جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد

((دراسة مقارنـــة))

رسالة تقدم بها الطالب

وعد عبيد جودة

إلى مجلس كلية القانون ـــ جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي

١٤٤٤هـ ٢٠٢٢م

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِذْ أَوَى الْفِتْيَةُ إِلَى الْكَهْفِ فَقَالُوا
رَبَّنَا آتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ
أَمْرِنَا رَشَدًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة الكهف / الآية ١٠

الإهـــــداء

أهدي عملي هذا إلى أسرتي من الأموات والأحياء

وخاصة والدي رحمة الله، ووالدتي أمد الله في عمرها

وجميع أفراد أسرتي الآخرين من الزوجة والأولاد

والبنات مع دعوانا إلى الله بالتوفيق وإلى مؤسسة

الأحرار (مؤسسة السجناء السياسيين)

شكر وعرفان

اللهم لك الحمد حمدا كثيرا مع خلودك ولك الحمد لا منتهى له ولك الحمد بديع السماوات والأرض، يامن ذكره شرف للذاكرين وشكره فوز للشاكرين رب العرش العظيم، اللهم صلِّ على محمد وآل محمد وعلى صحبة المخلصين.

وبعد إكمال هذه الرسالة بفضل الله، وبعد جهد وعمل متواصل، فيطيب في هذا المقام أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذنا الفاضل الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي لقبوله الإشراف على هذه الرسالة، فكان من خلال إشرافه خير معين فهو المرشد والموجه في تقديم العون والنصح في سبيل إتمام هذه الرسالة، فجزاه الله خير الجزاء، وأطال في عمره سائلا الله أن يمن عليه بالصحة والعافية أنه سميع مجيب... كما يدعوني واجب الاحترام والتقدير أن أتوجه بالشكر والتقدير إلى الدكتور خير الدين الأمين ، وكذلك الدكتور فراس كريم شيعان وكذلك أيضا أتقدم بالشكر إلى أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل بوافر التقدير والاحترام والشكر الموصول لزملائي الطلبة في قسم القانون الخاص، وكل من قدم لي العون في كتابة رسالتي وأسال الله تعالى أن يسدد خطى الجميع لما فيه الخير والتوفيق أنه مجيب الدعوات.

الملخص

إن المعطيات التي يستند إليها المشرع الوطني في تحديد غاية قاعدة الإسناد، يتم التعامل معها في حقبة زمنية سابقة وحالية من قبل بعض التشريعات، وفقا لمنهاج نظري شامل وعام مقتضاه أما القبول أو الرفض لنظرية الإحالة، قد لا تراع فيه توقعات الأفراد ولا يتم التوصل من خلاله إلى حل وملائمة مقتضيات التجارة الدولية، وانعدام التنسيق بين النظم القانونية المختلفة، ونتيجة لتطور علاقات التجارة الدولية وفسح المجال أمام الأشخاص للارتباط في علاقات قانونية دولية خاصة ذات العنصر الأجنبي.

أثار تسابق القوانين الوطنية للدول التي تمسها تلك العلاقات أن تبحث في تشريعاتها أمكانية تطبيق القوانين الأجنبية، بما يوافق لحكم تلك العلاقات ذات العنصر الأجنبي، أن القوانين الوطنية لها الولاية التشريعية والقضائية في حدود إقليمها، اقتضى الحال أن تكون إشارتها لتطبيق القانون الأجنبي غير ملزمة لذلك القانون فقد يقبل القانون الأجنبي بأن يكون صاحب الاختصاص ويسمح بتطبيق القواعد الموضوعية فيه لحكم العلاقة القانونية، وقد يمتنع عن قبول الاختصاص فتتجه قواعد الإسناد فيه لعقد الاختصاص إلى قانون آخر، قد يكون قانون القاضي الذي ينظر النزاع أو قانون آخر أجنبي.

فالتشريعات التي أكدت الاكتفاء بتطبيق القواعد الموضوعية لم تسمح بتطبيق الإحالة وهي من قبيل تنازع قواعد الإسناد أما تلك التشريعات التي تأخذ بالقانون الأجنبي ككل غير قابلة للتجزئة، فأنها تقرر الأخذ بأحكام الإحالة، وان القبول أو الرفض الشامل المجرد قد يتسبب بفقدان فرصة الوصول إلى تطبيق أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة، ولكي تتحقق الغاية التي وجدت قاعدة الإسناد لحمايته، وتوقعات الأطراف المشروعة أو تحقيق مبدأ العدالة أقتضى الأمر أن نخفف من شدة الجزم بقبول الإحالة أو رفضها أو نضع لمصلحة الأطراف حسابا في تقرير الإحالة من غيرها.

ولا بد من الوقوف عند الغرض الذي شرعت لأجله قواعد الإسناد وتحديد الغاية الأساسية لوظيفتها وتلطيف الجمود التشريعي بما يتناسب مع التطور في العلاقات الدولية الخاصة، ومن خلال الدور الوظيفي لقواعد الإسناد، وصولا إلى تحديد القانون الذي يحقق غاية قاعدة الإسناد ويحافظ على مستوى يقين قانوني عالي لدى الأطراف.

هـ

الـمــوضــوع	رقم الصفحة
الآية الكريمة	أ
الإهداء	ب
شكر وعـرفان	ج
الملخص	د
المقدمة	١ – ٤
الفصل الأول: دور الإحالة في تحقيق التناسق بين القوانين	٥ –٥٨
المبحث الأول: تناسق الأنظمة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي	٧–٣٨
المطلب الأول: التناسق في أطار قواعد الإسناد	٨–٢٧
الفرع الأول: قواعد الإسناد الأصلية	٩–١٧
الفرع الثاني: قواعد الإسناد الاحتياطية	١٧–٢٧
المطلب الثاني: التناسق في أطار القواعد الموضوعية	٢٧–٣٨
الفرع الأول: قواعد ذات التطبيق الضروري	٢٨–٣٣
الفرع الثاني: قواعد التجارة الدولية	٣٣–٣٨
المبحث الثاني: التناسق بين القوانين الأكثر أمنا	٣٩–٥٨
المطلب الأول: قانون الأكثر عدالة	٤٠–٤٨
الفرع الأول: العدالة الشكلية	٤٠–٤٤
الفرع الثاني: العدالة المادية	٤٤–٤٨
المطلب الثاني: تطبيق القانون الأقوى صلة بالعلاقة	٤٨–٥٨
الفرع الأول: تطبيق قانون الصلة الموضوعية	٤٩–٥٣
الفرع الثاني: تطبيق قانون الصلة الشخصية	٥٣–٥٨

الفصل الثاني: دور الإحالة في تطوير القواعد المتعلقة بالأشخاص	**٥٩-١١١**
المبحث الأول:دور الإحالة في تطوير قواعد الحماية	٦١-٨٦
المطلب الأول: قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأشخاص	٦١-٧٧
الفرع الأول: العلاقات المتعلقة بالزواج	٦٢-٦٨
الفرع الثاني: العلاقات المتعلقة بالوصية	٦٨-٧٧
المطلب الثاني: قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأفعال	٧٧-٨٦
الفرع الأول: العلاقات المتعلقة بالأفعال الضارة	٧٧-٨١
الفرع الثاني: العلاقات المتعلقة بالأفعال النافعة	٨١-٨٦
المبحث الثاني: دور الإحالة في تطوير قواعد القانون الأصلح	٨٦-١١١
المطلب الأول: تطوير قانون الحماية في علاقات المستهلكين	٨٦-١٠٢
الفرع الأول: قانون المتعلق بالمنتج	٨٧-٩٣
الفرع الثاني: قانون حماية المستهلك	٩٣-١٠٢
المطلب الثاني: تطوير قواعد القانون الأصلح في علاقات الاستثمار	١٠٢-١١١
الفرع الأول: قانون الدولة المستضيفة	١٠٣-١٠٨
الفرع الثاني: قانون جنسية المستثمر	١٠٨-١١١
الخاتمة	**١١٢-١١٤**
المصادر	**١١٥-١٢٣**

الـمقدمة

المقدمة

أولاً: فكرة الموضوع:

أن التطور الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة والعابرة للحدود، أدى إلى تخفيف الدول من التمسك بمبدأ الإقليمية المطلقة، في تطبيق قوانينها الوطنية والسماح لمحاكمها بتطبيق قوانين دول أخرى، وأن كل دولة تنفرد بوضع قواعد إسناد لتنظيم مسألة تنازع القوانين واعتمادها لأي ضابط إسناد تراه مناسبا لحكم العلاقة القانونية، وان موقف التشريع العراق الرافض للأخذ بالإحالة بعد صدور القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

فقد كان المشرع العراقي يأخذ بالإحالة في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ الملغى، كما طبق القضاء العراقي نظرية الإحالة في عدة قضايا وتم الحضر بعد نفاذ القانون المدني العراقي، من خلال نص المادة (١/٣١) إلا أن المشرع العراقي أخذ بالإحالة بصورة استثنائية وذلك من خلال نص المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وكذلك التشريعات موضوع البحث الرافضة لنظرية الإحالة بنوعيها البسيطة والمركبة (المشرعين المصري والفرنسي) .

ألا أن الإحالة هي من صنع القضاء فقد أخذ بها القضاء الفرنسي بدرجتيها الأولى والثانية. أن غاية قاعدة الإسناد تختلف من مشرع إلى آخر، فان الحلول المتبعة تتباين بشأن الإحالة، وأن المشرع يقصد من غاية قواعد الإسناد البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية دون سابق ترتيب مع غيره من المشرعين، وهذا يستتبع خللا في وظيفة قاعدة الإسناد، ومن خلال المشرع يمكن تصحيح هذا الخلل عن طريق التعديل التشريعي لقبول نظرية الإحالة، أو من خلال منحه سلطة تقديرية لقاضي النزاع. ولبيان غاية ووظيفة قاعدة الإسناد ومن خلال بحثنا سنتناول تحليل الموقف على المستويين الفقه والتشريعي والعدالة، والتناسق والتعايش بين الأنظمة القانونية وما يحقق حماية الطرف الضعيف في العلاقة المقصود بالحماية .

ثانيا: أهمية الموضوع :

أن غالبية نصوص تنازع القوانين الدولي الخاص من حيث الاختصاص التشريعي لم تعد تتلاءم مع التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة، والتحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في العراق وخاصة بعد صدور دستوره لسنة ٢٠٠٥م هذا على المستوى المحلي، وكذلك ما يواجهه العالم الخارجي من التطور الهائل في العلاقات الدولية الخاصة، مما

أدى إلى حاجة الأطراف المختلفة إلى تنمية ثرواتهم الاقتصادية وإدراكهم لخلق الثقة والاستقرار بالمراكز القانونية لإطراف العلاقة القانونية، مما أوجد حالة تنازع القوانين.

ولم يتوصلوا إلى معيار يمكن استخدامه لحل المنازعات، رغم تعدد نظريات التنازع المختلفة، أن قواعد الإسناد ما هي إلا قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قواعد من صنع المشرع الوطني بمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية[١]، وهذه الوظيفة تمثل المبدأ العام الذي ترتكز عليه هذه القاعدة في كل الأنظمة القانونية المختلفة، وتتمحور هذه المبادئ في تحقيق التناسق والملائمة والعدالة.

فأن التناسق في أطار قواعد الإسناد تعطي تحديد مساحة القانون الذي يطبق في كل دولة، وما يستتبع من تحقيق الأمن القانوني لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، والممتدة عبر الحدود مما جعل محاكم الدول لا تنفرد بتطبيق قانونها الوطني، بل تفسح المجال إلى إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى، لتحقيق الأمن القانوني لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بعنصر ألأجنبي، الذي يتنازع العلاقة القانونية مع القانون الوطني لملائمة الاعتبارات التي يقوم عليها الأمن القانوني وحسن أداء العدالة وتلافيا لتضارب الأحكام.

أن قواعد الإسناد ومن خلال دور الإحالة الذي يشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في القواعد القانونية المختلفة، تهدف إلى تحقيق التناسق والتعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي من قبيل تنازع قواعد الإسناد بالأصل ومن خلال الوظيفة لقاعدة الإسناد وغايتها فهي لا زالت قادرة على تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، كل ما في الأمر إجراء تعديل عليها من قبل التشريع أو من خلال دور القضاء بحيث يمنح سلطة تقديرية وفق ظروف وملابسات الوقائع المعروضة عليه لتصبح مرنه تتفق مع ظروف العلاقات الدولية الخاصة، وأكثر قدرة على تلبية الظروف الواقعية والاعتبارات الأساسية للعلاقات ذات العنصر الأجنبي.

ثالثا: مشكلة البحث :

أن تبني الدول قواعد إسناد مختلفة لحل تنازع القوانين، فالقانون المشار من قبل حسب قواعد الإسناد قد لا يعترفا لنفسه بهذا الاختصاص، وينسبه إلى القانون الذي أعطاه الاختصاص أو إلى قانون غيره،أن أعمال دور الإحالة يؤدي إلى بيان وظيفة وغاية قاعدة الإسناد التي من أجلها

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، فقرة ٣٤، ص٢٣.

شرعت، أن درجة تأثير الإحالة في تطوير الوظيفة الطبيعية الأصلية والاحتياطية لقواعد الإسناد وبيان غايتها، ومكنة تحويلها من دور الاستعلامات كما يصفها البعض، إلى إل تحقيق الهدف والغاية لقاعدة الإسناد، وهي تحقيق المصلحة المشروعة لأطراف العلاقة القانونية، وتحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة وكذلك تحقيق العدالة المادية وحماية التجارة الدولية فالإحالة عند إعمالها تستعيد ترتيب الآليات لغاية قواعد الإسناد، بما يضمن خروجها من دائرة الجمود إلى نطاق المرونة، ومن دائرة العدالة الشكلية إلى رحاب الهدف والغاية وإلى أطار العدالة المادية، وحلا لهذه الإشكالية التي تثير الحاجة إلى البحث عن للنتائج التي تفضي إليها الحالة حول قبول الإحالة ومن خلال غاية التي شرعت من أجلها قواعد الإسناد.

رابعا : منهجية البحث :

اعتمدنا أسلوب المنهج التحليلي والمقارن من خلال الوقوف على موقف الفقه والتشريع ولأجل مقارنة موقف المشرع العراقي مع موقف المشرعين المصري والفرنسي .

خامسا : خطة البحث :

قسمنا خطة البحث على فصلين الفصل الأول دور الإحالة في تحقيق التناسق بين القوانين في حين خصصنا الفصل الثاني دور الإحالة في تطوير القواعد المتعلقة بالأشخاص خاتمين البحث ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات .

الفصل الأول

دور الإحالة
في تحقيق التناسق بين القوانين

الفصل الأول

دور الإحالة في تحقيق التناسق بين القوانين

إنّ قواعد الإسناد ما هي إلا قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قواعد من صنع المشرع الوطني بمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاقتصادية[١]، وظيفتها الإسناد للعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي للقوانين الأكثر انسجاما، أن وظيفتها تمثل المبدأ العام الذي ترتكز عليه هذه القاعدة ، وذلك لكونها تستهدف تحقيق غايات متنوعة ، تتنوع بتنوع الروابط القانونية ذات العنصر الأجنبي.

أن دور الإحالة يؤدي إلى كشف عن الغاية التي شرعت من أجلها قاعدة الإسناد، وحلا للإشكاليات وما يستتبع من تحقيق الأمن القانوني لأطراف العلاقة القانونية، وتلعب الإحالة دوراً في تطوير أداء هذه القواعد، في التناسق بين القوانين الأجنبية والوطنية ، التي تتنازع حكم العلاقة القانونية.

أن المشرع من المفترض أن يلاحظ هذا الاعتبار قبل تحديد الموقف من الإحالة والتوصل إلى مشروعية التوقعات ، وهذا ما يحقق الأمان القانوني وفكرة العدالة المادية لوجود الاقتران الحتمي بينهما في كثير من المجالات التطبيقية خلال أداء قاعدة الإسناد لوظيفتها ، واختيار أنسب القوانين لحكم تلك العلاقة القانونية .

ومن خلال ما تقدم سوف "نقسم هذا الفصل على مبحثين" نتناول في المبحث الأول: "تناسق الأنظمة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي" في حين سوف نتناول في المبحث الثاني: "التناسق بين القوانين الأكثر أمنا للأطراف".

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص٢٣.

المبحث الأول
تناسق الأنظمة بين قانون القاضي والقانون الأجنبي

إنّ الهدف الذي تسعى أليه قواعد الإسناد هو "تحقيق التناسق بين الأنظمة القانونية"المختلفة، لأنّ الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض ارتباطها بأكثر من قانون واحد، فلا يصح أن يفض التنازع عن طريق قواعد إسناد وطنية فقط، فذلك تجاهل لقواعد القانون الأجنبي، التي أشارة قاعدة الإسناد باختصاصه لان الطبيعة القانونية الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون لدولي الخاص، تفترض ارتباطها بأكثر من قانون.

وصفت قواعد الإسناد بأنها قواعد أليه فهي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق، فأن قواعد الإسناد لا تزال هي الآلية الفنية المعمول بها في كافة التشريعات المختلفة، فالوقوف عند مجرد الاستشارة بين القواعد القانونية لا يكفي كأساس في تطبيق لدور الإحالة، بل لابد من تعديل تشريعي أو منح القاضي سلطة تقديرية في ضوء إمكانية أي القانونين يضمن أسلم الحلول وأقربها للتنسيق بين قانون القاضي والقانون الأجنبي.

ومن خلال ذلك يتم" تنفيذ للحكم الأجنبي"، الذي استند في مطابقته للقانون الواجب التطبيق، وفي ضوء تطبيقه للحكم الذي يحقق روح قاعدة الإسناد الوطنية بمفهومها الوظيفي الذي من أجله شرعت وإلا فهو ملزم بتطبيقه للقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي، دون قواعد الإسناد فيه فهنا متى ما أرشدت إليه قواعد الإسناد الوطنية لابد وأن نتعامل معه ككل لا يتجزأ. ولأجل ما تقدم سوف نقسم المبحث على مطلبين سوف نتناول في المطلب الأول : التناسق في إطار قواعد الإسناد في حين سوف نتناول في المطلب الثاني : التناسق في إطار القواعد الموضوعية.

المطلب الأول

التناسق في إطار قواعد الإسناد

الإحالة هي تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع سلبيا[١]، ويذهب رأي آخر إلى تأسيس نظرية الإحالة على فكرة التناسق الأنظمة في فض تنازع القوانين[٢]، بأنها تلك النظرية التي تشير بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية وهي من قبيل تنازع قواعد الإسناد فيما بينها.

وبالتالي فهي تعني صلاحية القاضي بعدم اتخاذ موقف مسبق من الإحالة بالقبول أو الرفض، إذْ يحدد موقفه من الإحالة في ضوء طبيعة القضية المطروحة عليه وما تحويه من وقائع وظروف وملابسات من خلال قاعدة الإسناد في قانونه فاختيار القانون المختص تختلف دوافعه تبعا لقاعدة الإسناد الوطنية بالمسألة المعروضة على قاضي النزاع، وفقا لقانونه وبيان بمفهوم الإحالة، من "مفهومها" الشكلي المجرد إلى "مفهومها" الوظيفي[٣]، إن وظيفة قاعدة الإسناد تقوم على تركيز العلاقة القانونية، وهذه الوظيفة تمثل المبدأ العام الذي ترتكز عليه هذه القاعدة في كل الأنظمة القانونية المختلفة، من خلال واضعها وهو"المشرع الوطني"، مهمتها أو وظيفتها إسناد العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي،"لأكثر القوانين انسجاما"، لذا سوف نقسم هذا "المطلب"على فرعين نتناول في الفرع الأول: قواعد الإسناد الأصلية ، وفي الفرع الثاني : قواعد الإسناد الاحتياطية .

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)مصدر سابق ، فقرة٢٨٦، ص٢٢٢.

(٢) هذا هو رأي الأستاذ Batiffol نقلا عن د. محمد كمال فهمي،أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، والموطن، ومركز الأجانب،مادة التنازع)، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١.

(٣) حفيظة السيد الحداد، (الموجز في القانون الدولي الخاص) ، الكتاب الأول. المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص١٧٢ومابعدها.

الفرع الأول
قواعد الإسناد الأصلية

إنّ قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية المعتادة التي يلجأ إليها المشرع لحل مشكلة تنازع القوانين المتولدة عن دخول العنصر الأجنبي، إلى العلاقات الخاصة الدولية وقد دعا جانب من الفقه الانكلوسكسوني إلى التركيز على قواعد الإسناد، بوصفها العنصر الذي يميز القانون الدولي الخاص عن غيره من فروع القانون الأخرى، فهي وسيلة فنية غير مألوفة تضفي على هذا الفرع من القانون طابعه الخاص(١).

إلاّ إنّ تطور الحاصل من خلال العلاقات الدولية الخاصة يستوجب البحث عن الحلول القانونية لحل مشكلة التنازع للعلاقات المتضمنة على العنصر الأجنبي، عن طريق تعيين أنسب القوانين لحكم تلك العلاقة القانونية، وهذا يتحقق من خلال وسائل قانونية متعددة لعل أبرزها ظهورا هو السماح بتطبيق القواعد القانونية التي تنتمي إلى المنظومة التشريعية الأجنبية، على علاقات قد ينتمي أحد أطرافها إلى دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، وهو ما يسمى بمبدأ التسامح بتطبيق القانون الأجنبي(٢).

إن قواعد الإسناد في دول العالم المختلفة ليست على نسق واحد في التفاعل مع هذا الموضوع، وذلك لعدم وجود التنسيق بين الدول لاعتماد قواعد قانونية تساعد إيجاد الحلول وكذلك عدم وجود سلطة تشريعية العليا لإصدار "القواعد القانونية" الملزمة لكافة التشريعات،

---

(١) لقد أكد. Story. (أن أهم ما يميز القانون الدولي الخاص هو استخدامه لوسيلة فنية غير مألوفة في فروع القانون الأخرى وهي قواعد التنازع) راجع في هذا الموضوع بصفة خاصة بحث الدكتور احمد صادق القشيري ، في (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص) ، "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية" ، كلية الحقوق ، "جامعة عين شمس" ، السنة العاشرة ، العدد الأول ، يناير ، مصر ، ١٩٦٨.

(٢) د غالب علي الداودي. نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة) ، دار الطباعة الحديثة، البصرة ، ١٩٦٥.ص٣٦ وما بعدها .

حتى يكون هناك مصدر مشترك تستمد منه الدول جميع قواعدها القانونية، كما هو الوضع بالنسبة للقانون الدولي العام(١).

الأمر الذي أوجد هذا الخلاف بين قواعد الإسناد، من خلال المسائل القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، نجد بعض التشريعات تتضمن قواعد الإسناد فيها إشارة مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية، الأمر الذي يقتضي فحص أثر الإحالة لهذا النوع من ضَوابط الإسناد الشخصية، أن إمكانية لاعتماد الإحالة بناءً على غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها، وأن البحث عن الاعتبارات الواقعية والنتائج النهائية للموقف من الإحالة. فهل يساعد هذا المنهج قاضي النزاع في تجاوز الموقف التشريعي في تطبيق هذه القواعد دون غيرها؟

لحصول التزاحم بين موقف المشرع الراغب بالتطبيق للقواعد الموضوعية، في القانون واجب التطبيق، والموقف المؤيد لدور الإحالة في ضوء الغاية الأساسية لقواعد الإسناد، أنّ تطور"العلاقات الدولية الخاصة"، قد دفع عدد غير قليل من الدول لإبرام المعاهدات التي تشتمل على قواعد موضوعية واجبة "التطبيق" بصورة مباشرة على المراكز الخاصة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، التي تحكم بعض المسائل (كالنقل الجوي والكمبيالات والشيكات)، إلا إنّ إشارة المشرع إلى تطبيق القانون المحلي تعني قواعده الموضوعية منه فقط دون قواعد القانون الدولي الخاص، ما يعني أن القاضي المنظور أمامه النزاع يجب عليه الامتناع عن إعمال الإحالة نتيجة للإشارة الصريحة بالمنع، هذا التحديد الصريح للقانون واجب التطبيق احتراما لإرادة المشرع الوطني،وبهذه الحالة لا يستطيع قاضي موضوع النزاع من تطبيق قواعد إسناد في القانون الأجنبي نتيجة المنع الصريح واحتراما أرادة مشرعة، والاقتصار على القواعد الموضوعية(٢).

---

(١) د. غالب علي الداودي و د. حسن الهداوي. "القانون الدولي الخاص" ، الجزء الأول ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ط٣، ألعاتك لصناعة الكتاب٢٠٠٩ ، ص١٤.

(٢) ينظر نص (المادة ٣١ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل) و(نص المادة (٢٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل).

فالوظيفة الطبيعية العامة لقواعد الإسناد والمتمثلة بمراعاة العدالة المادية، والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة، ورعاية لتوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية[١]، لابد من إعطاء القاضي السلطة التقديرية لتحديد الموقف من الإحالة، في ضوء غاية وجوهر قاعدة الإسناد الوطنية وعلى القاضي أن يستعين بقواعد الإسناد للتعرف على الحلول التي يعطيها قانون المحال إليه، ومدى انسجامها مع وظيفة قاعدة الإسناد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فأن المشرع الوطني حدد الحالات والمسائل التي يروم فيها تطبيق القواعد الموضوعية، في القانون الأجنبي على سبيل الحصر، فأن الأصل عدم الأخذ بالإحالة لا يزول إلا بدليل قطعي وهو نص صريح أو الإشارة الضمنية[٢]، فهي دليل ظني لا يرقى لمستوى تعطيل الأصل، ومن خلال الوظيفة العامة لقواعد الإسناد وتحديد تأثير الإحالة في إظهار الغاية الأساسية لقواعد الإسناد، فقد يكون من الملائم قبول الإحالة سواء لحساب قانون القاضي، أو لحساب قانون أجنبي مرتبطا بتلك بالعلاقة القانونية[٣].

إن المشرع الوطني هو من يأمر بتطبيق القانون الأجنبي[٤]. فالموقف الأولي من الإحالة بالنسبة للمشرعين المصري والعراقي يفوت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الإسناد، فإنما يفعل ذلك لما يقدره من أن أحكام هذا القانون هي الأكثر انسجاما لحكم

---

(١) وهذا الرأي للأستاذ الفرنسي:Botiffol نقلا عن د. محمد كمال فهمي ، "أصول القانون الدولي الخاص"، (الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب ، مادة التنازع) ،ط٢، مصدر سابق ، فقرة ٢٧ ، ص ٣٦٣ وما بعدها.

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، فقرة١٨٢، ص٦٤٧وما بعدها.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين "دراسة مقارنة " ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١.

(٤) من مؤيدي المنهج المزدوج في الفقه العراقي د. غالب علي الداوودي. "القانون الدولي الخاص" ، الكتاب الأول، (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، "دراسة مقارنة"، ط٤، دار وائل، عمان، "الأردن "، ٢٠٠١ ، ص ٦١. ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن الجزء الأول ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة ، عمان، الاردن ، ١٩٩٨ ، ص١١ . وفي "الفقه المصري" د. فؤاد عبد المنعم رياض. ود. سامية راشد. "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي"، (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩، فقرة ٢٣، ص ٣١ وما بعدها.

علاقة قانونية معروضة، وأن الإحالة هي نتيجة لإشارة قواعد إسناد للقانون الأجنبي، والذي أشارت قواعد التنازع الوطنية باختصاصه ابتدأ ومن خلال ذلك يرى الأستاذ باتيفول، والذي رد الإحالة على فكرة تناسق الأنظمة في فض تنازع القوانين(١).

وعند إظهار الوظيفة الطبيعية العامة لقواعد الإسناد، كونها الوسيلة الفنية التي يلجأ إليها المشرع الوطني لحل مشكلة التنازع ذات العنصر الأجنبي، لذا دعت الحاجة إلى أن يتنازع أكثر من قانون في حكم هذه الروابط ، من وجود قواعد قانونية تعمل على رسم حدود لكل قانون في حكمه على هذه الروابط، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وجود قاعدة الإسناد، التي تحقق هذه الغاية فهي تعمل على تحديد نسبة أو حصة كل قانون في حكمه لهذه العلاقة القانونية، وبالشكل الذي يضمن مساحة من التطبيق لا يتجاوز فيها مساحة القانون الآخر(٢).

فالاعتبارات التي يقوم عليها الأمن القانوني تفرض تحديد الاختصاص القضائي ليست بالضرورة هي نفسها، بل من خلال تحديد الاختصاص التشريعي، وإنّ تقرير الاختصاص ما هو إلاّ مراعاة لاعتبارات معينة، مثل حسن أداء العدالة تلافيا لتضارب الأحكام(٣).

من المبادئ التي تحققها قاعدة الإسناد هو العدالة بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، وتتمثل في فسح المجال لتطبيق قواعد القانون الأجنبي، بما تشير إلية قواعد الإسناد الوطنية في تطبيقها على العلاقات القانونية، ومن خلال ذلك أن اقتصار التطبيق على قواعد القانون الوطني لقاضي النزاع ، قد يكون فيه إنكار للعدالة بالنسبة لأحد الأطراف العلاقة القانونية، مما يتنافى مع الغاية المرجوة لقواعد الإسناد في الأنظمة القانونية المختلفة، والتي تعمل على تحقيق حالة التعايش المشترك بين تلك الأنظمة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة. (علم قاعدة التنازع)، والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٩٦،ص١٠٧.

(٢) ينظر د. عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي ، "القانون الدولي الخاص"، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٢١٢ .

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة. تنازع القوانين . دار النهضة العربية. القاهرة. بدون سنة طبع. ص٢٣.

القانونية المختلفة، بغض النظر من انتماءاتهم السياسية (الجنسية) وارتباطاتهم الواقعية (الموطن)[١].

نجد إن المشرع المصري قد أدرك هذه الحقيقة فقد بررت "المذكرة الإيضاحية"من خلال النص الوارد بالمادة (٢٧) من هذا القانون[٢]، بقولها إنّ" قواعد الإسناد عندما تحيل اختصاص تشريعي لقانون آخر"، أنما تصدر عن "اعتبارات خاصة"، وفي قبول الإحالة تفويت لهذه "الاعتبارات "ونقض الحكم الصادر في تلك القاعد ة [٣].

للاعتبارات نفسها فقد بارك الفقه المصري الغالب والذي أخذ مشرعه في المادة (٢٧) من القانون المدني، في شأن رفض الإحالة فلو جئنا إلى عنصر قاعدة الإسناد الأول وهو ضابط إسناد العنصر الذي يعتمده المشرع في تفضيل قانون على آخر، لحكم علاقة قانونية موضوع الخصومة أو كما يعبر عنه بأداة الوصل بين موضوع قاعدة الإسناد، والقانون الواجب التطبيق، والمشرع وضع هذا الضابط لاعتبارات تقتضيها سياسته التشريعية التي تبناها المشرع[٤].

إن القضاء هو من خلق نظرية الإحالة وهي تعد محاولة جريئة من قبل القضاء ، إذْ إنّه دخل مجالا مهما، وهو أصعب من حالة الابتكار وخلق الحلول القانونية[٥]، إلاّ أن القاضي بدأ يخرج من النطاق النصي، على الرغم من وجود النص القانوني مستلهما بذلك روح النص القانوني بدلا من منطوقة فمعاني الألفاظ في التراكيب الدلالية المباشرة لها يمكن

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية، بحث منشورفي مجلة جامعة بابل، الجلد١، الإصدار ٢٢ لعام ٢٠١٤.

(٢) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) مجموعة الإعمال التحضيرية ، ج١، ص٣١. وقد أشير بها إلى أن هذا هو الحل الذي اخذ به المشرع المصري في المادة (٢٧) من القانون المدني وكذلك د. علي علي سليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي ، بيروت ، ١٩٦٩، ص٧. أيضا الموقف للمشرع العراقي في المادة (٣١ /١)" من القانون المدني". راجع. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، "القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن"، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص٢٧٢.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة ، (الأصول في التنازع الدولي للقوانين) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

(٥) د. خير الدين كاظم الأمين. "دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية"، بحث منشور، بمجلة في جامعة بابل ، العلوم الإنسانية ، العدد الثاني ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٥٥ .

التوصل إلى معان متعددة وأحكام أخرى، لم تشر إليها الألفاظ المباشرة بتوسط المدركات العقلية فعقل القاضي إذْ ما أدرك العلاقة بين الواقعة والنص يدفعه في ذلك الرغبة في إيجاد الحلول للمنازعات المعروضة أمامه أخذا بنظر الاعتبار احترام توقعات الأطراف المتنازعة والحفاظ على حالة التعايش بين أطراف العلاقة القانونية، وبذلك يمكن أن يخرج من منطوق النص إلى رحاب المفهوم(١)، آخذا بالاعتبار مصلحة الأطراف المتنازعة" وكذلك الحفاظ على حالة "التعايش السلمي" بين أطراف العلاقة القانونية، واستنادا إلى الوظيفة التي يمكن لقاعدة الإسناد التي تؤديها في نطاق العلاقات الأجنبية ذات العنصر ألأجنبي(٢)، وإنّ حل هذه المسألة يتوقف في المقام الأول على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية، والوقوف على غايتها الأساسية وهو دور يراعي فيه القاضي النتيجة النهائية ، والتي سينتهي إليها تطبيق القانون واجب التطبيق.

ففي ظل التطورات التي لحقت بالعلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، وسعي قاعدة الإسناد نحو للأخذ بالعدالة المادية ، كان لا بد من أن تتأثر جميع المفاهيم القانونية الأساسية في تنازع القوانين بهذا الاتجاه الحديث وفي مقدمة هذه المفاهيم الإحالة(٣).

أن الأخذ بالإحالة من عدمه في ضوء تلك التطورات أكثر تحقيقا للعدالة في كل حالة على حده ومن خلال ذلك يرى جانب من الفقه(٤)، أنّ المعيار المرشد له لحل المسألة يتوقف

---

(١) للمزيد الشيخ فاضل الصفار. أصول الفقه وقواعد الاستنباط دراسة تطبيقية مقارنة ، الجزء الثاني ، ط١ ، مؤسسة الرافد للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٩ وما بعدها .

(٢) د. "حفيظة السيد الحداد". (الموجز في القانون الدولي الخاص) ، مصدر سابق ، ص ١٧١.

(٣) د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص١٧١.

(٤) أن تقدير القاضي للحل الموضوعي في حالة الأخذ بالإحالة يخضع فيه لتقدير المحاكم العليا. جاء في" قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩"المعدل في المادة (٢٠٣ /٥) أن (للخصوم أن يطعنوا تمييزا لدى محكمة التمييز وذلك في الأحوال الآتية إذا وقع في الحكم خطا جوهري). ويعتبر الخطأ الجوهري إذا أخطا الحكم في فهم الوقائع " وبالتالي إذا استند القاضي إلى حل غير موضوعي في تقدير الإحالة فللخصوم اللجوء إلى المحكمة العليا "للمزيد من التفصيل" ينظر. د. عبد الرحمن العلام ، (شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل) مع "المبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز العراق"، العاتك لصناعة الكتاب، ط ٢ ، ٢٠٠٨ ، ص ٤ ، وما بعدها .

على تفسير قاعدة الإسناد والغاية التي من أجلها شرعت وطالما كانت الغاية تختلف من مشرع لآخر، فأنّه من الطبيعي تتباين الحلول المتبعة بشأن الإحالة، فأنّ ذلك يستتبع خللا في وظيفة قاعدة الإسناد، في تحقيق الوصول لحلول مناسبة للعلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، وبالتالي لا بد من منح سلطة تقديرية لقاضي النزاع لكي يصحح أو يخفف من الجمود الذي لازم قاعدة الإسناد، عن طريق دور للإحالة في ضوء غاية وجوهر قاعدة الإسناد وقبولها أو رفضها على أساس ذلك(١).

أن نظرية الإحالة تدور حول محور واحد مفاده الابتعاد عن الأحكام السابقة والمجردة من جهة التشريعات المقارنة واعتمادها على رؤية وظيفية ومبادئ موضوعية، تستند إلى فهم قاضي الموضوع لكل حالة على حده، لكي يتوصل إلى الموقف السليم من الإحالة بقدر ما يحققه الأخذ فيها من احترام التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية ، وتحقيق لمبدأ العدالة المادية في نطاق القانون الدولي الخاص.

أما بخصوص المشرع العراقي، فأنّه لا يختلف عما ذهبت إليه المدرسة اللاتينية في التشريعين الفرنسي والمصري، فان النظرة الحيادية لقاعدة الإسناد بوصفها لا تهتم بالنتائج الموضوعية عند تحديد القانون الواجب التطبيق، لم تعد تتفق مع الواقع ولا سيما حماية الطرف الضعيف في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، إذ أن قاعدة الإسناد يجب أن تواكب متطلبات التطور الزمني في العلاقات المتعلقة بالمصالح الخاصة بالأفراد.

فالمنهجية التقليدية لقاعدة الإسناد لا تستطيع مراعاة هذه الاعتبارات، ويمكن من خلال لغاية التي وجدت من أجلها قاعدة الإسناد وعن طريق التجديد في وظيفتها ومن خلال الحل الوظيفي من منظار نظرية الإحالة بقولهم أنَّ هذه النظرية(أي الإحالة)عبارة عن إتاحة المجال لقاضي النزاع، أن يختار أنسب القوانين المتنازعة في حكم العلاقة القانونية من دون تقيد بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد(٢).

---

(١) د. "حفيظة السيد الحداد". "الموجز في القانون الدولي الخاص" ، مصدر سابق ، ص ١٧٣.

(٢)د. صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمه إلى مجلس كلية كربلاء، ٢٠١٨.

أي صلاحية القاضي بعدم اتخاذ موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض إلاً بعد التعرف على الوقائع المعروضة أمامه وما يحيطها من ظروف وملابسات من جهة، وأهداف قاعدة الإسناد المعينة والموجودة في قانونه من جهة أخرى، فاختيار القانون المختص يتوقف على تحديده في ضوء الهدف والغاية التي تسعى قاعدة الإسناد تحقيقه(١).

فنظرية الإحالة لم يرد لها ذكر صريح وتنظيم تشريعي واضح ونتمنى على المشرع العراقي، أن يوليها اهتمام تشريعي لما تحققه من أهمية في تحقيق العدالة ورعاية المصالح المشروعة لأطراف العلاقة القانونية في ضوء غاية ووظيفة قاعدة الإسناد(٢). فبعد أن أخذت غالبية القوانين بمنع الأخذ بالإحالة بقواعد الإسناد الأجنبية واقتصاراً على الأخذ بالقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية دون التركيز على وظيفة قاعدة الإسناد(٣).

ففي مسائل الأحوال الشخصية يكون مركز ثقل العلاقة القانونية هو جنسية أطراف العلاقة القانونية أو محل إقامتهم، وفي مسائل الأموال يكون الأثر بالنسبة لموقع المال، وفي التصرفات القانونية يكون لمصدرها مما يعني أن ضوابط الإسناد ليست متحررة كليا من أهداف الدولة السياسية وظروفها الاقتصادية والاجتماعية.

فهذا التنوع يتطلب أعطاء القاضي المعروض أمامه النزاع، سلطة تقديرية نسبية من "أجل الوصول" إلى أعلى مستويات التعايش المشترك بين نظامه الوطني والأنظمة القانونية الأخرى، ومن خلال استعانة بفلسفة القانون الدولي الخاص، وهذا يندرج ضمن ما يسمى بالاجتهاد التكميلي(٤). فأن أمكانية الابتعاد عن الإحكام السابقة والمجردة للإحالة من جهة التشريعات المقارنة، والاعتماد إلى رؤية موضوعية تستند على ضوء السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع.

---

(١) د. صالح مهدي كحيط ، نظرية الحل الوظيفي ، مصدر سابق .

(٢) د. غالب علي الداودي. نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص٣٦.

(٣) د. خير الدين كاظم الأمين. (دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية) ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥.

(٤) د. خير الدين كاظم الأمين ، "دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية " ، مصدر سابق ، ص٢٥٥.

إنّ أمكانية الأخذ بنظرية الإحالة ومراعاة حكمة التشريع وإمكانية خلق الحلول القانونية، فيما إذا توفرت ظروف معينة وتحققت فرضيات حددها المشرع ومنها على سبيل الفرض لا الحصر ما ورد في المادة (٣٣/ ١) من القانون المدني العراقي والتي عالجت مسألة تعيين القانون واجب التطبيق، بالنسبة لمن لا جنسية له أو مزدوج الجنسية فيما إذا كانت الجنسية هي ضابط الإسناد المعتمدة في مسائل الأحوال الشخصية.

بقولها (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد)[١]. أن دور القاضي يجب عدم حصره في إطار الدلالة لمنطوق النصوص القانونية الوطنية، وإّنما لا بد له أن يوسع من مفهوم تلك النصوص ليجعلها تستوعب نظرية الإحالة في ضوء الغاية الأساسية لقاعدة الإسناد[٢] .

الفرع الثاني

قواعد الإسناد الاحتياطية

إنّ قواعد الإسناد الاحتياطية لا تأخذ مفعولها إلاّ بعد تعذر العمل بالقاعدة الأصلية، المتمثلة برفض قاعدة الإسناد الأصلية للاختصاص المعقود لها أو غيابها مطلقا، وعليه فأنّ إعمال الوظيفة الاستثنائية لقاعدة الإسناد الأولى (الأصلية)، لا تبرز إلاّ عند عدم تحقق الوظيفة الأصلية لها[٣]، لذا فأنّ تطبيق وظيفة قاعدة الإسناد الاحتياطية يرتكز على أساس عدم وجود قواعد إسناد أصلية أو عدم كفايتها في أداء مهامها كما أشار المصدر، حيث يبرز هذا الجانب في حالتين وهما:

---

(١) وهذا الحكم ذاته يمكن أن ينطبق على ما جاءت به المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي والتي منحت المحكمة الاستناد إلى مبادئ القانون الدولي الخاص ألأكثر شيوعا فيما يرتبط بانتفاء وجود النص في أحوال تنازع القوانين .

(٢) د. غالب الداودي. "نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص" (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة)، مصدر سابق ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٣) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية، مصدر سابق، ص٥٤٩.

أولاً : تعدد الجنسية أن حمل أحد أطراف العلاقة القانونية أكثر من جنسية ولم تكن من بينها جنسية قاضي النزاع ، فأنّ القاضي لا يستطيع تطبيق قانونه من خلال ضابط الإسناد المتمثل بالجنسية المعتمد لعدم كفايته وعندما ننتقل لتطبيق ضابط إسناد احتياطي، والمتمثل بضابط الموطن أو الإقامة أو مزاولة النشاط ليشكل بذلك قاعدة إسناد احتياطية[١]، إذْ ليس فيها ما يدعو إلى عدم الأخذ بالإحالة، فإذا كانت الإحالة من قانون جنسية الزوج، إلى قانون القاضي بوصفه قانون الموطن،فانه يمكن للقاضي أن يقرر إن ثمة اعتبارات واقعية عملية مبنية على نتائج النهائية للأخذ بالإحالة تجعل من المناسب تفضيل قانون الموطن[٢].

في إطار المقارنة بين الغرض الذي يقوم على اعتماد حل واحد ينطبق على سائر الحلول التي تثار بمناسبتها مسألة ازدواج الجنسية أو تعددها، وبحل وظيفي ذي طبيعة نسبية يتباين بحسب طبيعة المسألة الأصلية، المرتبطة فيها مسألة تنازع الجنسيات[٣]. تذهب إلى أنه "إذا كانت جنسية القاضي" الذي ينظر النزاع، من بين الجنسيات المتزاحمة وجب "تطبيق قانون جنسية القاضي" بصرف النظر عن الخصوصيات الأخرى، ويتم ذلك دون الالتفات إذا كان الشخص مرتبطا من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا وما إذا كان له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مثل تلك المصالح ، وفيما إذا كان يعيش هذه الجنسية فعلا أم كان بينه وبينها حالة هجر طويل[٤].

وبالتالي إذا كانت الجنسية المصرية أو العراقية مثلا ضمن الجنسيات المتعددة وكان النزاع المرتبط مطروحا أمام القاضي الوطني ، وجب على القاضي أن يطبق القانون الوطني

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية، المصدر سابق، ص٥٤٧.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية ، المصدر نفسه ، ص٥٤٩.

(٣) بنظر القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. نص المدة (٣٣) ١- تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبي لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. وكذلك نص المادة (٢٥) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨ (على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ،فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه .

(٤) د. هشام علي صادق. الجنسية المصرية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٩٤

إلاّ ما خرج باستثناء[١]. فأن نتيجة تعميم هذا المبدأ وعدم قصره على مسألة دون أخرى ، إذْ يكون واجب الإعمال في كل مره تثار فيها منازعة تطرح أمام القضاء المختص، فالمشرع الوطني حينما يضع نصا قانوني فإنّه يسري على جميع المسائل القانونية[٢]. والواقع أن هذا الحكم التقليدي واسع الانتشار وقد اعتنقته التشريعات المقارنة، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من قانون الجنسية الفرنسي رقم (٢٦) لعام ١٩٦٤ والتي نصت على إنّه إذا كان تعيين القانون واجب التطبيق وفقا لأحكام هذا التشريع يقوم أساس الجنسية وجب تطبيقه وهو ذات الحكم الذي أشار إليه ضمنا المشرع الفرنسي في المادة (٣١١) من القانون المدني، والتي تواترت عليه أحكام المحاكم الفرنسية وموقف الفقه الفرنسي[٣].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من القانون المدني المصري بهذا الخصوص " (على إنّ الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه) وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون علة الأخذ بهذا الحكم فبينت إن تغليب الجنسية المصرية عند تزاحم الجنسيات، التي

---

(١) يخرج عن الحكم المتقدم ثلاثة استثناءات الأول إذا وجد أتفاق بين دولة قاضي النزاع ودولة أخرى يتبعها الشخص المتعدد الجنسية يعطي الاختصاص على ذلك الشخص للدولة الأخرى غير دولة قاضي النزاع. فيجب على القاضي في هذا الحال أن يعتمد قانون هذه الدولة في حكم ما يتعلق بذلك الشخص. والاستثناء الثاني في حالة ما إذ كان متعدد الجنسية ينتمي إلى دولة معادية فهنا يجب على الجهة التي تفصل في النزاع معاملة ذلك الشخص على أنه أجنبي ينتمي إلى تلك الدولة ولا تقر له بالصفة الوطنية حتى تتمكن من فرض بعض التدابير الاحترازية كفرض الحراسة على أمواله أو حجزها وخاصة أثناء الحرب. أما الاستثناء الثالث فيتمثل بعدم استطاعة الدولة التدخل لحماية شخصا دبلوماسيا في مواجهة دولة يعد هو من مواطنيها.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال. الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات ، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٧٤ .

(٣) نقلا عن :

- Paul Lagarde: VersuneapprocheFonctionnelle du conflitpositif de nationalite, R.Crit, paris, 1988, p.3. ets.

يتمتع فيها شخص واحد وهو مبدأ عام أستقر عليه العرف، باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم في شأنها لغير قانونها[١].

فهو حكم استند فيه المشرع المصري إلى 'اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ إذْ جاء في المادة (٣) منها أن الشخص الذي يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن اعتباره في كل دولة من الدول التي يحمل "جنسيتها على أنه من مواطنيها"، ويشير جانب من الفقه المصري[٢]، إلى أن ما يجب أن يلتفت إليه في هذا الشأن أن الاتفاقية استعملت لفظ يمكن ولم تقل يجب اعتباره وطنيا، يبدو أن الاتفاقية قد شاءت بذلك أن تفتح الطريق أمام التشريعات الداخلية بمحض سيادتها وخالص حريتها لكي تقرر حلولا أخرى، قد تراها أكثر ملائمة وأهمية هذه الملاحظة تتجلى في دور الإحالة، وفقا لغاية قاعدة الإسناد ودورها الوظيفي والذي يتناسب لحل مشكلة تنازع الجنسيات. أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد "جاء في الفقرة الثانية من المادة" (٢/٣٣) من القانون المدني العراقي(على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه).

ويذهب البعض الآخر من الفقه[٣]، إلى أن أساس تفضيل جنسية القاضي هو أن كل دولة تنفرد بوضع أحكام القانون الذي ينظم جنسيتها، على نحو يحدد ركن السكان أو الشعب فيها، وبما يحقق مصالحها الاقتصادية والاجتماعية. لأسباب مرتبطة بممارسة السيادة على الأشخاص والتبعية القانونية ومنعا لسريان قوانين أجنبية على مواطنيها، متى كانت جنسيتها من بين الجنسيات المزدوجة التي يحملها الشخص ويؤيد جانب من "الفقه المصري"[٤]، فلا بد وأن يكون هناك ارتباط بين الدولة والشخص وإلاّ لا يصح للدول أن تمنح جنسيتها لرعايا دول

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين،(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص ٦٦٤.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة ، مصدر سابق ، ص٧٥ .

(٣) د. هشام خالد. المركز القانوني لمتعدد الجنسية ، مع إشارة خاصة لحق المصري متعدد الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب في ضوء الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص١١٥.

(٤) د. عكاشة عبد العال ، "الاتجاهات الحديثة "في مشكلة تنازع الجنسيات (دراسة تحليلية وتأصيليه في القانون المصري والمقارن)، مصدر سابق ، ص٧٩ .

أخرى، خلافا لإرادة الأخيرة ما لم يتوفر ذلك الارتباط وفي حالة التزاحم تقدم الجنسية الأكثر ارتباطا بالدولة على غيرها، وهو كذلك مبدأ يقضي فيه القانون الدولي العام[١].

وانتفاء هذا الترابط يعطي الاختصاص إلى جنسية دولة أخرى، يتحقق معها كضابط إسناد يمكن القاضي من إعمال القانون الأنسب لحكم العلاقة القانونية محل الخصومة، فعلى القاضي أن يهتم بالنتائج العملية التي تترتب على اختيار جنسية هذه الدولة دون تلك، باعتبار أن قضاء كل دولة من الدول المتنازعة يتمسك بقانونه الوطني دون الاهتمام بالجنسيات الأخرى، أي أن الجنسية الوطنية للشخص هي التي سيعتد فيها كضابط إسناد، ستختلف باختلاف الدولة التي يثار أمامها النزاع، وهذا ما يتعارض مع غاية قاعدة الإسناد المتمثلة بوحدة الحلول على المستوى الدولي، وله تداعيات على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية.

فإنّ الفصل في تنازع الجنسيات بفعل تعددها وترجيح جنسية القاضي لا يتعامل مع الجنسية كأداة فنية تحدد شعب الدولة، فاختصاص الدولة هنا محجوز لها وإنّما لابد وإن يتناول (الجنسية) كأداة "لتحديد القانون واجب التطبيق" على العلاقة محل المنازعة، وبالتالي كونها ضابط يستعمل في حل التنازع القوانين[٢]، التي تثار مسألة الجنسيات بشأنها.

فلا بد من إتباع منهج يتوخى غاية المسألة المطروحة من منظار آخر، وهو منظار الجنسية الواقعية التي يعيشها الشخص قانونا وواقعا لا الجنسية بمعنى التبعية السياسية فإسناد الاختصاص التشريعي لقانون تلك الجنسية يكفل تحقيق الأمان القانوني، إذْ يرى البعض من الفقه [٣]، إنّ الجنسية التي يرتبط فيها الشخص أكثر من غيرها تعتبر الجنسية "الفعلية" يستطيع القاضي كشفها، بواسطة عدة ظروف ووقائع وعوامل مثل توطنه في تلك

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي ، الجنسية والعلاقات الدولية ، ط٢ ، مكتبة زين الحقوقية ، سنة ٢٠١١، ص٢١.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية ، مصدر سابق ، ص٢٧٣.

(٣) د. "احمد مسلم". (موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان) ، "دار النهضة العربية"، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٢٦٩. د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي ، (الجنسية والعلاقات الخاصة الدولية)، مصدر سابق ، ص ٢٦٩ .

الدولة ومدة إقامته وممارسته للحقوق السياسية والمدنية فيها والتحدث بلغتها، والجنسية التي تحصد أكبر حصة من تلك الأوضاع تكشف عن نفسها أمام القاضي، بأنها الجنسية الفعلية والحقيقية لذلك يكون لها الأولوية على غيرها هذا ما ذهب إليه فقه القانون الدولي الخاص(١).

كما أخذت اتفاقية (لاهاي) لعام ١٩٣٠ والمتعلقة بتنازع قوانين الجنسية بهذا الحكم إذْ جاء في المادة الخامسة منها "يتعين على الدولة التي يوجد في إقليمها شخص يتمتع بعدة جنسيات أن تعامله على أنه متمتع بجنسية واحدة، ويجوز لها أن تختار جنسية الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد لهذا الشخص أو جنسية الدولة التي يظهر من الظروف أن الشخص كان أكثر ارتباطا فيها.

ثانياً . انعدام الجنسية: انعدام الجنسية يجعل من عديم الجنسية مجهولة النظام القانوني ابتداءً، لعدم وجود ضابط إسناد أصلي لذا فأنّ الوظيفة الطبيعية لقاعدة الإسناد التي تقوم على هذا الضابط لا يمكن أن تتحقق في هذه الحالة وعليه يتم اللجوء إلى ضابط إسناد احتياطي(٢).

فيمكن أن نستدل عليه من خلال الموطن المتمثل بالأخذ بقانون دولة المقيم أو موطن الشخص فيها التي تأخذ إحدى الصيغ الثلاث (دولة الموطن أو دولة محل الإقامة أو دولة قاضي النزاع) وتأخذ على سبيل التدرج لا الاختيار، فأنّ الوظيفة الاحتياطية لقاعدة الإسناد ضمن الأحوال الشخصية تتضح وتأخذ مفعولها عند عدم قيام ضابط الإسناد الأصلي المتمثل بالجنسية، أن ضابط الإسناد الأصلي في مجال الأحوال الشخصية

---

(١) د. حفيظة الحداد. (الموجز في الجنسية ومركز الأجانب) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٢ .

(٢) د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية ، مصدر سابق ، ود. طرح البحور 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 ، سنة ٢٠٠٠ ،فقرة ٢٩٩ ، وما بعدها ، ص ٢٢٦. (وهي تشير إلى رأي الأستاذ الايطالي رولاندو كوادري الذي يعد من أبرز المناصرين لمنهج قاعدة الإسناد المفردة الجانب في توجهاته في الفقه الحديث).

في الدول العربية هو الجنسية[١]، وفي حال عدم وجوده ينتقل إلى "ضابط إسناد احتياطي"هو قانون الموطن المشترك، فأنّ لم يوجد "يطبق قانون محل الإبرام"، بينما هناك بعض القوانين الأجنبية ، تنتقل مباشرة إلى تطبيق قانون بلد التنفيذ عند عدم وجود قانون الإرادة[٢].

أن إرادة الأطراف لا تقوى على تعيين القانون المختص بحكم العقد الدولي، وإنما هي تقوم بتركيز العقد في مكان معين وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعة، وذلك حماية المصالح الاقتصادية في هذا المكان وعليه أن إرادة الأطراف تؤدي دورا غير مباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق، من خلال تركيز العلاقة العقدية في إطار نظام قانوني معين، إلا أن هذا الاختيار غير ملزم للقاضي[٣].

فالرأي الراجح فقها وقضاءً وتشريعا أن العقد يخضع لقانون الإرادة الذي أختاره أطراف العقد لحكم عقدهم[٤]. فإذا لم يوجد القانون المختار فهنا يكون دور القاضي بتحديد العقد بالاستعانة بضوابط إسناد احتياطية وضعتها التشريعات على اختلاف أنواعها[٥]. فإذا عينت قاعدة الإسناد الوطنية قانونا أجنبيا بوصفة قانون الجنسية في خصوص مسألة الأهلية مثلا ولم تكن هناك إشارة صريحة من ذلك القانون بتطبيق القواعد الموضوعية في

---

(١) المادة (١٨ / ١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١. وتقابلها المادة (١/١١) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لعام ١٩٤٨ .

(٢) د. محمد خيري كصير، (حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين) " دراسة مقارنة" ، منشورات الحلبي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢ ، ص٣٣ .

(٣) نقلا عن د. منير عبد المجيد ، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف الخاصة الدولية، مجلة دراسات قانونية كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد الثالث، كانون الأول، ١٩٩٩، ص١١٢ .

(٣) د. فراس كريم شيعان وارم عصام خضير ، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة ٨، المجلد٣، العدد٢٩ آذار٢٠١٦، ص٢٢٨.

(٤) مثاله : الموطن المشترك أن أتحدى موطنا أو قانون محل إبرام العقد ، والذي أخذ به المشرع العراقي بالمادة (١/٢٥) من القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. كما أخذ المشرع المصري بالمادة(١/١٩) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

قانون الجنسية، بل التحديد كان على سبيل الإطلاق وكانت قواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق.

تشير إلى تطبيق قانون الموطن لاعتبارات مستمدة من فكرة واقعية فلا بد من الابتعاد عن المنهج الجامد، ما دام قانون القاضي لم يصرح بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي.لذا فقد يكون من الملائم أعمال قواعد الإسناد، وقبول الإحالة سواء إلى قانون القاضي أم إلى قانون أجنبي ذات الارتباط بالعلاقة(١)، وهي تعني أنه إذا عرض النزاع على القاضي الوطني ذات عنصر أجنبي، وكانت "قاعدة التنازع الوطنية"تشير لتطبيق قانون دولة أجنبية وجب على القاضي أن "يفصل بالنزاع" كما يفصل فيه القاضي في الدولة الأجنبية، والتي أشارت قاعدة التنازع الوطنية باختصاص قانونها(٢).

أنّه يطبق القانون الذي كان سيطبقه القاضي الأجنبي، ويتصور أنصار هذه "النظرية" أنهم تفادوا الوقوع في الحلقة المفرغة التي تؤدي إليها الإحالة، وقد اخذ القضاء الانكليزي الحديث بنظرية الإحالة الكلية التي يسميها (foreign court theory) أو نظرية المحكمة الأجنبية، طبقا لهذه النظرية على القاضي الانكليزي أن يفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، طبقا للحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي، الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الانكليزية(٣).

يلاحظ أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في ١٩٥٥/٦/١٥ قضت بقبول الإحالة "فيما يتعلق بالأحوال الشخصية" من قانون الجنسية إلى قانون الموطن ويرفضها في الحالة العكسية، وذلك لأنه يترتب على الإحالة في الحالة الأولى أن يعود في الفصل في النزاع إلى قانون القاضي، وعلى الرغم من أن المفهوم الانكليزي للإحالة يمكن أن يؤدي إلى تحقيق التناسق والانسجام في الحلول، إلاّ أنه لا يمكن تعميم هذا المفهوم وذلك أن اعتناق دولة أخرى، لذات المفهوم يؤدي إلى اصطدام الحلول ومن خلال ذلك وجهت انتقادات الفقهية

(١) د. عكاشة محمد عبد العال.تنازع القوانين ، "دراسة مقارنة" ، مصدر سابق، ص٦٦٣.
(٢) د. طرح البحور علي حسن فرج ، "تدويل العقد "، مصدر سابق ، فقرة ٣.٤ ، ص ٢٢٨ .
(٣) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، "القواعد ذاتية الحلول العالمية "، مصدر سابق .

ودعمها في مجال قانون التجارة الدولية والفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجار New Law merchant[١].

أما بالنسبة لموقف التشريعات (فرنسي. مصري. عراقي) فأنّ هذه التشريعات لم تأخذ بنظام الإسناد الاحتياطي بنصوص صريحة واضحة، وإنما أعطت الاختصاص في معظم مسائل الأحوال الشخصية إلى ضوابط إسناد مستقلة ولكن عدم وجود النص الصريح لا يمنع من التفتيش عن مسائل قانونية أخرى ، تحقيقا لوحدة الأحكام على المستوى الدولي. فلو أخذنا على سبيل المثال الحضانة كمسألة "قانونية تثير تنازع القوانين"نلاحظ أن القوانين محل المقارنة ،إضافة إلى القانون العراقي لم تتضمن "قاعدة للإسناد" صريحة "لتحديد قانون واجب التطبيق" على الحضانة.

لذا نجد أن هناك انقساما في رؤى الفقه وأحكام القضاء، حول ترجيح القانون الشخصي لأحد أطراف العلاقة القانونية، إذْ إنّ بعض فقه القانون الدولي الخاص في هذه الدول[٢]، يذهب إلى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب ، بوصفها أحد آثار النسب وبهذه الحالة يطبق قانون دولة الأب وقت ميلاد الولد، لأنّ الحضانة تعتبر المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس وهو حل تبناه جانب من التشريعات[٣].

في حين يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج باعتباره أن الولد نتاج علاقة زوجية، وبالتالي يكون مختصا قانون دولة الزوج وقت إبرام عقد الزواج، وهذا الرأي تبنته العديد من أحكام القضاء[٤]. فإنّ القانون واجب "التطبيق" سيكون دائما هو "قانون" جنسية الأب أو الزوج وقت الزواج، أن المشرع الوطني بالنسبة لهذه الدول، لم يجعل للحضانة قانونا مستقلا بل أسندها إسنادا احتياطياً إلى قانون

---

(٤) ينظر في هذا الموضوع بوجه عام:
Gold stajn – The Law merchant – The Journal of Buisiness Law -1961, p, 12.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق. ص٨٤٦.

(٣) من تلك التشريعات القانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم(٥) لسنة 1961 ومن خلال نص المادة (43) منه.

(٤) ينظر من خلال محكمة الإسكندرية الابتدائية في 26 فبراير 1952<

آخر، هو قانون الأب أو الزوج لحظة إبرام الزواج حيث يرى جانب من الفقه[١]، ضرورة تطبيق القانون الأصلح للطفل ورعايته، ويركز ذلك بين كل من القانون واجب التطبيق على آثار الطلاق وهو قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى وبين "القانون الشخصي" للطفل أي القانون الدولة الذي ينتمي إليها بجنسيته وبالتالي لا يمكن الأخذ بالإحالة بالنسبة للإسناد الاستثنائي والسبب في ذلك أن المصلحة تتحقق في هذين القانونين (قانون دولة الأب وقت الطلاق والقانون الشخصي للطفل).

أن الانتقادات التي وجهت تتمحور في ثلاث حالات الحالة الأولى أن ترجيح قانون جنسية الأب لحظة الطلاق أو القانون الشخصي للطفل هو ترجيح لا يوجد له نص تشريعي ولا حتى أحكام قضائية استقرت بهذا الاتجاه كي يستند إليه القاضي في حكمه. الحالة الثانية أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه من تطبيق القانون الأصلح للطفل أمر لا خلاف فيه ولكن هل يطبق من هذا القانون" قواعده الموضوعية أم قواعد الإسناد" كذلك؟ باعتبار أن القانون يعامل معاملة إجمالية بشقيه الموضوعي وقواعد الإسناد، فما هو المانع من السماح لقاضي النزاع أن يطبق قواعد الإسناد، لعل في ذلك تحقيق مصلحة للطفل موضوع الدعوى.

الحالة الثالثة أن القانون الأصلح للطفل قد يكون من غير هذين القانونين، لان المفاهيم لا تكون تطبيقها حصري فما دمنا جعلنا المسار هو مصلحة الطفل، فما هو الدليل على أن المصلحة تنحصر في هذا القانون دون غيره وبالتالي وفقا لهذه الآراء (من خلال دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد في ضوء الغاية الطبيعية الخاصة لقواعد الإسناد)، فقد يكون القانون الأصلح هو القانون جنسية المشتركة للزوجين أو قانون الموطن المشترك لهما، فهذه الضوابط أكثر انسجاما مع المبادئ الدستورية ومنها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي[٢]، إن الأخذ بالإحالة في هذه الفرضية أمر يتبع ظروف المنازعة، فلا بد من تحليل المسألة محل المنازعة تحليلا منطقيا يتناسب مع مصلحة المحضون لأنّ ذلك يمثل وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية لقاضي النزاع، فالمشرع

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، (الأصول في التنازع الدولي للقوانين) ، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) ينظر الأستاذ: - Mayer: Droitinternationalprive – paris 1983 – zed – p – 213 -

حين يريد وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة يبغي اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة وتحقيق ذلك من خلال إعمال قواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق[١].

فإن كان في القانون المحال إليه ما يؤدي هذا الغرض أخذ القاضي بالإحالة، وإلاّ طبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، وبالتالي يتحقق مراد المشرع الوطني في حل الواقعة محل الخصومة،ومن خلال ذلك نخلص إلى نتيجة مفادها إمكانية الأخذ بالإحالة في قواعد الإسناد الاحتياطية مسألة متروكة "لسلطة قاضي النزاع" .

المطلب الثاني

التناسق في إطار القواعد الموضوعية

أن ظهور مناهج جديدة في العلاقات الخاصة الدولية تعمل على تطبيق القواعد الموضوعية، بدلا من تنازع القوانين أي أنها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة وتجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية كالقواعد المتعلقة بالنقل الجوي والبحري وتلك المتعلقة بالأوراق التجارية وهي مصادر أصلية في حين تكون المبادئ العامة والأعراف التجارية مصادر ثانوية فأن الدول تجد في أبرام هذه الاتفاقيات وسيلة مفضلة لحل مشكلات تنازع القوانين لذلك أن القضاء الفرنسي قد أشار لبعض القواعد التي تضمنتها معاهدات لم يتم التصديق عليها كأساس للحلول التي يقدمها لبعض المنازعات **ونتيجة** التطور وتشابك العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وحضور التجارة المتزايد داخل العلاقات التجارية الدولية.

أن وضع قواعد قانونية جديدة مواكبه لكل التطورات التي شهدها حقل التعامل التجاري، والاحتكام إلى قواعد تراع السرعة والثقة والائتمان وتقوم على أساس حماية التوقعات الأطراف المشروعة والاتجاه إلى اختيار أنسب الحلول لحكم العلاقة القانونية ضمن العلاقات الخاصة الدولية[٢]. أن تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي ينبغي إلا ينطوي على إخلال بتوقعات الأفراد، إذا كانوا مرتبطين بدولة القاضي، ويكون من

---

(١) د. غالب علي الداوودي. القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، مصدر سابق ، ص ٦١.

(٢) د. حفيظة السيد حداد. "الموجز في القانون الدولي الخاص"، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص ١٧٢.

الميسور عليهم الإحاطة بهذه القواعد دون تطبيق قانون دولة أخرى، قد يتعذر عليهم الوقوف عليه[١].

إذْ إن القاضي بتحدد موقفه من الإحالة في ضوء القضية المطروحة عليه وما تحويه من وقائع وظروف من جهة وغاية قاعدة الإسناد من جهة أخرى[٢]، فأن القانون المختص تختلف دوافعه وأسبابه تبعا لقاعدة الإسناد الوطنية المعينة بالمسألة المطروحة على القاضي الوطني، وفقا لغاية قاعدة الإسناد التي تهدف تحقيقها، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحث في الفرع الأول: قواعد ذات التطبيق الضروري، وفي الفرع الثاني: قواعد التجارة الدولية.

الفرع الأول

القواعد ذات التطبيق الضروري

فهي تهدف إلى حماية النظام القانوني الوطني وفقا لما يرسمه المشرع الوطني، وباعتبار قاعدة الإسناد لا تقدم الحل النهائي للنزاع المعروض على قاضي الموضوع ، فهي تمثل دليل إرشاد للقاضي من خلال إشارتها إلى القانون واجب التطبيق لحل النزاع، وعند تحديد طبيعة العلاقة بين منهج قواعد الإسناد وقواعد ذات التطبيق الضروري والدور الذي تؤديه قواعد ذات التطبيق الضروري، من التخفيف من إلزامية قواعد الإسناد باعتبارها تطبيق حماية المصالح الحيوية للجماعة.

التي ترتكز عليها السياسة التشريعية للدولة وهذه المصالح توجب التطبيق المباشر والفوري، وبغض النظر عن طبيعة العلاقة محل النزاع، تتمتع قواعد ذات التطبيق الضروري بأهمية كبيرة في تنازع القوانين، وتسمى هذه القواعد بحسب ما جاء به الفقه التقليدي بقواعد

---

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص ، المصدر نفسه٦ ، ص١٧٣.

(٣) د. هشام خالد، الإحالة (دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي)، ط١، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٢٤، ص٣٣٥. نقلا عن م.م صالح مهدي كحيط ، مفهوم الإحالة بين النسبية ولإطلاق وأحكام الحل الوظيفي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة أهل البيت (ع)، العدد الثامن عشر، ص٢٥٧.

البوليس والأمن وهي تعد المنافس لقواعد الإسناد[١]. يتجه الفقه إلى حصر دور الإرادة إزاء العقود الدولية [٢]، من خلال فلسفة الفقه التقليدي والتي تتصل بحماية المجتمع وتنظيمه السياسي والاقتصادي والاجتماعي ومراعاة المصلحة العامة[٣].

قواعد ذات التطبيق الضروري، اعتمدت معايير تحديد لتلك القواعد، بغيه تسهيل الأمر أمام القاضي، في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.ومن خلال ذلك وضع الفقه القانوني أكثر من معيار للكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض،هذه القواعد تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية دون الحاجة إلى منهج تنازع **القو**انين.

إن القضاء الفرنسي أكد على فكرة التحديد التشريعي للقواعد ذات التطبيق الضروري، ومن خلال ذلك قضت محكمة (كولمار) في حكمها الصادر في ٧ / ٣ / ١٩٧٣ أن فكرة النظام العام العائلي الفرنسي لا يمكن وجودها في غياب الإرادة المعلنة للمشرع، إن تلحق بقانون القاضي لتبرر التطبيق المباشر والفوري والملزم لأحكام القانون الفرنسي المتعلقة بقابلية النظام المالي للتبديل، أياً كان القانون الذي يحكم عادة النظام المالي للأزواج، وفقا لقواعد التنازع القوانين ويبدو أن الفقه الحديث، حينما اتجه إلى التسليم بالإعمال الأحادي لبعض القواعد الأجنبية، التي لا تنتمي للقانون المختص بموجب قواعد الإسناد.

فليس هناك ما يلزم القاضي في هذا الفرض بالانصياع للتحديد التشريعي ومن خلالها حاول اتجاه فقهي التوصل إلى معيار يمكن من خلاله تحديد القاعدة ذات التطبيق

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨١، ص١٧.

(٢) د . محمود محمد ياقوت ، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، فقرة ١٢٦ وما بعدها ، ص ١٢٧ وما بعدها .

(٣) د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي ، "القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي" (أطروحة دكتوراه) ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠١م، ص٢٦.

الضروري عن طريق اللجوء إلى أفكار عامة في القانون الدولي الخاص، لذلك وجودها مرهون بنص تشريعي الأمر هو ندرة هذه القواعد[١].

أن الفكرة الإقليمية وفكرة النظام العام كان هذا هو مسلك القضاء الفرنسي بصفة خاصة أي (بطريقة استثنائية) لتبرير استبعاد منهج التنازع، وأن فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري تجد أساسها في فكر الفقه التقليدي الفرنسي، إذ أطلق اصطلاح قواعد أو قوانين البوليس والأمن على جميع القواعد التي تتصل بحماية المجتمع، وقد حرص المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني رقم ١٨٠٤ على تقنين ذلك بصراحة في المادة الثالثة إذ نصت في فقرتها الأولى على أن: (قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي)[٢].

إذ يرى جانب من الفقه القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها تلك القواعد التي تفرضها ضرورة ضمان التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[٣]. وقد ذهبت بعض أحكام القضاء، استنادا لفكرة إقليمية كمعيار "لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري"، باعتبار إن هذه القواعد هي بالأصل ذات طابع إقليمي،فالإقليمية وفقا لهذه الوجه هي شيْ مضاد للتنازع، بحيث ينفي أحدهما الآخر[٤].

إضافة إلا ذلك فأن هذه القواعد ذات طبيعة خاصة بحيث أنها تتولى تحديد مجال تطبيقها الذاتي سواء بشكل صريح أو ضمني، وتحتم إنزال حكمها الموضوعي على العلاقات الواقعة في مجال تطبيقها دون حاجة للمرور بقواعد الإسناد، فهي تفلت أصلا من منهجية تنازع القوانين ولا يقوم أي احتمال للتزاحم معها في التطبيق من جانب القواعد

---

(١) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، "حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٤١ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قواعد التطبيق الضروري، قواعد القانون العام ، مصدر سابق ، ص٢٦.

(٣) نقلا عن د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٩.

(٤) د. احمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري، مصدر سابق، ص ١٥ . وانظر أيضا:
Droitint – prive et droit public, Rev, Crit, 1965, p. 645 etss -Zweigerd (K) (K).

الأجنبية[١]. وقواعد ذات التطبيق الضروري تتضمن جميع القواعد الماسة بتنظيم كيان الدولة الاقتصادي والاجتماعي والتي تهدف إلى تحقيق مصالحها الحيوية أو الضرورية، وبهذه الحالة لا يمكن من إعمال الإحالة من خلال الوظيفة العامة أو الخاصة لقواعد الإسناد، لذا فإن هذه القواعد لا تقتصر على ما يوجد منها في مجال العلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص، مما يؤدي إلى عدم إمكان تطبيق القوانين الأجنبية[٢].

فقانون موقع المال هو قانون إقليمي ومع ذلك فلا يعد هذا القانون من قبيل القوانين ذات التطبيق الضروري[٣]، كما قد يكتسب القانون صفة "القوانين ذات التطبيق الضروري" وهو ما لا يسمح بامتداد تطبيق أحكام، هذا القانون على كافة الحالات التي يكون أحد الزوجين عراقي وقت انعقاد الزواج، ما دام أحد الطرفين يتمتع بالجنسية الوطنية، مما دفع بعض أحكام القضاء إلى الاستناد في هذا الصدد إلى معيار النظام العام.

من خلال ذلك ذهب فريق من الفقه مؤيدا بأحكام القضاء، إلى تفسير ظاهرة "القواعد ذات التطبيق الضروري" في ضوء فكرة "النظام العام"، دون استلزام أي صلة بين النزاع والإقليم عند تطبيق هذه القواعد بحيث يقف "القاضي عند الهدف الاجتماعي" للقانون "المرتبط بالنظام العام"، ويقوم بالتطبيق المباشر "لبعض القواعد" الآمرة في قانونه، رغم اختصاص قانون "أجنبي" يحكم "العلاقة العقدية وذلك صيانة للمبادئ"الأساسية للجماعة الوطنية" أي حماية الأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة[٤].

---

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥ ، ص٥٨-٦٠.

(٢) كما لو تم إسناد الحق العيني على المال لقانون موقعه،أو حالة الأشخاص، وأهليتهم لقانون موطنهم،ففي هذه الفروض قد يفضي الضابط الإقليمي إلى تطبيق قانون أجنبي – كما لو كان المال محل النزاع كائن في الخارج، أو كان الشخص الذي طرح أمر أهليته على القضاء متوطن في دولة أجنبية ، الأمر الذي يزيل أي تعارض بين الإقليمية ، وفقا لهذا المعنى، وبين منهجية تنازع القوانين. راجع د هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤م، ص١٦، بند ٥٤٢٠.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٨، ص١٩١، بند ٣٤٠.

(٤) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٩٣، بند ٣٤٢.

لا بد من التمييز بين حالة "إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق، وفي حالة عدم الإفصاح عن رغبته في تحديد هذا المجال"، ومن خلال ذلك يرى جانب من الفقه، تؤيده بعض الأنظمة القانونية(١). فإن على القاضي أن يطبق ما تأمر فيه قواعد الإسناد الداخلية، وإعمال قواعد الإسناد لمعرفة قبول الاختصاص لقواعده الموضوعية، أم أنه تعطي الاختصاص إلى قانون آخر، فيكون هو القانون واجب التطبيق، وفي حالة إذا أعطى الاختصاص إلى قانون دولة القاضي(٢).

فهنا يصار إلى البحث عن قواعد موضوعية داخلية ذات تطبيق مباشر، وقد أطلق عليها تسمية هذه القواعد بقواعد ذات التطبيق الضروري(٣)، وهي قواعد آمرة تلازمت مع التدخل الاجتماعي والاقتصادي للدولة، وهي بالأصل شرعت لغرض تنظيم العلاقات الداخلية، إلاّ أن مراعاة لطبيعتها الآمرة، تم تطبيقها على العلاقات الدولية الخاصة(٤). فأنّ الوظيفة العامة لقواعد الإسناد العامة حيدت بعدم الأخذ بقواعد الإسناد الأجنبية، وإخراجها من دائرة التنازع، واعتبارها قاعدة آمرة وتطبيق القواعد الموضوعية عليها بصورة مباشرة دون التزاحم "مع غيرها من القواعد القانونية".

ومن خلال دور الإحالة يجب عدم التقيد بحلول مسبقة، فلابد من إتباع حلول عملية لكل مسألة على حده،في حدود التناسق بينها وبين قاعدة الإسناد الأجنبية، أما الوظيفة الخاصة لقواعد الإسناد، فهي تنهض عندما تتوقف الوظيفة العامة واختيار قاعدة قانونية عندما يرفض القانون المحال إليه الاختصاص ويحيله إلى قانون آخر، لذلك يتوقف إعمال

---

(١) الإحالة إلى قانون القاضي وفي فقه القانون الانكليزي A.V. Dicey and J. C. H. Morris, The conflict of lows, 9ed., London , 1973, p.64,ets .

(٢) ويدعم هذا الفريق رأيه بجملة من الحجج النظرية والعملية منها فكرة الإسناد الإجمالي وفكرة تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية وكذلك فكرة مصلحة النظام القانوني للقاضي، إضافة إلى فكرة المحكمة الأجنبية المعروفة لدى الفقه الانكليزي ٠ انظر في عرض هذه الأسانيد والرد عليها.د.عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة)، مصدر سابق ، ص١٣٧.

(٣) لبيان فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري ينظر د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرين،١٩٨١، ص ١٤ وما بعدها.

(٤)د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص١٠ وما بعدها.

قاعدة الإسناد من خلال وظيفتها العامة أو الخاصة في مجال قواعد ذات التطبيق الضروري، لأن صفتها آمرة بلغت حدا يقتضي تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية[١].

أما بخصوص النظام القانوني العراقي، "عدم وجود نص تشريعي" يقضي بتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية، ورغم خلو التشريع من تلك النصوص وللقاضي أن يستخلص فكرة إعمال هذه القواعد من خلال المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، "الأكثر شيوعا" والتي أجازته (المادة ٣٠) من "القانون المدني"[٢]، والتي يرجع إليها في الحالات التي لم يرد بشأنها نص من أحوال تنازع القوانين، وكان الأولى بالمشرع النص عليه صراحة على ضرورة إعمالها للقواعد المذكورة، وذلك مسايرة للاتجاه الحديث الذي تبناه القانون الدولي الخاص، ومراعاة كثرة القواعد الآمرة، من خلال تدخل مختلف الدول في مجالات الحياة الخاصة الأفراد.

الفرع الثاني
قواعد التجارة الدولية

أن المنازعات في مجال التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية لا توجد بشأنها حلولا مستقرة، مما يؤدي إلى عرقلة التعامل التجاري، وفي مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع والمحكمة المختصة به أن العالم اليوم يعيش عصر العولمة الاقتصادية، لذلك يلعب العقد بصفة خاصة دور هام على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية، وذلك باعتباره الوسيلة الفنية التي تتم من خلالها مختلف العلاقات الاقتصادية والتجارية، فقد وجهت الأنظمة القانونية المختلفة اهتمامها لوضع التنظيم القانوني للعقد، أياً كانت الصفة التي يتمتع فيها، سواء كان عقدا داخليا أو عقدا يتسم بالصفة الدولية.

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، ط١، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ٢٠٠٢، فقرة ٢٦ وما بعدها، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، كما نصت المادة (٣٠) (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا).

من خلال التطور في أنشطة العمل التجاري وتبادل البضائع عبر الحدود، سيطر على العقد الدولي مبدأ قانوني هام وهو مبدأ "حرية التعاقد في اختيار قانون واجب التطبيق"، فخضوع "العقد" لقانون الإرادة[١]، هو مبدأ ينبع أصلا من قاعدة قديمة مرت بتطورات منذ فقه مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة، حتى استقر على وضعها الراهن مع نهاية القرن التاسع عشر، ومن خلال ذلك إعطاء الأطراف إمكانية حل تنازع القوانين التي تثار بخصوص عقودهم عن طريق الاختيار للقانون واجب التطبيق على نحو صريح أو على شكل ضمني[٢].

أن خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة والذي كرست في هذا المجال العديد من الاتفاقات الدولية والقوانين النموذجية التي اتخذت من إرادة الأطراف الصريحة أم الضمنية ضابطا للإسناد[٣]، منها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ لما كانت الإرادة مصدر التحكيم أبتدئ فلها الدور الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية[٤]. فأن كثير من اللوائح وقوانين التحكيم الوطنية والدولية تتضمن نصوصا تقضي بأن أي تعيين لقانون دولة أو نظامها القانوني يجب أن يفسر بأن المقصود هو القواعد الموضوعية لقانون تلك الدولة دون قواعد الإسناد أو قواعد التنازع الخاصة بها، وهنا على المحكم أن يقف عند حدود إرادة أطراف

---

(١) د. محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق ، فقرة ٢٩٩ وما بعدها ، ص ١٧٩ وما بعدها .

(٢) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ،مصدر سابق ، فقرة١٨٢، ص ٦٤٧ وما بعدها.

(٣) وردت هذه القاعدة في نص المادة (٢٥ /١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وفي المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨، وهي قاعدة استقر عليها القضاء الفرنسي وأكدت بانضمام فرنسا إلى اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي نصت على هذه القاعدة في مادتها (١/٣) كما إنها قاعدة معترف بها في النظام القانوني الإنكليزي. وفي عرض للقوانين والاتفاقيات الدولية التي أخذت بقاعدة قانون الإرادة.

(٤) د. غسان رباح،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص١٣٣.

النزاع واحترامها عملا بالنظرية الشخصية المتأثرة بالفكر الفردي التي تقوم بتقديس حرية الفرد في أبرام العقود[١].

أنَّ من الممكن أن تفسر تلك النصوص بأن المقصود من أتفاق الأطراف هو قواعد الإسناد وليست القواعد الموضوعية لقانون تلك الدولة لتكون هي واجبة التطبيق، اعتمادا على منطق النظرية الموضوعية التي تخالف النظرية الشخصية، ومن خلال التشريع نص المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ إذ نصت على (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

كذلك نص المادة (١/٢١) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ والموقع عليها من قبل العراق[٢]، وكذلك أخذت بها اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ إذ نصت المادة (١/٤٢) على (تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان) أن القاعدة العامة هي منح إرادة الإطراف الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق، إلا أنه يغلب في العمل أن يسكت هؤلاء الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني[٣]، والذي من خلاله يتم إسناد العقد الدولي للقانون الأوثق صلة به وفقا لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حده، وهذا المنهج سار عليه القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما لسنة ١٩٨٠ في القانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية، والتي أصبحت نافذة في فرنسا بتاريخ ١٩٩٠/٤/١ بحيث يخصص لكل فئة من العقود ذات طبيعة واحدة ضابط إسناد، يتماشى وطبيعة تكوينها يكون محدد سلفا من خلال قواعد الإسناد[٤].

---

(١) يقوم السند الفقهي لهذه النظرية على فكرة أساسية هي (لما كان العقد الدولي بحسب الأصل باكثر من قانون وطني فأن هذا يعني أنه لا يوجد قانون وطني يملك الإدعاء بأنه صاحب الاختصاص بحكم العلاقة العقدية مما يترتب عليه حرية المتعاقدين في تنظيم علاقاتهم التعاقدية استنادا إلى مطلق سلطان الإرادة) . نقلا عن د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص٨ .

(١) صادق العراق على هذه الاتفاقية بموجب قانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٢ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٠١٣/٥/٢٩ .

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٠٦.

(٣) د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٦، ص٢٥٧ وما بعدها .

إذْ أن الاتجاه في ظل تنازع القوانين هو ضرورة إخضاع دولية العقد التجاري لقانون دولة معينة، فأن هذا المبدأ لم يستقر دون تنازع[١]، لذلك اتفق كل من الفقه والقضاء لا بد لكل عقد من وجود قانون ليحكمه وهذا القانون يجد مصدرة في قانون دولة معينة أو القانون الوطني، وهذا الاتجاه في معظم الأنظمة القانونية المختلفة، وكذلك اعتمد في المجال القانون الدولي الخاص، إضافة إلى ذلك تم اعتمده من قبل القضاء[٢]، ومحكمة العدل الدولية الدائمة ومن خلال كثير من الهيئات الدولية الخاصة ولها تخصص في مجال العقود الدولية.

أن الدور الذي تتميز فيه عقود التجارة الدولية ، والمتمثلة بالصفة "التجارية" للعلاقة العقدية ذات عنصر أجنبي ولأهمية قانون واجب التطبيق في تحديد العقود أعطى فكرة فرضتها ظروف التجارة الدولية، واستقرت لدى معظم النظم القانونية على اختلافها أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا بدوره أدى إلى عدم ملائمة القواعد ونظم القانونية لمختلف التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الوطنية، وذلك لكون سلطان الإرادة له الدور الكبير في تحديد شروط العقد ومن الطبيعي أن يكون لهذه الإرادة الدور الهام في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، وبروز دور الإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد المباشر بتطبيق قواعد القانون الذي تخضع له الأطراف[٣].

أن استقرا فكرة العقد من خلال اغلب النظم القانونية على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لإخضاع عقود التجارة الدولية من حيث الاتجاه الموضوعي، إلى قانون الإرادة ووفقا لهذا

---

(٤) أن هذا الاتجاه تعرض لتباين ـ أولها ينكر مسألة إخضاع العقد وجوبا لقانون دولة أو ما يعرف بنظرية العقد المجرد من القانون أو العقد الطليق (العائم) وثانيهما هو الاتجاه الذي حاول تحرير العقد الدولي من فكرة الخضوع لكل قانون وطني مستهديا في ذلك بمصالح التجارة الدولية.

(٢) أكدت محكمة النقض الفرنسية. على اختصاص قانون الإرادة. في القانون الدولي الخاص للعقود في حكمها الصادر في ٥ ديسمبر ١٩٩١. في قضية American Tradingالشهيرة. والتي تتعلق وقائعها بعقد نقل تم إبرامه بين شاحن أمريكي وناقل كندي واتفق الأطراف على تطبيق القانون الأمريكي. بالإضافة تم درج شرط في العقد تم بموجبه إعفاء الناقل من المسؤولية تلف البضاعة وقد أقرت المحكمة المبدأ. أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف. وإذا كان العقد المبرم أشخاص من جنسيات مختلفة. فيجب تطبيق قانون محل الإبرام ما لم يكن الأطراف أعلنوا عن إرادتهم المخالفة.

(٣) ولا يشترط أن يكون الإعلان عن الإرادة الصريحة ولكن يمكن استنتاجه من نصوص العقد. د. خالد عبد الفتاح محمد ، المصدر السابق ، ص ٧٦ .

الاتجاه يكون لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فأصبح الدور الذي يلعبه قانون الاختيار هو ضمان التوقعات المشروعة للمتعاقدين، وبدوره يتحول من مبدأ حل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي الدولي(١).

نتيجة لذلك ظهرت فكرة قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية "عبر مراحل" وكرست نفسها "قاعدة أساسية" وفرضت إرادتها في تحديد القانون واجب التطبيق، وأصبح هذا الاتجاه وما ينتج عنه من خلال حرية التعاقد أدى بذلك لاعتراف معظم الأنظمة القانونية(٢). ترجع نشأة "قاعدة قانون الإرادة" إلى زمن المدرسة الإيطالية القديمة، ومن خلال ذلك كانت "تطبق على التصرفات" "قانون" مكان الإبرام، من خلال الإرادة التعاقدية الضمنية لاختيار أي من القوانين وفكرة الإرادة ساهم في بلورتها الفقيه الفرنسي ديمولان، من خلال استخدامه لدور "الإرادة " المفترضة للأطراف كتبرير لقانون الموطن المشترك للزوجين، ومن خلال ذلك استمد هذه الفكرة من الفقه الإيطالي، وبذلك جعل دور الإرادة مهم في حل "تنازع القوانين بشأن العقد"(٣). يرفض معظم "الفقه فكرة الإحالة"، من خلال "الروابط العقدية" ذات العنصر الأجنبي الذي "تتضمنه قاعدة" الإسناد في قانون دولة القاضي، أن "اختصاص القانون المختار" تم اختياره وفقا لقاعدة الإسناد وليست لمطلق مبدأ "قانون الإرادة"، هذا من جانب أنصار (النظرية الموضوعية) مستندين لدور الإحالة الذي يتعارض مع "ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة الإسناد".

أن استبعاد دور الإحالة في حل تنازع القوانين، وباعتبار القضاء المصدر لها أكثر من التشريع ومما يجعل هذا المنهج وسيلة من وسائل التحكم بيد القاضي، لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة(٤). لذلك يتم تطبيق قواعد الإسناد بمعرفة المحاكم وهي قد لا تساعد أطراف "العلاقة القانونية"من معرفة "القانون واجب التطبيق"، الذي ينطبق على

---

(١) د. خالد عبد الفتاح خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣١.

(٢) د. صلاح الدين جمال الدين ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٤.

(٣) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط٨ ، ١٩٦٩، ص٣٩.

(٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، المصدر السابق ، ص ١٣.

أعمالهم، منعا للمفاجئات الغير متوقعة في حين أن قواعد الإسناد لا تساهم في إيجاد هذه البيئة المتطلبة[١].

ففي سرعة المعاملات في عقود التجارة الدولية، فأنّ الأمر يتطلب دور للأمن القانوني أكثر من غيرها من حالة اللجوء لقواعد الإسناد، لحل مشاكلها خاصة في الفرض الذي يسلكه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة[٢]. بالإضافة إلى ذلك أن جانب من الفقه، قد أعاب على قواعد الإسناد عدم قدرتها على التعامل بصورة جيدة مع العلاقات الخاصة الدولية، وهذا قد لا يسمح لقاعدة التنازع الدولية لعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، والتي يفترض أن تتعامل مع احتياجات والتغييرات التي تطرأ على الإفراد في علاقاتهم الدولية.

إذا كان إخضاع عقود التجارة الدولية للاختيار من قبل إرادة المتعاقدين باعتباره الأصل وفقا لما تشير إليه قواعد الإسناد، وهذا ما يفتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة، في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية وهو ما دعا بعض الشراح[٣]. أن الأعراف التجارية السائدة في الأسواق الدولية تعد من القواعد الموضوعية التي وضعت خصيصا التنظيم عقود التجارة الدولية، مما يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى منهج التنازع، أن بعض اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي حرصت على الإشارة إلى العادات والأعراف التجارية، باعتبارها مصادر القواعد الموضوعية التي يجب على المحكم مراعاتها عند الفصل في النزاع.

---

(١) د. أيهاب السنباطي،(الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية) ،" دار الجامعة الجديدة" ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص٣٧٢ وما بعدها.

(٢) د. طرح البحور علي حسن فرج، (عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،٢٠٠٧ ، الفقرة ٢٨٥ وما بعدها ، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٣) من بينهم الفقيه ما نشيني الذي اسند العقد للقانون الشخصي للمتعاقدين مع تخويلهم اختيار قانون آخر يسري خارج أطار المسائل التي تصدى القانون الشخصي بتنظيمها تنظيما آمرا.

المبحث الثاني

التناسق بين القوانين الأكثر أمنا للأطراف

من خلال دور قاعدة الإسناد ذات الغايات المادية في بيان الغاية الأساسية التي شرعت من أجلها، أن الفقه الحديث المعاصر ويؤيده القضاء وما كرسته بعض التشريعات، أنه يرى في قاعدة الإسناد مجرد أداة لتوزيع الاختصاص التشريعي، وأن المشرع عند سنة قواعد الإسناد غالبا ما يلجأ إلى أساليب فنية تساعده إلى الحل الذي يكفل الأمان القانوني والعدالة المادية، وهذا الأمر يبدوا جليا من خلال التباين في قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى، أن تأثير التطور في العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي، قادت إلى تأسيس نظرية الإحالة على فكرة التناسق الأنظمة في فض تنازع القوانين[١].

من خلال ذلك دعا الفقه الحديث إلى عدم تبني موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض كما ذهب أليه الفكر التقليدي، بل ينبغي حل المشكلة من منظور وظيفة قاعدة الإسناد وغايتها[٢]، ومقتضى ذلك أن الإحالة تكون مقبولة فيما أدى إعمالها أظهار غاية قاعدة الإسناد أما إذا كان الأخذ بالإحالة يؤدي إلى نتائج تأباها وظيفة وغاية قاعدة الإسناد فلا محل للأخذ بها وإنما يصار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه [٣]. أن الوظيفة القانونية لقواعد الإسناد والتي تتمثل بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية عن طريق اختيار القانون الملائم والمناسب لتلك العلاقات سواء كان قانونا

---

(١) وهذا الرأي الأستاذ الفرنسي (Batiffol) نقلا عن د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، فقره٣٢٠، ص٤٢٤-٤٢٦.

(٢) من الذين اعتمدوا هذا الرأي الفقه المصري د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، تنازع القوانين ولاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، فقره١٠٠، ص١١٨.

(٣) ومن أهم غايات قاعدة الإسناد هي إخضاع العلاقة ذات الطابع الدولي إلى أكثر القوانين قبولا من جانب الدول المتصلة بها سعيا إلى أن تنتج العلاقة أثرها في جميع هذه الدول، وكذلك إخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعا بالنسبة للأفراد أطراف تلك العلاقة د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، المصدر نفسه، ص١١٨ وما بعدها .

أجنبيا أم وطنيا، وتحقيق التناسق بين الأنظمة المختلفة وما يؤدي إلى التعايش المشترك والقدرة على حماية التوقعات المشروعة للأفراد، وهذا ما سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول: قانون الأكثر عدالة . والمطلب الثاني: تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة .

المطلب الأول

قانون الأكثر عدالة

أن قاعدة الإسناد عندما يتحقق مبدأ العدالة بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية، من خلال فسح المجال لقواعد القانون الأجنبي في تطبيقها على العلاقة القانونية، لذلك أن اقتصار تطبيق قواعد القانون الوطني لقاضي النزاع، قد يكون فيه إنكار للعدالة بالنسبة لأحد أطراف العلاقة القانونية أو كليهما مما يتنافى مع الغاية الأساسية التي وجدت من أجلها قاعدة الإسناد، والاعتبارات التي يقوم الأمن القانوني، وهي في كل الأنظمة القانونية على اختلافها والتي تقوم على أساس تحقيق العدل لإفراد المجتمع.

فالاعتبارات التي يقوم عليها الأمن القانوني هي تحقيق قدرا عالي من العدالة، ليست بالضرورة تراعى فيها تحديد الاختصاص التشريعي، فقد تختص محكمة معينة بالنظر في منازعة ليست بطبيعتها تدخل ضمن الاختصاص العادي لتلك المحكمة، وإنما تقرر الاختصاص مراعاة لتلك لاعتبارات مثل حسن إدارة العدالة تلافيا لتضارب الأحكام[١]. لذا سنقسم المطلب على فرعين الفرع الأول: العدالة الشكلية، والفرع الثاني : العدالة المادية .

الفرع الأول

العدالة الشكلية

تعد العدالة الشكلية، الشائعة والساعية إلى تحديد القانون الأقرب صلة، بالمركز القانوني للعلاقة محل النزاع، "بصرف النظر" عن مضمون القانون واجب التطبيق، أو الآثار الواقعية لتطبيقه ولابد من الأخذ بعين الاعتبار حينما يريد تحديد الموقف من الإحالة،

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، "التنازع الدولي للقوانين"، مصدر سابق، ص٢٣.

وهذا ما يسعى قاضي النزاع إلى تحقيقه[١]، وبالتالي سيكون ذلك معيارا يعتمده المشرع للأخذ بالإحالة من عدمه افعليه أن يأخذ بعض الاعتبارات، حين تشخيص القانون واجب التطبيق، أن يكون الحل متناسقا مع قاعدة الإسناد، التي تعين هذا القانون والتي تمثل الاتجاه نحو تحديد الموقف من الإحالة وفق المنهج التقليدي[٢].

أن الأخذ بالإحالة سيكون أكثر تحقيقا لغاية قاعدة الإسناد، ولن يخل تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية، في قانونه الوطني بتوقعات أطراف العلاقة القانونية للذين يرتبطون بإقليم دولة القاضي، لذا يعتبر من السهل التنبه ومعرفة قواعد هذا القانون وهذا ما يرفع مستوى اليقين القانوني لديهم، كما يكون من مصلحتهم تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه بدلا من تطبيق قواعد قانون لبلد آخ، قد لا يتمكنون من معرفة قواعده القانونية وقد يكون حكمه غير متوقع ولا يحقق توجهاتهم ومصالحهم[٣]، وهذا لا يحقق الأمان القانوني،المتمثل في الحفاظ على توقعات أطراف العلاقة القانونية من الناحية الشكلية مما يؤدي إلى عدم نمو تلك العلاقات واستقرارها[٤] .

أن التحديد الأعمى للقانون واجب التطبيق لا يحقق الأمان القانوني، ما لم تدعمه اعتبارات العدالة، فالعدالة يترجمها الأمان القانوني للعلاقات القانونية الخاصة للإفراد، وتطبيق القواعد الشكلية في القانون الذي لا يراعي توقعات الإفراد المشروعة كأن تكون القواعد الموضوعية في قانون القاضي فأنهم لا يركنون إلى تطبيق القواعد الموضوعية في

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص في "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي" (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري)، مصدر سابق، ص٢١١.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ٤١ . (من غير العدل ومن غير الملائم أن شخصين متزوجين زواجا صحيحا أو مبرمين لعقد صحيح أيا كان نوعه وفقا لقانون دولة يحكم قانونها بصحة هذا العقد،يجدا عقدهما انقلب إلى عقد غير صحيح بمجرد انتقالهما إلى دولة أخرى، وتطبيق قانون تلك الدولة عليهما، حيث تختلف فيه شروط أبرام العقد عن قانون الدولة الأولى، فقواعد العدل تقضي أن القاضي يجب علية الأخذ بالقانون الذي يحكم بصحة العقد وتحقيقا لغاية قاعدة الإسناد، وبالتالي غاية القانون الدولي الخاص).

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال،تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص ٢٥٢.

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، المصدر نفسه ، ٢٥٢.

قانون القاضي واطمئنانهم إلى تطبيق قانون دولة أخرى، على الرغم من التعذر عليهم الوقوف على نصوصه ومعرفة أحكامه[١].

لو مات انكليزي متوطن في فرنسا عن أموال عقارية ومنقولة فيها، فأن القانون واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية هو القانون الانكليزي، بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، بينما قاعدة الإسناد في القانون الانكليزي تعد الاختصاص للقانون الفرنسي(قانون موقع المال أو قانون الموطن للمتوفى) في هذه الحالة سيطبق قاضي النزاع قواعد الإسناد في القانون الانكليزي على الميراث إعمالا للإحالة من الدرجة الأولى والتي يقرها القضاء الانكليزي [٢].

أن هذا وفق ما حددته قواعد الإسناد، في كل من فرنسا وانكلترا كما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي[٣]، ضرورة أن يوازن القاضي بين الأمان والعدالة في أداء قاعدة التنازع لوظيفتها، فالاعتبارات الجوهرية لتنازع القوانين تنطوي تحت اعتبارين الأمان والعدالة، وهنا قد لا تتحقق عندما تعمل المحكمة على تطبيق النص الحرفي لتلك القواعد وعدم الأخذ بالتطور الحاصل في الحياة المعاصرة فأنها تتمثل بمراعاة الكيفية التي سيتعامل معها قاضي النزاع، مع القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو سيتعامل على نحو الإجمال.

فأن قبول الإحالة من الدرجة الأولى، أو تطبيق "القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي"، وفقا لمراعاة دور الإحالة المحتمل وآثرها على العلاقة القانونية ومدى ارتباطها مع هدف قاعدة الإسناد فيتم الأخذ بالإحالة عندما تتحقق الحماية لتلك التوقعات المشروعة. أما إذا تبين لقاضي النزاع أن إعمال الإحالة يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف، ويتناقض والغاية من قاعدة الإسناد، ولا يحقق غايتها، هنا يتوجب على المحكمة رفض الإحالة وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي حددته وأشارت باختصاصه "قواعد الإسناد الوطنية". ويرى جانب من الفقه المصري[٤]، أن الإحالة لا تقود بذاتها إلى التوقع أو

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، "تنازع القوانين"، المصدر نفسه ، ص٢٥٢.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية، مصدر سابق ، ص٥٤٩ .

(٣) نقلا عن الأستاذ:

Bernard Audit:internationalprive, 3edition economic,paris2000, p.273.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص٤٥٤ .

التبصر المشروع للأطراف، إلاّ بوجود التدرج التشريعي في ضوابط الإسناد كان يكون ضابط الإسناد، هو الجنسية أو الموطن المشترك أو الإقامة العادية للأطراف، فالتدرج في ضوابط الإسناد يساعد الأطراف على المعرفة المسبقة للقانون واجب التطبيق.

"فقواعد الإسناد" بوصفها "قواعد غير مباشرة" تقوم بتعيين القانون واجب التطبيق، دون الأخذ بعين الاعتبار النتيجة المادية المترتبة على هذا الاختيار(١)، وبغض النظر عن كونه يحقق العدالة المناسبة للعلاقة محل الخصومة، فهي قواعد آلية غير مرنة ولا تتيح سلطة للقاضي في اختيار أنسب القوانين وأقدرها على ضمان أهداف القانون الدولي الخاص، لذا تعتبر الإحالة في السابق مسألة فنية ميكانيكية.

أن ما تم التطرق إليه من خلال العدالة الشكلية، سيحلل دور الإحالة تحليلا تقليديا لا يأتي بشي لمواجهة التطورات التي تعيشها العلاقات الخاصة الدولية، وأن الإحالة لابد أن ينظر إليها في ضوء التطورات الحاصلة في الوقت الحاضر من خلال المفهوم الوظيفي الغائي(٢).

فأنه يمكن أن ننتهي إلى نتيجة بخصوص دور التنسيق بين النظم القانونية، كأساس لدور الإحالة الوظيفي في تطوير قواعد الإسناد، وفقا للوظيفة العامة لتلك القواعد، لكن دور الإحالة وفق المنهج التقليدي، لا يؤدي إلى تطور تلك القواعد، بما يضمن للقاضي سلطة تقديرية، إلى انتخاب أنسب القوانين المتنازعة لحكم العلاقة القانونية في ضوء طبيعة كل علاقة، وما يحققه هذا القانون من أهداف القانون الدولي الخاص، وان التنسيق بين القوانين يفترض كمبدأ قانوني، يقتضي قبول التشريعات المقارنة المختلفة بتنفيذ الحكم الأجنبي، الذي استند القاضي في اتخاذه للقانون واجب التطبيق(٣).

فأن نظرية الإحالة في ضوء تطبيقه لحكم القانون، الذي يحقق روح قاعدة الإسناد بمفهومها الوظيفي، من خلال تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية ، وهنا على قاضي

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مصدر سابق ، ص ٣٨١ .

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ، ص٤٥٥ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع الدولي القوانين ، مصدر سابق ، ص٢٥٣.

الموضوع التقيد بالتشريعات التي وضعها مشرعة وخضوعه إلى رقابة المحكمة العليا، مما يجعل نتيجة حكمة عرضة للنقض في حالة عدم التقيد بتلك التشريعات، وهذا لا يحقق سوى العدالة الشكلية لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، وان تقيد القاضي بالنتيجة التي تنتهي إليها قواعد الإسناد في قانونه الوطني بمعناها التقليدي، وهو ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ومعرفة ما إذا كانت تؤكد "الاختصاص لقواعده الموضوعية"، أم أنها قد تشير إلى قانون دولة أخرى.

فمتى ما أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية لا بد أن نتعامل معه ككل لا يتجزأ ومن بعدها يرى القاضي، هل أن هدف قاعدة الإسناد، يتحقق من خلال إعمال "قواعد القانون" الدولي الخاص، أم الأمر يتحقق بتطبيق القواعد الموضوعية فقط ومن خلال ذلك أن التطبيق لقواعد الإسناد الوطنية لا يحقق سوى العدالة الشكلية.

الفرع الثاني

العدالة المادية

يعد من أهم المرتكزات الأساسية لدور الإحالة هو بيان الغاية الأساسية لقواعد الإسناد وتحقيق العدالة المادية في نطاق القانون الدولي الخاص، والعدالة في هذا الإسهاب تختلف عن العدالة الشكلية الشائعة والساعية إلى تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني للعلاقة محل النزاع، "بصرف النظر" عن مضمون القانون واجب التطبيق أو الآثار الواقعية نتيجة تطبيقه أما العدالة المادية فأنها تفيد معنى آخر وتشير إلى حقيقة أخرى، تنطلق من مرتكزات أخرى تختلف اختلافا جوهريا عن الاعتبارات التي تقوم عليها العدالة الشكلية.

أن من خلال متابعة النتائج المادية المتحقق الخاصة بكل حالة على حده، ويكون الحل المختار هو الذي يحقق أفضل الحلول[١]. فالعدالة وفقا للمفهوم الذي نحاول الوصول إليه بأنها إحساس يتجلى في النفس لدى القاضي على "هيئة استحسان"أو "استهجان إزاء واقعة" ما عند موافقتها أو مخالفتها للضمير الأخلاقي، ومن خلال ذلك تعتبر العدالة ذات صفة خلقية وهي تدخل من خلال مفهوم الأخلاق بقدر تعلقه بالقانون حين ينظر إلى القاعدة القانونية على إنها عادلة، حينما تكون مطابقة لهذه الفضيلة الخلقية وتكون غير عادلة إذا عارضتها وخرجت عليها، والعدالة كما تبدو بأنها فكرة مجردة تقتصر بمجرد امتناع عن"إيقاع الضرر بالغير"، وعلى إعطاء كل "ذي حق حقه"، وإضافة إلى ذلك هي تسعى إلى التوازن بين المصالح المتعارضة في جميع جوانب الحياة البشرية وهذا ما يدفع النظام القانوني للاستحسان وتعامل المجتمع الإنساني وتقدمه نحو النظام[٢].

فالعدالة المادية في مجال القانون الدولي الخاص يجب أن ينظر إليها قاضي النزاع، على اعتبارها المثل السامي الذي ينبغي علية تبنية لغرض تعيين القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، ولذلك أن العدالة المادية تعتبر قوة هادفة لتحقيق التطور لقواعد الإسناد في القانون الوطني لقاضي النزاع، وأن دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد، يقوم على ما يمنح القاضي من وسلطة تقديرية للأخذ بالإحالة وتحديد القانون الواجب التطبيق، الذي له ارتباط بالعلاقة القانونية محل الخصومة ومن خلاله يتم اختيار

---

(١)د. حفيظة السيد حداد ،"الموجز في القانون الدولي الخاص" الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص٢٨٣ ٠

(٢) نشطت منذ بداية القرن العشرين حركة أحياء القانون الطبيعي، وازدهرت المدارس المثالية وسار بعض أعلام الفقه شوطا بعيدا في هذا الميدان، فقد حاول الأستاذ الفرنسي الكبير (ريبر) التشكيك في فصل القانون عن الأخلاق وقواعد العدالة، وما تواجه هذه المدارس من إشكاليات حيث أن المشكلة المتمثلة في حل التزاحم بين القاعدة القانونية الوضعية والقاعدة القانونية الطبيعية، لأي منهم ستكون الغلبة، وفي معرض الإجابة على هذا الأشكال فان علماء القانون الطبيعي يذهبون إلى ضرورة تقديم القانون الطبيعي على القانون الوضعي لأنه يمثل المشترك الإنساني بخلاف القانون الوضعي الذي يمثل خصوصية كل مجتمع دون المجتمعات الأخرى، وأما موقف المدارس الشكلية فأنهم على النقيض يذهبون إلى التضحية بالقانون الطبيعي لمصلحة القانون الوضعي أيا كانت القيمة التي يقدمونها على فكرة العدالة. ينظر:د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون، مكتبة السنهوري، ٢٠١٥، ص ١٦٧.

ما هو أنسب القوانين للتطبيق، وأجدى في الوصول إلى العدالة المادية كهدف من أهداف قاعدة الإسناد الوطنية [١].

فقواعد الإسناد كأي قاعدة قانونية أخرى، يتم التعامل معها من خلال تطبيقها على الوقائع المعروضة بموضوع النزاع، ولمعرفة القضية وطبيعتها وملابساتها وهذا الأمر يختص بالجانب العلمي لا يكون للصناعة القانونية دور مهم فيها وأنّ الصياغة القانونية لا تمس إلاّ الشكل الخارجي للقانون، ولا تنفذ إلى المحتوى والجوهر، لا بد أن يكون هناك ارتباط بين القانون الذي يمنح الاختصاص وبين تحقيق العدالة الواقعية، التي يتم التوصل إليها من خلال فحص الوقائع والقاضي ملزم قانونا أن يعمل في الحالة الواقعية المعروضة أمامه، والحكم الذي يناسبها وعلى الوجه المثالي المقبول وعندما يتم تطبيق غير ما تقدم فأنّه لا يلبي توقعات الأطراف المشروعة ويعد خرقا لقواعد العدالة ومبادئ الإنصاف من خلال اختيار أنسب الحلول وأفضلها تحقيقا للعدالة[٢].

إذا يرى جانب من كبار فقهاء القانون الدولي الخاص، الدعوى إلى تعطيل المنهج الجامد لقواعد الإسناد وإظهار عيوبها ومحاولة استبدالها بالمنهج الموضوعي، كونها تعمل بأسلوب حرفي كما لو كانت قواعد ميكانيكية تحدد القانون الواجب التطبيق، بغض النظر عن مضمونه وآثاره المطبقة على النزاع، ودون الاكتراث بالظروف "الاقتصادية والاجتماعية".

وبالتالي لا يوجد مجال لتطوير القانون الخاص الدولي، إلاّ بإهدار قواعد الإسناد التقليدية، التي تكتفي بمجرد تحقيق العدالة الشكلية بينما المطلوب تحقيق العدالة بمعناها الواقعي أي المادي والموضوعي تنطلق فلسفة العدالة المادية في مجال القانون الخاص الدولي من منطلق المشاركة المهمة فكل دولة لها الحرية في تنظيم الروابط والعلاقات التي تتحقق بين الأفراد عبر الحدود، ما يميز انعدام السلطة التشريعية العالمية التي تمتلك وضع القوانين وتشريعات عامة.

---

(١) ينظر الأستاذ:

Paul Le reboursPigeonniere et LouaouaronYvon, Droit international prive,DALLOZ 8eme edition – 1970 – p- 123 -

(٢) د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ،الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق ، ص ٢٨٣.

فالعدالة بهذا المعنى تحدد نصيب كل دولة في مساهمتها مع غيرها من البلدان الأخرى في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، التي تنشأ داخل المجتمع الدولي[١]. فأن تنظم علاقات الأفراد والتزام الدولة بمراعاتها والتقيد بأحكامها، وهذا خلاف الواقع المعمول فيه على المستوى التشريعي، لأن كل دولة لها نظامها وسيادتها تحترم من الدول الأخرى، وأن كل دولة حرة في سن تشريعاتها التي تراها منسجمة مع خصوصيتها وبما يحقق مصلحتها[٢].

فالقانون واجب التطبيق والذي تحدده قواعد الإسناد في قانون القاضي المنظور أمامه النزاع، قد لا يمتلك القدرة التأهيلية لتحقيق غاية ووظائف قواعد الإسناد، وقاضي النزاع عليه مسؤولية إدراك هذا التوازن، بين مصالح الأفراد والحلول الوظيفية لقواعد الإسناد ذات العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، في حكم تلك العلاقة بما يحقق العدالة التي أرادها المشرع في تنظيم تلك العلاقة الدولية الخاصة، وهذا لا يمكن تحقيقه ما لم يتم الخروج من قواعد الإسناد بالمفهوم التقليدي.

أن الدعوى لهجر قواعد الإسناد كونها قواعد جامدة، لا تلبي التطور الحضاري الحاصل بين مختلف أطراف العلاقات القانونية، وقاضي النزاع علية اختيار القانون الملائم والمناسب لحكم العلاقة القانونية حتى ولو كان هذا القانون أجنبيا، وهنا قد يضطر القاضي من خلال التسليم إلى قواعد الإسناد بمفهومها التقليدي، أن يقع عليه إلزام تشريعي لا يمكن الخروج على مشرعة وكذلك رقابة المحكمة العليا، وأن قبول الرأي الذي يقول أن الغاية الأساسية لوظيفة قاعدة التنازع هو تحقيق الأمان القانوني للأفراد، ولا يحقق العدالة لتلك العلاقات القانونية.

إلا أن العدالة تؤدي بدورها الأمان القانوني المتمثل بالحفاظ على توقعات أطراف العلاقة القانونية الخاصة الدولية، ومن ثم استقرار المعاملات ونمو تلك العلاقات القانونية لا يتم تحققه بمجرد التحديد الجامد للقانون واجب التطبيق، بل هو أمان لا يستمر دون أن تدعمه اعتبارات العدالة أن العدالة يجسدها الأمان القانوني، من خلال العلاقات القانونية

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مصدر سابق ، فقرة ٣٢ ، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص ٤٠.

الدولية للأفراد، في ميدان القانون الدولي الخاص[١]، ومن خلال ذلك أنه لا يمكن الفصل بين الأمان القانوني ومبادئ العدالة، لوجود افتراض متزامن بين المفهومين في أكثر المجالات التطبيق، من خلال أداء قاعدة الإسناد لوظيفتها.

أن المشرع يسعى، من خلال التقنين إلى العدالة المنشودة، حتى ولو كانت نسبية وبالتالي فأنّ حالة الاشتراك في العناصر الهامة والغاية التشريعية، بين قاعدة الإسناد والقواعد الأخرى، يجعل العدالة المادية جزء من وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية[٢].

أما بالنسبة للقضاء فأنّ الوصول إلى العدالة كهدف من أهداف قاعدة الإسناد الوطنية، وجد له صدى في أحكامه ومن خلال ذلك ذهبت بعض أحكامه إلى إخضاع بعض العلاقات القانونية إلى النظام القانوني لقاضي النزاع، ونظرا لأنّ تطبيقه يؤدي إلى نتائج أفضل من تلك النتائج التي يؤدي إليها اللجوء إلى النظام القانوني الأجنبي بينما ذهبت بعض أحكامه إلى إسناد علاقات قانونية أخرى، إلى النظام الأجنبي بوصفه النظام القانوني الأصلح والأقدر على تحقيق العدالة المادية، لما تمتاز به الإحالة من فكرة متقدمة وما يمكن أن يكون لها دور في التأثير على تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع، وأخذْ تنفيذ الأحكام الأجنبية بنظر الاعتبار.

المطلب الثاني

تطبيق القانون الأقوى صلة بالعلاقة

أن القانون الأقوى صلة بالعلاقة القانونية من خلال قواعد الإسناد هو إسناد الاختصاص التشريعي إلى أوثق البلدان صلة بالوضع القانوني أو تركيز من حيث المكان موضوعيا ، حيث يكتفي القانون الدولي الخاص برسم الأطر العامة ويترك حرية التشريع لقانون كل دولة على حده، وبنص القانون الدولي الخاص عدم الاستئثار دولة بالاختصاص التشريعي، وإنما يجب توزيعه بين بقية الدول وفق طريقة إسناد الاختصاص إلى أوثق الدول اتصالا بالعلاقة القانونية، ومن ثم إسنادها إلى القانون الأوثق صلة بتلك العلاقة.

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٦ .

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص ٢٩.

فالمسائل القانونية قد يجمع بينها جامع كجامع الأحوال الشخصية، ولأجل بيان ما تقدم قسمنا هذا المطلب على فرعين الفرع الأول:تطبيق القانون الصلة الموضوعية، وفي الفرع الثاني :تطبيق القانون الأقوى الصلة الشخصية.

الفرع الأول

تطبيق قانون الصلة الموضوعية

إنَّ الغاية الموضوعية التي يبتغيها المشرع تبدوا في أسلوب الإسناد التخييري، إذ يرمي المشرع من وراء هذا الأسلوب تحقيق نتيجة موضوعية محددة هي التيسير على الأطراف في العلاقات الخاصة الدولية وتحقيق مصالحهم والوصول إلى الاعتراف بصحة تلك العلاقات، وهو ما جعل الفقه الحديث يطلق على قواعد الإسناد التي تعتمد هذا الأسلوب تسمية قواعد الإسناد ذات الطابع الموضوعي(١).

إنّ هذا الطابع الموضوعي لا يتلاءم مع طابع الحياد الذي ينبغي أن تتسم به قواعد الإسناد، أن تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا المنهج لا يتم إلا بالبحث المسبق عن مضمون القانون ذات الصلة بالنزاع، إن القواعد الموضوعية تسعى إلى اختيار الحل المناسب، لحكم "العلاقات القانونية" ذات العنصر الأجنبي، عن طريق تعيين أنسب القوانين، لحكم تلك العلاقات القانونية، هذا يتحقق من خلال وسائل قانونية متعددة، لعل أبرزها ظهوراً نظرية الإحالة هو السماح بتطبيق قواعد قانونية أجنبية حسب ما يشير إليه المشرع الوطني.

فأن هذا ما يسمى بمبدأ التسامح بتطبيق القانون الأجنبي، ومن المعلوم أن قواعد الإسناد ليست على نسق واحد في التفاعل مع هذا الموضوع لعدم التنسيق المسبق بين النظم القانونية بهذا الاتجاه، ولا توجد سلطة فوق سلطة الدول تتولى توحيد الموقف وإصدار قواعد قانونية، ملزمة لكافة التشريعات الوطنية، أو يكون هناك مصدر مشترك، تستمد منه الدول جميع قواعدها القانونية، كما هو الحال بالنسبة للقانون الدولي العام.

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص٢٦.

فالأمر الذي أوجد هذا الاختلاف في "قواعد الإسناد" في الموقف من المسائل "القانونية" المشوبة بالعنصر الأجنبي، ولذلك نجد "بعض التشريعات المقارنة"، تضمن قاعدة إسناد فيها إشارة مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، دون قواعد القانون الدولي الخاص. فأن البحث عن الاعتبارات الواقعية والنتائج النهائية، كمقدمة للموقف من الإحالة، فهل يساعد هذا المنهج قاضي النزاع، في تجاوز الموقف التشريعي، في تطبيق هذه القواعد دون غيرها؟

أن موقف المشرع الراغب بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، وأن إشارة المشرع إلى تطبيق القانون الداخلي (تعني القواعد الموضوعية منه فقط)، أي القواعد الموضوعية دون قواعد القانون الدولي الخاص، ما يعني أن القاضي المنظور أمامه النزاع، يجب عليه الامتناع عن إعمال الإحالة، نتيجة الإشارة "الصريحة بالمنع"هذا بالنسبة للتحديد الصريح للقواعد الموضوعية، في القانون واجب التطبيق[١]، والتسليم بهذه النتيجة وتقبلها احتراما لإرادة المشرع الوطني، وللاعتبارات القائمة على غايات خاصة وفي مسائل محددة هو يقدرها.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فأنه لا يأخذ بالإحالة وكذلك الأمر بالنسبة للمشرعين المصري والعراقي، وأنّ الأمر واضح لهما كونهما من التشريعات التي لها موقف واضح من الإحالة، ألاّ وهو المنع من تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق والاقتصار على القواعد الموضوعية[٢]. فالاكتفاء بالمنع بالنسبة للمشرعين المصري والعراقي ولاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطنية، ومن هنا لا بد من منح قاضي النزاع سلطة تقديرية لكي ينهض بدور الإحالة لبيان الغاية التي وجدت من أجلها قاعدة الإسناد، وإعمال دورها الوظيفي، لما فيه من منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي، في انتقاء أنسب القوانين وأكثرها ارتباطا لحكم العلاقة القانونية.

---

(١) د. هشام علي صادق، "تنازع القوانين"، مصدر سابق، فقرة ١٨٢، ص ٦٤٧ وما بعدها.

(٢) ينظر إلى نص المادة (٢٧) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨ ونص المادة (٣١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

فأن المشرع الفرنسي أكثر تقيدا بالمبادئ الدستورية، خلال معالجة القانون الدولي الخاص، لأنه أخذ بمذهب ازدواجية القانون الواجب التطبيق[١]. فإن الأخذ بالإحالة من عدمه رهينة بمدى استجابة ضوابط وفقا للغاية الأساسية لقاعدة التنازع، وإذا لم تتحقق فيجب الاستفادة من قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، وتطبيق القانون الذي تشير إليه في ما إذْا كان يحقق مصلحة أطراف العلاقة القانونية أو مصلحة الطرف الذي أراد القانون حمايته كما أشير في نص المادة (١٦/٣١١)([٢]).

إلاّ أن اتجاه آخر في الفقه الفرنسي[٣]، يذهب إلى إمكانية الأخذ بالإحالة استنادا للغاية الأساسية لوظيفة قاعدة الإسناد، وهو المنهج نفسه الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسية في قبول الإحالة من الدرجة الثانية من قانون محل إبرام التصرف القانوني، إلى قانون جنسية الأطراف من اجل الإبقاء على صحة الزواج المبرم بين الطرفين واحترام لتوقعاتهم المشروعة. أما بالنسبة للمشرعين المصري والعراقي اللذان أخذا منهج وحدانية "القانون"واجب التطبيق، في حكم الآثار "الشخصية والمالية" للرابطة الزوجية، لم يرد في نصوصها إشارة إلى ضابط القانون الأوثق صلة بالعلاقة القانونية، والسبب في ذلك أنهما من ضمن التشريعات، التي لم تراع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، هذا المبدأ الدستوري الذي أشار إليه دستور كلا الدولتين فلا تمييز بينهما في الحقوق، وهو وراء ذلك طابع وطني

(١) يقصد بمذهب الازدواجية في تحديد القانون الواجب التطبيق هو المنهج القائم على الفصل في معالجة الأحكام بين الآثار الشخصية للرابطة الزوجية والآثار المالية، فليعالج الآثار الشخصية هو ليس ذات القانون الذي يعالج الآثار المالية أي منهج الفصل بين الحقوق الشخصية والحقوق المالية، في مقابل وحدانية القانون الواجب التطبيق، القائم على أساس الجمع في المعالجة بين نوعي الآثار للعلاقة الزوجية، فالقانون الواجب التطبيق يحكم كلا النوعين من الآثار.

(٢) القانون المدني الفرنسي (أن الزواج يستتبع تصحيح النسب عندما تكون النتيجة مقبولة أما بحسب القانون الذي يحكم مفاعيل الزواج أو حسب القانون الشخصي لأحد الزوجين أو بحسب القانون الشخصي لمن أراد الحماية، وذلك في اليوم الذي يكون الزواج قد ابرم).

(٣) نقلا عن الأستاذ:

Francois Melin,Droit international prive, Casbah, Alger, edition, 2004, p.143,ets.

لقواعد القانون الخاص الدولي، أي من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة بخلاف التشريعات التي اعتمدت على الاتفاقيات الدولية في تنظيم أحكام هذا القانون[١].

فأن المشرع المصري أعطى الاختصاص، في حكم آثار الزواج إلى القانون الشخصي للزوج "وقت انعقاد الزواج"، أي الآثار "التي يرتبها عقد الزواج" بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال وكذلك بالنسبة للقانون، الذي يحكم الطلاق إلى "قانون جنسية الزوج وقت الطلاق"، أو "قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى"، وفق المادة (١٣ /٢) وهنا يكمن الفقه المصري[٢].

فان الاتجاه الغالب في الفقه المصري[٣]، يذهب إلى عدم دستورية هذا النص كونه مخالف للمواد (٤٠،١١) من الدستور المصري لعام ١٩٧٢ والحل الذي قننه المشرع المصري، هو نفس الموقف للمشرع العراقي[٤]. فضوابط الإسناد وفقا للمنهج التقليدي لا تعدو أن تكون وسائل آلية عمياء لا تحقق غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، ومنها تحقيق التنسيق ما بين قاعدة الإسناد الوطنية والأخرى الأجنبية، ولكن الأمر يختلف فيما إذا تم الحديث حول فكرة الإحالة، يتحول البحث في قواعد الإسناد، إلى دائرة الهدف والغاية من تلك التشريعات.

---

(١) د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠، مصدر سابق ، ص٢٦٦ . (أن اغلب التشريعات الأوربية المعنية بتنظيم أحكام القانون الدولي الخاص بدأت تستمد وجودها من لاتفاقيات الدولية، كالقانون الفرنسي والاسباني والايطالي والسويسري وغيرها، أي بدأت تخرج عن التنظيم الداخلي لقواعد هذا القانون إلى الفضاء الدولي ومثال ذلك اعتماد اغلب التشريعات للدول الأوربية في دائرة الالتزامات التعاقدية على اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ نتيجة لوحدة الصالح بينها).

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ، ص ٨١٠ وما بعدها.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال ، جميع المصادر السابقة وكذلك د.عز الدين عبد الله ، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد دراسة مقارنة في قوانين بغض الدول العربية ، مجلة مصر المعاصرة ، ١٩٧٩، السنة ٧٠، العدد ٣٧٨ ، ص٤١٧.

(٤) النظر إلى نص المادة (١٩ /٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. بشان الآثار العامة للزواج والمادة (١٩/٣) بشان الطلاق.

فإن المطلوب من القاضي المعروض أمامه النزاع إلى تحقيق أعمق في العلاقة محل الخصومة، الأمر لا يقتصر على مجرد تحقيق العدالة الشكلية، بل دخلت معطيات أخرى ومبادئ جديدة لتعيين "القانون"واجب التطبيق، مستندة على طبيعة "العلاقة القانونية" موضوع "النزاع" وغاية قاعدة الإسناد، أن هذه الضوابط متعددة ومتنوعة ولا يمكن الإحاطة بجميعها.

الفرع الثاني

تطبيق قانون الصلة الشخصية

ونعني بالقانون الأوثق صلة بالعقد هو إسناد الاختصاص التشريعي إل أوثق البلدان صلة بالوضع القانوني، وذلك يكتفي القانون الدولي الخاص برسم الأطر العامة ويترك حرية التشريع لقانون كل دولة على حدة، وبنص القانون الدولي الخاص على عدم استئثار دولة بالاختصاص التشريعي، وإنما يجب توزيعه بين بقية الدول وفق طريقة إسناد الاختصاص إلى أوثق الدول اتصالا بالعلاقة القانونية(١). يذهب فقه القانون الدولي الخاص الحديث، إلى أن وظيفة قاعدة الإسناد، هي الإسناد الإجمالي أو الكامل إلى القانون واجب التطبيق، والمقصود بالإسناد الإجمالي التعامل مع "القانون واجب التطبيق ككل" لا يتجزأ بالنسبة للقواعد "الموضوعية" التي تحكم العلاقة بصورة مباشرة وقواعد القانون الخاص الدولي، وهذا المنهج يؤدي بدورة إلى تصحيح الأخطاء التي يؤدي إليها المنهج التقليدي، والذي لا يترك المشرع الوطني لقاضي النزاع، مجالا للأخذ بآثار الإسناد الإجمالي، بل يلزمه بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق(٢).

فإن منح القاضي المعروض أمامه النزاع، سلطة تقديرية في "اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية" التي تحقق غاية ووظيفة قاعدة التنازع الوطنية، قد توضع ضوابط الاختيار على قدم المساواة وبموجبها لا فرق بين ضابط وآخر، من حيث القوة والفاعلية لأنّ

---

(١) أنظر المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. والتي تنص "الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيتة" وكذلك المادة (١/١٩) من نفس القانون "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين " .

(٢) ومن خلال عرض جملة من الحجج والأسانيد والرد عليها أنظر: د. عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة، مصدر سابق ، ص ١٣٧.

المشرع شاءت إرادته أن لا يميز بين تلك الضوابط، وفي فهمه أنها ذات تأثير متساوي وذات ارتباط قانوني بالعلاقة متساوي أيضا، فلا حاجة للتمييز بينها ويترك أمر اختيارها للقاضي، في ضوء ما تقتضيه طبيعة العلاقة القانونية وظروفها فهذا التخيير هو تخيير تشريعي(١).

فإن في الغالب يكون ذلك الاختيار متروكا لأحد الأطراف العلاقة القانونية أو كليهما أو قاضي النزاع(٢)، وأنْ الأخذ بالإحالة يمكن أن يكون منفذا وحلا يلجا إليه القاضي لتحقيق غاية قاعدة الإسناد وفقا للأساس في تفسير الإحالة من خلال دورها التطويري لقواعد الإسناد. فإذا أخذنا موقف المشرع الفرنسي، فأننا نجده قد انتهج النهج ذاته الذي يرتبط بتلك الضوابط من خلال نص المادة (٣١١ /١٦) من القانون المدني الفرنسي، على أن الزواج سيتبع تصحيح النسب عندما تكون هذه النتيجة مقبولة، أما بحسب القانون الذي يحكم الزواج وهذا حسب القانون الشخصي لأحد الزوجين وعلى سبيل المثال عقد"الاختصاص التشريعي" في حكم هذه المسالة إلى القانون "الشخصي"، للأب لحظة الولادة أو قانون الأم أو قانون الطفل، ومن خلال ذلك أن القوانين التي أشارت إلى الضوابط المتقدمة، تحقيق غاية قاعدة الإسناد الوطنية والمصلحة التي يقصدها المشرع.

فأن الفصل بمسألة الأخذ بالإحالة من عدمه هي رهينة بمدى استجابة لغاية قاعدة الإسناد، وإذا لم تتحقق فيجب الاستفادة من قواعد الإسناد في *القانون الواجب* التطبيق، وتطبيق القانون الذي تشير إليه فيما إذْا كان يحقق مصلحة أطراف العلاقة القانونية أو مصلحة الطرف الذي أراد القانون حمايته (وهذا حسب القانون الشخصي لأحد الزوجين وأما بحسب القانون الشخصي للولد وذلك في اليوم الذي يكون الزواج قد ابرم)، وهذا النص أعطى الولد الطبيعي خيارات بين عدة قوانين، الإقرار بشرعية البنوة عند الزواج .

---

(١) ومن الأمثلة على ذالك نص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري والتي تنصت على أن العقود ما بين الإحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك. ونص المادة (١٩ /١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) ومن أمثلة ذلك ما جاء به نص المادة (٣١١ / ١٨) من القانون المدني الفرنسي.

يرى جانب من الفقه الفرنسي[١]، أن تلك القواعد، استثناء في تطبيق الإحالة فوضعها يستلهم إعطاء الشرعية على الولد أو الاعتراف بالولد أو تامين النفقة له، ومما يستدعي استبعاد الإحالة حتى لا يؤدي ذلك إلى تطبيق تخالف فيه الأهداف التي قصدها المشرع من وضع تلك القواعد (فاللجوء إلى الإحالة مع وجود الضوابط التخييرية أمر محل نظر)، وذلك لان القاعدة بحكم القوانين المتعددة فيها وبحكم تشجيعها على إقرار البنوة أو إقرار شرعيتها يصعب معها تصور الإحالة وحججهم في ذلك.

فأن إرادة المشرع الفرنسي توقفت عند السماح للقاضي بالحكم ضمن تلك الضوابط في "تحديد القانون" واجب التطبيق في قانون القاضي وعلى الرغم من قوة الحجة التي يستند إليها الرأي الرافض، للأخذ بالإحالة بالنسبة للضوابط ألتخييرية، إلاّ أن اتجاه آخر في الفقه الفرنسي [٢]، يذهب إلى إمكانية الأخذ بالإحالة، لذا فان الإحالة ليست إلا أداة للتعبير عن السياسة التشريعية في دولة قاضي النزاع، فما تعجز ضوابط الإسناد عن تحقيقه يمكن للإحالة أن تؤديه، إضافة إلى ذلك لا يوجد من ينكر ضرورة تحقيق غرض المشرع الوطني لقاضي النزاع، فمتى ما وجد القاضي في الإحالة، ما يحقق التنسيق بين النظم القانونية المتنازعة، واحترام لمصلحة أطراف العلاقة القانونية، وتحقيق العدالة المادية، وهو ذات النهج الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسية في قبول الإحالة من الدرجة الثانية، من قانون محل إبرام التصرف القانوني، إلى قانون جنسية الأطراف من اجل الإبقاء على صحة الزواج المبرم بين الطرفين، واحترام التوقعات المشروعة.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فانه كباقي تشريعات الاتجاه اللاتيني، فهو لا يختلف عن موقف المشرع الفرنسي، بالنسبة لتلك الضوابط إذ عبرت عن هذا الموقف نصوصه القانونية فقد جاء في المادة (٢٠)[٣] ، وهذا النص يقرر أن العقد الدولي الخاص يكون

---

(١) نقلا عن:

PominiqueHolleaux, Jacques Foyer, Geraud de Geouffire de la pradelle; Droitinterntionalprive,paris, New YorK,Baecelone, Milan, Mexico, Sao Parlo, 1987, p.243 ets .

(٢) نقلا عن الأستاذ:

Francois Melin, Droit international prive, Casbah, Alger, edition, 2004, p.143 ets.

(٢) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨. (إن العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع لقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

صحيحا من حيث الشكل، متى ما أبرم في الشكل الذي يتطلبه القانون وتعترف به أحد القوانين الأربعة (قانون محل الإبرام ، قانون الذي يحكم موضوع العقد ، وقانون الموطن المشترك لأطراف العلاقة العقدية ، قانون الجنسية المشتركة لأطراف العلاقة)، وهذا الأسلوب يرمي إلى التيسير على أطراف العلاقة القانونية الدولية الخاصة ، والمحافظة صحة التصرفات القانونية[١].

بالنسبة للمشرع العراقي قد جاء في "نص المادة" (١/١٩) من "القانون المدني"أن تلك الضوابط، إذْ جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية، لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجيين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو أذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، أي أن المشرع العراقي عقد الاختصاص التشريعي في صحة الشروط الشكلية أو مدى استيفاء الإجراءات القانونية، لشكل عقد الزواج إلى قانون محل الإبرام، والى قانون جنسية كلا الزوجين[٢]، والغرض الذي دفع المشرع العراقي إلى هذا الحكم، هو إعطاء أكبر قدر ممكن للمحافظة على عقد الزواج من الأبطال، فيما إذا تعلق الأمر بالجوانب الشكلية للعقد، وهذا الغرض لا يمكن أن يتحقق إلا بالسماح لا كثر من قانون ذات علاقة بموضوع النزاع بالتطبيق وحكم العلاقة القانونية، ويطبق أما قانونه الوطني أو قانونا أجنبيا أخر، لتحقيق تلك الوظيفة التي شرع من اجلها قواعد الإسناد، وهي من تطبيقات استجابة التشريعات للتطورات الحديثة، في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، بوصفها إحدى الوسائل في تحقيق العدالة المادية.

ففي ضوء ما تقدم من استعراض "لموقف القانون العراقي والتشريعات المقارنة"، وآراء فقه القانون الدولي الخاص، وبعض التطبيقات القضائية، من قبول الإحالة أو رفضها فيما يتعلق بقواعد الإسناد ذات الضوابط ألتخييرية، نخلص إلى نتيجة مفادها إن قبول الإحالة من خلال الضوابط الإسناد، يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع الهدف، الذي تسعى إليه هذه

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٧.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم ، "القانون الدولي الخاص" وفق القانونين العراقي والمقارن ، مصدر سابق، ص ٢٨٢ وما بعدها.

القواعد ويجب استبعادها لان في قبولها إهدار لروح قواعد الإسناد وأهدافها، وأيضا خروج على الدور الوظيفي المطلوب من الإحالة تطبيقه وهذا ما يؤدي إلى توسيع نطاق الإحالة.

من خلال ذلك تروم بعض التشريعات المقارنة(١)، إلى توسيع نطاق الإحالة بالنسبة إلى القانون الأوثق صلة بتلك العلاقة (كضابط إسناد)، والدوافع وراء ذلك رغبة المشرع في توحيد الأحكام بالنسبة لتلك المسائل والتي يربطها رابط موضوعي أو نوعي، وأن موقف التشريع العراقي والمقارن موضوع البحث قد تبنوا هذا الضابط والمتمثل "بإسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأكثر ارتباطا" وصلة فيها لذلك نجد المشرع الفرنسي أخذ بمذهب ازدواجية القانون الواجب التطبيق(٢).

فأنه راعى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، في تحديد ضابط الإسناد، إلاّ أن بروز دور الإحالة في مجال الفقه القضائي، باعتباره منهجية متطورة لمعالجة غاية قواعد الإسناد، وتحقيق العدالة المادية، سواء في مجالها الشكلي أو المادي.

فأن دور الإحالة هو مسالة تطور الفكر القانوني والقضائي في الأخذ بالإحالة لإظهار غاية قاعدة الإسناد ومن خلال الغاية يمكن أن يكون دورا للقاضي المعروض أمامه النزاع، من إعمال الإحالة والتخلص من الجمود التشريعي، في ضوء التطور الذي عم بلدان العالم المختلفة، وتصحيح مسار قاعدة الإسناد الوطنية، في الحالات التي لا يراعى فيها اعتبارات العدالة المادية، وتحقيق التعايش والتنسيق بين النظم القانونية(٣).

فأن قواعد الإسناد تنضوي على جملة غايات عامة وأخرى خاصة فالغايات العامة تتمثل في توزيع الاختصاص بين القوانين الأكثر والأقرب للعلاقة والأقدر على تحقيق حماية

---

(١) د. حسام الدين فتحي ناصيف: المرونة المتطلبة في "تطبيق القانون المحلي" على وقائع المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧، ص ٣٤.

(٢) يقصد بمذهب الازدواجية في "تحديد القانون واجب التطبيق" هو المنهج القائم على أساس الفصل في معالجة الأحكام بين الآثار الشخصية للرابطة الزوجية والآثار المالية، فالذي يعالج الآثار الشخصية هو ليست ذات القانون الذي يعالج الآثار المالية أي منهج الفصل بين الحقوق الشخصية والحقوق المالية، في مقابل مذهب وحدانية "القانون الواجب" التطبيق القائم على أساس الجمع في المعالجة بين نوعي الآثار للعلاقة الزوجية، فالقانون الواجب التطبيق يحكم كلا النوعين من الآثار.

(٣) د. طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد ، مصدر سابق، ص٢٦٦.

للأطراف، أما الغايات الخاصة فتتمثل في تركيز اختصاص القانون الأكثر عدالة والأقدر على تحقيق التوازن بالعلاقات بين الأطراف، ومن خلال ذلك أن جانب من الفقه، تؤيده بعض الأنظمة القانونية[١]، وأن كانت تلك الغايات تتحقق في القواعد الموضوعية للقانون الواجب التطبيق، أكثر من تطبيق قواعد الإسناد وذلك بتخليها عن الاختصاص لقانون آخر، قد لا يلبي تلك الغايات[٢]، وإنما يترك تقدير ذلك للقاضي لنظر كل حالة بحالتها حسب ظروفها لأن اختلاف الظروف يتطلب أن تختلف الإحالة من حالة إلى أخرى .

(١) ويعد النظامالأنكليزي من المؤيدين للإحالة في قانون القاضي . وفي فقه بلاد القانون غير المكتوب

A. V. Dicey and J. C. H.Morris, The conflict of Laws, 9 ed,London,1973, p .64ets.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصيف،المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية، (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٣٤.

الفصل الثاني

دور الإحالة
في تطوير القواعد المتعلقة بالأشخاص

الفصل الثاني

دور الإحالة في تطوير القواعد ألمتعلقة بالأشخاص

يعتبر دور الإحالة مركزا مهما من خلال موضوعات القانون الدولي الخاص، لما ينطوي عليه من مباني جديدة في إشارتها للقانون واجب التطبيق، وبيان تلك القاعدة القانونية التي تحكم العلاقة القانونية الخاصة المشوبة بالعنصر الأجنبي، وإظهار غاية ووظيفة قواعد الإسناد، إلى رؤيا جديدة أهمها تحقيق مصالح الأشخاص وتوقعاتهم المشروعة، وإن وظيفة قاعدة الإسناد تعمل على تركيز العلاقة القانونية في المنطقة القانونية لدولة معينه أو أكثر وهذه الوظيفة تمثل المبدأ العام، الذي ترتكز عليه هذه القاعدة في كل الأنظمة القانونية وفي جميع بلدان العالم.

فهي تسعى لتحقيق هذه الوظيفة التي لا تكون واحدة بل تختلف بين دولة وأخرى، وبين مجتمع وآخر، وتلعب الإحالة دور في تطوير العلاقات المتعلقة بالأشخاص، وبيان تلك الوظيفة والغاية لقاعدة الإسناد وما توفره من حماية للطرف في العلاقات المتعلقة بالأشخاص، وهذا ما يعطي قاضي الموضوع، حرية نسبية في عدم التقيد بالتطبيق الحرفي لقواعد الإسناد، في تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية، لذلك ظهرت في أروقة القانون الدولي الخاص، والتشريعات المقارنة.

فكرة مفادها الغاية والهدف الذي شرعت من أجله قواعد الإسناد، وذلك من خلال التطور الذي شهده العالم من تشابك للعلاقات الشخصية والمصالح الدولية المختلفة، بصورة لا حصر لها وهذا ما يدعونا تجنيب أطراف العلاقة القانونية الأضرار التي تلحق بهم وحماية الطرف المطلوب حمايته، واستقرار المراكز القانونية وتحقيق اكبر قدر من تلك الحماية، ولأجل بيان دور الإحالة في تطوير القواعد المتعلقة بالأشخاص قسمنا هذا الفصل على مبحثين المبحث الأول: دور الإحالة في تطوير قواعد الحماية ، وفي المبحث الثاني: دور الإحالة في تطوير قواعد القانون الأصلح .

المبحث الأول

دور الإحالة في تطوير قواعد الحماية

يعد دور الإحالة في تطوير قواعد الحماية، من اهتمامات التي شغلت القانون الدولي الخاص الذي أخذ حيزا أكبر في هذا الاتجاه؛ لأنّ من أهم الوظائف الأساسية لقاعدة الإسناد هي تحقيق الحماية القانونية لتوقعات الأطراف المشروعة، عن طريق اختيار القانون الملائم والمناسب لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وتحقيق هدف من أهداف القانون الدولي الخاص عن طريق تطبيق قواعد الحماية حتى ولو كان هذا القانون قانونا أجنبيا، وليس القانون الوطني لقاضي النزاع، (وفقا لدور الإحالة في تطوير قواعد الحماية) لا بد من الأخذ بعين الاعتبار حينما يريد تحديد الموقف من إخضاع العلاقة القانونية إلى أكثر القوانين توقعا بالنسبة الأشخاص المقصودين بالحماية حتى لا يتفاجأوا "بتطبيق قانون لم يكن من السهل" عليهم التوقع لأحكامه، وإلى إمكان خضوع علاقاتهم له وفقا لنظرية الحل الوظيفي[١]، وهذا يعد من وظائف قاعدة الإسناد.

فأن الإحالة وهي بالأصل من صنع القضاء وحلا يسعى قاضي النزاع إلى تحقيقها، وبالتالي سيكون معيارا يعتمده القاضي للأخذ بالإحالة من عدمها، وأن يأخذ بنظر الاعتبار حين تشخيص القانون واجب التطبيق، وأن تكون هذه الحماية متناسقة مع وظيفة قاعدة الإسناد، التي تعين القانون واجب التطبيق، وفقا للوظيفة التي تبنتها قواعد الإسناد، ولأجل البيان التفصيلي سنبحثه من خلال مطلبين المطلب الأول: قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأشخاص، وفي المطلب الثاني: قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأفعال .

المطلب الأول

قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأشخاص

إنّ من أكثر المسائل التي أشغلت التشريعات المقارنة، وفقه القانون الدولي الخاص، وأحكام المحاكم الأجنبية، هي الإحالة ومن خلال دورها في إظهار الغاية الأساسية لقواعد الإسناد، وما تحققه من مصلحة لصالح أحد الأطراف أو كليهما، والإحالة وفقا لدورها في تطوير قواعد الإسناد، تسعى إلى تحقيق حماية الطرف في العلاقات القانونية المتعلقة

(١) د. صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد، مصدر سابق .

بالأشخاص، ومن خلال تعيين انسب القوانين لحكم العلاقة القانونية ومن خلال ذلك لا بد من ترك أمام القاضي

وطرفي العلاقة مساحة في اختيار، أي من القوانين لحكم تلك العلاقة القانونية، وتأسيسا على ذلك إن الأخذ بالإحالة يمكن أن يكون منفذا وحلا، يلجا إليه القاضي المعروض أمامه النزاع، لتحقيق غاية وهدف قاعدة الإسناد، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبحث في الفرع الأول: العلاقات المتعلقة بالزواج وسنتناول في الفرع الثاني: العلاقات المتعلقة بالوصية.

الفرع الأول

العلاقات المتعلقة بالزواج

إنّ من الاتجاهات المستقرة في القانون الدولي الخاص وهي (فلسفة العديد من التشريعات المقارنة) استعمال قواعد إسناد ذات ضوابط تخييرية[١]، ومن خلال ذلك إن المشرع يترك أمام القاضي وطرفي العلاقة فرصة واسعة في اختيار أي من القوانين المتعددة، التي أشار إليها في حكم العلاقة القانونية، ومن خلال تحقيق اكبر قدر من الحماية وتوفير أوسع الضمانات لمصلحة أطراف العلاقة القانونية، وهذا النوع من ضوابط الإسناد له تطبيقات تشريعية يضعها المشرع لتحقيق غرض معين، قد تضع ضوابط الاختيار على أساس المساواة لا فرق بين ضابط وآخر من حيث القوة والفاعلية.

فأنّ المشرع لا يميز بين تلك الضوابط، لأنه يرى إنها ذات تأثير وارتباط قانوني متساويين لذا ترك الأمر للقاضي فيما يراه مناسبا في حل النزاع المعروض أمامه، لذا تروم

(١) أن المقصود بضوابط الإسناد التخييرية هو ذلك المنهج الذي يستخدم أكثر من ضابط إسناد واحد في نفس الوقت مع ترك الخيار للقاضي أو للطرف المدعي للاستفادة منه، وهو بهذا المعنى يختلف عن منهج الإسناد ألتعددي أو ألتناوبي الذي تخضع العلاقة القانونية فيه لأكثر من ضابط إسناد، والتي لا يوجد اختيار في انتقاء أي من الضوابط وقاضي النزاع ملزم بان يراعي التسلسل الوارد في النص واحدا بعد الآخر كما ورد في المادة (٢٥) من "القانون المدني العراقي" بشان "الالتزامات التعاقدية" فالمشرع بين التسلسل لتلك الضوابط من قانون الإرادة وإلا فقانون "الموطن المشترك" للمتعاقدين أو "قانون الدولة التي تم فيها إبرام التصرف القانوني" وكذلك بالنسبة للمشرع المصري في القانون المدني، وأيضا بالنسبة للقانون المدني الفرنسي وفقا للمادة (١٤/٣١١) والتي نصت على أن تنظم البنوة بالقانون الشخصي للام يوم ولادة الطفل، فإذا لم تعرف الأم فبالقانون الشخصي للطفل.

بعض التشريعات المقارنة[١] ولخصوصية بعض العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، إن تسندها إلى القانون الأكثر حماية لتلك العلاقة القانونية، والدوافع قد تكون رغبة من المشرع في توحيد أحكام تلك المسائل التي يربطها رابط موضوعي والتي يجمعها كجامع الأحوال الشخصية، وخاصة في المسائل الزوجية ودور الحماية المنشودة التي تتحقق من خلال الأخذ بالإحالة من عدمها، وهنا نبين الشروط الموضوعية والشكلية لأنّ كل منهما يخضع لقانون يختلف عن الآخر، وأن تحديد "طبيعة كون الشروط موضوعية أم شكلية مسألة تكييف تدخل في اختصاص قاضي" الموضوع النزاع ،بحسب القانون المدني[٢]، وسوف نوضح هذه الشروط.

١- **الشروط الموضوعية:** تتوقف على صحة الزواج[٣]، الشروط الموضوعية للزواج تتمثل في شروط الانعقاد والصحة واللزوم والنفاذ، وهذه الشروط في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج ذات العنصر الأجنبي، فإذا لم تكن العلاقة مشوبة بالعنصر الأجنبي نطبق قانون القاضي دون اللجوء إلى قواعد الإسناد، أما في حالة الزواج المختلط لا بد من تحديد القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة، وعلى مستوى التشريع العراقي حدد المشرع قانون جنسية الزوجين[٤].

فلا يوجد إشكال إذا اتحدا في الجنسية أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فلم ينظم حل تشريعي لهذه المشكلة، أخذ المشرع العراقي بضابط الجنسية، ولم ينص على تحديد وقت

---

(١) د. حسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص٣٤.

(٢) انظر نص المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه: (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها).

(٣) عرفت المادة (٣ / ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ، الزواج: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة المشتركة والنسل تقابلها المادة (١٤٣) من القانون المدني الفرنسي: "الزواج بين جنسين مختلفين أو من نفس الجنس".

(٣) تنص المادة (١/١٩) من القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. على أنه: (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

معين لإسناد الشروط الموضوعية إلى قانون كلا الزوجين. يرى جانب من الفقه[١]، أن إخضاع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج لا وقت النزاع، أما في حالة تعدد الجنسيات لأحد الأطراف العلاقة القانونية، وإذا كانت إحدى هذه الجنسيات عراقية فيختار فيما بين الجنسيات الأخرى التي يحملها الشخص[٢]، وإذا لم تكن من بين الجنسيات الجنسية العراقية يختار القاضي الجنسية الفعلية للشخص أكثر ارتباطا، ويذهب جانب من الفقه القانون الدولي الخاص إلى تطبيق جنسية كل من الزوجين بطريقتين الأولى التطبيق الموزع لقانون جنسية كل من الزوجين والثانية هي التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين، وفي التطبيق الموزع، يكفي أن تتوافر في كل زوج وعلى نحو مستقل الشروط الموضوعية لصحة الزواج في قانون جنسيته فقط دون جنسية الزوج الآخر، أما التوزيع الجامع فيقصد فيه ضرورة أن تتوافر في كل زوج من الزوجين كافة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته وقانون دولة الزوج آخر، والحكمة في التطبيق الجامع لقانون جنسية كل من الزوجين هي التأكد من بناء أسرة على أساس سليم وهذا التطبيق يجد مجاله فيما يتعلق بموانع الزواج بسبب خطورتها على كيان الأسرة[٣].

فأن غالبية الدول اكتفت بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين ويبرر هذا الحل بأن القانون الوطني في كل دولة وضع ليحمي أفراده فقط دون سواهم ولا يهدف إلى حماية الأسرة أو العلاقة الزوجية وهو يسمح بالزواج المختلط وأقل تشددا من التطبيق الجامع، وأن شروط الزواج الموزع تعتبر آمرة في حق الوطنيين، بحيث لا يجوز لمواطن مخالفة أوامر دولته

---

(٤) د. حسن الهداوي و د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٨، ص١٠٣.

(٢) هناك نص عام في الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ في نص المادة العاشرة الفقرة الثانية إذ تنص (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية أجنبية)، أما النص الخاص بعقد الزواج هو ما جاء في المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي إذ تنص (في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

(٣) د. يونس صلاح الدين علي القانون الواجب على شكل الزواج، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص١٨٩. ولمزيد من التفصيل ينظر: د. صلاح الدين، جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص٣٢٠.

بشأنها[١]، وبالتالي عند حدوث نزاع حول العقد فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي للأطراف وقت إبرام العقد لا وقت حدوث النزاع.

فإن في كل قضية تطبق المحكمة فيها قانون أجنبي، عندما يكون النزاع المعروض أمام القضاء مشوبا بالعنصر الأجنبي، وهناك احتمال استبعاد ذلك القانون وتطبيق قانون القاضي في حالة مخالفته للنظام العام العراقي[٢]. فأن تطبيق قانون كل زوج عليه فقط مستقل عن "قانون الزوج" الآخر، فالزوجية أن تتوافر فيها الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيتهما، وبالرغم من إن هذه الاتجاهات الفقهية، إلا إنها لم تنظم تشريعيا.

فيمكن للمحاكم العراقية أن تأخذ بالاتجاه الثاني، أي التطبيق الموزع استنادا إلى نص المادة (٣٠)[٣]، ولما كان التطبيق الموزع من خلال ما تم تناوله، يمكن إتباعها في كل حالة تختلف فيها جنسية الزوجيين عند انعقاد العقد[٤]، وعليه ما دام الفقه استقر على التطبيق الموزع. فأنّ الأخذ بالإحالة من عدمه يتوقف على مدى تحقيقها لمصلحة الأطراف، والمقصودين بالحماية من خلال إعمال لوظيفة قاعدة الإسناد.

٢- **الشروط الشكلية:** تعد الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج المظهر الخارجي الذي تخرج فيه إرادة الزوجين إلى العالم الخارجي[٥]، والتصرفات القانونية بين الأفراد تقوم على الإرادة ويعتد القانون بها ويرتب عليها كل الآثار بما في ذلك الالتزام بالتنفيذ، ولكي تظهر تلك الإرادة إلى

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مصدر سابق، ص٧٧٠.

(١) تنص المادة(٣٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه: (يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق).

(٣) "نصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي" رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. على أنه: ("يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا ").

(٤) للمزيد حول موقف المشرع الفرنسي من آثار الزواج ينظر:

LousouarnYvon et Bourel Pierre, Droit international prive,Dalloz, 4eme edition,paris,1993.

(٤) د. سامي بديع منصور ود. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٥٣.

العالم الخارجي يتطلب المشرع اتخاذ بعض الإجراءات الإشهار والعلم من قبل أصحاب العلاقة، وأن الغرض من الشكلية في الزواج وهو العلم والعلانية لترتيب حقوق الأطراف والغير وبعد ذلك وسيلة إثبات والتحقق[١].

فنظم القانون المدني العراقي قاعد إسناد بالشروط الشكلية للزواج إذ نصت المادة(١/١٩) على أنه:(... أما من حيث الشكل يعتبر صحيحا الزواج م بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي أذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين)، وإن الشروط الشكلية للزواج تخضع كأصل عام إلى قانون البلد الذي انعقد فيه هذا الزواج، حيث يرجع إلى بلد الذي تم فيه هذا الزواج وتوافرت له شروط الصحة من الناحية الشكلية، وإذا كان القانون يرسم طريقا لإخراج هذا الزواج بشكل أو وسيلة معينة كالتسجيل المدني أو التوثيق من المراجع المختصة[٢]، وهذه قاعدة عامة في إسناد شكل التصرف إلى قانون دولة الإبرام أخذ بيه المشرع العراقي من خلال نص المادة(٢٦) من القانون المدني العراقي بحيث نص على أنه: (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها). فإذا تزوج أجنبيان في العراق أحدهما إيراني الجنسية وللآخر باكستاني الجنسية وتم إبرام العقد في العراق، ومن الناحية الشكلية يعد الزواج صحيحا إذا روعيت فيه الشكل الواجب إتباعه في القانون العراقي، وأن القانون العراقي لا يتطلب شكل رسمي معين أو مراسيم دينية يكتفي فقط باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإجراء العقد.

أما على مستوى التشريع المصري نجد أنها "تعطي الاختصاص" فيها لأكثر من قانون، "فالمادة (٢٠) من القانون المدني المصري تخضع الشكلية في الزواج وبقية العقود"، لأربع قوانين (قانون الموطن المشترك، قانون الجنسية المشتركة، "قانون محل الإبرام"، قانون الذي يحكم النزاع)، والإحالة تعتمد هنا إلى ما تقتضي إليه مصلحة أطراف العلاقة القانونية، وما تحققه من تناسق بين التشريعات[٣].

---

(٥) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص٩٣.

(١) د. عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص١٥٤.

(٣) د. سامي بديع: الإحالة كمبدأ نظرية يفرضها المنطق القانوني ، تعليق على قرار محكمة استئناف بيروت المدنية ، الغرفة الثانية عشر بتاريخ ١٩٩٦/٤/٢٤، والمنشور في مجلة العدل ، مطبعة صادر، نقابة المحامين ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص٧٢.

فإن إسناد الرابطة القانونية للقانون ألأوثق صلة كضابط أثير حوله نقاش، إن فكرة إسناد الرابطة القانونية في القانون لأوثق صلة بالعلاقة القانونية وجدت صداها في القضاء الإنكليزي، وإن القضاء الإنكليزي يفضل اعتناق أسلوب مرن، قائم على البحث في كل حالة عن أكثر القوانين مناسبة لها حسب طبيعة كل علاقة وغايات قاعدة التنازع فيها، ومن خلال ذلك تولت أنظار الفقه نحو فكرة إسناد العلاقة إلى القانون الأوثق صلة لتحقيق وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية وخصوصا مسائل الأحوال الشخصية[١]، وإن القانون الانكليزي ومن خلال القضاء يأخذ بالإحالة، كونها ألمدخل لأعمال لوظيفة قواعد الإسناد الوطنية.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري والعراقي، لم يتبنَى هذا الضابط والمتمثل بإسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأكثر ارتباطا، وكان من الضروري أن يراع في نصوص هذه القوانين، من منح سلطة تقديرية واسعة لقاضي النزاع، واختيار أنسب القوانين وأكثرها ارتباطا لحكم العلاقة القانونية، وفقا للمرونة التي تحققها الإحالة، في إبراز للوظيفة العامة لقاعدة الإسناد، ولذلك إن المشرع الفرنسي، أكثر تقيدا بالمبادئ الدستورية خلال معالجة أحكام القانون الدولي الخاص، من المشرعين المصري والعراقي لأنه ذهب إلى ازدواجية القانون واجب التطبيق[٢]، ومراعاة مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد ضابط الإسناد ومثال ذلك الآثار الشخصية للزواج إذْ نص على أن يسري على الآثار الشخصية للزواج قانون الجنسية المشتركة للزوجين، فإذا اختلفا في جنسيتهما سرى قانون دولة الموطن لهما، فإذا اختلفا موطنا طبق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، أما بالنسبة للآثار المالية للزواج، فأنّه يسري عليها القانون الذي يختاره الزوجان صراحة أو ضمنا، في العقد أو تاريخ لاحق على العقد[٣].

---

(١) د. حسام الدين فتحي ناصيف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على الوقائع المسؤولية التقصيرية معقدة (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ص٣٤.

(٢) يقصد بمذهب الازدواجية في تحديد القانون الواجب التطبيق هو المنهج القائم على أساس الفصل في معالجة الأحكام بين الآثار الشخصية للرابطة الزوجية والحقوق المالية في مقابل وحدانية القانون الواجب التطبيق بحكم كلا النوعين من الآثار.

(٣) للمزيد حول الموقف الفرنسي من آثار الزواج ينظر:

Lousuarn. Yvonet.bourel, pierre: droit,international, price Dollz, 4 eme,edition,Paris,1993,p,233.

أما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي أخذا بمنهج وحدانية القانون واجب التطبيق، في حكم الآثار الشخصية والمالية للرابطة الزوجية، لذلك لم يرد في نصوصها إشارة إلى الأوثق صلة بالعلاقة القانونية، والسبب في ذلك أنهما من ضمن التشريعات التي لم تراعِ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، هذا المبدأ الدستوري الذي أشارَ إليه دستور كلا الدولتين وهو فكر وطني، أي من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة، بخلاف التشريعات التي أخذت بالاتفاقيات الدولية، في تنظيم أحكام هذا القانون(١).

ففي ضوء ذلك يمكن فهم الموقف الذي اتخذته محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في ١٥ يونيو١٩٨٢والذي أخذت فيه بالإحالة من الدرجة الثانية فقد قبلت المحكمة في هذا الحكم الذي يتعلق ببطلان عقد الزواج، المبرم بين زوجين سوريين من الديانة اليهودية في روما، وفقا للشكل اليهودي غير معترف به في ايطاليا، إحالة للقانون الإيطالي وهو القانون المختص بمسائل الشكل، بوصفه قانون بلد الإبرام إلى القانون السوري (قانون جنسية الأطراف) لما يؤدي إليه تطبيق هذا القانون الأخير من إقرار بصحة الزواج وهو ما يتماشى مع حكمة ووظيفة قاعدة الإسناد للقاضي الفرنسي، وهو التيسير على المتعاقدين واحترام توقعاتهم المشروعة وهنا يتضح من الغاية وجوهر قاعدة الإسناد، في تعزيز دور الإحالة في تطوير لهذه القواعد وبلوغ هدفها في الفروض التي تبدو فيها عاجزة عن بلوغ الهدف والوظيفة المقصودة من المشرع .

الفرع الثاني

العلاقات المتعلقة بالوصية

العلاقات بين الأحياء والأموات وخاصة في إطار الوصية، وما يرتبط فيها بوصفها تصرفات قانونية، بخلاف الميراث تشمل على اتجاهين الأول موضوعي، والآخر شكلي، وتجري النظم القانونية في العادة على التفرقة بين هذين الاتجاهين، من حيث القانون الواجب التطبيق، وبما إن الوصية ارتباط موضوعي بالميراث، وان المعمول فيه بالقوانين المقارنة، أن يجري إسناد الوصية إلى القانون الذي يحكم الميراث، ويجعلها تفترق عن الميراث في بعض المسائل مما يترتب عليه أن تجري التفرقة بينهما من حيث القانون واجب التطبيق، في حدود

(١) د. طرح البحور علي فرج: تدويل العقد (دراسة تحليلية) في ضوء الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما (١٩) يونيو ١٩٨٠ ، مصدر سابق، ص٢٣.

هذا الاتفاق ولا يقتصر اختلاف القوانين المقارنة، على الأحكام المتعلقة بالجانب الموضوعي للوصية بل تختلف هذه القوانين أيضا فيما يتعلق بالجانب الشكلي.

أولا ـ **الوصية من حيث الموضوع:** محيط العلاقات بين الأحياء والأموات، في إطار الوصية ترتبط في أحكامها الموضوعية بالميراث، ومنها ما يتعلق بالوصية بوصفها تصرفا قانونيا إرادي، ففي الأنظمة القانونية التي تعد فيها من الأحوال الشخصية تعد الوصية كذلك من ضمن هذه الأحوال وينطبق بشأنها القانون الشخصي سواء تمثل بجنسيته أم قانون موطنه، وتخضع الوصية في هذه الأنظمة لقانون الفعلي أو الافتراضي للأموال(١).

على مستوى التشريع العراقي، فإنّها تخضع من حيث الشروط الموضوعية، لقانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية، أو وقت الوفاة(٢)، والمشرع العراقي أخذ بإخضاع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته، ألحاقا لها بالميراث إلا أنه أورد على قاعدة خضوع الوصية لقانون الموصي وقت موته استثناء بقاعدة مفردة الجانب تقضي بتطبيق القانون العراقي على وصية الأجنبي بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق، وكيفية انتقالها (٣).

أما التشريع الفرنسي إخضاع الوصية من حيث الموضوع للقانون الذي يحكم الميراث في فرنسا، ومؤدى ذلك إن تخضع الوصية بالمنقول لقانون موطن الموصي وقت الوفاة، فيما يجري إخضاع الوصية بالعقار لقانون الموقع(٤). إنما يقوم على الاعتبارات التي دعت إلى الأخذ بهذا القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث وذلك بحسبان الصلة الوثيقة بين الميراث والوصية، باعتبارهما يؤديان إلى انتقال الملكية بسبب الموت.

---

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٦٣٤. ود. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٦٠.

(٢) تنظر نص المادة (١/٢٣) من "القانون المدني العراقي" رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. على أنه: (قضايا الوصايا يسري قانون الموصي وقت موته) .

(٢) ينظر لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٣) نقلا عن:
Pierre Mayer: Droit international Prive, Edition, Montchrestien, Paris, 1977,p.567-568 .

فإذا كان الفقه الفرنسي يتفق في شأن المسائل المتصلة بفكرة الميراث في المسائل المتصل فيها، من حيث كونها تصرفا إراديا، ولاسيما فيما يتعلق بالأهلية العامة للموصي، إذْ يرى إخضاعها للقانون الشخصي للموصي، وهو بحسب القانون الفرنسي، قانون الجنسية لأنهم يعقدون له الاختصاص بوصفه القانون الذي يحكم الأهلية العامة[١]. فالإحالة هنا تظهر واعتمادها يعتمد على مدى ما تحافظ عليه من وظائف لقاعدة الإسناد أنّه على الرغم من إجازته الأخذ بالإحالة من خلال تطويع الذي صنعه القضاء، إلاّ أنه لم يماش هذا التطور التشريعي، الذي تبنته التشريعات المقارنة.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد جاء في المادة (٢٧) من القانون المدني المصري، أنه إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، وبشأن القانون واجب التطبيق على الوصية والتصرفات المرتبطة بها، بوصفها تصرفات قانونية لم يقع خلاف لدى الفقه بشأنها، بما إن قانون الميراث يحكم المسائل الموضوعية للوصية، وهي تتصل بفكرة الخلافة بسبب الموت. فإن هناك من المسائل الموضوعية في الوصية أقل ارتباط بفكرة الخلافة بسبب الموت، وأكثر اتصال بالوصية بوصفها تصرف قانوني إرادي، وتتمثل تلك المسائل بالشروط الموضوعية التي يلزم توافرها لصحة الوصية، باحتساب كونها تصرف إرادي وتتمثل بأهلية الموصي وخلو الإرادة من العيوب[٢].

إلاّ أنّ جانب من الفقه المصري[٣]، يدعو إلى أعمال الإحالة في دورها التطويري لقاعدة الإسناد، نتيجة لما تحققه من منافع في حكم العلاقات القانونية الخاصة، ومتى كان تطبيقها يوصل إلى نتائج عادلة. إذْ إنّ وظيفة قاعدة الإسناد، هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهي وظيفة لا يمكن أن تتحقق إلاّ إذا سعى المشرع عند وضعه قاعدة الإسناد إلى إخضاع تلك العلاقات إلى أكثر القوانين قبولا، ومن الدول المتصلة بالعلاقة حتى

---

(٣) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٣٦٠.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٠ وما بعدها ، وص٥٠ وما بعدها.

(٣) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د. سامية راشد، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٢١٠.وكذلك د. فايز الحاج شاهين ، تنازع القوانين في المكان والزمان في مجال التقادم ، باريس ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٥، ص٧٤. وما بعدها.

يتسنى للعلاقة إنتاج آثار قانونية، والأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وفقا لتصور أصحاب هذا الاتجاه، لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها، إذ أن تطبيق القاضي المصري لقانونه سيكون مقبولا من "النظام القانوني" المصري، ويؤدي إلى "استقرار الحياة القانونية" وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني[١].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي وفقا للتسلسل التشريعي، الذي بدأه في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لعام ١٩٣١، والذي يقضي بالأخذ بالإحالة، في مسائل الأحوال الشخصية، إذْ نصت المادة الأولى منه على أن القانون الشخصي، هو قانون الدولة التي يكون من رعاياها أو قانون دولة أخرى عندما بنص القانون المذكور على تطبيقه "، وهو ما يعني الأخذ بالإحالة مع ضرورة توقفها عند الدرجة الثانية وتطبيق القواعد الموضوعية، في قانون دولة ثالثة المحال إليه تطبيقا لذلك.

فقد قبل القضاء العراقي الأخذ بالإحالة، في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في عدة قضايا وبقرار لمحكمة التمييز العراقية[٢]، بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على نزاع يتعلق بوصية لوارث بأموال منقولة، توفى عنها إنكليزي متوطن في العراق، هل هو القانون الإنكليزي بوصفة قانون الجنسية، والذي يكون بمقتضاه الوصية صحيحة ونافذة، وعلى الرغم من أخذ المشرع العراقي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، في قرار محكمة التمييز المتقدم، إلا أن المشرع لم يكن متجها في هذا الاتجاه للأخذ بوظيفة قاعدة الوطنية.

بل هو موقف عام مجرد لا يريد من خلاله حماية توقعات الأطراف، ولا التنسيق بين النظم القانونية المختلفة، ولا تحقيق العدالة المادية على مستوى القانون الدولي الخاص، وإلا لو كان ذلك حاضرا في ذهنه لسمح للقاضي في البحث عن القانون الذي يحفظ مصالح الأطراف، وبالتالي يطبق القانون الإنكليزي، كونه القانون الذي يحكم بصحة الوصية، وهو من غايات قاعدة الإسناد التي تهدف إلى حماية التصرفات القانونية من الإبطال .

---

(١) د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ١٥٩.

(١) قرار محكمة التمييز العراقية الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٥/٢٧والذي أشار إليه د. غالب علي الداودي ، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة)، مصدر سابق، ص٧٩ .

فإنّ قبول الإحالة من الدرجة الأولى في مسائل الأحوال الشخصية، يفترض أن يكون الحل النهائي للنزاع، من شأنه أن يحقق غاية قاعدة الإسناد الوطنية في إطار التنسيق بينها وبين قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وهي غاية ووظيفة تستند لاعتبارات خاصة، ومع ذلك وبعد صدور القانون المدني[١]، تم إلغاء المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة (١٣٨١) من القانون المدني العراقي، وبهذا يكون المشرع العراقي قد وضع قاعدة عامة وهي رفض الأخذ بالإحالة، سواء في أحكام الأحوال الشخصية أم في المعاملات المالية[٢].

إذ أن قاعدة الإسناد الوطنية حين تقرر الاختصاص لقانون معين فحكمها مبني على اعتبارات خاصة، يراعي فيها المشرع المصالح المتنوعة للدولة وللأطراف، وفي قبول الإحالة يعني ذلك تفويت لتلك الاعتبارات وهدم لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة، وهذا الاتجاه منسجم مع تبرير الرافضين للإحالة، وسبب رفضهم يتلخص: أن الإحالة إذا كانت من حيث المنطق القانوني مقبولة كنظرية، إلا أنها تستبعد في تطبيقها عندما يصطدم ذلك التطبيق بعقبات الاختيار أو ملائمة التطبيق، والسبب في استبعاد الإحالة في الأنظمة الموحدة على أساس ديني أو المتعددة الشرائع على أساس شخصي ليست هي في قاعدة الإحالة وإنما في طبيعة تلك الأنظمة القانونية[٣].

فمهما كانت المبررات التي تساق من هذا الاتجاه أو ذاك، الحل أن المشرع يضع في الاعتبار تلك المعطيات ويترك الأمر للقاضي، في الوصول إليها سواء من خلال الرفض أو القبول للإحالة، مع وجود الرقابة التي تضمن تحقيق ذلك وللمبررات هذه وغيرها ظهر اتجاه حديث في فقه

---

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. على أنه: (نصت الفقرة الأولى من المادة (٣١) منه والتي جاء فيها" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)٠

(٢) لا بد من التأكيد على أن المشرع العراقي خرج عن قاعدة عدم الأخذ بالإحالة بنوعيها باستثناءات منها في إطار المعاملات المالية وذلك في أحكام الفقرة الثانية من المادة (٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤ العدل. بخصوص أهلية الملتزم بلسفتجة وكذلك ما يتعلق بالتعارض بين النصوص القانون= =المدني العراقي والاتفاقيات الدولية والتي أعطت فيها المشرع الأرجحية للاتفاقيات الدولية بموجب المادة (٢٩) من القانون المدني.

(٣) د. سامي بديع منصور، الإحالة كمبدأ نظرية يفرضها المنطق القانوني، تعليق على قرار محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الثانية عشر بتاريخ ٢٤ /٤/ ١٩٩٦ ، مصدر سابق ، ص٧٢.

القانون الدولي الخاص، يعارض موقف المشرع العراقي في الرفض العام الشامل للإحالة، ويتبنى الغاية وجوهر قاعدة الإسناد كأساس في تحديد الموقف من الإحالة.

فلا بد من أعادة النظر للمشرع العراقي (وفقا لهذا الاتجاه)، أن يأخذ بنظر الاعتبار المعطيات التي قصد تحقيقها من تشريع قاعدة الإسناد وأن يمنح القاضي الوطني، سلطة تقدير الأخذ بالإحالة من عدمها، وفقا لطبيعة وخصوصية كل علاقة قانونية ومدى ما تحققه من تطبيق لوظيفة وغاية قاعدة الإسناد الوطنية([1]).

ثانيا ـ الوصية من حيث الشكل: ليست الوصية كالميراث، فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت كباقي التصرفات القانونية، وبهذا تفترق عن الميراث بأن لها جانبا شكليا تظهر فيه إرادة الموصي إلى العالم الخارجي، ويصدق ما في حكمها من تصرفات أنه لا يستلزم لا عمالها أن يتعلق الأمر بتصرف قانوني معين، فهي تسري على الشكل في جميع التصرفات المعروفة بالقانون الخاص، ويستوي في ذلك أن يتعلق التصرف بمسائل الأحوال الشخصية أو بمسائل المعاملات[٢].

وعلى المستوى التشريعي العراقي نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي على أن : قضايا *الوصايا* عليها قانون الموصي وقت موته. فقد ذهب جانب من الفقه العراقي إلى القول بان الكتابة تعد شكلا لازما لانعقاد الوصية في القانون العراقي، استنادا إلى ما ورد في نص المادة (١/٦٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ومن أنه "لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه...[٣]. كما يمكن الإثبات بالشهادة وفقا للفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه على أنه" يجوز أثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

فأساس هذه القاعدة هو التيسير على أطراف العلاقة العقدية، الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام نظام قانوني آخر، غير نظام الدولة التي أبرموا فيها اتفاقهم محل المنازعة، وليس من المنطق (وفقا للمنهج التقليدي) إخضاع الأطراف إلى قانون لم يتبصروا أحكامه، ولم يخبروا الشكلية

---

(١) هذه وجهة نظر لجانب من فقه القانون الدولي الخاص العراقي من خلال المقابلة التي أجريت مع الأستاذ الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي بتاريخ ٢ /٤/ ٢٠١٦ .

(٢)د. جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص٥٠٤– ٥٠٥. ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن ، مصدر سابق، ص٣٠٠.

(٣)د. حسن الهداوي ، ود. غالب الداؤدي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، مصدر سابق.

التي يتطلبها لصحة التصرف، بل لو افترضنا علمهم بأحكام قانون أخر. فقد لا يتيسر لهم إتباع الشكل الذي يقرره هذا القانون ولهذا أخذ بنظر لاعتبارات عملية إخضاع العقد أو التصرف إلى قانون بلد الإبرام.

فأن قاعدة تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف القانوني، يتناسب مع اعتبارات التسهيل على أطراف العلاقة القانونية، ورعاية مصالحهم الشخصية المتمثلة بتطبيق أفضل القوانين المتنازعة لحكم العلاقة وأقدرها على تنظيم شكلية هذا التصرف. فالسؤال الذي يمكن أن يطرح هو ما مدى إمكانية الأخذ بالإحالة في نطاق إسناد العلاقة العقدية، إلى قانون بلد الإبرام من الناحية الشكلية، ومن ثم تطبيق قواعد الإسناد؟

ولإجابة يمكننا من تحديد الغاية الأساسية لقاعد الإسناد التي من أجلها شرعت، في إعطاء فهما جديدا وتفسيرا منطقيا للاعتبارات التي استندت إليها التشريعات المقارنة، للموقف من قاعدة الإسناد. فبالنسبة للاتجاه التقليدي والذي يعتمد تطبيق ضابط قانون بلد الإبرام بالنسبة لشكلية التصرف من دون منح القاضي سلطة تقديرية بمراعاة الطبيعة القانونية لكل علاقة، والغاية الذي قصدت قاعدة الإسناد تحقيقه وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي[١]، وفي أن العقود تخضع في شكلها لقانون بلد الإبرام، وهو الحكم ذاته بالنسبة للمشرع الفرنسي.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عالجت الأمر المادة (٢٠) من القانون المدني المصري، ويرى جانب من الفقه[٢]، في معرض التعليق على هذه النصوص أن هذه التشريعات قد ذهبت إلى تطبيق قاعدة إسناد جامدة غير مرنه، قد لا تحقق مصلحة الأطراف ولا تتناسب مع التطورات الحاصلة في مفهوم العدالة المادية في القانون الدولي الخاص، ولا حتى بالنسبة لمصالح التجارة الدولية. فأن اختيار القانون الذي يحكم شكلية العقد المبرم بينهما، وهذا يعني استبعاد الأخذ بالإحالة والاقتصار على تطبيق القواعد المادية، في القانون الواجب التطبيق (قانون بلد الإبرام).

فكما أن النصوص المتقدمة لم تترك مجالا أو سلطة لقاضي الموضوع، في اختيار أنسب القوانين وأكثرها نفعا لمصلحة أطراف العلاقة، وتحقيقا للتنسيق بين النظم القانونية كونها تمثل

(١) القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. على أنه: (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها).

(٢) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص٧٩ .

غايات قاعدة الإسناد الوطنية لقاضي النزاع، ومن خلال تطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق، في تحقيق روح قاعدة الإسناد الوطنية مما يدعوا إلى إعادة النظر بالأسس القانونية والاعتبارات العملية لقاعدة شكل التصرفات العقدية[١].

فمما أستند إليه أنصار هذا الاتجاه في تبرير مذهبهم هو أن في استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف وقبول الإحالة فيها إلى قانون أجنبي آخر، هو تفويت للاعتبارات وللحكمة التي تقوم عليها هذه القاعدة. فالمشرع يهدف التيسير على الأطراف ورعاية مصالحهم من خلال عدم إلزامهم بمعرفة أحكام قانون آخر، غير قانون الدولة التي باشروا فيها التصرف، وأن قبول إحالة قواعد الإسناد في بلد الإبرام إلى قانون آخر، يشكل إهدارا لحكمة هذه القاعدة، وتجاهل للهدف الذي يسعى المشرع لتحقيقه من وراء تقريرها[٢]. فإذا كان باستطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر ارتباطا بالتصرف المبرم بينهما، كأن يتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإسناد في قانون بلد الإبرام أو أن القاضي يتولى ذلك، إن رأى مصلحة الأطراف تقتضي مثل هذا التوجه وأن إعمال الإحالة من شأنه المحافظة على صحة التصرف، وبالتالي يمنع بطلان التصرف الذي يصل إليه إذا طبق قانون محل الإبرام[٣].

فالقول بغير المعنى المتقدم إهدار لوظيفة قاعدة الإسناد وخصوصا في الفروض التي يبرم فيها المتعاقدان التصرف على إقليم دولة معينة بصورة عابرة، فقد يتعذر عليهما العلم التفصيلي بأحكام قوانينهما، لأن تطبيق هذا القانون سيحقق حرجا بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية بدلا من التيسير عليهم وهذا ما لم يقصده المشرع[٤]. فلا بد إذا من منح القاضي سلطة تقديرية، وفقا لغاية قاعدة الإسناد، لتحديد القانون الواجب التطبيق، فما المانع من الخروج من حتمية تطبيق قانون الدولة، التي أبرم فيها العقد إن كان هذا الخروج بإرادة الأطراف، وهذا المعنى أدركه المشرع المصري ونص عليه في المادة (٢٠) من القانون المدني[٥]. إذْ جاء فيها أن " العقود ما بين

---

(١) د. هشام خالد ، الإحالة دراسة تطبيقيه في نطاق القانون الدولي الخاص العربي ، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤ .

(٢) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص٦٥٦.

(٣) د. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص٦٥٦.

(٤) د. هشام خالد، الإحالة، مصدر سابق، ص ٢٦٤ .

(٥) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه،ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون بلد موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

فيفهم من موقف المشرع المصري أن تطبيق قانون بلد الإبرام، بالنسبة لشكلية العقد لم يعد ضابطا ملزم للقاضي وإنما منحه جملة من الخيارات، يمكن له الاختيار بينها من أجل الوصول إلى تطبيق القانون الأصلح، وهذا التعدد في ضوابط الإسناد يرمي إلى تحقيق نتيجة معينة، فالمضمون الغاية للحل محل اعتبار تحت نظر واضح للقاعدة سواء كانت من صنع المشرع الوطني أم من خلال قاضي النزاع(١).

أما شكل الوصية في القانون الفرنسي ما قبل نفاذ اتفاقية هاج الخاصة بشكل الوصية، فأن شكلها بحسب الفقه والقضاء في فرنسا يرجع فيه إلى قانون بلد الإبرام وقانون جنسية الموصي وقت الايصاء، بنسبة لوصايا الأجانب في فرنسا أما وصايا الفرنسيين في الخارج، فيرجع في شكلها إلى ما تقرره المادة (٩٩٩) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء بنصها " للفرنسي الذي يوجد في بلد أجنبي أن يجري تصرفاته لايصائية كما هو مقرر بالمادة (٩٧٠) أو بمحرر رسمي بالأوضاع السارية في المكان الذي يبرم فيه المحرر".

أما بعد نفاذ معاهدة هاج فكان العمل بما ورد فيها إذ أصبح القضاء الفرنسي يعترفن بصحة الوصية من حيث الشكل سواء بالنسبة إلى الموصي الفرنسي في الخارج، أم الأجنبي في فرنسا، والموقف من الإحالة يختلف من حالة إلى أخرى، بحسب الوقائع المعروض من خلال موضوع النزاع، فالرغبة في التيسير على المتعاقدين، لا بد وأن تكون الأساس في الحل الذي يجب تطبيقه.

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٨.

المطلب الثاني

قواعد حماية الطرف في العلاقات المتعلقة بالأفعال

إنّ سعي المشرع في كافة القوانين، هو حماية المراكز القانونية الضعيفة لتحقيق التوازن بين الأطراف، ومن خلال ذلك أن ضوابط الإسناد، التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، ليست على فصيلة واحدة، بل يختلف باختلاف الموضوع أهمها المسؤولية التقصيرية التي كانت ولا تزال ضحية المنهج التقليدي، لأن أغلب التشريعات لم تعالج أحكامها بما يتناسب مع التطور الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة.

فالمعلوم أن الحياة الدولية الخاصة في تطور مستمر وليس من المناسب الإبقاء على تلك النصوص الجامدة، لأن في بقائها إهدار لمصلحة الأفراد، ولكي نبين تلك المسؤولية غير العقدية بأنها تلك المسؤولية التي تقوم على التزام قانوني، يكون مصدره نص القانون يقع على عاتق المسئول بتعويض المضرور، دون أن يكون بينهما علاقة عقدية ومن خلال تلك التشريعات، يقتضي بيان بحث دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد، لذا سوف نقسم المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول: العلاقات المتعلقة بالأفعال الضارة ، وكذلك نتناول في الفرع الثاني: العلاقات المتعلقة بالأفعال النافعة.

الفرع الأول

العلاقات المتعلقة بالأفعال الضارة

إن ضابط الإسناد بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية (وفقا للمنهج التقليدي) هو القانون المحلي، وهذا الضابط سارت عليه أغلب التشريعات والفقه[١]، أي قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، فقد جاء في المادة (١/٢١) من القانون المدني المصري، والمادة

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مصدر سابق، ص١١٦٩. كما ينظر نص المادة (٢٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٦٦)من قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم(٥) لسنة ١٩٦١، وفي الفقه المصري د. حسام الدين فتحي ناصيف، المرونة المتطلبة ...، مصدر سابق، ص٥ وما بعدها .د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا ، مصدر سابق، ص١١٦٩ .

(١/٢٧) من القانون المدني العراقي، "أنه يسري على الالتزامات غير التعاقدية" الناشئة عن الفعل الضار قانون الدولة، التي حدث فيها الفعل المنشى للالتزام، ولم يتضمن القانون الفرنسي نصا صريحا لتحديد ضابط الإسناد بهذا الشأن.

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي(١)، إنً موقف المشرع الفرنسي من هذا الضابط تكشف عنه أحكام القضاء الذي استقر على الأخذ بقانون محل نشوء الالتزام الذي وقع فيه الفعل غير المشروع نتيجة لمبررات يؤمن فيها واضع تلك النصوص والتي أفصح عنها فقه القانون الدولي الخاص، ومن الآراء التي أستند أنصار الاتجاه التقليدي، هو أن اعتماد قاضي النزاع، قانون الدولة التي حصلت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، ناشئ من معطيات منطقية وعلمية يفرزها الواقع ويفرض على المشرع تبنيها في سياسته التشريعية الخاصة بقواعد الإسناد.

ففي مركز ثقل العلاقة والعنصر الأكثر أهمية، هو السبب والعنصر الذي تولدت عنه العلاقة القانونية مقارنة بعناصرها الأخرى، ومن ثم كان مقبولا أن يستمد ضابط الإسناد، بهذا النوع من المسؤولية عن الفعل المنشئ للالتزام وعندما كانت قواعد المسؤولية التقصيرية، تهدف إلى إصلاح الضرر الذي لحق المضرور، وعندما يمتلك خيارات أن يقيم هذه الدعوى أمام محاكم الدولة التي ينتمي إليها أو محاكم دولة من تسبب بالضرر أو محل وقوع الفعل المنشئ للضرر.

فكان لابد من معالجة حتمية هذه الضوابط للخروج بتطبيقات قانونية تحقق هذا الهدف، وهذا يمكن أن يتحقق من خلال دور الإحالة في ضوء غاية قاعدة الإسناد، والأمر حتى بالنسبة إلى الاتجاه التقليدي، فهم أيدوا تطبيق قانون محل نشوء الالتزام، لأنه يحقق تلك الأهداف ويضيف البعض قيدا آخر وهو أن يكون القانون المختار ذو صلة بالواقعة وإلاّ فأنه لا يجوز للأطراف اختيار قانون لا تربطه صلة بالواقعة، ولتأكيد ذلك يسوق جانب من الفقه(٢)، مثالا يؤكد عجز المنهج التقليدي في بلوغ قاعدة الإسناد وتحقيق غاياتها.

---

(١) ينظر الأستاذ :. Loussouarn , et Bourel : op , cit , p , 173 -

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصيف ، المرونة المتطلبة ...، مصدر سابق، ص١٥ .

فيفترض أن إحدى الجامعات المصرية أو العراقية أرسلت وفدا من الطلاب والأساتذة إلى بريطانيا، للتدريب على أجهزة طبية حديثة، الطلاب عراقيون والأساتذة كذلك، وحياتهم مؤمن عليها لدى شركة التامين العراقية، وأثناء التدريب حدث وأن أرتكب أحد الطلبة خطا سبب ضررا لزميل له وأجل المضرور المطالبة بالتعويض لحين العودة إلى العراق وأقام دعوى أمام المحاكم العراقية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.

فأنّ القاضي العراقي سيطبق القانون الانكليزي، استنادا لأحكام المادة (١/٢٧) من القانون المدني بوصفة قانون محل وقوع الفعل المنشى للالتزام، وإذا رجع القاضي العراقي لتطبيق القانون الانكليزي، ووجده يقبل الأخذ بالإحالة في مسالة الفعل الضار إلى قانون الموطن، لطرفي العلاقة أي إلى القواعد الموضوعية في قانون جنسية القاضي في هذا المثال، هل يمتنع القاضي عن إعمال الإحالة أم يقبلها ويطبق قانونه الوطني؟

إذْ في التطبيق الأخير تحقيق لأهداف قاعدة الإسناد العراقية، نظرا كون القاضي الوطني مقيد بقواعد إسناد تشير إلى تطبيق القانون الداخلي، ومن خلال ذلك إن القاضي لا يتمتع بسلطة واسعة، لذلك يكون مقيدا بنصوص قانونية، ولكن يمكن لقاضي النزاع، اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، عند وجود نقص تشريعي[١]. فالإثبات ذلك لابد من إجراء التحليل الآتي: أولا: إن مشرع أي دولة عندما يقرر تطبيق قانون دولة محل وقوع الفعل غير المشروع كضابط إسناد يحكم هذا الموضوع، إنه يضع حكما عاما للوضع الغالب قاصدا بلوغ غايات محددة من قبيل حماية التوقعات المشروعة للأطراف، وتحقيق العدالة بمعناها التقليدي وتحقيق التنسيق بين النظم القانونية وغيرها من المبادئ، ولكن يفوت القاضي كيفية الوصول إلى تلك المحددات، لأنه لا يحلل العلاقة ويكتفي بالتطبيق الجامد لقواعد الإسناد.

ثانيا: إن إشارة المشرع الوطني لقاضي النزاع على إعمال قانون محل نشوء الالتزام، هو تقنين لحكم عام يترجم فيه المشرع عملية تركيز للعلاقات الخاصة بالعمل غير المشروع، وبعبارة أوضح لما كانت العلاقة في هذا الفرض تتركز بصورة نموذجية بالنظر إلى مصدرها

(١) انظر المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٤) من القانون المدني المصري .

وواقعتها المنشئة كان من الطبيعي إسناد الفعل الضار إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار[١]، وبما يحترم توقعات الأطراف ويحقق حماية مصالحهم المشروعة عبر الحدود[٢] .

فيتكفل أن تلقى الأحكام التي تصدر في مجال المسؤولية التقصيرية، مستقبلا تنفيذيا يتحقق معه هدف قاعدة الإسناد في نطاق المسؤولية التقصيرية وهو جبر الضرر، والغاية النهائية ألتي يعتد فيها هي ليست صدور قرار فقط، بل لا بد من ضمان تنفيذ ذلك الحكم في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها لأننا لسنا في علاقة وطنية داخلية بل في علاقة مشوبة بعنصر أجنبي.

فمن خلال الإشارة إلى المحكمة التي أصدرت القرار لا ولاية لها على المؤسسات التنفيذية في دولة التنفيذ، وهذا ما يقتضي أن يصدر قرارا من محاكم الأخيرة يسمح بتنفيذ ذلك الحكم على أراضيها، ما يعني أن على الأطراف والمحكمة أيضا التفكير بهذا الموضوع، ولاتجاه نحو المنهج المرن، وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس في حكمها بالدعوى التي تتلخص وقائعها بوقوع حادث سيارة وقع في الجزائر، لمواطن فرنسي أثناء مروره بأحد طرق العاصمة الجزائرية.

فنتيجة لرفع زوجة المجني عليه دعوى أمام محكمة باريس للمطالبة بالتعويض عن الضرر، الذي لحق من الحادث، فقد قضت المحكمة في ٢٦ يونيو عام ١٩٧٨، أنه إذا كان القانون الجزائري يمكن تطبيقه استنادا لنص المادة (٣) من اتفاقية (لاهاي) الخاصة بحوادث الطرق لسنة ١٩٧١بوصفة القانون المحلي للعمل غير المشروع، إلا أن المحكمة لم تأخذ بأحكام تلك المادة، وقضت باعتبار القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على دعوى التعويض التي رفعتها أرملة المجني عليه، على الرغم من أن الواقعة، حدثت واكتملت عناصرها في دولة الجزائر[٣].

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ...، مصدر سابق، ص٥٩.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص ٣٨ وما بعدها .

(٣) د. سالم ارجيعة ، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ط٤ مطبعة نور لإسلام ، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٩٣.

فمن خلال منح القاضي سلطة تقديرية في تعيين القانون الواجب التطبيق فيما إذا كان محل وقوع الفعل غير المشروع عرضيا بالمقارنة مع القوانين الأخرى، التي لها دور أفضل في تحقيق العدالة. ومن خلال ذلك إن المجني عليه فرنسي الجنسية ومتوطن في فرنسا، كما أن السيارة مسجلة في فرنسا لهذا فمن العدل أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي[١].

فلأجل الوصول إلى أعلى مستوى من ضمان حقوق ومصالح الأفراد عبر الحدود، وإذا أتضح للقاضي أن تطبيق قواعد الإسناد في القانون المختار يحقق أغراض قاعدة الإسناد فعلى القاضي إعمال الإحالة، وفقا للغاية وجوهر قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني
العلاقات المتعلقة بالأفعال النافعة

يصطلح على الأثر المترتب على الفعل النافع بالكسب بلا سبب،ويدخل في مفهوم الكسب بدون سبب (حسب القانون المدني العراقي) المدفوع دون حق[٢]، لذلك يكون الفعل النافع (الإثراء بدون سبب) مصدر للالتزام[٣]. فعندما يؤدي شخص ما عملا من شأنه، أن يثري فعله شخص آخر دون أي سبب من الأسباب القانونية، التي ترتب ذلك السبب، من أجله تكونت عملية الإثراء وبدوره يؤدي إلى افتقار ذمة شخص آخر، فيلتزم عندها الشخص المثري أن يرد للشخص المفتقر قيمة ما اثري به، وفي حدود ما لحق المفتقر من خسارة، ومثال ذلك أن يقوم شخص ببناء على أرض مملوكه له بمواد مملوكه لغيره فتثرى الذمة المالية على حساب مالك تلك المواد. وحول هذا الاتجاه ذهب المشرع العراقي، في نص المادة (٢٣٣) [٤]،

---

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي...، مصدر سابق ، ص١١٨٧.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا لأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٣) نصت محكمة التمييز العراق بأنه تعتبر قاعدة الإثراء بلا سبب من أولى قواعد القانون تتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي، وهي مصدر من مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٤) القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل. وحسب نص المادة(٢٣٣). (١ – من دفع شيئا ضانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع على من قبضه بغير حق. ٢ – وإذا كان من تسلم

ومن خلال هذه النصوص القانونية، يتبين توفر ثلاثة شروط للإثراء بلا سبب وهي أن يتحقق الإثراء لشخص[١]، وكذلك أن يتحقق افتقار لشخص آخر، وأن لا يكون سبب لهذا الإثراء.

فيقصد بإثراء المدين تحقيق مصلحة مادية ومعنوية (يمكن تقديرها بالمال، ومن خلال ذلك يعتبر إثراء هذا المدين مصدر التزامه، بحيث لو لم يتحقق الإثراء،لما كان هناك إثراء بلا سبب، ولما كان هناك مصدر لهذا الالتزام، فلو قام شخص بوفاء دين عن شخص آخر. ومن ثم تبين إن هذا الدين قد تم وفائه مسبقا، لما كنا بصدد إثراء بدون سبب، لان الموفي دفع مالا غير مستحق فتضخمت الذمة المالية للموفى له، وقد يكون الإثراء بلا سبب ايجابيا أو قد يكون سلبيا.

فمن خلال ذلك أن الإثراء الايجابي، يتحقق عندما تكون هناك إضافة قيمة مالية إلى ذمة المثري (المدين)[٢]، أو حصول وجه من وجوه المنفعة كالتحسينات، أو الإصلاحات التي يجريها المستأجر في المأجور، وهذه تؤدي إلى إثراء ذمة المؤجر، أو الاستفادة من عمل المفتقر (الدائن) كالعمل الذي يقوم بيه الميكانيكي أو تصميم بناء لمهندس معماري، ومن خلال ذلك يؤدي هذا النوع من العمل إلى الإثراء، الذي يحصل عليه صاحب السيارة أو مالك البناء .

فأما الالتزام السلبي فيتحقق إذا كان العمل المؤدى قد أدى إلى إنقاص ديون المثري، كأن يقوم شخص بتسديد دين عن آخر، حيث إن هذه الحالة للشخص الأخير قد أثرى بمقدار ما نقص من ديونه أو يؤدي هذا العمل إلى تجنيب المثري من خسارة مؤكده، والأصل أن يكون الإثراء مباشر بانتقال المال أو المنفعة التي يمكن تقويمها بالمال مباشرة، من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري، كسداد دين المثري أو انتفاع المثري في منزل لغيره دون دفع أجرة وهذه الحالة

غير المستحق سيء النية وقت التسلم أو بعده فانه يلزم أيضا برد كل ما استفادة أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفادة كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت أن صار سيء النية إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بغير تعد منه).

(١) وهو في الإثراء بلا سبب الدين (المدعي عليه) الذي يلتزم برد قيمة ما اثري به.

(٢) ومثال ذلك قيام صاحب منزل بالحصول على التيار الكهربائي بصورة خفية حيث يثري صاحب المنزل على حساب شركة الكهرباء المزودة بالتيار الكهربائي.

يكون قد أثرى بفعله وليس بفعل المفتقر، كما في الحالة التي تم سداد الدين، إضافة إلى ذلك قد يتم الإثراء بصورة غير مباشرة مثلا مقاول يقوم بالبناء على أرض مملوكة لأخر، بمواد مملوكة إلى شخص ثالث ولكي يتحقق الإثراء بلا سبب ويتحقق بالتالي حق الدائن بالرجوع على المدين لا بد لحصول افتقار في الذمة المالية للدائن.

فلو أثرى شخص دون أن يتحقق افتقار لذمة مالية لشخص آخر، لما كنا بخصوص الإثراء بلا سبب.فالشخص الذي ينشأ مصنع في مكان ما، لا يتحقق له المطالبة من قبل أصحاب الأراضي المجاورة، التي ارتفعت قيمة أراضيهم بسبب ذلك، بما أثروا به لعدم توفر افتقار في جانبه.

فالقاعدة هي وجود أثراء يترتب عليه افتقار بالمقابل، حتى يترتب عليه الالتزام بالرد وكذلك لا بد من وجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، وبمعنى أن يكون افتقار شخص هو الذي أدى إلى أثراء شخص آخر ومن خلال ذلك يرتكز مبدأ الإثراء بلا سبب على عدم وجود سبب قانوني لانتقال المال من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري[١]، فلو كان هناك سبب قانوني يعطي للمشتري الحق بما أثرى به فإنّه لا يلتزم برد قيمة الافتقار إلى المفتقر، وهناك سبب الذي يؤدي إلى أثراء الشخص قد يكون مصدره العقد.

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأنه إذا نفذ المدعى عليهما ببيع حصصهم بقطعة الأرض رسميا بتسجيل البيع لدى دائرة التسجيل بموجب عقد البيع المبرز بالدعوى ولكن بمساحات اقل من المساحات المتفق عليها وإنهما قبضا الثمن بواقع ١٢ ألف دينار للدونم الواحد على أساس المساحة المتفق عليها فأن ما تم تنفيذه منها رسميا صحيح من حيث المساحة الواردة بعقد البيع الرسمي وبما يقابله من السعر المتفق عليه وتنحصر الزيادة منها بالجزء، غير المنفذ منها من حيث المساحة الناقصة عن المساحة المتفق عليها. وحيث أن الثمن دفع مسبقا على أساس الدونم الواحد من المساحة المتفق عليها والتي لم تنفذ رسميا بالكامل لذلك يكون ما ذهبت محكمة الاستئناف بحكمها المميز برد دعوى المدعية بخصوص المطالبة باسترداد فرق الثمن مخالفا للقانون والقول بعكس ذلك يتيح للمدعي عليهما الإثراء على حساب المدعية بغير مسوغ قانوني وهو لا يجوز قانونا وتأباه العدالة. وبذلك تكون دعوى المدعية من ناحية المطالبة باسترداد فرق الزيادة بالثمن صحيحة ولها سندها من الواقع والقانون لذا ورجوعا عن أي اجتهاد سابق نقرر نقض القرار المميز وإعادة أوراق الدعوى لمصدرها للسير بالدعوى على هدى ما جاء بقرارنا هذا ومن ثم إجراء المقتضى القانوني قرار محكمة تمييز حقوق رقم (٢٠٠٥/٤٢٨٩) (هيئة عامة) تاريخ ٢٠٠٦/٧/٤ منشورات مركز العدالة.

فإذا كان السبب هو العقد كعقد البيع أو هبة على سبيل المثال، فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب، في حال حصول أحد المتعاقدين على منفعة اكبر مما كان متوقعا، على حساب المتعاقد الأخر، وعندما يقوم شخص ببيع ممتلكاته بأغلى ثمن لا يكون أثرى على حساب المشتري، في حال وجد مثل تلك الممتلكات أرخص لذلك أن مصدر هذا الإثراء هو العقد(١).

فمن خلال ذلك أن الإثراء بسبب العقد يجعل الالتزام عقديا، وليست من الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع، ومن خلال تقدير قيمة الافتقار مثلا فلو كانت قيمة الافتقار مليونين دينار وقيمة الإثراء مليون دينار فأن المثري لا يلتزم لا برد مليون دينار(٢)، ويختلف تقدير الإثراء بحسب الظروف فإذا كان الإثراء مبلغا من النقود، كما إذا استولى المثري على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر فإن قيمة الإثراء تقدر بهذا المبلغ بغض النظر، عن ارتفاع أو انخفاض قيمة النقود.

ففي حالة صدور أحكام بتقدير قيمة ما أفتقر إليها المفتقر فالراجح أنه يقدر وقت صدور الحكم، فهو كالضرر في حالة المسؤولية التقصيرية، لا تسمح طبيعته بتقدير إلاّ في حالة صدور الحكم، ومن خلال ذلك أن الافتقار قابل للتغيير ما بين وقوع الحادث وصدور الحكم، ولا تصبح ثابتة إلاّ من وقت صدور الحكم. فمن تطبيقات العمل المادي النافع الكسب دون سبب، أي الدفع دون وجه حق وقضاء دين الغير(٣)، وتختلف تطبيقات الكسب دون سبب وكذلك شروط وآثار كل منها من قانون إلى قانون آخر، ومن خلال ما تقدم فأن احتمالات إثارة التنازع بين قوانين الدول بهذا الخصوص بالأمر غير المستبعد وهنا نتساءل عن القانون الذي يعطي التفضيل؟ تذهب معظم القوانين، إلى إعطاء الاختصاص إلى القانون الإقليمي أي قانون

---

(١) وكذلك الحال إذا أتفق المؤجر والمستأجر على أن التحسينات التي يجريها الأخير مدة الإيجار تكون ملكا للأول فيكون بذلك قد تملك المؤجر هذه التحسينات بموجب عقد بينه وبين المستأجر.

(٢) هذا هو مسلك القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٣) تكلم القانون العراقي عن المدفوع دون وجه حق وقضاء دين الغير ٠ واستعمال مال الغير بلا إذن صاحبة واستخدام مال الصغير دون إذن وليه من خلال المواد(٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١. أما الفضالة لم يعتبرها مصدر للالتزام .

البلد الذي تم فيه الكسب دون سبب، ونلاحظ من القوانين التي تصدت لهذا الموضوع وخصته بنص المادة(٦٧)[١] .

أما القانون العراقي فأنه وأن خلا من نص خاص يعالج هذا الأمر وهذا لا يغير شيء ، ومن خلال ذلك يبقى الاختصاص إلى القانون المحلي، كما هو مقرر في الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من القانون[٢]. فقد يختلف مكان الافتقار عن مكان الإثراء، كسحب شيك في دولة، ودفعه في دولة أخرى، فمن هو البلد الذي حصل فيه الإثراء؟ يرجح الفقه اعتبار البلد الذي وقع فيه الإثراء هو البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام؛ لأنّ الإثراء هو الأساس القانوني للالتزام في هذا الموضوع[٣].

فمن خلال ذلك يقودنا هذا الرأي إلى إعطاء الاختصاص، في هذا الشأن إلى قانون البلد الذي تم فيه الإثراء، ولما كانت تطبيقات وشروط وآثار الفعل النافع، تختلف من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، فإن التنازع الذي يثور بين قوانين الدول المختلفة، حول ذلك وهو ما يستلزم تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، أن جميع الاتجاهات الفقهية تشير إلى تطبيق قانون مكان وقوع فعل الإثراء، أو الكسب بلا سبب أي قانون محل حصول الاغتناء تسهيلا لإقامة الدعوى، وتحديد أركان فعل الإثراء، وتحديد المقدار المادي الذي يجب رده وتنفيذ الحكم.

---

(١) قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم (٥) لسنة ١٩٦١. حيث نصت المادة ٦٧ منه على ما أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير مستحق فضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

(٢) القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. من خلال نص المادة ٢٧ – (١– الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. ٢– على أنه لا يسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).

(٣) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٧٤٤.

المبحث الثاني

دور الإحالة في تطوير قواعد القانون الأكثر ملائمة

يبرز دور الإحالة من خلال تنازع قواعد الإسناد ولإحالة هي الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق لاختيار أنسب وأصلح القوانين، لحكم تلك العلاقات القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، أن تطور القانون الدولي الخاص، وخاصة في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، آخذا بدور العدالة المادية التي يسعى إليها أطراف النزاع، لحل منازعاتهم لغرض توفير الأمن القانوني، ومن خلال قواعد القانون الأصلح لحكم علاقاتهم موضوع النزاع، إلاّ أن هذه القواعد القانونية محكومة بإرادة المشرع من خلال التشريعات في الدول المختلفة، والتي أوجد قواعد إسناد، وقواعد موضوعية، والقواعد الموضوعية عادة تكون محكومة بتشريع خاص، من خلال سن تشريعات في قانون حماية المستهلكين، والقواعد القانونية في علاقات المستثمرين وهذه القواعد حديثة النشأة، ومن خلال محاولات حماية المستهلكين ضد جشع التجار، مما يؤدي إلى حدوث حالة النزاع، وإحالة الأمر إلى القضاء وبدوره يستعين بقواعد الإسناد، لتعيين القانون الواجب التطبيق، الأكثر ملائمة والأصلح في العلاقات المستهلك والمنتج، وكذلك علاقات الاستثمار المتمثلة بقانون جنسية كل من المستثمر، والدولة المضيفة، لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول : تطوير قانون الحماية في علاقات المستهلكين ، وفي المطلب الثاني: تطوير قواعد القانون الأصلح في علاقات الاستثمار.

المطلب الأول

تطوير قانون الحماية في علاقات المستهلكين

إنّ قانون حماية المستهلك هو قانون حديث النشأة، إلاّ أن محاولات حماية المستهلكين سواء ضد جشع التجار أو من خلال انتهاكهم لحقوق المتعاملين معهم، ومن خلال تقديمهم للسلع والخدمات هو أمر قديم قدم نشوء المعاملات المالية بين الأفراد[١]. فمن خلال ذلك أن الحماية المقرر للمستهلك بموجب قاعدة الإسناد، قد لا تكون محددة بالنسبة للمستهلك، خلال لحظة إبرام العقد لذلك يكون التحديد بعد حدوث النزاع، وإحالة الأمر للقضاء، والذي بدوره

(١) د. غسان رباح، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، ط١، بيروت، ١٩٩٣، ص ٢٦. وكذلك د٠ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٧، ص ٩ وما بعدها.

يستعين بقواعد الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق، الأكثر ملائمة والأصلح في العلاقات المتعلقة بالمستهلك والمنتج على حد سواء، ومن خلال التعريف بقاعدة الإسناد، عرفت (بأنها قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الدولية الخاصة، حيث إنها لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع بل توجه إلى القانون الذي يوجد فيه الحل).

وعند بزوغ النظام الرأسمالي وشيوع الحرية التعاقدية، أسفر عن جور الطرف القوي المهني (المحترف)، على حقوق الطرف الضعيف وهو المستهلك، الذي يتعاقد للحصول على حاجياته الأساسية هو وعائلته. فلذلك أصبحت حماية المستهلك ظاهرة عالمية ومطلبا دوليا، ولذلك عنيت المنظمات والاتفاقيات الدولية بالاعتراف بتلك الحماية، والتي أقرتها الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ بالقرار رقم ٣٤٧/٣٩ وذلك لمساعدة الدول الأعضاء في إطار الحماية، وسن التشريعات المطلوبة، وفي ضوء الضوابط أكثر فاعلية وتقنين دور المنتجين، لذ سنقسم هذا المطلب على فرعين الفرع الأول: قانون المتعلق بالمنتج، والفرع الثاني: قانون حماية المستهلك.

الفرع الأول

القانون المتعلق بالمنتج

يلاحظ أن حرص تشريعات حماية المستهلك، على تعريف المهني أو المحترف أو المنتج كطرف مقابل المستهلك في عقود الاستهلاك، حرصا منها على تجنب الغموض المقصود بطرفي عقود الاستهلاك، وسوف نبين المفهوم التشريعي وكذلك المفهوم الفقهي للمهني، ويعرف البعض المهني بأنه[١]، (كل شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عام، حيث يظهر في العقد كمهني محترف، فهو الشخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها).

(١) د.خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣١.

ووفقا لجانب آخر من الفقه، فأن المهني هو(البائع المحترف الذي غالبا ما يكون تاجرا)[١]،ويقصد بالمهني في نظر جانب آخر من الفقه، بأنه (الشخص الذي يعمل من أجل حاجات مهنته)[٢]، وكذلك هو (الشخص الذي يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، وذلك في إطار ممارسة نشاطه المهني)، ويقصد بالصانع أو المصنع (الشخص الذي يحول أو يجمع المواد الأولية أو الوسيطة. فأنّ من يتعاقد مع المستهلك في عقود الاستهلاك، قد يكون المروج أو المزود الرئيسي والمزود (هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يعد الخدمة أو المعلومات أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في أنتاجها أو تداولها) أما المزود الرئيسي فأنه يقصد به المنتج، أو المزود الذي يزود الموزعين، بالسلع والخدمات دون المستهلكين ويذهب جانب آخر من الفقه [٣]، إلى أن عقود الاستهلاك هي (تلك العقود التي يبرمها المستهلك لأغراض شخصية أو عائلية). فأن عقود الاستهلاك تتمتع بذاتية خاصة وترتكز على الظروف والأسباب التي جعلت تبرير لوجود تشريعات خاصة لحماية المستهلك، ومن خلال ذلك أنها جعلت من تلك الحماية مطلبا جوهريا[٤]. فمن خلال موقف التشريعات.

فأنّ موقف المشرع المصري، وفقا للمادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري، فأن تعريف المهني، (كل شخص[٥]، يقوم بتقديم خدمه بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو

(١) د. جمال زكي الجريدلي ، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص ٦٦ .

(٢) د. حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ويطلق عليه (معيار العلاقة المباشرة أو الغرض من التصرف) دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٧م، ص١١٠.

(٣) د. طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ، ما بين التحكيم والقضاء الوطني ، مصدر سابق، ص ١١.

(٤) د. طرح البحور علي حسن، المصدر نفسه، ص ١٩.

(٥) الجدير بالذكر أن ذات المادة تعرف الأشخاص أيضا بأنهم (الأشخاص الطبيعيون، والأشخاص الاعتبارية ومنها الشركات بجميع أشكالها والكيانات الاقتصادية والجمعيات والاتحادات والمؤسسات والمنشأة والروابط والتجمعات المالية وتجمعات الأشخاص على اختلاف طرق تأسيسها، وغير ذلك من الأطراف المرتبطة على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية تطبيقا لأهداف وأحكام هذا القانون.

تداول أو في أحد المنتجات[١]، أو التعامل فيها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو العاقد أو التعامل معه فيها بأي طريقة من الطرق)، ولذلك نجد أن المشرع المصري أكثر توفيقا من غيره من مشرعي الدول العربية لهذا جاء تعريفه للمورد أو المهني أكثر بساطة وشمولا وذلك بخلاف بعض التشريعات العربية الأخرى، التي تجزأ مفهوم المهني بما يثير البس والتضارب، ويجعل من الصعب فهم أحكام القانون وتحديدا نطاق تطبيقه، وحرصا منه وغيره من التشريعات العربية المعنية بحماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد، وذلك من خلال عدة آليات قانونية أهمها الالتزام التعاقدي بالإعلام، وذلك من خلال حرص التشريعات على فرض التزام بالإفصاح عن عدة بيانات على المهني لصالح الدائن في مرحلة تنفيذ العقد.

فمن خلال ذلك ألزم المهني أي المنتج، بعرض البيان الخاصة بكيفية استخدام المنتج ووسائل الوقاية من مخاطره المحتملة، وأساليب علاج تلك الأضرار حال حدوثها فعلا، وقد نصت المادة (١٢) من قانون المستهلك إذْ نصت على أنه (في الأحوال التي يمكن أن يؤدي فيها استخدام المنتج إلى أضرار بصحة وسلامة المستهلك، يلتزم المنتج بأن يبين الطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج وكيفية الوقاية من الأضرار المحتملة)، وكيفية علاجها في حال حدوثها [٢].

ففي حال كون عقد الاستهلاك يرد على سلعة مستعملة، كالسيارات والأجهزة الكهربائية، فإن على المهني (المورد) أن يبين للمستهلك حالتها وما فيها من عيوب، وما مدى حاجتها للإصلاح وقابليتها له ونصت المادة (١٨) من ذات القانون، وفي هذا الصدد أن يلتزم (مورد السلعة المستعملة بتقديم المعلومات الكافية عن حالتها وعند وجود العيوب فيها وما مدى حاجتها للإصلاح قبل استعمالها)، وذلك على نحو لا يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط، ويحقق متطلبات الصحة والسلامة.

---

(١) يقصد بالمنتجات في ذات المادة (السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام والخاص وتشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال المورد).

(٢) قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت المادة (١٢) على أنه (على المنتج أو المستورد أو بائع. السلعة أو مقدم الخدمة إعلام المستهلك بواسطة نشرة أو بطاقة مرافقة للسلعة تتضمن سعر ومواصفات المادة، طريقة الاستعمال، المخاطر المحتملة وطرق الوقاية منها، مدة الصلاحية، اسم المنتج أو اسم الشركة وعنوانها، كمية المنتج بالوحدات الدولية).

فعلى مستوى التشريع الفرنسي أن المشرع لم يكتف فقط بإعلام المستهلك، في المرحلة السابقة على إبرام العقد، بل استلزم أيضا تذكيره، من خلال التأكيد عليها في المرحلة اللاحقة على التعاقد. وقد تولت الفقرة الأولى من المادة ١٩من قانون المستهلك الفرنسي رقم(٧) لسنة ١٩٨٤(١- ١٩- ١٢١ – L) ببيان هذه المعلومات، والتي تتمحور تلك البيانات والمعلومات حول تلك المعلومات، التي ترتبط بتحديد شخصية أو هوية المهني، ومصاريف التسليم والخصائص الأساسية التي تتميز فيها السلع أو المنتجات وكذلك طريقة تنفيذ عقد الاستهلاك.

فمدى وجود حق الرجوع عن التعاقد لصالح المستهلك، إضافة إلى ذلك طريقة الدفع على إنه من شأنها إلزام المهني، بإعادة التأكيد لتلك المعلومات قد سبق له التأكيد قبل إبرام العقد. فيقع على المهني عبء الإثبات لذلك سبق التأكيد على تلك البيانات قبل التعاقد، لذا فأنه يجب التمييز بشأن تحديد شخصية المهني من بين عدة فروض، وذلك وفقا لمكان وجود موقع الانترنت الخاص بالمنتج(١).

فالبيانات التي أوجبها المشرع الفرنسي وجود فروض تتعلق بالمنتج أهمها وجود الموقع الالكتروني للمهني في فرنسا، وبالنسبة للبيانات التي تتعلق بشخصية المهني، بواسطة الإيجاب الالكتروني والذي يجب أن يتضمن أسم المنشأة، وأرقام الهواتف الخاصة وعنوانه التقليدي والالكتروني، ورقم السجل التجاري ويشمل الفواتير التي تصدر بخصوص هذا الإيجاب (الطلبات، الأسعار وحتى الوثائق الإعلانية)، لذا يجب أن تكون كافة المراسلات المتعلقة بموقعه.

أما الفرض الثالث وهو يرتبط بحالة إذا كان الموقع الالكتروني للمنشأة بدولة، ليست عضواً في الإتحاد الأوربي، وفي هذه الحالة أن المشرع الفرنسي أعطى مسألة تنازع القوانين، إلى الرجوع لتشريعات الدولة التي يقع فيها الموقع الالكتروني، لمعرفة البيانات التي يجب على المهني تقديمها تنفيذا لالتزاماته بالإعلام، منها هوية هذا المهني بشكل تام أن المشرع الفرنسي، لم يأخذ بدور الإحالة إلى قانون دولة غير مرتبطة بمعاهدة بينها أو بين الاتحاد الأوربي بل أشار إلى الاستعلام من تشريع تلك الدولة وليست إحالة النزاع إلى قانون دولة أخرى، ومن

(١) د. محمد حسين منصور، الأحكام التقليدية والمسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ص ١٥٠. وكذلك د. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الدولي، مصدر سابق، ص ١٠٢.

خلال نص المادة أعلاه السابق ذكرها أن هناك فترة زمنية يمكن من خلالها تنفيذ هذا الالتزام، حيث تبدأ هذه المرحلة بعد إبرام العقد وتمتد إلى وقت تسليم المنتجات.

أما على مستوى للتشريع العراقي أن المشرع العراقي بين تعريف المهني في المادة الأولى من قانون المستهلك العراقي[١]. ففي معرض تعريفه للمجهز والمعلن فالمجهز هو (كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء كان أصيلا أو وسيطا أو وكيل أما المعلن فهو (كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإعلان عن سلعة أو خدمة أو ترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من وسائل الإعلان)، وبالخصوص المادة(١) من قانون حماية المستهلك العراقي.

فمن خلال ذلك أن توفر وصف مهني لشخص ما، طبيعي أم معنوي يتوقف على توافر مجموعة من العناصر الضرورية، تعتبر في مجملها معايير يعتمد عليها في وصف المهني،لذلك أنه يتمتع بهذه الصفة المهنية من خلال الإعلان عن نفسه بهذه الصفة، ويعطي انطباع للذين يتعاقدون معه وأساس هذه الصفة[٢]، أن يمارس النشاط على نحو معتاد ولكن يجب أن يكون هذا النشاط مشروعا[٣].

من حيث التنظيم يجب أن يكون المهني منظما. فالتنظيم يجعل منه شخصا قادر أن يوقع الأضرار التي يمكن أن يسببها نشاطه للغير، ويمكن أن يكون التنظيم على مستوى متقدم، ويمكن أن يكون بسيطا[٤]، ويضاف إلى ذلك التفوق، في الخبرة الفنية والاقتصادية مقارنة بالمستهلك، فالمحترف يتفوق بسبب ما يملكه من مخزون معرفي، في مواجهة الغير ناقص للخبرة، لذلك تزايدت الأهمية العملية لتدخل المشرع، لسن قوانين يحمي الدائن، نتيجة الخلل الذي تضمنته العقود الغير متوازنة التي تتم بين الدائن والمدين (المنتج والمستهلك).

---

(١) انظر المادة الأولى من قانون حماية المستهلك العراقي رقم(١) لسنة ٢٠١٠ المعدل .

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان ، المهني المفهوم والانعكاسات القانونية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، كلية الحقوق الإسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ٥٧ .

(٣) د. محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع، ص١٠٨.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان ، مصدر سابق ، ص٦٤.

فبرزت الحاجة لسن تشريعات تضفي الحماية القانونية والفنية والاقتصادية[١]. فأن الحماية المقرر للمستهلك من خلال قاعدة الإسناد، محددة بالنسبة للدائن وفق ما أقرته التشريعات وإذا كان هناك غموض يعتريها يمكن تحديدها بعد نشوب النزاع وإقامة الدعوى أمام القضاء الذي بدوره يقوم بالاستعانة بالتشريعات لتعيين القانون الأصلح والأكثر صلة بالنزاع.

فيمكن إخضاع العلاقات الخاصة الدولية، ذات العنصر الأجنبي، لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق، الذي ينظم تصرفاتهم القانونية بما أن للمتعاقدين حرية بناء وإنشاء عقودهم ذات الطابع الدولي، في اختيار القانون الذي ينظم تلك العلاقات، لذلك يمكن أن تخضع تصرفاتهم لقانون معين، في تكوينها وشروطها وآثارها، حتى لو كانت تتصل بأكثر من نظام قانوني، وهذا لا يعني وجود فراغ قانوني، لذلك أن للإرادة الدور الرئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق من قبل المتعاقدين أنفسهم[٢].

نلاحظ بأن قانون الإرادة يعطي الأطراف إمكانية تحديد القانون واجب التطبيق، على عقودهم من خلال ذلك أن العقد الدولي، يخضع للقانون الذي يعينه الأطراف بإرادتهم، وهذه القاعدة أصلية التي قررتها النظرية العامة لتنازع القوانين، وفي ضوء العقود الدولية[٣]. فأن فقه تنازع القوانين أستقر على أن جوهر فكرة الإرادة، يعطي الاعتراف لأطراف العقد الدولي حق الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم، وهذا الدور يتماشى مع دور المعترف في القوانين الداخلية، وكذلك القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ذات الطابع الدولي[٤].

فمن خلال ما أشار إليه كل من التشريع المصري والعراقي، قد قيدا القاضي المعروض أمامه النزاع، على وجه الحصر في تطبيق القانون واجب التطبيق، والذي أشارت إليه نصوص المواد (١/١٩)[٥]، ونص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١

---

(١) د خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، مصدر سابق، ص ١٥ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص ١٠٥٧.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨، ص٩.

(٤) د. عبد المنعم زمزم، د. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٧، ص٩.

(٥) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

المعدل. ولا يجوز للقاضي الخروج عن ذلك وهنا تجميد لدور الإحالة، في اختيار القانون الأصلح، وانعدام السلطة التقديرية لقاضي النزاع .

فأن المشرع الفرنسي أعطى الحرية للقاضي في الفصل في كل قضية على حدة، والذي يبدوا أنه اتجاه عملي ومرن بشكل أكبر، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية تبنت الصفة الاحتياطية لضابط محل أبرام العقد، وإذ قررت المحكمة تطبيق قانون محل الإبرام، ما لم يكن الأطراف قد أعلنوا عن إرادة مخالفة سواء كان هذا الإعلان صريحا أم ضمنيا نستخلصه من بنود العقد(١).

فنجد أن القضاء الفرنسي أكثر مرونة وأخذه بالإحالة عكس مشرعه الذي لم يأخذ بالإحالة ولكنه أعطى سلطة تقديرية للقاضي، للتخلص من الجمود الذي يعتري النصوص وذلك تماشيا مع التطور الزمني الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي.

الفرع الثاني

قانون حماية المستهلك

أن قواعد قانون الاستهلاك تنقسم إلى قواعد آمرة، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لارتباطها بالنظام العام والآداب، وقواعد مكملة أو مقررة أو مفسرة ترتبط بحماية المصالح الخاصة للأفراد، بحيث يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف أحكامها، لذلك توجد فكرة نظام الحماية، وكذلك النظام الاجتماعي(٢).في مواجهة فكرة النظام العام السياسي والنظام العام الاقتصادي، ومن خلال ذلك أن قواعد نظام الحماية، ما يضمن الحد الأدنى من الحماية القانونية، للطوائف أو الفئات التي تستحق الرعاية، نظرا للظروف (كامرأة والعامل والمستهلك)(٣).

---

(١) استقر العمل في فرنسا بمبدأ الإرادة بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩١٠/١٢/٥ والذي جاء فيه أن (القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو شروطها أو آثارها والقانون المنتج الذي تبناه الأطراف) وبهذا الحكم أصبحت الأولوية المختارة من قبل المتعاقدين.
B. AUDIT: Droit international prive , 2ed – paris . Economic 1997. p. 145.

(٢) د. محمد حسين عبد العال ، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨، ص٨٢

(٣) د. ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص ١١٥ .

تتميز القواعد التي تتعلق بنظام الحماية، بأنه لا يجوز الخروج على أحكامها، إلا إذا كان ذلك يمثل مزيدا من الحماية والأفضلية المقررة، من تلك القواعد ضمانا لحقوقها ومصالحها، ومن خلال ذلك أن القواعد التي تتكفل حماية المستهلك، بما فيها تلك التشريعات الخاصة، التي تفرض الالتزام بالإعلام على المهني، هي قاعدة آمرة ومن خلال تلك القاعدة، يعتبر باطل كل شرط يعفي المهني من الالتزام بالإعلام ، ومن خلال ذلك أن تنازع القوانين في مجال الحماية المقرر للمستهلك ودور الإحالة من تلك القوانين.

فنبين موقف التشريعات المقارنة والفقه وكذلك القضاء. أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فأنه عرف المستهلك حسب المنشور الصادر في (١٤) كانون الثاني لسنة ١٩٧٢ والخاص بتطبيق النصوص المتعلقة بضرورة وضع بطاقات الأسعار على المنتجات بأنه (الشخص الذي يستخدم المنتجات لإشباع حاجاته الشخصية، وحاجات من هم برعايته من الأشخاص، وليس لإعادة بيعها أو استخدامها في نطاق مهنته)[١].

وعرف قانون إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٨، في المادة الثانية منه بأنه (من يستخدم المنتجات لإشباع حاجاته الشخصية وحاجات الأشخاص المسئول عنهم، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته) وتؤكد وفق نص المادة (L – 132 – 1) من قانون حماية المستهلك الفرنسي والمادة (L – 111 – 3) من القانون ومن خلال ذلك تؤكد هذه الأخيرة على أن الإحكام، التي تشير للالتزام بالإعلام والواردة في المادتين (L-111-1: L -111 – 2) تطبق بالضرورة، ولكن دون أخلال بالأحكام الأكثر فائدة التي يستفاد منها المستهلك.

فهي تتعلق ببعض الأنشطة المهنية التي تخضع لقواعد خاصة في إطار الحماية المقرر للمستهلكين، كما تؤكد على المعنى نفسه المادة (L – 121 – 2. – 16) والتي تؤكد على طبيعة الأمر، وهنا لا يوجد تنازع تشريعي يمكن الركون إليه ولا يوجد دور للإحالة كون القانون، يطبق بصورة مباشرة دون إسناد، إلى قانون تنازعي آخر، أكثر صلة والأصلح وبجانب آخر، ومن خلال المادة (L – 121 – 2. – 17) من القانون ذاته تؤكد على أن الاتفاقيات، أو

---

(١) وفقا لهذا القرار فان المستهلك هو :

Celuiquiemploie les produits et services pour satisfaire des propresbesoins , et ceux des personnes a sa charge et non pour les revendue , les transformer ou les utilize dans le cadre de sa profession Cel

الشروط التي تستبعد أو تخفف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من الضمان المفروض على المهني لحساب المستهلك، بموجب أحكام هذا القانون[١].

أما على مستوى المشرع المصري فأنه عرف المستهلك في قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ م، في المادة الأولى بأنه (كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص)[٢]، وكذلك نص المادة العاشرة من قانون حماية المستهلك المصري فأنها تؤكد على أنه (يقع باطل كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من التزاماته الواردة بهذا القانون)، ومن خلال هذا النص أعتبر هذا القانون من النظام العام، لا يمكن مخالفته، وهنا يتضمن كافة الالتزامات التي ينبغي فرضها من قبل هذا القانون على عاتق المهني لمصلحة المستهلك.

فأنه لا يجوز إعفاء أو تخفيف التزامات المهني ومنها الإعلام[٣]، ويترتب على مخالفة تلك القاعدة بطلان الشرط أو الاتفاق المخالف، عندما ينتقص من حقوق المستهلك أو يقلل من ضماناته، وبمفهوم المخالفة فأن يكون صحيحا ذلك الاتفاق، الذي يمثل خروجا على أحكام قانون حماية المستهلك طالما كان ذلك يقدم مزيد من الضمانات، أو الحقوق أو يكفل حماية أفضل لمصلحة المستهلك[٤]، ومن خلال قواعد الإسناد، في حالة تنازع القوانين .

فأن المشرع المصري ومن خلال قانون حماية المستهلك لا يوجد فيه تنازع مع قانون آخر، قد يكون الأصلح في العلاقات المستهلكين القانونية ذات العنصر الأجنبي، لذلك فأنه يطبق القانون لحماية المستهلكين المصري، باعتباره قانون آمر من النظام العام، يستبعد أي قانون آخر يتنازع العلاقات الناشئة، بين أطراف العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي.

---

(١) انظر الفقه الفرنسي:
Ch. Feral,Cyberdroit, le droit a lepreuvedelinternet 2 emeedDalloz,Dunod,2001.p.

(٢) انظر المادة الأولى من قانون الاستهلاك المصري المنشور بالجريدة الرسمية في العدد ٢٠ (مكرر) في ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٦ وهو نفس التعريف الذي أوردته اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة ٦، الوقائع المصرية العدد (٢٧) تابع في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٦.

(٣) د. مصطفى أحمد أبو عمروا ، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة ، مصدر سابق، ص ١٤.

(٤) في نفس المعنى، د. محمد حسين عبد العال ، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ، مصدر سابق، ص٩٢.

أما على مستوى التشريع العراقي وفي إطار مفهوم المستهلك ومن خلال ذلك نظم قانون حماية المستهلك بنصوص تشريعية في القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٠والتي عرف في المادة (١/٥) منه المستهلك بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها) لذلك أن التعريف المذكور الذي نص عليه المشرع في المادة المذكورة[١]، لم يقتصر فيه مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي، بل تعداه إلى الشخص المعنوي، ومن خلال ذلك أن تركيز الاستهلاك بالنسبة للشخص الطبيعي، هي عملية إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية.

أما بالنسبة للشخص المعنوي (الشركات،الجمعيات، المؤسسات)، يتركز الاستهلاك على حاجات تتناسب مع طبيعة عملها، كشراء أجهزة ومعدات أو مواد خام وهذا التوجه يختلف عن توجه التشريعين (الفرنسي والمصري) لأنّ التشريعين لم يتضمنا الشخص المعنوي من خلال التعريفين الذي أوردهما عكس ما أورد المشرع العراقي.

لذالك أن تنازع القوانين من خلال قانون حماية المستهلك العراقي لا يوجد فيه تنازع القوانين، إضافة إلى ذلك أن قاعدة التنازع لازمها الجمود، لا تعطي الاختصاص لقانون آخر، ولا يوجد مجال للأخذ بدور الإحالة، لان دورها يتوقف من خلال قانون حماية المستهلك، باعتباره من النظام العام، بالإضافة إلى ذلك أن المشرع العراقي، لم يأخذ بالإحالة أصلا من خلال تشريع القانون المدني [٢].

لذلك تباينت تفسيرات الفقه والقضاء بصدد الإطلاق والتقييد في القضاء الفرنسي تم اعتماد التصور الموسع لفكرة المستهلك، التي تبنتها التطبيقات للقضاء الفرنسي، كما في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في (٢٨ ابريل من سنة ١٩٨٧م)[٣]، وفي قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية ٢١ فبراير من سنة ١٩٩٥ تم أقرار معيار الإسناد المباشر، للقول

---

(١) أنظر نص المادة (١ / ٥) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والذي نشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد ٤١٤٣ في ٢/٨ /٢٠١٠ م.

(٢) انظر القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. ومن خلال نص المادة ١/٣١ حيث نصت على أنه (إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. وكذلك نص المادة (٣٢) (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق).

(٣) انظر القرار لمحكمة النقض الفرنسية:

V. cas I re civ., 28 avr .1987,D.1987,somm. P. 455, obs . AUBERT (J.-L .) .

بوجود مستهلك من عدمه، وقضى بأن العقد الموقع من التاجر (المهني) لأجل حاجاته الخاصة بتجارته ليس محلا لتطبيق المادة ٣٥ من قانون رقم ٢٣ الصادر في١٠ /يناير لسنة ١٩٧٨، لذلك أن القانون على حد تفسير القضاء لا يتعلق إلا بالعقود التي تتم بين المهني وغير المهني أو المستهلك(١).

فمن خلال ذلك يتبين لنا أن قضاء النقض الفرنسي يتبنى المعيار الموسع، لإطلاق لفظ مستهلك على أصحاب المهن الذين يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم، وكذلك في قضاء النقض الفرنسي في ٣٠ يناير من سنة ١٩٩٦م(٢)، تم استبعاد شركتين من الاستفادة من أحكام المادة (L – 132-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي، والمهم في هذه الدعوى القضائية أنها تركت المجال مطلقا كي تنطبق المادة المذكورة لمصلحة المتعاقد المهني، ما دام أن عقد توريد الأشياء أو الخدمات يتضمن شرطا تعسفيا وثمة محل بذلك كمعيار الإسناد المباشر، بالنظر إلى النشاط المهني الممارس(٣).

فمن خلال القانون الدولي الخاص نجد هناك مبادئ أستقر عليها كثير من الآراء الفقهية، أنه لا تلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي. إذ إن يمكن تحديد القضاء المختص لكي يتم من خلاله معرفة القانون واجب التطبيق، وكذلك عدم التلازم بتفسير البعض(٤)، بأنه هناك وجود اختلاف في الاعتبارات، قد تختص دولة ما من الدول في النظر بقضية ذات عنصر أجنبي، إلا أنها لا تطبق عليها قانونها الوطني، ومن خلال ذلك تلجأ لتطبيق قانونا أجنبيا، لوجود اعتبارات تتعلق بالسيادة أو بالأمن والسلامة في الإقليم. فالمحكمة

---

(١) النظر قرار المحكمة:

V. Cass Ire civ , 21 Fevr . 1995 m contrats , conc , consommé . 1995, comm. n. 84, obs .LEVENEUR (L .) .

(٢) انظر نص قرار محكمة النقض الفرنسية:

V. D . 1996, Jur . p. 228, note : PAISANT (G) : JCP 1996 , n0 . 3929 , N0s Is ., obs . : LABARTHE (F .) .

(٣) وكذلك :

V. LEVENEUR (L.), Conttrats entre professionnels et legislation des clauses abusive, contrats, conc., consommé. 1996, chron .No. 4

(٤) د. حلمت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي ، الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب ، الاختصاص ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، ١٤١٨ هـ، ص ٢٧٥ .

تصبح مختصة بالنزاع المعروض أمامها، على الرغم من أن قواعد العدالة تقضي بأن تحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، بقانون دولة أخرى لأنه أكثر وأصلح لطبيعة النزاع[١].

لذا نلاحظ بأن المشرع عند صياغته للقواعد القانونية، المنظمة للاختصاص القضائي، والاختصاص التشريعي، يضع نفسه أمام أحد الخيارين. الخيار الأول: هو عدم الارتباط بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وهذا يجعل المحكمة في حال انعقاد الاختصاص لها تلتزم بتطبيق قانونها المادي وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة سين التجارية الفرنسية من أن انعقاد الاختصاص لإحدى محاكمها، لا يعد تنازل عن تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد وهو القانون الانكليزي[٢].

الخيار الثاني التلازم بين المحكمة ذات الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، ولذلك أن الأصل العام بين الاختصاصين هو سيادة، مبدأ عدم التلازم والاستثناء قد يحصل أن يؤدي تطبيق قواعد كل منها إلى عقد الاختصاص القضائي، لمحاكم دولة معينة والاختصاص التشريعي لقانونها[٣].

نلاحظ أن القضاء الفرنسي أخذ بالإحالة عندما أحالة المحكمة الفرنسية، إلى القانون الانكليزي(في قضية فوركو)، وهو عكس اتجاه المشرع الفرنسي في الأصل. فبالنسبة للقضاء المصري نجد أن المشرع المصري أعتنق فكرة الاختصاص القضائي الدولي، من قبل قانون المرافعات المدنية التجارية الجديد رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ في المادة (٢٨) منه والتي نصت على أنه (تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له

---

(١) د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥.

(2) Trib .com .seine 29Juill , 1972 , Rev , crit m 1928 , 3082 It est de prineipe certain que la , competence et la competence legislative son indegendantes I une de lautre

(٢) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢، في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص ٦ .

موطن أو محل إقامته مثلاً في الجمهورية وذلك فيما عدى الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار في الخارج)[١].

فمن خلال ذلك أن نص المادة التي تم ذكرها حول الاختصاص، الدولي للمحاكم المصرية بنظر الدعوى ذات العنصر الأجنبي، تأسيسا على ضابط شخصي، مستمد من المركز القانوني للأطراف الدعوى، وكذلك نصت المادة (٢٩) بأن(تختص محاكم الجمهورية بالدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل أقامة في الجمهورية وذلك في ما عدى الدعاوي العقارية المتعلقة بعقار في الخارج) ومن خلال ذلك أن المشرع المصري، تبنى فكرة هذا الضابط مبني على موطن أو محل إقامة للمدعى عليه الأجنبي .

ففي تحديد الاختصاص القضائي، لذلك يتمتع الحكم الصادر في الدعوى من الفاعلية والنفاذ، كون المدعى علية مقيما في مصر، وهو في الغالب يمتلك أموال بالإمكان التنفيذ عليها بسهولة ومن خلال ذلك أن النص السابق يسري على المدعي عليه، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا استنادا لعمومية النص[٢]، ومن خلال تلك النصوص نجد أن القضاء المصري لم يأخذ بالإحالة حيث يتفق التشريع المصري مع القضاء المصري بعدم الأخذ بالإحالة ويبقى الجمود ملازما للقضاء والتشريع بجميع مراحله.

أما بالنسبة للقضاء العراقي، أنه لم يتبنى قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠المعدل من نص قانوني بشكل صريح يمكن الرجوع إليه لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية ومن خلال نص المادة (٦ /ثانيا) فهو نص عام يحتوي الاختصاص الداخلي، والدولي لحماية المستهلك الوطني أو الأجنبي، في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، سواءاً كان المنتج وطنياً أم أجنبياً، تعلقت المنازعة بسلع منتج داخل أو خارج العراق، ومن خلال الاختصاص القضاء الدولي، يتراجع أثر ضابط الجنسية، وأن اعتماد معيار الجنسية للعراقي، هو المعيار الأساس في تحديد الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية، بغض النظر عن توطنه أو أقامته إلا أن العبرة في تحديد الاختصاص، هو وقت رفع الدعوى، في ظل وجود

---

(١) انظر المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، د سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، مصدر سابق ص ١٢٨.

حقيقي للمستهلك، ترتب له أو بذمته أن التحقق من التوافق بين التشريعات المختلفة والاتفاقيات الدولية.

فمن خلال ذلك يمكن تطويعها بما يخدم المستهلك، من خلال أعطاء سلطة تقديرية للقضاء، تسمح له أعمال القواعد العامة، وتطويعها بما يناسب حجم الأخطار، التي تهدد المستهلك مثلما فعل القضاء الفرنسي بتطويع قواعد الاختصاص الداخلية، والعمل بها في مجال الاختصاص الدولي لحسم المنازعات ذات الطابع الأجنبي(١).

إذْ تتجلى أهمية دور القضاء، عندما نجده يتخطى جمود القواعد القانونية المختصة، بتحديد الاختصاص القضائي، ويقدم أفكار حية، وآليات مستحدثة ومن خلال استعارات للأنظمة القانونية والقضائية من بعضها البعض(٢)، ومن خلال دور الاختصاص القضائي العراقي، أنه لم يأخذ بالإحالة في تنازع الاختصاص القضائي، كون حالة الجمود لا زالت تلازم الاختصاص القضائي وفي الفقه ومن خلال ذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى تبني ما قررته الأحكام القضائية في الأخذ بالفكرة الموسعة للمستهلك(٣). فعلى سبيل المثال يقرر البعض أن معيار الإسناد المباشر، يفيد بإيجاد تصور موحد لفكرة المستهلك، ومن جانب آخر يحقق هذا المعيار عدالة للحماية القانونية لبعض المهنيين، عندما يكونون في موقف المستهلكين، وفي حالة عدم تحقيق هذا المعيار، لذلك يكون عسيرا عليهم إسناد العقود التي يمارسونها مع مهنتهم التقليدية(٤).

يعرف بعض من الفقه الفرنسي، المستهلك بأنه (الشخص الذي يملك أو يستخدم سلعا أو خدمات للاستخدام الغير مهني)(٥)، كما عرفه جانب آخر من الفقه، بأنه (الشخص الذي

---

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا ، دار الفكر الجامعي ، الكتاب الأول ، ٢٠٠٤، ص٢١٣.

(٢) د. مصطفى أبو مندور موسى ، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني ، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية ، ص ١٤٣.

(٣) انظر القرار : V. MESTRE (J.) RTD civ . 1996 , p. 608 .

(٤) في شرح معيار الإسناد المباشر : د حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ٠٠ ويطلق عليه (معيار العلاقة المباشرة أو الغرض من التصرف، مصدر سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(٥) انظر موقف الفقه الفرنسي :

لأجل احتياجاته الشخصية غير مهنية يصبح طرفا في العقد للحصول على السلع والخدمات)([١])، ومن خلال التعريفين الذي أوردهما الفقه هو التركيز على الغاية من التعاقد لكي تجعل مفهوم المستهلك شاملا للشخص الطبيعي أو المعنوي[٢].

فعلى مستوى الفقه المصري أن يقرر جانب من الفقه، بدأ يفرض نفسه على مستخدم الانترنت في مصر، في التعاقد على السلع والخدمات، التي تتوفر عبر المواقع التجارية المتاحة على هذه الشبكة [٣]، ويذهب جانب من الفقه، إلى أن عقود الاستهلاك هي (تلك العقود التي يبرمه المستهلك لأغراض شخصية أو عائلية)[٤]، ومن المستقر عليه فقها أن قواعد الإسناد، تمثل المنهج التقليدي من مناهج تنازع القوانين إلا أن البعض يصطلح عليها بقانون تنازع القوانين لذلك فأن قواعد الإسناد، تعد الوسيلة التي من خلالها يتم حل مشكلة التنازع القوانين التي تحصل في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي[٥]، ومن خلال ذلك تتكون قواعد الإسناد من عناصر ثلاثة وهي (فكرة الإسناد، ضابط الإسناد، القانون الواجب التطبيق) وهذه العناصر تنظم عمل وهيكلية قواعد الإسناد، في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي في الوضع المادي، لذلك أن قواعد الإسناد تدور وجودا وعدما في تطبيقاتها مع المحددات المكانية.

فذلك تعتبر من مقومات الإسناد المكانية موطن الأطراف، أو موقع أموالهم وباعتبار أن قوانين الاستهلاك، في مختلف القوانين تكون آمرة، فهنا لا يمكن لدور الإحالة أن ينهض بدور تطويري لأن تلك القوانين، وضعته في حالة الجمود ولذلك لم يعطَ لها أي فرصة لبيان دوره التطويري، من خلال قواعد الإسناد، وبيان تلك الغاية، التي وجدت من أجلها تلك القواعد.

Calais Auloy , Linfluence du droit de la consummation sur le droit civil des contrats , precit . p. 239 .

(١) انظر رأي الفقه: Ghestin ,Traite de droit civil , op . cit . , p. 54 .

(٢) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م ، ص٥ . والتي جاء فيها مما لاشك أن هذا النوع من التعاقدات سوف يفرض نفسه على المستهلك المصري حتى على مستوى التجارة الداخلية .... .

(٣) د. حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، مصدر سابق، ص٥.

(٤) د. طرح البحور علي حسن ، عقود المستهلكين الدولية ، مصدر سابق ، ص ١١.

(٥) د. خالد ممدوح إبراهيم ، التقاضي الالكتروني، مؤسسة الجامعة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٤٣.

المطلب الثاني

تطوير قواعد القانون الأصلح في علاقات الاستثمار

إنّ الدول ملزمة بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب، الذي يفرضه القانون الدولي الخاص، الذي لا يجوز لها أن تتنازل عنه في معاملة الأجانب، أن هدف المشرع هو معالجة بروز مشكلة تنازع القوانين، من خلال العلاقات القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي، ومن ثم أمكانية الخضوع القانون لأكثر من دولة، كقانون الجنسية لكل من طرفي العقد، أو قانون موطنهم، أو قانون محل إبرام العقد، أو قانون موقع المال المستثمر، أو قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع، أن العلاقات القانونية تتعلق بهذه القوانين العائدة لدول مختلفة، ومن خلال ذلك ينتج عن ذلك تزاحم وتنازع فيما بينها، لذلك يستلزم معرفة أي من هذه القوانين تخضع له هذه العلاقة العقدية[١].

فإن عقد الاستثمار الأجنبي واختيار القانون الأصلح والأنسب لحكم تلك العلاقات القانونية[٢]، وبما تتمتع به من خاصية معينة كونها تبرم بين طرف عام، هو الدولة أو إحدى مؤسساتها أو الهيئات التابعة لها، وطرف خاص هو الأجنبي (المستثمر). فالمشكلة لهذه العقود تكمن في كيفية التوفيق بين المصالح العامة، من خلال سعي الدولة المضيفة، والمصلحة التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي، مما يجعل تسوية المنازعات الخاصة، التي تنشأ بما يناسب طبيعتها الخاصة.

فأن من الطبيعي يتم اللجوء لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار، ويمكن للأطراف الركون إلى المحكم الدولي، أو الدولة التي ينتمون لها بجنسيتهم، أو جهة محايدة وهذا لا يسهم في حل منازعة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي[٣]. لذا سوف نبحث هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول: قانون الدولة المستضيفة ، وفي الفرع الثاني : قانون جنسية المستثمر.

---

(١) د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٧٥ وما بعدها.

(٢) د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، القاهرة، ١٩٤١، ص ١٦ .

(٣) د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، (دراسة مقارنة في العقود الاقتصادية الدولية) بدون دار نشر، ط١، ١٩٨٢، ص ٤٥٦ .

الفرع الأول

قانون الدولة المستضيفة

إنّ مسالة ظهور حالة المنازعات، في أي من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية، لان التعامل بين الأشخاص، في أي مجتمع يؤدي إلى ظهور الخلافات، بسبب التعارض في المصالح . فأن الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وارتباطها بمصالح الدولة المضيفة، والتعارض الذي يحدث مع المستثمر الأجنبي، نتيجة تعارض المصالح، وكيفية التوفيق بين تلك المصالح، التي تسعى إليها الدولة المضيفة، لغرض تحقيقها والهدف، الذي يسعى إليه المستثمر الأجنبي، وهذا يجعل حل المنازعات، التي تحدث لهذا الأمر في غاية الأهمية، وعلى درجة من التعقيد، لذلك من الضروري توفير الوسائل الفعالة، لحل المنازعات، التي يمكن أن تنشأ من خلال تلك العقود المبرمة.

ومن خلال ذلك أن القضاء الوطني، هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات عقود الاستثمار، فأنه من الطبيعي اللجوء إلى القضاء الوطني، للدولة المستضيفة للاستثمار، ويمكن لأطراف النزاع، اللجوء إلى المحاكم الدولية، التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته، أو محاكم دولة ثالثة، أن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر، أو دولة ثالثة قد لا يسهم في تسوية المنازعة بين الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي(١).

لذلك يوجد أسباب منها الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة، وخاصة الدول التي تأخذ بالنظرية التقليدية للحصانة القضائية وهذا يبعث القلق لدى المستثمر الأجنبي، لذلك تسعى الدولة المضيفة للاستثمار، إلى إخضاع هذه العقود، إلى قواعده القانونية الوطنية، ومن خلال ذلك يمكن إخضاعها للقضاء الوطني للدولة المستضيفة، ما لم يكن هناك أتفاق يقضي بخلاف ذلك، لذلك نصت كثير من القرارات الدولية وكذلك التشريعات الوطنية، من خلال عقود الاستثمار التي يتم التنازع بشأنها بين الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي، يجري حسمها ضمن اختصاصها القضائي .

ففي هذا الخصوص جاء في الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة الأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) لسنة ١٩٦٢، بشأن السيادة الدائمة للدول، على مواردها إذ نصت على أنه (على أي حال فعندما تثير مسألة التفويض خلاف ما يجري استنفاذ الاختصاص الوطني للدولة، التي

(١) د. محمود يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مصدر سابق، ص٤٥٦.

اتخذت مثل تلك الإجراءات هذا وعند الاتفاق بين الدولة ذات سيادة والأطراف المعنية، تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية)[١].

لوجود كثير من طرق لتسوية النزاع، إلاّ أن المستثمرين الأجانب لا يرتاحون عادة إلى عرض منازعاتهم على القضاء الوطني للدولة المضيفة، إلا أنه تتجه إرادتهم لعرض المنازعات التي تنشأ أثناء تنفيذهم للعقود المبرمة على التحكيم، لذلك نرى أن هناك رغبة من الدولة المضيفة لجذب الاستثمار الأجنبي، إلى أراضيها فتلجأ لمسايرة المستثمر الأجنبي، ومن خلال ذلك أشار المشرع العراقي في المادة (٢٧) من قانون الاستثمار[٢].

فأن حدوث ضرر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المستضيفة، نتيجة تصرف ما تقوم به تلك الدولة المستضيفة فأنه بالأصل يلجأ إلى المحاكم الداخلية للدولة المستضيفة، للحصول على الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني وفي حالة عدم حصول المضرور على تلك الحماية، من خلال عدم النظر بالدعوى استنادا لنظرية إعمال السيادة، وهنا نكون أمام إثارة المسؤولية الدولية، للدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي، كي يتمكن المستثمر الأجنبي، من الحصول على حقوقه، لذلك أن نظام المسؤولية الدولية يحظى باهتمام كبير في نطاق القانون الدولي الخاص، من شأن النظام أعادة الحقوق إلى نصابها وأنصاف المضرور[٣].

فمن خلال ذلك أن القضاء الدولي، المتمثل بدور محكمة العدل الدولية، بوصفها محكمة دولية ذات الاختصاص العالمي. ولتحديد مفهوم المسؤولية، ومن خلال ذلك عرفها البعض (نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعة طبقا للقانون الدولي الالتزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها أو ضد رعاياها)[٤]. وعرفها جانب آخر من الفقه (نظام قانوني يترتب بموجبه على الدولة التي ارتكبت عملا يحرمه القانون الدولي التعويض عن الضرر الذي لحق بالدولة المعتدى عليها)، ومن خلال تلك التعريفات

---

(١) د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مصدر سابق ، ص ٣٢٩.

(٢) قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

(٣) د. بن عامر التونسي، أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص ٨ .

(٤) د. محمد طلعت ألغنيمي، الأحكام العامة في الأمم المتحدة ، قانون السلام، الطبعة ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٨٦٨ وما بعدها .

والآراء يلزم لتحقق المسؤولية الدولية في إطار القانون الدولي يشترط وجود إخلال بالتزام دولي، وإسناد هذا الإخلال للدولة المستضيفة، يتوقف على هذا الإخلال هناك ضرر جوهري يلحق بشخص من أشخاص القانون الدولي أو رعاياه[١]، ولذلك أن مجرد مخالفة من جانب الدولة المستضيفة لا يؤدي لقيام تلك المسؤولية الدولية، لذلك يجب أن يكون هناك إخلال مقترن بخطأ جسيم، أن المصدر لتحريك المسؤولية الدولية ليست الإخلال بالعقد وإنما وجود فعل غير مشروع مستقل عن العقد[٢].

إضافة إلى محكمة العدل الدولية، هناك حماية دبلوماسية، وسيلة لتحريك مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار، عن عملها الغير مشروع دوليا، اتجاه المستثمرين الأجانب، وبما أن المستثمرين الأجانب هم أفراد عاديين لا يتمتعون بالشخصية الدولية، هي علاقة بين أشخاص لدولية وكذلك لا يملكون حق المطالبة لإصلاح ما يصيبهم من ضرر، فأنّ المستثمر الأجنبي هو دائما عرضة للانتهاك من قبل الدولة المستضيفة، وبسبب وجود ثغرات في العقود التي تبرم فهنا يبدأ التفسير حسب ما يتصوره أي من الطرفين، وفي حالة قيام الدولة المستضيفة بتصرف غير مشروع دوليا وقد نصت المادة (٣٤) الفقرة (١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، أن الدول وحدها هي التي من الممكن أن تكون طرفا في القضايا التي تنظر فيها المحكمة .

فهذا يعني أن المستثمر الأجنبي، هو فرد عادي لا يملك صفة المثول مباشرة أمام المحكمة، المذكورة لكونه لا يتمتع بالشخصية الدولية أن السبيل الوحيد أمام المستثمر الأجنبي، هو اللجوء إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لكي يتسنى لها المطالبة لدى محكمة العدل الدولية، وكذلك العديد من أحكام القضاء الدولي[٣]،ومن خلال ذلك أن لكل دولة حق ومصلحة أن تطالب بحقوق ومصالح رعاياها، محترمة ومكفولة من جانب الدول الأخرى، لذلك يكون لها الأهلية القانونية، في رفع دعوى المسؤولية الدولية، إذا حصل اعتداء على حقوق ومصالح رعاياها نتيجة لمخالفة دولة لإحكام وقواعد القانون الدولي، تقوم دولة المستثمر الأجنبي، بتحريك المسؤولية الدولية اتجاه الدولة

---

(١) د. إبراهيم العاني، القانون الدولي العام، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٥٧١ .

(٣) أنظر القرار :. Nottebohmcass , I . C .J .Kep m 1955 , p . 24

المستضيفة، نتيجة ذلك الضرر الذي طال رعاياها، إذا لم يتمكنوا من الحصول على حقوقهم بالطرق القضائية الداخلية[١].

فرغم تعدد الطرق التي يمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إليها في تسوية منازعاتهم، في عقود الاستثمار، إلا إنّ المستثمر الأجنبي، لا يسلكها لعدم قناعته بالنتيجة التي تفضي إليها، وكذلك الوقت الطويل الذي يستغرقه للحصول على حقوقه، لذلك يفضل اللجوء إلى التحكيم، لوجود خصوصية ثابتة لهذه العقود لتسوية منازعاتهم لذلك يعتبر التحكيم الوسيلة الأفضل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها.

فأن وجود الدولة طرف في العقد يجعل المستثمر الأجنبي، بحاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماره، لذلك أصبح قضاء التحكيم (القضاء الخاص)، هو القضاء الطبيعي في هذا المجال[٢]، وهو ما يسمى بالقضاء (المختار) وهو وسيلة من وسائل التسوية بين المتنازعين، ومن خلال ذلك أصبح القضاء الطبيعي، في حسم المنازعات الناشئة بين المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة ومن الدوافع التي تحفز المستثمر الأجنبي، للجوء أليها منها دوافع موضوعية.

فتتمثل بسرعة وسرية إجراءات التحكيم، وحرية إرادة الأطراف، في وجود قضاء متخصص وهناك دوافع شخصية، ولطبيعة تلك العقود الاستثمارية الأجنبية، لكونها تبرم بين طرفين غير متكافئين بين دولة، تتمتع بالسيادة من جهة والمستثمر الأجنبي، فاقد لهذه السيادة من جهة أخرى. فأن اللجوء إلى محاكم الدولة لا يحقق الرضا التام من قبل المستثمر الأجنبي، لوجود صعوبات قد يواجهها وعدم شعوره بحيادية، موقف الدولة بشكل كامل نحو هذا النزاع[٣].

فضلا عن ذلك عدم الثقة بعدالة محاكم الدولة المستضيفة، ومن خلال ذلك نجد أن المستثمر الأجنبي، حريص على أن يتم إدراج شرط التحكيم في العقد مع الدولة المستضيفة.

---

(١) د. أحمد أبو لوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤،٢٠٠٠، ص ٨٧٦ وما بعدها.

(٢) د. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٣.

(٣) د. بشار محمد الأسعد: مصدر سابق، ص ٢١ ٠

لذلك يعتبر التحكيم فيه آلية حسم المنازعات لتحقيق العدالة، بمفهومها العالمي وهذا يؤدي إلى الأمان القانوني، من خلال كسب ثقة التجارة العالمية والاستثمارات[١]، وحرصا من تلك الدول على جذب الاستثمارات أقرت بالتحكيم كوسيلة لفض النزاعات الحاصلة بين المستثمرين والدولة المستضيفة. وفي هذا الاتجاه سار قانون الاستثمار العراقي ليتضمن فكرة اللجوء إلى التحكيم في حسم المنازعات بين الأطراف، وذلك في المادة (٢٧) الفقرة (٤) التي نصت على (إذا كان النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد والاتفاق علىآلية حل النزاع، بما فيها اللجوء إلى التحكيم، وفقا للقانون العراقي أو أي جهة أخرى، متفق عليها دوليا)[٢].

فقد تضمن قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل فكرة اللجوء إلى التحكيم (في تسوية المنازعات الناشئة بين أطراف العقد إذْ نصت المادة (٢٥١) على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم، في جميع المنازعات، التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين)[٣]، وأشترط أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا وليس شفاها.

من خلال التشريع العراقي فأنه حسم التنازع في القوانين، ولم يركن إلى القانون الأصلح في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لأنّ الإرادة هي التي حددت القانون الواجب التطبيق، وهنا لا مجال بالأخذ بالإحالة لاختيار القانون الأصلح العلاقات الحاصلة بين الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي؛لأنّ الإرادة التعاقدية حسمت القانون واجب التطبيق.

كما جاء في قانون ضمانات حوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ وذلك في المدة (٧) منه على الوجه الذي يتفق عليه مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعة في إطار الاتفاقيات الثنائية، السارية بين جمهورية مصر، ودولة المستثمر، أو في إطار اتفاقية واشنطن الخاصة، بتسوية النزاعات الاستثمارية، بين الدول ورعايا دول أخرى، أو وفقا لإحكام قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ أو عن طريق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم

---

(١) د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (وثائق تحكيم) الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨، ص ٧٨٣ .

(٢) قانون الاستثمار العراقي رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .

(٣) قانون المرافعات العراق رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

التجاري الدولي[١]، وكذلك دأب المشرع المصري في تحديد القانون الواجب التطبيق ولم يأخذ بدور الإحالة في اختيار القانون الأصلح في العلاقات المشوبة بالعنصر الأجنبي.

الفرع الثاني
قانون جنسية المستثمر

أن تحديد القانون، الذي يمكن أن يطبق على العقود ذات الصفة الدولية، يستوجب اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، المعروف بمبدأ (حرية واستقلال الإرادة) وهو ما يسمى مبدأ خضوع العقد للإرادة والذي أصبح من المبادئ المستقرة، في أطر القانون الدولي الخاص [٢]، وأن قاعدة خضوع العقد لقانون للإرادة من قواعد تنازع القوانين، لذلك تعتبر إرادة المتعاقدين، في اختيار القانون الواجب التطبيق، على العقد تعتبر ضابط إسناد أصيل في قواعد التنازع بالعقود الدولية[٣].

تبنته كثير من الآراء الفقهية أن (القانون واجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لأثارها هو ذلك الذي تبناه الأطراف بإرادتهم)، وذلك أخذت أغلب التشريعات المحلية، والمعاهدات الدولية، المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية، وتلك المتعلقة بقاعدة قانون الإرادة والتي تقرر حق أطراف العلاقة العقدية الدولية، في اختيار القانون الذي يحكمها (حيث جاء في التشريع العراقي في نص المادة (٢٥ /١) من القانون المدني العراقي)[٤].

على مستوى التشريعات العربية، ومن خلال ما ورد في التشريع المصري، في نص المادة (١/١٩) من القانون المدني والتي نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فأنّ اختلفا موطنا سرى قانون الدولة

---

(١) قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم(٨) لسنة ١٩٩٧، منشورات في الجريدة الرسمية، العدد ١٩، في ١١ مايو سنة ١٩٩٩، ولقد تم التعديل هذا القانون بموجب قانون رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٤. وكذلك ينظر القانون رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٤، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٧، في ٢٢ ابريل سنة ٢٠٠٤، ص ٣ .

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢ ،ط٨، مصدر سابق، ص ٤٢٧ .

(٣) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

(٤) القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل (اذ نصت المادة ٢٥ /١ يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه) .

التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه)، ويمكن تعريف المستثمر الأجنبي وفقا لرأي القضاء، هو الشخص الذي يتمتع بالشخصية القانونية، وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وبهذا نكون أمام نوعين من المستثمرين الأجانب، الأول المستثمر الأجنبي الطبيعي (الفرد) والثاني المستثمر الأجنبي الاعتباري (كالشركات) ولان تحديد جنسية المستثمر الأجنبي (طبيعي أو اعتباري) مسالة تخص القانون الداخلي للاستثمار[١].

إذ تعد مسالة تحديد جنسية المستثمر أمرا خاصا تحدده التشريعات الداخلية لكل دولة مستضيفة للاستثمار، لذا فقد اهتمت الدول المستضيفة، للاستثمار بوضع تعريف للمستثمر الأجنبي، بحسب ما إذا كان شخصا طبيعيا أو اعتبارياً وبالنسبة لجنسية الشخص ومن خلال الاتفاقيات الدولية، تابع لدولة متعاقدة، بشأن حماية المستثمر، ولذلك أوردت مصطلح مستثمر، يعني أي شخص طبيعي أو اعتباري وفي حالة تعدد جنسية المستثمر لشخص الطبيعي تطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

باعتبار عقود الاستثمار عقود دولية، ومن الآثار المترتبة عليها هي منح الأطراف حرية اختيار القانون، الذي سيحكم عقودهم التي يبرمونها، وهي متصفة بالصفة الدولية، حيث يمكن لقانون الإرادة، التطبيق على هذه العقود لذلك وجود إمكانية لأطراف العلاقة القانونية، من إخضاع عقودهم للقانون الذي تختاره إرادتهم الصريحة أو الضمنية[٢].

فهو ما أقرته التشريعات الداخلية كما أسلفنا والاتفاقيات الدولية، وكذلك قرارات الهيئات الدولية فقد تضمنت اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ والخاصة بمنازعات الاستثمار، بين الدول المستضيفة للاستثمار ورعايا الدول الأخرى، في المادة (٤٢) من الاتفاقية أعلاه، ومن خلال ذلك تجعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي والذي يحكم القانون واجب التطبيق، الذي يلتزم به المحكم بتطبيقه بشأن النزاع المعروض أمامه، وكذلك نصت المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات

---

(١) أقرت هذا المبدأ محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية تونس ومراكش.
Tunis &Morocco . Seep .C .I . J .Nttebohm case , I .C . J .,Reports , p . 4
كما نصت على هذا المبدأ عدد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار الصادر بها القانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠٠ كذلك المادة (١) من اتفاقية دولة الكويت والمملكة المغربية للتشجيع والحماية المتبادلة الاستثمار الصادر بها القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠ .

(٢) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

الفرنسي لعام ١٩٧٣ على أنه (يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف).

ومن خلال ذلك أن قواعد قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ تطبق بشأن الاستثمارات التي أطرافها الدولة من جهة، والأفراد الوطنيين وكذلك الأجانب من جهة أخرى، والأفراد بعضهم مع البعض الآخر، أن قانون الاستثمار يسري على علاقات الاستثمار ذات الصفة الوطنية، وكذلك ذات الصفة الأجنبية لذلك يختلف وصف المستثمر في حالة الشخص الطبيعي عنه في حالة الشخص المعنوي، من خلال قراءة المادة (١) من قانون الاستثمار[١].

فلا بد من الوقوف على الوصف القانوني حسب ما ذكر في القانون وبعض القوانين المقارنة، في حالة الشخصية القانونية للمستثمر، باعتبار المستثمر شخص طبيعي، عند قراءة نصوص بعض القوانين الاستثمار العربية، اعتمدت على معيار الجنسية لتحديد الوصف القانوني للشخص الطبيعي، لتحديد التبعية السياسية[٢] .

ففي المادة (١ /ي) وصفت المستثمر العراقي (وهو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي...) وهذا يعني أن الشخص، الذي لا يحمل الجنسية العراقية، هو مستثمر أجنبي. وهذا ما أكدته المادة (١/ط) حيث نصت على (هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي...) ومقابل الاعتماد على معيار الجنسية، في تحديد الجنسية للشخص الطبيعي في القانون العراقي والمقارن.

إذاً فما هو المعيار المعتمد في تحديد الجنسية للشخص المعنوي، ومن خلال ذلك أجابت معظم التشريعات، باعتماد الجنسية الوطنية، لمكان التأسيس ومكان مركز الإدارة الرئيسي[٣]، كما اعتمدت بعض منها الصفة الداخلية لملكية رأس المال المستثمر [٤]، وكذلك أخذت الاتفاقية

---

(١) قانون الاستثمار العراقي رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

(٢) ومن هذه القوانين ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم(٨) لسنة ١٩٩١ وقانون تشجيع الاستثمار السوري المعدل بالمرسوم التشريعي رقم(٧) لسنة ٢٠٠٠، وقانون تشجيع الاستثمارات اللبناني رقم(٣٦٠) لعام٢٠٠١.

(٣) وهي كل من القوانين المصري والسوري والليبي واللبناني ... .

(٤) د. هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان لاستثمار العربي، مؤسسة الشباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٨.

المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام ١٩٧١ [١]. فمن خلال ما تقدم ينحسر دور التنازع القوانين، وجمود لدور الإحالة، باعتبار الإرادة حددت القانون واجب التطبيق، ولم تشر إليها التشريعات. في مجال الاستثمار ومن خلال ذلك أن التشريعات العربية، كان من المفترض أن تساير التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية، وتعطي مجال للقضاء، بالأخذ بالقوانين الأنسب والأصلح لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وتفعيل لدور الإحالة في ضوء الغاية الأساسية لقواعد الإسناد لكي يعطى فكرة حديثة ومتطورة عن الفكر التشريعي، باعتباره يساير التطور الذي يشهده العالم .

لذلك أن كل من التشريعين المصري والعراقي وخاصة التشريع العراقي باعتبار أن القانون المدني المصري، مصدر من مصادر القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري أحد أهم مصادره هو القانون المدني الفرنسي، أن أي حالة تطور في القانون الفرنسي يتأثر به القانون المدني العراقي بصوره مباشرة أو غير مباشره إلا أن انضمام فرنسا إلى معاهدة روما وبقاء التشريع العراقي على حالة دون تطوير قاعدة الإسناد ولم يعط دوراً للقضاء بتبني الإحالة .

(١) حيث نصت المادة (١٧) من الاتفاقية العربية (اشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطنين الأقطار العربية المتعاقدة، أو شخصا اعتباري تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو مواطنيها ويكون مركزه الرئيس في احد هذه الأقطار) ومقابل ذلك لم تحدد اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ معيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي بل اكتفت بعبارة الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع .... المادة (٢٥ / ٢) من الاتفاقية .

الخاتمـــــــة

الخاتمة

ومن خلال الدراسة المقارنة لدور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد وبين المنهج التقليدي القائم من خلال نظرة عامة من الموقف من هذه النظرية بالرفض أو القبول، والانتهاء بالنسبة لدور الإحالة في ضوء الغاية الأساسية لقواعد الإسناد والدور التشريعي والقضائي التي يحتكم إليها، والتطبيقات على ضوء ضوابط الإسناد التي تم تناولها لبيان دور العلاقة بين دور الإحالة والغاية الأساسية لقاعدة الإسناد التي تم التوصل إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولا: الاستنتاجات .

١. إنّ اتخاذ موقف مسبق من الإحالة بالقبول أو الرفض، قد يتسبب في تضييع غاية قاعدة الإسناد، التي من أجلها شرعت، في اختيار أحسن النظم القانونية، لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، من بين قوانين الدول المختلفة، التي لها ارتباط بالعلاقة القانونية الخاصة محل النزاع إذا كانت أصلح للطرف الأضعف في العلاقة .

٢. إنّ اعتماد النهج المقارن، سيمكن القاضي العراقي من تجاوز الإشكاليات الناشئة من اعتماد بعض ضوابط الإسناد، إذ سيقف عند غاية قاعدة الإسناد وبالتالي إمكانية الوصول إلى أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، والخروج من التحديات التي ستواجهه من خلال التشريعات، التي شرعت في حقبة زمنية كان دور العنصر الأجنبي، معدوما أو شبه معدوم من خلال العلاقات المتبادلة أن ذك مقارنة بدور العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، والتوسع في هذه العلاقات القانونية المختلفة في وقت الحاضر.

٣. إنّ التشريع العراقي كغيره من التشريعات، التي شرعت قبل أكثر من ثلاثة أرباع القرن تأثرت بالمخاوف التي أثيرت من قبل الفقه القانوني حول السيادة والعقدة التي لازمة المشرع العراقي بكون المنطقة خرجت من تحت الاحتلال وظروف الانتداب ولأخذ بالإقليمية هذا من جانب أضافه إلى المخوف التي أثيرت من قبل خصوم الإحالة، جاء التشريع العراقي في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقبل هذا القانون أخذ في بعض الأحوال المتعلقة بالأحوال الشخصية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وكذلك سمح بالإحالة فيما يخص أهلية الملتزم بالسفتجة على سبيل الاستثناء دون أن يمنح فرصة للقاضي في تكييف كل حالة بحالتها لاختيار القانون لأوفق لها .

ثانيا:التوصيات.

١. نقترح تعديل نص المادة (٣١ /١) من القانون المدني العراقي على النحو الأتي إذا تعين أن قانون أجنبي هو الواجب التطبيق فإنما تطبق أحكامه الموضوعية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص إلا إذا كانت الأخيرة تشير إلى القانون الذي يؤدي أو يوصل إلى حل معقول ويحقق العدالة للعلاقة بين طرفي النزاع وتحقيق الاستقرار في المراكز القانونية لهم.

٢. نقترح إضافة عبارة إلى المادة (٤٨ / ثانيا) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤،"إذا كانت أصلح للمقصود بالحماية بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسية فإن أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى ، كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق إذا كانت أصلح للمقصود بالحماية " .

المصـــــادر

((المصادر))

القرآن الكريم

أولا: الكتب القانونية.

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٢. إبراهيم العاني، القانون الدولي العام، القاهرة، ١٩٩٠.

٣. د. أحمد أبو ألوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٠.

٤. د. أيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية التجارية الالكترونية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠٠٨.

٥. د. أحمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، (علم قاعدة التنازع)والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،١٩٩٦.

٧. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الخاص وقانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م .

٨. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨ .

٩. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

١٠. أحمد عبد الكريم سلامة، قواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨١ .

١١. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٦.

١٢. د. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

١٣. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

١٤. د. جمال زكي الجريدي ، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨

١٥. د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري، القاهرة، ١٩٤١ .

١٦. د. حسام الدين فتحي ناصيف: المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٧٧ .

١٧. د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٨، ص١٠٣.

١٨. د. حسن عبد الباسط الجيميعي، أثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠.

١٩. د. حسن علي ذ نون ، فلسفة القانون / مكتبة السنهوري، ٢٠١٥ .

٢٠. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٢١. د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (تنازع القوانين) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.

٢٢. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٥ .

٢٣. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣ .

٢٤. د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١

٢٥. د. حلمت محمد دويدار ، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ١٤١٨ هـ

٢٦. د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ويطلق علية(معيار العلاقة المباشرة أو الغرض من التصرف)، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٧.

٢٧. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،٢٠٠٩.٢٩.د. خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٢٨. د. خالد ممدوح إبراهيم ، التقاضي الالكتروني، مؤسسة الجامعة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.

٢٩. د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤ .

٣٠. د. سالم أرجعة، الوجيز في القانون الدولي الخاصالليبي، مطبعة نور الإسلام، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٣١. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام، الإسكندرية، ٢٠٠٠ .
٣٢. د. سامي بديع منصور ، ود. أسامة العجوز ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٣٣. د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٤ .
٣٤. د. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية)، الطبعة الأولى، الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١.
٣٥. د. طرح البحور حسن فرج، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في ١٩ يونيو ١٩٨٠)، منشأة المعرف، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ .
٣٦. د. طرح البحور حسن، عقود المستهلكين الدوليين ما بين التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٣٧. د. عامر محمد لكسواني ، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
٣٨. د. عباس العبودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١٥.
٣٩. د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم (وثائق تحكيميه) الكتاب الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨
٤٠. د. عبد الرحمن علام ، شرح قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق، العاتك لصناعة الكتاب، ط٢ ، ٢٠٠٨ .
٤١. د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣ .
٤٢. د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط٢، مكتبة زين الحقوقية، سنة ٢٠١١ .
٤٣. د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي، القانون الدولي الخاص، العقد الالكتروني، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠١٦ .
٤٤. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الكتاب الأول، ٢٠٠٤ .

٤٥. د. عبد المنعم زمزم، د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ .

٤٦. د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ .

٤٧. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدوليين، ط٨، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.

٤٨. د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات (دراسة تحليلية وتأصيليه في القانون المصري والمقارن)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٦ .

٤٩. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٥٠. د. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦

٥١. د.علي عليسليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، بيروت، ١٩٦٩ .

٥٢. د. غالب علي الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص (وتطورها في قوانين دول الشرق الأوسط خاصة)، دار الطباعة الحديثة، البصرة، ١٩٦٥

٥٣. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، دراسة مقارنة، ط٤، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠١.

٥٤. د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٩.

٥٥. د. غسان رباح ، تاريخ القوانين والنظم الاجتماعية، ط١، بيروت، ١٩٩٣.

٥٦. د. غسان رباح ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

٥٧. الشيخ فاضل الصفار ، أصول الفقه وقواعد الاستنباط، دراسة تطبيقية مقارنة، الجزء الثاني، ط١، مؤسسة الرافد للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

٥٨. د. فايز الحاج شاهين ، تنازع القوانين في المكان والزمان في مجال التقادم، باريس، الطبعة الأولى، ١٩٧٥.

٥٩. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار، النهضة العربية، القاهرة،١٩٨١ .

٦٠. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
٦١. د. محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨
٦٢. د. محمد حسين منصور، الأحكام التقليدية والمسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .
٦٣. د. محمد خيري كصير، (حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين)دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
٦٤. د. محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
٦٥. د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في الأمم المتحدة، قانون السلام، الطبعة ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣
٦٦. د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب مادة التنازع، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١ .
٦٧. د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية /دراسة مقارنة في العقود الاقتصادية الدولية)، بدون دار نشر، ط١، ١٩٨٢ .
٦٨. د. ممدوح أبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٦٩. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، بغداد، ١٩٧٣ .
٧٠. د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥.
٧١. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول (تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، ١٩٩٨
٧٢. د. محمود محمد ياقوت، الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤
٧٣. د. محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس (دراسة تحليلية وتطبيقية)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢..٣
٧٤. د. مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية .

٧٥. د. مصطفى أحمد أبو عمرا الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .

٧٦. د. هشام خالد، المركز القانوني لتعدد الجنسية، مع إشارة خاصة لحق المصري متعدد الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب في ضوء الإحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١ .

٧٧. د. هشام خالد، الإحالة دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤

٧٨. د. هشام خالد، خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي، مؤسسة الشباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٨.

٧٩. د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٨٠. د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢ .

٨١. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤

٨٢. د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٥.

٨٣. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، ٢٠١٤.

٨٤. د. يونس صلاح الدين علي ، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.

ثانيا: البحوث والدراسات

١. د. أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٢١، سنة ١٩٦٥ .

٢. د. أحمد صادق القشيري، (نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة العاشرة، العدد الأول، يناير، مصر، ١٩٦٨.

٣. د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري، ومنهجية تنازع القوانين، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، (تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس)، السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول والثاني، يناير ١٩٨١ .

٤. د. خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، العدد الثاني، ٢٠٠٨.
٥. د. سامي بديع منصور ، الإحالة كمبدأ يفرضها المنطق القانوني ، تعليق على قلرار محكمة استئناف بيروت المدنية، الغرفة الثانية عشر، بتاريخ ٤/٢٤/ ١٩٩٦. والمنشور في مجلة العدل ، مطبعة صادر ، نقابة المحامين، بيروت، ١٩٩٦.
٦. د. عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي، القواعد ذاتية الحلول العالمية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، المجلد ١، الإصدار ٢٢ العام ٢٠١٤ .
٧. د. عز الدين عبد الله ، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد(دراسة مقارنة) في قوانين بعض الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٧٩.
٨. د. عدنان إبراهيم السرحان، المهني المفهوم والانعكاسات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٩. د. فراس كريم شيعان وارم عصام خضير ، أثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق ، السنة الثامنة، المجلد٣، العدد ٢٩ آذار، ٢٠١٦.
١٠. د. منير عبد المجيد ، حول مفهوم القانون المحددبمعرفة الأطراف في العقودالخاصة الدولية. مجلة الدراسات، العدد الثالث، جامعة بيروت ، كلية القانون ، كانون الثاني ، ١٩٩٩.

ثالثا:الرسائل الجامعية:

١. د. بن عامر، أساس المسؤولية أثنا السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٩ .
٢. د. صالح مهدي كحيط ، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية كربلاء، ٢٠١٨.
٣. د. عبد الحميد عبد الله سعيد القرشي، القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي (أطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١ م .
٤. محمود محمد ياقوت حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٨.

رابعا: المصادر الأجنبية:

1. Bernard Audit: international prive , 3edition economic , 2... 1969 .
2. Cavers- Acritique choice of laws problem, 47 Harvard laws Review ,1933,

3. Deby – Gerard, op ,cit , no 157 ets – Simon –Depitre –les regiesmatierielles , 1976 .
4. FrancescokisMelin,Droit international prive,Casbah, Alger , edition , 2004 .
5. GieselaRuhl: consumer protection in trnational Law , 1966 .
6. Mayer: Droit international prive ,paris , 1983 ,
7. Paul Lagarde:VersuneapprocheFonctionnelle du conflitpositif de nationalite , R . Crit ,paris , 1988 .

خامسا: القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. القانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١.
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. قانون الأحوال الشخصية رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٥. قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٦. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٧. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل .
٨. قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٧) لسنة ١٩٨٤ .
٩. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المعدل .
١٠. قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .
١١. قانون ضمانات الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩١ .

Abstract

The fundamentals 0n which the National legislator is depend on it is dealt with in a previous and current period of time by some legislations according to public and perfection theoretical program lead to acceptance or rejection of the theory of referral of the assignment theory.

It may not be observed of the individuals expectations and doesn't get any solution convent with the international trade as well as there is no coordination between the various legal systems.

As a result the development of the international trade relationships lead to the persons join to private international legal relationships.

The effect of the harmonization of national lawsthat affect these relations are to search in its legislation the possibility of applying foreign laws in manner that is consistent with the ruling for those relations with a foreign elements and since national law have legislative and jurisdiction within the boundaries of their territories. The foreign law has jurisdiction and allows the application of substantive rules in it to rule the legal relationship and may refuse to accept jurisdiction so the rules of attribution in it for the contract of jurisdiction are directed to another law maybe the law of the judge who is looking into the dispute or another foreign law.

Legislations that confirmed the sufficiency of the application of the substantive rules did not allow the application of the referral of attribution rules. As for the legislation law as an indivisible to adopt the provisions of the referral and that acceptance or rejection of a comprehensive abstract may cause a loss of access to the application of the most appropriate laws to govern the special international legal relationship, in order to achieve the target for which the rule of attribution was found to protect it and the expectations of the legitimate parties or to achieve the target of justice, it was necessary to reduce the severity of the assertiveness by accepting or rejecting the referral or putting the interests of the parties into account in the referral report from others.

It is necessary to stand at the purpose for which the rules of attribution were enacted, determine the basic purpose of its function and mitigate the legislative stalemate in proportion to the development in private international role of the rules of attribution in order to define the law that achieves the purpose of the attribution rule and maintains a high level of legal certainty among the parties.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Babylon University
College of Law

The role of Renvoi in developing attribution rules

((Comparative study))

A Thesis submitted to the council of the college of Law of Babylon University in partial fulfillment for requirements for Master's Degree .

Presented by

WAAD OBAID JOUDA

Supervised by

Prof. Dr

Abdul Rasoul AbdulRedha Jaber Al Asadi

2022 A.D 1444A.H