانون مكان إبرام العقد إذا كان هو قانون نفس دولة مكان التنفيذ حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٥/٣١ . منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي ، ١٩٣٤ ، ص٩٠٩ . نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٤١ . كما أنه يمثل أهم ضوابط الإسناد الممكنة الانطباق المادة (١/١٨٨) من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني .

[٣] راجع د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤١٩ .

[٤] انظر د. حسام ادين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٤١ .

التطبيق ، وإذا ثار النزاع فيما بينهم بعد ذلك فأنه من المناسب أن يطبق عليهم القانون الذي يعبر عن مصالحهم الحقيقية وليس القانون السائد في مكان الإبرام الذي لا تتركز فيه هذه المصالح إلا بالمرحلة الأولى من المراحل العملية التعاقدية[١] .

ومن الإنتقادات التي وجهت إلى هذا الضابط أنه قد يتسم بالصدفة أو العرضية ومن ثم لا يكشف عن وجود صلة بين العقد والقانون الذي يحكمه ، كما أنه يحتاج إلى تدعيمه بضوابط إسناد أخرى كموطن أحد الأطراف أو مكان تنفيذ العقد[٢] ، وأنه في ظل التطور المعاصر للتجارة الدولية والتي أصبح يهيمن عليها أسلوب التعاقد بين غائبين ، إذْ يبرم العديد من العقود التي تتم عن طريق الهاتف أو اللأنترنت[٣] .

ومن كل ما تقدم فأننا نرى أن الإسناد الجامد لعقود التجارة الدولية المتمثل في قانون مكان إبرام العقد ، وإن كان يحقق اليقين القانوني إلا أنه لا يعد ملائماً للصور الحديثة لمعاملات التجارة الدولية ، لذا لا يجب الإرتكاز عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين من باب أولى باعتبار المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

٣- ضابط مكان تنفيذ العقد:

لم يرد ضابط مكان تنفيذ العقد ضمن الضوابط التي ذكرتها المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي[٤] ، ويرتبط هذا الضابط بموضوع العقد وليس محل ميلاده، إذ تعد مرحلة تنفيذ العقد من أهم مراحلة العملية التعاقدية ، مما يؤكد أهمية هذا المعيار في تحديد القانون الواجب التطبيق لأرتباطه بمصالح الأطراف في تنفيذ العقد ، وإذا كانت مصلحة الأطراف تتحقق بتطبيق قانون المكان الذي يجب فيه تنفيذ العقد ، فأن مصلحة الدولة قد تتطلب أيضاً في تطبيق قانونها على العقود التي تم تنفيذها على إقليمها[٥].

وقد تعرض هذا الضابط إلى عدة إنتقادات ، فمن الناحية النظرية يؤدي إلى تجزئة العقد ، فكل عقد يولد التزامات متقابلة على عاتق أطرافه ، وإذا كان بالإمكان تطابق أماكن تنفيذ هذه

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤٢٠ .
[٢] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١١٠٥ .
[٣] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٣١ .
[٤] هذا هو حال المادة (١/١٩) مدني مصري والفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية ، أما في فرنسا فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الدائرة الاجتماعية لها في ٢٥/ /١٩٨٤ إلى ضابط مكان التنفيذ وأن لم تأخذ به Cass. Soc . 25 . Janjees . 1984 . Rev . crit . 1985 , P. 327 . نقلاً عن د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٤٩ . كما أن هذا الضابط وجد تكريساً له في المادة (١/١٨٨) سالفة الذكر من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني .
[٥] انظر د. عبد الحكيم مصطفى ، مصدر سابق ، ص٤٠ .

الألتزامات فأن الاحتمال الأغلب في العقود الدولية أن يقوم الأطراف بتنفيذ التزاماتهم بأماكن متعددة ، لذا فأن تطبيق هذا الضابط سوف يؤدي إلى إخضاع العقد لأكثر من قانون ، إذ يصعب في كثير من الأحيان تحقيق الانسجام بين هذه القوانين[١] .

أما من الناحية العملية فأن إعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى عقد الاختصاص لقانون يخلو من أي صورة من صور حماية العاقد الضعيف ، كالعقد الذي يتعهد فيه وكالة للرحلات بتأدية خدمة فندقية في بلد آخر يخلو تشريعها من حماية المستهلك ، ويتم تطبيق هذا القانون بوصفه قانون مكان تنفيذ العقد[٢] ، وما يزيد من خطورة هذا الإسناد على حماية المستهلك أن الطرف القوي في العقد يمكنه أن يستغله لصالحه بتضمين العقد شرطاً يتم بموجبه تنفيذ العقد في مكان تتحقق فيه مصالحه ويكون قانون هذا المكان أقل حماية للمستهلك[٣] .

ومن كل ما تقدم من ضوابط الإسناد الجامدة ، يرى الفقه والقضاء المعاصر إستبدال ضوابط الإسناد الجامدة سالفة الذكر بضوابط إسناد مرنة لاسيما إذا تعلق الأمر بحماية الطرف الضعيف في العقد كالعامل والمستهلك وهذا ما سنوضحه في الفقرة الثانية من هذا الفرع .

ثانياً :- الضوابط المرنة في قاعدة التنازع الخاصة بحماية المستهلك:

إنَّ الضوابط الموضوعية المرنة التي يمكن إعمالها في قاعدة الإسناد الخاصة بحماية العاقد الضعيف منها ما يراعي الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية كما هو الحال في ضابط الأداء المميز ومنها ما يراعي ظروف عقد الاستهلاك وملابساته كضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك، لذا سنتناول هذين الضابطين ونعقبها بدراسة ضابط القانون الأفضل حماية للمستهلك بحسبان أن الغاية من تفريد قاعدة تنازع خاصة بعقود الاستهلاك هو تحقيق أفضل حماية له ، وكالآتي :

١- ضابط الأداء المميز وحماية المستهلك :

تقوم فكرة الأداء المميز للعقد على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد ، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ، ومكان وفاءه أو تقديمه[٤] ، وهناك إتفاق على أن الأداء المميز لا يكون مطلقاً في الأداء المتعلق

---

[١] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٤٠ .
[٢] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٥١ .
[٣] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٤١ .
[٤] ظهرت فكرة الأداء المميز للعقد أولاً في الفقه والقضاء السويسري ، لذا كان من الطبيعي أن تقنن في بلد إبداعها إذ جاءت المادة (١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ بالنص على أن ((١- يسري على العقد عند =

بدفع الثمن وهو الالتزام الذي يشترك فيه العديد من العقود ، لكنه يتركز في الالتزام المقابل كالتزام البائع في عقد البيع والتزام الناقل في عقد النقل والتزام المؤجر في عقد الإيجار[١] ، إذ يفترض إعتناق هذه الفكرة كضابط للإسناد في العقود الدولية أن يكون القانون الواجب التطبيق على تلك العقود هو قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم هذا الأداء المميز[٢] .

ويمتاز هذا الضابط ببساطته مقارنة بأي ضابط موضوعي آخر مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ، اللذان يصعب تحديدهما في بعض الأحيان[٣] ، إذ تتجسد بساطته في إننا يمكن أن نحدد من البداية الأداء المميز في كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة مثل عقد بيع المنقولات بوصفه المعيار المنضبط الذي سيُسنَده العقد وفقاً له إلى القانون السائد في مكان التنفيذ المفترض لهذا الأداء والذي يتمثل بمكان إقامة المدين المعتادة بغض النظر عن الظروف الواقعية المحيطة بالتعاقد في الحالة المعروضة[٤] .

كما أنه يمنع تجزئة العقد وبالتالي إخضاعه إلى أكثر من قانون بتعدد الالتزامات التي يتضمنها إذا كان الأداء المميز للعقد هو التزام واحد[٥] ، ويحقق الأمان القانوني للمتعاقدين لسهولة معرفة القانون الواجب التطبيق منذ لحظة إبرامه ، لذا يعد من الضوابط المرنة التي يترتب على تطبيقها إختلاف القانون الواجب التطبيق باختلاف طبيعة العقد محل النزاع[٦] .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من هذا الضابط نجد أن المادة (١/٢٥) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي لم تشر إلى هذا الضابط ، ونعتقد أنه يمكن الأرتكان إلى نص المادة (٣٠) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي للعمل بهذا الضابط ، إذ أصبح مبدأ شائعاً في كثير من القوانين والاتفاقيات الدولية[٧] ، وهذا ما يصدق عليه القول في مصر إستناداً

= غياب إختيار القانون ، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً ٢- وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز ...)) . كما نصت عليها اتفاقية روما وتعديلاته في المادة (٢/٤) والقانون المدني الألماني لسنة ١٩٨٦ في المادة (٢/٢٨) والقانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢ بالمادة (٢٤) . نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٠٤ .

[١] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٥٣ .

[٢] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٥٣ .

[٣] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٤٥ .

[٤] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤٤٥ .

[٥] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٥٤ .

[٦] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٠٥ .

[٧] عن موقف الاتفاقيات الدولية من هذا الضابط انظر استاذنا د. فراس كريم شيعان ، مصدر سابق ، ص١٤٢ – ١٤٦ .

إلى المادة (٢٤) من القانون المدني المصري[١] ، بخلاف الحال في القانون التونسي إذ أورد نصوص صريحة عن هذا الضابط بالفصل (٦٢) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية ، والتي تنص على أن ((... وإذا لم يحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسة إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري))[٢] .

أما في فرنسا وبعد إنضمامها لاتفاقية روما وتعديلاتها المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، فقد أخذ القضاء هناك بضابط الأداء المميز إذ قررت محكمة إستئناف تشيرنوبل بشأن عقد مبرم بين شركة ايطالية موجود مركزها الرئيسي في أيطاليا ومشتري فرنسي ، تطبيق القانون الأيطالي بوصفه قانون المدين بالأداء المميز في العقد ، مستندة في ذلك على المادة (٢/٤) من إتفاقية روما سالفة الذكر والتي تطبق في حالة عدم وجود إختيار صريح أو ضمني للقانون الذي يحكم العقد من قبل الأطراف[٣].

وعن الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأن القضاء هناك يرفض هذا الضابط بوصفه أحد وسائل حماية المستهلك[٤] إلاّ أنه لاقى تأييداً من قبل الفقه الأمريكي[٥]، وهذا ما تجسد بأنضمام أمريكا إلى اتفاقية مكسيكو المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لسنة ١٩٩٤ سالفة الذكر ، إذْ تنص المادة (٩) منها على أنه ((في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم أو إذا إتضح أن إختيارهم غير فعال ، فيطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها إتصالاً وثيقاً ، ويجب على المحكمة لغرض تحديد هذا القانون فحص كافة العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد ، ومع ذلك إذا كان جزء من العقد منفصل عن بقية الأجزاء وكانت له صلة وثيقة بدولة أخرى، فأن قانون تلك الدولة وبشكل إستثنائي سوف يطبق على هذا الجزء من العقد ، ومن الممكن تطبيق الأعراف ومبادئ القانون الدولي والعلاقات التجارية إعمالاً لقواعد العدل والانصاف[٦].

---

[١] تنص م (٢٤) من القانون المدني المصري على أن ((تتبع فيما لم يرد من شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص.

[٢] لمزيد من التفاصيل انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٠٧ وما بعدها .

[٣] قرار محكمة تشرنوبل الصادر في ١٩٥٥/٩/٣١ ، منشور على الموقع الالكتروني http://cisqw>.Law.pace.edu/case/q50/3fi.html تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٢٩ .

[٤] نقلاً عن د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٥١ .

[٥] نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٠٩ .

[٦] نص المادة (٩) من اتفاقية مكسيكو باللغة الانكليزي =

وبالرغم من إدراج هذا الضابط في عدد من التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية ، إلا إنّه لم يسلم من الانتقادات ، فعلى حد قول مبتدع هذه النظرية الفقيه (Schnitzer) توجد دائماً ظروف استثنائية تسوغ الخروج على هذه الفكرة ولاسيما إذا كانت العلاقات القانونية غامضة يصعب تمييزها[١] ، وتفرض ذلك الطبيعة المركبة المعقدة لبعض العقود التي تجعل من الصعوبة تعيين الأداءات المميزة لها كعقد المقايضة التي يتم بموجبه تبادل حق الملكية ، والعقد الذي يبرم بين الفندق والنزيل يعد أيضاً عقد مختلط ، إذْ إنّه عقد إيجار بالنسبة للفندق وعقد بيع فيما يخص تناول الأطعمة[٢] .

وإذا رجعنا إلى العقود المبرمة مع المستهلكين مثل عقد البيع وعقد القرض نجد أن أداء هؤلاء المستهلكين يتمثل دفع مبلغ من النقود وهو الأداء المقابل في العقد والذي لا يستخدم بموجب فكرة الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق ، في حين يؤدي إستخدام هذه النظرية إلى تطبيق قانون الطرف الآخر وهو الطرف القوي في العقد الذي قد يخلو من الحماية اللازمة للمستهلك أو يكون أقل حماية من تلك التي تقررها نصوص قوانين أخرى[٣] ، كما أنه إذا كان أحد المسوغات التي دعت إلى العمل بهذا الضابط أنه يؤدي إلى المحافظة على اليقين القانوني وحماية توقعات الأطراف ، فإن استخدام هذا الضابط قد يؤدي إلى الأضرار بهذا الأمان القانوني ويخل بتوقعاتهم المشروعة ، ويرجع ذلك إلى الصعوبة في تعيين الاداءات المميزة لها[٤] .

وأخيراً وفي معرض بيان الحماية التي يوفرها هذا الضابط للطرف الضعيف ، نعتقد أن الضابط أعلاه يعجز عن توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف ، وذلك بوصفه وسيلة قانونية يتمكن من خلالها المجتمع الرأسمالي من حرمان الفئات الضعيفة من أفراده من أية حماية تجب لهم ، ومصداقاً للكلام أعلاه ما نراه من تتبع المراحل المختلفة لإعداد إتفاقية روما المتعلقة

---

(1) Article 9 : If the parties have not selected the applicable law , or if their selection proves = ineffective , the contract shall be governed by the law of the state with which it has the closest ties .

The court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the state with it has the general principles of international organizations . Never the less , if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another state , the law of that state could . exceptionally , apply to that part of the contract .

لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية . انظر استاذنا د. فراس كريم شيعان ، مصدر سابق ، ص٩١ وما بعدها .

[١] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٥٠ .

[٢] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٦٢ .

[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ث٥٧ .

[٤] انظر د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٤٦٥ .

بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والقانون الدولي الخاص السويسري النافذ ، فبينما كان المشروع التمهيدي لهذه الأتفاقية يعتد بالأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم جميع العقود التي تتسم بالحاجة لحماية أطرافها ، وذلك فيما عدا عقد العمل الذي إسند منذ البداية لقانون مكان التنفيذ ، أدت المناقشات التي أثيرت حول ضرورة سن قاعدة إسناد تحمي المستهلك إلى العدول عن هذا الإتجاه الأول وخَصَّ عقود الاستهلاك بقاعدة حمائية خاصة تعتنق إسناداً مختلفاً[١] .

وعلى غرار إتفاقية روما أخرج القانون الدولي الخاص السويسري النافذ عقد العمل وعقد الاستهلاك من نطاق إعمال قانون المدين بالأداء المميز لاستحالة التوفيق بين هذا القانون وإعتبارات حماية العاقد الضعيف[٢] .

ومن كل ما تقدم ، يدفعنا إلى البحث عن ضابط إسناد موضوعي آخر يراعي ظروف عقد المستهلك وملابساته لعدم ملاءمة الضابط أعلاه ، وهذا ما سوف نراه في ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك .

٢- ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك (قانون الوسط الاجتماعي):

إنَّ عجز ضوابط الإسناد سالفة الذكر عن تحقيق الحماية الفعالية للمستهلك ، دفع جانباً من الفقه إزاء بحثه عن ضابط إسناد موضوعي لتحديد القانون الذي يحكم العقد إلى تبني ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك ، أو كما يطلق عليه بقانون الوسط الاجتماعي والقانوني للمستهلك[٣] ، إذ يؤدي إعمال هذا الإسناد إلى نتيجة عكسية التي يؤدي لها ضابط الإسناد المميز للعقد ، فبينما يتم الإسناد وفقاً لضابط الأداء المميز إلى قانون الطرف القوي في العقد ، يؤدي الإسناد لقانون الوسط الأجتماعي للعاقد الضعيف إلى عقد الأختصاص لقانون هذا العقد ، والذي قد يكون قانون موطنه أو مكان إقامته المعتادة[٤] .

ويبرر أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون موطن أو مكان إقامة العاقد الضعيف هو أقدر القوانين على حمايته لاسيما إذا كان هذا العاقد مستهلكاً ، بحسبان أنه القانون الذي يعرفه أكثر من سواه ، والذي إعتاد أن ينظم سلوكه إستناداً لقواعده ، وبالتالي يكون باستطاعته أن يتوقع ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة له ، أي أن هذا القانون يحقق حماية

---

[١] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٥١ .
[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٥٩ .
[٣] راجع في الفقه المؤيد لذلك د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٥٤ وما بعدها .
[٤] انظر د. عبد الحكيم مصطفى ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

الطرف الضعيف عن طريق تفاديه أية مفاجأة قد يحملها له تطبيق قانون يجهله[١] .

كما أن ضابط إسناد محل الإقامة المعتادة للمستهلك يتجنب مشكلات الإسناد الجامد لاسيما في حالة العقود التي تبرم بين غائبين ، ويستخدم فيها وسائل الإتصال الحديثة[٢] ، كذلك يتغلب على مشكلة صعوبة تحديد الأداء المميز للعقد رغم إتسام هذا الأخير بالمرونة بحيث يختلف من عقد لآخر[٣] ، كما أن ربط حماية المستهلك بما يقرره قانون موطنه أو مكان إقامته المعتادة من شأنه إدراك الغايات المادية التي تسعى قاعدة التنازع إلى تحقيقها بحسبان أن الغرض من هذا القانون أنه يحقق الحماية الفعالة للمستهلك[٤] .

وبصدد بيان موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من هذا الضابط نجد أن كلاً من القانونيين العراقي والمصري وإنْ لم ينص على خضوع العقد لمكان الإقامة المعتادة بصورة صريحة ، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة (١/٢٥) مدني عراقي والمادة (١/١٩) مدني مصري وفي معرض بيان الضوابط الأحتياطية التي يتم الرجوع إليها إشارةً إلى الموطن المشترك لكلا المتعاقدين ، وبإستقراء نص المادة (٤٢) مدني عراقي والمادة (٤٠) مدني مصري اللتان عرفتا الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، نجد أن كلا المشرعَيْن أخذا بمكان الإقامة بصفة إحتياطية يتم اللجوء إليها عند غياب الأختيار الصريح والضمني للقانون المطبق وإيجاد مكان إقامة كلا المتعاقدين ، وهذا يدفعنا إلى القول بأن صياغة المشرَعَينْ العراقي والمصري لا تتفق مع الأخذ بقانون مكان إقامة الطرف الضعيف بوصفه القانون الذي يوفر أفضل قدر من الحماية للعاقد الضعيف .

أما عن القانون التونسي ، فقد سبق وأن عرفنا أن الفصل (٦٢) من المجلة قد أخذ بضابط الأداء المميز الذي قد يؤدي إلى تطبيق قانون الطرف القوي في العقد ، علماً أن الفصل (٦٨) الذي ألغي من المجلة ، تضمن الرجوع إلى قانون المقر المعتاد للمستهلك[٥].

وبخصوص الوضع في فرنسا ، فهنالك شقين ، فإذا كانت العلاقة محل النزاع داخل

---

[١] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦١ .
[٢] انظر د. عبد الحكيم مصطفى ، مصدر سابق ، ص٤٥ .
[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٢ .
[٤] انظر د.. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٧٨ .
[٥] لقد ورد الفصل (٦٨) ضمن المشروع الذي أعدته اللجنة الأولى (لجنة الخبراء) بقوله بأن ((عقود الأستهلاك العادي والمخصص لإستعمال شخصي أو عائلي للمستهلك ، والتي لا علاقة لها بنشاطه المهني أو التجاري ، ينظمها قانون الدولة التي يوجد فيها المقر المعتاد للمستهلك إلا إذا طلب هذا الأخير تطبيق قانون مقر إقامة نشاط المزود المهني)) . للمزيد من التفاصيل راجع مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٣٢ – ٥٣٥ .

الإطار الأوربي ، وعلى حد قول جانب من الفقه[١] ، يتم اللجوء إلى اتفاقية روما وتعديلاتها الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية سالفة الذكر بوصفها قانون أوربي موحد خاص بالعقود إذ بموجب المادة (٦) من هذه الإتفاقية وبعد التعديل الحاصل في سنة ٢٠٠٨ يخضع الشخص الذي يتصرف في ممارسة مهنته لقانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك بشكل إعتيادي . أما خارج نطاق الإتحاد الأوربي ، نجد أن المادة (١/١٣٥) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٨٨ تنص على إستبعاد تطبيق قانون العقد ، إذا كان هذا القانون راجع لدولة خارج الاتحاد الأوربي ، وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون تتوافق مع توجيهات الاتحاد الأوربي[٢] ، فالقانون الآخر نص في المادة (L121 – 20 – 14) إلى أنه في حال ما إذا أختار الأطراف لحكم عقدهم قانون من خارج الاتحاد الأوربي فهنا يتوجب على القاضي تطبيق القانون الأصلح للمستهلك آلا وهو قانون محل إقامة المستهلك المعتاد وفقاً لتوجيهات البرلمان الأوربي رقم ٧١٩٧ الصادر في ١٩٩٧/٥/٢٠ بشأن حماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود عن بعد[٣] .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، وكما مر بنا سابقاً بأن التقنين الأمريكي الأهلي الثاني سالف الذكر لا يقيد القاضي بضابط إسناد معين ، وإنما يقترح عليه عدة ضوابط ، فيختار أفضلها بالنسبة لكل نزاع ، ومن بين تلك الضوابط مكان الإقامة المعتادة وفقاً للمادة (١/١٨٨) من التقنين أعلاه[٤] .

---

[١] انظر د. أبو العلا النمر ، مصدر سابق ، ص٥١ .

[٢] نقلاً عن مهند عزمي أبو مغلي ومنصور عبد السلام الطريره ، القانون الواجب التطبيق على عقود الأستهلاك ذات الطابع الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ، المجلد ٤١ ، العدد ٢ ، ٢٠١٤ ، ص١٣٥٧ . وتجدر الإشارة أن من قوانين حماية المستهلك في فرنسا ، قانونا الأستهلاك الفرنسي الجديد رقم ٩٣/٩٤٩ الصادر في ١٩٩٣/٧/٢٦ والقانون رقم ١٩٥/١٩٦ في ١٩٩٥/٢/١ بشأن حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية .

[٣] نقلاً عن د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي ، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص١٢٤ .

[٤] نص المادة (١/١٨٨) من التقنين الامريكي الأهلي الثاني باللغة الانكليزية

((In The absence of an effective choice of law . The contracts to be taken into account in applying the principle of section to determin the law applicable :

a- The place of contracting . b- The place of negontiations of the contract .

c- The place of performance . d- The location of the subject matter of the contract .

e- The domicile residence , nationality , place of incorporation and place of business of the parties .

The contract are to be evaluated , according to their effective importance with respect to the particular issue)) .

نقلاً عن د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٣٣ هامش رقم (١) .

كذلك يمكن أن نستشف موقف القانون الأمريكي من خلال المادة (٢/أ/١٠٦) من القانون التجاري الموحد UCC لسنة ٢٠١٢ المعدل[١] ، والتي تنص على أن ((بالنسبة للعقود التي يبرمها المستهلك ، فأن بند إختيار القانون لا يسري إلا إذا إرتبط الأختيار بمكان إقامة المستهلك أو بالمكان الذي سوف يستخدم فيه محل التعاقد))[٢] .

وتعرض هذا الضابط إلى عدة إنتقادات ، فلا يمكن التسليم به كضابط وحيد أو مطلق لقاعدة إسناد خاصة تحقق حماية فعالة للمستهلك كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ؛ لأنه قد يكون قانون الطرف المكلف بالأداء المميز أكثر حماية له ، في حالة إنتماء هذا الأخير لدولة وصل تشريعها إلى درجة عالية من التطور[٣] ، ويترتب على ذلك أنه لا ينبغي إسناد عقود الاستهلاك لقانون الوسط الاجتماعي بقصد حمايته دون تضمين قاعدة الإسناد مصححاً له أو شرطاً إستثنائياً يتيح للقاضي باستبعاده لصالح إسناد آخر يؤدي إلى عقد الأختصاص للقانون الذي يرتب حماية أفضل للمستهلك[٤] .

كما أنه لا يمكن الركون لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك ، بزعم أنه يعلم قانونه وبمقدوره أن يقيم آثار تطبيقه ؛ لأنّه أفتراض يدحضه الواقع العملي عادة ، لأن المستهلك قد يجهل أحكام قانون دولته ، كما يجهل أحكام أي قانون أجنبي ولهذا يعد طرفاً ضعيفاً في العقد ويفتقد لأي خبرة قانونية وليست باستطاعته أن يقرر بطريقة صحيحة حقيقة النتائج التي يرتبها العقد بالنسبة له[٥] .

وعليه يجب العمل على حماية العاقد الضعيف على صعيد العلاقات الدولية دون إعطاء أهمية لمسألة علمه أو عدم علمه بالقانون المختص ، وهذا ما يؤكده القانون الموضوعي الذي يسعى لحماية العاقد الضعيف عن طريق تقنين قواعد آمرة تلزم الأطراف على إحترامها بغض النظر عن أية توقعات لهم في هذا الشأن[٦] .

وفي معرض تقديرنا لهذا الضابط ، وإضافة لما تقدم من أنتقادات نقول أن الحاجة إلى إسناد آخر بجانب الإسناد إلى قانون إقامة الشخص المعتادة أمر يفرضه التفاوت الواضح في

---

[١] نُشرَتْ النسخة الأولى منه في عام ١٩٥٢ وطرأت عليه عدة تعديلات آخرها عام ٢٠١٢ . لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الألكتروني الآتي : https://ar.vijversenkoi.info/349.wgat-is-ucc.html تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٧ .
[٢] نقلاً عن د. إبراهيم بن سعيد زمزمي ، مصدر سابق ، ص٢٣١ .
[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٤ .
[٤] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٥٧ .
[٥] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٦ .
[٦] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٦١ .

تطور التشريعات التي وضعت لحماية المستهلك ، فعلى سبيل المثال المستهلك المستوطن أو المقيم في إحدى الدول النامية ، يتعاقد مع بائع فرنسي ، إذ تكون المقارنة لصالح تطبيق القانون الفرنسي (قانون البائع) بحسبان أن فرنسا تحقق حماية فعالة للمستهلك بوصفها من الدول التي سَنَتْ قوانين لحماية المستهلك ، كما أنها عضواً في إتفاقية روما سالفة الذكر التي حددت تنظيماً لعقود المستهلكين ، فضلاً عن إنتشار جمعيات حماية المستهلكين فيها والتي لها أثراً واضحاً في دعم حماية المستهلك وتمثل ضغطاً قوياً ومستمراً على التجار والأسواق .

ومصداقاً للتحليل أعلاه فأن قانون الطرف القوي (البائع الفرنسي) سيحقق حماية أفضل من قانون الإقامة المعتادة للمستهلك (قانون المشتري) المقيم أو المستوطن في إحدى الدول النامية، وتأسيساً على ما تقدم يجب العمل على حماية العاقد الضعيف في العلاقات الخاصة الدولية، دون إعطاء أهمية لمسألة علمه أو عدم علمه بالقانون المختص.

وعليه فأن ضابط مكان الإقامة المعتادة للمستهلك يستعان به في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يكون طرفاً فيه بوصفه يحقق الحد الأدنى من مستوى الحماية للمستهلك مع ضرورة الأخذ بنظر الأعتبار اللجوء إلى ضابط أو قانون آخر يرفع مستوى الحماية عن الحد الأدنى وهو ما يطلق عليه القانون الأصلح أو الأكثر حماية للمستهلك الذي سوف نلقي عليه الضوء الآن .

٣- القانون الأصلح للمستهلك :

إنَّ الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يؤدي إلى تفعيل دور قاعدة التنازع وتطويع مبدأ سلطان الإرادة لحماية المستهلك وتكريس دور الإسناد التخييري في حماية العاقد الضعيف ، كما يعمل أيضاً على إمكانية الحد من تدخل بعض الوسائل التي تساهم في علاج قصور قاعدة التنازع[١] .

فمن جهة فعالية الدور الحمائي لقاعدة الإسناد ودور القاضي في هذا الصدد ، يلزم أن يكون لهذه القاعدة دوراً مؤثراً في حماية المستهلك والطرف الضعيف في العقد بصورة عامة ، وإلا يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية ودون النظر إلى النتائج التي ستترتب على تطبيق قانون معين ، وفيما إذا كان هذا الأخير سيضمن حماية مناسبة للعاقد

[١] عن دور قواعد التنازع ذات الغايات المادية في الحد من تدخل الدفع بالنظام العام راجع ص ٨٨-٩٢ من الاطروحة .

الضعيف أم لا[١] .

ومن جهة تطويع دور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق لصالح المستهلك، فإنها أي الإرادة يمكن أن تؤدي دوراً فعالاً في نطاق حماية العاقد الضعيف ، عندما تؤدي إلى إختيار قانون أكثر صلاحية لهذا الأخير من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة التعاقدية المختلة التوازن، لأن تدخل المشرع المتزايد سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي يؤدي إلى تكدس النصوص التشريعية التي قد تأتي على حساب الطرف الضعيف[٢] ، وبعبارة أخرى فأن الغاء دور مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق قد يأتي على حساب مصلحة العاقد الضعيف ، في حين أن حماية هذا الأخير قد تبدو متوافقة مع مبدأ سلطان الإرادة ، في حالة اختيار قانون أصلح له[٣] .

أما من ناحية إرساء دور الإسناد التخييري في تطبيق القانون الأكثر صلاحية للعاقد الضعيف ، فأن هذا الإسناد له أثراً كبيراً في تطبيق القانون الأكثر صلاحية للمستهلك ، إذْ إنّه يهدف إلى تحقيق نتيجة موضوعية في نطاق حماية المستهلك ، والتي تتمثل في تطبيق القانون الذي يساهم بطريقة فعالة في حماية المستهلك ، عن طريق الفحص المسبق للقوانين الممكنة الانطباق وإختيار أكثرها حماية[٤] .

وينحصر الإسناد التخييري في مجال حماية المستهلك بين القانون المختار من قبل الأطراف وقانون مكان إقامة المستهلك المعتادة ، إذ يطبق أي من القانونين الأصلح والأكثر حماية له ، وبذلك فأن الإسناد التخييري وبجميع تطبيقاته[٥] ، يهدف إلى التيسير على الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية ، كما يهدف إلى الاعتراف بصحة تلك العلاقات وتحقيق مصالح أطرافها[٦] .

ومن ناحية أخيرة ، فأن إعمال القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يؤدي إلى إمكانية الأستغناء عن الوسائل التي تعالج قصور قاعدة التنازع كدفوع أو أدوات مصححة للنتائج غير الملائمة التي تترتب على تطبيق القانون الأجنبي الذي ترتكز عليه قاعدة الإسناد ، إذ يستبعد

---

[١] انظر د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص١٩٧ .
[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص٦٦ .
[٣] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٦٩ .
[٤] راجع ص ٦٧ – ٦٨ من الاطروحة .
[٥] راجع أنواع الإسناد التخييري ص٦٥ – ٦٩ من الأطروحة . ولمزيد من التفاصيل عن الإسناد التخييري راجع اطروحة الدكتوراه . Manuel jory , Op . cit , P. 309 ets
[٦] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص٩٧ .

تطبيق ذلك القانون إذا كان ينزل بمستوى حماية المستهلك عن الحد الأدنى لتلك الحماية المقررة في قانون محل إقامة المستهلك المعتادة[١] .

ويخلو القانون العراقي والقوانين العربية محل المقارنة من نصوص خاصة تشير إلى القانون الأكثر صلاحية في هذا المجال من الدراسة ، أما في فرنسا فيخلو القانون المدني في مجال العلاقات التعاقدية من ذلك[٢] ، لكن بعد إنضمامها إلى إتفاقية روما وتعديلاتها في الأول من نيسان عام ١٩٩١ ، فيمكن تلمس موقفها من خلال المادة (٢/٥) سالفة الذكر والتي أصبحت المادة (٢/٦) وفقاً للتعديل الحاصل في عام ٢٠٠٨[٣] ، وعن الوضع في القانون الأمريكي فيتم إعمال هذا الضابط إستناداً على الفقرة (١/١٨٨) سالفة الذكر من التقنين الأمريكي الثاني التي وضعت عدة ضوابط إسناد يختار القاضي أفضلها لحكم العلاقة القانونية وفقاً لكل نزاع على حدة[٤] .

وبالرغم من المزايا السابقة لتطبيق القانون الأصلح للمستهلك ، إلا أنه تعرض لعدة انتقادات من السهولة الرد عليها وكالآتي :

فقد قيل أنه يأخذ على هذا الإسناد صعوبة في تحديد القانون الأكثر حماية للمستهلك سواء في حالة إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق أو انعدام ذلك الأختيار[٥] .

ويرد على هذا الإنتقاد أنه في حالة إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يكون من شأن المقارنة بين القوانين التي ترتبط بالعلاقة التعاقدية تحديد هذا القانون ، إذْ إنّ هذه المقارنة ليست جديدة على القاضي الذي يتصدى للبت في مسائل تنازع القوانين ، فهي تشابه المقارنة التي يعقدها بين القانون الأجنبي وقانونه الوطني للوقوف على مدى إتفاق هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته، أما في حالة عدم الأختيار فلا تثار هذه المسألة ، إذْ يطبق عندئذٍ قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك بوصفه القانون الذي يمثل الحد الأقصى للحماية وليس الحد الأدنى[٦] .

كما قيل في إنتقاد الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك أنه يخل بالأمان القانوني

---

[١] الجدير بالذكر أن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية أوردت نصوصاً خاصة في نطاق الأحوال الشخصية تأخذ بهذا الضابط . انظر الفصل (٥٠) و(٥١) و(٥٢) من المجلة ، ص٦٧ هامش رقم (٢) من الاطروحة .

[٢] يعكس الحال في مجال الأحوال الشخصية ، انظر المادة (٣١١ – ١٨) سالفة الذكر من القانون المدني الفرنسي .

[٣] راجع نصوص الاتفاقية على الموقع
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN

[٤] راجع نص المادة (١/١٨٨) من التقنين الأمريكي الأهلي الثاني ص (٢١٦) هامش رقم (٢) من الاطروحة .

[٥] راجع في الفقه المعارض لهذا الإسناد د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٧٠ – ١٧٢ .

[٦] نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف ، مصدر سابق ، ص١٦٩ .

والتوقعات المشروعة للأطراف[١] .

ويرد على ذلك بأن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك هو إسناد محدود النطاق يقتصر على العقود التي تتسم بالحاجة إلى الحماية ومن ضمنها عقود الاستهلاك ، أي أن الإسناد إلى قانون الدولة الأكثر حماية هو إسناد خاص لطائفة العقود التي تشتمل طرفاً ضعيفاً وليس إسناداً عاماً ينطبق على كل عقود التجارة الدولية[٢] .

وبدورنا نؤيد الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك ، ونضيف إلى ما تقدم من مبررات ، المسوغات الآتية :

المسوغ الأول : أن الهدف الجوهري لقاعدة التنازع يجب أن لا يقتصر على تحقيق اليقين القانوني ، وإنما السعي إلى تحقيق العدالة المادية وهذا ما سبق وأن تطرقنا إليه في مواضع سابقة من الدراسة .

المسوغ الثاني : إنَّ الإسناد إلى القانون الأصلح هو أحد تطبيقات الإسناد التخييري الذي تتضمنه قاعدة التنازع ذات الغايات المادية والتي عن طريقها يتم التغلب على الأنتقادات التي وجهت إلى قواعد التنازع التقليدية من خلال تلطيف البناء الفني لهذه القواعد بتحويلها من بناء معياري أحادي إلى معيار الضوابط التعددية على حد تعبير بعض من الفقه[٣] ، وهذا هو المطلوب إعماله في هذه الطائفة من العقود المختلة التوازن .

المسوغ الثالث : إتجاه عدد من التشريعات إلى العمل بهذا الضابط وهذا ما سار عليه القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٨ إذ ألزمت المادة (٢/٤١) منه على إستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي لا يحقق مزايا المستهلك ، ونص هذه الفقرة يستفاد منه بمفهوم المخالفة أن القانون الذي أختاره الأطراف يكون واجب التطبيق بدلاً من قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك والذي يكون واجب التطبيق وفقاً للفترة الأولى من تلك المادة وذلك إذا كان القانون الأول هو الذي يحقق الحماية الأفضل للمستهلك ، ونص القانون النمساوي له نظير في المادة (١/٢٩) من القانون الألماني لسنة ١٩٨٦ الذي نقل النص من المادة (٢/٥) من إتفاقية روما وتعديلاتها[٤] .

وفي إطار ما تقدم ولعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بعقود الإستهلاك في القانون العراقي ،

---

[١] راجع أيضاً في الانتقادات أعلاه د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢٠٧ – ٢٠٩ .
[٢] انظر د. أحمد الهواري ، مصدر سابق ، ص١٧٢ .
[٣] استاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .
[٤] راجع في نصوص القانون النمساوي والالماني د. خالد عبد الفتاح ، مصدر سابق ، ص٢٠٢ .

إذ جاء قانون حماية حق المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ[١] خالياً من آلية إختيار أطراف عقد الأستهلاك ، القانون الواجب التطبيق كونه لم يتناول هذا العقد من الناحية الدولية بشكل صريح ، ولما كان مبدأ سلطان الإرادة يعد من المبادئ الأساسية في العلاقات الخاصة الدولية وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية خاصة في نطاق التجارة الدولية ، إلا أنَّ الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقة قد يترتب عليه نتائج مجحفة إذا كان أحد أطراف العقد الدولي ضعيفاً كالمستهلك إذ أنه بالإمكان للطرف القوي إختيار قانون أجنبي معين لتجنب تطبيق القواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك في الدولة التي يقيم فيها هذا المستهلك .

لذا أصبح لزاماً سَنْ قاعدة إسناد خاصة بهذه الطائفة من العقود مع المواد الخاصة بالتنازع الدولي للقوانين من حيث المكان في القانون المدني العراقي ، وتستوعب جميع حالات الاستهلاك ومن ضمنها الاستهلاك الالكتروني ، إذْ تعد قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية والذي يمثل إسنادها التخييري بشقها الذي يطبق القانون الأصلح لأطراف العلاقة مصداقاً لقاعدة الإسناد الحمائية الخاصة ونفصل أن تصاغ بالشكل الآتي : ((يسري على عقود الأستهلاك القانون الأصلح للمستهلك من بين قانون الإرادة وقانون مكان إقامة المستهلك المعتادة)) .

ولا مراء بأنَّ قانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها بأي حال من الأحوال .

الفرع الثاني

دور قواعد الإسناد ذات الغايات المادية في عقد العمل الفردي

تُعَدْ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي من المسائل الشائكة في العلاقات الخاصة الدولية ، لما يتمتع به هذا العقد من خصوصية لا تتوافر في باقي العقود الأخرى ، لذا باتَ لزاماً معرفة الدور الحمائي لقواعد الإسناد في هذا المجال، وذلك من خلال تقسيم الفرع على فقرتين ، نعرض في الأولى أثر أقليمية قواعد العمل على الحماية المطلوبة للعامل وسنبحث في الثانية دور قانون الإرادة في توفير الحماية للعامل .

أولاً : أثر إقليمية قواعد العمل على الحماية المطلوبة للعامل:

ليس هناك أدنى شك من أن قواعد القانون الوطني المقررة في إقليم الدولة ، هي التي تسري على جميع علاقات العمل بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري التي ترتبط

[١] منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٣ في ٢٠١٠/٢/٨ .

بالمصلحة العامة والنظام العام التي تبني على فرضية ضمان تحقيق الحد الأدنى من الحماية المقررة للعامل[١] .

وفي هذا الشأن تكرس المادة (٣/ أولاً) من قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ النافذ[٢] على أن ((تسري أحكام هذا القانون على جميع العمال في جمهورية العراق أو من هم بحكمهم مالم ينص البند (ثانياً) من هذه المادة على خلاف ذلك)) إذ نعتقد أن إتجاه المشرع العراقي في تنظيم جميع المسائل المرتبطة بالعمل ووضع الضوابط والمعايير العامة التي تشمل شروط العمل تسري بشأن جميع عقود العمل التي تنفذ في العراق ، وتسري على جميع العاملين وأرباب العمل بوصفها من القواعد الأقليمية من حيث الأصل .

وقد نصت المادة (١٤) من قانون العمل العراقي النافذ على أنه ((أولاً – تمثل الحقوق الواردة في أحكام هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال ولا تؤثر تلك الأحكام على أي حق من الحقوق التي تمنح للعامل بموجب أي قانون آخر ، أو عقد عمل أو إتفاق أو قرار إذا كان أي منهما يترب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون . ثانياً – يقع باطلاً كل شرط في عقد أو إتفاق يتنازل بموجبه العامل عن أي حق من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون)) .

فتقرير بطلان ما يخالف أي حق من الحقوق التي يمنحها قانون العمل وتقرير إلزامية قواعده مالم يكن أفضل للعامل يستتبع القول أن المشرع العراقي بهذا المعنى يعد قواعد قانون العمل من القواعد ذات التطبيق الضروري بوصفها قواعد آمرة تمثل الحد الأدنى من الحماية[٣].

وقواعد التطبيق الآمرة قد تكون وطنية أو أجنبية ، فهل يلزم القاضي على تطبيق القواعد فورية التطبيق الأجنبية ؟

إنْ كان المشرع الوطني يتضمن في نصوصه على قواعد الزامية ، فأن المشرع الأجنبي هو الآخر قد يضع قواعد آمرة تستهدف حكم العلاقات التي تمثل بالنسبة إليه مصلحة عامة متعلقة بمصالحه الاجتماعية والاقتصادية ، فإن كان القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني هو قانون أجنبي ، فمن المتيسر تقرير عدم تطبيق قواعده الآمرة في حالة تعارضها مع تلك المقررة

---

[١] انظر د. عبد الله الضمور ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي (بعض الدروس المستفادة من قواعد روما بشأن الالتزامات التعاقدية) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الكويت ، السنة ٨ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ ، ص٤٠٣ .

[٢] منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٨٦ في ٢٠١٥/١١/٩ .

[٣] قارن د. عبد الله الضمور ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

في دولة القاضي ، ولكن الأمر يتطلب فحصاً من قبل القاضي لمضمون تلك القواعد ومقارنتها في كل الأحوال ليتسنى تقرير أوجه تعارضها[١].

ومن المتيسر القول إنّ القانون العراقي يخلو من أي تطبيق أو أشارة إلى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام القضاء العراقي بشأن القواعد التي تحكم عقد العمل الدولي ، بيد أنه وفي إطار المادة (٣) سالفة الذكر من قانون العمل العراقي النافذ التي قررت إلزامية قواعد العمل الوطنية على العقود التي تنفذ في العراق ، يمكن القول إنّ إقليمية قواعد العمل العراقية هو الأصل وأن إمكانية تطبيق قواعد أجنبية أياً كانت وفق المادة (١٤/أولاً) سالفة الذكر من القانون ذاته هو معلق على توفير حماية أفضل للعامل .

أما القانون المصري ، فلم نجد في قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بسنة ٢٠٠٣ ، أي أشارة لتطبيق القواعد فورية التطبيق الأجنبية وإن كانت المادة (٥) منه قد حددت بطلان كل شرط أو إتفاق يخالف أحكام هذا القانون[٢] ، وكذلك أن المواد الخاصة بتنازع القوانين في القانون المدني المصري لم تشر إلى قانون العمل[٣] .

وعن الوضع في تونس وإنْ كانت مجلة الشغل التونسية الصادرة في ١٩٦٦/٤/٣٠ وتعديلاتها الكثيرة لم تتضمن بيان لهذه القواعد إلا أنَّ مجلة القانون الدولي الخاص التونسية قد أشارت إلى هذه القواعد بالفصل (٣٨) منها[٤] ، كذلك أن المشرع التونسي قد أفرد نصاً خاصاً بعقود العمل سنتطرق إليه في مواضيع لاحقة من هذا الفرع .

وفي فرنسا فقد تعددت التطبيقات القضائية التي تؤكد إمكانية تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية بمعرفة القاضي الوطني فيما يتعلق بحماية العمل والعمال ، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٧٠/٥/١٧ بأن ((الحلول القانوني لدولة أجنبية في حقوق

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٨١ .

[٢] تنص المادة (٥) من قانون العمل المصري النافذ على أن ((يقع باطلاً كل شرط أو إتفاق يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به ، إذا كان يتضمن إنتقاصاً من حقوق العامل المقررة فيه . ويستمر العمل بأية مزايا أو شروط تكون مقررة أو تقرر في عقود العمل الفردية أو الجماعية أو الأنظمة الأساسية أو غيرها من لوائح المنشأة أو بمقتضى العرف ، وتقع باطلة كل مصالحة تتضمن إنتقاصاً أو إبراءاً من حقوق العمل الناشئة عن عقد العمل خلال مدة سريانه أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انتهائه متى كانت تخالف أحكام هذا القانون .

[٣] راجع المواد الخاصة بتنازع القوانين في القانون المدني المصري من المادة (١٠) إلى المادة (٤٨) .

[٤] ينص الفصل (٣٨) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أن ((تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وصفها ، ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي عير المعين بقواعد التنازع إذا كان هذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود مها ، ولا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي أو أخذه بعين الاعتبار إكتساؤه صيغة القانون العام)) .

المصاب في حادث وقع في فرنسا ، ضد المسؤول عن الحادث يجيز تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالقانون العام مباشرة))[١] ، إذْ اعتدت المحكمة في فرنسا بالتطبيق المباشر للقانون الفيدرالي ، موضحة أن الحلول القانوني يخضع للتنظيم القانوني الذي صدر من أجله[٢] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، قد تمتد القوانين الوطنية لتسري خارج البلاد من أجل توفير الحماية للعمال الوطنيين الذين يعملون في الخارج ، إذ أصدر الكونغرس الأمريكي في عام ١٩٩١ قانون الحقوق المدنية (Civil Right of act 1991) مكملاً لقانون الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤ ، وقد تم ذلك على أثر إقرار المحكمة العليا الأمريكية في قضية إيوك ضد أرامكو (EEOC V. Aramco) ، إذ رفضت المحكمة العليا الأمريكية تطبيق قانون الحقوق المدنية الأمريكية على دعوى تعويض رفعها مهندس إمريكي من أصل لبناني ضد شركة آرامكو بسبب التمييز ضده أثناء عمله بمقر الشركة الكائن بمنطقة الظهران بالسعودية ، حيث قضت بأن ((نية الكونغرس في مد نطاق تطبيق قانون الحقوق المدنية لا يجوز إستخلاصها من مصطلحات عامة يستخدمها الكونغرس في الكثير من التشريعات الفيدرالية ولا تحمل في طياتها دلالات خاصة ، تفيد بنفي قرينة عدم الأمتداد التشريعي))[٣] .

وبالرغم من ذلك ، فقد قيل أن إمكانية إمتداد القوانين الأمريكية للخارج يسري على العمال الأمريكيين قد لا يحكم لهم بمتطلباتهم إن أقاموا الدعوى أمام القضاء الأمريكي ، وذلك بسبب أمرين الأول يكمن في تطبيق مبدأ (Forun non Convenines) عدم الملاءمة ، والآخر هو تقرير صحة الأتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق ، فوفقاً لهذين المبدئين قد لا يكون القضاء الأمريكي هو الأنسب للفصل في الدعوى ، مما يؤدي إلى ردها ، وهو ما تم العمل به في عام ٢٠١٥ حين قررت الدائرة التاسعة في محكمة الاستئناف الأمريكية في قضية (Ranza V. Nike inc) رانزا ضد نايك إنك ، بأن ((مطالبة العاملة الأمريكية التي زعمت أن شركة ألمانية قامت بالتمييز ضدها ، بعد أن أقامت الدعوى وفقاً لقواعد (آدن) ADEN المستندة إلى الفصل السابع من قانون الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤ وتعديلاته المانعة للتمييز على أساس الأصل أو العمر أو الجنس أو الدين ، لا ينبغي أن تقام في أمريكا ، وأن القضاء الألماني هو الأنسب لنظر

---

[١] حكم محكمة النقض الفرنسية منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص , Rev . crit . 1970 , P. 608 Not Lagarde أشار إليه د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٥٥ .

[٢] نقلاً عن د. عبد الضمور ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

[3] EEOC V. Arabian American Oil Co. , 499 U.S . 249 (1991) .
- منشور على الموقع الأكتروني www.lexisnexis.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٠ .

الدعوى والحكم بأي تعويضات بموجب قواعد القانون الألماني[١] .

وقد رفضت المحكمة العليا الأمريكية من قبل تطبيق القانون الفيدرالي القاضي بتحديد عدد ساعات العمل بثماني ساعات يومياً في قضية (Foley Bros , V. Filardo) إذ أبرم عقد عمل بين مقاول امريكي وطباخ يحمل الجنسية الامريكية للعمل في العراق ، وعلى الرغم من إشتمال العقد على بند يقضي بخضوعه للقوانين واللوائح والمراسيم والقواعد القانونية الأخرى السارية في الولايات المتحدة الأمريكية ، وإستندت المحكمة برفض تطبيق ذلك القانون إلى تاريخه التشريعي وتفسيرات مكتب العمل الأمريكي الذي أوضح بأن الغرض من تحديد ساعات العمل بـ ٨ ساعات يومياً هو توفير الحماية للعمالة داخل الولايات المتحدة الأمريكية لا خارجها[٢] .

وإذا كان الأصل بشأن عقد العمل الفردي تطبيق القواعد الوطنية المرتبطة بالنظام العام ، فقد يرد على هذه القاعدة بعض القيود لعل أبرزها قبول الأتفاق بين الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق ، مما يستلزم تقرير التساؤل عن دور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في إطار عقد العمل الفردي وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفقرة الثانية من هذا الفرع .

ثانياً : دور قانون الإرادة في توفير الحماية للعامل:

إنَّ تطبيق القانون الوطني الآمر على علاقات العمل الدولية مبني على فرضية أن قواعده توفر الحماية الأدنى للعامل ، وعَدّها من القواعد ذات التطبيق الضروري ، غير أن القوانين المقارنة إعترفت للإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق في إطار العمل الدولي ، بيد أن هذا الإعتراف لدور الإرادة في خلق وتحديد النظام القانوني الذي يسري على الالتزامات التعاقدية بوجه عام ، يجب أن يحاط بضمانات حتى لا يترك العامل أثناء تحديد القانون المنطبق وحيداً بلا حماية أو يفرض عليه قانون لا يحقق مصلحته[٣] .

كما أن الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق تتقاطع مع إعتبارات التنظيم الآمر لقواعد قانون العمل التي يحرص المشرع على طلائها بالطابع الآمر في تنظيم علاقات العمل ،

---

(1) Ranza V. Nike Inc. , 793 F. 3d Po59 (2015) .
- منشور على الموقع الالكتروني https://www.leagle.com/decision/infco20150716152 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٠ .

(2) Folery . Bros V. Filardo , 336 U.S. 281 , 283 , 1949 .
- منشور على الموقع الالكتروني https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-covrt/336/281.html تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢١ .

(٣) انظر د. عبد الله الضمور ، مصدر سابق ، ص٤٢١ .

والتي تمثل بعضاً من الخصوصيات الاجتماعية والأنسانية ، مما يقتضي القول بأن تقرير الصبغة الآمرة لقواعد قانون العمل الوطنية سوف تبرز في كل مرة ، حتى مع إعطاء مكنة الإختيار بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي[١] ؛ لأن التفارض على الشروط التعاقدية في عقد العمل يكاد ينعدم في كثير من الأحوال ، بحسبان أن الطرف الضعيف في العلاقة القانونية قد لا يملك سوى الإذعان إلى ما يمليه عليه صاحب العمل ، وعليه فأن ترك الصلاحية للإرادة المختلفة التوازن قد يؤدي إلى نتائج سلبية على العامل[٢] .

وتأسيساً على ما تقدم فقد تستخدم المحاكم منهج الموازنة والمقاربة في البحث عن ضوابط إسناد ملائمة لإختيار القانون الأفضل للعامل ، كالبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، أو تطبيق قانون بلد التنفيذ أو قد يكون القانون المختار هو قانون مكان إبرام العقد أو تبعاً للظروف ولمصلحة قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً وثيقاً[٣] .

وهذا يدفعنا إلى القول بأن الجوانب الحمائية المقررة للعامل تتمثل في تقرير صحة وفعالية الإختيار إن كان يصب في مصلحته ، وضده إن كان غير ذلك ، بحيث لا يحرم العامل من الحماية المقررة بموجب أي قانون آخر سواء أكان وطنياً أم أجنبياً ، وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الإختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة في بلد التنفيذ والقانون المختار من قبل الأطراف وإختيار القانون الأصلح للعامل من بين القوانين المتزاحمة الأنطباق ، فمتى ما تضمن العقد أجراً للعامل يجاوز الحد الأدنى الذي نص عليه المشرع ، أو إشتمل على حقوق وإمتيازات أفضل للعامل ، فلا مساغ إلاّ تقرير سمو العقد على قواعد القانون الآمرة ، بالمقابل فأن أي قانون أجنبي أو إتفاق أو عقد يجرد العامل من الحقوق التي منحه إياها القانون الوطني للعامل أو يقلل منها فلا مساغ إلا وجوب إستبعاده .

وفي معرض بحثنا عن القانون الأصلح للعامل وتطبيقاته في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة ، نعتقد أن المشرع العراقي قد أعترف بدور الإرادة في عقد العمل تماماً كغيره من العقود ، ولكنه أحاطها بجملة من القيود التي تهدف لحماية العامل ، فقرر في المادة (١٤) سالفة الذكر من قانون العمل النافذ بأنه لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي يمنحها

---

[١] انظر د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص٦٧ .

[٢] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٦٩١ .

[٣] سبق وأن تناولنا هذه الضوابط وتقدير في حماية الطرف الضعيف ، فلا داعي لتكرارها لتشابه مركز العامل والمستهلك بوصفهما الطرف الضعيف في العقد . انظر ص (٢٠٤ - ٢٠٨) من الدراسة .

للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو إيقاف ...[١].

أما في القانون المصري ، فقد أستقرت فكرة القانون الأكثر سخاءاً للعامل في القضاء المصري على حد تعبير أحد الفقهاء هناك[٢] ، إذ يضيف قائلاً : (إنَّ من مظاهر حرص المشرع في الدولة على تأكيد حمايتها للعامل ، الإتجاه نحو تطبيق القانون الأكثر صلاحية بالنسبة له ، فإذا كانت قوانين العمل تتضمن تنظيماً تشريعياً آمراً قَصدَ به تحقيق حد أدنى من الحماية للعامل ، فأن هذا التنظيم التشريعي يتميز بخصائص ينفرد بها عن سائر العقود التنظيمية الآمرة في القوانين الأخرى ، فالأصل أن مخالفة قاعدة آمرة في أي تنظيم يترتب عليه بطلان الإتفاق المخالف ، في حين أن القاعدة الآمرة في قانون العمل يصح في شأنها الإتفاق على تطبيق قانون مخالف، متى ما كان هذا القانون يؤدي إلى تقرير مزيد من الضمانات والحقوق المقررة للعامل، أو تقرير ميزة أو رعاية أفضل مما يجعل لهذا القانون الصدارة في التطبيق على قانون مكان التنفيذ الواجب التطبيق أصلاً ، ولذلك يعتد بالقانون الأصلح حتى في المسائل الآمرة المتعلقة بتنظيم العمل) .

وفي القانون التونسي ، أورد المشرع هناك نصاً خاصاً بعقد العمل وفقاً للفصل (٦٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والتي تنص على أن ((يخضع عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها وإذا تعود العامل على إداء عمله في عدة دول فأن عقد الشغل يخضع لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر إلاّ إذا تبين من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى وفي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة)) .

والتساؤل الذي يثار بصدد محتوى النص أعلاه ، هل أن قاعدة الإسناد التي تخضع عقد العمل لقانون بلد التنفيذ قاعدة آمرة وبالتالي لا يجوز إستبدالها بقانون الإرادة ولو كانت لصالح العامل ؟

تعد قاعدة التنازع حسب الفصل (٢٨) سالف الذكر من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية من النظام العام إذا كان موضوعها صنفاً يشتمل حقوقاً ليس فيها للأطراف حرية التصرف ، وموضوع قاعدة التنازع التي تحكم عقد العمل هو حقوق العامل وواجباته وهذه الحقوق فيها ما يتعلق بالجانب التنظيمي ومنها ما يرتبط بالجانب الموضوعي لعقد العمل ، وإذا كانت القواعد المتعلقة بالجانب التنظيمي تعد من النظام العام ، فأن القواعد التي ترتبط بالجانب الموضوعي للعقد يصعب وصفها من هذه الناحية ، ولذلك فإن القانون الذي يختاره الطرفان لحكم

---

[١] راجع نص المادة (١٤) من قانون العمل العراقي النافذ .
[٢] د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٧٧ – ١٧٨ .

عقد العمل ينبغي أن لا يؤدي في كل الحالات إلى حرمان العامل من الحماية التي تضمنها له الأحكام الآمرة في قانون الدولة التي يؤدي فيها عادة عمله ، لكن هذا لا يحول دون تطبيق قانون الإرادة إذ كان أكثر نفعاً للعامل[١] .

وعن الوضع في القانون الفرنسي ، نجد أن هنالك العديد من التطبيقات القضائية التي تشير إلى تطبيق القانون الأصلح للعامل ، إذْ أصدرت محكمة النقض الفرنسية في عام ٢٠١٧ حكماً يقضي بأنه ((لا يصح أن يتمسك العامل بتطبيق القانون الفرنسي من غير أن يثبت أنه القانون الأفضل من القانون الأنكليزي ، وهو القانون المختار ضمنياً بين الأطراف))[٢] .

كما أن القضاء الفرنسي قد أصدر حكماً من قبل في قضية شركة الخطوط الجوية الملكية المغربية ضد كونستارتس (Royal Air Moroc V. Consorts Bertin) والتي تتعلق بطيار فرنسي الجنسية يعمل في الخطوط الجوية المغربية في مهام إلى لوكسمبورغ ووفقاً لوقائع الدعوى كان القانون الفرنسي هو القانون المتفق عليه من قبل الأطراف وعند حصول الخلاف بين الطرفين تمسكت الشركة المغربية بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون المغربي بوصفه قانون بلد التنفيذ وفي المقابل تمسك الطيار بلزوم تطبيق القانون الفرنسي ، طبقت محكمة الموضوع وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي بوصفه القانون الأفضل للعامل ، ووفقاً لهذا المبدأ فقد جعلت المحكمة من القانون المختار بموقع أسمى من قانون بلد التنفيذ[٣] أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فأن فكرة القانون الأصلح للعامل تجد صداها في القانون الدولي الخاص في فقه المدرسة الأمريكية الحديثة تعد مسألة طبيعية ، ذلك أن الإتجاه هناك لا يقنع بالتركيز المكاني لعلاقات العمل التي يؤدي إليها المنهج التقليدي لقواعد التنازع ، إذ يستطيع القاضي أن يفضل تطبيق القانون الأصلح الذي يتجاوب مع الأفكار الحديثة[٤] ، وقد تم الإستناد

---

[١] الجدير بالذكر أن أحكام القانون الداخلي المتمثل بمجلة الشغل التونسية لسنة ١٩٦٦ وتعديلاتها ، مثل القواعد الخاصة بالأجور وساعات العمل تقر بتطبيق الشروط الأكثر نفعاً للعامل ولو كانت مخالفة لقواعد آمرة استناداً للفصل (٣١) والفصل (١٣٤) من المجلة سالفة الذكر . نقلاً عن مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٤٥ – ٥٤٦ .

[٢] حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية Cass. Soc. 19 Janv- 2017 , No. 15 – 20095 منشور على الرابط الألكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/juritext0033905091/ تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٦ .

[٣] انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية Cass.Soc . , 31 Mars 1978 , Ball . civ . , No 259 منشور على الموقع الألكتروني https://www.doctrine.fr/d/CASS/1978/JURITEXT000007000534 إذ جاء فيه :

En I’ état du contrat de travil conclv áparis éntre Un salarié Franccais et vne soeiété étrangeré pour étre execute ál’étranger , la cour d’appel á l’étranger , La cour dáppel , qui reléve , le travil S’ est effectué en dehors detout …

[٤] انظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٢ وما بعدها .

إلى مبدأ العدالة المقارنة التي هي أحد أهداف القانون الدولي الخاص في سبيل الوصول إلى تطبيق القانون الأكثر صلاحية للعامل عن طريق الدراسة المقارنة للسياسة التشريعية ما بين القوانين المختلفة وإنتقاء أحسنها ، بعد فحص محتوى القوانين المتزاحمة التي ترتبط بالنزاع ، وتطبيقاً لذلك طبقت محكمة نيويورك سنة ١٩١٤ على حادث عمل قانون ولاية نيوجرسي رغم إنّ حادث العمل كان محكوماً بحسب الأصل بقانون ولاية نيويورك بإعتبار أن قانون ولاية نيوجيرسي أكثر صلاحية للعامل[١] .

تقدير موقف القانون العراقي:

من خلال إستقراء موقف المشرع العراقي ، تبين لنا أن قانون العمل العراقي النافذ قد أعترف بدور الإرادة في عقد العمل وإنْ أحاطها بجملة من القيود التي تهدف لحماية العامل استناداً إلى المادة (١٤) سالفة الذكر التي سمحت بتطبيق قانون آخر إذا كان يحقق أفضل حماية للعامل ، إلاّ أنه بالرجوع إلى المواد الخاصة بالتنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي الموجودة في القانون المدني النافذ ، فإننا نعتقد أن قاعدة الإسناد التي عينها المشرع لحكم الألتزامات التعاقدية المقررة في المادة (٢٥) من القانون أعلاه لا تتناسب مع الخصوصية التي يرتقي إليها عقد العمل الفردي لعدم إحاطتها بجميع الإشكالات القانونية التي تثيرها عقود العمل الدولية ، كأحوال تعدد أماكن العمل ، وتطبيق قانون بلد التنفيذ ، وتحديد معايير الفحص بشأن القانون الأصلح للعامل ، وتحقيق عوامل الأرتباط بين العلاقة العمالية وبين القانون الواجب التطبيق لدولة أخرى ، وغيرها من المسائل المرتبطة بالحماية وإختيار القانون الواجب التطبيق .

ومن كل ما تقدم ، ولغرض تكريس الإسناد الحمائي في هذا النوع من العقود ، من خلال إبراز الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين ، نتمنى من المشرع العراقي إرساء قواعد خاصة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي الدولي ، لأن المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ لا تكفي وحدها لسد النقص في قواعد الإسناد من خلال إتباع مباديء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً فيما لم يرد بشأنه نص ، وتكون بالشكل الآتي :

أولاً : يسري على عقد العمل الفردي قانون الدولة التي يتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمناً ، ومع ذلك فأن القانون المختار يجب أن لا يحرم العامل من الحقوق التي يقررها قانون آخر يرتبط

---

[١] نقلاً عن د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص١٨٦ .

بالنزاع إرتباطاً موضوعياً وثيقاً .

إذ من خلال النص أعلاه ، كرسنا الإسناد الحمائي من خلال إعمال قاعدة إسناد إختيارية ، يعمل القاضي من خلالها وفحص مضمون القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة وصولاً إلى القانون الذي يوفر أفضل حماية للعامل ، كما أن من البديهي القول أن القانون المختار يتعطل تطبيقه إذا نزل بالحماية عن تلك المقررة في القانون الوطني والتي تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري .

ثانياً : في حالة تعذر أو غياب إتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق :

١- يطبق القاضي قانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل .

٢- إذا تعذر تحديد مكان العمل المعتاد يطبق القاضي قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً وثيقاً .

٣- يطبق القاضي قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً موضوعياً وثيقاً إذا كان قانون بلد التنفيذ يتضمن حماية أقل للعامل .

إذ يلاحظ أن القاضي في كل الأحوال المتقدمة سوف يبحث عن أفضل قاعدة إسناد حمائية من خلال فحص القوانين المنطبقة .

خلاصة المبحث الأول

إن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ليس مقترناً دائماً بإستبعاد قانون الإرادة، فقد يأتي هذا الإستبعاد متوافقاً مع حماية الطرف الضعيف، إلاّ أنّه قد يأتي أيضاً على حساب هذه الحماية، فالعاقد الضعيف لا يجوز له أن يتكأ فقط على الحماية التي تقدمها له النصوص الآمرة الناتجة عن الإسناد الموضوعي، وإنّما له كذلك أن يستند على الحماية التي قد تكون أفضل المقدمة من قبل القانون المختار، إذْ إنّه في حالة كون القانون المختار أفضل حماية للعاقد الضعيف، فأنّ إستبعاده يؤدي إلى الإضرار بمصالحه ويتناقض مع هدف حمايته .

وإنّ الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يؤدي إلى تفعيل دور قاعدة التنازع وتطويع مبدأ سلطان الإرادة لحماية المستهلك وتكريس دور الإسناد التخييري في حماية العاقد الضعيف، كما يعمل أيضاً على إمكانية الحد من تدخل بعض الوسائل التي تساهم في علاج قصور قاعدة التنازع .

وكشفت الدراسة بأن الجوانب الحمائية المقررة للعامل، تتمثل في تقرير صحة وفعالية الاختيار إن كان يصب في مصلحتهِ وضده إن كان غير ذلك، بحيث لا يُحْرَم العامل من الحماية المقررة بموجب أي قانون آخر سواء أكان وطنياً أم أجنبياً . وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الإختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة في بلد التنفيذ والقانون المختار من قبل الأطراف وإختيار القانون الأصلح للعامل من بين القوانين المتزاحمة الإنطباق، فمتى ما تضمن العقد أجراً للعامل يجاوز الحد الأدنى الذي نص عليه المشرع، أو إشتمل على حقوق وامتيازات أفضل للعامل، فلا مساغ إلاّ تقرير سمو العقد على قواعد القانون الآمرة، بالمقابل فأن أي قانون أجنبي أو إتفاق أو عقد يجرد العامل من الحقوق التي منحه إياها القانون الوطني للعامل أو يقلل منها فلا مساغ إلاّ وجوب إستبعاده .

المبحث الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق الالتزامات غير التعاقدية

إنَّ الحل السائد هو تطبيق القانون المحلي على مسائل الإلتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار والعمل النافع ، ومع ذلك فأن هنالك توجهاً حديثاً ينتقد فكرة القانون المحلي وفقاً لمفهومها التقليدي ، الأمر الذي يتطلب منا معرفة هذه الإتجاهات المتقدمة وصولاً إلى الحل الأنجع الذي يبرز من خلاله الجانب الحمائي لقواعد الإسناد ، وبناءاً عليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين ، نخصص الأول إلى الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مجال المسؤولية التقصيرية ، وسنتطرق في الثاني إلى الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق الأثراء بلا سبب .

المطلب الأول

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق المسؤولية التقصيرية

أدى التطور الحاصل في وسائل النقل والإتصالات إلى إتساع حالات المسؤولية المدنية الناجمة عن أفعال ضارة ترتكب يومياً ، مما يؤدي إلى تعويضهم عن الأضرار التي تلحق بهم ، وإذا كان تطبيق القانون على المسؤولية التقصيرية مبدأً تقليدياً تعود جذوره إلى القرون الوسطى في أوربا وما تزال تطبقه غالبية التشريعات في العالم حتى الآن ـ إلا أنّ محل حدوث الواقعة الضارة وإن بدا تحديده المادي أمراً يسيراً ، فأنه رغم ذلك قد لا توجد رابطة جدية أو صلة وثيقة بين الألتزام بالتعويض الناشيء عن هذه الواقعة الضارة وبين إقليم الدولة التي حدثت فيها ، وهذا ما دفع الفقه إلى البحث عن تطويع جمود المبدأ التقليدي ، مما يسمح الأخذ بالحسبان الظروف الخاصة بالعلاقة المطروقة الأمر الذي يدعونا إلى دراسة المرونة اللازمة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية في الفرع الأول من هذا المطلب .

كما أن الواقعة المنشئة للإلتزام غير التعاقدي قد تتفرق عناصرها في أكثر من دولة مما يؤدي إلى إختلاف مكان وقوع الفعل الضار عن مكان تحقق الضرر ، لذا يتطلب معرفة القانون الواجب التطبيق في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي ، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول

المرونة اللازمة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية

ظلت قاعدة تطبيق القانون المحلي على مسائل المسؤولية التقصيرية قائمة البنيان متماسكة الأركان حتى الربع الأول من القرن العشرين ، إذْ وجهت إليها سهام النقد بهدف إضفاء قدر من المرونة عليها بجعلها تتماشى مع التوجيهات الحديثة[١] ، الأمر الذي يدعونا إلى معرفة تطبيق القانون المحلي والتوجهات الحديثة وصولاً إلى الإتجاه الذي يحقق أكبر حماية لقواعد تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ، من خلال الفقرات الآتية :

أولاً : تطبيق القانون المحلي:

يعد مبدأ إخضاع مسائل المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص المعاصر ، والتي يرجع جذورها إلى القرن الثالث عشر حين أخضع فقهاء نظرية الأحوال في المدرسة الإيطالية القديمة الفعل المادي الضار لقانون محل وقوعه[٢] .

وقد أكد المشرع العراقي على اختصاص القانون المحلي بالمادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)) وهذا ما سار عليه من قبل المشرع المصري في المادة (١/٢١) من القانون المدني المصري[٣]، وقد أعتمد القانون التونسي تطبيق القانون المحلي كقاعدة عامة بالفصل (٧٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية إذ جاء في صدر الفصل أعلاه بأن ((تخضع المسؤولية غير التعاقدية لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الضار ....))[٤] .

وعن الوضع في القانون الفرنسي فقد قنن هذا المبدأ في المادة (١/٣) من القانون المدني الفرنسي النافذ والتي تنص على أن ((قوانين الأمن والبوليس تسري على من يكون بالأقليم))[٥] ،

---

[١] لمزيد من التفاصيل انظر د. محمد الروبي وتنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ ، ص٦٦ وما بعدها .

[٢] راجع في تفصيل تلك المدارس د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٣٥٥ وما بعدها . وتجدر الإشارة إلى أن تسمية القانون المحلي (Loi Locale) ترجع إلى الفقيه بارتان والذي عرفه بأنه ((مجموعة القواعد القانونية السارية على كل شخص يقيم في إقليم دولة محددة أو يمر به إذ يخضع لسلطة الأمن التي تتولاه هذه الدولة بالنسبة لعلاقات القانون الخاص)) . نقلاً عن د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص١٣٧ .

[٣] تنص المادة (١/٢١) مدني مصري بأن ((يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام)) .

[٤] لمزيد من التفاصيل راجع مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٦٥ وما بعدها .

[٥] راجع في شأن التشريعات التي أكدت هذا المبدأ . د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص١٥٩ .

كما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية Lautourc. Veuve Guiraud في سنة ١٩٤٨ والذي يقضي بأن ((القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية هو قانون المكان الذي وقعت به الجريمة))[١] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية ، فقد ذهب الفقه الحديث وأيده القضاء هناك إلى وجوب عدم اعتماد حلول جامدة تُطَبقْ بطريقة آلية وصماء على كافة الحالات التي يثار فيها تنازعاً بين قوانين دول مختلفة[٢]

ويتكأ مبدأ إسناد مسائل المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي على عدة أسس منها :

الأساس الأول : إنَّ تطبيق القانون المحلي يرتكز على مبدأ الأقليمية .

أي أن سيادة الدولة على إقليمها تلزم إخضاع المسؤولية عن الفعل الضار الذي يقع على أقليمها لقانون هذه الدولة[٣] ، ولذلك يرجع إلى هذا القانون في ترتيب ما يقرره من آثار قانونية على ما يحدث تحت سلطانه من وقائع مادية[٤] .

الأساس الثاني : أنَّ قواعد المسؤولية التقصيرية تنضوي تحت لواء قوانين الأمن المدني أو البوليسي

لما كانت قواعد الأمن المدني تهدف إلى تأكيد المحافظة على النظام في أقليم كل دولة وتوفير الأمن الذي يحتاجه الأفراد بحمايتهم ضد الأفعال الضارة ، وبهذه المثابة يجب أن تحظى قواعد المسؤولية التقصيرية بتطبيق عام على كل الوقائع المرتكبة فوق إقليم الدولة بغض النظر عن جنسية أو موطن مرتكب السلوك الخاطيء والمضرور[٥] .

الأساس الثالث : إن تطبيق القانون المحلي يحقق التوازن بين مرتكب السلوك الخاطيء والمضرور ويتفق مع توقعاتهم

إنّ قواعد المسؤولية المدنية غايتها تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد ، وهو ما لا يمكن إدراكه إلا إذا كان قانون الدولة ينطبق على كل الوقائع التي تحدث على الأقليم الذي يحكمه[٦] .

---

[١] انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ ١٩٤٨/٥/٢٥ منشور في Dalloz ، ١٩٤٨ ، J.C.P , Lerebours – Pigeonniére ، ص٤٥٣٣ . أشار إليه د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٦ .

[٢] راجع النظريات الأمريكية ، ص٨ - ٢٠من الاطروحة .

[٣] انظر د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٤٩١ .

[٤] انظر د. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٦٠٠ .

[٥] انظر د. حسن الهداوي ، مصدر سابق ، ص١٦٠ .

[٦] انظر Batiffol et Lagarde , op . cit , P. 235 .

مثال ذلك ما نراه في حوادث الطرق بين السابلة وسائقي السيارات ، لن يكون لهذا التوازن معنى إلا إذا كان عاماً ، غايته خلق عقلية احتراسية عند الجميع ، وهذا لا يمكن الوصول إليه إلا إذا طبق قانون الدولة على كل حوادث السير التي تقع في حدودها الأقليمية[١] .

ومن جهة أخرى يبرر اختصاص القانون المحلي بإتفاقه مع توقعات الأطراف المعنية ، وهذا يعني أن الشخص الذي يقيم في مكان ما ، ويقوم بتصرف ما ، يعلم أنه يجب أن يخضع للقوانين السارية فيه ، ومن ثم فأخضاع سلوكه لقانون آخر فيه مغبة إلغاء توقعاته المشروعة[٢] .

الأساس الرابع : الإعتبارات العملية هي مرتكز تطبيق القانون المحلي على المسؤولية الناشئة عن الأفعال الضارة

إنّ العلاقة القانونية المتولدة عن الأفعال الضارة لا يمكن إسنادها بالنظر إلى موضوعها وهو الإلتزام بالتعويض ولا بالنظر إلى أشخاصها وهما مرتكب السلوك الخاطيء والمضرور ، وإنما يمكن إسنادها بالنظر إلى مصدرها وهو الفعل الضار ذاته ويكون محل وقوع هذا الفعل هو النقطة التي يرتكز عليها الإسناد إلى قانون هذا المحل[٣].

الأساس الخامس : البعد الأخلاقي الذي يرتكز عليه إلتزام المسؤولية بتعويض المضرور عن سلوكه الخاطيء :

إنَّ البعد الأخلاقي هو الذي يبرر الرجوع في شأن التعويض لقانون مكان وقوع الفعل المنشيء للألتزام[٤] .

وفي معرض ردنا على ما تقدم من مسوغات ، نقول :

بالنسبة للأساس الذي يستند على الأقليمية ، فيمكن الرد عليه بأنه وبالرغم من منطقية هذا الأساس إلاّ أنّه لا يحقق النتائج المرجوة في الأحوال التي لا يرتبط بها القانون المحلي بالواقعة القانونية إرتباطاً وثيقاً ، كما لو يقع الفعل المنشيء للالتزام على أقليم دولة معينة بطريقة الصدفة أو العرضية .

أما عن الأساس الذي يدعو إلى إدراج قواعد المسؤولية التقصيرية من ضمن قواعد الأمن المدني ، فنعتقد أن فكرة الأمن المدني يصعب عدها مبرراً لاختصاص القانون المحلي ،

---

[١] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٩ .
[٢] أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٦٤ .
[٣] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص١٩ .
[٤] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص١١ .

لأن نطاق تلك الفكرة مازال غامضاً ، وحتى لو قيل بأنها تعبر عن المفهوم الحديث للدفع بالنظام العام لكان مقتضى ذلك أنه لا يجوز التنازل عندها تتحقق المسؤولية بتحقق الضرر.

وبشأن الأساس الذي يرجع المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي إستناداً إلى الاعتبارات العملية ، نرى أنه لا يبرر الاختصاص عندما تتجزأ عناصر الواقعة بين أكثر من دولة أو في الأحوال التي يصعب فيها توطين الخطأ أو الضرر في حالة تعدد الأخطاء وتعاقب الأضرار .

وفيما يخص البعد الأخلاقي ، فنعقب عليه بأنه إذا كان السلوك المخالف للقاعدة القانونية يشتمل في نفس الوقت مخالفة قواعد الأخلاق ، فأن المعول عليه في المسؤولية القانونية إنما هو مخالفة القاعدة القانونية لأنها هي التي تستتبع الجزاء القانوني[١] .

ومما تقدم أعلاه فنحن نتفق مع ما ذهب عليه بعض من الفقهاء[٢] بأن أساس تطبيق القانون المحلي على مسائل المسؤولية التقصيرية هو تحقيق التوازن بين الأفراد وحماية توقعاتهم المشروعة لأنه أقرب للعدالة ، كونه يفترض مفهوم معين للحرص أو الحيطة اللازمة التي يتعين على الأفراد مراعاتها .

وعلى الرغم من إستقرار مبدأ اختصاص القانون المحلي من قبل القضاء والفقه ومعظم التشريعات المقارنة ، فأننا نسلم بتطبيق هذا المبدأ عندما تجتمع عناصر الواقعة القانونية من خطأ وضرر في أقليم دولة واحدة ، بحيث توجد صلة وثيقة بين الوضع الناشيء عن العمل غير المشروع وأقليم الدولة التي وقع فيها ، أما الفروض الأخرى كأن يكون القانون المحلي لا صلة له بالواقعة محل الضرر أو تفرق عناصر الواقعة ، أو صعوبة توطين عناصر المسؤولية ، فهي بلا شك تحتاج إلى تطويع هذا المبدأ أو إضفاء نوع من المرونة عليه ، وهذا ما سوف نتناوله تباعاً في الفقرات الثلاثة الآتية :

ثانياً : نظرية القانون الملائم:

ترجع هذه النظرية إلى الفقيه موريس (Morris) الذي أبرز مثالب الإسناد الجامد في نطاق المسؤولية على وجه الخصوص[٣] ، ومغزى نظريته أن مكان الواقعة المنشئة للالتزام غير

---

[١] في البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية . انظر د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط١ ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٢ ، ص٢٩ .

[٢] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ، مصدر سابق ، ص١٩ . ود. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٩ .

[٣] تجدر الإشارة إلى ظهور عدة نظريات في الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف القرن العشرين ، تمثل ثورة على أسلوب حل تنازع القوانين بصفة عامة ، وسبق وأن تطرقنا إلى تلك النظريات في مستهل كتابة الأطروحة . انظر ص٣ – ١٨ من الاطروحة . ولمزيد من التفاصيل راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ، ود. أحمد عبد =

التعاقدي ليست سوى عنصر من عناصر الإسناد الأخرى الذي قد يبدو ضمنياً في بعض الحالات أو ثانوياً قياساً للعناصر الأخرى ، لذا يُلزَم البحث عن القانون الأكثر مواءمة في كل قضية والذي يجب أن يأخذ في الاعتبار جملة العناصر ذات الصلة الوثقى بالعلاقة القانونية ، وهذا يعني عدم الاعتداد بمكان حدوث الواقعة المنشئة للالتزام ، وإنما يأخذ بالحسبان بقية عناصر العلاقة مثل جنسية أطراف العلاقة ، أو مكان إقامتها المشترك ، وطبيعة نشاط الأفراد ومركز ممارسته[١] والقاضي هو المنوط به تقدير هذه العناصر والظروف والملابسات في كل حالة على حدة ، للوقوف على قانون الدولة التي تركز على أقليمها العناصر المحورية والظروف المؤثرة التي تمثل مركز الثقل في الواقعة المنشئة للالتزام[٢] عن طريقة مقارنة فحص نوعية لا حسابية تتأسس على تجميع أكثر من عنصر اتصال بالمسألة ؛ لأنّ قيمة هذه العناصر تختلف حسب ظروف القضية ، إذْ إنّ مرونة هذه النظرية تتجلى في أنها تسمح بتطبيق القانون الذي له صلات دقيقة بالعلاقة القانونية ويعطي حلاً مرضياً للمواقف المتنوعة التي تثار بصدد المسؤولية التقصيرية[٣] .

ويخلو القانون العراقي والقوانين العربية محل المقارنة من الإشارة إلى هذه النظرية في تشريعاتها ، اللهم إلاّ إذا اعتمدها القضاء بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً إستناداً إلى المادة (٣٠) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي النافذ[٤] .

وهذا هو الوضع في القانون الفرنسي ، بخلاف الحال في القانون الأمريكي ، إذْ لاقت هذه النظرية رواجاً فقهياً ، فقد تم إعتمادها من قبل معهد القانون الأمريكي في تقنينه الثاني سالف الذكر ، لتستهدي به مختلف الولايات الأمريكية في تشريعاتها ، إذْ نصت المادة (١/١٤٥) منه على قاعدة الإسناد الأصلية في نطاق المسؤولية التقصيرية ، بقولها ((القانون الداخلي للولاية التي يكون لها علاقة ذات قوة ودلالة بالنظر إلى ظروف الواقعة وأطرافها ، هو الذي يحدد الحقوق والألتزامات التقصيرية لهؤلاء الأطراف)) ، ثم أوردت الفقرة التالية لتلك المادة بعض الحلول

= الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص . لذا سنقتصر على دراسة نظرية القانون الملائم بوصفها أحدى النظريات الانكلو أمريكية التي تجاوزت الجمود غير العادي لمبدأ اختصاص القانون المحلي .

[١] انظر Morris , The Proper Law of atort , Harv. Lav , Rev , Volume 64 , Number 6 , 1951 , P. 882 .

[2] Nyght , Some Thoughts of the Proper law of atort , Comparative Law Quarterly , Vol. 26 , No. 4 , October 1977 , PP. 932 – 951 , Hein Online .

[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

[٤] تقابلها م (٢٤) من ق . م . م .

التي تكرس هذا الحل الفضفاض منها : المكان الذي حدثت فيه الإصابة ، المكان الذي وقع فيه السلوك الخاطيء ، الموطن والإقامة والجنسية ومكان التأسيس ومكان أعمال الطرفين[١] .

وقد أخذ القضاء الأمريكي بهذه النظرية في الكثير من أحكامه[٢] ، وقد تعرضت هذه النظرية إلى عدة إنتقادات ، منها أنها تهدر التوقعات المشروعة للأطراف ، وهذا يفسر عزوف القضاء الفرنسي واتفاقيات لاهاي عن العمل بها ، كما قيل أنها تخل بإستقرار المعاملات من خلال منح القضاء سلطة تقديرية واسعة في الكشف عن القانون الواجب التطبيق[٣] .

وبالرغم من الإنتقادات التي طالت هذه النظرية إلاّ أننا نعتقد أنها تبقى خطوة سبّاقة في طريق رفع الجمود عن المبدأ التقليدي الذي يخضع المسؤولية التقصيرية للقانون المحلي ، وخاصة في الفرض الذي لا يكون فيها مكان الواقعة المنشئة للألتزام غير التعاقدي أي صلة بالواقعة الضارة سوى أنه القانون الذي حدثت فيه تلك الواقعة .

ثالثاً : فكرة المفهوم الاجتماعي للقانون المحلي:

إنَّ التطورات الحديثة التي شهدتها العلاقات الخاصة الدولية ، ومواكبة لتطور وسائل النقل والاتصالات وإنتقال الأفراد عبر الحدود ، يدعو إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على وقائع المسؤولية التقصيرية وفقاً لفكرة التركيز الاجتماعي دون الاعتماد على تركيز مادي أو جغرافي[٤] ، ويراد بهذه الفكرة البحث عن البيئة الاجتماعية التي تنشأ وترتبط وتتأصل بها العلاقة بالنظر إلى عناصرها والملابسات التي أحاطت بتكوينها ، حينما يكون الموطن المشترك أو

---

[١] نقلاً عن د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص٧٠ .

[٢] راجع في عرض الأحكام وخصوصاً قضية (Babock V. Jackson) .
William A. Reppy , JC. Electricism in method for Resolving Tort and Contract conflict of Laws ; The United States and European United .
إذ يخلص إلى القول : الإنتقائية أمر ضروري لطريقة تحليل المنهج في أن القضايا المنفردة يجب تعريفها (بشكل ضيق) كسلوك ينظم مع القانون الواجب التطبيق المستمد من مكان السلوك الذي قد لا يكون دولة الموطن ... .
أو كما عبر عنه الفقيه بكتابه أعلاه باللغة الأنكليزية :
Electicism is essential to the interest analysis method in that some issues must be (narrowly) defined as conduct regul ating , with the applicable law drawn from the place of misconduct , which may not be adomicilc state .

[٣] انظر في عرض الانتقادات د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ... ، مصدر سابق ، ص٢٧ – ٢٨ .

[٤] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٨٣ .

الإقامة أو الجنسية المشتركة أكبر من إرتباطه بالدولة التي وقع بها السلوك الخاطيء وترتب الضرر فيها بما يسوغ تفضيله على قانون تلك الدولة[١] .

فلو أفترضنا أنَّ عراقي يصطدم بسيارته عراقياً آخراً في تركيا أثناء تواجدهما هناك لغرض السياحة ثم يعودا إلى العراق ، ويرفع المضرور دعواه بالتعويض أمام المحاكم العراقية ، إذْ إنّ ه لاشك أن إعمال قاعدة التنازع العراقية إستناداً للمادة (١/٢٧) يؤدي إلى الاعتراف بأختصاص القانون التركي بحكم المسؤولية بوصفه القانون المحلي ، بيد أن هذا الاختصاص أوجدته الصدفة العابرة ، صحيح أن النظام القانوني التركي قد تأثر بوقوع الحادث في تركيا ، مما يسوغ اختصاص القانون التركي بحكم ما يقع على إقليمه تطبيقاً لمبدأ الأقليمية ، لكن هل أن الوضع الناشيء عن الفعل الضار بالنظام القانوني التركي يكون بذات الدرجة التي يمس بها النظام القانوني العراقي ؟ أنَّ الإجابة بالنفي هي الأقرب إلى المقبول ، فصاحب السلوك الخاطيء والمضرور كلاهما عراقياً ويقيمان فيه ، وسوف تتحمل ذمة الأول وأمواله الكائنة في العراق بالتعويض الذي سيقضى به ، ناهيك عن إختصاص المحاكم العراقية بالفصل بالنزاع[٢] .

ويحقق قانون الوسط الاجتماعي عدة مزايا منها أنه أكثر إنسجاماً مع توقعات الأفراد ، ففي المثال المعروض أعلاه يكون منطقياً أن يتوقع صاحب السلوك الخاطيء تطبيق القانون التركي ، ومع ذلك فأن تطبيق القانون العراقي يكون داخلاً أيضاً في توقعاتهم وأكثر مراعاة لمصالحهم بحسبان أنهم أكثر دراية بأحكامه من أي قانون آخر ، وعلى هذا النحو يحقق لهم هنا القانون مصلحة تفوق بلاشك تلك التي يمكن أن يحققها لهم القانون المحلي[٣].

كما أن الأخذ بقانون الوسط الاجتماعي يسهل مهمة القاضي الذي ينظر في دعوى المسؤولية التقصيرية ، لأن تركيز العلاقة يكون داخل مجتمع الدولة التي يرتبط بها أشخاص دعوى المسؤولية من خلال الضوابط المشتركة بينهم سواء الجنسية أو الموطن أو الإقامة ، وهذا الأمر لا يمكن إدراكه عند إعمال القانون المحلي ، خصوصاً في حالة المسؤولية الناشئة عن فعل سلبي أو امتناع ، وحالات تعدد الأفعال الخاطئة والأضرار وتفرقها في أكثر من دولة[٤] .

---

[١] انظر في عرض تعريفات هذه الفكرة د. صالح مهدي كحيط ، التركيز الاجتماعي وأثره في تعيين القانون الحاكم للمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة كربلاء، السنة ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١٩ ، ص١٧٧ – ١٨٠ .

[٢] انظر بنفس المعنى د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٨١ – ١١٨٢ .

[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٣٩ .

[٤] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية ، مصدر سابق ، ص٢٩ – ٣٠ .

كذلك إنَّ الإعتداد بقانون الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام يجنب القاضي إجراء عملية التكييف القانوني لدعوى المسؤولية ، هل هي مسؤولية تعاقدية أم مسؤولية تقصيرية ، ما دمنا سنعتمد على جنسية الأطراف أو موطنهم أو محل إقامتهم ، وهي عملية لا يمكن تجنبها إذا لم نخرج من إطار المفهوم التقليدي للقانون المحلي الذي يؤكد على التركيز المادي أو الجغرافي للمسألة ، وعلى هذا النحو يمكن تفادي إختلاف القانون الواجب التطبيق بإختلاف الدولة التي تتولى حل مشكلة التكييف[١] .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من هذه الفكرة ، فأننا نعتقد أن كل من التشريع العراقي والمصري يمكن لهما الأرتكان إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً للعمل بهذا المفهوم وفقاً للمادتين (٣٠) و(٢٤) من القانونين أعلاه ، في حين أن القانون التونسي قد أورد هذا المفهوم بعجز الفصل (٧٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي جاء فيه ((... وإذا كان للمتسبب وللمتضرر مقر إقامة معتاد بنفس الدولة ينطبق قانون هذه الدولة))[٢] .

أما في فرنسا ، وبالرغم من أن الفقه والقضاء الغالب مازال مخلصاً للفكرة التقليدية للقانون المحلي الجغرافي إلاّ أن الدراسات الفقهية الحديثة لا تخفي إقناعها بمفهوم هذه الفكرة[٣] ، لاسيما بعد أن انضمت فرنسا إلى بعض الإتفاقيات الدولية التي تأخذ بفكرة المفهوم الاجتماعي كإتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ ١٩٧١/٥/٤ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس بشأن حادث سير وقع في الجزائر بتاريخ ١٩٧٨/٦/٢٦ بأنه ((إذا كان القانون الجزائري يمكن تطبيقه وفقاً للمادة (٣) من إتفاقية لاهاي الخاصة بحوادث الطرق لعام ١٩٧١ بحسبان أنه القانون المحلي ، إلاّ أن القانون الفرنسي يكون هو الواجب التطبيق على دعوى التعويض التي رفعتها أرملة المجني عليها ، أستناداً إلى المادة (٤/أ) من الإتفاقية يكون المجني عليه فرنسي ومستوطن فيها ، كما أن السيارة مسجلة أيضاً في فرنسا))[٤] .

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة ، مصدر سابق ، ص١٩٨ .

[٢] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٧١ .

[٣] انظر بحث الفقيه لوزيران حول الاعتبارات اعلاه في تطوير قواعد التنازع بصورة عامة Loussouarn , Op . cit , P. 79 ets .

[٤] حكم محكمة باريس الصادر في ١٩٧٨/٦/٢٦ ، منشور في المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص ، ١٩٧٩ ، ص٣٥٩ ، تعليق Bourel . أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٨٧ . هامش رقم (٥٩) .

وعن الوضع في القانون الأمريكي ، فقد سبق وأن عرفنا أنه يميل إلى الابتعاد عن الجمود المرافق لتطبيق القانون المحلي، وهذا ما كرسته المادة (١٤٥) سالفة الذكر من التقنين الأمريكي الثاني، وإذا كنا نتفق مع الفقه الغالب[١]، بأن قانون الوسط الاجتماعي هو علاج مخفف لجمود مبدأ إختصاص القانون المحلي ، أي أن تطبيقه يكون على سبيل الإستثناء في الحالات التي يرى فيها القاضي المختص أن القانون المحلي لا يتلاءم مع ظروف الدعوى المعروضة ، وأنه يرتكز على ضوابط شخصية يتم العمل بها على سبيل التدرج بتفضيل قانون دولة الموطن على قانون دولة الجنسية المشتركة ، ويفضل محل الإقامة المشتركة لأطراف النزاع على هذين الضابطين إلا أننا نرى أن نظرية القانون الملائم وفكرة المفهوم الاجتماعي للقانون المحلي وجهان لعملة واحدة ، وآيتنا في ذلك ما يأتي :

١- أختيار القاضي لقانون الوسط الاجتماعي لا يتم بشكل مسبق وإنما هو إختيار لاحق يقوم على معطيات الوضع الحقيقي للمصالح محل النزاع والبيئة القانونية التي تستمر فيها آثار المسؤولية عن الفعل الضار ، وهذا يتفق مع نظرية القانون الملائم التي من خلالها يفاضل القاضي بين أفضل قانون لحكم مسائل المسؤولية التقصيرية بعد الإطلاع على هذه القوانين المتنازعة .

٢- مصداقاً لكلامنا أعلاه ما يذهب إليه أحد أبرز الفقهاء المصريين[٢] بالقول ((إن فكرة القانون المحلي قد ظهرت أصلاً في الفقه والقضاء في قضية (Babockv Jakson) سالفة الذكر ، في حين إننا سبق وأن عرضنا هذه القضية في نظرية القانون الملائم حسب طرح أحد الفقهاء[٣] ، وهذا إن دلَّ على شيء ، إنما يدل على تشابه النظريتين من حيث المضمون .

---

[١] انظر كل من د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، مبادئ القانون ... ، مصدر سابق ، ص١٥٧ . ود. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل ... ، مصدر سابق ، ص٤٢ . د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، مصدر سابق ، ص١١٨٩ ، د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٧٦٥ . ولمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه المؤيد لهذه الفكرة . انظر د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص٧٧ هامش رقم (٤٥) .

[٢] راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص

[٣] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٣١ – ٣٢ .

رابعاً : تطبيق قانون الإرادة:

يثار التساؤل عما إذا كانت إرادة الأطراف التي تُعدَ ضابط إسناد أصيل في مجال الإلتزامات التعاقدية ، يمكن أن تلعب دوراً في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل المسؤولية التقصيرية ؟

يذهب إتجاه فقهي[١] ، وتشريعي[٢] إلى وجوب فسح المجال أمام إرادة الأطراف لتلعب دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية بصورة عامة ، في حالة ما إذا أتفق الأطراف بمقتضى إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على الالتزامات غير التعاقدية ، بحسبان أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم[٣].

ويذهب بعض من الفقه[٤] إلى أنه حَري بالمشرع في مثل هذه الحالات أن يصادق إتفاق الطرفين ويحترم تعيينهم متى ثبت للقاضي المعروض أمامه النزاع ، أن هذا الأختيار لا يشوبه التحايل على القانون ولا يداخله التعسف ولا يمس بحقوق الغير ولا يفتئت على النطاق الاستئثاري للقوانين الأخرى ذات الصلة .

ويفهم مما تقدم أعلاه أن المشرع لكي يضمن فعالية هذا الاختيار يجب أن يحيطه بعدة ضوابط منها :

١- أن يكون الأختيار صريحاً :

إذا كانت الإرادة الضمنية يمكن أن يتعين على أساسها القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، إلا أنها تعجز عن هذا التحديد في مجال الالتزامات غير التعاقدية لأختلاف طبيعة الأولى عن الثانية[٥] .

---

[١] انظر P.Bourel , De rattachement ee quelques délites spéciaux en droit international privé أشار إليه د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

[٢] المادة (٢٣) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والتي تنص على أنه ((يقوم الأطراف على الاتفاق في أي وقت بعد الحادث الضار على تطبيق قانون القاضي)) ، والمادة (١٠١) من القانون الدولي الخاص البلجيكي لسنة ٢٠٠٤ التي اجازت للأطراف بعد حدوث النزاع اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار مشترطاً أن يكون الاختيار صريح ولا يمس بحقوق الطرف الثاني ، والمادة (٥/٣٤) من القانون الدولي الخاص التركي لسنة ٢٠٠٧ والتي تنص على أن ((يجوز لأي شخص أن يحدد بوضوح القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية)) . والمادة (١/٦٣) من القانون الدولي الخاص المغربي لسنة ٢٠١٧ . انظر في عرض التشريعات الأوربية مع بيان المواقع الالكترونية لكل منهما . علي عباس الحجامي ، تنازع القوانين في مسائل التعدي على النشر الالكتروني واسع النطاق ، ط١ ، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠٢١ ، ص٧٩ – ٨٠ .

[٣] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٧٦ .

[٤] انظر محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص٨٧ – ٨٨ .

[٥] للأطراف في مجال الالتزامات التعاقدية مناقشة بنود العقد وتفصيلات الرابطة العقدية بصورة مطلقة ، فيلتزمون بما اتفقوا عليه بملء إرادتهم ، وهذا ما يّمكن القاضي عند عدم التعيين أن يخلص من نصوص العقد وظروف الحال وملابساته إرادة الأطراق . أما بشأن الألتزامات غير التعاقدية فيصعب إستخلاص إرادة الأطراف الضمنية لأنه =

لذا فأن الأختيار الصريح هو المعول عليه في هذا الشأن الذي يمكن أن يكون إتفاقاً مكتوباً توصل إليه الأطراف قبل عرض النزاع على القاضي ، كما يجوز أن يكون شفوياً متى ما أعترف الأطراف بذلك أمام القاضي على تطبيق قانون معين[١] .

٢- أن لا يضر الأختيار بحقوق الغير:

إنّ هذا الضابط يتفق مع مبدأ نسبية الأتفاق ، بحيث لا يلتزم به إلاّ أطرافه[٢] ، ومن ثم إدراجه كضابط لحرية إختيار القانون الواجب التطبيق أمر جدير بالتأييد كأن يتعدد المتضررين ويتفق محدث الضرر مع أحدهم ، ففي هذه الحالة لا يلزم هؤلاء بهذا الاختيار .

٣- أن لا يفتئت الأختيار على النصوص الآمرة التي يتضمنها قانون الدولة التي تتركز فيها عناصر المسألة:

إذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة وكانت عناصر المسألة تتركز في دولة أخرى غير التي تم إختيارها ، فأن هذا الاختيار لا يمكن أن يعطل تطبيق القواعد الآمرة التي تتضمنها قانون هذه الدولة والتي لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها[٣] .

ولم نرى تطبيقاً تشريعياً لهذا الأتجاه في القوانين محل الدراسة ، بأستثناء القانون التونسي في الفصل (٧١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والذي ينص على أن ((يمكن للأطراف بعد حصول الفعل الضار الاتفاق على تطبيق قانون المحكمة ما دامت القضية في الطور الابتدائي))[٤] .

وبالرغم من وجاهة الضوابط المتعلقة بتطبيق قانون الإرادة ، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه بعض من الفقه[٥] إلى أن هذا الإتجاه ليس له إلاّ تطبيقات محدودة ، كما أنه إذا كان الأصل أن طرفا المسؤولية التقصيرية هم الذين يحددون الأختيار ، إلاّ أنَّ بعض النظم القانونية قصرت الأختيار على قانون القاضي وحدهُ[٦] .

= لا يتصور أن يتاح للأطراف مثل هذه المساحة الحرة حول تفاصيل الألتزام . انظر د. محمد الروبي ، عقود التشييد والاشغال والتسليم (Bot) ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٣٠ وما بعدها.

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٧٦ .

[٢] في مبدأ نسبية أثر العقد راجع د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الألتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٣١٦ وما بعدها .

[٣] انظر د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص٢١٥ .

[٤] انظر في شرح الفصل (٧١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية ، مبروك بن موسى ، مصدر سابق ، ص٥٧٦.

[٥] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٧٦ – ١١٧٧ .

[٦] تنص م (٣٢) من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه ((يكون للأطراف الاتفاق في أي وقت بعد الحادث الضار على تطبيق قانون القاضي)) .

ونضيف إلى ما تقدم بأنه يبدو منطقياً لو قُصِرَّ الأختيار على المضرور بوصفه الطرف الضعيف الأولى بالرعاية ، وهذا يبرز بوضوح في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام في أكثر من دولة ، وهذا ما سنراه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

أخيراً وفي إطار الحلول المتقدمة لفروض المسؤولية التقصيرية ومن أجل عدم إهمال الحلول التي من خلالها يتم تطويع القانون المحلي ، ولغرض إضفاء الطابع الحمائي لقواعد تنازع القوانين في نطاق المسؤولية التقصيرية ، وإن كان الأصل هو تطبيق القانون المحلي على هذه الوقائع ، إلا أنه من الخير إعمال المرونة اللازمة على قواعد التنازع سواء بأعتناق المفهوم الاجتماعي للقانون المحلي ، أو نظرية القانون الملائم ، أو أن يكون لإرادة الأفراد دوراً في تحديد القانون الواجب التطبيق ، متى ما أحيطت بالضوابط التي تطرقنا إليها في الدراسة من خلال إعمال قواعد إسناد إختيارية .

لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي لتستوعب جميع الحلول السابقة ، مما يتيح للقاضي بموجب سلطته التقديرية فحص القوانين الممكنة الأنطباق قبل تطبيقها ، إذا كان القانون المحلي ضعيف الصلة والأرتباط بالواقعة المنشئة للألتزام لتكون بالشكل الآتي : ((الإلتزامات غير التعاقدية في مجال المسؤولية التقصيرية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للألتزام ، أما إذا كان هنالك قانوناً آخر أوثق صلة وأشد إرتباطاً بهذه الواقعة وجَبَّ تطبيقه)) .

الفرع الثاني

تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي

يمثل هذا الفرض أحد الإشكالات الأكثر قدماً والأشد جدلاً في إطار القانون الدولي الخاص[١] ، إذْ إنّ صعوبة توطين هذه الوقائع المعقدة يزداد بتطور العلاقات الخاصة الدولية وتقدم وسائل الأتصال والأعلام ، الأمر الذي يؤدي بنا التطرق إلى إتجاهين ، أحدهما يؤثر إسناداً حاصراً أما لمصلحة قانون الدولة التي يتوطن فيها الخطأ أو لمصلحة الدولة التي يتوطن فيها

[١] ومن أمثلة هذا الفرض أعمال المنافسة غير المشروعة التي ترتكب على مستوى محلات تجارية يمتد نشاطها في عدة دول . وأن يتم تصنيع منتج سام في دولة يؤدي إلى تسمم المستهلك في دولة أخرى . راجع في الأمثلة د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٦١ .

الضرر ، والآخر يأخذ هذين القانونين في الأعتبار بأساليب متنوعة مع بيان الإتجاه الذي يحقق الغاية الحمائية لقواعد تنازع القوانين وكالآتي :

الأتجاه الأول : الإسناد المؤسس على أحد عناصر المسؤولية:

إنقسم الفقه المؤيد لهذا الإتجاه على فريقين ، الأول يغلب قانون الدولة التي حصل بها الخطأ ، والآخر يرجح قانون الدولة التي تحقق بها الضرر ، وسنتطرق للفريقين بشيء من الإيجاز لكثرة الكتابات التي تطرقت إليها مع بيان الإنتقادات الموجهة لكل منها:

الفريق الأول : الإعتداد بقانون الدولة التي حصل فيها الخطأ :

يرتكز أنصار هذا الفريق بأن قواعد المسؤولية المدنية تسعى إلى تحقيق هدف وقائي يتمثل بحماية المجتمع ضد تطور الأنشطة الضارة ، وعلى هذا الأساس يجب أن يكون العمل الخاطيء هو العنصر المميز للإلتزام غير التعاقدين بحيث يشبه الإسناد في هذا الإطار الإسناد المقرر في القانون الجنائي[١] .

وعلى هذا المنوال يجب أن يكون الفعل الخاطيء هو أساس تطبيق القانون المحلي بوصفه قانون الدولة التي توطن فيها الخطأ[٢] .

كما يرجع بعض من الفقه[٣] الإعتداد بقانون الدولة التي توطن فيها الخطأ تأسيساً على أن هذا القانون هو الذي يحكم سلوك مرتكبيه ، ولأنه مهما قيل من أن عناصر المسؤولية لا تتكامل إلاّ بتحقق الضرر ، إلاّ أنّه مما لاشك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسؤولية وما الضرر إلاّ نتيجة لها .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من الإعتداد بقانون الدولة التي حصل فيها الخطأ ، نلاحظ أن نص المادة (١/٢٧) سالفة الذكر من القانون المدني العراقي تنص بأن الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام ، إذْ من الملاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي لم يواجه حالة تفرق عناصر المسؤولية ؛ لأن مصطلح الواقعة المنشئة للإلتزام أكثر إتساعاً من إصطلاح الفعل المسبب للضرر ، ويمكن أن يشمل في الوقت نفسه الفعل المسبب للضرر، ويمكن أن يشمل في الوقت نفسه الفعل المسبب

---

[١] انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٩٥ .
[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٦٣ .
[٣] لمزيد من التفصيل حول المسوغات التي تطرق إليها الفقه في هذا الاتجاه . راجع د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق، ص٥١٨ . ود. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٤٩٢ .

والضرر ، والأثنان يشكلان معاً مصدر الإلتزام ، وإزاء ذلك فلا مناص من الإجتهاد[١] ، وفي هذا الإطار يكون قانون القاضي هو المرجع في تحديد القانون المحلي في هذا الفرض لتعلق الأمر بتفسير قاعدة الإسناد ، إذ يتعين على القاضي أن يفسر المقصود بالقانون المحلي الذي تخضع له المسؤولية التقصيرية ، هل هو قانون الدولة التي حصل فيها الخطأ أم قانون الدولة التي تحقق بها الضرر أم غير ذلك ؟

والحل أعلاه ينطبق على موقف القانون المصري ، وفقاً لنص المادة (١/٢١) سالفة الذكر من القانون المدني المصري .

أما عن موقف القانون التونسي ، فهو وأن إعتد بمكان حصول الفعل الضار بالمادة (٧٠) سالفة الذكر من مجلة القانون الدولي الخاص ، إلاّ أنه لم يجد مناصاً أمام التطورات التي حدثت على صعيد المسؤولية التقصيرية إلى جواز تطبيق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر إذا طلب المضرور ذلك[٢] .

وعن الوضع في القانون الفرنسي ، فأن القضاء هناك وفي كثير من أحكامه قد إعتد بمكان تحقق الضرر دون الأرتكان لمحل وقوع الخطأ[٣] مصداقاً لما جاء بإتفاقية روما الثانية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية[٤] .

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فلم تشر كل من المجموعة الأمريكية الأولى والثانية للتقنين الأهلي الأمريكي إلى مكان السلوك الخاطيء[٥] .

وبالرغم من الحجج المتقدمة إلاّ إننا نؤيد الفقه الغالب بعدم سلامة هذا الرأي للأسباب الآتية :-

١- إنَّ الإعتداد بمكان حصول الخطأ في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية ، يعني غض النظر عن الوظيفة العلاجية التي إزدادت أهميتها في الوقت الحالي في قانون المسؤولية المدنية[٦] .

---

[١] انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١٦٣ .
[٢] انظر مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٥٦ .
[٣] راجع في عرض هذه الأحكام د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ، مصدر سابق ، ص٦٤ – ٦٥ .
[4] Regulation EC No 864/2007 of the European Parliament and of the council of lljulg 2007 on the law applicabletonon – contractual obligation Romell (2007) Oh L199140 .
[٥] نقلاً عن د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص١٠٧ .
[٦] انظر د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٢٧٩ .

٢- من الضروري أن يتحقق الضرر لقيام المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية ، وبهذا تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، إذْ من الممكن قيام الأخيرة على أساس الخطأ وحده دون تحقق ضرر معين ؛ لأنّ الهدف من تقرير المسؤولية الجنائية عقاب الجاني بينما الهدف الحمائي من المسؤولية المدنية هو حماية المضرور وتعويضه عما أصابهُ من ضرر[١] .

كذلك يمكن أن ندعم هذه الأسباب بما ذكرهُ غالبية الفقه الذي يمثل الفريق الثاني الداعم لقانون الدولة التي يتحقق فيها الضرر :

الفريق الثاني : الإعتداد بقانون الدولة التي تحقق فيها الضرر:

يذهب أكثر الفقه الحديث[٢] إلى أنه عند تفرق عناصر الواقعة المنشئة للإلتزام في أكثر من دولة يجب تطبيق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر بغض النظر عن مكان وقوع السلوك الخاطيء إستناداً إلى العديد من المسوغات ، ومنها أنَّ الخطأ لم يعد شرطاً لقيام المسؤولية في كثير من الحالات ، إذْ يمكن قيامها دون خطأ ، وإنْ قامت على الخطأ فلا يكتمل عناصرها ، وبالتالي يمكن القول أن الواقعة المنشئة للألتزام بالتعويض قد وجدت بتحقق الضرر ، أما الخطأ فلا يكفي لوصف الواقعة بأنها منشئة للألتزام بالتعويض ، وهو ما يجعل قانون محل تحقق الضرر أقدر القوانين لحكم المسؤولية .

ومن جهة أخرى لما كانت المسؤولية المدنية تقوم أساساً على فكرة التعويض وجبر الضرر وحماية المصالح الخاصة لاسيما مصلحة المضرور وهو ما يجعلها تغاير المسؤولية الجنائية التي تقوم على فكرة معالجة الجاني وحماية المصلحة العامة ، لذا فأن المنطق القانوني يقتضي التعويل على الضرر ، ويطبق قانون الدولة التي تحقق فيها[٣] .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من الإرتكان إلى مكان تحقق الضرر[٤] ، فقد سبق وأن عرفنا أن كلاً من المشرع العراقي والمصري قد ترك ذلك إلى إجتهاد

---

[١] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل ... ، مصدر سابق ، ص٣١ .

[٢] انظر كل من د. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٦٠١ . ود. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص٣٢٨ . ود. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٣٥٦ . ود. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٩٩ . ود. حسن الهداوي . ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١٦٤ .

[3] Batiffol et Lagarde , .p . cit , P. 246 .

[٤] الجدير بالذكر أن العديد من التشريعات إعتدت لمكان تحقق الضرر منها القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ في المادة (٢/١٣٣) منه والقانون الروماني لسنة ١٩٩٢ في المادة (١٠٨) منه ، والقانون الإيطالي لسنة ١٩٩٥ في المادة (١/٦٢) منه ، والقانون التركي لسنة ٢٠٠٧ في المادة (٢/٣٤) منه والقانون الدولي الخاص المجري لسنة ٢٠١٧ في المادة (٦٠) منه . راجع في عرض التشريعات علي عباس ، مصدر سابق ، ص٣٩ .

القضاء بخلاف المشرع التونسي بعجز الفصل (٧٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي أجازت تطبيق قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر إذا طلب المضرور ذلك .

أما في فرنسا فقد ساير القضاء هناك الفقه الغالب بالإعتداد بمكان تحقق الضرر، إذ قضت محكمة باريس الأبتدائية على أن ((القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق على المسألة لمجرد أن الضرر الذي يُطَلبْ التفويض عنه قد تحقق في فرنسا))[١] .

وتجد الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أصدر بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٩ القانون رقم ٣٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ، الذي تم إدماج نصوصه في التقنين المدني واعتمد على قانون بلد تحقق الضرر[٢] .

وعن الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية ، فإذا كان التقنين الأمريكي الأهلي الأول سالف الذكر قد أعطى الاختصاص لقانون مكان الحدث الأخير الضروري لترتيب المسؤولية ويراد منه الضرر ، فأن التقنين الأمريكي الأهلي الثاني سالف الذكر قد قرر قواعد مرنة تركت حيزاً كبيراً لنظرية العلاقة الأكثر ملائمة والتي تعطي دوراً هاماً لقانون محل مكان تحقق الضرر ولاسيما بالنسبة للوقائع التي تخضع لقواعد تنازع خاصة[٣] .

ولم تسلم حجج هذا الفريق من الإنتقاد ، خصوصاً بمغالاته بعنصر الضرر دون الرجوع إلى عنصر الخطأ ، إذ من الجائز وجود حالات يتم فيها تعويض المتضرر عن الضرر ، ولكن هذا لا يمنع من وجود حالات المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن تقوم دون وجود الخطأ سواء كان واجب الإثبات أو مفترض[٤] .

إضافة إلى ذلك قد تكون هناك صعوبة في تحديد مكان تحقق الضرر عندما يكون في مكان عارض أو عند توزعه في أكثر من دولة كالنشر عبر الأنترنيت أو البث عبر الإذاعة أو توزيع صحيفة في عدة دولة[٥] .

---

[١] حكم محكمة باريس الابتدائية الصادر في ١٩٨٢/٩/٢٩ في قضية الممثلة الفرنسية رومي شنايدر ، كذلك حكم نفس المحكمة في قضية اميرة موماكو كارولين. منشور في المجلة الأقتصادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٣، ص٦٧٠ . تعليق Gandempt Tallon . أشار إليها د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٢٦٦ .

[٢] انظر الباب الرابع من الكتاب الثالث للتقنين المدني الفرنسي ، المادة (١٣٨٦ /١ إلى ١٨/١٣٨٦) .

[٣] نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٣٠ . إذ يذكر أن المادة ١٤٥ من التقنين الأمريكي الثاني سالف الذكر قد حدد عدة نقاط إتصال التي تؤخذ بالأعتبار منها مكان تحقق الضرر .

[٤] انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥٠٤ .

[٥] انظر د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص١٠٩ .

وبعد أن انتهينا من عرض الإتجاه الأول بفريقيه ، سنتطرق فيما يلي للإتجاه الذي يأخذ بكلا العنصرين بنظر الاعتبار :

الإتجاه الثاني : الإسناد المؤسس على عنصري المسؤولية الخطأ والضرر:

هناك بعض الإتجاهات الفقهية التي حاولت حل إشكالية تفرق عناصر المسؤولية التقصيرية بين دولتين بالإعتداد بكلا العنصرين دون أفضلية مسبقة لقانون على آخر ، ولاسيما أن المسؤولية التقصيرية تقتضي اجتماع الفعل والسبب والضرر .

وفي ضوء ما تقدم نعرض هذه الحلول وكالآتي :-

١- تطبيق قانون القاضي في حالة حصول الخطأ أو تحقق الضرر في الأقليم الوطني :

يرى هذا الإتجاه إعطاء الأولوية لقانون القاضي بمجرد توافر أحد عناصر المسؤولية التقصيرية على إقليمه الوطني ، ويؤسس هذا الحل على ضرورة ترجيح قانون القاضي في حالة تنافسه بصدد إحدى المنازعات الخاصة الدولية مع نظام قانوني آخر[١] .

ولا يسلم هذا الإتجاه من المثالب التي تضعفه ، منها أن قواعد تنازع القوانين التي يرتكن إليها القاضي لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي أغلبها ذات طبيعة محايدة ، وهذا يعني إنها لا تمييز بين قانون القاضي وأي قانون أجنبي آخر ، فهي تضع كلا القانونين على قدم المساواة[٢].

ونضيف إلى ذلك بأن قانون القاضي إذا لم يكن قانون دولة مكان حصول الخطأ أو قانون دولة مكان تحقق الضرر ، فلا يسعف هذا الإتجاه من السند الذي يسوغ اختصاص هذا القانون بدعوى المسؤولية التقصيرية المعروضة عليه .

٢- التطبيق الموزع:

يستند هذا الإتجاه على تطبيق قانون بلد حصول الخطأ وقانون بلد تحقق الضرر تطبيقاً موزعاً ، إذْ يختص كل قانون بحكم جزء من أحكام المسؤولية التقصيرية ، فيرجع إلى قانون مكان السلوك الخاطيء ، لتحديد شروط المسؤولية ، ويرجع إلى قانون مكان تحقق الضرر لتحديد

---

[١] هذا ما قررته محكمة النقض الإيطالية في إحدى أحكامها بتاريخ ١٩٧٦/٧/١٥ . بصدد إنفجار وقع على سفينة إيطالية لاحقاً بخسائر حدثت في ميناء ايراني . الحكم منشور في D. I. 1983 . P.189 . أشار إليه د. حسام فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٧٥ .

[٢] راجع د. حسام الدين فتحي ناصف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص١٩ وما بعدها .

آثار المسؤولية كالحق في التعويض وطرقه ، فضلاً عن الشروط الأخرى الضرورية المتعلقة بآثار المسؤولية كطبيعة الضرر القابل للتعويض والتقادم[١] .

ويُرد على هذا الإتجاه أنه يؤدي إلى تطبيق تحكمي للقوانين المحلية المعنية ، وهو لا يلقى تأييد الفقه والقضاء[٢] .

٣- التطبيق الجامع:

يذهب هذا الإتجاه إلى تطبيق كل من قانون مكان السلوك الخاطيء وقانون مكان تحقق الضرر تطبيقاً جامعاً ، وهذا يعني توافر الشروط المطلوبة لقيام المسؤولية في كل من القانونين وتحقق آثارها فيه لكي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق[٣] .

ولم يسلم هذا الإتجاه من الأنتقاد كونه يميل على تطبيق القانون الأكثر تشدداً والإخلال بالفكرة الرئيسة التي تهدف إلى تطبيق قانون الدولة التي حصل فيها السلوك الخاطيء ، وقانون الدولة التي تحقق فيها الضرر[٤] .

٤- تطبيق القانون الأصلح للمضرور:

إنَّ مصلحة أطراف الدعوى تمثل أفضل معيار إسنادي لتحديد القانون الواجب التطبيق المتعلق بدعوى المسؤولية التقصيرية ، عندما يقع السلوك الخاطيء في دولة ، ويتحقق الضرر في دولة أخرى[٥] .

ومصداق هذه المصلحة في هذا الفرض من ناحيتين ، فبالنسبة لمحدث الضرر فإنّ ما يحقق مصلحته ألاّ يصبح مسؤولاً عن فعل يمكن أن يعد مشروعاً إستناداً لقانون الدولة التي إرتكب بها هذا الفعل ، كما أنه يكون أكثر علماً بأحكام هذا القانون بالمقارنة مع أحكام قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر والذي يكون بالنسبة له قانوناً أجنبياً ، أما بشأن المضرور فتتحقق مصلحته بأن يكون بإستطاعته الحصول على تعويض عادل للضرر الذي أصابه[٦] .

---

(1) Beitze , Les obligation delictnelies en D. I.P. Rec . Cours La Haye , 1965 . T. 115 , P. 82 ets . No. 35 .

أشار إليه د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة .. ، مصدر سابق ، ص٧٧ .

[٢] انظر في عرض الانتقاد لهذا الاتجاه د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل ..، مصدر سابق، ص٣٧ – ٣٨.

[٣] انظر د. أوميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في الألتزامات غير التعاقدية ط١ دار الكتب القانونية ، القاهرة ٢٠١١ ، ص٨٣ .

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ... ، مصدر سابق ، ص١١٩٧ .

[٥] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٧١ .

[٦] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٧٤٢ .

وينسجم هذا الحل مع فكرة أن الواقعة المنشئة للالتزام يمكن أن تتوطن في مكان السلوك الخاطيء ، أو في مكان تحقق الضرر ، وهو يعبر عن إسناد إختياري للقوانين التي يمكن أن تنطبق في شأن المسؤولية التقصيرية ، وهذا الإختيار وأن تم الرجوع بصدده صراحة للمضرور، بإعتبار أنّ قواعد المسؤولية المدنية تسعى دائماً إلى حمايته ، بوصفه في الغالب الطرف الضعيف في هذه العلاقة ، فأنَّ الاختيار يتحقق أيضاً لمحدث الفعل الخاطيء بشكل ضمني عن طريق القيد الواجب إدخاله على هذا الإتجاه ، والمتمثل بوجوب الرجوع إلى قانون دولة هذا الإتجاه ، والمتمثل بوجوب الرجوع إلى قانون دولة مكان السلوك الخاطيء لتحديد مدى مشروعية هذا الفعل .

وفيما إذا كان يستوجب مسؤولية الفاعل من عدمه ، فهذا القيد يؤسس على مراعاة مصلحة محدث الفعل من إلاّ تتقرر مسؤوليته عن فعل يعد مشروعاً وفقاً لقانون الدولة التي وقع فيها[١] .

وإستناداً لما تقدم يمكن القول بأنه في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام يختار المضرور على دعوى المسؤولية التقصيرية المرفوعة من قبلهِ ، أما قانون دولة مكان إرتكاب الفعل الخاطيء أو قانون دولة تحقق الضرر مع تقييد القاضي قبل أن يختار المضرور أي من هذين القانونين السالفين ، بأن يبدأ بالرجوع إلى قانون محل إرتكاب الفعل والذي قد تؤدي إستشارته عن قبول دعوى المسؤولية ، بحسبان أن هذا القانون لا يرى في الفعل محل الدعوى عملاً غير مشروعاً[٢] .

والجدير بالذكر أن إختلاف دولة مكان وقوع الخطأ عن دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع ، فأنه يجب الإعتداد بما يقرره قانون القاضي في شأن مشروعية السلوك وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى رفض الدعوى ، ويجب أن لا يغرب عن البال أن المضرور هو الذي يختار القانون الذي يراه محققاً لمصلحته كونه أدرى بتلك المصلحة من القاضي نفسه ، فإذا كان قانون مكان تحقق الضرر يخول المضرور تعويضاً أكبر فأن هذا لا يعني بالضرورة أنه القانون الأصلح له ، إذ قد يفضل المضرور تطبيق قانون مكان السلوك الخاطيء لكونه لا يكلفه بالإثبات وإنما يقيم المسؤولية على أساس الخطأ المفترض[٣] .

---

[١] انظر د. جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص٥٥٩ .
[٢] انظر د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٨١ .
[٣] انظر د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٧٤٢ .

وقد كرست العديد من التشريعات هذا الإتجاه ، فقد نص عليه صراحة القانون المجري لعام ١٩٧٩ المعدل بقانون ٢٠١٧ بالمادة (٢٢) منه . والمادة (١/١٣٢) من القانون السويسري لعام ١٩٨٧ التي أعطت الاختصاص لقانون محل الضرر في حالة تفرق العناصر المكونة للمسؤولية ، شريطة أن يكون الفاعل من الواجب عليه أن يتوقع أن النتيجة ستحدث هناك ، فضلاً عن أن المادة (٧) من إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧١ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق ، كذلك المادة (١٩) من إتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق عن المسؤولية عن الأشياء المنتجة[١] .

وعن موقف القوانين محل المقارنة من هذا الإتجاه ، نجد أن القانون التونسي قد نص بشكل صريح في عجز الفصل (٧٠) سالفة الذكر على الإعتداد بقانون الدولة التي تحقق فيها الضرر إذا طلب المضرور ذلك .

وبدورنا نؤيد هذا الإتجاه لإستجابته للمرونة المطلوب إدخالها على مبدأ اختصاص القانون المحلي ، والتي تجعلنا نعتمد مرة أخرى على التوطين الشخصي للواقعة المنشئة للمسؤولية التقصيرية ، ففي الفرض الذي عالجناه في الفرع الأول من هذا المطالب المتعلق بالصفة العرضية أو ضعف الصلة أو الارتباط بالواقعة المنشئة للالتزام ، إعتمدنا بشأن القانون الواجب التطبيق على القانون الأوثق صلة الذي قد يكون قانون الوسط الاجتماعي أو نظرية القانون الملائم أو حتى قانون الإرادة ، وها نحن نرتد مرة أخرى لأطراف تلك الدعوى ونعتمد على أشخاصهم في تحديد القانون الواجب التطبيق ، على النحو الذي يحقق التوازن بين مصالحهم .

لذا نقترح على المشرع العراقي إدراج فقرة إلى نص المادة (٢٧) سالفة الذكر لتكون بالشكل الآتي : ((١- ومع ذلك في حالة أنَّ تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام في أكثر من دولة ، يطبق القانون الأصلح للمضرور)) ، إذ يختار المضرور القانون الأصلح له من بين قانون مكان حصول الخطأ وقانون مكان تحقق الضرر مع مراعاة القيد المتمثل بعدم مشروعية الفعل بكلا القانونية .

---

[١] انظر في عرض التشريعات المؤيدة لهذا الإتجاه ، د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق ، ص٢٨٠ .

المطلب الثاني

الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين في نطاق العمل النافع

يعد الإثراء بلا سبب من مصادر الالتزامات التي نصت عليها مختلف التقنينات الحديثة ، فكما أن الفعل الضار يكون مصدراً لإلتزام فاعله بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر ، كذلك يكون الإثراء على حساب الغير مصدراً لالتزام المثري برد قيمة إثراءه إلى من يكون قد إفتقر إقتصاراً ، أدى إلى حدوث هذا الإثراء ، وذلك لأن العدالة كما تأبى أن يتحمل المضرور ما أصابه من ضرر بخطأ غيره ، تأبى أن يحتفظ المثري بما حدث له من إثراء لا مبرر له إذا كان هذا الإثراء قد حدث على حساب غيره[١] .

إنّ الالتزامات التي تنشأ عن الفعل النافع يمكن في كثير من الحالات أن يتخللها عنصراً أجنبياً ، ولا تكون بالتالي حبيسة دولة واحدة وهو ما يستتبع بالضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الإلتزامات ، وللإحاطة بذلك سوف نقسم هذا المطلب علي فرعين ، نخصص الأول إلى الإتجاه التقليدي لقواعد تنازع القوانين في إطار الفعل النافع، وسنعرض في الثاني تكريس الإتجاهات الحديثة لقواعد تنازع القوانين في إطار الفعل النافع .

الفرع الأول

الإتجاه التقليدي لقواعد تنازع القوانين في إطار الفعل النافع

يكاد ينعقد إجماع فقه القانون الدولي الخاص[٢] ، على خضوع الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام ، أي القانون المحلي وذلك إستناداً إلى ذات المسوغات التي تبرر تطبيق هذا القانون على المسؤولية الناشئة عن العمل الضار[٣] .

ويعني ذلك سريان قانون الدولة التي تحققت فيها واقعة الإثراء ، أما في حالة حدوث الإثراء في دولة والأفتقار في دولة أخرى ، فيذهب الرأي الغالب بالإعتداد بمكان الإثراء ، بناءاً

---

[١] انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الالتزام ، ط٧ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٧٥٥ .

[٢] انظر كل من د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٤٨٨ وما بعدها . ود. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص٥١٤ . ود. محمد كمال فهمي ، مصدر سابق ، ص٦٠٤ وما بعدها . ود. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٥٧٧ .

[٣] سبق وأن تناولنا هذه المسوغات بشيء من التفصيل عند التطرق إلى تطبيق القانون المحلي على مسائل المسؤولية التقصيرية .

على أن الإثراء هو العنصر الإيجابي الذي يمكن تحديده بسهولة ودقة ، بينما الافتقار عنصر سلبي ، مما يسوغ الاعتماد على العنصر الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق[١].

ويشمل نطاق القانون المشار إليه تحديد عناصر الإثراء وهي إثراء المدين وإفتقار الدائن ، إفتقار يترتب عليه إثراء المدين ، وإنعدام السبب الذي يبرر إثراء هذا المدين[٢] ، فيرجع إلى القانون الواجب التطبيق لبيان المقصود بالمسائل السابقة وتحديد مدلولها ، كما يختص بتحديد آثار الإثراء ومقدار التعويض الذي يلتزم به المدين ، وما إذا كان يقدر بقيمة ما أثرى به أو بقيمة ما إفتقر الدائن ، أم بأكثر القيمتين أو بأقلهما ويدخل في نطاق القانون المذكور أيضاً بيان مدة تقادم الالتزام الناشيء عن الإثراء بل سبب وانتهائها ، وتحديد كذلك شروط رد ما دفع دون وجه حق ومقدار ما يجب رده[٣] .

وعن موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع ، فأن كلاً من القانون العراقي والقانون المصري وأن خلا من نص خاص يعالج هذه المسألة ، إلاّ أن هذا لا يعني من الأمر شيئاً ، إذ يبقى الاختصاص للقانون المحلي كما هو مقرر في الفقرة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٢١) من القانون المدني المصري[٤] .

أما في القانون التونسي فقد أورد نصاً صريحاً بهذه الواقعة في الفصل (٧٦) والتي تنص على أنه ((يخضع تصرف الفضولي والإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه))[٥] .

وعن الوضع في فرنسا فأن القضاء هناك يطبق نصوص إتفاقية روما الثانية الخاصة بالإلتزامات غير التعاقدية لسنة ٢٠٠٧ سالفة الذكر على المسائل الخاص بالفعل النافع[٦] .

وفي الولايات المتحدة الأمريكية وأغلب الدول الأنكلوامريكية فيسود فيها إسناد الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العمل النافع إسناداً مرناً إلى قانون الدولة الأوثق صلة بها[٧] .

---

(١) انظر د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص١٣٥ . وفي الفقه الفرنسي انظر Batiffol et Lagarde , Op. cit , P. 253 .

(٢) انظر د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٣٥٢ .

(٣) انظر د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص١٨٩ .

(٤) قارن د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، مصدر سابق ، ص١٩٥ .

(٥) راجع مبروك بنموسى ، مصدر سابق ، ص٥٩٥ .

(٦) نقلاً عن د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص١٩٤ .

(٧) نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٥٠ .

وما يقال عن مسائل المسؤولية التقصيرية يطبق على وقائع الفعل النافع من الحاجة إلى تطويع مبدأ القانون المحلي وإضفاء نوع من المرونة عليه ، في الفروض التي لا توجد صلة بين الواقعة محل الإثراء والقانون المحلي أو تفرق عناصر الواقعة وصعوبة توطين عناصر المسؤولية ، الأمر الذي يدعونا إلى إسقاط الاتجاهات الحديثة والتي سبق وأن تطرقنا إليها في نطاق المسؤولية التقصيرية على واقعة الفعل النافع بشيء من الإيجاز وصولاً إلى أفضل إسناد لقاعدة التنازع يتحقق من خلالها أفضل حماية على هذا النوع من الوقائع ، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني

تكريس الإتجاهات الحديثة لقواعد تنازع القوانين في إطار الفعل النافع

إذا كان الفقه الغالب[١] يذهب إلى تطبيق القانون المحلي بمفهومه المكاني أو الجغرافي على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العمل المكاني أو الجغرافي على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العمل النافع ، ولا يؤيد تطبيق قانون غيره ، بالرغم من تأييده الخروج عن هذا المفهوم على صعيد الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل اضار ، إذ يرى عدم إعمال القانون المحلي بمفهومه المكاني بطريقة صماء في الحالات التي يتسم فيها بالعرضية أو الصدفة، في حين تكون هناك روابط وثقى وصلات متينة بقانون دولة أخرى ، فيسري قانون هذه الدولة أخذاً بالمفهوم الاجتماعي للقانون المحلي[٢].

إذْ لم يسلك الفقه أعلاه هذا المسلك بصدد الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع، ولاشك أن الموقف السابق يثير الدهشة وليس له سند قانوني يبرره ، وتأسيساً على ذلك ذهب جانباً من الفقه الحديث[٣] إلى إنتقاد إسناد الالتزامات غير التعاقدية إسناداً جامداً وآلياً إلى القانون المحلي بمفهومه المكاني مقترحاً في الوقت ذاته أن يسري على هذه الالتزامات قانون الدولة التي تتوافر بينها وبين المسألة روابط متينة وصلات وثقى ، يستوي في ذلك أن يتحقق ذلك من جانب القانون المحلي بمفهومه المكاني أو من جانب هذا القانون بمفهومه القانوني الوثيق الصلة بالواقعة محل الإلتزام .

---

[١] انظر في عرض آراء الفقه المؤيد لخضوع الفعل النافع للقانون المحلي د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص١٨٧ وما بعدها .

[٢] قارن د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة .. ، مصدر سابق ، ص١٦ – ١٧ .

[٣] انظر Audit , Op . cit , P. 651 ets .

أما عن دور إرادة الأطراف كضابط للإسناد في نطاق الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع ، فأن كان لهذه الإرادة دور في مجال الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار وقننة بعض التشريعات وفقاً لضوابط محددة مسبقاً ، فأننا نؤيد هذا الدور للإرادة في نطاق الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن العمل الضار أو الفعل النافع ، إذْ أن إتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين ، وتبين أن هذا الاختيار يخلو من الغش أو التحايل ولا يمس بحقوق الغير ولا يفتئت على المجال الاستئثاري للقوانين الأخرى ذات الصلة بالمسألة ، فمن الجائز إقرار هذا الاختيار والبت في المنازعات وفقاً لهذا القانون .

وقد كرست بعض التشريعات الإتجاهات الحديثة المتقدمة كما هو الحال في المادة (١٢٨) من القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ والمادة (١٠٤) وما بعدها من القانون الدولي الخاص الروماني لسنة ١٩٩٢ ، والمادة الأولى من القانون الألماني الخاص بالإلتزامات غر التعاقدية والأموال لسنة ١٩٩٩ ، والمادة (١٢٢٣) من القانون الروسي الصادر في سنة ٢٠٠١[١] .

أما عن موقف القوانين محل المقارنة ، فقد سبق وأن عرفنا أن المشرع التونسي أورد في الفصل (٧٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع ، في حين خلا كلٍ من التشريع العراقي والمصري في ذلك .

وسار القضاء الفرنسي على ما استقر عليه العمل في اتفاقية روما الثانية للالتزامات غير التعاقدية لسنة ٢٠٠٧ ، كما أنَّ هذا الإتجاه مستقر عليه العمل في الولايات المتحدة الأمريكية ، إذْ يتم إسناد هذه الإلتزامات غير التعاقدية إسناداً مرناً إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالنزاع[٢] .

وبدورنا نؤيد الاتجاهات الحديثة ونرى أنه على غرار ما قررناه بصدد الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية ، أن يسري على الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل النافع القانون الأوثق صلة والأشد متانة عندما يتبين أن الأخذ بالقانون المحلي بمفهومه المكاني سيفضي إلى تطبيق قانون ضعيف الصلة عرضي العلاقة بالواقعة المنشئة للالتزام ، وآيتنا في ذلك أن علة تقرير ذلك بصدد الالتزامات غير التعاقدية الناشئة عن الفعل الضار متوافرة بذات الدرجة في الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع ، وهو ما يقتضي توحيد الحكم في هاتين الحالتين المتماثلتين .

وعليه فأننا نقترح على المشرع العراقي أما إطلاق نص المادة (١/٢٧) التي سبق وأن إفترضنا تعديلها ، إطلاقها لتستوعب كل من المسؤولية التقصيرية والفعل النافع لتكون بالشكل

---

[١] راجع في عرض هذه التشريعات د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص١٩١ – ١٩٢ .
[٢] نقلاً عن د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة ... ، مصدر سابق ، ص٥٠ .

الآتي : ((الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للألتزام ، أما إذا كان هنالك قانوناً آخر أوثق صلة وأشد إرتباطاً وجب تطبيقه)) ، إذ أن النص أعلاه يشمل لفظ الالتزامات غير التعاقدية ، والمطلق يجري على إطلاقه مالم يقيد بنص خاص ، بحيث يستوعب هذا النص كل من المسؤولية التقصيرية والفعل النافع أو إيراد نص خاص بالفعل النافع ليكون بالشكل الآتي : ((أ- الالتزامات غير التعاقدية في نطاق الفعل النافع يسري عليه قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام ، أما إذا كان هنالك قانوناً آخر أوثق صلة وأشد إرتباطاً وجب تطبيقه . ب- ومع ذلك إذا تفرقت عناصر الواقعة المنشئة للإلتزام في أكثر من دولة يُطبق القانون الأصلح للمضرور)) ، إذْ يختار المضرور القانون الأصلح له من بين قانون تحقق واقعة الإثراء وقانون حصول واقعة الأفتقار .

خلاصة المبحث الثاني

في مجال المسؤولية التقصيرية، ظهر إتجاه فقهي وتشريعي يدعو إلى وجوب فسح المجال أمام إرادة الأطراق لتلعب دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات غير التعاقدية بصورة عامة، في حالة ما إذا إتفق الأطراف بمقتضى إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على هذه الإلتزامات، بحسبان أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم، متى ما ثبت هذا الإختيار لا يشوبه التحايل على القانون ولا يداخله التعسف ولا يمس بحقوق الغير ولا يفتئت على النطاق الاستئثاري للقوانين الأخرى ذات الصلة .

وتؤيد الدراسة في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي في أكثر من دولة، تطبيق القانون الأصلح للمضرور ، لما لهذا القانون من تحقيق مصلحة أطراف الدعوى ، فبالنسبة لمحدث الضرر فأن ما يحقق مصلحته إلا يصبح مسؤولاً عن فعل يمكن أن يعد مشروعاً إستناداً لقانون الدولة التي إرتكب بها هذا الفعل، كما أنه يكون أكثر علماً بأحكام هذا القانون بالمقارنة مع أحكام قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر والذي يكون بالنسبة له قانون أجنبياً . أما بشأن المضرور فتتحقق مصلحته بأن يكون باستطاعته الحصول على تعويض عادل للضرر الذي أصابه .

وما يقال عن مسائل المسؤولية التقصيرية على وقائع الفعل النافع من الحاجة إلى تطويع مبدأ القانون المحلي وإضفاء نوع من المرونة عليه ، في الفروض التي لا توجد صلة بين الواقعة محل الإثراء والقانون المحلي، أو تفرق عناصر الواقعة وصعوبة توطين عناصر المسؤولية .

خلاصة الفصل الثاني

إن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ليس مقترناً دائماً بإستبعاد قانون الإرادة، فقد يأتي هذا الإستبعاد متوافقاً مع حماية الطرف الضعيف، إلا أنه قد يأتي أيضاً على حساب هذه الحماية، فالعاقد الضعيف لا يجوز له أن يتكأ فقط على الحماية التي تقدمها له النصوص الآمرة الناتجة عن الإسناد الموضوعي، وإنما له كذلك أن يستند على الحماية التي قد تكون أفضل المقدمة من قبل القانون المختار، إذْ إنّه في حالة كون القانون المختار أفضل حماية للعاقد الضعيف، فأنّ إستبعاده يؤدي إلى الإضرار بمصالحه ويتناقض مع هدف حمايته .

وإن الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يؤدي إلى تفعيل دور قاعدة التنازع وتطويع مبدأ سلطان الإرادة لحماية المستهلك وتكريس دور الإسناد التخييري في حماية العاقد الضعيف، كما يعمل أيضاً على إمكانية الحد من تدخل بعض الوسائل التي تساهم في علاج قصور قاعدة التنازع .

وكشفت الدراسة بأن الجوانب الحمائية المقررة للعامل، تتمثل في تقرير صحة وفعالية الاختيار إن كان يصب في مصلحتهِ وضده إن كان غير ذلك، بحيث لا يُحْرَم العامل من الحماية المقررة بموجب أي قانون آخر سواء كان وطنياً أم أجنبياً . وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الإختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة في بلد التنفيذ والقانون المختار من قبل الأطراف وإختيار القانون الأصلح للعامل من بين القوانين المتزاحمة الإنطباق، فمتى ما تضمن العقد أجراً للعامل يجاوز الحد الأدنى الذي نص عليه المشرع، أو إشتمل على حقوق وامتيازات أفضل للعامل، فلا مساغ إلاّ تقرير سمو العقد على قواعد القانون الآمرة، بالمقابل فأن أي قانون أجنبي أو إتفاق أو عقد يجرد العامل من الحقوق التي منحه إياها القانون الوطني للعامل أو يقلل منها فلا مساغ إلا وجوب إستبعاده .

في مجال المسؤولية التقصيرية، ظهر إتجاه فقهي وتشريعي يدعو إلى وجوب فسح المجال أمام إرادة الأطراق لتلعب دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات غير التعاقدية بصورة عامة، في حالة ما إذا إتفق الأطراف بمقتضى إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على هذه الإلتزامات، بحسبان أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم، متى ما ثبت هذا الإختيار لا يشوبه التحايل على القانون ولا يداخله التعسف ولا يمس بحقوق الغير ولا يفتئت على النطاق الاستئثاري للقوانين الأخرى ذات الصلة .

وتؤيد الدراسة في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للالتزام غير التعاقدي في أكثر من دولة، تطبيق القانون الأصلح للمضرور ، لما لهذا القانون من تحقيق مصلحة أطراف الدعوى ، فبالنسبة لمحدث الضرر فأن ما يحقق مصلحته إلاّ يصبح مسؤولاً عن فعل يمكن أن يعد مشروعاً إستناداً لقانون الدولة التي إرتكب بها هذا الفعل، كما أنه يكون أكثر علماً بأحكام هذا القانون بالمقارنة مع أحكام قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر والذي يكون بالنسبة له قانون أجنبياً . أما بشأن المضرور فتتحقق مصلحته بأن يكون باستطاعته الحصول على تعويض عادل للضرر الذي أصابه .

وما يقال عن مسائل المسؤولية التقصيرية على وقائع الفعل النافع من الحاجة إلى تطويع مبدأ القانون المحلي وإضفاء نوع من المرونة عليه ، في الفروض التي لا توجد صلة بين الواقعة محل الإثراء والقانون المحلي، أو تفرق عناصر الواقعة وصعوبة توطين عناصر المسؤولية .

الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين، خلصنا إلى مجموعة من النتائج يمكن أن نطرح من خلالها بعض التوصيات .

أولاً – النتائج:

١- كشفت لنا هذه الدراسة أن قواعد الإسناد ذات الغايات المادية هي من صناعة قضائية او إتفاقية والقليل منها يستنبط خلف السطور من التشريع وهي تزدهر في الانظمة الانكلوامريكية التي تمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مستقبل الحكم ولكنها تتراجع في دول الانظمة اللاتينية.

٢- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى تحديد مدلول قواعد التنازع ذات الغايات المادية، والتي تعبر عن الجانب الحمائي لقواعد الإسناد بأنها ((قواعد تنازع تخييرية تحتوي على أكثر من ضابط إسناد يصنعها المشرع الوطني، هدفها إسناد العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي إلى أكثر القوانين تحقيقا للحماية المنشودة بعد فحص القاضي مضمون تلك القوانين مسبقاً)) .

٣- تبين لنا من خلال هذه الدراسة، أن ضوابط الإسناد المرنة وإنْ كانت تواكب التطور ومواجهة ما تكشف عنه الحياة العملية من فروض لم يكن للمشرع توقعها عند صياغة النصوص التشريعية، إذ بموجبها يصدر القاضي أحكاماً مختلفة إستناداً للحالة المعروضة عليه وما يحيط بها من ظروف، ومثالها قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية التي تسند العلاقة إلى القانون الأصلح من دون تحديد لعدد القوانين المتنازعة، إلا أنه ومن أجل ضمان الدقة والمنطق والإستجابة لمتطلبات الحياة يستوجب الجمع بين معياري الجمود والمرونة، ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع القاضي حيزاً للاجتهاد في النصوص التشريعية ومقيداً له في الوقت ذاته، أي أن النصوص تتراوح بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي، فهذا المعيار يتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرناً وفي الوقت ذاته لا يتمكن من الخروج عن ما هو محدد من خيارات داخل هذا النص، كما هو الحال في القاعدة التي تخضع شكل التصرف إلى ضوابط إسناد متعددة ومحددة مسبقاً .

٤- كشفت لنا هذه الدراسة، أن الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين تبلغ ذروتها في قواعد

الإسناد ذات الغايات المادية التي تتضمن أكثر من ضابط إسناد وإعطاء الأولوية للقانون الأصلح لأحد أطراف العلاقة القانونية، ونقل درجتها في قواعد الإسناد ذات الغايات المادية التي تشتمل ضوابط إسناد على قدم المساواة، لتتضائل في الحالة التي يتم فيها إختيار هذه الضوابط على سبيل التدرج، خصوصاً عندما يكون ضابط الإسناد الاحتياطي يشتمل معايير إسناد جامدة .

٥- خلصت الدراسة إلى أن مفهوم الدفع بالنظام العام بطابعه الحمائي بوصفه آلية تُعدِلْ من نتائج تفشي الطريقة التنازعية التقليدية قد حُجّمَ دوره في إطار تحديد القانون الأصلح التي تسعى قواعد تنازع القوانين ذات الغايات المادية إلى تحقيقه، طالما أنها تستغرقه منذ البداية عند تحديدها للقانون المنطبق، وبعبارة أخرى أن التجديد الهيكلي لقاعدة تنازع القوانين لم يستبعد مفهوم الدفع بالنظام العام وإنما جعله يضطلع بوظيفة غير تلك التي كان يقوم بها إزاء قاعدة الإسناد التقليدية، إذْ إنّه لم يعد يلعب فقط دور الوظيفة الإقصائية وإنما أصبح لاعباً إيجابياً يُستِغرقْ من قبل قاعدة الإسناد ذات الوظيفة الحمائية طالما أن الطابع المادي لها يجعلها منذ البدء تأخذ بعين الإعتبار الخيارات الأساسية للمشرع .

٦- إنَّ وجود إستثناءات تقويم الإسناد في نظام يتبنى قواعد إسناد ذات غايات مادية في تشريعاته قد يكون إشكالياً؛ لأنّ إعتماده يزيح جانباً هذه القاعدة ويُصعب تطبيقها، ويعطل بالتالي الأثر المادي الذي أراد المشرعَ تحقيقه . وحسناً فعل المشرع العراقي عندما لم ينص على هذه الإستثناءات بصورتها العامة، وما يعضد رأينا هذا بأنه ذكر ولو بصورة ضمنية إلى عد قواعد الإسناد ملزمة للقاضي من تلقاء نفسه، فكيف به أن يستثني تطبيقها في مواضع أُخرى ؟ خصوصاً إنها إستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره، وإنْ كان لا ضير من إعمال هذه الاستثناءات بطابعها الجزئي .

٧- ساير المشرع العراقي أكثر التشريعات العربية، وأخضع الأنظمة المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية إلى القانون الشخصي وفقاً لمعيار الجنسية، إلاّ أنه إذا كانت هذه التشريعات جمعت هذه النظم وإسندتها لقانون جنسية غير كامل الأهلية، فأن المشرع العراقي أفرد الولاية بمعزل عن بقية الأنظمة الموضوعية الأخرى، وذلك بأن جمعها بنص واحد مع الحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأولاد وأخضعها لقانون جنسية الأب أستناداً إلى المادة (٤/١٩) من القانون المدني دون تحديد المقصود بهذه الولاية، هل في

الولاية على النفس أم تشتمل الولاية على النفس مع الولاية على المال مما يطرح أكثر من تساؤل حول ذلك ؟ أما الوصاية والقوامة فأخضعها لقانون جنسية غير كامل الأهلية بموجب المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي .

٨- إذا كان المشرع العراقي أخضع الولاية إلى قانون جنسية الأب فأنه لم يحدد الوقت الذي يعتد بذلك، مما خلف معه جدلاً فقهياً لبيان ذلك الوقت، هل هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أم وقت رفع الدعوى وهل كان عدم تحديد الوقت توفيق أن قصور من جانب المشرع العراقي ؟

٩- تؤيد الدراسة في مسائل الحضانة الإتجاه الذي يعطي الاختصاص للقانون الأصلح للمحضون، للأسباب المذكورة في متن البحث، وتضمين هذا الأتجاه بالقانون العراقي على الرغم مما يحسب للمشرع العراقي من موقف متميز عن أغلب التشريعات العربية بإخضاعها لقاعدة إسناد ولو بصورة ضمنية بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس .

١٠- أنتهت الدراسة إلى تقييد إطلاق نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي والذي يقضي بخضوع النفقة لقانون المدين بها، بأخراج كل من نفقة الزوجة ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة من هذا الإطلاق، إلاّ أن التساءل الذي أثارته الدراسة، هل يسري النص أعلاه على نفقة الأصول والفروع أم يقتصر على النفقة ما بين الأقارب؟ رأينا أغلب الفقه العراقي يؤيد سريانه على نفقة الأقارب دون نفقة الأصول والفروع لشمول الأخيرة بنص المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي . إلاّ إننا نؤيد الإتجاه الذي سار عليه أحد الفقهاء العراقيين بأن النفقة سواء كانت للأقارب المباشرين أو الحواشي فأنها تخضع لحكم المادة (٢١) للأسباب التي ذكرناها في متن البحث .

١١- كشفت لنا هذه الدراسة، ظهور أكثر من إتجاه لمعالجة القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، فمنهم من ينادي بتطبيق قانون المدين بها والآخر يدعو إلى تطبيق قانون الدائن بها، ويرى منهم تطبيق قانون القاضي، ويسلم آخرون بتطبيق قانون محل إقامة الدائن . فمن أجل عدم إهمال الحلول المتقدمة ومحاولة الجمع بينهما ووضعها في قاعدة إسناد ذات غايات مادية على سبيل الإختيار أو التجاور مع منح القاضي سلطة تقديرية في إختيار القانون الأصلح، أو حتى على سبيل التدرج، لذا نعتقد أنه من الأفضل الإعتماد

على مجموعة من الضوابط يتقدمها ضابط الإسناد الشخصي وفقاً لقانون محل إقامة الدائن بالنفقة بوصفه المعيار الغالب لدى التشريعات المقارنة الحديثة والاتفاقيات الدولية، وهذا ما يستجيب للدور المتزايد لفكرة الإقامة العادية كضابط للاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي، ومن ثم يعمل بالقانون الوطني المشترك للدائن والمدين وأخيراً يتم اللجوء إلى قانون القاضي .

١٢- إنّ حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ليس مقترناً دائماً بإستبعاد قانون الإرادة، فقد يأتي هذا الإستبعاد متوافقاً مع حماية الطرف الضعيف، إلاّ أنّه قد يأتي أيضاً على حساب هذه الحماية، فالعاقد الضعيف لا يجوز له أن يتكأ فقط على الحماية التي تقدمها له النصوص الآمرة الناتجة عن الإسناد الموضوعي، وإنما له كذلك أن يستند على الحماية التي قد تكون أفضل المقدمة من قبل القانون المختار، إذْ إنّه في حالة كون القانون المختار أفضل حماية للعاقد الضعيف، فأنّ إستبعاده يؤدي إلى الإضرار بمصالحه ويتناقض مع هدف حمايته .

١٣- إنّ الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يؤدي إلى تفعيل دور قاعدة التنازع وتطويع مبدأ سلطان الإرادة لحماية المستهلك وتكريس دور الإسناد التخييري في حماية العاقد الضعيف، كما يعمل أيضاً على إمكانية الحد من تدخل بعض الوسائل التي تساهم في علاج قصور قاعدة التنازع .

١٤- كشفت الدراسة بأن الجوانب الحمائية المقررة للعامل، تتمثل في تقرير صحة وفعالية الاختيار إن كان يصب في مصلحتهِ وضده إن كان غير ذلك، بحيث لا يُحْرَم العامل من الحماية المقررة بموجب أي قانون آخر سواء أكان وطنياً أم أجنبياً . وهنا يبرز الطابع الحمائي لقواعد الإسناد من خلال تفعيل الإسناد الإختياري ما بين القواعد الآمرة المقررة في بلد التنفيذ والقانون المختار من قبل الأطراف وإختيار القانون الأصلح للعامل من بين القوانين المتزاحمة الإنطباق، فمتى ما تضمن العقد أجراً للعامل يجاوز الحد الأدنى الذي نص عليه المشرع، أو إشتمل على حقوق وامتيازات أفضل للعامل، فلا مساغ إلاّ تقرير سمو العقد على قواعد القانون الآمرة، بالمقابل فأن أي قانون أجنبي أو إتفاق أو عقد يجرد العامل من الحقوق التي منحه إياها القانون الوطني للعامل أو يقلل منها فلا مساغ إلاّ وجوب إستبعاده .

١٥-في مجال المسؤولية التقصيرية، ظهر إتجاه فقهي وتشريعي يدعو إلى وجوب فسح المجال أمام إرادة الأطراق لتلعب دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات غير التعاقدية بصورة عامة، في حالة ما إذا إتفق الأطراف بمقتضى إرادتهم على تطبيق قانون دولة معينة على هذه الألتزامات، بحسبان أن تطبيق هذا القانون يحقق مصالحهم ويحفظ حقوقهم، متى ما ثبت هذا الإختيار لا يشوبه التحايل على القانون ولا يداخله التعسف ولا يمس بحقوق الغير ولا يفتئت على النطاق الاستئثاري للقوانين الأخرى ذات الصلة .

ثانياً – التوصيات:

إنّ دراسة الوظيفة الحمائية لقواعد تنازع القوانين، يدعونا إلى الاقتراح على المشرع العراقي إدراج أو تضمين قواعد إسناد ذات غايات مادية (قواعد إسناد حمائية) في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، لاسيما القاعدة التي تحتوي على أكثر من ضابط إسناد مع إعطاء الأولوية للقانون الأصلح وعلى التفصيل الآتي :

١- عالج المشرع العراقي الوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية المخصصة لحماية غير كاملي الأهلية، وأخضعها للقانون الشخصي على وفق معيار الجنسية في المادة (٢٠) من القانون المدني، ولما تقدم ذكره من ملاحظات، يا حبذا لو أدرج المشرع العراقي الولاية على المال إلى هذا النص ليكون على النحو الآتي : ((المسائل الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها)) . أما إذا أراد المشرع العراقي الأخذ بقاعدة إسناد ذات غايات مادية وعلى التفصيل المتقدم ذكره في متن البحث، فأننا نفضل أن يكون نص المادة (٢٠) سالفة الذكر بالشكل الآتي : ((المسائل الخاصة بالولاية على المال والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها، ومع ذلك إذا كان هؤلاء لا يحملون الجنسية العراقية يطبق القاضي القانون الأصلح لغير كاملي الأهلية))، إذن من الممكن أن يكون هذا القانون الذي يختاره القاضي هو القانون الذي يحقق الأثر المادي المطلوب من بين قانون جنسية غير كامل الأهلية أو قانون موطنه إذا كان متوطناً خارج الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو قد يكون مكان إقامته، مع خضوع القاضي في كل ذلك إلى رقابة محكمة التمييز .

٢- بالرغم ما يحسب لموقف المشرع العراقي من إخضاعه الحضانة لقاعدة إسناد ولو بصورة ضمنية، بحسبان أن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس، وما لاقته هذه القاعدة من تأييد كبير من قبل الفقهاء، والعديد من الأحكام القضائية، إلاّ أنّه ومن أجل تكريس الإسناد الحمائي وما سردناه من مسوغات تؤيد هذا الإتجاه، لذا نقترح على المشرع العراقي الأخذ بهذا الإسناد، وذلك من خلال رفع التعارض بين الإتجاهات الفقهية التي قيلت بالحضانة، وجمعها في قاعدة إسناد واحدة، وإعطاء سلطة تقديرية

للقاضي لأختيار أفضلها بما يحقق مصلحة المضحون ليكون النص بالشكل الآتي : ((يسري على الحضانة قانون جنسية الأب فيما يتعلق بالواجبات المتبادلة ما بين الآباء والأولاد أو قانون جنسية الزوج وقت إنعقاد الزواج أو قانون الزوج وقت الطلاق أو القانون الشخصي للمحضون أو قانون مقر إقامته، ويطبق القاضي القانون الأفضل للمحضون)) . إذ لو أراد المشرع إدراج هذا النص ضمن المادة (١٩) من القانون المدني العراقي حتى يبقى على الأستثناء المقرر لصالح القانون العراقي إذا كان أحد المتداعين عراقي الجنسية، أما إذا أراد مواكبة التطور الحاصل في هذه المسائل بما ينسجم مع هدف القانون الدولي الخاص من تحقيق التعايش السلمي وبعيداً عن الأنحياز لصالح دولة القاضي يفرد لهذا النص مادة خاصة، لا يدخلها بالأستثناء المقرر لصالح القانون العراقي، إذا كان أحد المتخاصمين يحمل الجنسية العراقية، وبذلك تضمن المفاضلة بين أكثر من قانون من قبل قاضي النزاع وصولاً للقانون الذي يحقق مصلحة المحضون الفضلى .

٣- من أجل تكريس الإسناد الحمائي في نصوص التشريع العراقي في مسائل النفقة، نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي للمسوغات التي ذكرناها في متن البحث لتكون بالشكل الآتي : ((يسري على الحق في النفقة ما بين الأقارب قانون محل إقامة الدائن أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بها)) . أما إذا أراد المشرع قطع الشك بمسائل نفقة الأصول والفروع وإدراجها ضمن هذا النوع من النفقات، فيكون النص بالصيغة الآتية : ((يسري على الحق في نفقة الأقارب بما فيهم الأصول والفروع قانون محل إقامة الدائن أو قانون الجنسية المشتركة للدائن والمدين بها)) .

٤- إنَّ عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بعقود الأستهلاك في القانون العراقي، إذْ جاء قانون حماية حق المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ النافذ خالياً من آلية إختيار أطراف عقد الأستهلاك للقانون الواجب التطبيق كونه لم يتناول هذا العقد من الناحية الدولية بشكل صريح، ولما كان مبدأ سلطان الإرادة يعد من المبادئ الأساسية في العلاقات الخاصة الدولية، وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية خاصة في نطاق التجارة الدولية، إلاّ أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه قد يترتب عليه نتائج مجحفة إذا كان أحد

أطراف العقد الدولي ضعيفاً كالمستهلك، إذ أنه بالإمكان للطرف القوي إختيار قانون أجنبي معين لتجنب تطبيق القواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك في الدولة التي يقيم فيها هذا المستهلك . لذا أصبح لزاماً سن قاعدة إسناد خاصة بهذه الطائفة من العقود مع المواد الخاصة بالتنازع الدولية للقوانين من حيث المكان في القانون المدني العراقي، وتستوعب جميع حالات الأستهلاك ومن ضمنها الاستهلاك الالكتروني، إذْ تعد قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية والذي يمثل إسنادها التخييري بشقها الذي يطبق القانون الأصلح لأطراف العلاقة مصداقاً لقاعدة الإسناد الحمائية الخاصة . ونفضل أن تصاغ بالشكل الآتي : ((يسري على عقود الأستهلاك القانون الأصلح للمستهلك من بين قانون الإرادة وقانون مكان إقامة المستهلك المعتادة)) ولا مراء بأنَّ قانون مكان الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها بأي حال من الأحوال.

٥- نتمنى من المشرع العراقي إرساء قواعد خاصة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الفردي الدولي ؛ لأن المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ لا تكفي وحدها لسد النقص في قواعد الإسناد من خلال إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً فيما لم يرد بشأنه نص، وتكون بالشكل الآتي :

أولاً : يسري على عقد العمل الفردي قانون الدولة التي يتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمناً، ومع ذلك فأن القانون المختار يجب أن لا يحرم العامل من الحقوق التي يقررها قانون آخر يرتبط بالنزاع إرتباطاً موضوعياً وثيقاً .

إذْ من خلال النص أعلاه، كرسنا الإسناد الحمائي بإعمال قاعدة إسناد إختيارية، يعمل القاضي من خلالها فحص مضمون القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة وصولاً إلى القانون الذي يوفر أفضل حماية للعامل، كما أن البديهي القول أن القانون المختار يتعطل تطبيقه إذا نزل بالحماية عن تلك المقررة في القانون الوطني والتي تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري .

ثانياً : في حالة تعذر أو غياب إتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق:

١- يطبق القاضي قانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل .

٢- إذا تعذر تحديد مكان العمل المعتاد يطبق القاضي قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً وثيقاً .

٣- يطبق القاضي قانون الدولة التي يرتبط بها العقد إرتباطاً موضوعياً وثيقاً إذا كان قانون بلد التنفيذ يتضمن حماية اقل للعامل .

إذْ يلاحظ أن القاضي في كل الأحوال المتقدمة سوف يبحث عن أفضل قاعدة إسناد حمائية من خلال فحص القوانين المنطبقة .

٦- من أجل عدم إهمال الحلول التي من خلالها يتم تطويع القانون المحلي، ولغرض إضفاء الطابع الحمائي لقواعد تنازع القوانين في نطاق المسؤولية التقصيرية، وإنْ كان الأصل هو تطبيق القانون المحلي على هذه الوقائع، إلاّ أنه من الخير إعمال المرونة اللازمة على قواعد التنازع سواء بإعتناق المفهوم الاجتماعي للقانون المحلي، أو نظرية القانون الملائم، أو أن يكون لإرادة الأفراد دوراً في تحديد القانون الواجب التطبيق متى ما أُحيط بالضوابط التي تطرقنا إليها في الدراسة، من خلال إعمال قواعد إسناد اختيارية . لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي لتستوعب جميع الحلول السابقة، مما يتيح للقاضي بموجب سلطته التقديرية فحص القوانين الممكنة الأنطباق قبل تطبيقها، إذا كان القانون المحلي ضعيف الصلة والأرتباط بالواقعة المنشئة للألتزام لتكون بالشكل الآتي : ((الإلتزامات غير التعاقدية في مجال المسؤولية التقصيرية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للألتزام، أما إذا كان هنالك قانوناً آخراً أوثق صلة وأشد إرتباطاً بهذه الواقعة وَجَبَّ تطبيقه)) .

٧- نتمنى من المشرع العراقي إدراج فقرة إلى نص المادة (٢٧) سالفة الذكر لتكون بالصيغة الآتية : ((٢- ومع ذلك في حالة تفرق عناصر الواقعة المنشئة للألتزام في أكثر من دولة، يطبق القانون الأصلح للمضرور)) إذْ يختار المضرور القانون الأصلح له، من بين قانون مكان حصول الخطأ وقانون مكان تحقق الضرر مع مراعات القيد المتمثل بعدم مشروعية الفعل بكلا القانونين .

٨- نقترح على المشرع العراقي أما إطلاق نص المادة (١/٢٧) التي سبق وإنْ إفترضنا تعديلها، إطلاقاً لتستوعب كل من المسؤولية التقصيرية والفعل النافع، لتكون بالشكل الآتي : ((الإلتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام ، أما إذا كان هنالك قانونا آخراً أوثق صلة وأشد إرتباطاً وجب تطبيقه)) إذْ إنّ النص أعلاه يشمل لفظ الالتزامات غير التعاقدية، والمطلق يجري على إطلاقه مالم

يقيد بنص خاص، بحيث يستوعب هذا النص كل من المسؤولية التقصيرية والفعل النافع أو إياد نص خاص بالفعل النافع ليكون بالصيغة الآتية : ((١- الإلتزامات غير التعاقدية في نطاق الفعل النافع يسري عليه قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للإلتزام، أما إذا كان هنالك قانوناً آخراً أوثق صلة وأشد إرتباطاً وجب تطبيقه ٢- ومع ذلك إذا تفرقتَ عناصر الواقعة المنشئة للإلتزام في أكثر من دولة يطبق القانون الأصلح للمضرور)) .

٩- بالرغم من أن نصوص المواد المتعلقة بالتنازع الدولي من حيث المكان توحي بإلزام القاضي بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم القيام بذلك، إلا أننا نتمنى من المشرع العراقي إدراج نص بصورة صريحة ويكون بالصيغة الآتية : ((يُلزَم القاضي بإثارة قاعدة التنازع (الإسناد) من تلقاء نفسه حتى لو تمسك الخصوم بتطبيق القانون العراقي)) .

١٠- على الرغم من إثارة قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدل بمادته الثالثة لبعض الوسائل التي يمكن من خلالها إثبات القانون الأجنبي، إلا أننا نعتقد أن نظام إثبات القانون الأجنبي هو نظام منقوص لا يأخذ بنظر الأعتبار لقاعدة الإسناد بصورة عامة ولا لقاعدة الإسناد ذات الغايات المادية بصورة خاصة، والتي يهدف من خلالها المشرع تحقيق الوظيفة الحمائية، وهو ما يفترض تدخلاً تشريعياً يلزم القاضي بضرورة إثبات مضمون القوانين المعينة من قبل هذه القاعدة خاصة وأن التقدم التقني وتوفر الإمكانيات اللازمة تسمح اليوم للقاضي العراقي بمعرفة محتوى القانون الأجنبي وإثباته .

وهذا التدخل التشريعي لا يترتب عليه بالضرورة أن مهمة إثبات القانون الأجنبي تكون عبئاً محمولاً على القاضي وحده، وإنما تضع على عاتقه التزاماً ببذل عناية مقترنة بمساعدة الأطراف عند الأقتضاء حتى يكون النص متلائماً مع خصوصية القاعدة، ويدرج مع المواد المتعلقة بالتنازع الدولي من حيث المكان في القانون المدني وبالشكل الآتي:((يلتزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وبكل وسائل العلم الممكنة دون الحاجة لتمسك الخصوم بأحكام هذا القانون)) .

١١- لتذليل الصعوبات على القاضي العراقي في سبيل إثبات محتوى القانون الأجنبي

نقترح إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل يُسند إليه بصفة خاصة جمع البيانات والمصادر والمستندات المتعلقة بمختلف القوانين الأجنبية، على أن يضم هذا المركز مجموعة من الخبراء والأكاديميين المتخصصين في القانون الدولي الخاص مهمتهم تقديم المساعدة اللازمة للقضاة وذوي المصلحة)) .

كما نَقترح تخصيص محاكم مختصة بالفصل في النزاعات التي تطبق عليها القوانين الأجنبية يكون قضاتها من ذوي الاختصاص ويجيدون أكثر من لغة عالمية، وتتاح لهم الفرصة لزيارة محاكم دول متعددة .

كذلك نوصي من الإكثار من عقد الاتفاقيات الدولية التي تلتزم فيها كل من الدول المتعاقدة من الأتفاق بتقديم المعلومات اللازمة عن قوانينها، وتلك التي تهدف إلى تبادل المؤلفات الفقهية والمجموعات القضائية حتى يتيسر الإلمام بكافة التعديلات التي تطرأ على القوانين الأجنبية .

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولاً – المصادر العربية:

- الكتب:

١- د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، إسلوب الإسناد في الميزان ((دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوربية)) ، ط١ ، القاهرة ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٨٥ .

٢- د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .

٣- د. إبراهيم أحمد إبراهيم ود. أحمد قسمت الجداوي ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٨ .

٤- د. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي ، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٥- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر ، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

٦- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر ود. أحمد قسمت الجداوي ، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٨ .

٧- د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين في مسائل الأهلية ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .

٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية، ١٩٨٩ .

٩- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .

١٠-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص الإماراتي ، ط١ ، دار المطبوعات ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، العين ، ٢٠٠٤ .

١١-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .

١٢-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار (أصولاً ومنهجاً) ، ط١ ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٦ .

١٣-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ .

١٤-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، ج١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ .

١٥-د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولية الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الالكترونية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

١٦-د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع .

١٧-د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ .

١٨-د. أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ .

١٩-د. أحمد قسمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج١ ، ط٢، القاهرة، ١٩٥٤ .

٢٠-د. أحمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ .

٢١-د. أحمد محمد الهواري ، نظرات في استثناءات تقويم الإسناد ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٢٢-د. أحمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، ج٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٩ .

٢٣-د. أحمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والقانون في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٢٤-د. أوميد صباح عثمان ، القانون الواجب التطبيق في الألتزامات غير التعاقدية ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٢٥-د. أيمن سعد سليم ، نظرية الحق ، مطبعة الدار الهندسية، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٢٦-د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الحماية القانونية لتصرفات القاصر المالية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص ، بلا مكان نشر، ١٩٨٨ .

٢٧-د. بدران شكيب الرفاعي ، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٢٨-بيار مايرو فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة د. علي محمود مقلد ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٢٩-د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨١ .

٣٠-د. جابر إبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مديرية مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٨٠ .

٣١-د. جابر جاد عبد الرحمن ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة الحكم المحلي ، بغداد ، ١٩٧٩ – ١٩٨٠ .

٣٢-د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ج١ ، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .

٣٣-د. جابر جاد عبد الرحمن ، شرح القانون الدولي الخاص ، مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع في كلية الحقوق ، جامعة بغداد ، مطبعة التفيض الاهلية ، بغداد، ١٩٤٣ – ١٩٤٤ .

٣٤-د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٩ .

٣٥-جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٣٦-د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

٣٧-د. حسام الدين فتحي ناصف ، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ .

٣٨-د. حسام الدين فتحي ناصف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

٣٩-د. حسام الدين فتحي ناصف ، حماية المتعاقد بحسن النية مع صاحب الوضع الظاهر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٤٠-د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، مطبعة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢ .

٤١-د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة ، دار الحلول للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .

٤٢-د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١ .

٤٣-د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣ .

٤٤-د. خالد عبد الفتاح ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٤٥-د. خليل محمد إبراهيم خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ .

٤٦-د. رعد مقداد محمود ، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين (دراسة مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٤٧-د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٥ .

٤٨-د. رمضان أبو السعود ود. همام محمد محمود ، المباديء الأساسية في القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ – ١٩٩٦ .

٤٩-د. سامي بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة ، دار العلوم العربية ، ط١ ، ١٩٩٤ .

٥٠-د. سامي بديع منصور ود. أسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٩ .

٥١-د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥ .

٥٢-د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩ .

٥٣-د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته ، ط١ ، مكتبة دار السلام ، ٢٠١٥.

٥٤-د. سليمان عبد المجيد ، النظرية العامة للقواعد الآمرة والنظام القانوني الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٥٥-د. سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ .

٥٦-د. شمس الدين الوكيل ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٦ .

٥٧-القاضي شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ .

٥٨-د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .

٥٩-د. صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦ .

٦٠-د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب – دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٦١-د. صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة ، دراسة مقارنة في القانون البحري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، من دون دار نشر ، ١٩٨١ .

٦٢-د. طرح البحر ، علي حسن فرج ، تدويل العقد ((دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠)) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٦٣-د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد ندا ، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٦٤-د. عامر محمود الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .

٦٥-د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة) ، مكتبة السنهوري، العراق ، ٢٠١٥ .

٦٦-الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، ط٣ ، دار العاتك ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٦٧-د. عبد الحكيم مصطفى ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٦٨-د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٤٠ .

٦٩-د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج١ ، نظرية القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٧٠ .

٧٠-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٧١-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الالتزام ، ط٧ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٧٢-د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، الجنسية والعلاقات الدولية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٧٣-د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت، ٢٠١٧ .

٧٤-د. عبد القادر الشيخلي ، فن الصياغة القانونية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ .

٧٥-د. عبد الله فاضل حامد ، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٩ .

٧٦-د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الألتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .

٧٧-د. عبد الواحد كرم ، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ .

٧٨-د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٧٩-د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ط٦ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .

٨٠-د. عكاشة محمد عبد العال ، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني ، دراسة مقارنة ، ج١ ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٨ .

٨١-د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٨٢-د. عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ .

٨٣-د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، بيروت ، ١٩٩٧ .

٨٤-د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٨٥- علي عباس الحجامي ، تنازع القوانين في مسائل التعدي على النشر الالكتروني واسع النطاق ، ط١ ، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠٢١ .

٨٦-د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دراسة مقارنة- ، ط٥ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .

٨٧-د. فؤاد ذيب ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، ط١ ، منشورات جامعة حلب ، سوريا ، ١٩٩٨ .

٨٨-د. فؤاد رياض ود. سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

٨٩-د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، مباديء القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

٩٠-د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ – ١٩٩٩ .

٩١-د. كريم مزعل شبي ، مباحث في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١٧ .

٩٢-د. لطيف الشاذلي والقاضي مالك الغزواني ، مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، ط١، تونس ، ٢٠٠٨ .

٩٣-القاضي مبروك بنموسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، بلا مكان نشر، ٢٠٠٣ .

٩٤-د. محمد الروبي ، عقود التشييد والاشغال والتسليم (Bot) ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٩٥-د. محمد الروبي وتنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٢ .

٩٦-د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٧٨ .

٩٧-د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .

٩٨-د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٩٩-د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دارسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .

١٠٠- د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط١ ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٢ .

١٠١- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .

١٠٢- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٧ .

١٠٣- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣ .

١٠٤- د. منذر الفضل ، أصول القانون الفرنسي والبريطاني (دراسة مقارنة مع القانون الإسلامي) ، ط٢ ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ، ٢٠٠٤ .

١٠٥- د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار المعارف ، القاهرة، ١٩٧٥ .

١٠٦- د. منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، مطابع الشرطة ، بدون مكان نشر ، ٢٠٠٥ .

١٠٧- د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢ .

١٠٨- د. ناصر عثمان محمد عثمان ، القانون الدولي الخاص المصري ، الكتاب الثاني في الاختصاص القضائي الدولية وتنازع القوانين والآثار الدولية للأحكام والتحكيم الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

١٠٩- د. هشام خالد ، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٧ .

١١٠- د. هشام صادق ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

١١١- د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ .

١١٢- د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ .
١١٣- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٩ .
١١٤- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ .
١١٥- د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٣ ــ ٢٠٠٤ .
١١٦- د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٦٨ .
١١٧- د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .

- الرسائل والأطاريح:

١- باسم سعيد يونس ، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ .
٢- د. جمال محمود الكردي ، القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة تولوز ، ١٩٩٣ .
٣- سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .
٤- عكموش سهام ، القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة محمد بوقره بومرداس ، الجزائر ، ٢٠١٣ .
٥- أستاذنا فراس كريم شيعان ، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٧ .

- البحوث القانونية :

١- إبراهيم صالح الصرايرة وعلاء محمد الفواعير ، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة الإردن ، المجلد ٤٣ ، ملحق ٣ ، ٢٠١٦ .

٢- د. أحمد صادق القشيري ، الإتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٢١ ، ١٩٦٥ .

٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٥١ ، ١٩٩٥ .

٤- د. أحمد محمد الهواري ، خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الرحمان ميره ، الجزائر ، عدد خاص ، ٢٠١٥ .

٥- د. أحمد مسلم ، النفقة الوقتية (تكييفها والقانون الذي يحكمها) ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء المصرية، تصدر عن ، السنة الرابعة .

٦- د. أشرف وفا محمد ، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، العدد ٥٨ ، ٢٠٠٢ .

٧- د. إياد مطشر صيهود ، العدالة جوهر قانون العلاقات الخاصة الدولية ((دراسة فلسفية إستدلالية)) ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد ١٥ ، لسنة ٢٠١٧ .

٨- بدر الدين عبد المنعم شوقي ، من أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، تصدر عن مجلس شورى الدولة المصري ، العدد ٢ ، السنة ٢٣، ١٩٧٩ .

٩- د. حسن علي كاظم ، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق ، بحث منشور في مجلة أهل البيت ، تصدر عن كلية القانون في جامعة كربلاء ، العدد ٢٠ ، ٢٠١٦ .

١٠- خليل إبراهيم خليل، تنازع القوانين في مسألة النفقة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل، المجلد الحادي عشر، العدد الأربعون، ٢٠٠٩ .

١١- أستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٣ ، العدد ١ ، ٢٠١٩ .

١٢- أستاذنا د. خير الدين كاظم الأمين ، نظرة إنتقادية لمنهج قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص العراقي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية تصدر عن جامعة بابل ، المجلد ٢٦ ، العدد ٨ ، ٢٠١٨ .

١٣- أستاذنا د. خير الدين كاظم عبيد الأمين ، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، المجلد ١ ، العدد ١ ، ٢٠٠٩ .

١٤- د. رياض القيسي ، الاتجاهات الفقهية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الأنكلو أمريكي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية ، العد ١ ، ١٩٦٧ .

١٥- د. سامية راشد ، قاعدة الإسناد أمام القضاء ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عدد ٢ ، السنة ١٤ ، ١٩٧٢.

١٦- د. سيف الدين محمد البلعاوي ، القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني ، بحث منشور في مجلة جامعة الأقصى ، تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة الأقصى ، فلسطين ، مج٧ ، ع١ ، ٢٠٠٠ .

١٧- د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة ذي قار العلمية، تصدر عن قسم البحث والتطوير في جامعة ذي قار، مج١٠، العدد ٣، ٢٠١٥ .

١٨- د. صالح مهدي كحيط ، التركيز الاجتماعي وأثره في تعيين القانون الحاكم للمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة كربلاء ، السنة ١١ ، العدد ١ ، ٢٠١٩ .

١٩- أستاذنا عباس العبودي ، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة اليرموك، تصدر عن كلية اليرموك الجامعة، العدد الأول، المجلد الثامن ، ٢٠١٦ .

٢٠- د. عباسه جمال ، مبدأ الأفضلية وفكرة النظام العام الاجتماعي ، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، تصدر من كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة عبد الرحمان ميره ، الجزائر ، عدد خاص ، ٢٠١٥ .

٢١- د. عبد الكريم مزعل شبي ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، تصدر عن كلية القانون في جامعة كربلاء ، المجلد الثالث ، العدد ١٣ ، ٢٠٠٥ .

٢٢- د. عبد الله الضمور ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي (بعض الدروس المستفادة من قواعد روما بشأن الالتزامات التعاقدية) ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الكويت ، السنة ٨ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ .

٢٣- د. عز الدين عبد الله ، إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مراد الأحوال الشخصية ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، العدد ١ و٢ ، لسنة ٢٠٠٤ ، ١٩٥٤ .

٢٤- د. عزت البحيري ، بعض النماذج لتناول المحاكم الامريكية للقانون الإسلامي ، بحث مقدم لمؤتمر التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل ، إقامته جامعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٢٥- د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن كلية القانون في جامعة قطر، العدد الخامس والعشرون، ٢٠٠٧ .

٢٦- د. عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء اللبناني، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية القانون في جامعة بيروت، العدد١ ، المجلد الثاني، تموز، ١٩٨٨ .

٢٧- د. عنايت عبد الحميد ثابت ، ذاتية أو عدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجال إنطباق القوانين ذي الطابع الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٤٨ ، ١٩٩٢ .

٢٨- أستاذنا د. فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش، تنازع القوانين في الحضانة ((دراسة تشريعية فقهية قضائية)) ، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول ، السنة الخامسة ، ٢٠١٣ .

٢٩- أستاذنا د. فراس كريم شيعان وطه كاظم حسن ، القواعد المادية للتجارة الكترونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ٢٠١٦ .

٣٠- د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٤٣ ، ١٩٨٧ .

٣١- د. محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ .

٣٢- د. محمد كمال فهمي ، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين ، مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة القاهرة ، العدد٢ ، السنة ٣٣ ، ١٩٦٣ .

٣٣- د. محمد وليد المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة الأمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والثلاثون، ٢٠٠٨ .

٣٤- د. مصطفى كامل ياسين ، كيف يطبق القانون الأجنبي ، بحث منشور في مجلة القضاء تصدر من نقابة المحامين العراقية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة عشرة ، ١٩٥٧ .

٣٥- منتصر السلامي ، قاعدة القانون الأفضل على ضوء مجلة القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في المجلة القضائية تصدر عن الهيئة الوطنية للمحامي ، تونس ، ٢٠٠٦ – ٢٠٠٧ .

٣٦- د. منصور حاتم محسن ود. هادي حسين الكعبي ، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول ، المجلد الأول ، ٢٠٠٩ .

٣٧- مهند عزمي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الأستهلاك الألكترونية ذات الطابع الدولي ، بحث منشور في مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ، المجلد ٤١ ، العدد ٢ ، ٢٠١٤ .

٣٨- استاذنا د. نظام جبار الموسوي ، تطور قواعد تنازع القوانين التقليدية : دروس مستفادة من التحكيم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية عن كلية القانون في جامعة الكوفة ، العدد ١ ، ٢٠١٨ .

٣٩- وفاء يعقوب جناحي ، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة الشارقة ، العدد١ ، المجلد ١٦ ، ٢٠١٩ .

٤٠- د. يحيى أكرام إبراهيم بدر ، دور المحكمة العليا الأمريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية ، مج١٠ ، ع١، ٢٠١٥ .

- مجموعة القرارات القضائية:

١- مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العدد الثاني ، السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ .

٢- مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحاميين العراقيين ، العددان ٣ و٤ ، السنة ٣٤ ، ١٩٧٩ .

٣- مجلة المحاماة ، تصدر عن نقابة المحامين المصريين ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ، ١٩٥٨ .

٤- مجموعة أحكام قضاء محكمة التمييز الصادرة في سنة ١٩٦٨ ، ط١، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ .
٥- مجموعة الأحكام العدلية ، تصدر عن قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ .
٦- مجموعة الأحكام العدلية ، تصدر عن قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٧٩ .

- الموسوعات القضائية:

١- إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة جعفر، بغداد، ١٩٩٠ .
٢- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الأحوال الشخصية ، مطبعة جعفر ، بغداد ، بدون سنة طبع .
٣- المستشار اندر طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس وخمسون عاماً (١٩٣١ – ١٩٨٦) ، الجزء الأول، دار نشر الثقافة، القاهرة، ١٩٨٦ .

- قرارات قضائية أخرى:

أولاً – تونس:

١- قرار محكمة التعقيب المدني المرقم ٨٨٥ ق . ت عدد ٤ لسنة ١٩٥٩ .
٢- قرار المحكمة الابتدائية بتونس المرقم ٣٢٧٧٩ بتاريخ ٢٠٠٠/٧/١١ .
٣- قرار محكمة ناحية تونس المرقم ٨٤٣٠٧ في ٢٠٠٤/١٠/٢٥ .

ثانياً – فرنسا:

١- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية Cass. Soc. 19 Janv- 2017 , No. 15 – 20095 منشور على الرابط الألكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/juritext0033905091/

٢- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الاجتماعية Cass.Soc . , 31 Mars 1978 , Ball . civ . , No 259 منشور على الموقع الألكتروني https://www.doctrine.fr/d/CASS/1978/JURITEXT000007000534

٣- قرار محكمة تشرنوبل الصادر في ١٩٥٥/٩/٣١ ، منشور على الموقع الالكتروني http://cisqw>.Law.pace.edu/case/q50/3fi.html

ثالثاً – الولايات المتحدة الأمريكية:

١- قضية . EEOC V. Arabian American Oil Co. , 499 U.S . 249 (1991) متاح على الموقع الأكتروني www.lexisnexis.com .

٢- قضية .Lillian Clark V. Albert Clark , Aug. 31 . 1966 متاح على الرابط الالكتروني الآتي : https://casetext.com/case/clark.v.clark-272 .

٣- قضية . Ranza V. Nike Inc. , 793 F. 3d Po59 (2015) متاح على الموقع الالكتروني https://www.leagle.com/decision/infco20150716152 .

- الإتفاقيات والقوانين:

أ- الإتفاقيات:

١- اتفاقية روما الثانية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية Regulation EC No 864/2007 of the European Parliament and of the council of lljulg 2007 on the law applicabletonon – contractual obligation Romell (2007)

٢- اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ (١٩٩٦/١٠/١٩) المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الابوية والإجراءات الحمائية للأطفال . النص الكامل للاتفاقية باللغة العربية متاح على العنوان الالكتروني الآتي : http://www.hcch.net/vploadlarab/html

٣- لائحة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة ٢٠٠٨ The Rome1 Regulation (EC) No. 593/ 2008 . متاح على الرابط الالكتروني الآتي

https://eur- :
lex.europa.eu/Lexuriserv/Lexuriserv.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En.pdf

ب- القوانين:

- القوانين العراقية:

١- قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٧٢٨ بتاريخ ١٩٧٩/٩/٣ .
٢- قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٢٨٠ بتاريخ ١٩٥٩/١٢/٣٠ .
٣- قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدل . منشور في الوقائع العراقية، العدد ٩٩٢ بتاريخ ١٩٣١/٦/٩ .
٤- قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٤٣٨٦ بتاريخ ٢٠١٥/١١/٩ .
٥- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٣٠١٥ بتاريخ ١٩٥١/٨/٩ .
٦- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ١٧٦٦ بتاريخ ١٩٦٩/٨/١٠ .
٧- قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠ ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٤١٤٣ بتاريخ ٢٠١٠/٢/٨ .

- القوانين العربية:

١- قانون العمل المصري رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ المعدل .
٢- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ .
٣- القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ النافذ .
٤- القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣/١١/٢٨ النافذ .

٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٦- قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ النافذ .
٧- مجلة الشغل التونسية الصادرة في ١٩٦٦/٤/٣٠ .
٨- مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة ١٩٩٨ .

- القوانين الأجنبية :

١- تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني لعام ١٩٧١ منشور على الرابط الالكتروني : www.columbia.edu/mr2651/.../Rest2conf/187 .
٢- القانون الدولي الخاص التركي لسنة ٢٠٠٧ http://Jafbase.fr/docAsic/Turquie/private%20international%20law%20Turkey.pdf
٣- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/swisspil%Do%B2%2%Dj%80%D0%B5%D0%B4%3020070%20%D0%B0%D0%BD%BD%D0%D0%B%D0%BB.pdf
٤- القانون الدولي الخاص المجري https://www.ilo.org1dyn/natlex/natlex4.detail?P-lang=en&P-isn=106778&pcountry=Hun&p-00unt=85ppp-classification=01.03pp-classcount=5
٥- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وتعديلاته https://www.codes-et-lois .

المصادر الأجنبية:

- المصادر الإنكليزية :

1- Beal , Dicey , conflict of laws , 10 , Harvard Law Review , 1896 , https://www.jstor.org/stable/1321757
2- Beal , What Law Governs the Validity of a contract , 23 harv. L. Rev. , 1910 .

3- Brainerd Currie , Selected essays on the conflict of laws , durham , N. Carolina , 1963 .

4- Cavers , A critique of The Choice of Law problem , 47 harv. Law Rev. , N.2 , 1933 .

5- Cheshire , Private , International Law , Ninth edition , butter worth , London , 1974 .

6- Chestham , American Theories of Conflict of Laws , Their Role and Utility , 58 Harvard Law Rev. , 1945 , https://doi-org/10.2307/13354 ٢٠١٩/١١/٢٥

7- Dicey and Morris , Conflict of law. 9ed . stevens & stons limited , London , 1973 .

8- Ehrenzweing , Choice of Law : current Doctrine and "tcue Rules" , California Rev. Vol . 49 .

9- Mark P. Gergen , Equality and conflict of law , Jowa Law review , 1988 .

10- Martin Wolf , private international , law , 2ed . , Oxford , 1950 .

11- Marty et Raynand , Droit Civil , T1 , 4éd. , Paris , 1976 .

12- Mayer , mandatory rules of law in international arbitration , 1986 .

13- Morris , The Proper Law of atort , Harv. Lav , Rev , Volume 64 , Number 6 , 1951 .

14- Nussbaum , Proof of foreign Law in New York , Columbia Review , Vol. 57 , No. 3 , 1957 .

15- Nyght , Some Thoughts of the Proper law of atort , Comparative Law Quarterly , Vol. 26 , No. 4 , October 1977 .

16- Pavel Kalensky , Trends of Private International Springer , Science , Business media , B. r , Law , Czechoslovak Academy of Sience , Praque , 1971 .

17- William A. Reppy , JC. Electricism in method for Resolving Tort and Contract conflict of Laws ; The United States and European United .

18- Zweigert , Some Reflection on the sociological Dimensions of private International Law , 44 University of Colorado Law Rev. , 1973 .

- المصادر الفرنسية :

1- Alarabi Hachem , Le code tunisien de droit international Privé , Revue critique de droit international privé , N2 , Trimestrielle , Dalloz , Paris , 1999 .

2- Andreas Bucher , La clause d’exception dans le context de lapartie générale de la LDIP , 21 . Journée de droit international privé , 20 Mars , 2009 .

3- Bariffol et Lagarde , Droit International Privé , Séptimé edition , Tome II , Paris , 1983 .

4- Beitze , Les obligation delictnelies en D. I.P. Rec . Cours La Haye , 1965 .

5- Bernard Audit , Droit International Privé , 3édition , Economica , Paris , 2000 .

6- Bernard Audit , Droit International Privé , 3édition , Economica , Paris , 2000 .

7- Bernard Audit , Flux Et Reflux De La Grise Des conflits De Lois , comité Feancais de droit international privér Journée commemorative du cinquenaire , Paris , 23 November , 1985 .

8- César Dubler , Les clauses déxception en droit international privé , these présentée a' la faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'université de fribourq (Suisse) coenéve , 1983 .

9- Daniel Gutman , Droit International Privé , 5édition , Dalloz , 2007 .

10- Dr. Bouanaka Essaid , Le droit conventionnel et I' order public dérogatoire : entre le principle de favenr et "I' intérét des relations detraxdQil;" , université Abderrahmanc . mira , faculté de droit etdes sciences Politiques , 2015 .

11- F. Leclerc , La Protection de la Partie faible dans les contrats internationaux , stras – bourg , 1995 .

12- Foyer , Problémes de conflicts del ois en matiére de filiation , R. C. O. D . I , 1985 .

13- Francescakis , Quelques precisions sur les Lois dàpplication immediate et leurs rapports aves les régles de conflit de loij , Rev. crit . 1966 .

14- Francois Rig aux , Droit prive materiel et régles de conflit de lois , Revue Belae de Droit International , Bruxelles , 1991 .

15- Héléne Godemet Tallon , L'utilisation de régles de conflits ácaractére substantial dans les conventions internation ales , mé langersen l'honneur de Yvon Lonssouarn , Dalloz , 1994 .
16- Henri , Batiffol , Droit International Privé , 3édition , Paris , 1967 .
17- Lagarde , L’évropéanistion du droit international p’rivé conflits de lois .
18- Lagarde , recherché sur l’order public endroit international privé , Paris , 1959 .
19- Libshabar , “L’exception d’ordre en droit international Prive” in I’ ordre public a lafin on xxéme , Dalloz , 1991 .
20- Loussovarn , Bourel , de Var eiles sommierecpascal , ((Droit International Privé)) , Paris , 5é , 2004 .
21- Manuel Jorge , Les Rattachements Alternatifs Endroit international Privé , Université de Paris – Panthéon – Sorbonne , 1988 .
22- Mustafa Kamil Yassen , Problemes relatifs á la application du droit étrangers , 1965 .
23- P.Bourel , De rattachement ee quelques délites spéciaux en droit international privé .
24- Patocchi , Régles de rattachement localisatrices et régles de rattachement ácaractérs substnntiel , Geneve , 1985 .
25- Paul Lagarde , Le principe de proximite dans Le droit international privé , Course general de R . C . A . D . I . tome 1 , Vol 169 , n 41 , 1986 .
26- Picone , Caratteri edevoluzionedel Metodo tradizionale dei conflitti di leggi , Rivista di diritto internazionale , Vol . 98 , N. 1 , 1998 .

27- Pierre Mayer , Droit International Priré ,delta , lipon , 5 édition , 1994 .

28- Symoon Symoonides , Les Grands Problems de droit international prive , et la Novelle G odification de L uisianc , Rev . Crit , 1992 .

29- Yvon Loussouarn , L' evolution de la régle de conflit le lois . in : Droit international privé : travauxdu romité Francias de droit international privé , hors . série , 1988 , Journée du cinquantenaice .

30- Yvon Loussouarn , La régle de conflit est – elle une régle neytre ? In : Droit international privé : travaux du comité Francois dedroit international privé , 3e année , tome2 , 1981 .

Abstract :

The contemporary jurisprudence no longer believes in the attribution rule merely as a tool for distributing legislative competence, and this means abandoning the traditional view of the attribution rule and then the possibility of using it to defend specific and specific interests in order to reach an acceptable organization for the parties to the relationship, and to raise this concept requires that the attribution rule abandon an officer. Automatic attribution is blindfolded so that the conflict methodology can allow providing protection for the party in need and the use of a flexible attribution officer, and this is the concept that supports the rule of attribution, which is called the rule of attribution with material goals.

In order to reach the protective function achieved by the rules of attribution with material goals, it presupposes the multiplicity of the controls of attribution contained in the conflict rule that determines the law applicable to the relationship that includes a foreign element.

This ensures the shift from rigid attribution to flexible attribution, which makes it easier for the judge to reach the most protected law by navigating through these controls in pursuit of the material and objective result of one of the parties to the legal relationship.

Therefore, the conflict rule with material goals has constituted a fundamental change in the conflicting system and the restructuring of the conflict of laws rule, as this is known as ((discretionary rules of conflict that contain more than one attribution officer set by the national legislator, whose goal is to attribute the relationship that includes a foreign element to the most accomplished laws The protection sought after the judge examined the content of those laws in advance.

Through this renewal in the rules of attribution, the criticisms leveled at the traditional conflict rules are overcome by softening the technical construction of these rules, by transforming them from a unilateral normative

current to a pluralistic link standard, as it is possible through these last criteria to reach protectionist rules that achieve a just solution that meets The expectations of the legitimate parties without violating the approach of the traditional rules of attribution.

This criterion includes multiple options for the judge to make the text flexible while at the same time he is not able to deviate from the specific options within this text.

From all of the above, we can say that the protective function of the rules of conflict of laws reaches its climax in the rules of attribution with material goals that include more than one attribution officer and give priority to the law that is best for one of the parties to the legal relationship, or its degree is less in the rules of attribution with material goals that include attribution controls on An equal footing to be absent in the case where these controls are chosen in a gradual way, especially when the backup reference includes rigid attribution controls.

The implementation of these rules that achieve the protective function of attribution rules is characterized by specificities that reflect the distinctive nature of this rule. The implementation of these rules leads to procedural problems that have some peculiarity than those that arise with the traditional attribution rule in terms of the judge raising the dispute rule on his own and changing the system of proving the content of foreign law, and pushing the public order and the rules of attribution with material goals if both aim to Achieving the same goals, which is to preserve the basic options of the national legislator, but they differ in terms of preserving these options, while the public order intervenes to preserve these policies after setting the rule of attribution to the applicable law so that these options are protected for the rule of attribution with material goals in a pre-appointment stage, which is the stage of choosing the applicable law, as it is by virtue of its orientation to achieve a material effect, it seeks from the outset to choose a law that contradicts this effect.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
And Scientific Research
University of Babylon
College of Law

The protective function of conflict of laws rules
- Comparative study –

A PhD Dissertation

Submitted by

Hussein Neama Nghamesh Al-Zayadi

To the Board of college of Law - University of Babylon

It is part of the requirements for obtaining a

Doctorate in the philosophy of private law

Under the supervision of a professor of private international law

Prof. Dr.

Firas Kareem Sheaan Al-Baidani

1443A.H. **2021 A.D.**