جامعــة كربـــلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

# قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع
# (دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

كتبت بوساطة الطالبة
**سلوى مهـدي حسين**

باشراف
**أ.د غسان عبيد محمد**

فبراير/2023م رجب1444هـ

بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

# "وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ"

صدق الله الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة يوسف، الآية (76)

إقـــرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ **(قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع – دراسة مقارنة** ) المقدمة من قبل الطالبة **( سلوى مهدي حسين )** إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :
الاسم : الاستاد الدكتور غسان عبيد محمد
الاختصاص : القانون الدولي الخاص
جامعـة كـربلاء – كلية القانـون

## إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة....

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير الموسومة ب(قاعدة الإسناد بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع_دراسة مقارنة)، المقدمة من قبل الطالبة (سلوى مهدي حسين خضير) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء ، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، وبعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

**مع التقدير....**

التوقيع :

الأسم : أ.د. بشرى عبود محسن

الاختصاص العام: اللغة العربية

الاختصاص الدقيق: الأدب الحديث

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ ( قاعدة الاسناد بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع "دراسة مقارنة " ),و ناقشنا الطالبة ( سلوى مهدي حسين ) في محتواها, وفيما لها علاقة بها, ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون العام وبدرجة ( ٨٠٪ صح جيد ).

التوقيع :

الاسم: أ.د. حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: ٢٥/ / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً)

التاريخ: / / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.م.د .ماهر إبراهيم قنبر

(عضواً)

التاريخ: ٢٥ / ١ / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً ومشرفاً )

التاريخ: ٢٥/ ١ / 2023

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2023

# الإهداء

## إلى أمي

يا كسراً لم يجبر...

يا فقداً لن يعوض، ما كان لمرور الأيام أن تنسينا مراره

فقدك

وفاجعة رحيلك لا زلت أبحث عن وجهك المبتسم بيننا بلا شعور

لا زلت أتمنى أنك على قيد الحياة

رحم الله روحاً كالنسمة مرت و لاضرت

اللهم

ارحم من كانت بشوشة الوجه طيبة الأثر و القلب

اللهم

أجعل ذلك الوجه المنير في أعلى مراتب النعيم.

الباحثة

## الشكر والعرفان

لا يسعني في نهاية الرسالة إلا التوجه لله سبحانه وتعالى بالشكر و الثناء، و الصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى سائر الأنبياء و المرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين و أصحابه الميامين المخلصين.

وكما أود أن أتقدم من باب العرفان بالجميل بجزيل الشكر والتقدير لأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور**(غسان عبيد المعموري)**الذي بذل جهداً مضاعفاً من أجل الارتقاء بمستوى الرسالة ولما أبداه من توجيه و إرشاد ومتابعته المستمرة لعملي، ومنحني الكثير من وقته لمساعدتي في الترجمة، فجزاه الله خير الجزاء، والشكر موصول للأستاذة الدكتورة إشراق صباح ، كما أود أن أتقدم بالشكر الجزيل، إلى أساتذتي الذين تتلمذت على أيديهم الذين لم يدخروا جهداً في التدريس والتوجيه في المرحلة التحضيرية.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير لكل من ساعدني في إعداد هذه الرسالة بنصيحة أو رأي أو معونة أو مشورة وأخص بالذكر منهم الأستاذ أحمد عباس عمران، وشكري لموظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون جامعة واسط و مكتبة العتبة العباسية والحسينية و مكتبة العتبة العلوية المقدسة في النجف الأشرف.

أخيراً والتي ينبغي أن تكون أولاً أتقدم بكل الحب والامتنان إلى عائلتي الكريمة التي وقفت إلى جانبي أثناء دراستي، وتحملهم متاعب وعناء دراستي فلهم مني كل الشكر والتقدير وأسأل الله جل وعلا أَنّ يحفظ والدي قرة عيني والرحمة والمغفرة لروح الغائبة الحاضرة في روحي (أمي الحبيبة)، و أن يحفظ أختي الحبيبة وزوجي الغالي وشكري وتقديري إلى عائلتي الثانية التي وقفت إلى جانبي بكل متاعب الدراسة فلولاهم لما أكملت دراستي، والله الموفق.

الباحثة

## الملخص

تقوم فكرة البحث على أمكانية ثبات وتطبيق قاعدة الإسناد على قيود النصوص القانونية لمواكبة متطلبات الواقع، فقاعدة الإسناد تحاول أن تجاري بين قيود النصوص القانونية تارة و بين التطورات التي تحصل بشكل مستمر في الحياة الواقعية تارة أخرى، وهذا الأمر يتطلب منا معرفة مدى قدرة هذه القاعدة على المجاراة والتوفيق بين الأمرين فهي تحاول أعمال هذا المجاراة عن طريق علاقاتها مع المناهج الأخرى، ومن خلال أتاحة السلطة تقديرية للقاضي لمواكبة هذه التطورات من أجل تحقيق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد بدلًا من العدالة الشكلية.

وعليه يتمثل الغرض من البحث مدى مسايرة قاعدة الإسناد لمتطلبات الواقع، فالعلاقات ذات الطبيعة الدولية تتميز بالتغيير والتطور المستمر وخاصةً بعد تزايد الانتقادات الموجهة إليها، بحجة عدم مواكبة أو كفاية هذا المنهج فهو لا يلبي متطلبات الواقع والذي قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية، وبما أن العلاقات الدولية تتسم بالتغير و التطور المستمر، و أن التطور الحاصل في هذه العلاقات يتطلب مرونة في قواعد الإسناد من أجل مسايرة متطلبات الواقع وهذا يتطلب تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع، ويتم ذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية عند تطبيق النصوص القانونية وذلك من خلال صياغتها صياغة مرنة تمكنه من الأستجابة لمتطلبات الواقع، فالصياغة التشريعية تعد مظهراً من مظاهر نمو العلاقات ذات الطبيعة الدولية ووسيلة هامة لمواكبة التطورات، فهي تتيح للقاضي حرية التقدير و المواءمة، لكن مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته لقواعد الإسناد فسيظل عاجزاً عن إيجاد حلول لكل النزاعات المعروضة على القضاء، ونتيجة لذلك يبرز دور القضاء في تطوير قاعدة الإسناد من أجل مواكبة متطلبات الواقع المعاصر من خلال التكييف و الإحالة، فنظرية الحل الوظيفي قد نشأت من أجل أضافة نوع من التلطيف على جمود بعض النصوص القانونية، وكما تساهم الوسائل الأصلية و الوسائل البديلة في أنشاء حلول قانونية في المسائل التي تفتقد للحلول الأمر الذي يتحتم معه التخفيف من حدة الجمود والحرفية في تطبيق قاعدة الإسناد بالمستوى الذي يحقق الهدف والغاية المتمثل في بلوغ العدالة المادية والتنسيق بين الأنظمة القانونية ورعاية مصالح الأطراف.

## المحتويات


| الموضوع | الصفحة |
| --- | --- |
| المقدمة | 6- 1 |
| الفصل الأول: طبيعة العلاقة بين منهج الإسناد ومناهج التنازع | 73- 7 |
| المبحث الأول :مفهوم قاعدة الإسناد | 37 - 8 |
| المطلب الأول : ماهية قاعدة الإسناد | 15 - 9 |
| الفرع الأول : تعريف قاعدة الإسناد | 11 - 9 |
| الفرع الثاني : وظيفة قاعدة الإسناد | 15 -11 |
| المطلب الثاني :مضمون قاعدة الإسناد | 37 - 15 |
| الفرع الأول: خصائص قاعدة الإسناد | 19-15 |
| الفرع الثاني: مثالب قاعدة الإسناد | 23-19 |
| الفرع الثالث : عناصر قاعدة الإسناد | 37 - 23 |
| المبحث الثاني: العلاقة بين قاعدة الإسناد و المناهج الأخرى | 73-37 |
| المطلب الأول :العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية | 53 -38 |
| الفرع الأول : تعريف القواعد الموضوعية | 41 -38 |
| الفرع الثاني : التمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية | 44 -41 |
| الفرع الثالث : طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية | 53 -44 |
| المطلب الثاني : العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري | 73 -53 |
| الفرع الأول : التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري | 64-54 |
| الفرع الثاني: التمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري | 70 -64 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث : طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري | 73 -70 |
| الفصل الثاني : الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع من خلال التشريع | 140 -74 |
| المبحث الأول : دور الصياغة التشريعية في تحقيق الموازنة | 107-75 |
| المطلب الأول : صور الصياغة التشريعية | 87 -76 |
| الفرع الأول : الصياغة الجامدة | 80-76 |
| الفرع الثاني : الصياغة المرنة | 87 -80 |
| المطلب الثاني : تأثير طبيعة الصياغة في تطبيق قاعدة الإسناد | 107 -87 |
| الفرع الأول : تأثير الصياغة في نطاق التطبيق | 94 -88 |
| الفرع الثاني : تأثير الصياغة في تطوير قاعدة الإسناد | 107 -94 |
| المبحث الثاني : دور القضاء في تحقيق الموازنة | 141 -107 |
| المطلب الأول : دور القضاء في تطوير آلية تطبيق قواعد الإسناد | 124 - 108 |
| الفرع الأول :جوانب التطوير في مرحلة التكييف | 116- 108 |
| الفرع الثاني:جوانب التطوير في مرحلة الإحالة (نظرية الحل الوظيفي) | 124 -116 |
| المطلب الثاني: وسائل القضاء في تطوير قواعد الإسناد | 141 -124 |
| الفرع الأول : الوسائل الأصلية | 131 -125 |
| الفرع الثاني: الوسائل البديلة | 141 -131 |
| الخاتمة | 146-142 |
| المصادر | 156-147 |
| Extract | i-i |

# المقدمة

# المقدمة

أولًا: التعريف بالبحث

إن منهج الإسناد منذ أن طرحه سافيني وحتى نهاية النصف الأول من القرن العشرين كان له دور بارز في حل المنازعات ذات الطبيعة الدولية الخاصة إلا أن نجد قاعدة الإسناد لم تعد كافية لتلبية حاجات الإنسان اليوم، فهي بحاجة إلى التحديث و أعادة النظر لكي تنسجم مع متطلبات الواقع وخصوصًا بعد زيادة أهميتها يومًا بعد يوم نتيجة زيادة العلاقات القانونية الخاصة ذات الطبيعة الدولية.

يعيش العالم في عصر يتجلى فيه تأثير التقدم و التطور العلمي في مجالات الحياة كافة وخاصَّة القانون، وكلما ازداد التطور العلمي، ينبغي إن يكون المشرع في الدول أكثر يقظة، و تكون الدول أكثر واقعية و تسامحًا، فأدى هذا التطور وتعقيد العلاقات الخاصة ذات الطبيعة الدولية إلى قصر قاعدة الإسناد عن وضع حلول للمشاكل التي تنشأ بسبب هذه العلاقات، ونتيجة لذلك صار لزامًا البحث عن وسائل جديدة لتطوير قاعدة الإسناد و جعلها تنسجم و تتلاءم مع متطلبات الواقع، فقاعدة الإسناد تعاني من بعض المشاكل فتحاول أن تجاري بين قيود النصوص القانونية تارة و بين التطورات التي تحصل بشكل مستمر في الحياة الواقعية تارة أخرى للتخلص من جمود النصوص القانونية، وهذا الأمر يتطلب منا معرفة مدى قدرة هذه القاعدة على المجاراة والتوفيق بين الأمرين فهي تحاول أعمال هذا المجاراة عن طريق علاقاتها مع المناهج الأخرى، و خاصة بعد تزايد الانتقادات الموجهة إلى قاعدة الإسناد، أذ أنها تتصف بالعمومية و التجريد وبالتالي تهدف إلى تحقيق عدالة شكلية بدلًا عن العدالة المادية التي تعتبر غاية القانون فهو لا يلبي متطلبات الواقع، إذ أن قيود قواعد الإسناد وعدم تلبيتها لمتطلبات الواقع قد أفرز وساهم في خلق مناهج جديدة، فظهر إلى جانب قاعدة الإسناد منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج الأداء المميز، إذ إنه لا يستغني مطلقًا عن منهج قاعدة الإسناد وهذا ما يظهر في طبيعة العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد وبين منهج القواعد الموضوعية وقواعد ذات التطبيق الضروري، إذ أن العلاقة بينهم علاقة تكامل وتعايش، وأيضا لتحقيق هذه المجاراة لا بد من تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، من خلال الصياغة التشريعية، فالصياغة المرنة تلعب دورًا كبير في تحقيق الموازنة، إذ إنها تمنح القاضي حيزًا للاجتهاد، لتحرر من قيود النص، وكما يلعب القضاء دورًا في تحقيق المواءمة ، فيبرز دوره في تطوير قاعدة الإسناد من خلال التكييف و الإحالة لجعلها تنسجم مع الواقع المتطور، فيحاول المشرع أن يستوعب الكثير من المسائل التي تحصل في الواقع فعندما تستجد واقعة معينة يتم تكييفها من أجل

إعطائها التوصيف الدقيق لردها إلى أحد ضوابط الإسناد، وهذا يؤدي إلى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية ويراعي حماية لتوقعات الأطراف المشروعة ويحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، وتتيح للقاضي حيزًا للاجتهاد من أجل مواكبة التطورات والواقع.

.ثانيا: أهمية البحث

تتضح أهمية الدراسة من ناحيتين ،نظرية وعملية ، إذ من الجانب النظري هي الدراسة والبحث العلمي ذاته من حيث تناول موقف التشريعات والقضاء والاتفاقيات الدولية في كيفية معالجة قاعدة الإسناد للعلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة .

الجانب العملي فتبدو الأهمية واضحة من حيث الصعوبات التي تحصل بسبب عدم مسايرة قاعدة الإسناد للتطورات والواقع، فالعلاقات ذات الطبيعة الدولية تتميز بالتغير المستمر وإن هذا التغير المستمر و التطور الحاصل في هذه العلاقات يتطلب مرونة في قواعد الإسناد من أجل مواكبة متطلبات الواقع، بالإضافة إلى ذلك يشوب قاعدة الإسناد العديد من المساوئ ، فهي لا تعدو أن تكون مجرد وسيط بين علاقات الواقع أو وقائع الحياة المادية والنظام القانوني الذي تشير إليه هذه القاعدة و دون إن تضفي على الوقائع أي طابع قانوني ، فهي تقدم تلك العلاقات أو الوقائع إلى القانون المختص على نحو محايد، وأيضاً يكمن موطن هذه المساوئ في عدم مواكبتها لمتطلبات التجارة الدولية وحماية التوقعات المشروعة للأطراف أعطي الدور في ذلك للقواعد الموضوعية التي ظهرت كبديل أو معاونة لقاعدة الإسناد ، كذلك إعطاء الدور للقواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ثالثا :هدف البحث

يهدف البحث إلى بيان أهم ما يأتي :

1- محاولة الوقوف على أهم مواطن القصور أو المساوئ في قاعدة الإسناد التي أدت إلى ظهور البدائل .
2- الاطلاع على موقف التشريعات المقارنة وكيفية ضبطها بتنظيم قواعد الإسناد.
3- التعرف على تحديد موضوع قاعدة الإسناد في مجال الواقع و القانون .
4- المساهمة ولو بالقليل في تحقيق التراكم المعرفي في موضوع منهج قواعد الإسناد بين قيود النصوص القانونية و متطلبات الواقع .

رابعا : مشكلة البحث

إن قاعدة الإسناد أو المنهج التنازعي مع أهميته وقدم تشريعه لدى معظم التشريعات العربية والمقارنة من خلال القوانين الخاصة بمعاملة الأجانب أو تقنينات (القانون الدولي الخاص ) أو النصوص التي وردت في التقنينات المدنية لدى الدول الأخرى فقد ظهرت من خلال التطبيق حاجة ماسة لتعديله وجعله يتوافق مع متطلبات الواقع أو التعامل مع المناهج الأخرى لغرض تلبية تطورات الواقع وما فرضه من مسائل تلامس العلاقات الدولية الخاصة ومن جهة أخرى تظهر أو تثار عدّة تساؤلات أو عدّة مشاكل ناتجة عن الخصائص التي يحملها هذا المنهج وكيفية معالجتها و تطويعها لتنسجم مع الواقع.

خامسا: الدراسات السابقة

الدراسة الأولى :د.أحمد عبد الحميد عشوش ، (شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم ) .

تناول الباحث في بحثه وهو عبارة عن أربع عشرة صفحة تحديد موضوع الإسناد في مجال الواقع و في مجال القانون ، وبين آراء الفقهاء في هذا الموضوع البعض من فقه القانون الدولي الخاص يرى أن موضوع قواعد الإسناد هو الواقع المادي المجرد من التوصيف القانوني ، والبعض الأخر يرى أن موضوع قواعد الإسناد هو نصوص القانون الداخلي الذي تختاره هذه القواعد لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، وتناول الباحث كذلك مزج الواقع بالقانون في موضوع الإسناد ، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها تتمثل بمدى انطباق قاعدة الإسناد على الواقع الذي تفرزه العلاقة القانونية ، ومدى أشارتها إلى القانون الواجب التطبيق الأجنبي بقواعده الموضوعية ، بينما تتمثل دراستنا بقصور قواعد الإسناد عن مسايرة متطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية بكل أنماطها .

الدراسة الثانية : د.هشام خالد ، (قاعدة الإسناد العربية ) دراسة تطبيقية مقارنة .

تناول الباحث في هذه الدراسة أوليات قاعدة الإسناد العربية و تعريفها وخصائصها ونطاق قاعدة الإسناد وعناصرها ، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها اهتمت بالجانب النظري لقواعد الإسناد ،تعريف قاعدة الإسناد وخصائصها وعناصرها بشكل عام، كما اقتصرت هذه الدراسة على بيان علاقة قاعدة الإسناد بالقوانين ذات التطبيق الضروري ، بينما تتمثل دراستنا بقصور قواعد الإسناد عن مسايرة متطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية بكل أنماطها ، وتطوير أو تعديل قواعد الإسناد لجعلها تواكب متطلبات الواقع .

الدراسة الثالثة :د. كريم مزعل شبي الساعدي ، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين ) ، بحث منشور في مجلة كربلاء للحقوق ، كلية القانون جامعة كربلاء .

تناول الباحث في دراسته مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها بشكل عام و أيضاً قام بالتطرق لأهمية قواعد الإسناد وطبيعتها من حيث إنها تتصف ضمن ادراج القانون العام أو الخاص وبيان آراء الفقه في هذا الموضوع ، وكذلك تطرق الباحث بشيء من التفصيل إلى التأصيل القانوني لنشأة قواعد الإسناد ، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها اهتمت بالجانب النظري لقواعد الإسناد ، وكما اقتصرت على بيان أراء الفقه بشكل عام في قواعد الإسناد من حيث طبيعتها ونشأتها، بينما تتمثل دراستنا ببيان عدم مواكبة قاعدة الإسناد لمتطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية ومع بيان أهم المشاكل الناتجة عن الخصائص التي يحملها منهج الإسناد وكيفية معالجتها و تطويعها لتنسجم مع الواقع.

الدراسة الرابعة : د.حسن علي كاظم ، قواعد الإسناد و آليات التطبيق في العراق ، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام .

تناول الباحث في دراسته البناء الفني لقاعدة الإسناد و التنظيم القانوني لقاعدة الإسناد حيث تناول الباحث مفهوم قاعدة الإسناد ،ووظيفتها و أركانها و خصائصها و نطاق تطبيقها و الحلول المقدمة من قبل قاعدة الإسناد والتي تتعلق بمسائل الأشخاص ، و المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية ، و أيضاً الحلول الوضعية المتعلقة بالالتزامات التعاقدية و غير التعاقدية ، وتناول أيضا دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد ، بينما تتمثل دراستنا ببيان عدم مواكبة قاعدة الإسناد لمتطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية ومع بيان أهم المشاكل الناتجة عن الخصائص التي يحملها منهج الإسناد وكيفية معالجتها و تطويعها لتنسجم مع الواقع.

الدراسة الخامسة :د. علي فوزي الموسوي ، قاعدة الإسناد وموقف القانون العراقي منها تناول الباحث في دراسته مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها ونطاق تطبيقها و موقف القانون العراقي من قاعدة الإسناد ، بينما تتمثل دراستنا ببيان قصور قاعدة الإسناد عن مسايرة متطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية ، وبيان أهم المشاكل الناتجة عن الخصائص ألتي يحملها منهج الإسناد وكيفية معالجتها أو تطويعها لتنسجم مع الواقع.

الدراسة السادسة: أميره حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية في قواعد تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء.

تناولت الباحثة في دراستها مفهوم الصياغة التشريعية و أنواعها وعيوبها و دور الصياغة التشريعية المرنة في قواعد تنازع القوانين وتأثيرها في تطوير هذه قواعد، وكذلك النظريات الفقهية في تطوير الصياغة التشريعية المرنة، بينما تتمثل دراستنا بقصور قواعد الإسناد عن مواكبة متطلبات الواقع القانوني العالمي في العلاقات ذات الطبيعة الدولية بكل أنماطها، وكيفية تطوير أو تعديل هذه القواعد لتلبي متطلبات الواقع .

خامسا : منهجية البحث

للألمام بهذا الموضوع من جميع جوانبه يتطلب أن نعتمد المنهج الوصفي التحليلي و المنهج القانوني المقارن للنصوص القانونية وتحليلها ، حيث ستقوم الباحثة بتسليط الضوء على آراء الفقهاء والنصوص القانونية العربية كالقانون العراقي و المصري التي تنتمي إلى المدرسة اللاتينية ، والقانون الدولي الخاص الألماني بالإضافة إلى القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية ومنها لائحة روما التي نظمت العديد من المسائل الواقعية للعلاقات الدولية الخاصة .

# الفصل الأول

# طبيعة العلاقة بين منهج الإسناد ومناهج التنازع

# الفصل الأول

# طبيعة العلاقة بين منهج الإسناد ومناهج التنازع

يشترك أكثر من منهج في حل المنازعات ذات الطبيعة الدولية، لأن قواعد الإسناد بوضعها الحالي أصبحت عاجزة عن حل الكثير من المشاكل التي أفرزها الواقع،أي عاجزة عن مواكبة التطورات الأجتماعية والأقتصادية في الحياة الدولية الخاصة لكونه لا يحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية القانون، إذ يجد القاضي نفسه في منهج الإسناد مقيدًا عن الاجتهاد من أجل الوصول إلى أنسب القوانين ملائمة لحكم النزاع والتي تحقق وظيفة قاعدة الإسناد ،فالعدالة الناتجة عن قواعد الإسناد هي عدالة شكلية لأنها تربط العلاقة بشكل آلي بأنسب القوانين و أكثرها ارتباطًا بالمراكز القانونية دون أن تعتد بالظروف الواقعية، فمتطلبات الواقع تشير إلى أنه مع عدم الاستغناء عن قواعد الإسناد لكن أصبحت في عالم اليوم غير ملبية لمتطلبات الواقع الذي يعيشه العالم، فأدى التطور الهائل في العلاقات الدولية الخاصة إلى تغيير النظرة عن قواعد الإسناد بوصفها قاعدة تتسم بالحياد اتجاه متطلبات الواقع السائدة في النظام القانوني الذي تكون جزءاً منه، وهذا الأمر يتطلب تغيير العدالة التي تسعى قاعدة الإسناد لتحقيقها من عدالة شكلية إلى عدالة مادية تؤدي إلى أيجاد حلول عقلانية واقعية تعكس نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة وإلى العقل تارة أخرى، لذلك ظهرت مناهج أخرى معاونة إلى منهج قواعد الإسناد وهي منهج القواعد الموضوعية، ستتناول دراستنا في هذا الفصل على منهج الإسناد والعلاقة بينه وبين المناهج الأخرى، سنقسم الفصل إلى مبحثين و كالأتي :

المبحث الأول : مفهوم قاعدة الإسناد

المبحث الثاني : العلاقة بين منهج الإسناد والمناهج الأخرى .

## المبحث الأول

## مفهوم قاعدة الإسناد

إن القانون لم يكن يومًا علمًا مغلقًا أو جامداً بل يستمد وجوده ومضمونه،من الظروف الواقعية للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ولما كانت مصالح الأفراد وظروف الحياة تختلف من مجتمع إلى آخر،فإنه من المنطقي أن تختلف القواعد القانونية النافذة أو المطبقة في دولة معينة عن تلك السائدة في دولة أخرى،وأن القواعد القانونية تسري داخل حدود إقليم المجتمع الذي نشأت أو صنعت له،و أن النمو الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة يحتاج إلى بيان القانون

الواجب التطبيق، وهذا يحتاج إلى ترجيح أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة محل النزاع والذي يتطلب تفضيل أحد القوانين الوطنية أو الأجنبية لتحكم النزاع، ويتم ذلك عن طريق قاعدة الإسناد، وللتعرف على ماهية قاعدة الإسناد يتطلب التعريف قاعدة الإسناد، وبيان مضمونها ،لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ماهية قاعدة الإسناد، ونتناول في المطلب الثاني مضمون قاعدة الإسناد .

## المطلب الأول

## ماهية قاعدة الإسناد

نتناول في المطلب الأول تعريف قاعدة الإسناد، وظيفتها وذلك في فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف قاعدة الإسناد، ونتناول في الثاني وظيفة قاعدة الإسناد

### الفرع الأول

### تعريف قاعدة الإسناد

عرفت قاعدة الإسناد بتعريفات كثيرة، منهم من يرى بأنه قواعد قانونية تقوم باختيار القانون الملائم إذا وقع تنازع بشأن علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، فهي تبين ليس الحل الموضوعي للنزاع ، بل القانون الذي يمكن أن نجد ذلك الحل فيه[1]يتضح من هذا التعريف بأن قاعدة الإسناد تبين القانون الذي نجد فيه الحل الموضوعي للنزاع، لكنه لم يبين هدف قاعدة الإسناد وغايتها باختيار القانون الملائم والذي يحقق العدالة المادية ويراعي توقعات الأطراف المشروعة .

قاعدة الإسناد من وجهة نظر آخرين بأنها "قاعدة التي بمؤداها يجب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهي قواعد قانونية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد الوطنية"[2]، ويتضح من هذا التعريف أن هدف قاعدة الإسناد هو تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة ذات الطبيعة الدولية الخاصة، وكما يبين أيضًا الطبيعة الخاصة التي تميز قاعدة الإسناد عن غيرها من القواعد، فقاعدة الإسناد هي قواعد آلية تحقق العدالة الشكلية أي إسناد العلاقة ذات الطبيعة الدولية

(1)د.عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002، ص 642.

(2)د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 32.

الخاصة إلى أكثر القوانين ارتباطاً بها وفقًا للسياسة التشريعية لدولة القاضي دون أن يعتد بالظروف الواقعية.

تعرف أيضا بأنها "تلك القواعد التوجيهية الإرشادية التي تبدأ مهمتها وتنتهي بإسناد العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة"[1]، بمعنى أنها تنتخب أكثر القوانين ملاءمة وصلة وعدالة ومن خلال هذا التعريف ندرك سبب تسميتها بقواعد الإسناد بسبب مهمتها الإسنادية بكونها تسند الاختصاص لحكم العلاقة محل النزاع إلى أحد القوانين وسبب تسميتها بالقواعد الناخبة، لأنها تصطفي أحد القوانين المتنازعة .

وتعرف قواعد الإسناد أيضا بأنها "القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلة فيها و تسمى بالحياة الخاصة الدولية"[2]،يتضح من هذا التعريف أنه يفتقد إلى بيان غاية قاعدة الإسناد وهي تحقيق العدالة المادية و الإرشاد إلى القانون المناسب والملائم والذي يعكس جانب الحياة الواقعية وإسنادها إلى النص تارة وإلى الواقع تارة أخرى وحتى لا تبقى قاعدة الإسناد بمنئ عن تطورات الواقع.

يتضح لنا أن قاعدة الإسناد تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية، والعدالة الشكلية كما عرفها البعض بأنها "العدل القانوني المجرد وهو ربط العلاقة بأنسب القوانين وأكثرها ارتباطًا بالمراكز القانونية بالشكل الذي لا يعتد بالظروف ويعطي حلولًا قانونية غير آبه بالنتائج المادية" [3] و العدالة الناتجة عن قاعدة الإسناد لا تنسجم مع التطورات والواقع، فالحياة العملية في تطور مستمر يقتضي أو يتطلب أن تكون هنالك معالجات قانونية بمستوى هذا التطور الحاصل في العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة،لكي تواكب أو تنسجم قاعدة الإسناد مع متطلبات الواقع الاقتصادية و الاجتماعية الذي يعيشه العالم في الوقت الحاضر وهذه المعالجات تتمثل بتحقيق العدالة المادية، والعدالة المادية كما عرفها البعض بأنها "مجموعة المبادئ القانونية التي يستخلصها العقل البشري من وقائع الحياة تعكس نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة و إلى العقل تارةً أخرى"[4].

---

(1)د. عبد الرسول عبد الرضا، قواعد الإسناد بين التنوع والطبيعة والتعدد في نطاق التطبيق،بحث غير منشور، 2011،ص 4.

(2)د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 18.

(3)أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، 2021، ص29.

(4)أحمد عباس عمران الشمري، المصدر نفسه، ص29.

فيمكن تعريف قاعدة الإسناد بأنها( قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني مهمتها أرشاد القاضي إلى القانون المناسب والملائم والذي يرتبط بالنزاع برابطة جدية وأكثرها أيفاء بمقتضيات العدالة المادية توحي بحلول واقعية تعكس نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة و إلى العقل تارة أخرى) ، وهذا التعريف يوضح بأن صياغة قاعدة الإسناد يجب أن تكون بالشكل الذي يجعلها قادرة على مواجهة أو مواكبة المواقف الواقعية ذات الطابع الدولي، بحيث يجعلها قادرة على أن تحل بعض الصعوبات الناتجة عن ظروف الواقع، مما يجعل مجال تطبيقها يتجدد و يتسع يومًا بعد يوم، وهذا يتحقق عندما تحصل موازنة بين قيود النص ومتطلبات الواقع، وتتمثل بتحرر القاضي من قيود النصوص القانونية، في أعطائه سلطة تقديرية بأن يختار القانون المناسب والملائم الذي يحقق العدالة المادية، والتي تعتبر غاية منهج الإسناد وتعطي حلولًا تنسجم وتواكب متطلبات الواقع، إذ أنها تستند في هذه الحلول إلى النص القانوني والعقل.

## الفرع الثاني

## وظيفة قاعدة الإسناد

قاعدة الإسناد لها وظائف هامه قد لا يتفق الفقه في القانون الدولي الخاص حول تحديد وظيفة قاعدة الإسناد والدور الذي تلعبه،و أن الحاجة إلى قاعدة الإسناد تبررها الطبيعة الخاصة للمنازعات في علاقات القانون الدولي الخاص، إذ يرتبط هذا النزاع بأكثر من دولة ، وهذا الأمر يتطلب البحث عن القانون الأفضل و الأجدر والأنسب و أكثرها عدالة من بين القوانين المتنازعة أو المتزاحمة، فتتمثل وظيفة قاعدة الإسناد بما يأتي:

أولًا- الوظيفة القانونية:

تتمثل هذا الوظيفة بالمشاركة المهمة من جانب كل دولة في تنظيم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة ، أي هي توضح نصيب مساهمة كل دولة مع غيرها من الدول الأخرى، في تنظيم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، و التي تتم في مجتمع دولي تنعدم به السلطة العالمية والتي تختص بوضع قوانين عامة تنظم العلاقات الدولية الخاصة [1].

(1)د.خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة )، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2015 ،ص 71

ثانيًا- تحقيق العدالة :

يتم تحقيق العدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية وذلك من خلال بيان القانون المناسب والملائم لحكم العلاقات الخاصة الدولية،إذ كان أتجاه من الفقه الفرنسي يرى أن هدف قاعدة الإسناد، وغايتها الأساسية، هو تحقيق الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية وليس العدالة، وكان الفقه المصري يرى أنه من الصعب القول بأن هدف قاعدة الإسناد هو تحقيق العدالة،[1] وهذا لا يمكن قبوله بأي حال من الأحوال لأن غاية قاعدة الإسناد هو تحقيق العدالة، و أن الأمان القانوني ما هو ألا حماية التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة واختيار قانون مناسب وملائم يرتبط بالعلاقة برابطة جديه هذا هو هدف العدالة فإذاً العدالة ما هي ألا مكملة للأمان القانوني.

الفقه يقرن الأمان بالعدالة في أداء قاعدة الإسناد لوظيفتها، فيقول البعض من الفقه الأنجلو أمريكي "أن اعتبارات السياسة الجوهرية لتنازع القوانين تنطوي تحت اعتبارين : الأمان .. والعدالة" وأن غاية قاعدة الإسناد تتمثل في الوصول إلى العدالة وهذا يجب أن يراعيه المشرع عند صياغته لقواعد الإسناد فأن تحقيق العدالة من مقومات وظيفة قاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة قانونية كغيرها من قواعد القانون، و أن غايات القانون هو تحقيق العدالة [1]، والجدير بالقول العدالة التي تحققها قاعدة الإسناد هي العدالة الشكلية أو كما يسميها البعض العدالة الحسابية، لكن ما تسعى هذه الدراسة لتحقيقه هو تحقيق العدالة المادية، التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، وذلك من خلال إتاحة سلطة تقديرية للقاضي تجعله يختار القانون المناسب و الذي يكون أكثر عدلًا من غيره من القوانين، فعدم تقيد القاضي بقيود النص القانوني يؤدي إلى مواكبة لمتطلبات الواقع المعاصر و بالنتيجة تحقيق العدالة المادية.

ثالثًا- ذهب الفقيه الألماني سافيني إلى أن قاعدة الإسناد تحقق أحدى هذه الوظائف فهي أما تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة أو تحديد نطاق تطبيق القوانين المعينة بحكم هذا العلاقة، ونتيجة تباين الأنظمة التشريعية جعل من الضروري أن يتم تغليب احد هاتين الوظيفتين على الأخرى، و نظرًا لذلك ذهب جانب من الفقه الألماني والإيطالي، إلى تغليب وظيفة نطاق تطبيق القوانين المحددة لحكم العلاقات الدولية الخاصة، بينما منهم من ذهب إلى تغليب وظيفة تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن قواعد الإسناد لا علاقة لها بمسألة

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولًا ومنهجًا ،ط1، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة،1996، ص 40_41.

تحديد الاختصاص التشريعي للدول المختلفة، إذ إن الوظيفة التي قصدها الفقيه سافيني و المتمثلة في تحديد نطاق تطبيق القوانين المعينة بحكم النزاع، تحتاج إلى تركيز وتلطيف، فمن ناحية التركيز أن قاعدة الإسناد إذا أشارت إلى قانون أجنبي واجب التطبيق، فأن المطلوب منه تطبيق قواعده الموضوعية، أما من ناحية التلطيف، فأن قاعدة الإسناد عندما تحدد القانون المختص من أجل تطبيقه تطبيقًا فعليًا على النزاع، فقاعدة الإسناد تتعلق بتحديد قانون ولا شأن لها بتحديد وضع قانوني [2].

رابعًا- التنسيق بين النظم القانونية :

العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص تفرض ارتباطها بأكثر من قانون، فلا بد من وجود تنسيق بين النظم القانونية والتي تعتبر أحد أهم الأهداف التي يسعى قانون الدولي الخاص لتحقيقها فكل دولة لديها مصالح متبادلة وغايات مشتركة، ولن يتحقق هذا التنسيق بين النظم القانونية إلا من خلال الاستشارة بين تلك النظم القانونية، والتي تمكن القاضي المختص من تعيين القانون الأنسب والأكثر تحقيقا لمتطلبات الواقع[3]،فقاعدة الإسناد تهدف إلى تنظيم العلاقات والوقائع التي تتصل أو ترتبط بالعديد من الأنظمة القانونية وهذه الخاصية تجعل نطاق تطبيقه أوسع من ذلك المعهود لعلاقات الحياة الوطنية [1].

وتبرز أهمية التنسيق بين النظم القانونية في مرحلة التكييف، من خلال تفسير النصوص القانونية تفسيرًا متطورًا يجعلها تواكب متطلبات الواقع، وبذلك يكون له دورًا أساسيًا في تطوير قاعدة الإسناد و الذي يُساهم بشكل كبير في تحقيق التنسيق بين مختلف النظم القانونية والذي سنتناولها لاحقًا، من خلال بيان الدور الذي يعلبه التكييف أو التطويع في تطوير قاعدة الإسناد.

ويبرز أيضا التنسيق بين النظم القانونية في الإحالة، إذ إن الأخذ بها سواء كانت من الدرجة الأولى أو الثانية يلعب دورًا هامًا في عملية التنسيق بين النظم القانونية، فعدم تقيد القاضي الوطني بقواعد الإسناد الوطنية و إمكانية استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فالمشرع الوطني عندما يضع قاعدة الإسناد أنما يتعامل مع علاقات متصلة بأكثر من نظام قانوني، فلابد

---

(1)نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في تنازع الدولي للقوانين ،دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص 41.

(2)د.محمد سليمان الأحمد ، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، ط1 ، دار وائل للنشر ، عمان –الأردن ، 2008،ص 50-51.

(3)د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين(المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)( دراسة مقارنة)،ط1، دار الثقافة للنشر، 1997، ص44.

من أن تعمل قاعدة الإسناد الوطنية مع قاعدة الإسناد الأجنبية وهذا يحقق التنسيق بين النظم القانونية، و أن الأخذ بالإحالة لا يعني أن يتنازل المشرع الوطني لمصلحة القانون الأجنبي، و أنما هذه القاعدة قد تم تعيينها عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما يؤكد التنسيق بين القاعدتين[2].

الكثير من التشريعات قد أخذت بالإحالة[3]، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون الدولي الخاص الألماني على أنه "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعينة الموجودة في قانون هذه الدولة، وبالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الداخلية الألمانية الموضوعية إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"أما المشرع العراقي لم يأخذ بالإحالة، سنتناول ذلك بشكل تفصيلي لاحقًا من خلال بيان دور الإحالة في تطوير قاعدة الإسناد.

خامسًا: مبدأ التسامح :

فقاعدة الإسناد تقدم التبرير أو الأساس القانوني المقبول لتطبيق قانون دولة أجنبية من قبل محاكم دولة أخرى،إذ يكون للقانون الأجنبي المختص الأولوية والأفضلية على قانونها الوطني،أي أن قاعدة الإسناد تفتح الباب أمام نفاذ قانون دولة أجنبية أمام سلطات دولة أخرى،وتعكس تسامح المشرع الوطني في تطبيق المحاكم الوطنية لقانون من وضع مشرع أجنبي[4].

فلو لم يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون دولة أجنبية أمام محاكمه الوطنية، فيكون القانون الوطني هو الواجب التطبيق من قبل القاضي الوطني لعدم قبول تطبيق أي قانون أجنبي لحكم العلاقات الدولية الخاصة، و هذا يؤدي إلى نكران العدالة والتي تعد غاية قاعدة الإسناد، إذ لا

---

(1)د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم، بحث منشور بواسطة محاماة نت، 2018 على الموقع الأتي: https:\\www.mohamah.net تاريخ الزيارة 2023\1\27.

(2)د.عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2007، ص253.

( 3) ومنهم القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر عام (1963)في المادة (35) إذ نصت على أنه" إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما و أحالت نصوص هذا القانون إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى في حالة الإحالة من الدرجة الثانية فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل عادل ومعقول للعلاقة المعنية" ومن أبرز القوانين العربية التي أخذت بالإحالة هو قانون المعاملات المدنية في الدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة1985 المعدل في المادة( 26) .

(4)د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة )، مصدر سابق ،ص 71

يمكن أن ينفذ أي قانون لدولة أجنبية إلا بموافقة المشرع الوطني، لذلك يجب أن يكون هنالك نوع من التسامح من جانب كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق القانون الأجنبي [1].

يري البعض من الفقه الحديث أن لقاعدة الإسناد وظيفة سياسية تتمثل في فض التنازع بين السيادات التشريعية و مراعاة أكبر قدر من الاحترام المتبادل بين تلك السيادات. [2]

## المطلب الثاني

## مضمون قاعدة الإسناد

تمتاز قاعدة الإسناد بالعديد من الصفات والخصائص ويشوبها الكثير من المثالب، وكما أنها تتكون من عناصر أساسية وجوهرية تختلف عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى، ومن أجل بيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع نتناول في الفرع الأول: خصائص قاعدة الإسناد، ونتناول في الفرع الثاني: مثالب قاعدة الإسناد، ونتناول في الفرع الثالث : عناصر قاعدة الإسناد.

### الفرع الأول

### خصائص قاعدة الإسناد

تتميز قاعدة الإسناد بالعديد من خصائص تتمثل بما يأتي:

1- قاعدة وطنية المصدر : أن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية في مصدرها أي أن المشرع الوطني في كل دولة يضعها بملء استقلاله وحريته يراعي عند وضعها طبيعة أو نوع النزاع وسيادة الدولة على إقليمها و المصالح المشتركة للدول و حاجة التعامل الدولي[1].

---

(1)ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي_أم البواقي، الجزائر، 2016، ص 25.

(2)أن قاعدة الإسناد لا يكون لها غير الوظيفة السياسية، وهي تحديد السيادة التشريعية الوطنية ومراعاة الاحترام المتبادل بين السيادات وهذا الاحترام يتحقق عند إعمال قاعدة الإسناد باختيار القانون المناسب والذي يرتبط بالنزاع برابطة جدية، إذ أن قاعدة الإسناد تفصل بين القوانين الصادرة عن سلطات تشريعية، ومن الحجج التي تدعم الوظيفة السياسيْة لهذه قاعدة هي الاعتبارات التي تراعي عند خلق قاعدة الإسناد ومنها الاعتبارات السياسيْة مثل أستخدام ضابط الموطن في الدول الأنجلو أمريكية في اختيار القانون المناسب لمسائل الأحوال الشخصية، إذ تستند على الاعتبارات السياسية وهي محاولة دمج الأجانب المقيمين على إقليمها وربط مصالحهم الاجتماعية والاقتصادية بها ، وهذا يؤدي إلى التجانس في تطبيق القانون، حيث أن يسري قانون الموطن على الجميع دون تفرقة بين الوطنين أو الأجانب، و ذات الحال يسري على الدول التي تتخذ من الجنسية ضابطًا لها في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الجنسية حيث تسعى إلى بسط سيادتها خارج حدودها وتربط المواطنين بدولتهم بالرغم من وجودهم خارج أراضي إقليمها، وهذا يؤدي إلى تقوية نفوذها السياسي في الخارج.
وللمزيد من التفاصيل ينظر : كل من د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص35 ، و أيضا د. حسن على كاظم، قواعد الإسناد و آليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام ،المؤتمر العلمي الثامن، العدد 20 ،2011، ص308.

ويترتب على الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد نتيجة مهمة تتمثل بضرورة أن تكون هذه القاعدة متفقة مع مبادئ الدستور وقد أثيرت هذه المشكلة في الدول الغربية وخصوصًا في ألمانيا، إذ أثيرت بعد صدور الدستور الألماني لسنة (1949) إذ كان يتضمن العديد من المبادئ الدستورية الخاصة كالمبادئ المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة، إذ كانت قواعد الإسناد الواردة في القانون الدولي الخاص الصادر عام( 1896) تخالف المبادئ الدستورية، فالحالات التي نصت عليها قاعدة الإسناد الواردة في المادة(15) فقرة (و) حيث طعنت في هذه المادة أمام المحكمة العليا في ألمانيا بعدم دستورية هذه المادة، لمخالفتها لنص المادة الثالثة الفقرة الثانية من الدستور[2]، المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة، لأن هذه المادة تخلق فوارقًا بين الرجل والمرأة بشأن النظام المالي للزوجين، وأيضا إلغاء المادة (17) فقرة (1) من القانون الدولي الخاص الألماني لمخالفتها للدستور، لأنها تطبق قانون الزوج في مسائل الطلاق، و هذا كان دافعا للمشرع الألماني إلى إصدار قانون دولي خاص جديد في عام 1986، يؤدي إلى تلافي المخالفات في مبادئ الدستور الألماني[3]، بالإضافة إلى أتاحه سلطة تقديرية للقاضي في تطبيق القانون الأوثق صلة في مسائل الطلاق، وبالتالي يؤدي إلى تحقيق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

وأن الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد لا تعني أن يتم وضع هذه القاعدة دائما من قبل السلطة التشريعية، وأنما أيضًا يساهم القضاء في خلق قواعد إسناد، كما هو الحال في الدول الأنجلو أمريكي كما في إنكلترا، كما أن معظم قواعد الإسناد عرفية الأصل، حيث أن للعرف دورًا مهمًا في تكوين الكثير من قواعد الإسناد والتي استلهمتها الكثير من التشريعات[4] .

وإذا كانت قواعد الإسناد تعبر عن فكرة وطنية خاصة بدولة معينة مع ذلك لا تستطيع مجافاة متطلبات الواقع الاقتصادية والاجتماعية الذي يعيشه المجتمع الدولي فأن قواعد الإسناد و أن كانت وطنية المصدر لكنها في ذات الوقت تعتبر في توجيهاتها دولية، وهذا ما يظهر في مبدأ التعامل بالمثل وفي المعاهدات الدولية في القانون الدولي الخاص، فالعديد من قواعد الإسناد تستمد وجودها من المعاهدات الدولية مثلًا القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مصدرها لائحة روما لعام (2008) إذ تعد هذه اللائحة مصدرًا لقواعد الإسناد في الدول الأوربية في مجال

---

(1)د.محمد جلال حسن عبد الله، تحليل الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك ، مجلد 1، العدد 3، 2012، ص148.

(2)حيث نصت المادة الثالثة الفقرة الثانية من الدستور الألماني لعام 1949على أن" 2) الرجال و النساء متساوون في الحقوق وتدعم الدولة التنفيذ الفعلي للمساواة بين النساء و الرجال، وتتخذ الخطوات اللازمة للقضاء على العوامل السلبية السائدة حاليًا" .

(3)نقلًا عن د. كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، 2005، ص22.

(4)د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2016،ص32.

الالتزامات التعاقدية [1] يترتب على الطابع الوطني لقاعدة الإسناد اعتبارها قاعدة ملزمة وعلى القاضي الوطني الالتزام بأعمالها من تلقاء نفسه.

2-قاعدة الإسناد قاعدة محايدة :

الأصل أن المبدأ الذي يحكم فلسفة التشريع هو التحيز للقانون الوطني، أي تطبيق القاضي لقانونه الوطني على العلاقات الدولية (عدم الحياد)[2]،إلا أن أحدى خصائص قاعدة الإسناد و التي تميزها عن غيرها من القواعد القانونية هو المساواة بين القانون الوطني و الأجنبي في حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، أي التسامح بتطبيق القانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني من خلال قاعدة الإسناد المحايدة .

و أن أهم المزايا التي تتسم بها قاعدة الإسناد هو طابعها الحيادي الذي يتم من خلال المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي من ناحية إمكانية التطبيق[3]، فقاعدة الإسناد بأعتبارها قاعدة قانونية توصف بكل ما تتصف به القاعدة القانونية بكونها قاعدة عامة مجرده محايدة حيث تؤدي وظيفتها في أختيار القانون الملائم من بين القوانين المتنازعة بطريقة مجردة وبالنظر إلى أن كل القوانين تتساوى وفق قاعدة الإسناد، لأن مهمتها هو الوصول للقانون الأنسب والأقرب صلة بالعلاقة الدولية،إذ تبحث قاعدة الإسناد المحايدة عن الرابطة الجدية بين القانون والعلاقة دون النظر إلى المصلحة الخاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة [4].

فقاعدة الإسناد قاعدة محايدة غير متحيزة وأنها لم يتم صياغتها وفقًا لمصلحة معينة، و أنما قد صيغت و أتسمت بروح حيادية فهي لا تُميز القانون الوطني عن غيره من القوانين الأجنبية [5].

وبهذه الخاصية تتميز قاعدة الإسناد بأعتبارها قواعد آلية تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية وهي إسناد العلاقة الدولية محل النزاع بطريقة آلية أو تلقائية إلى القانون المناسب و الملائم لحكم النزاع تبعًا للسياسة التشريعية لدولة القاضي، دون أن تعتد بالنتائج المادية التي يمكن أن يترتب عليها هذا التطبيق، وهذا يؤدي إلى تحقيق العدالة الشكلية وليست العدالة المادية و التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، فتسعى هذه القاعدة لتحقيقها من خلال تحرر القاضي من قيود النص القانوني

(1)د سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية،2009، ص596.

(2)د سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص592.

(3)د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، ط1، دار النهضة العربية،2009، ص 4.

(4)د. صلاح الدين جمال الدين ،القانون الدولي الخاص ، 2009، بدون دار نشر ،ص 132-133.

(5)ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، مصدر سابق،ص44.

لمواكبة تطورات الواقع المعاصر، ومن أبرز القوانين التي حاولت تجسيد العدالة المادية هو القانون الدولي الخاص الألماني لعام (1986) ، فقد نص في كثير من نصوصه ومنها ما جاء في نص المادة (41) الفقرة الأولى منه بشأن المسؤولية الناتجة عن العمل غير المشروع، حيث نصت: "1- إذا وجدت رابطة أكثر وثوقًا وبنحو كبير مع قانون دولة غير قانون الدولة المنصوص عليها في المواد 38حتى 40الفقره الثانية، فأن قانون تلك الدولة يطبق "[1] يتضح من النص أنه أتاح للقاضي سلطة تقديرية في أختيار القانون الأكثر صلة بالعلاقة، وهذا يؤكد على صفة أو خاصية الحياد التي تتصف بها قاعدة الإسناد، إذ أنها تختار القانون الذي يرتبط بالنزاع برابطة وثيقة و يكون أكثر صلة بالنزاع سواء أكان هذا القانون قانونًا وطنيًا أم أجنبيًا.

3- قاعدة الإسناد قاعدة إرشادية غير مباشرة :

أن أهم ما يميز قاعدة الإسناد عن غيرها من القواعد القانونية أنها لا تطبق على النزاع بصورة مباشرة بل ترشد أو تشير إلى القانون المختص لحل هذا النزاع فهي قاعدة مرشدة للقانون المختص لا تطبق على النزاع بذاتها،قاعدة الإسناد هي قاعدة انتقاء للقانون الذي ينطبق على النزاع وليست قاعدة حل مباشرة،وهذه الخاصية تعطي لقاعدة الإسناد الطابع الذي يميزها عن القواعد المعروفة في بقية فروع القانون فتضفي عليها الطابع المميز والمستقل [2].

فمثلًا: قاعدة الإسناد الخاصة بالزواج لا تبين شروط اللازمة للزواج بل تحدد القانون الواجب التطبيق، أو في مسائل الجنسية إذا حدث نزاع حول تمتع شخص بالجنسية الوطنية أو عدم تمتعه بها، فيتم معرفة ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد التي تنظم مسائل الجنسية و التعرف على الشروط اللازمة لاكتساب الجنسية [3] .

4- قاعدة الإسناد مزدوجة أو ثنائية الجانب :

من الخصائص المهمة لقاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة أو ثنائية الجانب ، وهذا يعني أنها قد تختار قانون القاضي أو القانون الأجنبي ليكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، إذا تبين أنه القانون الأوثق اتصالًا بالنزاع ، والأجدر بتحقيق العدالة .

---

(1)المادة (41) الفقرة الأولى من القانون الدولي الخاص الألماني نصت على ما يلي:
"(1) If there is a substantially closer connection with the law of a State other than that applicable under articles 38 to 40 paragraph 2، then the law of that other State shall apply.".

(2)د سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص588.

(3)ياسين جباري، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص42.

الصفة الازدواجية تجعل المفاضلة تحصل بين قانون القاضي الوطني الذي يفصل في النزاع وبين قانون دولة أجنبية طالما كان هو القانون الأقرب والأنسب لحكم العلاقات الدولية الخاصة [1].

و على الرغم من تأييد كثير من فقهاء القانون للصفة الثنائية أو الازدواجية لقاعدة الإسناد، إلا أن جانبًا من الفقهاء قد طالبوا بوجوب اقتصار وظيفة قاعدة الإسناد على تحديد ما إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق أم لا ،أي أنه فقط يبين أو يحدد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصًا، حيث أنها تمتنع عن الإشارة إلى اختصاص القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة عدم اختصاص القانون الوطني . [2]

أي أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجانب أحترامًا لإرادة المشرع الأجنبي في تحديد نطاق تطبيق القوانين التي يصدرها، فضلا عن عدم أختصاص المشرع الوطني بتحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية، إلا أن هذا الرأي يتنافى مع وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية بأعتبارها وسيلة للمفاضلة والأختيار للقانون الملائم للعلاقات الدولية، إذ كيف يتسنى للقاضي المفاضلة بين القوانين الأجنبية التي تتزاحم لحكم النزاع إذا لم يستمد إجراء المفاضلة من قواعد الإسناد،لذلك يجب أن تشتمل قاعدة الإسناد على بيان حالات تطبيق القانون الوطني والأجنبي على حد سواء ، لمنع حدوث حالة فراغ تشريعي وبالتالي يؤدي إلى إنكار العدالة .[3]

فتتمثل أهمية الصياغة المزدوجة لقاعدة الإسناد بالآتي:

الأول: يتمثل في إسناد العلاقات الدولية الخاصة إلى أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة وعدالة لحكم النزاع، ولا يمكن أعتبار قانون القاضي هو القانون المناسب، إذا كانت العلاقة نشأت وارتبطت بنظام قانوني آخر.[4]

ثانيًا: أمكانية منح الأختصاص لقانون أجنبي تفرض ذاتها لتجنب من وجود الفراغ التشريعي، وفي حالة إذا كان القانون الوطني غير مختص بحكم النزاع. [5]

---

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد عدد 51،ص 130-131.

(2)المنهج الأحادي أو قواعد الإسناد مفردة الجانب، إذ أنها تقوم على فكرة وهي لا يجوز تطبيق أي قانون على خلاف أرادة مشرعه لأنها ترى أن تنازع القوانين أنما هو تنازع بين السيادات ، ينظر: إلى د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2019، ص121، وص138.

(3)د.صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص 136.

(4)د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية(دراسة تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية، 2011، ص27.

(5)د. رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011،ص 118.

## الفرع الثاني

## مثالب قاعدة الإسناد

يشوب منهج الإسناد العديد من المثالب ويمكن أيجاز هذه المثالب بما يأتي :

1- قصور منهج الإسناد عن تحقيق العدالة المادية:

ذكرنا سابقًا أن قاعدة الإسناد تحقق العدالة الشكلية ولا تحقق العدالة المادية فالقاضي يجد نفسه مقيدًا عن الاجتهاد في الوصول إلى أنسب القوانين التي تحقق وظيفة قاعدة الإسناد والمستندة إلى مبادئ قانونية واقعية شرعت قواعد الإسناد من أجل تحقيقها، نجد البعض يشير إلى أن أبرز المشكلات التي تعترض القضاء أثناء تطبيق القانون هما الظلم القانوني والنقص القانوني وهذا يتطلب الحاجة إلى مبدأ العدالة، فعند تطبيق النص الظالم تظهر مشكلة تتمثل بتكريس حالة الظلم وزعزعة الثقة بالقانون، ولحل هذه المشكلة لابد من تولي القضاء مهمة إحقاق الحق والتغلب على الظلم وذلك من خلال منح القاضي حيزًا للاجتهاد في خلق الحل العادل الذي يتغلب على قيود النص و يجب على المشرع أن يتلافى الظلم القانوني مستعينا بالعدالة [1]، إذ أن الوظيفة والغاية التي تسعى قاعدة الإسناد من أجل تحقيقها، هي العدالة المادية وتتحقق عن طريق تحرر القاضي من قيود النص القانوني من أجل مجاراة متطلبات الواقع المتغير، المتشعب في جوانبه، وهذه المجاراة تفرض منح القاضي حيزًا للأجتهاد القضائي من أجل الوصول للحل العادل الذي يحقق هذه الغاية.

ويعد قرار المحكمة الدستورية الألمانية من القرارات التي جسدت مبدأ العدالة المادية،و الصادر في 30\نوفمبر\ 1982، ويتلخص هذا القرار بدعوى أقامتها أرملة أمام القاضي الألماني مطالبة بالحصول على حقها في التأمين الاجتماعي الذي كان زوجها الإنكليزي يتمتع به، أصدرت المحكمة المختصة قرارها برفض قبول الطلب معللة ذلك بأن زواجها الذي تم في أحدى المعسكرات التابعة للاحتلال الإنكليزي في ألمانيا بواسطة موظف مختص وكان ذلك وفقا للقانون الإنكليزي، وهو زواج غير معترف به في ألمانيا لأنه مخالفًا لنص المادة (13) وفق الفقرة 3دولي خاص ألماني، حيث نصت على أنه " لا يمكن إشهار الزواج في ألمانيا إلا في الشكل المحدد بالقانون الألماني، مع ذلك يمكن شهر الزواج المخطوبين غير الألمان أمام كل شخص معتمد قانونًا من حكومة الدولة التي يكون أحد المخطوبين من رعاياها طبقًا للشكل المقرر بقانون تلك

(1)أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 33.

الدولة"[1]،والتي تتطلب عقد الزواج أمام الموثق الألماني، ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية التي عرض عليها النزاع طعنا بعدم دستورية المادة(1264) والتي قضت بحرمان الأرملة من الحصول على التأمين الذي تنظم أحكامه إذا كان الزواج زواجا أعرجًا (وهو الزواج صحيح وفق قانون الدولة وباطل وفقًا لقانون دولة أخرى)، حيث ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن الدستور الألماني يمنح الحماية لكل أنواع الزواج بما فيها زواج الأعرج، وهذا يحقق العدالة المادية لأنه يعطي حق للزوجة الأرملة في الحصول على التأمين. [2]

ولهذا أصبحت العدالة المادية مطلبًا تشريعيًا بعد أن أصبح حقيقة واقعية على مستوى القضاء فلا بد من تطوير قاعدة الإسناد لكي تحقق العدالة المادية و ليس فقط لتحقيق العدالة الشكلية.

2- انعدام الأمان القانوني أو حماية التوقعات المشروعة :

أن تحقيق الأمان القانوني المتمثل في الحفاظ على توقعات أطراف العلاقات الخاصة الدولية ومن ثم استقرار ونمو تلك العلاقات وعدم اصطدامهم بتطبيق قانون لم يلاحظ وقت نشوء العلاقة ودون أن تتصل به العلاقة برابطة جدية.[3]

و تظهر أهمية الأمان القانوني في مجال التجارة الدولية الذي يكون بحاجة إلى الأمان واليقين القانونيين بحكم السرعة والثبات الذي تتطلبه معاملات التجارة الدولية وبالخصوص العقد الدولي الذي يعد الوعاء الذي يحوي معظم العمليات التجارية حيث تتمتع أطراف العقد الدولي بالقدرة على منح الاختصاص التشريعي للقانون الذي يتفقون عليه وقد يتفق المتعاقدون على قانون معين وقد لا يتفقون، وعندها يتوجب على القاضي أن يبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة، وهذا البحث يعتمد على قدر معين من تخمين القاضي، و تقلبات الأجتهاد القضائي، التي قد تنطوي على مخاطر جسيمة للعلاقات القانونية كافة و بالخصوص الصفقات التجارية الدولية، والتي تكون غالبًا ذات مبالغ باهظة، فالتجارة الدولية أحوج إلى الاستقرار والثقة، فكيف تطمئن أطراف العقد الدولي وهم لا يعلمون مقدمًا أي قانون ينطبق عليهم [4].

لذلك ظهرت الحاجة إلى ظهور مناهج معاونة أو بديلة لقاعدة الإسناد وهي منهج القواعد الموضوعية الذي يتولى التنظيم المباشر لمعاملات التجارة الدولية.

3- القصور في قاعدة الإسناد عن تحقيق الوظيفة الوقائية :

(1) ينظر إلى المادة (13) الفقرة الثالثة من قانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986.
(2)د.صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص 136.
(3)د.ليث عبد الرزاق علي الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2017، ص61.
(4)د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة )، مصدر سابق،ص 98.

أن منهج قاعدة الإسناد يتطلب لأعماله أن يكون هناك أعتداء على مركز قانوني أو حق لشخص معين، فيتم اللجوء إلى القضاء من أجل حماية هذا الحق، فإذا رُفعت دعوى أمام المحاكم العادية أو أمام التحكيم فعندها يتم أعمال منهج قاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون المناسب أو الملائم والذي يرتبط بالنزاع برابطة جدية فيكون واجب التطبيق، أما قبل ذلك فلا مجال لأعمال منهج قاعدة الإسناد والذي يفتقد الوظيفة الوقائية أي للحيلولة دون وقوع النزاع، فمنهج قاعدة الإسناد تنعدم فائدتها قبل وقوعه.[1]

4- عدم قدرة قاعدة الإسناد على الانسجام أو التكيف مع كل الحالات:

أن صلابة قاعدة الإسناد تمنع القاضي من معرفة فيما إذ كانت قاعدة الإسناد التي يتم أعمالها تنسجم أو تتوافق مع كل الحالة الخاصة المعروضة أم لا، فأن قاعدة الإسناد قد تنسجم مع حالة وقد لا تنسجم مع كل الحالات، رغم التشابه في الطبيعة القانونية، ففي الألتزامات غير التعاقدية القانون الواجب التطبيق هو قانون محل وقوع الفعل الضار، وهذا الحل عام وشامل لا يقبل المناقشة بالأستناد إلى مبررات نظرية وعملية، وهذا القانون يحقق التوازن بين الحقوق والمصالح لكل من المضرور و المسؤول في أغلب الحالات، ولكن ليس دائما كذلك، فقد توجد الحالات التي لا يتلاءم فيها أعمال القانون محل وقوع الفعل الضار مع طبيعة النزاع المعروض، قد يكون محل وقوع الفعل الضار عرضي، ومثال على ذلك حالة النقل المجاني الذي يقوم به سائق فرنسي مقيم في باريس والسيارة التي يقودها مسجلة لدى الدوائر الرسمية الفرنسية، وحصل حادث في الأراضي الألمانية تضرر بنتيجة المنقول مجانًا، ففي ظل قاعدة الإسناد يكون القانون الألماني هو الواجب التطبيق بأعتباره محل وقوع الفعل الضار، في حين أن القانون المناسب والملائم والذي ينبغي أن يطبق هو القانون الفرنسي بأعتبارها أكثر القوانين أرتباطاً بالعلاقة فليس من المنطقي أن يطبق القانون الألماني لأنه قانون عرضي، فصلابة قاعدة الإسناد وتجريدها يظهر عدم قدرتها على الأنسجام أو التكيف مع هذه الحالة المعروضة [2].

بالرغم من قسوة الأنتقادات التي تعرضت لها قاعدة الإسناد، فأنها مازالت لحد الآن الوسيلة الفنية المعمول بها في كافة تشريعات القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين إلا أنها لم تستمر كوسيلة (غالبة طاغية)[3].

(1)د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين(دراسة تحليلية مقارنة)،ص 99.
(2)د. سامي بديع منصور، و د. عبده جميل غضوب، القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . بيروت، 2009، ص69_70.
(3)د .سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص766.

التقنيات الحديثة للقانون الدولي الخاص كالقانون الألماني لم يُنحِ قاعدة الإسناد بل استعان بها على نحو شبه تام، فأدت الانتقادات إلى تطوير قاعدة الإسناد من خلال منح القاضي مجالًا للاجتهاد في النصوص التشريعية، للتحرر من قيود النص القانوني لمواكبة متطلبات الواقع المعاصر، وهذه ينسجم مع متطلبات العدالة المادية فلم تعد دور هذه القواعد مقتصرًا على اختيار القانون بشكل آلي وهي معصوبة العينين أي تحقق العدالة الشكلية بل أصبحت تسعى إلى أدراك العدالة المادية أي الأخذ بعين الأعتبار النتائج التي يؤدي إليها أعمالها في الواقع.

## الفرع الثاني

## عناصر قاعدة الإسناد

أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية ذات طبيعة خاصة تحكم العلاقات الدولية الخاصة من أجل أيجاد قانون مناسب وملائم وعادل لتطبيقه على العلاقة محل النزاع، وأن قاعدة الإسناد ترتكز على عناصر، وهذه العناصر هي محتوياتها، وقد قسمها عموم الفقه إلى ثلاثة عناصر وهي:

أولا- الفكرة المسندة أو موضوع الإسناد

ثانيًا- ضابط الإسناد

ثالثًا- القانون المسند إليه الاختصاص

فمثلًا، قاعدة الإسناد التي نصت عليها المادة 1\18 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه" الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته"[1] ،تتضمن موضوع الإسناد وهي الأهلية، وتتضمن ضابط الإسناد وهي الجنسية، وقانون المسند إليه الاختصاص هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.[2]

و فيما يأتي سنتناول شرح كل عنصر من عناصر قاعدة الإسناد:

---

(1)القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة(1951)المعدل.

(2) ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن العنصر الثالث في قاعدة الإسناد يتمثل بوقت الإسناد، و به يتحدد الوقت المعتبر في إسناد الفكرة المسندة إلى القانون المسند إليه الاختصاص وفق معيار الإسناد، و إذا تحققت هذه العناصر الثلاثة نتوصل إلى نتيجة الإسناد المتمثلة بالقانون المسند إليه الاختصاص، ومعنى ذلك أن القانون المسند إليه لا يعتبر عنصر في قاعدة الإسناد وحجتهم في ذلك تتمثل من جانبين، الجانب الأول: أنه سيكون معروف بمجرد تحديد معيار الإسناد، والجانب الثاني : أنه عنصر خارج قاعدة الإسناد، لأنه هو الحل الذي تسعى هذه القاعدة إلى تحقيقه فهو غاية قاعدة الإسناد، فلا يمكن أن يكون جزءاً منها، ينظر كل من د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 86، ود.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (16)، العدد(2)، 2009، ص426.

أولا_ الفكرة المسندة:

المسائل القانونية كثيرة غير محددة لا تدخل تحت حصر، وهذا يجعل من غير الممكن أستيعاب كل هذا الحالات ووضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، لذلك تعمد التشريعات إلى تجميع وحصر المسائل أو الحالات المتشابهة و المتقاربة والتي يجمعها قاسم مشترك ووضعها في مجموعات معينة تسمى " بالفئة أو الفكرة المسندة".

فالفكرة المسندة هي" عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة و المتقاربة التي خصها المشرع الوطني بضابط إسناد تمهيدًا لإسنادها لقانون معين"[1]

فالفكرة المسندة تتضمن الحالات القانونية التي يمكن أن ينشأ بشأنها النزاع، وليس من المعقول أن يكون لكل حالة قانونية قاعدة إسناد خاصة بها، إذ أن الحالات القانونية غير محددة، فالفكرة المسندة تتضمن مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد، ومثال على ذلك فكرة الوصية فهي تشمل شروطها و آثارها وما يتعلق بها من أحكام [2] و أيضا فكرة الأهلية التي وضع لها المشرع العراقي ضابط الجنسية كضابط إسناد وأخضعها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وفكرة العقد الدولي والالتزامات التعاقدية وضع لها ضابط إسناد أصلي وهو ضابط الإرادة وضوابط إسناد احتياطية أخرى، وفكرة الأموال والتي تشمل مجموعة من الحالات القانونية تحت عنوانها وهي العقارات والمنقولات وأسباب كسبها والحقوق العينية وكل ما يتعلق بها حيث وضع لها ضابط إسناد وهو قانون موقع المال، فتتضمن كل فكرة مسندة على علاقات قانونية متقاربة أو متشابهة تمثل نظام قانوني واحد، و يقوم المشرع بوضع ضابط إسناد خاص بكل فئة من العلاقات القانونية المتجانسة من أجل إسنادها إلى قانون معين [3]، وقد تتضمن الفئة أو المسألة القانونية الواحدة أكثر من فكرة مسندة و بالتالي أكثر من قاعدة إسناد، فمثلًا الزواج في شروطه الشكلية والموضوعية موزع بين فكرتين مسندتين وبالتالي بين قانونين فتختص كل قاعدة ببيان وتحديد القانون الواجب التطبيق على جزيئه من موضوع الزواج [4].

لقد ثار خلاف بصدد طبيعة الفكرة المسندة وتضمن هذا الخلاف الآتي:

(1)سليمة وصيف خالد، تنازع القوانين في الميراث و الوصية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، الجزائر، 2015، ص 7.
(2)د.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص 426.
(3)د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص39.
(4)د.أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 25.

الرأي الأول: يذهب إلى القول بأن الفكرة المسندة هو مركز واقعي أو هو علاقات واقعية في مجريات الحياة مجردة من التوصيف القانوني آي هي الواقع فتأتي قاعدة الإسناد لتتناول هذه الوقائع بالتنظيم فتحدد القانون الواجب التطبيق، وهذا القانون هو الذي يسبغ على الوقائع الصفة القانونية [1].

وهذا الرأي يستند على نقطة أساسية تتعلق بالارتباط ما بين النظم القانونية في الدول، إذ يرى أنصار هذا الرأي بأن الأنظمة القانونية تشهد في الواقع أنفصالا أو انقطاعا فيما بينها، إذ إن كل نظام معزول عن الآخر، وفي ظل المعطيات للنظام القانوني الدولي الحالي لا يوجد نظام قانوني دولي فوق الأنظمة القانونية، وذلك لوجود توزيع متبادل للاختصاص التشريعي للدول .

وتترتب على الأنفصال القائم بين الأنظمة القانونية نتيجتان هما: تفرد النظام القانوني وعمومية النظام، فالتفرد الذي تتصف به هذه الأنظمة يترتب عليه أن أي نص قانوني أجنبي لا تكون له قيمة قانونية في مواجهة النظام الوطني، لأنه ناتج عن نظام قانوني لدولة مختلفة وهذا يؤدي إلى استحالة قيام تنازع القوانين، وهذا يؤدي إلى رفض الرأي الذي يرى بأن موضوع قواعد الإسناد هو النصوص القانونية الموضوعية الأجنبية [2].

أما النتيجة الثانية : عمومية الأنظمة القانونية الوطنية في علاقتها بالواقع الخالص، فأن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن هدف كل قاعدة قانونية هو ترتيب الآثار القانونية على الوقائع والعلاقات المتعلقة بالأشخاص الخاضعين للنظام القانوني الذي تنتمي إليه القاعدة، فما دامت القاعدة تنتمي بالنسبة للمصدر الذي أنشأها إلى نظام قانوني معين، فإنها بالضرورة تنتمي إلى نظام قانوني وطني فإنه لا يمكن النظر إلى هذه القواعد إلا على المستوى نفسه الذي يُنظر من خلاله إلى القواعد المستوحاة من ذات المصدر،[3] معنى ذلك أن قواعد الإسناد هي قواعد تتعلق بالعلاقات بين الأشخاص الخاضعين للنظام القانوني الوطني، أي أنها ترتب نشأة الحقوق والالتزامات أو تغييرها أو انقضائها على حدوث وقائع متعلقة بالأشخاص الذين ينتمون إلى المجتمع الإنساني،و أن هذه الوقائع والعلاقات التي تهدف قواعد الإسناد إلى تنظيمها تتمتع

(1) د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، عمان- الأردن، 2008، ص298.

(2)أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع و القانون و المزج بينهما، مصدر سابق.

( 3) ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2009،ص123.

بخصائص ذاتية تميزها عن القواعد القانونية العادية التي تعالجها والتي تنظم العلاقات ذات البعد الأجنبي [1].

الرأي الثاني: ذهب إلى إنكار ما جاء به الرأي الأول بأن موضوع قواعد الإسناد هو الوقائع المادية، وذلك لأن وظيفة قاعدة الإسناد هي تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل القانونية وليست الوقائع المادية و أن الرأي الأول يخلط بين مضمون القاعدة القانونية وبين تطبيقها ومجاله الوقائع المادية أو المراكز الواقعية [2].

إذ ذهب هذا الرأي على أن موضوع قواعد الإسناد هي نصوص القانون الداخلي الذي تختاره قواعد الإسناد لحكم العلاقات الدولية الخاصة، و أن كل رأي من الرأيين المذكورين له أثر مباشر على قاعدة الإسناد من جهة العلاقة التي تربط قاعدة الإسناد مع بعضها البعض ويجب أن يكون بين العناصر مقدار من التجانس وهذا يترك تحديده على موضوع قاعدة الإسناد ليتم بناءً على ذلك تحديد مدى صواب الرأي الذي يستمد هذا الموضوع من ميدان القانون[3].

ويأخذ بهذا الرأي غالبية الفقه والقضاء في مختلف دول العالم، حيث يؤيده الفقه الألماني ويترتب على أثره أن القاضي الألماني لا يجوز له أن يتغاضى عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أن الخصم لم يتمكن من أثبات القانون الأجنبي،[4]، حيث نصت المادة (293) من قانون المرافعات الألماني على أنه "تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون القواعد القانونية و لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم و أن تأمر بما تراه ضروري لأدراك هذه الغاية "[5].

وكذلك أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عام (1992) حيث أكدت المحكمة على الرأي ونقضت الحكم المطعون فيه للخطأ في القانون بسبب انتهائه بتطبيق القانون الفرنسي في واقعة النزاع في القضية المتعلقة بدعوى إثبات نسب طفل مولود لأم جزائرية الجنسية، على خلاف ما أشارت إليه المادة (311\14) القانون المدني الفرنسي بإخضاع النسب لقانون جنسية الأم يوم ميلاد الطفل وهذا يستوجب تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون دولة

(1)د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين بين الشريعة و القانون، مصدر سابق، ص 9-10.
(2)د.عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص167.
(3)د.هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة، منشاة المعارف الإسكندرية، 1977،ص140.
(4) أبراهيم صالح الصرايرة، وعلاء محمد الفواعير، مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقًا للتشريع الأردني، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة و القانون، المجلد 43، ملحق 3، 2016، ص 1256.
(5) ينظر إلى نص المادة (293) من قانون المرافعات الألماني لعام 1887المعدل في عام 2009 .

الأم [1]، أما موقف القانون العراقي والفقه والقضاء العراقي بهذا الخصوص وعلى ذلك ،فان الرأي السائد يرى أن تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره يعد مسالة قانون ويفترض علم القاضي به، وأن صياغة نصوص قواعد الاسناد في القانون العراقي تؤكد بأن تطبيق القانون الأجنبي يعد مسالة قانون لا مسألة واقع فالمحكمة الزمته بالبحث عن القانون والتحقق منه وقد يتعاون في الأغلب الخصوم معها في تذليل مهمة التعرف على القانون الأجنبي واثبات مضمونه مستعملين في ذلك طرق الاثبات كافة ماعدا اليمين والإقرار لا يصلحان لأثبات القانون الأجنبي وأيضا يمكن الاستناد إلى الوثاق الرسمية الصادر عن الممثليات الدبلوماسية والقنصلية ودراسات القانون المقارن وكذلك الاتفاقيات الدولية، إذ تكاد لاتخلو اتفاقية من هذه الاتفاقيات من نص يتعلق بتبادل المعلومات عن القوانين النافذة والنصوص القانونية والكتب القانونية، وتطبيقًا على ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها بخصوص عقد تم أبرامه في انكلترا تتخلص الواقعة بضياع صندوق أدوية تم أرساله إلى الشركة العامة لاستيراد وتوزيع الأدوية والمواد الكيماوية ببغداد، ولدى الرجوع الى وقائع الدعوى طبقت المحكمة القانون الأنكليزي بأعتباره القانون الذي تم فيه العقد ، إذ بموجب نص المادة (25) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه"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 مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر يراد تطبيقه" ونصت المادة26 من القانون ذاته على خضوع العقود في شكلها قانون الدولة التي تمت فيها وعلى ذلك فليس في موضوع الدعوى ما يتعارض مع النصوص الخاصة بالنظام العام فمحكمة التمييز أعتبرت، القانون الانكليزي وهو قانون اجنبي،مسالة قانون فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقع[2]، فيقع على القاضي عبء تفسير وتطبيق القانون الأجنبي وهذا ما أكدُه قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعا عن إحقاق الحق ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق"[3]بمعنى أن المشرع العراقي ألزم القاضي بحكم وظيفته أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد على القضية المعروضة أمامه و لا يستطيع الأمتناع عن ذلك بحجة عدم وجود نص قانوني.

(1)د.كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد و خصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص 9.

(2) فرات رستم أمين الجاف، فكرة الإدعاء في القانون الإثبات دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك، 2014، ص103 إلى 104.

(3) ينظر إلى نص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969المعدل.

الرأي الثالث: ذهب إلى القول بأن موضوع قواعد الإسناد لا يمكن أن ينصب على ميدان القانون فقط، و أيضا لا يمكن أن ينصب على ميدان الواقع فقط، فقواعد الإسناد لا يمكن أن تستمد موضوعها من الواقع المجرد ، وكما لا يمكن أن تنصب على العلاقات القانونية، بل أن موضوع قواعد الإسناد هو المزج الواقع بالقانون أي أن موضوعها هو المسائل القانونية التي تكون محل النزاع المعروض أمام القضاء وهذه المسائل تتكون من الطلبات التي يتقدم بها المدعي ومن الوقائع التي يتمسك بها من أجل تأييد هذه الطلبات أو بمعنى آخر هي مجموعة أدعاءات الخصم في الدعوى. [1]

إذ من الصعب الأدعاء بما جاء به الرأي الأول و الرأي الثاني بقصر موضوع الفكرة المسند على الواقع الخالص المجرد من التوصيف القانوني،إذ أن الوقائع التي تقوم الفكرة المسندة بترحيلها إلى القانون المختص، هي ليست وقائع مادية مجردة من التوصيف القانوني، وذلك لأن المعيار الذي بواسطته تم أدراج العلاقات والوقائع المادية في الفكرة المسندة ليس مجرد عناصر المشكلة من مادتها الصرف، و أنما هو العلاقة المتبادلة للوقائع المادية مع القاعدة المعنية، فلابد من وجود توافق أو أنسجام يربط الوقائع مع القانون أو القاعدة القانونية، إذ إن من الصعب الادعاء بأن قواعد الإسناد تنصب فقط على العلاقات أو الوقائع المجردة من توصيف قانوني، و أن العلاقة بين القانون والواقع لا يمكن أن تكون فيها أولوية للواقع في مواجهة القانون، و إنما يوجد بينهما تعاصر و تلازم[2].

ووفقًا لما تقدم، يتضح لنا أن موضوع الفكرة المسندة، هو عبارة عن المزج بين القانون و الواقع، و المتمثل بالمسائل القانونية التي يثيرها النزاع المعروض أمام القضاء، ونحن بدورنا نرجح الرأي الثالث، لأنه الأقرب للواقع.

وتختلف التشريعات في شأن تقسيمها للأفكار المسندة، فنجد المشرع العراقي قد قسم الأفكار المسندة ووضع لها قاعدة إسناد وتكون كالأتي:

1- فئة الأحوال الشخصية: ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته وتكون مقسمة كالآتي:

أ- الأهلية: نصت عليها المادة (18)من القانون المدني العراقي .

---

(1)د.حفيظة السيد الحداد، المؤجز في القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان ، 2005، ص106.

(2)د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم، مصدر سابق، ص 2.

ب- الزواج: خصه المشرع العراقي في المادة (19) حيث أخضع الشروط الموضوعية والشكلية إلى المادة (19\1)، الآثار الشخصية والمالية وردت في المادة (19\2)، والطلاق والتفريق والانفصال في المادة(19\3)،ومسائل البنوة والولاية في المادة(19\4)، وورد قيد إذا كان أحد الزوجين عراقيا يطبق القانون العراقي نصت عليه المادة (19\5)،و المسائل المتعلقة بالوصايا والقوامة وحماية عديمي الأهلية و ناقصيها وردت في المادة(20)، النفقة وردت في المادة (21)، الميراث ورد في المادة (22)، و الوصايا ورد في المادة(23).

2- فئة الأموال أو الأحوال العينية: ويسري عليها قانون موقع المال وتشمل المسائل الآتية :

أ- الأموال المادية (العقارات والمنقولات) وردت في المادة (24) .

ب- الأموال المعنوية: وتشمل الحقوق التجارية والحقوق الفكرية وحقوق شخصية حيث نظمت الحقوق الفكرية بقانون حق المؤلف العراقي ووردت في المادة (49). [1]

3- فئة الالتزامات : وتشمل الآتي:

أ- الالتزامات التعاقدية ويسري عليها قانون الإرادة من حيث الموضوع ووردت في المادة (1/25) أما من حيث الشكل يسري عليها قانون المحل ووردت في المادة(26) .

ب- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدث بها الفعل المُنشئ للألتزام ووردت في المادة (27).

4- فئة أو مسائل شكل التصرف : يسري عليها قانون القاضي ووردت في المادة (27).

واعتمدت الكثير من القوانين هذا الأسلوب كالقانون المصري وردت قواعد الإسناد في القانون المدني المصري في المواد (10-28) وفضلًا عن الدول التي وضعت قوانين خاصة للقانون الدولي الخاص كالقانون التونسي والألماني، وقد استمد المشرع العراقي قواعد الإسناد من القانون المدني المصري [2].

---

(1) نظمت المادة(49) من قانون حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل والتي نصت على أن "تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي. أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميها هذا القانون إلا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية وان تمتد هذه الحماية إلى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبي " وقد تم تعديل هذا النص بموجب الأمر الإداري الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقت رقم( 83) لسنة 2003 حيث أصبح النص " تسري أحكام هذا القانون على كل مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي وتشمل الحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون و الأجانب سواء كانوا أشخاصًا طبيعية أو معنوية على أساس لا يقل عما هو مناسب أن يتمتع للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية و التمتع بحقوق الملكية الفكرية الأخرى و أية مزايا تستمد من هذا الحقوق" منشور في الوقائع العراقية عدد 3984في 2004.

(2) د. خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة )، مصدر سابق، ص 78.

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد نظم قواعد الإسناد والتي وردت في القانون المدني العراقي من المادة(17-33) والتي يلجأ إليها القاضي في تقديم الحل المناسب في المسائل التي وردت قاعدة إسناد خاصة بها، ألا أن القاضي يجد نفسه مقيدًا عن الاجتهاد في الوصول للحلول الواقعية ذات نتائج مادية تستند إلى النصوص تارة و إلى العقل تارة أخرى، لذلك نوصي المشرع العراقي أن يسلك سلوك القانون الألماني الذي يحقق العدالة المادية ويخرج عن النص، ويعطي للقاضي حيزًا واسعًا للاجتهاد[1].

ثانيًا_ ضابط الإسناد:

عرف ضابط الإسناد بالعديد من التعاريف وله طرق وتقسيمات عديدة ، سنتناولها بالشكل الأتي:

1- تعريف ضابط الإسناد:

هو المعيار الذي يختاره المشرع الوطني في كل دولة ليكون المرشد إلى القانون الواجب التطبيق[2]، ويعرف أيضا " المعيار الذي عن طريقه الربط بين العلاقة محل النزاع و أكثر القوانين المتزاحمة حولها أتصالًا بها حتى يتم اختيار قانون منها لحكمها " وهو يعد وكما عبر جانب من الفقه "قطب القاعدة " إذ بدونها تعجز قاعدة الإسناد عن القيام بوظيفتها في اختيار القانون الواجب التطبيق، فيعتبر ضابط الإسناد العنصر الأساسي أو العنصر الجوهري في قاعدة الإسناد، ويستمد ضابط الإسناد من أحد عناصر العلاقة القانونية، مثل الجنسيه الشخص أو الموطن أو محل إقامته، وقد يستمد من عنصر المحل أو الموضوع، أو عنصر السبب، أو الواقعة المنشئة للعلاقة، فأن اختيار ضابط الإسناد لا يتم بصفة عفوية، بل ينبغي أن يستمد من العنصر الذي يمثل مركز ثقل العلاقة محل النزاع، فالعلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر: أطراف العلاقة، المحل والسبب، فينبغي إذاً انتقاء ضابط الإسناد من بين هذه العناصر الثلاثة، وذلك عن طريق الموازنة بينهما، ففي مسائل الأهلية مثلًا يستمد ضابط الإسناد من أطراف العلاقة لأنه يمثل مركز الثقل في علاقات الأحوال الشخصية، وأن سبب أختيار ضابط الإسناد من العنصر الذي

(1) وهذا ما سنتناوله لأحقًا بشكل تفصيلي، ولكن نذكر أحد هذه النصوص التي جسدت العدالة المادية وهو المادة (4\1) من القانون الدولي الخاص الألماني، حيث نصت على أنه " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فأن يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية" هذا النص وضح موقف المشرع الألماني من قبوله الأخذ بالإحالة لما لها من أهمية كبيرة في تحقيق العدالة المادية، و التي سنتناولها لأحقًا ونوضح هذه الأهمية.

(2)د.رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص114.

يمثل مركز الثقل في العلاقة أو العنصر المهيمن على العلاقة يؤدي إلى تمكين أطراف العلاقة الدولية الخاصة من معرفة القانون الذي يحكم علاقاتهم بشكل مسبق.[1]

وهذا يتفق مع متطلبات الواقع، إذ أن الواقع الاقتصادي، والاجتماعي يكون في تطور مستمر إذ يكون للقاضي الاختيار والتفضيل بين عدة ضوابط وفق ما تقتضيه و بما لا يتعارض مع النظام العام وهذا يحقق العدالة التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

2- وتنقسم ضوابط الإسناد إلى تقسيمات عديدة و كالآتي:

أ- ضوابط الإسناد المادية و ضوابط الإسناد المعنوية:

ضوابط الإسناد المادية والتي يمكن إدراكها بالحس وتكون ضوابط أقليميةَ وتشمل ( الموطن ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع و موقع المال و محل أبرام العقد)، أما ضوابط الإسناد المعنوية لا يمكن إدراكها بالحس وتشمل (الجنسية و إرادة المتعاقدين)[2].

ب- ضوابط إسناد قانونية و ضوابط إسناد واقعية :

أن تقسيم هذا المعيار يعتمد على مدى تدخل الدولة في تنظيم ضوابط الإسناد، فالقانونية منها هي أفكار يتولى المشرع تنظيمها بأحكام خاصة مثل( الموطن والجنسية)، أما الواقعية لا يتولى المشرع تنظيمها مثل (موقع الفعل الضار والنافع ومحل إبرام العقد و موقع المال) [3].

ت- ضوابط إسناد وقتية وضوابط إسناد مستمرة :

يعتمد هذا التقسيم على الامتداد الزمني لضوابط الإسناد، ضوابط الإسناد الوقتية يستغرق وجودها وقتًا محددًا و تتضمن( إرادة المتعاقدين و أنعقاد العقد ومحل وقوع الفعل الضار والنافع)، أما ضوابط المستمرة فتستغرق مدة زمنية طويلة أو مدة غير محددة مثل (الجنسية، الموطن، موقع المال)[4].

ث- ضوابط إسناد ثابتة و ضوابط إسناد متغيرة:

---

(1)د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 41،42.

(2) د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، ط1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 256 و ما بعدها.

(3) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط1، مصر، 1982، ص337.

(4) وسام توفيق عبد الله الكتبي، أثبات مسائل القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2009، ص 114.

ضوابط الإسناد الثابتة مثل (موقع العقار وإرادة المتعاقدين ومحل إبرام العقد ومكان حدوث الفعل الضار أو النافع )وهذه لا يمكن تغييرها بأية حال من الأحوال، أما الضوابط المتغيرة فهي قابلة للتغيير مثل ( الجنسية والموطن وموقع المال )[1].

أن تقسيم ضوابط الإسناد له أهمية كبيرة في الاستجابة لمتطلبات الواقع، إذ عن طريقها يصدر القاضي أحكامًا مختلفة تبعًا للمسألة المعروضة عليه آخذًا بنظر الأعتبار ما يحيط بها من ظروف، فضوابط الإسناد المادية تسند العلاقة محل النزاع للقانون الأصلح والأكثر عدالة.

3- طرق الإسناد:

قاعدة الإسناد قد تكون بسيطة وقد تكون مركبة ويكون ذلك حسب ما تتضمنه من ضوابط إسناد، فتقسم إلى ما يأتي:

أ- قاعدة الإسناد البسيطة :

وهي الصورة الغالبة حيث تتضمن ضابط أختيار واحد، فيشير إلى قانون واحد ليحكم كل جوانب النزاع، وتتسم قاعدة الإسناد البسيطة بطابعها التركيزي البحت حيث يطلق عليها جانب من الفقه الحديث أسم قاعدة الإسناد" ذات الطبيعة التركيزية المحضة" لأنها تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق بعد تركيزها للعلاقة تركيزًا موضوعيًا [2].

و مثلًا على قاعدة الإسناد البسيطة ما ورد في القانون المدني العراقي من المادة (2\19) حيث نصت "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال "، و تقابلها المادة (1\13) من القانون المدني المصري فضابط الاختيار واحدًا يكون بمقتضاه قانون واحد هو الواجب التطبيق على كل مسائل آثار الزواج وهو قانون دولة الزوج وقت الزواج، فضابط الإسناد البسيط القصد منه تحقيق غاية، وهي تأكيد قوامة الزواج انسجامًا مع روح النظام القانوني والاجتماعي والحفاظ على وحدة الأسرة و تماسكها.

إلا أن منهم من ذهب إلى أن الأمر لا يمكن أن يتعلق بقاعدة تنازع مجردة ذات طابع تركيزي بحت،أي تختار قانون الدولة التي ترتبط بها العلاقة محل النزاع على نحو وثيق كما ورد في المادة (2\19)والتي نصت على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت أنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" [3] ،فيمكن أن

(1)د.إبراهيم خليل محمد إبراهيم، تكامل منهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق،ص 82.
(2)د.أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مصدر سابق، ص301.
(3) قانون المدني العراقي رقم 40، لسنة 1951المعدل.

يكون هذا القانون قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة و ليس قانون دولة الزوج، وبالخصوص أن المعمول عليه هو وقت انعقاد الزواج، وقد يغير الزوج جنسيته وقد لا يكون لها أي ارتباط بدولته الأولى التي عقد الزواج في ظلها،أي أن الأمر يتعلق بقاعدة إسناد ذات طابع موضوعي و بالتالي تحقق هدف ونتيجة موضوعية محددة [1].

ب- قاعدة الإسناد المركبة:

قد تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص أكثر من قانون، وقد تشمل على أكثر من ضابط إسناد أي وجود أكثر من قانون واجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، فيمكن أن يكون على أربع صور:

الإسناد الموزع: تتضمن قاعدة الإسناد على ضابط إسناد واحد يشير إلى اختصاص عدة قوانين بحيث يطبق على كل طرف من أطراف العلاقة قانونًا على حدة، ومثالاً على ذلك ما ورد في المادة(1\19) من القانون المدني العراقي حيث نصت " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين " و يقابلها المادة( 12) من القانون المدني المصري، و أن ما يبرر نهج المشرع في إخضاع العلاقة إلى أكثر من قانون هو تساوي درجة ارتباط أو صلة هذه القوانين بالعلاقة بما لا يصح معها إخضاعها أو تركها لقانون واحد يحكمها.[2]

يبتغي المشرع في قاعدة الإسناد الموزع الوصول إلى نتيجة مادية وهي التقليل من حالات بطلان الزواج المختلط، وتشجيعًا لنمو العلاقات الأسرية عبر الحدود. [3]

الإسناد الجامع: تتضمن قاعدة الإسناد أكثر من ضابط إسناد يشير باختصاص أكثر من قانون يلزم تطبيقهم تطبيقًا جامعًا على ذات المسألة محل النزاع.

ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في نص المادة (1\19) سالفة الذكر ويقابلها المادة(12) من القانون المدني المصري فيما يتعلق بالشروط الموضوعية السلبية أو ما تسمى" موانع الزواج" تخضع لقانون جنسية كل من الزوجين منعًا لوقوع بما يسمى " الزواج الأعرج" [4] الذي يكون باطلًا تبعًا لقانون جنسية أحد الزوجين [5]،يطبق قانون دولة الزوج على الزوجة وقانون دولة الزوجة على الزوج في موانع الزواج للتأكد من عدم وجود أي مانع للزواج لدى أحد الأطراف،

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص91_92.
(2)د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المجد مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،2008 ص31.
(3)د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص91_92.
(4)ينظرإلى صفحة 20ومابعدها من الرسالة .
(5)د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص31.

فإذا وجد مانع في قانون أحد الزوجين امتنع أبرام الزواج و أن لم يكن هذا المانع موجودًا في قانون الزوج الآخر، وقد ميز الفقه الألماني بين الموانع الفردية والتي تخص الزوجين والموانع ذات الطابع المزدوج والتي تخص الزواج ذاته، بالنسبة للحالة الأولى يطبق قاعدة الإسناد الموزع، أما الحالة الثانية يتم اللجوء إلى تطبيق الإسناد الجامع، لذلك يلزم تصنيف موانع الزواج.[1]

تحرص بعض الأنظمة القانونية على تفادي الإسناد الجامع فهو نادر الحدوث ولا توجد له تطبيقات ألا في فروض أو حالات قليلة، لأنه يتعارض مع غاية قاعدة الإسناد وهو اختيار بين القوانين وليس الجمع بينهما، وهو بذلك يحول قاعدة الإسناد إلى قاعدة مادية . [2]

بالرغم من أنه يتعارض مع غاية قاعدة الإسناد المتمثلة بالأختيار بين القوانين وليس الجمع بينهما، إلا أن له أهمية في أبرام عقود الزواج وخصوصًا في الدول الإسلامية، و إلا كان الزواج باطلًا والعلاقة الناتجة عنه محرمة شرعًا،[3]وأنه يعكس أرادة المشرع في التضييق أو الكراهية إلى الحد الأقصى من الأعتراف بحق معين أو بآثاره، وهذا يواكب متطلبات الواقع، إذ إن العلاقات الأُسرية العابرة للحدود في نمو مستمر، و أن تطبيق الإسناد الجامع والتأكد من عدم وجود أي مانع من موانع الزواج لدى الزوجين يحافظ على أستمرار العلاقة بينهما لكون الزواج صحيحًا.

الإسناد التخييري : تتضمن قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط اختيار وتشير باختصاص أكثر من قانون، ولهذا الأسلوب عدة تطبيقات:

من ناحية، توضع ضوابط الإسناد على قدم المساواة، ويتم الاختيار بينهم، وبموجبها لا يوجد فرق بين ضابط و آخر من حيث الفعالية والقوة، لأن المشرع أراد أن لا يميز بين الضوابط، لأنها ذات ارتباط و تأثير متساوي بالعلاقة محل النزاع، فيترك الاختيار بينهما للقاضي وفق ما تقتضيه طبيعة وظروف العلاقة.

---

(1) الهام ديدي، تنازع القوانين في الزواج المختلط، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، الجزائر، 2016، ص15.

(2)د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص94.

(3)_ تطبيقًا على ذلك : زواج زوجان سويسريان خال وابنت اخته متوطنان في موسكو حيث عقد زواجهما فيها، أذ يعد هذا الزواج صحيحًا وفق القانون الروسي لأنه يخضع الزواج في شروطه الموضوعية لقانون موطن الزوجين أي للقانون الروسي ويعد باطلًا وفق القواعد الداخلية من القانون السويسري، فإذا افترضنا قد ثار هذا النزاع أمام القضاء العراقي الذي يطبق قانون كلا الزوجين على الشروط الموضوعية فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسري، فيعد هذه الزواج باطلًا ينظر إلى أياد جواد عبيد عمران، دور القضاء في

ومثال على ذلك ما جاء في المادة (19\1) من القانون المدني العراقي الشطر الثاني المتعلق بالشروط الشكلية ،إذ نصت على أنه " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو بين أجنبي وعراقي وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين" أي أن المشرع العراقي جعل الاختصاص في صحة الشروط الشكلية إلى قانون محل أبرام العقد أو قانون جنسية كلا الزوجين، والغاية التي جعلت المشرع العراقي يأخذ بهذا الحكم هو إعطاء أكبر قدر ممكن للمحافظة على عقد الزواج من الإبطال ولا تتحقق هذه الغاية إلا بالسماح لأكثر من قانون بالتطبيق وحكم العلاقة محل النزاع .

أما بالنسبة لموقف القانون المصري،إذ جاء في المادة (20) منه[1]،حيث عقد الاختصاص من حيث الشكل إلى أحد القوانين الأربعة وهي قانون محل الإبرام و قانون الموطن المشترك لأطراف العلاقة و القانون الذي يحكم موضوع العقد، ويهدف إلى التيسير على أطراف العلاقات ذات الطبيعة الدولية و المحافظة على صحة التصرفات القانونية.

أما موقف القانون الدولي الخاص الألماني،إذ جاء في المادة (19) منه بخصوص النسب القانوني للطفل،إذ أن المشرع الألماني وضع مجموعة من ضوابط الإسناد لمعالجة هذا الموضوع على سبيل التخيير حيث أشارت الفقرة الأولى من المادة (19)[2] ،يخضع نسب الطفل لقانون الذي يوجد فيه محل الإقامة المعتاد للطفل أو قانون دولة جنسية الأب ويمكن أيضا تحديد نسب الطفل بموجب القانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج بموجب المادة (14) الفقرة الأولى وقت ولادة الطفل وإذا تم فسخ الزواج قبل الموت فإن الوقت المناسب هو وقت الفسخ،حيث وردت هذه القوانين على سبيل التخيير.

---

تطوير قواعد تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمه إلى جامعة بابل كلية القانون، ٢٠٢٠،ص ٦٣ و٦٤.

(1) نصت المادة (20) في القانون المدني المصري على أن" العقود مابين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

(2)نصت المادة (19) الفقرة الأولى من القانون الدولي الخاص الألماني على أن:

(1) The descent of a child is governed by the law of the place where the child has his or her habitual residence. In relation to each parent the descent can also be determined by the law of the State of this parent's nationality. If the mother is married, the descent can also be determined by the law that governs the general effects of the marriage under Article 14 paragraph 1 at the time of the birth of the child; if the marriage was dissolved before by death, the relevant time is the time of dissolution.

ومن الناحية الثانية، توضع ضوابط الإسناد على سبيل التدرج بحيث يطبق ضوابط الإسناد الأصلية فإن أنعدم يتم اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية مثل ما جاء في المادة (25\1)من القانون المدني العراقي وفقًا لهذه المادة يطبق على العقود الدولية أولًا القانون الذي يتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنًا، وثانيا قانون الموطن المشترك للأطراف، وثالثًا قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أما موقف المشرع المصري فهو لا يختلف عن موقف المشرع العراقي إذ ما جاء في المادة (19\1) من القانون المدني المصري التي أشارت إلى ذات المضمون. [1]

من الناحية الأخيرة، توضع ضوابط الإسناد في تجاور[2] إلا أنه يطبق أحد القوانين التي ترشد إليها بالنظر إلى الحل الذي يقدمه إلى الحالة محل النزاع، وغالبا يكون أختيار القانون متروكًا لأحد أطراف العلاقة أو كلاهما أو لقاضي النزاع.[3]

أسلوب الإسناد التخييري هو من التطبيقات استجابة التشريعات للتطورات الحديثة التي تحصل في الواقع بأعتبارها أحد الوسائل التي تحقق العدالة المادية، فهي تنسجم مع متطلبات الواقع، لأن المشرع يترك أمام القاضي وأطراف العلاقة مساحة واسعة في أختيار القانون الأصلح من بين القوانين المتعددة التي أشار إليها ضابط الإسناد ،أي أن هذا الأسلوب يعطي للقاضي سلطة تقديرية من أجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية و تحقيق أكبر قدر ممكن من الضمانات لمصلحة طرفي العلاقة محل النزاع، ويوجد الكثير من التطبيقات و التي سنتناولها لاحقًا.[4]

ثالثًا: القانون المسند إليه :

هو القانون الذي يتحدد وفقًا لضوابط الإسناد ويكون واجب التطبيق أو الذي ترشد إليه ضوابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية[5] ، أو هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تندرج ضمن فكرة مسندة وفقًا لضابط إسناد معين.[1]

ويعرفه جانب من الفقه بأنه القانون الوطني لدولة معينة والذي تسند إليه قاعدة الإسناد حكم المسألة محل النزاع والتي تكون مشوبة بعنصر أجنبي[2]، أو بعبارة أخرى هو القانون الذي

(1) خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص84.
(2) نقصد بالتجاور ان توضع جميع القوانين المتنازعة بصورة متجاورة حسب الحل الذي يقدمه للمسألة محل النزاع وغالبًا يترك اختيار احدهم لأحد أطراف النزاع أو كلاهما أو للقاضي .
(3) أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص140.
(4) ينظر إلى صفحه 88 و ما بعدها من الرسالة.
(5)د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص141.

تعقد له قاعدة الإسناد الأختصاص لحكم النزاع وهذا القانون قد يكون القانون الوطني أو قانون أجنبي لأن من خصائص قاعدة الإسناد، أنها قاعدة مزدوجة الجانب فإذا كانت مقر العلاقة بدولة القاضي يعقد الاختصاص لقانون دولة القاضي، وقد يكون مقر العلاقة في دولة أخرى فإن تطبيق قاعدة الإسناد يؤدي إلى عقد الاختصاص لقانون أجنبي. (3)

قد أوجب بعض الفقهاء بأن يكون القانون المسند إليه الاختصاص قانون دولة تم الأعتراف بها على الأقل من قبل دولة القاضي،إذ لا يمكن للقاضي أن يطبق قانون دولة لم تعترف بها حكومته، لأن نشأة الدول يتقرر وفق أعتراف الدول الأخرى بها، وأن تطبيق القاضي لقانون دولة لم تعترف بها حكومته يتضمن أعترافًا منه بشخصية هذه الدولة وهو ما لا يجوز.(4)

ألا إن هذا الرأي قد تعرض للانتقاد من جهتين :

1- أنه لا يشترط أن يكون القانون المسند إليه قانون دولة، فقد يكون طرفا العلاقة قد اختارا قانونًا ما لكي ينطبق على عقدهم، وقد يكون هذا القانون اتفاقية دولية أو معاهدة دولية أو ميثاق دولي كالميثاق الأولمبي،فلا يوجد أي مانع من تطبيق هذه القوانين وخصوصًا أنها لا تُعد جميعها قانون دولة.
2- لا يشترط أن يكون القانون المسند إليه أن يُمثل قانونًا لدولة معترف بها، إذ لسنا أمام علاقات دولية عامة و أنما بصدد علاقات دولية خاصة ليست لها علاقة بالشؤون الدستورية أو السياسية التي تتطلب أو توجب على الدول قبل أن تتعامل معها أن تعترف بها، وذلك لأن علاقات القانون الخاص قائمة على إيجاد الحلول المجردة والتي تتفق مع قاعدة وجود قانون يحكم علاقات الأفراد.(5)

## المبحث الثاني

## العلاقة بين قواعد الإسناد و قواعد المناهج الأخرى

أن قيود قواعد الإسناد وعدم تلبيتها لمتطلبات الواقع قد أفرز وساهم في خلق مناهج جديدة أكثر تلبية و أنسجامًا مع الواقع، فظهر منهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات

(1)د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ط8 ، 2006، ص49.
(2)د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص43.
(3)د.أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مصدر سابق، ص297.
(4)د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 49.
(5) د. محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص 430.

التطبيق الضروري ومنهج الأداء المميز، وكل من هذه المناهج أختص بمجال معين، فمنهج القواعد الموضوعية تهتم بمسائل التجارة الدولية الحديثة و أيجاد حلول للمشاكل التي تظهر في هذا المجال، لكنها لا تستغني مطلقًا عن قاعدة الإسناد، أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فغايته حماية الأسس أو المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، وهو أيضًا لا يستغني عن منهج قاعدة الإسناد، فمنهج القواعد الموضوعية ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري كلاهما لا يستغني مطلقًا عن منهج قاعدة الإسناد وهذا ما سنسعى إلى بيانه من خلال بيان طبيعة العلاقة بينهم، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية ونتناول في المطلب الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد و منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

## المطلب الأول

## العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية

إن التوسع و التطور في مسائل التجارة الدولية جعل منهج قاعدة الإسناد لا يتلاءم أو ينسجم مع هذا التطور، فظهر منهج القواعد الموضوعية من أجل أيجاد حلولًا للمشاكل التي تنشأ في هذا المجال، ولهذا أصبح منهج القواعد الموضوعية منهجًا معاونًا لمنهج قاعدة الإسناد من أجل تلبية متطلبات الواقع، والسؤال الذي يطرح هنا كيف يساهم منهج القواعد الموضوعية في تلبية متطلبات الواقع؟ و ماهي طبيعة العلاقة بينه وبين منهج قاعدة الإسناد؟ وهل يمكن أن يطبق هذا المنهج بشكل مباشر بعيدًا عن منهج قاعدة الإسناد؟

ومن أجل الأجابة على هذه الأسئلة سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول : تعريف القواعد الموضوعية وفي الفرع الثاني: التمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية وفي الفرع الثالث: طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية.

### الفرع الأول

### تعريف القواعد الموضوعية

اختلف الفقه بشأن تسمية منهج القواعد الموضوعية، بالرغم من اتفاقهم في تحديد مضمونها فهي تضع حلولًا موضوعية مباشرة لمشاكل عقود التجارة الدولية، فضلا عن أنها تحمي التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة الدولية، ولقد تعددت التسميات التي أطلقت على القواعد الموضوعية، فأطلق عليها البعض (القانون التجاري بين الشعوب) أو (القانون اللاوطني)

أو( القانون العرفي عبر الدول) أو ( القواعد الموضوعية عبر دولية ) أو (القواعد المادية )[1]أو( القانون عبر الدول).[2]

إذ أطلق عليها الفقيه الألماني كيجل (G.Kegel)، بالقواعد الموضوعية و ذهب إلى تقسيم الاتجاهات الموضوعية إلى اتجاهين الاتجاه الموضوعي الأساسي و الاتجاه الموضوعي التكميلي،فالاتجاه الموضوعي الأساسي، يضم الفقه المقارن وفقهاء القانون التجاري الدولي، مثل جولدمان(B.Goldman)وكولدشتاين(A.Goldstajn) وشيمتهوف (C.Schmitthoff)،إذ ينادي أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة مراجعة وتطوير المفاهيم التقليدية للقانون، و إلا يلجأ رجال الأعمال لإيجاد حلول في وسائل أخرى كتضمين عقودهم لشروط نموذجية تحمي وتراعي مصالحهم، فالقواعد الموضوعية تبعًا لهذا الاتجاه تشمل الاتفاقيات و القوانين التي تضع حلولًا مباشرة و أيضًا تشمل على مفاهيم أخرى قد لا تعتبر قواعد قانونية بموجب النظرية العامة للقانون كقرارات القضاء العادي والتحكيم ومبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة. [3]

الاتجاه الموضوعي التكميلي،ينادي إلى وضع قانون موضوعي جديد للقضايا أو الحالات التي لا يكون فيه تطبيق القانون الذي ترشد إليه قواعد الإسناد تطبيق مرضي للنزاع على اعتبار بأن القواعد الموضوعية التكميلية هي قواعد تكميلية أو ملحقة لقاعدة الإسناد، بحجة أن قاعدة الإسناد يجب أن تحتفظ بحلول موضوعية تنطبق في حالة الضرورة. [4]

فعرفت القواعد الموضوعية بالعديد من التعريفات و يمكن بيان أهم هذه التعاريف كما يأتي:

1- عرفت بأنها" مجموعة القواعد المادية أو الموضوعية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولًا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة "[5]، يوضح هذا التعريف بأن القواعد الموضوعية مستمدة من مصادر عديدة فضلًا عن أنها تقدم حلولاً مباشرة للمتعاملين في مجال

(1)د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق،ص 267.

(2)الذي أطلق عليه الأستاذ (Jessup) في كتابة القانون عبر الدول ويشمل " القواعد المنظمة للتصرفات و الوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة" ينظر:فيليب جيسوب، قانون عبر الدول، ترجمة إبراهيم شحاته، دار الاتحاد العربي للطباعة،القاهرة، 1965 ص14.

(3) نقلاً عن أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، 2004، ص5.

(4)بلاّق محمد، دور مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة_ أبي بكر بلقايد_ تلمسان، 2015 ، ص 22.

(5) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 267.

التجارة الدولية لكن هذا التعريف لم يبين العلاقة بين القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد، إذ لم يبين كيفية إعمال هذه القواعد ،هل يتم تطبيقها بصورة مباشرة أم عن طريق قاعدة الإسناد؟

2- وعرفها الفقيه "Bauer.H" بأنها " القواعد التي عن طريقها نجد بطريقة مباشرة تنظيمات مادية بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي محل النزاع"[1] يبين هذا التعريف للقواعد الموضوعية طابعًا مباشرًا يتضمن القواعد الموضوعية والتي تكون جزءًا من القوانين الوطنية، وأيضًا القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية و التي تنظم مسائل التجارة الدولية، و أن الفرق بين القواعد في الحالة الأولى والثانية، يتمثل في الحالة الأولى القواعد الموضوعية تحتاج قواعد الإسناد من أجل أعمالها، أما في الحالة الثانية فهي لا تحتاج إلى قاعدة الإسناد من أجل تطبيقها.

3- وأيضًا عرفت بأنها " مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلًا أو المعدة خصيصًا لتعطي حلًا مباشرًا ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"[2].يبين هذا التعريف أهم ما يميز هذه القواعد باعتبارها ذات مضمون دولي أي عدت هذه القواعد لتحكم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة وتعطي الحل الموضوعي مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي فلا يوجد أي وسيلة أو واسطة بينها وبين القاضي و كما يبين هذا التعريف أهم ما يميز القواعد الموضوعية باعتبارها قواعد وقائية تمنع نشوء النزاع أي أنها تتفادى نشوء النزاع، لكن هذا التعريف يشوبه نقص إذ لم يبين العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد.

4- يعرفها الفقيه جولدمان"Goldman"بأنها"مجموعة المبادئ و النظم و القواعد المستمدة من كل المصادر التي تغذي بأستمرار و تواصل تغذية البناء القانوني و سير جماعة العاملين في التجارة الدولية"[3]،يعكس هذا التعريف أهم خصائص القواعد الموضوعية باعتبارها قواعد فئوية ونوعية، لأنها تختص بفئة معينة وهم التجار و تضع حلا للمنازعات الناشئة بالأوساط التجارية الدولية.

---

(1)Bauer، Huber، Les traties et les regles de droit international prive materiel، Rev. Crit. D.I،P، 1966، P539.

(2) محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998، ص 39.

(3)Goldman(B)، La lexMercatoriadans les contrats et 1'arbitage internationaux: realite et perspectivrs،clunet،1979)3، p.487.

5- وعرفت أيضًا بأنها القواعد التي وضعت خصيصًا لتنطبق مباشرًة على العلاقات القانونية الدولية و تعطيها الحلول الملائمة متى نشأ النزاع بشأنها [1]،يتضح من هذا التعريف أهم ما يميز هذه القواعد باعتبارها ذات مضمون دولي أي عدت هذه القواعد لتحكم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة وتعطي الحل الموضوعي مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي فلا توجد أي وسيلة أو واسطة بينها وبين القاضي، ألا أنه لم يبين الوظيفة الوقائية التي تتفادى نشوء النزاع ، و أنما بين فقط الوظيفة العلاجية في أعطاء الحل عند نشوء النزاع،بمعنى تعطي الحلول متى ما نشأ النزاع، وكما أنه لم يبين العلاقة بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد.

فيمكن تعريف القواعد الموضوعية بأنها (مجموعة من القواعد المادية ذات الطابع المباشر تنظم العلاقات التجارية الدولية، وتضع حلًا موضوعيًا مباشرًا للنزاعات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها ) وضحنا في هذا التعريف بأن القواعد الموضوعية هي قواعد ذات طابع مباشر أي أنها تنطبق على النزاع بشكل مباشر وتضع حلًا له دون أن تحيله إلى قوانين أخرى، عكس قاعدة الإسناد التي ترشد فقط إلى القانون الواجب التطبيق دون أن تضع حلًا موضوعًا للنزاع .

## الفرع الثاني

## التمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية

أولًا: التمييز بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد.

أولًا- أوجه التشابه :

1- منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد كلاهما يسري على العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة، أو تلك الروابط التي يشوبها عنصر أجنبي، ولا مجال لأعمالهما في العلاقات الوطنية [2].

2- كلاهما يشتركان بوظيفة وغاية واحدة وهي أيجاد حلول لمشاكل التنازع[3]، فكلاهما يهدفان إلى أيجاد الحل الملائم للنزاع أو التنظيم الملائم للعلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة[4]،و

(1)د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، 1980،ص28.
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 269.
(3) رزاق سلمان مشكور، تنازع القوانين في عقود ضمان الاستثمار، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد، 2002، ص، 122 ، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص269.
(4) د. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 180.

أن اختلفوا حول محتوى أو مضمون الملائمة، فقاعدة الإسناد ترى الملائمة لدى القوانين الوطنية، بينما القواعد المادية أو الموضوعية تجدها فيما تحتويه من أحكام وقواعد ذاتية.

3- النشأة و المصدر، قاعدة الإسناد في الأصل ذات نشأة عرفية منذ فقه نظرية الأحوال، ولا زالت محتفظة بأصالتها العرفية في الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة والمقارنة ، وكذلك القواعد المادية أو الموضوعية فهي ذات نشأة عرفية تكونت في أوساط التجارة الدولية [1].

فالقواعد الموضوعية تلقائية النشأة، و أن هذه الخاصية فيها تجد مضمونها في العادات و الأعراف التجارية و ممارسات المهنيين من التجار، فهذة القواعد تتكون من مجموعة من القواعد ذات نشأة عرفية وذات الأصل المهني [2].

الخصيصة التلقائية جعلت القواعد الموضوعية مرنة تتحسس أو تستجيب و تتأثر بكل ما يطرأ على محيط التجارة الدولية من تطورات سياسية أو أقتصادية، لأن هذه القواعد جاءت ملبية لمتطلبات المتعاملين في البيئة التجارية الدولية، وأيضًا جعلت القواعد الموضوعية تتفق مع توقعات الأطراف المشروعة في مجالات التجارة الدولية، لأنهم وضعوا أسس القواعد الموضوعية بممارساتهم وعاداتهم. [3]

**ثانيًا : أوجه الاختلاف :**

تختلف القواعد الموضوعية عن قاعدة الإسناد من حيث:

1- تنظيم العلاقات الدولية :

منهج قاعدة الإسناد ينظم العلاقات ذات الطبيعة الدولية الخاصة بشكل غير مباشر، لأنه يرشد إلى القانون الواجب التطبيق أو القانون الذي يستمد منه ذلك التنظيم عن طريق ضابط الإسناد، فيحدد القانون بصفاته وليس بذاته، كقانون الجنسية، قانون الموطن، قانون الإرادة ، قانون محل وقوع الفعل الضار أو النافع، قانون موقع العقار، قانون محل أبرام العقد، فالقانون الذي سيطبق وفق قاعدة الإسناد هو قانون وطني لدولة معينة ووضع أصلًا لحكم العلاقات الداخلية. [4]

---

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 269.

(2) عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة ،2020، ص 19.

(3) نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، 2004، ص82.

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 269.

بينما يقدم منهج القواعد الموضوعية حلولًا موضوعية مباشرة للعلاقات الدولية، ولا تحيل إلى غيرها من القواعد للتعرف على هذا الحل، أي دون أن تستمد الحلول من قانون آخر[1]، فهي تتسم بصفة القواعد الداخلية التي يطبقها القاضي الوطني على المنازعات الداخلية المطروحة أمامه[2]، وكذلك الحال المحكم أو القاضي يطبق القواعد الموضوعية بصورة مباشرة على المنازعات ذات الطبيعة الدولية، فلا توجد وسيلة بين القاضي و القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولي أي الصلة بين القاضي والقانون تكون مباشرة ولا تكون بينهما وسيلة وسيطة. [3]

2- نطاق التطبيق :

أن منهج القواعد الموضوعية، من أبرز خصائصه هي قواعد فئوية و نوعية تحكم نوع معين من العلاقات الدولية، فهي فئوية لأنها لا تخاطب إلا فئة معينه من الأشخاص وهم التجار أي متعاملين في التجارة الدولية من التجار ورجال الأعمال [4]، أما النوعية فتتمثل بطبيعة الموضوعات أو المسائل التي تتناولها، فهي لا تخاطب إلا نوع معين وهي المسائل التجارية، [5]

فهي تتميز بتقديمها حلولاً تتلاءم مع نوع معين من العلاقات ذات الطبيعة الدولية وهي العلاقات التجارية الدولية [6] ،بينما منهج قاعدة الإسناد، لا يقتصر على نوع معين من المسائل فأنه يتناول جميع المسائل والعلاقات الخاصة ذات الطبيعة الدولية، من مسائل الأحوال الشخصية، مسائل الأحوال العينية (الأموال المادية و المعنوية)، مسائل الالتزامات التعاقدية، مسائل الالتزامات غير التعاقدية، ومسائل الشكل، والسبب في اقتصار منهج القواعد الموضوعية على نوع معين من الموضوعات أو العلاقات الخاصة الدولية وذلك لأعتماده على منهج قاعدة الإسناد، بسبب وجود علاقة تعايش وتكامل بين المنهجين والتي سنتناولها لأحقًا.

---

(1) د. طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية و الأدبية، ط1، 2018، ص 240.

(2) د. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 178.

(3) عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 17.

(4) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 267.

(5)د. عبد الله سيف علي هلال السبوسى، دور القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد في فض تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الاعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون دولة الأمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة جامعة الجنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية ، العدد الخامس، 2020، ص 273، و أشرف شوقي مسيحة، القواعد المادية وإنكماش السيادة التشريعية الوطنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة- كلية الحقوق، القاهرة، 2008، ص137.

(6) سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق و تأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2011، ص 165.

3- دور القضاء في أعماله :

أن منهج قاعدة الإسناد هو منهج قضائي، فأعمال هذا المنهج يفترض بأن هناك أعتداء قد حدث على المركز القانوني أو ألحق بشأن العلاقات الخاصة الدولية، ورفعت دعوى بطلب الحماية القضائية، فعند رفع الدعوى ، فقط يتم أعمال هذا المنهج من أجل تعيين أو تحديد القانون الواجب التطبيق، أما قبل رفع الدعوى فلا مجال لأعماله ، فهو يفتقد الوظيفة الوقائية [1] ،أي للحيلولة دون وقوع النزاع بين أطراف العلاقة.

و هذا على عكس الحال في منهج القواعد الموضوعية، إذ أن أعماله يمكن الاستعانة به في المراحل الأولى لنشوء العلاقة، فالعقود النموذجية وعادات التجارة الدولية وأعرافها و الاتفاقيات الدولية، تساعد في إبرام الاتفاقيات وعن طريقها يعرف كل طرف واجباته وحقوقه، فالقواعد الموضوعية لها وظيفة وقائية تساهم في تقليل حالات نشوء النزاعات واللجوء للتحكيم أو القضاء، وهذا فضلًا عن الوظيفة العلاجية [2]، وتطبيقًا على ذلك ما ورد في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية أو أتفاقية تريبس (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)حيث أشارت المادة (50) منها على تخويل الأعضاء فيه اتخاذ تدابير فعالة و فورية للحيلولة دون حدوث تعدي على أي حق من حقوق الملكية الفكرية[3]، وكما ما ورد في قرار التحكيم رقم( 1675)عام 1969 الصادر من غرفة التجارة الدولية، بخصوص صفقة أرز بين مشتري فرنسي وبائع برازيلي ، ووفقًا للعقد يتوجب على المشتري فتح اعتماد مستندي بمجرد أتمام توقيع العقد، وفي حالة التأخر يكون من حق البائع طلب تمديد فترة تسليم البضاعة، ولما تأخر المشتري عن فتح الاعتماد المطلوب قام البائع بفسخ العقد من جانب واحد، وقد أقر المحكم الذي أجرى التحكيم في هامبورج صحة مسلك البائع مستندًا إلى أعراف و عادات التجارة الدولية[4]، وهذا يؤكد على الوظيفة الوقائية و العلاجية للقواعد الموضوعية.

(1) د. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص179.
(2) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 98.
(3) حسين عباس حسين الانباري، الاختصاص التشريعي لتسوية منازعات منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، كلية القانون، 2015، ص 127.

(4) للمزيد من التطبيقات ينظر: د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بلا دار للنشر،1981، هامش رقم 160 ص185.

## الفرع الثالث

## طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية

أختلف الفقه حول تحديد طبيعة العلاقة بين كلا المنهجين فظهرت عدة اتجاهات:

**الاتجاه الأول : علاقة الاستقلال**

يذهب أصحاب هذا الاتجاه في أن القواعد الموضوعية تنطبق مباشرة على المنازعات التجارية الدولية و بصورة تلقائية، أي أنها لا تحتاج إلى أرادة الأطراف، فهذه القواعد تضع حلولًا للعلاقات التجارية الدولية تحت أي ظرف، في تشكل نظام قانوني مستقل. [1]

يتميز منهج القواعد الموضوعية بنوع من الشمولية في المجالات التي تدخل ضمن اختصاصه، فمن الصعب أن يحل أحدهما محل الأخر، فهو يؤدي إلى استبعاد قاعدة الإسناد في حل المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، فالشمولية تقوم أو تؤسس على خصوصية الأنشطة الخاصة الدولية التي تتطلب تنظيمًا ذاتيًا يتناسب وينسجم وخصوصية العلاقات الخاصة الدولية، وعلى رأي البعض " أن القواعد الموضوعية تنطلق من تلك الخصوصية للعلاقات الدولية، وتنكر تنوع و اختلاف الحلول، فهي تقود إلى شمولية اختصاص هذا القانون الخاص ولا تستطيع ألا إقصاء أو استبعاد قاعدة الإسناد" فخصوصية العلاقة الدولية هي التي تبرر إقصاء أو استبعاد منهج قاعدة الإسناد[2].

إذ أن أسباب ظهور وسن القواعد الموضوعية، بالإضافة إلى تعقيد منهج قاعدة الإسناد وعدم ملاءمته، هو أن قواعده وطنية المصدر والموضوع وقد تكون أتفاقية، إذ أن المشرع في كل دولة هو الذي يقوم بوضعها، و أيضًا أن موضوعها الوحيد هو تعيين قانون وطني يحكم العلاقة القانونية دون أن تكون هذه القواعد قادرة على حكم العلاقة وتنهي النزاع بصورة مباشرة، أما القواعد الموضوعية فهي دولية القلب والقالب ملائمة لحاجات التجارة الدولية تواكب المستجدات التي تطرأ عليها، تحل النزاع بشكل مباشر[3]، وعلى وفق لهذه الاتجاه يتضح أن العلاقة بين منهجي القواعد الموضوعية وقاعدة الإسناد علاقة تنافس،لأن قاعدة الإسناد لا تنطبق بصورة

(1) د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشاة المعارف، 1995، ص228 و مابعدها، و سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق و تأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، مصدر سابق، ص 165.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق ،ص 272.

(3)د. محمد أحمد عبد الله الشماسنة، مواءمة الإسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا) الجامعة الأردنية، 2005، ص134.

مباشرة على النزاع، بينما منهج القواعد الموضوعية ينطبق بصورة مباشراً على المنازعات التجارية الدولية،ويستجيب للتطور الذي يحصل في هذه العلاقات فهي وجدت أساسًا من أجل أيجاد حلول لهذه المنازعات وهذا يتطلب أن يتم تطبيقها تطبيقًا مباشر وبصورة مستقلة عن منهج قاعدة الإسناد ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأفكار القانونية أبرزها ما يأتي :

1- من يختار القاضي يختار قانونه :

يذهب الفقه حديثًا إلى استقلال منهج القواعد الموضوعية عن قاعدة الإسناد استنادًا إلى قاعدة من يختار القاضي يختار قانونه، إذ تعد القواعد الموضوعية بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم، وأن منهج القواعد الموضوعية يعد المنهج المتبع من قبل المحكم، فيكون تطبيقها دائمًا مفترضًا، وهذا يدل على أن من يختار التحكيم يختار القواعد الموضوعية، فيكون تطبيق هذه القواعد مفترض في كل عقد يحتوي على شرط التحكيم سواء أكان التحكيم مؤسسيًا أم خاصًا وسواء أكان تحكيم بالصلح أم بالقانون[1].

2- فكرة الاستقبال:

ظهرت فكرة الاستقبال من أجل تبرير تطبيق القواعد الموضوعية أمام القاضي الوطني كصلاحية شرط الذهب، صحة ارتباط الدولة في اتفاق التحكيم، استقلال شرط التحكيم دون الاستعانة بمنهج قاعدة الإسناد، و صحة ارتباط الدولة باتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، ومضمون هذا الفكرة أن القضاء عند تطبيقه للقواعد الموضوعية يطبقها دون استعانة بقواعد الإسناد، وذلك لان القواعد الموضوعية تم اندماجها و استقبالها في قانون القاضي الوطني فأصبحت جزءاً منه [2].

3- أن أتساع وتطور واقع التجارة الدولية، يدل بوجود مصالح مشتركة بين الجماعات الدولية، وهذا يتطلب من المتعاملين في العقود التجارية الدولية إلى ضرورة التعاون بينهم، وهذا يكون مجتمع مستقل من المتعاملين في عقود التجارية الدولية، فالأعراف

---

(1)للمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص 437-438،و د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 134.

(2) عرفت هذه الفكرة منذ زمن طويل وخصوصًا لدى الفقه الايطالي ومفهومها الفني هو نقل تنظيم قانوني من صنع الغير، ونقله كما هو بدون أي تغيير و قبوله كأنه من صنع القضاء أو المشرع الوطني، ففكرة الاستقبال فكرة جديدة تبرر تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية دون تدخل قاعدة الإسناد ،لمزيد من التفاصيل حول فكرة الاستقبال ينظر إلى د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق ، ط2، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 1989، مصدر سابق، ص 413، و إلى د. محمد عبد الله محمد المؤيد، مصدر سابق، ص 438، ود. وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص202.

الدولية والتي تشكل مصدرًا مهمًا من مصادر القواعد الموضوعية تتمتع بصفة النظام القانوني لتلك المهنة أو الجماعة التي تحتويها [1].

4- فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية:

أن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية يعد من أهم الأسباب التي منحت هذا المنهج استقلاله وجعلت القواعد الموضوعية منافسة لقاعدة الإسناد وهذا يؤدي إلى استبعاد منهج قاعدة الإسناد، إذ أن من خصائص القواعد الموضوعية أنها تنطبق على المنازعات بصورة مباشرة دون الحاجة إلى قواعد الإسناد، لأنها ذات تطبيق مباشر[2].

ويذهب الرأي الراجح من الفقه إلى أن القواعد الموضوعية تشكل نظامًا قانونيًا ذا تطبيق فوري أو مباشر، فهي لا تحتاج إلى مبرر لتطبيقها، إذ بمجرد حدوث منازعة تدخل ضمن اختصاصها تكون واجبة التطبيق، ويستند هذا الرأي إلى الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية و هيئات التحكيم و تطبيقات القضاء. [3]

ويعد تطبيق القواعد الموضوعية بصورة مباشرة على النزاعات المعروضة أمام المحكمين من المبادئ المستقرة في أطار التحكيم التجاري الدولي، إذ نصت المادة (3\39) من قانون التحكيم المصري على أنه " يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف التجارية في نوع المعاملة"[4]، أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، كاتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع،إذ تضمنت عددًا من القواعد الموضوعية التي تطبق تطبيقًا مباشرًا ومنها ما نصت عليه المادة (1\9) " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها و بالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"[5]، وكذلك بالنسبة لهيئات التحكيم، إذ نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، على أن" يراعي المحكم في جميع الأحوال شروط العقد وعادات التجارة"[6]، وأيضًا نجد قانون الأونسيترال ينص على أنه" في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا لشروط العقد و تأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من

(1) تعرف الأعراف التجارية الدولية بأنها " قواعد السلوك التي يجب مراعاتها في أحد مجالات الأعمال الدولية بانتظام يدل على قبول المرتبطين بذلك المجال بإلزامها " وللمزيد من التفاصيل ينظر إلى سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، مصدر سابق، ص 167، د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 41.

(2) عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص 33.

(3)د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،مصدر سابق، ص179.

(4)المادة (3\39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

(5) المادة (1\9) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980.

(6) المادة (8\13) من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة"[1]، أما على مستوى التطبيقات القضائية، إذ نص نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه " في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد و الممارسات التجارية ذات الصلة"، وكما أشارت غرفة التجارة الخارجية في ألمانيا لعام 1957، إذ نصت المادة (47\2) على أن" محكمة التحكيم يجب أن تأخذ في أعتبارها دائمًا أعراف التجارة التي تغطي خصوصية المنازعات التي تطرح على التحكيم".[2]

وهنالك العديد من التطبيقات القضائية التي تؤكد على فكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية ومنها: ما ذهبت إليه هيئة التحكيم تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، بقرارها الصادر عام 1996 رقم (8365) إلى تطبيق القواعد الموضوعية تطبيقًا مباشرًا، حيث تتلخص وقائع النزاع بامتناع البنك الألماني بالوفاء بقيمة الضمان المصرفي، قد صدر من خلال أحد البنوك الإسبانية لصالح بائع ألماني، وكان هذا المبلغ نتيجة شراء سفينة صيد دفعه مشتري إسباني لبائع ألماني، عن طريق بنكه الوطني (الإسباني)، فصدر ضمانًا مصرفيًا بناًء على طلب من المشتري الإسباني لصالح البائع الألماني، حيث قام البائع بتنفيذ التزامه بتسليم السفينة محل التعاقد إلا أنه لم يتسلم ثمنها، ونتيجة لذلك طالب البنك الإسباني من البنك الألماني الوفاء بقيمة الضمان، إذ صدرت هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع قراراً بمسؤولية البنك الألماني نتيجة عدم تنفيذه للالتزام وهو دفع مبلغ الضمان المصرفي بناًء على ما ورد من القواعد الموضوعية والتي تتضمن العديد من المبادئ ومنها مبدأ عدم إعفاء أحد الأطراف من تنفيذ التزامه ما دام المتعاقد الآخر قد نفذ التزامه، وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية لعام (1966)، إذ اتجهت إلى تطبيق القواعد الموضوعية مباشرةً[3].

5- إرادة الأطراف :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه لتبرير تطبيق القواعد الموضوعية بشكل مستقل على إرادة الأطراف التي تعطي الحرية في اختيار القانون الذي ينظم علاقاتهم سواء كانت الإرادة بشكل صريح أو ضمني والإرادة الضمنية لتطبيق القواعد الموضوعية يمكن استنتاجها من خلال وجود شرط التحكيم في العقد، و كما بينا سابقا تعتبر القواعد الموضوعية بمثابة قانون أختصاص

(1) المادة (28\4) من القانون النموذجي لعام 1985.
(2) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص181 وما بعدها.
(3) للمزيد من التطبيقات ينظر : سمير حركات، التحكيم التجاري الدولي و أثره في توحيد و تنسيق قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي كلية الحقوق و العلوم السياسية،الجزائر، 2017 ، ص 40 و ما بعدها و إلى حسين عباس حسين الانباري، الاختصاص التشريعي لتسوية منازعات منظمة التجارة العالمية، مصدر سابق، ص 127.

للمحكم، فيكون تطبيق القواعد الموضوعية مفترضًا بسبب وجود هذا الشرط، و أن الاختيار الإرادي للقانون وفقًا لأنصار النظرية الشخصية في الفقه الحديث، يعتبر قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص المادي (العقد شريعة المتعاقدين) يستند إلى حرية التعاقد [1].أما أنصار النظرية الموضوعية يجعلون أساس الأختيار الإرادي يستند إلى قاعدة من قواعد الإسناد تخضع من خلالها الرابطة العقدية للقانون المختار، أي أن الاختيار الإرادي لا يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة و أنما يستند أساسًا إلى قاعدة من قواعد الإسناد [2].

**الاتجاه الثاني: علاقة تعايش وتكامل بين المنهجين:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد الموضوعية لا يمكن تطبيقها ألا بموجب قاعدة الإسناد، فهذه القواعد لا يمكن تطبيقها بشكل آلي بل لا بد من وجود قاعدة إسناد تساعد على تطبيقها، و يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد الموضوعية يشوبها القصور والنقص و تحتاج إلى ما يكملها وذلك يكون عن طريق قاعدة الإسناد، وهذا يعكس التكامل والتعايش بين كلا المنهجين [3].

إذ عبر أصحاب هذا الاتجاه بأن النقص الذي يعتري القواعد الموضوعية يتم تكملته بالرجوع إلى قاعدة الإسناد، وهذا التكامل يعكس التعايش بين المنهجين، إذ أن منهج القواعد الموضوعية لا يمكن أن يتصدى بمفرده لتنظيم عقود التجارية الدولية، فهو لا يستأثر بحكم العلاقة محل النزاع، بل يستعين بمنهج قاعدة الإسناد، وهذا يجسد التكامل والتعايش بين المنهجين [4]، فمنهج القواعد الموضوعية لا يطبق بمفرده بحكم عناصر العلاقة محل النزاع كافة، و أنما يكون بحاجة إلى العون والمساعدة من منهج قاعدة الإسناد، و أن هذا العون يفسر علاقة التعاون والتعايش بمعنى أن منهج القواعد الموضوعية لا يدخل في تنازع وتنافس مع القوانين، بل يتزاوج و يتعايش و يتكامل معها من أجل الوصول إلى أفضل الحلول ومصالح التجارة الدولية أو العلاقات الخاصة الدولية[5].

---

(1) د. صادق زغير محيسن، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية،بحث منشور في مجلة ذي قار، المجلد 10، العدد 3،2015 ، ص 13.

(2) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين( المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)(دراسة مقارنه)، ط2،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1997، ص 148.

(3) ينظر: د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص453 وما بعدها، و عباس غانم زغير ، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص33 و 34.

(4)د.محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 338.

(5) د. محمد أحمد عبد الله الشماسنة، مواءمة القواعد الإسناد لأعراف التجارة الدولية، مصدر سابق، ص139.

ونتيجة القصور الذي يشوب القواعد الموضوعية، فهي لا تستطيع أستبعاد قاعدة الإسناد، إلا بشكل جزئي، فمثلا تطبيق القواعد الموضوعية على بعض جوانب العقد التجاري الدولي، لا ينفي الحاجة إلى منهج قاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على الجوانب الأخرى من العقد، وهذا يعكس التعايش و التكامل بين المنهجين [1].

ويستند هذا الأتجاه في رأيه بالقول " إذا كان منهج القواعد الموضوعية قد اقتطع حيزًا من مجال هيمنة منهج قاعدة التنازع، و أظهر معايير إلا أنه في ظل الوضع الراهن لحالة ذلك المنهج، سيظل مجرد مكمل لهذا المنهج الأخير الذي ستظل له الكلمة الأخيرة، و لن يتوقف الأمر عند حد هذه العلاقة التكاملية، بل إن منهج القواعد الموضوعية يحتاج في حالات عديدة لمنهج قاعدة الإسناد"[2]، و السؤال الذي يطرح هل يمكن تطبيق منهج القواعد الموضوعية بشكل مباشر بعيدًا عن منهج قاعدة الإسناد؟

للأجابة نقول :أن منهج القواعد الموضوعية لا يطبق بعيداً عن قاعدة الإسناد بل لا بد من وجود قاعدة الإسناد لتساعدها،فلا تكون واجبة التطبيق ألا من خلال قاعدة الإسناد، وهذا ما نجده في التشريع الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الألماني سنة 1986 يتضمن العديد من القواعد الموضوعية التي لا تنطبق بصورة مباشرة على عقود التجارة الدولية فنظمت المادة (1\1) مجال تطبيق التنظيم الموضوعي الألماني، حيث ينطبق على عقود التجارية الدولية و العلاقات القانونية و التي تستند في تطبيقها على أتفاق الأطراف على تطبيق هذا القانون أو عندما ترشد قاعدة الإسناد إلى وجوب تطبيقه[3].

ويظهر أيضًا في المعاهدات التي تحاول توسيع مجال تطبيق القواعد الموضوعية، فاتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع سنة1980 التي أشارت إلى تطبيق قاعدة الإسناد في المسائل التي تغفل الاتفاقية عن تنظيمها، وتطبيقًا على ذلك الحكم الصادر من أحدى المحاكم الألمانية والتي قررت على أن" وفيما يتعلق بصحة التحويل، طبقت المحكمة قانونًا إيطاليًا أخر، حيث أن اتفاقية البيع لا تتناول التحويل، وقررت المحكمة أنه حتى أن لم يكن الطرفان قد أتفقا على وجوب الدفع بالليرة الإيطالية، يظل الثمن واجب الدفع بالليرة الإيطالية حيث أن مكان الآداء

(1) رزاق سلمان مشكور، تنازع القوانين في عقود ضمان الاستثمار، مصدر سابق ، ص 120.
(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 274.
(3) وكذلك التشريع التجارة الدولية التشيكي الصادر عام 1963، إذ تضمن على (726) من المواد التي تنظم علاقات التجارة الدولية بطريقة مختلفة عن تنظيم العلاقات التجارية الداخلية، إذ تستند عند تطبيق القواعد الموضوعية على قاعدة الإسناد، أي لا يتم تطبيق القواعد الموضوعية إلا من خلال قاعدة الإسناد، وللمزيد من التفاصيل ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المعارف،ص 536.

سوف يكون محل عمل البائع الإيطالي (المادة 75\1\أ من اتفاقية البيع..."[1]، وكما أن القضاء قد حاول توسيع نطاق تطبيق القواعد الموضوعية من خلال قاعدة الإسناد وذلك عن طريق الكثير من القرارات منها القرار الصادر بصحة شرط الدفع بالذهب الذي صدر من قبل محكمة النقض الفرنسية، فالقضاء قد أقر قاعدة موضوعية من خلال اعتماده على قاعدة الإسناد [2]،من خلال اتفاق الأطراف على اختيار أحكام المعاهدة، ومثلًا على ذلك معاهدة بروكسل للنقل البحري لسنة 1924 وذلك من خلال السماح للأطراف على حق الاتفاق على تطبيق أحكامها، حتى في حالة عدم توافر شروط انطباقها. [3]

ويمكن الرد على أصحاب الرأي الأول بما يأتي:

يمكن الرد على فكرة من يختار القاضي يختار قانونه، فهي حجة ضعيفة لا يؤيدها القانون و لا الواقع من حيث يعتبر القواعد الموضوعية بمثابة قانون للمحكم، فيطبقها بالأولوية على أي قانون آخر، فضلًا عن تطبيق هذه القواعد بمجرد أنعقاد الاختصاص للمحكم يجافي القانون و الواقع[4]، بالإضافة إلى أن غرفة التجارة الدولية بباريس لا تطبق عادات التجارة الدولية وأعرافها بصورة آلية و مباشرة بل كانت تستعين بقاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون المناسب و الملائم و الأكثر عدالة لحكم النزاع، و فضلًا عن ذلك في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن أختيار قانون ما لحكم النزاعات التي قد تنشأ بينهم، فالمحكم يلجأ إلى قاعدة الإسناد من أجل إسناد العلاقة إلى أحد القوانين المناسبة لسد النقص في أعراف التجارة الدولية و عاداتها[5].

أما فكرة الاستقبال هي فكرة غير واقعية و توجد فقط في أذهان الفقهاء الذين يدعون إليها، و تعني و كما وضحنا سابقًا بأن نظام قانوني معين يتلقى نظام قانوني أخر، وهذا لا يمكن أن يتحقق لأن النظام القانوني يتطلب وجود قواعد قانونية آمرة وأن القواعد الموضوعية هي

---

(1)د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 198 هامش رقم (1).
(2) للمزيد من الأحكام القضائية ينظر : د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 541- 542، ود. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص 41 وما بعدها .
(3) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص449.
(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص 427.
(5) ينظر : نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998متاح على الموقع http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_arabic.pdf تاريخ الزيارة 30\1\2023.

قواعد مكملة لا يتم تطبيقها في معاملات التجارة الدولية إلا بناًء على أرادة الأطراف، وفضلًا عن ذلك عادات التجارة الدولية وأعرافها لا تعد قواعد قانونية و أنما عادات اتفاقية[1].

فالقواعد الموضوعية تستند في تطبيقها وفعاليتها على النظم القانونية الوطنية، وفكرة الاستقبال تتطلب أن يكون هنالك نظامًا قانونيًا متكاملًا ومستقلًا، بل حتى لو كانت القواعد الموضوعية نظامًا قانونيًا فلا بد من وجود وسيلة من أجل تطبيقه، فلا يستطيع القاضي أو المحكم أن يلتزم بأستقبالها في النظام القانوني الوطني إلا عن طريق وسيلة فنية، وهذه الوسيلة هي قاعدة الإسناد، إلا أن المعروف لدى الفقه بشأن فكرة الاستقبال، هو أن قاعدة الإسناد هي التي تقوم بجلب القواعد المراد استقبالها في النظام القانوني الوطني، فلا غنى عن قواعد الإسناد من أجل أعمال القواعد الموضوعية[2].

أما فيما يتعلق بفكرة التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية إذ تعتبر من أهم أسباب خصوصية وأستقلال القواعد الموضوعية، لكن هذا التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية لا يجعلها بعيدة عن قاعدة الإسناد، و لا تستطيع أن تنفي دور قاعدة الإسناد في تطبيق القواعد الموضوعية، فالقواعد الموضوعية يشوبها الكثير من النقص والقصور فهي بحاجة إلى تكملة هذا النقص ويتم ذلك عن طريق قاعدة الإسناد، و أن لم يكن عن طريق قاعدة الإسناد فتكون بحاجة إلى أيجاد قانون لحكم ما نقص منها في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية و أيجاد حلول لها، و بالإضافة إلى ذلك أن صياغة النصوص التي تم الأعتماد عليها في تبرير التطبيق المباشر فأنها لا تدل على ذلك، و إنما تدل على الصفة الاحتياطية لأعراف التجارة الدولية وعاداتها إلى جانب القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد[3].

أما فيما يتعلق بإرادة الأطراف و الأعتماد عليها في تبرير تطبيق القواعد الموضوعية بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد، أيضًا لا يمكن قبوله لأن إرادة الأطراف في أختيار القانون و حريتهم، إذ هي ليست إلا قاعدة إسناد خاصة بالعقود الدولية، ومعروفة في فقه القانون الدولي الخاص [4]، واستقرت عليها أغلب الأنظمة القانونية و جعلتها ضمن تشريعاتها، فقد نصت عليها الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية روما لسنة 1980، إذ نصت المادة الثالثة على أنه" 1- يخضع

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص 430، د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 138.
(2) د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص451.
(3) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص139.
(4)د.وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص202.

العقد للقانون الذي يختاره الطرفان يجب التعبير عن الاختيار أو إثباته بدرجة معقولة من اليقين من خلال شروط العقد أو ظروف الحال من خلال اختيارهم يمكن للأطراف تحديد القانون المطبق على العقد كله أو جزء منه" [1]، واتفاقية لاهاي لسنة 1955[2]، ولا تخلو منها القوانين الحديثة، وهذا يعني أن منهج القواعد الموضوعية يعتمد في أعماله على منهج قاعدة الإسناد.

مما تقدم يتضح لنا أن العلاقة بين قاعدة الإسناد و القواعد الموضوعية هي علاقة واقعية مبنية على التعاون المترابط بينهم، لأن كل منهج هو مكمل للأخر وأن منهج القواعد الموضوعية ظهر نتيجة القصور الذي يشوب منهج قاعدة الإسناد و بالمقابل منهج القواعد الموضوعية أيضًا يشوبه الكثير من القصور فهو منهج غير متكامل فلا يمكن تطبيقه بصورة مستقلة وبعيدًا عن قاعدة الإسناد، فهو بحاجة ماسة إلى قاعدة الإسناد فلا يمكن أن يستغني عنها فهو منهج مساعد و تبعي لمنهج قاعدة الإسناد.

و أن التكامل أو التعايش بين المنهجين يسعى إلى مواكبة التطورات التي تحصل في الواقع ، فمتطلبات الواقع في عالم اليوم كثيرة فالأوضاع الأقتصادية و السياسية في تطور مستمر فلا بد من مواكبتها، وقد تكون هذه المواكبة من خلال التعايش والتعاون بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد،أي أن منهج القواعد الموضوعية جاء معاونًا لمنهج قاعدة الإسناد من أجل مواكبة تطورات الواقع وخصوصًا في معاملات التجارة الدولية، بعد أن أصبح منهج قاعدة الإسناد لا يواكب هذه التطورات، أي لا يلبي متطلبات الواقع إذ لا يؤدي إلى حماية توقعات الأطراف المشروعة والذي يعتبر من المبادئ المهمة في علاقات التجارة الدولية .

## المطلب الثاني

## العلاقة بين قاعدة الإسناد و منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

نتيجة زيادة تدخل الدول في العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية من أجل تحقيق الحماية الضرورية في المجتمع الوطني، ظهرت القواعد ذات التطبيق الضروري، فهي قواعد آمرة تكون واجبة التطبيق على جميع العلاقات القانونية التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها، فالقواعد ذات التطبيق الضروري تسعى من أجل تحقيق الحماية اللازمة للأسس الاقتصادية و الاجتماعية لمجتمع دولة القاضي، أي أنها تنطبق بمجرد وجود صلة بين العلاقة محل النزاع و النظام القانوني الوطني بغض النظر عن العلاقة سواء كانت وطنية أو مشوبة بعنصر أجنبي،و من

(1) المادة(3) من اتفاقية روما لسنة1980الملغيه.
(2)المادة (2) من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.

أجل بيان طبيعة العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد و القواعد ذات التطبيق الضروري لا بد من بيان تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري و من ثم التمييز بينهما، فنقسم المطلب الثاني كالأتي:

الفرع الأول: التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الثاني: التمييز بين قاعدة الإسناد و منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الثالث: طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

## الفرع الأول

## التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري

ظهرت تسميات عديدة ، لكن الفقه لم يتفق على تسمية واحدة تستطيع أن تبين مضمون أو طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري، فأن مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري يطلق عليه أكثر من مصطلح[1]، فالفقه التقليدي سماها قواعد البوليس والأمن فهي القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني أي أنها تحمي المصلحة العامة، وقد أستعمل المشرع الفرنسي هذه التسمية في المادة (3) من القانون المدني الصادر سنة 1804 إذ نصت على أن " قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي" .[2]

فقد انتقدت هذه التسمية لكونها لا تحيط بكل القواعد ذات التطبيق الضروري والتي يكون القاضي ملزماً بتطبيقها، إذ يوجد الكثير من القواعد لا تندرج تحت قوانين البوليس والآمن، مثل القواعد المتعلقة بالملكية الفنية والأدبية، فهذه القواعد محتفظة بصفتها الآمرة ويكون القاضي ملزماً بتطبيقها إذا كان النزاع مرتبط بصلة وثيقة بها. [3]

وذهب البعض الآخر إلى تسميتها القواعد فورية التطبيق ، إذ سماها الفقيه اليوناني فرانسكاكيس (Francescakis) بالقواعد فورية التطبيق أو ذات التطبيق المباشر وعرفها بأنها " القوانين التي تكون مراعاتها ضرورية من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي

---

(1) ينسب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري للفقيه اليوناني الأصل (فرانسسكاكيس) حيث ظهرت لأول مرة في رسالته الدكتوراه " نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص" ثم حاول في دراساته التعمق في النظرية تحت تسمية القوانين ذات التطبيق المباشر. للمزيد من التفاصيل لنظرية القوانين ذات ينظر ينظر:د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين الشمس، 1982، ص5.

(2) منشور على الموقع الأتي:
http://fr.wikipedia.org/wiki/Article_3_du_code_civil_francais تاريخ الزيارة 30\1\2023.

(3) د. عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص27.

والاقتصادي للدولة و يتمثل المعيار المميز لها في فكرة التنظيم"[1] ، وأن هذا التعريف يوضح بأن هذه القواعد وضعت من أجل حماية المصالح الضرورية في المجتمع و استخدم معيار فكرة التنظيم كأساس لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد.

وقد تبنت محكمة العدل الأوربية هذا التعريف في قرارها عام 1999 والتي عرفتها بأنها (مجموعة القواعد التي تكون مراعاتها مهمة للحفاظ على التنظيم السياسي والاقتصادي والأجتماعي للدولة ويتوجب على كل شخص موجود على أراض الدولة احترامها)[2]، أن هذه التسمية تكون أساسًا منطقيًا لأختصاص قانون القاضي، فالقوانين التي تحمي النظام الاقتصادي والأجتماعي للدولة، فيكون نطاق تطبيقها أوسع من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد، وهذا غاية كل مشرع فهو يسعى إلى وضع قواعد من أجل حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية لدولته، فالقواعد فورية التطبيق تسعى إلى حماية المجتمع [3]، و ذهب البعض إلى تسميتها بالقواعد الآمرة الدولية و تعرف بأنها " الأحكام القانونية الآمرة التي يجب أن تطبق على العلاقات الخاصة الدولية بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة بموجب قاعدة الإسناد"[4]، وأيضًا عرفتها المادة (3\3) من اتفاقية روما لسنة1980، بأنها "القواعد التي لا يقوى قانون العقد الذي اختاره المتعاقدين على مخالفتها، شريطة أن يكون العقد أكثر اتصالًا بالدولة التي تنتمي إليها تلك القواعد" ولقد تضمنت هذا المعاهدة العديد من القواعد ذات التطبيق الضروري ومنها ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة والتي أشارت إلى أن اختيار القانون الواجب التطبيق وفق نص النص المادة الثالثة من الاتفاقية سالفة الذكر لا تحرم المستهلك من الحماية التي تقررها القواعد ذات التطبيق الضروري، بمعنى آخر تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على الرغم

---

(1) حيث ظهرت هذه التسمية لأول مرة في فرنسا بفكر الفقيه الفرنسي اليوناني الأصل (فرنسيسكاكيس) ، حيث أن هذه التسمية تبرز اختصاص لقانون القاضي الذي ينطبق بصورة مباشرة، وأيضا يظهر تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة دون المرور بقواعد الإسناد، و علماً أن هذا الفقيه قد أستخدم في بداية الأمر مصطلح قواعد البوليس والأمن، ألا أنه قد عدل عن ذلك المصطلح وفضل مصطلح القواعد فورية التطبيق، وقد استمد هذا المصطلح من منهجية القواعد الفورية، آي أنها تنطبق بصورة مباشرة على العلاقة محل النزاع. ولمزيد من التفاصيل، ينظر: د. عبد الله فاضل حامد ، القواعد الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي ، مصدر سابق، ص 28 و د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 253.

(2) نقلاً عن د. خليل إبراهيم محمد خليل. تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 141.

(3) د. علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن ) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية،العدد السابع، 2015، ص 29.

(4)Mayer(p): Mandatory Rules of law in international Arbitation، 2 Arb ln'1274(1986) p.57.Hescribed international mandatory rules as: (an imperative provision of law which must be applied to an international relationship irrespective of the law that governs that relationship).

من اختيار قانون أخر من قبل الأطراف[1]، وقد استعمل مصطلح القواعد الآمرة في العديد من القوانين ومنها القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986 في نص المادة(34) و القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 و أيضًا معاهدة لاهاي النافذة سنة 1978، لمصطلح القواعد الآمرة أهمية تميزه عن غيره من المصطلحات بأنه" تتميز القواعد الآمرة بالدقة و التحديد، لأنها قواعد نص المشرع على تطبيقها بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع وما إذا كانت وطنية بحتة أو علاقة ذات عنصر أجنبي، في حين أن القواعد النظام العام و القواعد فورية التطبيق لا تحقق هذا المعنى"[2].

ذهب البعض إلى تسميتها بقواعد النظام العام الإقليمي أو قواعد النظام العام أو قواعد النظام العام الوقائي أو تسميتها بالنظام العام الحمائي إذ تم تعريفها بأنها " تلك التي تهدف إلى إقامة النظام العام على إقليم الدولة، وتطبق داخل حدودها، على كل شخص وكل شيء وكل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها، ولا تمتد خارج الإقليم الوطني" [3]، أن هذا التعريف يشوبه الضعف لأنه يخلط بين فكرة النظام العام و القواعد ذات التطبيق الضروري بينما القواعد ذات التطبيق الضروري تختلف عن النظام العام بل هي أوسع منه.

وذهب البعض الأخر إلى تسميتها بالقواعد ذات التطبيق الضروري " Norme De Application Necessaries"، لأن فرض هذه القواعد يكون ضروريًا لتدخل الدولة في الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية من أجل تأمين المجتمع[4]، و كما عبر عنها الفقيه "سبيردوتي" بأنها القواعد ضرورية التطبيق، و مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري التسمية المفضلة لدى الفقه الاسباني و الايطالي [5]، فهي " القواعد التي قد تلزم تدخل الدولة و تهدف إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة، والتي يترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي"[6]، جاء

(1)د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، 2007، ص89 وما بعدها.
(2) د. عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة وتطبيقاتها على العقد الدولي ،مصدر سابق، ص 34.
(3) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين،مصدر سابق، ص 141.
(4)د.إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي،القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص296، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص255.
(5)نقلًا عن د.أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، مصدر سابق، ص7.
(6) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ،مصدر سابق، ص 257.

هذا التعريف لبيان القواعد ذات التطبيق الضروري، فهي قواعد تهدف إلى تحقيق المصالح الضرورية للمجتمع الوطني، وتكون واجبة التطبيق عند توافر شروط انطباقها .

إذ أنها تعد ضرورية لحماية التضامن الاقتصادي و الاجتماعي لدولة القاضي في حالة توافرت شروط تطبيقها، فهو يبين درجة الالتزام التي ينطوي عليها تطبيق هذه القواعد، فيكون القاضي ملزماً بتطبيقها ولا يكون أمامه أي مجال لتجاهلها، فهي ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع من سنها [1] .

وعرفها الفقيه "دى نوفا" و الذي يعتبر أحد أنصار هذه النظرية بأنها " قواعد قانونية تتولى تحديد مجال تطبيقها الذاتي" أي هي قوانين تتميز بطبيعة خاصة يتطلب أنزال حكمها الموضوعي على الحالات أو المسائل التي تدخل ضمن نطاق تطبيقها و لا يحدث عند تطبيقها أي تزاحم مع القوانين الأجنبية[2].

وعرفت أيضاً بأنها " مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدًا يحول دون دخولها في منافسة القوانين الأجنبية ويتعين ومن ثم تطبيقها تطبيقًا مباشرًا على كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها، دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو الخاص، دونما حاجة إلى قاعدة الإسناد" [3]. يوضح هذا التعريف بأن القواعد ذات التطبيق الضروري لا تكون في منافسة مع القوانين الأجنبية فمتى ما وجدت يتم تطبيقها بصورة مباشرة على جميع المسائل التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها بعيدًا عن قاعدة الإسناد، أي بموجب هذا التعريف أن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد وبالتالي العلاقة بينهما علاقة تنافس و استقلال.

وقد عرفت أيضًا بأنها" القواعد التي يكون تطبيقها ضروريًا بالنظر إلى الهدف الذي وضعت من أجله سواء كانت جزءًا من القانون القاضي أم جزءًا من القانون الأجنبي، و سواء انطبقت هذه القواعد مباشرًة أم بمقتضى منهج قاعدة الإسناد" [4]. يتضح من هذا التعريف أن للقواعد ذات التطبيق الضروري أهمية كبيرة لكونها تساهم في حماية الأسس الأقتصادية و

(1) بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين إلزامية قواعد الإسناد و التخفيض من مرتبتها، بحث منشور في مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 3، 2019، ص 501.
(2)د.أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، مصدر سابق، ص7 و 8.
(3)د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص534.
(4)د.خليل إبراهيم محمد خليل، التكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 143.

الأجتماعية، فهي واجبة التطبيق على العلاقات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها سواء انطبقت بشكل مباشر أو من خلال قاعدة الإسناد، أي بموجب هذا التعريف فأن العلاقة بين قاعدة الإسناد والقواعد ذات التطبيق الضروري علاقة تعاون وتكامل.

وعرفت أيضًا بأنها" مجموعة القواعد الموضوعية و المباشرة الموضوعة أصلًا لمواجهة العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها، تحقيقًا لسياسات المشرع الأجتماعية والأقتصادية، إلا أن صفتها الآمرة تبلغ حدًا يقتضي معه تطبيقها على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي" [1]، يوضح هذا التعريف بأن القواعد ذات التطبيق الضروري وضعت خصيصًا لمواجهة العلاقات الوطنية و نتيجة صفتها الآمرة تم أعمالها على العلاقات الخاصة الدولية، وهذا التعريف منتقد لأن هذه القواعد قد وضعت أساسًا لمواجهة جميع العلاقات التي تدخل ضمن نطاق أختصاصها سواء أكانت وطنية أم أجنبية، ولا شأن لصفتها الآمرة سواء بلغت حدًا معينًا أم لا بمجرد تحديد القاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري فأنها تنطبق بصورة مباشرة و بالإضافة إلى ذلك لم يبين طريقة تحديد هذه القواعد عن غيرها من القواعد.

وعرفت أيضًا بأنها: "أسلوب يهدف إلى تطبيق القواعد التي أعدت أصلًا لخدمة النظام السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي الضروري للدولة"[2]، يوضح هذا التعريف أهمية القواعد ذات التطبيق الضروري لأنها تهدف إلى حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع إلا أنه لم يميز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد فاغلب القوانين تهدف إلى حماية المصالح الضرورية للمجتمع، و بالإضافة إلى ذلك لم يبين كيفية أعمالها هل بمقتضى قاعدة الإسناد أم بصورة مستقلة.

و عرفت كذلك بأنها" الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تقع تحت طائلتها بغض النظر عن الطابع الدولي الذي قد تتصف به تلك المسائل، ودون حاجة إلى هذا الحل الموضوعي للمرور بقواعد الإسناد"[3]، يتضح من هذا التعريف بأنها قواعد تنطبق بشكل مباشر و بصورة مستقلة على النزاع الذي يدخل ضمن نطاق اختصاصها أي يوضح بأن العلاقة بين هذه القواعد و قواعد الإسناد علاقة استقلال لكن لم يبين كيفية تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد الأخرى.

(1)د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص72.
(2)د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص464.
(3)د.هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص243.

ومن الضروري التطرق إلى المعايير التي أعتمدها جانب من الفقه من أجل تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري عن غيرها من القواعد القانونية، و أن معرفة أو تحديد المعيار الذي عن طريقه نميز هذه القواعد عن غيرها من القواعد القانونية و من ثم يتم تطبيقها تبعًا لمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، و ما تبقى من القواعد يكون خارج أطار اختصاصها، أي تحديد النطاق المكاني لسريانها.

ومن هذه المعايير المعتمدة معايير غائية ، يعتبر من أقدم المعايير التي أعتمدت في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، و الذي ينظر إلى الغاية أو الهدف الذي تسعى هذه القواعد من أجل تحقيقه، إذ أنها تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة دون القواعد التي تهتم بحماية مصلحة الفرد بذاته [1]، فأستخدم البعض مصلحة الدولة لرفض تطبيق أي قانون أجنبي، فذهبت المحكمة العليا في ألمانيا في حكمها الصادر في 17 حزيران لسنة 1959، بمسألة عقد القرض، نصت إلى إنه " لا يجب فقط مراعاة المصالح الخاصة الجديرة بالحماية، ولكن تحقيق الأهداف الاقتصادية والسياسية للدولة بصدد المسألة المطروحة" أي الأعتداد بالقوانين الصادرة من ألمانيا التي تتضمن قيودًا نقدية بوصفها من القوانين ذات التطبيق الضروري والتي تهدف إلى تحقيق مصالح ألمانيا[2]، و ذهب البعض الأخر إلى أستخدام معيار آخر للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، وهو معيار فكرة تنظيم الدولة، لأن هذه القواعد شرعت من أجل حماية التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة، فهو قد أتخذ من الهدف الذي يسعى له المشرع عند تشريعه للقوانين معيارًا لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري لأنها تعكس فكرة تنظيم الدولة مما يتطلب تطبيقها بدون تنازع أو تزاحم[3]، فهي ترتبط بتنظيم الدولة، فأي قاعدة تتطلب تدخل سلطة أو مرفق من مرافق الدولة تعتبر قاعدة ذات تطبيق ضروري، و أن هذا المعيار يوسع من نطاق أختصاص القواعد ذات التطبيق الضروري، فتدخل ضمن طائفتها الكثير من القوانين، مثل قوانين تنظيم علاقات العمل، وقوانين التأمينات الاقتصادية، و الالتزام بالنفقة، ومرافق القضاء، وقوانين منع الأحتكار، والقواعد الخاصة بالسجل المدني، و نُظَم التامين الخاص، إلى أن حاول الفقيه اليوناني "Francescakis" إضافة إلى جانب فكرة تنظيم الدولة أن يكون تطبيقها

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 2018، ص163.

(2) وكما هو الحال في بلجيكا فأن محكمة النقض البلجيكية في قرارها الصادر في( 2\6\1960) قد رفضت الأخذ بالقوانين التأمين الصادرة عن الحكومة التشيكية على أساس أنها قوانين لا تتعلق بحماية المصالح الخاصة و أنما تحمي مصالح الدولة التي أصدرتها، ينظر: د.عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مصدر سابق، ص 73.

(3)د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 152.

ضروري لتحقيق أهدافها، إلا أن هذا المعيار لا يمكن الأخذ به لأن جميع القوانين تهدف إلى تنظيم الدولة، فهو معيار غامض وغير محدد، حتى و أن كان الفقيه "Francescakis" قد أشترط أن يكون تطبيقها ضروريًا، فكثير من القوانين تهدف إلى تنظيم الدولة و تعد ضرورية لهذا لتنظيم، و أيضًا هذا المعيار يؤدي إلى توسع غير مبرر في نطاق تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري[1]،ومنهم من أعتمد على المعيار الشكلي، إذ تعد قواعد ذات تطبيق ضروري إذا قام المشرع بتحديد نطاق سريانها بشكل صريح، و يترتب على ذلك التزام القاضي الوطني بتطبيقها دون حاجة إلى أعمال قاعدة الإسناد [2]، أي لو حدد المشرع نطاق سريانها المكاني بصورة صريحة، فهذا يكشف عن أرادته في تطبيق هذه القواعد على جميع المسائل التي تدخل ضمن نطاق سريانها المكاني دون حاجتها لأعمال قاعدة الإسناد، ألا أنه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار، لأنه علق اكتساب وصف القواعد ذات التطبيق الضروري للقاعدة القانونية على افتراض إرادة المشرع المعلنة و أن تحديد المشرع لنطاق سريان هذه القواعد يمنحها مجالًا واسعًا للانطباق ويزيد من تطبيق قاعدة الإسناد [3]، مثالًا على ذلك نص المادة (49) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل [4]،و منهم من أعتمد على المعايير الفنية حيث ذهب جانب من الفقه إلى الاعتماد على بعض الأفكار الفنية من أجل الكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، ومن هذه الأفكار فكرة الإقليمية و فكرة النظام العام، فقد أعتمد على الفكرة الإقليمية القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، فإذا وجد القاضي قاعدة ما في قانونه فهي إقليمية، فيطبقها على جميع الوقائع والتصرفات القانونية التي تحصل في إقليم الدولة وعلى الأموال الموجودة فيها وعلى الأشخاص المقيمين عليها[5].

أما بالنسبة لفكرة النظام العام فهي تحظى باهتمام كبير من جانب القضاء وأعتمد هذه الفكرة القضاء الفرنسي للكشف عن القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن فكرة النظام العام تنسجم مع فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري، فكلاهما يسعى إلى حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، ألا أنه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار لأنه عاجز عن الكشف عن

(1) د. عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي، مصدر سابق، ص49.
(2)د.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص64.
(3)د.علاء حسين علي شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة آداب- جامعة ذي قار، العدد 21 القسم الثالث، 2017.
(4) نصت المادة على أن " تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين و الأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في جمهورية العراق، وكذلك على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي...".

(5)د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص147.

القواعد ذات التطبيق الضروري ففكرة الإقليمية غير ثابتة و أنما فكرة متغيرة غامضة فهنالك الكثير من القوانين الإقليمية كقانون القاضي، قانون الموطن، قانون موقع المال، فليس كل قانون إقليمي هو من القوانين ذات التطبيق الضروري، فقانون موقع المال قانون إقليمي لكنه ليس من القواعد ذات التطبيق الضروري، و ذات الأمر ينطبق على فكرة النظام العام فهي فكرة متغيرة غير ثابتة وغامضة. (1)

ومنهم من أعتمد على معيار الصلة العقلانية، أن أهم ما يميز القواعد ذات التطبيق الضروري في فقه القانون الدولي الخاص، هو الصلة العقلانية لأنها تربط بين نطاق تطبيق هذه القواعد من ناحية و أهدافها و مضمونها من ناحية أخرى، و قد أستعمل جانب من الفقه معيار الصلة العقلانية عند تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري، لكنها لم تكن معيارًا لتكييف و تحديد هذه القواعد، لأن التعريف مجرد وصف لا يبين أو يوضح الأسباب التي من أجلها تفرض تطبيق بعض القواعد القانونية على العلاقات ذات الطبيعة الدولية (2).

وتظهر أهمية معيار الصلة العقلانية عند ما يستجيب القاضي لتطبيق قاعدة أجنبية لا تنتمي للقانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، و من أجل تطبيق هذه القاعدة لا بد من توافر صلة عقلانية تربط بين مضمون وأهداف هذه القاعدة من جهة و بين نطاق تطبيقها من جهة أخرى (3)،و لمعرفة مدى عقلانية الصلة المطلوبة بين مضمون القاعدة و أهدافها وبين نطاق تطبيقها يتم عن طريق قاضي النزاع، فهو أمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي النزاع مما يجعل هذا المعيار يتسم بالمرونة عند تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، وتحقق هذه المرونة هدفين الهدف الأول: يعتبر موضوع القاعدة و طبيعتها و كذلك نتائج التطبيق بمثابة معيار يلجأ إليه قاضي النزاع عند أحتمال وقوع تنازع بين القواعد ذات التطبيق الضروري، أما الهدف الثاني: هو أستبعاد القواعد ذات التطبيق المباشر الأخرى بالرغم من أنها ذات صلة بالعلاقة المعروضة وذلك لأن القاضي يقدر بأنها غير واجبة التطبيق (4).

عند تحديد قاضي النزاع القواعد ذات التطبيق الضروري يفرق بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان القاضي وطني فأنه يطبق هذه القاعدة متى ما توافرت فيها الصفة الآمرة، و لا

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه المعايير ينظر: د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص148و ما بعدها، ود.علاء حسين علي شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، مصدر سابق، ص330-332.
(2)د.علاء حسين علي شبع، مدى أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص337.
(3)د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص158.
(4)د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي، مصدر سابق، ص52 .

يشترط لأعمالها أن تتوافر فيها الصلة العقلانية، لأنه يمتثل لأوامر مشرعه فمتى ما وصلت هذه القاعدة التي تنتمي لقانونه حد الآمرية عندها يكتفي القاضي بتطبيقها بشكل مباشر بغض النظر عن القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، أما الحالة الثانية إذا كانت هذه القاعدة أجنبية من القواعد ذات التطبيق الضروري، و فضلًا عن ذلك لا تنتمي للقانون المختص بموجب قاعدة الإسناد فأن الصفة الآمرة وحدها لا تكفي لتبرير تطبيقها بشكل مباشر بل لا بد للقاضي الذي طرح عليه النزاع أن يقدر الصلة العقلانية بين مضمونها وأهدافها وبين نطاق تطبيقها من أجل أعمالها بشكل مباشر على الرابطة العقدية المطروحة [1]، أي أن معيار الصلة العقلانية يصلح كأساس لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية للقانون الأجنبي و التي لا تنتمي للقانون المختص بموجب قاعدة الإسناد.

وأن هذه المعايير لا يوجد بينهما أختلاف جوهري فهي تتفق من حيث المضمون، أي أن كل منهم ينصب حول محور واحد وهو ما يتعلق بالهدف الذي تسعى من أجله القواعد ذات التطبيق الضروري. [2]

وأيضًا من أجل الإحاطة بجميع جوانب منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، لا بد من بيان الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد النظام العام ، إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن النظام العام مجموعة من القواعد القانونية تعبر عن أفكار خاصة مقبولة في بلد معين ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد بصرف النظر عما إذا كانت متعلقة بمصالح دينية أو خلقية أو اقتصادية أو سياسية، ومن ثم أعتبر القواعد الضرورية لحماية المصالح السياسية و الاقتصادية و الأجتماعية من النظام العام[3] ، لذلك لا بد من بيان الفرق بينهما من خلال ما يأتي:

1- من ناحية المفهوم : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري أوسع نطاقًا من مفهوم النظام العام، فليس كل قاعدة ذات تطبيق ضروري هي من النظام العام.
2- من ناحية آلية التطبيق : تنطبق القواعد ذات التطبيق الضروري بشكل مباشر حتى قبل أثبات القانون الأجنبي، بينما الدفع بالنظام العام يكون بعد أثبات القانون الأجنبي و مخالفته للنظام العام في دولة القاضي[4].

(1)د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص158 .
(2)د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص669 .
(3)د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2004، ص35.
(4) د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مصدر سابق، ص71.

3- من ناحية الدفع: يجوز للقاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا وجد قاعدة أجنبية يكون تطبيقها ضروريًا، بينما لا يجوز للقاضي أن يستبعد القانون الأجنبي ألا إذا كان مخالفًا للنظام العام الوطني[1]، إذ أن الدفع بالنظام العام هو طريقة لأستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق نتيجة لاختلاف الحكم أو عدم وجود تكافؤ قانوني بين القانون الوطني و القانون الأجنبي أي الاختلاف بين التشريعين[2]، و أن هذا الدفع يفترض أنعقاد الأختصاص للقانون الأجنبي أولًا ومن ثم استبعاد هذا القانون تبعًا لفكرة الدفع بالنظام العام، بينما يختلف الأمر في القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ أنها تمارس دورًا وقائيًا يتمثل في أستبعاد القانون الأجنبي بصورة كلية، إذ تطبق هذه القواعد بصورة مباشرة دون أن يسبقها أنعقاد الأختصاص للقانون الأجنبي، أو تطبيق الحل الموضوعي[3] .

و كما أوضحت أن القواعد ذات التطبيق الضروري اختلفت التسميات بشأنها و بالتالي عرفت بالعديد من التعاريف لكنها تنصب حول مضمون واحد، وأيضًا ظهرت العديد من المعايير ألا أن جميع هذه المعايير يمكن أن تستخدم لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، لأن هذه المعايير تنصب حول محور واحد وهو هدف أو غاية القواعد ذات التطبيق الضروري، لكن هذه المعايير غير كافية لأنها قد تصلح لتحديد جانب معين من القواعد ذات التطبيق الضروري كالمعيار الشكلي و الذي يعتمد على قيام المشرع بتحديد نطاق سريانها المكاني بشكل صريح تاركًا القواعد التي تنتمي للقانون الأجنبي وكذلك المعايير الفنية و الغائية، فأننا نرجح الاعتماد على معيار الصلة العقلانية لأنه يتسم بالمرونة في تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، و كما أوضحت أيضًا بأن القواعد ذات التطبيق الضروري تختلف عن قواعد النظام العام بل هي أوسع نطاقًا منه فليس كل قاعدة ذات تطبيق ضروري هي من النظام العام.

باختصار يمكن أن نعرف القواعد ذات التطبيق الضروري بأنها( مجموعة من القواعد القانونية الضرورية التي تهدف إلى حماية المصالح الحيوية، الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع،والتي يلتزم القاضي بتطبيقها بصورة مباشرة أو عن طريق قاعدة الإسناد على العلاقات

(1) د. محمد جلال حسن الاتروشي و د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، و د.عبد الله فاضل ميراني، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الكتاب الثاني، ط1، 2020، ص 225.

(2) د. جابر جار عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، مطبعة الهلال، بغداد، ط1، 1949، ص232.

(3)محمد خيري كصير الجشعمي، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق قاعدة تنازع القوانين، (دراسة مقارن)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص92.

القانونية بصرف النظر عن انتمائها للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي متى ما توافرت فيها الصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها وبين نطاق تطبيقها) .

## الفرع الثاني

## التمييز بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

أولًا: التمييز بين قاعدة الإسناد والقواعد ذات التطبيق الضروري:

أوجه التشابه بين كلا المنهجين.

يظهر التشابه بين قاعدة الإسناد والقواعد ذات التطبيق الضروري في الجوانب التالية :

1- من ناحية أن كلاهما قاعدة قانونية ملزمة، وذات مصدر وطني أي يتم وضعهما من قبل الدولة، فكل دولة تضع قاعدة إسناد خاصة بها، وكذلك وضع القواعد ذات التطبيق الضروري[1].
2- من ناحية أن كلاهما قد يكون تعبيرًا من أجل تحقيق الحماية الأقتصادية و الأجتماعية، فأن الغاية التي شرعت من أجلها القواعد ذات التطبيق الضروري هي حماية الأسس الأقتصادية والأجتماعية، أما فيما يتعلق بقواعد الإسناد الفقرة الخامسة من المادة(19) من القانون المدني العراقي التي أعطت الاختصاص للقانون العراقي لحكم الزواج المختلط ، إذا كان أحد الزوجين عراقيًا وقت أنعقاد الزواج، وأن أعطاء الأختصاص للقانون العراقي من أجل توفير حماية أجتماعية للطرف العراقي في الرابطة الزوجية، وخصوصًا إذا كانت المرأة عراقية[2]، أي بمعنى أعطاء الاختصاص للقانون العراقي وفق قاعدة الإسناد يوفر الحماية الأجتماعية.

إما أوجه الاختلاف بين المنهجين فيظهر في الجوانب الأتية:

لتوضيح أهم الفروق بين منهجي قواعد الإسناد والقواعد ذات التطبيق الضروري نبين أولًا: الفرق بين أسلوب حل تنازع القوانين في كل منهما، و ثانيًا: كيفية أعمال كل منهما.

1- أسلوب حل تنازع القوانين في كل منهما:

---

(1)د. محمد جلال حسن الاتروشي و د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، و د.عبد الله فاضل ميراني، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص 225.

(2) د. محمد جلال حسن الاتروشي و د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، و د.عبد الله فاضل ميراني، المصدر نفسه، ص 225.

أن الفرق بين أسلوب حل تنازع القوانين في كل منهما يمكن بيانه على النحو الآتي:

أ- من ناحية آلية التطبيق:

تختلف آلية التطبيق بين كلا المنهجين فقاعدة الإسناد تقوم بحسب الفكر ألتنازعي للفقيه الألماني سافيني على تحليل العلاقة محل النزاع ومن ثم تركيزها حتى يتم إسنادها إلى أحد القوانين الملائمة والمناسبة، ويعتبر القانون ملائم إذا كان يرتبط بالنزاع أرتباطًا وثيقًا[1]، بينما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بأعتباره المنهج الذي يقوم على حماية النظام القانوني للمجتمع ،فمتى ما تم البحث عن قاعدة تدرك هذه الغاية ،فعند وجودها يتم تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري بصورة مباشرة دون البحث عن طبيعة العلاقة محل النزاع [2]، فالقاضي كان في منهج قاعدة الإسناد ينطلق ابتداءً من العلاقة القانونية محل النزاع للبحث عن القانون الواجب التطبيق، بينما في القواعد ذات التطبيق الضروري تنطلق من البحث في القاعدة القانونية من أجل تحليلها والكشف عمّا يعد من القواعد ذات التطبيق الضروري و مما لا يعد كذلك، ومن ثم ينبغي على القاضي تطبيقها على المسائل التي تدخل ضمن أختصاصها[3]، و تنطبق هذه القواعد بشكل مباشر، فهي تحدد بذاتها أطار اختصاصها المكاني دون حاجتها إلى قواعد الإسناد، فالحالات التي يتم بها تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري تتحقق بوقوع حدث معين أو بظرف معين ، مثلًا أن يكون المال المتنازع عليه في دولة القاضي أو أن يكون الشخص مقيمًا أو متوطنًا فيه، أي يجب أن يكون هنالك ارتباط بين هذه القاعدة والعلاقة محل النزاع[4].

ب- من ناحية مشكلة الأختيار:

أن مشكلة الأختيار في قاعدة الإسناد هي اختيار أنسب القوانين من بين القوانين المتزاحمة و أكثرها ملاءمة و ارتباطًا بالعلاقة محل النزاع، و يرتبط مفهوم هذا الاختيار باعتبار قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة، فهي وسيلة لتحقيق هذا الاختيار و كما أنها يمكن أن تحدد اختصاص القانون الوطني أو القانون الأجنبي على العلاقة محل النزاع [5]، فتتسم قاعدة الإسناد بالطبيعة المزدوجة أي أنها لا تقتصر على تحديد حالات تطبيق القانون الوطني، بل تقوم كذلك على تحديد الحالات التي يطبق فيها القانون الأجنبي، فقواعد الإسناد تحمل في طياتها مضمون

(1) محمد خيري كصير الجشعمي، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق قاعدة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص89.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص80.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص258.

(4) د. عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي، مصدر سابق، ص102.

(5) د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 160.

مزدوج قد يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني و القانون الأجنبي على حدٍ سواء، بالواقع الطبيعة المزدوجة تتطلبها وظيفة قاعدة الإسناد بأعتبارها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين[1].

أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، فهو لا يقوم على فكرة الاختيار، إذ أنها لا تظهر مطلقًا أمام القاضي، بل يستبعد كليًا المنافسة مع القوانين الأجنبية، فإذا وجدت أحد القواعد ذات التطبيق الضروري، فأنها تطبق بصورة مباشرة إذا توافرت الرابطة بين العلاقة محل النزاع و النظام القانوني الوطني، فلا مجال للاختيار بينها وبين القوانين الأخرى، فالقواعد ذات التطبيق الضروري تكون خارجة عن تنازع القوانين[2].

فتتسم القواعد ذات التطبيق الضروري بالطبيعة الانفرادية، بمعنى أنها تحدد نطاق سريانها على المنازعات المشوبة بالعنصر الأجنبي وتعيين الوقائع التي تكون مناطًا لسريانها، دون أن تبين الحالات التي ينطبق فيها القانون الأجنبي، فتكون عديمة الجدوى في الحالات التي لا تدخل ضمن نطاق اختصاصها، فيقتصر دورها على تقرير عدم انطباقها على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، تاركة هذه المنازعات دون تحديد قانون يحكمها، فلا تتسم القواعد ذات التطبيق الضروري بأي طبيعة مزدوجة كقاعدة الإسناد، وبالتالي لا تحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع في حالة رفض القانون الوطني حكم هذه العلاقة[3]، فالقواعد ذات التطبيق الضروري "لا تهتم إلا بالتحديد الانفرادي للقوانين الوطنية، أما ما يبقى خارج إطار هذه القوانين، فهو يعود إلى حظيرة منهجية التنازع التي تقوم أصلًا على أساس مفهوم الازدواجية" بمعنى أنها تحدد القوانين الوطنية الضرورية و ما يتبقى من قوانين يعود إلى حظيرة قاعدة الإسناد، لأنها تتصف بالطبيعة الازدواجية[4].

فمسألة الاختيار لا تعرض أمام القاضي، فكل ما عرضت له قواعد ذات التطبيق الضروري يجب عليه تطبيقها ولا ينظر إلى القانون الأجنبي ليحقق الحماية التي تسعى إليها هذه القواعد، وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر سنة 1964 إذ قضت على " أنه فرض قبول ثبوت الجنسية للمستأنف و ابنته القاصر، و اعتبار القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على الحالة الشخصية للطاعنة، وخصوصًا على أعطاء ومضمون و ممارسة

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية الراشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي و آثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص31.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص259.

(3) د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص248_249.

(4)د.أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، مصدر سابق، ص31.

السلطة الأبوية، وفقًا لقاعدة الإسناد ( 375) وما بعدها من القانون المدني واجبة التطبيق لتعلقها بالنظام العام الفرنسي، وذلك بغض النظر عن القانون الشخصي، حيث تهدف هذه القواعد إلى ضمان حماية القاصر الموجود في خطر مادي و معنوي و المقيم في فرنسا، وهي وحدها التي تسمح بادراك تلك الغاية"[1].

ت- من ناحية الصفة الدولية:

أن منهج قاعدة الإسناد يتطلب أن تكون العلاقة محل النزاع ذات طابع دولي، فهي تعتمد في تطبيقها على توافر العنصر الأجنبي في العلاقة محل النزاع، فيعتمد أسلوب عمل قاعدة الإسناد على تحليل العلاقة التي تحتوي على عنصر أجنبي، ودور قاعدة الإسناد يقتصر على تعيين القانون الواجب التطبيق دون تقديم الحل الموضوعي للنزاع[2]، فهي تمثل دليل إرشاد للقاضي، من أجل التوصل للقانون المناسب و الأفضل و الأكثر عدالة لحل النزاع.

بينما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لا تهتم بالعنصر الأجنبي، فلا يعتمد أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على وجود العنصر الأجنبي، بل على مضمونها ودخول العلاقة محل النزاع ضمن نطاق اختصاصها، سواء كانت العلاقة وطنية أو مشوبة بعنصر أجنبي، وهذا يوفر مجالًا أوسع لتطبيقها [3]، إذ أنها تتناسى الطبيعة الدولية للعلاقة محل النزاع، و ديدنها هو توسيع نطاق أختصاص القانون الوطني هادفة إلى تحقيق حماية المصالح الوطنية [4].

ث- من ناحية الهدف :

غاية قاعدة الإسناد هو الوصول إلى القانون المناسب والملائم من بين القوانين المتنافسة، حيث تعمل قاعدة الإسناد على المساواة أو الموازنة بين القوانين التي ترتبط بالنزاع، بهدف التوصل إلى الحل الذي يحقق العدالة بين الأطراف، ويساهم في استقرار المعاملات لخدمة العلاقات الخاصة الدولية [5]، فيساعد على تسهيل العلاقات ذات الطبيعة الدولية بين الأفراد، فيزيد من نمو قواعد الإسناد و تعاظمها بسبب ما تحقق من ازدهار.

---

(1) علي هادي الأسود، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري ( قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص39.
(2) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص77.
(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص259.
(4) د. علي هادي الأسود، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري ( قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص40.
(5) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص78.

أما القواعد ذات التطبيق الضروري فهي تهدف إلى حماية المصلحة الوطنية، وتأكيد فعالية النظام القانوني لدولة القاضي، فهدف القواعد ذات التطبيق الضروري هو الصالح الوطني و ليس مصالح المعاملات الخاصة الدولية ، وأيضًا أدراك الأهداف المحددة للسياسة التشريعية[1].

2- كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري و قاعدة الإسناد:

و كما بينا سابقًا أن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق بصورة مباشرة من أجل تحقيق الغاية التي شرعت من أجلها، ولبيان الفرق نوضح ما يأتي:

أ- إلزامية التطبيق:

تتسم القواعد ذات التطبيق الضروري بالصفة الآمرة إذ يكون تطبيقها ضروريًا و لازمًا، فيطبقها القاضي عند وجودها، فلا يكون أمام القاضي الوطني أي خيار إلا تطبيق تلك القواعد الضرورية[2]، أما قاعدة الإسناد اختلف الفقه حول إلزاميتها ما إذا كان القاضي ملزم دائما بتطبيقها أم أن تطبيقها يكون رهن بتمسك أطراف النزاع، فظهرت ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: لا يجوز للقاضي الوطني أن يطبق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه كالنظام الانجليزي

الاتجاه الثاني: يسمح للقاضي الوطني تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون أن يكون ذلك التزامًا عليه كالنظام الفرنسي[3].

الاتجاه الثالث: يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه كالنظام الألماني فقد نص القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986 في المادة (34) على " أن أعمال القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد التي قررها هذا القانون لا ينال مع ذلك من النصوص الآمرة في القانون الألماني التي تحكم المراكز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد"[4]، وكذلك ما نصت عليه اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ نصت على أن" أحكام الاتفاقية الحالة لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة وذلك آيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد"[5].

و أيضًا استقر القضاء الألماني على إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد ولا يجوز له التهرب من هذا الالتزام، فإذا تهرب القاضي الوطني من تطبيق قاعدة الإسناد، يكون حكمه

(1) د. عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي، مصدر سابق، ص103.
(2) د. علي هادي الأسود، ، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري ( قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص41.
(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض، و د. سامية الراشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص48.
(4)ينظر إلى نص المادة(34) من القانون الدولي الخاص الألماني .
(5) ينظر إلى نص المادة السابعة الفقرة الثانية من اتفاقية روما لعام 1980 .

مشوبًا ومعرضًا للطعن أمام المحكمة العليا الألمانية، فيجوز التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا الألمانية، لأنها تمتلك تصحيح الأخطاء القانونية [1]، وأما على مستوى التشريع العراقي فيكون القاضي الوطني ملزمًا بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه و يظهر ذلك من خلال صياغة نصوص قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني العراقي، إذ تشير على ذلك، فالمشرع العراقي قد استخدم العبارات التي تدل على الإلزام مثل" يسري، تطبق، يرجع، تخضع، يتبع، تعين المحكمة"[2].

ب- البحث عن القانون:

أن أسلوب عمل قاعدة الإسناد يختلف عن أسلوب عمل القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ تقوم قاعدة الإسناد بالبحث عن القانون المناسب والعادل والملائم لحكم العلاقة محل النزاع، بينما القواعد ذات التطبيق الضروري تهدف إلى تحقيق الأهداف التي شُرعت من أجلها، وهي المحافظة على الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فيتم تطبيقها بصورة مباشرة، فيكون القاضي الوطني قد حافظ على هذه الأهداف عند تطبيقها [3].

أتضح لنا فيما مضى أن القواعد ذات التطبيق الضروري تختلف عن قاعدة الإسناد من حيث أسلوب حل تنازع القوانين وطريقة تطبيقها و أن أهم ما يميز كلا المنهجين عن الأخر، فقاعدة الإسناد تتميز بالطبيعة المزدوجة، عكس القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ أنها تتصف بالطبيعة الانفرادية فهي تحدد نطاق اختصاص القانون الوطني فقط و لا شأن لها بالقانون الأجنبي، فإذا كان النزاع المطروح لا يدخل ضمن اختصاص القانون الوطني، فأنها لا تقوم بتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذا النزاع تاركة النزاع دون قانون يحكمه، وبالتالي نكون أمام فراغ تشريعي لا يتم سد هذا الفراغ إلا عن طريق قاعدة الإسناد و القاعدة ذات التطبيق الضروري تتميز عن قاعدة الإسناد بالتطبيق المباشر و بعد بيان الفرق بين كلا المنهجين لا بد من بيان طبيعة العلاقة بينهما والتي سنتناولها في الفرع الثالث.

---

(1)د.فؤاد عبد المنعم رياض، و د. سامية الراشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص 49.

(2) ينظر : نصوص المواد من (18_33) من القانون المدني العراقي، و ينظر إلى د. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص89.

(3) د. علي هادي الأسود،، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري ( قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص42.

## الفرع الثالث

## طبيعة العلاقة بين قاعدة الإسناد ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري

أختلف الفقه حول طبيعة العلاقة بين المنهجين، فظهر اتجاهين و كالآتي:

**الاتجاه الأول: علاقة تنافس:**

يرى البعض أن سبب وجود القواعد ذات التطبيق الضروري تعتبر كرد فعل طبيعي من دور وهيمنة منهج قاعدة الإسناد، و أن وجود قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري، يؤدي إلى استبعاد قواعد الإسناد من نطاق العلاقة محل النزاع، فهذه القواعد تتسم بالطابع الآمر فيكون تطبيقها ضروري على العلاقات التي تدخل ضمن نطاق اختصاصها، دون الحاجة إلى قاعدة الإسناد [1].

وأن القواعد ذات التطبيق الضروري تطبق وتعلو على أي قاعدة قانونية في العلاقات التي تدخل ضمن اختصاصها، فعندما يعرض نزاع على القاضي فيجب عليه أولًا الرجوع إلى قانونه الوطني، إذا وجد قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري تنطبق على النزاع المعروض عليه يتم تطبيقها بشكل مباشر، أما في حالة عدم وجود مثل هذه القاعدة، يلجأ القاضي إلى قاعدة الإسناد، أي يكون لقاعدة الإسناد دور احتياطي، و تكون الأولوية أو الصدارة للقواعد ذات التطبيق الضروري [2].

ولقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري وسيلة منافسة لقاعدة الإسناد، وذلك عندما قرروا " أن منهج قاعدة الإسناد يمكن في الواقع أن يختفي بفضل منهج قواعد البوليس" أو قواعد ذات التطبيق الضروري [3].

**الاتجاه الثاني: علاقة تكامل وتعايش بين المنهجين :**

يرفض الجانب الآخر من الفقه علاقة التنافس بين المنهجين، لأن ذلك يؤدي إلى الخلط بين عمليتين مستقلتين، الأولى تتمثل بتحديد القانون الواجب التطبيق، والثانية تتمثل في تطبيق هذا القانون، و في المرحلة الأولى تكون عملية ذهنية القاضي يقوم بتحديد نطاق تطبيق القاعدة

(1)د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص476، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص 360 -361.

(2)د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص84.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص300.

فتكون الأفضلية في تحديد النطاق للقواعد ذات التطبيق الضروري، ومن ثم تأخير فيما يتعلق بقاعدة الإسناد، أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية تتمثل بالتعايش بين المنهجين لكل منهج له نطاق تطبيقه[1].

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العلاقة بين كلا المنهجين علاقة تعايش و بالخصوص في الجانب العملي، فتطبيق أحد القواعد ذات التطبيق الضروري مثلًا على بعض جوانب العقد الدولي، لا يعني أن القاضي لا يلجأ إلى قواعد الإسناد و لا يطبق قانون الإرادة، فهذا غير متصور، فتطبق قاعدة الإسناد بجانب القواعد ذات التطبيق الضروري [2]، وهذا يعكس التعايش و التكامل بين المنهجين.

فالقواعد ذات التطبيق الضروري لا يتم تطبيقها، إلا فيما يتطلبه مضمونها و الغاية التي تسعى من أجل تحقيقها، وعلى سبيل المثال إذ قد تحدد القواعد ذات التطبيق الضروري سعرًا كحد أقصى للفائدة في عقد قرض مثلًا (10%) فيتم تطبيقها على جميع العقود في إقليم الدولة التي تنتمي إليها هذه القاعدة، وقد يكون سعر الفائدة (15%) بمقتضى القانون الواجب التطبيق الذي تم تحديده بموجب قاعدة الإسناد، نتيجة لذلك يبطل الشرط العقدي الذي يحتوي على سعر للفائدة بمقدار(12%)، لأنه قد تجاوز الحد الأقصى المحدد وفق القواعد ذات التطبيق الضروري، على الرغم من أن سعر الفائدة غير مخالف لقانون العقد، أما إذا كان سعر الفائدة المحدد في قانون العقد أقل من السعر المحدد وفق القواعد ذات التطبيق الضروري، مثالًا إذا كان محدداً وفق قانون العقد (8%) ومحدد وفق شرط العقد (10%) مثلًا فهذا الشرط يبطل لان مخالف لقانون العقد حتى و أن كان غير مخالف لقواعد ذات التطبيق الضروري[3].

و أن التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري لا يجعل قاعدة الإسناد جانبًا، فهذه القواعد لا تحكم العلاقة محل النزاع بصورة كاملة، لأن هذه القواعد تحكم فقط المسائل الداخلة ضمن أطار تطبيقها المكاني و تبعًا لإرادتها في الانطباق[4]،فقاعدة الإسناد ينبغي أن تبقى الأصل في الأعمال، والتي تؤكد على التعايش بين الأنظمة القانونية و اختيار أفضل و أنسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقات ذات الطبيعة الدولية، ففي الوضع الحالي وفي ظل غياب

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، مصدر سابق، 89.
(2)د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، مصدر سابق، ص477.
(3)د.خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص170.
(4)د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي، مصدر سابق،ص106.

المشرع الدولي، والقواعد الموضوعية يسعى منهج قاعدة الإسناد إلى تنظيم هذه العلاقات، و أيجاد حلولًا عامة وعالمية و تسوية مقبولة للمشكلات التي تحدث في الحياة الدولية للأفراد [1].

أن للقواعد ذات التطبيق الضروري ثلاثة مصادر واختلاف هذه المصادر يؤثر في تطبيق هذه القواعد، المصدر الأول : هو المصدر الوطني، أي صادرة من المشرع الوطني، وهذا النوع من القواعد يجب على القاضي تطبيقها تنفيذًا لأوامر المشرع، المصدر الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري التابعة للقانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، القاضي الوطني يمكن له أن يطبق هذه القواعد، المصدر ثالث: هو القواعد ذات التطبيق الضروري تابعة إلى قانون دولة ثالثة يكون لها ارتباط وثيق بالعلاقة محل النزاع، على الرغم من أن قواعد الإسناد لم ترشد إليها، يبرز دور القاضي في هذه الحالة في أعمال هذه القواعد، فإذا كانت هذه القواعد ذات غاية اجتماعية واقتصادية ويوجد صلة وثيقة بين نطاق تطبيقها ومضمونها وأهدافها، مما يستوجب تطبيقها على بعض جوانب هذه العلاقة، وهنا يكون تطبيق هذه القواعد جزئي وهذا يوضح علاقة التعايش و التكامل بين المنهجين [2].

أصبح التعايش بين منهجي القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد حقيقة تؤكدها المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص والتي يلتزم القضاء بأعمالها وتطبيقًا لها المادة (24) من القانون المدني المصري [3]،و المادة(30) من القانون المدني العراقي [4].

أن قاعدة الإسناد لا تهتم بالحل النهائي للنزاع أو نتيجته، فالقاضي لا يعرف الحل في القانون الواجب التطبيق المسند له الاختصاص، إذ قد تتعارض أحكامه مع الأسس و المبادئ السياسية والاقتصادية و الاجتماعية لدولة القاضي، وهذا يتطلب البحث عن آلية أو طريقة أمنة عند تطبيق القانون الأجنبي المسند له الاختصاص[5].

و تتمثل هذه الطريقة بالقواعد ذات التطبيق الضروري الذي من خلالها يتم حماية هذه الأسس الضرورية لحماية المجتمع الوطني، وهذا يعكس أهمية التعايش و التكامل بين المنهجين،

---

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق،ص262.
(2)د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق،ص769.
(3)د.يوسف صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص86.
(4) نصت المادة (30) من القانون المدني العراقي على أن" يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا " تقابلها المادة (24) من القانون المدني المصري نصت على أن" تتبع فيما لم يرد نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

(5)د.علي هادي الأسود،، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري ( قواعد البوليس و الأمن) و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص39.

إذ لولا وجود القواعد ذات التطبيق الضروري، لأدى ذلك إلى انتهاك هذه الأسس أو المبادئ بسبب تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد، و كما أوضحت سابقًا بأن القواعد ذات التطبيق الضروري تتصف بالطبيعة الانفرادية وهذا يؤدي إلى فراغ تشريعي ولا يتم سد هذا الفراغ ألا عن طريق قاعدة الإسناد وهذا يعكس علاقة التعايش و التكامل بين كلا المنهجين، إذ لولا هذه العلاقة لترك النزاع دون قانون يحكمه وهذا أيضًا يعكس مدى مواكبة قاعدة الإسناد لمتطلبات الواقع بعيدًا عن قيود النص من حيث مسايرتها للتطورات التي تحدث في المجالات الاقتصادية والاجتماعية و السياسية كافة عن طريق المناهج المعاونة.

# الفصل الثاني

# الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع من خلال التشريع

# الفصل الثاني

## الموازنة بين قيود النص القانوني و متطلبات الواقع من خلال التشريع

أن القانون الدولي الخاص يرتبط بالعلاقات الدولية فهو يتسم بالتغيير والتطور المستمر وفقًا لمتطلبات الواقع، وأن التطور الحاصل في العلاقات ذات الطبيعة الدولية يتطلب مرونة في قواعد الإسناد من أجل مواكبة التطور الحاصل في النواحي السياسية و الاقتصادية والاجتماعية وهذا يتطلب تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، ويتم ذلك عن طريق أتاحه السلطة التقديرية للقاضي عند تطبيق النصوص القانونية وذلك عن طريق صياغتها صياغة مرنة تمكنه من الاستجابة لمتطلبات الواقع،إذ لابد من صياغة النصوص المتعلقة بقواعد القانون الدولي الخاص و بالخصوص القواعد المتعلقة بقاعدة الإسناد بشكل يحقق هذه الموازنة ويعطي حرية للقاضي، لأن المشرع لا يستطيع أن يكون ملمًا بالتطورات التي تحصل في الواقع المعاصر.

فالصياغة التشريعية تعد مظهراً من مظاهر نمو العلاقات الدولية و أصلاحها و وسيلة مهمة لمواكبة التطورات التي تحصل في العالم، فالصياغة التشريعية الرصينة تتيح للقاضي حرية التقدير و المواءمة، في ظل عدم وجود سلطة عليا تنظم قواعد القانون الدولي الخاص.

وأن الصياغة التشريعية الرصينة للقواعد القانونية تساير متطلبات الواقع، فأن أي خطأ في صياغة النصوص القانونية يؤدي إلى حدوث خطأ قضائي، فالصياغة التشريعية ترتبط بشكل وثيق بالقضاء لأن القاضي هو المسؤول عن تطبيق وتفسير النصوص القانونية، فعندما يمنح المشرع للقاضي سلطة تقديرية ، من أجل الإحاطة بالمتغيرات التي لا يستطيع المشرع الإحاطة بها فهو يمنحه هذه السلطة من أجل مواجهة هذه التغيرات أو التطورات التي تحصل في الواقع،فعدم تقيده بالنصوص القانونية تمكنه من اختيار القانون المناسب و الملائم الذي يحقق العدالة المادية، فيظهر تساؤل كيف يجد القاضي الحل المناسب أو القانون المناسب للنزاع المعروض أمامه؟

من أجل الإجابة على كل التساؤلات فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين و كالأتي:

المبحث الأول: دور الصياغة التشريعية في تحقيق الموازنة.

المبحث الثاني: دور القضاء في تحقيق الموازنة.

## المبحث الأول

## دور الصياغة التشريعية في تحقيق الموازنة

يبرز تأثير الصياغة التشريعية في تحقيق الموازنة إذ يمكن تصنيف صياغة قواعد الإسناد إلى صياغة جامدة ومرنة وأن الجمود أو المرونة تختلف نسبتها من صياغة إلى أخرى وهذا يعطي أهمية كبيرة في تحقيق الموازنة، وجعل النص القانوني ينسجم مع متطلبات الواقع،فما هو أسلوب الصياغة الذي يفترض أن تصاغ فيها قاعدة الإسناد بحيث تكون قادرة على مواكبة متطلبات الواقع؟

للإجابة على هذا السؤال فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين و كالأتي:

المطلب الأول : صور الصياغة التشريعية.

المطلب الثاني: تأثير طبيعة الصياغة في تطبيق قاعدة الإسناد.

### المطلب الأول

### صور الصياغة التشريعية

أن معرفة طبيعة الصياغة التشريعية جامدة أو مرنة له أهمية كبيرة في تحقيق التوازن، فقد تصاغ بعض النصوص القانونية صياغة مرنة لكي تكون قابلة للتكيف تبعًا للظروف والوقائع وقد تكون قابلة للانسجام مع التطور الحاصل في الحياة الاجتماعية والقانونية وتطوراتها الآنية والمستقبلية، وهذه الصياغة قد تكون جامدة إذا تطلبت عوامل الثبات و الاستقرار الاجتماعي، وتسمى بالصياغة الجامدة، وقد تكون مرنة إذا كان لها القابلية على مواكبة التطورات والأفكار الاجتماعية المعاصرة، وتسمى بالصياغة المرنة، ولمعرفة صور الصياغة التشريعية نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: الصياغة الجامدة و نتناول في الفرع الثاني: الصياغة المرنة.

#### الفرع الأول

#### الصياغة الجامدة

تكون الصياغة التشريعية جامدة عندما تعطي حلاً معيناً لمسألة معينة لا يتغير مهما كانت الظروف و يتقيد به القاضي دون أن تكون له سلطة تقديرية، الصياغة الجامدة تعبر عن مضمون

النص القانوني بطريقة محكمة (فرضًا و حكمًا )[1]، تصاغ عبارتها بشكل لا يحتمل التأويل أو التفسير أو التغيير بأي ظرف، وتعطي حلًا جامدًا وثابتًا وحاسمًا وصريحًا لا يتغير بتغير الظروف ولا مجال للتقدير فلا تترك للقاضي أدنى سلطة تقديرية عند تطبيق النصوص القانونية أو عند تحديد الحل، إذ يجد القاضي نفسه مضطرًا لتطبيق الحكم بمجرد توافر شروط انطباقها[2]، فيكون حكمها ثابتًا في المسائل التي يتوافر فيها الشروط المحددة في النصوص القانونية، بغض النظر عن اختلاف الظروف التي تحيط بكل حالة، فيكون دور القاضي منحصر على مجرد التثبت من توافر الشروط المحددة في النص القانوني[3]، ويكون الحل فيها محدداً بشكل دقيق بحيث لا يملك من يقوم بتطبيق نصوص القاعدة الجامدة أي سلطة تقديرية في تطبيق النص أو من حيث الحل الذي يترتب عند تطبيقها[4].

ومن أساليب الصياغة الجامدة يستلزم المشرع عند صياغة النصوص التشريعية استيفاء مظهر معين أي أن المشرع يعلق حكم القاعدة القانونية على شروط معينة، إذ يجرد القاضي من أدنى سلطة تقديرية إلا في حدود الشروط التي يضعها المشرع في صياغة النص التشريعي[5] ،و مثالًا عليها نص المادة (18)من القانون المدني العراقي و التي نصت على أن"1– الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. 2– ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية" وتقابلها المادة (١/١١) من القانون المدني المصري[6]، فالأجنبي الناقص الأهلية اعتبره المشرع العراقي كامل الأهلية بشرط أن يكون نقص أهليته يعود لسبب خفي لا يعلمه الطرف الآخر بحيث يصعب عليه كشفه وأن يكون التصرف المالي تم عقده في

---

(1) د. نواف حازم خالد، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 8، العدد 29، 2016، ص25.

(2)هيثم الفقهي، الصياغة القانونية، بحث منشور على موقع منتدى الدكتورة شيماء عطا الله متاح بالرابط: http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=404 تاريخ الزيارة 31\1\2032 .

(3) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية( النظرية العامة للقانون)، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 182.

(4)ينظر:د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف، الإسكندرية،1973 ، ص 47،48وما بعدها. ود.همام محمد محمود ود.محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون ونظرية القانون ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص83.

(5) و للمزيد من المعلومات حول أساليب الصياغة الجامدة ينظر: د.شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية،1968، ص154. ود.عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،ج1 ، مطبوعات جامعة الكويت،1972، ص415.

(6) نصت المادة(1\11) من القانون المدني المصري على أن"1) الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وترتب=

العراق[1]، ويتضح من النص أن المشرع العراقي قد علق حكم هذه القاعدة على توافر شروط معينة وهي أن يكون نقص أهليته يرجع إلى السبب الخفي و عقد التصرفات المالية في العراق واستبعدت سلطة القاضي التقديرية إلا في حدود توافر هذه الشروط.

والصياغة الجامدة تؤدي بالنتيجة إلى حرمان القاضي من إمكانية تقدير تطبيق القاعدة القانونية دون أن يميز بين حالة وأخرى إذ يجد القاضي نفسه مقيدًا ومضطرا لتطبيق الحكم أو الحل بمجرد توافر الفرضية بطريقة آلية[2]، من الأمثلة على ذلك قواعد الإسناد الخاصة لخضوع العقار لمحل موقعة و كذلك مكان ارتكاب الحادث، ما جاء في المادة 43 من قانون حماية في ألمانيا (القانون التمهيدي للقانون المدني الألماني) الذي يخضع العقار إلى قانون موقع الملكية،أي أنه يخضع سند الملكية بشكل عام لأحكام هذا القانون،و منها فيما يتعلق بالحقوق العينية المحدودة (مثل الرهون العقارية والتعهدات) فإن قانون الموقع قابل للتطبيق أيضًا على كل من الأشياء الثابتة والمتحركة[3]، وكذلك ما جاء في نص المادة(2\25) من القانون المدني العراقي"قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه"[4]، وفقًا لهذه المادة العقار يخضع لقانون موقعة بحكم ثباته و لا يكون للقاضي أي سلطة تقديرية فهذا النص جامد لا يعطي للقاضي الحرية في التقدير، وأيضًا نص المادة (2\19) والتي نصت على أن" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" وتقابلها المادة (1\13) من القانون المدني المصري و التي نصت بذات المضمون[5].

عند التمعن بهذه النصوص نجد المشرع العراقي قد صاغ هذه النصوص صياغة جامدة، إذ أخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج و لم يتح للقاضي أدني سلطة تقديرية في اختيار القانون المناسب والملائم و الذي يحقق العدالة المادية، وأيضًا هنالك الكثير من النصوص والتي سنتناولها في تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قاعدة الإسناد في المطلب الثاني .

---

=آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى السبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

(1)مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، مطبعة الجامعة بغداد، ١٩٧٢، ص٢٩٠.

(2) ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة و أثرها على الإصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد الثاني، الجزء الأول، السنة الخامسة، 2017 ص392 و ما بعدها.

(3) د. ريكتسانوالت كلاوس غوربيل، القانون الدولي الخاص الألماني، ط1، لسنة 2010.

(4) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

(5) نصت المادة (1\13) من القانون المدني المصري على أن " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

فالصياغة التشريعية الجامدة تتميز بأنها توفر الصياغة الجامدة السهولة في التطبيق وتحقيق الاستقرار الاجتماعي، حيث أنها لا مجال للشك حول كيفية تطبيق النصوص القانونية[1]، و كما أنها توفر استقرار المعاملات، إذ أنها تمكن الأطراف من معرفة مراكزهم القانونية، فيستطيع منذ البداية أن يرتب سلوكه على أساس مركزه.[2]

بالرغم من هذه المميزات لكن كلما ازدادت القاعدة القانونية جمودًا كلما كانت بعيدة عن مواكبة التطورات والمستجدات وتنوع الحياة، وأيضًا معاملة المواقف وفق قاعدة قانونية واحدة وتجريدها من الظروف المحيطة بها يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة[3].

وأن مدى التوفيق في اختيار الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية يعتمد على تحقيق التوازن بين المزايا و العيوب أو الأضرار التي تحقق هذه الصياغة[4].

الصياغة التشريعية الجامدة تجعل القاضي مقيدًا بالنص القانوني فيكون ملزمًا بتطبيق الحكم دون أن تتيح له أي سلطة تقديرية، إذ تقف الصياغة التشريعية عند تحقيق العدالة الشكلية أي العدل المجرد الذي يقوم على حل واحد وثابت يسري على جميع المسائل التي تتوافر فيها الشروط المحددة دون أن يأخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بكل حالة، أو التغيرات التي تحصل بالواقع فقد تستجد الكثير من التغيرات في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية فلا تستطيع النصوص ذات الصياغة الجامدة مجاراة هذه التغيرات ألا في حالة إتاحة السلطة التقديرية للقاضي في اختيار القانون المناسب و الملائم و الذي يحقق العدل الواقعي أي العدالة المادية.

فيمكن أجمال عيوب الصياغة الجامدة بما يأتي:

1- الصياغة الجامدة لا تواكب متطلبات الواقع
2- تجعل القاضي مقيدًا بالنص القانوني ولا تتيح له أي سلطة تقديرية
3- تحدد حكماً واحدًا ثابتًا جامًد ينطبق على الواقعة بغض النظر عن ظروف كل واقعة أو حالة، فتؤدي إلى تحقيق العدالة الشكلية.

ومثال على ذلك قواعد الإسناد المتعلقة بخضوع الفعل غير المشروع لقانون الدولة التي وقع فيه المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي وتطبيقًا على ذلك اعتداء أحد الطلبة على

(1)د.همام محمد محمود، ود.محمد حسين منصور،المدخل إلى القانون ونظرية القانون، مصدر سابق، ص83.
(2) مهند جاسم محمد العيساوي، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، ط1، 2022، ص56.
(3) مهند جاسم محمد العيساوي، الصياغة التشريعية بين لغة القانون و قانون اللغة، مصدر سابق، ص57.
(4)د.مصطفى محمد الجمال، د. وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 73.

زميلهم في أحد المخيمات المتعلقة بمعسكر للطلاب الأمريكيين والمقيم في كندا في مكان منعزل فأصابه بضرر ومن خلال تحليل الظروف الواقعة وعناصرها تبين أن الضرر والخطأ قد وقع على الإقليم الكندي وهذا كلما يربط دولة كندا بالواقعة لكن لوحللنا الواقعة لوجدناها وثيقة الصلة بالقانون الأمريكي لكون الطلاب من الأمريكيين والمشرفين والمنظمين وكذلك نقل المضرور إلى المستشفى بأمريكا وتم رفع الدعوى فيها فمن غير معقول أن نتمسك بالقانون المحلي إي القانون الكندي بمجرد وقوع الحادثة على إقليمها وأن مصالح الأطراف تتركز في دولة أخرى تعتبر الأكثر صلة بالنزاع[1] ،لو افترضنا أن الطلبة هم عراقيين والخطأ وقع على الأقليم الكندي بصوره عرضيه ورفعت الدعوى في العراق فحسب المادة (27) يطبق القانون الكندي بأعتباره قانون محل وقوع الفعل غير المشروع ولأن نص المادة 27من النصوص الجامدة والتي تعطي حلًا واحدًا ثابتًا بغض النظرعن ظروف كل واقعة وهذا يؤدي إلى تحقيق العدالة الشكلية بدلًا عن العدالة المادية.

## الفرع الثاني

## الصياغة المرنة

تكون الصياغة التشريعية مرنة عندما يكون للقاضي معيارًا مرنًا يستهدي به عند تطبيق النص القانوني أو عند وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة وفقًا للظروف المحيطة بكل حالة، ويتم ذلك من خلال التعبير عن مضمون النص القانوني بصورة معيارية تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق النص القانوني المرن استجابة لمتطلبات الواقع وتحقيقًا للعدالة، إذ تقتصر هذه الصياغة على وضع معيار معين يترك للقاضي سلطة تطبيقه على الحالات المختلفة، فيختلف الحكم من حالة إلى أخرى تبعًا للظروف المحيطة بكل حالة، أي يتم التعبير عن مضمون النص القانوني بطريقة معيارية تعطي مجالًا لسلطة القاضي التقديرية عند تطبيقها لمراعاة الظروف الفردية التي قد تحدث في الواقع[2].

للصياغة المرنة أهمية تتمثل في مساعدة القضاء على وضع حل لكل حالة على حدة، وأيضًا تواكب التطورات التي تحصل في الحياة الواقعية لم تكن متوقعة وقت تشريع القانون المعني، كما أنها تعتبر وسيلة لتحقيق العدالة المادية[3].

---

(1)للمزيد من التفاصيل ينظر إلى حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 15 وما بعدها.

(2)د.همام محمد محمود، المدخل إلى القانون(نظرية القانون)، مصدر سابق، ص165.

(3) مهند جاسم محمد العيساوي، مصدر سابق، ص59 .

الكثير من القوانين تلجأ للصياغة المرنة من أجل معالجة انسجام النص القانوني مع الواقع فصياغة النص القانوني بصورة مرنة يمكن أن يشمل الكثير من المجالات وبذلك تنسجم مع التطورات و تستجيب لمتطلبات الواقع، ومن الأمثلة على ذلك نص المادة (٣٣) بفقرتها الأولى من القانون المدني العراقي، إذ أعطى المشرع العراقي للمحكمة سلطة تقديرية واسعة بأختيار القانون الواجب التطبيق والملائم في حالة الأشخاص الذين لا يتمتعون بأي جنسية أو الأشخاص الذين تثبت لهم في آن واحد أكثر من جنسية[1]وكذلك ما يتعلق بالألتزامات التعاقدية أي المتعلقة بالعقود تكون أكثر مرونة من أجل توفير الأطمئنان والثقة للأشخاص بقدرتهم على الارتباط بعلاقات خارج نطاق دولتهم و لسهولة معرفتهم بالشكل المطلوب في قانون محل أنعقاد العقد أكثر من أي قانون أخر.

فمن التشريعات التي أخذت بالصياغة المرنة القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 فأغلب القواعد القانونية لهذا القانون قد صيغت صياغة مرنة فنقتصر على ذكر أحد هذه القواعد ونتناول البعض منها في المطلب الثاني من هذا الفصل، ومنها ما نصت عليها المادة (14) المتعلقة بآثار الزواج، إذ أشارت على أن" أولًا-....تخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، بشرط أن يكون هذا القانون واحدًا مما يلي:

1- قانون الدولة التي يكون فيها للزوجان، في الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون الواجب التطبيق، محل إقامتهما المعتاد.

2- قانون الدولة التي حصل فيها الزوجان على الإقامة المعتادة أخيرًا أثناء الزواج، إذا كان أحدهما لا يزال يقيم هناك في الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون الواجب التطبيق

3 - بغض النظر عن أحكام المادة 5 الفقرة 1، قانون الدولة التي يكون أحد الزوجين من رعاياها في الوقت الذي يتم فيه اختيار القانون المعمول به، يجب أن يكون اختيار القانون مصدقا عليه من كاتب العدل، إذا لم يتم إجراؤها داخل البلد، يكفي إذا تمت مراعاة المتطلبات الرسمية لعقد الزواج بموجب القانون المختار أو المكان الذي يتم فيه اختيار القانون.

ثانيًا- إذا لم يتفق الزوجان على تعيين القانون المعمول به فيكون أما:

1- قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين بشكل اعتيادي وخلاف ذلك يطبق،2- قانون الدولة التي حصل فيها الزوجان على الإقامة المعتادة أخيرًا أثناء الزواج، إذا كان أحدهما لا يزال

(1)نصت المادة (1/33) من القانون المدني العراقي على أن "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين. لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".

يقيم هناك وإلا،3-قانون الدولة التي يكون الزوجان من رعاياها ، وإلا،4-قانون الدولة الأوثق صلة والتي يرتبط بها الزوجان"[1]، ويتضح بأن القانون الدولي الخاص الألماني جعل اختيار القانون الذي ينطبق على آثار الزواج أحد القوانين أما أن يكون قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجان أو قانون الدولة التي حصل بها الزوجان الإقامة المعتادة، أذا لم يتفق الزوجان على قانون معين فيكون للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم و الذي يراعي مصلحة الطرفين ويحقق العدالة المادية أو العدل الواقعي، من خلال السماح له باختيار القانون الذي يرتبط بصلة أوثق بالعلاقة محل النزاع .

أما بالنسبة لموقف اللوائح الأوربية: فقد ورد فيها الكثير من القواعد القانونية المرنة، ومنها ما جاء في اللائحة الأوربية (المسماة بروما الثانية رقم 2007\864) الخاصة بالألتزامات غير التعاقدية و التي نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة على أنه"إذا كان واضحًا من ظروف الواقعة، (مسؤولية أو جنحة) بأنها مرتبطة بشكل وثيق مع دولة أخرى غير التي تم تحديدها في الفقرة(1و 2) فأن قانون هذا الدولة هو الذي يكون الواجب التطبيق، وأن هذا الارتباط الوثيق مع هذه الدولة الأخرى قد يؤسس بصورة خاصة على العلاقة السابقة بين الطرفين مثل عقد ذات صلة بالواقعة"[2]، فقد أتاحت للقاضي سلطة تقديرية في أختيار القانون المناسب و الملائم عن طريق

---

(1)نصت المادة (14) من القانون الدولي الخاص الألماني على أن

"(1)Insofar as the general effects of the marriage do not fall within the scope of application of Regulation (EU) 2016/1103، they are governed by the law chosen by the spouses ، provided that that law is one of the following :

1) the law of the State in which both spouses have، at the time when the choice of the applicable law is made، their habitual residence ،

2) the law of the State in which both spouses have had their habitual residence lastly during the marriage، if one of them still has his or her habitual residence there at the time when the choice of the applicable law is made، or

3) without regard to the provisions of Article 5 paragraph 1، the law of the State of which one of the spouses is a national at the time when the choice of the applicable law is made .

The choice of law must be notarially certified. If it is not performed within the country، it is sufficient if the formal requirements of a marriage contract under the law chosen or of the place where the choice of law is made are observed .

(2)If the spouses have not agreed to designate the applicable law

1) the law of the State in which both spouses have their habitual residence; otherwise

2) the law of the State in which both spouses have had their habitual residence lastly during the marriage، if one of them still has his or her habitual residence there، otherwise ،

3)otherwise ،the law of the State of which both spouses are nationals،

4)the law of the state with which both spouses are jointly most closely connected

(2) نصت المادة الرابعة من اللائحة روما الثانية على أن:

اختيار قانون الدولة التي تتصل بها العلاقة محل النزاع بصلة وثيقة وهذا الحكم ينسجم مع متطلبات الواقع و يحقق مصالح الأطراف ويؤدي إلى تحقيق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، وكما أخذت اللائحة الأوربية (روما الأولى لسنة 2008) المتعلقة بالالتزامات التعاقدية بالصياغة المرنة فنصت على أن" تكون حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أحد الأركان الأساسية لنظام قواعد تنازع القوانين في مسائل الالتزامات التعاقدية"[1]، إذ أعطت للأطراف الحرية في أختيار القانون المناسب و الملائم وهذا يؤدي إلى حماية التوقعات المشروعة للأطراف ويحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية القانون و يواكب متطلبات الواقع.

أما بالنسبة لموقف القانون العراقي و المصري من الصياغة المرنة، حيث أخذ القانون العراقي بالصياغة المرنة في بعض نصوصه، ومنها ما ورد في القانون المدني العراقي على أن"...،أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو بين أجنبي وعراقي وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"[2]، فالمشرع العراقي صاغ هذه القاعدة صياغة مرنة، فأخضع الشروط الشكلية لأكثر من قانون و أتاح للقاضي الأختيار للقانون الملائم و الذي يُراعي مصلحة الأطراف و يحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

أما موقف المشرع المصري أيضًا فقد أخذ بالصياغة المرنة في تنظيم العقد إذ ورد في القانون المدني المصري على أنه " العقود مابين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع

---

1. Unless otherwise provided for in this Regulation، the law applicable to a noncontractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur. 2. However، where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs، the law of that country shall apply. 3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2، the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre)existing relationship between the parties، such as a contract، that is closely connected with the tort/delict in question. .

(1) نصت المادة(11) من اللائحة الأوربية على ما يأتي:

"The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict)of)law rules in matters of contractual obligations.".

(2) المادة (19\1) من القانون المدني العراقي رقم( 40 )لسنة 1951 المعدل.

لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"[1]، يتضح من هذا النص بأنه أتاح للقاضي سلطة تقدير باختيار القانون المناسب ليحكم العقد .

أهم ما تتميز به الصياغة المرنة ما يأتي:

1- تترك الصياغة المرنة مجالًا واسعا لأستجابة القاعدة القانونية لمتطلبات الواقع فهي لا تقيد القاضي مثل الصياغة الجامدة، إذ أنها تجعل من الصياغة التشريعية ذات معيار عام يتضمن فروض معينة وحلول متعددة، فتعد الصياغة المرنة ذات طابع معياري يعطي حكما أو حلًا واسعاً عند تطبيق القاعدة القانونية إذ من خلالها يصدر القاضي أحكاماً مختلفة تبعًا لكل حالة وما يحيط فيها من ظروف وملابسات، بمعنى أنها تجعل النص القانوني يتمتع بنوع من المرونة، فهي قاعدة مرنة تستجيب لظروف الواقع المتغيرة عند التطبيق، لأنها تخاطب ظروف الواقع التي تتطلب غالبا المرونة حتى يكون لها حلًا معينًا، فهو معيار مطاط كما يصفه بعضهم [2].

2- تساهم في مواكبة التطور ومواجهة التغيرات التي تكشف عنها الحياة العملية من حالات لم يكن المشرع يتوقعها عند صياغة النص القانوني[3]، لأنها تقتصر على وضع فكرة في النص التشريعي تاركة تحديد ما يدخل فيها للسلطة القاضي التقديرية[4]، أي أنها تواكب متطلبات الواقع، إذ أنها تساير التغيرات التي تحدث في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية.

3- تساعد القضاء على وضع حكم لكل واقعة على حدة من خلال تحليل ظروف كل حالة أو واقعة و اختيار قانون مناسب و ملائم لها، فيؤدي إلى تحقيق العدالة المادية و التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

وأن كانت الصياغة المرنة تتميز بأنها صياغة تواكب متطلبات الواقع وتحقق العدالة المادية فلا يمكن للمشرع أن يأخذ بالصياغة المرنة في كل الحالات فهناك حالات لا يمكن إن تصاغ بالصياغة المرنة إنما تصاغ على وفق معيار الصياغة الجامدة مثال على ذلك المسائل التي تتعلق بسن الرشد والمسائل المتعلقة بالأموال و بالخصوص ما يتعلق بالعقارات، لأنها تعتبر جزءاً من إقليم الدولة، وغيرها من المسائل والتي لا يمكن أن تعطي السلطة تقديرية للقاضي في نطاق التفسير أو التطبيق، وعلى هذا الأساس فإنَ كلا الصياغتين لا يمكن أن نستغني عنهما عند تنظيم

(1)المادة (20) من القانون المدني المصري رقم( 131)، لسنة 1948 المعدل.
(2) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص44. ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص147،ود.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون (المدخل إلى القانون) نظرية الالتزام)، دار النهضة العربية, بيروت, 1995، ص47.
(3)د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية(تشريعًا وفقهًا وقضاءً)، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 1995، ص26.
(4)د.عصمت عبد المجيد، أصول التشريع ،بلا مكان طباعة،بغداد،1999،ص166.

وصياغة النصوص القانونية وإنما يقوم الصائغ التشريعي بالمفاضلة بينهما مما يحقق العدالة المادية و التي تعتبر غاية القاعدة القانونية[1].

على وفق ما تقدم إن الصياغة التشريعية الرصينة تتمثل بمهارات المشرع بالاختيار ما هو مناسب لكل قاعدة، ومن جانب أخر إن الصياغة المرنة تساعد على مواكبة التطور، ومواجهة الظروف المستجدة التي كانت غائبة عن نظر المشرع وقت صياغة النصوص القانونية، وقد يخشى البعض من هذا النوع من الصياغة خوفاً من تحكم القضاة، في استخدام سلطتهم التقديرية عند تطبيق المعيار المرن إلا إنها صياغة مرنة لا بد منها عند صياغة النصوص القانونية التي تتطلب أن تتغير بتغير الظروف مما يحقق الاستقرار والثبات و يحقق غاية القاعدة القانونية وهي تحقيق العدالة المادية.

تحقق الصياغة المرنة أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد فالمعايير التي تضمنتها الصياغة التشريعية تساعد على مواكبة الظروف المستحدثة التي كانت غائبة عن نظر المشرع، عند وضع النص القانوني[2]، فالصياغة المرنة تكون أفضل من الصياغة الجامدة، لأنها تواكب متطلبات الواقع المعاصر، لكن كلاهما يحقق وجهاً من العدالة فالصياغة الجامدة تحقق العدالة الشكلية من خلال المساواة النظرية وتوحيد الحكم المقرر للمسائل التي تتوافر فيها الشروط المعينة بالنص القانوني دون الأخذ بنظر الاعتبار بالظروف المحيطة بالواقعة.

وقد توجد صياغة أخرى تمزج بين الصياغة الجامدة و الصياغة المرنة، تسمى بالصياغة المختلطة، لأن مقتضيات مواكبة متطلبات الواقع يستلزم في بعض الأحيان الجمع بين معيار الجمود ومعيار المرونة لان طبيعة النص الذي يضعه المشرع تستلزم أن يجمع بين كلا الصياغتين من أجل الوصول للغاية التي يراد تحقيقها[3].

ولتحقيق هذه الغاية يمنح المشرع من خلالها للقاضي مجالاً للاجتهاد في النصوص التشريعية في الوقت ذاته تقيد سلطة القاضي، إذ يأخذ المشرع بهذه الصياغة في حالة تنظيم مسألة معينة بحيث تكون صياغة النص مرنة وفي الوقت ذاته تكون مقيدة لسلطة القاضي التقديرية على وفق معيار الجمود، إي تتراوح النصوص التشريعية بين التقدير والتقييد لسلطة القاضي،أي يضع

(1)د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1981، ص171. ود.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص187.
(2)د.مهند جاسم محمد العيساوي، الصياغة التشريعية بين لغة القانون و قانون اللغة، مصدر سابق، ص59.
(3)د.عبد القادر الشيخلي، مصدر سابق، ص27.

المشرع آليات تكون وسطا بين الجمود والمرونة، ويضع في إطارها ظروف الحياة المتغيرة على اختلاف بعضها عن بعض[1].

فهذه الصياغة تتضمن خيارات متعددة للقاضي تجعل من النص التشريعي مرن، ولكن في الوقت ذاته لا يستطيع القاضي الخروج عمّا هو محدد من خيارات داخل النص التشريعي كالالتزامات التعاقدية [2]، ومثالًا على ذلك ما ورد في القانون المدني العراقي والذي جاء فيه "يسري على الألتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا أخر يراد تطبيقه "[3] وكما ورد في القانون المدني المصري"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، وأن اختلفا موطنًا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يراد تطبيقه"[4]، يتضح من هذه النصوص أن قاعدة إسناد ذات صياغة مختلطة، لأنها تعطي للقاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون المناسب والملائم والذي يحقق العدالة المادية ويتناسب مع توقعات الأطراف، فتخضع العقد لقانون الإرادة وفي حالة عدم قيام الأطراف بتحديد القانون يتم خضوعه لقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين وفي حالة اختلاف الموطن يتم خضوعه لقانون الدولة التي تم فيها انعقاد العقد، إذ أورد المشرع العراقي ضابط إسناد أصلي متمثل بقانون الإرادة ضابط إسناد احتياطي و جاء على سبيل التدرج فيسري أولًا قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ويسري ثانيًا في حالة اختلاف الموطن لكل متعاقد يسري قانون محل انعقاد العقد.

و أن الأخذ بالصياغة المختلطة يؤدي إلى الحصول على مزايا الأسلوبين معًا أسلوب الصياغة الجامدة المتمثلة بحماية توقعات الأطراف وتحقيق الأمن القانوني و مزايا الصياغة المرنة المتمثلة تنوعها للحلول ومواكبتها لمتطلبات الواقع المعاصر[5].

(1)آمنة فارس حامد عبد الكريم العجرش ، معايير الصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2017، ص 43.
(2)د.حسن كيره، المدخل لدراسة القانون، ط5، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص187.
(3)المادة (25)من القانون المدني العراقي رقم (40 )لسنة 1951المعدل
(4)المادة (19) من القانون المدني المصري المعدل رقم( 131) لسنة 1948
(5) أميره حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية في قواعد تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، 2021، ص21.

## المطلب الثاني

## تأثير طبيعة الصياغة في تطبيق قواعد الإسناد

تختلف الصياغة التشريعية تبعًا للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي عند تطبيق القاعدة القانونية، فقد يكون للقاضي سلطة مقيدة، أي لا تكون له أدنى سلطة تقديرية، أو قد يمنح القاضي سلطة تقديرية عند تطبيق القاعدة القانونية من أجل تحقيق الموازنة بين قيد النص القانوني وبين مواكبة التطورات التي تحصل في الواقع المعاصر.

ونتيجة التطورات التي حصلت في المجتمع العراقي، يتطلب الواقع المعاصر على المشرع العراقي تعديل و تطوير قواعد الإسناد من خلال الصياغة التشريعية، وجعلها تنسجم مع متطلبات الواقع المتغير.

وإن الصياغة التشريعية سواء أكانت جامدة أم مرنة تؤثر تأثيرًا مباشرًا على تطوير قاعدة الإسناد،ولمعرفة مدى أهمية الصياغة التشريعية و تأثيرها في تطوير قاعدة الإسناد؟ سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالأتي:

الفرع الأول:تأثير الصياغة في نطاق التطبيق.

الفرع الثاني: تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد.

### الفرع الأول

### تأثير الصياغة في نطاق التطبيق

بما أن القانون هو علم تطبيقي وليس من العلوم النظرية وان أهميته تتوقف على مدى أمكانية تطبيقه، ولأنه يتكون من مجموعة من النصوص القانونية صيغت بصياغة قانونية معينة تظهر أهميتها أثناء نفاذ القانون وتطبيقه، فما هو أثر الصياغة التشريعية في نطاق تطبيق قاعدة الإسناد؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول عند صياغة النصوص القانونية بصياغة رصينة، تظهر لدينا نتائج ايجابية لمجالات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية كافة، توضح لنا تأثير تلك الصياغة في نطاق التطبيق، تؤدي الصياغة التشريعية إلى مواكبة متطلبات الواقع والتطور الحاصل في مجال الاقتصادي و الاجتماعي والسياسي من خلال منح السلطة التقديرية للقاضي بنصوص تشريعية مرنة، فالصياغة التشريعية المرنة تمكن القاضي من الاستجابة لمتغيرات

الظروف، وتسمح له بحرية التقدير وإمكانية المواءمة، فهي تقتصر على وضع الفكرة تاركة ما يدخل فيها لتقدير من يقوم على تطبيق النص التشريعي، فالصياغة المرنة تعبر عن حكم التشريع بعبارات واسعة المعنى [1].

ويظهر ذلك بأستخدام ضوابط الإسناد التخييرية وتطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة، فتطبيق ضوابط الإسناد التخييرية التي تتيح خيارات متعددة أمام القاضي لأختيار القانون الملائم لحكم العلاقة القانونية، و لقد بينا سابقًا في المبحث الأول من الفصل الأول بأن هنالك تطبيقات لأسلوب ضوابط الإسناد التخييرية، وأن أفضل ضوابط الإسناد التخييرية هي عندما يقوم المشرع بصياغة قاعدة الإسناد صياغة مرنة على نحو تتعدد فيه ضوابط الإسناد، وذلك بهدف التسهيل على الأطراف و أعطائهم فرصة لاختيار القانون المناسب و الملائم، فيكون تطبيق أحد هذه القوانين تطبيقًا اختياريًا و لا يتمتع بأي طابع ملزم[2]، إذ تكون ضوابط الإسناد على قدم المساواة فلا يوجد فرق بين ضابط و أخر من حيث القوة والفعالية، فتكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة باختيار القانون الملائم وتطبيقه على النزاع فيراعي الظروف وملابسات النزاع عند اختيار القانون، و بالتالي يحقق العدالة المادية ويعد هذا الأسلوب من أفضل الأساليب التي تظهر فيها بشكل واضح وصريح سلطة القاضي التقديرية وهو تمكنه من تحقيق الموازنة من خلال صياغة النص بأسلوب مرن فتجعله ينسجم مع متطلبات الواقع، ومثالًا على ذلك ما ورد بنص المادة (19\1) سالفة الذكر المتعلقة بالشروط الشكلية لصحة عقد الزواج و التي أشارت على أن شكل الزواج يخضع لقانون الدولة التي تم فيها انعقاد العقد، أو قانون الموطن المشترك للزوجين،أو قانون جنسيتهما المشتركة، وأيضًا ما ورد في المادة (20) من القانون المدني المصري، سالفة الذكر و التي أخضعت العقد في الشروط الشكلية لقانون محل انعقاد العقد و أخضعته في الشروط الموضوعية لقانون الموطن أو القانون الوطني المشترك للمتعاقدين .

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص الألماني شأنه شأن العديد من القوانين الحديثة أستخدم أسلوب ضوابط الإسناد التخييرية، أي التي تستخدم أكثر من ضابط إسناد على سبيل التخيير والتي تهدف إلى ضمان تحقيق أثر قانوني لصالح الأطراف[3]، كما في المادة(19) من القانون الدولي الخاص الألماني إذ نصت على"1- يخضع النسب الشرعي للقانون الذي يحكم الآثار العامة لزواج

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تأثير الصياغة التشريعية لقواعد تنازع القوانين بحث غير منشور، 2019، ص 28 و ما بعدها .

(2)د.عزيز إطويان، القانون الدولي الخاص القسم الثاني تنازع القوانين، بلا مكان نشر،2016 ، ص34.

(3)د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول) المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص185.

الأم وقت ميلاد الولد، و إذا كان الزوجان من رعايا دول مختلفة في تلك اللحظة يعتبر الطفل شرعيًا إذا اعتبر كذلك طبقًا لقانون إحدى تلك الدول، وإذا كان الزواج قد انحل قبل الميلاد فالعبرة بلحظة حل الزواج، فضلًا عن ذلك يمكن للولد إثبات نسبه الشرعي طبقًا لقانون محل أقامته العادية، 2- الروابط القانونية القائمة بين الوالدين و الأولاد تخضع للقانون الذي يحكم الآثار العامة للزواج، و إذا لم يكن الزواج قائمًا ينطبق قانون محل الإقامة العادية للولد"[1]، فأن الهدف المراد تحقيقه من صياغة التخييرية لهذه القاعدة هو تحقيق مصلحة الطفل و تمكينه من أثبات نسبه الواقعي، إذ إتاحت هذه القاعدة أكثر من ضابط إسناد من أجل أثبات نسب الطفل.

أما القانون المدني الفرنسي أيضًا أخذ بضوابط الإسناد التخييرية، إذ ورد في المادة(311\16) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على" أن الزواج يستتبع تصحيح النسب عندما تكون هذه النتيجة مقبولة أما بحسب القانون الذي يحكم مفاعيل الزواج، و أما بحسب القانون الشخصي لأحد الزوجين، وأما بحسب القانون الشخصي للولد، وذلك في اليوم الذي يكون الزواج قد أبرم .." وجاء في المادة (311\17)" أن الاعتراف بالأبوة أو بالأمومة يعد صحيحًا، إذا جرى وفقًا للقانون الشخصي لمن صدر عنه، أو للقانون الشخصي للطفل"[2]، فمحكمة النقض الفرنسية طبقت القانون الفرنسي باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة الطفل في أثبات نسب الطفلة المولودة في الجزائر لأم جزائرية و أب فرنسي في قضيه عرضت عليها عام 2006 تتلخص وقائعها بما يلي" بناءً على المادة (311\14) من القانون المدني الفرنسي و معها المادة (3) من ذات القانون، إذ إن البنوة خاضعة لقانون الأم يوم ولادة الطفل، و أن القانون الأجنبي الذي لا يسمح بإثبات البنوة الطبيعية يعد مخالفًا لمفهوم القانون الفرنسي للنظام العام الدولي، طالما إنه

---

(1) نصت المادة(19) من القانون الدولي الخاص الألماني مما يلي:

" 1) The descents of a child is governed by the law of the place where the child has his or her habitual residence. In relation to each parent the descent can also be determined by the law of the State of this parent's nationality. If the mother is married ، the descent can also be determined by the law that governs the general effects of the marriage under Article 14 paragraph 1 at the time of the birth of the child; if the marriage was dissolved before by death the relevant time is the time of dissolution.

2) If the parents are not married to each other the obligations of the father towards the mother because of the pregnancy are governed by the law of the State of the mother's habitual residence".

(2) تصحيح النسب يقصد به وسيلة قانونية من أجل تصحيح نسب الولد غير الشرعي ليصبح ولدًا شرعيًا، ففي فرنسا يتم التمييز بين الإقرار بالبنوة أو دعوى أثبات النسب خارج الزواج، والإقرار قبل الزواج أو بمناسبة الزواج بولادة الطفل، فالأول يجعل الولد له حقوقًا في القانون الفرنسي، والثاني يجعله شرعيًا تبعًا إلى الزواج لجديد، ينظر: د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص( في أوربا و مصر)، مطبعة السعادة، 1927، ص525.

يستوجب حرمان طفل فرنسي الجنسية أو مقيم عادة في فرنسا من حق إثبات بنوته، وحيث إن السيدة(س) الجزائرية الجنسية قد أنجبت بتاريخ 3 مايو 2001 في الجزائر طفلة أسمها (ليان مريم) و أنها بصفتها الممثلة الشرعية لأبنتها التي تسكن معها في الجزائر، استدعيت بتاريخ31 يوليو 2002 السيد (س) أمام القضاء الفرنسي بحثًا عن الأبوة الطبيعية، إذ أن القرار لأزاحة القانون الجزائري الذي لا يعرف سوى إثبات البنوة الشرعية، و التزامًا بمبدأ المساواة بين الأولاد الشرعيين و الطبيعيين في القانون الفرنسي يجعل القانون الجزائري مخالفًا للنظام العام الفرنسي" [1]، إذ أن المحكمة طبقت القانون الفرنسي من أجل رعاية مصلحة الطفلة في أثبات نسبها إذ أنها استبعدت القانون الجزائري الذي لا يعترف لها بهذا الحق بالرغم من أن قاعدة الإسناد الفرنسية أشارت إلى تطبيق القانون الجزائري باعتباره قانون الأم لحظة الولادة وكون الأم معروفة وليست مجهولة، فقاعدة الإسناد الفرنسية تطبق القانون الفرنسي باعتباره القانون الشخصي للطفل في حالة إذا كانت الأم مجهولة، لكن المحكمة طبقت القانون الفرنسي بشكل مباشر، من أجل تحقيق مصلحة الطفل وبالتالي تحقق العدالة المادية فالقانون الفرنسي أتاح للقاضي سلطة تقديرية واسعة من خلال صياغة هذه القاعدة صياغة مرنة تمكنه من اختيار القانون الملائم الذي يحقق أهداف قاعدة الإسناد.

أما تطبيق القانون الأوثق صلة بالعلاقة يتح للقاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من اختيار القانون الملائم للنزاع، ويتم ذلك عن طريق صياغة النص القانوني صياغة مرنة تتيح للقاضي مكانية مواءمة النص القانوني عند تطبيقه على النزاع، وتطبيقًا لذلك قرار محكمة الاستئناف الألمانية عام 1989 وتتلخص وقائع هذا الحكم شخص ألماني الجنسية يقيم في أستراليا، وخلال وجوده في ألمانيا قام بدهس شخص أسترالي دخل إلى ألمانيا مع عائلته لغرض السياحة، قدمت زوجة المجنى عليه دعوى أمام المحاكم الألمانية لغرض المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة وفاة زوجها، وفق قواعد الإسناد فيكون القانون الألماني هو الواجب التطبيق في هذه القضية وتبعًا للقواعد العامة التي تقضي بتطبيق قانون محل وقوع الضرر، أو القانون الأسترالي لأنه قانون جنسية المجنى عليه، استنادًا لنص المادة (41) من القانون الدولي الخاص الألماني، والتي أشارت إلى تطبيق القانون الأوثق صلة والذي يراعي مصلحة الأطراف، فطبق القاضي الألماني القانون الأسترالي باعتباره قانون جنسية الشخص المضرور وأستبعد القانون الألماني باعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار، لأن القاضي وجد أن القانون الألماني لا يعوض

(1) أسيل عبد الكريم الخواجة، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة مقدمة إلى جامعة بابل كلية القانون، 2017، ص45.

عن الضرر المعنوي و أنما فقط يعوض عن الضرر المادي، و كما أن وجود المتضرر في ألمانيا بصورة عرضية، بينما القانون الأسترالي يعوض عن الضرر المادي و المعنوي وهو أكثر عدالة للمضرور، وأيضًا وجد القاضي بأن الزوجة و الزوج المجنى عليه و المدعى عليه مقيمين في أستراليا، لذلك طبقت المحكمة القانون الأسترالي بدلًا من القانون الألماني وفقًا لنص المادة (41) من القانون المدني الألماني[1]، فعطلت المحكمة العمل بنص المادة(40) من القانون المدني الألماني[2].

وفي قضية أخرى، الحكم الصادر من المحكمة العليا الألمانية في 9إبريل لعام 1972، طلق شخص إسباني يدين بالدين المسيحي تبعًا للمذهب الكاثوليكي من زوجته الألمانية بموجب حكم صادر من القضاء الألماني، وبعد ذلك أراد أن يتزوج من امرأة أخرى ألمانية غير متزوجة مسبقًا،فقدم طلب من أجل إعفاءة من تقديم شهادة صلاحية من أجل الزواج إلى رئيس محكمة استئناف(KARLSRUHE) ، ولكن رفض هذا الطلب، فتم الطعن به من قبل الأطراف الراغبة بالزواج أمام محكمة استئناف(KARLSRUHE)، فأحالت هذه المحكمة الموضوع إلى محكمة النقض الألمانية، استنادًا لنصوص القانون الألماني المنظم للمحكمة الدستورية، إذ قضت محكمة النقض أن المسائل المتعلقة بالزواج يتم خضوعها إلى القانون الواجب التطبيق على أهلية الزوج فيكون تبعًا لنص الماد (1/13) من القانون الدولي الخاص الألماني، فيكون القانون الأسباني هو الواجب التطبيق، و بما أن القانون الأسباني لا يعترف بالطلاق إذ استحالة إنهاء الرابطة الزوجية ألا بالموت، و بالتالي القانون الأسباني لا يعترف بالأحكام الصادرة من القضاء الألماني، فأخذت المحكمة العليا الألمانية بالقانون الأوثق صلة بالعلاقة وظهر لهذه المحكمة أن العلاقة متصلة اتصالًا وثيقًا بالنظام الألماني وليس النظام الأسباني، لأن الأسباني قد تزوج مسبقًا بألمانيا ومن امرأة ألمانية و تم الطلاق أيضًا بموجب حكم صادر من القضاء الألماني، و كما أنه مقيم في ألمانيا

(1) نصت المادة (41) على ما يأتي:
(1)"there is a substantially closer connection with the law of a State other than that applicable under articles 38 to 40 paragraph 2، then the law of that other State shall apply.
2)A substantially closer connection may be based in particular
1.on a special legal or factual relationship between the persons involved in connection with the obligation or
2.in the cases of Article 38 paragraphs 2 and 3 and of Article 39 on the fact، that the persons involved had their habitual residences in the same State at the time of the pertaining facts; Article 40 paragraph 2 sentence 2 shall apply mutatis mutandis.
(2) صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون،2018،ص 143.

فاعتبرت ألمانيا مركزًا لثقل العلاقة، ونتيجًة لذلك اعتبرت المحكمة هذه المسألة متعلقة بالنظام الألماني فطبقت القانون الألماني[1].

ويتضح مما تقدم بأن الصياغة المرنة تسمح بتغير الحلول تبعا للظروف والأحوال، لأنها تتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيق القاعدة، وفضلًا عن تحقيق العدالة المادية العدل الواقعي، أي المساواة في الحكم مع الاعتداد باختلاف الظروف عند تطبيق النص القانوني، بحيث يختلف الحكم تبعا لاختلاف الظروف والأحوال، وهو ما يجعل للقاعدة القانونية قدرة على مواكبة متطلبات الواقع، عكس الصياغة الجامدة التي تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية وتجعل النص القانوني غير مواكب لمتطلبات الواقع .

ولكن هذا الأمر لا يلغي دور الصياغة الجامدة فبعض القواعد القانونية تستوجب طبيعتها أن تصاغ صياغة جامدة مثل قاعدة الإسناد التي تُخضع العقار لقانون موقعه، لأن العقار يعتبر جزء من إقليم الدولة فمن غير المعقول أن تترك مثل هذه القاعدة القانونية للسلطة التقديرية للقاضي[2].

أما بالنسبة لخضوع العقار لقانون موقعة قد تبنته التشريعات الأجنبية و منها القانون الدولي الخاص الألماني في المادة(43) و التي أشارت إلى القانون الواجب التطبيق على العقار هو قانون موقعة إذ أخضعت المصالح في الممتلكات لقانون الدولة التي تقع فيها الممتلكات [3].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي و المصري، فنص المادة(24) من القانون المدني العراقي على أن" المسائل الخاصة بالملكية و الحيازة و الحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد و الميراث و الوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيها يختص بالعقار..." تقابلها المادة(18) من القانون المدني المصري إذ نصت على أن" يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار..." .

---

(1)د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص244 و ما بعدها .

(2) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تأثير الصياغة التشريعية لقواعد تنازع القوانين في التطبيق، مصدر سابق، ص29.

(3) نصت المادة (43) من الفصل السادس من قانون الدولي الخاص الألماني على ما يأتي:

"(1).Interests in property are governed by the law of the State in which the property is situated.

(2).If an item، to which property interests attach، gets into another State، these interests cannot be exercised in contradiction to the legal order of that State

(3).If a property interest in an item that is removed from another State to this country، has not been acquired previously، as to such acquisition in the country، facts that took place in another State are considered as if they took place in this country".

وتطبيقًا على ذلك حكم محكمة النقض المصرية قد أشارت في الحكمين الصادرين في و في 26\7\1967وفي 17\5\1973 حيث جاء فيهما أن نطاق إعمال قانون موقع العقار يشمل طرق كسب الحقوق العينية و انتقال و انقضاء هذه الحقوق سواء كانت بالتقادم المكتسب أو بالاستيلاء أو بالعقد، إذ العقد المتعلق بالعقار يخضع لقانون موقع العقار[1].

فتكاد تتفق التشريعات الحديثة على خضوع الأموال العقارية والمنقولة لقانون موقعها ويرجع ذلك إلى عدة أسباب وكالأتي:

أولًا: أسباب سياسية: و التي تستند إلى أن العقارات تعتبر جزء من إقليم الدولة فلا يجوز تنظيمه من قبل قانون دولة أخرى، لأن لكل دولة تتمتع بسيادة إقليمية على ما يوجد على أراضيها[2].

ثانيًا: أسباب علمية: تعود إلى الاستقرار و الطمأنينة في المعاملات، لأن خضوعها لقانون واحد ثابت لا يتغير بسبب ثبات العقار[3]، يؤدي إلى حماية توقعات الأطراف المشروعة ومعرفة القواعد القانونية وسهولة التعامل بها[4].

ثالثًا: أسباب اقتصادية: تعد قاعدة خضوع الأموال العقارية و المنقولة لقانون موقعها عامل مهم و أساس في استقرار و ثبات اقتصاد البلد ، تهدف إلى توحيد المراكز القانونية للحقوق التي ترد على العقارات[5].

رابعًا: أسباب فنية: إذ تُعد قاعدة الإسناد المتعلقة بخضوع الأموال العقارية و المنقول لقانون موقعها من أنسب و أكثر القوانين ملاءمة، انطلاقًا من فكرة التركيز المكاني التي تجعل الأموال العقارية والمنقول يخضع لقانون موقعه[6].

---

(1) نقلاً عن صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011، ص194

(2)د.عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية،مكتبة السنهوري، 2015، ص163

(3) نصت المادة(1\62) من القانون المدني العراقي العقار بأنه" كل شي له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض و البناء..."

(4)راضي نبيه راضي علاونة، القانون واجب التطبيق على الأموال (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس- فلسطين،2015، ص21

(5) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين( المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)(دراسة مقارنة)، مصدر سابق ، ص 129 و ما بعدها

(6)Batiffol H , et Lagarde p , Droit international privé , paris , LGDJ , 1985,p310

خامسًا: أسباب قانونية: تتمثل شهر الحقوق العينية العقارية يتم وفقًا لقانون موقع العقار وهذا يوفر حماية للغير، و كما أن خضوع النزاعات المتعلقة بالعقار للمحاكم المختصة وهي عادةً تكون محاكم الدولة التي يوجد فيها العقار،إذ تُعد هي الأقدر على حل النزاع.[1]

على وفق ما تقدم، يتضح لنا أن صياغة قاعدة الإسناد الخاصة بالأموال سواء كانت عقارًا أم منقولًا وخضوعها لقانون موقعها نعتقد أن هذه الصياغة رصينة، و أن كانت لا تعطي للقاضي أدنى سلطة تقديرية لكنها تواكب متطلبات الواقع المعاصر لأن العقار ثابت لا يتغير و مهما تغيرت الظروف الاقتصادية و الأجتماعية و السياسية بالتالي خضوع العقار و المنقول لقانون موقعهم يحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد.

## الفرع الثاني

## تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد

يبرز دور الصياغة التشريعية إذ تحقق أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد، و يثار تساؤل حول مدى تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قاعدة الإسناد بالشكل الذي يجعلها تواكب متطلبات الواقع؟ وللإجابة على هذا التساؤل من خلال ما يأتي:

أولًا: تأثير الصياغة في تطوير قواعد الإسناد الشخصية:

1- قواعد الإسناد الخاصة بالزواج:

الزواج يثير العديد من المشكلات منها إذا كان أحد الزوجين ينتمي لدولة أخرى أو ديانة أخرى أو دولة متعددة الشرائع، أو تم عقد الزواج في دولة أخرى غير التي ينتمي إليها الزوجان أو يتوطن فيها، فالزواج يتكون من شروط موضوعية و شروط شكلية و أثار الزواج و انقضاء الزواج فقد حرصت التشريعات على تحديد قاعدة الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية فبالنسبة للشروط الموضوعية و الشكلية [2]، فظهر اتجاهان: الاتجاه الأول، يخضع الشروط الموضوعية لقانون محل إبرام عقد الزواج، أي تخضع لقانون الذي يحكم الشروط الشكلية بمعنى خضوع الشروط الموضوعية والشكلية لقانون واحد، وأصحاب هذا الاتجاه يؤيد خضوع الشروط الموضوعية لقانون إقليم تلك الدولة، لأنه يؤدي إلى تسهيل إجراءات

(1)د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، 2008، ص278.
(2) الشروط الموضوعية هي الشروط اللازمة لقيام الرابطة الزوجية فإذا تخلف أحد هذه الشروط يؤدي إلى انتفاء الزواج، ينظر:د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن، تنازع القوانين، ط1، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998، ص279.

الزواج للمواطنين الذين ينتقلون في إقليم تلك الدولة[1]، أما الاتجاه الثاني، يخضع الشروط الموضوعية للقانون كلا الزوجين، أي قانون الدولة التي يتمتع كل طرف بجنسيتها[2]، فأخذ بالاتجاه الأول القانون الأمريكي و بعض الدول اللاتينية، أما الاتجاه الثاني أخذ به القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة التاسعة عشر سالفة الذكر و التي أشارت إلى خضوع الشروط الموضوعية لقانون كلا الزوجين حيث نصت على أن" يرجع في الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين ..."، أخضع المشرع الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج لقانون المشترك للزوجين، أي أنه ساوى بين الرجل و المرأة ونحى منحى التشريعات الحديثة، بالمساواة بين الرجل و المرأة، وأيضًا أخذ به القانون المدني المصري في نص المادة الثانية عشرة حيث نصت على أنه" يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كلا الزوجين" وأيضًا أخذ به القانون الدولي الخاص الألماني في نص المادة الثالثة عشر والتي نصت على أنه"1- تخضع شروط إبرام الزواج، فيما يتعلق بكل شخص خاطب للزواج، قانون الدولة التي يحمل جنسيتها. 2- إذا لم يتم استيفاء أحد الشروط بموجب هذا القانون، فسيتم تطبيق القانون الألماني..."[3]، وأيضًا أخذت بذات الحكم اتفاقية لاهاي المنعقدة في12 يونيو عام 1902 المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الزواج، حيث أخضعت الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون كل من الزوجين، ونصت على أنه" الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين، هذا ما لم يشر أحد أحكام هذا القانون صراحة إلى قانون آخر" [4].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فلا توجد قاعدة صريحة تحكم شروط الزواج، لكن بالرجوع لاتفاقية لاهاي عام 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الزواج، إذ أشارت المادة الثالثة منها على أن( القانون الواجب التطبيق على نظام الزواج القانون المختار من قبل الزوجين قبل

---

(1)د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 279.

(2)أيت منصور صونية، تنازع القوانين في الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، الجزائر، 2017،ص9.

(3) نص المادة(13) من القانون الدولي الخاص الألماني على ما يأتي:

"(1) The conditions for the conclusion of marriage are، as regards each person engaged to be married، governed by the law of the State of which he or she is a national .

(2) If under this law، a requirement is not fulfilled، German law shall apply to that extent، if :

1. the habitual residence of one of the persons engaged to be married is within the country or one of them is a German national ;

2. the persons engaged to be married have taken reasonable steps to fulfill the requirement;

(4) ينظر إلى نص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام 1902

الزواج، ويجوز للزوجين تعيين قانون آخر من القوانين المشار إليها في الفقرات الثلاثة من المادة نفسها)[1].

على وفق ما تقدم، يتضح لنا أن المشرع قد صاغ هذه القاعدة صياغًة فيها نوع من المرونة من أجل مسايرة التطورات التي تحصل بالواقع، لكن بالرغم من صياغة هذه القاعدة صياغة مرنة تعطي للقاضي سلطة تقديرية، إلا أن المشرع العراقي لم يحدد مفهوم قانون كلا الزوجين من ناحية التطبيق العملي لقاعدة الإسناد، هل يتم تطبيقها تطبيقًا جامعًا فضلًا عن تحديد الوقت الذي يتم العمل بهذا القانون أسوة ببعض القوانين الحديثة.

أما بالنسبة لآثار الزواج: فتختلف الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تحكم آثار الزواج، فبعض التشريعات الحديثة أخذت بالصياغة المرنة في صياغة قاعدة الإسناد، والبعض الآخر أخذ بالصياغة الجامدة، فمن التشريعات التي أخذت بالصياغة المرنة القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986،حيث كان التشريع الألماني قبل صدور القانون الدولي الخاص يخضع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لكنه تعرض للانتقاد كونه يتعارض مع مبدأ المساواة وهو مبدأ دستوري لأنه يفضل قانون الزوج على الزوجة، فقد أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية حكمها بتطبيق قانون الزوج إلا أن بعد صدور القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986[2] ،و أسند آثار الزواج وفقًا المادة (14) سالفة الذكر،إذ جعل اختيار القانون الذي ينطبق على آثار الزواج للزوجين قد يكون قانون الدولة التي يقيم فيها الزوجين أو قانون الدولة التي حصل بها الزوجين الإقامة المعتادة، أما إذا لم يتفق الزوجان على قانون معين فيختار القاضي أحد القوانين إما قانون الدولة التي يقيم فيها كلا الزوجين إقامة معتادة أو قانون الدولة التي يكون من رعاياها أو القانون الذي يرتبط به كلا الزوجين برابط الصلة الأقوى، بمعنى أن هذا القانون أتاح للقاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون المناسب و الملائم من أجل تحقيق غاية القانون وهو تحقيق العدالة المادية ولقد أخذت بهذا الحكم العديد من القوانين الحديثة [3].

---

(1) نصت المادة الثالثة من الاتفاقية على ما يلي:
"Le régime matrimonial estsoumis à la loi interne désignée par les épouxavant le mariage. Les époux ne peuventdésignerquel'une des loissuivantes : 1. la loi d'un Etatdontl'un des époux a la nationalité au moment de cettedésignation ; 2. la loi de l'Etatsur le territoireduquell'un des époux a sarésidencehabituelle au moment de cettedésignation ; 3. la loi du premier Etatsur le territoireduquell'un des époux établiraune nouvelle résidencehabituelle après le mariage..".

(2)د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مصدر سابق، ص235.

(3) كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بموجب نص المادة (48)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام 1982بموجب الفقرة الثالثة من المادة (12)، والقانون الدولي الخاص البيروئي لعام 1984 بموجب نص المادة (2077)، والقانون الدولي الخاص النمساوي الجديد بموجب نص المادة(18).

أما التشريعات التي أخذت بالصياغة الجامدة لصياغة قواعد الإسناد، والتي لا تتيح للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب لحكم آثار الزواج، هو القانون العراقي بنص المادة (2/19) والتي نصت على أن" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" وتقابلها المادة (1\13) من القانون المدني المصري و التي نصت على ذات المضمون[1].

يتضح من هذه النصوص بأن المشرع العراقي قد أخذ بالصياغة الجامدة، لأنه أفرد قانون جنسية الزوج لحكم آثار الزواج، فيكون مختصًا لحكم آثار الزواج الشخصية والمالية[2]، فالعبرة إذاً بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج بغض النظر سواءً أتحدت جنسية الزوجين أو اختلفت.

في ضوء ما تقدم، ندعو المشرع العراقي أن يأخذ بما أخذت به التشريعات الحديثة ، لأن خضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج، لا يواكب متطلبات الواقع و لا يؤدي إلى تحقيق غاية قاعدة الإسناد وهو الوصول للعدالة المادية و أتاح للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون الأنسب لحكم آثار الزواج، ولذلك نقترح على المشرع العراقي أن يعدل صياغة المادة (2\19) و أن يتم صياغتها بأسلوب الصياغة المرنة ليجعلها قادرة على مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي يشهدها العالم في الوقت الراهن، فتكون الصياغة كالأتي( يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها كلا الزوجين وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا أكتسب الزوجان خلال الزوجية جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذه الجنسية هو القانون الواجب التطبيق).

أما انحلال الزواج: تختلف الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد التي تحكم انحلال الزواج في الدول، فالبعض تبنى الصياغة المرنة في صياغة هذه القاعدة والبعض الأخر تبنى الصياغة الجامدة، فمن التشريعات التي تبنت الصياغة المرنة هي القانون الدولي الخاص الألماني في المادة (17) حيث اخضع الطلاق و الانفصال للقانون الألماني، أما في حالة اختلاف جنسية أحد الزوجين، يسري قانون الدولة التي فيها محل الإقامة المعتادة للزوجين، أو قانون آخر محل إقامة للزوجين إذا كان أحدهما لا يزال مقيمًا فيها، أما في حالة تعذر تطبيق أي من القوانين، فيسري

(1) نصت المادة (1/13) من القانون المدني المصري على أن " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

(2) آثار الزواج تنقسم إلى نوعين آثار شخصية و آثار مالية، الآثار الشخصية وتتمثل في الاخلاص و الطاعة والمعاشره، أما الآثار المالية فتشمل النفقة الزوجية والمهر و تتعلق بالاموال العائدة للزوجين ولمزيد من المعلومات ينظر: د. أحمد بن ناجي الصلاحي، بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني،بحث منشور في مجلة علمية تهامة، العدد التاسع، 2014، ص 22،د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت،2017، ص 806.

قانون الدولة التي يرتبط بها الزوجان برابطة وثيقة، أي يتوفر فيها الصلة الأقوى للزوجين[1] ، وأيضًا لائحة (الاتحاد الأوربي) التي تسمى بروما الثالثة بشأن القانون الواجب التطبيق على الطلاق و الانفصال التي دخلت حيز النفاذ (21) يونيو لعام 2012، أشارت هذه اللائحة بموجب نص المادة الخامسة للقانون الواجب التطبيق فأعطت للزوجين الحرية باختيار القانون الذي ينطبق على طلاقهما، وكذلك أشارت في المادة الثامنة منها في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الزوجين، يسري قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للزوجين، أو قانون آخر محل إقامة لهم، أو قانون جنسية الزوجين أو قانون المحكمة[2]، فأن أغلب التشريعات الأوربية بدأت تعتمد بشكل أساسي على اللوائح الأوربية و الاتفاقيات الدولية من أجل الخروج من قيود النصوص القانونية، ومنها القانون الدولي الخاص الألماني و القانون الدولي الخاص السويسري، و القانون الفرنسي، من أجل مواكبة متطلبات الواقع و رعاية مصالح الأطراف.[3]

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد أخذ بالصياغة الجامدة لقاعدة الإسناد التي تحكم الطلاق و الانفصال، فلم يعطِ للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم فنصت المادة (3/19) من القانون المدني العراقي على أن" ويسري في الطلاق و التفريق و الأنفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى" وتقابلها المادة (2/13) من القانون المدني المصري حيث نصت على ذات المضمون" يسري على التطليق و الانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، يتضح من هذه النصوص انفراد قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت

(1) ينظر : نص المادة (17) من القانون الدولي الخاص الألماني على الموقع الأتي:
https://www.gesetze)im)internet.de/englisch_bgbeg/ تاريخ الزيارة 3\2\2023

(2) نصت المادة الخامسة من اللائحة على ما يأتي:
"1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps، pour autant qu'ils'agisse de l'une des lois suivantes: a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou…".

و أيضًا نصت المادة الثامنة من اللائحة نفسها:
"À défaut de choix conformément à l'article 5، le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État: a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou، à défaut، b) de la dernière résidence habituelle des époux، pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et quel'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou، à défaut، c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction; ou، à défaut، d) dont la juridiction est saisie".

(3)د. أميرة حمرة كاظم عبود، الصياغة التشريعية.المرنة في قواعد تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 133.

رفع الدعوى بحكم انحلال الزواج، بالرغم من أن الزواج رابطة بين شخصين تنشأ بموجب قانونهما، فيفترض أن تنحل بموجب قانونهما أيضًا[1].

وفق ما تقدم، يمكننا أن ندعو المشرع العراقي لصياغة نصوص قاعدة الإسناد التي تنظم أنحلال الزواج صياغة مرنة بهدف الخروج من قيود النص القانوني و تعطي حرية للقاضي باختيار القانون المناسب والذي يحقق العدالة ويراعي مصالح الأطراف، ويكون ذلك من خلال الأخذ بقانون كلا الزوجين أو القانون الأوثق صلة بالرابطة، فضلًا عن ذلك ندعو المشرع العراقي أن يعتمد على الاتفاقيات الدولية أسوةً بموقف التشريعات الحديثة.

2- قواعد الإسناد الخاصة بالنسب، الميراث و الوصية:

أ- النسب: تختلف طبيعة الصياغة التشريعية لقاعدة الإسناد المتعلقة بالنسب في حالة اختلاف جنسية الشخص المراد أثبات نسبه عن جنسية أحد أبويه، ونتيجة لذلك اختلفت التشريعات في تنظيم المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية، فظهرت عدة اتجاهات، يذهب الاتجاه الأول إلى سريان القانون الشخصي للولد على البنوة الشرعية ، أما الاتجاه الثاني يذهب إلى سريان القانون الأكثر صلاحية لمصلحة الطفل، أي القانون الذي يثبت نسبه و شرعيته، لا نفيه أو إنكاره [2]، يوجد اتجاه أخر يأخذ بالقانون الشخصي للأبوين باعتبار الطفل نتيجة علاقة شرعية، أي يأخذ بقانون الدولة التي ينتمي إليها الأبوين بجنسيتهما وقت ولادة الطفل في حالة قيام الزوجية بينهما أو وقت انحلال الزواج[3]، فقد أخذ القانون الدولي الخاص الألماني بالاتجاه الأول والثالث، إذ أخذ بأكثر من قانون لحكم النسب و تكون هذه القوانين على سبيل التخيير،أما قانون الأبوين أو القانون الشخصي للولد، بموجب نص المادة (19) والتي ذكرناها سابقا، فالمشرع الألماني أخذ بالصياغة المرنة و التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية لاختيار القانون المناسب لرعاية مصلحة الشخص المراد أثبات نسبه.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد أخضع أثبات النسب لقانون جنسية الأم وقت الميلاد، لأن الأم غالبا ما تكون معروفه خلافًا للأب أو قانون الشخصي للطفل في حالة غياب الأم بموجب المادة (311\14)[4]، والتي ذكرناها سابقًا وبينا حكم هذه المسألة بتطبيق قضائي.

---

(1)د. غالب علي الداودي، ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد،1982، ص129.

(2) أميرة حمزة كاظم عبود، مصدر سابق، ص 136.

(3)د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص264.

(4) بيار ماير- فنسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص559 وما بعدها.

أما بالنسبة للمشرع المصري، لم ترد قاعدة إسناد تحكم النسب و أنما ترك ذلك لاجتهاد الفقه، فظهرت الكثير من الاتجاهات الفقهيه منهم من ذهب إلى تطبيق قانون الأب، وذهب الاتجاه الآخر إلى خضوع أثبات النسب للقانون الشخص المراد أنتساب الطفل إلية سواء كان قانون الأب أو الأم[1]، وذهب الاتجاه الأخر إلى اعتبار البنوة الشرعية أثر من أثار الزواج و بالتالي يسري عليها القواعد العامة الخاصة بالزواج، بمعني خضوع أثبات النسب لقانون جنسية الأب وقت الزواج، دون الأخذ بنظر الاعتبار في حالة إذا غير الأب جنسيته فيما بين وقت الزواج و لحظة ميلاد الطفل.[2]

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي، فأنه يختلف عن موقف المشرع المصري، لوجود قاعدة إسناد صريحة لحكم أثبات النسب، فنص بموجب المادة (19\4) من القانون المدني العراقي على أن" المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب" .

على وفق ما تقدم، يتضح أن المشرع العراقي جاء بحكم عام يكتفي بتحقيق العدالة الشكلية و لا يعطي للقاضي أي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، إنما يكون القاضي مقيد بتطبيق قانون الأب فقط دون مراعاة مصلحة الولد المراد أثبات نسبه، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى أعادة صياغة الفقرة الرابعة من المادة التاسعة عشرة من القانون المدني العراقي بالشكل الذي يجعلها تنسجم مع متطلبات الواقع وتعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، فنقترح أن تكون الصياغة بالشكل الأتي:(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب أو القانون الأصلح للطفل) فأن أضافة عبارة (القانون الأصلح للطفل) تجعل صياغة النص مرنة وتحرر القاضي من قيود النص القانوني وتعطي له سلطة تقديرية بأختيار القانون المناسب والذي يحقق العدالة المادية و التي تعتبر غاية القاعدة القانونية.

ب- الميراث و الوصية: أختلفت التشريعات بشأن تكييف مسائل الميراث البعض يعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية، إذ أنها تعتمد على الأعتبار الشخصي و صلة القرابة بين المورث

(1)ينظر: د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص 337، و د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 266 وما بعدها .

(2)د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص323 و ما بعدها.

والوارث، فيكون القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث هو القانون الشخصي[1]، والبعض الآخر يعتبرها من مسائل الأحوال العينية وبالتالي يفرق بين تملك المنقول والعقار ويخضعها لقاعدة إسناد مختلفة، إذ يخضع الميراث إذا كان العقار لقانون موقع العقار و إذا كان منقول لقانون موطن المتوفى[2]، بالنسبة لموقف المشرع الألماني و الذي أخذ بالاتجاه الأول خضوع الميراث للقانون الشخصي بموجب نص المادة(25\1) من القانون المدني المعدل حيث نصت على أنه"يسري على الميراث بسبب الموت قانون الدولة التي كان المتوفى من رعاياها وقت موته" أما القانون الدولي الخاص الألماني فقد أخضع الميراث للائحة الاتحاد الأوربي رقم 650\2012 الفصل الثالث.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، فقد كان في بداية الأمر يفرق بين العقار و المنقول، لكن بعد انضمام فرنسا إلى لائحة الاتحاد الأوربي لعام 2012 أخضع مسائل الميراث لقانون الدولة التي يوجد فيها المحل المعتاد للمتوفى وقت وفاته بموجب نص المادة(21\1) من اللائحة، وأيضًا أعطت الفقرة الثانية من المادة(21) الأختصاص للقانون الذي يعد الأوثق صلة بالمورث، كما أشارت المادة(22\1) من اللائحة ذاتها على أعطاء الحرية للمورث باختيار القانون الواجب التطبيق على التركة و التي نصت على أنه " يجوز لأي شخص أن يختار قانون الدولة التي يحمل جنسيتها وقت اختياره أو وقت وفاته، و إذا كان المتوفى متعدد الجنسية جاز له أختيار أحدى الجنسيات..." وأيضًا أشارت بعدم الأضرار بحقوق المستحقين من التركة[3].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي و المصري، إذ أورد القانون العراقي قاعدة إسناد خاصة لحكم مسائل الميراث فنصت المادة (22) من القانون المدني على أن" قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته" تقابلها المادة(17\1) من القانون المدني المصري أشارت إلى ذات المضمون، يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي والمصري قد أخضع مسائل الميراث

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر :د. أحمد علي الخطيب، ود. أحمد الكبيسي، ود. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1980، ص 141

(2)د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن- قواعد الإسناد في القانون المصري قواعد الاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008،ص 375 وما بعدها

(3). Regulation(EU)No 650/2012 of the European parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction، applicable law، recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession، Chapter 19، Volume 10، p. 296 -323 .

للاطلاع بالتفصيل على الرابط المتاح تاريخ الزيارة 6\5\2022 ELI:http://data.europa.eu/eli/reg

لقانون المورث وقت موته والكثير من القوانين العربية قد أتبعت الحكم نفسه[1]، و أن سبب أختيار قانون المورث لكونه واحد لا يتعدد وذات الحكم يسري على قضايا الوصايا أيضًا تخضع لقانون الموصي وقت موته،إذ نصت المادة (23) من القانون المدني العراقي" قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته".

من خلال التمعن بنصوص القانون المدني (22)( 23 )نجد أن المشرع قد صاغها بأسلوب جامد لا يواكب تطورات الواقع المعاصر ويجعل القاضي مقيدًا بالنص القانوني،أي ملزم بتطبيقه، لذلك ندعو المشرع لإعادة صياغة نص المادة(22)( 23) بأسلوب مرن يجعله يساير متطلبات الواقع، فنقترح أن تكون صياغة النص بشكل الأتي: (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالمورث) أما ما يتعلق بالوصايا ( قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالموصي) إذ أن أضافه عبارة القانون الأوثق صلة بالمورث أو الموصي يعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم، فضلًا عن أنها تبعدنا عن إشكاليات تنازع الجنسيات،إذ قد يكون للمورث أو الموصي أكثر من جنسية واحدة وقت وفاته وخصوصًا بأن المشرع العراقي قد سمح بازدواج الجنسية بموجب قانون الجنسية ذي الرقم( 26)لسنة 2006[2].

ثانيًا: تأثير الصياغة التشريعية في تطوير قواعد الإسناد الخاصة بشكل التصرف:

أستقرت غالبية القوانين على إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه و أصبح ضابط إسناد ذا صفة عالمية، لأن يحظى باهتمام كبير من قبل التشريع ودرجت عليه الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية[3]، ولقد أخذ المشرع العراقي و المصري بهذه القاعدة إذ أخضعت شكل

(1) القانون المدني السوري في المادة (1\18)، و القانون المدني الأردني في المادة(18)، وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (5) لسنة 1961 في المادة(47)، والقانون الليبي في المادة(1\17)، والقانون الجزائري في المادة(16).

(2) أشارت المادة (10)" أولا : يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريريا عن تخليه عن الجنسية العراقية " فالعراقي الذي يكتسب الجنسية الأجنبية بإمكانه أن يحتفظ بجنسية العراقية إلا إذا أعلن تخليه عن الجنسية العراقية، بمعنى أنها سمحت بازدواج الجنسية.

(3) إن هذه القاعدة ذات أصول إيطالية، حيث ظهرت مشكلة تنازع القوانين في العصور الوسطى بمناسبة العلاقات التجارية الناشئة بين مدن شمال إيطاليا، تصدى الفقهاء القدامى من المحشين لوضع الحلول الملائمة عن طريق التعليق بالحواشي على نصوص القانون الروماني، وكان من بين المبادئ التي قررها هؤلاء في القرن الثاني عشر والثالث عشر خضوع التصرف لقانون بلد الإبرام، أي لم يفرقوا بين شكل التصرف وموضوعه، فأُخضع كلاهما إلى قانون واحد هو قانون بلد الإبرام، ولم يفطن الفقه إلى هذا التفرقة من الفقهاء سوى بارتول بسبب تعليقه على قضية تتلخص وقائعها بأجراء وصية في فينيس من قبل شخص من بلدة مودين وتبعا لقانون فينيس والذي كان يكتفي بحضور (3) شهود كشرط لصحة الوصية فأثار نزاع بشأن صحة الوصية،إذ كان القانون الروماني الذي يخضع له الأجانب يشترط حضور (7) شهود ومع ذلك حكم القضاء في فينيس بصحة=

التصرف لقانون بلد الإبرام، إذ نصت المادة (26) من القانون المدني العراقي على أن" تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها" إذ جاءت بقاعدة ملزمة تنطبق على جميع التصرفات القانونية من دون أتاحة أدنى سلطة تقديرية للقاضي بالبحث عن خصوصية العلاقة القانونية المعروضة عليه أو عن مضمون القانون ونتائج تطبيقه و الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسناد وهي تحقيق العدالة المادية[1]،بأختيار القانون المناسب و الملائم للعلاقة و الذي يكون أكثر عدالة من غيره من القوانين، وبذلك إلزام القضاء بالحكم بقاعدة خضوع شكل التصرف لبلد الإبرام بمختلف المنازعات المعروضة أمامه فيعتبر حكم إلزامي واجب الأتباع.

بينما نصت المادة (20) من القانون المدني المصري على أن" العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه الدعوى ، و يجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، وكما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك" يتضح من هذا النص أن المشرع المصري جاء بقاعدة إسناد مرنة أعطت الاختصاص في حكم شكل التصرف لأكثر من قانون إي أخذت بضوابط الإسناد التخييرية فهي تستجيب إلى اعتبارات التيسير على المتعاقدين وهي الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسناد.

أما موقف القانون الألماني فقد أشارت المادة (11) من القانون الدولي الخاص الألماني على أن التصرف القانوني يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا تم وفقًا للشروط الشكلية التي يحددها القانون الذي يحكم العلاقات القانونية محل التصرف أو وفقًا لقانون الدولة التي تم فيها إبرام التصرف [2]،كما نص القانون المدني الألماني المعدل في المادة(1\11) على أن"يكون التصرف القانوني صحيحًا، من حيث الشكل إذا أستوفى متطلبات الشكل في القانون الذي يسري على

---

=الوصية، فاعترف بارتول من حق الأجانب الذين يسكنون في فينيس أن يبرموا وصاياهم بالشكل المقرر في قانونها، لكن هذا الأمر لم يكن واضحًا، إلا في نهاية القرن الخامس عشر على يد الفقيه الإيطالي " كورتيس" والذي فسر خضوع موضوع التصرف إلى قانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى أختيار هذا القانون وبعدها أصبح مفهوماً أن قاعدة إخضاع التصرف إلى قانون بلد الإبرام تقتصر على شكل التصرف دون موضوعه. ينظر : د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 332 و333.

(1) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 657 .

(2) نصت المادة 11 الفقرة الأولى و الثانية من قانون الدولي الخاص على ما يأتي:

"1)A legal act is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which is applicable to the legal relationship forming the subject matter of the legal act,or the law of the State in which the act is performed, are observed

2)If a contract is concluded between persons who are in different countries, it shall be formally valid if it observes the formal requirements of the law which is applicable to the legal relationship forming the subject matter of the contract, or of the law of one of these countries".

موضوع الرابطة القانونية، أو قانون بلد إبرامه..." وبذات المضمون نصت المادة (11) من لائحة روما لعام 2008 الخاصة بالالتزامات التعاقدية على أن" العقد يكون صحيحًا من حيث الشكل إذا أستوفى متطلبات الشكلية المقررة في القانون الذي يحكم جوهر العقد أو قانون بلد أبرام العقد"[1]، يتضح من النص بأن العقد يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا استوفى الشروط الشكلية المحددة في القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون بلد الإبرام، فهي قاعدة إسناد قد صيغت بصياغة مرنة من أجل تحقيق العدالة المادية ومواكبة متطلبات الواقع .

بعض القوانين أعطت أولوية لقاعدة بلد الإبرام و التخيير بين القوانين الأخرى فأن أعطاء الأولوية لقانون بلد الإبرام ينسجم مع الاعتبارات المادية للتصرف، كون قاعدة خضوع التصرف لقانون بلد الإبرام تسهل مهمة القاضي بأن يعرف بسهولة أي قانون سوف يتم تطبيقه[2]، لكن منهم من يرى بأن إعطاء أولوية لقانون بلد الإبرام يجعلها قاعدة مقيدة لسلطة القاضي و من ثم تؤدي إلى أهدار الغاية التي تهدف إليها قاعدة الإسناد وهي التسهيل على الأطراف أو المتعاملين[3].

على وفق ما تقدم يتبين لنا أن التشريعات الحديثة والاتفاقيات قد صاغت قاعدة إسناد بصورة متطورة سمحت للقاضي بالبحث عن القانون المناسب لحكم شكل التصرف ،كما أنها سمحت أيضا للأطراف باختيار القانون الأكثر ملاءمة للتصرف المبرم دون أن يتم إلزامهم بتطبيق قانون بلد الإبرام الذي أصبح لا يلبي متطلبات الواقع المعاصر، فندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بما جاء في القوانين الحديثة وأعادة صياغة القاعدة بالشكل الأتي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها أو قانون الدولة التي تحكم موضوع العقد).

ثالثًا: تأثير الصياغة بتطوير قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية.

تختلف التشريعات بشأن تحديد القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية، فبالنسبة للقانون الدولي الخاص الألماني، أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل الضار فأشارت المادة (40) من القانون الدولي الخاص الألماني، يمكن للمضرور أن يختار قانون وقوع الضرر أو قانون محل الإقامة المعتادة للطرفين أذا اتحدا موطنًا و أيضًا يسمح القانون الألماني بتطبيق القانون الأوثق صلة بموجب المادة(41) إذ نصت على أنه" أما إذا كان هناك قانونًا آخر أوثق صلة وأشد ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام وأكثر تحقيقًا لمصالح الأطراف وأكثر توقعًا مع

(1) ينظر :نص المادة(11\1) من لائحة روما 2008 على الموقع الآتي:https://eu)lex.europa.eu/legal)content/EN/ALL . تاريخ الزيارة 3\2\2023 (10:10)pm

(2) أميرة حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية المرنة في قواعد تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 50

(3)Kropholler، International esEinheitsrecht، la Haye، 1975 ، p ،334 _338.

توقعاتهم وجب تطبيق ذلك القانون"،كما أشارت المادة(42) في حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية من قبل الأطراف، فأنه يشترط عدم المساس بحقوق الأطراف الثلاثة[1]، وكذلك أشارت المواد( 42) و( 133 )من القانون المدني الألماني فنصت المادة (133) على أن" إذا كان الضرر و المضرور مكان إقامة معتادة في الدولة نفسها، تخضع دعوى المسؤولية الناشئة عن التزام غير التعاقدي لقانون تلك الدولة"[2]،أخذ المشرع الألماني بأسلوب الصياغة المرنة إذ سمح للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العمل غير المشروع من أجل حماية مصلحة الأطراف وتحقيق العدالة المادية أو العدل الواقعي.

أما موقف المشرع الفرنسي، لا يوجد نص صريح يحتوي قاعدة إسناد تحكم مسائل الالتزامات غير تعاقدية لكن يوجد جانب من الفقه يبين موقف القانون الفرنسي عن طريق أحكام القضاء إذ طبق القضاء القانون المحلي، أي قانون البلد المنشئ للالتزام [3]، و تطبيقًا على ذلك (قضت محكمة باريس في 26 يونيو لسنة 1978 بخصوص حادث سير وقع في الجزائر،على أنه يمكن تطبيق القانون الجزائري بموجب نص المادة( 3) من اتفاقية لاهاي الخاصة بحوادث الطرق لعام 1971، باعتباره القانون المحلي، إلا أن القانون الفرنسي يكون واجب التطبيق على دعوى التعويض التي رفعتها زوجة المجنى عليه بموجب المادة (1\4) من الاتفاقية لكون المجنى عليه فرنسي ومتوطن في فرنسا و السيارة مسجلة في فرنسا[4].

أما بالنسبة إلى اللوائح الأوربية،ومنها(روما الثانية 2007رقم 864)، إذ أخضعت المسؤولية التقصيرية إلى القانون المحلي للفعل غير المشروع بموجب المادة (1\4) من اللائحة[5] فاعتمد المشرع الأوربي على تطبيق قانون حدوث الفعل المنشئة للالتزام وأيضًا أخذ المشرع الأوربي بالقانون الأكثر صلة بالواقعة المنشئة للالتزام بموجب الفقرة الثالثة من المادة نفسها و التي تم

(1) لمزيد من الاطلاع حول نصوص القانون الألماني و الذي تم ترجمته إلى اللغة الإنكليزية من قبل البروفيسور د. جوليانا مورسدوف متاح على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفيدرالية في ألمانيا وعلى الموقع الأتي: https://www.gesetze)im)internet.de/englisch_bgbeg/ تاريخ الزيارة 3\2\2023

(2) نصت المادة (133) من القانون المدني الألماني على أن

residence in( Art(1/133) “If the tortfeasor and injured party have their place of habitual the same State، claims founded in tort shall be governed by the law of that State”

(3) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص728

(4) الحكم منشور في Rev.crit. 1979ص 359تعليقBoure. نقلًا عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 1187

(5) للاطلاع على اللائحة الأوربية (روما الثانية 2007) المتعلقة بالالتزامات لغير تعاقدية على الموقع الإلكتروني تاريخ الزيارة 13\6\2022 www.eur-Iex.europa .

ذكرها سابقًا، إذ أنها أخذت بالصياغة المرنة وأتاحت للقاضي سلطة تقديرية في أختيار القانون المناسب لحكم مسائل الالتزامات غير التعاقدية عن طريق تطبيق قانون الدولة التي ترتبط بالنزاع بشكل وثيق وهذا يواكب متطلبات الواقع ويحقق مصلحة الأفراد ويؤدي إلى تحقيق العدالة المادية.

أما موقف المشرع العراقي و المصري، أيضًا أخذ بالقانون حدوث الفعل المُنشئ للألتزام فنصت المادة(1/27) من القانون المدني العراقي على أن"الالتزامات غير تعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام" تقابلها المادة(21) من القانون المدني المصري، نجد أن المشرع العراقي أخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون حدوث الفعل المنشئ للالتزام، و لا يعطي أدنى سلطة تقديرية للقاضي، فأن ألزام القاضي بتطبيق قاعدة جامدة لا تتيح له أي سلطة تقديرية، إذ يتعذر عليه تحقيق العدالة المادية و التي تعتبر غاية القاعدة القانونية، فهو يكتفي بالتطبيق الحرفي لقاعدة الإسناد.

فكشف الواقع العملي بعدم ملاءمة القانون المحلي للتطبيق على الالتزامات غير التعاقدية فلا بد من تطويع و تطوير قاعدة الإسناد بالشكل الذي يواكب متطلبات الواقع[1].

عند التمعن بهذه النصوص نجد أن المشرع العراقي قد صاغ النص صياغة جامدة إذ أن أعطاء حكم عام ينطبق على جميع مسائل الالتزامات غير التعاقدية، ويكون القاضي ملزمًا بتطبيقه، بمعنى أن القاضي مقيد بالنص القانوني، وهذا يؤدي إلى تحقيق العدالة الشكلية، نأمل من المشرع العراقي أعادة صياغة قاعدة الإسناد بالشكل الذي يعطي للقاضي سلطة تقديرية بدلًا من أن يكون مقيدًا بالنص القانوني، وبالتالي يؤدي إلى تحقيق العدالة المادية بدلًا من العدالة الشكلية، لأن الصياغة المرنة تتيح للقاضي أختيار القانون الملائم لحكم الالتزامات غير تعاقدية، نقترح على المشرع أعادة الصياغة بالشكل الأتي: (الألتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام أو القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام)، فإضافة عبارة (القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام ) يعطي مرونة للنص ويتيح

(1) ومن الأمثلة على الواقع العملي: في احدى المخيمات المتعلقة بمعسكر للطلاب الأمريكيين و كما أن المشرفين و المنظمين للمعسكر هم أمريكيون، و لقد أقيم المخيم في كندا في مكان منعزل، إذ اعتدى أحد الطلبة على زميله فأصابه بضرر ومن خلال تحليل الظروف الواقعة وعناصرها تبين أن الضرر و الخطأ قد وقع على الإقليم الكندي وهذا كل ما يربط دولة كندا بالواقعة لكن لو حللنا الواقعة لوجدناها وثيقة الصلة بالقانون الأمريكي لكون الطلاب من الأمريكيين و المشرفين و المنظمين و كذلك نقل المضرور إلى المستشفى بأمريكا وتم رفع الدعوى فيها فمن غير معقول أن نتمسك بالقانون المحلي إي القانون الكندي بمجرد وقوع الحادثة على إقليمها و أن مصالح الأطراف تتركز في دولة أخرى تعتبر الأكثر صلة بالنزاع . للمزيد من التفاصيل ينظر : حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 15 وما بعدها.

للقاضي السلطة التقديرية لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، وبالتالي يجعل القاضي غير مقيدٍ بالنص القانوني.

ومن الجدير بالذكر، أن التطور الحاصل في العلاقات ذات الطبيعة الدولية وتقدم وسائل الاتصال و التقنيات كل ذلك يؤثر في قدرة المشرع في الإلمام بكل التغيرات التي تحصل في الواقع بنصوص قانونية، لكن صياغة هذه النصوص بأسلوب مرن وأتاحه سلطة تقديرية للقاضي في اختيار القانون المناسب والملائم من خلال الإحاطة بالظروف وملابسات كل واقعة هو الذي يحقق الحل المناسب والأكثر ملاءمة.

على وفق ما تقدم, يتضح لنا التأثير الكبير للصياغة التشريعية في تطوير قاعدة الإسناد و جعلها تسعى لمواكبة متطلبات الواقع من أجل تحقيق العدالة المادية بدلًا من العادلة الشكلية وذلك من خلال استخدام أسلوب الصياغة المرنة في قواعد الإسناد من أجل مواكبة متطلبات الواقع،والتحرر من قيود النص القانوني التي تجعل القاضي مقيدًا عن حرية التقدير و الموازنة بين قيود النص و التطورات التي تحصل بالواقع المعاصر فندعو المشرع العراقي أن يستجيب لتلك التطورات أسوةً بالتشريعات الحديثة و يتم صياغة نصوص قاعدة الإسناد صياغة رصينة بالشكل الذي يتيح للقاضي حرية التقدير و الموازنة .

## المبحث الثاني

## دور القضاء في تحقيق الموازنة

لما كانت متطلبات الواقع متشعبة الجوانب متجددة المظاهر و متنوعة الوقائع، على نحو لا يمكن حصرها، فيحاول المشرع قدر المستطاع، وضع نصوص قانونية تستوعب هذه المتطلبات وما يستجد من التطورات في المستقبل مستخدمًا أسلوب الصياغة التشريعية، ولكن على الرغم من ذلك قد تكون أساليب الصياغة محدودة القدرات في أن تستوعب متطلبات الواقع، فيبقى كل قانون بعيدًا عن الكمال، إذ يفلت منه الكثير من وقائع الحياة.

فكيف يتم تحقيق الموازنة أو المواءمة بين متطلبات الواقع المتجددة غير المتناهية التي لا تقع تحت حصر و بين النصوص القانونية المتناهية؟

أن ذلك مرهون بالدرجة الأساسية على الدور الذي يقوم به القاضي بما له من سلطة تقديرية ويحصل ذلك من خلال دور القضاء في تطوير آلية تطبيق قواعد الإسناد عبر التكييف، والإحالة، وبالإضافة لوسائل القضاء في تطوير قواعد الإسناد، من خلال الوسائل الأصلية

المتمثلة بالمبادئ العامة للقانون و مبادئ العدالة، للوسائل البديلة، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وكالأتي:

المطلب الأول: دور القضاء في تطوير آلية تطبيق قواعد الإسناد.

المطلب الثاني: وسائل القضاء في تطوير قواعد الإسناد.

## المطلب الأول

## دور القضاء في تطوير آلية تطبيق قواعد الإسناد

يعمل المشرع والقاضي كلاهما على وفق (نظرية الامتداد والتكامل)، فالأول آمن بضرورة بقاء دوره منحصرًا في رسم الخطوط العريضة من دون الدخول في تفاصيل ذلك، بسبب عدم قدرته بالإلمام بكل تفاصيل ومستجدات الواقع المعاصر من الوقائع بتفرعاتها وتعقيداتها، لأنَّها باستمرار تتغير حسب تطورات المجتمع، بهدف منح القضاء أمكانية هذه المواجهة من خلال منح القاضي السلطة التقديرية في حكم الواقعة المعروضة أمامه، ونتيجةً لذلك ، فإنْ السلطة التقديرية تحصل نتيجة اتفاق ضمني ما بين المشرع والقضاء يسعى المشرع من تقريرها إلى إحداث وإضفاء طابع المواءمة أو الموازنة ما بين الواقع المتغير وقيود النص من أجل مواكبة التطورات الجديدة[1] ، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع ،وحسن صياغته لقواعد الإسناد فانَّه سيظل عاجز،عن إيجاد حلول لكل تلك النزاعات المعروضة على القضاء، ونتيجة لذلك يبرز دور القضاء في تطوير قاعدة الإسناد لجعلها تنسجم مع الواقع من خلال التكييف والإحالة.

ومن خلال ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول : جوانب التطوير في مرحلة التكييف، ونتناول في الفرع الثاني: جوانب التطوير في مرحلة الإحالة(نظرية الحل الوظيفي).

### الفرع الأول

### جوانب التطوير في مرحلة التكييف

أن أول ما يبتدئ به القاضي عند تطبيق قاعدة الإسناد هو تكييف العلاقة لإعطائها الوصف القانوني الصحيح فعند حدوث منازعة في الواقع وعرضها على القاضي فيقوم القاضي بتكييف

(1)ينظر: خير الدين كاظم الأمين ، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، ص 244، منشور على الموقع الأتي: https://www.iasj.net/iasj/pdf/217d8984236a498a تاريخ الزيارة 25\6\2022

هذه المنازعة لردها إلى أحد الأفكار المسندة ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق، فكيف يساهم التكييف في تطوير آلية قاعدة الإسناد؟ و كيف يحقق القاضي من خلال التكييف الموازنة بين قيد النص القانوني و متطلبات الواقع لغرض تحقيق العدالة؟وهل يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية عند تكييف الوقائع؟

للإجابة عن هذه الأسئلة نقول:

يكون للقضاء دور هام في تطوير قاعدة الإسناد عبر آلية التكييف أو تطويع أي (تلطيف النص القانوني) لجعله ينسجم مع تطورات الواقع ويحقق الحل العادل.

و تكمن أهمية التكييف في وقائع الحياة المتجددة المظاهر و المتنوعة الوقائع، بحيث يصعب حصرها بنصوص قانونية، فيحاول المشرع بقدر المستطاع، وضع نصوص قانونية تستوعب وقائع الحياة وما يستجد من التطورات في المستقبل ولكن على الرغم من ذلك لا يستطيع أن يستوعب كل متطلبات الواقع، ومن هنا تبدأ أهمية التكييف أمام الوقائع غير المتناهية و النصوص المتناهية وخصوصًا أن المشرع العراقي قد وضع نصوصًا قليلة جدًا لا تتناسب مع تعدد وتنوع العلاقات ذات الطبيعة الدولية، فلا تتجاوز العشرين مادة فيلجأ المشرع و القاضي إلى توزيع تلك الوقائع المتشعبة تحت التقسيمات التي لها نص قانوني وخصوصًا لا يستطيع القاضي ذلك إلا إذا لجأ إلى تكييف الوقائع وإعطائها الوصف القانوني الدقيق بحيث يمكن ردها إلى أحدى الأفكار المسندة [1].

يعتبر التكييف من أهم مشاكل قاعدة الإسناد، إذ كل نزاع يخضع للتكييف من أجل أعطائه التوصيف القانوني الدقيق، فيكون التكييف في كل علاقات القانون فمسائل الزواج و الأهلية و الإرث كلها تخضع للتكييف، فعندما تكون الواقعة المقام بشأنها دعوى واضحة فعندئذ تطبق قاعدة الإسناد ولكن أحيانًا تكون الواقعة غير واضحة نظرًا لاختلاف قواعد الإسناد بين مختلف دول العالم فلابد من تكييف هذه الواقعة وردها إلى أحد ضوابط الإسناد، فالتكييف يبين هل الواقعة متعلقة بالشكل أو الموضوع أو متعلقة بالأهلية ؟ فقوانين التنازع تختلف في تحليل الوقائع و المسائل[2].

(1)د.مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 87.

(2)د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر، 2005، ص47 _49 .

حيث صرح جانب من الفقه بعض التصورات المرتبطة بالتطويع و كالآتي"أن حاجة المعاملات الدولية تستدعي تطويع طوائف النظم القانونية الداخلية وفهمها بامتثال الروح الدولية، وهذا التطويع يكفي للقاضي أن يتأكد من أن النظام القانوني محل النزاع، كالوصية و الهبة، و الزواج، يحتوي على نواة النظام القانوني الوطني المقابل، عن طريق الكشف عن الطبيعة المشتركة بين النظامين الأجنبي و الوطني ولا يركز على هيكلهما أو بنيانهما القانوني بل على وظيفة وهدف كل منهما دون تطلب المطابقة أو التماثل التام بينهما ". [1]

إذ أن قواعد الإسناد لا تضع حلًا لكل المسائل المطروحة على القضاء على حدة و أنما تضع حلولًا لكل طائفة من المسائل إذ أن كل قاعدة من قواعد الإسناد المختلفة تتكون من فكرة مسندة و ضابط إسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق على جميع المسائل التي تدخل ضمن نطاق هذه فكرة، فالقاعدة التي تنص على خضوع الأهلية لقانون الجنسية تتكون من الأهلية كفكرة مسند وقانون الجنسية كضابط إسناد.[2]

يتطلب من القاضي عند تكييفه لواقعة معينة، أن لا يقف عند حرفية النصوص بل يجب عليه أن يتوسع في مفهومها بالشكل الذي يستطيع معه إدخال أفكار ووقائع مستجدة غير معروفة في قانونه وذلك من أجل إسنادها للقانون المناسب و الملائم[3].

إذ إتجه القضاء إلى التطوير في قواعد الإسناد ضمن أطار النص القانوني من خلال ما يملكه من سلطة تقديرية أتيحت له من قبل المشرع، أي أنه بدأ يطور فيما وجد من هذه النصوص عن طريق استعمال فكرة التطويع أو التلطيف في بعض المصطلحات الموجودة في النظام القانوني الأجنبي[4]، محاولاً أيجاد نوع من التنسيق والتكامل، بين الأنظمة القانونية المختلفةَ و بين الأفكار التي يتضمنها القانون الأجنبي، الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية باختصاصهَ، من خلال تطويع الأفكار الموجودة في القانون الأجنبي و غير المعروفة في قانون القاضي عن طريق أيجاد مساحات لها أو مناطق قانونية قابلة للتنفيذ في قانونه، وهي تعتبر محاولة جريئة من قبل القضاء إذ إنه ولج مجالًا مهماً وهو أصعب من حالة الخلق والابتكار للحلول القانونية، فمع

(1)د.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية و الموطن و معاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 692_693.
(2)د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص113.
(3) أياد مطشر صهيود، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية استدلالية في مدى تأثير المبادئ الشائعة دوليًا في بنية القانون العراقي)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد الثامن، العدد (31)، لسنة 2019، ص 442.

(4)خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد2009،1،ص247.

وجود النص القانوني إلا أن القاضي بدأ يخرج من هذا النطاق النصي مستلهماً بذلك مضمون النص (روح النص) ، بدلاً من الوقوف أمام قيود النص من أجلَ إضفاء طابع الملائمة على هذا النص[1].

التكييف يعتبر أحد ضرورات أو لوازم أعمال قاعدة الإسناد تشريعاً وتطبيقاً على أرض الواقع.وتطبيقًا على ذلك ما ورد بشأن شكلية الوصية من اختلاف في تكييفها بين القانونين الفرنسي والهولندي في قضية (وتتلخص وقائعها في أن هولندياً مقيماً بفرنسا كان قد حرر فيها وصية بخط يده طبقاً لأحكام المادة( 999) مدني فرنسي[2] ،التي تجيز للفرنسي ولو كان بالخارج أن يبرم وصية عرفية موقعاً عليها بخطه، وبمفهوم المخالفة يجيز القضاء والفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين بفرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل أيضاً، ولما توفى الموصي طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيساً على المادة 992 من القانون المدني الهولندي التي تمنع الهولنديين ولو كانوا في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي، ويُعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي، ولما عرض النزاع أمام محكمة "أورليان" وجدت نفسها أمام مشكلة متعلقة بالتكييف تدور حول تحديد طبيعة موضوع النزاع ، هل هو خاص بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية وهي إسناده لقانون محل إبرامه(القانون الفرنسي)، ومن ثم تقضي بصحة الوصية، أو هو متعلق بالشكل المكمل للأهلية الذي يلحق بحكم الأهلية وحينئذٍ يسري عليه قانون جنسية الموصى (القانون الهولندي) طبقاً لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي، مما يؤدي إلى الحكم ببطلان الوصية طبقاً للمادة (992)مدني هولندي، إذاً الإشكال المطروح يتعلق بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف، إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي، وأن كتابة الوصية عملاً بالمادة( 999) مدني فرنسي القصد منه هو مجرد تيسير إثباتها فقط، أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فسوف تنتهي إلى أن موضوع النزاع (الشكل المطلوب لتحرير الوصية) يتعلق بالشكل المكمل للأهلية، لأن حظر إجراء الوصايا في الشكل العرفي يقصد منه حماية المواطنين حتى لا ينقادوا بسهولة تحت تأثير بعض الظروف العارضة للتبرع بأموالهم من غير تبصر، ولكن المحكمة انتهت في الأخير إلى

(1) د. خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق، ص 246 .

(2)نصت المادة 999 من القانون المدني الفرنسي على أن

"A French person who is in a foreign country may make his testamentary dispositions by instrument under private signature, as is prescribed in Article 970 or by authentic instrument, in the forms in use in the place where the in instrument is mad"

ترجيح وجهة النظر الأولى وكيفت النزاع في ضوء أحكام القانون الفرنسي فقضت بصحة الوصية)[1]، ولو فرضنا أن النزاع عرض على قاضي بلد آخر يتفق قانونه مع أسس القانون الهولندي لكان الحكم مختلفًا عمّا انتهى إليه القاضي الفرنسي .

كما ورد بشأن قضية (أجدن) والتي تتلخص وقائعها" أن فرنسيًا قاصرًا يدعى اجدن ذهب إلى انجلترا وتزوج هناك من امرأة انجليزية دون حصوله على إذن من والديه عملاً بالمادة (148 )مدني فرنسي، والتي تنص على أن "لا يجوز للقصر عقد الزواج بدون موافقة الأب والأم"[2]،عندما عاد إلى فرنسا طولب أمام القضاء الفرنسي بإبطال الزواج للسبب المذكور، فأبطله القضاء الفرنسي ثم تزوج ثانية، كما تزوجت زوجته السابقة الانجليزية من زوج انجليزي، وعندما علم هذا الأخير سبق زواجها طالب أمام المحاكم الانجليزية ببطلان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج فقضت محكمة الاستئناف الإنجليزية سنة 1908 ببطلانه واعتبار زواج الانجليزية من الفرنسي صحيحاً"[3] ، إن السبب في اختلاف الأحكام يرجع إلى اختلاف التكييف في كل من القانون الفرنسي والقانون الانجليزي ففي القانون الفرنسي يعتبر رضا الأولياء من الأشكال المكملة للأهلية، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية وهو القانون الفرنسي، بينما في القانون الانجليزي يعتبر من أشكال التصرف ويخضع لقاعدة (قاعدة محل الإبرام) وهو القانون الانجليزي، وبالتالي عندما عرضت القضية أمام المحاكم الفرنسية كيفت النزاع بأنه يتعلق بالأهلية وطبقت عليه القانون الفرنسي، ولكن لو كيفته بموجب القانون الانجليزي وأعتبرت رضا الأولياء من أشكال التصرف وطبقت عليه قاعدة خضوع الشكل لمحل الإبرام لاعتبرت الزواج صحيحاً والعكس بالنسبة لموقف القضاء الانجليزي.

ومن هنا تتضح النتائج العملية المترتبة على تحديد محل التكييف هل هو متعلق بالواقع أو بالقانون؟ وما هو القانون الواجب التطبيق في التكييف؟

---

(1)د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص،مصدر سابق،ص 271 ود. حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، ط1، القاهرة، 1954، ص 105 .

(2) نصت المادة( 128 )من القانون المدني الفرنسي على أن

" Minors may not contract marriage without the consent of their father and mother; in case of disagreement between the father and mother, that division implies consent".

(3)أياد جواد عبيد عمران الجنابي، دور القضاء في تطوير قواعد التنازع القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير –جامعة بابل، 2020، ص35 هامش رقم 4.

اختلفت آراء الفقهاء بشأن تحديد محل التكييف يرى البعض بأن محل التكييف ينصب على نصوص القانون الداخلي [1]وذهب البعض الأخر إلى القول بأن محل التكييف ينصب على الواقع أو علاقات الحياة المادية[2]، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن محل التكييف لا ينصب على نصوص القانون ولا على الواقع و أنما يتكون من الصلة التي يقيمها الأطراف بين محل الادعاء و محل المطالبة فمحل التكييف يتعلق بهذه الصلة التي تكون مستقلة عن الواقع و القاعدة القانونية، أي أن محل التكييف ينصب على المسائل القانونية التي يثيرها النزاع المعروض على القضاء[3].

و تتكون هذه المسائل من مطالبة المدعي و الوقائع التي يتمسك بها من أجل تحديد هذه المطالبة، فمحل التكييف ينصب على المسألة القانونية، فالمثال السابق المتعلق بالوصية فالقانون الفرنسي أعتبر إبرام الوصية من المسائل الشكلية فتخضع لقانون محل الإبرام، بينما الهولندي أعتبر الوصية من مسائل الأهلية وبالتالي تخضع للقانون الهولندي، فاختلاف محل التكييف في كلا القانونين أدى إلى اختلاف في توصيف العلاقة توصيفًا دقيقًا لردها إلى أحد الأفكار المسندة.

فمحل التكييف هو المسائل القانونية التي يثيرها النزاع المطروح على القضاء وهذا ما أخذ فيه المشرع العراقي و المصري حيث ورد في المادة (17) "1 – القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها"[4]، و تقابلها المادة العاشرة من القانون المصري أشارت إلى ذات المضمون، عند التمعن في هذه النصوص نجد أن محل التكييف هو المسائل القانونية التي يثيرها النزاع المعروض على القاضي، أما موقف القانون الألماني لا يوجد نص صريح في القانون الدولي الخاص الألماني ينظم التكييف، فالأمر متروك للفقه والقضاء وتطبيقًا على ذلك رجلًا هولنديًا يخضع للقانون الهولندي وفقًا لقاعدة الإسناد الألمانية كتب وصيته في ألمانيا في شكل خاص وكانت قانونيه وفق القانون الألماني لكن بالرجوع للمادة( 992) من القانون المدني الهولندي و التي أختلف في تفسيرها ما إذا كانت المادة (992 )تتعلق بشكل الوصية أم تضع قيد

( 1)د. حامد زكي ، أصول القانون الدولي الخاص المصري، مصدر سابق ص104 ومابعدها.
( 2 )د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح القانوني لموضوع الإسناد في الواقع و القانون و المزج بينهما، مصدر سابق.
(3) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، 105.
(4) المادة 17 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

على حرية الارادة في أبرام الوصية، أشارت المحكمة إلى تطبيق القانون الألماني في توصيف العلاقة[1].

وكما ظهرت العديد من الاتجاهات بشأن القانون الواجب التطبيق في التكييف، منهم من أخضع التكييف إلى القانون المقارن و نادى بها الفقيه الألماني رابل RABEL بوجوب قيام القاضي بتوصيف العلاقة القانونية ضمن مفاهيم عالمية بمعزل عن المفاهيم الوطنية[2] ، إذ أن قاعدة الإسناد تسعى إلى سد حاجات المعاملات الدولية وما تنظمه هذه القواعد يجب أن يدل على معنى عالميًا من دون أن تعتمد على المقصود بموجب قانون دولة معينة و بالإضافة إلى ذلك إن الاعتماد على القانون المقارن يخفف من كاهل القاضي عند تكييف واقعة قد لا يكون لها وجود في التشريعات الداخلية[3]، تعرضت لأنتقادات كثيرة لأن قواعد القانون المقارن لم تكتمل فهي في مرحلة التكوين والتطور وعدم شمول القانون المقارن لمفاهيم عالمية كافية بشأن التكييف[4]، وذهب جانب أخر من الفقه بخضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع و نادى به الفقيه (دسبانييه) (Despagnet ) في فرنسا و الفقيه (Wolff) في ألمانيا و التي تضمنت بوجوب الرجوع في التكييف للقانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد [5]، انتقد لأنه يدور حول حلقة مفرغة، وذهب جانب أخر من الفقه إلى خضوع التكييف لقانون القاضي أي قانون المحكمة المختصة بنظر الدعوى وذلك لأن قواعد القانون الدولي الخاص ذات صبغة وطنية ونتيجة لذلك القاضي يجب عليه الرجوع لقانونه الوطني في مسائل التكييف[6]، وهذا الأتجاه نادى فيه الفقيه (بارتان) وهو الاتجاه السائد في القانون الدولي الخاص أخذت به العديد من الدول ومنهم المشرع الفرنسي وهذا ما جعل محكمة النقض الفرنسية في قضية وصية الهولندي تطبيق القانون الفرنسي لأنه يمثل قانون القاضي.[7]

(1)Veronique Allarousse, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, 23 Case W. Res. J. Int'l L.479(1991), p 492

(2)Rabel، le problem de la qualification، Rev. crit، 1933، p.1 et s.

(3) د. عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين دراسة في القانون العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مركز الدراسات القانونية، العدد السابع، 2008، ص225.

(4) د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العرابية، 2015، ص .113

(5)Despagnet: les Conflit des lois relatives a` la qualification des rapports juridiques،Clunet 1898، p 253 et s.

(6) د. حسن المحي، القانون الدولي الخاص نظريات و مبادئ ، بلا مكان نشر ،1994ص 128، و د. أيناس محمد البهجي، و د. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارت القانونية، ط1، 2013، ص 15.

(7) سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين،مصدر سابق، ص64.

أما على مستوى التشريعات العربية، أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الذي يخضع التكييف لقانون القاضي، ففي المادة (17) سالفة الذكر، حيث أشار إلى القانون العراقي هو المرجع في عملية التكييف أي هو الذي يحكم التكييف، وكما أخذ به المشرع المصري حيث نصت على أن "القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها"[1].

وعند التمعن في نص المادة (17) من القانون المدني العراقي نجد أن المشرع لا يعطي للقاضي أدنى سلطة تقديرية عند تحديد القانون الواجب التطبيق في التكييف، لكن هذه السلطة تظهر عند تحليل العلاقة القانونية أو المسألة محل النزاع وردها إلى أحد الأفكار المسندة، كأن يقوم بتحديد طبيعة النزاع بين الزوجين على أنه ينصب حول مسائل الأموال لرده إلى ضوابط الإسناد التي تحكم الأموال ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال المادية أو أن طبيعة العلاقة عقدية فيتم ردها إلى القاعدة التي تحكم مسائل الالتزامات العقدية[2].

القاضي وهو يجري عملية التكييف يقوم بسلسلة من عمليات التقدير المعقدة، لكي يصل في النهاية إلى إعمال قاعدة الإسناد القانونية التي يراها ملائمة على وقائع النزاع[3].

بما أن التكييف هو نشاط قانوني فني ذهني يقوم فيه القاضي فهو يتضمن الواقع و القانون ويقع ضمن سلطة القاضي، لأن الواقع يمثل بداية لأعمال التكييف، فأول ما يبدأ به قاضي الموضوع هو إعطاء الواقعة المعروضة أمامه الوصف القانوني الدقيق فالتكييف يمهد الطريق أمام القاضي ويمثل بداية" لأعمال التقدير وبذلك يعد نقطَة البدء في إعمال قاعدة الإسناد، حيث للقاضي الحرية في فهم وتفسير الوقائع في ظل المفاهيم القانونية الذي هو جزء منه[4]،، فعندما يقوم القاضي بالتكييف فانه يقدر في الوقت نفسه،فالقاضي يقدر حين يكيف وقائع النزاع المعروضة عليه، لأنه يهدف إلى إعمال القانون الواجب التطبيق فالتقدير في هذه الحالة أداة مساعدة لأعمال التكييف، ولما كان نشاط القاضي ووقائع النزاع والقاعدة القانونية و أدوات

(1) المادة (10) من القانون المدني المصري رقم( 131) لسنة 1948 المعدل.

(2)د.خير الدين الأمين، السلطة التقديرية للقاضي في القانون الدولي، بحث منشور، مجلة جامعة بابل ، العلوم الانسانية ، المجلد 15، العدد2، 2008 ، ص 830 .

(3)نجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ،جامعة بابل، 2016، ص 28.

(4)د.خير الدين الأمين ، السلطة التقديرية للقاضي في القانون الدولي، مصدر سابق، ص830.

الصياغة القانونية، هي المادة التي تباشُر عن طريقها السلطة التقديرية، وهي في الوقت نفسه الأدوات ذاتها التي يعتمد عليها التكييف القانوني[1].

على وفق ما تقدم، تظهر أهمية التكييف في تحقيق الموازنة بين قيود النصوص القانونية و بين الواقع المتجدد غير المتناهي، إذ أن المشرع غير قادر على أن ينظم أو يضع قاعدة إسناد لكل المسائل أو الوقائع التي تحصل في الواقع المعاصر، فأن تشعب علاقات الأفراد الدولية وتعددها جعل المشرع يضع ضوابط إسناد و صاغها صياغة مرنة لكي تستوعب متطلبات الواقع المعاصر ليجعلها قادرة على استيعاب الكثير من المسائل التي تحصل في الواقع و لاسيما نصوص قاعدة الإسناد محدودة العدد أمام متطلبات الواقع غير المتناهي وغير قابلة للحصر ومن أجل اسيتعابها عن طريق تكييفها من قبل القاضي لردها إلى أحد ضوابط الإسناد فتظهر أهمية التكييف في مواجهة الواقع المتغير و المتجدد فعندما تستجد مسألة أو واقعة معينة يتم تكييفها لإعطائها التوصيف الدقيق لردها إلى أحد ضوابط الإسناد.

## الفرع الثاني

## جوانب التطوير في مرحلة الإحالة(نظرية الحل الوظيفي)

الإحالة وفقًا لنظرية الحل الوظيفي لها أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد و جعلها تواكب متطلبات الواقع المعاصر.

و تظهر الأهمية عندما يكون القاضي ملزمًا بتطبيق النص القانوني الذي تشير إليَه قواعد الإسناد باختصاصه، وقد يكون تطبيق القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد لا يحقق غاية قاعدة الإسناد، أو الوظيفة التي أنشأت هذه القواعد من أجلها، وفي الوقت ذاته يجد القاضي نفسه مقيدًا عن الاجتهاد في الوصول إلى أفضل و أنسب القوانين التي تحقق غاية قواعد الإسناد، المستندة إلى مبادئ قانونية وواقعية شُرعت قواعد الإسناد من أجل تحقيقها، إذ نشأت الضرورة للبحث عن وسيلة جديدة، تُتيح للقاضي حرية نسبية في عدم التقيد بالنص القانوني لقواعد الإسناد في تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية، فظَهرت في فقه القانون الدولي الخاص وبعض التشريعات المقارنة وجانب من التطبيقات القضائية نظرية الحل الوظيفي[2].

---

(1)نجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 29.

(2) نظرية الحل الوظيفي: والتي تعني الامتناع عن تكريس حل عام شامل مجرد ينطبق في كافة الحالات وجميع الفروض، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق وإنما يجب عدم التقيد بحل عام مسبق، ويجيء الحل المقال به =

إذ إن نظرية الحل الوظيفي، نشأت نتيجة التطويع الذي أدخله القضاء على النصوص القانونية، لإضافة نوع من التلطيف على جمود بعض تلك النُصوص، فبعد أن منعت غالبية القوانين الأخذ بالإحالة، وأقتصرت على الأخذ بالقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية، دون التركيز على وظيفة وغاية قاعدة الإسناد[1]، فإذا تبيّن للقاضي أن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، لا يحقق غاية قاعدة الإسناد و يؤدي إلى حل غير عادل، فيكون له أن يسترشد بقاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق، ويقبل الإحالة من قواعده إلى قانون آخر، يحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد[2].

و أنِ فكرة الإحالة قد أخذت بها بعض الدول وأخرى رفضت الأخذ بها، فالاتجاه الذي أخذ بها يرى، أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون الواجب التطبيق ليحكم المسألة محل النزاع، فانه يجب البدء بإعمال قواعد الإسناد الموجودة في ذلك القانون، لمعرفة هل هو مختص بحكم النزاع، أو أن قانون دولة أخرى هو الأجدر بالتطبيق. أما الاتجاه الرافض يرى، بأن يلتزم القاضي الوطني في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي اختارته قاعدة الإسناد الوطنية، بغض النظر عن قواعد الإسناد في ذلك القانون، وما قد يؤدي إليه إعمالها[3].

أن مسألة قبول أو رفض الإحالة متعلقة بمضمون أو غاية قاعدة الإسناد الوطنية وليس بناًء على أي اعتبارات أخرى[4]، و التي تتيح للقاضي حرية قبول أو رفض الإحالة، وفقًا لطبيعة

=في مادة بعينها، أو أكثر متفقًا وروح قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي تسعى إلى تحقيقها، في إطار من التعايش والتنسيق والتعاون بينها وبين قاعدة الإسناد الأجنبية، وهذا الاتجاه ظهر لاعتماد القانون الذي يحقق الغاية أو الهدف المقصود من قاعدة الإسناد، سواءً أكان هذا القانون هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع، أم قانون أجنبي له ارتباط بالعلاقة محل الخصومة، ويتحقق ذلك من خلال ربط تلك القواعد بمسألة أخرى هي مسألة الغاية منها، والوظيفة التي تؤديها في نطاق العلاقات الأجنبية المشوبة بعنصر أجنبي، وأن حل هذه المسألة يتوقف في المقام الأول على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية، للوقوف على غايتها الأساسية، من دون الاهتمام بالاعتبارات الأخرى، للمزيد من التفاصيل ينظر إلى صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي و أثرها في تطوير قاعدة الإسناد(دراسة مقارنه)، مصدر سابق، ص 1 و ما بعدها .

(1) د. خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، مصدر سابق ، ص255.

(2) د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، (القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص109.

(3) حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مصدر سابق،ص 324.

(4)ولقد ظهرت فكرة قبول أو رفض الإحالة في ظل الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها لدى الكاتب الألماني Zitelmann) تنطلق هذا النظرية من مقدمة أساسية وتعني أن مسألة قبول أو رفض الإحالة لا يمكن أن تتقرر وفقًا للأفكار العامة ذات طابع نظري بحت ومطلق، و أنما وفقًا للوظيفة التي تؤديها قاعدة الإسناد، ويتم ذلك من خلال ربط الإحالة بمسألة الغاية من قاعدة الإسناد و الوظيفة التي تقوم فيها. ينظر للمزيد من التفاصيل إلى د.

القضية المعروضة عليه، وما تتضمن من وقائع وملابسات وظروف من ناحية، ومن ناحية أخرى غاية أو أهداف قاعدة الإسناد الوطنية الموجودة في قانونه فأختيار القانون المختص، تختلف دوافعه ، وفقًا لقاعدة الإسناد الوطنية المختصة بالمسألة المطروحة على القاضي الوطني، وتبعًا للغاية التي تسعى قاعدة الإسناد إلى تحقيقها، وهذا يؤدي إلى الانتقال بمفهوم الإحالة من المفهوم الشكلي المجرد،إلى المفهوم الغائي الوظيفي، فأصبحت الإحالة وسيلة يلجأ إليها المشرع أو القاضي[1] من أجل إتاحة سلطة تقديرية للقاضي لمواكبة التطورات التي تحصل في الواقع المعاصر.

أما موقف التشريعات من الإحالة: بعض التشريعات أخذت بالإحالة[2]، ومن هذه التشريعات المشرع الألماني في القانون الدولي الخاص الألماني فنص المادة الرابعة الفقرة الأولى على أنه" إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فأنه يجب أن تطبق أيضًا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني، إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني" [3] يتضح من هذا النص أن القانون الدولي الخاص الألماني قد أخذ بالإحالة بشكل مطلق لكن أورد عليها قيدًا وهو بشرط عدم تعارضها مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، وكما إن المشّرع الألماني، أخذ بالإحالة من أجل أعطاء المجال لقاضي النزاع، في أن يختار أنسب القوانين المتنازعة وعدلها في حكم العلاقة القانونية، من دون التقيد بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، والأخذ بما ترشد إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، بشرط أن لا يتعارض مع روح قاعدة الإسناد الألمانية.

---

حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002،ص141 .

(1) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص172 و 173.

(2) ومن التشريعات التي أخذت بالإحالة التشريع البولوني في المادة( 36) من قانون 2 أغسطس لسنة 1926 أخذ بالإحالة بشكل مطلق و كما أخذ به القانون الياباني في المادة (29) من قانون يونية لسنة 1898 التي كانت تأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية، وأيضًا القانون المراكشي في المادة (9)، وكما أخذت بالإحالة اتفاقية لاهاي لسنة 1902، و للمزيد من التفاصيل ينظر : د.حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط1، مطبعة نوري بالقاهرة، 1936، ص218.

(3) نص المادة الرابعة الفقرة الأولى على ما ياتي:

the private international law of that ،"1)If referral is made to the law of another State insofar as this is not incompatible with the meaning of the ،State shall also be applied the German ،referral. If the law of another State refers back to German law substantive provisions shall apply".

وتطبيقًا على ذلك: الحكم الصادر من محكمة (Bochum) الألمانية الابتدائية في عام (1969) والذي اخذ بالإحالة وتتلخص الوقائع تزوج شخص إيطالي الجنسية من امرأة ألمانية، أمام الموظف المختص في عام( 1947)، وكانت نتيجة الزواج ولادة طفلين، إلا أنه تم الطلاق بينهما وصدر حكم قضائي بالطلاق في عام( 1963)، ثم بعد ذلك أرتبط الزوج بعلاقة مع امرأة ألمانية أخرى دون زواج، وتم ميلاد طفلين فأقر الأب ببنوتهما وبعدها تزوج الايطالي من الألمانية في الدنمارك، وفي عام( 1967)، طلبت الأم من الجهات المعنية الإقرار ببنوة الطفلين، لكن المحكمة رفضت الإقرار بالبنوة وبينت إلى أن الإقرار بنسب الطفل الطبيعي يخضع وفقًا للمادة (22) من القانون الدولي الخاص الألماني، للقانون الأب لحظة الإقرار بالنسب، وقانون الأب هو القانون الإيطالي لكونه قانون جنسيته وهذا يؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي، و القانون الإيطالي يتطلب لصحة الإقرار بالبنوة أن يكون بين الأبوين زواج صحيح، و كما يتطلب وجود اعتراف صحيح من قبل الأب و الأم، فحكمت المحكمة بمقتضى القانون الألماني وبذلك راعت روح الدستور الألماني التي تؤكد على أنه لا يوجد فرق بين الأطفال الطبيعيين والشرعيين ومن ثم طبقت أحكام المادة (11) و كذلك المادة (13) من القانون الدولي الخاص الألماني، التي تؤكد على صحة الإقرار بالبنوة، ومن ثم أعملت محكمة (Bochum) القانون الألماني على الرغم من أنه ليس مختصًا إعمالًا لوظيفة قاعدة الإسناد[1].

وكما اتجهت المحكمة العليا الألمانية، بشكل صريح لقبول الإحالة من الدرجة الثانية[2]، حيث قبلت المحكمة الألمانية الإحالة إلى قانون دولة ثالثة، بصدد قضية تتعلق بتركة أحد

(1) أشارت إليه: د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 252 و ما بعدها .

(2)الإحالة تكون نوعان الإحالة من الدرجة الأولى أو إحالة من الدرجة الثانية: فنكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى عندما يؤدي فيها أعمال قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير وإحالته أو رده إلى قانون القاضي بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية فى قانونه. مثال ذلك أن يبرم انجليزي له موطن فى فرنسا تصرفا قانونيا بها، أن يثور النزاع بشأن أهليته للقيام بهذا التصرف، لو طرح هذا النزاع أمام محكمة فرنسية لعقدت الاختصاص بحكمة للقانون الانجليزي أعمالا لقاعدة الإسناد الفرنسية التى تخضع مسائل الأهلية لقانون الجنسية. ولكن قواعد الإسناد فى القانون الإنجليزي ترفض اختصاص هذا الأخير بحكم مسائل الأهلية وتعقد هذا الاختصاص لقانون الموطن وهو القانون الفرنسي.
أما الإحالة من الدرجة الثانية: نكون بصدد إحالة من الدرجة الثانية عندما يؤدي فيها أعمال قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير وإحالته لقانون دولة ثالثة غير قانون القاضي الذي يقبل الاختصاص لقواعده الموضوعية. ينظر: سداد عماد العسكري، الإحالة في القانون العراقي، مقال منشور في عام 2017 ، على موقع الزمان وعلى الرابط الأتي: https://www.azzaman.com تاريخ الزيارة 3\2\2023.
مثال ذلك أن ترفع أمام القاضي العراقي دعوى تتعلق بتركة منقولة توفى عنها فرنسي له موطن فى انجلترا . فتتطبق قواعد الإسناد فى القانون الفرنسي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد العراقية ، من شأنه عقد الاختصاص للقانون الإنجليزي بوصفه قانون موطن المتوفىُ ، والذي يقبل الاختصاص وقد تتوالى الإحالة من هذا النوع عندما ترفض . قواعد الإسناد فى قانون الدولة الثالثة الاختصاص المعروض وتحيله لقانون دولة رابعة

البلجيكيين الكائنة في روسيا، وعندما رجعت المحكمة للقانون المختص وفقًا لقاعدة الإسناد الألمانية هو قانون جنسية المتوفى، أي القانون البلجيكي باعتباره قانون الدولة التي ينتمي إليه المتوفى بجنسيته، وعند الرجوع للقانون البلجيكي تبين أنه يحيل الاختصاص للقانون الروسي، باعتباره قانون موقع الأموال، فطبقت المحكمة القانون الروسي، وبذلك أخذت بالإحالة القانون البلجيكي إلى القانون الروسي[1].

أما موقف المشرع الفرنسي[2]، فقد أخذ بالإحالة، عندما أكد على ضرورة مراعاة غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، من قبل قاضي النزاع أثناء تعيين القانون الواجب التطبيق، بما يحقق التنسيق بين النظم القانونية المختلفة ويحمي التوقعات المشروعة للأطراف ويحقق العدالة المادية[3].

وتطبيقًا على ذلك: ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي يبرز أثر الإحالة في تطوير قاعدة الإسناد، من خلال تحقيق العدالة المادية وحماية توقعات الأفراد المشروعة، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن زوجين سوريين من الديانة اليهودية، يسكنون بشكل دائم في بريطانيا، والتي

---

تحذو قواعد اسناده نفس الحذو. وهكذا تتوالى الإحالة من قانون لآخر حتى ينتهى المطاف بقبول قانون معين للاختصاص.

(1) عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد(2)، المجلد(1)، 2015، ص430

(2) ظهرت الإحالة لأول مرة عام 1841 لكنها لم تتبلور و تتوضح إلا أمام القضاء الفرنسي عام 1875 على أثر قضية شهيرة ثارت أمام القضاء الفرنسي وهى القضية المعروفة بقضية (فورجو)، وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن ابنا طبيعيا يدعى "فورجو" ولد فبافاريا ، وبعد فترة انتقل مع امه إلى فرنسا وكان عمره (5) سنوات حيث أقام بها فترة طويلة إلى أن توفى بها عن عمر (68) سنة دون أن يكتسب موطن قانوني في فرنسا أو يترك وصية لأن اكتساب الموطن في فرنسا كان يتطلب الحصول على الأذن الرسمي الخاص بالتوطن ، وعندما مات وترك وراءه ثروة طائلة منقولة وغير منقولة دون أن يكون له زوجة أو أولاد، فالأموال غير منقولة حكمت المحكمة الفرنسية بأيلولتها إلى الخزينة الفرنسية، أما الأموال المنقولة فأثار النزاع بين أقاربه الطبيعيين من الحواشى وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول إليه هذا الأموال، وكان محور الخلاف هو تعيين القانون الواجب التطبيق على الميراث، هل هو القانون البافاري بوصفه قانون الموطن الأصلي للمتوفي ، أم هو القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفىُ؟ فإذا أخذنا بالقانون البافاري آلت التركة إلى الحواشى لأنه يسمح لهم بالإرث. أما لو أخذنا بالقانون الفرنسي آلت التركة إلى الدولة الفرنسية بوصفها تركة شاغرة نظرا لأن القانون الفرنسي لا يورث الحواشى، وبتاريخ 24 مايو 1876 قضت محكمة استئناف بوردو بحق أقارب المتوفى من الحواشفى الإرث بتطبيقها للقانون البافاري وذلك عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية الخاصة بالمواريث والتى تقرر اختصاص قانون الموطن الأصلي للمتوفى فى شأن الأموال المنقولة، ولما طعن بالنقض فى هذا الحكم من قبل إدارة الدومين العام فى فرنسا لم تؤيد محكمة النقض ما ذهبت إليه محكمة استئناف بوردو . وقضت بأنه كان تعين على هذه المحكمة أن تطبق قاعدة الإسناد التى يتضمنها القانون البافاري حيث تشير تلك القاعدة باختصاص قانون الموطن الفعلي، وهو القانون الفرنسي ولما كان القانون الفرنسي لا يورث الحواشى ، فقد اعتبرت المحكمة أن الأمر يتعلق بتركة شاغرة لا وارث لها، وقضت بايلولة ملكية التركة إلى الدولة ،و قد جاء في القرار: " بما أن القانون البافاري يوجب تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية، لذا فأن القانون الوحيد هو القانون الفرنسي" ونتيجة هذه القضية استقرت فكرة الإحالة في القضاء الفرنسي. د.غالب علي الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1965،ص 14 و ما بعدها .

(3) صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قاعدة الإسناد، مصدر سابق، ص 9 و10.

تعتبر موطنهما الأصلي، وخلال وجودهم العابر في إيطاليا من أجل السياحة، قررا أبرام زواجهم بناًء على الشكل الديني اليهودي الذي يقرهُ قانون جنسيتهما المشتركة، وبعد ذلك قررا أن يقيما بصورة مؤقتة في فرنسا، فأثيرت مسألة صحة زواجهما من حيث الشكل نتيجة نزاع حصل بينهما، حيث إن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تخضع مسائل شكل التصرف إلى اختصاص قانون محل الإبرام، و أن الأخذ باختصاص قانون محل الإبرام وهو القانون الإيطالي يجعل الزواج باطلًا، إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تتجه لذلك الحكم وتقرر بموجبه إبطال العلاقة الزوجية بينهما تراعي في ذلك مصلحة الزوجين و التقليل بقدر المستطاع من حالات بطلان التصرفات القانونية ونتيجة لذلك أعتبرت هذا الزواج صحيحًا لأنها أخذت بالإحالة من الدرجة الثانية من القانون الإيطالي إلى القانون السوري، إذ الإحالة في هذا الحكم يعد حلًا عادلًا يحمي التوقعات المشروعة للأطراف، ولقد ورد في حكم المحكمة إذ جاء فيه "إن إعمالا للإحالة يجد تبريره في هذه المنازعة فيما تؤدي إليه من تطبيق القانون السوري على شكل الزواج، وهو القانون الذي رغب الأفراد في الخضوع لحكمه وهو الذي يعتبر زواجهما صحيحًا"[1]، وكما أن اتفاقية لاهاي التي انعقدت عام (1955) أخذت بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية وتطبيقًا على ذلك: النزاع الذي حصل بشأن أهلية انكليزي متوطن في فرنسا، فالقاضي الفرنسي يطبق قانون الجنسية ووفقًا لقاعدة الإسناد الفرنسية فيطبق القانون الإنكليزي بأعتباره قانون الجنسية، إلا أن القانون الإنكليزي يحيل النزاع للقانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن ووفقًا لقاعدة الإسناد في القانون الإنكليزي وبالتالي سوف يطبق القانون الفرنسي[2].

أما موقف المشرع المصري، رفض الأخذ بالإحالة بموجب القانون المدني المصري والتي نصت على أنه" إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[3] يتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد رفض الأخذ بالإحالة بعد ما كان يأخذ بها بشكل نسبي، ولقد حاولت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تبرير الحكم الوارد في نص المادة (27) مدني بقولها" أن قاعدة الإسناد حين تجعل

(1) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ..، مصدر سابق، ص224.
(2) د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص55.
(3)المادة (27) من القانون المدني المصري رقم (131 )لسنة 1948المعدل.

الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة وفي قبول الإحالة أيًا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقص لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة"[1].

أما موقف المشرع العراقي، فقد كان المشرع العراقي يأخذ بالإحالة، فقد طبق القضاء العراقي فكرة الإحالة في قضية وقعت بين بريطانيا والعراق ونظرها القضاء العراقي وتتلخص وقائعها ولدت الآنسة (ن) في بغداد سنة 1939م من أبوين إنكليزيين كانا قد اتخذا من العراق موطنا لهما، وعند بلوغ البنت الثانية عشرة من عمرها توفي والدها وأشهرت إسلامها، أمام المحكمة الشرعية ببغداد، وتزوجت من عراقي أمام المحكمة الشرعية ببغداد في(1951)، بعد أدعائها البلوغ و أثبتت بلوغها من خلال شهادة الشهود، واقتنع القاضي بان ظاهر حالها يؤيد ادعاءها ، فطعنت والدتها بالزواج أمام محكمة المواد الشخصية، طلبت فيها إبطال عقد زواجها، لأنها بريطانية الجنسية لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، فلا يجوز لها أن تتزوج دون موافقة وليها، و بالإضافة لذلك أفاد وكيل المدعية (الأم) بأن أحكام القانون الدولي الخاص تشترط في زواج الأجانب أن يكون العقد صحيحا وفق شريعة الزوجين، و بما أن البنت لا زالت بريطانية الجنسية، لذا يكون زواجها في هذا العمر الثانية عشر غير جائز حسب القانون الإنكليزي، إلا بعد حصول الموافقة من وليها، وبما أن الأم هي وليها ولا توافق على هذا الزواج، لذا يجب فسخه فكيفت المحكمة موضوع النزاع باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية، فيكون القانون الواجب التطبيق قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، و هنا يكون القانون الإنكليزي هو واجب التطبيق في هذا النزاع لأنه قانون المدعية (الأم) والمدعى عليها (البنت)، فقد قررت المحكمة بشأنه ما يلي: (بما أن المدعى عليها البنت (ن) أجنبية وأن مسائل الأحوال الشخصية قد جرت العادة أن يطبق عليها قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، وحيث أن المدعية وابنتها من التابعية البريطانية، لذا فإن القانون الشخصي هو الذي يحكم أهليتهما أو القانون الذي يشير إليه قانونهما الشخصي، والقانون الشخصي في هذه الحالة هو القانون الإنكليزي، والقانون الإنكليزي يخضع الأهلية اللازمة للزواج لقانون موطنه، وقانون الموطن هنا هو القانون العراقي فهو الذي يحدد أهلية الزواج للبنت (ن) باعتباره قانون موطنها وموطن والديها تطبيقا لقاعدة الإسناد الإنكليزية، وحيث أن المقصود بالقانون العراقي في هذه الحالة هو (مجلة الأحكام العدلية) وأحكام الفقه الإسلامي التي يجب تطبيقها على الأشخاص بصرف النظر عن معتقداتهم الدينية أو مذاهبهم، وان المادة (986) من المجلة تنص على أن سن البلوغ للمرأة تسع سنين ومنتهاها 15 سنة، وإذا أكملت المرأة تسعا ولم تبلغ يقال لها المراهقة، وان المادة (989) من

(1)د.عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 142.

المجلة تنص على أن إقرار المراهقة بحضور القاضي ببلوغها يكفي لاعتبارها بالغة حكما إذا كانت المظاهر البدنية وظاهر حالها لا يكذبها، و بما أن البنت قد أثبتت بلوغها وأيدها القاضي ذلك ، فتعتبر بالغة حكما ولها أن تزوج نفسها بمن تشاء ولوليها حق طلب إبطال زواجها من ناحية الكفاءة فقط،). فللأسباب الآنفة الذكر أخذ المشرع العراقي بالإحالة وتم تطبيق القانون العراقي باعتباره قانون الموطن واستنادا إلى ذلك اعتبر زواجها صحيحاً و تقرر رد دعوى المدعية بهذا الخصوص[1].

وبعد صدور القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951، تم حظر العمل بالإحالة وكان ذلك واضحاً في نص المادة (1\31)على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" فالمشرع العراقي لم يأخذ بالإحالة، لكنه في عدة حالات تعد استثنائية أخذ بالإحالة في قانون التجارة رقم (30) لسنة1984من المادة (2/48)[2] والتي أكدت على الرجوع في أهلية الملتزم بموجب الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته أو أي قانون أخر يحيل إليه هذا القانون.

فالقانون العراقي أنضم إلى طائفة القوانين المقارنة الرافضة للإحالة. وكان الأوفق و الأفضل للمشرع العراقي أن يتبنى موقفا أكثر مرونة، ويقرر رخصة الأخذ بالإحالة كلما بدا ذلك مناسبًا وملائما بالنظر للمصالح الوطنية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالطرف المسلم ، وكذلك لصالح عقود التجارة الدولية[3].

مثال على ذلك لو رفعت دعوى طلاق مواطن بلجيكي من امرأة فرنسية متوطنان في العراق، وكان النزاع معروضًا أمام المحاكم الفرنسية، حيث أن المحاكم الفرنسية ستعطي الاختصاص التشريعي للقانون العراقي بأعتباره قانون الموطن المشترك الذي يحيل بدوره وفق قاعدة الإسناد العراقية إلى قانون الزواج أي القانون البلجيكي الذي يقبل باختصاصه، وبالتالي فان تطبيق الإحالة سيطبق قانوناً يتفق و ينسجم مع جميع قواعد الإسناد في القواعد ذات العلاقة[4].

(1) د. غالب علي الداودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص78 و ما بعدها.
( 2) نصت المادة(2/48) على أن " يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجب التطبيق".
(3) حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مصدر سابق، ص324.
(4) صالح مهدي كحيط العارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية و الإطلاق و أحكام الحل الوظيفي (دراسة مقارنه)، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 18.

و الجدير بالذكر،أن العديد من الفقهاء نادوا بضرورة الأخذ بالإحالة إستنادًا إلى غاية ووظيفة قاعدة الإسناد كونها تحقق التعايش المشترك بين النظم القانونية وتحقيق التنسيق بينهم، من أجل الوصول لأكثر الحلول عدالًة لتلبية متطلبات الواقع المتطور، وكما يؤدي إلى استقرار الحياة القانونية وكذلك بلوغ الغاية التي تهدف قاعدة الإسناد إلى تحقيقها[1].

على وفق ما تقدم، أن عدم الأخذ بالإحالة يتعارض مع هدف و غاية قاعدة الإسناد التي تسعى من أجل وضع حلول تتلاءم مع ظروف الحياة الخاصة الدولية و التي تكون متشعبة الجوانب و في تطور مستمر، أن قبول الإحالة و تبني نظرية الحل الوظيفي يساهم بتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة و يراعي حماية لتوقعات الأطراف المشروعة ويحقق العدالة المادية التي تعتبر غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، وهذا ما تحرص عليه، وتسعى لتحقيقه قاعدة الإسناد، و هذا يتطلب من المشرع العراقي بعدم تقييد القاضي بالنص القانوني بل يجب أن يفسح المجال أمامه بالبحث عن روح النصوص القانونية وليس التقيد بشكلية النصوص، من أجل مسايرة تطورات الواقع للوصول إلى تطبيق أنسب القوانين وأكثرها تحقيقًا للعدالة، فإننا نأمل من المشرع العراقي تعديل المادة (31) أما بعدم إيراد نص بشكل صريح بشأن الإحالة تاركًا هذا الأمر للاجتهاد القضائي و الحكم في ضوء ما يقتضية تحقيق العدالة التي تعتبر غاية قاعدة الإسناد، أو الأخذ بما ذهب إليه المشرع الألماني عندما أخذ بالإحالة لكن بشرط أن لا تتعارض مع روح قاعدة الإسناد الألمانية.

## المطلب الثاني

## وسائل القضاء في تطوير قواعد الإسناد

يعتبر القضاء عاملًا مهمًا في تطوير قاعدة الإسناد لما له من دور كبير في تطويرها وتحقيق الموازنة بين قيد النص ومتُطلبات الواقُع وكما ذكرنا سابقًا بأن التشريع لا يمكنه الإحاطة بكل مستجدات الواقع المتشعب في جوانبه، بل لابد للمشرع أن يترك مجالًا واسعًا للسلطة التقديرية للقاضي من أجل مسايرة متطلبات الواقع، وأن ترك هذا المجال يمكن القاضي من تحقيق الموازنة بين النص القانوني ومعطيات الواقع من أجل اختيار أنسب القوانين وأكثرها ملائمة للوصول إلى تحقيق غاية ووظُيفة قاعدة الإسناد، فالنص القانوني قد يعتريه بعض العيوب كالغموض و النقص وقد يخلو من حكم للواقعة المطروحة أمام القاضي أو عدم ملاءمته لمواكبة

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر : د.حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الأول، مصدر سابق، ص 171و د.عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص90.

متطلبات الواقع و فتظهر الحاجة الضرورية لإعطاء القاضي سلطة تقديرية من أجل أيجاد الحل المناسب للنزاع .

تقع على القضاء مهمة تطبيق النصوص القانونية، وتفسير الغامض و المبهم من النصوص، وقد تظهر عندما يطبق القاضي النص القانوني، ثلاث مشاكل تتمثل هذه المشاكل بالثغراث و الحاجة للملاءمة و الحاجة للتطوير، فكيف يتسنى للقاضي تطوير قاعدة الإسناد؟ وكذلك كيف له أن يلائم نصوص قاعدة الإسناد مع متطلبات الواقع؟

و قد لا يجد القاضي نصًا قانونيًا يحكم النزاع المعروض أمامه والسؤال الذي يثار في هذه الحالة إذا لم يرد نص قانوني يحكم الوقائع التي حصلت في الواقع المتغير فكيف يواكب القاضي متطلبات الواقع إذا لم يوجد نص ينظمها ؟ أو إذا كان النص غامض و مبهم فكيف يتسنى له تحقيق الموازنة ؟

للإجابة على الأسئلة يكون كالأتي:

أن مسايرة متطلبات الواقع يتطلب عند أعمالها الخروج عن قيود النص القانوني من خلال تفسيرها و تحليلها تحليلًا متطورًا، وكما يمكن أن تتطلب خلق حلول عند افتقاد النص، وهذا يتطلب منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: الوسائل الأصلية، وفي الفرع الثاني: الوسائل البديلة .

## الفرع الأول

## الوسائل الأصلية

القضاء له دور مهم في تطوير قاعدة الإسناد من أجل ملاءمتها للتطورات التي تحصل في الواقع المعاصر، لما يتسم به التطور المستمر وتتمثل هذه الأهمية بما يكون للقضاء من دور في خلق حلول للوقائع المستجدة و التي لا يوجد نص خاص يحكمها.

وما دمنا بصدد بيان دور القضاء في تطوير قاعدة الإسناد، من خلال الوسائل الأصلية، فلا بد من معرفة موقع القضاء من بين مصادر القانون وهل هو مصدر أصلي ورسمي أو مصدر تفسيري ؟

يختلف دور القضاء من دولة لأخرى فمنهم من يعتبر القضاء مصدرًا أصليًا و رسميًا، فالاتجاه الأنكلوسكسوني الذي يأخذ (بالسوابق القضائية)[1] أعتبر القضاء مصدرًا أصليًا، وحتى لدى دول القانون المكتوب يكون للقضاء دور يخلق و ينشأ قواعد الإسناد عندما تكون القواعد الإسناد محددة وقليلة، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي، فعمد القضاء في فرنسا إلى اعتبار القضاء كمصدر أساس لقواعد التنازع، وذلك لقلة هذه القواعد، إذ أتخذ من التفسير للنصوص التشريعية ستارًا له، لخلق قواعد إسناد لازمة لإيجاد حلول للوقائع المتجددة و المتنوعة[2].

ونتيجة لذلك تتباين التشريعات في موقفها من سلطة القاضي التقديرية، فقد صنف فقهاء القانون السلطة التقديرية إلى صنفين، فمنهم من وصفها بالسلطة المقيدة وفيها تتحدد سلطة القاضي التقديرية من خلال النصوص القانونية ذات صياغة جامدة من دون أن تترك أدنى مجالاً لممارسة سلطته التقديرية، لأنها بحسب وجهة نظرهم تحقق ضمانات أكثر لحقوق وحريات الأفراد ضد انحراف السلطة القضائية، فتعتبر السلطة المقيدة حسب هذا المنهج أفضل من السلطة التقديرية، أما المنهج الثاني الذي بموجبه تتاح للقاضي سلطة تقديرية، كالقانون الانكليزي بوصفه قانونا غير مقننٍ وفقا لنظام السوابق القضائية، وهذا يجعل القضاء في منزلة القانون، فالقاضي هو الذي يضع القاعدة القانونية وهو الذي يؤسسها من خلال الإجراءات القضائية، إذ يرى بأنه ليس من الممكن ان يكون القاضي دائما حبيساً ومقيدًا في النص القانوني و لا تتاح له أدنَى سلطة تقديرية، ونتيجةٍ لذلك من الضروري أن يجمع النظام القضائي قدراً من السلطة التقديرية بجانب السلطة المقيدة تتمثل بنشاط ذهني في فهم الواقع المَعروض أمامه،لأيجاد الحل المناسب و الملائم لها[3].

والوسائل الأصلية أو الأساسية التي يستخدمها القاضي في تطوير قاعدة الإسناد، وفي أنشاء حلول للنزاعات المطروحة أمامه، تتمثل بالمبادئ العامة للقانون و مبادئ العدالة، إذ ذكرنا

---

([1]) السوابق القضائية: و تعني إن القاضي عندما يفصل في أحدى القضايا، لابد من أن يرجع للأحكام القضائية السابقة الصادرة من المحاكم العليا، في دعوى مماثلة للدعوى المطروحة أمامه، لاستنباط حكم منها ليطبق على النزاع، ولكن التزام القاضي بالأحكام القضائية السابقة ليس مطلقا، فالأحكام الصادرة من محكمة دنيا لا تُلزم المحاكم التي في درجتها نفسها أيً إن الأصل التزام القاضي بها ولكن يستطيع العدول عنها إذا وجد سبباً قوياً يسوّغ له ذلك أما الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف نفسها تُلزم دائماً المحاكم الأدنى منها درجة وكذلك أحكام المحكمة العليا فإذا فصل مجلس اللوردات في انكلترا في مسألة فإنً القاضي يأتمر بالحل الذي وضعته ولا يستطيع التخلص منه إلا بالقيام ببعض التميزات المصطنعة قائلا أن الحالة المعروضة أمامه لا تشبه أبدا السابقة القضائية ينظر: نجاة كريم جابر الشمري ، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالاشخاص ذات العنصر الأجنبي ، مصدر سابق، ص10.

(2)د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص86.

(3)نجاة كريم جابر الشمري ، المصدر نفسه ، مصدر سابق، ص 1 .

سابقًا أن من أبرز المشكلات التي تعترض القضاء أثناء تطبيق قاعدة الإسناد، هو الظلم القانوني و النقص التشريعي، وهذا يتطلب الحاجة إلى مبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون، إذ تتسم علاقات القانون الدولي الخاص، بخصائص عالمية، و سريعة النمو و التطور، فالعلاقات ذات الطبيعة الدولية متشعبة الجوانب متغيرة، و كما بينا سابقًا أن قاعدة الإسناد قد لا تواكب هذا التطور، نتيجة قيود النصوص القانونية وجمودها، ومن أجل تحقيق المواكبة فتقع على القاضي مهمة الموازنة بين الواقع المتطور و النص القانوني، و يكون من خلال المبادئ العامة للقانون و مبادئ العدالة و الوسائل البديلة وغيرها من الوسائل.

تعد المبادئ العامة للقانون[1] ومبادئ العدالة من الوسائل الأصلية لتطوير قاعدة الإسناد، إذا تعد أداة طيعة بيد القاضي تمكنه من الاجتهاد لتغطية معظم حالات النقص، إذ تقوم بدور هام في الحياة القانونية حيث تعطي للقضاء دورا كبيرا في تطوير قاعدة الإسناد في حالة عدم وجود النص في الدول التي تتقيد في النصوص القانونية كالقانون العراقي والقانون المصري عبر تطويع تلك المبادئ على النزاع المعروض عليه اما في القوانين الاجنبية كالقانون الانجليزي على سبيل المثال، فإن للقاضي دوراً اوسع بتطبيق تلك المبادئ سواء أوجد النص ام لا كونها من الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية، حين يتعين على القاضي وهو بصدد الفصل في قضية معروضة عليه، و لا توجد بشأنها قاعدة إسناد، أو لم تعد قادرة على مواجهة التطورات التي تحصل في الواقع، أو عند تفسير نصا غامض يكون من المستحسن أن يرجع إلى المبادئ العامة التي تعتري هذا النص تطبيقا له[2]، وتعطي هذه المبادئ للقانون عنصر المرونة عند تطبيقه فهي تغلب روح القانون على حرفيته، أي يعتمد القاضي عند إعمال النص القانوني على روح النصوص و لا يتقيد بالمعنى الحرفي للنص، وتضع الفطرة السليمة فوق مقتضيات الصياغة وتسعى لتحقيق العدالة المادية وتزداد أهميتها عندما يجد القاضي نفسه أمام واقعة قانونية لم يرد بصددها نص في التشريع، ففي هذه الحالة لن يأتي الحل من قاعدة مكتوبة، وإنما يأتي الحل من مبدأ قانوني موجود في التشريع يستمده القاضي من روح التشريع، إذ إن المبادئ القانونية

(1) ولقد عرفها بيسكاتوري : "بانها مجموعة من المبادئ التي تستخدم في توجيه القانوني من حيث تطبيقه وتنميته ولو لم يكن لها دقة القواعد القانونية الوضعية وانضباطها" . نقلا عن : د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – مصدر سابق ، ص 493 .

(2) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص62.

ومبادئ العدالة موجودة ولو لم تكن مصاغة بنصوص ويقتصر دور القاضي على الكشف عن هذه المبادئ[1].

تعتبر المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة، مصدرا خصبا في أحوال تنازع القوانين وذلك لقلة وندرة القواعد التشريعية في هذا المجال، وقد اعتبر جانب من الفقه أن المبادئ في قواعد الإسناد بمثابة الحجر الذي يبنى بواسطته الفقهاء اكتشافاتهم ونظرياتهم القانونية وهي نجدة القاضي عند فقدان النص فتشكل بذلك مصدرا قانونيا استطراديا[2].

ويظهر دور المبادئ العامة ومبادئ العدالة بشكل واضح، في الحالات التي لا توجد قاعدة إسناد خاصة بها، فهي ترشد القاضي للقانون المختص الذي يحكم النزاع، وكما أنها تقوم بالتنسيق وتقرب بين الأنظمة القانونية، وتتيح للقاضي مجالًا للاجتهاد، لكي لا يتذرع بغياب النص[3].

ومن التطبيقات الواضحة على المبادئ العامة للقانون هو إن الصبي إذا اسلم تبعاً لإسلام أبيه فمن حقه الخيار عند البلوغ إذا تحققت الشروط الشرعية لذلك**قرار** الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم 201 / هيئة عامة ثانية /1976 والتي تتلخص وقائعهابأن المدعية قد أعتبرت مسلمة تبعاً لإسلام أبيها عندما كانت قاصرة وعندما بلغت سن الرشد اختارت البقاء على دينها المسيحي ثم تزوجت من المدعى عليه الأول نمرود يونان وفق الحجة الصادرة من محكمة المواد الشخصية في الكرادة وطلبت في دعواها الحكم بتأييد حجة الزواج، إلا أن المدعى عليه الثاني مدير الأحوال المدنية منع توحيد قيدها مع زوجها في سجلات دائرة الأحوال المدنية،لذلك أصدرت محكمة التمييز قرارها بتصديق الحكم المميز وأن المدعية قد استعملت حقها بالرجوع إلى دينها المسيحي بعد أسلامها تبعاً لإسلام أبيها عندما كانت قاصرة وأنها بعد بلوغها قد اختارت البقاء على دينها المسيحي ثم تزوجت من المدعى عليه الأول فتكون قد استعملت حقها المقرر بمقتضى أحكام الشرع وان عقد زواجها صحيح ولا يحق للمدعى عليه الثاني مدير الأحوال المدنية أن يعارض في توحيد قيدها مع قيد زوجها في سجلات دائرة الأحوال المدنية فقرر ردها وتصديق الحكم المميز [4]، استخدم القاضي المبادئ العامة للقانون و التي وردت في نص المادة

(1)د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق، ص 496.
(2). عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 47 .
(3)أحمد نعمة خضير، دور المبادئ العامة في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة عشر العدد الثالث، 2021، ص229.
(4) نقلاً عن أياد جواد عمران عبيد الجنابي، دور القضاء في تطوير قواعد التنازع، مصدر سابق، ص 97هامش رقم 4.

(30) و التي جاء فيها" يتبعَ فيما لم يرد بشأنه نص في مواد تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً"كما أشار ميثاق محكمة العدل الدولية إلى المبادئ العامة في المادة (38) بقولها :(لا يترتب على النص على أن وظيفة المحكمة هي أن تفصل في المنازعات وفقا لأحكام القانون الدولي الخاص إلى الإخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقًا لمبادئ العدل والأنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك) [1]،يتضح أنه أتاح للقاضي سلطة الفصل في الدعوى بصورة عادلة تبعًا لمبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون، وكذلك أخذ بها القانون الدولي الخاص الألماني و يظهر ذلك في أحكام المحاكم الألمانية والتي سوف نتناولها لأحقًا.

وكما ذكرنا سابقًا تقع على القاضي مهمة تطبيق النص القانوني، وقد تستجد وقائع لا يجد القاضي لها نصًا قانونيًا يحكمها، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم بها بحجة عدم وجود نص يحكمها، و إنما تقع عليه مهمة خلق أو ابتكار حلول مستعينًا بالمنطق القانون و الاجتماعي، و مستوحيًا من مبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون[2]، ففي ظل عدم وجود سلطة عليا موحدة، كان لابد من اللجوء لمبادئ العدالة، و أن هذه المبادئ لن تتحرك إلا من خلال منح القاضي سلطة تقديرية، فهي تعتبر أرضاً خصبة للقاضي في ممارسة نشاطه الذهني وثقافته القانونية[3]، فتحقيق الموازنة يكون من خلال ممارسة سلطته التقديرية، إذ من خلالها يحقق العدالة المادية، فلا يتقيد بحرفية النْص القانوني و التي تحقق العدالة الشكلية و لا تستجيب للواقع المتغير و المتجَدد.

ذهب أحد الآراء إلى القول بضرورة كسر الجمود و الانتقال بالواقع المتجدد إلى ميدان المرونة والتطويع والحركية، و بالتالي الانتقال إلى تحقيق الموازنة بين قيود النص و متطلبات الواقع، ففي العراق و على المستوى النظري، لا بد من تحقيق العدالة المادية على مستوى حلول قاعدة الإسناد، فلا بد أن تتحول إلى طابع أكثر مرونة، فقاعدة الإسناد تتميز بمميزات ذاتية تجعلها قابلة للتطور وتتكيف باستمرار.[4]

(1)يقابلها المادة (24)مدني مصري ،المادة (25)مدني أردني ، المادة( 34)مدني يمني ،المادة(69)من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي ، والمادة (2) من قانون تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية البحراني رقم (6) لسنة 2015، انظر خير الدين الأمين ،السلطة التقديرية للقاضي ،مصدر سابق ،ص831 ، أما التشريعات الأجنبية ، المادة (5) من القانون الدولي الخاص السويسري .

(2)د. غالب علي الداودي، ود. حسن الهداوي، قانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 23.

(3)أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد، مصدر سابق،ص 41 و42.

(4)أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد، مصدر سابق ، ص 34 و 35.

وإن أول من أنشأها هو القضاء وخاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي وواكبه في ذلك مجلس الدولة المصري الذي أنشاها عام 1946 على غرار مجلس الدولة الفرنسي إلا ان الفقه يكاد يجمع على أنها قواعد أساسية وجوهرية لا يمكن أن يخلو منها أي نظام قانوني بمعنى أنها تكاد تفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة.[1]

ومن التطبيقات التي تجسد مبادئ العدالة: حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر في 30\نوفمبر\ 1982 ويعد من أبرز القرارات التي جسدت مبدأ العدالة المادية، والتي تتمثل بالاعتراف بصحة الزواج المنعقد في شكل غير معترف به من قبل القانون الألماني، وتتعلق وقائعه بدعوى أقامتها أرملة أمام القاضي الألماني مطالبة بالحصول على حقها في التأمين الاجتماعي الذي كان زوجها الإنكليزي يتمتع به، فرفض القضاء الألماني الاعِتراف بهذا الحق، وأصدرت قرارها برفض قبول الطلب، مسببًا الحكم بكون زواجها الذي تم في أحدى المعسكرات التابعة للاحتلال الإنكليزي، في ألمانيا بواسطة موظف مختص وكان ذلك وفقا للقانون الإنكليزي، وهو زواج غير معترف فيه بألمانيا لأنه تم مخالفة النص المادة (13) وفق الفقرة 3 دولي خاص إلماني، حيث نصت على أنه " ( اذا كانت أهلية الشخص الذي يريد الزواج حسب الفقرة أولا تخضع للقانوني الأجنبي :1- فإن الزواج يعد غير صحيح إذا لم يكمل من يريد الزواج سن السادسة عشر من العمر حين التقدم للزواج، 2- ويعد الزواج قابلاً للأبطال إذا اكمل من يريد الزواج سن السادسة عشر ولكنه لم يكمل عامهُ الثامن عشر وقت الزواج" [2] إذ أنها تتطلب عقد الزواج أمام الموثق الألماني، وعندما عرض النزاع على المحكمة الدستورية الألمانية ذهبت إلى الطعن بعدم دستورية المادة(1264) والتي أدت إلى حرمان الأرملة من الحصول على التامين الذي تنظم أحكامه إذا كان الزواج زواجا أعرجًا (وهو الزواج صحيح وفق قانون دولة وباطل وفقًا لقانون دولة أخرى)، حيث ذهبتْ المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن الدستور الألماني يتيِح الحماية لكل أنواع الزواج، حتى و أن كان هذا الزواج زواج أعرجًا، وطالما هوغير مخالف للنظام العام في ألمانيا فتحقيق العدالة المادية وحماية الأسرة بضمان حصول الأرامل على الضمان الأجتماعي يتطلب الاعتراف بالزواج حتى و أن كان مخالفًا لنص المادة (13) الفقرة الثالثة[3]، إذ استندت المحكمة الدستورية في قرارها على مبادئ العدالة، لأن أعمال نصوص القانون الألماني، يؤدي إلى عدم الاعتراف بالزواج و ما يترتب عليه من نتائج غير مقبولة.

(1)أياد جواد عبيد عمران الجنابي، دور القضاء في تطوير قواعد التنازع القوانين، مصدر سابق، ص95.
(2) ينظر إلى نص المادة (13) الفقرة الثالثة من القانون الدولي الخاص.

(3)د.حفيظة السيد حداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، المصدر سابق ،ص286 وما بعدها.

إن اعتماد القضاء للمبادئ العامة للقانون و مبادئ العدالة يحقق ما يأتي:

1- إن دور القاضي عند تطبيقه للنص القانونيِ هو بلوغ روح النصوص التشريعية وجوهرها وليس التطبيق الحرفي للنص القانونيِ .
2- إن تحقيق غاية القانون، لا يتم ألا عن طريق تحرر القاضي من قيود النص القانوني .
3- التحرر من قيود الجمود في النصوص القانونية من شروط الحصول على الحقوق .
4- عند التعارض بين النصوص القانونية سيكون الاحتكام من خلال مبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون، الملجأ الذي يلتجأ إليه القاضي في سبيل حل التعارض[1].
5- تطبيق القانون تطبيقًا عادلًا من خلال المبادئ العامة للقانون و مبادئ العدالة ، يحقق حكمته و يجاري روح النص.[2]

على وفق ما تقدم، تعتبر المبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة وسيلة للقاضي في تطوير قاعدة الإسناد، إذ إنها تكون أداة طيعة للقاضي تتيح له المجالِ الواسع من أجل تحقيق العدالة المادية، نظرًا للمرونة التي تضيفها للنص القانوني عند تفسير هذا النص، فهي لا تقف على المعنى الحرفي و أنما تعتمد على روح النص، إذاً تشكل مبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون وسيلة مهمة للقاضي في تحقيق الموازنة بين قيد النص و متطلبات الواقع المعاصر، إذ من خلال هذه الوسائل يستطيع القاضي أن يتحرر من قيود النص و يواكب متطلبات الواقع .

## الفرع الثاني

## الوسائل البديلة

تلعب الوسائل البديلة[3] دورًا هامًا في تطوير قاعدة الإسناد، إذ إن البقاء على الوسائل الأصلية التي ذكرناها سابقًا قد لا يتماشى مع متغيرات الحياة، لذا تبرز الحاجة للوسائل بديلة و التي تتمتع بالمرونة وقابلية التكيف حسب الظروف والمتغيرات، إذ يكون للقاضي دور مهم في تطوير قاعدة الإسناد عن طريق استخدام هذه الوسائل، وتتمثل بتفسير النصوص تفسيرًا متطورًا من أجل الوصول لروح النص دون التقيد به، وذلك باستخدام القانون الأوثق صلة والأكثر تحقيقاً للعدالة، إذ أخذت به العديد من القوانين ومنها القانون الدولي الخاص الألماني في المادة (28) من

(1)أحمد عباس عمران الشمري،أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد،مصدر سابق،ص36.
(2)د. إسماعيل نامق حسين، العدالة و أثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجًا(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى ، 2011 ،ص 291
(3)الوسائل البديلة : هي وسائل غير أصلية بعضها منظم تشريعيًا و البعض الأخر غير منظم تؤدي دور أحتياطي وتكميلي للوسائل الأصلية في تسوية النزاعات الخاصة ذات الطبيعة الدولية لمراعاة مصالح الأطراف وتحقيق العدالة ينظر: أياد جواد عبيد عمران، دور القضاء في تطوير قواعد التنازع، مصدر سابق، ص98.

القانون التمهيدي للقانون المدني الألماني، أما في حالة عدم وجود نص تشريعي أي إذا كنا في حاله (فراغ تشريعي)، فيبرز دور الوسائل البديلة في تنظيم هذه الحالة، إذ أن وجود هذا الوسائل تتيح اختيار القانون المناسب، فما هو دور الوسائل البديلة في تطوير قاعدة الإسناد؟

يبرز دور الوسائل البديلة في عدة جوانب وسوف نتناولها فيما يأتي:

أولًا: فيما يتعلق في مسألة الاسم:

يعتبر الاسم عنصراً من عناصر الحالة الشخصية، لأنه يميز الشخص ويحدد هويته القانونية، و الاتجاه الراجح يجعل مسائل الاسم من مسائل الحالة، وبالتالي إخضاع الاسم (للقانون الشخصي)، ولقد حصل خلاف حول المقصود بالقانون الشخصي، فمنهم من قال يقصد بالقانون الشخصي قانون جنسية الشخص ذاته، ومنهم من قال يقصد بالقانون الشخصي القانون الذي يحكم آثار النسب، إذ كان الاسم متعلقًا بالنسب، ومنهم من يعده من آثار الزواج، إذا كان متعلقاً بأحقية الزوجة بحمل أسم زوجها، ومنهم من يعده من آثار الطلاق، بالنسبة لمدى أحقية الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها بعد انحلال الزواج، و بالتالي يخضع للقانون الذي يحكم الطلاق و التطليق، ومنهم من يعد القانون الشخصي هو القانون الإقليمي في حالة إذا أراد تغيير اسمه لتعلق الأمر بالحماية المطلوبة للغير و باستقرار التعامل وهذا يمس الأمن المدني في الإقليمِ[1].

إذ اعتمد القانون الشخصي لحكم الاسم من قبل التشريعات الأجنبية[2]، ومنهم قانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في نص المادة(1\10)، حيث نصت على أن" اسم الشخص يحكمه قانون الدولة التي ينتمي إليها"[3]، تخضع الحق في الحصول على الاسم للنظام الأساسي للموطن.

وتطبيقًا على ذلك: ففي عام 1993 أراد المستوطنون من أصل ألماني الانتقال من روسيا إلى ألمانيا، و أراد المستوطنون اسم الأب وفقًا للقانون الروسي، باعتباره جزءًا من الاسم، فوفقًا للمادة (1\10) يخضع الاسم لقانون الموطن، حيث كان يتم التعامل مع الألمان من أصل

(1) د. هشام صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، هامش رقم (1)، ص 477.
(2) و منهم القانون الدولي الخاص النمساوي فنص صراحةً في المادة (1\13)، على أن" حمل اسم الشخص، يتم تقديره طبقًا لحالته الشخصية الحالية، وذلك استقلالًا عن سبب اكتساب الاسم".

(3) نصت المادة(1\10) من قانون الدولي الخاص الألماني على
"(1) The name of a person is governed by the law of the State of which the person is a national".

عرقي مثل المواطنين الألمان، لذلك كان هناك تغيير في النظام الأساس، فيبقى القانون الروسي قابلاً للتطبيق حسب ما تمليه مصلحة الأسرة.

أما على مستوى التشريعات العربية، القانون المصري جاء خاليًا من قاعدة إسناد خاصة بتنظيم الاسم، أما القانون العراقي قد نظم مسائل الاسم في قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972،وكذلك قانون البطاقة الوطنية الموحدة أذ نصت على أن " الاسم المجرد : أسم الشخص الذي يميزه عن غيره في الأسرة الواحدة المدون في السجل المدني و قاعدة المعلومات" [1]لكن لم يبين القانون الذي يحكم هذه المسائل، فهنا تبرز أهمية الوسائل البديلة التي يستعملها القضاء في سبيل مجاراة الواقع المتطور، بما أن الاسم يعتبر عنصراً من عناصر الحالة الشخصية، فيخضع الاسم للقانون الشخصي، وبالتالي يسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها.

على وفق ما تقدم، تظهر أهمية الوسائل البديلة في إسناد مسائل الاسم للقانون الشخصي، و القانون الشخصي في القانون العراقي هو قانون الجنسية، لذا نأمل من المشرع العراقي تنظيم مسائل الاسم في قاعدة إسناد خاصة أسوة بالقانون الدولي الخاص الألماني، ولذلك نقترح على المشرع العراقي تنظيم مسائل الاسم بالشكل الآتي ( يسري على الاسم قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته).

ثانيًا: مسائل الخطبة:

فيما يتعلق بالخطبة[2]، أغلب التشريعات جاءت خالية من أي قاعدة إسناد خاصة بالخطبة، فاختلفت التشريعات في تكييف الخطبة، منهم من اعتبرها عقد ملزم، كالقانون السويسري و الإنجليزي و بالتالي تعتبر عقد وترتب على ذلك الالتزام بالتعويض، ويلتزم من تلقى هدايا من الطرف الأخر ردها عند العدول[3]، ومنهم من أعتبرها من مقدمات الزواج، فتعتبر وعد بالزواج ولا يكون له أي قيمة ملزمة، فيحق لأي أطراف أن يعدل، دون أن ترتب عليه مسؤولية، أذا كانت هنالك أسباب تبرره[4].

(1) ينظر إلى نص المادة (الأولى) الفقرة الرابعة عشر قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦.
(2) تعد الخطبة مرحلة تحضيرية قبل انعقاد الزواج وعرفت في نظام الأسرة البابلية، حيث كان الخاطب يقدم مبلغًا من المال لخطيبته، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة هبة لدى السومريين يقدمة الزوج إلى زوجته عند الخطبة، فإذا عدل الخاطب عن الزواج يخسر هذا المبلغ، وإذا تم العدول من قبل الزوجة ترده مضاعفًا. للمزيد من التفاصيل ينظر إلى : عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1990،ص 215 و ما بعدها .
(3)د. هشام صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 479.
(4)أميرة حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية المرنة في قواعد تنازع القوانين، مصدر سابق،ص 124 و125

من التشريعات الأجنبية التي نظمت الخطبة القانون الدولي الخاص الألماني، فأشارت المادة (1\13) على أن ( تخضع شروط إبرام الزواج، فيما يتعلق بكل شخص خاطب للزواج، لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها)، ، وكما أشارت الفقرة الثانية على أنه ( إذا لم يتم استيفاء أحد المتطلبات بموجب هذا القانون، فسيتم تطبيق القانون الألماني في حالة 1- أن يكون محل الإقامة المعتادة لأحد الخطيبين داخل الدولة أو أن يكون أحدهما مواطنًا ألمانيًا، 2- أن يكون المخطوبان قد اتخذا خطوات معقولة للوفاء بالمتطلبات،3- أنه يتعارض مع حرية المخطوبان في رفض عقد الزواج، على وجه الخصوص، فلا يجوز عقد الزواج السابق لشخص مخطوب على الزواج ضده أو ضدها، إلا إذا تم إبطاله بموجب قرار صادر أو معترف به هنا، أو إعلان وفاة زوجة الشخص الذي يحب أن يتزوج) يتضح أن هذه المادة بفقرتيها (1و 2) قد نظمت الشروط الموضوعية للخطبة وأخضعتها لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها، وإذا كان لم يتم استيفاء المتطلبات وفقًا لقانون جنسية الشخص الخاطب، يطبق القانون الألماني، بشروط أن يكون محل الإقامة المعتادة لأحد الخطيبين في ألمانيا أو أن يكون أحدهم متوطنًا فيها، وكما نظمت الفقرة (2\2) آثار الخطبة من حيث استكمال متطلبات الزواج، وكما نظمت الفقرة (3\2) من المادة نفسها فسخ الخطبة.

وعلى مستوى التشريعات العربية، بعض القوانين نظمت مسائل الخطبة، كالقانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم (5) لسنة (1961) [1]،بينما القانون المصري و القانون العراقي يخَلو من قاعدة إسناد خاصة في مسائل الخطبة، فهنا يبرز دور الوسائل البديلة التي يستخدمها القضاء في حالة لو طرحت أمامه واقعة متعلقة بالخطبة، فإنه يلجأ لهذه الوسائل، وتتمثل هذه الوسائل بما يأتي:

1- الشروط الموضوعية للخطبة: و التي تتمثل بعدم وجود مانع من موانع الزواج كموانع الرضاع و النسب و المصاهرة، وعدم جواز خطبة الرجل لامرأة متزوجة أو معتدة وكذلك ما يشمل القبول و الإيجاب و الحصول على أذن الولي، إذ تخضع هذه الشروط للقانون كل من الخاطب و المخطوبة، فيشترط أن تتوافر الشروط التي يضعها قانون الدولة التي ينتمي إليها كل من الخاطب و المخطوبة بجنسيته، أي توافر الشروط في

(1) حيث نصت المادة(35) منه على أن" تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ" .

الخاطب حسب قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وذات الأمر ينطبق على المخطوبة.

2- الشروط الشكلية للخطبة: المتمثلة بالصيغة التي تتم فيها الخطبة أو إجراءاتها، فتخضع لقانون بلد الإبرام، ولا يمنع من تطبيق قانون الموطن المشترك للخاطبين أو قانونهما الوطني المشترك.

3- آثار الخطبة: وتتمثل مدى الإلزام بتمام الزواج، وجواز النظر و المخالطة بين الخطيبين، فتخضع هذه الآثار لقانون الخاطب وقت الخطبة، و لا عبرة بتغيير الجنسية بعد ذلك.

4- فسخ الخطبة أو العدول عنها: تباينت الآراء فجانب يخضع الفسخ لقانون دولة الخاطب وقت الفسخ أو العدول، والجانب الأخر يخضع الفسخ لقانون دولة الفاسخ أو العادل، أيًا كان الفاسخ الخاطب أو المخطوبة [1].

على وفق ما تقدم، يتضح لنا جليًا تأثير الوسائل البديلة في تطوير قاعدة الإسناد، لذا نأمل من المشرع العراقي تنظيم قاعدة إسناد خاصة بالخطبة باعتبارها من مقدمات الزواج ونرجح عند استعمال هذه الوسائل استخدام قانون كلا الزوجين أو القانون الذي يختاره الأطراف أو القانون الأوثق صلة ليحكم الشروط الموضوعية و آثار الزواج ، إذ أن أعطاء الاختصاص لهذه القوانين يضيف مرونة عند أعمالها، وبالتالي تحقق العدالة المادية التي تعتبر غايته قاعدة الإسناد، من خلال إعطاء القاضي حيزًا من الحرية لتحقيق الموازنة بين جمود النص ومتطلبات الواقع المتغير، لذلك نقترح على المشرع العراقي بتنظيم مسائل الخطبة بالشكل الآتي(تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها قانون كلا الزوجين أو قانون الذي يختاره الأطراف أو قانون الأوثق صلة ليحكم شروطها الموضوعية و أثارها).

ثالثًا: في مسائل الالتزامات التعاقدية:

يكون للوسائل البديلة دورًا هامًا في تطوير قاعدة الإسناد المتعلقة بمسائل الالتزامات التعاقدية، عن طريق تفسيرها تفسيرًا متطورًا، لإضفاء المرونة عليها، فهذه الوسائل تتسم بالمرونة وقدرتها على الملاءمة، ويمكن أن نلاحظ مرونتها في نصوص تشريعية كالعبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي و التي نصت على أن"... ما

(1)د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص 764 و ما بعدها.

لم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"[1]، أوقد تكون في نصوص اتفاقية، ففي حالة إذا كانت أرادة الأطراف غير صريحة (ضمنية)، فهل يعتد القاضي بالإرادة الضمنية لتعين القانون الذي يحكم العقد، أم يلجأ مباشرة لقواعد الإسناد الاحتياطية ؟ فكيف يتسنى للقاضي أن يكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف للتوصل للقانون المناسب للنزاع المعروض أمامه؟

للإجابة نقول: في حالة إذا كانت أرادة الأطراف ضمنية في تحديد القانون، أي سكوت الأطراف عن إعلان رغبتهم الصريحة في اختيار قانون معين، فتكون من مهمة القاضي البحث والسعي نحو تحديد الإرادة الضمنية من أجل تعيين القانون المختص لحكم النزاع المعروض أمام القاضي، ، لأنَّ القاضي ملزم بالحكم في النزاع المطروح أمامه، فيجب على قاضي النزاع التصدي للكشف والتحري عن إرادتهما الضمنية وذلك عن طريق تفسير النص تفسيراً متطوراً يساعد على مجاراة الواقع، مسترشداً في ذلك بمضمون العقد في حد ذاته، فضلاً عن ظروف وملابسات الواقعة[2]، إذ يمكن إن يستنتج هذه الإرادة من خلال اللغة التي حرر فيها العقد أو الدولة التي أبرم فيها العقد أو الدولة التي اتفق الأطراف على تنفيذ العقد فيها، فهذه الظروف والوقائع التي هي قرائن يستطيع القاضي أنَّ يستعين بها لغرض التوصل للإرادة الضمنية [3].

ولقد تباينت الاتجاهات بشأن سلطة القاضي التقديرية للكشف عن الإرادة الضمنية، فالاتجاه الأول يذهب إلى تقيد سلطة القاضي وعدم إعطائه الحرية في الكشف عن الإرادة الضمنية، حيث ذهب هذا الاتجاه إلى تطبيق قانون الإرادة الصريح الذي يعلن عنه صراحةً من قبل الأطراف، و لا يدع مجالا لتدخل القاضي في الكشفَ عن الإرادة الضمنية[4]، بينما الاتجاه الثاني ذهب إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية في الكشف عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد، إذ أصحاب هذا الاتجاه يساوي بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة، وهذا الاتجاه هو الغالب في تحديد قانون العقد، فهو يسمح للقاضي بالكشف عن إرادتهم الضمنية في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون بشكل صريح، مستعينًا في ذلك من قرائن ذاتية تستمد

(1)نصت الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي على أنه : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه" .

(2) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 378 ،ود. غالب علي الداودي ،القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق ،ص216.

(3) ينظر: د. عبد الرسول الاسدي ،القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص295، ود.ماجد الحلواني، الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة ، مطبوعات جامعة دمشق ، ط2 ، 1960،ص28.

(4) نجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مصدر سابق، ص39 و ما بعدها .

من ذات العقد أو من قرائن خارجية من خلال ظروف العلاقة وملابساتها، فأن عدم الاعتداد بالإرادة الضمنية واعتبارها بعدم اتفاق الأطراف على اختيار العقد هو أمر يناهض المنطق السليم لأنه يؤدي إلى تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بأخضاع العقد لقانون الإرادة[1].

وعلى مستوى القانون العراقي فيلاحظ ما ورد في نص المادة (25\1) و التي نصت على أن".... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر يراد تطبيقه"[2]، تقابلها المادة(19\1) من القانون المدني المصري، قد ساوى بين الإرادة الظاهرة و الإرادة الضمنية حيث نصت على أن" ...هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" يتضح من هذا النص المادة (25\1) أن المشرع العراقي قد صاغها صياغة مرنة حيث أتاح للقاضي سلطة تقديرية في البحث عن الإرادة الضمنية من خلال استخدام عبارة ما لم يتبين من الظروف بأن قانوناً أخر يراد تطبيقه، أي أن قاضي النزاع يسعى للكشف عن القانون الذي يحكم العقد من خلال ظروف كل واقعة على حدة، بمعنى أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الثاني والذي يعطي سلطة تقديرية للقاضي في الكشف عن الإرادة الضمنية .

أما على مستوى التشريعات الأجنبية، فقد ذهبت أحكام القضاء الفرنسي الأخذ بالاتجاه الثاني الذي ساوى بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية ، ونصت المادة( 1160) مدني فرنسي على ذلك، وكذلك تأكد بانضمام فرنسا إلى اتفاقية روما لعام (1980) بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية وفقًا لنص المادة( 1/3)، حيث نصت على أن" يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحًا أو مستخلصًا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال"[3] حيث اشترطت هذه المادة أن يتم استخلاص الإرادة الضمنية على نحو مؤكد، و أن استند القاضي عند استخلاصها على القرائن الداخلية، من محتوى العقد ذاته، أو على قرائن خارجية من ظروف الحالِ، وذات الحكم أخذ به المشرع الألماني، فالقانون الدولي الخاص الألماني، أخضع العقود لاتفاقية روما لعام 1980[4] وكما المادة(3\1) من نظام الإتحاد الأوربي رقم (593) لسنة( 2008) أشارت على ذات المعنى حيث نصت على أن" يخضع العقد للقانون

(1) د. محمود محمد الياقوت ،الروابط العقدية الدولية، مصدر سابق ، ص77 وما بعدها .
(2) تقابلها المادة (19\1) من قانون المعاملات الإماراتي، و المادة (59) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (5) لسنة 1961، و المادة( 17) من قانون الدولي الخاص البحريني، و المادة (27) من قانون المدني العماني .
(3) ينظر : نص معاهدة روما (3\1) لعام 1980 الخاصة بالقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية.
(4) و ذات الأمر ينطبق على ما انتهى إليه المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة BALE) بسويسرا في عام 1991 حيث نصت المادة(3\2) على أن" عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد

الذي اختاره الطرفان، ويتم الاختيار الصريح أو يظهر بوضوح من شروط العقد أو ظروف الدعوى"[1].

هذا في حالة إذا استطاع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية من خلال الظروف كل واقعة على حد، لكن الأمر يختلف في حالة إذا لم يستطع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية في تطبيق قانون معين من خلال ظروف العقد وملابسته ولم يتمكن من استخلاصه من هذه الظروف، اختلفت آراء الفقهاء بشأنه:

الرأي الأول: ذهب إلى منح القاضي حق اللجوء الى ضوابط إسناد احتياطية للرابطة العقدية على سبيل التدرج عند سكوت الإرادة عن تحديد قانون العقد صراحة او ضمنا [2]، وهو الأمر الذي يخالف الاتجاهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص الذي يسعى إلى مزيد من المرونة في إسناد القاضي للعقود الدولية بما يتلاءم مع اختلاف طبيعة هذه العقود وتنوعها[3]،وهذا الاتجاه أخذ به المشرع العراقي في المادة ( 1/25)مدني بنصه على تطبيق لـ(... قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد" وتقابلها المادة (1\19) من القانون المصري و التي تضمنت ذات المعنى[4].

الرأي الثاني: ذهب إلى استخدام نظرية الأداء المميز[5 ]،و التي كانت أكثر مرونة في منح القاضي سلطة تقديرية من أجل الوصول إلى تعيين قانون العقد في حالة سكوت المتعاقدين من خلال منحه حق اللجوء إلى الوسائل البديلة من خلال معيار الأداء المميز حتى يكشف عن الإرادة

---

فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن" ينظر: محمود محمد الياقوت، الروابط العقدية الدولية، ص81 هامش رقم واحد.

(1)وهو ما سار عليه القانون الانكليزي لعام 1977طبقا لنص المادة (150) إذ منحت القاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث عن الإرادة الضمنية عن طريق تفسير العقد عندما تكون معانيه مبنية" على تعابير فنية او تجارية أو قانونية ..لان الأصل في تفسير العقد يخضع لنية الطرفين ،مما يستلزم منح القاضي سلطة تقديرية لغرض البحث عن القانون الملائم للعقد ، وتطبيقا لذلك إذا ذكر في العقد تعبير toship فانه في المصطلح الانكليزي توضع على ظهر السفينة ، بينما في الولايات المتحدة تعني يحمل على قطاره ينظر: د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ،ص185.

(2) ميثم فليح حسن ، طبيعة قواعد الإسناد، مصدرسابق، ص112 هامش فقرة (2) .

(3) د.. حفيظة السيد الحداد ،المؤجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق ،ص385.

(4) المادة (1\19) من القانون المدني المصري و التي نصت على أن" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. فإذا اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد....".

(5) يقصد بالأداء المميز، الصفة التي تميز العقد عن غيره من العقود أو الالتزام الأكثر أهمية ينظر إلى ليث عبد الرزاق علي الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص156

الضمنية للتوصل للقانون الأكثر أرتباطًا بالعقد، فالقاضي يبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد عن طريق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال طبيعتها الذاتية[1]، ففكرة الأداء المميز تعني أن أحد الأطراف يكون له دورً مميز وفعال في أبرام العقد، أما الطرف الآخر فدوره عاديًا قد يكون التزامه في الغالب دفع مبلغ من المال، فالأداء الذي يقوم به الطرف الأول هو الذي يميز العملية التعاقدية، فلابد من إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد[2]وهذا يحقق المرونة المتطلبة لأدراك العدالة، من خلال قواعد الإسناد وجعلها تتماشى بشكل أكبر مع متطلبات الواقع .

ومعيار الأداء المميز يحقق الأمان القانوني من خلال حماية توقعات الأطراف، إذ يمكنْ المتعاقدين من العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد المراد إبرامه، بالرغم من سكوتهم عن النص عليها في قانون العقد[3].

هذا المعيار قد أخذت به العديد من التشريعات[4]، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة(2/4)حيث نصت على أنه" عند انعدام الاختيار الصحيح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا، ويفترض إن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصًا اعتباريًا"[5] و كما أيضًا أخذ بها النظام الأوربي رقم (593) لعام 2008 حيث نصت

(1) تختلف نظرية الأداء المميز عن نظرية التركيز الموضوعي لدى باتيفول رغم أنها تعتبر صورة من صورة التركيز الموضوعي، فالتركيز الموضوعي لدى باتيفول لا يعتمد على طبيعة الرابطة العقدية كنظرية الأداء المميز التي يكون فيها التركيز ذاتي يعتمد على طبيعة العقد و الأداء الجوهري فيه، وانما يتم التركيز على ضوء الظروف التعاقد وملابساته أي يراعي عناصر الواقعية الخارجة عن طبيعة العقد، وهذا يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لأخر رغم وحدة طبيعة كل عقد من العقدين و انتمائهم لطائفة واحدة من العقود ، ينظر: د.حفيظة السيد حداد، المؤجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص429 .

(2)د. يونس صلاح الدين، د.وسام محمد خليفة، القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل و الأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد الرابع، السنة الرابعة، العدد 15، ص 33.

(3) د. محمود محمد ياقوت ،الروابط العقدية الدولية، مصدر سابق،ص137، و ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد، مصدر سابق ،ص115.

(4) من هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري، حيث نص في المادة (117) على أن " 1_ يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا، 2) وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة الاعتيادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز" .

(5) 1_( to the extent that the Law applicable to the contract has not been chosen…2_subject to the provisions of paragraph5of this Article ،it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has at the time of conclusion.. of the contract the performance is to be effected..).

على أنه" إذا كان العقد غير مسمى أو مركب من أكثر من عقد مسمى فإنه يسري عليه قانون الدولة التي يقيم فيها عادةً الشخص المطالب بتنفيذ الأداء المميز"[1]، فقد تولت هذه اللائحة تعزيز الأمان القانوني وحماية توقعات الأطراف وهي الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسناد[2]،واتفاقية لاهاي لسنة (1955)فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية إذ نصت في المادة (3) منه على اعتماد القاضي لقانون محل الإقامة للمدين بالأداء المميز[3]، وكما أخذ به القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986في المادة (28) حيث نصت على أنه" في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق قانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقًا مع البلد الذي يوجد به محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بالأداء المميز وقت أبرام العقد"،و قد أخذت به المحاكم الألمانية وحكمت في عدة حالات على العناصر الأكثر ارتباط ووثاقة بقوانين بلد معينة ، ومنها على سبيل المثال المواطنة المشتركة للأطراف، وموقع الأصول التي تكون موضوع العقد وموضوع ظروف الدعوى والمكان الذي تم فيه إبرام العقد ولغة العقد[4]،متأثرة باتفاقية روما المتعلقة بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، والتي نفذتُ في العديد من الدول الأوربية منها انكلترا وفرنسا وبلجيكا وغيرها، وكذلك أخذ بها القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[5].

أما موقف المشرع الفرنسي، منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل سكوت الأطراف، إذ جاء ذلك ضمن صياغته المرنة للنصوص القانونية منها ما جاء في المادتان( 1134و1135) من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت على أن (القاضي يستخدم سلطته في تفسير العقد وفقا لمبادئ حسن النية وقواعد

(1) ينظر لنص المادة(4\2) من نظام الأوربي لعام 2008 و التي نصت على أن
Article 2 (Applicable law in the absence of choice) Par2:" ،Regulation no 472/ 3111
where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract
the ،would be covered by more than one of the points (a) to (h) of paragraph 1
contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect
the characteristic performance of the contract has his habitual residence"

( 2 )أحمد نعمة خضير، دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص130.

(3) للمزيد من التفاصيل ينظر: نجلاء عبد حسن ، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي (دراسة مقارن)، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون جامعة بابل ، 2013، ص 84.

(4)، ريكت سانوالت كلاوس غوربيل، القانون الدولي الخاص الألماني ، ط1، بلا مكان نشر،2010، ص 9

(5)من خلال قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 1مارس 1926، وكذلك قرارها الآخر في 6جويليه لعام1959 اذا قضت فيه(عند عدم وجود ارادة صريحة يعود القاضي للبحث من خلال اقتصاديات وظروف العقد عن القانون المختص ..)،كما أخذ به القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987في م117/، ينظر: د. محمود محمد ياقوت ،مصدر سابق ،ص138.

العدالة)[1]، إن المشرع الفرنسي أتاح للقاضي عند تفسير العقد أن يتم بحسن نية و استخدام مبادئ العدالة، حتى يتلاءم مع طبيعة الاختلاف في العقود ، وبالشكل الذي يؤدي إلى حماية توقعات الأطراف ويحقق العدالة المادية، لكونه عاملاً أساسياً يساهم في استقرار ونمو معاملات الأفراد المالية وعقودهم التجارية عبر الحدود.

على وفق ما تقدم، أن أعطاء سلطة تقديرية للقاضي في استخدم الوسائل البديلة يؤدي إلى تطوير قاعدة الإسناد وجعلها تلائم متطلبات الواقع، و بالتالي تحقق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، فمنح المشرع للقاضي دورا أكبر في البحث عن انسب الحلول وأكثرها عدالة، فيمكن للقاضي أن يستثمر هذه الدور ويأتي بوسائل تتناسب مع المتغيرات التي طرأت على الواقع وهذا الوسائل تعمل بوصفها بديلاً عن الوسائل التقليدية وتكون أكثر تكيفا مع الواقع، وذلك من خلال تطبيق فكرة الأداء المميز في حالة سكوت المتعاقدين عن تعيين القانون الذي يحكم العقد، فنقترح على المشرع العراقي أن يتيح للقاضي حرية التقدير و الملائمه من خلال تطبيق فكرة الأداء المميز بدلًا من اللجوء مباشرةً عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون إلى الضوابط الأحتياطية، وأن استخدام معيار الأداء المميز يفتح باباً واسعاً للاجتهاد القضائي في تكييف النص حسب الظروف و التطورات، وهذا يجعل النص أكثر مرونة لملاءمة مقتضيات الواقع من أجل الوصول إلى الحلول التي تمليها هذه النظرية، نظرًا لملائمتها للتطور الذي يعيشه العالم في الوقت الراهن في جميع جوانب الحياة.

و الجدير بالذكر، إن أحد الأسباب التي جعلتنا نطلق على فكرة الأداء المميز بالوسائل البديلة، كونها بديلة عن قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، فلكي نطبق فكرة الأداء المميز ينبغي أن يقتصر على حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم، أما في حالة اختيارهم القانون قد لا تسعفنا فكرة الأداء المميز في تطبيق القانون الملائم للمسألة محل النزاع، لوجود الوسائل الأصلية المتمثلة بقانون الإرادة، فهو وسيلة بديلة وليست وسيلة أساسية أو أصلية ، بمعنى أن أثره لا يظهر إلا إذا تخلف القانون المختار إذ لو تم إعمال هذه الفكرة فأنه سوف يترتب على ذلك إسناد الرابطة التعاقدية برمتها إلى القانون الأوثق صلةً بها والتغاضي بشكل تام عن القانون الذي اختارته الأطراف، رغم أن الأصل هو خضوع العقد لقانون الإرادة، وانه لا بد

(1) وكما أشار القانون الفرنسي للقاضي عند تقديره لقانون الإرادة يسترشد بالعرف المتواطد، إلا إذا ظهر أنَّ إرادة الطرفين قصدوا مخالفة أحكامه...)، وللقاضي ان يسترشد بالعادة التجارية طبقا لنصوص( 263،239،302/254،278،3...)،ينظر: د. هشام علي صادق ،مصدر سابق ،ص611.

من مجال تعمل به هذه الإرادة حفاظاً على اليقين القانوني كعامل أساسي في استقرار المعاملات التجارية والاقتصادية عبر الحدود.

# الخاتمة

# الخاتمة

بعد أن انتهينا من الدراسة لابد لنا من بيان أهم الأستنتاجات التي توصلنا إليها خلال هذه الدراسة وبشكل مختصر، مع بيان أهم المقترحات و التي نرجو من المشرع العراقي الأخذ بها عند أعادة النظر بنصوص القانون المدني المتعلقة بقاعدة الإسناد.

## أولاً: الأستنتاجات

1- ظهرت العديد من الآراء بخصوص علاقة قاعدة الإسناد بالقواعد الموضوعية، والقواعد ذات التطبيق الضروري فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العلاقة بينهم علاقة تنافس و الأخر اعتبرها علاقة تكامل وتعايش وهذا ما نرجحه، إذ أن العلاقة بين المناهج علاقة تكامل وتعايش ،و هذا يساهم في تلبية متطلبات الواقع ،لأن هذه المناهج جاءت معاونة لمنهج قاعدة الإسناد من أجل مواكبة تطورات الواقع.

2- إن للصياغة التشريعية أهمية كبيرة في تحقيق الموازنة بين قيود النص ومتطلبات الواقع، وبالخصوص الصياغة المرنة، لأنها تمنح القاضي حيزًا للاجتهاد من أجل ممارسة سلطته التقديرية، أي تحرره من قيود النص لمواكبة متطلبات الواقع المعاصر، والذي يكون في تطور مستمر من كافة نواحي الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية، ولأجل مجاراة هذا التطور لابد من منح القاضي سلطة تقديرية تحرره من قيود النص ويحقق العدالة المادية،و كما توصلنا للدور الذي يلعبه القضاء من تحقيق الموازنة بين قيود النص القانوني ومتطلبات الواقع، من خلال منح القاضي السلطة التقديرية اللازمة للتحرر من قيود النص من أجل مجاراة الواقع المتطور، وذلك من خلال تطويع النص القانوني وجعله ينسجم مع ظروف الحياة، فتكون له أهمية كبيرة في تطوير قاعدة الإسناد، إذ تظهر هذه الأهمية في مواجهة الواقع المتغير و المتجدد فعندما تستجد مسألة أو واقعة معينة يتم تكييفها لإعطائها التوصيف الدقيق لردها إلى أحد ضوابط الإسناد.

وكما إن استخدم الوسائل البديلة يؤدي إلى تطوير قاعدة الإسناد وجعلها ملائمة لمتطلبات الواقع، فمنح المشرع للقاضي دورا أكبر في البحث عن انسب الحلول وأكثرها عدالة، ويمكن للقاضي من أستثمار هذا الدور ويأتي بوسائل تتناسب مع المتغيرات التي طرأت على الواقع وهذه الوسائل تعمل بوصفها بديلاً عن الوسائل التقليدية وتكون أكثر تكيفا مع الواقع.

3- إن الأخذ بالإحالة أو تبني نظرية الحل الوظيفي أهمية كبيرة تتمثل بتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة و يراعي حماية لتوقعات الأطراف المشروعة ويحقق العدالة

المادية التي تعتبر غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، وهذا ما تحرص عليه، وتسعى لتحقيقه قاعدة الإسناد.

4- تلعب الوسائل الأصلية المتمثلة بالمبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة أهمية كبيرة، إذ تعتبر وسيلة للقاضي في تطوير قاعدة الإسناد، إذ أنها تكون أداة طيعة للقاضي تتيح له المجالِ الواسع من أجل تحقيق العدالة المادية، نظرًا للمرونة التي تضيفها للنص القانوني عند تفسير هذا النص، فهي لا تقف على المعنى الحرفي و أنما تعتمد على روح النص، إذاً تشكل مبادئ العدالة و المبادئ العامة للقانون وسيلة مهمة للقاضي في تحقيق الموازنة بين قيد النص و متطلبات الواقع المعاصر.

## المقترحات

1- نقترح على المشرع العراقي أن يعدل صياغة المادة (19\2) و أن يتم صياغتها بأسلوب الصياغة المرنة، فتكون الصياغة كالأتي( يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها كلا الزوجين وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، وإذا أكتسب الزوجان خلال الزوجية جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذه الجنسية هو القانون الواجب التطبيق)، وكما أننا ندعو المشرع العراقي لصياغة نصوص قاعدة الإسناد التي تنظم انحلال الزواج صياغة مرنة بهدف الخروج من قيود النص القانوني، ويكون ذلك من خلال الأخذ بقانون كلا الزوجين مع مراعاة القانون الأوثق صلة بالرابطة، فضلًا عن ذلك ندعو المشرع العراقي إلى أن يعتمد على الاتفاقيات الدولية أسوةً بموقف التشريعات الحديثة.

2- ندعو المشرع العراقي إلى أعادة صياغة المادة (19\4) من القانون المدني العراقي بالشكل الذي يجعلها تنسجم مع متطلبات الواقع وتعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون الأصلح للطفل، فنقترح أن تكون الصياغة بشكل الأتي:(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية و الولاية و سائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب أو القانون الأصلح للطفل).

3- ندعو المشرع إلى أعادة صياغة نص المادة(22و 23) بأسلوب مرن يجعله يساير متطلبات الواقع، فنقترح أن تكون صياغة النص بالشكل الأتي: (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته، أو القانون الأوثق صلة بالمورث) كما في القانون الألماني، كما ندعو المشرع العراقي إلى أعادة صياغة المادة (23)، فتكون الصياغة كالأتي( قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته، أو القانون الأوثق صلة

بالموصي) إذ أن أضافه عبارة القانون الأوثق صلة بالموصي يعطي للقاضي سلطة تقديرية باختيار القانون المناسب و الملائم.

4- نقترح المشرع العراقي أن يقوم بتعديل المادة (26) بالشكل الأتي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها أو قانون الدولة التي تحكم موضوع العقد).

5- نقترح على المشرع أن يقوم بتعديل المادة (27) بالشكل الأتي: (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدث فيها الواقعة المنشئة للالتزام أو القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام)، فإضافة عبارة (القانون الأكثر ارتباطًا بالواقعة المنشئة للالتزام ) يعطي مرونة للنص ويتيح للقاضي السلطة التقديرية لاختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع، وبالتالي يجعل القاضي غير مقيد بالنص القانوني.

6- نأمل من المشرع العراقي تعديل المادة (31) والأخذ بما ذهب إليه المشرع الألماني عندما أخذ بالإحالة لكن بشرط أن لا تتعارض مع روح قاعدة الإسناد العراقية.

7- نأمل من المشرع العراقي تنظيم مسائل الاسم في قاعدة إسناد خاصة أسوة بالقانون الدولي الخاص الألماني، لذلك نقترح تنظيم مسائل الاسم بالشكل الآتي(يسري على الاسم قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته)، وكما أننا نأمل منه تنظيم قاعدة إسناد خاصة بالخطبة باعتبارها من مقدمات الزواج ونرجح عند استعمال هذه الوسائل استخدام قانون كلا الزوجين أو القانون الذي يختاره الأطراف أو القانون الأوثق صلة ليحكم الشروط الموضوعية و آثار الزواج الأطراف، لذلك نقترح تنظيم مسائل الخطبة بالشكل الآتي (تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها قانون كلا الزوجين أو قانون الذي يختاره الأطراف أو قانون الأوثق صلة ليحكم شروطها الموضوعية و آثارها) إذ أن إعطاء الاختصاص لهذه القوانين يضيف مرونة عند أعمالها، وبالتالي تحقق العدالة المادية التي تعتبر غايته قاعدة الإسناد.

# المصادر

# المصادر


أولًا: الكتب القانونية

1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997.
2- د.إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
3- د.أبو العلا النمر، المختصر في تنازع القوانين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
4- د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ب.مكان طباعة، 1981.
5- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية( النظرية العامة للقانون)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
6- د.أحمد عبد الكريم سلامة ، الأصول في التنازع الدولي للقوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2008 .
7- ـــــــــــــ،علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولًا ومنهجًا ، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة،1996.
8- ـــــــــــــ،القانون الدولي الخاص (الجنسية و الموطن و معاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
9- ـــــــــــــ،القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
10- ـــــــــــــ، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
11- د.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989.
12- - د. أحمد علي الخطيب، ود. أحمد الكبيسي، ود. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1980.
13- د. أحمد محمد الهواري ،الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي ، ط1 ،عمان – الأردن ،2008
14- د. إسماعيل نامق حسين، العدالة و أثرها في القاعدة القانونية القانون المدني نموذجًا(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى ، 2011 .
15- -د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،2009.
16- ـــــــــــــ،الوسيط في القانون الدولي الخاص المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن- قواعد الإسناد في القانون المصري قواعد الاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008.
17- د. أيناس محمد البهجي، و د. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارت القانونية، الطبعة الأولى، 2013.
18- د. أميد صباح عثمان، القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير التعاقدية(دراسة تحليلة مقارنة)، دار الكتب القانونية، 2011.
19- د. بيار ماير- فنسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان،2008.
20- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1981.

21- د.جابر جار عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، مطبعة الهلال، بغداد، ط1، 1949.
22- د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .
23- د.حامد زكي، قانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الأولى، مطبعة نوري بالقاهرة، 1936.
24- ـــــــــــــ، أصول القانون الدولي الخاص المصري، ج2، ط3، القاهرة، 1954.
25- د.حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
26- د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين( المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني)(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، ط1، 1997.
27- د. حسن المحي، القانون الدولي الخاص نظريات و مبادئ ،1994.
28- د. حسن كيره، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1974.
29- د.حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
30- ـــــــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول) المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2005.
31- ـــــــــــــ،القانون الدولي الخاص الكتاب الأول تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
32- د.حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الجامعة الأردنية، 1980.
33- د.خليل إبراهيم محمد خليل ، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة )، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2015.
34- د.رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
35- ريكت سانوالت كلاوس غوبيل، القانون الدولي الخاص الألماني، ط1، 2010.
36- د.سالم حماد الدحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ط8، 2006.
37- د.سامي بديع منصور و د. عبده جميل غضوب، القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، 2009.
38- د.سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ،ط1 ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2009.
39- د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية،1973 .
40- د.شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية،1968.
41- د.صلاح الدين جمال الدين ،القانون الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
42- ـــــــــــــ،تنازع القوانين بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
43- ـــــــــــــ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ، 2004.
44- د.طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، ط1،منشورات زين الحقوقية و الأدبية ، 2018.

45- د.عباس العبودي، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية،دار السنهوري، 2015.
46- د.عبد الله فاضل حامد، القواعد الآمرة و تطبيقاتها على العقد الدولي(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
47- د.عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص( في أوربا و مصر)، مطبعة السعادة، 1927 .
48- د.عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،ج1، مطبوعات جامعة الكويت،1972.
49- د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2012.
50- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، 2017.
51- د.عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1990.
52- د.عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية(تشريعًا وفقهًا وقضاءً، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 1995.
53- د.عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المجد مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،2008 .
54- عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص ،مطبعة النسر الذهبية، القاهرة، 2002.
55- د. عزيز إطويان، القانون الدولي الخاص القسم الثاني تنازع القوانين،بلا مكان نشر،2016 .
56- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ج2، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
57- د.عصمت عبد المجيد، أصول التشريع ، بلا مكان نشر، بغداد، 1999.
58- د.عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، 2015.
59- د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
60- د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2007.
61- د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
62- د. عوني محمد الفخري، اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بغداد، 2007.
63- د.غالب علي الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1965.
64- ـــــــــــ، ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ج2، ط1، المكتبة القانونية، بغداد،1982.
65- د.فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية الراشد، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي و آثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
66- د.فيليب جيسوب، قانون عبر الدول، ترجمة إبراهيم شحاته، دار الاتحاد العربي للطباعة ،القاهرة، 1965.
67- د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.

68- ماجد الحلواني، الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة ، مطبوعات جامعة دمشق ، ط2، 1960.
69- د.محمد حسين منصور، مبادئ القانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية 2001
70- د. محمد جلال حسن الاتروشي و د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، و د.عبد الله فاضل ميراني، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الكتاب الثاني، ط1، 2020.
71- د.محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة ) ،ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2012.
72- د. محمد سليمان الأحمد ، الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص ، ط1 ، دار وائل للنشر ، عمان –الأردن ، 2008.
73- د.محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998.
74- د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط1، مصر، 1982.
75- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، المنشاة المعارف، الإسكندرية، 2004.
76- د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997 .
77- د.مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، 2008 .
78- د. مصطفى محمد الجمال، د. وعبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987.
79- د.ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني و المقارن، تنازع القوانين، ط1، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998.
80- ـــــــــــــ،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر، 2005.
81- د. مهند جاسم محمد العيساوي، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، 2022.
82- د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية ، 2008.
83- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفينة، منشاة المعارف الإسكندرية، 1977.
84- ـــــــــــــ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
85- ـــــــــــــ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف،1995.
86- د.هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، (القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
87- د. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون(نظرية القانون)، المنشاة المعارف، الإسكندرية، 2001.

88- د.نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون (المدخل إلى القانون- نظرية الالتزام)، دار النهضة العربية، بيروت،1995.
89- د.وليد محمد رشاد إبراهيم، حماية الآثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
90- د.يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016 .

ثانيًا: الرسائل و الاطاريح

أ- الاطاريح

1- أشرف شوقي مسيحة، القواعد المادية و إنكماش السيادة التشريعية الوطنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة كلية الحقوق، القاهرة،2008.
2- د.بَلاّق محمد، دور مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة_ أبي بكر بلقايد_ تلمسان، 2015 .
3- د.صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الإسناد(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون،2018.
4- د.ليث عبد الرزاق علي الانباري، فكرة الأمان القانوني ودورها في تنازع القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، 2017.
5- د.وسام توفيق عبد الله الكتبي، أثبات مسائل القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل كلية الحقوق ، 2009.

ب- الرسائل

1- أحمد عباس عمران الشمري، أثر العدالة المادية في الصياغة التشريعية لقواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، 2021.
2- أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2004 .
3- أسيل عبد الكريم الخواجة، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2017.
4- -آمنة فارس حامد عبد الكريم العجرش ، معايير الصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل كلية القانون، 2017.
5- أميره حمزة كاظم عبود، الصياغة التشريعية في قواعد تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، 2021.
6- الهام ديدي، تنازع القوانين في الزواج المختلط، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي،الجزائر،2016.
7- أياد جواد عبيد عمران، دور القضاء في تطوير قواعد التنازع القوانين(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل كلية القانون،2020.
8- أيت منصور صونية، تنازع القوانين في الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية،الجزائر، 2017.
9- حسين عباس حسين الانباري، الاختصاص التشريعي لتسوية منازعات منظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير مقدمة من جامعة بابل كلية القانون، 2015 .
10- راضي نبيه راضي علاونة، القانون واجب التطبيق على الأموال (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية في نابلس- فلسطين،2015.
11- رزاق سلمان مشكور، تنازع القوانين في عقود ضمان الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، 2002.

12- سلام هادي جاسم، فكرة العقد الدولي الطليق و تأثيرها بالقواعد الموضوعية الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2011.
13- سليمة وصيف خالد، تنازع القوانين في الميراث و الوصية، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015.
14- سمير حركات، التحكيم التجاري الدولي و أثره في توحيد و تنسيق قواعد قانون التجارة الدولية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017.
15- عباس غانم زغير، أثر القواعد الموضوعية في تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة ،2020.
16- محمد أحمد عبد الله الشماسنة، مواءمة الإسناد لأعراف التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا- الجامعة الأردنية، 2005.
17- ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، 2009.
18- نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2004.
19- نجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات ذات العنصر الأجنبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل كلية القانون، 2016.
20- ياسين جبار، المنهج ألتنازعي كوسيلة لحل مشكلة تنازع القوانين، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي، الجزائر، 2016.

ثالثًا: البحوث

1- د.إبراهيم صالح الصرايرة،د.علاء محمد الفواعير،مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقًا للتشريع الأردني ،بحث منشور في مجلة الدراسات علوم الشريعة والقانون،المجلد 43، ملحق 3، 2016.
2- د.أحمد بن ناجي الصلاحي، بعض أوجه التعارض بين قواعد تنازع القوانين و قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي في مسائل الأحوال الشخصية ذات الطابع الدولي في التشريع اليمني، بحث منشور في مجلة علمية تهامة، العدد التاسع، 2014.
3- د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ،المجلد عدد 51.
4- ـــــــــــــ، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 2018.
5- د. أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين الشمس، 1982.
6- أياد مطشر صهيود، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية استدلالية في مدى تأثير المبادئ الشائعة دولياً في بنية القانون العراقي)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، المجلد الثامن، العدد(31)، لسنة2019.
7- أحمد نعمة خضير، دور المبادئ العامة في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة عشر، العدد الثالث، 2021.

8- د. بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري بين إلزامية قواعد الإسناد و التخفيض من مرتبتها، بحث منشور في مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 3، 2019.
9- د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد و آليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام ،المؤتمر العلمي الثامن، العدد 20،2011.
10-د.خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، المجلد1، 2009.
11-ـــــــــــــــ، السلطة التقديرية للقاضي في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة جامعة بابل- للعلوم الانسانية، المجلد 15، العدد 2، 2008.
12-د. صالح مهدي كحيط، تنازع القوانين في مسائل الأموال المادية(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011.
13-ـــــــــــــــ، مفهوم الإحالة بين النسبية و الإطلاق وأحكام الحل الوظيفي(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 18.
14-د.عبد الله سيف علي هلال السبوسى، دور القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد في فض تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الاعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون دولة الأمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة جامعة الجنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية ، العدد الخامس، 2020.
15-د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تأثير الصياغة التشريعية لقواعد تنازع القوانين بحث غير منشور، 2019.
16-ـــــــــــــــ،قواعد الإسناد بين التنوع والطبيعة والتعدد في نطاق التطبيق،بحث غير منشور، 2011.
17-د.عبد الرسول كريم أبو صبيع، التكييف في تنازع القوانين دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، بحث منشور في مركز الدراسات القانونية، العدد 7،2008.
18- د.علاء حسين علي شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة آداب- جامعة ذي قار، العدد 21 القسم الثالث، 2017 .
19-د.علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس والأمن ) وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية،العدد السابع، 2015.
20-عيشوبة فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد2، المجلد 2، 2015.
21-فرات رستم أمين الجاف، فكرة الإدعاء في القانون الإثبات دراسة قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك، 2014.
22-د.كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، 2005.
23-د. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة و أثرها على الإصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد الثاني، الجزء الأول، السنة الخامسة، 2017 .
24-د.محمد جلال حسن عبد الله، تحليل الفكرة المسندة في قاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك، مجلد (1)، العدد 3, 2012.

25-د.محمد سليمان الأحمدي، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (16)، العدد(2)، 2009
26-نجلاء عبد حسن، القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بابل، 2013.
27- نواف حازم خالد، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 8، العدد 29، 2016.
28-د.يونس صلاح الدين، ود. وسام محمد خليفة، القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل و الأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد الرابع، السنة الرابعة، العدد 15.

رابعًا- الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية لأهاي لعام 1955.
2- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.
3- اتفاقية روما 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
4- اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980.
5- القانون النموذجي لعام 1985.
6- لائحة روما الثانية لعام 2008 .
7- لائحة روما لعام 2009.

خامسًا- القوانين

1- القانون المدني الفرنسي 1804 المعدل .
2- القانون المدني الألماني الصادر عام 1881 ونافذ 1900 .
3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .
4- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
5- القانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959.
6- قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم(5) لسنة 1961.
7- من قانون حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل .
8- قانون الأحوال المدنية رقم 65 لسنة 1972.
9- قانون المعاملات المدنية الاتحادية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.
10- قانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986.
11- قانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987.
12- القانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
13- قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦.

سادسًا-المواقع الالكترونية

1- د.أحمد عبد الحميد عشوش، شرح قانوني لموضوع الإسناد في الواقع والقانون والمزج بينهم، بحث منشور بواسطة محاماة نت، 2018 على الموقع الأتي:
https:\\www.mohamah.net تاريخ الزيارة 2023\1\27
2- خير الدين كاظم الأمين ، دور القضاء في تقنين القانون الدولي الخاص، منشور على الموقع الأتي: https://www.iasj.net/iasj/pdf/217d8984236a498 تاريخ الزيارة 2022\1\25.

3- هيثم الفقهي، الصياغة القانونية، بحث منشور على موقع منتدى الدكتورة شيماء عطا الله متاح على الموقع الآتي :
http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=40
تاريخ الزيارة 31\1\2023 .
4- ينظر إلى نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998:
http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/__
rules arb. arabic.pdf تاريخ الزيارة 30\1\2023 .
5- https://www.azzamman.com تاريخ الزيارة 3\2\2023.
6- http://fr.wikipedia.org/wiki/Article3ducode. civil francais.
تاريخ الزيارة 30\1\2023.

سابعًا- المصادر الأجنبية

1) Batiffol H , et Lagarde p , Droit international privé , paris , LGDJ , 1985.
2) Bauer ،Huber ،Les traties et les regles de droit international prive materiel ،Rev. Crit. D.I،P ،1966.
3) Goldman(B) La lexMercatoriadans les contrats et 1'arbitage internationaux: realite et perspectivrs،clunet,1979.
4) -Mayer(p): Mandatory Rules of law in international Arbitation ، Arb ln'1274(1986) p.57.Hescribed international mandatory rules as: (an imperative provision of law which must be applied to an international relationship irrespective of the law that governs that relationship).
5) -Regulation(EU)No 650/2012 of the European parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction ،applicable law ،recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession ،Chapter 19 ،Volume 10.
6) Kropholler ،International esEinheitsrecht ، laHaye 1975.
7) Rabel ،le problem de la qualification ،Rev. crit ،1933.
8) Despagnet: les Conflit des lois relatives a` la qualification des rapports juridiques ،Clunet 1898.
9) Veronique Allarousse, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, 23 Case W. Res. J. Int'l L.479(1991).

Extract

The idea of the research is based on the possibility of the stability and application of the rule of attribution, the restrictions of legal texts to keep pace with the requirements of reality. And reconciling the two matters, as it tries to do this matching through its relations with other approaches, and by giving the judge the discretionary power to keep pace with these developments in order to achieve material justice, which is the goal of the attribution base instead of formal justice.

Therefore, the purpose of the research is the extent to which the attribution base conforms to the requirements of reality. Relations of an international nature are characterized by change and continuous development, especially after the increasing criticism directed at them, under the pretext of not keeping pace or sufficiency of this approach, as it does not meet the requirements of reality, which may lead to unsatisfactory results, and since international relations It is characterized by change and continuous development, and that the development in these relations requires flexibility in the rules of attribution in order to keep pace with the requirements of reality. Its formulation is flexible and enables it to respond to the requirements of reality. Legislative formulation is a manifestation of the growth of relations of an international nature and an important means to keep pace with developments. It allows the judge the freedom of assessment and harmonization. As a result, the role of the judiciary in developing the basis of attribution in order to keep pace with the requirements of contemporary reality through adaptation and referral emerges. The idea of the functional solution has arisen in order to add a kind of mitigation to the stagnation of some legal texts, and the original and alternative means also contribute to the establishment of legal solutions in issues that lack solutions, which is imperative to reduce the severity of the stalemate and literalism in the application of the rule of attribution at the level that achieves the goal The goal is to achieve material justice, coordination between legal systems, and care for the interests of the parties.

**Karbala University**

**College of Law**

**The private law**

# the rule of attribution between the restrictions of the legal text and the requirements of reality (a comparative study).

**A thesis submitted The Council of College of Law**

**University of Karbala**

**as partial fulfillment of the requirements to get**

**Master Degree**

**in the private law**

**by Student**

**Salwa Mahdi Hussein**

**supervisedby**

**Dr. Ghassan Obaid AL Muhammad**

1444 A.H 2023 A.D