DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560 ISSN : 2072-6317(P) - 2572-5440(O)

جامعة المثنى / كلية التربية للعلوم الانسانية

مجلة اوروك للعلوم الانسانية

موقع المجلة: www.muthuruk.mu.edu.iq

التناسق بين القوانين الأكثر أمنا للأطراف

(دراسة مقارنة)

وعد عبيد جوده حاشوش*

عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي

جامعة بابل / كلية القانون

معلومات المقالة

تاريخ المقالة :

تاريخ الاستلام: 2022/4/6

تاريخ التعديل : 2022/4/19

قبول النشر: 2022/4/21

متوفر على النت: 2022/9/22

الكلمات المفتاحية :

التناسق، القوانين، الأطراف.

الملخص

أن الوقائع التي يستند إليها المشرع الوطني ، في تحديد الغاية الأساسية لقاعدة الإسناد التي تم التعامل معها في حقبة زمنية سابقة ولاحقة من قبل معظم من التشريعات المختلفة ، من خلال منهاج نظري عام ،يتطلب القبول أو الرفض لنظرية الحل الوظيفي لدور الإحالة ، وهذا قد لا يلبي لتوقعات الأفراد المشروعة ، ومن خلال التطور الحاصل في المجتمعات المختلفة وتشابك العلاقات الخاصة الدولية ذات العنصر الأجنبي ، وهذه التشريعات التي لا تلبي مصالح الإفراد في ضوء هذا التطور، والقاضي عندما يقوم بإعمال تلك القواعد أي قواعد الإسناد ، فإنه ملزم بمراعاة القانون الواجب التطبيق وهذا لا يحقق وفق المنهج التقليدي سوى العدالة الشكلية ، ومن خلال الدور الوظيفي لقواعد الإسناد ومن المبادئ العامة للوظيفة الطبيعية لقاعدة الإسناد إنها تحقق التناسق بين القوانين وتحقيق العدالة المادية وبدوه يحقق الأمان القانوني للأطراف العلاقة القانونية محل النزاع ، ولا بد من الوقوف عند الغرض الذي شرعت من أجلها قواعد الإسناد وبحث الحلول والخروج من الجمود التشريعي إلى مجال المرونة بما يتناسب مع التطور الحاصل في العلاقات الخاصة الدولية .

©جميع الحقوق محفوظة لدى جامعة المثنى 2022

المقدمـة:

من الثابت أن قانون كل دولة يتكون من نوعين من القواعد ، قواعد إسناد وقواعد موضوعية ، أن وظيفة الأولى تتحدد في أطار حل التنازع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي بينما تتحدد وظيفة الثانية في حكم العلاقات الوطنية في الغالب ، فضلا عن قيامها بحكم العلاقات ذات البعد الدولي في حالات محدودة ، وفي أطار العلاقات ذات البعد الدولي تنهض قواعد الإسناد لتحديد الاختصاص التشريعي لدولة ما ، وفي هذه المناسبة فأن القانون المعقود له الاختصاص إذا اعتمدنا قواعده الموضوعية فلا نتصور حصول الإحالة لأن القواعد الموضوعية تطبق بشكل مباشر . بينما نجد استشارة قواعد الإسناد والرجوع لها في القانون المعقود له الاختصاص يمكن أن يفضي لبروز ظاهرة الإحالة عندما لا تقبل قواعد الإسناد في القانون المعقود له الاختصاص ما أسند لها من اختصاص بموجب قواعد إسناد قاضي النزاع . فهنا عدم القبول هو تخلي لقانون آخر وهنا احتدم النقاش حوا مصير الاختصاص الراجح ومن ثم اختيار القانون المناسب والمتناسق من بين القوانين الأكثر أمنا لأطراف العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي .

أولا: فكرة الموضوع

أن المشرع في أي دولة من الدول عندما يشرع قواعد إسناد ، التي تعطي الولاية للقانون الواجب التطبيق ، وهو في هذه الحالة

*الناشر الرئيسي : E-mail : xhjnhhhgqw@gmail.com

يتسامح بتطبيق القانون الأجنبي رعاية منه لمصالح الإفراد ذات العنصر الأجنبي ، وبما أن أهم المبادئ التي شرعت قواعد الإسناد من أجلها هو تحقيق العدالة المادية للأطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ، وتحقيق التناسق بين القوانين المختلفة .

ثانيا : أهمية الموضوع

أن تنازع القوانين بدأت بالظهور بصورة تدريجية ولم تظهر بصورة مفاجئة أو دفعة واحده ولتشابك العلاقات بين الشعوب والإفراد مما أدى إلى حاجة الأطراف المختلفة إلى تنمية ثرواتهم الاقتصادية ولضرورة إيجاد الثقة ولاستقرار في علاقاتهم القانونية ونتيجة لتشابك المصالح مما أوجد حالة التنازع في القوانين ، ونتيجة التطور العقل البشري نحو تحقيق أهداف ومبادئ .

وتتمحور هذه المبادئ بتحقيق التناسق بين القوانين المختلفة ذات النظم المختلفة وتحقيق الهدف المنشود وهو تحقيق العدالة المادية ، لذا فأن التناسق في أطار قواعد الإسناد ، يعني تحديد مساحة للقانون الذي يطبق في كل دولة .

ثالثا : مشكلة البحث

هل أن اعتماد موقف مسبق من الإحالة يحقق المرونة لدى القاضي المعروض أمامه النزاع في تطبيق القانون المناسب في اختياره لأنسب القوانين ولتحقيق الهدف والغاية التي من أجلها شرعت قواعد الإسناد ؟ وهي تحقيق المصلحة المشروعة لأطراف العلاقة القانونية والتناسق بين القوانين وخروج القاضي من حالة الجمود إلى المرونة في تحقيق مصلحة أطراف العلاقة القانونية .

رابعا : منهجية البحث

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

خامسا : خطة البحث

قسمنا خطة البحث إلى مبحثين المبحث الأول القانون الأكثر عدالة في مطلبين المطلب الأول العدالة الشكلية والمطلب الثاني العدالة المادية وخصصنا المبحث الثاني تطبيق القانون الأقوى صلة بالعلاقة القانونية وقسمناه لمطلبين المطلب الأول تطبيق القانون الأقوى صلة موضوعية وفي المطلب الثاني تطبيق القانون الأقوى صلة شخصية .

المبحث الأول

قانون الأكثر عدالة

من المبادئ التي تحققها قاعدة الإسناد مبدأ العدالة بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية وتتمثل في فسح المجال لقواعد القانون الأجنبي ، في تطبيقها على العلاقة القانونية ، حيث أن اقتصار تطبيق قواعد القانون الوطني لقاضي النزاع ، قد يكون فيه إنكار للعدالة بالنسبة لأحد الأطراف العلاقة القانونية ، مما يتنافى مع الغاية العليا لوجود القاعدة القانونية ، في كل الأنظمة القانونية على اختلافها ، والتي تقوم على تحقيق العدل لأفراد المجتمع بغض النظر عن إنتماءاتهم السياسية (الجنسية) وارتباطاتهم الواقعية (الموطن) . أن من أهم الأفكار التي تسعى إليها الإحالة هو الوصول إلى تبني القانون الأكثر عدالة ، من بين القوانين المتزاحمة في نطاق القانون الدولي الخاص .

والعدالة تختلف في تبنيها من خلال النظم القانونية المختلفة فهي تهدف إلى تحقيق التناسق أو التعايش بين القوانين وكذلك تحقيق الملائمة في ضوء العدالة بالنسبة للقوانين التي تحكم الرابطة القانونية ، فقد تختص محكمة معينة بالنظر في منازعة ليست بطبيعتها تدخل ضمن الاختصاص العادي لتلك المحكمة وإنما تقرر الاختصاص مراعاة لاعتبارات معينة مثل حسن إدارة العدالة تلافيا لتضارب الأحكام (1) . لذا سوف نقسم المبحث إلى مطلبين : - المطلب الأول : العدالة الشكلية والمطلب الثاني : العدالة المادية .

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

لمطلب 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 آثار الواقعية لتطبيقه ولابد من الأخذ بعين الاعتبار حينما يريد تحديد الموقف من الإحالة ، إخضاع العلاقة القانونية إلى أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية وان تفاجاوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل عليهم التنبه لإحكامه أو حتى إمكان خضوع علاقتهم له ، وهذا ما يسعى قاضي النزاع إلى تحقيقه (2) . وفقا لما يأتمر بأمر مشرعة .

وبالتالي سيكون ذلك معيارا يعتمده القاضي للأخذ بالإحالة من عدمها ، فعليه 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 (3). حيث كان الأفضل للتشريعات المقارنة النص على الإحالة من الدرجة الأولى ولأخذ بها وهذا سيكون أكثر تحقيقا لقاعدة 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 ، كما يكون من مصلحتهم تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه ، بدلا من تطبيق قواعد قانونه لبلد آخر ، قد لا يتمكنون من معرفة قانونها ، وقد يكون حكمه غير متوقع ، ولا يحقق توجهاتهم ومصالحهم (4) . حيث يذهب جانب من الفقه الفرنسي ، على أن الهدف المطلوب والوظيفة الأساسية لقاعدة التنازع ، كغيرها من قواعد القانون الدولي الخاص ، هو احترام التطلعات المشروعة لأصحاب العلاقة القانونية ، وهذا سيكون من خلال التوصل إلى نوعي الإحالة ولابد من الحصول على اختلافات بين طرق التعامل المحكمة مع كل نوع من أنواع الإحالة ، حيث يبرز دور المحكمة في التعاطي مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق .

وهذا لا يحقق الأمان القانوني المتمثل في الحفاظ على توقعات أطراف العلاقة الخاصة الدولية من الناحية الشكلية مما يؤدي إلى عدم نمو تلك العلاقات واستقرارها وذلك من خلال التحديد الأعمى للقانون الواجب التطبيق وهذا لا يحقق الأمان القانوني ما لم تدعمه اعتبارات العدالة ، فالعدالة يترجمها الأمان القانوني للعلاقات القانونية الخاصة للأفراد 0 وتطبيق القواعد الشكلية في القانون الذي لا يراعي توقعات الأفراد المشروعة كان تكون "القواعد الموضوعية" في قانون القاضي ، في الإحالة من الدرجة الأولى متى كان مرتبطين بدولة القاضي من خلال الإقامة أو الموطن أو وجود المال موضوع النزاع .

وبالتالي سوف يكون من غير الميسور عليهم الإحاطة بهذه القواعد ومن هذا المنظور ، فإنهم لا يركنون إلى تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي واطمئنانهم إلى تطبيق قانون دولة أخرى على الرغم من التعذر عليهم الوقوف عليه ومعرفة أحكامه (5) . كما لو مات فرنسي متوطن في انكلترا عن أموال عقارية ومنقولة فيها ، فان القانون واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد الانكليزية هو "القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة" .

بينما قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي ، تعد الاختصاص للقانون الانكليزي (قانون موقع المال وقانون موطن المتوفى) في هذه الحالة سيطبق قاضي النزاع القواعد الموضوعية في القانون الانكليزي على الميراث أعمالا للإحالة من الدرجة الأولى والتي يقرها القضاء الانكليزي(6) . وهذا وفق ما حددت قواعد الإسناد في كل من فرنسا وانكلترا ، كما يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي ، ضرورة أن يوازن القاضي بين الأمان والعدالة في أداء قاعدة التنازع لوظيفتها .

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

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 فإنها تتمثل بمراعاة الكيفية التي سيتعامل معها قاضي النزاع مع القانون الأجنبي واجب التطبيق .

سيتعامل على نحو الأجمال وبالتالي قبول الإحالة من الدرجة الأولى ، أم يطبق فقط القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ، أي وفقا لمراعاة دور الإحالة المحتمل وأثرها على العلاقة القانونية ومدى ارتباطها مع هدف قاعدة الإسناد ، فيتم الأخذ بالإحالة عندما تتحقق الحماية لتلك التوقعات المشروعة ، أما إذا تبين لقاضي النزاع أن أعمال 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 التي أشارت باختصاصه "قواعد الإسناد الوطنية" (7).

ويرى جانب من الفقه المصري (8) . أن الإحالة لا تقود بذاتها إلى التوقع أو التبصر المشروع للأطراف إلا 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 الواجب التطبيق "فقواعد الإسناد بوصفها قواعد غير مباشرة" تقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق دون الأخذ بعين الاعتبار "النتيجة المادية المترتبة" على هذا الاختيار . سيحلل دور الإحالة تحليلا تقليديا لا يأتي بشي لمواجهة التطورات التي تعيشها العلاقات الخاصة الدولية ، فالإحالة لابد أن ينظر أليها في ضوء التطورات المتقدمة في الوقت الحاضر من خلال المفهوم الوظيفي الغائي (9) . لا مفهوم شكلي تقليدي المبني على التطبيق الحرفي للنصوص .

ومن خلال ما تقدم فانه 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 لا يضمن للقاضي سلطة تقديرية إلى انتخاب انسب القوانين المتنازعة لحكم العلاقة القانونية في ضوء طبيعة كل علاقة وما يحققه هذا القانون من أهداف القانون الخاص الدولي .

فالتنسيق بين القوانين يفترض كمبدأ قانوني يقتضي قبول التشريعات المقارنة المختلفة بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي استند القاضي في اتخاذه للقانون الواجب التطبيق وفقا لنظرية الإحالة في ضوء تطبيقه لحكم القانون الذي يحقق روح قاعدة الإسناد بمفهومها الوظيفي إلا أن من خلال تطبيق القاضي يجب 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 ،فان تقيد القاضي بالنتيجة التي تنتهي أليها ط "قواعد الإسناد" في قانونه الوطني بمعناها التقليدي ، فهو ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي 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 أعمال قواعد القانون الدولي الخاص ، فيه أم الأمر "يتحقق بتطبيق القواعد الموضوعية" فقط .

فالمعيار بيد القاضي هو مدى تحقق وظيفة قاعدة الإسناد ، لا التطبيق الجامد لقواعد الإسناد الوطنية وهذا ما لم يعالجه المشرع العراقي ، إلا في ضوء بعض الموضوعات من أحكام القانون الدولي الخاص (10). حيث نرى أن التطبيق لقواعد الإسناد الوطنية لا يحقق سوى العدالة الشكلية لان المشرع العراقي لم يأخذ بالإحالة وأعمال دورها التطويري لقواعد الإسناد الوطنية بل جعل قواعد الإسناد قواعد جامدة وفق هذا التطور الحاصل بين الشعوب .

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

أن اعتماد موقف مسبق من قبل المشرع الوطني قد يتسبب في تضييع الغاية وجوهر قاعدة الإسناد التي من أجلها شرعت قواعد الإسناد لاعتماد أحسن النظم القانونية ، لحكم العلاقة المشوبة بالعنصر الأجنبي . من بين قوانين المختلفة التي لها ارتباط بالعلاقة القانونية الخاصة محل النزاع . ومن خلال ذلك أن اعتماد النهج المقارن في أظهار الغاية الأساسية لقواعد الإسناد ، سيعطي لقاضي النزاع من تجاوز الإشكاليات الناشئة من لاعتماد لضوابط الإسناد والتحديات التي سيواجهها .

المطلب الثاني

العدالة المادية

يعد من أهم المرتكزات الأساسية لدور الإحالة هو تحقيق 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 آثار 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 .

ومن خلال متابعة النتائج المادية المتحقق الخاصة بكل حالة على حده ويكون الحل المختار هو الذي يحقق أفضل الحلول (11) . حين ينظر إلى القاعدة القانونية على أنها عادلة حينما تكون مطابقة لهذه الفضيلة الخلقية وتكون غير عادلة أذا عارضتها وخرجت عليها ، والعدالة كما تبدوا بأنها فكرة مجردة تقتصر بمجرد "الامتناع عن إيقاع الضرر بالغير" وعلى أعطاء كل ذي "حق حقه" . وإضافة إلى ذلك هي تنطوي فوق ذلك على شي عميق وبعيد يتمثل بالتوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة في جميع جوانب الحياة البشرية وهذا ما يدفع النظام القانوني للاستحسان وتعامل المجتمع الإنساني وتقدمه نحو النظام(12) . فالعدالة المادية في مجال القانون الدولي الخاص ، يجب أن ينظر أليها القاضي المعروض أمامه النزاع على اعتبارها المثل السامي الذي ينبغي علية تبنية لغرض تعيين القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي ، ومن خلال ذلك فان العدالة المادية ، تعتبر قوة هادفة لتحقيق التطور لقواعد الإسناد في القانون الوطني لقاضي النزاع .

فدور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد تقوم على منح القاضي تحديد أحكام القوانين التي لها ارتباط بالعلاقة القانونية محل الخصومة ، ومن خلاله يتم اختيار ما هو انسب للتطبيق وأجدى في الوصول إلى العدالة كهدف من أهداف قاعدة الإسناد الوطنية ، فقواعد الإسناد كأي قاعدة قانونية أخرى ، تمتاز بصفة عامة إلى تحقيق غاية وغرض معين ومن خلال تطبيقها من المفترض معرفة وقائع القضية وطبيعتها وملابساتها ، وهذا الأمر يختص بالجانب العملي لا يكون للصناعة القانونية دور مهم بشأنه ، لان الصياغة القانونية لا تمس إلا الشكل الخارجي للقانون ولا تنفذ إلى ألمحتوى ، ومن خلال ذلك لا بد أن يكون هناك ارتباط بين القانون الذي يمنح الاختصاص ، وبين تحقيق العدالة الواقعية التي يتم التوصل أليها من خلال فحص الوقائع ، فالقاضي ملزم قانونا أن يعمل في الحالة الواقعية المعروضة أمامه ، والحكم الذي يناسبها وعلى الوجه المثالي المقبول وعندما يتم تطبيق غير ما تقدم فانه يعد خرقا لقواعد العدالة ومبادئ الأنصاف (13) . ومن خلال هذه المعطيات أصبح القانون الدولي الخاص ، يأخذ بالاعتبار النتائج المادية التي تترتب على تطبيق قواعد الإسناد .

واستنادا إلى تلك الرؤية يتغير فهم وتفسير العديد من النظريات القانونية التقليدية ، وفي مقدمتها مفهوم الإحالة لذا فان دور الإحالة التطويري لقواعد الإسناد المتأتي من خلال الوظيفة الطبيعية لقواعد الإسناد التي من اجلها شرعت تلك القواعد ، وهذا يستلزم اختيار انسب الأحكام "القانونية التي تشير" إليها "قواعد الإسناد في قانون القاضي" ، أو غيره ومهما

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

كانت النتيجة ، فان اختيار انسب الحلول وأفضلها تحقيقا للعدالة .

عندما تكون تلك القواعد في قانون القاضي أو القانون الأجنبي وهذا ما لا يتحقق بالاعتماد على المفهوم التقليدي وفي أعمال فكرة الإحالة في دورها التطويري في ظل الوظيفة الطبيعية لقواعد الإسناد لذا يرى جانب من كبار فقهاء القانون الدولي الخاص ، إلى تعطيل المنهج الجامد لقواعد الإسناد وإظهار عيوبها ومحاولة استبدالها بالمنهج الموضوعي كما وصفها الفقيه (Cavers) بالنسبة لقواعد التنازع التقليدية بالقواعد العمياء ، كونها تعمل بأسلوب حرفي كما لو كانت قواعد ميكانيكية تحدد القانون واجب التطبيق بغض النظر عن مضمونة وآثاره المطبقة على النزاع دون الاكتراث بالظروف "الاقتصادية والاجتماعية "، وبالتالي لا يوجد مجال لتطوير "القانون الدولي الخاص" ، إلا بإهدار قواعد الإسناد "التقليدية" التي تكتفي بمجرد تحقيق العدالة الشكلية بينما المطلوب تحقيق العدالة بمعناها الواقعي أي المادي والموضوعي (14) تنطلق فلسفة العدالة المادية في مجال "القانون الدولي الخاص" من منطلق المشاركة المهمة في كل دولة في تنظيم الروابط والعلاقات التي تتحقق بين الأفراد عبر الحدود فالعدالة بهذا المعنى تحدد نصيب كل دولة في مساهمتها مع غيرها من البلدان الأخرى ، في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ، التي تنشا داخل المجتمع الدولي .

ما يميزه انعدام السلطة التشريعية العالمية التي تمتلك وضع القوانين وتشريعات عامة التي تنظم علاقات الأفراد والتزام الدولة بمراعاتها والتقيد بأحكامها وهذا خلاف الواقع المعمول به على مستوى التشريعي ، أن كل دولة لها نظامها وسيادتها تحترم من الدول الأخرى وان كل دولة حرة في سن تشريعاتها ، التي تراها منسجمة مع خصوصيتها ومصالحها وبما يحقق مصلحتها (15) فالقانون واجب التطبيق والذي تحدده قواعد الإسناد في قانون القاضي المنظور أمامه النزاع .

قد لا يمتلك القدرة 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 ، والدعوى لهجرها كونها قواعد جامدة لا تلبي التطور الحضاري الحاصل بين مختلف أطراف العلاقات القانونية ولا تراعي العدالة المادية في أحكامها ومصالحها وأوليات الدولة التي تنتمي إليها هذه القوانين .

فقاضي النزاع علية اختيار القانون الملائم والمناسب لحكم العلاقة القانونية حتى ولو كان هذا القانون أجنبيا وليس وطنيا ، فمن غير المعقول أن شخصين متزوجين زواجا صحيحا وفق قانون دولة معينة يتفاجئا ويجدا علاقتهما انقلبت إلى علاقة غير مشروعة والى رابطه يرفض القانون الواجب التطبيق وفقا للمنهج التقليدي ان يترتب عليها آثار قانونية لمجرد انتقالها من موطنها الأصلي إلى إقليم دولة أخرى واضطرار القاضي من خلال التسليم إلى قواعد الإسناد بمفهومها التقليدي ،إلى تطبيق قانون تلك الدولة التي تبطل الزواج ،والتي تختلف فيه شروط الزواج عن قانون الدولة الأولى التي عقد زواجهما وفقا لأحكام قانونها التي تقضي قواعدها بصحة الزواج وترتيب آثاره القانونية .

وهذا يؤدي إلى وضع الأفراد عبر الحدود في موقف يختلف عنصر العدالة المادية ولامان القانوني ، حيث أن لا يمكن 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 (17) .

ومن ثم استقرار المعاملات ونمو تلك العلاقات القانونية لا يتم تحققه بمجرد تحديد جامد ا والي للقانون الواجب التطبيق

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

، بل هو أمان لا يستمر دون أن تدعمه اعتبارات العدالة ، حيث أن العدالة يجسدها الأمان القانوني من خلال العلاقات القانونية الدولية للأفراد ، لذلك ان الوظيفة التي كانت من اجلها وضع قاعدة الإسناد من خلال السياسة التشريعية لواضعها في ميدان القانون الدولي الخاص (18) .

حيث انه لا يمكن الفصل بين الأمان القانوني ومبادئ العدالة لوجود افتراض متزامن بين المفهومين في أكثر المجالات التطبيق خلال أداء قاعدة الإسناد لوظيفتها فدور الإحالة يمنع حالة الفصل بينهما ، لان من تطبيقات العدالة المادية حماية الأمان القانوني ، ورعاية التوقعات الأطراف المشروعة ، وحفاظا على مراكزهم القانونية ، ولإثبات أن تحقيق العدالة من أهداف قاعدة الإسناد ، ما يذكر بان قاعدة الإسناد (وفقا لدور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد هي نظرية قانونية كغيرها من النظريات القانونية الأخرى) .

ومن الملاحظ أن المشرع يسعى من خلال التقنين إلى القمة العدالة حتى ولو كانت نسبية وبالتالي فان حالة الاشتراك في العناصر الهامة والغاية التشريعية بين قاعدة الإسناد والقواعد الأخرى ، يجعل العدالة المادية جزء من وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية (19) أما بالنسبة للقضاء فانه الوصول إلى العدالة كهدف من أهداف قاعدة الإسناد الوطنية وجد له صدى في أحكامه ، حيث ذهبت بعض أحكامه إلى إخضاع بعض العلاقات القانونية إلى النظام القانوني لقاضي النزاع .

ونظرا لان تطبيقه يؤدي إلى نتائج أفضل من تلك النتائج التي يؤدي أليها 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 ، وإذا كنا قد خصصنا دراسة دور الإحالة في تطوير قواعد الإسناد في نطاق تنازع القوانين ، فهذا لا يعني أبدا عجزها عن معالجة باقي الموضوعات القانون الدولي الخاص ، لما تمتاز به الإحالة من فكرة متقدمة وما يمكن أن يكون لها دور في التأثير على تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع .

واخذ تنفيذ الأحكام الأجنبية بنظر الاعتبار حين تعيين قانون العلاقة والمحكمة المختصة سيتضح من خلال استعراض فاعلية لإحالة في ميدان تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، وتنفيذ الأحكام الأجنبية فلو أخذنا مثال ما ادعيناه دور الجنسية للمدعي علية كضابط في تعيين اختصاص محاكم دولة القاضي كمثال يمكن أن يبرز من خلاله دور الإحالة في تعيين المحكمة المختصة بحل النزاع فمن ضمن الأحوال التي تكون فيها محاكم الدولة مختصة عند رفع النزاع إليها من البداية .

هو ما يطلق عليه بالاختصاص العام المباشر لهذه المحاكم (20) واعتبار فكرة العدالة المادية معيارا في أحكامها مما جعلها تخضع المسالة إلى نظام قانوني أجنبي ، وهكذا يتضح أن دور الإحالة دور مهم في تحقيق التطور لقواعد الإسناد من خلال انتقاء انسب الحلول وأكثرها تحقيقا للعدالة المادية ورعاية لتوقعات الأطراف المشروعة .

المبحث الثاني

تطبيق القانون الأقوى صله بالعلاقة القانونية

ولخصوصية بعض العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ،أن تسندها إلى القانون الأوثق صله بتلك العلاقة ، والدوافع وراء ذلك رغبة المشرع في توحيد الأحكام بالنسبة لتلك المسائل التي يربطها رابط موضوعي ، فالمسائل القانونية قد يجمع بينها جامع ، كجامع الأحوال الشخصية ومن أمثلة ذلك إسناد الآثار المرتبطة بالزواج إلى القانون الأوثق صله بالزوجين .

ومن "أكثر المسائل" التي أشغلت التشريعات المقارنة وفقه القانون الدولي الخاص ، "وأحكام المحاكم الأجنبية" هي الإحالة بالنسبة لمسائل الأحوال "الشخصية" لما تحويه هذه المسائل من خصوصية على مستوى العقائد الدينية وما تحقق من مصلحه لصالح احد الأطراف أو كليهما ولأجل بيان ما تقدم قسمنا هذا المطلب إلى مطلبين :المطلب الأول : تطبيق القانون الأقوى صله

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

موضوعية . وفي المطلب الثاني تطبيق القانون الأقوى صله شخصية .

المطلب الأول

تطبيق القانون الأقوى صله موضوعية

أن القواعد الموضوعية من القانون تسعى إلى اختيار الحل المناسب لحكم "العلاقات القانونية المشوبة "بالعنصر الأجنبي ، عن طريق تعيين انسب القوانين لحكم العلاقات القانونية ، هذا يتحقق من خلال وسائل قانونية متعددة ، لعل أبرزها ظهورا هو السماح بتطبيق قواعد قانونية تنتمي إلى منظومة تشريعية أجنبية على علاقات قد ينتمي احد أطرافها إلى دولة قاضي النزاع ، وهو ما يسمى بمبدأ التسامح بتطبيق القانون الأجنبي . ومن المعلوم أن قواعد الإسناد ليست على نسق واحد في التفاعل مع هذا الموضوع لانتفاء التنسيق المسبق بين النظم القانونية لتحقيق هذا الغرض .

وذلك كما بينا سابقا عدم وجود سلطة عليا تشريعية 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 (21) ولأمر الذي اوجد هذا الاختلاف في "قواعد الإسناد" في الموقف من المسائل "القانونية" المشوبة بالعنصر الأجنبي .

ولذلك نجد "بعض التشريعات المقارنة" تضمن قاعدة إسناد فيها أشارة مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق دون قواعد القانون الدولي الخاص ، الأمر الذي يقتضي فحص لدور الإحالة لهذا النوع من ضوابط الإسناد الشخصية وهل هناك أمكانية الأخذ بالإحالة بناءا على منهج غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها ، فالمناط في هذا المنهج هو 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 ، لحصول التزاحم بين موقف المشرع الراغب بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق .

ويفهم هذا الاتجاه من الفقه أن أشارة المشرع إلى تطبيق القانون الداخلي ، أي القواعد الموضوعية دون قواعد القانون الدولي الخاص ، ما يعني أن القاضي المنظور أمامه النزاع يجب علية الامتناع عن أعمال الإحالة نتيجة الإشارة "الصريحة بالمنعط ، هذا بالنسبة للتحديد الصريح للقواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق ، ونحن نسلم بهذه النتيجة وتقبلها احتراما لإرادة المشرع الوطني لقاضي النزاع . وللاعتبارات القائمة على غايات خاصة وفي مسائل محددة هو يقدرها . أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فانه لا يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية وكذلك الأمر بالنسبة للمشرعين المصري والعراقي فان الأمر واضح لهما كونهما من التشريعات التي لها موقف واضح من الإحالة ، إلا وهو المنع من تطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق ولاقتصار على القواعد الموضوعية (22) .

وبالتالي فلا حاجة إلى الإشارة صراحة لتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق كما فعل كل من المشرع (الايطالي والألماني) والاكتفاء بالمنع العام وهو منهج لا يخلو من النقد ، فالموقف الأولي من الإحالة بالنسبة للمشرع المصري والعراقي ولاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة الإسناد الوطنية بإعادة النظر بأحكام الإحالة في ضوء الغاية والدور الوظيفي لقاعدة الإسناد المتمثلة بمراعاة العدالة المادية والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة ورعاية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية واستنادا لذلك لا بد من "منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد الموقف" من الإحالة وكذلك بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري والعراقي ، وفي ضوء غاية قاعدة الإسناد الوطنية ، فلا معنى ان ترفض نتيجة لما تحققه من قبول في وحدة الأحكام على مستوى العلاقات الدولية الخاصة ، فإعطاء الاختصاص لقانون الدولة التي يرتبط بها كل من الزوجين

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

الارتباط الأقوى وهذا لا يفهم منه عدم رغبة المشرع بتطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق .

على الرغم من أن تشريعاتهم لم يتبنوا هذا الضابط (الأوثق صله بالعلاقة) وكان الأولى أن يراعى في نصوص هذه القوانين لما فيه من منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في انتقاء انسب القوانين وأكثرها ارتباطا لحكم العلاقة القانونية وفق المنهجية المرنة والمتمثلة بدور الإحالة وهذا الاتجاه مشهور في المدرسة اللاتينية ، حيث تسند آثار الزواج إلى قانون الجنسية للزوج لحظة انعقاد الرابطة الزوجية .

إلا أننا نجد أن المشرع الفرنسي أكثر تقيدا بالمبادئ الدستورية ، خلال معالجة القانون الدولي الخاص ، من التشريع المصري والعراقي لأنه اخذ بمذهب ازدواجية القانون الواجب التطبيق(23) هذا من جهة ومن جهة أخرى راعى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد ضابط الإسناد ولنأخذ مثالا على ذلك الآثار الشخصية للزواج إذ نص على أن يسري على آثار الشخصية للزواج قانون الجنسية المشتركة للزوجين .

فان اختلفا في جنسيتهما سرى قانون دولة الموطن المشترك لهما ، فان اختلفا موطنا طبق القانون الفرنسي بوصفه قانون قاضي النزاع ، أما بالنسبة للآثار المالية للزواج فانه يسري عليهما قانون الذي يختاره الزوجان صراحة أو ضمنا ، أي القانون الذي يختاره الزوجان في العقد أو في تاريخ لاحق على العقد ، نعتقد أن البحث في نطاق الإحالة وفقا لوظيفة وغاية قاعدة الإسناد ، وعلى الرغم ما ذهب أليه أصحاب الاتجاهات الفقهية ، إذ لا يوجد يقين أن القوانين التي أشارة إلى تلك الضوابط هو تحقيقا لغاية قاعدة الإسناد ، فالمصلحة التي المشرع قد تتحقق وقد لا يتم الوصول أليها ، أي أن الفصل في مسالة الأخذ بالإحالة من عدمه في هذه الحالة بمدى استجابة لتلك الضوابط وفقا للغاية الأساسية لقاعدة التنازع ذا لم تتحقق فيجب الاستفادة من قواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق . وتطبيق القانون الذي تشير إليه فيما إذا كان يحقق مصلحة أطراف العلاقة أو مصلحة الطرف الذي أراد القانون حمايته كما أشير في نص المادة (311 /16) (24) .

إلا أن اتجاه أخر في الفقه الفرنسي (25) . يذهب إلى أمكانية الأخذ بالإحالة استنادا للغاية الأساسية لوظيفة قاعدة الإسناد ، فدور الإحالة متطور في التعبير عن السياسة التشريعية في دولة قاضي النزاع ، فمتى ما وجد القاضي ما يحقق التناسق بين النظم القانونية المتنازعة ،واحترام لمصلحة أطراف العلاقة القانونية ، وتحقيق العدالة المادية .

فلا نرى وجود لمن يعارض الأخذ بالإحالة ، وهو نفس المنهج 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 أشارة إلى ضابط القانون الأوثق صله بالعلاقة القانونية .

والسبب في ذلك على ما نعتقد أنهما من ضمن التشريعات التي لم تراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، هذا المبدأ الدستوري الذي أشار إليه دستور كلا الدولتين فلا تمييز بينهما في الحقوق ، وهو كما يرى البعض وراء ذلك طابع وطني لقواعد "القانون الدولي الخاص" ، أي من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة بخلاف التشريعات التي اعتمدت على الاتفاقيات الدولية في تنظيم أحكام هذا القانون (26) .

مما ساعده على عدم الاستفادة من موقف التشريعات الحديثة بهذا الاتجاه وذلك نجد أن 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

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

الزوج وقت رفع الدعوى" وفق المادة (13 /2) من القانون المدني المصري (27 ولكن الاتجاه الغالب في الفقه المصري(28) .

فالحل الذي قننه المشرع المصري هو نفس الموقف للمشرع العراقي (29) . مخالف لمبدأ المساواة بين الجل والمرأة الذي نص عليه الدستور العراقي النافذ لعام 2005 فالضوابط الموضوعية وفقا للمنهج التقليدي تسعى لتحقيق التنسيق ما بين قاعدة الإسناد الوطنية والأخرى الأجنبية ولكن الأمر يختلف فيما إذا تم الحديث حول فكرة الإحالة فيتحول البحث في قواعد الإسناد إلى دائرة الهدف من التشريعات وسيكون المطلوب من القاضي المعروض أمامه النزاع غلى تحقيق أعمق في العلاقة محل الخصومة فالأمر 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 .

المطلب الثاني

تطبيق القانون الأقوى صله شخصية

يذهب فقه القانون الدولي الخاص الحديث ، إلى أن وظيفة قاعدة الإسناد هي الإسناد الإجمالي أو الكامل إلى القانون الواجب التطبيق ،والمقصود بالإسناد الإجمالي التعامل مع "القانون واجب التطبيق" ككل لا يتجزأ ، أي إلى مجموع النظام القانوني الأجنبي ، وبكل القواعد القانونية التي ينطوي عليها ، بالنسبة للقواعد "الموضوعية" التي تحكم العلاقة بصورة مباشرة "وقواعد القانون الدولي الخاص" فيه ، وهذا المنهج يؤدي بدورة إلى تصحيح الأخطاء التي يؤدي إليها المنهج التقليدي .

لذلك لا يترك المشرع الوطني لقاضي النزاع مجالا للأخذ بآثار الإسناد الإجمالي بل يلزمه بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق ، ويحسم الموقف من الإحالة بالرفض أو القبول الإلزامي يمكن لدور الإحالة أن يأخذ دوره التطويري وفقا للوظيفة وجوهر قاعدة الإسناد من خلال توسيع دائرة أداء الضوابط الشخصية في نطاق الإحالة .

وان الأخذ بالإحالة يضر بالهدف الذي قصده المشرع من وضعه لتلك الضوابط وفي الإجابة عن هذا التساؤل يمكن لتأسيس لحكم بان الأخذ بالإحالة يمكن أن يكون منفذا وحلا يلجا أليه القاضي لتحقيق غاية قاعدة الإسناد وفقا للأساس في تفسير الإحالة من خلال دورها التطويري لقواعد الإسناد فإذا أخذنا موقف المشرع الفرنسي فأننا نجدة قد انتهج ذات النهج الذي يرتبط بتلك الضوابط من خلال ملاحظتنا لنص المادة (311 /16) 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 0 حيث أن القوانين التي أشارت إلى الضوابط المتقدمة تحقيق غاية قاعدة الإسناد الوطنية والمصلحة التي يقصدها المشرع ، قد تتحقق وقد لا تتحقق .

أي أن الفصل بمسالة الأخذ بالإحالة من عدمه هي رهينة بمدى استجابة لضوابط غاية قاعدة الإسناد وإذا لم تتحقق فيجب الاستفادة من قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق وتطبيق القانون الذي تشير إليه فيما إذا 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) فهذا النص أعطى الولد الطبيعي خيارات بين عدة قوانين ، الإقرار بشرعية البنوة عند الزواج يرى جانب من الفقه الفرنسي (30) أن تلك القواعد ، استثناء في تطبيق الإحالة فوضعها يستلهم أعطاء 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

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

تلك القواعد (فاللجوء إلى الإحالة مع وجود الضوابط التخييرية أمر محل نظر) .

فالقاعدة بحكم القوانين المتعددة فيها وبحكم تشجيعها على إقرار البنوة أو إقرار شرعيتها يصعب معها تصور الإحالة وحججهم في ذلك أن إرادة المشرع الفرنسي توقفت عند ذلك الحد أي عند السماح للقاضي بالحكم ضمن تلك الضوابط ولو كان المشرع يريد السماح بأكثر لأطاله لائحة الروابط أو كان له أن ينص على الأخذ بالإحالة أو اعتماد قواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق والذي حددته قواعد الإسناد في قانون القاضي .

وعلى الرغم من قوة الحجة التي يستند أليها الرأي الرافض للأخذ بالإحالة بالنسبة للضوابط التخييرية ، إلا أن اتجاه آخر في الفقه الفرنسي(31) يذهب إلى مكانية 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 ، ولكن في وسائل الوصول إلى تلك النتيجة ، فمتى ما وجد القاضي في الإحالة ما يحقق التنسيق بين النظم القانونية المتنازعة واحترام لمصلحة الأطراف العلاقة القانونية وتحقيق العدالة المادية فلا نرى وجود لمن يعارض الأخذ بالإحالة 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 إضافة إلى ذلك أن في قضية الزوجين السوريين من الديانة اليهودية ويقيمان في ايطاليا وفقا لشكل الديني المعترف به في الديانة اليهودية للزوجين وغير المعترف به في القانون الايطالي لعدم استكماله للإجراءات التي يتطلبها .

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فانه ترجمة لأغلب تشريعات الاتجاه اللاتيني ، وبالتالي فهو لا يختلف عن موقف المشرع الفرنسي بالنسبة لتلك الضوابط إذ عبرت عن هذا الموقف نصوصه فقد جاء في المادة (204) فهذا النص يقرر أن العقد الدولي الخاص يكون صحيحا من حيث الشكل ، متى ابرم في الشكل الذي يتطلبه ويحترف احد القوانين الأربعة ، قانون محل الإبرام وقانون الذي يحكم موضوع العقد "وقانون الموطن المشترك لأطراف" العلاقة العقدية وكذلك قانون الجنسية المشتركة لأطراف العلاقة .

هذا الأسلوب يرمي إلى التيسير على أطراف العلاقة الخاصة الدولية والمحافظة "على صحة التصرفات القانونية" (32) . أما بالنسبة للمشرع العراقي قد جاء في "نص المادة" (19 / 1) من "القانون المدني" أن تلك الضوابط ، إذ جاء فيها (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا لشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين .

أي أن المشرع العراقي عقد الاختصاص التشريعي في صحة الشروط الشكلية لعقد الزواج إلى قانون محل الإبرام أوالى قانون جنسية كلا الزوجين والغرض الذي دفع المشرع العراقي إلى هذا الحكم هو أعطاء اكبر قدر ممكن للمحافظة على عقد الزواج من الإبطال ، فيما إذا تعلق الأمر بالجوانب الشكلية للعقد ، وهذا الغرض لا يمكن أن يتحقق إلا بالسماح إلى أكثر من قانون ذات علاقة بموضوع النزاع. وعلى الرغم من أن موقف المشرع العراقي الرافض الإحالة فانه يمكن للقاضي العراقي ومن خلال لغاية الأساسية لوظيفة قاعدة الإسناد وفقا للدور الوظيفي أن يستعين بقواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق ، ويطبق أما قانونه الوطني أو قانونا أجنبيا آخر لتحقيق تلك الوظيفة ،التي شرعت من اجلها.

لان قواعد الإسناد ذات الضوابط التخييرية هي من تطبيقات استجابة التشريعات للتطورات الحديثة في أطار النظرية العامة للقانون الخاص الدولي ، بوصفها أحدى الوسائل في تحقيق

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

العدالة المادية ، وفي ضوء ما تقدم من استعراض لموقف القانون العراقي والتشريعات المقارنة وأراء فقه القانون الدولي الخاص ، وبعض التطبيقات القضائية من قبول الإحالة أو رفضها فيما يتعلق بقواعد الإسناد ذات الضوابط التخييرية . نخلص إلى نتيجة مفادها أن قبول الإحالة من خلال هذه الضوابط يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع الهدف الذي تسعى إليه هذه القواعد فيجب استبعادها لان في قبولها أهدار لروح قواعد الإسناد وخروج على الدور الوظيفي المطلوب من الإحالة تطبيقه أما إذا كان الأخذ بالإحالة يحقق تلك الأهداف لقاعدة الإسناد فان الواجب على القاضي تحقيق تلك الوظيفة وهذا ما يؤدي إلى توسيع نطاق الإحالة .

حيث تروم بعض التشريعات المقارنة (33) ، ولخصوصية بعض العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، أن تسندها إلى القانون الأوثق صله بتلك العلاقة ، والدوافع وراء ذلك رغبة المشرع في توحيد الأحكام بالنسبة لتلك المسائل والتي يربطها رابط موضوعي أو نوعي ، فالمسائل القانونية قد يجمع بينها جامع كجامع الأحوال الشخصية ومن أمثلة ذلك إسناد آثار المرتبطة بالزواج إلى القانون الأوثق صله بالزوجين وهذا الضابط أثير حوله نقاش في أوساط الفقه القانون الدولي الخاص ومن خلال ذلك فهل يقصد بذلك "تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي" فقط أم أن المسالة تتعدى إلى أمكانية تطبيق قواعد الإسناد فيه أيضا ولا جل إيضاح موقف التشريعات من هذا الضابط إضافة إلى ذلك لابد من استعراض الآراء الفقهية والقانونية بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري والعراقي .

فقد تبنوا هذا الضابط والمتمثل بإسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأكثر ارتباطا وصله بها وكان الأولى أن يراعي في نصوص هذه القوانين لما فيه من منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في اختيار انسب القوانين وأكثرها ارتباطا لحكم العلاقة القانونية وفقا للمنهجية المرنة والمتمثلة بدور الإحالة في ضوء الغاية الجوهرية لقاعدة الإسناد ، وهذا الاتجاه يكاد أكثر قبولا في المدرسة اللاتينية ، فهي تستند إلى آثار الزواج إلى قانون الجنسية لحظة انعقاد الرابطة الزوجية .

إلا أننا نجد المشرع الفرنسي أكثر تقييدا بالمبادئ الدستورية خلال معالجة أحكام القانون الدولي الخاص ، من التشريع المصري والعراقي . لأنه اخذ بمذهب ازدواجية القانون واجب التطبيق (34) هذا من جهة ومن جهة أخرى راعى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد ضابط الإسناد ، إلا أن بروز دور الإحالة في مجال الفقه القضائي باعتباره منهجية متطورة لمعالجة الغاية الأساسية لقواعد الإسناد ، وتحقيق العدالة المادية ، سواء في مجالها الشكلي أو المادي .

أما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي اللذان أخذا بمنهج وحدانية القانون الواجب التطبيق في حكم الآثار الشخصية والمالية للرابطة الزوجية فكذلك لم يرد في نصوصهما إشارة إلى ضابط الأوثق صله بالعلاقة القانونية ، والسبب وراء ذلك لأنهما ضمن التشريعات التي لم تراعي مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، فلا تمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق والسبب وراء ذلك الطابع الوطني لقواعد القانون الدولي الخاص ، وهذا من صنع المشرع الوطني كقاعدة عامة ، بخلاف التشريعات التي اعتمدت الاتفاقيات الدولية في تنظيم أحكام هذا القانون . وفي ضوء ما تقدم نرى أن دور الإحالة هو مسالة تطور الفكر القانوني والقضائي في الأخذ بالإحالة لا ظهار الغاية الأساسية لقاعدة الإسناد ومن خلال الغاية يمكن أن يكون دورا للقاضي المعروض أمامه النزاع ، من أعمال الإحالة في ضوء الغاية وجوهر قاعدة الإسناد ، وتصحيح مسار قاعدة الإسناد الوطنية في الحالات التي لا يراعى فيها اعتبارات العدالة المادية والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة .

الخاتمة :

ومن خلال التناسق الذي بدوره يؤدي إلى تحقيق التعايش بين القوانين المختلفة للدول ، ومن خلال ذلك سيؤدي إلى حماية

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة القانونية ، المشوبة بالعنصر الأجنبي وهذا ما تنهض به الإحالة في دورها التطويري لقواعد الإسناد ، والقاضي المعروض أمامه النزاع فأنه ملزم بمراعاتها عندما يعين القانون الواجب التطبيق ، وهذا ما يحقق تلك الغايات والوظائف من خلال الدور الوظيفي لقواعد الإسناد ، سواء كان على مستوى الأشخاص أو الإقليم وهذه الوظيفة تمثل المبدأ العام الذي ترتكز عليه قاعدة الإسناد في كل الأنظمة القانونية المختلفة .

أولا : النتائج

1 – أن اعتماد موقف مسبق من الإحالة بالقبول أو الرفض قد يتسبب في تضييع الغاية وجوهر قاعدة الإسناد التي من أجلها شرعت في الاعتماد أحسن النظم القانونية لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي .

2 . أن القضاء في الوقت الحاضر له الدور الكبير في حسم الكثير من الإشكاليات وخاصة محكمة التمييز الاتحادية بالإيعاز للمحاكم بإعمال الإحالة في ضوء الغاية الأساسية لقواعد الإسناد

التوصيات

1 . نرى أن المشرع العراقي له الولاية التشريعية وهو المصدر الأصيل في تعديل قواعد الإسناد بصورة تتلاءم مع التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة كلا أو جزءا بما يتناسب مع الغاية وجوهر قاعدة الإسناد .

الهوامش :

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص33 .

(2) عبد المنعم رياض ،د . سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري) ،دار النهضة العربية القاهرة ، 1979 ، ص 211 .

(3) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 41 .

(4) د . عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، (دراسة مقارنة) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2010، ص 253 .

(5) د . عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص 253 .

(6) د . عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي ، القواعد ذاتية الحلول العلمية ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، المجلد 1 ، الإصدار 22 لعام 2014 .

(7) د . فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري) دار النهضة العربية ، 1979 ، ص212 .

(8) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص41 .

(9) أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ، ص455 .

(10) فؤاد عبد المنعم رياض ، تنازع القوانين ولاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق . ص124 -125 .

(11) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، مصدر سابق ،ص455

(12)د . أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع ، الفقرة 95 ، ص 107 .

(13) د .أحمد عبد الكريم سلامة ،الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ، ص 455 .

(14) د . عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 253 .

(15) د . عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، المصدر نفسه .

(16) ينظر نص المادة (29) من القانون المدني العراقي إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق .

(17) د . فؤاد رياض ، د . سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص125 .

(18) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، ص 36 .

(20) لمزيد من التفصيل حول قاعدة الأنصاف بين القانون والعدالة . د . روبرت كيسي ، فلسفة القانون ، مفهوم سريان القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص107 وما بعدها .

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

(21) د . حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص 283 .

(22) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 43 .

(23) د .أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص40 .(24) د . محمود محمود المغربي ، إشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ص 61 .

(25) د . فؤاد رياض ، د . سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ص124 -125 .

(26) د . أحمد عبد الكريم سلامة ،المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، مصدر سابق ، ص 36 .

(27) د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص29 .

(28) د . عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، الدار الجامعية، بيروت ، 1986 ، ص 14 .

(29) د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ط3 ، العاتك لصناعة الكتاب ، 2009 ، ص 14 .

(30) ينظر إلى نص المادة 27 من القانون المدني المصري ونص المادة 31 من القانون المدني العراقي .

(31) يقصد بمذهب الازدواجية في تحديد القانون الواجب التطبيق هو المنهج القائم على الفصل في معالجة الأحكام بين الآثار الشخصية للرابطة الزوجية والآثار المالية .

(32) د . طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد ، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 .

(33) نقلا عن الأستاذ : - Francois melin , Droit international prive , Casbah , Alger , edition , 2004 , p- 143 ets .

(34)القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (أن العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أن تخضع لقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المشترك أو قانونهما الوطني المشترك) .

المصادر :

1 . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع ، التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع .

2 . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .

3 . د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 .

4 . د . حسام الدين فتحي ناصيف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤلية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .

5 . د . حسن محمد هداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ط3 ، العتك لصناعة الكتاب ، 2009 .

6 . د . حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في التنازع الدولي للقوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2013 .

7 . د . سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري) ، دار النهضة العربية ، القهرة ، 1979 .

8 . د . طرح البحور حسن فرج ، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في 19 يونيو 1980) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 .

9 . د . عز الدين عبد الله ، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد ، دراسة مقارنة في بعض القوانين للدول العربية ، مجلة مصر المعاصرة ، 1979 .

10 . د . عكاشة محمد عبد العال ، الإجراءات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1986 .

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560

11. د . عكاشة محمد عبد العال ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2006 .
12 . د . عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2010 .
13 . د . غالب علي الداودي ، تنازع القوانين ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 14. د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ط3 ، العاتك لصناعة الكتاب ، 2009 .
15 . د . فؤاد عبد المنعم رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين ولاختصاص القضائي الدولي ، (النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010.
16 . د . محمود محمود المغربي ، إشكالية تقنين قواعد القانون الدولي الخاص ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2007 .

ثانيا : البحوث والرسائل

1 . د . عبد الرسول عبد الرضا ألأسدي ، القواعد ذاتية الحلول العالمية ، بحث منشور في مجلة بابل جامعة بابل ، الجلد 1 ، الإصدار 22 العام 2014 .

ثالثا : القوانين

1 . القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
2 . القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
3 . القانون المدني الفرنسي لعام 1804 .

Consistency between the safest laws for the parties

Waad Obaid Jouda
Abdul Rasoul Abdul Redha Jaber

Abstract:

That the facts on which the national legislator is based in determining the basic purpose of the attribution base that was dealt with in a previous and later era by most of the various legislations .And through general theoretical approaches that require acceptance or functional solution to the assignment role and this may not meet the legitimate expectations of individuals development taking place in different . Societies and the intertwining of international private relations with a foreign element and these legislations that do not meet the interests of individuals in the light of this development .And judge when the work of these rules is that rules of assignment are obligatory to take in to account the law and this not achieved in accordance with the Traditional approach only to .And through the functional role the rules of attribution and from the general principles of the natural function of the rule attribution is that it achieves consistency between and achieves material justice and in turn achieves legal security for the parties in the legal relationship in dispute it is necessary to stand at the purpose for which the rules of attribution were initiated, to search for solutions and to get out of the legislative stalemate to the find of flexibility in line with the development taking place in international private relations.

DOI:10.52113/uj05/022-15/1546-1560